

**REKABET HUKUKUNDA
UYUMLU EYLEM**

Onur Yelda YÜKSEL

ANKARA 2004

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2004

İlk Baskı, Mayıs 2004
Rekabet Kurumu-Ankara

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

24/04/2002 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 28/05/2002 tarih ve
02-32/374 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-95-0

YAYIN NO

0152

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1 ABD UYGULAMALARI

1.1. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA GİZLİ ANLAŞMA KAVRAMI	
1.2. GİZLİ ANLAŞMA ve BİLİNÇLİ PARALELLİK İLİŞKİSİ	
1.2.1. Genel Olarak	
1.2.2. Harvard Okulu Görüşleri	
1.2.3. Chicago Okulu Görüşleri	
1.2.4. Tekrarlanan Oyun Modellerinin Katkıları	
1.2.5. Değerlendirme	
1.3. EK FAKTÖRLER YAKLAŞIMI	
1.3.1. Genel Olarak	
1.3.2. Birlikte Davranış İçin Mantıklı Bir Nedenin Varlığı	
1.3.3. Birlikte Uygulanmadığında Teşebbüsün Çıkarına Aykırı Davranışlar	
1.3.4. Toplantıların ve Direkt İletişim Sağlayan Diğer Yöntemlerin Kullanımı	
1.3.5. Kolaylaştırıcı Eylemlere Başvurulması	
1.3.6. Pazarın Yatay İşbirliği Sonucunu Destekleyen Performans Özellikleri	
1.3.7. Değerlendirme	

Bölüm 2 AB UYGULAMALARI

2.1. AB REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM KAVRAMI	
2.2. UYUMLU EYLEM ve PARALEL DAVRANIŞ İLİŞKİSİ	
2.2.1. Paralel Davranışların Ortaya Çıkmasını Kolaylaştıran Pazar Koşulları	
2.2.1.1. Genel Olarak	
2.2.1.2. Arz Yönlü Pazar Özellikleri	
2.2.1.3. Talep Yönlü Pazar Özellikleri	

2.2.2. Woodpulp Kararı ve Etkileri	
2.2.2.1. Woodpulp Kararı Öncesinde Paralel Davranışlara Yönelik Yaklaşım	
2.2.2.2. Woodpulp Kararı	
2.2.2.3. Değerlendirme.....	
2.2.3. Fiyat Liderliği.....	
2.3. BİLGİ ALIŞVERİŞİ.....	
2.4. UYUMLU EYLEM İÇİN DAVRANIŞ GEREKLİ MİDİR?	

Bölüm 3

TÜRKİYE UYGULAMALARI

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

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

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

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

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

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOğLU

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AKÇTA	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması
bkz.	: Bakınız
Co., Corp	: Corporation
ÇMİS	: Türkiye Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası
DOJ	: Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu
İDM	: Avrupa Topluluğu İlk Derece Mahkemesi
Komisyon	: Avrupa Topluluğu Komisyonu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
vol.	: Cilt
YM	: Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi

GİRİŞ

Rekabet hukukunda piyasa mekanizmasının işleyişi bir etkinlik kriteri olarak görülmüş ve piyasa mekanizmasının işleyişine olası etkileri göz önünde bulundurularak, teşebbüsler arası anlaşmalar rekabetin korunması bakımından rekabet otoritelerinin önemli ilgi alanlarından biri olmuştur.

Teşebbüsler, rekabeti kısıtlamaya yönelik bir anlaşmaya girişmeden önce, bu anlaşmanın muhtemel getirileri ile böyle bir anlaşmaya girişmenin maliyetlerini karşılayacaklardır. Bu maliyetler, rekabet otoritelerinin ekonomik hayatın içindeki yerlerini almalarına ve rekabetin korunması adına etkinliklerini geliştirmelerine paralel olarak artmaktadır. Maliyetlerde ortaya çıkan artış, teşebbüslerin bir rekabet soruşturmasına konu olmalarıyla ve ağır para cezalarıyla, hatta bazı ülkelerde hapis cezasına varan yaptırımlarla karşı karşıya gelmeleriyle açıklanabilir.

Söz konusu maliyet artışlarının, teşebbüslerin rekabeti bozmaya yönelik anlaşmalar yapmalarında caydırıcı bir etkiye yol açabileceği beklenebilir. Rekabet otoritelerinin ise, teşebbüslerin bu tür anlaşmaları açıkça yapmak yerine, birtakım gizli davranışlar içine girebilecekleri olasılığını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

Bu gereklilik bizi uyumlu eylem kavramına götürmekte ve bu kavram, teşebbüsler arasındaki ilişkinin niteliğine yönelik yeterli delilin bulunamadığı durumlarda, rekabet kurallarının ihlal edilip edilmediğinin ortaya konması bakımından önem kazanmaktadır.

“Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem” konulu bu tezde, bu konu çerçevesinde ana hatlarıyla üç sorunun yanıtlanması amaçlanmaktadır. Bu sorulardan ilki teşebbüsler arasında uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmada paralel davranışın öneminin ve gücünün ne olduğudur. Uyumlu eylemin varlığını tespit için paralel davranışın yeterli olup olmadığı ya da hangi koşullarda paralel davranışın uyumlu eylemi işaret etmekteki gücünün artacağı bu soru altında tartışılacaktır. Bu amaçla paralel davranış konusu, teşebbüslerin tek taraflı davranışları ile uyumlu davranışları arasındaki çizginin çok incelendiği

ve bulanıklaştığı oligopol piyasaları çerçevesinde, özellikle fiyat tespitine yönelik uyumlu eylemler bakımından ele alınacaktır.

Üzerinde durulacak diğer bir konu ise, uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için nelerin dikkate alınması gerektiğidir. Çoğunlukla her olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirilmesiyle ve teşebbüslerin davranışlarının yorumlanmasıyla bir sonuca ulaşılan uyumlu eylem davalarında, bu soruya tam bir yanıtın verilmesi güç olmakla birlikte, bu konuda asgari kriterlerin ortaya konması önemlidir.

Son olarak, “uyumlu eylem pazarda herhangi bir davranışın ortaya çıkmasını gerektirir mi?” sorusuna yanıt aranacaktır. Bu soruya verilen yanıt, uyumlu eylemin yeni bir boyut kazanıp kazanmadığının belirleyicisi olacaktır.

Bu soruları yanıtlamak üzere, birinci bölümde “ABD Uygulamaları” ana başlığı altında ABD antitröst hukukunda gizli anlaşma kavramı, gizli anlaşmanın tespit edilmesinde paralel davranışın rolü ve ek faktörlerin nasıl değerlendirildiği konuları ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise AB rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramına, paralel davranışın ve teşebbüsler arası bilgi alışverişinin uyumlu eylemin ortaya konmasındaki etkilerine değinilecek ve paralel davranışın uyumlu eylem için gerekli bir unsur olup olmadığına ilişkin tartışmalara yer verilecektir.

Üçüncü bölümde Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde uyumlu eylemin Türkiye’deki uygulamaları ele alınarak değerlendirilecektir.

BÖLÜM I

ABD UYGULAMALARI

1.1. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA GİZLİ ANLAŞMA KAVRAMI

Sherman Kanunu'nun 1. maddesinde ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü "sözleşme" (contract), "bağlantı" (combination) ve "gizli anlaşma" (conspiracy) hukuka aykırı sayılmıştır (Sullivan ve Harrison 1998, 179). İlgili maddede üç ayrı kavrama yer verilmiş olmasına karşın, uygulamada bunlar arasında bir ayırım gözetilmemektedir. Bu kavramlar hem birbirlerinin yerine kullanılmakta hem de üçünün de yerine geçecek şekilde "anlaşma" kavramı kullanılmaktadır (Sullivan ve Harrison 1998, 180; Areeda 1986, 7). "Anlaşma" bu üç kavram için de gerekli objektif unsurdur (Turner 1962, 656).

Sherman Kanunu çerçevesinde, teşebbüslerin birlikte davranışları ile tek taraflı davranışları arasında temel bir ayırım gözetilmektedir. Bu ayrıma göre Sherman Kanunu'nun 1. maddesi katı bir şekilde teşebbüslerin birlikte davranmış olmalarını gerektirmektedir (Marks ve Jacobson 1985, 221). Sherman Kanunu'nun 1. maddesi tek bir teşebbüsün bağımsız davranışlarına uygulanamaz. Bu tür tek taraflı davranışlar 2. madde çerçevesinde ele alınabilir ve ancak bir tekelleşme tehlikesi yaratıyorsa hukuka aykırı sayılır¹ (Kovacic 1993, 14).

Tek taraflı davranış ile birlikte davranış arasındaki ayrımın belirlenmesi gerekliliği "uyumlu davranış" (concerted action) kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır (Baker 1993, 144). Bu çerçevede Sullivan ve Harrison (1998, 179)'a göre uyumlu davranış, firma davranışlarının Sherman Kanunu 1. madde kapsamına girmesi için gerekli olan, firmalar arası aşgari uzlaşmayı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle uyumlu davranış en alt seviyede, firmaların tek taraflı davranmadıkları,

¹Tekelleşmeye yönelik bağlantı ya da gizli anlaşmalar da 2. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle ilgili madde hem tek taraflı hem de çok taraflı tekelleşmeye yönelik teşebbüs davranışlarını kapsamaktadır. Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında "gizli anlaşma" kavramı ile 2. maddesi anlamında "gizli anlaşma" kavramı arasında fark bulunmamaktadır (Kovacic 1993, 21).

aralarında bunun ötesinde bir şeyler olduğu anlamına gelmektedir. Bu nedenle Stevens (1995, 47)'in da belirttiği üzere ABD hukukunda anlaşma ve uyumlu davranış kavramları arasında fark gözetilmemektedir.

Sherman Kanunu'nun 1. maddesiyle ilgili ilk davalarda, bir anlaşmanın varlığı için gerekli unsurların ne olduğu sorusu ile çok nadir karşılaşılmıştır. 19. yüzyılın sonlarında asıl konu, firmalar arası bir anlaşmanın varlığından çok, ortaya çıkan anlaşmanın hukuksallığı olmuştur (Kovacic 1993,15). YM, Amerika'nın batısındaki taşımacılığın önemli bir bölümünü kontrol eden 15 demiryolu şirketinin fiyat tespitine yönelik anlaşmalarını değerlendirdiği United States v. Trans-Missouri Freight² davasında, Sherman Kanunu'nun 1. maddesinin hukuken bağlayıcı olsun olmasın sözlü ya da yazılı anlaşmaları kapsadığını açıklığa kavuşturmuştur (Stevens 1995, 49; Marks ve Jacobson 1985, 206).

Sherman Kanunu'nun kapsamının yargısal kararlarla ortaya konması, firma davranışlarında çeşitli değişikliklere yol açmış, firmalar arası iletişim ve firmaların belli bir şekilde davranacaklarına dair birbirlerine güvence vermeleri, çok daha dolaylı yollarla gerçekleştirilir olmuştur (Kovacic 1993, 18). Bu gelişmeler sonucunda antitröst otoriteleri şu önemli soru ile karşı karşıya kalmışlardır: Firmaların birbirlerine belli bir şekilde davranacakları konusunda doğrudan ve karşılıklı güvence verdiklerine ilişkin açık deliller tespit edilememiş olmakla birlikte, nereye kadar bir anlaşma içinde oldukları iddia edilebilecektir (Areeda 1986, 19)?

Tek taraflı davranışın uyumlu davranıştan ayrılmasına, dolayısıyla Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında bir anlaşmanın tanımlanmasına ve varlığının tespit edilmesine yönelik süreçte, ilk önemli dava Interstate Circuit Inc. v. United States³ davasıdır (Kovacic 1993, 22).

Dava Amerika genelinde gösterime giren birinci sınıf filmlerin % 75'inin dağıtımını yapan sekiz film dağıtıcısına ilişkindir. Bu dağıtıcılar sinema işletmecileri ile lisans sözleşmeleri imzalamaktadırlar. Sinema işletmecilerinden biri, bu sekiz film dağıtıcısına aynı mektubu göndererek, onlardan, sinema işletmecileri ile yapacakları lisans sözleşmelerine bazı hükümler koymalarını istemiştir. Bunlardan birincisi, sinema işletmecilerinin film izleyicilerine uygulayacakları minimum fiyatların belirlenmesine yöneliktir. Diğerleri ise, ilk kez vizyona girecek filmlerin, diğer filmlerle birlikte aynı anda gösterilmesini engellemeye yöneliktir. Mektubu almalarından hemen sonra dağıtıcılar, sözleşmelerinde bu öneri doğrultusunda değişiklikler yapmışlardır (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 280).

² 166 U.S. 290 (1897)

³ 306 U.S. 208 (1939)

YM dağıtıcılar arasında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır. YM'yi bu sonuca götüren etkenler şunlardır: Sinema işletmecisinin öneri mektubunda sekiz dağıtıcının da adresleri bulunmaktadır. Bu nedenle her dağıtıcı diğer dağıtıcılara da aynı mektubun, dolayısıyla önerinin gittiğini bilmektedir. Rakiplerinin bu öneriyi uygulamayı reddetmesi halinde büyük ticari kayıplara (müşteri kaybı) uğrayacağına farkında olmasına karşın, her dağıtıcı önerilen davranışı uygulamıştır. Dağıtıcılar paralel davranışları için makul alternatif bir açıklama getirememişlerdir.

Bu davada YM'nin vurguladığı iki önemli nokta bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, anlaşma sonucuna ulaşmak için mutlaka anlaşmanın varlığını gösteren doğrudan delillerin⁴ (direct evidence) bulunmasının gerekmediğidir (Stevens 1995, 50). İkincisi ise, gizli bir anlaşmanın varlığına hükmetmek, için, firmaların uyumlu davranışa davet edilmiş olmalarının ve böyle bir davranışı planlayarak bu plana bağlı kalmalarının yeterli olduğudur (Kovacic 1993, 22).

Anlaşmanın tanımlanmasına yönelik ikinci önemli dava American Tobacco Co. v. United States⁵ davasıdır. Bu davanın konusu; üç büyük sigara üreticisi firmanın 12 yıldan daha uzun bir süre boyunca aynı fiyatları uygulamaları, aynı dönemlerde fiyat değişiklikleri yapmaları, talebin düştüğü ve maliyetlerin azaldığı dönemlerde bile fiyat artırımlarıdır⁶ (Lapotka 1996, 851). Talep ve maliyetlerde ortaya çıkan bu gelişmelere rağmen, sigara üreticilerinin yaptıkları fiyat artışları, YM tarafından anlaşmanın delili olarak kabul edilmiş, ayrıca firmaların bu hareket biçimlerini haklı gösterecek bir ekonomik gerekçe ileri sürememeleri⁷ de dikkate alınmıştır (Kovacic 1993, 32).

YM, kararında, gizli bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmak için resmi bir anlaşmanın bulunmasının gerekmediğini ve tarafların "amaç birliği" (unity of purpose) ya da "anlayış birliği" (understanding) içinde olmalarının yeterli olacağını vurgulamıştır (Sullivan ve Harrison 1998, 183). Stevens (1995, 50)'a göre davanın asıl önemli noktası, ikinci derecede delillerle⁸ (circumstantial

⁴ "Direct evidence" kavramına karşılık olarak Uyanık (2001, 63) "doğrudan delil" kavramını kullanmaktadır. Kovacic (1993, 7) doğrudan delillere, davalılardan birinin tanıklığını ve firmaların birbirlerine belli bir şekilde davranmak konusunda güvence verdiklerinin açıkça anlaşıldığı belgeleri örnek olarak vermektedir. Kovacic'e (1993,16) göre bu tür deliller, deliller hiyerarşisinin en üstünde yer almaktadır.

⁵ 328 U.S. 781 (1946)

⁶ American Tobacco davasının, Sherman Kanunu'nun 2. maddesi ile ilgili olmasına karşın, "anlaşma" tanımı üzerine önemli etkileri olmuştur (Stevens 1995,50).

⁷ Davalı üç büyük sigara üreticisinin, üretimlerinde kullanmadıkları halde rakip küçük sigara üreticilerinin kullandığı düşük kalitedeki tütünleri de satın almalarının nedenini açıklayamamaları da anlaşma sonucuna varılmasında etkili olmuştur.

⁸ "Circumstantial evidence" kavramına karşılık olarak Uyanık (2001, 13)'da "ikinci derecede delil" kavramını kullanmaktadır.

evidence) anlaşma sonucuna ulaşılmasının yanı sıra, talep ve maliyet koşullarına uymayan paralel fiyat davranışlarının, tek başına gizli anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli görülmesidir⁹. FTC ise, YM'nin çoğu zaman gizli anlaşmaların ancak tarafların davranışlarının yorumlanmasıyla ortaya çıkarılabileceği yönündeki ifadesini, sadece paralel davranışlardan teşebbüslerin anlaşma içinde olduğu sonucuna ulaşılabileceği şeklinde yorumlamıştır (Monti 1996, 67-68).

Bu iki davanın ortaya koyduğu önemli bir nokta, tarafların davranışlarının aralarındaki işbirliğinden kaynaklanmış olabileceğini düşündüren ikinci derecede deliller ile anlaşma sonucuna ulaşılabileceğidir. Bu çerçevede OECD Raporu (1999, 201)'nin ABD bölümünde, Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında anlaşmaya ilişkin olarak şöyle bir ayırım yapılmaktadır: 1) Taraflar belli bir şekilde davranmak konusunda birbirlerine açıkça güvence vermekte ve bunu gösteren doğrudan deliller bulunmaktadır¹⁰. 2) Taraflar belli bir şekilde davranmak konusunda birbirlerine açıkça, ancak gizli güvenceler vermekte, dolayısıyla bunu ortaya koyacak doğrudan deliller bulunmamaktadır¹¹. 3) Taraflar birbirlerine herhangi bir şekilde davranacaklarına ilişkin açıkça güvence vermemekte, bunun yerine çeşitli dolaylı yollarla ve taktiklerle ortak bir strateji oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla bu gibi durumlarda da anlaşmanın varlığını gösteren doğrudan deliller bulunmamaktadır. 2. ve 3. maddede belirtilen durumlar “gizli anlaşma” olarak adlandırılmaktadır (Kovacic 1993, 8).

Mahkemelerin açık ve gizli anlaşmalar arasında genellikle bir ayırım gözettiklerini belirten Kovacic (1993, 19)'e göre bu terminoloji, birlikte davranışı ortaya koymaya yönelik delillerin türünden kaynaklanmaktadır. Açık anlaşmanın söz konusu olduğu davalarda, tarafların birbirlerine belli bir şekilde davranmak konusunda güvence verdiklerini gösteren, doğrudan, hemen görülebilir deliller bulunurken, gizli anlaşmalarda, anlaşmanın varlığı sonucuna ikinci derecede delillerle ulaşılması gerekmektedir.

Diğer yandan “uyumlu davranış” teşebbüs davranışlarının Sherman Kanunu 1. madde kapsamında değerlendirilmesi için gerekli asgari “anlaşım birliği”ni ya da “amaç birliği”ni ifade eden bir kavramdır (Kovacic 1993, 23). Bu bağlamda “gizli anlaşma” ve “uyumlu davranış” aynı anlamda kullanılmakta ve anlaşma sonucuna ikinci derecede delillerle ulaşılan durumları ifade etmektedir (Stevens 1995, 47).

⁹ Bu bölümün “Ek Faktörler Yaklaşımı” başlıklı kısmında belirtileceği üzere YM'nin bu davda paralel davranışın yanı sıra birtakım faktörleri de dikkate aldığı ileri sürülen bulunmamaktadır.

¹⁰ Overt express agreement

¹¹ Covert express agreement

1.2. GİZLİ ANLAŞMA ve BİLİNÇLİ PARALELLİK İLİŞKİSİ

1.2.1. Genel Olarak

Firmalar arasında bir anlaşma olduğuna dair doğrudan delillerin bulunmadığı durumlarda firmaların paralel davranışları, aralarında gizli bir anlaşma olabileceği ihtimalini gündeme getirmektedir. Firmaların paralel davranışlarından aralarında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı ya da hangi koşullar altında paralel davranışın böyle bir anlaşmanın ciddi bir göstergesi olacağı sorunu, ABD uygulamaları çerçevesinde tartışılacaktır.

Firmaların paralel davranışlarından bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorusu, oligopol piyasalarında firmaların tek taraflı davranışları ile uyumlu davranışları arasındaki ayrımın nasıl ortaya koyulacağı sorusu ile paralellik taşımaktadır (Baker 1993, 145). Bu nedenle öncelikle oligopol piyasalarında firma davranışlarının anlaşılması gerekmektedir.

Oligopol piyasası, az sayıda satıcının bulunduğu bir piyasa olarak tanımlanmaktadır. Stroux (2000, 1)'a göre oligopol piyasası, tek başına hakim durumda bulunmayan ancak göreceli olarak büyük, az sayıda firmadan oluşmaktadır. OECD'nin "Oligopol" Raporu (1999, 18)'nda ise, oligopol piyasasının, büyük lider firmalardan oluşan küçük bir grupla birlikte, çok sayıda küçük firmadan oluşan rekabetçi bir grubun yer aldıkları piyasayı da kapsayacak şekilde geniş tanımlamanın mümkün olduğu belirtilmektedir.

Oligopol teorisi ve oligopole ilişkin tartışmalar ilk olarak Fransız matematikçi Augustin Cournot'un 1838 yılında oligopolistik davranışı açıklamaya yönelik modeliyle başlamış ve Joseph Bertrand (1883), Francis Edgeworth (1887), Heinrich Von Stackelberg (1934) gibi isimlerin yaptığı çalışmalarla geliştirilerek farklı oligopol modelleri ortaya konmuştur¹² (Eter 2000, 10-11). Bu modeller, modellerin varsayımlarında birliğin sağlanamamış olması, statik denge çözümlerine dayanmaları nedeniyle dengeye giden süreçleri açıklayamamaları gibi yönleriyle eleştirilmiştir (Eter 2000, 11).

Chamberlin ise, özellikle Cournot, Bertrand ve Edgeworth'un modellerini, bu modellerde firmaların geçmiş deneyimlerinden hiçbir şey öğrenmemiş olmaları varsayımına dayanmaları nedeniyle eleştirmiştir (Lopatka 1996, 866). Chamberlin'e göre piyasada az sayıda firmanın bulunması halinde, karını maksimize etmeye çalışan her rasyonel firma, kendi kararlarının rakipleri üzerinde bir etki yaratacağının farkındadır ve rakiplerinin onun bu davranışlarına karşı bir misillemeye girişebilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurmaktadır. Bu nedenle bir firmanın fiyatlarını düşürmesi diğerlerinin misillemede bulunmaları sonucunda kaçınılmaz olarak kendi karının düşmesi anlamına geleceğinden, hiçbir firma fiyatlarını düşürmeyecektir. Böylece firmalar görünüşte birbirlerinden bağımsız

¹² Bu oligopol modelleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Koutsoyiannis (1997, 253-278).

oldukları halde, sanki aralarında antirekabetçi bir anlaşma varmış gibi tekel düzeyinde karlar elde edebileceklerdir (OECD 1999, 18).

Oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların kendi pazar stratejilerinin rakiplerinin pazar stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması oligopolistik bağımlılık¹³ olarak nitelendirilmekte ve bu bağımlılık nedeniyle, firmalar arasında herhangi bir anlaşma olmamasına karşın, paralel davranışlar ve rekabetçi düzeyin üstünde karlar ortaya çıkabilmektedir (Jones ve Sufrin 2001, 636). Oligopolistik bağımlılık sonucu firmaların davranışlarında ortaya çıkan paralellikler, firmaların piyasa koşullarından kaynaklı bilinçli tercihlerinin bir sonucu olduğundan, bilinçli paralellik olarak nitelendirilmektedir (Stevens 1995, 47).

Antitröst analizlerinde yapısalcı okulun ağırlığını hissettirdiği 1950’li ve 60’lı yıllarda oligopolistlerin, karşılıklı bağımlılıkları sonucunda fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkarmayı başarabilecekleri düşünülmekteydi (Baker 1993, 145). Bu nedenle bir “sorun” olarak nitelendirilen oligopolistik bağımlılık ve oligopol piyasalarındaki firma davranışlarının, antitröst hukuku tarafından nasıl değerlendirileceğine ilişkin ilk görüşler Harvard Okulu Temsilcilerinden Turner tarafından geliştirilmiştir (Lopatka 1996, 843).

1.2.2. Harvard Okulu Görüşleri

Turner yaptığı hukuki analizlerinde büyük ölçüde Chamberlin’in ekonomik analizlerini temel almıştır (Lapotka 1996, 869). Turner (1962,663-671)’a göre, oligopol piyasalarında her firma kararını verirken rakiplerinin olası tepkilerini de dikkate almak durumundadır. Rakiplerinin vereceği tepkileri göz ardı etmek demek, rasyonel davranmamak demektir. Bu nedenle oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkan paralel davranışlar kaçınılmaz bir şekilde pazarın yapısından kaynaklanmaktadır. Ayrıca firmaların aralarında herhangi bir anlaşmaya girişmeksizin fiyatları paralel bir şekilde belirleyip rekabetçi düzeyin üstünde karlar elde edebilmeleri mümkündür. Rekabet otoritelerinin teşebbüslerden rasyonel davranmamalarını bekleme hakkı bulunmadığından¹⁴ bu tür piyasalarda ortaya çıkan tek başına bilinçli paralel davranışlardan¹⁵ Sherman Kanunu’nun 1. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

¹³ Oligopolistik bağımlılık ya da karşılıklı bağımlılık kavramlarına karşılık olarak “oligopolistic interdependence”in yanı sıra “co-ordinated interaction” “tacit coordination”, “coordination” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

¹⁴ Oligopollerin fiyatlama davranışlarını hukuka aykırı saymak, bir tekelin ya da rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren bir firmanın fiyatlama davranışlarını hukuka aykırı saymaktan farklı değildir (Turner 1962, 666).

¹⁵ Turner (1962, 673)’a göre bu tür piyasalarda temel fiyatlama davranışlarının yanı sıra, paralel fiyatlandırmadan analitik olarak bir farkı olmayan kalite ekstralarına ya da miktar iskontolarına yönelik paralel davranışların da anlaşma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Yapısalci okulun görüşleri antitröst otoriteleri tarafından da büyük ölçüde benimsenmiş ve fiyatlarda ortaya çıkan bilinçli paralelliğin anlaşma olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Nitekim paralel fiyatlandırmaya ilişkin bir dava olmamasına karşın YM'nin Theatre Enterprises davasında yaptığı yorum bunu açıkça ortaya koymuştur (Lopatka 1996, 845).

Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.¹⁶ davasının konusunu, şehir dışındaki sinemasında göstermek üzere vizyona ilk kez giren filmleri talep eden bir sinema işletmecisinin bu talebinin, dokuz film dağıtıcısı tarafından geri çevrilmesi oluşturmaktadır. Sinema sahibi, dağıtıcıların kendisini boykot etmek üzere anlaştıkları iddiası ile şikayette bulunmuştur. Dağıtıcıların, film gösterim hakkını şehir içindeki sinemalara vermeleri halinde daha yüksek gelir elde edeceklerini, ayrıca sinema sahibinin yaptığı tekliflerin güvenilir olmadığını ileri sürerek paralel davranışları için getirdikleri açıklamalar YM tarafından makul bulunmuştur. YM dağıtıcılar arasında bir anlaşma bulunmadığı, paralel davranışların, kar maksimizasyonu amacıyla alınmış bireysel ticari bir karardan kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır (Monti 1996, 66).

Bu davada YM'nin, ikinci derecede delil olarak bilinçli paralel davranışın anlaşmaya yönelik alışılmış yargısal yaklaşıma ciddi zararlar verebileceğine dikkat çekmesi (Stevens 1995, 51) ve "Bu mahkeme tek başına paralel pazar davranışlarından bir anlaşma sonucuna ulaşabileceğini hiçbir zaman ileri sürmemiştir." şeklindeki ifadesi bilinçli paralel davranışların tek başına Sherman Kanunu'nun 1. maddesini ihlal etmeyeceğinin ve Turner'ın analizlerinin mahkeme kararları üzerindeki etkisinin bir göstergesi olarak kabul edilmiştir (Lopatka 1993, 845).

