

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 153

REKABET KURUMU

DİKEY BİRLEŞME VE
DEVRALMALARIN
ANTİREKABETÇİ ETKİLERİ
KAPSAMINDA PAZAR KAPAMA

İBRAHİM HİLMİ KOÇAK

**DIKEY BİRLEŞME VE
DEVRALMALARIN
ANTİREKABETÇİ ETKİLERİ
KAPSAMINDA PAZAR
KAPAMA**

İBRAHİM HİLMİ KOÇAK

Ankara 2017

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2017

Baskı, Nisan 2017
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, III. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Hakan Suat ÖLMEZ, Baş Hukuk Müşaviri Salim AYDEMİR ve Prof. Dr. Fuat OĞUZ'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 24-25-26 Ekim 2016 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı İbrahim Hilmi KOÇAK, 02.12.2016 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 16.12.2016 tarih ve 13645 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

331

Sevgili Eşime ve Aileme...

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

DİKEY BİRLEŞMELERE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE, İKTİSADİ YAKLAŞIMLAR VE KRONOLOJİ

1.1. DİKEY BİRLEŞMELERİN TANIMLANMASI.....	4
1.2. DİKEY BİRLEŞMELERE KARŞI YAKLAŞIMIN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	7
1.2.1. Chicago Okulu Yaklaşımları.....	9
1.2.1.1. Ardışık Tekel Modeli.....	9
1.2.1.2. Tekelci Kârın Aktarılamaması Modeli.....	10
1.2.2. ABD 1984 Yatay Olmayan Birleşme Rehberi.....	12
1.2.2.1. Giriş Engelleri.....	12
1.2.2.2. Örtülü İşbirliğini Kolaylaştırma.....	13
1.2.2.3. Fiyat Düzenlemesinden Kurtulma.....	13
1.2.3. Post-Chicago Okulu Yaklaşımları.....	13
1.2.3.1. Rakiplerin Maliyetlerinin Artırılması.....	14
1.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ.....	18

BÖLÜM 2

YATAY OLMAYAN BİRLEŞMELERE İLİŞKİN AB REHBERİ İŞİĞİNDE DİKEY BİRLEŞMELERİN ANTİREKABETÇİ ETKİLERİ

2.1. REHBERE GENEL BAKIŞ.....	22
2.2. PAZAR PAYLARI VE YOĞUNLAŞMA ORANLARI.....	24
2.3. TEK TARAFLI ETKİLER BAĞLAMINDA PAZAR KAPAMA.....	25
2.3.1. Girdi Kısıtlaması.....	25
2.3.1.1. Girdi Kısıtlama İmkânı.....	26
2.3.1.2. Girdi Kısıtlama Güdüsü.....	31
2.3.1.3. Etkili Rekabet Üzerine Genel Etkiler.....	33

2.3.2. Müşteri Kısıtlaması.....	33
2.3.2.1. Müşteri Kısıtlama İmkânı.....	34
2.3.2.2. Müşteri Kısıtlama Güdüsü.....	36
2.3.2.3. Etkili Rekabet Üzerine Genel Etkiler.....	37
2.4. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ.....	38

BÖLÜM 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞMELERİN KONTROLÜ VE DİKEY BİRLEŞMELER

3.1. YATAY OLMAYAN BİRLEŞMELER KILAVUZU.....	40
3.2. DİKEY BİRLEŞME KARARLARI.....	42
3.2.1. THY Kararları.....	42
3.2.2. Ferrero/Oltan.....	45
3.2.3. AEH/Migros.....	48
3.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ.....	52

SONUÇ.....	56
-------------------	-----------

ABSTRACT.....	59
----------------------	-----------

KAYNAKÇA	60
-----------------------	-----------

Ek-1: Tom Tom/Tele Atlas ve Nokia/Navteq Kararları.....	70
--	-----------

Ek-2: VHHI.....	72
------------------------	-----------

Ek-3: İşlem Neticesinde Pazarda Değişiklik Olmayan veya Düşük Pazar Payları İçeren Karar Künyeleri.....	72
--	-----------

Ek-4: İktisadi Analizin Kullanıldığı Karar Künyeleri.....	74
--	-----------

Ek-5: Güdüyü Ortaya Koyan Alternatif Yöntemler.....	74
--	-----------

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliđi
ABA	: American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AEH	: Anadolu Endüstri Holding A.Ş.
Agk.	: Adı geçen karar
AMC	: Antitrust Modernization Commission
Bkz.	: Bakınız
DOJ	: Department of Justice
Dp.	: Dipnot
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
FTC	: Federal Trade Commission
HHI	: Herfindahl Hirschman Index
HTM	: Hızlı Tüketim Mamulleri
Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Kılavuz	: Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Türkiye Kılavuzu
Komisyon	: AB Komisyonu
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
pr.	: paragraf
Rehber	: Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında AB Rehberi
SIEC	: Significant Impediment to Effective Competition
THY	: Türk Havayolları A.O.
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd.	: ve diđerleri

GİRİŞ

İnsan ihtiyaçlarının sınırsız kabul edildiği dünyada sınırlı kaynakların aktörler arasında optimum bir şekilde dağıtımı bağlamında teşebbüslerin kaynak dağılımında kendilerine düşen payı değiştirmesinin yollarından birisi de birleşme ve devralmalardır¹.

Birleşme politikalarının teşebbüsler tarafından doğru amaca hizmet edecek şekilde kullanılması, kıt kaynakların daha etkin kullanımını sağlayarak ekonomide çıktı miktarının artmasını, maliyetlerin ve fiyatların düşmesini, bu yolla tüketici refahının ve nihayet toplam refahın artmasını sağlayabilecektir. Buna karşılık söz konusu politikaların arzu edilen şekilden çıkılarak kullanılmaya çalışılması Kumcu'nun (2008, 33) da belirttiği gibi *“Firma ya da sektör düzeyinde rekabetten uzaklaşarak amaçlanana ulaşmak, tüm ekonomi düzeyinde ülkenin kıt kaynaklarının daha az verimli kullanılması...”* sonucunu doğurabilecektir. Böyle bir sonuç da kuşkusuz, tüketicilerde ve ekonomide refahın azalması şeklinde kendisini gösterecektir.

Aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmeleri *“yatay birleşme”* şeklinde tanımlanmakta iken, farklı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmeleri *“yatay olmayan birleşmeler”* şeklinde tanımlanmaktadır. Yatay olmayan birleşmeler içerisinde de, üretim ve/veya dağıtım zincirinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüslerin birleşmelerine *“dikey birleşmeler”* denilmektedir. Dikey birleşmeler, yatay birleşmelere nazaran, doğrudan bir rakibin pazardan çıkmaması ve işlemle ortaya çıkan etkinlik kazanımları nedeniyle rekabet açısından daha az sorunlu alanlar olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte dikey birleşmelerde de, işlemin

¹ Çalışmanın devamında birleşme kavramı; birleşme, devralma ve diğer kontrol türlerini de içerecek şekilde kullanılmıştır.

yöneldiği hizmet amacına göre kaynakların daha etkin kullanımıyla birlikte refah artışı veya tam tersi bir senaryo ortaya çıkabilmektedir.

İktisadi hayatta dikey birleşmeler, yatay birleşmeler kadar sık gözlemlenmemekte ve bu doğrultuda rekabet otoritelerinin işyükü içerisinde çok fazla yer almamaktadır. Buna karşılık, dikey birleşmelerin sadece alternatiflerden birisi olduğu dikey kontrol yöntemleriyle teşebbüsler, rekabet düzenlemelerinin meşru alanlarından çıkabilmekte ve gerek tüketiciler üzerinde gerekse ekonomilerde refah kaybına neden olabilmektedirler.

Rekabet otoritelerinin almış oldukları kararlara ve iktisat literatürüne bakıldığında 1950’li ve 1960’lı yıllarda dikey birleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı yanlarının oldukça fazla olduğu ve bu bağlamda kararlar² alındığı görülmektedir. 1970’li yıllara gelindiğinde ise, Chicago Okulu’nun baskınlığıyla birlikte dikey birleşmelerin etkinlik doğurucu olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı yanlarının sınırlı olduğu düşüncesi çok büyük oranda hâkim olmuş ve ikincil düzenlemeler (ABD 1984 Dikey Birleşme Rehberi) bu bakış açısıyla tasarlanmıştır.

1990’lı yıllarla birlikte Chicago Okulu’nun dikey birleşmelerin oldukça rekabetçi olduğuna ve antirekabetçi etkilerinin bir hayli sınırlı olduğuna ilişkin inancı yeniden sorgulanır olmuş ve Post-Chicago Okulu tarafından ortaya atılan yeni teoriler kendisine güçlü savunucular bulmuştur. Post-Chicago Okulu yaklaşımı, Chicago Okulu’nun dikey birleşmelerin etkinlik doğurucu olduğuna ilişkin yaklaşımını benimsemekle birlikte dikey birleşmelere daha şüpheci yaklaşmaktadır. Post-Chicago Okulu yaklaşımları, her ne kadar ABD ikincil mevzuatında kendisine yer bulamasa da AB ikincil düzenlemelerinde (AB Yatay Olmayan Birleşme Rehberi) yerini almıştır.

Türkiye’ye bakıldığında ise, 2013 yılında AB Rehberiyle uyumlu bir şekilde “Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz” yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kılavuz’un yürürlüğe girmesiyle birlikte dikey birleşmelerin nasıl ele alınacağına açıklık getirilmiş, ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’la esasa ilişkin test kapsamında uyumluluk arz etmeyen ikincil düzenleme, uygulayıcılar ve taraflar arasında birtakım tartışmaları gündeme getirmiştir.

² Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962) ve Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562 (1972).

Dikey birleşmelere ilişkin AB ve Türkiye’de yayımlanmış ikincil düzenlemeler, bu kapsamda alınan kararlar ve Türk Rekabet Hukuku yazınında bu konuya ilişkin son dönemde yapılan bir çalışmanın olmaması, bu çalışmanın yapılmasını gerekli kılmıştır. Çalışmada, dikey birleşmelerin çoğunlukla etkinlik doğurucu yanlarının olduğu kabulüyle, etkinliklere³ değinilmemiş ve sadece pazar kapama kapsamındaki antirekabetçi etkilerine yer verilmiştir. Antirekabetçi etkiler ise konuya ilişkin literatürün içselleştirildiği AB Rehberi ve Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz ışığında ortaya konulmuş ve konuya ilişkin örnek kararlarla somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Bu kapsamda, çalışmanın birinci bölümünde dikey birleşmelerin tanımı ve ABD kaynaklı tarihsel gelişimi ile dikey birleşmelere ilişkin literatüre değinilecektir. Ardından ikinci bölümde, modern teorilerin içselleştirilerek ele alındığı AB Rehberi ışığında dikey birleşmelerin antirekabetçi etkileri ortaya konulacak, bu kapsamda alınan kararlar detaylıca irdelenecektir. Üçüncü bölümde, dikey birleşmelere ilişkin 2013 tarihli Kılavuz ışığında Türkiye uygulamaları ve örnek kararlar değerlendirilecek, Kılavuz’un AB Rehberi ve 4054 sayılı Kanun’la arasındaki ilişki tartışılacaktır. Son olarak da dikey birleşmelerin ele alınmasına ilişkin sonuç ve önerilere yer verilecektir.

³ Etkinlik kazanımları için bkz. Çınaroğlu (2003).

BÖLÜM 1

DIKEY BİRLEŞMELERE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE, İKTİSADİ YAKLAŞIMLAR VE KRONOLOJİ

1.1. DIKEY BİRLEŞMELERİN TANIMLANMASI

Aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmelerine yatay birleşmeler denirken farklı ancak birbirleriyle ilişkili ilgili ürün pazarlarında yer alan teşebbüslerin birleşmelerine yatay olmayan birleşmeler denilmektedir. Yatay olmayan birleşmeler özelinde, birbirleriyle sağlayıcı–müşteri ilişkisi içerisinde olan teşebbüslerin birleşmesine de dikey birleşmeler denilmektedir (OECD 2007, 19). Dikey birleşmeler, üretim zincirinde girdi üreticisi teşebbüsle söz konusu girdiyi kullanarak çıktı üreten teşebbüsün birleşmesinden doğabileceği gibi dağıtım zincirinde sağlayıcının dağıtıcıyla birleşmesi veya sağlayıcının perakendeciyle birleşmesi şeklinde de olabilmektedir.

Genellikle üretim zincirinde yer alan girdi üreticisi ve dağıtım zincirinde yer alan sağlayıcının olduğu pazar “üst pazar” olarak nitelendirilirken, çıktı üreticisi veya dağıtıcı/perakendecinin olduğu pazar “alt pazar” olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte özellikle dağıtım faaliyeti açısından, sağlayıcı dağıtıcıdan dağıtım hizmeti aldığı için dağıtıcının bulunduğu pazar üst pazar ve sağlayıcının bulunduğu pazar da alt pazar olarak nitelendirilmektedir (Salop ve Culley 2015b, 17). Bu noktada, gerek üretim gerekse de dağıtım zincirinde mal ve hizmetlerin alım satımı söz konusu olduğu için satıcının bulunduğu pazarı üst pazar ve alıcının bulunduğu pazarı alt pazar olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

Alt ve üst pazarlar açık bir şekilde ortaya konulduktan sonra, birleşmenin yöneldiği pazara göre dikey birleşme tanımları farklılaşabilmektedir. Bu kapsamda, üst pazarda

yer alan bir teşebbüsün (lastik üreticisi) alt pazarda yer alan bir teşebbüsü (otomobil üreticisi) satın almasına *ileriye doğru dikey birleşme* denmekte iken, alt pazarda yer alan bir teşebbüsün (elektrik üreticisi) üst pazarda yer alan bir teşebbüsü (doğalgaz üreticisi) satın almasına *geriye doğru dikey birleşme* denilmektedir (OECD 2007, 20).

Dikey birleşmeleri de kapsayan *dikey bütünleşme* ise, bir teşebbüsün pazarın diğer katmanlarından alması gereken herhangi bir malı veya hizmeti kendi bünyesinde içselleştirmesidir. Bir teşebbüs dikey bütünleşmeye, kendisi yeni bir pazara yatırım yaparak gidebileceği gibi ilişkili pazardaki⁴ bir teşebbüsle birleşerek de gidebilmektedir. Üçüncü bir seçenekse, teşebbüsün ilişkili pazardaki diğer bir teşebbüsle uzun dönemli sözleşmesel ilişki içerisine girmesidir (Hovenkamp 2005, 374-375; Perry 1989, 187). Teşebbüsleri dikey bütünleşmeye sevk eden eğilim, teşebbüslerin kârları arttıkça veya riskleri düştükçe, birbirinden bağımsız olan üretim ve/veya dağıtım süreçlerini dikey bütünleşerek içselleştirmek istemeleridir. Teşebbüsler, işlem maliyetlerinin düşürülmesiyle veya girdi kullanımında etkinlik kazanımlarıyla kârlılıklarını arttırabilecekleri gibi teşebbüsler arası bilgi akışıyla kapasite kullanımı ve planlama süreçlerinde riskleri düşürebilecektir (Kaserman 1978, 509-510).

Öte yandan, dikey birleşmeler ve sözleşmesel ilişkilerle düzenlenen diğer dikey anlaşmalar, iktisadi etkileri açısından benzer nitelikler taşımaktadır. Bu kapsamda, dikey birleşmelerin iktisadi etkilerine ilişkin literatürün, diğer dikey kontrol türleriyle ilişkili ve aynı sonuca götüren bir alternatif olduğu söylenmektedir (Fisher ve Sciacca 1984, 3, 11). Bu anlamda, dikey birleşmeler de dikey anlaşmaların özel bir türüdür (Ordoover vd. 1990, 141). Dikey birleşmeye gitmek isteyen taraflar, teşebbüslerin faaliyetlerinin işlem tarihi itibarıyla birleştirilmesi anlaşmasına varmaktadır. Münhasırlık anlaşmaları gibi genel anlamda bildiğimiz dikey anlaşmalar kısa, orta veya uzun vadeli sözleşmesel ilişkiler üzerine kurulmakta iken, dikey birleşmeler için sınırsız süreli dikey anlaşmalar ifadesini kullanmak yanlış olmayacaktır⁵.

Bazı durumlarda bir teşebbüsün dikey bütünleşme yoluna nasıl gideceğine ilişkin alacağı kararlarda pazar koşulları, dikey bütünleşmenin nasıl şekilleneceğini

⁴ Burada bahsedilen ilişkili pazar, teşebbüslerce dikey ilişkinin kurulabileceği bir diğer pazarı tanımlamak için kullanılmaktadır.

⁵ Anlaşmalar yoluyla pazar kapama için bkz. Karakurt (2005).

belirleyebilmektedir. Örneğin hâlihazırda aşırı kapasitenin olduğu bir pazara yeni yatırımlarla girmek diğer koşullar sabitken pazardaki çıktı miktarının olması gerekenden fazla artmasına ve buna bağlı olarak da fiyatların düşmesine neden olacaktır. Böyle bir senaryoda, pazara girmek isteyen teşebbüsün yeni yatırım yapmaktan ziyade pazardaki yerleşik bir firmayla birleşme yoluna gitmesi toplam kapasite ve fiyatlar üzerinde herhangi bir etki oluşturmayacaktır (Hovenkamp 2005, 375).

Dikey birleşmelerin teşebbüsler lehine birçok faydası bulunmaktadır. Bu anlamda dikey birleşmelerin, birleşik teşebbüsler arasındaki bilgi akışını kolaylaştırmasından dolayı maliyet kazanımları sağladığı, pazarlama, satış ve dağıtım maliyetlerini düşürdüğü, teşebbüslerin ölçek ekonomilerine ulaşmasını sağladığı, piyasa aksaklıklarının sebep olduğu çarpıklıkları giderdiği, dikey ilişkili pazarlarda tekel gücünün neden olduğu fiyat çarpıklıklarını önlediği, teşebbüslerin kendi aralarında teknolojik tamamlayıcılıklardan faydalanmasını sağladığı ve teşebbüsler arasındaki girdi teminini sağlamlaştırdığı bilinmektedir (Fisher ve Sciacca 1984, 4,11).

Bununla birlikte yatay birleşmelerde, doğrudan birbirlerine rakip teşebbüsler olduklarından, pazarda yer alan oyuncu sayısında mutlak olarak azalış ve birleşik teşebbüsün pazar paylarında mutlak olarak artış yaşanırken, dikey birleşmelerde her iki pazarda yer alan oyuncu sayısında herhangi bir azalma olmadığı gibi pazar paylarında da net bir artış görülememektedir. Dolayısıyla dikey birleşmelerin yatay birleşmelere göre daha az rekabetçi endişeler doğurduğu kabul edilmektedir (Petrasincu 2009, 670). Hatta dikey birleşmeler, rekabet hukuku açısından ortaya çıkarabileceği sinerjiler sebebiyle daha az sorunlu alanlar olarak görülmektedir.

Bu sebeple olsa gerek ki, Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) 2004 yılında yayımladığı *139/2004 sayılı Konsey Birleşme Tüzüğü*⁶ sonrası hemen aynı yıl *Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Rehber*⁷ (Yatay Rehber) yayımlanmış, ancak dört yıl sonra *Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların*

⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings.

⁷ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2004/C 31/03).

*Değerlendirilmesi Hakkında Rehber*⁸ (Rehber) yayımlanmıştır. Öte yandan ABD’de, yatay birleşmelere ilişkin rehber⁹ en son 2010 senesinde revize edilmiş ve yayınlanmışken, dikey birleşmelere ilişkin hala 1984 yılında yayımlanan rehber¹⁰ kullanılmaktadır.

Tüm bunlara karşın dikey birleşmeler, özellikle rakiplerin girdilere veya müşteri tabanına ulaşımı engellenerek maliyetlerinin artırılması yoluyla pazarın kapatılmasına neden olabilmekte ve bu nedenle teşebbüsler arasındaki rekabet ve tüketici refahı olumsuz etkilenenmektedir. Dikey birleşmelerin antirekabetçi etkilerine geçmeden önce, literatürün dikey birleşmelere bakış açılarına ve dikey birleşmelere karşı yaklaşımın tarihsel gelişimine değinilecektir.

1.2. DİKEY BİRLEŞMELERE KARŞI YAKLAŞIMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Rekabet hukuku ve iktisadında öncü role sahip olduğu ve bu kapsamda literatüre ve diğer ulusal/uluslararası kuruluşlara rehberlik ettiği bilinen ABD’nin birleşmeler üzerine mevzuatına bakıldığında karşımıza ilk olarak 1914 tarihli Clayton Yasası çıkmaktadır. Clayton Yasası 7. maddesinde¹¹ rekabeti azaltan veya tekelleşmeye sebep olan birleşmeler yasaklanmaktadır. Önceleri sadece yatay birleşmeler için kullanılan 7. maddenin, Celler – Kefauver Yasası¹² ile getirilen değişiklikler ve ABD Yüksek Mahkemesi’nin¹³ *E.I. du Pont de Nemours v. United States*¹⁴ kararıyla birlikte, artık dikey birleşmeler için de kullanılacağı teyit edilmiştir. Clayton Yasası 7. maddenin revize edilerek dikey birleşmelere uygulanması hususundaki analizler Yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu *Brown Shoe Co. v. United States* kararıyla başlamaktadır (ABA 2008, 442).

ABD’de en büyük dördüncü ayakkabı üreticisi ve aynı zamanda ülke geneline yayılmış perakende ağıyla alt pazarda faaliyeti bulunan Brown ile birleşen Kinney,

⁸ Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2008/C 265/07).

⁹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010)

¹⁰ U.S. Department of Justice, Non-Horizontal Merger Guidelines (1984).

¹¹ 15 U.S.C. § 18.

¹² Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950.

¹³ U.S. Supreme Court.

¹⁴ 353 U.S. 586 (1957), 590-592.

en büyük sekizinci ayakkabı perakendecisi konumunda ve aynı zamanda da ayakkabı üreticisidir. Bu anlamda söz konusu işlem hem yatay hem de dikey etkilere sahiptir. Kararda dikey birleşmelerin başlıca antirekabetçi etkisinin, birleşme olmasaydı rakiplere açık olacak olan pazarın bir bölümünün rakiplere kapatılması olduğu değerlendirilmiştir. Kararda ayrıca kapamanın meydana geldiği bölümdeki payların dikkate alınacağı, ancak bu payların dışında “işlemin doğası ve amacının” da araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Brown ve Kinney’in pazar payları itibarıyla, büyük bir kapama potansiyelinin olmadığı vurgulanmakla birlikte 7. madde yorumlanarak gelecekteki etkilere de bakılması gerektiği belirtilmiş, pazarın yoğunlaşma eğilimine dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte üreticilerin perakendecileri devralarak onların ihtiyaçlarının artan bölümünü karşılamasının; pazardaki bağımsız üreticilere pazarı kapayarak, pazardaki eğilimlere ve gelecek beklentilerine vurgu yapılmış ve işlemin yasal olmadığı belirtilmiştir.

Brown Shoe kararı, karardan sonraki yaklaşık yirmi yıl boyunca ABD’deki alt derece mahkemeleri için yol haritası olmuş ve mahkemelerin, rakiplere kapanan pazar payı, işlemin asıl amacı, ilgili pazarlardaki yoğunlaşmalar ve pazarın gelecek eğilimleri hakkında birtakım yaklaşımlar benimsemelerine yol açmıştır (ABA 2008, 443). Bunun üzerine 1968 yılında yayımlanan Birleşme Rehberi’nde¹⁵ DOJ’nin dikey bir birleşmede mevcut veya potansiyel rekabet açısından, sağlayıcının %10 ve üzeri ve alıcının %6 ve üzeri payı olması halinde, söz konusu işlemin öncelikli olarak inceleneceği belirtilmektedir.

1970’li yıllarla birlikte, ABD mahkemelerinin verdiği katı kararlar Chicago Okulu iktisatçılarınca yoğun olarak eleştirilmiş ve dikey birleşmeler yeniden tartışılmaya başlamıştır. Chicago Okulu iktisatçıları dikey birleşmelerin toplam çıktıda herhangi bir azalmaya ve fiyatlarda herhangi bir artışa neden olmayacağını, olsa olsa etkinlik kazanımları ile birlikte maliyetlerin düşürülerek, tüketici artışının ortaya çıkacağını ve refahın artacağını vurgulamaktadırlar.

Hatta söz konusu iktisatçıları, dikey birleşmelerin *per se* yasal veya *per se* yasala yakın değerlendirilmeleri gerektiğini ileri sürmüşlerdir (Salinger 2015, 552). Bu kapsamda Chicago Okulu iktisatçılarınca ortaya atılan iki temel yaklaşım, çifte

¹⁵ U.S. Merger Guidelines (1968) pr.12.

tekelci fiyatlandırmayı¹⁶ ortadan kaldıran ardışık tekel¹⁷ yaklaşımı ve bir pazardaki tekel gücünün bir diğer pazara genişletilememesi veya tekelci kârın aktarılamaması¹⁸ yaklaşımlarıdır.

1.2.1. Chicago Okulu Yaklaşımları

1.2.1.1. Ardışık Tekel Modeli

Hem üst pazar hem de alt pazarın tekelci olduğu ardışık tekel modelinde¹⁹ dikey birleşme, hem tüketiciler için hem de teşebbüsler için pareto optimumdur. Birleşme öncesinde üst pazardaki tekelcinin girdiye uygulayacağı maliyet üstü tekelci fiyatlardan dolayı marjinal maliyetleri yüksek olan alt pazardaki tekelci, birleşme sonrasında girdiyi marjinal maliyetlerden alacağı için kâr maksimizasyonu güdüsüyle çıktı üretimini artırmaya ve maliyet düşüşüyle birlikte fiyatlarını düşürmeye başlayacaktır. Bu durumda, çıktı artışıyla birlikte tekelcinin kendi kârını artırmasının yanı sıra, çıktı artışı ve fiyat düşüşüyle birlikte tüketicilerde de refah artışı gerçekleşecektir. Teşebbüsler dikey birleşmeye gitmezlerse, bu durum çifte tekelci fiyatlandırmaya neden olacaktır. Üst pazardaki tekelci marjinal maliyetleri üzerinden kendi fiyatlarını oluşturacak, fiyat alıcısı konumunda olan alt pazardaki tekelci de bu fiyatların üzerine kendi kârını²⁰ ekleyerek nihai çıktının fiyatını belirleyecektir (Church 2004, 14-16).

Her iki seviyede de tekelci olan teşebbüslerin birleşmeyerek, her ikisinin de kâr maksimizasyonu güdüsüyle hareket etmesi neticesinde nihai fiyatlar, birleşme olması durumundakine göre yüksek olmakta ve bu kapsamda birleşme sonrasına göre tüketici refahı da daha düşük olmaktadır. Bu durumda da dikey birleşme, çifte tekelci fiyatların ortadan kaldırılması adına, gerek teşebbüsler gerekse tüketiciler için daha arzu edilir bir koşul oluşturmaktadır (Church 2004, 16).

Her iki seviyedeki tekelcinin birleşmesinin tüketici yararına olacağını ortaya koyan modele benzer şekilde, her iki seviyedeki oligopolist firmaların birleşmelerini

¹⁶ *Double marginalization.*

¹⁷ *Successive monopoly.*

¹⁸ *Monopoly leverage.*

¹⁹ Söz konusu teori ilk olarak J.J. Spengler (1950) tarafından ortaya atılmıştır.

²⁰ *Mark-up*

inceleyen Greenhut ve Ohta (1979), birleşmenin toplam çıktıyı artırdığı ve fiyatları düşürdüğü sonucuna ulaşmışlardır.

1.2.1.2 Tekelci Kârın Aktarılamaması Modeli

Pazarlarda tek bir tekelci kârının olduğu teorisine dayanan tekelci kârın aktarılamaması modelinin varsayımı, üst pazarın tekelci ancak alt pazarın rekabetçi olduğudur. Üst pazarda yer alan tekelci, yalnızca tek bir tekelci kâr elde edebilmekte ve bu tekelci gücünü veya kârını dikey birleşmeye giderek alt pazara aktaramamaktadır. Üst pazardaki tekelci dikey birleşmeye gitse ve alt pazarda tekel gücü elde etse dahi, toplam tekel gücü değişmemekte ve nihai ürün fiyatları veya kârlılık artırılmamaktadır (Fisher ve Sciacca 1984, 18). Zira elde edilecek ikinci bir tekel kârı bulunmamaktadır (Bork 1993, 229).

Tekelci kârın aktarılamaması modelinin varsayımları; üst pazardaki teşebbüsün tekelci olması ve tekelin bu konumunun giriş engelleriyle korunması, üst pazarın düzenlenmemiş bir pazar olması, alt pazardaki teşebbüslerin özdeş olması ve tam rekabet piyasası koşullarının işlenmesi ve alt pazarda kullanılan teknolojinin sabit oranlı girdiler teknolojisi²¹ olmasıdır. Söz konusu varsayımlardan birisinin geçerliliğini yitirmesi tek bir tekelci kârı teorisinin işlememesine neden olacaktır (Church 2004, 17; Riordan ve Salop 1995, 517).

Nitekim Warren-Boulton (1974), sabit ikame esnekliği²² üretim fonksiyonu ve nihai ürüne ilişkin sabit talep esnekliği varsayımlarıyla yaptığı çalışmada, değişen oranlı girdi²³ kullanımında dikey bütünleşmenin tekel kârını artırdığını, dikey bütünleşmenin tekel olmayan girdiye olan talebi düşürdüğünü ve belirli maliyet koşulları altında nihai ürün fiyatlarını artırdığını saptamıştır. Birleşmenin toplam refah üzerine etkisiye belirli değişkenlere göre değişmektedir.

Çalışmanın sonucunda, bütün girdilerin marjinal maliyetlerinin sabit olması durumunda dikey bütünleşmenin nihai ürün fiyatlarını artırdığı saptanmıştır. Buna

²¹ Çıktı üretiminde kullanılan girdi miktarının çıktı miktarına eşit olmasıdır (Church 2004, 15).

²² *Constant elasticity of substitution*.

²³ Maliyetleri düşürmek adına, çıktı üretiminde kullanılan girdilerin yüksek maliyetliden düşük maliyetliye doğru ikame edilebilmesi (Church 2004, 19).

karşılık girdi maliyetlerinin sabit olmaması durumunda, girdiler arasındaki ikame esnekliği nihai ürünler arasındaki talep esnekliğinden düşükse veya tekeli girdinin marjinal maliyeti aşağı yönlüye veya diğer girdinin arz eğrisi yukarı yönlüye nihai ürün fiyatının düşebileceği ileri sürülmüştür. Sonuçta birleşmenin toplam refah üzerine etkisi bakımından ikame esnekliğinin geniş aralıklarında nihai ürün için talep esnekliği ile tekeli girdinin önemliliği düşük oldukça toplam refahın pozitif olduğu bulgularına ulaşılmıştır²⁴.

Tek bir tekeli kâr elde edilmesi ve dikey birleşme sonrasında kârın artırılmamasından dolayı işleme olsa olsa etkinlik kazanımlarıyla maliyetlerin düşürülmesi sağlanmaktadır (Morse 1998, 1223). Maliyetlerin düşmesi de, fiyatların düşürülerek satışların artırılması yoluyla tekelinin kârının artmasını sağlayacak, bu durumdan da hem tekeli hem de tüketici faydalanacaktır. Bu nedenle, böyle bir dikey birleşmeye izin verilmemesi durumunda tüketiciler herhangi bir kazanım elde edemeyeceklerdir (Church 2004, 18-19).

Chicago Okulu'nun dikey birleşmelere olan bakış açısı ve ortaya atmış olduğu teoriler, söz konusu dönemde alınmış olan kararlara da yansımıştır. Nitekim, *Fruehauf Corp. v. FTC*²⁵ kararında Temyiz Mahkemesi, kapamanın yeteri kadar kanıtlanmadığından hareketle FTC'nin birleşmeye izin vermeme gerekçesini kabul etmemiştir. ABD'nin en büyük kamyon römorku üreticisi konumundaki Fruehauf'un motorlu araç parçaları üreticisi olan Kelsey-Hayes'i devralmak istediği olayda, ağır iş makinesi tekerleri pazarının hayli yoğunlaşmış ve Kelsey-Hayes'in de üçüncü büyük üretici olmasına rağmen Temyiz Mahkemesi; ağır iş makinesi tekerleri üretiminde pazar kapamanın en iyimser haliyle yalnızca %5,8 olacağını belirtmiştir. Fruehauf'un pazardaki konumu ile teker üreticileri açısından yeni girişler kapsamında teşvik edici olduğu ancak birleşmeyle birlikte giriş engellerinin bu anlamda artacağını ispatlanmadığı vurgulanmış, ayrıca yatırım maliyetlerinin yüksekliğine ve ölçek ekonomilerine rağmen her iki pazara birlikte giriş iddialarının kanıtlanmadığı ifade edilmiştir.

²⁴ Değişken oranlı girdi kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Vernon ve Graham (1971), Mallela ve Nahata (1980) ve Perry (1989, 191-192).

²⁵ 603 F.2d 345 (2d Cir. 1979).

1.2.2. ABD 1984 Yatay Olmayan Birleşme Rehberi

Chicago Okulu teorilerinin kabul görmesi ve mahkeme kararlarında etkili olması, kendisini yatay birleşmelere ilişkin 1982 tarihli Birleşme Rehberi'nde de göstermiş, rehber yıllar itibarıyla çeşitli değişikliklerle en son 2010 yılında revize edilmiştir. 1984 yılında yayımlanan dikey birleşmelere ilişkin rehberse günümüzde de kullanılmaktadır.

Chicago Okulu'nun da etkisiyle dikey birleşmelerin daha az endişe doğurucu, buna karşılık daha fazla etkinlik kazanımları sağlayıcı olduğu görüşüyle düzenlenen Dikey Rehberi, olası antirekabetçi etkileri üç temel başlık altında toplamıştır. Öncelikle dikey birleşmelerin sebep oldukları giriş engelleri vurgulanmış, ardından özellikle işbirliğini bozan alıcının ortadan kaldırılmasıyla örtülü işbirliğinin kolaylaştırılması ele alınmış ve son olarak tarife düzenlenmesinden kurtulmaya değinilmiştir. Rehber'de etkinlik kazanımlarının ayrıca değerlendirileceği ve yatay bir birleşmeye nazaran söz konusu kazanımlara daha fazla ağırlık verileceği ayrıca vurgulanmıştır. Rehber'in ilgili bölümlerine aşağıda değinilmektedir.

1.2.2.1. Giriş Engelleri

Rehber'de dikey birleşmelerin sebep olduğu giriş engelleri, özellikle her iki pazara birden girme zorunluluğu bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsamda Rehber'de, dikey birleşme neticesinde pazarda giriş engellerinden bahsedebilmek için şu üç koşulun varlığı aranmaktadır:

Öncelikle rekabetçi endişelerin olduğu birincil²⁶ pazara girişle eş zamanlı olarak ikincil pazara giriş için dikey bütünleşmenin kapsamı geniş olmalıdır.

İkincil pazara girme gerekliliği, sadece birincil pazara girişe göre önemli ek zorluklar getirmelidir. Bu kapsamda, iki pazara birden girme gerekliliği tek bir pazara girmeye göre daha fazla sermayeye ihtiyaç duymaktadır.

Birincil pazarın yapısı tekelleşmeye veya örtülü işbirliğine yol açmadığı müddetçe, giriş engelleri pazarın performansını etkilemeyecektir. Bu anlamda birincil pazardaki HHI²⁷ değeri 1.800'ün altında kaldığı sürece rekabetçi endişe doğurmayacaktır.

²⁶ Birincil pazar; alt veya üst pazardan bağımsız olarak, rekabetçi endişelerin dikkate alındığı pazardır.

²⁷ Herfindahl-Hirschman Endeksi.

1.2.2.2. Örtülü İşbirliğini Kolaylaştırma

Perakende seviyesindeki fiyatlar üst pazardaki fiyatlara nazaran daha kolay izlenebildiğinden, üst pazardaki teşebbüslerin ortak bir perakende pazarı üzerinde yüksek düzeyde dikey olarak bütünleşmeleri, fiyatların daha kolay takibiyle üst pazardaki örtülü işbirliğini kolaylaştırabilmektedir. Üst pazar, genel olarak örtülü işbirliğine yol açıyorsa, üst pazardaki HHI oranı 1.800'ü aşıyorsa ve üst pazarda üretilen malların büyük bir bölümü dikey bütünleşik perakendecilerce satılıyorsa rekabetçi endişeler artmaktadır. Öte yandan işbirliğini bozucu nitelikteki önemli bir alıcının²⁸ birleşmeye taraf olması da örtülü işbirliğini kolaylaştırabilmektedir. Bu durumda da, üst pazardaki HHI oranı 1.800'ü aşıyorsa ve işbirliğini bozucu alıcı, gerek alımlarıyla gerekse diğer yapısal özellikleriyle alıcılardan önemli oranda ayrışıyorsa rekabetçi endişeler artmaktadır.

1.2.2.3. Fiyat Düzenlemesinden Kurtulma

Dikey birleşmeler, bazı durumlarda fiyat düzenlemelerinden kurtulmak için de kullanılabilir. Özellikle doğal tekellerin olduğu düzenlenmiş piyasalarda teşebbüsler, fiyatlara müdahale edemediklerinden birleşme sonrasında şirket içi satış işlemleriyle fiyatları artırarak düzenlemelere uygun şekilde tüketicilere yansıtılabilmektedir.

1.2.3. Post-Chicago Okulu Yaklaşımları

1990'lı yıllarla birlikte Chicago Okulu'nun dikey birleşmelere ilişkin teorileri tartışılır olmuş ve ortaya daha detaylı argümanlarla Post-Chicago Okulu teorileri çıkmıştır. Post-Chicago Okulu savunucuları Chicago Okulu savunucularının ileri sürdüğü etkinlik kazanımlarını göz ardı etmemekte (Riordan ve Salop 1995, 515) ancak onlar kadar da dikey birleşmeleri “masum” görmemekte ve ağırlıklı olarak dikey birleşmelerin olası antirekabetçi etkileri üzerinde durmaktadırlar. Post-Chicago Okulu savunucuları genel olarak pazar kapamanın, rakiplerin maliyetlerini yükseltmesi veya rakiplerin gelirlerini azaltması gibi etkileri üzerinde durmaktadırlar (ABA 2008, 454-455).

²⁸ Kapasite veya ürün portföyünün geniş olmasından dolayı pazar için önemli addedilebilecek olan büyük bir alıcı (Nocke ve White 2010, 350,354).

Pazar kapama, alt veya üst pazarlarda yer alan rakiplerin belirli bir girdiye veya müşteri tabanına erişiminin kısıtlanmasıdır. Pazar kapama ve bu bağlamda, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve/veya rakiplerin pazardan çıkması ise temel olarak rakiplerin maliyetlerinin artırılması teorisine dayanmaktadır.

1.2.3.1. Rakiplerin Maliyetlerinin Artırılması

Rakiplerin maliyetlerinin artırılmasını, hâkim durumdaki bir teşebbüsün yıkıcı fiyatlamaya gitmesine alternatif olarak ele alan Salop ve Scheffman (1983), işlemin antirekabetçi etkilerini; temel olarak hâkim durumdaki teşebbüsün elde edeceği kâr, işlemin rakiplerin kârlılığına olan etkisi ve potansiyel zarar ile işlem sonucu tüketici refahında oluşabilecek kayıp şeklinde değerlendirmişlerdir. Hâkim durumdaki bir teşebbüs, ölçek ekonomileri ve giriş engelleri olması durumunda, münhasır anlaşmalar yoluyla rakiplerinin maliyetlerini artırabileceği gibi belirli bir pazar gücüne sahip sağlayıcıyla geriye doğru dikey bütünleşerek de rakiplerinin maliyetlerini artırabilmektedir. Pazar gücüne sahip sağlayıcının alt pazardaki rakiplere girdi fiyatlarını artırması, rakiplerin maliyetlerinin artmasına sebep olmakta, bu durumsa hâkim durumdaki teşebbüse alt pazarda fiyatları veya çıktı miktarını artırma imkanı sunmakta ve üst pazardaki kârdan feragat edilmesine rağmen bu zarar alt pazarda fazlasıyla telafi edilmektedir.

Rakiplerin maliyetlerinin artırılmasını, münhasırlık hakkı veren anlaşmalar²⁹ çerçevesinde ele alan Krattenmaker ve Salop (1986, 234-242), daha kapsamlı bir analizle münhasır anlaşmaların, etkinlik kazanımları sağlayıcı özelliklerini kabul etmekle birlikte, antirekabetçi addedilebilmesi için taşınması gereken unsurları tartışmıştır. Anılan çalışmada, rakiplerin maliyetlerinin artırılmasının antirekabetçi etkileri, girdi kısıtlanması ve işbirliği başlıkları altında yürütülmüştür.

Girdi kısıtlanması bağlamında rakiplerin maliyetlerinin artırılmasının ilk yolu, alt pazardaki alıcının üst pazardaki en etkin ve düşük maliyetli çalışan teşebbüs(ler) le münhasır anlaşmalar yaparak, alt pazardaki rakiplerinin etkin olmayan ve yüksek maliyetli sağlayıcılarla çalışmasına ve bu kapsamda maliyetlerinin artmasına neden

²⁹ Söz konusu çalışma, her ne kadar münhasır anlaşmalar çerçevesinde ele alınsa da, sonuçları itibarıyla ortaya konulan yaklaşım, dikey birleşmeler için de geçerliliğini korumaktadır.

olmasıdır. Krattenmaker ve Salop, bu durumu darboğaz veya zorunlu unsur³⁰ olarak nitelendirmişlerdir.

İkinci olarak darboğaz teorisini de içeren gerçek pazar kapamada, alt pazardaki alıcı önemli miktardaki girdi üzerinde münhasır bir hak elde ederek rakiplerinin söz konusu miktardaki girdiye erişimini kısıtlamakta ve girdinin rakiplere açık olan kısmı üzerinden fiyatları yükseltmektedir. Alıcının potansiyel arz miktarını kısıtlaması ve fiyatları yükseltebilmesi için, giriş engellerinin ve üretim miktarını artırmanın önünde engeller bulunmalıdır.

İşbirliği bağlamında rakiplerin maliyetlerinin artırılması kapsamında ise alıcı, üst pazardaki sağlayıcılar aracılığıyla rakipleri aleyhine ayrımcı fiyatlama uygulamalarını teşvik edebilmekte veya rakiplerin girdiye erişimini tamamen kısıtlayabilmektedir. Yazarların, her iki yöntemi birden nitelediği “*kartel organizatörü*” yaklaşımı, alıcı fiyatları etkileyebilecek pazar gücüne ulaşmaya gerek duymadığından diğer yöntemlerden ayrılmaktadır.

Son olarak pazar yapısının değiştirilmesiyle, alıcının münhasırlık anlaşması yaptığı sağlayıcıların dışında kalan kısıtlanmamış sağlayıcılar girdi fiyatlarının artırılması hususunda aralarında açık veya örtülü bir şekilde anlaşabilecektir. Krattenmaker ve Salop’un, “*Frankenstein canavarı*” olarak nitelendirdiği bu yöntemin kartel organizatöründen farkı ise, bu yöntemde rakiplerin maliyetlerinin artırılmasına konu sağlayıcıların, münhasırlık anlaşmasına taraf olmayan sağlayıcılardan oluşmasıdır.

Münhasır anlaşmaların antirekabetçi olabilmesi için yukarıda anlatılan, rakiplerin maliyetlerinin artırılmasının önemli ancak yeterli olmadığı belirtilen çalışmada Yazarlar, pazardaki rekabetin olumsuz etkilenmesi için, fiyatları yükseltmeye imkan verecek pazar gücünün³¹ de elde edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Salinger (1988), Chicago Okulu yaklaşımlarında ele alınan pazarın herhangi bir seviyesinin veya ikisinin de tekel olması varsayımını değiştirerek her iki seviyenin de oligopolistik olduğu ve dikey bütünleşmiş ve bütünleşmemiş teşebbüslerin birarada

³⁰ Zorunlu unsura ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ölmez (2003), Tekdemir (2003) ve Gürzumar (2006).

³¹ Rakiplerin de münhasır anlaşmalar yapması, dışlanmamış rakiplerin bulunması ve pazara potansiyel girişler, fiyatları artıracabilecek pazar gücünün önündeki engeller olarak görülmektedir.

olduğu varsayımlarını Cournot modeli üzerinden değerlendirmiştir. Çalışmada, dikey birleşmelere ilişkin başlıca üç etki ortaya konulmuştur. İlk olarak, birleşik teşebbüs alt pazarda nihai ürün miktarını artırmaktadır. İkinci olarak, alt pazardaki birleşik olmayan teşebbüslerin karşı karşıya oldukları artık talep eğrisinin³² geriye doğru kaymasından dolayı girdiye olan talepleri azalmaktadır. Son olarak, birleşik teşebbüs üst pazardan çekilmekte ve üst pazarın yoğunlaşmasından dolayı girdi fiyatları artmaktadır. Hangi etkinin ağır basacağı ise pazarın koşullarına göre şekillenmektedir.

Chicago Okulu teorilerinin yetersiz kaldığını öne süren ve bu noktada söz konusu teorileri pazarda birleşik olmayan teşebbüs kalmadığı için eleştiren çalışmada, dikey birleşmeye giden teşebbüsün üst pazardan çekilmesi durumunda ortaya çıkabilecek endişeler, Cournot modeli çerçevesinde ve nihai ürüne olan talebin doğrusal olması varsayımıyla tartışılmış ve dikey birleşmelerin nihai ürün fiyatı üzerindeki etkisinin belirsiz olduğu vurgulanmıştır. Bu kapsamda, dikey birleşmenin çifte tekeli fiyatlamayı önleyerek nihai ürün fiyatlarını düşürebileceği, bununla birlikte bağımsız bir sağlayıcının üst pazardan çıkmasıyla girdi fiyatlarının artabileceği ve bu nedenle alt pazardaki birleşik olmayan rakiplerin rekabet edebilirliklerinin azalması sonucunda diğer tüm koşullar sabitken çıktı fiyatlarının artabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, Chicago Okulu'nun dikey birleşmelere ilişkin *per se* yasal yaklaşımının uygunluğu hususundaki şüpheler dile getirilmiştir.

Ordoover vd. (1990), Salinger (1988)'in çalışmasıyla bağlantılı olarak duopol özellik taşıyan pazarlar üzerine yaptıkları çalışmada, birleşik teşebbüsün ve üst pazardaki rakibinin, alt pazardaki birleşik olmayan teşebbüsü dışlama güdülerini, rakiplerin söz konusu pazar kapama güdülerine karşı potansiyel strateji ve direnme problemini³³ ele almışlardır. Salinger'in aksine Bertrand modeli çerçevesinde ele alınan çalışma; her iki pazarın da duopol ve teşebbüslerin eşit paylara sahip olduğu, üst pazarda homojen girdilerin üretildiği, alt pazardaki çıktıların farklılaştırılmış olduğu, birleşme öncesinde çifte tekeli fiyatlandırmanın olmadığı varsayımları üzerine inşa edilmiştir.

³² *Residual demand curve*.

³³ Çalışmada "*holdout problem*" şeklinde geçen direnme problemi, dikey birleşme sonrasında üst pazardaki birleşik olmayan sağlayıcıların artan pazar güçleriyle birlikte alt pazardaki birleşik olmayan rakiplere girdi fiyatlarını artırma imkanı olduğu ve bu nedenle birleşik olmamanın avantajıyla, sağlayıcıların diğer teşebbüslerin birleşmesi beklentisi içinde olacağı ve hiçbir firmanın birleşmeye yanaşmayacağı şeklinde tanımlanmaktadır.

Kurulan modelde; alt pazardaki teşebbüslerden birisi üst pazardaki bir teşebbüsle geriye doğru birleşmekte, ancak alt pazardaki rakibin ulaşabileceği girdi miktarı düşmemekte, birleşmeye taraf üst pazardaki sağlayıcı alt pazardaki rakibine girdi sağlamayı reddetmemektedir. Geriye doğru birleşmeyle alt pazardaki rakibe karşı girdi fiyatlarında yaşanan artış alt pazardaki fiyatların ve gelirlerin artmasını sağlamakta, ancak girdi fiyatlarının artmasından dolayı alt pazardaki rakibin kârı düşmektedir.

Çalışma sonunda pazar kapamanın başarıya ulaşabilmesinin koşulu, üst pazardaki rakibin kazancının alt pazardaki rakibin kaybını aşması olarak gösterilmektedir. Farklılaştırılmış ürün ve belirlenmiş fiyatlar üzerinden kurulan modelde alt pazardaki rakibin fiyatları artarsa alt ve üst pazardaki rakiplerin toplam kârı artmaktadır. Buna karşılık üst pazardaki rakibin pazar gücünün çok yüksek olması durumunda girdi fiyatlarının aşırı artması nedeniyle toplam kâr düşmekte, bu durumsa alt pazardaki rakibin üst pazardaki rakiple birleşme güdüsünü artırmaktadır. Ancak bu noktada da, birleşik teşebbüsün üst pazardaki fiyatları kısıtlaması veya alternatif arz kaynaklarının bulunması durumunda üst pazardaki rakibin pazar gücüyle birlikte girdi fiyatlarını aşırı artırması engellenebilecektir.