Turner (1962, 658) söz konusu davayı yorumlarken dağıtıcıların davranışlarını "benzer koşullar altında faaliyet gösteren bir grup rakip firmanın aynı ekonomik gerçeklere verdikleri benzer ancak birbiriyle ilgisi olmayan tepkiler" olarak nitelendirmiştir. Turner'a göre böyle bir davranışın bir anlaşmadan kaynaklandığını ileri sürmek mümkün değildir.

Turner (1962, 663), tamamen homojen ürünler üreten, benzer büyüklüklere ve maliyet yapılarına sahip iki ya da üç sağlayıcıdan oluşan, arz ve talep koşullarının durağan olduğu ve firmaların bu koşulların farkında oldukları (tam bilgi varsayımı) bir piyasayı örnek göstererek, bu piyasada firmaların paralel fiyatlar uygulayarak, tekeli karlar elde etmelerinin mümkün olduğunu vurgulamıştır.

Elzinga (1984, 11)'ya göre Turner, bilinçli paralelliği gizli anlaşma olarak gören bir antitröst yaklaşımına karşıdır; ancak iddialarına temel aldığı gibi bir piyasa yapısı ile karşılaşılmasının güç olduğunun da farkındadır. Nitekim Turner (1962, 664) çoğu zaman ne firmaların büyüklüklerinin ne de maliyet yapılarının benzer olacağını, ayrıca bilginin tam olduğunu varsaymanın da yanlış sonuçlara

¹⁶ 346 U.S. 537 (1954)

götürebileceğini belirtmektedir. Ancak bu koşullar altında bile firmaların paralel davranışın kendi çıkarlarına olacağına farkına varmalarını sağlayacak minimum seviyede bir iletişim mutlaka olacaktır. Bu iletişim, örneğin bir fiyat liderinin takip edilmesi şeklinde ortaya çıkabilecek; ancak Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında anlaşma olarak tanımlanamayacaktır. Anlaşma sonucuna ulaşmak için paralel davranışın yanı sıra firmalar arasında bilgi alışverişi, endüstri genelinde dikey fiyat tespiti, belli bir noktadan teslim fiyatlandırma gibi uygulamaların varlığının gösterilmesi gerekmektedir. Kısaca Turner (1962, 673)'a göre, hukuka aykırı gizli bir anlaşma, firmaların, tam olmayan oligopolistik fiyatlandırma modelini tam olana çevirmek için belirsizlikleri ortadan kaldırmak üzere anlayış birliği içinde olmalarıdır.

Bilinçli paralelliğin tek başına anlaşma olarak kabul edilemeyeceği yönündeki görüşlerine karşın Turner (1962, 658), bazı koşullar altında paralel davranışın gizli bir anlaşmanın göstergesi olacağını düşünmektedir. Turner bu koşullara örnek olarak talepteki düşüşün bir sonucu olarak atıl kapasite ile çalışan çok sayıda firmanın paralel davranışlarını göstermektedir. Diğer bir örnek ise ihalelerde karmaşık ve birbirinden farklı özellikleri bulunan ürünler için çok sayıda¹⁷ firma tarafından benzer tekliflerin verilmesidir.

Lapotka (1996, 859)'ya göre, Turner verdiği bu örnekler çerçevesinde, piyasa koşullarındaki değişmelere normalde verilmesi gereken tepkilere uymayan ve oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını önemli ölçüde zorlaştıran koşulların varlığına rağmen ortaya çıkan paralel davranışlara çok daha şüpheli bakmakta ve bu tür paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşılabilirliğini düşünmektedir. Pazarın gerçeklerine ve koşullarına göre makul olan davranışlar ise anlaşma olarak nitelendirilemeyecektir.

Nitekim Turner (1962, 661), azalan talebe ve maliyetlere rağmen fiyatlarını paralel bir şekilde artıran sigara üreticilerinin gizli bir anlaşma içinde oldukları sonucuna ulaşılan American Tobacco kararını destekleyerek, her işini bilen ekonomistin bu davranışın rekabete aykırı olduğunun farkına varacağını belirtmiştir.

Theatre Enterprise kararından sonraki bazı davalarda mahkemeler de, Turner'in yaklaşımına benzer şekilde oligopolistik bağımlılığa uygun olmayan pazar koşullarına rağmen ortaya çıkan paralel davranışlardan, firmalar arasında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılabilirliği yönünde yorumlar yapmışlardır. Petroleum Products Antitrust Litigation davasında anlaşma sonucuna ulaşmak için rekabetçi bir pazarda ortaya çıkan paralel davranışın yeterli delil olabileceği belirtilmiştir (Kovacic 1993, 34).

¹⁷ Dikkat edilmesi gereken nokta bu örnekte Turner'in, anlaşmanın varlığı sonucunu, firma sayısının fazlalığına karşın ortaya çıkan paralelliğe değil, birbirinden farklı özellikler gösteren heterojen ürünler için aynı fiyat tekliflerinin verilmiş olmasına bağlamasıdır. Turner (1992, 660)'a göre bu koşullar altında az sayıda firmanın da benzer teklifler vermesi aralarında bir anlaşma olduğunun göstergesidir.

1.2.3. Chicago Okulu Görüşleri

Harvard Okulunun ileri sürdüğü görüşlerin tersine, Chicago Okulu, Baker (1993, 145)'in belirttiği üzere; firmaların, aralarında bir işbirliği olmadığı sürece sadece oligopolistik bağımlılık sonucunda rekabetçi düzeyin üstünde fiyatlar uygulayabilecekleri ve karlar elde edebilecekleri düşüncesini reddetmiştir. Bu görüşe göre, oligopol piyasalarında firmalar arası bağımlılık kaçınılmaz bir sonuç olmadığından, oligopol sorunu gizli bir fiyat anlaşmasının ortaya çıkarılması sorunundan farklı değildir.

Chicago Okulunun görüşlerinin bu yönde gelişiminde George Stigler'in 1964 yılında yayımladığı ve büyük ilgi toplayan makalesi¹⁸ önemli rol oynamıştır. Stigler (1968, 39-45)'e göre firmaların paralel davranmalarının kolay olduğunu varsaymak yanlıştır. Gerçekte firmalar bu amaçla uzlaşmakta ve uzlaşmalarının koşulları konusunda bir fikir birliğine ulaşmakta ciddi zorluklarla karşılaşacaklardır¹⁹.

Diğer yandan oligopolistik bir piyasada faaliyet gösteren firma, rakiplerinin tekeli fiyatlar uygulamaya devam etmeleri halinde fiyatlarını düşürerek, tekeli fiyatı uygularken elde ettiği kardan çok daha fazlasını elde edecektir. Bu nedenle firmalarda ister istemez piyasa genelinde uygulanan fiyattan sapma eğilimi olacaktır. Bu sapsmalar tespit edilip cezalandırılmadıkça, piyasa genelinde benzer fiyatların uygulanması ve rekabetçi düzeyin üzerinde karlar elde edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle Lapotka (1993, 871)'ya göre, Stigler'in analizleri, sapsmanın tespit edilmesini zorlaştıran pazar koşullarının belirlenmesi üzerinde yoğunlaşmıştır²⁰.

Stigler'in firmaların uzlaşmadan sapma eğilimlerinin yüksek olduğu yönündeki düşüncesini, "tek hamleli oyun modeli" (one-shot game) örneği ile ortaya koymak mümkündür:

¹⁸ A Theory Of Oligopoly, 1964

¹⁹ Stigler (1968, 41)'e göre ortak karların maksimize edilebilmesi için farklı müşteri gruplarına satış yapmaktan kaynaklı maliyet farklarının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle homojen ürünler için bile birbirinden çok farklı fiyatlar ortaya çıkabilir. Fiyat yapısının karmaşıklaşması firmaların ortak karı maksimum yapacak fiyat düzeyini belirlemelerini güçleştirecektir.

²⁰ Bu amaçla Stigler (1968, 44-45) ortaya üç örnek koymaktadır: Firmalar toplam satışları içinde payı küçük olan müşterilerinden ziyade büyük olan müşterilerine yaptıkları satışlarda fiyat düşürme eğiliminde olacaktır. Fiyat tekliflerinin basın tarafından duyurulmasına göre kendilerine teklif edilen fiyatların ne olduğunu doğru bir şekilde açıklayan alıcıların varlığı durumunda firmalar arası anlaşmadan sapsmalar zorlaşacaktır. Anlaşmadan sapsmak büyük alıcıların sürekli değiştiği pazarlarda daha kolay olacaktır.

OYUN		FİRMA B	
		Uzlaşmak	Aldatmak
FİRMA A	Uzlaşmak	50,50	30,60
	Aldatmak	60,30	40,40

Firmaların, üretimlerini kısmak üzere birbirleriyle uzlaşmak ya da uzlaşmadan saparak üretimlerini artırmak yönünde tercih yaptıkları bu oyun örneğinde, firmaların her ikisinin de üretimlerini kısmaları halinde, her ikisi de 50 birim kar elde edecektir. Ancak firmalardan biri üretimini artırarak uzlaşmadan saparsa 60 birim kar elde edecektir. Bu durumda rakibinin karı 30 birime düşecektir. Her iki firma da uzlaşmamayı tercih ederse 40 birim kar elde etmektedirler. Bu örnekte görüleceği üzere, her iki firmanın da uzlaşmayı tercih etmesi halinde karları uzlaşmamayı tercih ettikleri duruma göre yüksek olacaktır. Ancak diğer firma uzlaşmaya sadık kalırken firmalardan birinin uzlaşmadan sapması halinde elde edeceği kar çok daha yüksek olacağından, her iki firma da uzlaşmadan sapma eğiliminde olacak ve oyun her iki firmanın da uzlaşmadan sapmasıyla dengeye gelecektir²¹ (OECD 1999, 225).

Firmaların uzlaşmadan sapma eğilimlerinin yüksek olduğunu düşünmesi nedeniyle, Stigler (1968, 41-45)'e göre, firmaların paralel davranışlar sergileyerek rekabetçi düzey üstünde karlar elde edebilmeleri için üç unsur yerine getirmiş olmaları gerekmektedir: (i) Uzlaşmanın şartları konusunda fikir birliğine varmış olmalıdırlar. (ii) Uzlaşmadan sapmaları tespit edebilmelidirler. (iii) Uzlaşmadan sapanları cezalandırabilmelidirler.

Stigler'in görüşleri doğrultusunda Chicago Okulu temsilcileri, özellikle Bork ve Posner, Harvard Okulu görüşlerini eleştirmişlerdir²². Whish (2001, 463-464) bu eleştirileri şu şekilde özetlemektedir: Oligopolistik bağımlılık teorisi abartılmıştır. Benzer büyüklükte üç firmadan oluşan bir piyasada bile firmalardan biri fiyatlarını düşürerek diğerleri bunu fark edinceye kadar büyük karlar elde edebilecektir. Homojen mallar üreten, benzer maliyetlere sahip simetrik firmalardan oluşan oligopollerde bağımlılığın güçlü olduğunu söylemek mümkündür. Ancak çoğu zaman oligopol piyasalarında bu koşulların hepsi birlikte bulunmamaktadır. Ayrıca rekabetçi baskı yaratabilecek küçük

²¹ Bu denge noktası oyun teorisinde Nash dengesi olarak adlandırılmaktadır.

²² Harvard Okulu görüşlerine yöneltilen eleştiriler için bkz. Bork, *The Antitrust Pradox*, (1993) s.179-197.

sağlayıcılardan oluşan bir küme bulunabileceği gibi, rekabetçi düzeyin üstünde karların elde edilmesi yeni girişlere neden olabilir. Diğer yandan oligopolistik bağımlılık teorisi, oligopol piyasalarda fiyat katılığı olduğunu ileri sürmesine karşın, fiyatların nasıl rekabetçi düzeyin üzerine çıkarıldığını ve bazı oligopol piyasalarında yaşanan yoğun rekabeti açıklayamamaktadır.

Bu eleştirilerin yanı sıra Posner (1984, 47-54)'a göre oligopol piyasaları paralel ve yüksek fiyatların uygulanmasını kolaylaştırabilecektir. Ancak bu durum piyasa yapısının zorunlu bir sonucu değildir. Oligopolistlerin kartel benzeri sonuçlar elde edebilmeleri için aralarında bir tür iletişim olması gerekmektedir. Bu nedenle oligopol piyasalarında ancak firmaların gönüllü hareketleri ile kartel benzeri sonuçlar elde edilecektir. Dolayısıyla mesele sadece firmaların gizlice anlaşmalarını ortaya koyan delillerin bulunması meselesidir.

Posner (1984, 55)'a göre firmalar arasında bir anlaşma olduğunu kanıtlamak üzere tarafların davranışlarına dayanan deliller (bilgi alışverişi gibi) dışında ekonomik deliller de kullanılabilir. Lapotka (1996, 877)'ya göre Posner Stigler'in üç koşulunun sağlanması halinde firmaların aralarında anlaşma yapmalarının ve bu anlaşmayı sürdürmelerinin kolaylaşacağı fikrinden hareketle bu üç unsurun yerine getirilmesini sağlayan piyasa koşullarının varlığını teşebbüsler arası muhtemel bir anlaşmanın zemini olarak görmektedir.

Nitekim Posner (1984, 55-62) firmaların anlaşma yapmalarını kolaylaştıran piyasa koşullarını 12 başlık altında toplayarak, antitröst otoritelerinin sadece bu koşulların bulunduğu pazarlarla ilgilenmelerinin, özellikle kaynaklarını etkin kullanmaları adına önemli olduğunu belirtmiştir. Posner'in ortaya koyduğu ve sınırlı olmadığını söylediği bu koşullar, daha sonraki birçok çalışmada geliştirilmiştir (Lapotka 1996, 867). Bu koşullara, pazarda yoğunlaşmanın yüksek olması, ürünün homojen olması, firmaların büyüklüklerinin ve maliyet düzey ve yapılarının benzer olması, giriş engellerinin bulunması, pazarın şeffaf olması, talep esnekliğinin düşük olması gibi örnekler verilebilir (OECD 1999, 21-30).

Monti (1996, 8)'ye göre mahkemeler Posner'in görüşlerini genel olarak benimsememekle birlikte, pazarın firmaların gizli bir anlaşma yapmaya uygun koşullar sunması, firmaların anlaşma yapmaları için makul bir nedenlerinin olduğunu, bir anlaşma yapmanın, ekonomik bir mantığının bulunduğunu gösterdiğinden mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır. Nitekim OECD Raporu (1999, 202)'nin ABD bölümünde de, daha sonra değinilecek olan Matsushita kararına atıfta bulunularak, mahkemelerin bir anlaşma sonucuna ulaşmanın ekonomik olarak makul olması gerekliliğini aradığı, bu çerçevede pazarın firmaların anlaşma yapmalarına ne kadar uygun olduğunun dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Posner (1984, 62)'a göre bu tür piyasalarda ortaya çıkan paralel davranışlardan, firmaların davranışlarına ilişkin açık deliller olmasa da, çeşitli ekonomik deliller yardımıyla gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Posner'in firmalar arasında gizli bir anlaşmanın bulunduğu işaret ettiğini ileri sürdüğü ekonomik deliller ise şunlardır (Posner 1984, 62-71):

- sistemli fiyat farklılaştırması,
- sürekli talebin üzerinde seyreden aşırı kapasite,
- seyrek fiyat değişimleri,
- normalin üstünde kar oranları,
- pazar paylarında uzun süre gözlenen durağanlık,
- standart olmayan ürünler için ihalelerde benzer tekliflerin verilmesi,
- fiyata ilişkin bilgi değişimi,
- bölgesel fiyat farklılıklarının bulunması,
- pazar liderlerinin pazar paylarında gözlenen düşüş,
- sağlayıcıların yeniden satış fiyatı belirlemeleri,
- belli bir noktadan teslim fiyatlandırma uygulamaları,
- pazarın koşullarıyla uyumlu olmayan yüksek oranlı fiyat değişimleri.

Posner (1984, 75-76) bu tür ekonomik delillerin açık olmadıklarını, birden fazla anlama gelebileceklerini kabul etmekte, ancak birçok ekonomik delilin aynı sonucu göstermesi halinde bunların ifade ettikleri sonucun doğruluğu ihtimalinin yükseleceğini düşünmektedir.

1.2.4. Tekrarlanan Oyun Modellerinin Katkıları

İktisat teorisinde ortaya çıkan gelişmeler ise Stigler ve Posner'in düşüncelerinden farklı sonuçlar doğurmuştur. Stigler firmalar arası uzlaşmaya ilişkin görüşlerini her firmanın bir kere karşı karşıya geldiği ve rekabet etmek ya da iş birliği yapmak yönündeki kararını bir kere verdiği bir modele dayandırmıştır. Tek hamleli oyun olarak nitelendirilen bu modelde, karşı karşıya gelen firmaların uzlaşmadan sapma eğilimleri çok yüksektir (Baker 1993, 153).

Ancak firmaların endüstri davranışlarının tek hamleli oyunlardan çok, tekrarlanan, diğer bir deyişle firmaların birçok kez karşı karşıya geldikleri oyun modellerine (repeated games) daha uygun olduğu anlaşılmıştır. Nitekim firmalar rakipleriyle birçok kez karşı karşıya geleceklerini bilmektedirler. Bu nedenle kararlarını rakiplerinin geçmişte nasıl davrandıklarını dikkate alarak vereceklerdir. Ayrıca şu anda verecekleri kararların ileride rakiplerinin davranışlarını etkileyeceğinin farkındadırlar (Bishop 1983, 314).

Baker (1993, 159)'a göre oyunun tekrarlanması Stigler'in ulaştığı sonuçları değiştirecektir. Uzlaşmadan sapma niyetinde olan firmanın bu durumda uzlaşmadan saparak elde edeceği kısa dönemli kar ile uzlaşmadan

sapmasının maliyetlerini karşılaştırması gerekmektedir. Uzlaşmadan sapmanın maliyeti firmanın bir daha kartel fiyatından satış yapamamasıdır. Tekrarlanan oyun modelinde uzlaşmadan sapan firmanın bu davranışlarını göz önünde bulunduracak rakip firmalar bu firmayı cezalandırmak için kendi fiyatlarını düşüreceklerdir. Bu durumda cezalandıran firmaların da kayıplarla karşılaşmaları kaçınılmazdır. Ancak piyasada sadece fiyat rekabetinin başlayacak olması da tek başına inandırıcı ve ciddi bir cezalandırılma tehdidi oluşturacaktır²³. Bu nedenle Stigler'in iddiasının tersine, firmalar uzlaşmadan sapmanın maliyetlerini göz önünde bulundurarak rekabet etmek yerine uzlaşmayı tercih edebileceklerdir. Ancak tekrarlanan oyunlarda da uzlaşmanın başarısı için Stigler'in ileri sürdüğü, antitröst teorisine önemli katkısı üç koşulun varlığı gerekmektedir.

Yeni teoremin katkılarından biri de firmalar arasındaki uzlaşmanın tam olmasının gerekmediği yönündedir. ABD Yatay Birleşme Rehberinde de belirtildiği üzere, firmalar arasındaki uzlaşma pazarda faaliyet gösteren her firmayı ya da müşteriyi kapsamayabileceği gibi firmaların her rekabet etme aracı üzerinde anlaşmaya varmış olmaları da gerekmemektedir. Bu nedenle ortaya çıkan fiyatlar tekel fiyatları seviyesine ulaşmak zorunda değildir (OECD 1999, 239). Stigler'den önceki ekonomistlerin belirttiği gibi fiyatlar rekabetçi düzey ile tekel düzeyi arasındaki herhangi bir noktada gerçekleşebilir (Bishop 1983, 312).

Baker (1993, 163)'a göre tekrarlanan oyun modellerinin ortaya koyduğu diğer bir gelişme ise odak noktalarının²⁴ (focal points) Stigler'in zor olduğunu ileri sürdüğü "firmaların uzlaşmalarının koşullarını belirleyebilmelerinin" onun düşündüğü kadar zor olmadığını ortaya koymasıdır. Örneğin bir basın toplantısı sırasında bir firmanın önümüzdeki ay fiyatları % 5 artıracamız şeklindeki tek taraflı açıklaması²⁵ diğer firmalar için bir ipucu olacak ve uzlaşmanın koşulları üzerinde kendiliğinden bir anlaşmaya varılacaktır.

Lapotka (1996, 878)'ya göre; tekrarlanan oyun modelleri Posner'in, Stigler'in üç koşulundan hareketle belirlediği piyasa koşullarının varlığı halinde, Turner'in belirttiği gibi firmaların herhangi bir iletişime ya da antirekabetçi bir anlaşmaya girişmeksizin, sadece birbirlerinin davranışlarını gözleyerek ve bu davranışlara makul cevaplar vererek paralel fiyatlar uygulayabileceklerini ortaya koymuştur. Diğer bir deyişle Posner'in belirlediği piyasa koşulları hem oligopolistik bağımlılığın, daha fazlasına gerek olmaksızın, ortaya çıkacağı ideal

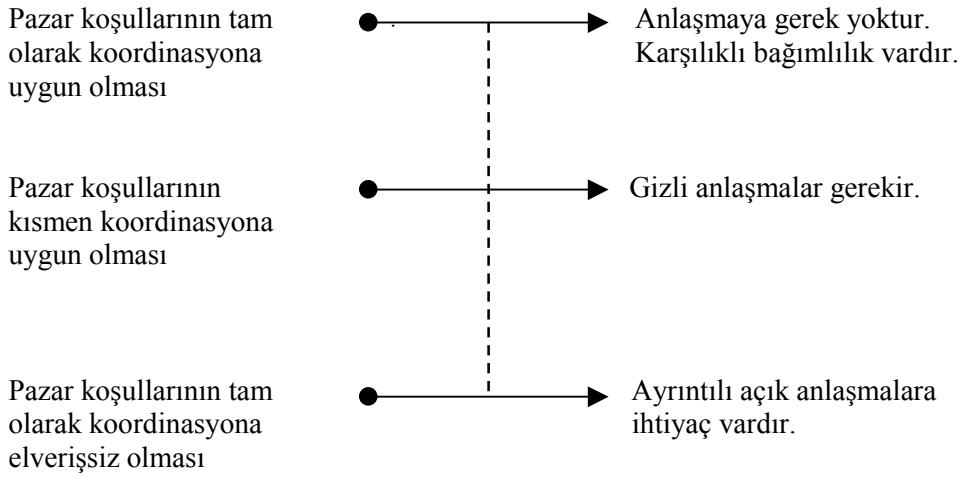
²³ US Yatay Birleşme Rehberin (1992)'de de, piyasada geçici de olsa firmaların bir fiyat savaşına girecek olmalarının yeterli ve inandırıcı bir cezalandırılma tehdidi oluşturduğu belirtilmektedir.

²⁴ Oligopol teorisinde kendi kendini ispatlayan (ortaya koyan) sonuca odak (focal) adı verilmektedir (Baker 1993, 162).

²⁵ Bu tür davranışlar "ucuz konuşma" (cheap talk) olarak adlandırılarak, maliyetsiz iletişim anlamında kullanılmaktadır.

piyasa koşullarını yansıtmakta, hem de firmaların rekabete aykırı bir anlaşmaya girişmelerinin en kolay olduğu piyasa özelliklerini oluşturmaktadır.

Bu çerçevede pazar koşullarının firmalar arası koordinasyona²⁶ ne kadar uygun olduğuna bakılarak gizli ya da açık bir anlaşmanın ortaya çıkabilme ihtimaline göre OECD Raporu (1999, 204)'nun ABD bölümünde şöyle bir ayırım yapılmıştır;



Şekilde görüleceği üzere pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığa tam olarak uygun olması halinde firmalar sadece birbirlerini gözleyerek, paralel davranışlarla yüksek karlar elde edebileceklerdir. Baker (1993, 147)'a göre bu tür piyasalarda firmaların ayrıca gizli ya da açık anlaşmalara girmelerine gerek yoktur. Oligopolistik bağımlılık bu tür anlaşmalara girişmeksizin firmaların paralel fiyatlarla yüksek karlar elde etmelerini mümkün kılacaktır.

Pazar koşullarının kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli olması halinde ise, firmaların koordinasyonlarının koşulları üzerinde kendiliğinden uzlaşmaya varmalarını engelleyen ya da uzlaşmadan sapanların tespit edilmesini zorlaştıran bir takım faktörler bulunmaktadır. Ürünün homojen, firmaların simetrik, maliyet yapılarının benzer olmaması gibi faktörler, firmaların kendiliğinden paralel davranışlar sergilemelerini engelleyecektir. Ancak tekrarlanan oyun modellerinin, koordinasyonun tam olmasının gerekmediğini ve odak noktalarının firmaların paralel davranışlar sergilemelerini kolaylaştıracağını ortaya koymasıyla birlikte fiyat liderliği ya da bir firmanın tek taraflı yaptığı fiyat açıklaması gibi birtakım uygulamalar firmaların stratejilerine

²⁶ Bu örnekte “koordinasyon” kavramı oligopolistik bağımlılık anlamında kullanılmaktadır.

ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak aralarında herhangi bir anlaşma olmaksızın, paralel davranışlar sergilemelerini sağlayacaktır (OECD 1999, 229).

Kısmen oligopolistik bağımlılığa uygun pazarlar, aynı zamanda firmaların gizli anlaşmalara girmelerinin en muhtemel olduğu pazarlardır. Piyasada oligopolistik bağımlılık tam olmasa da bu bağımlılık için uygun koşullar bulunduğundan, firmaların anlaşmalarının koşullarını çok ayrıntılı tartışmalar ve pazarlık süreçleri sonucunda, diğer bir deyişle açık anlaşmalarla belirlemelerine gerek olmayacaktır. Bu tür pazarlarda firmaların rekabet etme araçlarından biri ya da birkaçı üzerinde bir anlayış birliğine varmış olmaları yeterli olacağından, bunların gizli anlaşmalara girişmeleri ya da en azından oligopolistik bağımlılığın tam olarak ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurları elimine etmek üzere çeşitli eylemlere²⁷ başvurmaları halinde paralel davranışlar ortaya çıkacaktır.

Oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına tamamen elverişsiz pazarlarda ise, mahkemelerin bu pazarlarda ortaya çıkan paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşabileceği yönündeki görüşlerine karşın (Kovacic 1993, 34), Baker (1993, 146)'a göre bu pazar koşulları altında, firmaların uzlaşmaları, uzlaşmadan sapanları tespit ederek, bunları cezalandırmaları çok zor olduğundan, firmaların bir anlaşmaya girişmeleri anlamsızdır. Bunun altında yatan temel neden, firmaların uzlaşmalarının koşulları üzerinde bir fikir birliğine varmış olsalar bile bu anlaşmayı sürdürmelerinin mümkün olmamasıdır. Elzinga (1983, 25) ise bir adım daha ileri giderek, bu tür pazar koşulları altında firmaların anlaşma girişiminde bulunmaları halinde, söz konusu üç koşulu yerine getirmek üzere verdikleri çabanın "dumanı tüten tabanca" (smoking gun) tipinde deliller bırakmalarını gerektirdiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle Elzinga (1983, 25)'ya göre bu tür deliller olmaksızın, davacının firmaların anlaşmalarına elverişli olmayan koşullar altında gizli anlaşmalara giriştiklerini ortaya koyması, mümkün görünmemektedir.