Dikey birleşmelerin etkinlik doğurucu özellikleri ile birlikte antirekabetçi etkilerinin modern teoriler ışığında kapsamlı bir şekilde ele alındığı bir diğer çalışmada Riordan ve Salop (1995), öncelikle Chicago Okulu yaklaşımlarını irdelemiş ve söz konusu yaklaşımları geliştirerek Post-Chicago Okulu yaklaşımlarını ortaya koymuşlardır. Çalışmada, bir sonraki bölümde işlenecek olan AB Rehber’indeki sistematige uygun bir şekilde girdi kısıtlaması, müşteri kısıtlaması, rekabetçi açıdan hassas bilgilere erişim ve dikey birleşmelerin neden oldukları koordineli etkiler detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Chicago Okulu teorilerinin ilgili dönemdeki kararlarda ve ABD Dikey Rehberi’nde yerini almasına karşılık, Post-Chicago Okulu iktisatçılarının dikey birleşmelere ilişkin kapsamlı çalışmaları ve ortaya attıkları teoriler, ABD ikincil düzenlemelerinde yerini alamamıştır. Buna karşılık söz konusu güncel teoriler, dikey birleşmelere ilişkin güncel bir metin olan AB Rehberi’nde içselleştirilmiştir (ABA 2008, 456; Yde 2007, 80). Gerek mehz AB mevzuatının takip edilmesi gerekse güncel teorilerin ele alınması açısından, bir sonraki bölümde dikey birleşmelerin olası antirekabetçi etkileri AB Rehberi doğrultusunda işlenecektir.

Öte yandan, ABD Dikey Rehberi'nde 1984 yılından itibaren herhangi bir değişikliğin yapılmaması, dikey birleşmelere ilişkin yapılan analizlerde herhangi bir değişiklik olmadığı anlamına gelmemektedir. Salop ve Culley (2015a), ABD'de 1994 – 2015 yılları arasında gerçekleşen dikey birleşmeleri, ele alınan konularına göre bölümleyerek detaylıca incelemişlerdir. İlgili zaman aralığında DOJ ve FTC, ele aldıkları 48 dikey birleşme dosyasında ABD Dikey Rehberi'nde dile getirilen antirekabetçi endişelerin beraberinde rehberde vurgulanmayan, girdi ve müşteri kısıtlamalarını da değerlendirmiştir. Bu kapsamda, DOJ ve FTC'nin ele aldığı 48 dikey birleşme dosyasından 29'unda girdi kısıtlaması, 12'sinde ise müşteri kısıtlaması incelenmiştir³⁴.

ABD'de dikey birleşmelere ilişkin 1984'ten itibaren herhangi bir mevzuat değişikliği yapılmamasına rağmen dikey birleşme dosyalarının değerlendirilmesinde modern teoriler yoğun bir şekilde kullanılmakta, bununla birlikte değişikliğin gerekli olup olmadığına dair tartışmalar halen sürmektedir³⁵.

1.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ

Dikey birleşmelere bakışın tarihsel gelişimi içerisinde, ilk olarak işlemlere oldukça kısıtlayıcı yaklaşıldığı görülmektedir. Buna karşılık Chicago Okulu taraftarları, etkinlik doğurucu özelliklerinden ötürü dikey birleşmelere, neredeyse *per se* yasal yaklaşılması gerektiğini vurgulamışlar ve dikey birleşmelerin engellenmemesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Daha sonra Post-Chicago Okulu iktisatçılarınca ortaya atılan modern yaklaşımlar, Chicago Okulu'nun öne dürdüğü etkinlik kazanımlarını yadsımamış ancak olası antirekabetçi etkilere dikkat çekmişlerdir.

Literatürde; her iki okul taraftarlarınca, dikey birleşmelerin yatay birleşmeler kadar rekabetçi endişeler doğurmadığı veya daha fazla etkinlik kazanımlarına imkan sağladığı kabul edilmektedir. Zira teşebbüsler, üretim ve/veya dağıtım faaliyetlerini içselleştirerek işlem maliyetlerinde tasarrufa gidebilmekte ve bunu tüketicilere yansıtabilmektedir. Buna karşılık Chicago Okulu iktisatçılarınca dikey birleşmeleri

³⁴ Söz konusu dosyalar sadece ilgili başlık altında incelenmemiş, aynı zamanda diğer endişelerle birlikte değerlendirilmiştir.

³⁵ AB'dekine benzer şekilde uygulayıcılar ve otoriteler için yol gösterici bir rehber değişikliğini savunular olduğu gibi (bkz. AMC (2007), Langenfeld (2009), ABA (2013), Salop ve Culley (2014), Salop ve Culley (2015b)), yeni bir rehber oluşturma konusunda şüpheli yaklaşanlar ve gerek olmadığını ileri sürenler de vardır (bkz. Warren-Boulton (2002), Yde (2007), Feinstein (2010)).

per se yasal veya *per se* yasala yakın değerlendirmeleri, tüketici refahı perspektifinden bakıldığında, olası rekabetçi endişelerin dışarıda tutularak değişen pazar yapısının dikkate alınmaması nedeniyle makul görülmemektedir. Bu kapsamda, Post-Chicago Okulu yaklaşımları uyarınca, etkinlik kazanımları göz ardı edilmeden, birleşmenin olası antirekabetçi etkileri tespit edilerek, işlem neticesinde değişen pazar yapısının olumsuz etkilerinin giderilmesine odaklanılması uygun olacaktır.

BÖLÜM 2

YATAY OLMAYAN BİRLEŞMELERE İLİŞKİN AB REHBERİ IŞIĞINDA DİKEY BİRLEŞMELERİN ANTİREKABETÇİ ETKİLERİ

AB'nin genel olarak birleşmelere ilişkin en kapsamlı düzenlemesi "*Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü*"³⁶ (Tüzük) 21.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tüzük'te Konsey, hâkim durum testi uyarınca hâkim durum meydana getiren veya hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmaları ele almıştır. Öte yandan, ilgili tüzükte ve 1997 yılında yapılan değişiklikte dikey birleşmelere ilişkin ayrı bir vurgu yapılmazken 29.07.2000 tarihinde yayımlanan Komisyon Duyurusunda³⁷ dikey birleşmeler tanımlanmıştır. Anılan duyuruda rekabetçi endişe yaratmayan birleşmelerle ilgili Komisyon'un kısa rapor hazırlayacağı³⁸ belirtilmiş ve gerek yatay gerekse de dikey birleşmeler için yoğunlaşma oranları eşği getirilmiştir.

Tüzüğün kabulünden itibaren Komisyon'un birleşmelere bakışını inceleyen Levy (2003); 1990 – 1994 yılları arasında Komisyon'un ekonomik analize ve pazar yapısını ortaya koyan analizlere ağırlık verdiğini, söz konusu analizlerin başlangıcını da ilgili pazarların tanımlanmasının oluşturduğunu, ayrıca bu dönemde Komisyon'un, hâkim durum analizini esnettiğini ve birlikte hâkim durum meydana getiren veya güçlendiren durumları ele aldığını belirtmiştir. 1995 – 2001 arası dönemde, Komisyon'un özellikle

³⁶ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings.

³⁷ Commission Notice on a Simplified Procedure for Treatment of Certain Concentrations under Council Regulation (EEC) No 4064/89.

³⁸ Detaylı inceleme yoluna gitmeyeceği.

de dikey etkilerin olduğu birleşmeleri konu alan yasaklama kararlarının dikkat çektiğini, 2002 – 2003 yıllarında ise Komisyon’da birleşmelere ilişkin reform çalışmaları ve Komisyon’un yasaklama kararlarına karşılık mahkemenin reddettiği kararların göze çarptığını vurgulamıştır.

Bunun üzerine, Komisyon’un yasaklama kararlarına karşılık mahkemenin reddettiği kararların³⁹ da etkisiyle günümüzde de kullanılan 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü⁴⁰ yayımlanmıştır. Söz konusu Tüzük, esasa ilişkin testi değiştirmiş ve değerlendirmeler artık etkili rekabetin önemli derecede engellenmesi (SIEC⁴¹ testi) temelinde yapılır olmuştur. Öte yandan birleşmelerin kontrolüne ilişkin olarak yeni tüzüğün hayata geçirilmesi, beraberinde delil ve ispat standardını yükseltmiştir (Arıttürk 2008, 63). Bu durum tüzükten sonra yayımlanan rehberlerde de kendisini göstermektedir.

Dikey birleşmeler özelinde, Komisyon’u yeni bir rehber yayımlamaya iten nedenlerden birisi de, Komisyon’un almış olduğu *GE/Honeywell*⁴² kararının Genel Mahkeme tarafından bozulmuş olmasıdır. Komisyon, General Electric ve Honeywell tarafından kendisine yapılan birleşme başvurusunda işleme izin verilemeyeceğine karar vermiştir⁴³. Söz konusu kararı inceleyen Genel Mahkeme, *Tetra Laval v. Commission*⁴⁴ kararında olduğu gibi Komisyon’un işlemin neden olacağı antirekabetçi etkileri kanıtlaması gerektiğini ve tarafların kapamaya neden olabilecek güdülerini iktisadi olarak detaylıca değerlendirmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur⁴⁵.

Bu kapsamda, Genel Mahkeme’nin almış olduğu kararlar doğrultusunda yasal çerçevesi şekillendirilen, etki bazlı ve iktisadi bir bakış açısı ile ele alınan Rehber, 2007 yılında yayımlanmıştır (Ramos vd. 2009, 8). Komisyon, Yatay Rehber’de olduğu gibi Rehber’de de öncelikli olarak dikey birleşmelerle ilgili iktisadi literatürü taramıştır (Mosso 2008, 1457). Sonuç olarak Rehber’in, dikey birleşmelere ilişkin iktisadi teorilere uygun ve tutarlı olduğu kabul edilmektedir (Miedema 2010, 45).

³⁹ Case T-342/99 *Airtours v Commission* [2002] ECR II-2585, Case T-310/01 *Schneider Electric v Commission* [2002] ECR II-4071, Case T-5/02 *Tetra Laval v. Commission* [2002] ECR II-4381.

⁴⁰ Dp. 6.

⁴¹ Significant impediment to effective competition.

⁴² COMP/M.2220 (2001).

⁴³ Kararın konglomera etkilerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Aydemir (2005).

⁴⁴ Aşk. pr.24.

⁴⁵ Case T-210/01 *General Electric v. Commission* [2005] ECR II-5575 pr.295-297.

Rehber'in hem iktisadi teorileri ve literatürü içeren derli toplu yapısı hem de ülkemizin mehz AB mevzuatını izlemesinden ötürü dikey birleşmelerin antirekabetçi etkileri Rehber, Rehber'e kaynaklık eden ve Rehber sistematığının anlaşılması açısından önemli görülen kararlar çerçevesinde anlatılacaktır. Rehber'in yayımlanmasından sonra, çizmiş olduğu metodolojinin esas alındığı iki temel kararın özeti ise⁴⁶ çalışmanın bütünlüğü açısından Ek-1'de sunulmuştur.

2.1. REHBERE GENEL BAKIŞ

Rehber'de öncelikle yatay birleşmelerle yatay olmayan birleşmeler tanımlanarak farklılıklarına dikkat çekilmiştir. Yatay olmayan birleşmeler de kendi içerisinde dikey birleşmeler ve çokpazarlı⁴⁷ birleşmeler olarak ayrılarak, Rehber'de ayrı başlıklar halinde düzenlenmiştir. Öte yandan Rehber'de benzer nitelikteki olayların veya birleşmenin hem yatay hem de yatay olmayan etkilerinin değerlendirilmesinde, yatay birleşme rehberinin ilgili bölümlerine gönderme yapılmıştır.

Örneğin yatay olmayan bir birleşme, teşebbüslerin ilgili pazarlarda birbirlerine potansiyel rakip olmaları durumunda, bünyesinde yatay etkiler de barındırabilmektedir (Rehber, pr.7; Salop ve Culley 2015b, 20). Teşebbüslerin ilgili pazarda birbirlerine potansiyel rakip olmaları, antirekabetçi etkiler bağlamında birbirlerinin aktif rakipleri olmasına benzer sonuçlar doğurabilmektedir (Yatay Rehber, pr.58). Nitekim, Komisyon'un taraflar arasındaki potansiyel rekabeti değerlendirdiği *EDP/ENI/GDP*⁴⁸ kararında, birleşme her ne kadar dikey bir birleşme olsa da, tarafların birbirlerinin potansiyel rakipleri olduğu gerekçesiyle⁴⁹ işleme izin verilmemiştir.

Rehber'de daha sonra etkili rekabetten beklentiler ve birleşmenin, bu beklentileri sağlayamaması durumunda Komisyon'un birleşmeyi engelleyeceği hususu ele alınmış (pr.10), bu noktada refah değerlendirmesinde asıl dikkate alınacak hususun tüketici refahı olduğu yinelenmiştir.

Komisyon, antirekabetçi etkiler bağlamında yatay olmayan birleşmeleri yatay birleşmelere göre daha az önemsemektedir (Rehber, pr.11). Bunun bir sebebi yatay

⁴⁶ COMP/M.4854 TomTom/Tele Atlas (2008) ve COMP/M.4942 Nokia/Navteq (2008).

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız Aydemir (2005).

⁴⁸ COMP/M.3440 (2004) pr.337,450.

⁴⁹ Potansiyel rekabet, işleme izin verilmeme gerekçelerinden sadece birisini oluşturmaktadır.

birleşmelerin aksine yatay olmayan birleşmelerde aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren bir rakibin ortadan kaldırılmasının söz konusu olmayışıdır (Rehber, pr.12; Church 2008, 1461). Yukarıda bahsedildiği üzere, birleşen teşebbüslerin birbirlerinin potansiyel rakipleri olması bu durumun istisnasıdır (Rehber, pr.12).

Rehber’de, birleşmenin tedarik zincirinin herhangi bir seviyesinde sadece rakipler üzerindeki etkisinden ziyade etkili rekabet üzerindeki etkilerine odaklanılmaktadır (pr.16). Bu noktada, birleşme tüketicilerin yararına olacak şekilde tezahür ederse, rakiplerin pazardan çıkmış olmaları kabul edilebilmektedir (Maydell 2012, 92). Rakiplerin birleşmeden zarar görmesinin tek başına yeterli olmamasına ilişkin *Siemens/VA Tech*⁵⁰ kararında Komisyon, birleşik olmayan elektrikli demiryolu taşıtı sağlayıcıları pazardan çıkmak zorunda kalsa bile elektrikli demiryolu taşıtı pazarında yeteri kadar rekabetin olduğunu değerlendirmiştir.

Yatay Rehber’de izlediği sistematigi Rehber’de de izleyen Komisyon, yatay olmayan birleşmelerin antirekabetçi etkilerini, koordinasyona yol açmayan veya tek taraflı etkiler ile koordinasyon doğurucu etkiler başlığı altında toplamıştır (pr.17; Yatay Rehber, pr.22).

Rehber’de tek taraflı etkilerin, birleşmenin pazar kapamaya yol açtığı durumlarda gündeme geleceği belirtilmektedir. Pazarın kapatılması Rehber’de, pazardaki mevcut veya potansiyel rakiplerin, belirli girdilere veya müşteri tabanına erişimleri kısıtlanarak (kısmi kapama) veya engellenerek (tam kapama) rekabet edebilme imkan ve güdülerinin aşındırılması şeklinde kullanılmaktadır. Bununla birlikte pazar kapama stratejisi sonucunda, gerek birleşik teşebbüsün gerekse bazı rakiplerinin tüketicilere yönelik fiyatları kârlı bir şekilde artırması durumunda, bu hususun rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğuracağı vurgulanmaktadır (pr.18).

Koordinasyon doğurucu etkilerdeyse, birleşme öncesinde teşebbüsler arasında herhangi koordinasyonlu bir davranış yokken birleşme ile birlikte teşebbüslerin koordinasyonlu bir şekilde fiyatları yükseltmesi veya rekabeti azaltması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte birleşme, pazardaki teşebbüsler arasında mevcut bir koordinasyonun daha da kolaylaştırılmasını, kalıcı hale getirilmesini ve etkili bir

⁵⁰ COMP/M.3653 (2005) pr.162-164.

şekilde devam ettirilmesini sağlayabilmektedir (pr.19; Yatay Rehber, pr.39). Genel Mahkeme'nin vermiş olduğu *Airtours*⁵¹ kararındaki birlikte hâkimiyete ilişkin yaklaşım ilk olarak Yatay Rehber'de benimsenmiş ve aynı metodoloji yatay olmayan birleşmeler açısından da Rehber'de kullanılmıştır.

Her ne kadar Rehber'de dikey birleşmelerin antirekabetçi etkileri, tek taraflı etkiler ve koordinasyon doğurucu etkiler başlığı altında toplansa da çalışmamızda, dikey birleşmeler kapsamında sıkça rastlanan girdi kısıtlaması ve müşteri kısıtlaması özelinde tek taraflı etkiler detaylıca incelenecektir. Rekabetçi açıdan hassas bilgilere erişim ve koordinasyon doğurucu etkilerse bu çalışmanın sınırlarını aştığından ve başka bir çalışmanın konusunu oluşturabileceğinden ele alınmamıştır. Bu kapsamda öncelikle, rekabetçi açıdan sorun teşkil edebilecek pazar payları ve yoğunlaşma oranlarına değinilecek ve ardından tek taraflı etkiler etraflıca irdelenecektir.

2.2. PAZAR PAYLARI VE YOĞUNLAŞMA ORANLARI

Rehber'de birleşmenin rekabetçi etkilerinin değerlendirilmesine geçilmeden önce pazar gücü hususunun inceleneceği belirtilmekte ve yatay olmayan birleşmelerin, birleşik teşebbüsün herhangi bir pazarda önemli bir pazar gücü olmadığı müddetçe ciddi rekabetçi endişeler doğurmayacağı kabul edilmektedir (pr.23). Bu hususta Rehber'de, birleşik teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olmasına ancak söz konusu pazar gücünün herhangi bir şekilde hâkim durumu işaret etmek zorunda olmamasına özellikle dikkat çekilmektedir.

Birleşik teşebbüsün ve rakiplerinin pazar gücü tespit edilirken de, ilgili pazar tespiti ile bağlantılı olarak pazar payları ve yoğunlaşma oranları önemli göstergeler olarak kullanılmaktadır (Rehber, pr.24). Bu anlamda, yatay olmayan birleşmeler kapsamında birleşik teşebbüsün her bir pazarda, pazar payının %30'un ve HHI değerinin de 2.000'in altında olması durumunda, rekabetçi endişelerin ortaya çıkma ihtimali oldukça düşük görülmektedir (Rehber, pr.25). Yatay birleşmelerde sıkça kullanılan ve pazardaki yoğunlaşmaları doğrudan yansıtabilen HHI analizini dikey birleşmelere uyarlayarak alternatif bir yöntem sunan Gans (2007)'in çalışmasına Ek-2'de yer verilmiştir.

⁵¹ Dp. 38.

2.3. TEK TARAFLI ETKİLER BAĞLAMINDA PAZAR KAPAMA

Rehber’de, dikey birleşme sonucunda birleşik teşebbüsün mevcut veya potansiyel rakiplerinin rekabet edebilme imkan ve güdülerinin aşındırılmasına, işlemin kapama etkisi olarak bakılmaktadır. Pazar kapamanın antirekabetçi olduğundan söz edebilmek için, birleşik teşebbüsler ve muhtemel bazı rakipler tüketicilere uyguladıkları fiyatları kârlı bir şekilde artırma imkanına sahip olmalıdır (pr.29; CRA International 2009, 1).

2.3.1. Girdi Kısıtlaması

Girdi kısıtlaması; birleşik teşebbüsün, birleşme öncesinde alt pazardaki rakiplerine girdi sağlarken, birleşme sonrasında rakiplerin girdilere erişimini kısıtlaması ve birleşme öncesine kıyasla girdi fiyatlarını ve tedarik koşullarını değiştirerek rakiplerin maliyetlerini artırmasıdır. Rakiplerin maliyetlerinin artması nedeniyle birleşik teşebbüsün alt pazardaki birimi üzerindeki rekabetçi baskılar ortadan kalkabilmekte ve birleşik teşebbüs alt pazarda da pazar gücü elde ederek tüketicilere uyguladığı fiyatları artırabilmektedir (Rehber, pr.31).

*Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare*⁵² kararında Komisyon yaptığı değerlendirmede, birleşik teşebbüsün nikotin bantlarında başlıca rakibi GSK aleyhine girdi kısıtlama imkan ve güdüsüne sahip olarak, tüketicilerin zararına olacak şekilde birleşme sonrasında, birleşme öncesi fiyatlardan ve koşullardan girdiye erişimi kısıtlayabileceğine karar vermiştir. Bu kapsamda Komisyon, birleşik teşebbüsün tedariki sınırlandırma, girdi kalitesini düşürme, girdi maliyetlerini artırma yönünde imkanı olabileceğini tespit etmiştir. Öte yandan Komisyon, pazarda başlıca iki nikotin bandı markası olmasından dolayı rakip markaya erişimin kısıtlanması neticesinde çoğu tüketicinin birleşik teşebbüse ait markaya geçebileceğinden ötürü birleşik teşebbüsün girdi kısıtlama güdüsü olabileceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak, birleşik teşebbüsün girdi kısıtlamasına gitmesinin alt pazardaki rekabeti olumsuz etkileyerek, birleşik teşebbüs üzerindeki rakip baskısını azaltacağı, bundan dolayı da tüketicilerin tercih seçeneklerinin azalacağı ve fiyatların artacağı değerlendirilmiştir. Nihayetinde, Johnson&Johnson’ın, içlerinde GSK’ya da nikotin bandı sağlayan iştirakinin (ALZA), nikotin bandı üretim biriminin öncelikle kısmen, uygun alıcı bulunamaması durumunda

⁵² COMP/M.4314 (2006) pr.125-132,151-166.

tamamen ayrıştırılması taahhüdüyle, işleme izin verilmiştir. Ayrıştırma işlemiyle birlikte alıcının, ALZA'nın pazardaki yerini alacağı ve gerek üretim gerekse ürün geliştirme açısından yeterli kabiliyete sahip olacağı değerlendirilmiştir.

2.3.1.1. Girdi Kısıtlama İmkânı

Rehber'de girdi kısıtlama imkanı temel olarak dört başlık etrafında toplanmıştır. Bunlar sırasıyla;

- Girdinin çeşitli sebeplerle önemli bir girdi olması,
- Birleşik teşebbüsün üst pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olması,
- Girdi kısıtlamasına karşılık rakip sağlayıcıların cevap veremiyor olması,
- Alt pazardaki rakiplerin karşı stratejiler uygulayamamasıdır.

Girdi kısıtlaması kapsamında birleşik teşebbüs, girdiye erişimi zorlaştırarak rakiplerin maliyetlerini artırabilmektedir (Rehber, pr.33). Komisyon *Alcoa/Reynolds*⁵³ kararında, birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakibine karşı girdiyi tamamen kısıtlayabileceğini veya girdi maliyetlerini artırabileceğini değerlendirmiştir. Yüksek saflıktaki P0404 alüminyum pazarı özelinde Reynolds'un, uzay endüstrisine yönelik alüminyum alaşımları üretimi alanında faaliyet gösteren Alcoa'nın başlıca rakibi McCook'a karşı girdi maliyetlerini artırma imkanının olduğu ve/veya girdiye erişimi tamamen engelleyebileceği ve bu yolla alüminyum alaşımı alıcılara teknelci fiyatlar uygulayabileceğinden hareketle Komisyon, Alcoa'nın Reynolds'a ait P0404 alüminyum ergitme tesisinin %25'ini elden çıkarması taahhüdü sonrasında işleme izin vermiştir. Söz konusu %25'lik kapasiteye ilişkin üretim miktarı, McCook'un yıllık talep miktarını aşan bir seviyeye tekabül etmektedir.

Birleşik teşebbüsün rakiplerine karşı uygulayabileceği girdi kısıtlaması stratejilerinden birisi de rakiplerin kullanmakta olduğu teknolojiye farklı bir teknoloji kullanmayı tercih etmesidir (Rehber, pr.33). Örneğin Komisyon'un *Siemens/Drägerwerk*⁵⁴ kararında, birleşik teşebbüsün kullandığı teknolojiyi değiştirmesiyle rakiplerin erişimlerinin kısıtlanabileceği veya tamamen engellenebileceği

⁵³ COMP/M.1693 (2000) pr.126,138.

⁵⁴ COMP/M.2861 (2003) pr.151,156,158.

değerlendirilmiştir. Siemens ve Drägerwerk'in medikal teknoloji alanında tam işlevsel bir ortak girişim kurmalarını inceleyen Komisyon, birleşik teşebbüsün hasta monitörleri üreten rakiplerine; ara yüze erişimi zorlaştırarak veya anestezi ve solunum ekipmanlarının yalnızca Siemens hasta monitörleriyle çalışmasını sağlayarak, anestezi ve solunum ekipmanlarında pazarı kapayabileceğini, bu nedenle hastanelerin farklı üreticilerle uyumlu şekilde çalışmalarının kısıtlanacağını değerlendirmiş ve işleme üçüncü tarafların ara yüze gecikme ve ayrımcılık olmaksızın erişebilmeleri taahhüdü çerçevesinde izin vermiştir.

Birleşik teşebbüsün girdi kısıtlaması uygulamasının bir diğer yöntemi ise sağlanan girdinin kalitesinin düşürülmesidir (Rehber, pr.33; Salop ve Culley 2015b, 23). Komisyon *Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare* kararında, birleşik teşebbüsün nikotin bantlarının kalitesini düşürmesinin rakibe zarar vereceğini, rakibin her ne kadar standardın altındaki nikotin bantlarını kabul etmeme gibi sözleşmesel bir hakkı olsa da her defasında nikotin bantlarının kalitesini kontrol etmesinin etkin olmadığını belirtmiştir⁵⁵.

Girdi kısıtlamasının rekabetçi endişelere yol açabilmesi için girdinin alt pazardaki üretim açısından önemli bir unsur olması gerekmektedir (Rehber, pr.34). Bu noktada girdi alt pazardaki üretim açısından o kadar önemli olmalıdır ki, alt pazardaki rakipler alternatif kaynakları kullanamamalı ve artan maliyetleri karşılayamamalıdır (Lindsay ve Berridge 2009, 410). *Dong/Elsam/Energi E2*⁵⁶ kararında, rakip gaz sağlayıcılarının depolama ve talebe göre esneklik (*storage/flexibility*) pazarına erişiminin önemli olduğu, söz konusu pazarda hâkim durumda olan Dong'un birleşme sonrasında rakiplerin depolama imkanlarını kısıtlayabileceği ve Dong'a karşı, rakiplerin rekabet edebilirliklerinin azalacağı vurgulanmıştır.

Bu durum özellikle, söz konusu girdinin önemli bir maliyet kalemi oluşturmasında önem kazanmaktadır (Rehber, pr.34). Bu kapsamda girdi fiyatının alt pazardaki çıktı fiyatına kıyasla ihmal edilebilir olması durumunda birleşik teşebbüsün girdi fiyatlarını artırarak alt pazardaki çıktı fiyatlarını artırması mümkün görünmemektedir (Lindsay

⁵⁵ Agk. pr.129.

⁵⁶ COMP/M.3868 (2006) pr.294-297.

ve Berridge 2009, 410). Komisyon *CRH/Cementbouw*⁵⁷ kararında, inşaat malzemeleri alanında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kurulması planlanan ortak girişim işleminin dikey etkilerini incelemiş ve rakiplere karşı ayrımcılık yapılsa dahi rakiplerin ön dökümlü beton mamuller maliyetlerinde %1’lik bir artış olacağını belirtmiştir.

Girdi, maliyet dışı etmenlerle de önemini koruyabilmektedir. Örneğin girdi alt pazardaki ürün için o kadar önemli bir unsur olabilmektedir ki, söz konusu girdi olmadan ürün üretilmemekte veya etkin bir şekilde satışı yapılamamaktadır (Rehber, pr.34). *Philips/Respironics*⁵⁸ kararında Komisyon, yoğun bakım monitörü üreticileri açısından kapnografi ürünlerinin önemli bir girdi olmadığı, söz konusu monitörlerin 12 farklı parametre ölçümü yapabildiği ve kapnografinin bunlardan yalnızca birisi olduğu, Avrupa’da satılan hasta monitörlerinden yalnızca %10-20’sinin kapnografi modülü olduğu ve kapnografi modülünün yoğun bakım monitör maliyetlerinin yalnızca %10-20’sini oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Girdinin önemli addedilmesinin bir diğer nedeni de, girdinin alt pazardaki ürün için önemli bir ürün farklılaştırma unsuru olmasıdır (Rehber, pr.34). *GE/Smiths Aerospace*⁵⁹ kararında Komisyon; işlemin dikey etkilerine ilişkin yaptığı değerlendirmede uçak motoru üretiminde kullanılan yakma alın kaynağı halkalarının uçak motoru fiyatlarına nazaran önemli bir maliyet kalemi olmadığını (%0-5), görece düşük teknoloji girdi olduğunu ve önemli bir ürün farklılaştırma unsuru olmadığı için üreticilerce firma içi üretimin tercih edilmediğini dile getirmiştir.

Girdinin önemini ortaya koyan bir başka unsurda alternatif girdilere geçiş maliyetinin görece yüksek olmasıdır⁶⁰ (Rehber, pr.34). *Nestle/Novartis*⁶¹ kararında Komisyon, Fransa’da, üst pazarda (hastaların tüplü beslenmesi) pazar payı (%50-60) ve pazar gücü artacak olan birleşik teşebbüsün, alt pazarda (hastaların evde beslenmesi) pazar payı düşük (%10-20) olmasına rağmen hastaların belirli bir tüplü beslenme ürünü için reçeteye sahip olmaları ve rakiplerinin de girdiyi büyük oranda birleşik teşebbüsten almak durumunda olmalarından hareketle alternatif girdilere geçişin kısıtlı olduğunu

⁵⁷ COMP/M.3267 (2003) pr.26.

⁵⁸ COMP/M.5033 (2008) pr.39.

⁵⁹ COMP/M.4561 (2007) pr.48-49.

⁶⁰ COMP/M.6410 UTC/Goodrich (2012) pr.525.

⁶¹ COMP/M.4540 (2007) pr.80-82,112,127.

belirtmiştir. İşleme, Novartis'in iştirakinin bir markası yerine Nestle'nin bir markasının eklenerek, Fransa'daki beslenme biriminin elden çıkarılması taahhüdü kapsamında izin verilmiştir. Söz konusu pazarda markaların, önemli bir giriş engeli unsuru olduğunu belirten Komisyon, ayırıştırma işlemi sonrasında alıcının elde ettiği markalarla etkili bir rakip olabileceğini ve rekabetçi endişelerin ortadan kalkacağını vurgulamıştır.

Girdi kısıtlamasının rekabetçi endişeler doğurabilmesi için birleşik teşebbüsün birleşme sonrasında üst pazarda önemli derecede pazar gücü olmalıdır (Rehber, pr.35; Church 2008, 1461)⁶². Birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakiplerinin girdiye erişimini kısıtlaması, alt pazardaki rakiplerin fiyat ve kalite bakımından toplam erişebilirliklerini olumsuz etkilediği ölçüde, birleşik teşebbüsün girdi kısıtlaması imkanı olduğundan bahsedilebilecektir (Rehber, pr.36). Bu kapsamda üst pazardaki rakiplerin, birleşmeyle ortaya çıkacak arz açığını birleşik teşebbüsün birleşme öncesi sunduğu koşullardan sağlaması durumunda, alt pazardaki rakipler sağlayıcılarını değiştirebilecek ve nihayetinde kapama stratejisi başarısız olabilecektir⁶³ (Lindsay ve Berridge 2009, 412).

Alt pazardaki rakiplerin fiyat ve kalite bakımından toplam erişebilirliklerinin olumsuz etkilenmesi; üst pazardaki rakiplerin daha az etkin olmaları, daha az tercih edilen alternatifler sunmaları (Church 2008, 1461; Drauz 2005, 36), kapasite veya ölçüğe göre azalan getiri gibi kısıtlardan dolayı üst pazardaki arz kısıtlamalarına karşılık üretimlerini artıramamalarından kaynaklanabilmektedir. Benzer şekilde, birleşik teşebbüs ile bağımsız sağlayıcılar arasındaki münhasır anlaşmalar da alt pazardaki rakiplerin yeterli miktarda girdiye erişimini kısıtlayabilmektedir (Rehber, pr.36). *Siemens/Flender*⁶⁴ kararında, rüzgar türbini üreticilerinin alternatif arz kaynaklarını inceleyen Komisyon, ek bir arz kaynağı bulmanın varsayımsal tekel testindeki %5-10'luk fiyat artışı altındaki maliyetlerle 18 ila 24 ay arasında süreceğini saptamış ve herhalükârda birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine karşı girdi kısıtlaması güdüsünün olmayacağını belirtmiştir. Münhasır anlaşmalar yoluyla girdiye erişimin kısıtlanmasının incelendiği *Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare* kararında, alt pazardaki rakibin birleşik teşebbüs ile olan uzun dönemli münhasır anlaşmasından

⁶² COMP/M.5449 ABF/Azucarera (2009) pr.64,72.

⁶³ COMP/M.4874 Itema/Barcovision (2008) pr.48-70.

⁶⁴ COMP/M.3809 (2005) pr.29.

dolayı nikotin bantlarını alternatif sağlayıcılardan alma imkanının bulunmadığı değerlendirilmiştir⁶⁵.

Buna karşılık, alt pazardaki birleşik teşebbüs birleşme öncesinde tüm sağlayıcılardan yaptığı alımları birleşme sonrasında yalnızca üst pazardaki birleşiklerinden alacağından, alt pazardaki rakiplerin üst pazardaki birleşik teşebbüsten boşalacak girdi tedarikine bağımsız sağlayıcılar üzerinden ulaşabilmesi, tam anlamıyla girdiye erişimin kısıtlanması anlamı taşımamaktadır. Bu durumda birleşme, alt pazardaki rakiplerin tedarik kalıplarının değişmesine neden olmaktadır (Rehber, pr.37; Riordan ve Salop 1995, 516). Söz konusu durumu Bork (1993, 232), “endüstrinin yeniden yapılandırılması” (*industry social mixer*) olarak tanımlamaktadır.

Öte yandan girdi pazarının oligopolistik bir yapı sergilemesi durumunda birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakiplere girdi kısıtlaması uygulaması üst pazardaki rakipler üzerindeki rekabetçi baskıyı ortadan kaldırabilmekte ve bağımsız sağlayıcılara artan pazar güçleriyle birlikte girdi fiyatlarını artırma imkanı verebilmektedir (Yatay Rehber, pr.24-25; Salop ve Culley 2015b, 24). Buna karşılık, alt pazardaki oyuncuların bir şekilde girdiye olan talebinin düşmesi durumunda, bağımsız sağlayıcıların fiyat artırma girişimleri başarısız olabilecektir (Rehber, pr.38; Church 2008, 1474).

Üst pazardaki rakipler, birleşik teşebbüsten boşalan arz kaynaklarını eşit koşullarda telafi edemese dahi pazarın diğer oyuncuları tarafından, girdi kısıtlamasının etkilerini ortadan kaldırabilmek için birtakım karşı stratejiler geliştirilebilmektedir (Lindsay ve Berridge 2009, 414). Söz konusu karşı stratejiler, kısıtlanan girdiye bağımlılığı azaltacak şekilde üretim yöntemlerinin değiştirilmesi veya üst pazara yeni sağlayıcıların girmesinin teşvik edilmesi şeklinde olabilmektedir (Rehber, pr.39). Komisyon’un *Imperial Tobacco/Altadis*66 kararında İtalya, İspanya ve Fransa’da diğer üreticilerin de sigaralarını dağıtan Altadis’in pazar payı yaklaşık %95-100 seviyesindedir. İşlemin, İtalya pazarında neden olacağı dikey endişeleri inceleyen Komisyon; rakiplerin karşı stratejiler geliştirmesi bakımından Avusturya’da fabrika üretimi sigaraları pazarında %10’dan az pazar payına sahip olan bir üreticinin pazardaki dağıtım tekeline karşılık

⁶⁵ Agk. pr.130.

⁶⁶ COMP/M.4581 (2007) pr.53.

alternatif bir dağıtıcıyla çalışmaya başlayarak faaliyetlerini büyüttüğünü ve hatta söz konusu alternatif dağıtım kanalıyla pazar payını artırdığını belirtmiştir.

2.3.1.2. Girdi Kısıtlama Güdüsü

Birleşik teşebbüsün girdi kısıtlama güdüsünün olup olmadığı, kapamanın ne ölçüde kârlı olduğuyla ilişkilidir. Birleşik teşebbüs, alt pazardaki rakiplere girdi sağlama/sağlamama kararını alırken hem üst pazardaki hem de alt pazardaki kârını hesaba katmaktadır. Bu noktada, alt pazardaki rakiplere girdiyi kısıtlamanın üst pazar kârında yapacağı aşınmayla, alt pazardaki satışları veya fiyatları artırmanın alt pazar kârında yapacağı artış mübadele edilmektedir (Rehber, pr.40; Church 2008, 1478). Genel Mahkeme *GE/Honeywell*⁶⁷ kararında, birleşik teşebbüsün güdüsünün kanıtlanması gerektiğini, söz konusu kanıtlamanın iktisadi analizlerle ortaya konulabileceği gibi dosya özelinde iktisadi ve ticari gerçekliklerle de ele alınabileceğini belirtmiştir.

Birleşik teşebbüsün dikkate alması gereken mübadele, alt ve üst pazarlarda elde edeceği kâra bağlıdır. Bu noktada, üst pazarın kâr marjı düşük oldukça girdi kısıtlamasından dolayı uğrayacağı kâr kaybı düşük olmakta ve alt pazardaki kâr marjı yüksek oldukça da artan pazar payıyla birlikte elde edeceği kâr payı yüksek olmaktadır (Rehber, pr.41). Birleşik teşebbüsün girdi kısıtlamasına giderek üst pazarda uğrayacağı kâr kaybı; azalan satış miktarına, söz konusu azalan satışların marjına ve hangi ölçüde grup içi satışlarla telafi edilebileceğine bağlıdır (Lindsay ve Berridge 2009, 417). Bununla birlikte, alt pazardaki rekabetçi yapı dikkate alınmadan yalnızca alt ve üst pazarlardaki marjların dikkate alınması yanlış değerlendirmelere neden olabilecektir (De Coninck 2010, 947). *Philips/Intermagetics*⁶⁸ kararında Komisyon; taraflarca ileri sürüldüğü üzere üst pazarın kâr marjı yüksekken alt pazarın kâr marjının düşük olduğunu, bu kapsamda girdi kısıtlamasından dolayı üst pazarda kaybedilecek kârdan dolayı alt pazarda fazla miktarda MRI cihazı satılması gerektiğini ve bunun bir garantisinin olmadığını, girdi kısıtlaması imkanına sahip olan birleşik teşebbüsün kısa vadede (ilk iki yıl) yüksek kârlar elde edebilecekse de uzun vadede rakiplerin sağlayıcılarını değiştirebilmesinden ötürü müşteri kaybedeceği için bu yönde bir güdüsünün olmayacağını değerlendirmiştir.

⁶⁷ Agk. pr.295-297.

⁶⁸ COMP/M.4300 (2006) pr.56-57,62.

Birleşik teşebbüsün rakiplerinin maliyetlerini artırma güdüsü, alt pazarda kapamaya maruz kalan rakiplerden boşalan talebin hangi ölçüde birleşik teşebbüse kayacağına ve bu kayan talebin hangi oranda birleşik teşebbüsçe elde edileceğine bağlıdır (Salop ve Culley 2015b, 25). Birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine kıyasla daha az kapasite kısıtları olması ve ürünlerin yakın ikame olması durumunda, birleşik teşebbüsçe elde edilecek oran yüksek olmaktadır. Bununla birlikte girdinin, rakiplerin maliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturması⁶⁹ da, alt pazardaki talep üzerinde güçlü bir etki oluşturmaktadır (Rehber, pr.42). *Saint-Gobain/BPB*⁷⁰ kararında Komisyon, Birleşik Krallık'ta alçı alanında tek el ve kartonpiyer alanında lider teşebbüs olan BPB'nin ürünlerini kârlı bir şekilde dağıtmak için bağımsız dağıtıcılara ihtiyaç duyduğunu, Saint-Gobain'in yalnızca %10-20'lik bir kısmı dağıtabildiğini, kısa vadede dağıtım kapasitesini artırmasının uygulanabilir olmadığını ve nihayetinde rakiplerin maliyetlerinin artırılmasının kârlı olmadığını değerlendirmiştir.

Benzer şekilde girdi kısıtlama güdüsü, alt pazardaki rakiplerin maliyetlerinin artırılması sonucunda artan fiyatların birleşik teşebbüse ne şekilde yansıtacağına bağlıdır. Bu noktada, birleşik teşebbüsün alt pazardaki pazar payı yüksek olduğu müddetçe, artan kâr marjıyla birlikte satışları o derece yüksek olacaktır (Rehber, pr.43; Church 2008, 1478).

Bu sayılanların dışında birleşik teşebbüsün girdi kısıtlama güdüsü olup olmadığı değerlendirilirken, birleşik teşebbüsün ortaklık yapısı⁷¹, pazarda birleşik teşebbüse benzer pozisyonadaki bir teşebbüs tarafından geçmişte kapamanın uygulanıp uygulanmadığı bilgisi veyahut teşebbüs dâhilindeki stratejik bilgi ve belgeler dikkate alınmaktadır (Rehber, pr.45). Teşebbüs dâhilindeki stratejik bilgi ve belgelerin tedarik edilmesi hususunda Komisyon, *139/2004 sayılı Konsey Birleşme Tüzüğü*⁷² uyarınca gerekli gördüğü tüm bilgileri isteyebilmekte ve incelemelerde bulunabilmektedir.

⁶⁹ COMP/M.2738 GEES/Union (2002) pr.20.

⁷⁰ COMP/M.3943 (2005) pr.78.

⁷¹ Örneğin üst pazardaki birimin ortak kontrol altında olması ve ortak kontrole taraf olan teşebbüslerden yalnızca birisinin alt pazarda faaliyet göstermesi durumunda birleşik teşebbüsün girdi kısıtlama güdüsü, üst pazardaki teşebbüsün tek kontrol altında olması ve aynı zamanda alt pazarda da faaliyet göstermesi durumuna göre daha az olabilmektedir.

⁷² Dp.6, pr.38.

2.3.1.3. Etkili Rekabet Üzerine Genel Etkiler

Girdi kısıtlamasının rekabetçi endişeler doğurabilmesi için alt pazarda fiyatların artması yoluyla rekabet önemli ölçüde engellenmelidir (Rehber, pr.47; Church 2008, 1461).

Bu kapsamda, kapamaya maruz kalan rakiplerin oranı ne kadar yüksekse fiyat artışları dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde engellenmesi beklentisi o kadar yüksek olacaktır (Kokkoris ve Shelanski 2014, 357). Buna karşılık, birleşik teşebbüse yakın veya rekabetçi anlamda daha agresif olabilen bir rakip, her ne kadar pazar payı düşük olsa da, pazar açısından önemli bir rekabetçi unsur olabilmektedir (Rehber, pr.48). Benzer şekilde, alt pazarda dikey bütünleşik yapıda olan veya alternatif girdileri tercih etme imkanı olan rakiplerin varlığı, maliyetlerin artmasını engelleyebilmekte ve birleşik teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı oluşturarak fiyatların artmasını önleyebilmektedir (Rehber, pr.50).

Rekabetin önemli derecede engellenmesinin bir diğer yolu da birleşmeyle birlikte giriş engelleri meydana getirilmesidir. Birleşik teşebbüs, girdi kısıtlaması yoluyla alt pazardaki potansiyel rakiplere girdi sağlamayarak potansiyel girişleri caydırabilmektedir (Kokkoris ve Shelanski 2014, 357). Giriş engelleriyle rekabetin önemli derecede engellenmesinin bir diğer yolu da girdi kısıtlamasının her iki pazara birden girişi mecbur kılmasıdır (Rehber, pr.49; Salop ve Culley 2015b, 21).

Rekabet üzerine genel etkiler incelenirken, alt pazarda alıcı gücünün olması veya üst pazara yeni girişler gibi telafi edici unsurların da değerlendirilmesi gerekmektedir (Rehber, pr.51; Kokkoris ve Shelanski 2014, 357).

2.3.2. Müşteri Kısıtlaması

Müşteri kısıtlaması, üst pazarda yer alan sağlayıcının alt pazarda yer alan önemli bir müşteriyi birleşmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde birleşik teşebbüs, üst pazardaki mevcut ve potansiyel rakiplerinin alt pazardaki müşteri tabanına erişimini kısıtlayarak rakiplerin rekabet etme imkan ve güdülerini azaltabilmektedir. Bu durum, alt pazardaki rakiplerin birleşme öncesindeki fiyatlarla ve koşullarla girdiye erişimlerini güçleştirerek maliyetlerinin artmasına neden olabilmekte (Salop ve Culley 2015b, 30) ve nihayetinde birleşik teşebbüsün alt pazarda fiyatları kârlı bir şekilde arttırmasına

imkan verebilmektedir. Girdi kısıtlamasında olduğu gibi, müşteri kısıtlamasında da rakiplerin pazardan çıkmaları şartı aranmamakta ve artan girdi maliyetleriyle birlikte fiyatların artması yeterli görülmektedir (Rehber, pr.58).

Girdi kısıtlamasında izlenen sistematiğin müşteri kısıtlamasında da izlendiği Rehber’de, birleşik teşebbüsün müşteri kısıtlama imkan ve güdüsü ile etkin rekabet üzerine etkilere odaklanılmıştır (pr.59). Komisyon *WLR/BST*⁷³ kararında müşteri kısıtlamasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, hava yastığı bileşenleri pazarında SCI’nın (WLR’nin iştiraki) birleşme sonrasında düz hava yastığı kumaşı alımlarını münhasıran BST’den yapsa dahi, BST’nin yalnızca bir rakibinin SCI’ya yaptığı toplam satışlarının %10’un üzerinde olduğunu, SCI’nın üst pazardan alımlarının Avrupa Ekonomik Alanı düzeyinde %15-25 seviyelerinde olduğunu ve BST’nin rakiplerinin erişimine açık önemli derecede müşteri tabanı bulunduğunu, dolayısıyla birleşik teşebbüsün müşteri kapama imkanı olmadığını saptamıştır. Öte yandan, üst pazardaki kâr marjının alt pazardan bir hayli yüksek olduğunu, bu nedenle alt pazardaki düşük fiyat stratejisinin birleşik teşebbüsün aleyhine olacağını ve bundan ötürü birleşik teşebbüsün müşteri kısıtlama güdüsünün olmayacağını belirtmiştir.

2.3.2.1. Müşteri Kısıtlama İmkani

Dikey birleşme sonrasında, birleşik teşebbüsün alt pazardaki birimi bütün alımlarını üst pazardaki birimden yapmak suretiyle rakiplerden alımlarını sonlandırarak veya rakiplerden alımlarını azaltarak veya rakiplerden alım koşullarını birleşme öncesi duruma göre ağırlaştırarak rakiplerin maliyetlerini artırabilmektedir (Rehber, pr.60).

Birleşik teşebbüsün müşteri kısıtlama imkanı değerlendirilirken, üst pazardaki mevcut veya potansiyel rakiplerin alt pazarda alternatif müşterileri olup olmadığı dikkate alınmaktadır⁷⁴ (Riordan ve Salop 1995, 554). Bu kapsamda, birleşik teşebbüsün alt pazardaki biriminin ciddi oranda pazar gücüne sahip önemli bir müşteri olması durumunda, müşteri kısıtlamasının rekabetçi endişeler taşıdığı kabul edilebilmektedir (Rehber, pr.61). Komisyon’un *ENBW/ENI/GVS*⁷⁵ kararında, ENBW ve ENI tarafından ortak kontrol edilmek istenen GVS’nin, toptan gaz pazarındaki hâkim durumuyla

⁷³ COMP/M.4389 (2006) pr.33,35,38.

⁷⁴ COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility (2012) pr.102; COMP/M.4788 Rozier/BHS (2007) pr.18.