1.2.5. Değerlendirme

ABD uygulamalarında, antitröst otoritelerinin bilinçli paralelliğe, firmaların paralel davranışlarından hangi koşullarda anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşabileceği ya da ulaşamayacağı sorununa bakış açıları Turner, Stigler ve Posner'in çalışmalarıyla şekillenmiştir. Turner'ın iddiasına temel aldığı gibi bir oligopolistik pazarda paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşamayacağı düşüncelerine karşın; Posner, Stigler'in çalışmalarının da etkisiyle Turner'ın iddialarına temel aldığı piyasanın firmaların anlaşmalarına en uygun zemini

²⁷ Bu eylemler "Kolaylaştırıcı Eylemlere Başvurulması" başlığı altında ele alınacak ve hangi hallerde firmaların kolaylaştırıcı eylemlere başvurmalarının gizli bir anlaşmanın göstergesi olarak değerlendirileceği üzerinde durulacaktır.

hazırlayan piyasa olduğunu öne sürmüştür. Posner, bu piyasa koşullarının, anlaşma yapmaya elverişli olmasını diğer ekonomik delillerle birlikte gizli bir anlaşmanın göstergesi olarak ele alarak, bu tür piyasalardaki paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşılabileceği fikrini ileri sürmüştür. Tekrarlanan oyun modellerinin gelişimi ise bir bakıma her ikisini de haklı çıkarmıştır.

Tekrarlanan oyun modelleri, firmalar arasında başlayabilecek bir fiyat savaşının oligopol piyasalarında uzlaşmadan sapanların cezalandırılması için yeterince güçlü bir ceza olabileceğini, ayrıca odak noktaları sayesinde firmaların uzlaşmalarının da kolaylaşacağını ortaya koymuştur. Bu bağlamda bir taraftan Turner'ın dediği gibi oligopol piyasalarında firmalar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın paralel davranışların ortaya çıkabileceği düşüncesi doğrulanırken, diğer yandan paralel davranışın ortaya çıkması için (bir anlaşma ya da oligopolistik bağımlılık sonucu) Posner'in belirlediği pazar koşullarının, bu koşulların hepsinin aynı anda bulunması şart olmamakla birlikte, gerekliliği anlaşılmaktadır.

Bu durumda pazarın oligopolistik bağımlılığa uygun olup olmamasına göre paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya Amerikan mahkemelerinin verdiği yanıtlar çelişkili görünmektedir. YM, davacılardan firmaların bir anlaşmaya girmelerinin ekonomik bakımdan makul olduğunu göstermesini istemektedir. Diğer yandan mahkemeler, firmaların aralarında anlaşmalarının makul olmadığı oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz pazar koşulları altında ortaya çıkan paralel davranışlardan anlaşma sonucuna ulaşılabileceği yönünde de görüşler ileri sürmektedirler.

Sonuç olarak, pazar koşullarının tamamen oligopolistik bağımlılığa uygun olması halinde, sadece firmaların paralel davranışlarından anlaşma sonucuna ulaşılamayacağı açıktır. Pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz olması halinde ise, paralel davranışların piyasa yapısının bir sonucu olamayacağı fikrinden hareketle, firmalar arasında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu pazar koşulları altında, firmaların anlaşmaları makul değildir. Ayrıca anlaşmalar bile bu anlaşmanın sürekliliğini sağlayabilmek adına çok açık deliller bırakmak durumunda olmaları nedeniyle, uygulamada bu tür pazar koşulları altında sadece paralel davranıştan anlaşma sonucuna ulaşılan davalarla karşılaşılması pek de mümkün görünmemektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, antitröst otoritelerinin ortaya çıkan paralel davranışa en duyarlı olması gereken pazarların, oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli pazarlar olduğu ileri sürülebilir. Bu pazarlardaki paralel davranışların, tekrarlanan oyun modellerinin ortaya koyduğu gibi piyasa koşul ve uygulamalarından kaynaklanma olasılığı kadar, bir anlaşmadan kaynaklanma olasılığı da bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür pazarlarda paralel davranış anlaşma sonucuna ulaşmak için tek başına yeterli olmamalı, ancak bu pazarların aynı zamanda firmaların gizli anlaşmalara girişmelerinin en muhtemel olduğu

pazarlar oldukları dikkate alınarak, firmaların tutum ve davranışları, oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurları elimine etmek amaç ve bilinciyle çeşitli eylemlere yönelik yönelmedikleri ve bunların hangi durumda gizli bir anlaşmanın göstergesi olacağı çok iyi analiz edilmelidir.

1.3. EK FAKTÖRLER YAKLAŞIMI

1.3.1. Genel Olarak

Tek başına paralel davranıştan gizli bir anlaşmanın varlığının tespit edilmesindeki güçlük, mahkemelerin davacıdan paralel davranışın yanı sıra ek birtakım faktörleri ortaya koymasını istemelerine yol açmıştır. Böylece “ek faktörler” (plus factors) yaklaşımı gelişmiş ve paralel davranışların ne zaman gizli bir anlaşmadan, ne zaman firmaların tek taraflı kararlarından kaynaklandığının belirlenmesinde kullanılmaya başlanmıştır (Yao ve Desanti 1993, 117).

Birlikte uygulanmadığında firmaların kendi çıkarlarına aykırı davranışlar, bilgi alışverişi, rekabetçi olmayan politikalar oluşturabilmek için toplantı yapabilme imkanı gibi ek faktörler anlaşma sonucuna ulaşmanın makul ve mantıklı olup olmadığını değerlendirmede kullanılmakta ve Amerikan mahkemelerinin bu ek faktörleri geniş veya dar bir şekilde tanımlamak konusunda geniş takdir yetkileri bulunmaktadır (Kovacic 1993, 34).

1.3.2. Birlikte Davranış İçin Mantıklı Bir Nedenin Varlığı

Birçok davada tarafların aralarında bir anlaşma yapmaları için mantıklı bir nedenlerinin bulunup bulunmadığı, diğer bir deyişle anlaşmalarının makul olup olmadığı dikkate alınmıştır. Kovacic (1993, 37)’e göre “mantıklı bir nedenin varlığı” kriteri genel olarak pazarın oligopolistik bağımlılık yaratıp yaratmadığını sormanın farklı bir yöntemidir. Pazar koşullarının firmaların aralarında anlaşmalarına uygunluğu, aynı zamanda firmaların anlaşmalarının makul olduğunun göstergesi olarak kabul edilmektedir (Monti 1996, 8).

First National Bank of Arizona v Cities Service Co.²⁸ davasında YM, paralel davranışın sadece davacının tarafların uyumlu bir şekilde davranmak için mantıklı bir gerekçelerinin olduğunu göstermesi halinde anlaşma sonucunu destekleyebileceğini belirtmiştir. Bu yöntem, anlaşmanın varlığının ortaya konulmasında bir başlangıç noktası olarak kullanılmıştır (Stevens 1995, 56).

Elektronik teçhizat sağlayıcısı Japon firmalarının Amerika’ya, maliyetlerinin altındaki fiyatlarla satış yaptıkları iddiasının söz konusu olduğu

²⁸ 391 U.S. 253 (1968)

Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.²⁹ davasında ise, YM Japon firmalarının Amerika pazarında yıkıcı fiyat uygulamalarının ekonomik açıdan mantıklı olmadığını, diğer bir deyişle davalıların bu konuda gizli bir anlaşmaya girmelerinin makul olmadığını belirtmiştir. YM'ye göre Japon firmalarının Amerikan pazarında uyguladıkları düşük fiyat, satışlarını artırmak isteklerinden kaynaklanmaktadır (Sullivan ve Harrison 1998, 184). Böylece Monti (1996, 71)'ye göre YM, ekonomik açıdan anlamlı olmayan gizli bir anlaşmanın ispatlanabilmesi için davacılarından, davalıların bağımsız davranmış olma ihtimallerini ortadan kaldıran delilleri ileri sürmelerini istemektedir.

Matsushita kararını, Kodak firmasının fotokopi makinelerinin yedek parçalarını bağımsız servislere sağlamaması ve ek yükümlülük uygulamalarına girişmesi yönündeki iddiaların değerlendirildiği Eastman Kodak Co. v. Image Tecnical Services³⁰ davasında, YM şu şekilde yorumlamıştır: Matsushita kararı davacıların üstüne ek bir ispat külfeti getirmemektedir. Ayrıca savunmasını doğru ya da yanlış herhangi bir ekonomik teoriye ya da nedene dayandıran davalıların da sorumluluktan hemen kurtulacakları anlamına gelmemektedir. Ancak davacıların, davalıların anlaşmalarının ekonomik açıdan makul olduğunu (anlaşmaları için bir nedenlerinin olduğunu) mutlaka göstermeleri gerekmektedir (Stevens 1995, 54).

Yao ve Desanti (1993, 118)'ye göre tarafların anlaşmak için bir nedenlerinin olması, anlaşma sonucuna ulaşmak için gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. “Anlaşmak için bir nedenin varlığı” ancak bir eleme fonksiyonu görebilir. Bu yaklaşım, davacıların sadece paralel davranışın bulunduğu gerçeğine dayandığı birçok davada, iddialarının reddedilmesi ile doğrulanmıştır.

1.3.3. Birlikte Uygulanmadığında Teşebbüsün Çıkarına Aykırı Davranışlar

Gizli bir anlaşmadan kaynaklandığı iddia edilen davranışın, rakip teşebbüslerle birlikte uyum içinde hayata geçirilmesi halinde teşebbüsün yararına olup olmadığı, diğer bir deyişle davranışın tek taraflı uygulanması halinde teşebbüsün çıkarlarına zarar verip vermeyeceği dikkate alınan ek faktörlerden biridir. “Anlaşmak için neden” unsuruna çok benzeyen bu kriter de pazarın oligopolistik bağımlılığa olan eğilimini anlamının farklı bir yöntemidir ve firmaların kendi çıkarlarına uygun davranışlarını herhangi bir iddia konusu yapmakta ihtiyatlı davranılması gerekliliğini göstermektedir (Yao ve Desanti 1993, 119).

Kovacic (1993, 41), birlikte uygulanmadığı takdirde teşebbüslerin kendi çıkarlarına ters düşen davranışlarına örnek olarak, firmaların pazardaki arz ve talep koşullarında ortaya çıkan değişmelere makul tepkiler vermemelerini

²⁹ 175 U.S. 574 (1986)

³⁰ 504 U.S. 451 (1992)

göstermektedir. Azalan ya da durağan seyreden talebe karşın, firmaların fiyat artırımına gitmeleri anlaşma sonucuna ulaşılmasında dikkate alınacaktır.

Monti (1996, 68)'ye göre American Tobacco davasında firmalar arasındaki yakın ilişkilerin yanı sıra, azalan talebe ve maliyetlere karşın, firmaların fiyat artırımına gitmeleri firmaların bireysel çıkarlarına ters düştüğünden gizli anlaşma sonucuna ulaşılmasında belirleyici faktör olmuştur.

C-O- Two Fire Equipment v. United States³¹ davasında ise mahkeme, gizli anlaşma sonucuna ulaşırken, davalıların pazarda üretim fazlası olduğu dönemlerde fiyat artırmalarını özellikle dikkate almıştır. Bond Crown&Cork Co. v. FTC³² davasında ise firmaların talep ve arzda ortaya çıkan değişmelere rağmen ve alıcı ve satıcı firmaların farklı yerlerde olmalarına karşın uyguladıkları fiyatlarda görülen benzerlik ve katılık gizli anlaşma sonucuna ulaşılmasında etkili olmuştur (Kovacic 1993, 41-42).

Mal vermemeye yönelik anlaşma iddialarında ise, davacıların kendi ürünlerinin ya da hizmetlerinin davalıların iş yapmakta oldukları teşebbüslerinkinden daha üstün olduğunu göstermeleri halinde, anlaşma sonucuna ulaşılabilir. Aksine, davacının ürünlerinin iş yapılan firmalarınkinden daha düşük kalitede olması ise, davalıların anlaşma iddiasını çürütmekte kullanabilecekleri bir argüman olarak ortaya çıkmaktadır (Kovacic 1993, 42). Ball v. Paramount Pictures Inc.³³ davasında davacı sinema sahibinin, dağıtıcılara, dağıtıcıların iş yaptıkları diğer sinema işletmecilerine göre çok daha iyi teklifler götürmesine karşın, ilk kez gösterime girecek filmleri tedarik edememesi, mahkemenin gizli anlaşma sonucuna ulaşılmasında etkili olmuştur.

Baker (1993, 177)'a göre firmaların davranışları için makul ticari bir gerekçe ileri sürmeleri (Amerikan hukukunda ilgili davranışın etkinliği artırıcı etkilerinin olması halinde de ticari bir gerekçenin var olduğu kabul edilmektedir.), başka delillerin de varlığı halinde genellikle firmalar arasında bir anlaşma olduğu iddiasını tek başına çürütmeye yetmemektedir. Firmaların makul ticari bir gerekçe ileri sürememeleri ise anlaşma sonucuna ulaşılmasında daha etkili olmaktadır. Baker'ın bu düşüncelerine karşın Stevens (1995, 56)'a göre makul ticari gerekçe anlaşma iddiasını çürütmek için yeterlidir. Buna örnek olarak Michelman v. Clark-Schwebel Fiber Glass Corp.³⁴ davası verilebilir. Bu davada kredi şirketlerinin aralarında anlaşarak davacıya kredi vermeyi reddettikleri iddiası söz konusudur. Mahkemenin, kredi şirketlerinin aralarında davacının kredibiletisini tartışmalarına dair deliller bulunmasına karşın, davacının kredi vermek için çok riskli bir müşteri olması gerçeğinden hareket

³¹ 344 U.S. 892 (1952)

³² 176 F.2d 974 (4th Cir. 1949)

³³ 169 F.2d 317 (3d Cir. 1948)

³⁴ 534 F.2d 1036, (2d Cir.) cert. denied, 429 U.S. 885 (1976)

ederek davacının iddiasını reddetmesi, başka deliller olduğu halde ticari gerekçenin anlaşma iddiasını çürütebileceğini göstermektedir.

Nitekim Pevely Dairy Co. v. United States³⁵ davasında da benzer bir yaklaşım sergilenmiştir. Bu davada mandıra şirketlerinin süt fiyatlarını tespit etmek üzere gizli bir anlaşma yaptıkları iddiası söz konusudur. Davalılar arasında iletişimin gerçekleştiğini gösteren delillerin varlığına karşın, Mahkeme, davalıların girdi olarak kullandıkları ham sütün fiyatının federal regülasyonla düzenlendiğini, sendika ile yapılan sözleşmelerin tüm mandıralar için benzer iş gücü maliyetlerine ve sağlık yönetmeliklerinin ürünün standartlaşmasına yol açtığını vurgulamıştır. Böylelikle benzer maliyetlere sahip ve homojen ürünler üreten mandıraların, aynı dönemlerde aynı oranlarda fiyat artırımına gitmelerinin, bir anlaşmadan değil, benzer ekonomik faktörlerle karşı karşıya gelmelerinden ötürü benzer ve makul tepkiler vermelerinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır (Kovacic 1993, 43).

Sağlayıcıların müşterilerine mal vermeyi kesmeleri ise, bazı durumlarda fiyat tespitine ilişkin gizli bir anlaşmanın göstergesi olarak kabul edilebilmektedir. 1919 yılındaki United States v. Colgate Co.³⁶ davasında YM, sağlayıcıların kiminle iş yapacaklarını ve hangi koşullar altında anlaşma yapmayı reddedeceklerini belirleme ve duyurma haklarının olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede sağlayıcıların tavsiye ettikleri yeniden satış fiyatlarına uymayan müşterilerine mal vermeyi kesebileceğini açıklamıştır (Marks ve Jacobson 1985, 226).

YM'nin Colgate davasındaki liberal yaklaşımı daha sonraki davalarda büyük ölçüde terk edilmiştir. United States v Parke Davis Co.³⁷ davasında, tek taraflı olarak yeniden satış fiyatını belirleme kararı alan Parke Davis'in, müşterilerine mal vermeden önce onlarla görüşerek bu politikasına uyacaklarına dair sözler alması, uymayan toptancı ve perakendecilere ise mal vermeyi kesmesi değerlendirilmiştir. YM, sağlayıcının, hangi koşullar altında iş yapacağını açıklamasının ve buna uymayanlara mal vermeyi kesmesinin ötesine geçen davranışlarından ve müşterilerinin bu politikaya karşı hiçbir girişimde bulunmamalarından dolayı, sağlayıcının fiyat tespitine yönelik gizli bir anlaşmanın düzenleyicisi olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak, ABD hukuku sağlayıcıların kiminle, hangi koşullar altında iş yapacaklarına ilişkin özgürlüklerine önem vermektedir. Ancak bu özgürlüğün uyumlu davranışa dönüştüğü noktada, ilgili davranışların antitröst yasalarını ihlal etmesi mümkündür (Lidgard 1997, 358-359).

³⁵ 178 F.2d 369 (8h Cir.)

³⁶ 250 U.S. 300 (1919)

³⁷ 362 U.S. 29 (1960)

1.3.4. Toplantıların ve Direkt İletişim Sağlayan Diğer Yöntemlerin Kullanımı

Kovacic (1993, 46)'e göre, davacılar sık sık tarafların birbirleriyle doğrudan iletişim kurduklarını (örneğin mektup ya da telefon görüşmeleriyle) ya da firmalar arası iletişimin kurulabileceği birtakım platformlarda karşı karşıya geldiklerini (teşebbüs birliği toplantıları gibi) gösterir deliller sunmaktadırlar. Davacılar bu delillerden hareketle, mahkemelerin tarafların bu iletişimi ya da olanakları bir plan oluşturmak ve belli bir yol izleyeceklerine dair birbirlerine güvence vermek için kullandıkları sonucuna ulaşmasını beklemektedirler. Ancak mahkemeler, firmalar arası iletişimin tek başına taraflar arasında bir anlaşma olduğu sonucuna götürmeyeceği varsayımından hareketle konuyu ele almaktadır. Birçok davada firmalar arası toplantı ve doğrudan iletişim “sadece bir anlaşma yapma fırsatı” olarak değerlendirilmiş ve anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli bulunmamıştır.

Firmalar arasındaki iletişimden, anlaşma sonucuna ulaşılmasında alışverişi yapılan bilginin niteliği göz önünde bulundurulmaktadır. Buna örnek olarak Maple Flooring Manufacturers Assn. v. United States³⁸ davası verilebilir. Döşemelik malzeme ticareti yapan 22 firmanın üyesi olduğu bir teşebbüs birliği çerçevesinde, firmaların ortak sorunlarının tartışıldığı toplantılar gerçekleştirilmektedir. Ayrıca birlik çerçevesinde maliyetlere ilişkin bilgilerin yanı sıra satış ve fiyata ilişkin toplam rakamlardan oluşan, istatistiksel bilgi alışverişi söz konusudur. Mahkeme alışverişi yapılan bilginin istatistiksel nitelikte olduğunu belirterek, teşebbüsler arasında bir anlaşma bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır (Bissocoli 2000, 86).

Bissocoli (2000, 87)'ye göre, firmalar arası iletişimin yararlarının ve makul açıklamalarının bulunması durumunda, anlaşma iddiasının reddedilmesi gerekmektedir. Ayrıca Sullivan ve Harrison (1998, 147), teşebbüs birlikleri çerçevesinde gerçekleştirilen bilgi alışverişlerinin (i) bilginin firmaların gelecekteki davranışlarına ilişkin olmaması, (ii) bilginin üye olmadığı halde ihtiyacı olanlara da verilmesi, (iii) pazarın oligopolistik eğilimler göstermemesi gibi durumlarda yasal kabul edileceğini vurgulamaktadır.

Diğer yandan fiyatlara ilişkin bilgi alışverişinin özellikle rekabetçi piyasalarda olması beklenen fiyat düzeyini etkilemeyeceğini, ancak oligopolistik piyasalarda fiyat paralelliğine yol açacağını vurgulayan Sullivan ve Harrison (1998,147)'a göre Container davası pazar koşullarına bağlı olarak mahkemelerin bilgi değişiminden anlaşma sonucuna ulaşabileceklerini ortaya koyması bakımından önemlidir.

³⁸ 268 U.S. 563 (1925)

United States v. Container Corp.³⁹ davasında Amerika'nın güney doğusunda satılan karton kutuların yaklaşık % 90'ını sağlayan 18 firmanın davranışları değerlendirilmiştir. Bu firmalar düzenli olmamakla birlikte birbirleriyle iletişim kurmaktadır. Giriş engellerinin düşük ve ürünün homojen olduğu bu piyasada, firmalar telefon görüşmeleri yaparak belirli müşterilere verdikleri fiyatı birbirlerine açıklamaktadır. Bir firmanın daha düşük fiyat istediği anlaşıldığında, düşük fiyat veren bu firma fiyatını yükseltmektedir. YM, davalılardan her birinin ileride aynı bilgiyi diğerlerinden almak umuduyla hareket ettiğini belirterek, satış fiyatlarına ilişkin bilgi değişiminden taraflar arasında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır (Areeda ve Kaplow 1998, 309).

Waldman (1988, 82)'a göre, karton kutu üreticilerinin fiyatlara ilişkin bilgi alışverişi, firmaların rakiplerinin fiyatlarını piyasa fiyatı olarak kabul edip aynı fiyatları uygulamalarını kolaylaştırmıştır. Karton kutu gibi oldukça homojen bir ürünün söz konusu olduğu piyasalarda, müşteriler çok küçük fiyat farklılıklarına bile duyarlıdır. Bir firmanın fiyatını düşürerek önemli kazançlar elde etmesi mümkünken, tüm firmaların aynı fiyatı uygulamaları aralarındaki bilgi alışverişi sayesinde gerçekleşmiştir.

Diğer yandan Baker (1993, 176)'a göre üç koşulun bulunması halinde mahkemelerin bir anlaşma sonucuna ulaşma eğilimleri artmaktadır. Bunlar; toplantıların gizlice düzenlenmesi ve bilgi alışverişinin gizli olması, firmalar arası iletişimden sonra firmaların davranışlarını birbirine benzer bir şekilde düzenlemeye başlamaları, toplantılarda tarafların gelecekte nasıl davranacaklarına ilişkin bir anlayış birliğine vardıklarını gösterir nitelikteki bilgi alışverişinde bulunmalarıdır. Ayrıca bilgi alışverişinin bireysel olması, kamuya açık bir şekilde yapılan bilgi alışverişlerine göre daha şüphe uyandırıcıdır. Nitekim Kovacic (1993, 47)'in örnek verdiği United States v. Foley⁴⁰ davasında davalılar arasındaki iletişimin bu koşulların birçoğunu taşımasından dolayı, anlaşma sonucuna ulaşılması güç olmamıştır. Bu davada, davacıların bir akşam yemeğinde buluştukları ve bu yemekte davalılardan birinin aldığı komisyon oranını % 6'dan % 7'ye çıkaracağını belirttiğine ilişkin deliller bulunmuştur. Bu yemekten çok kısa bir süre sonra davalıların komisyon oranlarında aynı değişikliği yaptıkları görülmüştür.

1.3.5. Kolaylaştırıcı Eylemlere Başvurulması

OECD Raporu (1999, 204)'nun ABD bölümünde, kolaylaştırıcı eylemler firmaların gelecekteki stratejilerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak aralarındaki uzlaşmadan sapma eğilimlerini azaltan, böylece oligopolistik

³⁹393 U.S. 333 (1969)

⁴⁰ 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979)

bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştıran faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Ucuz konuşma, belli bir noktadan teslim fiyatlandırma, bilgi alışverişi, rekabeti karşılama ve en çok kayırılan müşteri hükümleri kolaylaştırıcı eylemlere örnek olarak sayılmaktadır.

Yao ve Desanti (1993, 120)'ye göre, teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemlere girişmeleri tek başına teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemleri uygulamak üzere anlaştıkları anlamına gelebileceği gibi, fiyat tespitine yönelik bir anlaşmanın delili de olabilir. Kolaylaştırıcı eylemlerin ihlal olarak değerlendirilmesinde, bu eylemlerin yarattığı antirekabetçi etkiden çok, antirekabetçi amaçları dikkate alınmaktadır. Kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasına yönelik anlaşmalar Sherman Kanunu'nun 1. maddesi ya da FTC Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında; kolaylaştırıcı eylemlerin tek taraflı uygulamaları ise sadece FTC Kanunu çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Kolaylaştırıcı eylemlere ve bu eylemlerin nasıl değerlendirildiğine ilişkin önemli bir dava United States v. General Electric Corp.⁴¹ davasıdır. DOJ, yatırım sermayesinin yüksekliği ve ölçek ekonomileri nedeniyle, giriş engellerinin bulunduğu türbin jeneratörleri piyasasında faaliyet gösteren General Electric ve Westinghouse firmalarının aynı liste fiyatlarını ilan ederek ve uygulayarak aralarındaki fiyat rekabetinden kaçındıklarını iddia etmiştir. 1963 yılında General Electric, yeni bir fiyatlandırma politikası uygulamaya başlamıştır. Bu politika gereğince General Electric ilan ettiği fiyatlara bağlı kalmakta ve liste fiyatının belirlenmesinde basit formüller kullanmaktadır. Bu sistem sayesinde, Westinghouse, General Electric'in herhangi bir türbin jeneratörü projesinde hangi fiyatı vereceğini öğrenebilmektedir. General Electric'in yeni politikasının diğer bir özelliği ise, müşterilerle yaptığı sözleşmelere "fiyat koruması" başlıklı bir hüküm koymasındadır. Bu hüküm gereğince General Electric, herhangi bir müşterisine daha düşük bir fiyatla satış yaparsa, altı ay içinde satış yaptığı müşterilerine de aynı fiyat avantajını sağlayacaktır. Bu sistem sonucunda General Electric, Westinghouse firmasına dolaylı olarak hem hangi fiyatı uygulayacağı bilgisini, hem de çeşitli iskontolar uygulayarak fiyat indirimine gitmeyeceği sinyalini vermektedir (Hay 2000, 113).

Bu sistem tek başına Westinghouse'un General Electric'in fiyatlarını takip edeceği güvencesini vermemekle birlikte, 1964 yılında Westinghouse firmasının da benzer bir sistemi uygulamaya sokmasıyla bütün belirsizlikler ortadan kalkmıştır. Sonuç ise daha sonraki yıllarda firmaların aynı fiyatları iskonto yapmaksızın uygulamaları olmuştur. Westinghouse ve General Electric firmaları arasında herhangi bir anlaşma ya da iletişim bulunduğu dair bir delilin elde edilemediğini belirten Hay (2000, 115)'e göre, firmalar aynı fiyatı uyguladıklarını kabul etmekle birlikte bu durumun oligopolistik bir piyasadaki

⁴¹ (1977-1) Trade Cas. (CCH) 712.

fiyat liderliğinden ve bilinçli paralellikten kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Ancak yeni politikanın bu firmalar tarafından paralel bir şekilde uygulanması, aralarında bir anlayış birliği oluşmasına ve fiyat rekabetinden kaçınmalarına olanak vermiştir. Böylelikle iki firma arasında Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin diğer önemli bir dava ise *In Re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*⁴² davasıdır. Bu davada Amerika'nın batısında faaliyet gösteren petrol şirketlerinin, benzinin toptan fiyatını tespit ettikleri iddia edilmiştir. Davacılar (birçok eyalet), davalıların, basın açıklamaları (bazen fiyatlar uygulamaya sokulmadan önce) ve ilanlar yoluyla toptan satış fiyatlarını birbirlerine bildirdiklerini ve böylelikle aralarındaki fiyat rekabetinden kaçındıklarını ileri sürmüşlerdir. Sektörde fiyat hareketleri dalgalanmalar göstermekteydi. Birkaç haftalık indirimlerden sonra fiyatlar, birden yüksek oranlarda ve paralel olarak artmaktaydı. Davalılar fiyat duyurularını, rakiplerinin kendilerini izleyeceği umuduyla yaptıklarını kabul etmişlerdir. Bu verilerden hareketle mahkeme, davalıların oligopolistik bağımlılık savunmalarını kabul etmemiş, firmaların aralarında bir anlayış birliği olmaksızın birden ve yüksek oranlarda fiyat artırımına gitmeyi göze alamayacaklarını belirterek, bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmıştır (Lapotka 1996, 898-899).

Kovacic (1993, 57) bu davada, mahkemenin davalılar üzerindeki ispat yükünü artıran bir yaklaşım izlediğini belirtmektedir. Mahkemeye göre davacının iddiasını tamamen ikinci derecede delillere dayandırması durumunda, davalının iddiaları çürütebilmesi için davranışlarına makul alternatif bir açıklama getirmesi veya mahkemenin bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmasının aslında rekabetçi olan davranışlarına zarar vereceğini göstermesi gerekmektedir.

Kolaylaştırıcı eylemler, firmaların tek taraflı kararlarıyla uygulansa da FTC Kanunu kapsamında değerlendirilebilmektedir. FTC Kanunu "rekabetin haksız yöntemlerini" yasaklamaktadır. Bu yasaklamanın kapsamı açık olmamakla birlikte YM "rekabetin haksız yöntemlerinin" Sherman Kanunu'nu ihlal eden davranışların yanı sıra firmaların tek taraflı davranışlarını da içerdiğini açıkça ortaya koymuştur (Silcox 1984, 423).

1948 yılında FTC v. Cement Institute⁴³ davasında birçok üretici tarafından gerçekleştirilen belli bir noktadan teslim fiyatlandırma uygulamaları ele alınmıştır. YM'nin, bu üreticilerin aralarında bir anlaşma olmasa da FTC Kanunu'nu ihlal edeceği yönündeki değerlendirmesi, teşebbüslerin bireysel kararlarıyla uyguladıkları kolaylaştırıcı eylemlerin bir anlaşmanın gösterilmesine

⁴² 906 F.2d. 432 (9th Cir. 1990) cert.denied, 500 U.S. 959 (1991).

⁴³ 333 U.S. 683 (1948).

gerek kalmaksızın FTC Kanunu çerçevesinde yasaklanabileceği sonucuna götürmüştür (Marks ve Jacobson 1985, 224).

Bu yaklaşıma dayanarak, FTC, Ethyl Corp.⁴⁴ davasında benzin katkı maddesi üreticisi dört firmanın, fiyat duyuruları yaparak ve belli bir noktadan teslim fiyatlandırma uygulamalarına girişerek, bilinçli paralel fiyatlandırmayı kolaylaştırdıkları gerekçesiyle FTC Kanunu'nu ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır. FTC üreticiler arasında bir anlaşma olduğu iddiasında bulunmamıştır. Ancak 2. temyiz mahkemesi, FTC'nin kararını bozarak⁴⁵, teşebbüsler arasında gizli ya da açık herhangi bir anlaşma yoksa, FTC'nin bir faaliyeti yasaklayabilmesi için iki unsuru göstermesi gerektiğini vurgulamıştır. Bunlar, teşebbüslerin antirekabetçi bir amaç ya da niyetlerinin olması ve bu faaliyetler için makul ticari bir gerekçe getirememeleridir. Bu unsur özellikle kolaylaştırıcı eylemlerin rekabeti olumlu yönde etkileyen özelliklerinin olup olmadığının sorgulanmasına yaramaktadır (Sullivan ve Harrison 1998, 196-197). Nitekim ABD hukukunda kolaylaştırıcı eylemlerin rekabet üzerinde olumlu etkilerinin olabileceği düşünüldüğünden bu eylemler temel olarak "haklı sebep" (rule of reason) analizine tabi tutulmaktadır. Bu nedenle firmaların tek taraflı kararlarıyla ya da makul bir gerekçeye dayanarak kolaylaştırıcı eylemlere girişmeleri halinde paralel davranışlara karşın, aralarında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılamayacaktır (OECD 1999, 205).

Hay (2000, 128)'e göre, Ethly kararında ortaya konan iki unsurun varlığı halinde, diğer bir deyişle kolaylaştırıcı eylemlerin amacı firmaların aralarındaki rekabeti engellemekse ve bu tür eylemlerin makul bir gerekçesi yoksa, FTC Kanunu'na gerek kalmaksızın, firmaların Sherman Kanunu anlamında gizli bir anlaşma içinde oldukları sonucuna ulaşılmalıdır.

1.3.6. Pazarın Yatay İşbirliği Sonucunu Destekleyen Performans Özellikleri

Antitröst uzmanları pazarın performansına ilişkin bilgileri, firmaların fiyat ve üretim kararlarını koordine etmeyi başarıp başaramadıklarını anlamak üzere kullanmaktadırlar. Bu amaçla, ilgili pazar performansını ortaya koyan, uzun süreler pazar paylarında görülen durağanlık, tarafların ve diğer pazar aktörlerinin karlılık düzeyleri, pazar genelinde süreklilik arz eden rekabetçi düzeyin üstünde fiyatlandırma gibi faktörler dikkate alınmaktadır (Kovacic 1993, 54-55).

Ancak Elzinga (1983,19) 'ya göre, gizli bir anlaşmanın göstergeleri arasında sayılan ve Posner'ın etkisiyle değerlendirilmeye alınan bu faktörlerin hangi kriterlerle karşılaştırılacağı belirsizdir. Karşılaştırmada temel alınacak

⁴⁴ 101 F.T.C 425 (1983).

⁴⁵ E.I.du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 479 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

kriterin tam rekabet piyasasında dengede bulunan firmanın performansı olduğunu belirten Areeda ve Kaplow (1996, 261)'a göre ise, marjinal maliyetin üstündeki fiyatlar ve normal kar üstü kar elde edilmesi bir anlaşmaya işaret edecektir, ancak bu verilerin ölçülmesi hem çok güçtür hem de anlamları tartışmalıdır.

Waldman (1988, 67) ise, firmalar arası anlaşmaların her zaman yüksek kar oranlarına yol açacağını kabul etmemektedir. Bunun nedeni Waldman (1988,71)'a göre firmaların birbirleriyle anlaşma eğilimlerinde, yüksek fiyatlar dolayısıyla yüksek karlar elde etmek isteklerinin ötesinde, firmaların karşı karşıya buldukları riski bertaraf etmek isteklerinin de bulunmasıdır. Bu nedenle gizli bir anlaşma, karları yükseltmese ya da düşürse bile, riski yeterince bertaraf edebiliyorlarsa firmaların fayda düzeyleri artacaktır.

Ginsburg (1993, 93) da aynı sonuca farklı bir yaklaşımla ulaşmaktadır. Bu yaklaşıma göre, firmalar belli bir fiyatı uygulamak üzere anlaşmalar bile uzlaşmadan sapma eğilimleri, onların fiyat dışındaki ürün farklılaştırması, reklam, sundukları kalite ve hizmet ekstraları gibi rekabet etme araçlarına başvurmalarına yol açacaktır. Bu tür rekabet etme araçları genelde çok maliyetli olduklarından, firmaların karlarında düşüslere yol açacaktır⁴⁶. Shughart ve Tollison (1998,365-368) ise rekabet otoriteleri tarafından tespit edilen anlaşma olaylarında firmaların karlılık düzeylerinin düşük olduğunu belirterek, bunun sebebinin Ginsburg gibi fiyat dışı rekabet etme araçlarına ve “etkin olmayan kartel teorisi” (ineffective cartel theory) çerçevesinde etkin çalışmayan kartellerin rekabet otoriteleri tarafından tespit edilme ihtimallerinin daha yüksek olmasına bağlamaktadırlar.

1.3.7. Değerlendirme

Ek faktörlerin tanımlanmasına ve değerlendirilmesine yönelik yargısal çabalardan Kovacic (1993, 35-36)'e göre iki sonuç çıkmıştır: Bunlardan birincisi, mahkemelerin ek faktörleri değerlerine göre sıralamaya ve bilinçli paralelliği uyumlu davranıştan ayırabilmek için gerekli olan en az kritik ek faktör miktarını ortaya koymaya hiç teşebbüs etmemeleridir. Ek faktörlerin hiyerarşik bir sıralamasının yapılamaması ve rekabet bakımından anlamlarının tam olarak açıklanamaması bir çok davada Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp.⁴⁷ davasında yapılan değerlendirmelere başvurulmasına yol açmıştır. Bu değerlendirmeye göre jürinin görevi, resim içindeki şekillerden çok, resmin bütününe bakmaktır. Deliller parça parça değil, bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.

⁴⁶ Gingsburg (1993, 95)'a göre firmaların anlaşma yoluyla karlarını artırabilmeleri için hem fiyat hem de fiyat dışı rekabet araçları üzerinde anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir. Ancak bu, firmaların sadece fiyat üzerinde uzlaşmaya varmalarından çok daha güçtür.

⁴⁷ 370 U.S. 690 (1962)

Kovacic (1993, 36)'e göre diğ er sonuç ise, ek faktörlerin değ erlendirilmesinde ortaya çıkan farklılıkların, dava sonucunun büyük ölçüde mahkemelerin paralel davranış ın nedeni hakkındaki açıklanmamış sezilerine bağı lı olduğunu göstermesidir.

Ek faktörlerin değ erlendirilmesinde, her bir faktörün anlaş ma sonucuna ulaş maktaki etkisinin ne olduğunu belirlenmesi zor görünmektedir. ABD uygulamalarında ek faktörler, ana hatlarıyla pazarın oligopolistik özellikler gösterip göstermediğini, paralel davranış için makul bir gerekçe bulunup bulunmadığını ve firmalar arasında bir bağı lantı olup olmadığını ortaya koymaya yönelmektedir.

Firmaların anlaş mak için bir nedenlerinin olması, firmaların bir anlaş mayaya girişmelerinin ekonomik açıdan makul olup olmadığını sormanın diğ er bir yöntemidir. Bu faktör anlaş ma sonucuna ulaş maktaki yeterli görülmemektedir. Ancak bu faktörün sağ lanmamış olması halinde, davacının anlaş ma iddiaları, bu iddialar yeterince ispatlanmadığı takdirde reddedilecektir. Bu nedenle firmaların anlaş mak için bir nedene sahip olmaları, anlaş ma sonucuna ulaş mak için gerekli asgari faktörlerden biri olarak ortaya çı kmaktadır. Diğ er yandan bu ek faktörün oligopolistik bağı mlılığ ın tam olarak ortaya çıkt ığı pazar koş ulları ile oligopolistik bağı mlılığ a hiç elveriş li olmayan pazar koş ullarında, fiyat tespitine yönelik bir anlaş ma ihtimalini dış ladığı ileri sürülebilecektir.

Birlikte uygulanmadığı nda firmaların çıkarlarına aykırı olan davranış lar ise, özellikle firmaların pazar koş ullarında ortaya çıkan değ iş ikliklere makul tepkiler verip vermediklerini ve firmaların davranış ları için makul ticari bir açıklama getirip getirmediğini değ erlendirmede kullanılmaktadır. Bir davranış ın ticari bir gerekçesinin bulunması, rekabet üzerinde olumlu ve etkinliğı artırıcı etkilerinin bulunmasını da iç ermektedir. Bu durum ABD uygulamalarında haklı sebep analizinin taşı dığı öneme bağı lanabilir. American Tobacco davasında, kararın büyük ölçüde bu ek faktöre dayandırılarak verilmesi, bu ek faktörün anlaş manın varlığı sonucuna ulaş ılmasında önemli bir rolünün olduğunu göstermektedir.

Firmaların toplantılar yapmaları, doğ rudan bilgi alış veriş inde bulunmaları ise tek baş ına sadece bir "anlaş ma yapma olanağı" olarak nitelendirilmektedir. Anlaş manın varlığı sonucuna ulaş ılmasında, alış veriş i yapılan bilginin niteliğı ve pazar koş ulları önem kazanmaktadır. Kolaylaştırıcı eylemlerin değ erlendirilmesinde de benzer bir yaklaş ım sergilenmektedir. ABD antitröst hukukunda bilgi alış veriş inin ve kolaylaştırıcı eylemlerin rekabet üzerinde olumlu etkilerinin olabileceğ inin düşünülmesi nedeniyle, bu tür davranış lar temelde haklı sebep analizine tabi tutulmaktadır. Bu analizin, anlaş manın varlığ ının belirlenmesi bakımından da dikkate alınmasına paralel olarak, özellikle oligopolistik bağı mlılığ a kısmen elveriş li olan pazarlarda bilgi alış veriş i ve kolaylaştırıcı eylemlere başvurulması firmalar arasında gizli bir anlaş ma olduğu sonucuna ulaş ılmasında etkili olmaktadır.

BÖLÜM 2

AB UYGULAMALARI

2.1. AB REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM KAVRAMI

Roma Antlaşması 1957 yılında imzalandığında, üye ülkelerin hiçbirinin düzenlemelerinde “uyumlu eylem” (concerted practice) veya “uyumlu davranış” kavramlarına karşılık gelecek bir kavram bulunmamaktaydı⁴⁸. Bu nedenle Roma Antlaşmasında uyumlu eylem kavramına yer verilmiş olması “uyumlu davranış” kavramını kullanan ABD antitröst hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır (Goyder 1998, 98).

Uyumlu eylem kavramının çerçevesini belirleyen ilk dava, Dyestuffs⁴⁹ davası olmuştur. Davada Komisyon’un, dyestuffs üreticilerinin aynı dönemlerde benzer oranlarda fiyat artışına giderek uyumlu eylem içinde oldukları yönündeki kararı⁵⁰ ele alınmıştır. Topluluğun çeşitli ülkelerinde faaliyet gösteren üreticiler, 1964 ve 1967 yılları arasında fiyat duyuruları yaparak, dyestuffs fiyatlarında, üç kez aynı dönemlerde ve benzer oranlara denk gelecek şekilde artışa gitmişlerdir. Ayrıca üreticiler 1967 yılındaki son fiyat artışından önce toplantı yapmışlar ve bazı üreticiler fiyat artıracaklarını bu toplantıda rakiplerine bildirmişlerdir.

Komisyon fiyat duyurularını, fiyat artışlarının aynı ürünleri kapsamasını ve benzer oranlarda uygulanmasını, üreticilerin yavru şirket ve temsilcilerine gönderdikleri talimatların aynı ifadeleri içermesini ve teşebbüsler arasında bir toplantı yapılmış olmasını delil göstererek, dyestuffs üreticileri arasında uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır.

ATAD, teşebbüslerin, fiyat artışlarını önceden duyurarak pazardaki belirsizliği ve bağımsız davranışları sonucu meydana gelebilecek riskleri ortadan

⁴⁸ AB Hukukunda “uyumlu eylem” kavramına ilk olarak 1951 tarihli AKÇTA’nın 65. maddesinde yer verilmiştir (İkizler 2001, 235).

⁴⁹ Cases 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619.

⁵⁰ Dyestuffs (1969) OJ L195.

kaldırdıklarını belirterek bu fiyat duyurularını pazarın şeffaflaştırılmasına yönelik işbirliğinin göstergesi olarak değerlendirmiştir⁵¹. Bu işbirliğinin sonucunda dyestuffs piyasasının ülke sınırlarına göre bölündüğünü⁵², fiyatlarda aynı oran ve zamanlarda yapılan artışların pazarın normal şartlarına uygun olmadığını vurgulayan⁵³ ATAD, Komisyon'un uyumlu eylem kararını onaylamıştır. Bu davada ATAD uyumlu eylemin tanımını yapmıştır. Bu tanıma göre uyumlu eylem:

Bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek (kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir⁵⁴.

ATAD'a göre uyumlu eylemde bir anlaşmanın tüm unsurlarının bulunması gerekmemekle birlikte, uyumlu eylem tarafların davranışlarından açıkça anlaşılabilir bir koordinasyondan kaynaklanmalıdır⁵⁵. Diğer yandan tek başına paralel davranış uyumlu eylem olarak tanımlanamaz. Ancak paralel davranış pazarın normal koşullarını yansıtmıyorsa, uyumlu eylemin güçlü bir delildir⁵⁶. Uyumlu eylemin varlığının ortaya konulması için pazar koşullarının çok iyi analiz edilmesi gerekmektedir⁵⁷.

Uyumlu eylem kavramının tanımlanması bakımından ikinci önemli karar ATAD'ın 1975 yılındaki Suiker Unie⁵⁸ kararıdır. Komisyon⁵⁹ şeker üreticilerinin 1968-69 ve 1971-72 yılları arasında gerçekleştirdikleri pazar paylaşmaya yönelik uygulamalarını 81. maddeye⁶⁰ aykırı bulmuştur. Üreticiler rakiplerinin yerel pazarlarına girmekten kaçınmakta ya da söz konusu yerel pazara girmek için o pazardaki yerli üreticinin iznini almaktaydı. Pazar, şeker satışının bir üreticiden diğerine yapılması ve satıcıların başka bir yerel pazarda üretici olmayan teşebbüslere doğrudan satış yapmamaları gibi yöntemler kullanılarak paylaşılmıştı.

⁵¹ [1972] ECR 619, paragraf 101-103.

⁵² Ibid., paragraf 123.

⁵³ Ibid., paragraf 105-109, 113.

⁵⁴ Ibid., paragraf 64.

⁵⁵ Ibid., paragraf 65.

⁵⁶ Ibid., paragraf 66.

⁵⁷ Ibid., paragraf 68. Daha sonra Woodpulp II davasında raportör yargıç olarak görev alan Joilett, Dyestuffs davasını konu edinen 1974 tarihli makalesinde, ATAD'ın pazarın çok iyi analiz edilmesi gerektiğini belirtmesine karşın bu analizi yeterince yapmamasını eleştirmiş, ancak ürünün homojen pazarın şeffaf olmaması nedeniyle paralel davranışın pazar yapısından kaynaklanmadığı sonucuna ulaşmıştır (Van Gerven ve Varona 1994, 602-603).

⁵⁸ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663.

⁵⁹ Sugar (1973) OJ L140/17.

⁶⁰ 01.05.1999 tarihli Amsterdam Zirvesi sonrasında 85 ve 86. maddeler sırasıyla 81 ve 82. maddeler olarak değiştirilmiştir. Bu çalışmada maddelerin yeni numaraları kullanılacaktır.

ATAD paralel davranışın yanı sıra, mektup, teleks mesajları, notlar şeklindeki delillerden Belçikalı üretici Raffinerie Tirlomontoise ile Hollandalı üreticiler Suiker Unie ve Centrale Suiker'ın birbirleriyle temas kurdukları ve rakiplerinin gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak uyumlu eylem içinde oldukları sonucuna ulaşmıştır⁶¹.

Bu davada ATAD uyumlu eylemin daha ayrıntılı bir tanımını yapmıştır. Bu tanıma göre uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte, ürünün yapısı, teşebbüslerin önem ve sayıları, pazarın büyüklüğü ve yapısı dikkate alındığında normal şartlar altında pazarda bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek (kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir⁶².

ATAD ayrıca uyumlu eylemin varlığını kabul için bir planın mevcut olmasına gerek bulunmadığını vurgulayarak, uyumlu eylemin belirlenmesi bakımından temel bir açıklama yapmıştır. Buna göre her teşebbüs ortak pazarda izleyeceği politikaları bağımsız bir şekilde belirlemelidir. Bu gereklilik, firmaların rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarına engel değildir. Ancak teşebbüslerin rakiplerinin pazar davranışlarını etkilemek ya da bu rakibe ilerideki pazar davranışlarını açıklamak amaç ya da etkisini doğuran, doğrudan veya dolaylı ilişkiler kesin bir şekilde yasaktır⁶³. ATAD'ın bu yorumu çerçevesinde, teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı, uyumlu eylemin temel unsurlarından biridir. Bu ilişki firmalar arasında kasıtlı bir şekilde doğrudan ya da bir aracı vasıtasıyla dolaylı bilgi alışverişini içermelidir (Goyder 1998, 101; Miguel ve Antunes 1991, 61).

ATAD'ın Dyestuffs ve Suiker Unie kararlarının uyumlu eylemin belirlenmesinde temel kriterleri ortaya koyduğunu vurgulayan Whish (2001, 84)'e göre uyumlu eylem, pratik iş birliği sağlayan bir "fikri uzlaşma" (mental consensus) gerektirmekte, ancak bu uzlaşma sözlerle ifade edilmese bile teşebbüsler arasındaki doğrudan ya da dolaylı bağlantılarla ortaya çıkabilmektedir.

ATAD'ın bu iki davada yaptığı tanım ve açıklamalar çerçevesinde Stevens 1995, 64), uyumlu eylemin unsurlarını şu şekilde belirlemektedir:

⁶¹[1975] ECR 1663, paragraf 269. Suiker Unie davası ile Interstate Circuit davası arasında benzerlikler bulunduğunu belirten Monti (1996, 80)'ye göre, her iki davada da paralel davranışlardan hareketle başlatılan soruşturmalar sonucunda paralel davranışın yanı sıra teşebbüsler arasındaki bağlantıyı gösterir mektup gibi maddi delillerden ve paralel davranışların birlikte uygulanmaması halinde teşebbüslerin çıkarlarına ters düşecek olmasından uyumlu eylem ve anlaşma sonuçlarına ulaşılmıştır.

⁶² [1975] ECR 1663, paragraf 26.

⁶³ Ibid., paragraf 173,174.

- Teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon ya da işbirliği bulunmalıdır.
- Koordinasyon, taraflar arasındaki doğrudan ya da dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanmalıdır.
- Bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.

2.2. UYUMLU EYLEM ve PARALEL DAVRANIŞ İLİŞKİSİ

2.2.1. Paralel Davranışların Ortaya Çıkmasını Kolaylaştıran Pazar Koşulları

2.2.1.1. Genel Olarak

AB uygulamalarında paralel davranışların uyumlu eylemin tespitinde oynadığı rol büyük ölçüde ATAD'ın kararları ile şekillenmiştir. ATAD'ın Dyestuffs kararında pazarın normal koşullarına uymayan paralel davranışların uyumlu eylemin güçlü bir delili olacağı yönündeki belirlemesi ile Van Geven ve Varona (1994, 602)'nin de belirttiği üzere pazarın mevcut koşulları çerçevesinde ortaya çıkması makul olmayan paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceği fikri ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede öncelikle hangi pazar koşulları altında paralel davranışın ortaya çıkmasının makul olduğunun, diğer bir deyişle paralel davranışa yol açan pazar koşullarının neler olduğunun ortaya konulmasında fayda vardır.

Tekrarlanan oyun modellerinin oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasının Stigler'in ileri sürdüğü kadar zor olmadığını göstermesine karşın, Stigler'in üç koşulu yine de oligopolistik bağımlılığın tam olarak ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamaktadır (Eter 2000, 12).

Nitekim Whish (2001, 461)'in de belirttiği üzere, piyasadaki aktör sayısının rekabetçi olmayan davranışlar üzerindeki etkisi⁶⁴ önemli olmakla birlikte, rekabet otoritelerinin oligopole olan ilgilerini oligopol piyasalarında az sayıda sağlayıcı bulunmasına bağlamamak gerekmektedir. Çok az sayıda sağlayıcı bulunmasına karşın oldukça rekabetçi olan oligopol piyasaları olduğu

⁶⁴ Stroux (2000, 8, dipnot 26) bu etkiye ilişkin olarak şu örnekleri vermektedir: Hay ve Kelly yaptıkları ampirik çalışmalarda pazarda on ya da daha az sayıda aktörün bulunması halinde fiyat tespitine yönelik davranışların % 79'luk bir oranla ortaya çıktığını belirtmişlerdir. Fraas ve Greer, Amerika'da hukuk dışı fiyat tespiti olaylarını içeren 606 davada, kartel girişimlerinin en sık görüldüğü pazarlar içinde dört ile on arasında aktörün bulunduğunu saptamıştır. Dörtten daha az sayıda aktörün bulunduğu piyasalarda kartel girişimi göreceli olarak düşmektedir. Bunun temel nedeni bu piyasalarda oligopolistik bağımlılığın ya da tek başına hakim durumun geçerli olmasıdır (OECD 1999, 35).

gibi, sağlayıcıların çok daha fazla sayıda olduğu ancak rekabetin işleyişinde problemlerin yaşandığı piyasalar da bulunmaktadır. Dolayısıyla oligopolistik bağımlılık problemini sadece bir sayı problemi gibi algılamak yanlış sonuçlara yol açacaktır⁶⁵. Bu bağlamda hangi pazar koşulları altında oligopolistik bağımlılığın bu çerçevede paralel davranışların ortaya çıkacağına belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu pazar koşullarının firmaların aralarında anlaşmalarını ve uyumlu eylemlere girişmelerini de kolaylaştırdığı dikkate alınmalıdır (Jones ve Sufrin 2001, 636).

2.2.1.2. Arz Yönlü Pazar Özellikleri

Firmalar arası koordinasyonun ortaya çıkmasını kolaylaştıran en önemli faktörlerden biri pazardaki yoğunlaşma oranıdır. Bir pazarda faaliyet gösteren firma sayısı azaldıkça, firmalar arası koordinasyon ihtimali artar. Yoğunlaşma derecesi arttıkça, oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkan refah kaybı düzeyi de artacaktır. Az sayıda sağlayıcının davranışlarını koordine etmelerinin daha kolay olmasının yanı sıra, bu tür pazarlarda koordinasyondan sapanların belirlenmesi de kolaydır. Sağlayıcıların sayısı arttıkça firmalar arasındaki kollektif çıkar bilinci azalacaktır (Stroux 2000, 7; OECD 1999, 21).

Pazarın arz yönü değerlendirilirken dikkate alınması gereken diğer unsur ise, sağlayıcıların homojenliğidir. Pazar payları, kapasiteleri ve maliyet yapıları (toplam maliyet düzeyi ve maliyetlerin sabit ve değişken maliyetler arasındaki dağılımı) benzer olan firmaların, koordinasyonlarının şartları konusunda uzlaşmaya varmaları daha kolaydır (Stroux 2000, 8-9; OECD 1999, 25). Pazara giriş engellerinin bulunması ise firmaların davranışlarını koordine etmelerini kolaylaştırır (Stroux 2000, 9; OECD 1999, 27).

Ürünlerin homojenliği ise fiyatların koordine edilmesine, karşılaştırılmasına ve bu fiyattan sapmaların hemen fark edilmesine olanak tanır. Farklı firmalar tarafından piyasaya sunulan ürünler arasında kalite farkları bulunuyorsa, koordinasyonun hem ortalama fiyat düzeyini hem de fiyat farklarını kapsamaya gerekecektir. Satıcıların alıcılara olan uzaklıklarının farklı olması ve taşıma maliyetlerinin yüksek olması durumunda, koordinasyonun farklı coğrafyadaki satıcıların maliyet farklılıklarının fiyatlar üzerinde yaptığı baskıyı da gidermesi gerekecektir. Ayrıca karmaşık özellikler gösteren ya da siparişe dayalı olarak üretilen ürünlerin söz konusu olduğu pazarlarda koordinasyon güçleşecektir (Stroux 2000, 12; OECD 1999, 24).

⁶⁵ Whish (2001, 461)'e göre oligopol problemi bir sayı problemi olarak görmek, ekonomistlerin "pazar gücü" kavramına hakkını vermemek anlamına gelecektir. Pazardaki aktör sayısı azaldıkça, ortaklaşa pazar gücünün ortaya çıkma ihtimalinin arttığını söylemek mümkündür, ancak pazar gücünü tanımlamak ve ortaya koymak sadece piyasadaki aktörleri saymak meselesi değildir.

Diğer yandan bir ürünü üretmek için kullanılması gereken teknoloji seviyesi yükseldikçe, ürünün ve üretim sürecinin karmaşıklığı nedeniyle koordinasyon ihtimali azalacaktır. Olgunlaşmış bir teknolojinin bulunduğu pazarların tersine, araştırma geliştirme faaliyetlerinin yoğun olduğu pazarlarda ürün inovasyonları ürün farklılaştırmasına yol açacak ve koordinasyonu zorlaştıracaktır (Stroux 2000, 13; OECD 1999, 29).

Pazarın şeffaf olması, firmalar arası koordinasyon ihtimalini artıran önemli bir özelliktir. Fiyatlara ve pazar stratejilerine ilişkin şeffaflığın fazla olduğu pazarlarda firmaların koordinasyondan sapan firmaları tespit etmeleri ve hemen misillemeye girişmeleri de mümkün olacaktır. Pazarın şeffaf olmaması ise oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına en önemli engeldir (Stroux 2000, 10; OECD 1999, 27).