⁷⁵ COMP/M.2822 (2002) pr.57,61,67-68.

birlikte ENBW'nin gaz dağıtım pazarındaki yüksek payından dolayı rakip sağlayıcılar aleyhine kapama riskinin olduğu değerlendirilmiş ve yerel dağıtım şirketlerine, GVS ile yaptıkları tedarik sözleşmelerini feshetme imkanı veren taahhüt kapsamında izin verilmiştir. Komisyon, söz konusu taahhülle GVS'nin %60'lık satışlarının yakın gelecekte rekabete açılacağını ve müşterilerin sağlayıcılarını değiştirebileceklerini ifade etmiştir.

Üst pazarda önemli derecede ölçek ve kapsam ekonomilerinin bulunduğu veya talebin şebeke etkileriyle şekillendiği durumda müşteri kısıtlaması girdi fiyatlarında artışa yol açabilmekte ve bu nedenle üst pazardaki mevcut veya potansiyel rakiplerin rekabet edebilirlikleri azalabilmektedir (Rehber, pr.62). Bu sebeple, üst pazardaki rakiplerin minimum etkin ölçek seviyesinde veya bu seviyelere yakın noktalarda faaliyet göstermesi durumunda, müşteri kısıtlaması sonrasında ortaya çıkan üretim kaybı, rakiplerin değişken maliyetlerinin artmasıyla birlikte (Church 2008, 1482) girdi fiyatlarında yukarı yönlü bir baskı oluşturabilecektir (Rehber, pr.63).

Müşteri kısıtlaması, ölçek ve kapsam ekonomilerinin söz konusu olması halinde gelir beklentilerini önemli derecede düşürerek pazara yeni girişleri caydırabilmekte ve bu nedenle girdi fiyatları, müşteri kısıtlamasının olmadığı duruma göre yüksek seviyelerde kalarak alt pazardaki rakiplerin maliyetlerinin artmasına neden olabilmektedir (Rehber, pr.64).

Müşteri kısıtlaması nedeniyle üst pazardaki rakiplerin gelir akışı bozulacağından, rakiplerin maliyet tasarrufu, Ar&Ge ve ürün kalitesi yönündeki yatırım imkan ve güdülerini önemli derecede azalabilmekte (Riordan ve Salop 1995, 555-556) ve bu durum, rakiplerin uzun dönemde rekabet edebilirliklerini azaltarak pazardan çıkmalarına neden olabilmektedir (Rehber, pr.65; Salop ve Culley 2015b, 31). *Boeing/Hughes*⁷⁶ kararında üçüncü kişilerce, uydu fırlatma hizmetlerinde yaşanacak küçük derecedeki kazanç ve kayıpların, sabit maliyetlerin önemi ve pazardaki atıl kapasite nedeniyle pazarda ciddi değişikliklere neden olacağı, birleşik teşebbüs dışındakilerin başabaş noktasına tekabül eden kapasitede çalıştıkları ve en ufak bir kaybın kârlılıklarını düşüreceği, maliyetlerini artıracacağı ve rekabet edebilirliklerini zayıflatacağı ileri sürülmüştür. Buna

⁷⁶ Agk. pr.95-100.

karşılık Komisyon tarafından söz konusu iddialar, uydu fırlatma hizmetlerinin öncelikle fiyattan ziyade güvenilirliğe dayalı olduğu, bazı rakiplerin maliyet düşürme programına girdikleri, ticari satışlardaki olası kayıpların devlete satışlarla karşılanabileceği gibi gerekçelerle kabul görmemiştir.

Müşteri kısıtlaması değerlendirmelerinde girdinin asıl kullanıldığı pazarla birlikte girdinin kullanıldığı diğer pazarlar da dikkate alınabilmektedir. Müşteri kısıtlaması sonrasında müşteri tabanının önemli bir bölümünün kapanması sonucunda maliyetleri artan rakipler, etkin ölçüğe erişememelerinden dolayı diğer pazarlarda da yüksek maliyetlerle faaliyet gösterebilmektedir. Buna karşılık üst pazardaki rakipler, girdiyi ikincil pazarlarda önemli maliyet artışlarına katlanmadan kullanabilmeleri durumunda, etkinliğini koruyabilmektedir (Rehber, pr.66).

Müşteri kısıtlaması değerlendirilirken, üst pazardaki rakiplerin alt pazardaki satış seviyelerini koruyabilmek adına agresif fiyatlandırma yapması gibi karşı stratejilerin zamanında ve etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi de dikkate alınmaktadır (Rehber, pr.67). *Boeing/Hughes*⁷⁷ kararında Komisyon, pazardaki yüksek sabit maliyetlerden dolayı rakip uydu fırlatma aracı sağlayıcılarının maliyetler açısından birleşik teşebbüse nazaran daha az rekabetçi konuma gelmeleri durumunda işlem hacminin bir miktarını kurtarmak için fiyatları düşüreceğini ve sabit maliyetlerinin bir kısmını telafi edebileceğini değerlendirmiştir.

2.3.2.2. Müşteri Kısıtlama Güdüsü

Müşteri kısıtlama güdüsü, girdi kısıtlamasında olduğu gibi birleşik teşebbüsün söz konusu kapama stratejisinin kârlılığına bağlıdır. Bu şekilde, birleşik teşebbüsün üst pazardaki rakiplerden alımlarını kesmesinin sebep olduğu maliyetlerle alt veya üst pazarda fiyatları artırarak müşteri kısıtlamasından elde edeceği muhtemel gelirler karşılaştırılmaktadır (Rehber, pr.68; Kokkoris ve Shelanski 2014, 359). Söz konusu karşılaştırma içinse alt ve üst pazarlar ile komşu pazarlardaki maliyet ve kârlılık oranlarının bilinmesi gerekmektedir (Faull ve Nikpay 2014, 729).

Birleşik teşebbüsün üst pazardaki biriminin, rakiplerinden daha az etkin olması, kapasite kısıtlarının olması veya rakiplerin ürün farklılaştırması yoluyla daha cazip

⁷⁷ Agk. pr.100.

ürünler sunması durumunda, rakiplerden alımların kısılması maliyetlerin yüksek olmasına neden olmaktadır (Rehber, pr.69). Öte yandan müşteri kısıtlama güdüsü, kısıtlama stratejisi sonucunda yüksek fiyat seviyelerinden birleşik teşebbüsün alt ve üst pazarlarda fayda sağlamasına bağlıdır. Bu kapsamda birleşik teşebbüsün alt pazardaki payı yüksek oldukça, artan satışlarla birlikte daha yüksek getiri elde edebilecektir (Rehber, pr.70).

Girdi kısıtlamasında olduğu gibi müşteri kısıtlamasında da, birleşik teşebbüsün kısıtlama güdüsünün olup olmadığının ortaya konulmasında birleşik teşebbüsün ortaklık yapısının da dikkate alınması gerekmektedir. Birleşme sonrasında birleşik teşebbüsün birtakım faaliyetleri üzerinde ortak kontrol olması durumunda, kısıtlamanın hayata geçirilebilmesi için söz konusu ortakların da onayına ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁸ (Faull ve Nikpay 2014, 728).

2.3.2.3. Etkili Rekabet Üzerine Genel Etkiler

Müşteri kısıtlaması sonucunda üst pazardaki rakiplerin gelir akışları bozulacağından, pazarda rekabet edebilir şekilde faaliyetlerini sürdürmek adına maliyet tasarrufu, ürün kalitesinin artırılması gibi yatırımları yapma güduları azalabilecek (Salop ve Culley 2015b, 31) ve bu nedenle tüketiciler üzerindeki olumsuz etkinin görülmesi zaman alabilecektir (Rehber, pr.73).

Müşteri kısıtlaması yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltıldığına ortaya konulabilmesi için üst pazardaki çıktı miktarının önemli bir bölümünün gelir düşüşlerinden etkilendiği gösterilmelidir. Üst pazarda müşteri kısıtlamasından etkilenmeyen ve kapasite veya ürün farklılaştırma kısıtı gibi büyümelerinin önünde herhangi bir engel bulunmayan rakipler olması durumunda (Yatay Rehber, pr.33-35), alt ve üst pazarlardaki fiyat artışları önlenebilecektir (Kokkoris ve Shelanski 2014, 359). Buna karşılık üst pazardaki azalan rekabetin alt pazardaki çıktı miktarının önemli bir bölümünü etkilemesi durumunda dikey birleşme, alt pazardaki fiyatların önemli ölçüde artmasına neden olabilecektir (Rehber, pr.74).

Potansiyel rakiplerin pazara girişleri konusunda engellerin artırılması yoluyla da üst pazardaki rekabet önemli derecede engellenebilmekte ve bu durum, girdi

⁷⁸ COMP/M.6411 Advent/Maxam (2012) pr.71.

kısıtlamasında olduğu gibi müşteri kısıtlaması yoluyla potansiyel rakiplerin her iki pazara birden girmelerini zorunlu kılabilmektedir (Rehber, pr.75).

Rekabet üzerine genel etkiler incelenirken, alt veya üst pazarlardaki rekabet açısından dengeleyici alıcı gücünün bulunması veya pazara yeni girişler gibi telafi edici unsurlar (Kokkoris ve Shelanski 2014, 359) da değerlendirilmelidir (Rehber, pr.76).

2.4. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ

Rehber bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tek taraflı etkiler bağlamında dikey birleşmelerin antirekabetçi etkilerinin, pazar kapama şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Rehber’de, pazar kapamanın hayata geçirilebilmesi içinse, birleşik teşebbüsün önemli derecedeki pazar gücü özellikle vurgulanmıştır. Dolayısıyla birleşik teşebbüs; girdi kısıtlaması değerlendirmelerinde üst pazarda, müşteri kısıtlaması değerlendirmelerinde alt pazarda ciddi pazar gücüne sahip önemli bir oyuncu olmalıdır. Bununla birlikte, girdi kısıtlaması özelinde girdinin, müşteri kısıtlaması özelinde müşterinin gerek maliyet gerekse maliyet dışı etmenlerle önemli bir faktör olması gerekmektedir. Bu sayede birleşik teşebbüs, rakiplerinin maliyetlerini artırmakta ve bunun sonucunda artan maliyetler tüketicilere artan fiyatlar şeklinde yansımaktadır.

Buna karşılık birleşik teşebbüsün pazar kapama stratejilerine, alt ve üst pazardaki rakiplerin karşı stratejiler uygulayabilmesi veya çeşitli yollarla birleşmenin antirekabetçi etkilerinin ortadan kaldırılabilmesi durumunda, birleşmenin rekabet karşıtı olduğundan bahsedilememektedir. Öte yandan, bir birleşme işlemi değerlendirilirken pazarın yapısı, rakiplerin konumu, ürün özellikleri gibi diğer hususlar dikkate alınmaktadır. Bu sebeple her ne kadar Rehber, taraflara ve uygulayıcılara dikey birleşmelere ilişkin yol gösterici olup benzer olaylarda takip edilmesi gereken sistematiği ortaya koysa da, değerlendirmelerde keskin kuralların var olamayacağı ve her vakanın kendi içinde ele alınması gerektiği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Nitekim Komisyon’un birçok kararında, rekabetçi endişelerin ortadan kaldırılması adına dikey birleşmelerde sıkça kullanılan davranışsal taahhütlerin yanında yapısal taahhütlere de başvurduğu görülmektedir. Bu anlamda, dikey birleşmelerdeki rekabetçi endişelerin giderilmesine yönelik kullanılacak çözüm yöntemlerinin, ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kadar kapsamlı ve ilgi çekici olduğu düşünülmektedir.

BÖLÜM 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞMELERİN KONTROLÜ VE DİKEY BİRLEŞMELER

Genel olarak birleşmelerin kontrolü, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) bir veya daha fazla teşebbüsün hâkim duruma gelerek veya hâkim durumlarını güçlendirerek ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde azaltacak biçimde birleşmelerini yasaklayan 7. maddesiyle düzenlenmiştir. Ayrıca hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na (Kurul) bildirilerek izin alınması gerektiğinin Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 7. maddesinde işaret edilen ve meydana getirilmesi veya güçlendirilmesi yasaklanan hâkim durumsa, yine aynı Kanun'un 3. maddesinde *“Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”* şeklinde tanımlanmaktadır.

İlgili hükme dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 13. maddesinde ise, birleşmelerin değerlendirilmesinde özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususların gözönünde tutulacağı belirtilmiştir.

Meydana gelmesi veya güçlendirilmesi yasaklanan hâkim durumun tespitinde tek başına yeterli olmamakla birlikte en önemli unsurda, ilgili teşebbüslerin pazardaki konumu ve pazar payıdır. Pazar payının bu önemine rağmen rekabet hukuku uygulamalarında hangi büyüklükteki pazar payının hâkim durum göstergesi olacağı kesinlik arz etmemektedir. Bununla birlikte AB uygulamalarında⁷⁹ diğer koşullar göz ardı edilmek suretiyle %40 pazar payı eşiğinin altındaki teşebbüslerin hâkim duruma gelmelerinin pek muhtemel olmadığı belirtilmiştir. Türk Rekabet Hukuku uygulamalarına bakıldığında da benzer şekilde, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da %40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu, Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da ise %50'den yüksek paylar gibi pazar paylarının hâkim durumun göstergesi olabileceği kabul edilmiştir.

3.1. YATAY OLMAYAN BİRLEŞMELER KILAVUZU

Bir mal veya hizmet piyasasındaki bir birleşme işlemi sonucunda teşebbüslerin, tek başına veya birlikte, hâkim durumun işaret ettiği güce ulaşip ulaşamayacakları veya bu gücü güçlendirip güçlendiremeyecekleri hakkında öncül değerlendirmeler yapılması gerektiğinden hareketle, yatay olmayan birleşme ve devralmalar hakkında Kurul tarafından yapılacak öncül değerlendirmelerde dikkate alınacak genel ilkeleri ortaya koymak amacıyla 2013 tarihli Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz (Kılavuz) yayımlanmıştır.

Söz konusu Kılavuz, AB uygulamaları ve Rehber'den esinlenerek hazırlanmış olmakla birlikte, burada Kılavuz'un, Rehber'den farklılaşan yönlerine değinmekte fayda bulunmaktadır. Rehber ve Kılavuz arasındaki en önemli farklılık birleşmelerin kontrolünde kullanılan esasa ilişkin testten kaynaklanmaktadır. Rehber'de SIEC testi uyarınca birleşik teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olmasına, ancak söz konusu pazar gücünün herhangi bir şekilde hâkim durumu işaret etmek zorunda olmamasına özellikle dikkat çekilmekte iken; Kılavuz'da Kanun'un 7. maddesine aykırı olmamak adına,

⁷⁹ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings pr.14.

yatay olmayan birleşme işlemleri sonucunda ortaya çıkan birleşik teşebbüs, birleşme sonrasında söz konusu ilgili pazarlardan en az birisinde hâkim durumda olmadıkça birleşme işleminin rekabeti olumsuz şekilde etkilemeyeceği kabul edilebilmektedir.

Benzer şekilde Rehber’de birleşik teşebbüsün her bir pazarda, pazar payı %30’un ve HHI değeri de 2.000’in altında olması durumunda, rekabetçi endişelerin ortaya çıkma ihtimali oldukça düşük görülmekteyken, Kılavuz’da her bir ilgili pazarda HHI değerinin 2.500 seviyesinin altında olması ve birleşik teşebbüsün her bir pazardaki pazar payının %25’in altında olması halinde, incelemenin derinleştirilmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir.

Söz konusu farklılıklar hususunda Komisyon’un, değerlendirmelerinde SIEC testini esas almasına binaen %30 gibi bir pazar payı eşiği koymasına karşılık, Kanun’da öngörülen hâkim durum testine göre şekillendirilmiş Kılavuz’da %25 pazar payı eşiği⁸⁰ getirilmesi tezat oluşturmaktadır. Bununla birlikte Kılavuz’daki HHI oranının Rehber’e nazaran yüksek tutulmasına karşılık pazar payı eşiğinin Rehber’e kıyasla düşük tutulmasının, ayrıca tutarsızlık oluşturduğu dikkati çekmektedir. Bununla sınırlı olmamak üzere Kılavuz’da yer alan, *“birleşmenin yakın gelecekte önemli düzeyde büyümesi beklenen bir teşebbüsü içermesi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında önemli düzeyde çapraz hissedarlık ve yönetim ilişkilerinin bulunması, birleşen teşebbüslerden birinin piyasadaki koordine edilmiş davranışları bozma potansiyeli taşıması ve geçmiş ya da devam eden bir koordinasyona ilişkin emarelerin ya da koordinasyonu kolaylaştırıcı uygulamaların varlığı”* koşullarından bir veya birkaçının olması durumunda birleşme işlemi, söz konusu pazar payları ve yoğunlaşma oranları eşikleri altında olsa dahi incelemenin derinleştirilebileceği hükmü, yine Kanun’un 7. maddesiyle uyumlu değildir. Nitekim güvenli limanda kabul edilebilecek bir birleşmenin yukarıda sayılan hallerden birini taşıması halinde, hâkim durumu işaret etmediği müddetçe incelemenin derinleştirilmesi yerinde olmayacaktır.

Kılavuz ve Kanun arasındaki söz konusu uyumsuzluktan bağımsız olarak, dikey birleşmelere ilişkin Kılavuz’un yayımlanmasından önce ve sonra alınmış olan Kurul

⁸⁰ Kılavuz’da dile getirilen eşiğin, birleşmenin rekabetin azaltılması bakımından rekabetçi endişe yaratmadığının ilk aşamadaki göstergesi olarak kabul edilebileceği, ancak bu eşiklerin hukuken bağlayıcı olmadığı ve karine oluşturmadığı belirtilmiştir.

kararlarına bakıldığında yasaklanan bir işlem olmadığı göze çarpmaktadır. Aşağıda detaylı bir şekilde yer verilecek olan kararlarda Kılavuz sistematığının izlendiği, bununla birlikte Kılavuz'un yayımlanmasından önceki Kurul kararlarının da literatürle uyumlu⁸¹ bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Kurul'un ele almış olduğu dikey birleşmelere izin vermesine dayanak oluşturan etmenler genel olarak; pazarda alternatif sağlayıcı⁸² ve/veya alıcıların olması⁸³, işlemin giriş engellerine neden olmayacağı⁸⁴, birleşen teşebbüslerin hâlihazırdaki satın alma kompozisyonlarının ve/veya fiili yapının değişmeyeceği⁸⁵, pazarın büyük bir kısmının dikey bütünlüklü yapıda olduğu⁸⁶, girdinin toplam maliyetlerde küçük bir yer kapladığı⁸⁷ şeklinde sıralanabilmektedir. Öte yandan, birçok Kurul kararında işlem pazarda değişikliğe sebep olmayacağından veya düşük pazar payları sebebiyle işleme izin verildiği göze çarpmaktadır⁸⁸.

3.2. DİKEY BİRLEŞME KARARLARI

Kurul'un dikey birleşmelere yönelik kapsamlı değerlendirmelerde bulunduğu, rekabetçi endişelerin ön planda olduğu ve birçoğuna taahhütler kapsamında izin verdiği örnek mahiyetteki dikey birleşme kararlarına aşağıda yer verilmektedir.

3.2.1. THY Kararları

Dikey birleşmeler kapsamında Kurul'un detaylı analizler yaptığı pazarlara iyi bir örnek olan havayolu taşımacılığındaki pazar gücünden dolayı özellikle THY'nin taraf olduğu birleşmelere odaklanılmış ve dikey birleşmelerin rekabet karşıtı etkilerine dikkat çekilen dört kararda işlemlere taahhüt kapsamında izin vermiştir.

⁸¹ 21.03.2012, 12-13/384-113 tarih/sayılı; 17.01.2013, 13-05/41-20 tarih/sayılı; 18.07.2013, 13-46/585-256 tarih/sayılı kararlar.

⁸² 07.02.2008 tarih ve 08-12/130-46 sayılı kararda işlem hem yatay hem de dikey endişeler taşımaktadır. Endüstriyel margarin pazarında yatay anlamda hâkim duruma gelecek olan birleşik teşebbüsün aynı zamanda dikey bütünlüklü yapıya sahip olması ve alternatif sağlayıcıların yetersizliğinden dolayı işleme taahhütler kapsamında izin verilmiştir.

⁸³ 14.03.2012, 12-11/371-106 tarih/sayılı; 17.10.2012, 12-51/1454-499 tarih/sayılı; 04.04.2013, 13-19/266-129 tarih/sayılı; 26.02.2015, 15-09/118-49 tarih/sayılı kararlar.

⁸⁴ 22.03.2007 tarih ve 07-27/245-80 sayılı karar.

⁸⁵ 06.01.2005, 05-01/5-5 tarih/sayılı; 28.04.2011, 11-26/495-152 tarih/sayılı; 29.09.2011, 11-50/1254-443 tarih/sayılı; 20.02.2013, 13-11/162-84 tarih/sayılı; 13.08.2013, 13-47/636-275 tarih/sayılı kararlar.

⁸⁶ 18.07.2012 tarih ve 12-38/1104-360 sayılı karar.

⁸⁷ 26.02.2015 tarih ve 15-09/118-49 sayılı karar.

⁸⁸ Söz konusu kararların künyelerine Ek-3'te yer verilmektedir.

Girdi ve müşteri kısıtlamasının ayrı ayrı değerlendirildiği *THY/Havaş/TGS*⁸⁹ kararında; havaalanı yer hizmetleri pazarında THY'nin önemli bir alıcı olması nedeniyle işlemin, pazarın en büyük müşterisini mevcut ve potansiyel rakiplere kapatma etkisi olabileceği, hâlihazırda hizmet aldığı firmaların maliyetlerinde artış olabileceği ve bu firmaların pazardan çıkabileceği, yer hizmetlerindeki maliyet artışları veya hizmet kalitesinde meydana gelebilecek azalışların alt pazardaki diğer havayolu şirketlerini olumsuz etkileyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, THY alımlarının ilgili havalimanındaki toplam alımların %40'ından fazla olduğu tüm havaalanı/havalimanlarında, THY'nin doğrudan TGS'den hizmet almak yerine, belirli prosedürleri yerine getirerek rekabetçi koşullarda alım gerçekleştirme taahhüdünde bulunması sonucunda izin verilmiştir.

Uçak içi ikram hizmetlerini konu alan *THY-DO&CO/USAŞ*⁹⁰ kararında, THY'nin de tedarikçisi olan USAŞ pazarda lider konumdadır. Öte yandan THY, pazardaki toplam alımların yaklaşık %50'sini oluşturmaktadır. USAŞ'ın mevcut varlıklarını, know-how ve müşteri portföyünü THY-DO&CO'ya devretmesi ve pazardan çıkması öngörülen işlemde THY'nin pazarda önemli bir alıcı olması nedeniyle işlemin, pazarın en büyük müşterisini üst pazardaki mevcut ve potansiyel rakiplere kapatma etkisi ile THY'nin rakiplerinin maliyetlerinin artırılmasını inceleyen Kurul, ortak girişimin THY ve diğer havayolu şirketleri arasında ayrımcı uygulamalara yol açabilecek davranışlardan kaçınmasını taahhüt etmesi şartı ile işleme izin vermiştir.

Kararda, her iki pazarda da ciddi pazar gücüne sahip teşebbüslerin, rakiplerine pazarı kapayabileceğine ilişkin endişeler açık bir şekilde dile getirilmesine rağmen söz konusu endişelerin nasıl ortadan kaldırılacağına yönelik belirli bir çözüm ortaya konulamamıştır. Rakipler aleyhine ayrımcılık yapılmaması, hâlihazırda Kanun'un 6. maddesi kapsamında düzenlenmiş ve teşebbüslerin uyması gereken bir yükümlülükken, söz konusu unsurun teşebbüslerce taahhüt şeklinde sunulmasının istenmesi, taahhüt mekanizmasından beklenen faydalara ve pazarın birleşme öncesindeki rekabetçi yapısının tesisine hizmet etmediği düşünülmektedir. Nitekim, benzer nitelikteki endişeler kararın karşı oy gerekçesinde de dile getirilmiştir.

⁸⁹ 27.08.2009 tarih ve 09-40/986-248 sayılı karar.

⁹⁰ 29.12.2006 tarih ve 06-96/1225-370 sayılı karar.

Öte yandan Kurul, THY ve Opet tarafından kurulan ortak girişim ve söz konusu ortak girişimin yapmış olduğu birleşmeleri incelemeye tabi tutmuştur. Bu kapsamda ilk olarak Kurul, THY ve Opet tarafından kurulan, havayolu taşımacılığında kullanılan jet yakıtı alanında faaliyet gösterecek bir ortak girişimi incelediği kararında⁹¹ dikey ilişkiyi rafinaj–tedarik–tüketici şeklinde tanımlamıştır. Kurul, yapmış olduğu değerlendirmede, kurulacak ortaklığın TÜPRAŞ'ın, dolayısıyla Koç Grubu'nun rafinajdaki hâkim durumunu güçlendirmeyeceğine, kaldı ki Opet'in de Koç Grubu'nun tam kontrolünde olmadığına dikkat çekmiştir. Dikey ilişkinin tedarik aşamasına yönelikse POAŞ'ın hâkim durumda olduğu ve yeni kurulacak ortak girişim ile tedarik aşamasında hâkim durum meydana getirilmesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Dikey ilişkinin son halkası olan havayolu taşımacılığında, jet yakıtının uçuş bazındaki maliyetler içerisinde ortalama %30-40 arasında paya sahip olduğu, havayolu taşımacılığında yüksek pazar gücüne sahip olan THY'nin jet yakıtı tedarikinde de güçlü bir konuma gelmesinin, rakiplerin maliyetinin artırılması bakımından risk oluşturabileceği, ancak her ne kadar birleşmelerde ileriye yönelik oluşacak risklerin de değerlendirmelerde dikkate alınması gerekse de ortaklığın başlangıç itibarıyla pazar payı bulunmadığı için kuruluş aşamasında hâkim durumda olmadığı gerekçeleriyle işleme izin verilmiştir.

Kılavuz'un yayımlanmasından sonra THY/Opet tarafından İstanbul Sabiha Gökçen Havalimanı⁹² ile Antalya, Bodrum, İzmir ve İstanbul Atatürk havalimanlarında⁹³ jet yakıtı depolama ve ikmal tesislerinin işletilmesi hakkının devralınmasına ilişkin dosyalar Kurul'un gündemine gelmiştir. Her iki dosya açısından da THY/Opet'in hâkim durumda olduğu değerlendirilmesinde bulunan Kurul, havacılık yakıtları pazarının tamamen veya kısmen rakiplere kapatılması ve alt/üst pazardaki fiyatların yükselmesi endişelerini incelemiştir. Her iki dosya açısından, THY/Opet'in hâkim durumunun güçlenmesi ile birlikte pazarın rakiplere kapatılması ve fiyat artışları endişelerinin giderilmesi adına THY/Opet, depolama faaliyetleri ile akaryakıt ikmal hizmetlerine erişim taahhüdünde bulunmuş, Sabiha Gökçen Havalimanı içinse EPDK tarafından

⁹¹ 26.08.2009 tarih ve 09-39/981-247 sayılı karar.

⁹² 26.02.2014 tarih ve 14-08/155-66 sayılı karar.

⁹³ 16.07.2014 tarih ve 14-24/482-213 sayılı karar.

onaylanan tarifenin üzerine çıkılmayacağını taahhüt etmiştir. Söz konusu işlemlerin bu halleriyle rekabetçi endişeleri giderdiğini değerlendiren Kurul, taahhütler kapsamında işlemlere izin vermiştir.

3.2.2. Ferrero/Oltan

Kurul'un, Kılavuz'un yayımlanmasından sonra en kapsamlı ve Kılavuz sistematiği ile çerçevesini içselleştirerek aldığı ilk karar *Ferrero/Oltan*⁹⁴ kararıdır. Kurul söz konusu kararında, Kılavuz'da detaylıca değinilen işlemin neden olabileceği pazar kapama endişelerini ve işlemle birlikte elde edilebilecek etkinlik kazanımlarını değerlendirmiştir.

Şekerleme ve diğer şekerli ürünlerin üretim ve satış alanlarında faaliyet gösteren uluslararası gıda ürünleri imalatçısı Ferrero'nun, fındık alım-satımı ve toptan fındık ticareti alanında faaliyet gösteren Oltan'ı devralmasını inceleyen Kurul, pazar kapamayı değerlendirirken girdi kısıtlaması ve müşteri kısıtlamasını ayrı ayrı irdelemiştir.

Girdi Kısıtlaması

Birleşik teşebbüsün gerek üst gerekse alt pazarlardaki pazar paylarına bakan Kurul, birleşik teşebbüsün alt pazarda girdilere erişimi önemli ölçüde kısıtlama imkânının olmadığını belirtmiştir. Bu kapsamda, birleşik teşebbüs tarafından olası bir girdi kısıtlaması stratejisine karşılık üst pazarda, alt pazarda yer alan rakiplerin ihtiyacını karşılayacak alternatif çok sayıda sağlayıcının olduğu değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, sağlayıcı değiştirmenin önemli bir maliyete katlanılmasını gerektirmediği saptanmış, alt pazardaki müşterilerin genellikle birden fazla sağlayıcı ile çalıştıkları ve girdi alımını yalnızca birleşik teşebbüse yöneltmedikleri vurgulanmıştır. Öte yandan Kurul, birleşme öncesinde Oltan'ın 2013 yılındaki satışlarının belirli bir kısmını Ferrero'ya yaptığı, bu oranların geçmiş yıllarda da birbirine yakın olduğu hususlarını dikkate alarak, bahse konu birleşmenin pazarın yapısında radikal değişikliklere yol açmayacağını değerlendirmiştir.

Birleşik teşebbüsün girdi fiyatlarını artırabilme durumunda dahi rakiplerinin önemli ölçüde kapasitelerinin/kapasite fazlasının bulunduğu ve birleşik teşebbüsün

⁹⁴ 08.01.2015 tarih ve 15-02/8-6 sayılı karar.

rekabetçi seviyeden ayrışan nitelikte fiyat uygulaması halinde, rakiplerin söz konusu uygulamalara cevap verebilecek kapasiteye sahip olduğu saptanmıştır. Bununla birlikte olası fiyat artışlarına karşılık yüksek giriş maliyetleri ve ölçek ekonomileri kapsamında pazara herhangi bir giriş engeli olmadığı değerlendirilmiştir.

Birleşik teşebbüsün girdi kısıtlaması güdüsü olmadığına ilişkin olarak pazardaki geçmiş tecrübeleri inceleyen Kurul, Ferrero'nun Stelliferi'yi devralmasından sonra, içinde belli başlı rakiplerin de bulunduğu çok sayıda İtalyan ve uluslararası müşterilere fındık satımını sürdürmesini örnek kabul etmiştir.

Müşteri Kısıtlaması

Kurul, Ferrero'nun 2013 yılındaki fındık alım miktarlarını incelemiş ve teşebbüsün ihtiyacının önemli bir kısmını Oltan ve Stelliferi üzerinden Türkiye'den karşıladığını saptamıştır. Buna karşılık Türkiye'de toplam fındık üretiminin 300.000 ton olduğu, bunun %25'inin iç tüketimde kullanıldığı, kalanının ihraç edildiği dikkate alınarak, Ferrero dışında da yeter düzeyde müşteri tabanının olduğu belirtilmiştir. Alt pazarın ihtiyaçlarının tamamının üst pazardaki birleşik teşebbüs tarafından karşılanamayacağını, belirli kalite standartlarına uygun girdi için üçüncü taraflardan alımı sürdüreceğini, dolayısıyla sağlayıcılar açısından birleşik teşebbüsün müşteri tabanına erişim için herhangi bir kısıtlama olmayacağını değerlendirmiştir.

Kurul yapmış olduğu genel rekabet değerlendirmesi sonucunda, işleme birlikte hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin vermiştir.

Kararın Değerlendirilmesi

Ferrero/Oltan kararı, yürürlüğe girmesinden sonra Kılavuz'da çizilen çerçevenin benimsendiği ilk karar olması nedeniyle önem taşımaktadır. Kurul, hâkim durum testi bağlamında ilk olarak birleşik teşebbüsün alt ve üst pazarlardaki pazar paylarına odaklanmıştır. Anılan karardan birleşik teşebbüsün herhangi bir pazarda hâkim durumu işaret edecek herhangi bir pazar büyüklüğüne sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte işlemin Kılavuz'da belirtilen %25 eşiğini aştığı ancak hâkim durumu

işaret edecek kadar büyüklüğe sahip olmadığı tek pazar, toptan fındık alımı pazarıdır. Bu noktada, herhangi bir pazarda hâkim durumu işaret etmeyen ilgili işlem Kılavuz ışığında incelenmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi bağlamında herhangi bir şekilde hâkim durum meydana getirmeyecek olmasından dolayı kapsamlı bir şekilde incelenmesi usul ekonomisi dikkate alındığında bir gereklilik oluşturmamaktadır.

Bununla birlikte, her ne kadar Kılavuz lafzi olarak hâkim durumu işaret etse de Kılavuz'un ruhu ve ortaya koyduğu sistematik, hâkim duruma ulaşmayacak olan işlemlerin de incelenmesini konu almaktadır. Bu kapsamda söz konusu işlemin, Kanun'un 7. maddesi hatırda tutularak, incelemeyi derinleştirmeden pazar paylarıyla birlikte hâkim durum analizi noktasında sonlandırılması uygun olurdu. Buna karşılık anılan işlemle birlikte, her ne kadar hâkim durum meydana gelmesede dahi birleşik teşebbüsün özellikle fındık alım pazarında belirli bir pazar gücüne ulaşacak olması nedeniyle, pazar kapama risklerinin ortadan kaldırılamaması da ayrı bir endişe konusudur. Söz konusu kararda herhangi bir pazar kapama riskinin olmadığı kabulüyle birlikte, Kılavuz temelli yapılan inceleme neticesinde işlem pazar kapamaya neden olsa dahi birleşik teşebbüs hâkim duruma gelmeyeceği için, Kanun hükümlerince işleme izin verilmemesinin zaten gerekçesi bulunmamaktadır.

Karara ilişkin getirilebilecek eleştirilerden birisi de, işlemin nihai incelemeye alınmış olması gerçeğiyle birlikte birleşik teşebbüsün pazar kapama imkan ve güdülerinin değerlendirilmesinde Kılavuz temelli iktisadi analiz ve tespitlerin kullanılmamış olmasıdır. Birleşik teşebbüsün rakiplerinin işlemin antirekabetçi etkilerine ilişkin endişelerinin olmaması ve/veya endişe olsa da iddiaların somut bir şekilde ortaya konulmaması durumunda dahi işlemin antirekabetçi riskler taşımadığı hususunda iktisadi deliller kullanılabilirirdi. Ancak dosya özelinde, yapısal parametrelerle pazar kapamanın olmadığı açık bir şekilde ortaya konulduğundan iktisadi analize ihtiyaç duyulmadığı düşünülmektedir.

3.2.3. AEH/Migros

Kılavuz'un yayımlanmasından sonra, Kılavuz sistematığının içselleştirildiği bir diğer karar da *AEH/Migros*⁹⁵ kararıdır. Anadolu Endüstri Holding (AEH); Anadolu Efes ile alkollü içecekler pazarında (bira), Coca Cola İçecek ile alkolsüz içecekler pazarında, Ana Gıda ile zeytinyağı pazarında, Anadolu Etap ile yaş sebze ve meyve pazarında, Adel ile de kırtasiye malzemeleri pazarında faaliyet göstermektedir. Migros ise oldukça kalabalık müşteri tabanına ve mağaza ağına sahip ulusal zincir niteliğinde bir perakendecidir. Karar özelinde her ne kadar yatay endişeler bulunsada kararın neredeyse tamamında dikey etkiler sorgulanmıştır. Kararda, bira dışındaki diğer pazarlarda rekabetçi endişelerin olmadığı belirtildiğinden antirekabetçi etkiler sadece bira pazarı özelinde aktarılacaktır.

Kararda ilk olarak Migros'un HTM organize perakende kanalındaki önemine dikkat çekilmiştir. Migros'un rakiplerinin temel olarak, Carrefoursa, Tesco Kipa, Kiler, Real gibi ulusal zincir mağazalar ile süpermarket kanalında faaliyet gösteren yerel süpermarket zincirleri olduğu, Migros'un toplam mağaza sayısının Carrefoursa ve Tesco Kipa'nın mağaza sayıları toplamının iki katını aştığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Migros'un pazar gücü açısından, perakende pazarındaki rakiplerince ve geleneksel kanaldaki teşebbüslerce uygulama ve fiyatları sıkı bir şekilde izlenen bir perakendeci olduğu değerlendirilmiştir.

Girdi Kısıtlaması

Kurul, AEH'nin girdi kısıtlamasına gitmeyeceği değerlendirmesini; bira pazarı özelinde katı reklam yasaklarının olduğuna, alkollü içecek satış noktalarının son yıllarda azalma eğiliminde olduğuna, Anadolu Efes'in mümkün olduğu ölçüde satış noktalarında bulunma gayreti içerisinde olacağına ve böylelikle Migros'un ulusal çaptaki rakiplerinde de yer almak isteyeceğine dayandırmıştır.

Girdinin önemli ve kritik bir girdi olup olmadığını inceleyen Kurul, biranın zincir marketlerin sattığı birçok üründen yalnızca biri olduğunu ve bir perakendecinin cirosu içerisinde son derece düşük bir paya sahip olduğunu, olası bir girdi kısıtlaması

⁹⁵ 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı karar.

durumunda Anadolu Efes bulamayan tüketicilerden en azından bir kısmının en büyük rakibi konumundaki Tuborg ürünlerine talebini kaydırabileceğini gözönünde bulundurarak, girdi kısıtlama stratejisinin AEH açısından bir kayıp olarak ortaya çıkabileceğini değerlendirmiştir.

Müşteri Kısıtlaması

Mezkur karar kapsamında Kurul, müşteri kısıtlaması hususunda alt pazardaki birimin pazarda ciddi bir pazar gücüne sahip önemli bir müşteri olup olmadığı, üst pazardaki teşebbüslerin alternatif sağlayıcılara yönelme olasılığı, müşteri kısıtlamasının birleşik teşebbüs için ne ölçüde kârlı bir strateji olduğu ve üst pazardaki toplam çıktı miktarının ne kadarlık bir kısmının bu birleşmeden etkilendiği noktalarını dikkate almıştır. Bu kapsamda ilk olarak dikey bütünleşik yapı içerisinde Migros'un önemine değinilmiş ve ilgili pazarda AEH'nin konumuna odaklanılmıştır.

AEH'nin hâkim durumda olduğu pazarlarda incelemesini derinleştiren Kurul, ilk olarak kolalı içecekler ve aromalı gazoz pazarını analiz etmiş; Migros'un bu ürünler özelinde pazarda hem organize kanalda hem de Türkiye çapında çok önemli bir oyuncu konumunda olmadığını ve hatta öneminin giderek azaldığını, rakiplerin kısıtlanma sonucu kaybedecekleri payların sınırlı olacağını, olası kayıplarını diğer organize ve geleneksel perakendeciler aracılığıyla telafi edilebileceğini değerlendirmiş ve her halükarda işlem neticesinde birleşik teşebbüsün hâkim durumunu güçlendirmeyeceğini saptamıştır.

İşlemin asıl rekabetçi endişeler taşınan bira pazarında Kurul, Anadolu Efes'in hâkim durumda olduğu, bira pazarının duopol bir özellik gösterdiği ve ev kanalında tüketilen biranın ağırlıklı olarak (%90) geleneksel kanalda⁹⁶ satıldığı tespitleriyle birlikte; Migros'un bira pazarındaki önemi açısından, organize kanalda satılan biranın hacim bazında yarısından fazlasının, değer bazında ise yaklaşık yarısının Migros'ta satıldığını belirtmiştir.

Migros'un alt pazardaki önemi ile birlikte birleşik teşebbüsün rakiplerine karşı alt pazarı tamamen kapatması durumunu değerlendirirken Kurul, Migros'ta satılan

⁹⁶ Bakkal ve büfe gibi küçük satış noktaları.

Tuborg biralarının toplam ev kanalındaki bira satışlarına etkisi açısından Migros'un Tuborg satışlarındaki yerinin fazla büyük olmadığını saptamıştır. Buna karşılık karanlık pazar koşulları⁹⁷, alkollü içecek satan geleneksel kanal ve organize kanal nokta sayılarında yaşanan düşüş, Migros'un reklam ve tanıtım etkisi gibi faktörleri hacimsel büyüklüklerle birlikte değerlendirilmiş; rakibin müşteri tabanının kısıtlanmasının pazar payındaki düşüşle sınırlı kalmayacağı ve söz konusu etkinin büyüyeceği vurgulanmıştır.

Migros'un önemi noktasında Kurul ayrıca, Migros'un geleneksel kanal için bir gösterge niteliğinde olduğunu, yalnızca organize kanaldakilerin değil, geleneksel kanaldaki perakendecilerin de Migros'u takip ettiklerini, Migros'un bu anlamda bir kaldıraç etkisi oluşturduğunu ve Migros'ta bulunmanın tüm kanala sirayet ettiğini değerlendirmiştir. Ayrıca pazarın duopol yapısından dolayı bir teşebbüsün kaybının diğerinin kazancı olmasından hareketle, geçmiş yıllarda Anadolu Efes'in kaybettiği payları rakibin almasının; birleşik teşebbüs için bir dışlama tercihi oluşturabileceği belirtilmiştir.

Birleşik teşebbüsün müşteri kısıtlaması güdüsü olup olmadığını değerlendirirken Kurul, rakibin dışlanması birleşik teşebbüs için iktisadi açıdan kârlı olup olmadığını incelemiştir. Farklı senaryolar üzerinden yapılan iktisadi analiz sonucunda Kurul, tüketicilerin bir süpermarket alışverişinde biraya değil de sepete odaklandıkları durumda, birleşik teşebbüsün rakibini kısıtlaması ile anlamlı bir büyüklüğe ulaşacak sayıda müşteri kaybetmeyeceği öngörüsüyle birleşik teşebbüsün rakibi alt pazardan dışlama güdüsünün olabileceğini değerlendirmiştir. Bunun yanında Migros'un sadakat kartı yoluyla edineceği tüketicilere ilişkin verilerin⁹⁸ reklam yasakları bulunan pazarda birleşik teşebbüs lehine avantaj sağlayacağı vurgulanmıştır.

Karar özelinde yapılan iktisadi analizlerde birleşik teşebbüsün rakibi müşteri tabanından dışlama güdüsüne sahip olabileceği; olası bir dışlanma durumunda, Migros'taki satış hacmi kaybının, üretim maliyetleri üzerindeki etkisinin de ötesinde, pazar dinamiklerine bağlı olarak, pazarlama maliyetleri, işlem maliyetleri ve geri besleme etkisi sebebiyle diğer kanallardaki satışların kaybedilmesine ilişkin maliyetler gibi ilgili pazarın bütününe yayılabilecek maliyet artırıcı etkilerinin ortaya çıkabileceği

⁹⁷ Pazarda reklam ve tanıtım yasaklarının bulunması.

⁹⁸ CRM verileri.

değerlendirilmiştir. Ayrıca maliyetlerinin yükselmesine bağlı olarak Tuborg'un fiyatlarında meydana gelecek bir artışın bu teşebbüsün ilgili pazarda satış kaybetmesine ve dolayısıyla rekabet etme yetenek ve güdüsünün azalmasına yol açabileceği, dolayısıyla işlem ile birlikte bir pazar kapama etkisi ortaya çıkabileceği ve bunun, birleşik teşebbüsün hâkim durumunun güçlendirilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir.

Bira pazarı dışında kalan pazarlarda birleşik teşebbüsün hâkim duruma gelmeyeceği veya mevcut hâkim durumunu güçlendirmeyeceği tespitinde bulunan Kurul, bira pazarı özelinde sunulan taahhütler çerçevesinde işleme izin vermiştir. Sunulan taahhütlerde özetle; işlemden sonraki üç yıl boyunca ve AEH'nin Migros ve Anadolu Efes üzerinde kontrol hakkı devam ettiği müddetçe, Migros'un Anadolu Efes'in rakipleriyle ticari ilişkilerini mevcut koşullarda⁹⁹ sürdürmesi, Migros'la rakiplerin ticari ilişkilerine AEH'nin müdahil olmamasına yönelik hükümler yer almıştır. AEH ayrıca, kapsamı oldukça geniş olan söz konusu taahhütlerin pazardaki yansımalarının izlenebilmesi adına, ayırıştırma taahhütlerinde sıkça karşılaşılan denetleyici uzman mekanizmasının kıyasen ilgili taahhütlerde de uygulanmasını üstlenmiştir. Pazarı bilgilendirmek ve kapsamı oldukça geniş olan taahhütlerden ne anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koyan Kurul, taahhütleri bira pazarı özelindeki endişeleri giderme noktasında yeterli bulmuş ve ayrıca, 3 yıllık sürenin sonunda pazar koşullarına göre taahhütlerin uygulanma süresinin yeniden değerlendirebileceğini belirtmiştir.

Kararın Değerlendirilmesi

Kılavuz'un sistematik bir şekilde uygulama alanı bulduğu ikinci karar olma özelliğini taşıyan söz konusu karar, iki nokta itibarıyla Türk Rekabet Hukuku açısından kritik önemi haizdir: dikey birleşmelerde nadir görülen müşteri kısıtlamasını konu alması ve Rekabet Kurumu nezdinde hâkim durumu güçlendiren ender dosyalardan olmasıdır.

Kurul'un daha önceden perakende pazarına ilişkin benzer nitelikte aldığı dikey birleşme kararlarına bakıldığında; *Yıldız/ŞOK*¹⁰⁰ kararında üst pazarda (Ülker) talep esnekliğinin yüksek olduğu, alt pazarda ŞOK'un görece düşük pazar payına

⁹⁹ Taahhütte devam ettirilecek olan koşullar, karar tarihinden önceki üç ayın ortalaması alınarak belirlenecektir.

¹⁰⁰ 17.08.2011 tarih ve 11-45/1044-357 sayılı karar.

sahip olduğu ve sağlayıcılar için çok sayıda alternatifin yer aldığı değerlendirilmiştir. ŞOK/DiaSa¹⁰¹ kararında da benzer değerlendirmeler yapılmış ve birleşik teşebbüsün perakende pazarında önemli bir alıcı gücünün olmayacağı belirtilmiştir. *AEH/Migros* kararında ise Kurul, Kılavuz'un yayımlanmasından sonra pazara olan bakışını çok fazla değiştirmemiş ancak bira pazarının ve alkollü içecek satan organize perakende kanalının önemini ön plana taşımıştır. Bununla birlikte, Migros'un satış paylarından bağımsız olarak¹⁰² reklam ve tanıtım açısından pazar için anlamı ve tüketicilere ilişkin elindeki zengin veri seti işlemin antirekabetçi etkilerine ilişkin incelemenin derinleştirilmesini ve bu kapsamda taahhütlerin gündeme getirilmesini gerekli kılmıştır. Bu anlamda söz konusu kararın, müşteri kısıtlaması bağlamında maliyet dışı faktörlerle müşterinin öneminin dikkate alındığı bir karar olması açısından dikkate değerdir.

Kararın dikkat çeken bir diğer unsuru, birleşik teşebbüsün kısıtlama güdüsü olup olmadığına ilişkin iktisadi analizin yapılmasıdır. Son yıllarda dosyalarda¹⁰³ yoğun bir şekilde kullanılan iktisadi analizler, *AEH/Migros* kararıyla birlikte Kılavuz'da öngörüldüğü şekilde dikey birleşmelerde de kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle birleşik teşebbüsün girdi veya müşteri kısıtlama güdüsünün olup olmadığı tespitinde yoğun olarak kullanılan iktisadi analizler söz konusu kararlarla birlikte dikey birleşmelere de uygulanır olmuştur.

3.3. BÖLÜM DEĞERLENDİRMESİ

Mevcut düzenleme altında, farklı ilgili ürün pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmeleri neticesinde, teşebbüslerin pazar paylarında doğrudan artış olmayacağı için, teşebbüs her ne kadar belirli bir pazar gücüne sahip olsa da, Faull ve Nikpay (2014, 731)'in bazı geçmiş Komisyon kararları üzerinden dikkat çektiği gibi, dikey birleşmeyle birlikte birleşik teşebbüsün hâkim duruma gelmesi güçtür veya belirli bir zamana ihtiyaç vardır.

¹⁰¹ 26.06.2013 tarih ve 13-40/513-223 sayılı karar.

¹⁰² İlgili pazarın, organize perakende ve geleneksel kanalın toplamından oluşan pazar olarak değerlendirilmesi neticesinde, Migros'un payı bir hayli düşük olmasına rağmen, Kurul değerlendirmelerinde pazar payı dışındaki faktörleri ön plana çıkarmıştır.

¹⁰³ Söz konusu kararlar için bkz. Ek-4.