Pazarın değerlendirmesi yapılırken, mevcut küçük rakiplerin karşı bir rekabet gücü oluşturup oluşturamadığı da dikkate alınmaktadır. Pazardaki küçük sağlayıcıların aşırı kapasiteye sahip olmaları halinde, büyük firmalar tarafından gerçekleştirilen fiyat artışlarına üretimlerini artırarak cevap verebilirler. Böylelikle fiyatlarını koordine eden firmaların fiyat artışından kaynaklı kazançları düşecektir (Stroux 2000, 10; OECD 1999, 25).

Sayılan pazar özelliklerinden her birinin oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkması üzerindeki etkilerinin ayrı ayrı belirlenmesi güç olmakla birlikte, Van Geven ve Varona (1994, 603)'ya göre pazardaki sağlayıcı sayısı, ürünlerin homojenliği ve pazar şeffaflığı en baskın pazar koşullarıdır.

Bu pazar özelliklerinin yanı sıra Asch ve Seneca (1975,501-513), yaptıkları ampirik araştırmalarla rakipleriyle uzlaşma eğilimi daha yüksek olan firmaların özelliklerini belirlemeye çalışmışlardır. Bu çalışmalara göre, düşük kar marjları, düşük büyüme oranları, yüksek riske maruz kalma gibi özelliklere sahip firmaların rakipleriyle uzlaşma eğilimleri artmaktadır⁶⁶.

2.2.1.3. Talep Yönlü Pazar Özellikleri

Talebin sabit kaldığı ya da çok yavaş arttığı pazarlarda firmalar ancak diğer firmaların pazar payını elde ederek büyüyebilirler. Bu nedenle olgun ve doymuş bir pazar, firmalar arası koordinasyon riskini artıracaktır. Rakipler, oluşan yeni talepten pay kapmaya çalışacaklarından, belirgin bir şekilde büyüyen pazar ve talep, firmaların rekabetçi davranışlara girişme eğilimlerini artıracaktır (Stroux 2000, 11; OECD 1999, 29).

⁶⁶ Yaptıkları ampirik çalışmalar büyük firmaların uzlaşma eğilimlerinin daha fazla olduğunu göstermesine karşın, Asch ve Seneca bu sonucun büyük firmaların rekabet otoriteleri tarafından çok daha çabuk farkedilmesinden kaynaklanmış olabileceğini düşünmektedirler. Bu nedenle firma büyüklüğünün uzlaşma eğilimi üzerindeki etkisi tartışmalıdır.

Pazarın karşı karşıya bulunduğu talebin esnekliğinin düşük olması durumunda, fiyatta meydana gelen bir artış toplam hasılatı artırır. Böylelikle firmalar koordinasyon sonucunda fiyatları herhangi bir pazar payı kaybına uğramaksızın rekabetçi olmayan düzeylere yükseltebileceklerdir (Stroux 2000, 12; OECD 1999, 23).

Bazı pazarlarda alıcılar, sağlayıcıların fiyat davranışlarına karşı bir güç oluştururlar. Örneğin, pazarın alıcı tarafı yoğunlaşmış ise, alıcılar sağlayıcıların uygulamak istedikleri fiyatlara baskı yapabilirler. Sağlayıcıların alıcılara olan bağımlılığını artıran diğer bir unsur da sağlayıcılar ile alıcılar arasında uzun dönemli sözleşmelerin yapılmış olmasıdır. Bu tür sözleşmeye dayalı ilişkiler alıcıların sağlayıcılar karşısındaki pazarlık gücünü artırmaktadır (Stroux 2000, 11).

Siparişler sık, hacimleri küçük ve düzenli ise, koordinasyon zordur. Bir firmanın uzlaşmadan sapma eğilimi, sapma sonucu elde edeceği potansiyel kazanç ile, bu sapmanın bir fiyat savaşına yol açması halinde karşılaşacağı kayıpların karşılaştırılmasına bağlıdır. Sipariş hacminin büyük olması halinde firma, hem rakibinden biraz daha düşük fiyat vererek bir seferde daha büyük karlar elde edebilecektir, hem de bu hareketinin diğer firmalar tarafından tespit edilmesi olasılığı düşecektir (Stroux 2000, 11) .

2.2.2. Woodpulp Kararı ve Etkileri

2.2.2.1. Woodpulp Kararı Öncesinde Paralel Davranışlara Yönelik Yaklaşım

Dyestuffs davasında ATAD pazarın özelliklerine ilişkin birtakım belirlemeler yapmıştır. Bu belirlemelere⁶⁷ göre; pazarın % 80'i on kadar üretici tarafından sağlanmaktadır. Firmalar soruşturma konusu ürünün yanı sıra birçok kimyasal ürünü de üretmektedirler. Üretim yelpazeleri farklı olan firmaların bundan dolayı maliyet yapıları da çok farklıdır. Ürünün standart türlerinde ikame yüksek olmakla birlikte, özel türlerinde ikame çok azdır. Ürünün fiyatının nihai ürün fiyatı içindeki göreceli önemi düşük olduğundan, pazarın karşı karşıya bulunduğu talep esnek değildir. Dyestuffs ürünlerine olan talep artmaktadır. Her ulusal pazarda yerel üreticilerin karşılaştıkları talep koşulları ve maliyet düzeyleri farklıdır.

Pazarın bu özelliklerini dikkate alan ATAD, ürünün özel türleri ve ulusal pazarlar bazında, pazarın oligopolistik özellikler göstermesine karşın⁶⁸, üreticilerin farklı maliyet yapıları ve farklı talep koşulları ile karşı karşıya bulduklarını belirtmiştir. ATAD, talepte artış olmasına rağmen firmaların fiyat

⁶⁷ [1972] ECR 619, paragraf 69-76.

⁶⁸ Ibid., paragraf 73, 78.

rekabetine girilerek pazar paylarını artırma eğiliminde olmamalarını, talep esnekliğinin düşük olmasını, ürünün farklı türlerinin bulunmasını ve pazarın aslında şeffaf olmamasını göz önünde bulundurarak, teşebbüslerin oligopolistik bağımlılık savunmalarını geçerli bulmamış ve paralel davranışın pazarın normal işleyişine uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁹.

Bu çerçevede ATAD uyumlu eylem davalarında paralel davranışın nasıl değerlendirileceğine ilişkin önemli bir belirleme yaparak, piyasanın normal koşullarına uymayan paralel davranışların uyumlu eylemin güçlü bir kanıtı olacağını⁷⁰ vurgulamıştır. ATAD'a göre mevcut delillerin pazar koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Stevens (1995, 69)'a göre ATAD'ın bu yaklaşımı, ABD hukukunda Continental Ore. kararında delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkan yaklaşımla paralellik taşımaktadır. Ancak, ATAD'ın piyasanın normal koşullarına uymayan paralel davranışların uyumlu eylemin güçlü bir kanıtı olacağı yönündeki belirlemesi ve firmalar arasında iletişim kurulduğuna dair deliller dururken dyestuffs pazarının özelliklerinin üzerinde durması, uyumlu eylemin tespit edilmesinde ne tür faktörlerin göz önünde bulundurulacağı konusunda belirsizlik yaratmıştır. Jones (1993, 275)'a göre de ATAD'ın bu tutumu sadece paralel davranıştan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilmesi ve ayrıca oligopol piyasalarındaki paralel pazar davranışlarının uyumlu eylem kavramı çerçevesinde değerlendirileceği yönünde endişeler ortaya çıkartmıştır.

Nitekim Soames (1996, 25)'a göre de ATAD'ın Dyestuffs ve Suiker Unie kararlarında paralel davranış konusunda sergilediği tavır, bilinçli paralelliğin nasıl değerlendirileceği konusunda belirsizlik taşımıştır. Van Gerven ve Varona (1994, 591) ise, Suiker Unie davasında ilgili teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarını gösteren belgeler bulunmasına rağmen dolaylı ilişki kavramına yer verilmiş olmasının, oligopolistik pazarlardaki fiyat duyurularının ve fiyat liderliğinin 81. madde kapsamında değerlendirilebileceği endişelerini ortaya çıkardığını belirtmişlerdir. Black (1992, 200) de, bu davalarda yapılan uyumlu eylem tanımında yer alan "iş birliği" ve "bilerek" kavramlarının ne anlama geldiğinin ve etkilerinin açık olmadığını vurgulayarak, tanımın oligopolistik bağımlılığı da kapsayabileceği yönündeki eleştirilerini dile getirmiştir.

Diğer yandan bu eleştirilere katılmayanlar da vardır: Alese'e (1999, 80) göre ATAD'ın bu iki davada ortaya koyduğu yaklaşım, oligopol piyasalarında firmaların sergiledikleri paralel davranışların, uyumlu eylem kavramı çerçevesinde teste tabi tutulmasını gerektirirken, uyumlu eylem sonucuna ulaşmakta tek başına hiçbir zaman yeterli değildir. Alese (1999, 80), ATAD'ın normal pazar koşullarına uymayan pazar davranışları şeklindeki belirlemesinin

⁶⁹ Ibid., paragraf 105-117.

⁷⁰ Ibid., paragraf 66.

ve teşebbüsler arasında bir ilişki bulunması gerekliliğine yaptığı vurgunun, oligopolistik bağımlılığı hukuk dışı saymadığının bir göstergesi olduğu düşüncesindedir. Whish de, uyumlu eylem kavramının, “fikri uzlaşma” ve “yükümlülüklerin karşılıklı kabulü” (mutual acceptance of the obligations) gibi unsurları gerektirdiğini, bu nedenle tek başına paralel davranışın uyumlu eylem kavramının dışında kaldığını belirtmiş; uyumlu eylem kavramına ve tanımına yöneltilen eleştirileri kabul etmemiştir (Rodger 1995, 22).

2.2.2.2. Woodpulp Kararı

ATAD’ın Woodpulp⁷¹ kararı, hem oligopolistik bağımlılığa ilişkin tartışmalara son vermiş, hem de uyumlu eylemin varlığını ispatlamak üzere Komisyon’un ne tür deliller ileri sürmesi gerektiğinin ve bu çerçevede paralel davranışın uyumlu eylemi ispatlamadaki gücünün ne olması gerektiğinin anlaşılmasında önemli bir rol oynamıştır (Soames 1996, 28).

Davanın konusunu, kağıt hamuru üreticilerinin giriştikleri bazı uygulama ve davranışlar oluşturmaktadır. Kağıt hamuru üreticileri ileriye dönük olarak üçer aylık dönemler halinde fiyat duyuruları yapıyorlardı. Duyurusu yapılan fiyatlar, kağıt hamuru üreticileri ile bunların müşterileri olan kağıt üreticileri arasında yapılan tartışmalar sonucu karar verilen fiyatların en üst seviyesini oluşturmaktaydı. Bu duyurular ya eş zamanlı ya da çok yakın zamanlarda (birkaç saatlik farklılıklarla) yapılmaktaydı. Duyurulan fiyatlar aynıydı. Alım satım fiyatları ise duyurusu yapılan fiyatlar ile aynıydı. Komisyon⁷², 1975-1981 yılları arasında fiyatlarda gözlenen paralelliğin, oligopolistik bir piyasada tarafların karşılıklı bağımlılıkları ile açıklanamayacağını ileri sürmüş ve kararını şu unsurlara dayandırmıştır:

- Üretici ve müşteri sayısının fazla oluşu, ürünün farklı tiplerinin bulunması karşılıklı bağımlılığa yol açan şeffaf bir oligopolistik pazarla karşı karşıya bulunulduğu fikrini çürütmektedir⁷³.
- Pazar şeffaflığı pazarın yapısından kaynaklanmamaktadır. Şeffaflık tarafların kasıtlı olarak, gelecekte uygulayacakları fiyatları duyurmalarını ve bunları ortak basın ve ajanslara ulaştırmalarını içeren dolaylı ilişkileri ile ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan fiyatların sadece Amerikan Doları biriminde ve gelecekteki üç aylık dönem için açıklanması, iskonto uygulanmaması, pazarın yapay olarak şeffaflaştırıldığı fikrini desteklemektedir⁷⁴.

⁷¹ Cases C-89/85 etc., Ahlstrom Oy. v. Commission (Woodpulp II) [1993] ECR I 1307.

⁷² Woodpulp (1985) OJ L85/1.

⁷³ Ibid., paragraf 84.

⁷⁴ Ibid., paragraf 85,86.

- Fiyatlarda gözlenen paralellik, fiyat duyurusunu ilk yapan teşebbüsün her üç aylık dönemde değişmesi nedeniyle, fiyat liderliği kavramı ile açıklanamaz⁷⁵.
- Üretim maliyetleri, kapasite kullanım oranları, taşıma maliyetleri, dikey bütünleşme dereceleri ve stok maliyetleri ülkeden ülkeye ve üreticiden üreticiye büyük ölçüde değişmektedir. Bu farklılıklara karşın üreticilerin aynı fiyatları uygulamaları birbirlerinden bağımsız aldıkları fiyatlandırma kararlarıyla açıklanamaz⁷⁶.

Üreticiler arasında çeşitli doğrudan bilgi alışverişinin gerçekleştiğine ilişkin teleksler ve toplantı tutanakları da bulan Komisyon, pazar koşullarıyla açıklanamayan paralel davranışları özellikle dikkate alarak 43 kağıt hamuru üreticisinin ve birliklerinin uyumlu eylem içinde oldukları sonucuna ulaşmıştır.

Davanın ATAD aşamasında, Komisyon belgesel delillerin bir bütün olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştü; ancak ATAD, delillerden, ilişkinin ne zamandır sürdüğünün ve ilişkiye taraf olanların tam olarak anlaşılmasından hareketle, bu delilleri değerlendirme dışı bırakmıştır. Böylece Komisyon'un uyumlu eylem iddiası, sadece pazar koşullarıyla açıklanamayan paralel davranışlar ile fiyat duyurularına dayanmıştır⁷⁷.

ATAD, görevlendirdiği ekonomistlere bir rapor hazırlatmıştır. Raporda, kağıt hamuru pazarının, çok sayıda üreticiden oluşmasına karşın, bu üreticilerin belli bir kağıt hamuru üretiminde uzmanlaşmalarından dolayı Komisyon'un tahmininin ötesinde oligopolistik bir yapıya sahip olduğu belirtilmiştir⁷⁸. ATAD büyük ölçüde bu rapora dayandığı kararında, fiyat artışlarının önceden ve ABD Doları cinsinden duyurulmasının müşterilerin talebi üzerine yapıldığını, bu nedenle fiyat duyurularının üreticilerin pazarı yapay olarak şeffaf hale getirmek niyetlerinden değil, makul ticari bir gerekçeden kaynaklandığını vurgulamıştır⁷⁹. ATAD, şeffaf bir oligopolistik pazarda, paralel davranışların ortaya çıkmasının doğal olduğunu belirterek, şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylemin birinci derecede delili olamaz⁸⁰."

2.2.2.3. Değerlendirme

ATAD'ın Woodpulp davasındaki kararı iki noktayı açıklığa kavuşturmuştur: Bunlardan birincisi oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem

⁷⁵ Ibid., paragraf 88.

⁷⁶ Ibid., paragraf 92-97.

⁷⁷ [1993] ECR I 1307, paragraf 68-70.

⁷⁸ Ibid., paragraf 102.

⁷⁹ Ibid., paragraf 76-79, 81.

⁸⁰ Ibid., paragraf 71.

kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğidir (Soames 1996, 29). İkincisi ise ATAD, artık Komisyon'dan pazarı çok iyi analiz etmesini ve delilleri bu analiz çerçevesinde değerlendirmesini istemektedir (Jones ve Sufrin 2001, 678).

Tek başına paralel davranıştan uyumlu eylem sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorununa ilişkin olarak ise, davadan sonra farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Whish (2001, 469)'e göre, ATAD, paralel davranışın tek açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, birinci derecede delil olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, Komisyon'un üstündeki ispat yükünü ağırlaştırmış; ancak paralel davranışla ve ekonomik delillerle uyumlu eylemin ispatlanabileceği fikrine karşı çıkmamıştır.

Oysa Woodpulp davasında savcı olarak görev yapan Darmon'a göre, delil olarak paralel davranış, tek başına ispat yükünün karşı tarafa geçmesi için yeterli değildir⁸¹. Jones (1993, 277)'a göre de Komisyon'un iddiasını tek başına paralel davranışa ya da ekonomik delillere dayandırmaması, daha fazla deliller bulması gerekmektedir. Stroux (2000, 14)'a göre ise ATAD, bu kararla delil olarak paralel davranışın gücünü çok azaltmıştır.

ABD uygulamalarında mahkemelerin tek başına paralel davranıştan Sherman Kanunu'nun ihlal edildiği sonucuna ulaşabileceğini ileri sürdüklerini hatırlatan Stevens (1995, 67)'a göre ise, ATAD'ın Woodpulp kararından sonra Komisyon'un böyle bir iddiada bulunması çok güçleşmiştir.

Kanımızca ATAD bilinçli paralelliği ya da oligopolistik bağımlılığı uyumlu eylem kavramı çerçevesinde yasaklamaya yönelik bir tutum içine hiç girmemiştir. ATAD'ın birçok davada vurguladığı, teşebbüslerin, rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının yasaklanamayacağı şeklindeki değerlendirmesi, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklı rasyonel pazar davranışlarına işaret etmekte ve bu davranışların uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede ATAD'ın Woodpulp kararının asıl önemi, kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda paralel davranışların nasıl değerlendirileceğini ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Bu tür pazarlarda oligopolistik bağımlılığın dolayısıyla kendiliğinden paralel davranışların ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurların bulunduğu dikkate alındığında, ATAD'ın Woodpulp davasından önceki davalarda piyasa koşullarına uymayan paralel davranışların uyumlu eylemin güçlü bir delili olacağı yönündeki belirlemesi çerçevesinde, bu tür pazarlardaki tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Nitekim rekabet yazınında dile getirilmiş olan ve daha önce değinilen endişeler, oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinden çok,

⁸¹ Savcı Darmon'un Woodpulp davasına ilişkin görüşü, [1993] ECR I 1445, paragraf 195.

kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda ortaya çıkan tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Oysa bu tür pazarlarda anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyecek birtakım uygulamalarla oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurların elimine edilmesi dolayısıyla paralel davranışların ortaya çıkması mümkün olabilmektedir.

ATAD'ın Woodpulp kararında ortaya koyduğu; paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylemin birinci derecede delili olamaz belirlenmesi, kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılması ihtimalini dışlamıştır. Nitekim bu tür pazarda paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem değildir. Tekrarlanan oyun modellerinin ortaya koyduğu gibi, bu tür pazarlarda, ATAD'ın uyumlu eylemin göstergesi olarak nitelendirmediği Woodpulp piyasasındaki fiyat duyuruları gibi çeşitli uygulamaların odak noktaları yaratarak teşebbüslerin paralel davranışlar sergilemelerini kolaylaştırması mümkündür.

Diğer yandan bu tür pazarların aynı zamanda firmaların uyumlu eyleme girişmelerinin en makul olduğu pazarlar olduğu dikkate alındığında pazarın çok iyi analiz edilmesi ve delillerin bu analiz çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliğinin önemi de daha iyi anlaşılmaktadır. Oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran pazar özelliklerinin ağırlığı artıkça, paralel davranışın, tek başına ispatlamasa da, uyumlu eylemi işaret etmekteki gücü artacaktır. Bu noktada yapılan pazar analizi ışığında, paralel davranışların ortaya çıkmasında teşebbüslerin ne tür tutum ve davranışlarının rol oynadığının ve bu tutum ve davranışların teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına mı yoksa aralarındaki işbirliğine mi işaret ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Tek makul açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşamayacak olması, paralel davranışlarla uyumlu eylemin ispatlanabileceği konusunda kapıyı aralık bırakmakta, bu çerçevede oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz olan pazarlarda ortaya çıkan paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilceğine işaret etmektedir. Buna göre özellikle, çok sayıda sağlayıcının bulunduğu, şeffaflığın olmadığı, heterojen ürünlerin üretildiği pazarlarda, ortaya çıkan paralel davranışlar, uyumlu eylem sonucuna ulaşmada yeterli görülebilecektir. Ancak bu tür pazarların aynı zamanda teşebbüslerin uyumlu eyleme girişmelerine uygun olmaması, pratikte bu tür pazarlarda uyumlu eylem davalarıyla karşılaşılması olasılığını da büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

2.2.3. Fiyat Liderliği

Fiyat liderliği Scherer ve Ross (OECD 1999, 18)'a göre, fiyatlardaki değişikliklerin belli bir lider firma tarafından duyurulması ve bu firmayı lider

kabul eden diğ er firmalar tarafından liderin başlattığı girişimlerin takip edilmesine yönelik bir endüstri uygulaması ya da alışkanlığıdır.

Fiyat liderliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan biri hakim durumdaki firmanın fiyat liderliğidir (Stroux 2000, 6). Büyük kapasiteli bir firma ile toplam üretimdeki payı düşük, dolayısıyla fiyatı etkileyebilecek güçte olmayan küçük firmalardan oluşan bir pazarda, fiyatı hakim durumdaki firma belirleyecektir. Bunun altında yatan temel neden, küçük firmaların, hakim durumdaki firmanın belirlediği fiyat seviyesinde esnekliği sonsuz olan bir talep eğrisi ile karşı karşıya gelmeleri dolayısıyla, hakim durumdaki firmanın belirlediği fiyat seviyesini, tam rekabet piyasalarında olduğu gibi veri almalarıdır (Markham 1952, 486).

Diğ er bir fiyat liderliği modeli ise, barometrik fiyat liderliğidir. Koutsoyiannis (1997, 293)'e göre bu modelde, fiyat liderinin en düşük maliyetli ya da en büyük firma olması gerekmemektedir. Piyasa koşulları hakkında bilgisi iyi olan, pazar koşullarında ortaya çıkabilecek değişikliklere ilişkin öngörülerine güvenilen firma, fiyat lideri olarak kabul edilir. Kısaca lider firma, ekonomik koşullarda meydana gelen değişimleri yansıtan bir barometre gibi işlev görür. Bu duruma, Stroux (2000, 6) lider firmanın artan maliyetlerden dolayı fiyatlarını yükselttiğinde, diğ er firmaların da benzer girdi maliyetleri ile karşı karşıya buldukları için fiyatlarını artırmasını örnek göstermektedir.

Liderin konumunun sürekliliği konusunda büyük değişiklikler olabilir. Bu diğ işim firmanın bir fiyat lideri olarak etkinliğine, diğ er firmalar üzerindeki etkisine ve endüstriyi ortak karları maksimum kılacak fiyat düzeyine yönlendirmesindeki başarısına bağlı olacaktır (OECD 1999, 19). Ekonomik çalışmalar barometrik fiyat liderliğinin, oligopol teorisine göre piyasalarda olduğu düşünülen fiyat katılığını aşmada çok sık karşılaşılan bir unsur olduğunu ortaya koymaktadır (Van Gevren ve Varona 1994, 597).

Fiyat katılığını ilk ele alan modellerden biri Sweezy'in geliştirdiği modeldir. Sweezy'e göre firmalardan biri fiyat indirimine gittiğinde, diğ er firmalar onu hemen takip ederek fiyatlarını düşüreceklerdir. Ancak firmalardan birinin fiyat artışına gitmesi halinde rakipleri onu takip etmekten kaçınacaklar ya da bu fiyat artışına tam olarak cevap vermeyeceklerdir. Bu nedenle mevcut fiyat düzeyinde oligopolistlerin karşı karşıya buldukları talep eğrisi dirseklidir. Dirseğin bulunduğu fiyat düzeyi üzerindeki fiyat düzeylerinde talep eğrisi daha fazla esnektir. Bu çerçevede oligopol piyasalarda fiyatlar yukarıya doğru katıdır (Stigler 208-210). Ayrıca oligopolistik bağımlılığın olduğu pazarlarda, fiyatların odak noktası çevresinde katı oldukları gözlenmektedir (OECD 1999, 25).

Etkin bir fiyat liderliği için gerekli pazar koşullarını Markham (1952, 494-496) şu şekilde özetlemektedir: (i) Pazardaki firma sayısı az olmalı ve

firmalar göreceli olarak büyük olmalıdır. (ii) Giriş engelleri bulunmalıdır. (iii) Ürünler homojen olmasa da en azından, aralarındaki ikame oranının yüksek olması gerekmektedir. (iv) Talep esnekliği düşük olmalıdır. (v) Firmaların maliyet yapıları benzer olmalıdır. Markham (1993, 496)'a göre düşük maliyetli birkaç firmanın yanı sıra yüksek maliyetli firmaların aynı pazarda faaliyet göstermeleri halinde, fiyat ve üretim düzeyi kararlarında ortaya çıkacak çelişki, fiyat liderliği sistemiyle giderilemeyecektir.

Her iki fiyat liderliği modelinde de fiyat artışları objektif bir gerekçeye dayandığı için hukuk dışı bir davranış olarak nitelendirilmemeleri gerekmektedir (Stroux 2000, 6). Markham (1952, 496)'a göre de, ele alınan bu fiyat liderliği örneklerinin ikisi de, firmalar arası uzlaşmanın sonucu olmayıp pazar koşullarının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu fiyat liderliği modelinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli pazar koşulları oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştıran pazar koşulları ile benzerdir. Her bir firmanın uzun dönemli çıkarları ile bir bütün olarak pazarın çıkarlarının aynı olması nedeniyle aslında fiyat liderliği bilinçli paralelliğin bir türü olarak kabul edilmelidir.

Üçüncü fiyat liderliği örneği ise, uzlaşmalı fiyat liderliğidir. Bu durumda pazardaki firmalar arasında fiyat lideri tarafından duyurulan fiyat artışlarına uymak konusunda bir anlayış birliği bulunmaktadır. Bu tür fiyat liderliğinin söz konusu olduğu durumlarda ilgili davranışın bir anlaşma ya da uyumlu eylemden kaynaklandığını ileri sürmek mümkündür (Stroux 2000, 6).

Komisyon'un oligopol piyasalarda ortaya çıkan barometrik fiyat liderliğini rekabete aykırı saymayacağına ilişkin güzel bir örnek Zinc Producers Group⁸² kararıdır. Çinko üreticileri, çinkonun Londra Metal Borsasındaki fiyatlarında ortaya çıkan spekülasyon dalgalarının yarattığı belirsizlik nedeniyle müşterileriyle uzun süreli sözleşmelere girişmekte zorlanmaktaydılar. Bunun üzerine üreticiler aralarından birinin fiyatını takip etmek konusunda uzlaşmışlardır⁸³. Çinko üreticilerinin düzenli olarak birbirleriyle iletişim kurmaları ve bilgi alışverişinde bulunmaları nedeniyle Komisyon aralarında fiyat tespitine ve pazar paylaşımına yönelik bir uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna karşın üreticilerin 1977 ve 1979 yılları arasındaki paralel davranışlarının barometrik fiyat liderliğinden kaynaklandığını vurgulayan Komisyon, ürünün homojen olduğu ve sağlayıcı sayısının sınırlı olduğu oligopolistik bir pazarda üreticilerin bir fiyat liderini izlemelerinin rekabete aykırı olmadığını belirtmiştir⁸⁴.

⁸² Zinc Producers (1984) OJ L220/27.

⁸³ Ibid., paragraf 20.

⁸⁴ Ibid., paragraf 75,76.

LdEP⁸⁵ ve PVC⁸⁶ kararlarında fiyat liderliği savunmalarını kabul etmeyen Komisyon'un ATAD'ın Woodpulp kararından sonra bu tür savunmaları ciddiye alması gerekliliği doğmuştur (Van Geven ve Varona 1994, 596).