Nitekim THY/Opet ortak girişimine, kuruluş aşamasında hâkim durumda olmadığı için izin verilmiştir. Bununla birlikte, THY/Opet işlemden kısa bir süre sonra hâkim duruma gelmiştir ve THY/Opet'in sonraki yıllarda taraf olduğu birleşmelere ancak taahhütler çerçevesinde izin verilmiştir. Söz konusu kararda Kanun'un 7. maddesi SIEC testinin uygulanmasına cevaz vermediğinden, salt hâkim durum analizinin yapılmış olması; pazarın yapısından ötürü, işlem sonrasındaki kısa sürede pazarda hâkim duruma gelmesi kuvvetle muhtemel bir teşebbüsün doğmasına neden olmuştur. Kaldı ki rakiplerin maliyetlerinin artırılması ve pazar kapama açısından, jet yakıtının havayolu taşımacılığı maliyetlerinde önemli bir yer tutmasına, hâkim durum testinden dolayı yeterli önem verilememiştir.

Dikey birleşmeyle hâkim duruma gelmesi güç olmasına rağmen mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi söz konusu olabilecektir fakat bu tarz bir dosyanın ne sıklıkla Kurul gündemine geleceği ise tartışmalıdır. Ayrıca bu noktada dikey birleşmeler, belirli pazarlara ve belirli pazarlar özelinde belirli teşebbüslerin birleşmelerine indirgenmiş olacaktır¹⁰⁴.

Kanun ve Kılavuz'un dikey birleşmelere uygulanması yukarıda açıklandığı üzere birtakım uyumsuzluklara neden olmaktadır. Kanun'a göre incelemenin derinleştirilmesine gerek olmayan işlemler Kılavuz'un içeriğinden ötürü derinleştirilebilmekte, işlem neticesinde önemli büyüklükte pazar gücü elde edebilecek birleşik teşebbüsün pazara olan etkileri ise Kanun'da yer alan hâkim durum kriterinden dolayı incelenemeyebilecektir. Söz konusu endişeyi ortadan kaldırmak için ikincil düzenlemeler ile kanuni düzenlemenin yeknesak bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir. Zira ikincil mevzuat ve kanuni düzenleme arasındaki uyumsuzluk, uygulamada kafa karışıklıklarına ve hâkim durum meydana getirmeyen birçok işlem inceleme dışında kalacağı için müdahale açıklarına neden olmaktadır. Kanun ve Kılavuz arasındaki uyumsuzluğun bir nedeni de, AB'nin 2004 yılında test değişikliği yapmasından sonra ilgili rehberi 2007 yılında yayımlaması ancak Kanun'un birleşmelere ilişkin maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamasına rağmen fiilen SIEC testine dayanan, hâkim durum testine göre şekillenen Kılavuz'un 2013 yılında yayımlanmasıdır.

¹⁰⁴ Nitekim söz konusu endişe, kendisini THY kararlarında göstermektedir.

Hâkim durum testinin sakıncaları ve teste yönelik değişiklik önerileri yatay birleşmeler ve birlikte hâkimiyet üzerinden tartışılmaktadır. Ancak Komisyon uygulamalarından ve yukarıda değinilen kararlardan da görüldüğü üzere hâkim durum testi dikey birleşmeler açısından da müdahale açıklarına neden olmaktadır. Bu kapsamda Kılavuz ve Kanun arasındaki uyumsuzluğun giderilmesine binaen hâlihazırda SIEC testine uygun kaleme alınan Kılavuz'daki kazanımların da korunması açısından kanun değişikliğinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Olası bir Kanun değişikliğine gerek olup olmadığı hususunda Gülergün (2003, 182-183), hâkim durum kavramının makyajlanıp pazar gücü anlamına getirilmesinden ziyade, hâkim durum testinin terk edilerek rekabet testinin kullanılması gerektiğini dile getirmiştir. Buna karşılık Öz (2005, 77); yoğunlaşmaların kontrolünde hâkim durum testinin yeterli olduğunu, detaylı iktisadi analiz yapılabilmesi için kanun değişikliğinin elzem olmadığını savunmuştur. Eğer gerçekten bir kanun değişikliği yapılacaksa da beraberinde açıklayıcı bir dizi rehber yayımlanması ve iktisadi analizleri yapabilecek kurumsal kapasitenin geliştirilmiş olması koşulunu ileri sürmüştür. Buna karşılık “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”’nı ele alan Tekinalp (2009, 35-36), AB'deki değişikliğin takip edilmesinin ve bu kapsamda daha çok iktisadi analizin kullanılacak olmasının memnuniyet verici olduğunu belirtmiştir. Daha çok yatay birleşmeleri inceleyen Arıtürk (2008, 73-74) ise Kanun'un 7. maddesinin genişletilmesi yerine SIEC testine geçilebileceğini ve bu sayede katıksız rekabet testiyle ortaya çıkabilecek sorunların aşılabileceğini vurgulamıştır.

Kanun ve Kılavuz arasındaki uyumsuzluğun ve yukarıda ileri sürülen sorunların çözümü adına 2014 yılında TBMM gündemine taşınan “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*”’nda “*Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir mal veya hizmet piyasasında, tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi başta olmak üzere rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır.*” hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda, muhtemel Kanun değişikliği çerçevesinde Kılavuz'un lafzi olarak hâkim duruma atıf yapan ilgili yerlerinin Rehber'de olduğu gibi pazar gücünü esas alacak şekilde revize edilmesiyle uyumluluk sağlanabilecek ve dikey birleşmelere ilişkin yeknesak yapı kurulabilecektir. Öte yandan, Kılavuz'daki HHI

değerinin Rehber'e kıyasla yüksek tutulmasının, gerek esasa ilişkin test olarak hâkim durum testinin gerekse yoğunlaşmalara daha müsamahakâr bakılmasının yansıması olduğu düşünülmektedir. Buna karşılık, pazar payı eşliğinin düşük tutulması söz konusu politika tercihiyle bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Olası Kanun değişikliği sonrasında yoğunlaşmalara bakış açısıyla paralel olarak HHI değeri ve pazar payı eşiklerinin uyumlaştırılması yerinde olacaktır.

Öte yandan olası Kanun değişikliği, dikey birleşmelere ilişkin ispat standardını yükselteceği için iktisadi analizin artarak kullanılması gerekecektir. Zira, Kılavuz'da özellikle birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün olup olmadığını ortaya koyabilmek adına iktisadi analizin kullanılması gereklidir. Bu hususta da, Rekabet Kurumu'nun mevcut yapılanması ve nitelikli işgücü birikiminin bunu yapabilecek nitelikte ve yetkinlikte olduğu düşünülmektedir. Zira yatay birleşmeler ve rekabet ihlali dosyalarında iktisadi analizin yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda dikey birleşmelerde güdüyü ortaya koyabilmek adına, öne sürülen alternatif iktisadi yöntemlere Ek-5'te yer verilmiştir.

İktisadi analizlerin yanında, birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün ortaya konulmasında kullanılabilir yöntemlerden birisi de yerinde inceleme prosedürünün işletilmesidir. Rekabet ihlali dosyalarının neredeyse tamamında, ihlalin tespit edilmesinde kullanılan yerinde inceleme yetkisine, birleşme dosyalarında çok nadir başvurulmaktadır. Hâlbuki birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün tespitinde, özellikle iktisadi analizlerin yetersiz kalabileceği noktalarda, yerinde inceleme neticesinde elde edilebilecek şirket içi dokümanlar iyi birer alternatif ve tamamlayıcı unsur olabilecektir. Dikey birleşmelerde özellikle işlemin etkinlik doğurucu yönlerine odaklanıldığı için teşebbüslerin rekabet karşıtı güdülerinin ortaya konulmasında söz konusu yetkinin kullanılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Rekabet otoritelerinin piyasaların işleyişine yönelik müdahale araçlarından birisi de birleşmelerin kontrolüdür. Birleşmelerin kontrolü içerisinde dikey birleşmeler, yatay birleşmeler kadar sıkça gündeme gelmemektedir. Dikey birleşmelerin etkinlik doğurucu yönlerinin ağır basması nedeniyle, yatay birleşmelere nazaran daha az sorunlu alanlar olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum, dikey birleşmelerin tamamen masum oldukları anlamına gelmemektedir.

Nitekim, iktisadi literatürün ve dünya rekabet otoritelerinin dikey birleşmelere bakış açısı zamanla değişiklik göstermiştir. Örneğin ABD’de dikey birleşmeler, önceleri oldukça kısıtlayıcı bir bakış açısı ile ele alınmakta iken, Chicago Okulu yaklaşımlarıyla birlikte, dikey birleşmelere bakış açısı keskin bir şekilde değişikliğe uğramış ve bu birleşmelerin etkinlik doğurucu oldukları kabul edilmiştir. Söz konusu anlayış, ABD ikincil düzenlemesinde ve alınan kararlarda yer bulmuştur. Daha sonra ortaya atılan Post-Chicago Okulu teorilerinde, Chicago Okulu’nun öne sürdüğü argümanlar kabul edilmekle birlikte dikey birleşmelerin rekabet karşıtı etkileri yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Anılan teoriler ABD ikincil düzenlemelerinde kendisine yer bulamasa da, alınan kararlarda etkili olmuştur. Bununla birlikte, AB ikincil düzenlemesi (Rehber) Post-Chicago Okulu teorileri ekseninde ele alınmıştır. Mevzuatından yararlanan Türkiye düzenlemesi (Kılavuz) de bu anlamda Post-Chicago Okulu’nun etkilerini taşımaktadır.

Rehber kapsamında dikey birleşmelerin antirekabetçi etkileri; rakiplerin maliyetlerinin artırılması teorisine dayanan tek taraflı etkiler, rekabetçi açıdan hassas bilgilere erişim ve koordinasyon doğurucu etkiler bağlamında ele alınmaktadır. Konumuz özelinde tek taraflı etkiler ise; birleşik teşebbüsün rakiplere pazarı kapatarak maliyetlerini artırma imkan ve güdüsüne sahip olması, artan maliyetlerin de fiyatlara

yansıtılarak tüketicilerin zarar görmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Birleşik teşebbüsün pazar kapama imkanı değerlendirilirken, alt veya üst pazarların herhangi birisinde mutlak bir hâkim durum şartı aranmamakta, teşebbüslerin önemli derecede pazar gücüne sahip olması yeterli görülmektedir.

Buna karşılık Kılavuz'da, söz konusu ifadeler hâkim durum şeklinde değiştirilerek Kanun'a şekli anlamda uygun hale getirilmiştir. Ancak yapılan değişiklik uygulamada birtakım uyumsuzlukların çıkmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda, hâkim durum meydana getirmeyen veya hâkim durumu güçlendirmeyen bir dikey birleşme işleminin, Kılavuz kapsamında detaylıca incelenmesi öngörüldüğünden, Kanun kapsamında hâkim duruma işaret etmeyen ancak Kılavuz'da ele alındığı üzere pazar yapısını bozabilecek ve tüketicilerin aleyhine olacak şekilde fiyatların yükselmesine neden olabilecek bir işlem inceleme dışında kalabilecektir.

Söz konusu uyumsuzluğun ortadan kaldırılması, birleşmelerin kontrolünün yeknesak ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından gerekli görülmektedir. Bu anlamda, AB'nin izlemiş olduğu yolun izlenerek önce kanuni değişikliğin yapılmasının ve ardından ikincil mevzuatın Kanun'a göre revize edilerek aslına döndürülmesinin daha makul olacağı düşünülmektedir. Zira, bu yöndeki kanun değişikliği tasarılarının düzenli olarak TBMM gündemine taşındığı bilinmektedir.

Birleşmelerin kontrolüne ilişkin etki bazlı yaklaşımla birlikte ispat standardı yükselmiş ve özellikle birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün ortaya konulmasında iktisadi analizler yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Türkiye'ye bakıldığında, son yıllarda yatay birleşme ve rekabet ihlali dosyalarında sıkça iktisadi analizlere başvurulduğu görülmektedir. Dikey birleşmeler kapsamında ise *AEH/Migros* kararının, Kılavuz sonrası iktisadi analizin uygulandığı ilk karar olduğu göze çarpmaktadır. Kılavuz sistematığının dikey birleşme dosyalarında içselleştirilebilmesi hususunda, birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün tespitinde iktisadi analizin kullanılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. Bu amaca hizmet edebilmek adına Rekabet Kurumu'nun yeterli ve nitelikli işgücüne sahip olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, birleşik teşebbüsün pazar kapama güdüsünün ortaya konulmasında, şirket içi bilgiler ve yerinde inceleme prosedürünün işletilmesiyle elde edilen belgelerin

de kullanılabileceği düşünölmektedir. Herhangi bir mevzuat engeli bulunmamasına rağmen Türkiye uygulamasında, birleşme dosyaları kapsamında yerinde inceleme prosedürünün hayata geçirildiği dosyalara pek rastlanmamaktadır. Bu anlamda, dikey birleşmelerin değerlendirilmesi sürecinde, özellikle detaylı inceleme ihtiyacı duyulan ve güdünün tam anlamıyla tespit edilemediği dosyalarda yerinde inceleme kurumunun, bir alternatif ve tamamlayıcı unsur olarak dikkate alınmasının faydalı olacağı düşünölmektedir.

ABSTRACT

One of the tools which competition authorities could intervene the functioning of the market is merger control. In comparison to horizontal mergers, vertical mergers are not frequently observed and accordingly do not take up too much in the workload of the competition authorities. In addition to this, since vertical mergers feature more efficiency enhancing sides than horizontal mergers, vertical mergers are agreed to be less problematic. However, this situation does not mean that vertical mergers are completely innocent.

There has not been any recent study performed respecting vertical mergers in view of Turkish Competition Law. Moreover, recent legislations especially in the EU and Turkey and recent decisions make this study necessary. In this thesis, efficiencies were not mentioned with the acceptance that vertical mergers mostly have efficiencies creating effects, therefore merely market foreclosure was analyzed. Anticompetitive effects have been revealed in the light of the EU Non-Horizontal Merger Guidelines and the Turkish Non-Horizontal Merger Guide in which the literature has been internalized regarding the matter. In addition to that it has been tried to be concretized by the precedent. Moreover, the conflict between the article 7 of the Act on the Protection of Competition and the Guide was discussed based on the EU and Turkish experiences. Finally, suggestions on the phase of the evaluations of vertical mergers have been included.

KAYNAKÇA

2010/4 nolu Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

American Bar Association Section of Antitrust Law (ABA 2013), “Presidential Transition Report: The State of Antitrust Enforcement 2012” http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_presidential_201302.authcheckdam.pdf, Erişim Tarihi: 17.01.2016.

ABA (2008), “Mergers and Acquisitions Understanding the Antitrust Issues” *American Bar Association*, Chicago.

Antitrust Modernization Commission (AMC 2007), “Report and Recommendations” http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, Erişim Tarihi: 17.01.2016.

ARITÜRK, R. Ö. (2008), “Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:91, Rekabet Kurumu, Ankara.

AYDEMİR, S. (2005), “Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:66, Rekabet Kurumu, Ankara.

BORK, R. H. (1993), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, The Free Press, New York.

Celler-Kefauver Antimerger Act of 1950.

CHURCH, J. (2008), “Vertical Mergers”, *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law, Vol:2, s.1455-1501.

CHURCH, J. (2004), “*The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition*”, Directorate General for Competition Directorate B Merger Task Force European Commission, Brussels.

Clayton Act of 1914, Section 7, 15 U.S.C. § 18.

Commission Notice on a Simplified Procedure for Treatment of Certain Concentrations under Council Regulation (EEC) No 4064/89.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings.

Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings.

CRA International (2009), “TomTom/Tele Atlas: The Non-Horizontal Merger Guidelines in Practice” *European Competition Law Review*, Vol:30, s.1-3.

ÇINAROĞLU, S. (2003), “Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet”, *Uzmanlık Tezleri Serisi No:25*, Rekabet Kurumu, Ankara.

DE CONINCK, R. (2010), “Application of the Nonhorizontal Merger Guidelines”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:55, No:4, s.929-952.

DE CONINCK, R. ve P. PAPANDROPOULOS (2008), “The Non-Horizontal Merger Guidelines in Practice”, *Concurrences Law and Economics*, No:3, s.1-6. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/concurrences_03_2008.pdf Erişim Tarihi: 12.02.2015.

DRAUZ, G. (2005), “Conglomerate and Vertical Mergers in the Light of the Tetra Judgement”, *Competition Policy Newsletter*, No:2, s.35-39. http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2005_2_35.pdf Erişim Tarihi: 12.02.2015.

FAULL, J. ve A. NIKPAY (2014), *The EU Law of Competition*, Third Edition, Oxford University Press, New York.

FEINSTEIN, D. L. (2010), “Are the Vertical Merger Guidelines Ripe for Revision?” *Antitrust*, Vol:24, No:3, s.5-7.

FISHER, A. A. ve R. SCIACCA (1984), “An Economic Analysis of Vertical Merger Enforcement Policy”, *Research in Law and Economics*, Vol.6, s.1-133.

GANS, J. S. (2007), “Concentration-Based Merger Tests and Vertical Market Structure” *Journal of Law and Economics*, Vol:50, No:4, s.661-681.

GREENHUT, M. L. ve H. OHTA (1979), “Vertical Integration of Successive Oligopolists”, *The American Economic Review*, Vol:69, No:1, s.137-141.

Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.

Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2004/C 31/03).

Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2008/C 265/07).

GÜLERGÜN, C. (2003), “Türkiye için Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi: Rekabet Testi”, *Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların (Birleşme/Devralmaların) Kontrolü*, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Etkinlik+Kitab%C4%B1/etkinlikkitap14.pdf>, Erişim Tarihi: 28.01.2016.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), “Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü - Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması”, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz.

HARRIS, B. C. ve J. J. SIMONS (1989), “Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?”, *Research in Law and Economics*, Vol:12, s.207-226.

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Third Edition, Thomson West, ABD.

KALKAN, E. (2014), “Role of the Economics in the EU’s New Vertical Merger Policy: Thoughts on the Merger between Tomtom and Tele Atlas”, *Ekonomik Yaklaşım*, 25(91), s.55-68.

KARAKURT, A. (2005), “Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:67, Rekabet Kurumu, Ankara.

KASERMAN, D. L. (1978), “Theories of Vertical Integration: Implications for Antitrust Policy” *Antitrust Bulletin*, Vol:23, s.483-510.

KOKKORIS, I. ve H. SHELANSKI (2014), *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York.

KRATTENMAKER, T. G. ve S. C. SALOP (1986), “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price”, *The Yale Law Journal*, Vol:96, No:2, s.209-293.

KUMCU, E. (2008), *Rekabet Üzerine Denemeler*, Rekabet Kurumu, Ankara.

LANGENFELD, J. (2009), “Non-Horizontal Merger Guidelines in the United States and the European Commission: *Time for the United States to Catch Up*” *George Mason Law Review*, Vol:16, s.851-884.

LEVY, N. (2003), “EU Merger Control: From Birth to Adolescence” *World Competition*, Vol:26 s.195-218.

LINDSAY, A. ve A. BERRIDGE (2009), *The EC Merger Regulation: Substantive*

Issues, Third Edition, Thomson Reuters, London.

MALLELA, P. ve B. NAHATA (1980), “Theory of Vertical Control with Variable Proportions” *Journal of Political Economy*, Vol:88, No:5, s.1009-1025.

MAYDELL, P. (2012), “Non-horizontal Mergers under the EC Merger Regulation” Yüksek Lisans Tezi, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No:3, Viyana.

MIEDEMA, M. (2010), “An Economic Analysis of EU Competition Policy on Vertical Mergers” Lisans Bitirme Tezi, Erasmus University, Rotterdam. <https://thesis.eur.nl/pub/7712/Miedema,%20M.%20295446%20id%20thesis7712%20.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2015.

MORSE, M. H. (1998), “Vertical Mergers: Recent Learning” *The Business Lawyer*, Vol:53, s.1217-1248.

MOSSO, C. E. (2008), “Non-Horizontal Mergers: A European Perspective” *Fordham International Law Journal*, Vol:31, s.1442-1482.

MOSSO, C. E., M. MOTTL, R. DE CONINCK ve F. DUPONT (2008), “Digital Maps Go Vertical: TomTom/Tele Atlas and Nokia/NAVTEQ”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, s.70-74. http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_3_70.pdf Erişim Tarihi: 30.09.2015.

NOCKE, V. ve L. WHITE (2010), “Vertical Merger, Collusion, and Disruptive Buyer”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol:28, No:4, s.350-354.

OECD Policy Roundtables (2007), “Vertical Mergers”, DAF/COMP(2007)21, <http://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2014.

ORDOVER, J. A., G. SALONER ve S. C. SALOP (1990), “Equilibrium Vertical Foreclosure”, *The American Economic Review*, Vol:80, No:1, s.127-142.

ÖLMEZ, H. S. (2003), “Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:33, Rekabet Kurumu, Ankara.

ÖZ, G. A. (2005), “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Çerçevesinde Birleşme ve Devralmalar ‘Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü’”, *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak: Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar-Panel*, (7-8.10.2005), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı – A.Ü. Hukuk Fakültesi, Ankara 2006, s.67-80.

PERRY, M. K. (1989), “Vertical Integration: Determinants and Effects”, *Handbook of Industrial Organization içinde*, Vol:1, s.183-255.

PETRASINCU, A. (2009), “The Treatment of Vertical and Conglomerate Mergers in the European Union—The European Commission’s New Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers” *Georgetown Journal of International Law*, Vol:40, s.669-690.

RAMOS, Á., T. MOHAN ve F. CARLONI (2009), “Evaluating Vertical Mergers Post Non-Horizontal Guidelines: An Economics-Based Approach?”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 03/09*, https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_working_paper_03-09.pdf?download=1, Erişim Tarihi: 29.09.2015.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, (2014), <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>, Erişim Tarihi: 10.03.2016.

RIORDAN, M. H. ve S. C. SALOP (1995), “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”, *Antitrust Law Journal*, Vol:63, No:2, s.513-568.

SALINGER, M. A. (2015), “Vertical Mergers” *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics içinde*, Oxford University Press, New York, Vol:1, s.551-585.

SALINGER, M. A. (1988), “Vertical Mergers and Market Foreclosure”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol:103, No:2, s.345-356.

SALOP, S. C. ve D. P. CULLEY (2015a), “Vertical Merger Enforcement Actions: 1994–2015” *Georgetown University Law Center*; <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2541&context=facpub>, Erişim Tarihi: 27.11.2015.

SALOP, S. C. ve D. P. CULLEY (2015b), “Revising the U.S. Vertical Merger Guidelines: Policy Issues and an Interim Guide for Practitioners” *Georgetown University Law Center*; <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2542&context=facpub>, Erişim Tarihi: 27.11.2015.

SALOP, S. C. ve D. P. CULLEY (2014), “Potential Competitive Effects of Vertical Mergers: A How- to Guide for Practitioners” *Georgetown University Law Center*; <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2404&context=facpub>, Erişim Tarihi: 21.06.2015.

SALOP, S. C. ve D. T. SCHEFFMAN (1983), “Raising Rivals’ Costs” *The American Economic Review*, Vol:73, No:2, s.267-271.

SALOP, S. C. ve S. MORESI (2013), “vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers” *Antitrust Law Journal*, Vol:79, s.185-214.

SALOP, S. C. ve S. MORESI (2009), “Updating the Merger Guidelines: Comments” Horizontal Merger Guidelines Review Project: A Series of Five Joint FTC-DOJ Workshops https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_comments/

horizontal-merger-guidelines-review-project-545095-00032/545095-00032.pdf, Erişim Tarihi: 16.10.2015.

SPENGLER, J. J. (1950), “Vertical Integration and Antitrust Policy”, *Journal of Political Economy*, Vol:58, No:4, s.347-352.

TEKDEMİR, Y. (2003), “AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:2, Rekabet Kurumu, Ankara.

TEKİNALP, Ü. (Şubat 2009), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı*, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/Files/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fPer%25c5%259fembe%2bKonferans%25c4%25b1%2bYay%25c4%25b1n%2fperskonfyyn108.pdf>, Erişim Tarihi: 28.01.2016.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (2010).

U.S. Department of Justice, Non-Horizontal Merger Guidelines (1984).

U.S. Merger Guidelines (1968).

VERNON, J. M. ve D. A. GRAHAM (1971), “Profitability of Monopolization by Vertical Integration”, *Journal of Political Economy*, Vol:79, No:4, s.924-925.

WARREN-BOULTEN, F. R. (2002), “The Contribution of the Merger Guidelines to the Analysis of Non-Horizontal Mergers” <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11709.pdf>, Erişim Tarihi: 12.02.2015.

WARREN-BOULTEN, F. R. (1974), “Vertical Control with Variable Proportions” *Journal of Political Economy*, Vol:82, No:4, s.783-802.

Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz.

Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz.

YDE, P. (2007), “Non-Horizontal Merger Guidelines: A Solution in Search of a Problem?” *Antitrust*, s.74-83.

AB Komisyonu ve Mahkeme Kararları

Case T-342/99 Airtours v Commission [2002] ECR II-2585

Case T-310/01 Schneider Electric v Commission [2002] ECR II-4071

Case T-5/02 Tetra Laval v. Commission [2002] ECR II-4381

Case T-210/01 General Electric v. Commission [2005] ECR II-5575

- COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell (2001)
COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004)
COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech (2005)
COMP/M.4314 — Johnson&Johnson/Pfizer Consumer Healthcare (2006)
COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds (2000)
COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk (2003)
COMP/M.3868 — Dong/Elsam/Energi E2 (2006)
COMP/M.3267 — CRH/Cementbouw (2003)
COMP/M.5033 — Philips/Respironics (2008)
COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace (2007)
COMP/M.6410 — UTC/Goodrich (2012)
COMP/M.4540 — Nestle/Novartis (2007)
COMP/M.5449 — ABF/Azucarera (2009)
COMP/M.4874 — Iteima/Barcovision (2008)
COMP/M.3809 — Siemens/Flender (2005)
COMP/M.4300 — Philips/Intermagnetics (2006)
COMP/M.4581 — Imperial Tobacco/Altadis (2007)
COMP/M.2738 — GEES/Unison (2002)
COMP/M.3943 — Saint-Gobain/BPB (2005)
COMP/M.4389 — WLR/BST (2006)
COMP/M.6381 — Google/Motorola Mobility (2012)
COMP/M.4788 — Rozier/BHS (2007)
COMP/M.2822 — ENBW/ENI/GVS (2002)
COMP/M.1879 — Boeing/Hughes (2000)
COMP/M.6411 — Advent/Maxam (2012)
COMP/M.4854 — TomTom/Tele Atlas (2008)
COMP/M.4942 — Nokia/Navteq (2008)

ABD Kararları

- Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)
Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562 (1972)
E.I. du Pont de Nemours v. United States, 353 U.S. 586 (1957)

Fruehauf Corp. v. FTC, 603 F.2d 345 (1979)

Rekabet Kurulu Kararları

- 21.03.2012 tarih ve 12-13/384-113 sayılı karar
17.01.2013 tarih ve 13-05/41-20 sayılı karar
18.07.2013 tarih ve 13-46/585-256 sayılı karar
07.02.2008 tarih ve 08-12/130-46 sayılı karar
14.03.2012 tarih ve 12-11/371-106 sayılı karar
17.10.2012 tarih ve 12-51/1454-499 sayılı karar
04.04.2013 tarih ve 13-19/266-129 sayılı karar
26.02.2015 tarih ve 15-09/118-49 sayılı karar
22.03.2007 tarih ve 07-27/245-80 sayılı karar
06.01.2005 tarih ve 05-01/5-5 sayılı karar
28.04.2011 tarih ve 11-26/495-152 sayılı karar
29.09.2011 tarih ve 11-50/1254-443 sayılı karar
20.02.2013 tarih ve 13-11/162-84 sayılı karar
13.08.2013 tarih ve 13-47/636-275 sayılı karar
18.07.2012 tarih ve 12-38/1104-360 sayılı karar
26.02.2015 tarih ve 15-09/118-49 sayılı karar
11.07.2007 tarih ve 07-59/687-242 sayılı karar
06.01.2010 tarih ve 10-01/2-2 sayılı karar
06.05.2010 tarih ve 10-34/553-198 sayılı karar
03.08.2011 tarih ve 11-44/958-311 sayılı karar
25.08.2011 tarih ve 11-46/1121-390 sayılı karar
22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı karar
29.09.2011 tarih ve 11-50/1249-439 sayılı karar
12.01.2012 tarih ve 12-01/1-1 sayılı karar
19.01.2012 tarih ve 12-02/68-14 sayılı karar
06.06.2012 tarih ve 12-30/890-268 sayılı karar
09.08.2012 tarih ve 12-41/1157-374 sayılı karar
09.08.2012 tarih ve 12-41/1245-401 sayılı karar
17.10.2012 tarih ve 12-51/1454-499 sayılı karar

17.10.2012 tarih ve 12-51/1456-500 sayılı karar
17.10.2012 tarih ve 12-51/1465-502 sayılı karar
01.11.2012 tarih ve 12-53/1492-520 sayılı karar
01.11.2012 tarih ve 12-53/1508-527 sayılı karar
06.11.2012 tarih ve 12-54/1525-543 sayılı karar
27.11.2012 tarih ve 12-60/1594-579 sayılı karar
20.02.2013 tarih ve 13-11/154-77 sayılı karar
07.03.2013 tarih ve 13-12/176-92 sayılı karar
28.03.2013 tarih ve 13-17/247-122 sayılı karar
26.06.2013 tarih ve 13-40/517-226 sayılı karar
11.07.2013 tarih ve 13-44/551-245 sayılı karar
12.09.2013 tarih ve 13-52/733-306 sayılı karar
26.12.2013 tarih ve 13-72/994-425 sayılı karar
12.06.2014 tarih ve 14-21/411-179 sayılı karar
02.07.2014 tarih ve 14-23/479-210 sayılı karar
17.07.2014 tarih ve 14-25/506-224 sayılı karar
12.11.2014 tarih ve 14-45/818-370 sayılı karar
26.11.2014 tarih ve 14-46/835-376 sayılı karar
25.12.2014 tarih ve 14-54/919-415 sayılı karar
15.01.2015 tarih ve 15-03/30-15 sayılı karar
05.03.2015 tarih ve 15-10/137-60 sayılı karar
27.08.2009 tarih ve 09-40/986-248 sayılı karar
29.12.2006 tarih ve 06-96/1225-370 sayılı karar
26.08.2009 tarih ve 09-39/981-247 sayılı karar
26.02.2014 tarih ve 14-08/155-66 sayılı karar
16.07.2014 tarih ve 14-24/482-213 sayılı karar
08.01.2015 tarih ve 15-02/8-6 sayılı karar
09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı karar
17.08.2011 tarih ve 11-45/1044-357 sayılı karar
26.06.2013 tarih ve 13-40/513-223 sayılı karar
25.06.2014 tarih ve 14-22/460-202 sayılı karar
22.10.2014 tarih ve 14-42/783-346 sayılı karar

- 25.12.2014 tarih ve 14-54/932-420 sayılı karar
01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı karar
18.11.2009 tarih ve 09-56/1338-341 sayılı karar
15.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı karar
05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı karar
09.08.2012 tarih ve 12-41/1162-378 sayılı karar
08.01.2015 tarih ve 15-02/11-9 sayılı karar (geri çekilen başvuru)
17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı karar
12.10.2010 tarih ve 10-64/1355-498 sayılı karar
12.12.2014 tarih ve 14-51/900-410 sayılı karar
12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı karar
08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar

Ek-1: Tom Tom/Tele Atlas ve Nokia/Navteq Kararları

Rehber'in yayımlanmasından kısa bir süre sonra Komisyon, navigasyon pazarına yönelik *Tom Tom/Tele Atlas*¹⁰⁵ ile *Nokia/Navteq*¹⁰⁶ kararlarına ilişkin peş peşe yapılan iki başvuruyu incelemeye almıştır. Söz konusu iki karar; Komisyon'un önüne gelecek işlemlerde, Rehber'in uygulanmasına ilişkin kılavuz niteliğinde olmasından ötürü, önem arz etmektedir (Mosso vd. 2008, 70). Bu kapsamda ilgili kararlarda Komisyon, dikey birleşmelerin ortaya çıkarabileceği antirekabetçi etkiler bağlamında, girdi kısıtlaması, ticari açıdan hassas bilgilere erişim ve koordinasyon riskini ele almıştır.

Tom Tom navigasyon piyasasında hem taşınabilir navigasyon cihazı üreticisi hem de navigasyon yazılımı tedarikçisi konumunda faaliyet göstermekteyken, Nokia mobil telefon üreticisi konumundadır. Birleşmenin diğer tarafları olan Tele Atlas ve Navteq ise dijital harita veritabanı sağlayıcısıdır. Söz konusu birleşme işlemleri ile ilgili olarak dijital harita veritabanı pazarı üst pazar olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda dijital harita veritabanı, navigasyon cihazı üreticileri, navigasyon yazılımı üreticileri ve internet haritaları gibi navigasyon dışı uygulama sağlayıcıları için girdi konumundadır. Navigasyon cihazının işlevsel bir şekilde çalışabilmesi için GPS bilgileriyle dijital harita veritabanı ve diğer ilgili bilgileri bir araya getiren navigasyon yazılımı pazarı ara pazar olarak tanımlanmıştır. Üretim zincirinin en altında yer alan taşınabilir navigasyon cihazı pazarı (Tom Tom) ile mobil cihazlar için navigasyon uygulaması ve mobil cihazlar (Nokia) alt pazarlar olarak tanımlanmıştır.

Rehber'deki sistematüğün izlendiği kararlarda, birleşik teşebbüsün girdi kısıtlama imkanına ilişkin olarak, önemli derecede pazar gücünün olup olmadığı, girdinin önemli bir girdi olup olmadığı ve zamanında ve etkili karşı stratejilerin olup olmadığı değerlendirilmiştir¹⁰⁷. Rehber'de pazar gücüne yapılan vurguya binaen Tele Atlas ve Navteq'in üst pazarda önemli bir pazar gücünün olduğu belirtilmiştir. Tele Atlas ve Navteq, marjinal maliyetleri üzerinde fiyat belirleyebilme imkanına sahiptir ve pazar payları da birbirine yakın şekilde %50 dolaylarındadır¹⁰⁸. Girdinin çıktı üretimi için,

¹⁰⁵ COMP/M.4854 — TomTom/Tele Atlas (2008). Karar için ayrıca bkz. De Coninck ve Papandropoulos (2008) ve Kalkan (2014).

¹⁰⁶ COMP/M.4942 — Nokia/Navteq (2008).

¹⁰⁷ COMP/M.4854 pr.194; COMP/M.4942 pr.272.

¹⁰⁸ COMP/M.4854 pr.195; COMP/M.4942 pr.273.

maliyet ve/veya maliyet dışı faktörlerle önemli olup olmadığı noktasında Komisyon, dijital harita veritabanı maliyetinin toplam maliyet içinde düşük bir paya sahip olduğu ancak taşınabilir navigasyon cihazı ve mobil cihazların işlevselliği açısından önemli bir girdi olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur¹⁰⁹. Karşı stratejilere ilişkin olarak, Tele Atlas veya Navteq'den birinin fiyatları arttırması durumunda diğerinin karşı koymaktan ziyade takipçi olacağı¹¹⁰, pazara girişlerin zamanında ve etkili bir karşı strateji olmayacağı¹¹¹ belirtilmiştir.

Girdi kısıtlama güdüsünün de değerlendirildiği kararda, birleşik teşebbüslerin üst pazardaki kayıplarına karşılık alt pazarda rakiplerin maliyetlerini artırarak elde edeceği kazançlar karşılaştırılmıştır¹¹². Bunun için de rakiplerin maliyetlerinin artmasından sonra alt pazardaki talebin ne kadarının rakiplerden birleşik teşebbüse kayacağı incelenmiştir. Komisyon, söz konusu karşılaştırmaya ve satışların ne kadarının birleşik teşebbüse kayacağını belirleyebilmek adına alt pazardaki fiyat esnekliklerine ve talebe ilişkin¹¹³ ekonometrik tahminleme yoluna gitmiştir. Analiz sonuçlarında herhangi bir fiyat artışının alt pazardaki etkileri üzerinden, alt pazardaki kazançların üst pazardaki kayıpları telafi edemeyeceği ve bu şekilde fiyat artışının birleşik teşebbüsler için kârlı olmayacağı belirlenmiştir¹¹⁴. Sonuç olarak girdi kısıtlaması bağlamında işlemlerin, son kullanıcıların zararına olacak şekilde rekabeti önemli derecede engellemeyeceği değerlendirilmiştir¹¹⁵.

Tom Tom ve Nokia'nın, Tele Atlas ve Navteq üzerinden rakiplerinin ticari açıdan hassas bilgilerine erişimlerini ve birleşme işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek koordineli etkileri de inceleyen Komisyon, işlemlerin antirekabetçi etkilere neden olmayacağını belirtmiş ve bu kapsamda işlemlere izin vermiştir¹¹⁶.

¹⁰⁹ COMP/M.4854 pr.198; COMP/M.4942 pr.285.

¹¹⁰ COMP/M.4854 pr.203; COMP/M.4942 pr.298.

¹¹¹ COMP/M.4854 pr.206; COMP/M.4942 pr.300.

¹¹² COMP/M.4854 pr.211; COMP/M.4942 pr.331.

¹¹³ COMP/M.4854 pr.221; COMP/M.4942 pr.342.

¹¹⁴ COMP/M.4854 pr.228; COMP/M.4942 pr.352.

¹¹⁵ COMP/M.4854 pr.251; COMP/M.4942 pr.378.

¹¹⁶ COMP/M.4854 pr.284; COMP/M.4942 pr.409.

Ek-2: VHHI

Yatay birleşmelerde pazar payı eşikleri ve yoğunlaşma oranları ile işlem sonrasında yaşanan değişim, birleşmelerin değerlendirilmesinde öncül kriterler olarak sıkça kullanılmakta ve değerlendirmelerde esas alınacak eşikler (güvenli limanlar) belirlendiği bilinmektedir¹¹⁷. Dikey birleşmelerde de söz konusu kriterler kullanılmakla birlikte, özellikle teşebbüslerin birleşme öncesindeki pazar paylarına ve pazarın genel yoğunlaşma oranlarına odaklanılmaktadır. Zira dikey birleşme sonrasında alt veya üst pazarda, pazar paylarında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bu nedenle, yatay birleşmelerde kullanılan HHI hesaplamalarını modifiye ederek (VHHI) dikey birleşmelere uyarlayan Gans (2007), dikey birleşmeler için bir eşik test önerisinde bulunmuştur. Cournot dengesinde yürütülen çalışmada, HHI ile karşılaştırılabilir yoğunlaşma oranları hesaplanmıştır.

Bilindiği üzere tek bir pazara yönelik HHI hesaplaması, $HHI \equiv \sum_{i=1}^N (s_i^2)$ formülü üzerine yapılmakta iken çalışmada, dikey birleşme sonrasına yönelik VHHI hesaplaması, $VHHI \equiv \sum_{i=1}^N (s_i \max \{s_i, \sigma_i\})$ formülü¹¹⁸ ile yapılmaktadır. Çalışmada verilen örnek üzerinden açıklamak gerekirse, üst pazarda eşit pazar paylarına sahip dört firma ve alt pazarda eşit pazar paylarına sahip on firmanın bulunduğu piyasada ilk başta herhangi bir birleşme bulunmamaktadır. Bu durumda üst pazardaki HHI değeri 2.500 iken alt pazardaki HHI değeri 1.000 olmakta ve bu kapsamda VHHI değeri de 1.000 olmaktadır. Üst pazardaki bir teşebbüsle alt pazardaki bir teşebbüsün birleşmesi durumunda pazarlarda yer alan oyuncu sayısında herhangi bir değişiklik olmayacağı için, alt ve üst pazarın HHI değerleri değişmezken VHHI değeri 1.150 olmaktadır. Bu vesileyle söz konusu işlem, yatay anlamda HHI değerlerinin değişmemesinden ötürü herhangi bir yoğunlaşmayı işaret etmezken, dikey anlamda yoğunlaşmanın büyüklüğünü gösterebilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu çalışmanın baz alındığı herhangi bir otorite kararına rastlanılmamıştır.

Ek-3: İşlem Neticesinde Pazarda Değişiklik Olmayan veya Düşük Pazar Payları İçeren Karar Künyeleri

11.07.2007 tarih ve 07-59/687-242 sayılı karar.

¹¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Yatay Birleşme Kılavuzu pr.15-20.

¹¹⁸ s_i , i firmasının alt pazardaki payını gösterirken σ_i , i firmasının üst pazardaki payını göstermektedir.

- 06.01.2010 tarih ve 10-01/2-2 sayılı karar.
06.05.2010 tarih ve 10-34/553-198 sayılı karar.
03.08.2011 tarih ve 11-44/958-311 sayılı karar.
25.08.2011 tarih ve 11-46/1121-390 sayılı karar.
22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı karar.
29.09.2011 tarih ve 11-50/1249-439 sayılı karar.
12.01.2012 tarih ve 12-01/1-1 sayılı karar.
19.01.2012 tarih ve 12-02/68-14 sayılı karar.
06.06.2012 tarih ve 12-30/890-268 sayılı karar.
09.08.2012 tarih ve 12-41/1157-374 sayılı karar.
09.08.2012 tarih ve 12-41/1245-401 sayılı karar.
17.10.2012 tarih ve 12-51/1454-499 sayılı karar.
17.10.2012 tarih ve 12-51/1456-500 sayılı karar.
17.10.2012 tarih ve 12-51/1465-502 sayılı karar.
01.11.2012 tarih ve 12-53/1492-520 sayılı karar.
01.11.2012 tarih ve 12-53/1508-527 sayılı karar.
06.11.2012 tarih ve 12-54/1525-543 sayılı karar.
27.11.2012 tarih ve 12-60/1594-579 sayılı karar.
20.02.2013 tarih ve 13-11/154-77 sayılı karar.
07.03.2013 tarih ve 13-12/176-92 sayılı karar.
28.03.2013 tarih ve 13-17/247-122 sayılı karar.
26.06.2013 tarih ve 13-40/517-226 sayılı karar.
11.07.2013 tarih ve 13-44/551-245 sayılı karar.
12.09.2013 tarih ve 13-52/733-306 sayılı karar.
26.12.2013 tarih ve 13-72/994-425 sayılı karar.
12.06.2014 tarih ve 14-21/411-179 sayılı karar.
02.07.2014 tarih ve 14-23/479-210 sayılı karar.
17.07.2014 tarih ve 14-25/506-224 sayılı karar.
12.11.2014 tarih ve 14-45/818-370 sayılı karar.
26.11.2014 tarih ve 14-46/835-376 sayılı karar.
25.12.2014 tarih ve 14-54/919-415 sayılı karar.
15.01.2015 tarih ve 15-03/30-15 sayılı karar.

05.03.2015 tarih ve 15-10/137-60 sayılı karar.

Ek-4: İktisadi Analizin Kullanıldığı Karar Künyeleri

25.06.2014 tarih ve 14-22/460-202 sayılı karar

22.10.2014 tarih ve 14-42/783-346 sayılı karar

09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı karar

25.12.2014 tarih ve 14-54/932-420 sayılı karar

01.10.2012 tarih ve 12-47/1413-474 sayılı karar

18.11.2009 tarih ve 09-56/1338-341 sayılı karar

15.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı karar

05.11.2013 tarih ve 13-61/851-359 sayılı karar

09.08.2012 tarih ve 12-41/1162-378 sayılı karar

08.01.2015 tarih ve 15-02/11-9 sayılı karar (geri çekilen başvuru)

17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı karar

12.10.2010 tarih ve 10-64/1355-498 sayılı karar

12.12.2014 tarih ve 14-51/900-410 sayılı karar

12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı karar

08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı karar

Ek-5: GÜDÜYÜ ORTAYA KOYAN ALTERNATİF YÖNTEMLER

Dikey Aritmetik Yöntemi

Dikey aritmetik yöntemi, esasında kritik kayıp analizine¹¹⁹ dayanan ve alt pazardaki rakiplere karşı fiyat dışı kısıtlama stratejilerinden birisi olan girdi sağlamayı reddetme gibi bir stratejinin uygulanmasının kârlı olup olmadığını ortaya koyan bir yöntemdir. Bu yöntemde, üst pazardaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplere girdi sağlamamasının kârda yapacağı azalışla alt pazardaki rakiplerin satışlarının bir kısmının alt pazardaki teşebbüse kaymasının kârda yapacağı artış karşılaştırılmaktadır. Bu yöntem daha çok fiyat dışı kısıtlama stratejilerinden girdi sağlamama durumlarında kullanılmaktadır. Yöntemin zayıf taraflarıysa, sadece toplam kapamanın kârlı olup olmadığını dikkate

¹¹⁹ Kritik kayıp analizi; fiyatını arttıran bir teşebbüsün, fiyat artışı nedeniyle satışlarındaki düşmenin neden olduğu zararlar ile fiyat artışından elde ettiği gelir ve fiyat artışından dolayı düşen satışlar nedeniyle maliyetlerde yaşanan düşüşün sağladığı tasarrufların, toplamda teşebbüs için kârlı olup olmadığını baz aldığı bir analizdir (Harris ve Simons 1989, 211).

alması ve asıl endişenin toplam kapamadan ziyade fiyat artışları olduğu durumlarda çok sınırlı uygulama alanları olmasıdır. Ayrıca bu yöntemde birleşme öncesi dönemdeki talep esneklikleri kullanılmamakta ve etkinlik kazanımları hesaba katılmamaktadır (Salop ve Culley 2014, 17-18).

vGUPPI

Dikey aritmetik yöntemindeki kısıtlara çözüm olarak sunulan alternatif yöntemlerden birisi de yatay birleşmelerde tek taraflı etkileri göstermede kullanılan GUPPI¹²⁰ yönteminin, Salop ve Moresi (2013) tarafından dikey birleşmeler için tasarlanan versiyonu olan dikey GUPPI (vGUPPI) yöntemidir. Anılan yöntemin, tek taraflı fiyatlama güdülerini göstermede dikey birleşmelerde sıkça kullanılan iktisadi yaklaşımlardan olan yoğunlaşma oranları veya kapama oranlarına göre yeterli kanıt oluşturduğu, uygulamasının kolay olduğu ve yine birleşme dosyalarında kullanılan simülasyon yöntemlerine göre daha az veriye ihtiyaç duyduğu belirtilmektedir.

İlgili yöntemde; üst pazarda faaliyet gösteren birleşik teşebbüsün fiyatlama güdülerini göstermek için vGUPPIu, alt pazarda faaliyet gösteren birleşik teşebbüsün fiyatlama güdülerini göstermek için vGUPPI d ve alt pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsün fiyatlama güdülerini göstermek için vGUPPIr olmak üzere üç farklı fiyatlama güdüsü alt yöntemi ele alınmıştır. Her üç yöntem de farklı seviyelerdeki teşebbüslerin fiyatlama güdülerini ölçümlerken; yazarlar, özellikle tüketicilerin artan fiyatlardan dolayı göreceği zararı ölçmede daha iyi bir yöntem olduğunu belirttikleri vGUPPIr¹²¹'nin tercih edilebileceğini vurgulamıştır.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. US Horizontal Merger Guidelines s.21 ve Salop ve Moresi (2009)

¹²¹ vGUPPIr yöntemi esasında vGUPPIu yönteminden türetilmektedir. Üst pazardaki birleşik teşebbüsün fiyatlama güdülerini gösteren formül $vGUPPIu = DRud * Md * Pd / Wr$ iken, bundan türetilen alt pazardaki rakip teşebbüsün fiyatlama güdülerini gösteren formül $vGUPPIr = vGUPPIu * PTRu * Wr / Pr$ şeklindedir. Söz konusu formüller girdi ikamesinin olmadığı durumlarda geçerlidir. Söz konusu çalışmada ayrıyeten girdi ikamesinin olduğu durumlara göre de hesaplamalar yapılmıştır. Formülasyonlarda kullanılan değişkenlerin açıklaması aşağıdaki şekildedir.

DRud: Üst pazardaki birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakibine girdi sağlamamasından dolayı alt pazardaki birleşik teşebbüsün kazandığı çıktı miktarı.

Md: Alt pazardaki birleşik teşebbüsün artan kâr marjı oranı.

Pd: Alt pazardaki birleşik teşebbüsün satış fiyatı.

Wr: Üst pazardaki birleşik teşebbüsün alt pazardaki rakiplere çıktı başına girdi satış fiyatı.

PTRu: Üst pazardaki birleşik teşebbüsün maliyet artışlarını fiyatlara yansıtma oranı.

Pr: Alt pazardaki rakip teşebbüsün satış fiyatı.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)