Nitekim Cartonboard⁸⁷ kararında Komisyon'un belirlemeleri de bu yöndedir. Karton tabaka birbirinden çok uzak noktalarda bulunan firmalar tarafından üretilmektedir. 1986 ve 1991 yılları arasında İskandinavya ve Batı Avrupa'da faaliyet gösteren 23 üreticinin "Product Group Paper Board" adı altında fiyatlar, pazar payları ve üretim kotaları hakkında görüşmeler yaptıkları düzenli toplantılara katıldıkları anlaşılmıştır. Üreticiler her altı ayda bir düzenli olarak fiyatlarını artırmışlardır. Bu toplantılar sonucunda firmaların pazar payları uzun süre değişmeden kalmış ve hammadde fiyatlarının düştüğü dönemlerde bile karton tabaka fiyatlarında artışların olduğu gözlenmiştir. Üreticilerin toplantılarına ilişkin tutanakları bulan Komisyon, firmaların, aralarından birinin yaptığı fiyat artışlarını takip etmek konusunda uzlaştıklarını ortaya çıkarmıştır⁸⁸.

Komisyon'a göre üreticiler pazar genelinde ortaya çıkan benzer ve düzenli fiyat artışlarını bireysel iradeleriyle verdikleri bir fiyat liderini izleme kararı sonucunda ortaya çıktığını ileri sürerek, oligopolistik bağımlılık savunmasına başvursalardı, firmaların uzlaştığını gösteren doğrudan delillerin bulunmaması halinde bu savunmaları kabul etmek gerekirdi⁸⁹.

Kanımızca Woodpulp II kararının etkilerini de taşıyan Komisyon'un bu yorumu, sadece paralel davranışlardan firmalar arasında uzlaşmalı bir fiyat liderliği olduğunu belirlemenin güçlüğüne ve uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için firmalar arası bağlantının gösterilmesi gerekliliğine işaret etmektedir.

2.3. BİLGİ ALIŞVERİŞİ

Uyumlu eylem için, teşebbüsler arası koordinasyon ya da iş birliğinin taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılması olmalıdır (Soames 1996, 64).

Firmalar arası bağlantının temel unsuru bilgi alışverişidir. Bay Züchner'in İtalya'ya yapmak istediği para transferi için birçok bankanın aynı komisyon ücretini talep etmesi üzerine yaptığı şikayeti konu edinen Züchner⁹⁰

⁸⁵ LdPE (1989) OJ L74/21.

⁸⁶ PVC I (1989) OJ L74/1.

⁸⁷ Cartonboard (1994) OJ L243/1.

⁸⁸ Ibid., paragraf 73.

⁸⁹ Ibid., paragraf 73.

⁹⁰ Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank [1981] ECR 2021.

davasında ATAD, uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için firmalar arasında mutlaka bir bağlantının bulunmasının gerekmediğini, firmaların sadece bilgi alışverişinde bulunmalarının da yeterli olduğunu belirtmiştir⁹¹.

Jones ve Sufrin (2001, 671)'e göre bilgi alışverişi ya da bilginin yayılması, pazarın koşullarıyla bağlantılı olarak rekabetçi yapı üzerinde olumlu ya da olumsuz etkilere yol açabilir. Bilgi firmaların stratejilerini daha doğru planlamalarını ve yanlış kararlar almalarını engelleyebilir. Nitekim tam rekabet piyasaları, tam bilgi varsayımına dayanmaktadır. Bu çerçevede fazla sayıda alıcı ve satıcının bulunduğu bir piyasada pazar şeffaflığı etkinliği artırırken, bilgiye kolayca ulaşabilen tüketici de tercihlerini belirlerken daha rasyonel davranır.

Komisyon da bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumlu etkilerini göz önünde bulundurarak, konuyu ilk defa "İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Duyurusunda"⁹² ele almış, bilgi alışverişine yönelik her anlaşmanın 81. maddeye aykırı olmayacağını vurgulamıştır. Bunun yanı sıra "Rekabet Politikasına İlişkin Yedinci Raporda" hangi koşullar altında bilgi alışverişinin 81. maddeye aykırı olacağı belirlenmiştir. Buna göre bilginin türüne ve bilgi alışverişinin gerçekleştiği pazarın yapısına göre bir ayırım yapılmıştır. İstatistiksel ve toplam rakamlardan oluşan ya da geçmişe yönelik bilgi alışverişini konu edinen anlaşmalar 81. maddeyi ihlal etmezken; özellikle oligopolistik pazarlarda artan pazar şeffaflığının rekabetin yoğunluğunu azaltacağı fikrinden hareketle, bilgi alışverişinin hukuka aykırı sayılması mümkündür (Niemeyer 1993, 152). Böylece, ABD uygulamalarına benzer şekilde, pazarın bilgiye duyarlı, pazarda yoğunlaşmanın yüksek olması, ürünün homojenliği, giriş engellerinin yüksekliği gibi faktörler, bilgi alışverişine yönelik açık anlaşmaların 81. maddeye aykırı bulunması sonucunu doğurabilecektir (Osti 1994, 181).

Stigler'in çalışmaları doğrultusunda, bilginin firmaların uzlaşmaları üzerindeki etkisinin anlaşılmasıyla birlikte, bilgi alışverişi uyumlu eylemin tespit edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır (Lenares 1997, 66). Diğer yandan oyun teorisinin kolaylaştırıcı eylemlerin önemini ortaya koymasına paralel olarak, bilgi alışverişinin firmalar arası işbirlikçi sonuçların elde edilmesini engelleyen faktörlerin üstesinden gelmedeki etkileri, ürünün heterojen olmasının yanında maliyetlere, kapasiteye, talebe ve teknolojik gelişmelere yönelik belirsizliklerden kaynaklı firmaların uzlaşmaya varmalarını zorlaştıran unsurları elimine etmekteki rolü de anlaşılmalıdır (Faul ve Nikpay 1999, 32).

Goyder (1998, 101)'e göre uyumlu eylem için gerekli doğrudan veya bir aracı vasıtasıyla dolaylı bilgi alışverişlerinde, teşebbüslerin bilgiyi rakiplerine ya

⁹¹ Ibid., paragraf 21.

⁹² Commission Notice On Cooperation Agreements OJ 1968 C75/3. Bu duyurunun yerini alan rehber için bkz. Commission's Guidelines On Horizontal Cooperation Agreements OJ [2001] C 3/2, [2001] 4 CMLR 819.

da rakiplerinin bu bilgiyi alabilecekleri bir yere kasıtlı olarak yönlendirmesi önemlidir. Ayrıca Komisyon'un bilgiyi alanların kastını da ortaya koyması gerekmektedir.

Firmaların yaptıkları toplantılar, telefon görüşmeleri ya da birbirlerine gönderdikleri teleks mesajları veya mektuplarla doğrudan bilgi alışverişinde bulunmaları mümkün olduğu gibi, teşebbüs birlikleri vasıtasıyla ya da fiyat duyuruları ile dolaylı olarak bilgi alışverişinde bulunmaları da mümkündür.

Teşebbüs birlikleri çerçevesinde gerçekleştirilen bilgi alışverişlerinden uyumlu eylem sonucuna ulaşılan davalara örnek olarak White Lead⁹³ ve Vegetable Parchment⁹⁴ davaları verilebilir. White Lead davasında birlik çerçevesinde çeşitli ülkelere yapılan dağıtımına ilişkin bilgi alışverişinde bulunulmasından ihracat kotası uygulamaya yönelik bir uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılmıştır (Corones 1982, 67). Vegetable Parchment davasında ise sebze parşömeni üreticilerinin birlikleri nezdinde yaptıkları toplantılarda sağladıkları maliyetlere ve fiyatlara ilişkin bilgiler sonucunda birliğin fiyat tavsiyesinde bulunması yasaklanırken, toplantılara katılan birlik üyelerinin Danimarka ve Benelux ülkelerindeki fiyatları yükseltmeye yönelik bir uyumlu eylem içinde oldukları sonucuna ulaşılmıştır (Bissocoli 2000, 94).

Joilett'e göre uyumlu eylem için gerekli olan firmalar arası bilgi alışverişinin şu özellikleri taşıması gerekmektedir: (i) Bilgi akışı karşılıklı olmalıdır. Bir firmanın tek taraflı açıklamaları uyumlu eylem sayılamaz. (ii) İletişimin konusu firmaların uygulamayı düşündükleri rekabetçi davranışlar olmalıdır ve iletişim davranıştan önce gerçekleşmelidir. (iii) İletişim sonucunda firmaların davranışlarına ilişkin belirsizlikler azalmış ya da bertaraf edilmiş olmalıdır (Van Gevren ve Varona 1994, 600). Woodpulp II davasında savcı olarak görev alan Darmon'ın görüşü de aynı yöndedir ve Darmon iletişimin karşılıklı olması gerektiğini, aksi takdirde 81. maddenin tek taraflı firma davranışlarına uygulanmış olacağı vurgulanmıştır⁹⁵.

Bu görüşlere karşın, bilgi akışının karşılıklı olmasının uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için bir gereklilik olmadığını savunan Alese (1999, 382)'e göre bilgi alışverişinin karşılıklı olması, ancak uyumlu eylemin ispatlanmasında fayda sağlayacaktır.

Diğer yandan bilgi alışverişinin yanı sıra sağlayıcıların müşterilerinin ve rakiplerin şikayetleri üzerine birtakım girişimlerde bulunmaları da uyumlu eylem için yeterli görülmüştür. Bunun örneğini ise Pioneer⁹⁶ davası oluşturmaktadır.

⁹³ White Lead (1979) OJ L21/16

⁹⁴ Vegetable Parchment (1978) OJ L 70/54

⁹⁵ Savcı Darmon'ın Woodpulp davasındaki görüşü, [1993] ECR-I 1445, paragraf 170.

⁹⁶ Case 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission [1983] ECR 1825.

Elektronik teçhizat üretimi alanında faaliyet gösteren Japon firması Pioneer'ın Avrupa'nın çeşitli ülkelerindeki dağıtıcılarından Fransa'da faaliyet göstermekte olanı kendi bölgesine yapılan paralel ticaretten duyduğu rahatsızlığı Pioneer'a bildirmiştir. Bunun üzerine, Pioneer, Avrupa temsilciliği aracılığıyla dağıtıcıların da katıldığı bir toplantı düzenlemiş, toplantının ardından Fransa'ya paralel ticaret yapacağı düşünülen alt dağıtıcılara mal verilmemeye başlanmıştır. Toplantının yazılı bir kaydının bulunamamasına karşın, toplantı konusunun Fransız dağıtıcının şikayeti olduğunun tespit edilmesiyle ATAD, uyumlu eylemin ispatlanmasında ikinci derecede delillerin yeterli olduğunu vurgulayarak, rakiplerin ya da müşterilerin şikayetleri üzerine birtakım girişimlerde bulunan teşebbüslerin, şikayet eden teşebbüslerle birlikte uyumlu eylem içinde bulunacağını belirtmiştir⁹⁷. ATAD'ın bu kararı çerçevesinde Goyder (1998, 105)'e göre sağlayıcının dağıtıcıların davranışlarına aralarındaki sözleşme ilişkisinin ötesine geçecek bir şekilde karışması uyumlu eylem teşkil edebilecektir.

Uyumlu eylem için gerekli firmalar arası bağlantıya farklı diğer bir örnek ise ICI/Solvay davasıdır⁹⁸. ICI'nin satışlarını sadece İngiltere'ye Solvay'in ise Avrupa'nın geri kalan bölümlerine yapması üzerine araştırma başlatan Komisyon, bu iki firma arasında 1972 yılında sona erdirilmiş, pazar paylaşımına yönelik bir anlaşma bulmuştur. Tarafların sık sık birbirleriyle iletişim kurduklarını da ortaya çıkaran Komisyon, daha önce bu firmalar arasında bir anlaşma olmasını ve anlaşmanın sona erdirilmiş olmasına karşın fiilen pazar paylaşımının devam etmesini özellikle dikkate alarak, uyumlu eylem sonucuna ulaşmıştır⁹⁹.

Firmalar arası dolaylı bilgi alışverişinin önemli örneklerinden biri fiyat duyurularıdır. Mcquail (2000, 13)'in belirttiği üzere, fiyat duyuruları, firmaların rakiplerine uygulamak niyetinde oldukları fiyatlar konusunda bilgi vermelerini sağlayan bir araç olarak kullanılabilir. Bu yönüyle müşterilere ve ortak ajanslara; bunların rakiplere bu fiyat bilgisini ulaştıracakları beklentisiyle yapılan fiyat duyuruları, firmalar arası dolaylı bir bağlantı teşkil edebilecektir.

Dyestuffs kararında fiyat duyurularının firmaların davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırdığını, bu nedenle firmaların birbirlerinin davranışlarını izleme olanağı sağladığını¹⁰⁰ belirtmesine karşın ATAD, Woodpulp kararında üç ayda bir yapılan fiyat duyurularına ilişkin farklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Woodpulp davasında Komisyon'un, üç aylık dönemler halinde fiyat duyurusu yapılmasının tek başına, firmaların gelecekteki davranışlarına ilişkin dolaylı bir bilgi alışverişi oluşturduğu iddiasına karşılık ATAD, fiyat duyurularının müşterilere ve müşterilerin isteği üzerine yapıldığını ve ticari bir

⁹⁷ Ibid., paragraf 75-79.

⁹⁸ ICI/Solvay, (1991) OJ L152/1

⁹⁹ Ibid., paragraf 58, 59.

¹⁰⁰ [1972] ECR 619, paragraf 101-103.

gerekçesinin¹⁰¹ bulunduğunu ileri sürerek¹⁰², bu duyuruların uyumlu eylemin göstergesi olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Van Gevren ve Varona (1994, 594) ATAD'ın bu yorumuna katılmış; ancak ATAD'ın Dyestuffs kararında yaptığı yorumun tersine, fiyat duyurularının tek başına gelecekteki belirsizlikleri azaltmadığına ilişkin yorumunu eleştirmiştir. Van Gevren ve Varona (1994, 594)'ya göre, özellikle oligopol piyasalarda pazar şeffaflığının olmamasından kaynaklanan, oligopolistik bağımlılığın tam olarak ortaya çıkmasını zorlaştıran faktörlerin üstesinden gelmede fiyat duyuruları kolaylaştırıcı bir araçtır. Bu yönüyle fiyat duyuruları firmaların gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri azaltarak, paralel fiyatlandırmayı kolaylaştırmaktadır. Van Gevren ve Varona (1994, 594)'ya göre böyle durumlarda rakiplerin fiyat artışını izlemeyeceğini düşünmek, çok iyimser bir yaklaşımdır. Stevens (1995, 74)'a göre de ATAD'ın bu davaya özgü olması da fiyat duyurularının fiyat tespitinde oynayabileceği role ve kolaylaştırıcı bir eylem olarak yaratabileceği etkilere hiç değinmemiş olması şaşırtıcıdır.

İleriye dönük fiyat duyurularının makul bir ticari gerekçesinin bulunması halinde yasal kabul edilmeleri gerektiğini belirten Savcı Darmon'a göre, haklı bir gerekçe ile açıklanamayan ve tek başına yapıldığında firmanın çıkarlarına ters düşen fiyat açıklamaları, uyumlu eylem için yeterli delil teşkil edecektir¹⁰³. Bu çerçevede Osti (1994, 179)'ye göre duyuruların müşterilere yönelmesi halinde, uyumlu eylem sonucuna ulaşamayacaktır. Korah'a göre de (1997, 54) müşterilere yönelen fiyat duyurularının bunlar müşterilerin maliyetlerini planlamalarına olanak verdiğinden, çoğu zaman makul ticari bir gerekçesi bulunmaktadır.

AB'nin uyumlu eylem ve ABD'nin gizli anlaşma kavramlarını firmalar arası bağlantı ve ek faktörler bakımından karşılaştıran Stevens (1995, 77-78)'a göre, AB uygulamalarında ABD uygulamaları gibi gelişmiş bir ek faktörler sisteminin bulunmamasıyla bağlantılı olarak, AB'de firmalar arası toplantılara ve iletişime çok daha katı yaklaşmaktadır. Nitekim Stevens (1995, 77-78)'a göre ABD'de firmalar arasında toplantı yapılmış olması teşebbüslerin "anlaşma yapma olanağına" sahip olmalarından öte bir anlam ifade etmemektedir. Ancak bu toplantıların ve bilgi alışverişinin paralel davranışın hemen öncesinde gerçekleştiği tespit edilirse, her iki uygulamada da bu tür faaliyetlerin uyumlu eylem ya da gizli anlaşma sonucuna götürmekteki etkileri artmaktadır.

Uyumlu eylem davalarında Komisyon, ortaya konulan olayların uyumlu eylem dışında makul bir açıklamasının olmadığını ileri sürmekte, teşebbüsler ise

¹⁰¹Ticari gerekçe olarak, özellikle hammadde piyasalarında bu tür duyuruların alıcıların alt pazarlardaki müşterilerine verecekleri fiyatları ayarlamalarını sağladığı ileri sürülmüştür.

¹⁰² [1993] ECR I 1307, paragraf 76-78.

¹⁰³ Savcı Darmon'ın Woodpulp davasındaki görüşü, [1993] ECR-I 1445, paragraf 251.

Komisyon'un kabul edeceği ya da reddedeceği makul bir açıklama getirmektedirler. Bu durumu anlatan güzel bir örnek CRAM¹⁰⁴ davasıdır. CRAM ve Rheinzink bir Belçika firması olan Schlitz'e çinko (rolled zinc) sağlamaktaydılar. Schlitz çinkoyu Mısır'da satacağını söylemesine karşın, fiyatların Belçika'dan daha yüksek olduğu Almanya'ya yeniden satmaktaydı. CRAM ve Rheinzink bir süre sonra Schlitz'e mal vermeyi kestiler. Komisyon, iki sağlayıcının Almanya pazarındaki karlı işlerine devam edebilmek için Schlitz'in bu pazara girmesini engellemek üzere uyumlu eylem içinde olduklarına karar vermiştir. ATAD ise, Komisyon'un tersine CRAM ile Rheinzink arasında düzenli iletişim kurulduğuna ilişkin delillerin de bulunmasına karşın, bu iki firmanın Schlitz'e mal vermeyi kesmelerinin Schlitz'in boçlarını ödemesinden kaynaklandığını belirterek, Komisyon'un uyumlu eylem kararını reddetmiştir¹⁰⁵.

Kararın önemli bir yönü, ATAD'ın, Komisyon'dan paralel davranışın bir uyumlu eylemin sonucu olduğunu gösterebilmesi için yeterli kesinlikte ve tutarlılıkta deliller ortaya koymasını istemesidir¹⁰⁶. Davanın diğer önemli noktası ise, hem paralel davranışın hem de firmalar arası bağlantının tespit edilmiş olmasına karşın, tarafların paralel davranışları için makul bir açıklama getirmeleri halinde uyumlu eylem iddiasının çürütülebileceğini ortaya koymasındır¹⁰⁷.

Ancak bu durumda birbirleriyle iletişim kuran oligopolistlerin paralel davranışları için oligopolistik bağımlılığı makul bir açıklama olarak ileri sürüp süremeyecekleri sorusu akla gelmektedir. Bu soruyu Alese (1999, 380-382) şu şekilde yanıtlamaktadır: Firmalar birbirleriyle iletişim kuruyorlar, bilgi alışverişinde bulunuyorlarsa, artık oligopolistik bağımlılık savunmasına sığınamazlar. Oligopolistik bağımlılık teorisi, paralel davranışların ortaya çıkması için firmaların aralarında bu tür iletişim kurmalarını gerektirmemektedir. Firmaların aralarında kurdukları bağlantı, onları oligopolistik bağımlılık krallığından çıkarmaktadır.

Komisyon'un British Sugar¹⁰⁸ kararında yaptığı yorum da bu yöndedir. British Sugar firması pazarın oligopolistik yapısının ve kendi fiyat liderliğinin diğer üreticilerle fiyat tespitine yönelik bir anlaşma yapmasını gereksiz kıldığına, pazar koşullarının zaten fiyat rekabetine olanak vermediğine ilişkin savunmalarını kabul etmemiş, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bilgi alışverişinin firmaların fiyatlama politikalarını koordine etmek amaçlı ortak niyetlerini gösterdiğini belirtmiştir (Art 1999, 978).

¹⁰⁴Cases 29, 30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission [1984] ECR 1679.

¹⁰⁵ Ibid., paragraf 17,18.

¹⁰⁶ Ibid., paragraf 20.

¹⁰⁷ Ibid., paragraf 16.

¹⁰⁸ British Sugar (1999) OJ L 76/1.

CRAM davası, ispat yüküne ilişkin görüşleri de gündeme getirmiştir. Genel kanı masumiyet varsayımının Topluluk hukukunda temel haklardan biri olduğu ve bu kuralın rekabet ihlaline ilişkin davalarda da geçerli olması nedeniyle, bir teşebbüsün 81. maddeyi ihlal ettiğini ispat yükünün Komisyon'un üzerinde olduğudur¹⁰⁹ (Jones ve Sufirin 2001, 678; Van Gevren ve Varona 1994, 604; Guerrin ve Kyriazis 1992, 795).

Bununla birlikte CRAM davasında, ATAD'ın, Komisyon'un olayların uyumlu eylem dışında bir açıklaması olmadığı varsayımına dayandığını, bu iddia ile karşılaşan tarafların ise Komisyon tarafından ortaya konan olayların başka bir açıklamasının bulunduğunu göstermesinin yeterli olduğu yönündeki belirlemesini, Stevens (1995, 66), Komisyon'un varsayım veya kanıya dayalı olarak ihlal iddiasında bulunabileceği ve ispat yükünü karşı tarafa geçirebileceği yönünde yorumlamaktadır. Ayrıca Stevens (1995, 70) Pioneer davasının yanı sıra Zuchner davasında ATAD'ın yorumlarının ve Savcı Sylvania'nın görüşlerinin uyumlu eylemin ikinci derecede delillerle ispatlanabileceğini ortaya koyduğu düşüncesindedir.

Komisyonun PVC davasındaki yorumu da bu yöndedir. Komisyon'a göre uyumlu eylem davalarında ihlalin doğası gereği çoğu zaman kararın ikinci derecede delillere dayanılarak verilmesi gerekmekte ve ihlali oluşturan olayların varlığı sonucuna ispatlanmış olaylardan mantık yürüterek ulaşılmaktadır (Stevens 1995, 70). Diğer yandan Jones ve Sufirin (2001, 678)'e göre Komisyon'un ispat standardı konusunda tartışmalar bulunmakta¹¹⁰; bu konuda ATAD'ın CRAM davasındaki sadece Komisyon'un yeterli kesinlikte ve tutarlılıkta deliller sunması gerekliliği bir kriter olarak ortaya çıkmaktadır.

Uyumlu eyleme ilişkin delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda ise ATAD Dyestuffs kararında bir belirleme yapmış; delillerin bir bütün olarak ve pazar koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ancak çelişkili bir şekilde Dyestuffs ve Woodpulp gibi davalarda ATAD bu yaklaşımı sergilemeyerek, her başvuruyu ayrı ayrı değerlendirmiş, bu nedenle toplantıların yapıldığına, bilgi alışverişinde bulunulduğuna ilişkin deliller firma bazında bölünmüştür (Joshua 1999, 9). Stevens'a göre (1995, 72) delillerin bir bütün olarak ele alınması yaklaşımı, uyumlu eylemin ispatlanmasında çok önemlidir. Delillerin bölünmesi halinde, bu delillerin uyumlu eylemin ispatlanmasındaki güçleri azalacaktır.

¹⁰⁹ Bu görüşe karşın, Komisyon'un bir mahkeme olmamasından ve davacı rolünün bulunmamasından dolayı, Komisyon üzerinde bir ispat yükü bulunduğundan bahsedilemeyeceğini düşünenler de bulunmaktadır (Stevens 1994, 66).

¹¹⁰ Komisyon'un iddiasını "şüphenin ötesinde" (beyond reasonable doubt) mi yoksa "ihtimaller arasında bir denge gözeterek" (balance of probabilities) mi ispatlaması gerektiği de açık değildir (Jones ve Sufirin 2001, 678).

Roma Antlaşması'nın 81. maddesi kapsamındaki ihlallerin ispatlanmasında karşılaştığı zorluklar Komisyon'u iki duyuru çıkartmaya yöneltmiştir. Bunlardan birincisi, ABD antitröst hukukunda uzun süredir uygulanmakta olan duyuruya benzer, 1996 tarihli "Kartel Davalarında Ceza Uygulanmaması ya da İndirimi Hakkında Duyuru"¹¹¹dur. Bu duyuru ile kartel üyelerinin kartel hakkında bilgi vermeleri ve soruşturma sırasında Komisyon ile işbirliği yapmalarının teşvik edilmesi amaçlanmıştır¹¹² (McQuail 2000, 1-2). Cartonboard davasında kartel üyelerinden birinin Komisyon'la iş birliği yapması, Komisyon'un birçok delili ortaya çıkarmasında yararlı olmuş, davadan hemen sonra bu duyuru çıkarılmıştır (Goyder 1998, 166).

İkinci duyuru ise 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Rekabet davalarında cezaların hesaplanmasına ilişkin bir rehber niteliğindeki bu duyuru¹¹³ ile uygulanacak cezanın ağırlığının belirlenmesinde bir kriter olarak firmaların Komisyon'la iş birliği yapmalarına yer verilmiştir (McQuail 2000, 2).

2.4. UYUMLU EYLEM İÇİN DAVRANIŞ GEREKLİ MİDİR?

Roma Antlaşması 81. madde anlamında anlaşma kavramı oldukça geniş kapsamlıdır. Bu maddeye göre anlaşmanın varlığı için teşebbüslerin piyasada belli bir şekilde davranmak niyetlerini herhangi bir yolla ifade etmiş olmaları yeterlidir. Bu kavram birlikte karar alma ya da ortak bir plana bağlılık gibi unsurları içermektedir (Joshua 1999, 7).

Anlaşma kavramının bu geniş kapsamına karşın, ATAD'ın uyumlu eylem tanımı doğrultusunda, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında fark gözetilmiş ve uyumlu eylemin firmalar arası daha az resmi ya da gevşek uzlaşmaları kapsadığı ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda 81. maddede uyumlu eylem kavramına yer verilmiş olmasının nedeni, anlaşma olarak nitelendirilemeyecek rekabeti kısıtlar nitelikteki davranışların ilgili maddede öngörülen yasaklamalardan kaçınmasını engellemektir (Whish 2001, 83; Faul ve Nikpay 1999, 76; Soames 1996, 25; Miguel ve Antunes 1991, 60).

Anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayrıma Komisyon'un yaklaşımını Stevens (1995, 65) şu şekilde özetlemektedir: Komisyon'a göre uyumlu eylem ile anlaşma arasındaki ayrım sadece kavramsal bir ayrımdır. Bir ihlalin "anlaşma" veya "uyumlu eylem" olarak tanımlanması önemsizdir. Bunu yerine Komisyon ihlali, "anlaşma ve/veya uyumlu eylem" olarak tanımlamayı

¹¹¹ Commission Notice On The Non-Imposition or The Mitigation of Fines in Cartel Cases, OJ (1996) C207/4.

¹¹² Bu duyurunun yerine geçen yeni duyuru için bkz: Commission Notice On Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, OJ (2002) C45/03.

¹¹³ Commission Guidelines On The Method Of Setting Fines Imposed Pursuant To Article 15(2) of Regulation 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, OJ (1998) C9/13.

tercih etmektedir. 85'inci maddenin bu ikili niteliği ilk olarak Polypropylene¹¹⁴ davasında mahkemelerinin önüne gelmiş ve davanın en önemli noktasını oluşturmuştur.

1977 yılından önce Avrupa polipropilen pazarında faaliyet göstermekte olan on firma bulunmaktadır. 1977 yılında polipropilen üretimi için gerekli patentlerin sona ermesiyle yedi yeni üretici daha bu pazara girmiştir. Bu nedenle pazarda atıl kapasite oluşmuş, endüstride sabit maliyetlerin yüksek olması nedeniyle firmalar zarar etmeye başlamışlardır. Komisyon bu sorunlarla karşılaşan üreticilerin, 1977 ile 1983 yılları arasında düzenli bir şekilde gizli toplantılara katıldıklarını ortaya çıkartmıştır. Bu toplantılarda katılımcıların yıllık üretim hedefleri ve kotalar belirleyerek pazarı paylaştıkları ve hedef fiyatlar tespit ettikleri anlaşılmıştır. Ayrıca firmaların, sistemin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla dağıtım ile ilişkin ayrıntılı bilgilerin karşılıklı verilmesi, yerel toplantılar düzenlenmesi gibi faaliyetlere giriştikleri de ortaya çıkartılmıştır. Ancak her üretici her zaman yapılan anlaşmaların içinde yer almamış ve toplantılarda üzerinde uzlaşılan davranışları sergilememişlerdir.

Komisyon kararında, toplantıların, tartışmaların, bilgi alışverişinin tek bir ihlal olduğunu vurgulayarak, bazı ihlallerin anlaşma, bazılarının uyumlu eylem olarak nitelendirilebileceğini belirtmiş; ancak ihlali, temel olarak “anlaşma” dan oluşan tek bir ihlal olarak tanımlamıştır. Komisyon bu tutumunu, anlaşma ve uyumlu eylemlerin 81. madde çerçevesinde aynı etki ve sonuçları doğurmasıyla açıklamıştır¹¹⁵. Joshua'ya (1999, 7) göre böylece Komisyon, bu dava ile firmalar arası uzlaşmalara ilişkin tutumunda Sherman Kanunu 1. maddesindeki üç kavram arasında fark gözetilmemesine benzer bir yaklaşım sergilemeye başlamıştır.

Üreticilerin, Komisyon'un ihlali ayrı ayrı belirtmesi gerektiği yönündeki eleştirilerini kabul etmeyen İDM¹¹⁶,ye göre Komisyon'un 81. maddenin komple ihlallerinde, ihlali oluşturan davranışların unsurlarının her birini “anlaşma” ya da “uyumlu eylem” olarak sınıflandırması gerekmemektedir¹¹⁷. Bunun yerine Komisyon delilleri bir bütün olarak değerlendirerek, inceleme konusu davranışı “anlaşma ve uyumlu eylem”den oluşan tek bir ihlal olarak nitelendirebilir¹¹⁸.

¹¹⁴ Polypropylene (1986) OJ L 230/1

¹¹⁵ Ibid., paragraf 81-87.

¹¹⁶ Cases T-1/89 etc., Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene) [1991] ECR II-867.

¹¹⁷ Ibid., paragraf 126. Yargıç Vesterdorf 'a göre de bu iki tür ihlal arasındaki benzerlik o kadar fazladır ki, bu dava gibi davalarda herhangi bir ayırım yapmaya gerek yoktur (Yargıç Vesterdorf'un görüşü, Rhone-Poulenc v Commission 1991, ECR II-869, s. 944).

¹¹⁸ [1991] ECR II-867, paragraf 127. İDM 1998 yılında karara bağladığı ve benzer özellikler gösteren PVC ve Cartonboard davalarında da aynı yaklaşımı sergileyerek Komisyon'un tutumunu desteklemiştir.

Kriyaziks (1992, 800), Komisyon'un bu iki kavram arasında her zaman bir ayrım gözetmemesini, komplike kartel davaları ile karşı karşıya gelinmesine bağlamıştır. Faul ve Nikpay (1999, 79,80)'e göre ise, bir anlaşmanın nerede bittiğini ve uyumlu eylemin nerede başladığını ortaya koymak çok güçtür. Çoğu zaman ihlal, her ikisinin de unsurlarını içerdiğinden, bu iki kavram genellikle çakışmaktadır. Dolayısıyla uyumlu eylem kavramının asıl önemi, ihlale ilişkin iddialar ikinci derecede delillere dayandırıldığında ortaya çıkmaktadır. Stevens (1995, 65) da benzer bir yaklaşımla, Komisyon'un Cement Cartel¹¹⁹ davasındaki yorumuna atıfta bulunarak, asıl önemli olanın uyumlu eylem ile anlaşma arasındaki ayrım değil, paralel davranış ile uyumlu eylem arasındaki fark olduğunu belirtmektedir.

Joshua (1999, 8) ise konuyu daha çok delil yönünden ele alarak, gizli kartel davalarında aynı delilin her kartel üyesinde bulunmaması ve delillerin bir bütün halinde değerlendirilmemesi durumunda, delilleri yok etmede daha başarılı olan teşebbüslerin ödüllendirilmiş olacağı fikrinden hareketle, Komisyon'un tek ihlal yaklaşımını desteklemiştir.

Tek ihlal yaklaşımının ortaya çıkmasının yanı sıra Polypropylene davasının diğer önemli yönü, Komisyon'un firmaların üzerinde uzlaşılan davranışı sergilememiş olsalar bile, fiyat tespitine ve pazar paylaşımına ilişkin tartışmaların yapıldığı toplantılara sadece katılmakla, uyumlu eylem içinde olduklarını belirtmesidir¹²⁰. Üreticiler savunmalarında, Komisyon'un hem "uyumun" hem de "eylemin" varlığını ispatlaması gerektiğini; aksi takdirde uzlaşmaya yönelik başarısız bir girişimin ihlal sayılacağını belirtmişlerdir¹²¹.

Bu savunmalara karşı Komisyon'a göre, sonrasında belli bir davranış ortaya çıkmasa bile, teşebbüslerin birbirleriyle amacı rekabeti bozmak ya da engellemek olan bağlantılar kurdukları anda uyumlu eylem gerçekleşmektedir. Uyumlu eylemin varlığını kabul için pazarda belli bir davranışa yol açtığıın gösterilmesinin gerekmesi halinde, amacı rekabeti engellemek olmakla birlikte böyle bir etki yaratmayan uygulamaların da 81. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir¹²². Bu çerçevede Wessely (2001, 744-745)'e göre Komisyon, anlaşma gibi uyumlu eylemin de sadece amacından dolayı 81'inci maddeye aykırı olabileceğini ileri sürmektedir. Komisyon'a göre bunun aksini düşünmek 81. madde çerçevesindeki uzlaşmanın hem amaç hem de etki yönüyle rekabete aykırı olabileceği şeklindeki düzenlemeye aykırı olacaktır. Uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için mutlaka davranışın ortaya konmasının

¹¹⁹ Cement (1994) OJ L343/1.

¹²⁰ [1991] ECR II-867, paragraf 116.

¹²¹ Ibid., paragraf 107-110.

¹²² Ibid., paragraf 114-116.

gerekmesi, kendisinin anlaşmaya göre daha ağır bir ispat yükü altında olması anlamına gelecektir.

Polypropylene davasından önceki davalarda Komisyon'un çabası, varlığı ispatlanmış olan paralel davranıştan, firmalar arasında bir koordinasyonun var olup olmadığını ortaya koymak olmuştur. Ancak Polypropylene davasında mahkemeler, ortaya konan koordinasyonun pazarda uygulanıp uygulanmadığını, Komisyon'un ne derecede ortaya koyması gerektiği sorusuyla karşı karşıya kalmışlardır (Wessely 742). ATAD ve İDM'nin bu konudaki yorumuna geçmeden önce "Davranış, uyumlu eylemin bir unsuru mudur ve sadece amacından dolayı uyumlu eylem yasaklanabilir mi?" sorularına ilişkin farklı bakış açılarını ortaya koymakta yarar vardır.

Savcı Mayras'ın Dyestuffs davasına ilişkin görüşüne göre, uyumlu eylemin ilk objektif unsuru, teşebbüslerin benzer bir şekilde davranmış olmaları, diğer bir deyişle paralel davranıştır. Paralel davranış, uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için yeterli olmasa da gereklidir. İkinci unsur ise belli bir ortak iradenin varlığıdır. Bu unsurun varlığını kabul etmek için tarafların bir fikir birliğine ulaştıklarını gösterir açık delillerin bulunmasına gerek yoktur¹²³. Benzer şekilde Savcı Gand'in Chemiefarma davasına ilişkin yorumuna göre, uyumlu eylem bir uzlaşmanın fiilen ifa edilmiş olmasını gerektirmektedir. Uyumlu eylemin varlığına hükmedebilmek için, ilgili teşebbüslerin fiili davranışlarının yanı sıra bu davranış ile önceden hazırlanmış plan arasında bir bağın bulunması şarttır¹²⁴.

Bu görüşlere karşın, Savcı Svlm, Pioneer davasındaki yorumunda, rekabetin risklerini, koordinasyon ya da ortak niyet yoluyla ortadan kaldırmanın uyumlu eylem için yeterli olduğunu belirtmiştir¹²⁵. Joilet ise uyumlu eylemi, rakiplerin pazarda herhangi bir davranışta bulunmadan önce, birbirlerine niyetlerini açıkladıkları karşılıklı iletişimlerini olarak tanımlamış; böylece davranıştan bağımsız olarak uyumlu eylemin oluştuğu düşüncesini benimsemiştir. Savcı Vesterdorf¹²⁶ ile Braun, Rawlinson ve Ritter (1991, 66)'e göre de uyumlu eylemin 81. maddeyi ihlal etmesi için pazarda görülen bir etki yaratmasına gerek yoktur.

Polypropylene kararının temyiz davalarından biri olan Rhone Poulenc davasında İDM, Komisyon'un yanında olduğunu gösteren bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre, üreticiler arasında fiyat tespitine ve üretim hacmine yönelik tartışmaların yapıldığı toplantılara sadece katılmış olmak bile 81. madde anlamında bir ihlalin oluşması için yeterlidir. Bu toplantılardan sonra firmanın

¹²³ [1972] ECR 665, s. 673.

¹²⁴ Case 41/69 ACF Chemiefarma v. Commission [1970] ECR 661, s. 714.

¹²⁵ [1983] ECR 1914, s.1929.

¹²⁶ Savcı Vesterdorf'un Rhone Poulenc davasındaki görüşü, [1991] ECR II-869, s. 934.

üzerinde uzlaşılın davranışı sergilemediği gerçeği ihlalin varlığını çürütmez¹²⁷. Benzer şekilde İDM, diğer bir temyiz davası olan Hercules¹²⁸ davasında, bir uyumlu eylemin 81. madde çerçevesinde ihlal sayılması için antirekabetçi etkilerinin gösterilmesinin gerekmediğini belirtmiştir¹²⁹.

İDM'ye göre, toplantılara katılarak rakiplerinin fiili durumlarına ve ticari hedeflerine ilişkin bilgi edinen bir firmanın, kendi politikalarını belirlerken elde ettiği bu bilgiyi görmezlikten gelmesi mümkün değildir¹³⁰. İDM'nin bu yöndeki düşüncesinden hareketle, Kriyaziks'e (1992, 800) göre firmalar arası bağlantının tek başına uyumlu eylem oluşturacağı yönünde bir karine ortaya çıkmıştır. Faull ve Nikpay (1999, 78)'e göre ise, böylelikle bir uyumlu eylem etkisi ne olursa olsun sadece rekabete aykırı amacından dolayı da 81. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Proypropylene davasının ATAD nezdindeki davalarından biri olan Anic Partecipazioni¹³¹ davasında ATAD, İDM ile benzer bir yaklaşım sergileyerek uyumlu eylemin üç unsuru bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar: (i) teşebbüsler arası doğrudan ya da dolaylı bir ilişki (ii) bu ilişkiden sonra pazarda bir davranışın ortaya çıkması ki, teşebbüsler arasında fikri bir uzlaşmanın varlığı açıksa bu davranışın ortaya çıkacağı önceden varsayılabilir (iii) bu ikisi arasında neden sonuç ilişkisi. ATAD, firmaların herhangi bir davranışta bulunmuş olmalarını, uyumlu eylemin unsurlarından biri olarak saymakla birlikte, firmalar arasındaki ilişki sonrasında böyle bir davranışın ortaya çıkacağının önceden varsayılabilirliğini belirtmiştir. ATAD'a göre teşebbüsler kararlarını alırken, rakiplerinden elde ettikleri bilgileri dikkate almadıklarını ispatlayabilirler (Jones ve Sufirin 2001, 659). Wessely (2001, 753)'e göre teşebbüslerin üzerinde uzlaşılın davranışı sergilememiş olmaları ATAD tarafından iddiayı çürütmek için yeterli görülmediğinden, teşebbüsler üzerinde uygulamada yerine getirilmesi çok güç bir ispat yükü bulunmaktadır.

Wessely (2001, 757)'e göre, "pazar davranışı" ile "etki" kavramlarını birbirine karıştıran ATAD ve İDM'nin tutumu uyumlu eylemin objektif unsuru olan paralel davranışın tamamen bir kenara bırakılması ve sadece bilgi alışverişinde bulunan, ancak sonrasında herhangi bir paralel davranış sergilemeyen teşebbüslerin suçlu bulunması riskini beraberinde getirmektedir. Teşebbüsler arasında bir uzlaşma olduğunu somut bir şekilde ortaya koyan tek şey paralel davranıştır. Bu nedenle ATAD'ın getirdiği karinenin sadece

¹²⁷ [1991] ECR II-867, paragraf 122, 124.

¹²⁸ Cases T-8/89 etc. Hercules v. Commission (Polypropylene) [1991] ECR II-1711

¹²⁹ Ibid., paragraf 270, 279.

¹³⁰ [1991] ECR II-867, paragraf 123.

¹³¹ Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125

teşebbüsler arasında bir uzlaşmanın varlığının çok açık olduğu komplike kartel davalarıyla sınırlı kalması gerekmektedir.

Wessely'in bu görüşlerine karşın Miguel ve Antunes (1991, 66)'e göre, teşebbüsler arası bağlantının 81. maddeyi ihlal etmesi için, rekabeti bozma amacı taşıması yeterlidir. Miguel ve Antunes (1991, 66-68), bunun gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Paralel davranış çoğu zaman uyumlu eylemin fark edilmesinde en önemli unsurdur. Ancak paralel davranışın gözlenmemesi, firmalar arasında bir iş birliği olmadığı anlamına gelmemektedir. Uyumlu eylem kavramı ile uyumlu eylemin delili birbirine karıştırılmaktadır. Ayrıca uyumlu eylemin mutlaka pazarda bir davranış gerektirmesi halinde, teşebbüslerin geleceğe ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak üzere fiilen bilgi alışverişinde bulunmaları ile bilgi alışverişinde bulunmak üzere anlaşma yapmaları farklı kurallara tabi tutulmuş olacaktır.

Monti (1996, 83)'ye göre ise Polypropylene davası ile uyumlu eylem kavramı farklı bir boyut kazanmıştır. Komisyon'un uyumlu eylemin sadece amacından dolayı rekabete aykırı olabileceği düşüncesine karşın, İDM'ye göre uyumlu eylemin bir etkisinin bulunması gerekmekte, ancak firmaların bilgi alışverişinde buldukları açıkça, İDM'nin teşebbüslerin rakiplerinden aldıkları bu bilgileri görmemezlikten gelemeyecekleri yaklaşımı çerçevesinde, bu etkinin ortaya çıkacağı önceden varsayılmaktadır. Bu bağlamda Monti (1996, 83)'ye göre piyasanın oligopolistik özellikler göstermesi halinde firmaların bilgi alışverişinde bulunmalarının paralel davranışlara ve dolayısıyla antirekabetçi bir etkiye yol açacağı önceden varsayılabilecektir. Böylece oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını engelleyen faktörleri bertaraf etmek üzere, firmaların fiilen bilgi alışverişinde bulunmaları, uyumlu eylem kapsamında değerlendirilebilecektir¹³².

AB uygulamalarında, uyumlu eyleme ilişkin ilk davalardan itibaren paralel davranışın uyumlu eylem olmadığı vurgulanmıştır. Bununla birlikte uyumlu eylem kavramının “firmalar arası bir tür koordinasyon” olarak tanımlanması, uyumlu eylem için gerekli “uyumun” firmaların davranışlarının benzer olmasından çok, firmalar arasındaki fikri uzlaşmayı içerdiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, fikri uzlaşma gerçekleştiği anda uyumlu eylemin de ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bizce paralel davranış uyumlu eylemin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve uyumlu eylemin bir unsuru olmaktan çok, delilini teşkil etmektedir.

¹³² Monti (1996, 86)'ye göre bu dava ile ABD'deki Container Corp. davası benzerdir. Her iki olayda da ürün homojendir. Talep esnek değildir ve pazarda az sayıda sağlayıcı bulunmaktadır. Monti, her iki davada da bilgi alışverişinin tek başına değil, bu pazar koşulları nedeniyle uyumlu eylem veya gizli anlaşma olarak değerlendirildiğini ileri sürmektedir.

Diğer yandan, teşebbüsler arasında bir uyumlu eylem olduğu sonucuna genelde ikinci derecede delillerle ulaşıldığı düşünüldüğünde, bu işbirliğinin bir göstergesi olarak nitelendirilebilecek paralel davranışlar önem kazanmaktadır. Örneğin, firmalar arasında bir toplantının yapıldığı ortaya çıkarılmışsa, ancak toplantının konusunun ne olduğu, bu toplantıda ne tür bilgi alışverişinde bulunulduğu bilinemiyorsa, ortada paralel davranışlar da yoksa, uyumlu eylem iddiasında bulunmak mümkün görünmemektedir. Kanımızca ATAD bu durumu dikkate alarak, uyumlu eylemin pazarda bir davranışa dönüşmüş olması gerektiğini ileri sürmekte, ancak firmalar arasında bir koordinasyon olduğu açıksa, bu davranışın ve pazarda bir etkinin ortaya çıkacağından önceden varsayılabilirliğini belirtmektedir.

Böylece, ATAD'a göre uyumlu eylem için, teşebbüsler arasında fikri bir uzlaşmanın açık olmadığı durumlarda, paralel davranış da gereklidir. Ancak kanımızca böylesi durumlarda paralel davranış, uyumlu eylemin bir unsuru olduğu için değil, firmalar arasındaki bağlantılar sonucu fikri bir uzlaşmaya ulaşılmış olduğunun tek göstergesi olduğu için dikkate alınmalıdır.

Firmaların fikri bir uzlaşma içinde oldukları açıksa, ortada pazara yansımış belli bir davranış bulunmasa da, uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşmak, 81. madde çerçevesinde uyumlu eylemlerin, amacından dolayı yasaklanabileceği hükmüyle de bağdaşacaktır. Ancak firmalar arası ilişkiden tek başına uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için, alışverişi yapılan bilginin, firmaların gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin olması ve bilgi akışının karşılıklı olduğuna dair yeterli delilin elde edilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca bu bilgi alışverişinin rekabet üzerinde olumlu etkilerinin ve makul bir açıklamasının bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.

Daha önce değinildiği üzere, AB rekabet hukukunda bilgi alışverişine yönelik anlaşmalar, bilginin niteliğine ve pazarın koşullarına bağlı olarak 81. madde kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu çerçevede oligopol piyasalarda pazar şeffaflığını artırarak oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştıran bilgi alışverişine yönelik anlaşmalar yasaklanmaktadır. Teşebbüslerin aralarında açık bir anlaşma olmaksızın fiilen bilgi alışverişinde bulunmaları da aynı sonucu doğurabilecektir. Uyumlu eylem için davranışın varlığının gösterilmesinin gerekmemesi halinde, bu tür fiilen gerçekleştirilmiş bilgi alışverişleri uyumlu eylem kavramı çerçevesinde değerlendirilerek çelişki giderilmiş olacaktır.

ATAD'ın teşebbüsler arasında bir koordinasyon olduğu açıksa, pazarda bir davranışın ve etkinin ortaya çıkacağından önceden varsayılabilirliği yönündeki yaklaşımı, oligopol piyasalarında gerçekleştirilen bilgi alışverişlerinin uyumlu eylem kapsamında değerlendirilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Nitekim bu tür piyasalarda bilgi alışverişi oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını

kolaylaştırarak, paralel davranışlara ve antirekabetçi etkilere yol açacaktır. Böylece ABD uygulamalarına benzer bir şekilde, firmaların oligopolistik pazarlarda fiilen kolaylaştırıcı eylemlere girişmelerinin gizli anlaşma kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gibi, AB uygulamalarında oligopol piyasalardaki bilgi alışverişinin uyumlu eylem kavramı kapsamında değerlendirilmesi olanağı ortaya çıkmakta ve uyumlu eyleme ilişkin uygulamalar yeni bir boyut kazanmaktadır.

BÖLÜM 3

TÜRKİYE UYGULAMALARI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un gerekçesinde, “Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır.” ifadesine yer verilerek uyumlu eylem kavramına açıklık getirilmiştir.

İnan (1998, 72)'a göre, uyumlu eylem kavramı, anlaşma seviyesine ulaşmamış firmalar arası uzlaşmalar ile bir anlaşmanın varlığının ispat edilemediği durumları kapsamaktadır.

4054 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, uyumlu eylem kavramının ve karinesinin Kanun'a konuluş amacının gizli anlaşmaların ispatlanmasında kolaylık sağlanması olduğu göz önünde bulundurulursa, Kanun'un anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayırmadan çok teşebbüsler arasındaki uzlaşmaların nasıl ispat edileceğiyle ilgilendiği ortaya çıkmaktadır. AB hukukunda uyumlu eyleme ilişkin ilk davalarda uyumlu eylem ve anlaşma kavramları arasında açıkça bir ayırım gözetilmiş ancak, Polypropylene ve Cement gibi daha sonraki davalarda Komisyon ve Mahkemeler bu iki kavram arasındaki ayırmadan çok, delil sorununun önemli olduğunu vurgulamışlardır. Böylece sonuç olarak, uyumlu davranış ve anlaşma kavramlarını birbirinin yerine kullanan ABD yaklaşımı ile AB ve Türkiye yaklaşımlarının aynı çizgide buluştukları söylenebilir.

Sanlı'ya (2000, 82) göre aksi ispatlanabilir adi karine niteliğinde olan uyumlu eylem karinesinin “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik göstermek” gibi geniş bir kritere bağlanması, teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat yükü oluşturabilecek niteliktedir.

Kanımızca da “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik” kriterinin anlamı belirsizdir. Bu kriterin lafzı yorumu, eksik rekabet koşullarının hüküm sürdüğü piyasaların doğrudan uyumlu eylem karinesi çerçevesinde ele alınmasına olanak verecek niteliktedir. Diğer yandan 4054 sayılı RKHK'nın “İspat Yükü” başlıklı 59'uncu maddesinde, bu kritere bir nebze açıklık getirilerek, “piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen

kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması” gibi durumların ispatlanması halinde, ispat yükünün teşebbüslere geçeceği belirtilmektedir. Bu yaklaşım ise teşebbüslerin sadece paralel davranışlarından uyumlu eylem iddiasında bulunulmasına olanak sağlamaktadır. Teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle bu iddiayı çürütme şanslarının bulunması, oligopolistik bağımlılığın ya da bilinçli paralelliğin, uyumlu eylem kavramı çerçevesinde bir iddia konusu yapılabileceğini, ancak tek başına bilinçli paralellikten uyumlu eylem sonucuna ulaşamayacağını ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun (Kurul), AB uygulamalarına benzer şekilde paralel davranışların ortaya çıkmasının piyasa koşullarıyla uyumlu olup olmadığını ve mantıklı bir gerekçenin varlığını kendiliğinden değerlendirdiği görülmektedir.

Maya¹³³ kararında da Kurul, piyasa koşullarını göz önünde bulundurmıştır. Bu davada ekmeek mayası pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin mayanın fabrika çıkış fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiası söz konusudur. Kurul, mayanın fabrika çıkış fiyatlarının artış tarihi ve oranları arasında paralellikler olduğunu tespit etmesine karşın, bu paralelliklerin az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, ürünün homojen olduğu, pazar şeffaflığının bulunduğu bir piyasada ortaya çıkmasının doğal olduğunu belirtmiştir. Ancak kararda, maliyet düzeyleri ve yapıları farklı olan maya üreticilerinin müşterilere ve özellikle piyasaya yaptıkları fiyat duyurularının dolaylı bir bilgi alışverişi niteliğinde olup olmadığı, haklı bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı; dolayısıyla aslında şeffaf olmayan oligopolistik bir pazarda bu fiyat duyurularının yapay bir biçimde pazarı şeffaflaştırarak oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmamıştır.

Turkcell/ Telsim¹³⁴ davasında bu iki teşebbüsün görüşme ücretlerini eş zamanlı olarak artırdıkları ve benzer ücretler uygulayarak uyumlu eylem içinde oldukları iddiası söz konusudur. Yapılan incelemeler sonucu operatörlerle, Türk Telekom arasında imzalanan lisans sözleşmeleri gereğince GSM hizmetleri için azami fiyatın Bakanlık tarafından belirleneceği ve maliyet unsurlarından kaynaklı olarak fiili bir alt sınırın da mevcut olduğu anlaşılmıştır. Yasal üst sınır ve fiili alt sınır nedeniyle fiyat rekabetinin sınırlandırılmasının yanı sıra Türk Telekom ve GSM operatörleri arasında kurulması gereken uyum nedeniyle ücret artışlarının eş zamanlı olması gerekiyordu. Bu çerçevede Kurul, ele alınan davranışların operatörlerin faaliyet gösterdiği piyasa koşulları çerçevesinde makul olduğu sonucuna ulaşmıştır.

¹³³ Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.

¹³⁴ Turkcell/Telsim, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar.

Bununla birlikte kararda operatörlerin oligopolistik bir pazarda faaliyet gösterdikleri, bu nedenle birbirlerinin davranışlarını dikkate almaları gerektiği belirtilmekte; ancak teşebbüsler arasında bilinçli paralelliğin bulunmadığı ileri sürülmektedir. Benzer şekilde şişe sütü fiyatlarının paralel olarak artırıldığı iddiasının söz konusu olduğu Süt¹³⁵ kararında da pazarın oligopolistik özellikler gösterdiği, bu nedenle paralel davranışların makul olduğu belirtildikten sonra, paralel davranışın değil, bilinçli paralelliğin Kanun kapsamında olduğu belirtilmektedir. Ancak bu durumda ortaya kavramsal bir çelişki çıkmaktadır. Amerikan antitröst hukuku kökenli bir kavram olan “bilinçli paralellik”, oligopolistik piyasalarda oligopolistik bağımlılık da dahil, paralel pazar davranışlarını kapsayacak şekilde firmaların, rakip firmaların ne yapacağını bilerek benzer davranışlar içine girmeleri anlamında kullanılmaktadır. Bu nedenle oligopolistik bağımlılık ve bilinçli paralellik çakışmaktadır. Ancak gerekçeli kararlarda yer alan ifadeler, bu iki kavramın farklı anlamlarda kullanıldığını, ayrıca tek başına bilinçli paralelliğin uyumlu eylem kavramı çerçevesinde 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiğini düşündürmektedir.

Uyumlu eylemin paralel davranıştan hangi noktada ayrıldığını ortaya koyması bakımından Kurul’un Gazete¹³⁶ kararı önemlidir. Gazete davasında Hürriyet, Milliyet ve Sabah Gazeteleri ile Fanatik ve Taraftar-Fotomaç gibi spor gazetelerinin fiyatlarını, aynı dönemlerde, aynı oranlarda artırarak, uyumlu eylem yoluyla birlikte belirledikleri iddiası söz konusudur. İlgili ürün pazarı Hürriyet, Sabah ve Milliyet gazetelerinin içinde bulunduğu ulusal yayın yapan günlük siyasi gazete pazarı ve Fanatik ve Taraftar/Fotomaç gazetelerinin içinde bulunduğu ulusal yayın yapan günlük spor gazeteleri pazarı olmak üzere iki ayrı pazar olarak belirlenmiştir. Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazeteleri siyasi gazete pazarı içinde ayrı bir alt pazar olarak ele alınmıştır. Bu alt pazarın özellikleri şu şekilde belirlenebilir: Pazar oligopolistiktir; ürün homojen olmamakla birlikte, ikame oranı yüksektir; giriş engelleri bulunmaktadır; dağıtım kanalları ve bayilerin firmaların stratejilerine ilişkin bilgi aktarmaları nedeniyle, pazar şeffaftır.

Pazarın bu özelliklerine karşın, firmaların maliyetlerindeki ve reklam gelirlerindeki farklılık nedeniyle, paralel fiyatlandırmanın makul olmadığı belirtilmiştir. Karardaki bu yoruma karşın, firmalar arasındaki bağlantıya ilişkin delillerin yokluğunda gazete pazarının özellikleri çerçevesinde sadece teşebbüslerin paralel davranışlarından hareketle bir uyumlu eylem iddiasında bulunulması güç görünmektedir. Tekrarlanan oyun modelleri karşılıklı bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran kimi koşulların varlığı halinde bile, paralel davranışların ortaya çıkabileceğini göstermiştir. Bu nedenle paralel davranışın firmalar arasındaki gizli anlaşmayı ispatlama gücü azalmış, paralel

¹³⁵ Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.

¹³⁶ Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.

davranışın yanı sıra ABD uygulamasında “ek faktörlerin”, AB uygulamasında ise firmalar arasında bir bağlantı olduğuna dair delillerin ortaya konması gerekliliği doğmuştur.

Nitekim Gazete olayında da soruşturma konusu teşebbüsler arasında fiyat ve uygulanacak promosyonlara ilişkin tartışmaların yapıldığına, bilgi alışverişinde bulunulduğuna dair deliller elde edilmiştir. Tartışmalar ve bilgi alışverişinin hemen sonrasında, üzerinde uzlaşılan pazar davranışlarının ortaya çıkması, Avrupa ve Amerika uygulamalarında olduğu gibi firmalar arası bağlantıya ilişkin delillerin uyumlu eylemi ispatlamasındaki gücünü artırmıştır. Bu tür bağlantılara giren firmaların artık oligopolistik bağımlılık yönündeki savunmalarının kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Gazete davasından görüleceği üzere, firmalar arası bağlantı, paralel davranışı uyumlu eylemden ayıran en önemli unsurdur. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun’un izin veriyor olmasına karşın, sadece paralel davranışa dayanılarak uyumlu eylem iddiasında bulunmamak, firmalar arasındaki bağlantıyı gösterir delilleri ortaya koymak, uyumlu eylem davalarında daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

AB uygulamalarında, Komisyon ve Mahkemelerin Polypropylene kararı ile, teşebbüsler arasında bilgi alışverişinden oluşan bir bağlantının tespit edilmesi halinde paralel davranışın ispatına gerek kalmaksızın uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilmesi yönünde bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Böylece uyumlu eylem, pazarda belli bir davranışa yol açmamış olsa bile, rekabete aykırı amacından dolayı yasaklanabilecektir.

Sanlı’ya (2000, 79) göre, uyumlu eylem için tarafların iradelerinin mutlaka eyleme dönüşmüş olması gerekmektedir. Bunun nedeni Sanlı’ya göre “uyum” kavramının tarafların iradesi için değil davranışları için öngörülmüş olmasıdır. Aslan’a (2001, 82) göre de uyumlu eylemin unsurlarından biri firmaların paralel şekilde davranmış olmalarıdır. Aslan (2001, 82) firmalar arasında bir bağlantı kurulmuş olmasının paralel davranış olmaksızın uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığını düşüncesindedir.

İkizler’e göre ise (2001, 206) teşebbüslerin uyumlu eylemin hazırlık safhasındaki girişimleri başarısız olabilir. Bu durumda ortada herhangi bir paralel davranış da yokken uyumlu eylemden bahsedilmesi mümkün değildir.

Kanımızca, Polypropylene kararı ile şekillenen bu yaklaşımın özellikle firmalar arasında bağlantılar kurulduğuna ve bilgi alışverişinde bulunulduğuna dair yeterli delillerin varlığı halinde benimsenmesi mümkündür. Böylece firmaların kimi zaman anlaştıkları kimi zaman sadece bilgi alışverişinde buldukları uzun süreli ihlaller bakımından, ihlal tek bir “anlaşma ve uyumlu eylem” olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla ihlallere katılan, ancak sonrasında üzerinde uzlaşılan davranışı sergilemeyen teşebbüslerin de ihlalden sorumlu

tutulmaları mümkün olacaktır. Diğer yandan tek ihlal yaklaşımı, delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekliliğini de sağlayacağından, elde edilen delillerden ulaşılan sonucun doğruluk derecesi artacaktır.

Teşebbüsler arası gizli anlaşmaların ve uyumlu eylemlerin ortaya çıkarılmasında, tek ihlal ve delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi yaklaşımlarının kullanılması gerekmektedir. Bu yaklaşımların benimsenmesinin yanında, AB ve ABD uygulamalarında başvuru, kartel üyelerinin ya da anlaşma taraflarının rekabet otoritesi ile işbirliği yapmasını teşvik eden düzenlemelere Türkiye uygulamalarında da yer verilmesi büyük yararlar sağlayacaktır.

Uyumlu eylem için pazarda herhangi bir davranışın ortaya çıkmasının gerekmediği şeklindeki yaklaşımın benimsenmesi halinde, teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına ilişkin karşılıklı bilgi alışverişinde bulunmaları, bilginin niteliğine ve karşılıklı olmasına ilişkin yeterli deliller mevcutsa, uyumlu eylem kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Böylece herhangi açık bir anlaşmaya dayanmayan, ancak fiilen gerçekleştirilen bu bilgi alışverişlerinin özellikle pazarın oligopolistik özellikler göstermesi halinde yasaklanması mümkün görünmektedir. Bu tür pazarlarda belirsizliğin giderilmesinin oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştıracağı düşünüldüğünde, bilgi alışverişinin paralel davranışlara ve anti rekabetçi etkilere yol açacağı önceden kabul edilebilecektir.

SONUÇ

Paralel davranış, ortaya çıktığı pazar koşullarından soyutlandığında, hiçbir zaman uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. Bunun nedeni uyumlu eylem kavramının firmaların davranışlarının benzerliğini değil; bu benzer davranışların ötesinde firmalar arası ilişkiler sonucu oluşan fikri uzlaşmayı ifade etmesidir. Bu nedenle uyumlu eylemlerde asıl unsur firmaların arasında bir işbirliği olduğunu gösterecek herhangi bir bağlantının varlığıdır.

Paralel davranış ancak pazar koşulları ile birlikte ele alındığında rekabet otoriteleri için bir anlam ifade etmeye başlamaktadır. Nitekim AB uygulamalarında da önemi anlaşılan; ancak uyumlu eyleme ilişkin ilk davalarda yeterince uygulanmayan pazarın çok iyi analiz edilmesi ve delillerin bu analiz çerçevesinde ele alınması yaklaşımı buna işaret etmektedir. Rekabet otoritelerinin, pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasındaki elverişliliğini temel alarak teşebbüslerin paralel davranışlarına, bu davranışların bir uyumlu eylemden kaynaklanabileceği ya da kaynaklanamayacağı yönünde herhangi bir anlam yüklemeleri mümkündür.

Pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına tamamen uygun olması halinde, paralel davranışlar pazar koşullarının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür pazarlarda tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşmak, teşebbüslerin rasyonel davranışlarını ihlal olarak nitelendirmek anlamına gelmektedir.

Oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli pazar koşullarında ortaya çıkan paralel davranışların, teşebbüsler arasındaki uyumlu eylemden kaynaklanıyor olma ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu tür pazarlarda oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına engel niteliğindeki unsurların her birinin paralel davranışların ortaya çıkması üzerindeki etkisi belirsizdir. Bununla birlikte, pazardaki sağlayıcı sayısının azlığı, ürünlerin homojenliği ve pazarın şeffaflığı, oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasında en önemli faktörler olarak kabul edilebilecektir. Bu faktörlerin bazılarının, özellikle pazar şeffaflığının bulunmaması halinde, paralel davranışların teşebbüsler arasındaki bir uyumlu eyleme işaret etmekteki gücü artmaktadır. Bu tür piyasalar aynı zamanda firmaların uyumlu eyleme girişme ihtimallerinin en yüksek olduğu piyasalardır.

Diğer yandan, tekrarlanan oyun modelleri, oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli pazarlarda da teşebbüsler arasında herhangi bir anlaşmaya ya da uyumlu eyleme gerek kalmaksızın paralel davranışların ortaya çıkabileceğini göstermiştir. Bu oyun modellerine göre oligopolistik bağımlılığı engelleyen faktörlerin, fiyat liderliği, tek taraflı fiyat duyuruları ya da ucuz konuşma gibi uyumlu eylem kapsamında değerlendirilemeyecek çeşitli girişimlerle aşılması olanağı vardır. Bu nedenle bu tür pazarlarda ortaya çıkan paralel davranışların, daha şüphe uyandırıcı olmakla birlikte tek başına uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

Pazarın oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz olması halinde, ortaya çıkan paralel davranışlar hem ABD uygulamalarında hem de AB uygulamalarında uyumlu eylem ya da gizli anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli görülmektedir. Ancak pratikte oligopolistik bağımlılığa elverişli olmayan piyasalar, firmaların uyumlu eylem ya da gizli bir anlaşma yapmalarına da uygun olmayan pazar koşullarını yansıtmaktadır. Bu pazarlarda teşebbüslerin uzlaşmaları, uzlaşmadan sapanları tespit etmeleri ve cezalandırmaları çok güç olduğundan, gizli bir anlaşmaya ya da uyumlu eyleme girişmeleri için makul bir zemin bulunmamaktadır. Ancak yine de bu piyasalarda paralel davranışların gözlenmesi halinde teşebbüslerin bu üç koşulu yerine getirmek üzere “dumanı tüten tabanca” niteliğinde deliller bırakacaklarını beklemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasına tamamen elverişsiz pazarlarda gözlenen paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak uygulamada böyle bir dava ile karşılaşılması çok güç görünmektedir.

Uyumlu eylemin ya da gizli anlaşmanın tespitinde nelerin dikkate alınması gerektiği konusunda ise ABD uygulamalarındaki ek faktörler sisteminin örnek alınması daha uygun olacaktır. AB ve ABD uygulamalarında uyumlu eylemin ya da gizli anlaşmanın tespit edilmesinde benzer temel ölçütlere başvurulduğu görülmektedir. Her iki uygulamada da, paralel davranışın oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığının yanı sıra, firmalar arasında bir bağlantının bulunup bulunmadığı ve paralel davranışın makul bir açıklamasının olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Ancak ABD uygulamalarında, firmaların anlaşmak için bir nedenlerinin olması ya da anlaşmalarının makul olması, birlikte uygulanmadığında firmaların çıkarlarına zarar veren davranışlar gibi daha spesifik ve amaca yönelik kriterlere yer verildiği görülmektedir. Diğer yandan ABD uygulamalarında, firmaların toplantı yapmaları, doğrudan bilgi alışverişinde bulunmaları, sadece “anlaşma yapma olanağı” olarak nitelendirilirken, AB uygulamalarında firmaların bu tür davranışları uyumlu eylemin önemli bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede teşebbüslerin anlaşmak ya da uyumlu eyleme girişmek için bir nedenlerinin olduğunun gösterilmesi önemlidir. Oligopolistik

bağımlılığın geçerli olduğu pazarlarda, firmalar sadece birbirlerini gözleyerek rekabetçi düzeyin üstünde karlar elde edebileceklerinden, bu tür piyasalarda firmaların ayrıca bir anlaşmaya ya da uyumlu eyleme girişmeleri için bir nedenleri olmayacaktır. Anlaşmak için bir nedenin varlığı anlaşma ya da uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için yeterli olmamakla birlikte, böyle bir nedenin olmaması uyumlu eylem iddialarını çürütmek için yeterli olacaktır.

Birlikte uygulanmadığında firmaların çıkarlarına aykırı olan davranışlar ise temelde firmaların pazar koşullarında meydana gelen değişikliklere makul tepkiler vermemeleri şeklinde ortaya çıkmaktadır. Üretim fazlasının olduğu ya da talepte düşüşlerin yaşandığı dönemlerde, firmaların fiyat artırımına gitmeleri, atıl kapasiteleri olduğu halde birbirleriyle fiyat rekabetine girişmemeleri gibi durumlar, uyumlu eylem ya da gizli anlaşma sonucuna ulaşılmasında dikkate alınması gereken önemli unsurlardır.

Firmaların toplantılar yapmaları, bilgi alışverişinde bulunmaları ise alışverişi yapılan bilginin teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte olması halinde, uyumlu eylem sonucuna ulaşılmasında önemli bir rol oynayabilecektir. Ayrıca oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli olan pazarlarda, bilgi alışverişi, paralel davranışlara ve antirekabetçi etkilere yol açabilecektir. Teşebbüslerin oligopolistik bağımlılığın önündeki en önemli engel olan belirsizliği aşmak üzere bilgi alışverişinde bulunmaları, uyumlu eylem ya da anlaşma sonucuna ulaşılmasında en önemli faktörlerden biri olarak değerlendirilebilir. Bilgi alışverişinin makul ticari bir nedeninin ve rekabet üzerinde olumlu etkilerinin bulunmaması, gizlice yapılması, bu tür teşebbüsler arası iletişimden sonra pazarda paralel davranışların gözlenmesi ve bilgi akışının karşılıklı olması, uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılmasında önemli bir rol oynayacaktır.

Firmaların kolaylaştırıcı eylemlere başvurmaları da, bilgi alışverişiyle benzer bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Bilgi alışverişi gibi rekabet üzerinde olumlu etkilerinin olabileceği kabul edilen kolaylaştırıcı eylemlerde de, bu kolaylaştırıcı eylemlerin pazar genelinde uygulanıyor olması, makul gerekçelerinin ve rekabet üzerinde olumlu etkilerinin bulunmaması, diğer bir deyişle oligopolistik bağımlılığı kolaylaştırmaları halinde, bu eylemlerin uygulanmasına ya da fiyat tespitine yönelik gizli anlaşma ya da uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilir. Teşebbüslerin, tam olmayan oligopolistik bağımlılığı, tam olana çevirmek için bu tür girişimlerde bulunmalarının, gizli anlaşma ya da uyumlu eylem kavramı çerçevesinde yasaklanabilmesi, oligopolistik bağımlılık sorunu ile mücadele etmede etkin bir yöntem olarak kullanılabilir.

Diğer yandan, ele alınan bu faktörlerin gizli anlaşma ya da uyumlu eylem sonucuna götürmesindeki etkileri bakımından bir sıralama yapmanın güçlüğü, bu faktörlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekliliğini

doğurmaktadır. Firmalar arasında, fikri ya da açık, bir uzlaşmanın olduğunu gösterir yeterli delillerin bulunmadığı uyumlu eylem ya da gizli anlaşma davalarında, açık olmayan delillerden yanlış sonuçlara ulaşılması olasılığını azaltacağından mevcut delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesinin önemli ve gerekli olduğunu ileri sürmekte fayda vardır.

Uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşmak için pazarda herhangi bir davranışın ortaya çıkmasının gerekip gerekmediği konusunda, farklı görüşler bulunmaktadır. Roma Antlaşması'nın 81. maddesi ve RKHK'un 4. maddesi, teşebbüslerin tek taraflı davranışlarını kapsamamakta, teşebbüsler arasında "anlaşma" "uyumlu eylem" ya da "teşebbüs birliği kararı" şeklinde ortaya çıkabilecek bir uzlaşmayı gerektirmektedir. Bu nedenle her iki düzenleme çerçevesinde de bu maddelerin uygulanabilirliği bakımından, teşebbüsler arasında anlaşma, şekli ya da derecesi ne olursa olsun temeldir. Bu çerçevede uyumlu eylem kavramının, teşebbüslerin benzer bir şekilde davranmalarından çok, aralarındaki fikri uzlaşmayı ifade ettiği ileri sürülebilecektir.

Paralel davranış, bu uzlaşmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve çoğunlukla uyumlu eylem davalarında firmalar arasındaki uzlaşmaya ilişkin doğrudan delillerin bulunmaması nedeniyle, uzlaşmanın varlığı paralel davranışın varlığı ile somutlaşmaktadır. Ancak ihlal, firmaların paralel bir şekilde davranmalarıyla değil, rekabete aykırı bir amaçla uzlaşmalarıyla ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede, teşebbüsler arasında fikri bir uzlaşmanın olduğu açıksa, firmaların pazarda herhangi bir davranışta bulunmalarından bağımsız olarak, uyumlu eylem sonucuna ulaşılacağı, bu yönüyle paralel davranışın uyumlu eylemin bir unsuru olmadığı düşünülmektedir.

Bilgi alışverişine yönelik açık anlaşmaların, oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını kolaylaştırarak, paralel davranışlara ve antirekabetçi etkilere yol açabilmeleri nedeniyle yasaklanmaları mümkündür. Oligopol pazarlarda açık bir anlaşmaya dayanmaksızın, fiilen gerçekleştirilen bilgi alışverişleri de aynı sonuçları doğurabilecektir. Uyumlu eylem için pazarda herhangi bir davranışın ortaya çıkmasının şart olmaması halinde, bu tür bilgi alışverişleri uyumlu eylem kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, ABD uygulamalarında firmaların oligopol pazarlarda fiilen kolaylaştırıcı eylemlere girişmelerinin gizli anlaşma kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gibi, bilgi alışverişi, özellikle oligopol piyasalarda uyumlu eylem kavramı kapsamında ele alınabilecek, oligopol sorunu ile mücadele etmede bir araç olarak uyumlu eylemin gündeme gelmesi olasılığı ortaya çıkacaktır.

ABSTRACT

The objective of this thesis is mainly to answer three questions. First of all, the question regarding the role of parallel conduct in determination of concerted practice is tried to be investigated. Moreover, whether presence of parallel conduct is sufficient in recognizing concerted practice or under which circumstances, parallel conduct can be considered as a more certain proof of existence of concerted practice are also be discussed within the framework of this question. With this purpose the subject of parallel conducts is concerned within the framework of oligopolistic markets in which the line between the unilateral behaviours and the concerted practices of the undertakings is almost disappeared, especially with respect to the concerted practices to fix prices.

Secondly, what sort of evidences have to be sought to identify concerted practice is dealt with. Despite the fact that this question is too difficult to be answered, for concerted practice cases most of the times the result of which reached by evaluating each event within its own circumstances and analysing behaviours of the firms, assumed to be involved in the action, it is vital that a minimum criteria related to concerted practice be defined.

Last but not least, whether concerted practice certainly leads to a specific behaviour in a market or not is discussed. Obviously, the answer to this question is crucial to discover the new dimensions of concerted practice.

KAYNAKÇA

ALESE, F. (1999), "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81", E.C.L.R., No: 7/1999, s. 379-383.

AREEDA, P. E. (1986), Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume VI, Little, Brown and Company, USA.

AREEDA, P. E. ve L. KAPLOW (1997), Antitrust Analysis Problems, Text, Cases, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, U.S.A.

ASCH P. Ve J. J. SENECA (1993), "Characteristics of Collusive Firms", Monopoly and Competition Policy, The International Library of Critical Writings (1993), Vol.1 içinde, s. 499-513.

ASLAN, İ. Y. (2001), Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa.

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

BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (1993), Common Market Law of Competition, Fourth Edition, Sweet&Maxwell Limited, London, U.K.

BISHOP, W. (1983), "Oligopoly pricing: a proposal", The Antitrust Bulletin, Summer 1983, s. 311-336.

BISSOCOLI, E. F. (2000), "Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law", World Competition, Vol: 23, No: 1, s. 79-106.

BLACK, O. (1992), "Communication and Obligation in Arrangements and Concerted Practices", E.C.L.R., No: 5/1992, s. 200-205.

BRAUN, R., J. F. RAWLINSON ve K. L. RITTER (1991), EEC Competition Law-A Practitioner's Guide, Brussels and Chicago.

CORONES, S. G. (1982), "The Application of Article 85 of the Treaty of Rome to the Exchange of Market Information between Members of a Trade Association", E.C.L.R., 1982, s. 67-85.

ELZINGA, K. G. (1984), "New Developments on the Cartel Front", The Antitrust Bulletin, Spring 1984, s. 3-26.

ETTER, B. (2000), "The Assessment of Mergers in the EU under the Concept Collective Dominance", Journal of World Competition, Vol. 23 No: 3, s. 1-37

FAULL, J ve A. NIKPAY, (1999), The EC Law of Competition, Oxford University Press Inc., New York.

GINSBURG, D. H. (1993), "Non-price Competition", The Antitrust Bulletin, Spring 1993, s. 83-111.

GOYDER, D. G., (1998), E.C. Competition Law, Third Edition, Clarendon Press, Oxford.

GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), "Cartels: Proof and Procedural Issues", B. E. Hawk (der.), Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy içinde, s. 773-843.

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

İKİZLER M. (2001), "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler", Hayri Domaniç'e Armağan (2001) İstanbul, s. 233-276

İNAN, N. (1998), "Maddi Hukuk Açısından Türk Rekabet Yasası", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurulu Uygulamaları Semineri içinde, ÇMİS Yayınları, s. 67-78 Mayıs 1998, Ankara.

JONES, A. (1993), "Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?", E.C.L.R., No: 6/1993, s. 273-279.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2001), EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, New York.

JOSHUA, J. (1999), "Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?", IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels.

KORAH V. (1997), An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford.

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

KOUTSOYIANNIS A. (1997), *Modern Mikro İktisat, Çeviren: Muzaffer Sarımeşeli, Gazi Kitabevi, Ankara.*

LENARES, L. (1997), "Economic Foundations of E.U. Legislation on Information Sharing among Firms", *E.C.L.R.*, No: 1/1997, s. 66-71.

LIDGARD, H. (1997), "Unilateral Refusal to Supply: An Agreement in Disguise", *E.C.L.R* No: 6/1997, s. 352-360

LOPATKA, J. E. (1996), "Solving the oligopoly problem: Turner's Try", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1996, s. 843-908.

MARKHAM, J.W. (1952), "The Nature and Significance Of Price Leadership", *Monopoly and Competition Policy, The International Library of Critical Writings* (1993), Vol.1 içinde, s. 484-498.

MARKS, D. H. ve J. M. JACOBSON (1985), "Price-fixing: an overview", *The Antitrust Bulletin* Spring 1985, s. 199-256.

McQUAIL, T. (2000), "Price Collusion Between Competitors", *IBC Pricing in Europe Conference, London.*

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

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

NIEMEYER, H.J. (1993), "Market Information Systems", *E.C.L.R.*, No: 4/1993, s. 151-156.

O.E.C.D. (1999), "Oligopoly", *DAFFE/CLP(99)25*

OSTI, C. (1994), "Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp", *E.C.L.R.*, No:3/1994, s. 176-182.

POSNER, A. R. (1984), *Antitrust Law, An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, USA.

RODGER, B. J. (1995), "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly", E.C.L.R., No: 1/1995, s. 21-29.

SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Birinci Baskı, Rekabet Kurumu, Ankara.

SHUGHART, W ve TOLLISON, R (1998), "Collusion, profits and rational antitrust", The Antitrust Bulletin, Summer 1998, s. 365-374

SILCOX, C. R. (1984), "Unfair methods of competition: the courts revive proof of injury to competition in antitrust cases under section 5 of the FTC act", The Antitrust Bulletin, Fall 1984, s. 423-474.

SOAMES, T. (1996), "An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference?", E.C.L.R., No: 1/1996, s. 24-39.

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

STIGLER, J. G., (1968) The Organization of Industry, University of Chicago Press, USA.

STROUX, S. (2000), "Is EC Oligopoly Control Outgrowing its Infancy?", World Competition, Vol: 23, No: 1, s. 3-50.

SUFRIN, B. ve R. WHISH (1992), "Oligopolistic Markets and EC Competition Law", Yearbook of European Law, 12, s. 59-83.

SULLIVAN, E. T. ve H. HOVENKAMP (1999), Antitrust Law, Policy and Procedure Cases, Materials, Problems, Fourth Edition, Lexis Law Publishing, Charlottesville, Virginia, U.S.A.

SULLIVAN, E. T. ve J. L HARRISON (1998), Understanding Antitrust and It's Economic Implications, Third Edition, Matthew Bender&CO., Inc., USA.

TURNER, D. F. (1962), "The Definition Of Agreement Under The Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", Harvard Law Review, Vol: 75, s. 655-706.

UYANIK, P. (2001), "Rekabet Hukuku Açısından Delil", (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi) Rekabet Kurumu-Ankara

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

WALDMAN, D. E. (1998), "The inefficiencies of 'unsuccessful' price fixing agreements", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1988, s. 67-93.

WESSELY, T. W. (2001), "Case C-49/92P, Commission v. Anic,(1999) ECR I-4125; Case C-199/92P, Hüls v. Commission, (1999) ECR I-4287; Case C-235/92P, Montecatini v. Commission, (1999) ECR I-4539; judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases).", *Common Market Law Review*, No: 38, s. 740-765

WHISH, R. (2001), *European Competition Law*, Fourth Edition, Butterworths, London.

YAO, D.A. ve S. DESANTI (1993), "Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.113-141.

ABD Mahkeme ve FTC Kararları

US v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)

Maple Flooring Manufacturer's Association v. US, 268 U.S. 563 (1925)

Interstate Circuit, Inc. v. US, 306 U.S. 208 (1939)

American Tobacco, Co. v. US, 328 U.S. 781 (1946)

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

Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)

Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp., 370 U.S. 690 (1962)

US v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)

Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

US v. General Electric Co., 1977 Trade Cas. (CCH) 61,659

Ethyl, 101 F.T.C. 425 (1983) / E.I.du Pont de Nemours&Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d. 432 (9th Cir. 1990) cert.denied, 500 U.S. 959 (1991)

Eastman Kodak Co. v. Image Tecnical Services 504 U.S. 451 (1992)

First National Bank of Arizona v Cities Service Co 391 U.S. 253 (1968)

C-O- Two Fire Equipment v. United States 344 U.S. 892 (1952)
Bond Crown & Cork Co. v. FTC 176 F.2d 974 (4th Cir. 1949)
Ball v. Paramount Pictures Inc. 169 F.2d 317 (3d Cir. 1948)
Michelman v. Clark-Schwebel Fiber Glass Corp. 534 F.2d 1036, (2d Cir.) cert.
denied, 429 U.S. 885 (1976)
United States v. Colgate Co. 250 U.S. 300 (1919)
United States v Parke Davis Co 362 U.S. 29 (1960)
Pevely Dairy Co. v. United States 178 F.2d 369 (8th Cir.)
United States v. Foley 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979)

ATAD ve İDM Kararları

Cases 48/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619
Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663
Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank [1981] ECR 2021
Cases C-89/85 etc., A Ahlstrom Oy v. Commission (Woodpulp) [1993] ECR I 1307
Case 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission [1983] ECR 1825
Cases C-137/92P etc., Commission v. BASF and others (PVC Cartel I) [1994]
ECR I-2555
Cases 29, 30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink
GmbH v. Commission [1984] ECR 1679.
Cases T-1/89 etc., Rhone-Poulenc SA v. Commission (Polypropylene) [1991]
ECR II-867
Cases T-8/89 etc. Hercules v. Commission (Polypropylene) [1991] ECR II-1711
Cases T-79/89 etc., BASF and others v. Commission (PVC I) [1992] ECR II-315
Cases T-80/89 etc., BASF and others v. Commission (LdPE) [1995] ECR II-729
Cases T-334/94 etc., Sarrío SA v. Commission (Cartonboard) [1998] ECR II-1439
Case C-51/92P etc., Hercules Chemicals NV v. Commission (Polypropylene)
[1999] CMLR 976
Case C-49/92P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125

Komisyon Kararları

Dyestuffs (1969) OJ L195/11
Sugar (1973) OJ L140/17
White Lead, (1979) OJ L21/16
Vegetable Parment, (1978) OJ L 70/54
Pioneer (1980) OJ L60/21
Zinc Producers (1984), OJ L220/27
Woodpulp (1985) OJ L85/1
Polypropylene (1986) OJ L230/1
PVC I (1989) OJ L74/1

LdPE (1989) OJ L74/21
ICI/Solvay, (1991) OJ L152/1
Cement (1994) OJ L343/1
British Sugar (1999) OJ L 76/1

Rekabet Kurulu Kararları

Turkcell-Telsim, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar
Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar
Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar
Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar