

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 91

REKABET KURUMU

BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE
KULLANILAN ESASA İLİŞKİN TEST
AB DENEYİMİ VE
TÜRKİYE İÇİN ÇIKARIMLAR

REMZİ ÖZGE ARITÜRK

BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE
KULLANILAN ESASA İLİŞKİN TEST

AB DENEYİMİ ve
TÜRKİYE İÇİN ÇIKARIMLAR

REMZİ ÖZGE ARITÜRK

ANKARA 2008

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2009

İlk Baskı, Mayıs 2009
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/6/2008 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
2 No'lu Daire Başkanı Murat ÇETİNKAYA, Prof. Dr. Osman Berat
GÜRZÜMAR, Prof. Dr. Ejder YILMAZ, Prof. Dr. Erol ÇAKMAK'tan
oluşan Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 20/06/2008 tarih ve
08-40/547 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-70-0

YAYIN NO

0225

Müge Meryem'e...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	v
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ	1

Bölüm 1

BİRLEŞME ŞEKİLLERİ, BİRLEŞMELERİN ANTI-REKABETÇİ ETKİLERİ VE KONTROLÜNDE KULLANILAN TESTLER

1.1. GENEL OLARAK BİRLEŞME ŞEKİLLERİ	4
1.2. BİRLEŞMELERİN ANTI-REKABETÇİ ETKİLERİ	5
1.2.1. Tek Taraflı Etkiler	5
1.2.1.1. Yatay Tek Taraflı Etkiler	6
1.2.1.2. Dikey Tek Taraflı Etkiler	6
1.2.1.3. Aykırı Tek Taraflı Etkiler.....	7
1.2.1.4. Birleşen Firmanın Pazar Gücü Açısından Tek Taraflı Etkiler	7
i. Anlaşmacı Olmayan Oligopollerde Tek Taraflı Etkiler	7
ii. Dışlayıcı Pazar Gücü Durumu.....	8
1.2.2. Koordine Edilmiş Etkiler	9
1.3. BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE KULLANILAN TESTLER.....	9
1.3.1. Kamu Yararı Testi	10
1.3.2. Rekabet Temelli Testler	10
1.3.2.1. Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması Testi (SLC Testi).....	10
1.3.2.2. Hâkim Durum Testi.....	11
1.3.2.3. Melez Testler.....	12
1.3.3. Sektör Spesifik Testler-İstisnalar	13

Bölüm 2

YENİ TEST ÖNCESİ DÖNEM: HAKİM DURUM TESTİ

2.1. 4064/89 SAYILI BİRLEŞME TÜZÜĞÜ DÖNEMİNE GENEL BİR BAKIŞ	15
2.1.1. Rekabet Dışı Faktörlerin Geçerliliği.....	15
2.1.2. Hâkim Durum Testi: İki Aşamalı -Tek Aşamalı Karmaşası	16
2.1.3. Hâkim Durum Testinin Esnek Yorumlanması: Birlikte Hâkim Durum	18

2.1.4. Yatay Olmayan Birleşmeler	19
2.2. HAKİM DURUM TESTİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	20
2.2.1. Hâkim Durum Testinin Kapsamındaki Belirsizlik:	
Açık Kuramı.....	20
2.2.1.1. Hâkim Durum Testi - SLC Testi Karşılaştırması:	
Yaklaşım Farkı	21
2.2.1.2. Açık İddiası ve Örnek Olaylar.....	23
2.2.1.3. Tek Taraflı Etkiler - Hâkim Durum Testi:	
Analiz Farklılıkları	25
2.2.1.4. Hâkim Durum Testinde Tek Taraflı Etkiler Analizi.....	27
2.2.1.5. Açığın Doğrulanması: Airtours Birleşmesi	28
2.2.1.6. Hâkim Durum Testini Değiştirmeden	
Açığı Kapatmanın Yolları	31
2.2.1.7. Çapraz Bulaşma Sorunsalı.....	33
2.2.2. Esasa İlişkin Testin Değiştirilmesinin Değerlendirilmesi	34
2.2.2.1. Değişiklik Karşıtı Görüşler.....	35
2.2.2.2. Değişiklik Yanlısı Görüşler.....	36
2.3. KOMİSYON'UN ÖNERİSİ: TASLAK TEKLİFLER.....	37

Bölüm 3

YENİ TEST: ETKİN REKABETİN

ÖNEMLİ ÖLÇÜDE ENGELLENMESİ (SIEC) TESTİ

3.1. YENİ TESTİN BEKLENEN SONUÇLARI.....	41
3.1.1. Etki Bazlı Yaklaşım.....	42
3.1.2. Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Artışı	42
3.1.2.1. Aşırı Yaptırımın Azaltılması	43
3.1.2.2. Eksik Yaptırımın Azaltılması	45
3.1.2.3. Yatay Olmayan Birleşmeler Bağlamında	
Açık Birleşmeleri.....	47
3.1.3. Birlikte Hâkim Durumun Açıklığa Kavuşturulması.....	49
3.1.4. Eski ve Yeni Test Arasındaki Devamlılık,	
Çapraz Bulaşma ve Yakınsama.....	51
3.2. DEĞİŞİKLİK SONRASINA BAKIŞ	52
3.2.1. Yeni Testin Alternatif Biçimleri.....	53
3.2.1.1. İkili (Dual) Test.....	53
3.2.1.2. Açıklığa Kavuşturma.....	55
3.2.1.3. Katıksız SIEC Testi.....	56
3.2.2. Değişiklik Sonrası Uygulamaya Bakış	57
3.2.2.1. Aşırı Yaptırımın Azaltılması	57
3.2.2.2. Eksik Yaptırımın Azaltılması	58
3.2.3. Değişiklik Sonrası Uygulama Işığında Eğilimin Yönü	60

3.3. MÜDAHALE EŞİĞİ VE İSPAT STANDARDI	62
--	----

Bölüm 4
TÜRKİYE’DE BİRLEŞMELERİN KONTROLÜ

4.1. 4054 SAYILI KANUN’UN 7. MADDESİ - HAKİM DURUM TESTİ.....	64
4.2. 10 YILLIK UYGULAMAYA GENEL BİR BAKIŞ	65
4.2.1. Yaptırım Açıkları.....	68
i. Birlikte Hâkim Durum	69
ii. Tek Taraflı Etkiler.....	70
4.3. DEĞİŞİKLİK? NASIL BİR DEĞİŞİKLİK?	71
SONUÇ	75
ABSTRACT	79
KAYNAKÇA	80

SUNUŞ

1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere, 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu, 12 yıl gibi kısa bir sürede, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmıştır. Bu sayede, tüketicilerin, gıdadan sağlığa, barınmadan ısınmaya, iletişimden ulaşımaya, kısacası yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok satın alabilmeleri sağlanmıştır. Bu başarılar sayesinde de, Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaştığı idari kapasite ve mesleki düzeyin bir yansıması uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan mesleki çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki bu tezler, öğretim üyelerinin de bulunduğu bir Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulmakta ve yeterli bulunması halinde Rekabet Kurulunca kabul edilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Bu eserlerin yayımlanarak, doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır. Tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
Agk.	: Adı geçen karar, adı geçen kaynak.
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
DOJ	: Department of Justice
ECR	: European Courts Reports
ECLR	: European Competition Law Review
FTC	: Federal Trade Commission
HHI	: Herfindahl Hirschman Index
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
Komisyon	: AB Komisyonu
Konsej	: AB Bakanlar Konseyi
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	: Official Journal
par.	: paragraf
RA	: Roma Antlaşması
Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
SIEC	: Significant Impediment to Effective Competition
SLC	: Substantial Lessening of Competition
Vol.	: Volume
YBR	: 2004 tarihli AB Yatay Birleşmeler Rehberi
YOBR	: 2007 tarihli AB Yatay-Olmayan Birleşmeler Rehberi

GİRİŞ

Rekabetin sınırlanmasının önlenmesi bağlamında, rekabet hukukunun üç aracından biri olan birleşmelerin¹ kontrolü, hâkim durumun kötüye kullanılmasını ve piyasadaki teşebbüslerin aralarında anlaşarak rekabeti sınırlamalarını yasaklayan ve ardıl denetim imkânı sunan diğer düzenlemelerin aksine, öncül bir denetim öngörmektedir. Birleşmelerin kontrolüne özgü bu özellik, gerek rekabet hukukunun diğer iki aracının uygulanmasına mahal verecek ihlallerin oluşmasının gerekse söz konusu araçlarla dahi müdahale edilemeyecek anti-rekabetçi durumların önceden önüne geçilmesine olanak vermektedir. Bu bakımdan birleşmelerin kontrolü, bir birleşmenin pazardaki rekabet üzerindeki olası etkileri hakkında tahminlerde bulunulmasını gerektirmesi nedeniyle kurgusal ve belirsiz bir uygulamadır.

İnceleme konusu birleşmeye izin verip vermeme konusunda karar verilirken temel değerlendirme ölçütü olarak kullanılan esasa ilişkin test, rekabetçi zararlar açısından birleşmelerin olası sonuçlarına yönelik taşınan kaygıların yanı sıra politika tercihleri açısından beklentilere verilen ağırlığa göre de farklılaşacaktır. Dolayısıyla esasa ilişkin testin, birleşmelerin kontrol amacını oluşturan bu kaygılar ve birleşmelerin kontrolünün kurgusal ve belirsiz yapısı ışığında, belirlenen amaçlara ve endişelere en uygun yanıtı verecek optimal bir formülasyon ve uygulama içerisinde vücut bulması gerekmektedir.

Bu çerçevede, 4064/89 sayılı eski AB Birleşme Tüzüğü'nde benimsenen hâkim durum testi, rekabet perspektifinden, birleşmelerin kontrolündeki asıl amacın, rekabetin bozulduğu pazar yapılarının oluşmasının önlenmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, birleşmelerin kontrol amacını bütünüyle yerine getiremediği konusunda eleştirilmiştir. Zira hâkim durum testi, yapısal faktörlere oldukça önem vererek, birleşmelerin rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesini fazla kurgusal kılmaktadır. Bu durumun, birleşmelerin, rekabet ve dolayısıyla tüketici refahı üzerindeki etkileri bakımından hatalı değerlendirilmesine yol açtığı öne sürülmüştür. Özellikle İlk Derece Mahkemesi'nin *Airtours* kararı, hâkim durum testini uygulayan AB

¹ Birleşme kavramı çalışma kapsamında, devralma ve tam işlevsel ortak girişimleri de içerecek şekilde kullanılmaktadır.

Komisyonu'nun, oligopol piyasalarda (tek firma) hâkim durumu yaratmayan veya mevcut hâkim durumu güçlendirmeyen ya da koordine edilmiş etkilere yol açmayan ancak yine de rekabeti önemli ölçüde azaltarak tüketicilere zarar veren birleşmelere müdahale etmek için gerekli yasal yetkiye sahip olmadığı şeklinde algılanmıştır.

Konuya ilişkin uzun ve yoğun tartışmalar sonucunda, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nde, "etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi" (SIEC)² testi benimsenmiştir. Başta birleşmelerin etkin bir şekilde kontrol edilmesini sağlamak üzere, bu kontrolün kapsamının açıklığa kavuşturulması, birleşmelerin kontrolüne ilişkin içtihat hukukunun korunması ve uluslararası yakınsama yapısal faktörlere daha az ağırlık veren etki bazı yeni testin beklenen sonuçları arasında yer almaktadır.

Bu çerçevede bu çalışma, birleşmelerin etkin kontrol amacının tam manasıyla yerine getirilmesi açısından, hâkim durum testini, AB'deki ilgili hukuki düzenlemeler, AB Komisyonu ve mahkeme kararlarının karşılaştırmalı bir analizi çerçevesinde ele almayı, eksikliklerini ortaya koymayı ve bu bağlamda hâkim durum testi yerine getirilen SIEC testini değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Çalışmanın bir diğer hedefi de AB deneyimi ışığında yapılacak çıkarımların, 10 yıllık Türkiye uygulaması ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki esasa ilişkin teste yönelik bir öneri sunmaktır.

Tez çalışması, esasa ilişkin testlerde yürütülen iktisadi analizler hakkında teknik ve ayrıntılı bilgi içermemektedir. Dolayısıyla söz konusu testler, bu açıdan değerlendirilmemiş, sadece etkin bir kontrol için gerekli olan ekonomik yaklaşıma yakınlık ve yatınlıkları açısından ele alınmışlardır. Ayrıca AB deneyimi açısından hâkim durum testinin değerlendirilmesinde, birleşmelerin etkin kontrolü bağlamında örnek gösterilen ABD uygulamasına karşılaştırma yapmak amacıyla yer verilmiş olsa da, çalışmanın merkezinde AB uygulaması yer almaktadır. Son olarak, ayrı bir çalışma konusu olarak ele alınabilecek etkinlikler konusuna oldukça sınırlı şekilde değinilmekle yetinilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda, birinci bölümde, kısaca birleşme şekillerine yer verildikten sonra, birleşmelerin pazar performansı üzerindeki anti-rekabetçi etkileri ve birleşmelerin değerlendirilmesinde kullanılan esasa ilişkin testler çeşitli şekillerde sınıflandırılarak açıklanacaktır.

İkinci bölümde, AB deneyimi ışığında hâkim durum testi ayrıntılı şekilde değerlendirilecektir. Bu bölümde ilk önce hâkim durum testinin, birleşmelerin etkin kontrolü açısından gösterdiği gelişmeye yer verilecek, daha

² Significant impediment to effective competition.

sonra bu gelişmeye karşın, hâkim durum testi, birleşmelerin kontrol amacını tam olarak yerine getirip getiremediği, özellikle tüm anti-rekabetçi birleşmelerin anılan testin kapsamı içerisinde olup olmadığı tartışması bağlamında ele alınacaktır. Bu bakımdan hâkim durum testinin değiştirilmesi yanlısı ve karşıtı görüşlere, Komisyon'un konuya ilişkin önerileri ile birlikte yer verilecektir.

Üçüncü bölümde, uygulamaya yön verecek ve ışık tutacak yeni tüzük ve rehberler çerçevesinde esasa ilişkin yeni test, yeni testin başta birleşmelerin etkin kontrolü olmak üzere pek çok açıdan beklenen sonuçları değerlendirilecektir. Daha sonra bu değerlendirmeler doğrultusunda yeni testin alternatif yorumlarına ve değişiklik sonrası uygulama ışığında söz konusu alternatiflerin hangisine işaret ettiğine, diğer bir deyişle eğilimin yönüne ve yeni testin AB birleşme kontrolünde, müdahale eşiği ve delil standardı üzerindeki etkilerine değinilecektir.

Dördüncü bölümde, esasa ilişkin teste yönelik AB deneyiminden yapılacak çıkarımlar çerçevesinde Türkiye uygulaması, birleşmelerin etkin kontrolü açısından değerlendirilecek ve bu değerlendirme sonucunda, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki esasa ilişkin testin değiştirilmesinin gerekli olup olmadığı ve eğer bir değişiklik gerekli ise bu değişikliğin ne şekilde uygun olacağı ele alınacaktır.

BÖLÜM 1

BİRLEŞME ŞEKİLLERİ, BİRLEŞMELERİN ANTI-REKABETÇİ ETKİLERİ VE KONTROLÜNDE KULLANILAN TESTLER

Birleşmelerin kontrolünde kullanılan esasa ilişkin test(ler)e yönelik deneyimlere geçmeden önce bu bölümde, kısaca birleşme şekillerine, birleşmelerin anti-rekabetçi etkilerine ve kontrolünde kullanılan esasa ilişkin test çeşitlerine yer verilerek birleşmelerin esas yönünden kontrolünün temel unsurları belirlenecektir.

1.1. GENEL OLARAK BİRLEŞME ŞEKİLLERİ

Rekabet hukuku açısından birleşmeler, bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün esasen karar verme süreçlerinin kalıcı olarak tek çatı altında toplanmasını sağlayan işlemlerdir. Aynı birleşme yatay, dikey ve aykırı etkilerin farklı bileşenlerine yol açabilirse (Whish 2003, 780) de, rekabet hukukunda birleşmeler üçe ayrılmaktadır.

Yatay Birleşmeler: Aynı ilgili pazardaki mevcut veya potansiyel rakipler arasında gerçekleşen birleşmeler yatay birleşmelerdir. Yatay birleşmelerde, dikey veya aykırı birleşmelerden farklı olarak, işlem sonrasında ilgili pazardaki firma sayısı en az bir tane azalmaktadır ve birleşen firma çoğunlukla, işlem öncesinde tarafların her birinin sahip olduğundan daha büyük bir pazar payına sahiptir (Hovenkamp 2005, 500). Böylece ilgili pazardaki yoğunlaşma düzeyi artmaktadır.

Dikey Birleşmeler: Dikey birleşmeler, bir mal veya hizmet üretiminin farklı aşamalarındaki firmaların birleşmesidir (Çınaroğlu 2003, 3). Birleşen taraflar arasındaki doğrudan rekabetin yok olması biçiminde bir kayıp içermeyen dikey birleşmelerde, yatay birleşmelerdeki anti-rekabetçi etkilerin asıl kaynağı mevcut değildir. Ancak dikey birleşmeler, taraflardan biri veya her ikisinin de

yatay düzeyde pazar gücüne sahip olduğu durumlarda rekabet sorunlarına yol açabilecektir.

Aykırı/Konglomera Birleşmeler: Aykırı birleşmeler, ne yatay ne de dikey bir ilişki içerisinde olan teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmelerdir (Aydemir 2005, 3). Aykırı birleşmelerin, dikey birleşmeler gibi yatay birleşmelere göre anti-rekabetçi etkilere yol açması çok daha az olasıdır.

1.2. BİRLEŞMELERİN ANTI-REKABETÇİ ETKİLERİ

Pazar performansı üzerindeki etkileri ‘etkinlikler’ ve ‘pazar gücü’³ olmak üzere ikiye ayrılan birleşmeler, rekabet hukuku açısından, ilgili pazar(lar)da pazar gücü yaratma veya mevcut pazar gücünü güçlendirme olasılığı taşıdıkları gerekçesiyle denetlenmektedir. Lindsay (2006, 13), *özgün* ve *dışlayıcı* olmak üzere iki tür pazar gücünün varlığından söz ettikten sonra bu kavramları şu şekilde tanımlamıştır:

Özgün pazar gücü, bir teşebbüsün (tek başına veya diğer tedarikçilerle örtülü bir işbirliği içerisinde) esaslı bir süre boyunca, rekabetçi düzeylere göre önemli ölçüde fiyatları artırabilme ya da kaliteyi, çeşitliliği veya yenilikleri azaltabilme kapasitesidir. Dışlayıcı pazar gücü ise, bir teşebbüsün bir veya daha fazla rakibini marjinalize⁴ edebilme veya pazar dışına çıkarabilme, böylelikle rakipler tarafından uygulanan rekabetçi kısıtların zayıflaması sonucunda esaslı bir süre boyunca, rekabetçi düzeylere göre önemli ölçüde fiyatları artırabilme ya da kaliteyi, çeşitliliği veya yenilikleri azaltabilme kapasitesidir.

Bir birleşme sonucunda, söz konusu pazar güçlerinden herhangi birinin oluşması halinde, tek taraflı ve koordine edilmiş olmak üzere iki tip anti-rekabetçi etki ortaya çıkabilecektir.

1.2.1. Tek Taraflı Etkiler⁵

Tek taraflı etkiler, birleşen firma, rakiplerin işbirliği doğurucu yanıtlarına ihtiyaç duymaksızın, kendi davranışları aracılığıyla kârlı bir şekilde,

³ Bir firmanın, marjinal maliyete eşit olan rekabetçi fiyattan, kârlı bir şekilde sapabilme kapasitesi olarak da tanımlanabilecek pazar gücü, Lerner endeksi ile hesaplanmaktadır.

$$L_i \equiv \frac{p - c_i}{p} = \frac{s_i}{\varepsilon}$$

, p=fiyat, c_i= i firmasının marjinal maliyeti, s_i=i firmasının pazar payı, ε=talebin fiyat esnekliği (Renckens 2006, 7).

⁴ Marjinal firma, bir pazardaki başa-baş noktasında bulunan firmayı ifade etmesi (Begg ve Fischer ve Dornbusch 2003, 106) dolayısıyla, o pazarda varlığını sürdürebilen firmaların en sonuncusudur.

⁵ Tek taraflı ve koordine-edilmemiş etkiler çalışma kapsamında birbirinin yerine kullanılacaktır.

fiyatları artırabildiği ve kaliteyi, seçenekleri veya yeniliği azaltabildiği zaman ortaya çıkmaktadır (ICN 2004, 1). ABD Yatay Birleşme Rehberi'nde⁶, koordine edilmiş etkilerin kapsamı içerisine girmeyen tüm anti-rekabetçi etkileri içine alan tek taraflı etkiler, misilleme kaygısına dayanan işbirliği olmadan, pazar gücünde ortaya çıkan tüm artışları belirtmektedir (OECD 2004, 103). Tek taraflı etkilerin ayırt edici özelliği, pazardaki tüm oyuncuların, birbirlerinden bağımsız bir şekilde, kârlılıklarını ençoklamak amacıyla rekabet etmeyi sürdürmeleri nedeniyle birleşme öncesinde ve sonrasında pazardaki rekabetin temel karakterinin aynı kalmasıdır (Faull ve Nikpay 2007, 479). Tek taraflı etkiler yatay, dikey ve aykırı tek taraflı etkiler olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

1.2.1.1. Yatay Tek Taraflı Etkiler

İktisadi açıdan, bir firmanın, rakiplerin pazarda belirleyebilecekleri olası fiyatlarına karşılık gelen optimal fiyatlarının listesine, *en iyi tepki fonksiyonu* denmektedir. Bir birleşme, birleşen firmanın en iyi tepki fonksiyonunu değiştirirse de, birleşmeye taraf olmayan firmaların en iyi tepki fonksiyonları değişmeden kalmaktadır. Bu nedenle birleşmeden, yalnız işlemin taraflarının fiyatlama güdülerinin etkilenmesi durumuna *tek taraflı etkiler* denmektedir (Kühn 2002a, 3). Ancak bu, birleşme sonrası işleme taraf olmayan firmaların fiyatlarını artırmayacakları (en iyi tepkilerini değiştirmeyecekleri) anlamına gelmemektedir. Birleşen firmanın fiyatlarını artırması, çoğunlukla rakipler için de belli bir dereceye kadar fiyatlarını artırmaları yönünde bir teşvik mekanizması yaratmaktadır. Böylece başlangıçtaki tek taraflı etkilerin, rekabetçi kısıtların belli oranda gevşemesine bağlı olarak, (birleşmenin tarafları dışındaki teşebbüsler bünyesindeki) çok taraflı etkiler yoluyla tamamlanması suretiyle, birleşmenin neden olduğu anti-rekabetçi etkiler bütün pazarda hissedilebilmektedir. Bu nedenle AB Komisyonu, söz konusu rekabetçi zarar kuramlarını rehberlerinde, “tek taraflı etkiler” yerine “koordine-edilmemiş etkiler” kavramını kullanarak ele almaktadır (Lindsay 2006, 31).

1.2.1.2. Dikey Tek Taraflı Etkiler

Anti-rekabetçi etkilere neden olması için birleşen firmanın ilişkili pazarlardan en az birinde pazar gücüne sahip olması gereken dikey birleşmelerde tek taraflı etkiler, iki şekilde gerçekleşir. Üst pazarın (girdilerin) kapatılması, birleşen firmanın, alt pazardaki rakiplerin önemli nitelikteki bir girdiye erişimlerini sınırlandırarak maliyetlerini artırması sonucu gerçekleşir. Alt pazarın (müşterilerin) kapatılması ise, birleşme sonucunda, üst pazardaki rakiplerin yeterli müşteri tabanına erişiminin sınırlandırılması ile gerçekleşir.

⁶ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines.

1.2.1.3. Aykırı Tek Taraflı Etkiler

Birleşen firmanın, ilgili pazarlardan en az birinde pazar gücüne sahip olmasının yanı sıra bağlantılı pazarların⁷ bir veya daha fazlasında aktif olması durumunda aykırı tek taraflı etkiler ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda bu pazarlardaki ürünlerin, portföy gücüne dayanılarak, paket halinde satılması (*bundling*) veya bağlama (*tying*) yoluyla, rakiplerin dışlanması ya da faaliyetlerinin zorlaştırılması riski doğabilecektir.

1.2.1.4. Birleşen Firmanın Pazar Gücü Açısından Tek Taraflı Etkiler

Pazardaki rekabetin temel karakterinin değişmediği tek taraflı etkiler durumunda, birleşme, işlemin tarafları üzerindeki önemli rekabetçi kısıtları ne kadar çok ortadan kaldırırsa, pazardaki *rekabetin yoğunluğunda* da o kadar çok azalma gerçekleşir. Birleşen firmanın, işlem sonrası ilgili pazarda sahip olacağı pazar gücünün mutlak ve nispi düzeyi açısından tek taraflı etkiler ikiye ayrılmaktadır.

i. Anlaşmacı Olmayan Oligopollerde Tek Taraflı Etkiler

Bir birleşme, birleşen firmanın, dışlayıcı pazar gücüne sahip olmadan ve oligopolün diğer üyelerinin koordine edilmiş tepkilerine bağımlı kalmadan (Whish 2003, 509), ilgili pazardaki rekabetin yoğunluğunda önemli bir azalmaya neden olacak bir pazar gücü elde edebileceği anlaşmacı olmayan bir oligopol yapısının ortaya çıkmasına yol açabilir. Birleşen firmanın özgün pazar gücü elde etmesi demek olan böyle bir duruma ilişkin örneğe aşağıda yer verilmiştir⁸:

Bir plajda şezlonglarda güneşlenen insanlara mısır satmak için bütün plaj boyunca belli aralıklarla 6 farklı (A-B-C-D-E-F) satıcı aynı sırayla dizilmişlerdir. Mısırların özdeş olduğu, aynı fiyattan satıldığı ve farklılaşmanın, güneşlenen herhangi bir insanın, mısır almak için şezlongundan satıcıya gitmek için atması gereken adım sayısından kaynaklandığı bu durumda her bir satıcı, kendisine en yakın şezlongtaki insanlar tarafından tercih edilecektir. Güneşlenen insanların her bir adımına belli bir ekonomik değer atfettiği veriyken, B firmasının fiyatını kârlı bir şekilde artırabilmesi, kendi alanındaki şezlongların A veya C satıcılarından ziyade kendisine oldukça yakın konuşlandırılmış olmasına bağlıdır. Bu çerçevede, B ve C satıcılarının ortaklığa gitmesi halinde, B ile A ve C ile D satıcıları arasındaki şezlonglarda güneşlenen insanlar

⁷ Farklı ilgili ürün pazarlarına ait ancak, tamamlayıcı veya bir ürün dizisinin bir parçasını oluşturmalarına bağlı olarak birlikte satılan veya tüketilen ürünlerin yer aldığı komşu pazarlar.

⁸ Örneğin hazırlanmasında (Hovenkamp 2005, 513-514)'ten yararlanılmıştır.

açısından ortaklık öncesi duruma göre herhangi bir değişiklik olmamasına karşın B ile C satıcıları arasında konuşlandırılan şezlonglardaki insanlar için durum tam olarak aynı değildir. Bu alanda güneşlenen insanlar ortaklık öncesi, B veya C satıcısı tarafından gerçekleştirilecek olası bir fiyat artışına karşı diğer satıcıya giderek tepki verebilirken artık belli düzeye kadarki fiyat artışları için BC ortaklığından mısır almayı sürdüreceklerdir. Bu fiyat artışının düzeyi, B ve C satıcılarının alanlarındaki şezlongların dağılımına bağlı olarak farklılaşacaktır. Birleşme sonrası fiyat artışı, şezlonglar daha çok A ile B ve C ile D arasında ise düşük, B ile C arasında yoğunlaşmışlar ise yüksek olacaktır.

Oldukça az sayıda firmanın bulunduğu sıkı oligopol bir pazardaki iki yakın rakibin pazar lideri olmayacak şekilde birleştikleri (Horner 2006, 26) anlaşmacı olmayan oligopol durumunda, anti-rekabetçi etkilerin temel kaynağı, pazardaki rekabet düzeyinin esaslı bir unsurunu oluşturan, birleşen taraflar arasındaki başa baş rekabetin ortadan kalkması yoluyla elde edilen pazar gücüdür.

ii. Dışlayıcı Pazar Gücü Durumu

Az sayıda oyuncunun bulunduğu sıkı oligopol pazardaki iki yakın ve önemli rakibin birleşmesi, birleşen firmanın fiyatlarını rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilmesini sağlayacak pazar gücü yaratılmasından çok daha şiddetli ve farklı nitelikte tek taraflı etkilere yol açabilir. Birleşen firmanın, dışlayıcı pazar gücü elde ettiği böyle bir durumda, birleşen firma ile rakiplerin birbirlerine karşı göreceli konumunda, taraflar arasında beliren yüksek asimetri nedeniyle ciddi bir dengesizlik ortaya çıkacaktır. Anlaşmacı olmayan oligopol modelinde, birleşen firma, fiyatları yükseltmesini sağlayacak bir pazar gücü elde etse de, oligopol piyasanın doğası gereği, rakipler birbirlerinin davranışlarını hesaba katmak anlamında birbirlerine bağımlı⁹ durumdadırlar (Baxter ve Dethmers 2005, 381). Dışlayıcı pazar gücü yaratılmasında ise, birleşen firma, kendisini, rakiplerini marjinalize edebilecek kadar üstün bir konuma yükselten esaslı (*substantial/significant*) bir pazar gücü elde etmiştir ve dolayısıyla rakipleri ile, oligopol bir pazardakine benzer bir bağımlılık içerisinde değildir. Dolayısıyla dışlayıcı pazar gücünün yaratıldığı bir birleşmenin anti-rekabetçi etkileri, tek taraflı etkilerin sınırlı/yerel olduğu anlaşmacı olmayan oligopol durumuna göre pazarın hemen hemen bütününde hissedilebilmesi açısından çok daha kapsamlı ve ciddi olmaya adaydır.

⁹ Söz konusu bağımlılık ile işbirliğine ve uyarlayıcı tepkilere dayanan koordinasyon temelli bağımlılıktan farklı bir oligopolistik bağımlılık ifade edilmektedir.

1.2.2. Koordine Edilmiş Etkiler

Tek taraflı etkilerde, esas olarak pazardaki firmaların, rakipleri tarafından belirlenmesi beklenen fiyatlara, her dönem en iyi şekilde tepki gösterdikleri varsayılmaktadır. Bu durum, piyasadaki her firma, kısa dönem kârını en çoklamaya çalıştığı için, rekabet hukuku bağlamında ‘rekabetçi’ olarak nitelendirilmektedir. Ancak iktisat teorisi ve pek çok sayıdaki kartel örneği, piyasanın her zaman rekabetçi olarak nitelendirilemeyeceğini, piyasa oyuncularının açık veya örtülü işbirliği yoluyla en iyi tepkilerine karşılık gelen düzeyden daha yüksek düzeylerde fiyatları belirlediklerini ve kısa dönem kârlarını en çoklamaya gitmediklerini göstermektedir (Kühn 2002a, 5). Koordine edilmiş etkilere yol açan bir birleşme, işlem öncesinde firmalar arasında herhangi bir koordinasyonun olmadığı ilgili pazardaki firmaların birbirleri ile etkileşim biçimlerinde ve dolayısıyla rekabetin doğasında temel bir değişikliğe neden olmaktadır (Faull ve Nikpay 2007, 480). İki veya daha fazla teşebbüsün, fiyat-çıktı gibi parametreleri, ilgili pazarda tek başına hâkim konumdaki bir firma veya bir kartel varlığına işaret eden düzeylere çekecek şekilde, örtülü işbirliği yoluna gittikleri bu durum, uzun dönem ortak kârın en çoklanmasından elde edilecek uzun dönem getirilerin, ortaklaşa benimsenen stratejiden saparak elde edilecek kısa dönem getirilere baskın gelmesini içermektedir (Von Hinten-Reed ve Camesasca 2003, 460).

Koordine edilmiş etkiler, yatay birleşmelerin yanı sıra dikey ve aykırı birleşmelerde de ortaya çıkabilmektedir. Yatay olmayan birleşmelerde, ilgili pazarlardan birindeki rekabetin doğasında gerçekleşen değişim, koordine edilmiş etkilere neden olabilecektir.

1.3. BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE KULLANILAN TESTLER

Birleşmelerin kontrolü, öncül bir denetim gerektirmesi nedeniyle kurgusal, belirsiz ve dolayısıyla hatalı yaptırımlara fazlasıyla açık bir uygulamadır. Bu bakımdan, birleşmeleri denetleyen her rejimin belirlemesi gereken “esasa ilişkin test” (*substantive test*)’in seçimi oldukça kritik bir konudur. Denetleme yetkisine sahip otoritenin, inceleme konusu birleşmeye izin verip vermeme konusunda karar verirken dikkate alacağı temel ölçüt olan esasa ilişkin test, birleşmelerin olası sonuçlarına yönelik taşınan kaygılara verilen ağırlığa göre farklılaşacaktır. Birleşmelerin kontrol amacını oluşturan bu kaygılar ışığında, “optimal yasaklama ölçütü” olarak kullanılan esasa ilişkin testler üçe ayrılmaktadır.

1.3.1. Kamu Yararı Testi

Birleşik Krallık'ın, 1973 tarihli Adil Ticaret Yasası'nın 69. bölümü, 2002 yılında yapılan değişikliğe kadar, bir birleşmenin incelenmesinde, Rekabet Komisyonu'nun, birleşmenin "kamu yararına aykırılık oluşturduğuna veya oluşturmasının beklendiğine yönelik bir durumun olup olmadığını" dikkate almasını gerektirmiştir. Rekabet Komisyonu'nun, çok uzun bir süredir birleşmelere ilişkin incelemelerinde, neredeyse bütünüyle rekabet temelli bir değerlendirmeye gitmiş olmasına karşın, Adil Ticaret Yasası'nın 84. bölümünün rekabete, diğer ölçütlere göre daha öncelikli bir önem vermemesi, hukuki olarak kamu güvenliği, düzenleyici kaygılar veya çevresel hususlar gibi başka hususların da birleşmelerin değerlendirilmesinde dikkate alınmasını olanaklı kılmıştır.

Güney Afrika, Brezilya, Hindistan, 2002 yılı öncesi Birleşik Krallık ve 2003 yılı öncesi İrlanda başta olmak üzere pek çok gelişmiş ve gelişmekte olan ülkede, rekabet testinden çok daha geniş kapsamlı olan kamu yararı testi uygulanmakta veya uygulanmıştır. Bu testlerde rekabet değerlendirmesinin yanında küçük teşebbüslerin korunması, sanayi ve istihdam politikaları, ulusal sahiplik, gelir dağılımı, bölgesel politika gibi pek çok husus da hesaba katılmaktadır.

1.3.2. Rekabet Temelli Testler

Rekabet temelli testler aslen 'Hâkim Durum Testi' (*Dominance Test*) ve 'Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması Testi' (*Substantial Lessening of Competition - SLC Test*) olarak ikiye ayrılmakla birlikte, dünya genelinde katıksız veya bütünüyle standart bir hâkim durum veya SLC testinden bahsetmek oldukça güçtür. Çoğu rejim, iki testin karışımını ve/veya kamu yararı testinin ayrıca bazı yönlerini içeren bir formülasyonu benimsemektedir (OECD 2004, 90). Esasa ilişkin testin lafzından ve bu teste dayanan içtihadattan hareketle rekabet temelli testler üçe ayrılabilir.

1.3.2.1. Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması Testi (SLC Testi)

1914 tarihli ABD Clayton Yasası'nın 7. bölümü, "rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek veya tekel yaratma eğiliminde olabilecek" birleşmeleri yasaklamıştır. SLC testi, 1992 tarihli ABD Yatay Birleşme Rehberi'nde, neyin rekabeti önemli ölçüde azaltacağını;

[P]azar gücü yaratan veya mevcut pazar gücünü güçlendiren veya bu gücün uygulanmasını kolaylaştıran birleşmelere izin verilmemesi gerekir. Bir

teşebbüs için pazar gücü, esaslı bir süre boyunca fiyatları, rekabetçi düzeyin üzerinde tutabilme kapasitesidir.

ifadeleriyle açıklığa kavuşturulması ile uygulanabilir hale getirilmiştir.

Clayton Yasası'nda benimsenen formülasyon dahi, tekel yaratma eğilimindeki birleşmelerin açıkça kapsam içerisine sokulması nedeniyle, katıksız bir SLC örneği olmaktan çok, iki testin bir karışımı görünümündedir (OECD 2004, 90). Ne var ki, ABD birleşme testini, SLC testinin en tipik örneği olarak görme yönündeki eğilimin asıl nedeni, bu testin ilk örneği olmasından çok, uygulanmasından sorumlu otoritelerin¹⁰ SLC etkisi üzerinde yoğunlaşmalarından kaynaklanmaktadır.

ABD'nin yanı sıra Kanada, Birleşik Krallık, İrlanda, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Japonya son 15-20 yıl içerisinde, esasa ilişkin testlerinde gittikleri değişikliklerle SLC testini benimseyen ülkeler arasına girmişlerdir.

1.3.2.2. Hâkim Durum Testi

AB'de 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün¹¹ yürürlüğe girdiği 1 Mayıs 2004 tarihinden önce, yürürlükteki 4064/69 sayılı eski Birleşme Tüzüğü'nün¹² 2. maddesinin 3. paragrafında;

[O]rtak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde bir hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren

birleşmelerin ortak pazarla uyumlu olmadığı belirtilmiştir. Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin *United Brands*¹³ ve *Hoffmann-La Roche*¹⁴ davalarındaki hâkim durum tanımlamaları ile de bir birleşmenin yasaklanması için gerekli ilk koşul açıklığa kavuşturulmuştur. Hâkim durum;

[B]ir ya da birden fazla teşebbüsün, kendilerine rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerden, belirgin bir dereceye kadar bağımsız davranma olanağı vermek suretiyle, ilgili pazarda etkin rekabetin sürdürülmesinin önlenmesini sağlayacak ekonomik gücü elinde bulundurduğu durum¹⁵

¹⁰ Federal Ticaret Komisyonu (FTC) ve Adalet Bakanlığı (DoJ).

¹¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

¹² Council Regulation (EC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.

¹³ *United Brands Co. v Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207.

¹⁴ *Hoffmann-La Roche v Commission*, Case 85/76 [1979] ECR 461.

¹⁵ Cases C-68/94 & 30/95, *France v. Commission (Kali und Salz)* [1998] E.C.R. I-1375, par.221.

olarak tanımlanmıştır.

Birleşme Tüzüğü'nün değiştirilmesinden önce ve hâlâ, AB'ye üye ülkelerin ve üyeliğe aday ülkelerin önemli bir kısmında birleşmeler, hâkim durum testine göre değerlendirilmektedir. Tüzük'teki değişiklik öncesinde, mehz mevzuat 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün model alınmasına bağlı olarak, Birlik içerisinde, standart bir testin varlığından söz edilebilirdi. Ancak esasa ilişkin testin, lafzından da anlaşılacağı üzere, iki farklı koşulun gerçekleşmesini gerektirmesi dolayısıyla, AB rekabet hukukunda hâkim durum testi katıksız bir test olmaktan çok, kısmen iki testin karışımı niteliğindedir¹⁶.

1.3.2.3. Melez Testler

Esasında dünyada, birleşmelerin denetlendiği hemen hemen hiçbir rejimde katıksız bir testten söz etmek mümkün değildir. Melez testlerin yapıtaşlarını oluşturan hâkim durum ve SLC testlerinin referans adresleri AB ve ABD'de dahi esasa ilişkin testler belirli oranda melez karakterlidir. Esasa ilişkin testleri sınıflandırırken dikkate alınması gereken iki önemli husustan ilki, esasa ilişkin testin lafzıdır. İkinci husus ise, bu lafzın, idari makamlar ve mahkemeler bünyesinde yorumlanması sonucu oluşan içtihat, diğer bir deyişle, söz konusu testin uygulanma biçimidir. İlk husus, hukuki olarak bir merkez ve bir kapsam belirlerken, ikinci husus ile birlikte esasa ilişkin test fiili olarak etki doğurmaktadır. Dolayısıyla, esasa ilişkin bir testin hangi gruba girdiğine, her iki husus dikkate alınarak karar verilmelidir.

AB'nin 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2. maddesinin 3. paragrafına göre,

Özellikle hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi suretiyle, ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyecek

birleşmeler yasaklanmaktadır.

Esasa ilişkin testlerin sınıflandırılmasında dikkate alınan ilk husus çerçevesinde, 'etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi' (SIEC) testi melez bir karaktere sahiptir¹⁷. AB'nin yanı sıra, Birleşme Tüzüğü'ndeki değişikliği izleyen Belçika, Estonya, Yunanistan ve Hollanda ile birlikte Brezilya, Fransa, İspanya ve Güney Kore de melez testi benimseyen ülkelerin başlıca örnekleridir.

¹⁶ Avustralya'da 1977-1993 döneminde uygulanan hakim durum testi ise, katıksız bir hakim durum testi olarak nitelendirilebilecektir (Jones 2002, 3).

¹⁷ Söz konusu testin gerek lafzı gerek uygulanma biçimine ilişkin değerlendirme için Bkz. Bölüm 3.2.

1.3.3. Sektör Spesifik Testler-İstisnalar

Ekonomide bazı sektörlerde, bu sektörlerin özellikle hassas nitelikleri itibarıyla, mülkiyetin yoğunlaşmasına neden olan birleşmeler özel değerlendirmelere tâbidir. Birleşmelerin, rekabete zararlarından ziyade daha geniş kapsamlı kamu yararı gerekçeleriyle incelenmesini haklı kılan bazı durumlar olabilir (Whish 2003, 898). Enerji piyasaları, bankacılık ve diğer finansal piyasalar, savunma sanayi, medya ve su endüstrisi; kamu güvenliği, medya çoğulculuğu, finansal ve yatırım kuruluşlarını gözetim açısından birleşmelerin özel düzenlemelere tâbi olduğu sektörlerdir.

BÖLÜM 2

YENİ TEST ÖNCESİ DÖNEM: HAKİM DURUM TESTİ

Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)'nin kurucusu Roma Antlaşması (RA)'nda birleşmelerin denetlenmesine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun bir sanayi politikası tercihi olduğu ve AET'nin birleşmeler aracılığıyla ekonomik gücün yoğunlaşmasına izin vererek ekonomik büyüme ile tek pazar bütünleşmesini hızlandırmayı ve ulusal/Avrupa şampiyonlarının oluşturulmasına olanak tanımayı amaçladığı öne sürülmektedir (Jones ve Sufrin 2004, 855). Nitekim birleşmelerin kontrolüne ilişkin açık bir yasal düzenlemeye ancak 1989 yılında, Avrupa Bakanlar Konseyi (Konsey)'nin, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nü çıkarmasıyla yer verilmiştir. Tüzükte yer alacak esasa ilişkin teste yönelik yoğun ve uzun soluklu tartışmalar¹⁸ sonucunda hâkim durum testi, AB Komisyonu (Komisyon)'na bahşedilen yeni takdir hakkını sınırlandırmak ve değerlendirme ölçütünü katı bir şekilde rekabet alanına sabitlemek amacıyla kısmen politik nedenlerle ve RA'nın 82. maddesinin, birleşmelere uygulanmamasını¹⁹ hukuki olarak sürdürülebilir kılmak amacıyla kısmen yasal nedenlerle kabul edilmiştir (Cook ve Kerse 2005, 209).

Komisyon'un daha geniş müdahale yetkisi içeren önerilerine karşın²⁰ Konsey, 82. maddenin uygulanmasından aşına olunması nedeniyle, yeni bir alan olan birleşmelerin denetlenmesinde, yasal belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamak amacıyla hâkim durum testini seçmiştir (Ehlermann ve diğerleri 2005, 197). Nitekim Komisyon'a görece yüksek bir müdahale eşiği getirilmek ve sınırlı bir müdahale yetkisi verilmek istenmesi, hâkim durum ölçütünün devralındığı

¹⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. (Fountoukakos ve Ryan 2005).

¹⁹ ATAD, *Continental Can* - Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v Commission [1973] ECR 215 par.26. kararında, Komisyon'un, 82. maddenin, hakim durumdaki bir teşebbüsün bu durumunu, bir rakibini devralmak suretiyle güçlendirerek kötüye kullanmasını önlemek için kullanılabilmesi görüşünü onaylamıştır.

²⁰ Komisyon Kasım 1988'deki teklifinde -[1988] O.J. C 309)- “[E]tkin rekabetin sürdürülmesini veya gelişmesini engelleyecek sonucu doğuracak şekilde bir *konum* yaratan veya bu konumu güçlendiren” birleşmeleri yasaklama önerisinde bulunmuştur.

82. maddede açıkça yer verilen birlikte hâkim duruma yol açan birleşmelere Komisyon'un müdahale etmesine, Konsey tarafından 82. maddedeki gibi açıkça izin verilmemesinden anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Komisyon'a sınırlı müdahale yetkisi veren hâkim durum testi, birleşmelere müsamahalı davranan sanayi politikası tercihinin devamına işaret etmektedir.

Bu bölümde, birleşmelerin etkin bir şekilde önlenmesi açısından, hâkim durum testi, esasa ilişkin test olarak yer aldığı 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü dönemindeki uygulama ışığında değerlendirilecektir. Bu çerçevede hâkim durum testinin gösterdiği gelişme, bu gelişmeye karşın birleşmelerin anti-rekabetçi etkileri bağlamında hâkim durum testinin kapsamındaki açık sorunsalı ve dolayısıyla esasa ilişkin testin değiştirilmesi yanlısı ve karşıtı görüşler, konuya ilişkin Komisyon'un önerisiyle birlikte ele alınacaktır.

2.1. 4064/89 SAYILI BİRLEŞME TÜZÜĞÜ DÖNEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

Komisyon zaman içerisinde birleşmelere ilişkin değerlendirmelerinin odağını, hâkim durum anlayışına dayanan katıksız bir pazar payı analizinden, birleşme öncesi rekabetçi kısıtların ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını dikkate alan bir yaklaşıma kaydırarak (Horner 2006, 25) 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'ndeki yasaklama ölçütü hakim durum testini gitgide iyileştirilmiş şekilde uygulamıştır.

Bu bölümde, hâkim durum testinin sergilediği gelişimi göstermek amacıyla, anılan testin rekabet dışı faktörleri ne derece içerdiği, tek aşamalı mı iki aşamalı mı bir değerlendirme içerdiği, birlikte hâkim duruma yol açan ve yatay olmayan anti-rekabetçi birleşmeleri kapsamına dahil edip edemediği hususları irdelenecektir.

2.1.1. Rekabet Dışı Faktörlerin Geçerliliği

Birleşme Tüzüğü'nün çıkarılması sürecinde üye ülkeler arasında üzerinde ciddi anlaşmazlıkların yaşandığı bir konu da esasa ilişkin testte, rekabet dışı hususlara (uluslararası rekabetçilik, istihdam gibi sanayi politikaları) yer verilip verilmeyeceği tartışmasıdır. Sonuçta, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2(1)(b) maddesinde “teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesi”, birleşmelerin kontrolüne ilişkin değerlendirmede dikkate alınacak faktörlerden biri olarak yer almakla birlikte, Tüzüğün 2(2) ve (3) maddelerindeki esasa ilişkin test, açık bir rekabet testidir.

Bununla birlikte özellikle uygulamanın ilk yıllarında, kendisine, Tüzüğün 2(1)(b) maddesine ve dibacesinin 13. paragrafındaki “ekonomik ve

sosyal birliğin güçlendirilmesi” amacına atıf yapılarak yer bulan rekabet dışı faktörlerin birleşmelerin değerlendirilmesindeki geçerliliği önemli bir anlaşmazlık konusu olmuştur. *Alcatel/Telettra*²¹, *Varta/Bosch*²² ve *Magneti Marelli/CEAC*²³ kararları Komisyon’un, yasaklama yerine koşullar getirmeye razı edildiği örnekler olarak verilmektedir. Ancak rekabet dışı faktörler ve rekabet temelli esasa ilişkin test arasındaki gerginlik, ekonomik ilerlemenin rekabetçi pazar yapılarına verilecek zararı makul kılmayacağına ilişkin Komisyon duruşu²⁴ ile rekabetçi endişeler lehine giderilmiştir. Komisyon’un *Aérospatiale/Alenia/de Havilland*²⁵ birleşmesini, Fransız ve İtalyan hükümetlerinin, birleşmeye daha kapsamlı sanayi politikası gerekçesiyle izin verilmesi gerektiğine dair iddialarına karşın yasaklama kararının, kamu algılaması açısından, AB birleşme kontrolünün rekabet odaklı olduğunun doğrulanması anlamına geldiği ileri sürülmektedir (Christiansen 2006, 8-9).

2.1.2. Hâkim Durum Testi: İki Aşamalı - Tek Aşamalı Karmaşası

“[E]tkin rekabeti önemli ölçüde engelleyecek sonucu doğuracak şekilde bir hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren” birleşmeleri yasaklayan hâkim durum testinin, lafzından, iki aşamalı bir değerlendirme içerdiği anlaşılmaktadır. Buna göre, bir birleşmenin yasaklanması için, i) hâkim durum yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi ve ii) etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi koşullarının sağlanması gerekmektedir. Ancak bu iki aşamanın birbirinden ne derece bağımsız olduğu, her zaman tartışma konusu olmuştur. Hâkim durumu yeterli koşul olarak gören ilk grup, hâkim durumun her zaman etkin rekabetin engellenmesine yol açacağı şeklinde yorumlandığı görüşündedir. Diğer grup ise, söz konusu iki aşamanın birbirinden bağımsız olarak ele alındığını ve hâkim durumun gerekli ama yeterli koşul olmadığı görüşündedir.

Bir birleşme, hâkim durum yaratmasına veya mevcut hâkim durumu güçlendirmesine karşın düşük fiyat veya artan yenilikler şeklinde tüketiciler açısından refah artışına yol açabilir. Bu refah artışları, örneğin marjinal maliyetlerin düşmesi biçiminde elde edilen etkinliklerin, artan pazar gücünden kaynaklanan fiyatları artırma yönündeki teşvikleri bütünüyle dengelediği, hatta bunlara baskın olduğu durumda sağlanabilir (Röller ve de la Mano 2006, 5). Birleşmelerin kontrolündeki amacın, gelecekteki hâkim durumun kötüye kullanılması eylemlerini önlemekten ziyade rekabetin bozulduğu pazar yapılarını

²¹ Case No.IV/M.042 [1991].

²² Case No.IV/M.12 [1991].

²³ Case No.IV/M.043 [1991].

²⁴ MSG/Media Service, Case No.IV/M.469 [1994], par. 100-101.

²⁵ Case No.IV/M.053 [1991], par. 42.

engellemek olduğu gerçeği karşısında, hâkim durum testinin iki aşamalı bir test olduğu kabul edilmelidir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 280).

Bununla birlikte Selvam (2004, 62-63)'a göre içtihat hukuku, Komisyon'un ve mahkemelerin tek aşamalı bir test uygulamaya eğilimli olduğunu, hâkim durum yaratılması ve mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi durumunda, etkin rekabetin engelleneceği varsayımında bulduklarını ve bu varsayımın ayrıca Komisyon tarafından tam ters yönde de geçerli olduğu-etkin rekabetin engellenmediği durumda hâkim durumdan söz edilemeyeceği şeklinde algılandığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Nitekim Komisyon *Procter&Gamble/VP Schicedanz*²⁶ ve *De Beers/LVMH*²⁷ kararlarında, testin ikinci aşamasına vurgu yaparak anılan işlemlerin etkin rekabeti engellemeyeceği sonucuna varmak yerine, bu işlemlerin mevcut hâkim durumları güçlendirmeyeceğini ve bunun sonucunda rekabeti önemli ölçüde engellemeyeceğini belirtmiştir. İlk Derece Mahkemesi (İDM) de, *EDP*²⁸ kararında,

hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ispatının bazı durumlarda etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin kanıtını oluşturacağını

ifade etmiştir.

Ancak Komisyon *Aérospatiale/Alenia/de Havilland* kararında, hâkim durum yaratan bir yoğunlaşmanın, eğer bu hâkim durumun rekabeti önemli ölçüde azaltması olası değilse, ortak pazarla uyumlu olabileceği tespitinde bulunmuştur. İki aşamalı yaklaşım İDM tarafından *Air France*²⁹ davasında da doğrulanmıştır. Komisyon ayrıca *Mannesmann/Hoesch*³⁰ kararında, hâkim durum yaratılacağı ancak bu durumun kısa ömürlü olacağı³¹ değerlendirmesinde bulunmuştur. Sonuç olarak, hâkim durum testinin tek aşamalı olduğu yorumu, ne iktisadi açıdan sağlıklı ne de Komisyon ve mahkemeler tarafından onaylanan bir yaklaşım olmakla birlikte, bu yaklaşım, içtihat hukukuna tam olarak tutarlı bir şekilde yansıtılamamıştır.

²⁶ Case No.IV/M.430 [1994].

²⁷ Case No.Comp/M.2333 [2001].

²⁸ EDP v Commission, Case T-87/05 [2005].

²⁹ Air France v Commission Case T-2/93-ECR [1994] II-323, par.79.

³⁰ Case No.IV/M.222 [1992].

³¹ Dolayısıyla hâkim durum ölçütünün kısa ve SIEC ölçütünün ise uzun vadeli bir perspektife sahip olduğu, yaratılan hâkim durumun, kısa zaman içerisinde aşındırılabilmesi durumunda geçici nitelik arz edeceği ve testin ikinci koşulunun gerçekleşmeyeceği söylenebilecektir.

2.1.3. Hâkim Durum Testinin Esnek Yorumlanması: Birlikte Hâkim Durum

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün, hâkim durum testinin koordine edilmiş etkilere uygulanıp uygulanamayacağı konusunda açık bir düzenleme içermemesi nedeniyle, özellikle çok büyük pazar payları yaratmayan ancak örtülü işbirliğine zemin hazırlayan bir pazar yapısına yol açan birleşmelerin, Tüzüğün kapsamı içerisinde olup olmadığı konusunda belirsizlik bulunmaktaydı. Hâkim durum testine göre, bu konuyu ele almanın tek yolu, bir grup teşebbüsün birlikte hâkim durumda olduklarının kabul edilip edilemeyeceğine karar vermektir (Fagerlund 2005, 13). Nitekim Komisyon *Nestlé/Perrier*³² kararında, Birleşme Tüzüğü tarafından oligopolistik (birlikte) hâkim durum açıkça dışlanmamışken, yasa koyucunun amacının, ilgili pazarda birlikte, belirgin bir dereceye kadar bağımsız davranma gücüne sahip iki veya daha fazla teşebbüs tarafından, etkin rekabetin engellenmesine izin vermek olduğunun varsayılamayacağını belirtmiştir. Komisyon'un, bu sonuç-hedefli yaklaşımı daha sonra *Kali und Salz*³³ kararında ATAD'ın "birlikte hâkim durumun, Birleşme Tüzüğü'nün kapsamı dışında olmadığı" hükmü ve *Gencor*³⁴ davasında ise İDM'nin, birlikte hâkim durumun ispatı için farklı pazar oyuncuları arasında yapısal bir bağın varlığının şart olmadığı, örtülü işbirliğine yol açacak ekonomik koşulların varlığının yeterli olduğu yönündeki kararı ile onaylanmıştır. Son olarak İDM *Airtours* kararında³⁵, bir birleşmenin, rakipler için işbirliği içerisinde davranmayı ekonomik açıdan rasyonel ve gerçekleştirilebilir hale getirebilmesi için rakiplerin, koordinasyona uyulup uyulmadığını saptayabilmek için birbirlerini izleyebilmeleri, ortak stratejiden sapan firmalar için muteber caydırıcı mekanizmaların varlığı ve piyasa açısından koordinasyondan beklenen sonuçların, üçüncü taraf niteliğindeki rakipler ve müşteriler tarafından tehlikeye sokulmaması gerektiğini belirterek, birlikte hâkim durum tespiti için gerekli koşulları (*Airtours kriterleri*) açıklığa kavuşturmuştur.

Birlikte hâkim durumun, Birleşme Tüzüğü'nün kapsamı içinde olduğunun belirlenmesi ile Komisyon'a, açık bir pazar lideri konumu yaratan veya bu konumu güçlendiren bir sonuca yol açmayan bir birleşmeyi yasaklama olanağı verilmiştir. Bu gelişme, hâkim durum testinin lafzi yorumundan önemli ölçüde ayrılma anlamına gelmektedir. Hâkim durum testi nezdinde hâkim durum kavramının geçirdiği bu evrim, Komisyon'un müdahale araçlarında ciddi bir iyileşmeye yol açarak, hâkim durum testinin birleşmelerin denetlenmesinde etkin bir araç olmayı sürdürmesini sağlamıştır (Horner 2006, 26).

³² Case No.IV/M.190 [1992], par.112.

³³ Bkz. Dipnot 15, par.178.

³⁴ Case T-102/96, *Gencor v. Commission* [1999] E.C.R. II-753, par.271.

³⁵ Case T-342/99 *Airtours v Commission* [2002] E.C.R.II-2585, par.62.

2.1.4. Yatay Olmayan Birleşmeler

Hâkim durum testi ayrıca, rekabet etmeyen (aynı pazarda bulunmayan) firmalar arasındaki anti-rekabetçi etkilere sahip birleşmeleri de kapsayabildiğini göstermiştir.

Bundeskartellamt (2001, 28), özellikle hâkim durumun güçlendirilmesi açısından dikey birleşmelerin, SLC testi kullanıldığı kadar etkin ve esnek bir şekilde kapsam içerisine alınabildiği ve değerlendirilebildiği tespitinde bulunmuştur. Komisyon'un bozulmamış bir rekabet sisteminin korunması açısından, yatay etkilerin ötesine giderek hâkim durum testini, sonuç-hedefli biçimde dikey rekabet sorunlarının ortaya çıktığı birleşmelere uygulamasına *MSG Media Service*³⁶ ve *Bertelsmann/Kirch/Premiere*³⁷ yasaklamaları örnek olarak gösterilebilir. Komisyon *Vivendi/Canal+/Seagram*³⁸ birleşmesinde, ödemeli yayıncılık hizmetleri sunan Canal+ ile içerik sağlayıcısı Universal arasındaki dikey bütünleşmenin, pazarı kapama riski taşıması nedeniyle, Universal'ın rakiplerinin etkin bir şekilde rekabet etmelerini olanaksız hale getirebileceğini belirttikten sonra, işleme taahhütler karşılığında izin vermiştir³⁹.

Bundeskartellamt (2001, 33), aykırı birleşmelerden kaynaklanan rekabet kısıtlarının da etkin bir şekilde kapsama alındığını belirtmiştir. Komisyon *Guinness/GrandMetropolitan*⁴⁰ birleşmesinde, birleşen firmanın çok geniş bir portföye sahip olmasının potansiyel etkilerine ilişkin olarak, birleşmeden elde edilen pazar gücünün, kendisini oluşturan parçaların toplamını aşip aşmadığını incelemiş ve anılan işleme, portföy etkileri yaratması nedeniyle koşullu olarak izin vermiştir. İDM ise *Tetra/Laval*⁴¹ kararında, Komisyon'un kararını bozmakla birlikte, Tüzüğü'nün 2. maddesinin yatay, dikey ve aykırı birleşmeler arasında bir ayırım yapmadığını ve 2. maddedeki gerekli koşulların oluşması durumunda aykırı birleşmelerin de yasaklanabileceğini açıklığa kavuşturmuştur.

Bu çerçevede hâkim durum testi, amaçlanan yüksek müdahale eşiğine karşın, rekabetin bozulduğu pazar yapılarını önlemek için zamanla tek firma hâkim durumuna (tek başına hakim duruma) ek olarak pek çok anti-rekabetçi senaryoyu kapsamına da alan esnek bir yapıya kavuşmuştur.

³⁶ Case No. IV/M.469, [1994].

³⁷ Case No. IV/M.993 [1999].

³⁸ Comp/M.2050, [2000].

³⁹ Komisyon'un dikey rekabetçi endişeler nedeniyle koşullu olarak izin verdiği bir başka birleşme için Bkz. *AOL/Time Warner* - Comp/M.1845 [2000].

⁴⁰ Case No. IV/M.938 [1998].

⁴¹ Case T-5/02, *Tetra Laval v. Commission* [2002] ECR II-4381, par.153.

2.2. HÂKİM DURUM TESTİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Komisyon 2001 yılında Birleşme Tüzüğü ile ilgili olarak yetki alanına, esasa ve usule ilişkin konularda değişiklik yapılması hakkında bir tartışma başlatan Yeşil Kitap⁴² yayımlamıştır. Tartışma konuları arasında, Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum testinin, SLC testi ile değiştirilmesi açısından gözden geçirilmesi yer almıştır.

Hâkim durum testinin uygunluğunun değerlendirildiği başlık altında, SLC testi gibi alternatif bir yasaklama ölçütünün benimsenmesi ele alınmış, uluslararası yakınsama, oligopol piyasalara daha esnek bir uygulama ile daha fazla ekonomik yaklaşıma vurgu yapılması olası bir değişikliğin gerekçeleri olarak belirtilmiştir. Komisyon konu hakkında resmi bir görüş belirtmese de böyle bir değişiklik hakkındaki çekincelerini açıkça ifade etmiştir. Örneğin ilgili pazarda yakın rakip niteliğindeki ikinci ve üçüncü büyük firmaların birleşmeleri sonucunda oluşan firmanın hâlâ pazar liderinin gerisinde kaldığı, ancak işlem sonrası elde ettiği pazar gücünü kullanarak fiyatları yükseltebildiği anlaşmacı olmayan oligopol bir pazardaki tek taraflı etkilerin, hâkim durum testinin kapsamı içerisinde olup olmadığı tartışması–*açık kuramı*–, SLC testinin ekonomik temelli analizlere daha yakın olduğu görüşü ile birlikte, değişiklik önerisinin özünü oluşturmaktadır. Komisyon, açık kuramını varsayımsal bir tartışma konusu olarak gördükten sonra, hâkim durum testinin, pazar payı merkezli analizden etki-bazlı analize doğru geçirdiği evrim sayesinde, ciddi kaçamak noktalarına (açıklara) imkân vermediğini ve uygulamada her iki testin de sık sık aynı sonuçlara vardığını belirtmiştir.

2.2.1. Hâkim Durum Testinin Kapsamındaki Belirsizlik: Açık Kuramı

Hâkim durum testi, yukarıda görüldüğü üzere, zaman içerisinde pek çok anti-rekabetçi birleşme senaryosuyla baş edebilecek yeterlilikte olduğunu gösterse de, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri kapsamadığı yönünde eleştiriler almıştır. Açık kuramı, tipik olarak yakın ikame ürünler üreten iki firma arasında gerçekleşen ve birleşen firmanın, koordine edilmiş etkiler barındırmayan pazardaki ikinci/üçüncü büyük veya hâkim durumda olmayan lider firma olması ve fiyatları artırabilmesi ile sonuçlanan bir birleşmeye işaret etmektedir. Esasa ilişkin testin değiştirilmesi önerisinin merkezinde bulunması nedeniyle açık kuramı, bu bölümde ayrıntılı olarak irdelenecektir.

⁴² Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 (Green Paper) final.

2.2.1.1. Hâkim Durum Testi - SLC Testi Karşılaştırması: Yaklaşım Farkı

Hâkim durum testindeki olası açıklara ilişkin bir değerlendirme, bu testin, yerine getirilmesi önerilen SLC testi ile karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Nitekim Coppi ve Walker (2004, 120), iki test arasındaki farkın, birleşmelerin anti-rekabetçi etkilerinden ziyade, bu anti-rekabetçi etkilerin nedenlerine ilişkin yaklaşım farkından kaynaklandığını belirtmişlerdir. Rekabetin önemli ölçüde azaltılması, SLC testinde bir pazar gücü yaratılması veya mevcut pazar gücünün güçlendirilmesi ile gerçekleşirken, hâkim durum testinde, hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ile gerçekleşmektedir.

Hâkim durumdaki bir firmanın *belirgin bir dereceye kadar bağımsız davranabilme* yeterliliğine sahip olması, kararlarının rakiplerin, müşterilerin ve nihai olarak tüketicilerin tepkilerine ve eylemlerine oldukça duyarsız olması demektir. Pazar gücünün rekabetin önemli parametrelerini etkileyebilme kapasitesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, fiyatları kârlı ve kalıcı bir biçimde rekabetçi düzeyin *oldukça* üstünde tutabilme kapasitesindeki bir firma, *esaslı* bir pazar gücüne sahip olacaktır (Röller ve de la Mano 2006, 4-5). 40 yıllık 82. madde ve 15 yıllık Birleşme Tüzüğü uygulaması çerçevesinde hâkim durum, pazardaki yalnız lider konuma sahip firmayı veya hâkim duruma işbirliği aracılığıyla birlikte sahip olan firmaları ifade etmektedir (Ehlermann ve diğerleri 2005, 195-196). Hâkim durum ile pazar liderliği arasındaki bire bir bağlantı ve hâkim durum kavramının, bu durumdaki teşebbüsün pazardaki en güçlü ve aslında *tek* oyuncu olduğunu varsayan tekel pazar yapısı modelinden elde edildiği gerçeği (Ehlermann ve diğerleri 2005, 196) göz önünde bulundurulduğunda, hâkim durum yaratılması ile sonuçlanan tek taraflı etkiler, birleşen firmanın, bir tür dışlayıcı pazar gücü elde etmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hâkim durum tespiti için, pazar gücünün varlığından çok esaslı pazar gücüne ve lider -eşsiz- bir konuma gerek vardır.

Lang (Vickers 2004, 460'dan naklen), rekabetin önemli ölçüde azalmasının illa hâkim durum ile sonuçlanmayacağını, hâkim durumun ne kadar rekabetin kaldığına, SLC testinin ise rekabet düzeyindeki azalmanın büyüklüğüne baktığını belirtmiştir. Bu çerçevede hâkim durum testi kırmızı çizgi niteliğinde bir üst sınır belirlemekte ve bu sınırın altındaki beyaz alanda gerçekleşen birleşmeler hakkında, rekabet yoğunluğundaki azalmadan bağımsız olarak, rekabetçi endişeler taşımamaktadır. Bununla birlikte SLC testi, rekabet yoğunluğunda gerçekleşecek nispi azalmaya odaklanmakta ve bu azalmanın, hâkim durum eşiği geçilsin veya geçilmesin, belli bir büyüklüğü aşmasına izin vermemektedir. SLC testine göre, rekabetin yoğunluğunu belli bir düzeyde azaltan birleşmelere, ilgili pazardaki rekabetin yoğunluğu, yüksek bir düzeyden

henüz *sakıncalı* olmayan orta bir düzeye düşse bile müdahale edilmelidir. Buna karşılık hâkim durum testine göre, hâkim durum eşiği geçilmeden yalnızca rekabetin yoğunluğundaki belli bir düzeydeki azalma, bir tür emme kapasitesi olarak tanımlanabilecek pazarın dayanıklılığında (*resilience*)⁴³ telafisi olanaksız azalmaya yol açmayacağı için rekabetçi endişeler doğurmayacaktır. Koordine edilmiş etkiler dışında rekabet açısından endişe edilmesi gereken tek durum, pazardaki bir firmanın bir birleşme aracılığıyla kendisine, rakiplerinin oldukça üzerinde bir konum sağlayan esaslı bir pazar gücü elde ettiği ve birleşme sonrasında pazardaki rekabetçi güçlerin, elde edilen bu pazar gücünü artık aşındıramadığı bir durumdur. İşte hâkim durum testinin belirlediği kırmızı çizgiye ulaşıldığı -hâkim durumun yaratıldığı- bu noktadan itibaren, pazarın dayanıklılığı artık etkin rekabeti sağlayamayacak kadar azalmıştır (OECD 2004, 105-108). Bu anlamda hâkim durum testinin temelindeki yaklaşımın, esasen anlaşmacı olmayan oligopol durumunu, pazarın dayanıklılığının hâlâ telafisi olanaksız düzeyin üstünde yer alması nedeniyle, rekabet açısından endişe edilecek bir durum olarak görmediği söylenebilir. Dolayısıyla hâkim durum testinin kapsamına ilişkin açık konusunun merkezinde, müdahale açısından ölçüt anlamında eşik konusu yer almaktadır.

Coppi ve Walker (2004, 124), AB rekabet hukukundaki rekabeti korumanın, rakiplerin konumunu korumakla denk olduğu anlayışının temelinde, rekabetçi bir pazarı korumanın yolunun, *dengeli* bir pazar yapısını sürdürmekten geçtiği varsayımının yattığını söylemektedirler. Buradaki temel endişenin, pazarın dayanıklılığını, etkin rekabetin tehlikeye girdiği düzeyin üzerinde tutmak olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede iki test arasındaki yaklaşım farkının kolayca görülebileceği *Boeing/McDonnell Douglas (MDD)*⁴⁴ ve *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits*⁴⁵ birleşmelerine ilişkin Komisyon'un ve FTC'nin değerlendirmeleri önemlidir.

Boeing/MDD birleşmesinde Komisyon, batan bir firma olmadığı halde yeni siparişler açısından bir şanssızlık olmaması nedeniyle MDD'den rekabetçi bir etki beklenmemesine karşın, anılan işlemi yasaklamaktan, ancak, hâkim durumun güçlendirilmesine ilişkin endişelerin verilen taahhütlerle giderilmesiyle vazgeçerken, FTC söz konusu işleme koşulsuz izin vermiştir.

Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits birleşmesinde ise, Diageo'nun, Seagram'in alkollü içecek ürün portföyünün bir kısmını devralması ile ABD

⁴³ Pazarın dayanıklılığı ile rakip firmaların ve tüketicilerin, yaratılan pazar gücünün veya pazar gücündeki artışın etkisini ortadan kaldırmak amacıyla davranışlarını değiştirmek suretiyle etkili önlem alabilme kapasitesi kastedilmektedir (OECD 2004, 108).

⁴⁴ Case IV/M.877 [1997] ve FTC File No. 971-0051 [1997].

⁴⁵ Comp/M.2268 [2001] ve FTC Docket No. C-4032 [2001].

“yüksek kalite rom” pazarındaki payı %8’den %41’e yükselecektir. FTC, Bacardi’nin %54 pazar payı ile en büyük firma olduğu ilgili pazarın “tatlandırılmış rom” veya “Hindistan cevizli rom” segmentinde, tek taraflı etkilerin ortaya çıkacağına ilişkin rekabetçi kaygılarının giderilmesi açısından, Seagram’ın devralınan %33 pazar payına sahip ‘Captain Morgan’ markası ile doğrudan rekabet edecek Diageo’nun Hindistan cevizli rom markasının (‘Malibu’) ayrıştırılmasını koşul olarak getirmiştir. FTC tarafından taşınan rekabetçi endişeleri paylaşmayan ve söz konusu işleme koşullu izin veren Komisyon ise ne tek firma ne birlikte hâkim durumun söz konusu olduğu işleme ilgili olarak esasen portföy etkileri üzerinde durmuştur. Dolayısıyla koordine edilmiş etkiler olası olmadıkça (hâkim durumdaki) pazar lideri yaratmayan birleşmeler, Komisyon’u kaygılandırmamaktadır.

ABD’de SLC testine göre, birleşme sonrasında, yoğunlaşma ve pazar gücündeki artış dolayısıyla birleşen firmadan başka rakipler de azalan rekabetten yararlandıkları için fiyatları ve hatta pazar paylarını artırebileceklerdir. AB rekabet hukukunda ise bundan daha önemli olan sorun, birleşen firmanın rakipleri marjinalize edebilecek ve böylece fiyatları tek taraflı etkilerin öngördüğünün ötesinde artırebilecek olmasıdır. Hâkim durum yaratılması veya bu durumun güçlendirilmesinde birleşmeye taraf olmayan firmalar ya pazar paylarını kaybedecekler ya da rekabet etmek için fiyatları düşürmeye zorlanacaklardır. Giriş engellerini ve büyümeyi dışsal (*exogenous*) faktörler olarak gören ve bir birleşmenin etkileyebileceği tek temel değişkenin yoğunlaşma düzeyi olduğunu kabul eden ABD yaklaşımı tarafından Komisyon’un taşıdığı bu kaygılar, geleneksel olmayan etkiler olarak nitelendirilmekte ve aşırı kurgusal kabul edilmektedir (Coppi ve Walker 2004, 137-138).

2.2.1.2. Açık İddiası ve Örnek Olaylar

Tek taraflı etkilere ve hâkim durum testine göre yapılan analizler arasındaki farklar çerçevesinde, Komisyon’un tek başına hâkim durum veya birlikte hâkim durum ile sonuçlanmayan ancak yine de tek taraflı etkiler biçiminde anti-rekabetçi etkileri olan birleşmeleri yasaklayabilme yeteneği sorgulanmaya başlanmıştır. Nitekim İDM *Air France*⁴⁶ kararında, hâkim durumun ‘etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi’ (SIEC) için gerekli bir koşul olması nedeniyle, hâkim durum yaratmayan veya mevcut hâkim durumu güçlendirmeyen bir birleşmeye, etkin rekabetin üzerindeki etkilerini incelemeye gerek kalmadığı için, izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Oysa gerçek dünyadaki çoğu pazarda ürün farklılaştırması geçerlidir ve bir firmanın rekabeti

⁴⁶ Bkz. Dipnot 29, par.79.

önemli ölçüde engelleyebilmesi için, az sayıdaki homojen ürün pazarlarındaki gibi genelde hâkim durumda olması şart değildir.

Sıkı oligopol piyasalarda, firmaların ürünlerin niteliği, üretim kapasitesi ve maliyetler açısından farklılaşması, rekabetin yoğunluğunu düşürerek birkaç firmanın, eş anlı olarak pazar gücüne sahip olmasına izin verebilir. Buradaki pazar gücünün, rekabet halindeki farklı ürünler arasındaki ikame oranıyla yakından ilgili olması nedeniyle pazar payları açısından pazar liderliği, pazar gücünün zayıf bir temsilcisidir (Röller ve de la Mano 2006, 7). Dolayısıyla pazar payları anti-rekabetçi etkileri belirlemek açısından çoğu zaman yeterli bir gösterge değildir (Kulaksızoğlu 2003, 19).

Bu bağlamda, hâkim durum testi, birleşme sonrası pazar liderinin üzerindeki kısıtların azaltılmasından kaynaklanan etkileri yakalayabilse de, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki, daha sınırlı nitelikteki, *mevzileştirilmiş (localized)* tek taraflı etkileri yakalayamamaktadır. Birleşen firma, hâkim durumda olduğu gibi, ilgili pazarın bütününe yayılan bir fiyat yükselişi dayatamasa bile, ilgili pazarın mevzileştirilmiş bir bölümünde fiyatları kârlı bir şekilde artırabilir. Whish (2002b, 3), hâkim durum testine göre engellenemeyecek ancak SLC testine göre engellenmiş veya engellenebilecek bu tip birleşmelere, çeşitli örnekler vermiştir: Woolworths/Safeways (Avustralya), Qantas/Ansett (Avustralya), New Zealand Progressive Enterprises (Yeni Zelanda), Heinz/Beech-Nut (ABD), Airtours/First Choice (AB) ve Lloyds TSB/Abbey National (Birleşik Krallık).

Bunlardan *Heinz/Beech-Nut*⁴⁷ birleşmesi, Gerber'in %70 pazar payıyla lider olduğu ABD bebek maması pazarında, %17 (Beech-Nut) ve %13 (Heinz) pazar paylarına sahip ikinci ve üçüncü büyük firmaların birleşme sonrası yine ikinci büyük firma olduğu işlem hakkındadır⁴⁸. FTC, ilgili pazardaki Herfindahl Hirschman Endeksi⁴⁹ (HHI)'ni 4775'ten 5285'e yükselten işleme, tek taraflı etkilere yol açacağı gerekçesiyle karşı çıkmıştır⁵⁰. Temyiz Mahkemesi, birleşmenin taraflarının, süpermarket raflarındaki ikinci yer için⁵¹ sürekli rekabet içerisinde olduklarına ve birleşmenin, önemli bir rekabetçi baskının ortadan kalkması ve fiyatların yükselmesiyle sonuçlanacağına dair FTC'nin iddiasını

⁴⁷ FTC v HJ Heinz Co, 246 F.3d 708 (D.D. Cir 2001)

⁴⁸ Bir başka açık birleşmesi adayı olarak öne sürülen LloydsTSB/Abbey National birleşmesine (LloydsTSB Group Plc/Abbey National Plc: Report on the proposed merger, U.K. Competition Commissioner, 2001) ilişkin değerlendirme için Bkz. (OECD 2004, 175; Ridyard 2004, 3-4)

⁴⁹ Firmaların pazar paylarının karelerinin toplanmasıyla hesaplanan HHI endeksi ve bu endeksteği değişimin düzeyi (Δ HHI), pazarın yoğunlaşma düzeyi ve bu düzeydeki değişim hakkında bilgi vermektedir.

⁵⁰ FTC File No. 001-0131 [2000].

⁵¹ Süpermarketler genellikle raflarında iki çeşit markaya yer verirken bu markalardan ilki her zaman pazar lideri Gerber'dir.

paylaşmıştır⁵². Anılan işlem, asıl endişenin Heinz ve Beech-Nut arasındaki başa baş rekabetin ortadan kalkması hakkında olması nedeniyle, ilgili pazarın bir alt segmentinde (süpermarket raflarındaki ikinci yerin ele geçirilmesi için süpermarketlere bebek maması temini) tek taraflı etkilerin ortaya çıktığı bir birleşme niteliğindedir.

Böge ve Müller (2002, 496) anılan işlemle ilgili olarak, koordine edilmiş etkilerin olası olmadığına dair bir tespit yapılmadığını ve hâkim durum testine göre, Gerber ve Heinz arasında rekabet eksikliği olması durumunda anılan işlemin birlikte hâkim durum yaratılması veya bu hâkim durumun güçlendirilmesi gerekçesiyle yasaklanabileceğini savunmuşlardır. Bundeskartellamt (2003, 21-22), anılan birleşmenin, hâkim durum testine göre ya hâkim durumda bir düopol yarattığı gerekçesiyle yasaklanacağını ya da pazar lideri takipçisini güçlendiren ‘takipçiyi lidere yetiştiren’ (*catch-up*) birleşme olarak gerçekleşmesine izin verileceğini belirtmiştir. Bu yaklaşım, pazardaki lider/hâkim firmanın sahip olduğu esaslı pazar gücünün aşındırılabilmesi uğruna başka (esaslı olmayan) pazar gücü yaratabilecek bir birleşmeye, birlikte hâkim durum yaratmaması koşuluyla izin verebilen, dolayısıyla, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri, pazarın dayanıklılığını artıran bir faktör olarak gören bir anlayışa dayanmaktadır.

Ayrıca Motta (2004, 282-286), *Nestlé/Perrier* birleşmesinin, SLC testine göre değerlendirilseydi, tek taraflı etkilere yönelik bir analizin, (birlikte) hâkim durum yaratılmasa da fiyatların yüksek olasılıkla artacağını göstermesi nedeniyle yasaklanmış olacağını öne sürmüştür.

2.2.1.3. Tek Taraflı Etkiler - Hâkim Durum Testi: Analiz Farklılıkları

Açık kuramına konu, yukarıda ele alınan *açık birleşmeleri*, hâkim durum testine göre yapılan geleneksel birleşme analizleri ile tek taraflı etkilere yönelik analizlerin arasındaki farkların sonucudur. Bu çerçevede Völcker (2004, 395-397), söz konusu analizlerin pek çok açıdan farklılaştığını belirtmiştir:

İlk olarak, tek taraflı etkiler, birlikte hâkim durumda olduğu gibi, birleşen firmanın dışındaki oyuncuların birleşme sonrası (fiyatlama) davranışları hakkında, birleşmenin anti-rekabetçi etkilerinin varlığının herhangi bir işbirliğine bağlı olmaması nedeniyle, ispatlanması gerekli öngörüler gerektirmemektedir.

⁵² Bu davaya ilişkin bir başka değerlendirme için Bkz. Leary 2002.

İkinci olarak, birleşme sonrasındaki fiyat artışları, birleşen firmanın pazardaki en yüksek pazar payına sahip oyuncu olmasından çok, işlemin taraflarının ürünlerinin (en) yakın ikame olup olmamasına bağlıdır.

Üçüncü olarak, birleşen tarafların ürünleri arasındaki ikame oranını doğrudan gösterebilen güvenilir verilere dayalı ekonometrik analizler, geleneksel birleşme analizlerine alternatif bir kısa yol sunabilirler ve doğrudan marjinal tüketicilerin tepkilerine odaklanarak, kişisel deneyimler ve içgüdülerden etkilenebilecek ilgili pazar tanımlamalarında yapılacak kritik hatalardan kaçınılmasına yardımcı olabilirler. Beaton-Wells (2006, 195-198), ekonometrik analizler çerçevesinde, birleşme sonrasında yaşanacak fiyat artışları anlamındaki *doğrudan etkilerin* kanıtlanabilmesi durumunda, pazar gücünü araştırma ihtiyacının ortadan kalkacağını ve dolayısıyla ilgili pazar tanımının yalnız bir formalite olacağını belirtmiştir. Nitekim FTC, karşı çıktığı Office Depot/Staples⁵³ birleşmesinde, doğrudan etkilerin varlığını göstermeye odaklanarak, vurguyu ayrıntılı bir pazar analizinin üzerinden, tek taraflı etkilere ilişkin delillerin üzerine kaydırmıştır. FTC, yaklaşımını desteklemek açısından, ofis-ürünleri süpermarketleri olarak tanımladığı ilgili pazardaki üç büyük firmaya ait süpermarketin birlikte yer aldığı bölgelerde fiyatların en düşük, iki büyük firmaya ait süpermarketin birlikte yer aldığı bölgelerde yüksek ve tek bir firmaya ait süpermarketin yer aldığı bölgelerde ise en yüksek olduğuna ilişkin bulgulara dayanarak, ilgili pazardaki fiyatlar üzerinde en önemli etkiye, belli bir bölgedeki süpermarketlerin sayısının sahip olduğunu göstermiştir (Baker ve Pitofsky 2006, 2-18). Beaton-Wells (2006, 195-198), FTC'nin, tek taraflı etkiler analizinde sık sık başvurulmaya başlanan ve aslında geleneksel antitröst pazarlar olarak nitelendirilmesi güç olan dar pazar tanımlamalarında, birleşmenin, firmalar arasındaki başa baş rekabeti yok ederek yüksek fiyatlara yol açacağını göstermek amacıyla olduğunu ve dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azaltıldığını, doğrudan (tek taraflı) etkilerin ispatı aracılığıyla başarılı biçimde gösterdiğini, böylece ayrıntılı pazar analizlerinin gereksiz hale geldiğini öne sürmüştür.

Dördüncü olarak, birleşen tarafların ürünleri arasındaki yakınlığa odaklanan tek taraflı etkilere ilişkin bir analiz, ürün farklılaştırmasının geçerli olduğu pazarlarda rakiplerin ürünlerini yeniden konumlandırmaları gibi dinamik faktörlerin dikkate alınması bağlamında, hâkim durum testine göre yapılan geleneksel giriş engelleri ve rakiplerin kapasite artırımlarının analizinden daha fazlasını gerektirmektedir.

Son olarak etkinliklerin değerlendirilmesi, tek taraflı etkiler analizi altında birleşen firmanın fiyatları artırma yönünde bir güdüsü olup olmadığına

⁵³ FTC v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc., Case No.1:97CV00701 [1997].

odaklandığı ve rakiplerin rekabet edebilme yetenekleri ile aslen ilgilenmediği için daha az riskli ve hâkim durum eşiğinden daha düşük bir müdahale eşiğine sahip olması nedeniyle daha çok gereklidir. Hâkim durum testinde ise, hâkim durum eşiği aşılmadıkça etkinlik savunması gereksizken, bu eşik aşıldığındaysa hâkim durumun güçlendirilmesi olarak görülebileceği için riskli hale gelmektedir.

2.2.1.4. Hâkim Durum Testinde Tek Taraflı Etkiler Analizi

Hâkim durum testi ve tek taraflı etkilere göre yapılan analizler arasındaki farklar ortaya konulduktan sonra, Komisyon'un hâkim durum testi altında tek taraflı etkiler analizini zaten uyguladığı iddialarının (Fountoukakos ve Ryan 2005, 282), Komisyon'un Mayıs 2004'te çıkardığı Yatay Birleşmeler Rehberi⁵⁴ (YBR)'nde örnek gösterilen birleşmeler⁵⁵ ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşlem sonrasındaki pazar payının beş farklı ülkede %60-90 arasında seyredeceği *Volvo/Scania*⁵⁶ birleşmesinde Komisyon, geçmiş pazar payı verilerinden hareketle, uzun bir süredir taraflardan birisinin pazar payındaki artışın, diğer tarafın pazar payındaki azalışa karşılık geldiği değerlendirmesine dayanarak anılan işlemi, Volvo'nun tek önemli rakibini ortadan kaldıracacağı ve İskandinav ülkeleri ve İrlanda'da hâkim durum yaratacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Geleneksel (yapısal) değerlendirmeden kopuş olarak görülen (Wu ve diğerleri 2004, 5) ve birleşmenin doğrudan fiyatlar üzerindeki etkisini göstermek amacıyla yararlanılan ekonometrik analiz, işlem sonucunda fiyatların yükseleceğini göstermiştir.

Komisyon, tarafların birleşik pazar payının, ilgili ürün pazarının alternatif tanımlarına göre %60-80 ila %80-90 arasında değiştiği *Barilla/BPL/Kamps*⁵⁷ birleşmesinde, Barilla ve Kamps ürünlerinin birbirleri için ne kadar yakın ikame olduklarına odaklanarak, ilgili ürün pazarının ekmek mi yoksa daha dar olan kuru ekmek segmenti mi olduğuna karar verme zorunluluğunun etrafından dolanmıştır. Komisyon anılan işlemin, Barilla'nın lider markası Wasa ile onun en yakın rakibi Kamps'ın Lieken Unikorn markası arasındaki rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açacağını belirtmiş ve işleme Lieken Unikorn'un makul bir rakibe devredilmesi koşuluyla izin vermiştir.

⁵⁴ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2004] C31/03.

⁵⁵ Agk, par.28 ve Dipnot 34 ve 37.

⁵⁶ Comp/M.1672 [2001].

⁵⁷ Comp/M.2817 [2002].

Komisyon, birleşen firmanın perioperatif hasta izleme cihazları ilgili ürün pazarındaki pazar payının %65-70 civarı olduğu *GE/Instrumentarium*⁵⁸ birleşmesinde, rakipler tarafından sağlanan ihale tekliflerine ilişkin verilere dayanarak GE'nin üç ülkede Instrumentarium'un açık ara en yakın takipçisi olduğunu ve tarafların ikisinin birden yer aldığı ihalelerde diğer rakiplerin daha yüksek indirimlere gittiği tespitinde bulunmuş ve işleme Instrumentarium'un Spacelabs işletmesinin ayrıştırılması ve ek taahhütler karşılığında izin vermiştir. Komisyon, tarafların bazı alanlarda birbirlerinin en yakın rakibi olduklarına ilişkin tespitin ardından, bir dizi ekonometrik analiz yürüterek işlemin fiyatlar üzerindeki olası etkilerini nicel bazda ölçmeye büyük ağırlık vermiştir.

Komisyon tek taraflı etkilerin varlığının yanı sıra yokluğuna da, görece yüksek pazar payları ile sonuçlanan birleşmelerin değerlendirilmesinde yer vermiştir. Komisyon, ilgili ürün pazarlarında yüksek pazar payları ile sonuçlanan *Volvo/Renault*⁵⁹ (%49), *Philips/Agilent Health Care Solutions*⁶⁰ (%40) ve *Philips/Marconi Medical Systems*⁶¹ (%35-40) birleşmelerine de, işlemin taraflarının birbirlerinin en yakın rakibi olmamaları gerekçesiyle izin vermiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında Komisyon tek taraflı etkileri, ancak pazar paylarının hâkim durumun güçlü bir göstergesi olduğu ve birleşen firmanın pazar lideri olduğu durumlarda, hâkim durum tespitini desteklemek amacıyla kullanmıştır. Pazar paylarının görece daha düşük olduğu işlemlerde ise Komisyon, birleşmenin taraflarının, birbirlerinin yakın rakibi olmadıklarını gösteren çalışmalara dayanarak bu işlemler açısından tek taraflı etkilerin yokluğunu, hâkim durum tespitini zorlaştırıcı/önleyici bir etken olarak kullanmıştır (Völcker 2004, 398-401). Bu analizlerde rakiplerin ürünlerini yeniden konumlandırmaları gibi dinamik faktörlere ise çok fazla önem verilmemiştir. Bu çerçevede, Komisyon'un hâkim durum testi altında yalnızca tespitlerini desteklemek amacıyla tek taraflı etkilere değindiği ancak gerçek bir tek taraflı etkiler analizi yapmadığı ve açık birleşmeleri bağlamında hiçbir kararını münhasıran tek taraflı etkilere dayanarak vermediği gerçeğinin, Komisyon'un hâkim durum testi altında tek taraflı etkileri ele almaya gayet hazırlıklı olduğuna yönelik iddiaları sarstığı görüşü (Horner 2006, 29) yerinde bir tespittir.

2.2.1.5. Açığın Doğrulanması: Airtours Birleşmesi

Yukarıda ele alınan açık birleşmelerinden biri olarak nitelendirilen *Airtours/First Choice* birleşmesi, birlikte hâkim durumun gelişimi ve hâkim

⁵⁸ Comp/M.3083 [2004].

⁵⁹ Comp/M.1980 [2000].

⁶⁰ Comp/M.2256 [2001].

⁶¹ Comp/M.2537 [2001].

durum testinin kapsamı açısından kritik bir öneme sahiptir. İşleme ilişkin İDM ile Komisyon⁶² kararlarının ve bu kararların etrafındaki tartışmaların, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin, 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nün kapsamına alınmasını oldukça kolaylaştırdığı öne sürülmektedir (Baxter ve Dethmers 2006, 149).

Komisyon 1999'da Birleşik Krallık'ta, kısa-mesafe paket tatil pazarında ikinci büyük tur operatörü Airtours'un (%19,4) dördüncü büyük tur operatörü First Choice'u (%15) devralması işlemini, işlem sonrasında üç büyük operatörün pazarın %80'ini kontrol ederek birlikte hâkim durumda olacakları gerekçesiyle yasaklamıştır.

Komisyon'un,

Oligopol üyelerinin her zaman sanki aralarında ... açık anlaşma varmış gibi davranmaları birlikte hâkim durum için gerekli bir koşul değildir. Birleşmenin, oligopol üyeleri için, kendilerinin pazar koşullarına uyum sağlamasında, aralarındaki rekabeti önemli ölçüde azaltacak biçimde - *bireysel*- davranmalarını ve böylece belirgin bir dereceye kadar rakiplerden, müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız davranabilmelerini rasyonel kılması yeterlidir⁶³.

ifadelerinden, ilgili pazardaki söz konusu teşebbüslerin örtülü bir işbirliği içerisinde bulunabilme kapasitelerinin, birlikte hâkim durum tespiti için gerekli olmadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Komisyon, birleşen firmanın tek taraflı olarak fiyatları artırabilmesini sağlayacak *rasyonel* güdülere sahip olması durumunda (Briones ve Padilla 2001, 310), sıkı cezalandırma mekanizmalarını, birlikte hâkim durum için gerekli bir koşul olarak görmeyerek⁶⁴ birlikte hâkim durumun sınırlarını genişletmiştir. Korah (2001, 609) Komisyon'un kararını, birlikte hâkim durumun belirlenmiş ölçütlerinden uzaklaşması nedeniyle⁶⁵, 'zorlama' olarak nitelendirmiştir.

Söz konusu birleşmenin tek taraflı etkiler nedeniyle yasaklanması gerektiğini söyleyen Motta (2000, 207), Komisyon'un birlikte hâkim durumu, bu *sınırdaki (borderline)* birleşmeye uygulayarak, hâkim durum yaratmadıkça veya mevcut hâkim durumu güçlendirmedikçe refah etkisi negatif olan birleşmeleri yasaklamayan Birleşme Tüzüğü'ndeki çarpıklığın üstesinden gelmeye çalıştığını iddia etmiştir. Ancak Christensen ve Rabassa (2001, 235-237), Komisyon'un, böyle bir amaç içerisinde olsaydı, Airtours ile First Choice arasındaki rekabetin ortadan kalkmasının, birleşen firmanın fiyatları artırmasını mümkün hale getirip

⁶² Comp/M.1524 [2000].

⁶³ Agk. par.54.

⁶⁴ Agk par.54-56, 120.

⁶⁵ Benzer bir görüş için Bkz. (Veljanovski 2004, 173).

getirmediğine bakmak için, doğrudan taraflar arasındaki rekabetçi ilişkiye odaklanmış olacağını söylemişlerdir. Ancak Komisyon, teşebbüslerin, aralarındaki rekabeti azaltacak şekilde bireysel davranmalarını birlikte hâkim durum için yeterli görmüştür. Komisyon'un kararını bozan İDM, birlikte hâkim durumda olan oligopol üyelerinin her birisinin, ilgili pazarda kalıcı bir ortak politika benimsemelerinin olası, ekonomik açıdan rasyonel ve tercih edilebilir olduğu kanısında olmalarını şart koşmuştur⁶⁶.

Komisyon'un kararının, açık birleşmelerinin kontrolüne duyulan ihtiyacın varlığı karşısında, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin kapsama alınması amacını yansıttığı açıktır. Nitekim Whish (2002a, 18) Komisyon'un bu olayda fiilen SLC testini uyguladığını öne sürmüştür. Fagerlund'a (2005, 30) göre de *Airtours* birleşmesi, Komisyon tarafından hâkim durum testi altında birlikte hâkim duruma *açık-kapalı* araç olarak verilen rolü göstermektedir.

Tek taraflı etkileri tek başına hâkim duruma ve koordine edilmiş etkileri birlikte hâkim duruma eşitlemenin, bütünüyle doğru olmadığını söyleyen Coppi ve Walker (2004, 125-128), Komisyon'un anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri birlikte hâkim durum altına sokma girişiminin, çoğu oligopol piyasada firma davranışlarının bütünüyle tek taraflı veya bütünüyle koordine edilmiş değil de *bağımlı* olması dolayısıyla Komisyon bünyesindeki koordine edilmiş ve tek taraflı etkiler arasındaki asıl farkın anlaşılmasından kaynaklanan kafa karışıklığı ile gerekçelendirildiğini belirtmişlerdir. Fakat birlikte hâkim duruma ilişkin içtihattan hareketle, birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin ortak bir politika benimsemek durumunda olduklarının farkında olan Komisyon'un, birlikte hâkim durum için oligopolistik bağımlılığı yeterli görmesinin asıl nedeni, söz konusu kafa karışıklığından ziyade, *Airtours/First Choice* birleşmesinin, (birlikte) hâkim durum yaratmasa da rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacak olmasıdır.

Kokkoris (2005, 41) İDM'yi, birlikte hâkim durumun tek taraflı etkilere uygulanıp uygulanamayacağı konusuna kesin bir yanıt vermeyi ihmal etmesi nedeniyle eleştirmiş; Nikpay ve Houwen (2003, 195-202) ise bu durumu, birlikte hâkim durumu geliştirmesinde ve açık birleşmelerine uygulamasında, Komisyon'u engellememe amacının yansıması olarak yorumlamışlardır. Ancak bu değerlendirmeler, birlikte hâkim durum için gerekli olan koşullara⁶⁷ ve bunların kümülatif varlıklarının zorunluluğuna açıklık getiren ve bu anlamda ilgili pazarın özellikleri ışığında, örtülü işbirliğine ilişkin esaslı bir riskin yokluğu durumunda birlikte hâkim duruma başvurulamayacağını açıkça belirten İDM'nin kararı göz önünde bulundurulduğunda geçerliliğini yitirmektedir.

⁶⁶ Bkz. Dipnot 35, Par.62.

⁶⁷ Bkz. Bölüm 2.1.3.

2.2.1.6. Hâkim Durum Testini Değiştirmeden Açığı Kapatmanın Yolları

Açık kuramı bağlamında hâkim durum eşliğinin altındaki tek taraflı etkilerin, Birleşme Tüzüğü'nün kapsamı içerisine, birlikte hâkim durumda olduğu gibi, sonuç-hedefli yorum yoluyla sokulabileceği öne sürülmüştür. Birleşme Tüzüğü'nün amacının, dibacenin 13. ila 14. paragraflarında ve RA'nın 3(g) maddesinde yer aldığı üzere, ortak pazarda bozulmamış, etkin rekabet sisteminin korunması olduğunu söyleyen bu görüş, sorunun, Tüzüğün 2. maddesinin lafzının, belirlenen amacı tam olarak yansıtamamasından kaynaklandığını savunmaktadır. Neden hâkim durum testinin kabul edildiğine ilişkin değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, Konsey'in, Komisyon'a, anti-rekabetçi etkilere yol açabileceğini düşündüğü her birleşmeye müdahale etmesine imkân sunan bir araç sağlama niyetinde olduğunu öne sürmenin yanlış olduğu belirtilmelidir. Ayrıca Konsey'in, birleşmelerin kontrol amacının, hâkim durum ölçütüne dayanan bir test aracılığıyla izlenmesini uygun gördüğü, bu amacın, hâkim durum testinin kabul edilemeyecek kadar geniş yorumlanmasını desteklemediği ve dolayısıyla Komisyon'un bu amacı yerine getirirken elinin altındaki araçlarla sınırlı olduğu anımsanmalıdır (Ehlermann ve diğerleri 2005, 196-198). Bu çerçevede, hâkim durum ölçütüne karşın açığı kapatmanın olası yolları değerlendirilecektir.

İlk olarak Richardson ve Gordon (2001, 421-423) tarafından önerilen, birden fazla teşebbüsün ayrı ayrı hâkim durumda olması anlamına gelen çoklu firma hâkimiyetinin (*multi-firm dominance*), mahkemelerin ve hatta Komisyon'un bile ötesine geçme girişiminde bulunamayacağı, hâkim durum testinin en uç sınırının dışında kaldığı, gerek testin lafzından gerek mevcut içtihat hukukunun böyle bir olasılığı dışlamasından açıkça anlaşılmaktadır (Fountoukakos ve Ryan 2005, 284). İkinci olarak, öncelikle ATAD'ın *Kali und Salz* kararında, oligopol üyelerinin *ortak bir politika* benimsemelerinin gerekliliğini vurgulaması ve ardından İDM'nin *Airtours* kararında ilgili pazarın özellikleri ışığında, örtülü anlaşmaya ilişkin esaslı bir riskin yokluğu durumunda birlikte hâkim duruma başvurulamayacağı hükmü ile, birlikte hâkim durumun tek taraflı etkileri içerecek şekilde genişletilemeyeceği aksi halde sözü edilen en uç sınırın ötesine geçileceği açıklığa kavuşmuştur.

Bu çerçevede ATAD'ın *Kali und Salz* davasında, Birleşme Tüzüğü'nün kapsamını birlikte hâkim duruma genişletme gerekçelerinin, hâkim durum eşliği altındaki tek taraflı etkiler açısından geçerli olmadığı belirtilmelidir. Bu gerekçelerden ilki, 82. madde ile Tüzüğün 2. maddesi arasındaki tutarlılıktır. İkincisi ise, Tüzük, birlikte hâkim durumu kapsayıp kapsamadığı konusunda suskun kalsa da, birleşmelerin kontrolünde hâkim durum testini kullanan üye ülkelerin birlikte hâkim durumu uyguluyor olmasıdır. Ancak anılan tek taraflı

etkileri uygulamalarına dahil etmedikleri hesaba katıldığında bu üye ülkelerin, Birleşme Tüzüğü'nde açık bir düzenleme olmadıkça söz konusu tek taraflı etkileri kendi sistemlerinde uygulamak açısından sahip olmadıkları bir yetkiyi Komisyon'a verdiklerini varsaymak mümkün görünmemektedir (Ehlermann ve diğerleri 2005, 201-202).

Hâkim durum eşiği altındaki tek taraflı etkileri, hâkim durum kavramını genişletmek suretiyle Birleşme Tüzüğü'nün kapsamı içerisine almanın, söz konusu nedenlerle mümkün olmamasına karşın, uygulamada, hâkim durum testi altında tek taraflı etkilere yol açan birleşmeleri kapsama almanın birtakım yolları olabilir.

İlk seçenek, ilgili pazarı, birleşmenin tarafları açısından tek başına hâkim durum tespitini oldukça kolaylaştıracak yüksek pazar payları elde edecek kadar dar tanımlamaktır. Völcker (2004, 409), birleşen firmayı hâkim durumda yapma merkezli bir pazar tanımının, büyük ölçüde rakiplerin rekabet edebilme yeteneklerinin devamlılığına odaklanan geleneksel hâkim durum testi ile uyuşmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin ispatı için SSNIP⁶⁸ testi ile tanımlanması gerekmeyen ilgili pazarların yeterli olduğu dikkate alındığında (OECD 2004, 116) Komisyon'un, Topluluk Mahkemeleri'ni bu yaklaşımın doğru olduğuna dair ikna etmesi oldukça riskli görünmektedir.

İkinci seçenek, Levy (Völcker 2004, 409'dan naklen) tarafından öne sürülen ve birleşmenin üçüncü taraf niteliğindeki bir firmayı hâkim duruma getirmesi veya o firmanın mevcut hâkim durumunu güçlendirmesi ile sonuçlanmasıdır. Nitekim Komisyon *Exxon/Mobil*⁶⁹ kararında, birleşmenin tarafı olmayan üçüncü taraf(lar)ın sahip olacağı bir hâkim durum yaratan veya bu taraf(lar)ın mevcut hâkim durumlarını güçlendiren birleşmelerin yasaklanabileceğini belirtmiştir. Ancak Komisyon'un hâkim durum testi altındaki bu yaklaşımı mahkemelerin onayından geçmemiştir. Kaldı ki pazar lideri konumundaki üçüncü taraf firmanın hâkim duruma geldiğini veya zaten var olan hâkim durumunu ortaya koymanın, pazar lideri ile takipçisi arasındaki pazar payı farkı küçük olduğunda çok zor olacağı belirtilmektedir (Völcker 2004, 409). Ayrıca açık birleşmelerinin anlaşmacı olmayan oligopol piyasalarında ortaya çıktığı dikkate alındığında, Birleşme Tüzüğü kapsamındaki hâkim durum anlamında, ister birleşen firma ister üçüncü taraf(lar) bünyesinde olsun, hâkim durum yaratan veya mevcut hâkim durumu güçlendiren bir birleşmenin, açık birleşmelerini önlemek amacıyla yasaklanması, paradoksal bir duruma işaret etmektedir. Zira hâkim durum testi perspektifinden bakıldığında,

⁶⁸ Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

⁶⁹ Case IV/M.1383, par.225-229.

böyle bir durumda önlenmesi gereken, bizzat hâkim durum eşiğinin ötesine geçilmesidir.

Selvam (2004, 61-63), hâkim durum testinin en büyük kusurunun, hâkim durum tespitine bağımlılığı olduğunu öne sürerek, söz konusu testin uygulanmasında hâkim durum ölçütü üzerindeki (aşırı) vurgunun kaldırılmasına yoğunlaşılması halinde, hem açık birleşmelerinin yakalanabileceğini hem de anti-rekabetçi olmadıkları halde hâkim durum eşiğini geçmeleri nedeniyle yasaklanan birleşmelere izin verilebileceğini belirtmiştir. Selvam'ın önerisi ile hâkim durum eşiğini geçen ancak anti-rekabetçi olmayan birleşmelerin yasaklanmasının engellenebilecek olmasına karşın, açık birleşmelerinin kapsama alınması, anılan hâkim durum tespiti bağımlılığı nedeniyle olanaklı değildir.

Sonuç olarak, hâkim durum testinin, sahip olduğu araçlar elverdiği ölçüde esnek uygulandığı ancak yasal sınırları aşmamak kaydıyla, bir yaptırım açığının var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Söz konusu açık senaryosunu Völcker (2004), ürünleri yakın ikame olan ikinci ve üçüncü büyük rakip teşebbüslerin, genel nitelikleri itibarıyla koordine edilmiş etkilere yol açmayan ve yalnız birleşen tarafların ürünlerini içerecek ayrı bir alt-pazar tanımına uygun olmayan bir pazarda, işlem sonrasında önemli bir pazar payına ulaşacak ancak hâlâ pazar liderinin arkasında kalacak şekilde birleşmesi olarak tanımlamıştır.

2.2.1.7. Çapraz Bulaşma Sorunsalı

Hâkim durum kavramı Birleşme Tüzüğü'nün 2. maddesinin yanı sıra RA'nın 82. maddesinde de hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında yer almaktadır. Yeşil kitaba verilen ve hâkim durum testinin terk edilmesini savunan yanıtların önemli bir kısmında, farklı amaçlara hizmet eden iki ayrı yasal düzenlemenin, özdeş kavramlara dayanmaması gerektiği, aksi halde, birleşme işlemlerinde hâkim durum kavramının sınırlarını genişletmenin aynı zamanda 82. madde bağlamında da kapsamın genişletilmesine yol açarak 'çapraz bulaşma'ya (*cross-contamination*) neden olacağı belirtilmiştir⁷⁰. Nitekim ATAD *Kali und Salz* kararında⁷¹, Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum kavramı ile 82. maddedeki hâkim durum kavramı arasında benzerlik kurarak, birlikte hâkim durumun, 82. maddedeki hâkim duruma ilişkin düzenleme içerisinde yer alması dolayısıyla, Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durumun da içinde yer alması gerektiği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte İDM'nin *Coca Cola v Commission*⁷² davasında, bir hâkim durum tespitinin yasal etkilerinin inceleme konusu birleşme kararında değerlendirilen durumlarla sınırlı olduğuna yönelik

⁷⁰ Green Paper, Summary of the Replies Received s.17.

⁷¹ Bkz dipnot 15. par. 165.

⁷² Case T-125/97 [2000] E.C.R. II-1733.

kararına karşın, ATAD *Compagnie Maritime Belge*⁷³ davasında, hâkim durum kavramlarının her iki düzenlemede de aynı içeriğe sahip olduklarını ve dolayısıyla özdeş olduklarını kabul ediyor görünmektedir.

İki farklı düzenlemede yer alan hâkim durum kavramlarının birbirlerinden farklı olduklarına dair iki gerekçeden ilki, 82. madde'nin ardıl, dolayısıyla statik bir analiz, Birleşme Tüzüğü'nün ise öncül, dolayısıyla dinamik bir analiz gerektirmesidir. Bir diğer önemli husus ise, Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum testinin ikinci kolu niteliğindeki SIEC koşulunun 82. maddede bir karşılığının bulunmamasıdır (Selvam 2004, 60). Ancak Konsey'in, hâkim durum kavramının rekabet hukukunun iki alanında ayrı anlamlar içermesini amaçladığını kabul etmek, neden hâkim durum testinin seçildiğine ilişkin değerlendirmeler çerçevesinde olanaklı değildir.

İki ayrı düzenlemede özdeş olarak bulunan bu kavramın, farklı biçimlerde uygulanması, yasal belirsizliğin ötesinde başka kaygıları da gündeme getirmektedir. Birleşmelerin etkin kontrolüne yönelik ihtiyaç daha önce, Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum kavramının birlikte hâkim duruma genişletilmesi ile sonuçlanmıştır. Ancak *Airtours* ardından somutlaşan açık kuramı ile birlikte, hâkim durum testinin mevcut kapsamı çerçevesinde birleşmelerin etkin kontrolüne yönelik gereksinimden kaynaklanan ve 'yayıma' (*spill-over*) etkileri olarak da bilinen çapraz bulaşma riski telafi edilemeyecek boyutlara ulaşmıştır. Birleşme Tüzüğü bağlamında genişletilmiş bir hâkim durum kavramı, muhtemelen 82. maddenin de uygulama alanının genişletilmesine rehberlik edecektir. Özellikle açık birleşmelerinin hâkim durum testi kapsamına alınması durumunda, anlaşmacı olmayan oligopol üyelerinin her birisi, ayrıca 82. madde tarafından yalnız hâkim durumda bulunan teşebbüslere getirilen özel sınırlamalara tabi olabilecektir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 284).

Çapraz bulaşma riskinin, taşıdığı potansiyel tehlikenin düzeyi itibarıyla, esasa ilişkin testin değiştirilip değiştirilmemesi ve bu değişikliğin nasıl olacağı konusunda belirleyici bir etken olduğu söylenebilecektir.

2.2.2. Esasa İlişkin Testin Değiştirilmesinin Değerlendirilmesi⁷⁴

Esasa ilişkin testin değiştirilip değiştirilmemesi konusunda, açık kuramı merkezde olmak üzere, pek çok bakımdan genel bir fikir birliği sağlanamamıştır. Konu hakkındaki görüşler genel olarak, SLC testinin benimsenmesi özelinde, değişiklik yanlısı görüşler ve değişiklik karşıtı görüşler olarak ikiye ayrılmaktadır.

⁷³ Cases C-395/96 ve C-396/95 *Compagnie Maritime Belge NV v Commission* [2000].

⁷⁴ Bu bölümde, "Green Paper, Summary of the Replies Received"ten yararlanılmıştır.

2.2.2.1. Değişiklik Karşıtı Görüşler

Hâkim durum testinin sürdürülmesini savunanların çoğu, testin lafzından daha önemli olanın, uygulanış biçimi⁷⁵ olduğunu (Monti 2002, 4), bu anlamda, hâkim durum testinin sonuç-hedefli uygulamasının, tüm anti-rekabetçi senaryoları kapsayabilecek biçimde esnek yorumlandığını, bu yaklaşımın sürmeyeceğine ilişkin öngörülebilir bir riskin olmadığını ve hâkim durum testinin anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri yakalayamadığı ve sorunlu birleşmelerin SLC testi ile daha kapsamlı bir şekilde ele alındığına dair ikna edici delillerin sunulmadığını, dolayısıyla *açık kuramından* vazgeçilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir (Böge ve Müller 2002, 498). Açık kuramını kabul edenlerin bir kısmı ise, SLC testinin fazlasıyla belirsiz olduğunu ve Komisyon'a, keyfi müdahalelere karşı kısıt getiren hâkim durum testine göre geniş takdir hakkı vererek, kabul edilemez düzeyde bir belirsizliğe yol açacağını; sıklığı tartışma konusu olan açık birleşmeleri kapsama alınmaya çalışılırken, yararlı birleşmelerin aşırı müdahalelere maruz kalabileceğini, dolayısıyla müdahale eşğinin arzu edilmeyen düzeylere düşürülebileceğini savunmuşlardır (Fountoukakos ve Ryan 2005, 283).

SLC testine geçişin ayrıca, hâkim durum testine göre oluşturulmuş geniş içtihadı birikimi geçersiz kılacağı ve arzu edilen uluslararası yakınsamanın, üye/aday ülkeler ile Komisyon uygulamalarının farklılaşması pahasına gerçekleşeceği iddia edilmiştir.

Voigt ve Schmidt (2004, 588-590), SLC testine geçişin, ABD birleşme politikasının, SLC testinin ne kadar esnek bir uygulamaya açık olduğunu gösterdiği üzere, ciddi maliyetlere yol açacağını öne sürmüşlerdir. Bu maliyetler, yeni bir testin benimsenmesi akabinde oluşması kaçınılmaz geçiş dönemine has belirsizliğin yanı sıra geçiş dönemi belirsizliği sona erse bile, eski teste göre yeni testte, genel belirsizliğin artmasından ve öngörülebilirliğin azalmasından kaynaklanmaktadır.

Kühn (2002b, 22-36), SLC testine geçişin yol açacağı takdir hakkındaki artışın, Komisyon üzerindeki kaynak kısıtı nedeniyle rakipler tarafından düzenleyiciyi ele geçirmeye⁷⁶ (*regulatory capture*)'ye ve önyargılı yaklaşıma⁷⁷

⁷⁵ Testin uygulanış biçimini esasen sanayi politikası ve iktisadi analiz kapasitesi belirleyecektir

⁷⁶ Düzenleyiciyi ele geçirme, rekabet otoritesinin, kurumsal-uzmanlık kapasitesi açısından kaynak kısıtı, iş yükü ve birleşmeyle ilgili sınırlı/asimetrik veri seti nedeniyle, inceleme konusu birleşme işlemine ilişkin olarak, işlemin taraflarından ve özellikle rakip firmalardan elde ettiği bilgiler, raporlar ve araştırma sonuçlarına dayanarak kritik kararlar vermesi durumunda ortaya çıkabilecektir. Ekonomik analizler, rakiplerin fiyatların yükselmesine yol açan anti-rekabetçi birleşmeleri desteklediklerini, fiyatların düşmesi, yenilikler gibi yollarla piyasada rekabeti artırıcı nitelikteki birleşmelere ise karşı çıktıklarını göstermektedir. Bu çerçevede rakipler, yanlış

(*biases*) daha çok işlerlik kazandıracağını, böylece yasaklanması gereken birleşmelere izin verildiği ve izin verilmesi gereken birleşmelerinse yasaklandığı yanlış kararların (hatalı yaptırımlar) verilme riskinin artacağına dikkat çekmiş ve testte bir değişiklik yerine değerlendirmelerde yapılacak analizler ve kullanılacak standartlar bakımından açık bir çerçeve sunacak birleşme rehberlerine odaklanılmasını önermiştir.

Gual (2007, 5-9), tek taraflı etkilere ilişkin analiz sonuçlarının statik oligopol modellerine dayandığını ve firmaların sabit maliyete katlanmadığı piyasalarda sağlıklı sonuçlar verebileceğini ancak, önemli batık-sabit maliyetler ile ağ etkileri içeren ve büyük çaplı ölçek ekonomileri barındıran dinamik piyasalarda, pazar gücünü ve fiyat artışlarını ölçmek amacıyla tek taraflı etkilere ilişkin analizlerde yürütülen fiyat-maliyet analizlerine bakılarak rekabet düzeyinin ve anti-rekabetçi etkilerin doğru değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır⁷⁸.

Çapraz bulaşma riski hakkında ise, 82. maddedeki ve Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum analizlerinin, hâkim durum testinin ikinci kolunu oluşturan 'SIEC' ölçütünün varlığı nedeniyle farklı oldukları belirtilmiştir.

2.2.2.2. Değişiklik Yanlısı Görüşler

SLC testine geçişi savunanlar, SLC testinin, birleşen firmanın pazar payına, mutlak ve rakiplerine göre nispi büyüklüğüne aşırı vurgu yapan statik yapısal analiz odaklı hâkim durum testinin aksine, birleşmenin rekabete etkisi açısından nasıl bir değişikliğe yol açtığına bakarak dinamik faktörleri yeterince hesaba kattığını öne sürmektedirler. Dolayısıyla birleşmelerin kontrol amacını açıkça yansıtan SLC testinde, etki-bazlı analizlerin, yasal ve yapay nitelikteki hâkim durum tespiti koşuluna bağlanması gerekmemektedir.

Esasa ilişkin testlerdeki farklılıkların, şirketlerin birleşmelerine izin verilmesine ilişkin işlem maliyetlerini artırdığı ve küresel ölçekte sağlam bir rekabet hukuku yaptırımını destekleyen fikir birliğini zayıflattığı (Patterson ve Shapiro 2001, 10-14) gerçeği karşısında, SLC testine geçişin, birleşmelerin ortak-küresel bir ölçüte göre değerlendirilmesi yolunda çok önemli bir gelişme olacağı belirtilmiştir.

kararlara dayanak oluşturacak bilgi ve belgeleri rekabet otoritelerine sunabilirler (Kühn 2002b, 22-38).

⁷⁷ Rekabet yanlısı politikalar lehine güçlü taahhütlerde bulunan, görev hedefli bir rekabet otoritesi, yalnız anti-rekabetçi etkilerin varlığına ilişkin endişe duyacak ve bu etkilerin arayışında olacaktır. Böyle bir durumda, ilgili otoriteye verilen geniş takdir hakkı, aşırı yaptırımlarla sonuçlanabilecektir (Kühn 2002b, 22-38).

⁷⁸ Benzer bir görüş için Bkz. Lopez, 2001, s.372-376.

Teste yapılacak bir değişikliğin yol açacağı geçici belirsizliğin ise, Komisyon'un yeni ölçütü nasıl yorumladığı hakkında açıklama içeren rehberleri aracılığıyla hafifletilebileceği ve daha uygun bir test benimsemekten uzun vadede elde edilecek yararların bu kısa dönemli belirsizliğe fazlasıyla baskın geleceği öne sürülmüştür⁷⁹.

Anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin, hâkim durum testinin kapsamına alınmasıyla ortaya çıkacak çapraz bulaşma riski, hâkim durum testinin değiştirilmesi lehinde sık sık başvurulmuş önemli bir diğer argümandır.

Esasa ilişkin testin değiştirilmesi gerektiği tartışmasının temelini ise, yukarıda etraflıca incelenen, hâkim durum testinin kapsamındaki açık iddiası oluşturmaktadır. Bu açığı kapatmanın en sağlıklı yolunun ise SLC testine geçiş olduğu belirtilmiştir.

2.3. KOMİSYON'UN ÖNERİSİ: TASLAK TEKLİFLER

Esasa ilişkin testin değiştirilmesi hakkındaki yoğun tartışmaların ve izleyen dönemde İDM'nin, 2002 yılında aslen *Airtours/First Choice* kararı olmak üzere Komisyon'un üç birleşme kararını bozmasının ardından⁸⁰ oluşan hâkim durum testinin yasal kapsamına ilişkin belirsizlik, bu konudaki statükoyu sürdürmeyi arzu edilmeyecek bir düzeye getirmiştir (Fountoukakos ve Ryan 2004, 285). Açık birleşmelerinin hâkim durum testi altında incelenememesi ile bağlantılı yasal bir riskin varlığı, esasa ilişkin testin anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri kapsamaması gerektiğini düşünen Komisyon'un Birleşme Tüzüğü'nün 2. maddesine,

Bu düzenlemenin amacı çerçevesinde, bir ya da daha fazla teşebbüs, koordine ederek veya etmeyerek belirgin ve sürdürülebilir bir şekilde, özellikle fiyatları, çıktıyı, üretimin kalitesini, dağıtımını veya yeniliği olmak üzere rekabetin parametrelerini etkileyecek veya belirgin bir şekilde rekabeti dışlayacak ekonomik güce sahip olurlarsa, hâkim durumda kabul edilecektir.⁸¹

şeklinde bir paragraf eklenmesini önermesine neden olmuştur. Önerilen tanımda, söz konusu tek taraflı etkilerin Birleşme Tüzüğü'nün kapsamı içerisinde

⁷⁹ Kolasky (2001, 24), SLC ve hâkim durum testlerinin birbirlerine çok fazla benzediğini ancak SLC testine geçişin, eski testin etrafında gelişen ve iki rejim arasında farklı sonuçlara yol açan (geleneksel olmayan etkilere ilişkin aşırı kurgusal) yaklaşımın temizlenmesine yardım edebileceğini belirtmiştir.

⁸⁰ Komisyon'un diğer iki kararı *Schneider Electric v Commission* [2002] Case T-310/01 ECR II-4071 ve *Tetra Laval v. Commission* Bkz. dipnot 40.

⁸¹ Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings – COM (2002) 711 final.

alınmasının amaçlandığı kolayca anlaşlamıyorsa da, dibacenin 21. paragrafında ve Taslak Yatay Birleşmeler Rehberi'nde⁸², değişiklik önerisi hâkim durum testine ilişkin algılanan yaptırım açığı ile bağlantılandırılmıştır. Taslak Yatay Birleşmeler Rehberi'nde tek taraflı ve koordine edilmiş olarak ikiye ayrılan anti-rekabetçi etkilerin geleneksel sınıflandırılmasından uzaklaşarak rekabetçi zararlar yapay bir şekilde (Bishop ve Ridyard 2003, 358-361) üçe ayrılmıştır:

i) Geleneksel hâkim durum analizine tekabül eden “üstün pazar konumu” (*paramount market position*)

ii) Açık birleşmelerinin kapsama alınmasını sağlayacak olan “anlaşmacı olmayan oligopol” (*non-collusive oligopoly*)

iii) Birlikte hâkim duruma tekabül eden “koordinasyon içindeki oligopol” (*co-ordinating oligopoly*)

Komisyon, amacın, hâkim durum testinin kapsamını değiştirmek olmadığını, yasal belirliliği artırmak adına açıklığa kavuşturmak olduğunu belirttikten sonra, önemli olanın testin lafzından çok nasıl yorumlandığı olduğuna ve Topluluk Mahkemeleri'nin hâkim durum testine göre anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri ele alma olasılığını açıkça dışlamadığına dikkat çekmiştir⁸³. Komisyon'un söz konusu tek taraflı etkileri kapsam içerisine alarak aslında kapsamı genişletirken, mevcut içtihat hukukunun korunmasında ve hâkim durum testinin sürdürülmesinde ısrar etmesinin esas nedeninin, Komisyon'un isteyeceği en son şeyin, mevcut testte bir açığın varlığını kabul ettikten sonra esasa ilişkin teste yönelik bir değişiklik önerisinin gerçekleşmemesi halinde, izleyen dönemlerde açık birleşmeleri karşısında kendisinin düşeceği zayıf durumun önüne geçme yönündeki ihtiyatlı yaklaşımı olduğu iddiası (Horner 2006, 40), Komisyon'un tutumunun en makul açıklaması olarak görünmektedir.

Selvam (2004, 64-69), Komisyon'un yapmaya çalıştığı şeyi, SLC testinin bugünkü ruhunu daha açık bir şekilde hâkim durum kavramı içinde yakalamak olarak betimlese de, Fountoukakos ve Ryan (2004, 286), çok sayıda delegasyon tarafından açık içeren eski sorunlu duruma göre bile daha kötü bir durum olarak görülen (Völcker 2004, 403) değişiklik önerisinin iki büyük sakıncasına dikkat çekmişlerdir.

Bunlardan ilki, esasa ilişkin testin genel ifadelerle kaleme alınması gerektiği ancak, Komisyon'un önerisinin, yasama tekniği bakımından sakıncalı olmasıdır. Zira bir dizi ayrıntılı değerlendirme ölçütü içerecek şekilde tasarlanan böyle bir formülasyon, fazlasıyla reçetevari olduğu ve esnek olmadığı için,

⁸² Draft Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2002).

⁸³ Agk. par.54-56.

öngörülemeyen anti-rekabetçi senaryoların kapsama alınmasında yetersiz kalabilecektir.

İkinci büyük sakınca, değişiklik önerisinin, hâkim durum kavramının yeniden tanımlanması olarak algılanabilme riskidir. Topluluk Mahkemeleri'nin yasa koyucunun niyetini bu şekilde yorumlaması durumunda, hem bir önceki tanıma göre oluşmuş içtihadi kazanımların korunması argümanı geçersiz hale gelecek hem de çapraz bulaşma sorunsalı giderilmek yerine bir önceki durumdan daha şiddetli hale gelecektir. Ayrıca, anlaşmacı olmayan oligopollerin, ekonomik açıdan, hâkim durum bağlamında tanımlanması da ayrı bir sorun olarak varlığını korumaktadır.

BÖLÜM 3

YENİ TEST: ETKİN REKABETİN ÖNEMLİ ÖLÇÜDE ENGELLENMESİ (SIEC) TESTİ

Bir önceki bölümde ele alınan hâkim durum testine ilişkin açık kuramı hakkındaki uzun soluklu tartışmalar sonucunda, Birleşme Tüzüğü'ne yönelik reform sürecinde, ekonomi ve sanayi politikası tercihleri nedeniyle de esasa ilişkin testin değiştirilip değiştirilmemesi konusunda aralarında bir fikir birliği olmayan üye ülke delegasyonları, Komisyon'un, birleşmelerin kontrolü bağlamında hâkim durum kavramını açıklığa kavuşturmak için sunduğu öneriye yönelik geniş kuşular çerçevesinde, esas olarak üç ayrı gruba ayrılmışlardır: Ulusal düzenlemelerinde hâkim durum testini kabul edip bu testin sürdürülmesini destekleyenler, ABD ile yakınsamayı önemseyip SLC testine geçişi destekleyenler ve Fransa ile İspanya ulusal yasalarındaki benzer biçimde SLC testi ile hâkim durum testinin dilini birleştiren melez bir teste geçişi destekleyenler.

Özellikle Yeşil Kitap ile başlayan ve İDM'nin, birlikte hâkim durumu örtülü işbirliğinin geçerli olduğu oligopollerle sınırlayan *Airtours* kararı ile şiddetlenen, hâkim durum testinin anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri kapsayıp kapsamadığına ilişkin belirsizliğe bağlı açık riskinin delegasyonların çoğu tarafından kabul edilmesi, gündemin, değişikliğin yapıp yapılmamasından değişikliğin ne olması gerektiğine çevrilmesini sağlamıştır.

Nihayet kendi ulusal kanunlarındaki esasa ilişkin testlerle yakın benzerlik içerisindeki melez bir formülasyon içeren 'uzlaşma' metni İspanya ve Fransa tarafından masaya getirilmiştir. "Etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi" (SIEC) testi, Birleşme Tüzüğü'nde daha önce hiç yer almamış yeni bir kavramı getirmemesine bağlı olarak hâkim durum kavramını sürdürürken ve içtihadî birikimin devamlılığını sağlarken, aynı zamanda SLC testine geçiş için ısrar eden ülkelerin asıl amacı olan esasa ilişkin testin ilgisini

birleşmelerin rekabet üzerindeki etkisine kaydırması nedeniyle bir uzlaşma ürünü olarak (Lindsay 2006, 48) Konsey tarafından kabul edilmiştir.

1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün, yeni testi ortaya koyan 2. maddesinin 3. paragrafına göre,

Özellikle hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi suretiyle, ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyecek

birleşmeler yasaklanmıştır.

SIEC testi esasa ilişkin testin yalnız uygulamasının değil aynı zamanda lafzının da önemli olduğunu göstermiştir. SIEC testi, hâkim durum testi ile aynı merkezi kavramları (“hâkim durum” ve “etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi”) kullanmasına karşın, hâkim durum testinin ikinci aşamasını (SIEC ölçütünü), tek temel ölçüt haline dönüştürürken hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesini, rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin yalnızca bir ama başlıca örneği haline getirerek ikinci planda tutmuştur. Böylece hâkim durum tespiti, tüm anti-rekabetçi birleşmelerin karşılaması gereken yeterli veya gerekli bir koşul olmaktan çıkmıştır.

Bu çerçevede, içtihat hukukunda devamlılığı sağlama çabalarına karşın yasaklama ölçütünün değişmesi, bu ölçütün Komisyon tarafından nasıl yorumlanacağına ilişkin belirsizliği önemli düzeyde artırmıştır. Bu nedenle Komisyon, birleşmek isteyen firmaları, yeni testin nasıl uygulanacağı konusunda ayrıntılı şekilde bilgilendirerek, belirsizliği azaltmak ve öngörülebilirliği artırmak amacıyla YBR ve Yatay-Olmayan Birleşmeler Rehberi⁸⁴ (YOBR)'ni yayımlamıştır.

Bu bölümde, Birleşme Tüzüğü, YBR ve YOBR çerçevesinde yeni test, yeni testin beklenen sonuçları, yeni testin olası yorumlamaları, uygulama ışığında yeni testin bu yorumlamalardan hangisine işaret ettiği ve müdahale eşiği ile delil standardı üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

3.1. YENİ TESTİN BEKLENEN SONUÇLARI

Yeni testin, değişiklik karşıtlarının kaygılarını giderirken birleşmelerin kontrolünü, yasal bir kemer niteliğindeki hâkim durum eşiğinden kurtaran (Diaz 2004, 188) bir uzlaşma formülasyonu benimsemesinin, AB'de, birleşmelerin kontrolü alanında pek çok beklenen sonucu bulunmaktadır.

⁸⁴ Commission Notice, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

3.1.1. Etki Bazlı Yaklaşım

Komisyon'un geçmişte sık sık hâkim durum testini yapısal bir test olarak ele aldığına dikkat çeken Walker (2006, 15), birleşmelerin kontrol amacını yansıtacak şekilde tüketici refahına odaklanmayı başaramayan katıksız yapısal testlerin aksine SIEC testinin, doğrudan rekabet ve dolayısıyla tüketici refahına odaklanarak birleşmelerin rekabete kalıcı bir zarar ile sonuçlanmalarını ve böylece tüketicilerin fiyat, kalite, seçim hakkı ve yenilikler açısından etkin rekabetin getirilerinden yoksun kalmamalarını garanti altına aldığını belirtmiştir.

Hâkim durum testi, Komisyon tarafından gittikçe katıksız yapısal bir testten uzak bir biçimde uygulanmış olsa da, hâkim durum tespitinin gerekliliği, yapısal olmayan dinamik ve ekonomik etkenler pahasına, pazar yapısı ve birleşen firmanın rakipleri karşısında sahip olacağı üstünlükler üzerine odaklanılmasına ve katı bir hukuki yaklaşım sergilenmesine yol açmaktadır. Bu nedenle hâkim durum testinin, birleşmelerin kontrolünün altında yatan amacı tam olarak yansıtmadığı öne sürülmektedir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 289).

Tek taraflı etkiler - çok taraflı etkiler ilişkisi bağlamında, birleşmenin ilk etkisi niteliğindeki işlemin tarafları üzerindeki doğrudan etkisi ve üçüncü taraf niteliğindeki rakip ve müşterilerin devreye girmesi ardından tepkiler-karşı tepkiler zincirinin tamamlanması ile ortaya çıkan nihai denge etkisi olarak iki tür etki bulunmaktadır. Üçüncü tarafların tepkilerini dahil ederek birleşmenin rekabet üzerindeki ve dolayısıyla piyasa dengesi üzerindeki etkisini eksiksiz kavrayan etki bu denge etkisidir (Ivaldi ve diğerleri 2003, 222). Büyük ölçüde birleşen firmanın pazar gücü üzerine odaklanan hâkim durum testinin aksine etki bazlı SIEC testinin, yalnız ilk etkiyi değil, esas olarak denge etkisini bütünüyle kavraması beklenmektedir.

Yeni testin daha titiz bir ekonomik değerlendirme ve daha yüksek bir analitik ve delil standardı getirdiğini söyleyen Schmidt (2004, 1568), daha titiz bir ekonomik yaklaşımın yalnız rekabet karşıtı değil aynı zamanda rekabet yanlısı etkilerin daha iyi tespit edilmesini ve değerlendirilmesini de sağlayacağını belirtmektedir.

3.1.2. Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Artışı

Hâkim durum testi, doğası gereği yapısal faktörlere büyük ağırlık vererek birleşmelerin kontrolünün kurgusal ve belirsiz niteliğini şiddetlendirmekte ve dolayısıyla hatalı yaptırımların sayısını artırmaktadır. SIEC testinin daha ekonomik ve etki bazlı bir yaklaşım benimseyerek bu kurgusallığı ve belirsizliği hafifletmesi ve dolayısıyla karar verme kalitesinde önemli

iyileşmeler sağlayarak hatalı yaptırımların sayısını azaltması beklenmektedir. Her iki hatalı yaptırım durumunda da potansiyel olarak gerçekleştirilebilir refah düzeyi elde edilememekle birlikte, tip-I hatasında/eksik yaptırım (*under enforcement*) durumunda doğrudan refah kayıpları ve tip-II hatasında/aşırı yaptırım durumunda (*over enforcement*) ise potansiyel etkinliklerden vazgeçilmesi söz konusudur (Christiansen 2006, 35).

Tablo 1 - Hata Tipleri ve Refah Etkileri⁸⁵

		Birleşmenin Refah Etkisi	
		Negatif	Pozitif
Rekabet Otoritesi Kararı	Onay	Eksik Yaptırım/ Tip I-Hatası (Doğrudan Refah Kaybı)	Doğru Karar (Doğrudan Refah Artışı)
	Yasaklama	Doğru karar (Refah Kaybının Önlenmesi)	Aşırı Yaptırım/ Tip II-Hatası (Vazgeçilen Refah Artışı)

3.1.2.1. Aşırı Yaptırımın Azaltılması

AB’de birleşmelerin kontrolü, hem tüketiciler hem de rakipler için endişe edilmesi, daha yapısal bir yaklaşım benimsenmesi, rakip olmayanlar arasındaki birleşmelere aşırı kurgusal yaklaşıma bağlı olarak hoşgörülü davranılmaması, birlikte hakim durumun, Airtours’a kadar yapısal koşulların yer aldığı bir liste (denetim listesi) temelinde değerlendirilmesi ve etkinliklerin dikkate alınmaması nedenleriyle ABD uygulamasından daha katı olarak nitelendirilebilecektir⁸⁶.

Walker (2006, 15) hâkim durum testi altında bir birleşmenin, “sihirli” %40 pazar payına sahip bir firma veya toplam pazar payları %70 ve üzeri olan 2-3 firma içeren bir tablo çizmesi durumunda, Komisyon’un uygun bulmadığı bir pazar yapısına yol açacağını ve yapısal gerekçelerle yasaklanabileceğini belirtmiştir. Pazar paylarının bire bir pazar güçlerini temsil ettiğini varsayan bu yaklaşım yapısal faktörlerin pazardaki rekabet düzeyinin her zaman iyi bir göstergesi olamayacağı gerçeği karşısında eksik bir değerlendirme olanağı sunabilecektir.

Birleşen firmanın, pazarın dayanıklılığı açısından katlanılmaz bir pazar gücü elde edip etmediğinden çok, denge etkilerine yoğunlaşarak birleşmenin,

⁸⁵ (Christiansen 2006, 35).

⁸⁶ Bu konuya ilişkin değerlendirme için Bkz. Lévêque 2007.

rekabetçi ortamda yol açtığı değişikliklere odaklanan SIEC testi, ne kadar rekabetin kaldığına bakan hâkim durum testinin aksine rekabetin dinamiklerinde yaşanan değişikliğin düzeyine bakmaktadır (OECD 2004, 105-108).

Esasen aşırı yaptırım riski, iki aşamalı bir test olan hâkim durum testinde bulunan ikinci aşama (SIEC ölçütü) değerlendirmesinin bağımsız bir şekilde yürütülmesi durumunda büyük ölçüde ortadan kaldırılabilir. Nitekim Komisyon, özellikle değişiklik öncesi son dönemlerde katıksız yapısalci yaklaşımdan uzaklaşarak ve tek taraflı etkileri yan faktörler olarak kullanarak hâkim durum testinin SIEC ölçütüne gereken önemi vermiştir. Ancak yine de iki aşamalı hâkim durum testinin yorumlanmasında ortaya çıkan sorunlar ve hâkim durum ölçütünün sahip olduğu merkezi rol nedeniyle uygulamada yalnız yapısal göstergelere dayanarak birleşmelerin yasaklanabilme riski belirgin ölçüde sürmüştür.

Bu çerçevede Komisyon YBR'de, hâkim durum eşiğinin geçilmesi durumunda anti-rekabetçi etkileri zayıflatan faktörlere yer vermiştir. Bir birleşmenin rekabetçi etkilerini değerlendirmek için bütünüyle hâkim duruma odaklanılmasının yanıltıcı olabileceğini gösteren faktörler üç ayrı grupta toplanabilir:

Birinci grup, birleşen firmanın, yüksek pazar payına ulaşmasına karşın varsayılan pazar gücünü uygulayamamasına neden olan faktörleri içermektedir. Bunlar giriş engellerinin olmaması veya düşük düzeyde olması, dengeleyici alıcı gücü, kapasite kısıtı olmayan rakipler, birleşen firmaların ürünlerinin uzak ikame olması veya meta ürünü olması ve ilgili ürün pazarının yenilikçi veya büyüyen bir pazar olmasıdır.

İkinci grup, birleşmenin pazar gücü (hâkim durum) yaratmasına karşın aynı zamanda birleşme işlemi açısından, tüketici refahını artıran dengeleyici faktörlerin söz konusu olduğu ve bu dengeleyici faktörlerin refah artışı etkisinin, pazar gücü yaratılmasının refah azaltıcı etkilerine baskın gelmesini sağlayan faktörleri içermektedir. Bunlar etkinlikler ve batan firma savunmasıdır.

Üçüncü grup, birleşmenin pazarın rekabetçi yapısını pek fazla değiştirmedeği, taraflardan birinin pazarda sınırlı bir şekilde var olduğu, dolayısıyla, birleşme öncesi ve sonrası durumların denk olduğu koşulları içermektedir.

Hâkim durumu gerekli (veya yeterli) ölçüt olmaktan çıkaran yeni test doğrudan pazardaki rekabet üzerindeki etkilere odaklanmaktadır. YBR'den hareketle, esasen hâkim durum eşiğinin geçildiği birleşmeler bağlamında, aşırı yaptırımın söz konusu olabileceği ancak etki bazlı yaklaşım sayesinde önüne geçilebileceği senaryolar uzak ikame ürünler satan firmaların birleşmeleri, birleşen firmanın pazar gücü üzerinde marjinal artışa yol açan birleşmeler,

hâkim durumdaki alıcı(lar) karşısında dengeleyici hâkim durum yaratan sağlayıcılar arasındaki birleşmeler⁸⁷, neden olacağı anti-rekabetçi etkileri tüketici refahı açısından (fazlasıyla) dengeleyebilecek etkinlikler sağlayan birleşmeler⁸⁸ ve birlikte hâkim durumun yerini tek başına hâkim durumun almasına yol açan birleşmelerdir⁸⁹ (Röller ve de la Mano 2005, 12-13).

3.1.2.2. Eksik Yaptırımın Azaltılması

Birleşme Tüzüğü'nün kapsamına, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin alınmasının temel gerekçesi, hâkim durum testi açısından açık birleşmelerinin yasaklanamaması bağlamında söz konusu olan sistematik hata kaynağının (Christiansen 2006, 35) ortadan kaldırılmasıdır. Esasa ilişkin testin yeniden düzenlenerek hâkim durum tespitinin bir zorunluluk olmaktan çıkması ile birlikte, hâkim durum eşiği geçilmediği için izin verilen anti-rekabetçi birleşmeler, birleşen teşebbüsün üzerindeki etkilerin değil de pazardaki tüm denge etkilerinin hesaba katılması sonucunda yasaklanabilecektir.

SIEC testinin lafzı, açık birleşmelerinin kapsamda olduğu konusunda kuşkuya yer bırakmasa da, Birleşme Tüzüğü'nün dibacesinin 25. paragrafında;

[B]elli koşullar altında, birleşen tarafların birbirlerine uyguladığı önemli rekabetçi kısıtların ortadan kaldırılmasının yanı sıra geride kalan rakipler üzerindeki rekabetçi baskının da azalmasını içeren yoğunlaşmalar, oligopol üyeleri arasında koordinasyon olasılığının yokluğu durumunda bile etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi ile sonuçlanabilir.

şeklinde yer alan ifadeler, Komisyon'un yetkilerini genişleteceği tek alanın, anlaşmacı olmayan oligopoller olduğunu belirten aynı paragrafın son cümlesi ile birlikte, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin, yeni testin kapsamı içerisinde olduğunu fazlasıyla açıklığa kavuşturmuştur. SLC testi ile benzer şekilde, ciddi anti-rekabetçi etkilere ve dolayısıyla tüketici zararlarına yol açan, akla gelebilecek her türlü birleşme senaryosunu kapsamına alabilecek kadar esnek SIEC testi, sistematik eksik yaptırım sorununa temel bir çözüm getirmektedir.

⁸⁷ Komisyon geçmişte dengeleyici alıcı gücünü yeri geldiğinde kullansa da, bu, üst pazarda hâkim durum yaratılmasına ilişkin kaygıları gidermek biçiminde gerçekleşmemiştir.

⁸⁸ Komisyon *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* kararında (Comp/M.1313, par.198), “ilgili pazarda hâkim durum yaratılmasının, taraflarca ileri sürülen etkinlik savunmalarının, söz konusu birleşmenin değerlendirilmesinde hesaba katılmayacağı” anlamına geldiğini belirtmiştir.

⁸⁹ Hâkim durum testine göre, hâkim durum yaratıldığı gerekçesiyle karşı çıkılacak böyle bir birleşmeye, etki bazlı bir yaklaşım benimseyen SIEC testine göre, ilgili pazarın artık -oldukça düşük düzeyde olsa bile- rekabetçi bir özellik sergileyecek olması nedeniyle izin verilebilecektir (Röller ve de la Mano 2006, 12-13).

Renckens (2004, 12), yeni testin asıl başarısının, birleşen firmanın pazar gücünün düzeyini saptamak için yalnızca hâkim durum (pazar liderliği) üzerine odaklanmaması olduğunu belirtmiştir. Komisyon YBR’de, hâkim durum yokluğunda, anti-rekabetçi etkilere yol açabilecek faktörlere yer vermiştir. Bunlar yapısal parametreler olarak pazar payları ve yoğunlaşma oranları, birleşen tarafların ürünleri arasındaki yüksek ikame düzeyi^{90,91}, müşterilerin sağlayıcılarını değiştirme olanaklarının sınırlı olması, rakiplerin fiyatların yükselmesi durumunda arzı artıramamaları, birleşen firmanın rakiplerin büyümesini engellemesi ve potansiyel olarak önemli rakiplerle⁹² gerçekleştirilen birleşmelerdir.

Birleşen firmanın pazardaki konumundan ziyade bir bütün olarak birleşmenin pazardaki rekabet üzerindeki etkisine odaklanan SIEC testinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama içeren YBR’den, denge etkilerinin, yukarıda ele alınan faktörler aracılığıyla, potansiyel ve ampirik açıdan geçerli olarak görülen (Röller ve de la Mano 2006, 10-11) diğer açık senaryolarında da ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Hâkim durum eşliğinin geçilmemesine karşın pazardaki rekabetin gevşemesinden yalnız birleşen firmanın değil, tüm (yerleşik) firmaların yararlandığı bu senaryolar, örtülü işbirliğinin olası olmadığı ve açık bir pazar liderinin yer almadığı bir pazarda potansiyel rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açan birleşmeler, birleşen firmanın bir giriş engelinin kontrolünü ele geçirmesine veya ilgili pazara girişi etkileyebilecek bir konuma geçebilmesine yol açan birleşmeler ve üçüncü taraf(lar) açısından pazar gücü yaratan veya mevcut pazar gücünü artıran⁹³ birleşmelerdir. Hâkim durum eşliği geçilmemesine karşın denge etkilerinin hesaba katılması sonucu anti-rekabetçi olabilecek diğer senaryolar arasında fiyat farklılaştırması amacına uygun bir şekilde pazarın alt segmentlere ayrılabilmesine izin vererek dengeleyici etken niteliğindeki alım gücünü azaltan birleşmeler, rekabeti kısıtlayıcı nitelikte alım gücü yaratan veya mevcut alım gücünü artıran birleşmeler ve şebeke endüstrilerinde pazarı, yerleşik firmaları kayıracak standartlara yönlendiren birleşmeler yer almaktadır.

⁹⁰ Rakip firmaların ürünlerini yeniden konumlandırmaları veya ürün portföylerini genişletmeleri suretiyle birleşen firmanın ürünlerine yakın ikame niteliğinde ürün geliştirmeleri durumunda birleşen firmanın fiyatları yükseltmesi zorlaşabilecektir.

⁹¹ Taslak rehberde, birleşmenin taraflarının birbirlerinin en yakın rakip olması gerekliliği yakın rakip olması şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik belirsizliği ve müdahale olanağını artırıcı niteliktedir.

⁹² Rekabetçi süreç üzerinde pazar payları veya benzer ölçütlerin belirttiğinden çok daha fazla etkiye sahip olan firmalar potansiyel, yenilikçi veya oyunbozan nitelikteki rakiplerdir.

⁹³ Lindsay (2006, 60), bu konu ile ilgili tek tereddütün birlikte hâkim durum ile ilgili olduğunu çünkü Birleşme Tüzüğü’nün dibacesinin 25. paragrafının, Komisyon’un yetki alanını yalnız koordine-edilmemiş etkiler açısından genişlettiğine dikkat çekmiştir.

Ayrıca koordine edilmiş etkiler açısından YBR’de, birleşme öncesi koordinasyon varlığının önemli olduğu ifadesi⁹⁴ yer almaktadır. Söz konusu ifadeden, birlikte hâkim durum yaratan ve birlikte hâkim durumu güçlendiren birleşmeler arasında ayırım yapıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir yaklaşım benimsenmesinin temel amacının, *Airtours* ile getirilen yüksek delil standardının, koordine edilmiş etkileri kullanılabilir bir müdahale aracı kılacak ölçüde düşürülmesi olduğu öne sürülebilecektir. Nitekim İDM’nin *Impala*⁹⁵ kararı da bu tespiti doğrulamaktadır⁹⁶.

3.1.2.3. Yatay Olmayan Birleşmeler Bağlamında Açık Birleşmeleri⁹⁷

Belli bir pazarda pazar gücüne sahip bir teşebbüsün, dikey ilişkili veya komşu ikinci bir pazarda faaliyet gösteren bir başka teşebbüs ile birleşmesi, bu ikinci pazarda, hâkim durum yaratılmasa da tüketici zararına yol açabilecektir (Mosso 2007, 19). Bu çerçevede, olası herhangi bir yaptırım açığını gidermesi amaçlanan etki bazlı SIEC testi, Komisyon’a, yatay olmayan birleşmelerde, hâkim durum yaratıldığına veya mevcut hâkim durumun güçlendirildiğine ilişkin bir tespitte bulunma gereği duymadan, rekabetin önemli ölçüde engelleneceği gerekçesiyle müdahale yetkisi vererek bu tip birleşmelere müdahale edilmesinin önündeki *yasal engeli* (Lindsay 2004, 393) kaldırmıştır.

Mosso (2007, 19), reform sürecinde esasa ilişkin testin değiştirilmesi hakkındaki tartışmaların, oligopol piyasalardaki yatay birleşmelerin yol açtığı tek taraflı etkiler üzerine odaklanırken, hâkim durum testindeki yatay olmayan birleşmeler açısından söz konusu olan muhtemel açık senaryoları üzerine fazla odaklanmadığını, oysa, esasa ilişkin testteki değişikliğin özellikle yatay olmayan birleşmelerin değerlendirilmesi ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Völcker (2004, 404), Komisyon’un yetkilerini genişleteceği tek alanın anlaşmacı olmayan oligopoller olduğunu belirten Birleşme Tüzüğü’nün dibacesinin 25. paragrafına dayanarak, Komisyon’un yatay olmayan birleşmelere karşı çıkması açısından önceki durumdan daha fazla bir yetkisi olmadığını öne sürmüştür. Mosso (2007, 19-20) ise dibacenin 25. paragrafının, yeni testin yatay olmayan birleşmelere uygulanmasını dışlamadığını ve söz konusu ifadelerin açık bir şekilde, ilgili pazarda hâkim durum yaratılmasa da yatay olmayan birleşmelerden kaynaklanan tek taraflı kapama/dışlama uygulamalarını kapsadığını belirtmiştir. Koordine edilmiş etkiler dışındaki tüm anti-rekabetçi

⁹⁴ Bkz. dipnot 54, par.43.

⁹⁵ Case T-464/04, *Impala v Commission* [2006].

⁹⁶ Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için Bkz. Bölüm 3.1.3.

⁹⁷ Esasen “Eksik Yaptırımın Azaltılması” başlığı altında ele alınması gereken bu konu, gerek taşıdığı önem gerek farklı nitelikteki birleşmeler açısından açık sorununu ele alması bakımından ayrı bir başlıkta ele alınmıştır.

etkilerin, tek taraflı etkilerin kapsamına girdiği dikkate alındığında, dibacenin 25. paragrafındaki ilgili ifadenin, SIEC testine anlamlı bir sınırlama getirmediği görüşü (Fountoukakos ve Ryan 2005, 290) kabul edilmelidir.

Yatay olmayan birleşmeler açısından tek taraflı etkiler özellikle “rakibin maliyetlerini artırma” zarar kuramları bağlamında söz konusu olmaktadır⁹⁸ (Mosso 2007, 19). Nitekim açık birleşmeleri arasında gösterilen *BP/E.ON*⁹⁹ birleşmesinde taraflar, hâkim durum testinin, rakibin maliyetlerini artırma kuramı çerçevesinde ele alındığını iddia etmişlerdir. Komisyon *Alcan/Pechiney (II)*¹⁰⁰ kararında, üst pazarın kapatılması yönündeki bir stratejinin, rakibin maliyetlerini artırma yoluyla kârlı olabileceğini belirtmiştir.

Ayrıca Komisyon *Vivendi/Canal+/Seagram*¹⁰¹ kararında, birleşmenin, Universal’in üst pazarda hâkim durumda olması nedeniyle değil de, Canal+’ın Amerikan film yapımcıları karşısındaki pazarlık gücünü artırması ve Canal+’ın da bu gücü münhasır anlaşmalar yapmak için kullanarak ödemeli yayıncılık alt pazarındaki rakiplerini dışlamasını sağlayacak olması nedeniyle, Canal+’ın ulusal pazarlarda hâkim durum elde etmesine veya mevcut hâkim durumunu güçlendirmesine yol açacağını belirtmiştir. Söz konusu karar, üst pazarın kapatılması için üst pazarda esaslı pazar gücünün (hâkim durumun) varlığını şart koşmaması açısından önemlidir.

Yatay olmayan bir birleşmede tek taraflı etkiler, bu birleşme anti-rekabetçi nitelikte bir kapama/dışlama (*foreclosure*) etkisine yol açtığında ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede Komisyon, YOBR’de, yatay olmayan bir birleşmenin anti-rekabetçi olduğunu ortaya koymak için üç aşamalı bir analiz öngörmüştür. Komisyon ilk önce, birleşen firmanın işlem sonrasında ilgili pazarı esaslı ölçüde kapama kapasitesine (yeterli pazar gücüne) sahip olup olmadığına bakacaktır. Birleşen firmanın pazarı kapama yeterliliğine sahip olduğu gösterildikten sonra, ikinci olarak, böyle bir eylemde bulunma olasılığı belirlenmelidir. Söz konusu olasılık, kapama yönündeki bir eylemi teşvik edici ve caydırıcı etkenlerin birlikte değerlendirilmesini, anti-rekabetçi kapama uygulamalarının birleşen firma için rasyonel olduğunun ortaya konulmasını gerektirmektedir. Ekonomik teşvikler olarak adlandırılan ve kapama eylemlerinin olası maliyetleri ile getirilerinin karşılaştırılmasını içeren bu analiz sonucunda, anti-rekabetçi kapamanın, getirilerinin, maliyetlerini aşması anlamında birleşen firma için rasyonel olması gerekmektedir. Birleşen firmanın anti-rekabetçi kapama eylemlerinde bulunma olasılığını tam olarak belirlemek için ayrıca, yasal caydırıcıların da hesaba katılması gerekmektedir. Kapama eyleminin yasal

⁹⁸ Bu konuya ilişkin olarak Bkz. Röller ve de la Mano 2006, 11.

⁹⁹ Comp/M.2533 [2002], par. 89.

¹⁰⁰ Comp/M.3225 [2003], par. 40-44.

¹⁰¹ Bkz. Dipnot 38, par. 43-50.

olmaması nedeniyle birleşen firma, söz konusu uygulamanın rekabet otoritelerince tespit edilme ve dolayısıyla kendisinin cezalandırılma riskini de hesaba katacaktır. Üçüncü olarak, etki bazlı SIEC testi ışığında, Komisyon'un kendisini, birleşen firmanın söz konusu kapama eyleminde bulunma yeterliliğine sahip olduğunu ve böyle bir davranışta bulunma olasılığını belirlemekle sınırlandırmaması, ayrıca, bu tip bir kapama uygulamasının rekabet üzerinde önemli zararlı etkileri olacağını ve tüketicilere zarar vereceğini de göstermesi gerekmektedir. Tüketici refahı temelli bir yaklaşım benimseyen Birleşme Tüzüğü'ne göre, belli bir pazardaki rakiplerin dışlanması veya marjinalize edilmesi, birleşme işlemine karşı çıkılması için tek başına yeterli değildir. Bu eylemler yoluyla nihai olarak anti-rekabetçi etkilerin oluştuğu ve tüketicilerin zarar gördüğünün gösterilmesi gerekmektedir.

3.1.3. Birlikte Hâkim Durumun Açıklığa Kavuşturulması

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü tarafından açıkça kapsam içerisine alınmayan birlikte hâkim durum, üyeleri arasında örtülü işbirliğinin söz konusu olduğu oligopol piyasaların oluşmasının önüne geçmek ihtiyacı nedeniyle sonuç-hedefli yorum aracılığıyla uygulanmaya başlanmıştır. Önceleri düopol (benzeri) yaratan birleşmelerle sınırlı olan ve *denetim listesi* (checklist) yaklaşımını uygulayan Komisyon, sistematik ve tutarlı olmayan bir yaklaşım benimsediği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Stirati 2004, 261). Daha sonra İDM'nin *Airtours* kararı ile ve bu karara paralel olarak YBR'de koordine edilmiş etkilerin unsurları kesin bir şekilde belirlenmiştir¹⁰². Nitekim Lindsay (2006, 297), Tüzüğün dibacesinin 25. paragrafının, SIEC testinin benimsenmesi ile koordine edilmiş etkilerin ele alınış biçimini değiştirmenin amaçlanmadığını açıkça belirttiğini öne sürmüştür. Ancak *Airtours* kararındaki "rakiplerden, müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız davranabilme gücü"¹⁰³ ifadesi, YBR'deki metinden çıkarılmıştır. Bu değişiklik, YBR'nin, 82. maddedeki hâkim durum kavramından uzaklaştığının göstergesidir.

Birlikte hâkim durumun kapsamının açıklığa kavuşturulması, gerçekleştirilen reformun en önemli getirileri arasında sayılmaktadır (Kokkoris 2005, 44). Etkin rekabetin korunması genel amacı çerçevesinde, hâkim durum testi altında anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilere yol açan birleşmelerin kapsam içerisinde olup olmadığı tartışması, özellikle, Komisyon'un bu tek taraflı etkileri kapsama almak amacıyla, birlikte hâkim

¹⁰² Walker (2006, 17), Komisyon'un 90'lı yıllarda, *denetim listesi* yaklaşımına göre, müspet koşulların menfi koşullara baskın gelmesi halinde koordinasyonun olası olduğu sonucuna vardığını ve YBR'nin, Komisyon tarafından, birlikte hâkim durumun fikri alt yapısının daha iyi anlaşıldığını doğruladığını belirtmiştir.

¹⁰³ Bkz. Dipnot 35, par.61.

durumu genişlettiğinin iddia edildiği *Airtours* birleşmesi ile gündeme gelmiştir. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün anlaşmacı olmayan oligopollerini kapsama alması ile düzenlemedeki açık kapatılmıştır. Dolayısıyla etki bazlı yeni test ile birlikte, artık birlikte hâkim durumu genişletme yönünde bir ihtiyacın kalmamasına bağlı olarak, uygulamada söz konusu kavrama verilen önemin belli bir düzeyde azalması olasıdır. Bu bağlamda, birlikte hâkim durumun gelişiminin sınırlarına yaklaşıldığı söylenebilir (Fagerlund 2005, 37-39). Böyle bir durum yasal belirliliğe açık bir şekilde katkıda bulunacaktır.

Bununla birlikte Christiansen (2006, 36), koordine edilmiş etkilere ilişkin olarak, *Airtours* ile getirilen oldukça yüksek delil standardının YBR'de de korunması nedeniyle, sistematik eksik yaptırım hatalarının azalmasının beklenmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca, iktisadi açıdan, tek taraflı etkilere göre işbirliği doğurucu etkileri göstermenin çok daha zor olduğu, çünkü koordine edilmiş etkiler açısından daha önce işbirliği içerisinde olmayan firmaların davranışlarındaki ve bu işbirliğine yol açan koşullardaki değişiklikleri ortaya koymak için gerekli delilleri sağlamanın oldukça güç olduğu belirtilmiştir (Dubow ve diğerleri 2004, 114-115).

Baxter ve Dethmers (2006, 159-160) de, *Airtours* ile getirilen yüksek delil standardı ile YBR'de tek taraflı etkilerin göstergesi olarak belirtilen ve hepsi eksiksiz bulunması gerekmeyen faktörleri karşılaştırarak, tek taraflı etkilere ilişkin faktörlerin çok daha esnek bir çerçeve sunduğunu, dolayısıyla tek taraflı etkiler açısından geçerli olan yasaklama eşiğinin, birlikte hâkim durum açısından geçerli olan yasaklama eşiğinden daha düşük olduğunu belirtmişler ve bu durumun esasen birlikte hâkim durum kapsamına giren birleşmelerin büyük ölçüde tek taraflı etkiler analizleri altında incelenmesi ile sonuçlanacağını öne sürmüşlerdir. Söz konusu iddia, bir birleşmeyi inceleyen rekabet otoritesinin, tek taraflı etkiler ile koordine edilmiş etkiler arasında ayırım yapmak yerine, bu birleşmenin rekabet üzerindeki genel etkisini değerlendirmesi gerektiği dikkate alındığında oldukça makul görünmektedir.

Ancak Komisyon'un *Sony/BMG*¹⁰⁴ birleşmesine izin veren kararını bozan İDM'nin *Impala* kararı, birlikte hâkim durum yaratılması ile mevcut birlikte hâkim durumun güçlendirilmesi arasında ayırım yaparak, İDM'nin *Airtours* kararında belirlediği birlikte hâkim durumun kapsamını önemli ölçüde genişletmiştir (Völcker ve O'Daly 2006, 593). Söz konusu karar, oldukça yüksek *Airtours* kriterleri ışığında kritik ama muğlak olması nedeniyle izin verilen birlikte hâkim durum birleşmeleri açısından, yasaklama eşiği ile izin verme eşiğini simetrik hale getirmektedir. Bu anlamda birlikte hâkim durum açısından eksik yaptırım riskinde azalma beklenebilecektir. İDM, birlikte hâkim durumun

¹⁰⁴ Comp/M.3333 [2005].

güçlendirilmesi açısından, somut cezalandırma örneklerinin tespit edilememesinin, bu tespitlere, ortak politikadan sapmaların tespitinin eşlik etmesi durumunda anlamlı olacağını, dolayısıyla caydırıcı mekanizmaların sadece varlığının, ortak politikaya uyulması durumunda yeterli olacağını belirterek¹⁰⁵ Komisyon açısından delil standardını açık bir şekilde düşürmüştür. Bu çerçevede *Impala* kararı koordine edilmiş etkilere ilişkin analizlerin geri dönüşünü müjdeliyor görünmektedir (Aigner ve diğerleri 2006, 19-26). Diğer yandan YBR de birlikte hâkim durumun güçlendirilip güçlendirilmediğine büyük ağırlık vermektedir. Bu yaklaşım, birleşmelerin kontrol amacından daha çok piyasayı düzenleme isteğine ve birlikte hâkim durumdan kaynaklanan geçmiş davranışları cezalandırarak amaç bakımından 82. maddeye yakınsama riski taşımaktadır (Ridyad 2004, 6). Nitekim Kokkoris (2007, 445) Komisyon'un, pazardaki birleşme öncesi rekabet ile birleşmenin bu rekabeti nasıl etkilediğine ilişkin değerlendirme arasındaki farkı bulanıklaştırarak öngörülebilirliği ve belirliliği engellediğini belirtmiştir.

Son olarak, kısaca örtülü işbirliği ile nitelendirilen bir pazar yapısını anlatmak için doğrudan koordine edilmiş etkilere odaklanmak, Fagerlund (2005, 58)'un belirttiği üzere, söz konusu kavramın, birlikte hâkim durumda geçerli olacak çapraz bulaşma riski ve baskısından bağımsız olarak, yoğunlaşmaların kontrolü amacına uygun şekilde esnek yorumlanmasını sağlayacaktır.

3.1.4. Eski ve Yeni Test Arasındaki Devamlılık, Çapraz Bulaşma ve Yakınsama

Eski testin lafzının yeni testte sürdürülmesinin başlıca nedeni, hâkim durum testi altında geliştirilen içtihat hukukunun olabildiğince fazla korunması suretiyle yasal belirliliği ve devamlılığı sağlamaktır. Nitekim Birleşme Tüzüğü'nün dibacesinin 26. paragrafında, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü altındaki Topluluk Mahkemeleri'nin ve Komisyon'un geçmiş kararlarından elde edilebilecek rehberliğin muhafaza edilmesi amacı açıkça görülmektedir. Esasa ilişkin testte hâkim durumun, etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin başlıca örneği olarak yer almasının yanı sıra YBR'de¹⁰⁶ ortak pazarla uyumlu olmayan birleşmelerin çoğunu, hâkim durum eşliğini geçen birleşmelerin oluşturacağını açıkça belirtilmesi, hâkim durum kavramını ve ilgili içtihat hukukunu koruyarak birleşmelerin kontrolünde kesintisiz bir devamlılığa işaret etmektedir. Yeni test hâlâ yüksek pazar paylarını hâkim durum veya pazar gücünün ve dolayısıyla potansiyel anti-rekabetçi etkilerin önemli göstergeleri olarak görmektedir. Komisyon'un, yeni testte hâkim durum kavramına yer verilmesi ve böylece içtihat hukukunun korunması yönündeki ısrarı, yeni testin

¹⁰⁵ Bkz. dipnot 95, par.466.

¹⁰⁶ Bkz dipnot 54, par.4.

birleşmelerin kontrolünün kapsamını, Komisyon'un sınırlı deneyiminin olduğu yeni alanlara genişletmesinden kaynaklanmaktadır. Zira bütünüyle farklı bir test olan SLC testine geçişe karşı çıkılmasının önemli gerekçelerinden birisi de, bu geçişin, mevcut içtihat hukukunu bütünüyle geçersiz kılarak yasal belirsizliğe yol açacak olmasıdır. Horner (2006, 40), yasal belirlilik amacına en iyi, yapılan reformların içtihat hukukunda, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilere yol açan birleşmelerin kontrolüne ilişkin yeni bir açık yarattığının Komisyon tarafından kabul edilmesi ile hizmet edileceğini belirtmiştir.

Yeni test, hâkim durum kavramına ilişkin uygulamanın devamlılığını sağlarken, bu kavramın tüm anti-rekabetçi etkileri kavraması için genişletilmesi yönündeki gereksinimi de ortadan kaldırmıştır. Zira Komisyon, hakim durum kavramına uymayan bir rekabetçi zarar senaryosu ile karşılaştığında, artık SIEC unsuru aracılığıyla müdahale olanağına sahiptir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 291). Bununla birlikte Horner (2006, 40) herhangi bir değişikliğe uğramadan kalan Tüzükteki geleneksel hâkim durum kavramının, 82. maddedeki hâkim durum kavramı ile benzer şekilde yorumlanmayı sürdüreceğini belirtmiştir. Bu çerçevede esnek ve etki bazlı yeni test ile birlikte çapraz bulaşma riski, yasal belirliliği artıracak şekilde, değişiklik öncesi duruma göre çok daha düşük düzeye -tek başına hâkim durum düzeyine indirilmiştir.

Daha ekonomik bir yaklaşım içeren ve tek taraflı etkileri kapsamında bulunduran etki bazlı yeni test, tüketici refahı temelli bir yaklaşım içeren ABD uygulaması ile AB uygulaması arasında reform öncesinde başlayan ve giderek artan yakınsamayı sağlamıştır. Monti (2004a, 3), iki sistem arasında bir açık varsa bile, bunun yeni tüzüğün yürürlüğe girmesiyle birlikte ortadan kalkacağını belirtmiştir. SLC ölçütü ile yakın kavramsal benzerlik taşıyan SIEC testi, son zamanlarda belli başlı pek çok ülkenin SLC testine geçiş yaptığı göz önünde bulundurulduğunda, küresel anlamda bir yakınsamaya çok önemli bir katkıda bulunmuştur.

Son olarak Christiansen (2006, 33), Komisyon'un daha ekonomik bir yaklaşımdan beklentisinin daha fazla şeffaflık ve yasal belirlilik olmasına karşılık, rekabet iktisadındaki yaklaşımlar bakımından sıkça görülen çoğulculuğun, kuramsal düzeyde tanıklık ettiği kaçınılmaz görüş ayrılıklarının, münferit birleşmelerde birbirinden farklılaşan değerlendirilmelere dönüşerek fiili olarak yasal belirsizliği artırabileceğine dikkat çekmiştir.

3.2. DEĞİŞİKLİK SONRASINA BAKIŞ

Esnek olmayan hâkim durum ölçütünü yasal eşik biçiminde anahtar ölçüt olarak benimseyen hâkim durum testi, birleşmelerin doğrudan

anti-rekabetçi etkilerine yoğunlaşması çok daha olası SIEC testi ile değiştirilmiştir.

Ancak bu aşamada, yeni testin gerçekte ne anlama geldiği, nasıl ele alındığı veya nasıl bir karaktere sahip olduğu hakkında kesin bir sonuca varmak oldukça güç görünmektedir. Tek başına veya birlikte, hâkim durum kavramı, eski testte üstlendiği ile aynı veya ona benzer bir işlev mi üstlenecek, yoksa yapısal parametreler, argümanların dayandığı delil grubunda daha az yer işgal edecek ve esas olarak rekabetçi zararlar üzerine mi odaklanılacaktır? Bu çerçevede yanıtlanması gereken temel soru, esasa ilişkin testin değiştirilmesinin, gerçekte bir değişiklik yaratıp yaratmadığıdır. Dolayısıyla bu bölümde, SIEC testinin alternatif biçimleri bağlamında ve değişiklik sonrası uygulama ve düzenlemeler ışığında söz konusu husus açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

3.2.1. Yeni Testin Alternatif Biçimleri

Esasa ilişkin yeni test, hâkim durum ölçütünün bu testte sahip olacağı öneme-işleve göre üç farklı şekilde yorumlanabilecektir. Dolayısıyla SIEC testi için üç muhtemel alternatif söz konusudur (Fagerlund 2005, 41-48):

3.2.1.1. İkili (*Dual*) Test

SIEC testi için ilk alternatif, yeni testin, esasen SLC testinin farklı bir çeşidi (SIEC) ile hâkim durum testine aynı anda yer verdiği şekilde yorumlandığı durumdur. Bu seçenekte, esasa ilişkin test, iki ayrı ölçüt (test) ve bu ölçütlere göre iki bağımsız değerlendirme seçeneği içermektedir. Komisyon'un yetkilerini genişleteceği tek alanın anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkiler olduğunu belirten Birleşme Tüzüğü'nün dibacesininin 25. paragrafı ile ortak pazarla uyumlu olmayan birleşmelerin çoğunun hâkim durum yaratan veya mevcut hâkim durumu güçlendiren birleşmelerin oluşturacağını öngören ve dolayısıyla hâkim durum testi altında oluşturulmuş içtihat hukukunun korunmasını ve yasal devamlılığı açıkça vurgulayan 26. paragrafı ve YBR'nin 4. paragrafı¹⁰⁷, Komisyon'un çoğunlukla hâkim durum testine göre ve gerektiğinde SIEC testine göre değerlendirmede bulunmasının amaçlandığı yönündeki iddiaları desteklemektedir. Nitekim yeni testin, Komisyon'a, hâkim durum eşiği aşıldığında hâkim durum testi aracılığıyla, hâkim durum eşiği altındaki bir rekabetçi zarar senaryosu ile karşılaşıldığında ise SIEC ölçütü aracılığıyla müdahale olanağı sunduğu değerlendirmesi, yasa koyucunun ötesinde kabul gören bir algılama olarak görünmektedir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 291; Horner 2006, 40).

¹⁰⁷ YBR'nin ayrıca 2. paragrafında hâkim durum tanımına da yer verilmiştir.

SIEC ölçütüne göre hâkim durum eşliğinin geçilmesi bir koşul değildir. Bu durumda etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen tüm birleşmeler yasaklanabilecektir. Dolayısıyla hâkim durum ölçütüne kıyasla SIEC ölçütüne göre yapılan değerlendirmelerde, birleşmelerin yasaklanma olasılığı daha yüksek olacak ve testin kapsamı genişleyecektir.

İkinci(l) bir ölçüt olarak hâkim durum ölçütüne göre yapılacak bir değerlendirmede, hâkim durum eşliğinin geçilmesinin, etkin rekabetin engellenmesinin gösterilmesi açısından Komisyon'un üzerindeki ispat yükünü azaltması olasıdır. Hâkim durum eşliğinin altındaki birleşmeleri yasaklamak mümkün olmakla birlikte, bu birleşmelerde hâkim durumun yokluğu, söz konusu işlemlerden kaynaklanacak anti-rekabetçi etkilerin gösterilmesi açısından gerekli kanıt ihtiyacını muhtemelen artıracaktır (Fagerlund 2005, 41).

Monti (2004b, 6), yeni testin hâkim durum testine göre, birleşmelerin anti-rekabetçi etkilerine daha fazla doğrudan odaklandığını ancak yine de yapısal göstergelerin önemini görmezlikten gelmediğini ve bunun da hâkim durum kavramının yeni testte de sürdürülmesinden anlaşıldığını belirtmiştir. Lowe (2003, 9) de, hâkim durum kavramının yeni testte değiştirilmeden tutulması ile mevcut içtihadı birikimin korunacağını ve dolayısıyla hâkim durum yaratılıp yaratılmadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunurken bu birikime dayanılabileceğini ifade etmiştir. Bu çerçevede Baxter ve Dethmers (2005, 381), Komisyon'un, her iki zarar kuramını da uygulayabilecek yasal zemine sahip olduğunu ve bu iki ölçütü fırsatçı bir şekilde kullanabileceğine dikkat çekmiştir.

İkili test yaklaşımı yalnız tek başına hâkim durum ile tek taraflı etkiler ilişkisi bağlamında değil aynı zamanda tek taraflı etkiler ile koordine edilmiş etkiler bağlamında da geçerlidir. Daha önce belirtildiği üzere, koordine edilmiş etkilerin ispatı tek taraflı etkilerin ispatına göre çok daha güçtür¹⁰⁸ ve bu güçlük İDM'nin *Airtours* kararı ile pekiştirilmiştir. Nitekim birleşmelerin değerlendirilmesinde ilk önce tek taraflı etkilerin ele alınması, daha sonra koordine edilmiş etkilere bakılması önerilmektedir (Ivaldi ve diğerleri 2003, 7-8-, 25-26). Dolayısıyla tek taraflı etkiler, koordine edilmiş etkilere ilişkin ikna edici delilleri elde etmenin fazlasıyla güç olduğu kritik nitelikteki birleşmelerde eksik yaptırım hatasını önlemek amacıyla *joker* olarak kullanılabilir. İDM'nin *Impala* kararı, *Airtours* kriterlerinde yumuşama anlamında, Komisyon açısından iyileşme sağlıyor görünse de, koordine edilmiş etkilerin ispatına ilişkin genel güçlük, tek taraflı etkiler-koordine edilmiş etkiler ilişkisi bağlamındaki ikili test yaklaşımını destekliyor görünmektedir.

¹⁰⁸ Bkz. Bölüm 3.1.3.

3.2.1.2. Açıklığa Kavuşturma

SIEC testi için ikinci alternatifin tanımlanması, yeni testin etkisinin belirlenmesi açısından çok daha az anlaşılırdır. Çünkü bu seçenek daha çok eski testin, Komisyon tarafından nasıl yorumlandığı ve açıklığa kavuşturulması yönünde bir ihtiyacın olup olmadığıyla ilgilidir (Röller ve de la Mano 2006, 14). Bu alternatif esasen SIEC testinin ve hâkim durum testinin hemen hemen özdeş olduğuna ve yeni testin birleşmelerin değerlendirilmesini önemli ölçüde değiştirmeyeceği görüşüne dayanmaktadır. Esasa ilişkin testin değiştirilmesini, önceki testin kapsamını, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkiler açısından açıklığa kavuşturmadan ibaret sayan bu yaklaşım, birleşmelerin değerlendirilmesinin ve kullanılan ölçütlerin esasen değişmeyeceğini savunmaktadır (Fagerlund 2005, 43).

İkinci alternatif temel olarak, hâkim durum testinin ikinci aşaması olan SIEC ölçütüne bağımsız bir konum sağlamayan ve bu iki aşamayı tek bir ölçütün iki unsuru olarak gören içtihat hukukundan destek almaktadır. Nitekim Komisyon'un, önceki testte, SIEC ölçütüne ayrı bir önem vermek yerine, onu pazar yapısında meydana gelecek kalıcı değişiklikler-pazarın dinamik analizi açısından hâkim durum ölçütü altında ele almayı tercih ettiği, böylece onu hâkim durum ölçütünün tamamlayıcı bir parçası olarak yorumladığı öne sürülmüştür (Selvam 2004, 62-63)¹⁰⁹.

Yeni testin, birleşmelerin değerlendirilmesini önemli ölçüde değiştirmeyeceği görüşü, AB ve ABD yaklaşımlarını karşılaştıran ve her iki sistemin de bozulmamış bir rekabet sistemini korumayı amaçladığı, birleşmeleri değerlendirirken esasa ilişkin pek çok unsura aynı şekilde dikkat ettiği ve her iki testin de uygulamada benzer sonuçlar verecek şekilde yorumlandığı yönündeki görüşten destek almaktadır (Fagerlund 2005, 45-46). Bu çerçevede, SIEC testinin bu alternatif yorumu, esas olarak olası iki ana temelden birine dayanmaktadır. Birinci seçenek, hâkim durum testinin anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri zaten kapsadığı önermesidir. Aksi halde hâkim durum testi bozulmamış bir rekabet sistemini sağlama konusunda yetkin bir test olmaktan uzak olacaktır. İkinci seçenek ise, hâkim durum testinin anılan tek taraflı etkileri kapsamadığı veriyken, aslında anlaşmacı olmayan oligopol durumunu rekabetçi endişeler doğuracak yeterlilikte bir sorun olarak görmeyen ve yalnızca hâkim durum eşliğini, rekabetçi endişelerin başladığı kırmızı çizgi olarak gören yaklaşımdır.

¹⁰⁹ Bu çerçevede SIEC ölçütünün, hâkim durum testi altında, Komisyon'un takdir hakkını temsil ettiği söylenebilir.

3.2.1.3. Katıksız SIEC Testi

SIEC testi için üçüncü alternatif, yeni testin lafzına paralel olarak, birleşmeleri tek bir ölçüte (SIEC) göre değerlendirdiği ve hâkim durum eşiğinin geçilmesinin ise etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin yalnızca bir örneğini temsil ettiği durumdur. Bu durumda, lafızlarındaki farklılığa karşın SLC ve SIEC testleri hemen hemen özdeş olarak nitelendirilebilecektir.

Katıksız bir SIEC testi, çapraz bulaşma riskini bütünüyle ortadan kaldıracak ve Komisyon'a daha fazla takdir hakkı vererek katı bir hukuki yaklaşım benimseyen hâkim durum testine göre birleşmelerin daha esnek şekilde değerlendirilmesini sağlayacaktır. Hâkim durum testinin geçirdiği gelişmenin ABD ve AB yaklaşımları arasındaki farkı giderek azalttığı hesaba katıldığında, bu seçeneğin mevcut içtihat hukukunu geçersiz kılmayacağı ortadadır. Zira asıl sorun pazar payları açısından yapısal parametrelere mi yoksa denge etkileri açısından pazar gücüne mi daha çok ağırlık verileceği konusudur ve etki bazlı yeni testin esasen rekabet üzerindeki etkilere odaklanacağı beklenmektedir (Fagerlund 2005, 47-48).

Esasa ilişkin yeni testte hâkim durum testinin varlığını kabul eden Völcker (2004, 404-405), Komisyon'un uygulamada dört nedenden ötürü tek taraflı etkilere dayanarak değerlendirmede bulunacağını ve yeni testi katıksız bir SIEC testi olarak yorumlayacağını öne sürmektedir. Birincisi, esasa ilişkin testin değiştirilmesinde odak noktasının, hâkim durum testinde algılanan yaptırım açığı olduğu hesaba katıldığında, Komisyon'un yeni testin sınırlarını test etmesi beklenen bir durumdur. İkincisi, Komisyon'un karar verme sürecinde, olabildiğince çok rekabetçi zarar kuramı ortaya koyma yönündeki geleneksel yaklaşımının, SIEC testinin sınırlarının keşfini kolaylaştıracağı ve bu durumun, hâkim durum eşiğinin geçilmediği her birleşme için söz konusu olacağı beklenmektedir. Üçüncüsü, bizzat birleşmenin taraflarının, olası bir çapraz bulaşma riskinin kurbanı olmamak amacıyla, Komisyon'un hâkim durum ölçütü yerine tek taraflı etkiler analizi yürütmesini tercih etmeleri ve Komisyon'u da bu yönde yönlendirmeleri beklenmektedir. Sonuncusu ve en önemlisi, üçüncü taraf niteliğindeki davacıların, Komisyon'un birleşmelere izin veren kararlarına karşı itiraz ederek ve bu kararların iptal edilmesini başararak¹¹⁰, delil standardı açısından birleşmelerin yasaklanması ile onaylanmasını simetrik hale getirmeleridir. Bu gelişmelerden sonra, Komisyon'un, artık izin verdiği kritik her birleşme dosyasında, ilgili birleşmenin anti-rekabetçi etkilerine ilişkin değerlendirmede bulunurken doğru testi uygulamadığı (yalnız hâkim durum

¹¹⁰ Case T-156/98 RJB Mining v Commission [2001] ECR II-337, Case T-114/02 Babyliiss v Commission [2003] ECR II-1279 ve Impala v Commission.

testini uyguladığı) iddiası ile karşılaşma riskini ortadan kaldırmak amacıyla tek taraflı etkiler analizi yürütmesi beklenmektedir.

3.2.2. Değişiklik Sonrası Uygulamaya Bakış

Etki bazlı yeni testin beklenen yararları arasında en önemlisi, yukarıda ayrıntılı şekilde yer verilen, birleşmelerin kontrolündeki etkinlik artışıdır. Daha yüksek bir refah düzeyi elde edilmesi ile sonuçlanacak söz konusu etkinlik artışı, bu artışın özellikle görülebileceği değişiklik sonrası uygulama ışığında, aşırı yaptırımın ve eksik yaptırımın azaltılması olarak iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

3.2.2.1. Aşırı Yaptırımın Azaltılması

Aşırı yaptırım riski esasen, hâkim durum testindeki SIEC ölçütüne göre bağımsız bir değerlendirmenin yürütülmesi halinde büyük ölçüde ortadan kaldırılabilecektir. Komisyon, hâkim durumu gerekli (veya yeterli) ölçüt olmaktan çıkararak yeni testi, rehberler (YBR ve YOBR) ışığında, doğrudan pazardaki rekabet üzerindeki etkilere yoğunlaşmak suretiyle uygulayarak, başlangıçta değişiklik öncesi son dönemlere denk gelen bu eğilimi, yaklaşımının giderek merkezine oturtmuştur.

Komisyon'un etki bazlı bu yaklaşımı, yüksek pazar payları veya pazar liderliklerinin elde edildiği ancak, tarafların ürünlerinin birbirlerinin yakın ikamesi olmadığı ve/veya (rekabetçi kısıt oluşturabilecek güçlü/yakın) rakiplerin sahip olduğu yakın ikame ürünlerin, birleşmenin taraflarının pazar gücü elde etmesine (uygulamasına) imkân vermediği *Bayer Healthcare/Roche*¹¹¹ (koşullu izin), *Siemens/VA Tech*¹¹² (koşullu izin), *Adidas/Reebok*¹¹³ (koşulsuz izin), *EADS/Nokia*¹¹⁴ (koşulsuz izin), *Amer/Salomon*¹¹⁵ (koşullu izin) birleşmelerinde ve rakiplerin kapasite kısıtı altında olmamalarına bağlı olarak rekabetçi baskı uygulayabilecekleri *Bertelsmann/Springer*¹¹⁶ (koşulsuz izin) birleşmesinde açıkça görülmektedir. Komisyon ayrıca, düopol benzeri bir pazar yapısına yol açan *Korsnas/Assidoman Cartonboard*¹¹⁷ birleşmesine, tek taraflı etkilere ilişkin rekabetçi endişeleri geçersiz kılan, birleşen tarafların birbirlerinin en yakın rakibi olmamaları, birleşen firmanın pazar lideri ile daha etkin bir şekilde rekabet edebilecek duruma gelmesi, arz ikamesinin varlığı ve müşterilerin

¹¹¹ Comp/M.3544 [2004].

¹¹² Comp/M.3653 [2005].

¹¹³ Comp/M.3942 [2006].

¹¹⁴ Comp/M.3803 [2005].

¹¹⁵ Comp/M.3765 [2005].

¹¹⁶ Comp/M.3187 [2005].

¹¹⁷ Comp/M.4057 [2006].

dengeleyici alıcı gücüne sahip olması nedenleriyle koşulsuz izin vermiştir. Komisyon bu işlemde, tüketicilere aktarılacak birleşmeye özgü etkinlikleri de açık bir şekilde göz önünde bulundurmıştır.

3.2.2.2. Eksik Yaptırımın Azaltılması

SIEC testi yalnız hâkim durum eşiğini geçen birleşmelerin değil aynı zamanda hâkim durum eşiğini geçmeyen birleşmelerin de potansiyel olarak rekabete zarar verebileceğini kabul ederek birleşmelerin değerlendirilmesini simetrik hale getirmiştir (Renckens 2006, 5). Bu çerçevede yeni testin, açık birleşmelerini kapsayarak, eksik yaptırımın azaltılması bağlamında, birleşmelerin kontrolünde sağladığı etkinlik artışı ele alınmalıdır.

*Syngenta/Advanta*¹¹⁸ - Komisyon, birleşmenin, bazı ülkelerde hâkim durum yaratılmasına bazı ülkelerde ise hâkim durum yaratılmayacak şekilde tek taraflı etkilere yol açarak etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesine neden olacağını belirterek, her iki tür rekabetçi zarar kuramını da aynı işlemde eş anlı biçimde kullanmıştır. Komisyon'un, her iki tip rekabetçi endişeyi giderecek kapsamdaki taahhütler karşılığında izin verdiği işlem, hâkim durum eşiği altındaki tek taraflı etkilerin söz konusu olduğu pazarlar açısından açık birleşmesidir.

*Johnson&Johnson(J&J)/Guidant*¹¹⁹-J&J, müdahaleci kardiyoloji cihazları pazarında, koroner stentler segmenti altındaki ilaç-ayrıştırıcı stentler alt segmentinde, %50-60 pazar payına sahip pazar lideri Boston Scientific'in ardından ikinci büyük oyuncu konumundadır. J&J'nin, işlem sonrasında pazar lideri olmayacak olmasına karşın, önemli bir potansiyel rakip niteliğindeki Guidant'ın birleşme işlemiyle ortadan kalkacak olması, rekabetçi endişeleri gündeme getirmiştir. Ancak Boston Scientific'in yanı sıra pazara yeni giriş yapan Medtronic ve Abbott'un varlıkları ise anılan endişeleri gidermiştir. Bu çerçevede söz konusu birleşme, hâkim durum testine göre, J&J'nin birleşme sonrası ilgili pazarda sadece ikinci büyük oyuncu olmasına bağlı olarak fazla bir endişeye yol açmayacak olmasına karşın, SIEC testine göre Komisyon tarafından hâkim durum eşiği altında tek taraflı etkilere yol açacağına ilişkin olasılıkların göz önünde bulundurulmuş olması nedeniyle, potansiyel bir açık birleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.

*E.ON/MOL*¹²⁰ - MOL, Macaristan'da toptan gaz satış pazarında hâkim durumda bulunmaktadır. E.ON ise elektrik üretim ve gaz perakende satış (alt) pazarlarında faaliyette bulunmaktadır. Komisyon, gaz ve elektrik perakende

¹¹⁸ Comp/M.3465 [2004].

¹¹⁹ Comp/M.3687 [2005].

¹²⁰ Comp/M.3696 [2006].

faaliyetleri ve elektrik üretimi için gaza erişimin çok önemli olduğu Macaristan'da, taraflar arasındaki birleşmenin, E.ON'un elektrik üretim ve perakende gaz satış pazarlarında pazar lideri haline gelmemesine karşın, MOL'un rakiplerin maliyetini artırarak veya gaz kaynaklarına erişimleri kapatarak gaz ve elektrik alt pazarlarında rekabetin önemli ölçüde engellenmesine yol açabileceğini belirtmiştir. Komisyon, toptan düzeydeki azalacak satışlardan kaynaklanacak potansiyel kayıpların, perakende düzeyde yaşanacak fiyat artışları ile fazlasıyla telafi edileceğini ve dolayısıyla birleşen firmanın kapama eyleminde bulunmak için hem kapasiteye hem de yeterli güdüye sahip olduğunu göstermiştir. Komisyon, eski testte olduğu gibi yalnızca pazar liderliği/hâkim durum üzerine odaklanması halinde gündeme gelmesi söz konusu olmayacak dikey tek taraflı etkileri ele almış ve işleme koşullu olarak izin vermiştir. Bu anlamda E.ON/MOL birleşmesi yatay olmayan birleşmeler bağlamında açık birleşmesi olarak değerlendirilebilecektir¹²¹.

*T.Mobile/Tele.Ring*¹²²-T.Mobile/Tele.Ring birleşmesi, yatay birleşmeler açısından, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin ele alındığı ilk açık birleşmesidir. Birleşmenin tarafları, nihai kullanıcılara yönelik Avusturya mobil telefon hizmetleri pazarındaki en büyük ikinci ve dördüncü operatörlerdir. İlgili pazar, beş oyuncudan oluşan bir oligopoldür: Mobilkom (%43), T.Mobile (%22), One (%17), Tele.Ring (%13) ve H3G (%5). Komisyon, birleşmenin pazar lideri/hâkim durum yaratmamasına karşın, Tele.Ring'in pazardan çıkışının, ilgili pazardaki rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinden endişe etmiştir. Komisyon, pazar payları, abonelik değişim maliyetleri ve fiyatlama davranışları gibi faktörlere dayanarak, Tele.Ring'in diğer operatörlere göre çok daha fazla aktif olduğunu ve diğer oyuncuları üzerinde ciddi rekabetçi baskılar uyguladığını, bu anlamda ilgili pazarda oyunbozan¹²³ (*maverick*) bir oyuncu rolünde (pazardaki rekabetin önemli bir unsuru) olduğunu belirlemiştir. Komisyon ayrıca, T.Mobile tarafından, birleşme ile elde edilecek müşteri tabanı genişlemesinin, bu operatörün agresif fiyatlama politikası yürütmesine yönelik teşvikleri azaltacağına da dikkat çekmiştir¹²⁴. Komisyon en son, H3G'nin bütün Avusturya'yı kapsayan bir şebekesi olmaması ve One'ın da pazarın üst

¹²¹ İşlemin taraflarının, ikinci-evre inceleme esnasında geri çektikleri *AMI/Eurotecnica* - Comp/M.3923 [2005]- birleşmesi de yatay olmayan birleşmeler açısından açık birleşmesi adaydır.

¹²² Comp/M.3916 [2006].

¹²³ Oyunbozan, piyasa genelinde üzerinde fikir birliğine varılmış hususları izlemeyi reddedip en düşük fiyatı teklif ederek rakiplerinin önceki müşterilerinin çoğunu ele geçiren firma olarak tanımlanabilir.

¹²⁴ Müşteri tabanı arttıkça yeni müşterileri çekmek amacıyla düşük fiyatlar teklif etmenin daha az kârlı hale gelmesi kaçınılmazdır. Zira böyle bir politika benimsenmesi durumunda mevcut müşterilerden elde edilen gelirlerdeki azalma, yeni müşterilerden elde edilecek gelirlerdeki artışla telafi edilemeyebilir.

segmentlerine seslenmesi nedenleriyle diğer operatörlerin, Tele.Ring'in oyunbozan rolünü üstlenmelerinin olası olmadığını belirtmiştir. Bu çerçevede Komisyon, birleşmenin, pazardaki oyunbozan firmanın elenmesi ve birleşen firma dahil ilgili pazardaki hiçbir oyuncunun Tele.Ring'in agresif fiyatlama politikasını sürdüreceği herhangi bir güdüye sahip olmaması nedeniyle tek taraflı etkilere yol açacağı sonucuna varmıştır¹²⁵.

3.2.3. Değişiklik Sonrası Uygulama Işığında Eğilimin Yönü

Değişiklik sonrası uygulamadan, hâkim durumun çoğu birleşmede önemli bir rol oynamayı ve rekabetçi zararların önemli bir dayanağını oluşturmayı sürdürdüğü, ancak, hâkim durum tespitine ulaşmada yapısalci faktörlerden daha fazlasının gerekli olduğu ve esasen denge etkilerine bakılmakla birlikte bu etkilere ilişkin analizlerin genellikle hâkim durum kavramı altında yürütüldüğü, dolayısıyla hâkim durum temelli ve etki bazlı yaklaşım arasında bir gerilimin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, Komisyon'un genel olarak, içtihat hukukunun devamlılığına pek çok kez atıf yapan Tüzük ve rehberlere paralel biçimde, birleşmelerin rekabetçi etkilerini değerlendirmesinde kökten bir değişikliğe gitmediği, ancak, denge etkilerine vurgu yapan ve etki bazlı bir yaklaşım benimseyen bir eğilimde olduğu göz önüne alındığında, katıksız bir SIEC testinden söz etmenin henüz mümkün olmadığı açıktır. Nitekim Birleşme Tüzüğü'nün dibacesininin 26. paragrafı, Komisyon'un yeni testi eski teste benzer şekilde uygulayacağına işaret etmektedir.

Komisyon'un yeni testi, denge etkilerine önem vererek yalnız aşırı yaptırım riskini değil aynı zamanda eksik yaptırım riskini de giderme yönünde giderek etkin kullandığı görülmektedir. SIEC testi ile birlikte, hâkim durum testi altındaki *açık* birleşmelerinin (*T.Mobile/Tele.Ring* ve *E.ON/MOL*) yakalanabildiği, tek taraflı etkiler aracılığıyla yaptırım açığının kapatılabildiği gerçeği karşısında, yeni testi, önceki testin açıklığa kavuşturulmuş halinden ibaret varsaymak reformun amacına, reforma ilişkin beklentilere ve SIEC testinin kendini gösterdiği uygulamaya açık bir zıtlık oluşturması nedeniyle mümkün görünmemektedir.

Komisyon'un yetkilerini genişleteceği tek alanın anlaşmacı olmayan oligopoller olduğunu açıkça belirten ve etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin çoğunlukla hâkim durum eşiğinin geçilmesinden kaynaklanmayı sürdüreceğini öngören mevzuatın yanı sıra Komisyon'un yasal

¹²⁵ Komisyon, ayırtırmaya konu varlıkları devralacak teşebbüsün (H3G), Tele.Ring'in rolüne benzer bir rol sergilemesine olanak sağlayacak tesis ve frekansların ayrıştırılmasını içeren taahhütler karşılığında işleme izin vermiştir.

belirliliği korumak adına hâkim durum kavramından ayrılma yönündeki gönülsüzlüğü, hâkim durum kavramına, yeni testin içinde ikinci bir değerlendirme ölçütü (ikinci bir test) işlevi yüklemektedir. Nitekim Senyücel (2005, 36) yeni testin, anlaşmacı olmayan oligopollerini içeren bir hâkim durum testi olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.

Komisyon'un, tek başına hâkim duruma ilişkin ikna edici delil mevcut olmadığı zaman tek taraflı etkiler analizi yürütmesinden (*Syngenta/Advanta*), tek başına hâkim durum yaratılması ortadayken (*Syngenta/Advanta*) veya tek taraflı etkilere ilişkin ikna edici delil mevcut olmadığı zaman tek başına hâkim duruma dayanmasından¹²⁶ ya da tek başına hâkim durum ile ilişkili hususlardan bütünüyle arınmış ve yalnızca tek taraflı etkilere dayanan bir değerlendirmede (*Oracle/Peoplesoft*¹²⁷, *T.Mobile/Tele.Ring*) bulunmasından (Baxter ve Dethmers 2005, 382), yeni testi, kendisine opsiyonel iki ölçüt/iki test (SIEC testi ve hâkim durum testi) sunan ikili bir test olarak yorumladığı sonucuna varılabilecektir.

Komisyon'un etki bazlı yaklaşıma doğru yönelişinin değişiklikten önce tedrici bir şekilde başladığı ve reformla birlikte ivmelendiği göz önünde bulundurulduğunda, yeni testin, Komisyon'un etki bazlı yaklaşımını sürdürmek ve geliştirmek yönündeki iradesinin açık bir göstergesi olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, sistematik eksik yaptırım hatasının giderilmesinin, yeni test ile birlikte elde edilen nitel iyileşmelerden biri olduğunu hatırlamak koşuluyla, Konsey'in yaptığı şeyin, bütünüyle farklı bir yaklaşım getirmekten ziyade, gelişmesini sürdüren mevcut uygulamayı daha ileriye taşıyan bir test formüle ederek (Maudhuit ve Soames 2005, 77) Tüzük ve rehberler yardımıyla da açık bir çerçeve sunmak olduğu söylenebilecektir. İkili test uygulamasının önemli bir sonucu da, Komisyon'un reform sürecinin başından beri üzerinde durduğu, hakim durum testi altındaki içtihadı birikimin korunmasıdır.

Bununla birlikte Völcker (2004, 405-408), Komisyon'un ekonometrik analizlere giderek büyüyen bir ilgi gösterdiğini ancak kısa-orta vadede karmaşık ve gelişmiş bir analiz düzeyinin beklenmemesi gerektiğini, Komisyon üzerindeki bu konuya ilişkin en büyük kısıtların, idari kısıtlar ve kaynak-uzman ekonomist eksikliği olduğunu, yine de orta-uzun vadede Komisyon'un, ABD otoriteleri ve mahkemeleri tarafından yürütülen karmaşık ve gelişmiş ekonometrik analizleri yürütebileceğini öngörmüştür. Bu çerçevede, Komisyon'un, denge etkilerini ve tek taraflı etkileri giderek çok daha sağlam ekonomik bir altyapı üzerinde tesis etmesine ve içtihat hukukundaki tek taraflı etkilere ilişkin yeni açığı

¹²⁶ Komisyon, özellikle mevcut pazar yapısının korunmasına hassasiyet gösterdiği durumlarda, rekabet düzeyindeki değişiklik düzeyinden ziyade hâkim durum ölçütüne odaklanabilir. Özellikle mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ölçütü aracılığıyla tesis edilebilecek bu müdahale, SIEC testinin, SLC testinden daha katı olma potansiyeli taşıdığı alanlardan birisidir (OECD 2004, 125).

¹²⁷ Comp/M.3216 [2004].

kapatmasına paralel olarak esasa ilişkin testin de, ikili bir testten katıksız bir SIEC testine geçiş yapması beklenebilecektir.

3.3. MÜDAHALE EŞİĞİ VE İSPAT STANDARDI

Değişiklik sonrası eğilimin ışığında, yeni testin, birleşmelerin kontrolü açısından müdahale eşiği ve delil standardı üzerindeki etkileri ortaya konulmalıdır. Komisyon, yapılan değişikliğin, birleşmelerin kontrol eşiğinin yeniden tanımlanmasından ziyade açıklığa kavuşturulması olduğu konusunda birçok kez güvence vermeye çalışmıştır. Levy (2005, 102), Komisyon'un eski teste olduğu gibi, yeni teste de, birleşmenin tüketicilere belirgin bir biçimde zarar verebileceğini ortaya koyması gerektiğini, Lindsay (2006, 53) de bu anlamda tek değişikliğin, birleşmenin taraflarının, tüketicilerin belirgin bir biçimde zarar görmesi muhtemel olmasına karşın, hâkim durum eşiğinin geçilmemesi nedeniyle birleşmeye izin verilmesi gerektiğine dair *teknik* duruşu artık benimsemeyecekleri olduğunu belirtmiştir¹²⁸. Fountoukakos ve Ryan (2005, 292-293) da değişikliğin, en fazla testin kapsamının genişletilmesine yol açacağını, bunun da müdahale eşiğinin düşürülmesi olarak görülmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

Bununla birlikte Baxter ve Dethmers (2005, 384), YBR'deki pazar payı varsayımlarının ve bu varsayımlara göre daha düşük yoğunlukta pazar yapılarını işaret eden HHI endekslerine ilişkin eşiklerin, Komisyon'un daha müdahaleci olacağına dair endişeleri hafifletmediğini (Ridyard 2004, 7) ve tek taraflı etkilerin, pazar tanımından ziyade tarafların ürünleri arasındaki ikamenin yakınlığına odaklanmasına bağlı olarak mevzileştirilmiş tek taraflı etkileri yakalamak için Komisyon'un, *Oracle/Peoplesoft* örneğindeki gibi dar pazar tanımlamasına yönelebileceğini¹²⁹ öne sürmüşler ve değişiklik öncesinde başlayan ve geleneksel hâkim durum eşiğinin oldukça altındaki pazar payları açısından rekabetçi endişelerin dile getirildiği birleşmeleri¹³⁰, yeni Tüzük aracılığıyla gerçekleştirilecek daha düşük bir müdahale eşiğine yönelik eğilimin göstergeleri olarak tanımlamışlardır.

Müdahale eşiği, birleşmelerin rekabeti önemli ölçüde engellemelerinin muhtemel olduğu (asgari) etki düzeyi olarak tanımlanabilir (Fountoukakos ve Ryan 2005, 292). Bu çerçevede, bir birleşmeye karşı çıkmak için hâkim durum eşiğinin geçilmesinin gerekli bir koşul olduğu eski teste karşın yeni test için tek

¹²⁸ Lindsay (2006, 52), Tüzüğün dibacesinin 26. paragrafının, Komisyon'un birleşmelere karşı çıkma serbestisini sınırlandıracağını belirtmiştir.

¹²⁹ Bu konuya ilişkin başka bir değerlendirme için Bkz. (Kolasky 2006, 74-76).

¹³⁰ REWE/Meinl (%37) - Case IV/M.1221, Hutchinson/ECT/RMPM (%36) - Case IV/M.1412, Carrefour/Promodes (%30 altı) - Case IV/M.1684 ve Lagardère/Natiexis/VUP (%25) - Comp/M.2978.

koşul, rekabetin önemli ölçüde engellenmesidir. Pazarda kalan rekabet düzeyi ile ilgilenmesine bağlı olarak, hâkim durumun yaratıldığı kırmızı çizgiye kadar oldukça müsamahalı davranan hâkim durum testi açısından müdahale eşiği, hâkim durum olmakla birlikte, aynı zamanda ne kadar rekabetin kaybolduğu ile de ilgilenen SIEC testi açısından müdahale eşiği pazar gücüdür. Dolayısıyla yaptırım açığını kapatan SIEC testinin, tüketicilere belirgin biçimde zarar veren, çoğu değil, tüm birleşmelere, Komisyon'un, gerekli delil standardını karşılaması koşuluyla, müdahale edebilmesine olanak sağlamasına bağlı olarak, eski teste göre müdahale eşiğini düşürmesi kaçınılmazdır.

Delil standardına ilişkin olarak ise, her ne kadar hâkim durum eşiğinin geçildiği birleşmelerde, delil standardının daha düşük olduğu öne sürülebilirse de, etki bazlı yeni testin yüksek analitik ve delil standardı getirmesine yönelik genel beklentilerin yanı sıra Komisyon, her türlü rekabetçi zarar kuramında denge etkilerine giderek daha çok ağırlık verir hale gelmiştir. Ayrıca İDM'nin *Airtours/First Choice*, *Schneider/Legrand* ve *Tetra Laval/Sidel* kararları, esasa ilişkin testin gerektirdiği delil standardının karşılanmaması durumunda, Komisyon'u hesap vermeye çağırma nasıl kullanılabileceğinin örnekleri olarak Komisyon'un hatırında yer almaktadır. Bu nedenle değişiklikle birlikte delil standardının değişmeyeceği aksine, Komisyon'un gelişmiş ekonometrik analizler yapma yetkinliğindeki artışla birlikte daha da yükseleceği beklenmektedir.

BÖLÜM 4

TÜRKİYE'DE BİRLEŞMELERİN KONTROLÜ

Bu bölümde, birleşmelerin etkin şekilde kontrol edilmesi amacı açısından, buraya kadar ele alınan AB deneyimi çerçevesinde ve Türkiye uygulaması ışığında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'un 7. maddesindeki hâkim durum testi ve gösterdiği gelişme, bu testteki yaptırım açıkları ve bu bağlamda söz konusu testin değiştirilmesinin gerekip gerekmediği, bir değişiklik gerekli ise, bunun ne şekilde olmasının uygun olacağı değerlendirilecektir.

4.1. 4054 SAYILI KANUN'UN 7. MADDESİ - HAKİM DURUM TESTİ

Teşebbüsler arasındaki birleşmeleri ele alan Kanun'un 7. maddesi;

[B]ir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak

nitelikteki birleşme ve devralmaları yasaklayarak, mehz mevzuat 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'ndeki hâkim durum testini benimsemiştir. Dolayısıyla hâkim durum testi için yapılan değerlendirmeler genel olarak Türkiye uygulaması için de geçerlidir. Nitekim Gülergün (2003, 208-209), 1997/1 sayılı Tebliğ'de¹³¹, farklılaşmış ürün ayırımı yapılmaksızın, tipik pazar tanımı-pazar payı hesaplamasının öngörüldüğünü ve birleşen firma ile bu firmanın rakiplere göre büyüklükleri üzerindeki vurguya atıf yapan yapısalci yaklaşımın baskın olduğunu ve gelişmiş iktisadi yöntemler kullanılarak birleşmelerin doğrudan (fiyat üzerindeki) etkilerinin göz ardı edilerek,

¹³¹ 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

birleşmelerin kontrolünün altında yatan saikin bütünüyle gerçekleştirilemediğini belirtmiştir¹³².

4.2. 10 YILLIK UYGULAMAYA GENEL BİR BAKIŞ

Esasa ilişkin testin nasıl yorumlandığı Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları ışığında değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede belli yasaklama, koşullu izin ve izin kararlarına bakılması gerekmektedir.

İGSAŞ¹³³ - Azotlu ve kompoze gübreler ilgili ürün pazarlarında faaliyet gösteren İGSAŞ'ın %99,98 oranındaki hissesinin özelleştirme yoluyla Toros Gübre tarafından devralınmasını inceleyen Kurul,

Pazarın geneli ve taraflar hakkındaki tespitler çerçevesinde; halihazırda giriş engellerinin yüksek olduğu gübre pazarının oligopolistik yapısının güçlenmesi ve bu şekilde pazara girmenin ve pazarda faaliyet göstermenin zorlaşması, azotlu gübre ithalatının yaklaşık üçte birini gerçekleştiren Toros Gübre'nin satış ve üretim miktarı ile kurulu kapasite yönüyle pazar lideri konumuna geçmesi, azotlu gübre satışlarındaki ağırlığı gitgide artan üre ve AN gübresi satışlarının yarısından fazlasının Toros Gübre tarafından gerçekleştirilecek olmasının bu teşebbüsün pazarda daha da büyüme olanağını ele geçirmesi anlamına gelmesi ve bayi ağının genişleyip, bayi satışlarında etkinliğin artırılmasıyla Toros Gübre'nin rakiplerine karşı ciddi bir avantaja sahip olması ve dikey ilişkilerde pazarlık gücünün daha da artması etkilerini doğuracak işlem sonucunda, Toros Gübre'nin azotlu gübreler pazarında hâkim duruma geçeceği

gerekçeleriyle işleme izin vermemiştir. Kurul'un ilk yasaklama kararı özelliğini taşıyan bu kararda, yapısal parametrelerin yanı sıra dengeleyici faktörlerin varlığı irdelenmiş ve pazar dinamik açıdan ele alınmıştır. Karardan, Kurul'un, hâkim durum yaratılmasının, doğrudan etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesine yol açacağı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır.

Gaziantep Çimento¹³⁴ - Kurul, yüksek pazar payı ve yoğunlaşma oranları, ilgili pazara özgü düşük talep esnekliği ve teknolojik açıdan olgun pazar yapısı, yüksek giriş engelleri ve rekabetçi baskıda bulunabilecek üçüncü taraf teşebbüslerin eksikliği gerekçelerine dayanarak birleşen firmanın en yakın rakibinin iki katı büyüklüğe ulaşacağı ve pazarın büyük bir bölümünün

¹³² Kanun'un 7. maddesine ilişkin bir değerlendirme için Bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı - Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu 2007.

¹³³ 03.11.2000 tarih, 00-43/464-254 sayılı karar.

¹³⁴ 20.12.2005 tarih, 05-86/1190-342 sayılı karar.

kontrolünü eline geçireceği birleşmeye, tek başına hâkim durumu yaratılacağı nedeniyle izin vermemiştir¹³⁵.

THY-DO&CO/USAŞ¹³⁶ - Uçak içi ikram hizmetleri pazarında faaliyette bulunan Usaş'ın, yine aynı pazarda faaliyet göstermek için kurulan THY-DO&CO ortak girişimi tarafından devralınması işlemine, anılan ortak girişimin alt pazar niteliğindeki havayolu ile yolcu taşımacılığı pazarında THY ile diğer şirketler arasında ayrımcılık yapmamayı taahhüt etmesi koşuluyla izin verilmiştir. THY'nin, alt pazarda önemli ölçüde pazar gücüne sahip olduğu ve Usaş'ın da üst pazarda, pazar lideri konumunda bulunduğu dikey birleşme, müşteri kapama ve rakiplerin maliyetlerini artırma açısından ciddi sakıncalar ve üst pazarda hakim durum yaratılma tehlikesi içermektedir. Kararda, THY'nin alt pazardaki en büyük alıcı olması açısından, olası müşteri kapama etkisinin, anılan ortak girişimin kurulmasına ilişkin Kurul kararı¹³⁷ uyarınca getirilen, THY'nin ikram hizmeti alımlarını rekabetçi şartlarda sağlamaya devam etmesi şartı ile önlenebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca üst pazar açısından geçerli olan yöntem bilgisi, ölçek ekonomileri, münhasır anlaşmalar nedenleri ile söz konusu olan yüksek giriş engellerinin yanı sıra, alt pazardaki önemli alıcı gücüne sahip THY'nin de dikey bütünleşme içerisine girmesi dikkate alındığında, alt pazardaki rakiplerin maliyetlerini artırma riski anılan taahhüt ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak her iki anti-rekabetçi etkiyi gidermek adına Kurul tarafından getirilen koşullar esasen, yatay olmayan birleşmelerin anti-rekabetçi olup olmadıklarının değerlendirilmesinde öngörülen kapasite-teşvikler/olasılık-etki şeklindeki üç aşamalı analizin, birleşen firmanın, rekabete aykırı davranma olasılığının değerlendirildiği ikinci aşamasındaki, yasal caydırıcılar başlığı altında hesaba katılan etkenlerdir. Dolayısıyla söz konusu birleşmenin anti-rekabetçi olup olmadığına ilişkin değerlendirmede yürütülen analizde hesaba katılan bir hususun, bu işleme izin verilmesinin koşulu olarak getirilmesi, birleşmelerin kontrolünün altında yatan saik ile çelişmektedir¹³⁸.

Kurul ayrıca *Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham*¹³⁹ ve *Syngenta/Advanta*¹⁴⁰ kararlarında hâkim durum yaratılarak ve *Benkar/FIBA*¹⁴¹

¹³⁵ Kurul ayrıca, 20.12.2005 tarih, 05-86/1192-344 sayılı *Van Çimento* kararında, Van Çimento'nun, Limak Grubu tarafından devralınması işlemine de hâkim durum yaratılmasına ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacağı gerekçesiyle izin vermemiştir. Kurul'un, liman özelleştirmeleri ile ilgili olarak da, örneğin İzmir Limanı'nın özelleştirilmesine ilişkin 05.06.2007 tarih, 07-53/615-204 sayılı ve 20.06.2007 tarih, 07-47/507-182 sayılı kararlarında hâkim durum yaratılarak ve hâkim durum güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde engelleneceği sonuçlarına varılmıştır.

¹³⁶ 29.12.2006 tarih, 06-96/1225-370 sayılı karar.

¹³⁷ 29.12.2006 tarih, 06-96/1224-369 sayılı karar.

¹³⁸ Benzer bir değerlendirmenin Kurul'un 28.05.1998 tarih, 67/517-84 sayılı *Trakmak Traktör/New Holland* kararı için de geçerli olduğu söylenebilir.

¹³⁹ 03.08.2000 tarih, 00-29/308-175 sayılı karar.

kararında da hâkim durum güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde engellenebileceği sonucunun doğabileceğini belirtmiş ve ilk iki kararda ayırıştırma diğeriinde de münhasırlık koşulunun kaldırılması koşulları ile anılan işlemlere izin verilmiştir. Kurul'un yalnızca yapısal parametrelere bakmadığı ve ulaşılan pazar gücünü dengeleyici faktörlere de gerektiğinde yeterince önem verdiği, hâkim durum eşiğinin ilk bakışta geçildiği izlenimini veren işlemlere ilişkin kararlarında görülmektedir:

Rockwood/Süd Chemie¹⁴²-Birleşme öncesi düopol (benzeri) niteliğindeki "karbonsuz geliştiriciler" pazarında, birleşen firmanın %90-100 pazar payına ulaşacağı birleşmeye, ikame teknolojilerinin rekabet baskısının, potansiyel rekabet unsurunun ve alternatif arz kaynaklarının varlığının, ilgili pazardaki müşterilerin sınırlı sayıda oluşuna bağlı alıcı gücünün birleşen firmanın elde edeceği pazar gücünü önemli ölçüde sınırlayacağı gerekçeleriyle izin verilmiştir.

Kurul ayrıca Bemka Emaye Bobin Teli¹⁴³ kararında hâkim durum yaratılması ve Teias'a ait iki çift fiber optik kablunun Türk Telekom'a kiralanmasına ilişkin kararında¹⁴⁴ da hâkim durumun güçlendirilmesi yoluyla etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesine yol açılmayacağı sonuçlarına, pek çok dengeleyici faktörün varlığını tespit ederek varmıştır.

Sakız Devralması¹⁴⁵-2007 yılının ikinci yarısında, genel olarak sakız piyasasındaki üçüncü büyük firma olan Kent'in, lider firma Intergum'ı devralarak pazarın en büyük oyuncusu haline geleceği işleme ilişkin karar, ciddi rekabetçi endişelerin geçerli olduğu işlemlerde, Kurul tarafından, yapısal parametrelerin yanı sıra anti-rekabetçi endişeleri şiddetlendirici ve dengeleyici faktörlerin ele alındığı ve pazarın aynı zamanda dinamik bazda analiz edilerek denge etkilerinin hesaba katıldığı, oldukça kapsamlı değerlendirmelerin yapılacağına işaret etmesi açısından çok önemlidir¹⁴⁶.

Kurul şekersiz, tatlandırıcılı ve şekerli sakız pazarları olmak üzere tanımladığı üç ilgili ürün pazarından şekersiz sakız pazarında, Intergum'ın sahip olduğu mevcut hâkim durumun güçlenmesi aracılığıyla Kent'in hâkim duruma geleceği ve bu pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılacağı sonucuna varmış ve söz konusu işleme, Kent'in Nazar markasının üçüncü bir teşebbüse devredilmesi taahhüdü karşılığında izin vermiştir. Bu taahhülle birlikte, şekersiz sakız

¹⁴⁰ 29.07.2004 tarih, 04-49/673-171 sayılı karar.

¹⁴¹ 18.09.2001 tarih, 01-44/433-111 sayılı karar.

¹⁴² 29.12.2005 tarih, 05-88/1229-358 sayılı karar.

¹⁴³ 11.07.2002 tarih, 02-43/504-209 sayılı karar.

¹⁴⁴ 11.07.2007 tarih, 07-59/675-234 sayılı karar. Kurul bu değerlendirmeye, nihai inceleme sonucunda ulaşmıştır.

¹⁴⁵ 23.08.2007 tarih, 07-67/836-314 sayılı karar.

¹⁴⁶ Karar'ın tek taraflı etkilere ilişkin değerlendirmesi için Bkz. Bölüm 4.2.1..

pazarında yoğunlaşma doğurucu bir etkinin önlenmesi nedeniyle anılan işlem, Intergum'ın mevcut hâkim durumunun devralınmasından ibaret hale gelmiştir. Kurul, yüksek pazar payları (%85-90) ve yoğunlaşma oranlarına (HHI-7658 ve Δ HHI-1404) ek olarak fiziki yatırım maliyetleri-marka bilinirliği-reklam harcamaları-bulunurluk oranları-bulundurulması zorunlu ürün niteliği unsurları bağlamında batık maliyet niteliğindeki marka yatırımı ve sahip olunan marka gücünün ve dağıtım kanallarına giriş güçlüğü'nün, giriş engellerini zorlaştırdığı tespitinde bulunmuştur. Bunun yanında Kurul geniş ürün portföyü, dengeleyici alıcı gücü yokluğu, ilgili pazarın dinamik analizi doğrultusunda yeni girişlerin beklenmemesi hususlarını göz önünde bulundurmıştır. Kurul ayrıca Kent'in Nazar markasının, üçüncü sırada olmasına ve aralarındaki büyük güç farkına karşın, Intergum'ın Falım markasının en yakın rakibi olduğunu ve ilgili pazarda diğer markalara göre daha düşük fiyatla satılan Nazar'ın, rekabetin zaten çok kısıtlı olduğu ilgili pazarda önemli bir rekabetçi kısıt işlevini üstlendiğini belirterek ve fiyat maliyet analizleri çerçevesinde iki markanın bir araya gelmesinin yüksek fiyatları daha da yükselteceğini göstererek, esasen tek taraflı etkilere ilişkin analizleri destekleyici faktör olarak kullanmıştır¹⁴⁷.

Sonuç olarak, Kurul'un, kararlarından, hâkim durum testini birbirinden bağımsız iki aşamalı olarak uygulamaktan ziyade hâkim durum eşiğinin geçilmesine odaklandığı veya her iki aşamayı bir bütün içerisinde değerlendirdiği, hâkim durum eşiğinin geçilmesine ilişkin tespitte bulunduktan sonra etkin rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediğine dair ayrı bir değerlendirme yapmama eğiliminde olduğu görülmektedir. Nitekim *Cisco/IBM*¹⁴⁸ kararında, iki aşamalı bir yaklaşım benimsenerek hâkim durum ölçütüne göre kısa vadeli ve SIEC ölçütüne göre uzun vadeli bir perspektif doğrultusunda hâkim durum yaratılacağı ancak etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmeyeceği yönünde bir değerlendirme yapmak yerine sadece bildirim konusu işlemin etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir.

4.2.1. Yaptırım Açıkları

Türkiye uygulaması açısından hâkim durum testi için geçerli olan yaptırım açıkları, yalnız anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri değil aynı zamanda koordine edilmiş etkileri de içermesi nedeniyle AB deneyiminden farklılaşmaktadır. Söz konusu yaptırım açıklarına özgü önemli bir husus da, bu yaptırım açıklarına konu anti-rekabetçi etkilere, rekabet hukukunun ardıl denetim öngören diğer araçları ile dahi müdahale edilemeyecek olmasıdır.

¹⁴⁷ Kurul ayrıca, Kent'in portföy gücü elde edip etmediğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur.

¹⁴⁸ 02.05.2000 tarih, 00-16/160-82 sayılı karar.

Bu durum, söz konusu yaptırım açıklarının, rekabet ve tüketici refahı üzerindeki sonuçlarını daha vahim kılmaktadır.

i. Birlikte Hâkim Durum

Kurul, birlikte hâkim durumu ilk kez *PwC/IBM*¹⁴⁹ ve daha ayrıntılı olarak *AGCO/KONE*¹⁵⁰ kararında ele almış ve *Airtours* kriterlerinden ziyade *denetim listesi* yaklaşımını benimsemiştir.

*Ladik Çimento*¹⁵¹-Kurul'un, *Şanlıurfa Çimento*¹⁵² kararı ile beraber, birlikte hâkim durum yaratılacağı gerekçesiyle izin vermediği ilk karar olması ve Danıştay'ın konuya ilişkin olarak Kanun'un 7. maddesi'nin kapsamı hakkındaki hükümleri açısından Ladik Çimento kararı oldukça önemli bir karardır. Kurul, Ladik Çimento'nun Akçansa'ya devrine, ilgili pazarda oyuncu sayısının azalması, yüksek giriş engelleri, homojen ürün niteliğine ve teknolojik gelişmenin yokluğuna bağlı rekabetçi araçların azlığı, şeffaf pazar yapısı, düşük talep esnekliği ve istikrarlı talep yapısı, alıcı gücünün yokluğu, rakiplerin pazarda sık sık karşılaşmaları, pazar oyuncularını arasındaki yapısal bağlar, birden fazla pazarda etkileşim riski, geçmiş rekabet ihlalleri, pazardaki oyuncuların simetrik güçleri ve devre konu teşebbüsün oyunbozan firma özelliği nedenlerine dayanarak birlikte hâkim durum için gerekli *Airtours* kriterlerinin karşılandığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır.

Akçansa'nın, Kanun'un, birlikte hâkim duruma yol açan birleşmelerin yasaklanmasına izin vermediği gerekçesiyle, Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemli başvurusu üzerine Danıştay, yürütmenin durdurulması kararını¹⁵³ vermiştir. Danıştay, Kurul'un birlikte hâkim durum analizini esastan değerlendirmek yerine,

Akçansa'nın, Ladik Çimento'yu devralması durumunda ilgili coğrafi pazarda tek başına hâkim duruma gelmediğinin, böylece Kanun'un 7. maddesinde yasaklanan bir birleşme veya devralma yoluyla hâkim durum haline gelme davranışının yaşanmadığı ... Ladik Çimento'nun devri halinde 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında sözü edilmeyen, birlikte hâkim durum yaratılacağından ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacağından bahisle, devralma işlemine izin verilemeyeceği yolunda alınan Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁴⁹ 27.09.2002 tarih, 02-57/718-287 sayılı karar.

¹⁵⁰ 20.11.2003 tarih, 03-75/911-385 sayılı karar.

¹⁵¹ 20.12.2005 tarih, 05-86/1188-340 sayılı karar.

¹⁵² 20.12.2005 tarih, 05-86/1191-343 sayılı karar.

¹⁵³ Esas No:2005/10038 [01.03.2006].

ifadelerinde açıkça görüldüğü üzere, Kanun'un 7. maddesinin birlikte hâkim durumu kapsamadığına hükmetmiştir.

Her ne kadar mehz mevzuata paralel olarak, Kanun'un 6. maddesinin aksine 7. maddesinde, birlikte hâkim duruma açıkça yer verilmemiş ve yasaklanan hâkim durum, işleme taraf olanlarla sınırlı olacak şekilde tanımlanmış olsa da, mehz mevzuattan farklı olarak Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum;

[B]elirli bir piyasadaki *bir veya birden fazla teşebbüsün* rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonometrik parametreleri belirleyebilme gücü

olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla AB rekabet hukukunda, bozulmamış bir etkin rekabet sisteminin korunması amacıyla, sonuç-hedefli yorum benimsenerek içtihat hukuku ile kendine yer edinen birlikte hâkim durumun, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin uygulanması açısından sahip olduğu yasal zeminin daha güçlü olduğu söylenebilecektir. Ancak Avustralya ve Yeni Zelanda örneklerinde görüldüğü üzere¹⁵⁴, yetkili yargı organları tarafından hâkim durum testinin sınırları, birlikte hâkim durum kapsam dışı bırakılacak şekilde belirlenebilmektedir.

ii. Tek Taraflı Etkiler

Komisyon'un, anlaşmacı olmayan oligopol durumları için, Yeşil Kitap'ta, şimdiye kadar böyle bir durumla karşılaşmadığına dair beyanına paralel olarak Kurul'un da, esasen hâkim durum testinin temsil ettiği rekabetçi endişeler arasında yer almaması nedeniyle böyle bir durumla karşılaşmadığı söylenebilecektir. Ancak *Sakız Devralması*'nın, tek taraflı etkiler açısından açık birleşmesi adayı olduğu düşünülmektedir.

Sakız Devralması-Hâkim durum testine göre değerlendirilen *Sakız Devralması*, hâkim durum eşliğinin geçilmediği tatlandırıcı sakız pazarında, koordine-edilmemiş etkilere yol açacağı gerekçesiyle açık birleşmesi olarak tanımlanabilecektir. Şekersiz sakız pazarına paralel olarak, marka bilinirliği-reklam harcamaları-bulunurluk oranları bağlamında batık maliyet niteliğindeki marka yatırımının, sahip olunan marka gücünün, dağıtım kanallarına giriş güçlüğünün, geniş ürün portföyü ile dengeleyici alıcı gücü yokluğunun geçerli olduğu tatlandırıcı sakız pazarında üçüncü büyük firma (Kent), ikinci büyük firmayı (Intergum) devralarak pazar lideri olacaktır. İşlem sonrası iki büyük - Kent (%50-60) ve Perfetti (%40-50) - ile iki çok küçük - Ülker ile Andıç

¹⁵⁴ Bu konuya ilişkin Avustralya değerlendirmesi için Bkz. Jones (2002) ve Yeni Zelanda açısından örnek kararı için Bkz. Goddard ve Curry (2003).

(%0-10) - oyuncunun kalacağı düopol benzeri pazarda yoğunlaşma oranları da oldukça yüksektir (HHI-4486 ve ΔHHI-820). Kurul, Intergum'a ait First'ün marka gücüne sahip olduğunu ve Kent'e ait Trident markasının da kısa zamanda kayda değer bir pazar payı elde ettiğini belirtmiş, ancak, Perfetti'nin hatırı sayılır marka gücüne sahip Vivident markası ile Kent üzerinde rekabetçi baskı yaratabilecek olması nedeniyle Kent'in hâkim duruma gelmeyeceği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte kararın, fiyat-maliyet analizlerinin yürütüldüğü kısmında, tatlandırıcı sakız pazarındaki fiyat hareketleri incelenmiş ve Perfetti'nin her zaman rakiplerine göre yüksek fiyattan satış yaptığı, diğer oyuncuların ise neredeyse aynı fiyat düzeyinden satış yaptıkları, ancak, işlem sonrası Kent'le aynı düzeyde fiyat stratejisi izleyen sadece Ülker'in kalacağı ve Kent'in Ülker'i dikkate almadan fiyatlarını Perfetti'nin düzeyine çekebileceği, bunun yaklaşık %20-30'luk bir fiyat artışı anlamına geldiği¹⁵⁵, ancak, devralma işlemi potansiyel bir fiyat artışı etkisini içinde barındırorsa da, Perfetti'nin %40-50'lik pazar payı varlığı nedeniyle Kent'in tatlandırıcı sakız pazarında hâkim duruma gelmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca işlem sonrası, genel olarak sakız pazarında da rekabetin önemli ölçüde azalabileceği endişesi doğduğu, ancak, Kent'in tatlandırıcı ve şekerli sakız pazarlarında güçlü markaları olacak olmasına karşın Kent'in hâkim duruma gelmesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Kurul, anılan işlemin, tatlandırıcı sakız pazarında hâkim durum yaratılmamasına karşın etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi ile sonuçlanacağını, etki bazlı bir analiz yürüterek işlemin doğrudan fiyatlar üzerindeki etkisini göstermek suretiyle açıkça ortaya koymuştur. Ancak, Kurul tarafından dile getirilen söz konusu endişe, hâkim durum testinin getirdiği yasal hâkim durum eşiğinin geçilmemiş olması nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulamamıştır. Bu çerçevede anılan işlem, hâkim durum testi yerine bütünüyle etki bazlı bir yaklaşım benimsemeye izin veren bir teste göre değerlendirilseydi, Kurul'un en azından, tatlandırıcı sakız pazarı açısından gündeme gelen rekabetçi endişeleri gidermeye yönelik olarak, şekersiz sakız pazarı için getirdiği koşula benzer bir koşul karşılığında anılan işleme izin vereceği, dolayısıyla Kurul'un, kararında, hâkim durum eşiği altındaki tek taraflı etkiler bağlamında yaptırım açığının varlığını kabul ettiği düşünülmektedir.

4.3. DEĞİŞİKLİK? NASIL BİR DEĞİŞİKLİK?

Birleşmelerin kontrolünde kullanılan rekabet temelli esasa ilişkin testler ve bu testlere yönelik uygulama ışığında, yeni bir rekabet otoritesinin,

¹⁵⁵ Kurul benzer bir analizi şekersiz sakız pazarı için de yürütmüş ancak muhtemelen hâkim durumun güçlendirilecek olması nedeniyle fiyat artışlarını, buradaki gibi nicel bazda ölçme yoluna gitmemiştir.

birleşmelerin kontrolüne, birleşmelerin kontrolündeki etkinlik açısından SLC testinin üstünlüklerine karşın, birlikte hâkim durumu da kapsayabilecek hâkim durum testi ile başlaması daha uygun olacaktır. Bunun nedeni, hem daha önce birleşmeleri kontrole tabi tutmayan bir ülkenin muhtemel sanayi politikası tercihi açısından hem de pratik ve yasal perspektif açısından, hâkim durum testini yasaya dahil etmenin ve daha az teknik yöntem bilgisi gerektirmesi nedeniyle uygulamanın daha kolay olmasıdır (OECD 2004, 170). Ayrıca hâkim durum testi, mahkemeler ve iş dünyası için daha şeffaf olması nedeniyle daha fazla yasal belirlilik sağlayacaktır. Türkiye deneyimi, birlikte hâkim durumun kapsanamaması dışında bu öneriye uymaktadır. Bu bağlamda, açıklığa kavuşturulması gereken husus, değişikliğe ihtiyaç olmadığını savunan Öz (2005, 77)'ün aksine, değişikliğin gerekliliği değil nasıl olması gerektiğidir. Dünyadaki muadil kurumlara paralel olarak Rekabet Kurumu için de temel olarak üç seçenek mevcuttur: Kanun'un 7. maddesinin, hâkim durum testinin açıkça birlikte hâkim durumu da içerecek şekilde değiştirilmesi, SLC testine yahut mehaz mevzuatı izleyerek SIEC testine geçilmesi.

Avustralya Rekabet Otoritesi, SLC testine geçiş esnasında hâkim durum testinin kapsamının birlikte hâkim durumu içerecek şekilde genişletilmesi önerisini, mahkemelerin birlikte hâkim durumu, amaçlanandan farklı (birkaç firmadan ziyade iki firmayı içerecek şekilde) yorumlayabilecekleri ve birlikte hâkim durumun, kanıtlanmasını güçleştiren çok katı bir uygulamaya yaklaştığı gerekçeleriyle reddetmiştir. Ayrıca her iki tip testin kapsamını denkleştirmek, yasal belirliliği artırmak ve refah artırıcı birleşmelerin caydırılmasından kaçınmak açısından testlerin ekonomik etkilerini de eşitlemek anlamına gelmeyecektir. Hâkim durum testi ilk bakışta, rekabet otoritesine daha az takdir hakkı vermesine bağlı olarak daha fazla yasal belirlilik sağlayacağı beklentisi nedeniyle daha tercih edilebilir görünse de, bu avantaj her iki testin müdahale kapsamını eşitlemek amacıyla hâkim durum testinde yapılacak değişikliklerle SLC testi lehine dönüşebilecektir (OECD 2004, 134,168). Ancak SLC ve hâkim durum testlerindeki müdahale eşiklerinin, esasen piyasaların dayanıklılıkları hakkındaki farklı görüşlerle ve farklı amaçlarla bağlantılı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, her iki testin görevini yerine getirdiği söylenebilecektir. Ayrıca ülke ekonomisinin gelişmişlik düzeyine ve sanayi politikası tercihine göre seçilen rekabet politikasının bir gereği olarak rekabet otoriteleri, birleşmelere daha hoşgörülü davranabileceklerdir. Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek Avustralya, amaçlanan sonuçlara ulaşamaması ve hâkim durum testinin sorgulanması karşısında SLC testini benimsemiştir¹⁵⁶. Bu çerçevede yasa koyucunun, baştan rekabet temelli bir test benimsemesinin yanı sıra Kurul'un da etki bazlı bir yaklaşım aracılığıyla hem birlikte hâkim durum

¹⁵⁶ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. (Jones 2002, 3-7).

hem de hâkim durum eşiği altındaki tek taraflı etkiler bağlamında eksik yaptırımın azaltılması yönündeki istekliliği göz önüne alındığında, birlikte hâkim durumun 7. maddeye dercedilmesi, birleşmelerin etkin kontrol sorununa yalnızca kısmi bir çözüm olacaktır.

Gülgün (2003, 213), hâkim durum testinin makyajlanıp içinin doldurulması yerine SLC testine geçilmesini önermiştir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesine ilişkin Taslak'ta da SLC testine geçiş önerilmektedir¹⁵⁷. Ancak, her iki tip testin de mekanik bir şekilde uygulanması sakıncalı olmakla birlikte, ABD rekabet hukukunun, 1960-1970'lerdeki deneyiminin doğruladığı üzere, SLC testinin mekanik şekilde (gerekli delil standardını tam olarak karşılamadan) uygulanması çok daha sorunlu olmaya gebe dir (OECD 2004, 179). Bu çerçevede SLC testine geçişin sakıncalarına değinmekte yarar vardır. Etki bazlı bir testin gereği olarak, gelişmiş iktisadi tekniklerle beslenen bir analiz yürütmesi için Kurul'un, değerlendirmelerini dayandıracağı sağlam verilere ulaşma gereksiniminin karşılanması, ülke koşullarındaki genel veri sorunu göz önünde bulundurulduğunda ciddi bir sıkıntıdır. Kurul'un kendisinin doğrudan ilgili verilere erişememesiyse, düzenleyiciyi ele geçirme ve önyargılı yaklaşım sorunlarını şiddetlendirerek özellikle aşırı yaptırımın ve bazen de eksik yaptırımın artmasına yol açacaktır. Tıpkı AB Komisyonu gibi Rekabet Kurumu'nun da, gelişmiş iktisadi analizleri yürütebilecek yetkinlikte yeterli kadroya sahip olmaması, anılan risklerin gerçekleşme potansiyelini artıracaktır. Dışarıdan uzman ekonomistlerden yararlanılabileceği ileri sürülebilirse de, bu uzmanların, ilgili dosyaya başından beri müdahil olmayacakları için katkıları oldukça sınırlı düzeyde kalacaktır.

Ayrıca SLC testine geçiş kaçınılmaz olarak en azından geçiş döneminde yasal belirsizliğe ve içtihadi birikimin kaybedilmesine neden olacaktır. Son olarak Kurum'un SLC testini uygulamaya ne derece hazırlıklı olduğu, doğrudan bu testin ne derece mekanik uygulanacağını belirleyecektir. Bu durum ise SLC testinin, tek taraflı etkiler gerekçesiyle, zaten yoğunlaşmış piyasalardaki pek çok birleşmeye, aşırı yasaklama dahil aşırı müdahale edilmesi yönünde kullanılmasına ve dolayısıyla müdahale eşiğinin, eksik yaptırımı önleyecek düzeyin çok daha (aşırı yaptırıma yol açacak kadar) altına düşürülmesine yol açacaktır.

Bu çerçevede, ilk iki seçenek açısından geçerli endişeler dikkate alındığında, hem değişiklikten beklenen amacı gerçekleştirebilecek hem de anılan endişeleri giderici nitelikteki SIEC testi, Türkiye için de *uzlaşma* testi

¹⁵⁷ Rekabet Kurumu'nun web adresine (www.rekabet.gov.tr), 20.05.2005 tarihinde konulan söz konusu Taslak'ta, "Bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri" yasaklanmaktadır.

olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim OECD Türkiye Raporu'nda, hâkim durum testi yerine SIEC testinin benimsenmesi yönünde öneride bulunulmuştur (OECD 2005, 71). Ayrıca AB'de, SIEC testine geçiş akabinde üye ülkelerden Estonya, Belçika, Yunanistan ve Hollanda SIEC testine geçmiştir.

SIEC testine geçişle birlikte eksik yaptırım, sistematik bir risk olmaktan çıkacak ve Komisyon'un benimsediği ikili (dual) test modeli aracılığıyla katıksız bir SLC testine geçişin sakıncalarından kaçınılabilecektir. Böylece özellikle geçiş dönemi açısından geçerli olan sakıncalar ve SLC testinin mekanik bir şekilde uygulanmasına dair sorunlar, hâkim durum (testinin) ölçütünün bu dönemde işlevsel önemini sürdürmesiyle büyük ölçüde giderilebilecektir.

Ancak yasal belirliliği sağlamak amacıyla, esasa ilişkin yeni testin, bu testin nasıl uygulanacağı konusunda açıklayıcı rehberlerle birlikte eş anlı olarak uygulanmaya başlanması gerekmektedir. Ayrıca etki bazlı yeni testten beklenen amaçların bir an önce gerçekleştirilmesi için kurumsal kapasitenin özellikle iktisadi alanda artırılması, uzman tanıklığı ve danışmanlık kurumları bağlamında dış kaynaklardan yararlanmaya başlanması ve veri elde etme sorunlarına ilişkin idari, ekonomik ve hukuki tedbirlerin alınması gerekmektedir.

SONUÇ

Birleşmelerin, ekonomi ve sanayi politikası açısından, piyasadaki firmaların, ölçek ekonomilerini gerçekleştirmelerini ve böylece uluslararası alanda daha rekabetçi olmalarını sağladığı, ekonomik gücün yoğunlaşmasına yol açarak ekonomik büyümeyi hızlandırdığı öne sürülmektedir.

Bununla birlikte birleşmeler, pazar gücü yaratılmasına veya mevcut pazar gücünün artırılmasına yol açarak, pazardaki rekabetin ve dolayısıyla tüketici refahının önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilirler. Birleşmelerin pazar gücü yaratılması aracılığıyla yol açtıkları anti-rekabetçi etkiler, tek taraflı ve koordine edilmiş etkiler olarak ikiye ayrılmaktadır. Koordine edilmiş etkiler, ilgili pazardaki iki veya daha fazla teşebbüsün, örtülü bir işbirliği içerisinde bulunarak, fiyat-çıktı gibi parametreleri, söz konusu pazarda tek başına hâkim (tek) konumdaki bir firma veya kartel varlığına işaret eden düzeylere çekebildikleri zaman ortaya çıkmaktadır. Tek taraflı etkiler ise, birleşen firma, rakiplerin işbirliği doğurucu yanıtlarına ihtiyaç duymaksızın, kendi davranışları aracılığıyla kârlı bir şekilde, fiyatları artırabildiği ve kaliteyi, seçenekleri veya yeniliği azaltabildiği zaman ortaya çıkmaktadır. Tek taraflı etkiler, birleşen firmanın sahip olacağı pazar gücünün mutlak ve nispi düzeyine göre, hâkim durum yaratılması veya bu durumun güçlendirilmesi sonucunu doğuracak şekilde esaslı (dışlayıcı) pazar gücü ya da koordine edilmiş etkiler barındırmayan (anlaşmacı olmayan) oligopol bir pazarda dışlayıcı olmayan bir pazar gücü yaratılması durumlarında gerçekleşebilir.

Birleşmelerin kontrolünün asıl amacı, rekabetin bozulduğu pazar yapılarının önüne geçmektir. Bu bakımdan öncül bir denetim gerektiren birleşmelerin kontrolü, bir birleşmenin pazardaki rekabet üzerindeki olası etkileri hakkında öngörülerde bulunulmasını gerektirmesi nedeniyle kurgusal ve dolayısıyla belirsiz bir uygulamadır. Rekabet hukukunun ardıl bir denetim gerektiren diğer araçlarının dahi zaman zaman hatalı yaptırımlara konu olduğu göz önüne alındığında, kurgusal bir altyapıya dayanan birleşmelerin kontrolünün etkin şekilde yürütülmesi çok kritik ve güç bir uygulamadır. Bu çerçevede inceleme konusu birleşmelere izin verip vermeme konusunda karar verirken asli değerlendirme ölçütü olarak kullanılan esasa ilişkin testin, tüm bu amaç, endişe

ve sakıncalara karşılık vermesi gerekir. Dolayısıyla esasa ilişkin testin seçimi oldukça hassas bir konudur.

Bu çerçevede, ekonomi ve sanayi politikası tercihi olarak, birleşmelerin kontrolüne yasal bir düzenleme içerisinde açıkça ancak 4064/89 sayılı eski Birleşme Tüzüğü'nün 21 Aralık 1989'da yürürlüğe girmesi ile yer veren AB, birleşmelerin kontrolünde kullanılacak esasa ilişkin test seçimini hâkim durum testinden yana kullanmıştır. Hâkim durum testi, zaman içerisinde esnek yorumlanması aracılığıyla, tek başına hâkim durum yaratan veya bu hâkim durumu güçlendiren yatay birleşmelerin yanı sıra birlikte hâkim durum kavramı altında koordine edilmiş etkilere yol açan birleşmeleri ve anti-rekabetçi dışlama (kapama) etkilerine sahip yatay olmayan birleşmeleri kapsayabileceğini göstermiştir. Söz konusu test, kapsam açısından, başlangıçtan itibaren gösterdiği bu gelişmeye karşın, hatalı (eksik veya aşırı) yaptırım bağlamında, özellikle tüm anti-rekabetçi birleşmeleri kapsamadığı ve dolayısıyla birleşmelerin kontrol amacını bütünüyle yerine getiremediği konusunda eleştirilmiştir. Zira hâkim durum testinin müdahale eşiği pazar gücü değil, esaslı pazar gücüne tekabül eden hâkim durumdur. Dolayısıyla hâkim durum testinin müdahale eşiği, birleşmelerin anti-rekabetçi etkilerinin başlangıç düzeyinin çok daha üzerindeki bir düzeye denk gelmektedir. Ayrıca söz konusu test, yapısal faktörlere oldukça önem vererek birleşmelerin kontrolünün kurgusal niteliğini pekiştirmektedir. Bu nedenlerle, hâkim durum testi, hâkim durum eşiği geçilmemesine karşın rekabeti ve böylece tüketici refahını önemli ölçüde azaltan birleşmelere müdahale edememekte veya daha az olası olmakla birlikte, hâkim durum eşiği geçildiği halde rekabete ve dolayısıyla tüketici refahına belirgin bir zarar vermeyen hatta tüketici refahını artıracak birleşmelere gereksiz yere müdahale edebilmektedir.

Bu çerçevede İlk Derece Mahkemesi'nin *Airtours* kararı, hâkim durum testinin, oligopol piyasalarda (tek firma) hâkim durumu yaratmayan veya mevcut hâkim durumu güçlendirmeyen ya da koordine edilmiş etkilere yol açmayan ancak yine de rekabeti önemli ölçüde azaltarak tüketicilere zarar veren, diğer bir deyişle, anlaşmacı olmayan oligopollerde tek taraflı etkilere yol açan birleşmeleri kapsamına alamadığının (hâkim durum testindeki yaptırım açığının) somut bir örneği olarak yorumlanmıştır. Özellikle hâkim durum testindeki bu açığın neden olduğu eksik yaptırımın giderilmesi ve genel olarak birleşmelerin kontrolünde daha fazla ekonomik yaklaşımın benimsenmesi amacıyla, esasa ilişkin testin (SLC) testi ile değiştirilmesi gündeme gelmiştir. Komisyonu'nun önerisi dahil esasa ilişkin test değiştirilmeden yaptırım açığının giderilmesi amacıyla alınabilecek olası tüm önlemler, bizzat kendilerinin ortaya çıkarabileceği yeni sorunlarla birlikte, birleşmelerin etkin kontrolüne yönelik kaygıları tam anlamıyla giderememeleri bir yana daha da kötü hale getirebilecek niteliktedir.

Yoğun ve uzun tartışmaların ardından (SIEC) testi, değişiklik karşıtı ve yanlısı tarafların endişelerini ve taleplerini karşılayan bir *uzlaşma* testi olarak 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nde benimsenmiştir. Yapısal faktörlere daha az ağırlık veren ve etki bazlı bir yaklaşım sergileyen yeni testin, başta yaptırım açığının kapatılması olmak üzere, eksik ve aşırı yaptırımın azaltılması açısından birleşmelerin etkin bir şekilde kontrol edilmesini sağlaması beklenmektedir. Mevcut içtihadi birikimi koruyarak ve esasa ilişkin testin kapsamını açıklığa kavuşturarak yasal belirliliği ve birleşmelerin denetlenmesinde uluslararası yakınsamayı sağlaması yeni testin beklenen diğer sonuçlarıdır.

Nitekim yeni Birleşme Tüzüğü, uygulamaya ışık tutacak rehberler ve değişiklik sonrası uygulamadan, Komisyon'un yeni testi kısa-orta vadede, hem SIEC hem de hâkim durum testini iki ayrı (opsiyonel) ölçüt içerecek şekilde, ikili bir test olarak kullanma eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede etki bazlı yeni testin, özellikle eksik yaptırımın giderilmesi açısından, birleşmelerin kontrolünde esaslı bir etkinlik artışı sağladığı ve buna bağlı olarak müdahale eşiğini düşürdüğü ancak delil standardını düşürmediği aksine yükseltebileceği, uluslararası yakınsamaya önemli bir katkıda bulunduğu, içtihadi birikimi korumayı ve yasal belirliliği sağlamayı başardığı söylenebilecektir. Ayrıca yeni testin, orta-uzun vadede, Komisyon'un kurumsal kapasitesini iyileştirmesi ve Komisyon dahil tüm kesimlerin, yeni testin yarattığı koşullara eklenmesi ile birlikte, ikili bir testten, katıksız bir SIEC testine geçiş yapacağı beklenmektedir.

Bu çerçevede, mehz mevzuat 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak hâkim durum testini benimseyen Türkiye açısından da, söz konusu test için AB deneyimi ışığında yapılan değerlendirmeler büyük ölçüde geçerlidir. Bununla birlikte, hakim durum testine ilişkin AB uygulamasına yönelik yaptırım açığı değerlendirmesi, Türkiye uygulaması açısından çok daha büyük ve kritik boyuttadır. Zira Danıştay, Rekabet Kurulu'nun Ladik Çimento kararının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kararında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'un 7. maddesindeki hâkim durum testinin, birlikte hâkim durumu kapsamadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Dolayısıyla Kanun'daki esasa ilişkin testteki yaptırım açığı, yalnız anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri değil aynı zamanda koordine edilmiş etkileri de içermektedir. Gerek koordine edilmiş etkilere gerekse anlaşmacı olmayan oligopollerdeki (hakim durum eşiği altındaki) tek taraflı etkilere, rekabet hukukunun ardıl denetim öngören diğer araçları ile dahi müdahale edilemeyeceği dikkate alındığında, söz konusu testteki yaptırım açığının, neden oldukça büyük ve kritik bir boyutta olduğu kolaylıkla anlaşılacaktır. Bu bağlamda, Kanun'da benimsenen esasa ilişkin testin, bütünüyle rekabet temelli bir perspektif benimseyen Kanun ve birleşmelerin etkin şekilde kontrol

edilmesini sağlama arayışındaki Rekabet Kurulu yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, AB'ye paralel olarak, SIEC testi ile değiştirilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, yasal belirliliği korumak açısından, yeni testin uygulanmasına yönelik ayrıntılı açıklama içerecek rehberlerin yayımlanmasının, bu değişikliğe eşlik etmesi oldukça önemlidir. Böylece yeni test, AB'de çizmiş olduğu ve çizeceği öngörülen yol haritasına benzer bir yol haritasını Türkiye'de de çizerek, AB için olduğu kadar Türkiye için de geçerli olan endişeleri giderebilecek ve birleşmelerin kontrolünün asıl amacını tam olarak gerçekleştirebilecektir.

ABSTRACT

Merger control, the main aim of which is to prevent the emergence of market structures which are not conducive to effective competition is quite critical and hard task due to the fact that it necessitates ex-ante control and therefore is a speculative and uncertain exercise which may result in false (under or over) enforcement. In this context, substantive test which is used as a main evaluation criterion to make decision regarding whether to approve or prohibit the transactions which are subject to examination by competition authorities, is supposed to meet the aims and the concerns abovementioned. Accordingly the choice of substantive test is a vital issue.

In this context, one of the purposes of this thesis is to deal with the dominance test, to put forth it's deficiencies in terms of implementing the aim of effective control of mergers entirely in the light of EU experience, and within this context, to evaluate the SIEC test which was adopted in place of the dominance test in EU. The other purpose of this thesis is to make a proposition concerning the substantive test in the article 7 of the Act on the Protection of Competition by assessing the inferences from EU experience with ten-year-old Turkey practice. To achieve these purposes, the relevant previous and current legislation and judgments in EU and Turkish legislation and judgments is analyzed in a comparative manner and also world examples, in particular US practice is dealt with limitedly.

KAYNAKÇA

- AIGNER, G. ve O. BUDZINSKI ve A. CHRISTIANSEN (2006), “The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after Sony/BMG and Impala?”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=933548.
- AYDEMİR, S. (2005), *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:66, Rekabet Kurumu, Ankara.
- BAKER, J. B. ve R. PITOFSKY (2006), “A Turning Point in Merger Enforcement: Federal Trade Commission v. Staples”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=951943.
- BAXTER, S. ve F. DETHMERS (2006), “Collective Dominance Under EC Merger Control—After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance”, *E.C.L.R.*, Vol:27, Issue:3, s.148-160.
- BAXTER, S. ve F. DETHMERS (2005), “Unilateral Effects Under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?”, *E.C.L.R.*, Vol:26, Issue:7, s.380-389.
- BEATON-WELLS, C. (2006), “Mergers without markets? Unilateral effects analysis in the United States and its prospects in Australia”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938633.
- BEGG, D. ve S. FISCHER ve R. DORNBUSCH (2003), *Economics*, Seventh Edition, McGraw-Hill Education, UK.
- BISHOP, S. ve D. RIDYARD (2003), “Prometheus Unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control”, *E.C.L.R.*, Vol:24, Issue:8, s.357-363.
- BÖGE, U. ve E. MÜLLER (2002), “From the Market Dominance Test to the SLC Test: Are There Any Reasons for a Change?”, *E.C.L.R.*, Vol:23, Issue:10, s.495-498.
- BRIONES, J. ve A. J. PADILLA (2001), “The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy. Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?”, *World Competition*, Vol:24, No:3, s.307-318.

BUNDESKARTELLAMT DISCUSSION PAPER (2001), “Prohibition Criteria in Merger Control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?”,
<http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/ProftagText-engl.pdf>.

CHRISTENSEN, P. ve V. RABASSA (2001), “The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance?”, *E.C.L.R.*, Vol:22, Issue:6, s.227-237.

CHRISTIANSEN, A. (2006), “The Reform of EU Merger Control – fundamental reversal or mere refinement?”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898845.

COOK, C. J. ve C. S. KERSE (2005), *EC Merger Control*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.

COPPI, L. ve M. WALKER (2004), “Substantial convergence or paralel paths? Similarities and differences in the economic analysis of horizontal mergers in U.S. and EU competition law”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, No:1&2, s. 101-152.

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

DIAZ, F. E. G. (2004), “The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?”, *World Competition*, Vol:27, No:2, s.177-199.

DOKUZUNCU KALKINMA PLANI - REKABET HUKUKU VE POLİTİKALARI ÖZEL İHTİSAS KOMİSYONU RAPORU (2007),
http://plan9.dpt.gov.tr/oik03_rekabethukuku/rekabet_oik_raporu_mart_07.pdf.

DUBOW, B. ve D. ELLIOT ve E. MORRISON (2004), “Unilateral Effects and Merger Simulation Models”, *E.C.L.R.*, Vol:25, Issue:2, s.114-117.

EHLERMANN, C. D. ve S. B. VÖLCKER ve G. A. GUTERMUTH (2005), “Unilateral Effects: The Enforcement Gap Under the Old EC Merger Regulation”, *World Competition* Vol:28, No:2, s.193-203.

FAGERLUND, E. (2005), *Collective Dominance Under EC Merger Regulation No 139/2004*,
[http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BFBF990C125701300648D73/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BFBF990C125701300648D73/$File/exam.pdf?OpenElement).

FAULL, J. ve A. NIKPAY (2007), *The EC Law of Competition*, Second Edition, Oxford University Pres Inc., New York.

FOUNTOUKAKOS, K. ve S. RYAN (2005), “A New Substantive Test for EU Merger Control”, *E.C.L.R.*, Vol:,26 Issue:5, s.277-296.

GODDARD, G. ve E. CURRY (2003), “New Zealand’s New Merger Test: A Comparison of Dominance and Substantial Lessening of Competition in the Supermarket Industry”, *E.C.L.R.*, Vol:24, Issue:7, s.300-311.

GUAL, J. (2007), “Time To Rethink Merger Policy”,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987093.

GÜLERGÜN, C. (2003), “Türkiye için Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi: Rekabet Testi”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların (Birleşme/Devralmaların) Kontrolü, Ankara, 4 Mart 2003.

HOFER, P. ve M. WILLIAMS ve L. WU (2004), “Principles of Competition Policy Economics”,
<http://www.nera.com/image/03Economicssjc4-7.pdf>.

HORNER, N. (2006), “Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How the Commission Had its Cake and Ate it Too”, *Hanse Law Review*, Vol:2, No:1, s.23-43.
<http://www.hanselawreview.org/pdf3/Vol2No1Art03.pdf>

HOVENKAMP, H. (2005), *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice*, Third Edition, Thomson/West, St. Paul-Minnesota.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN) MERGER WORKING GROUP: ANALYTICAL FRAMEWORK SUBGROUP (2004), “Project on Merger Guidelines Chapter 3- Unilateral Effects”, *Report for the third ICN annual conference in Seoul*,
http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_2nd_merida_2003/amg_chap3-unilateral.pdf.

IVALDI, M. ve B. JULLIEN ve P. REY ve P. SEABRIGHT, J. TIROLE (2003), “ ‘Unilateral Effects’ The Economics of Unilateral Effects”, Interim Report for DG Competition, European Commission, IDEI Toulouse,
http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law*, Second Edition, Oxford University Pres Inc., New York.

JONES, R. (2002), “The Rationale for Mergers Law”, The Thirteenth Annual Workshop of The Competition Law and Policy Institute of New Zealand,
http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=179200&nodeId=45d1d1fe217b2113a94d2a282c43f21c&fn=Jones_Law_3Aug%5B1%5D.pdf.

- KOKKORIS, I. (2007), “The Development of the Concept of Collective Dominance in the ECMR. From its Inception to its Current Status”, *World Competition*, Vol:30, No:3, s.419-448.
- KOKKORIS, I. (2005), “The Reform of the European Control Merger Reagulation in the Aftermath of the Airtours Case - the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test”, *E.C.L.R.*, Vol:26, Issue:1, s.37-47.
- KOLASKY, W. (2006), “GE/Honeywell: Narrowing, But Not Closing, the Gap”, http://www.wilmerhale.com/files/Publication/49399a50-556d-41ef-9bea-64b718ff4d46/Presentation/PublicationAttachment/6afaa85b-7e49-4b66-bdfe-6bb1979862ef/ABAKolasky_GE_Honeywell.pdf.
- KOLASKY, W. (2001), “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a Long Way From Chicago to Brussels”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.pdf>.
- KORAH, V. (2001), *Cases and Materials on EC Competition Law*, Second Edition, Hart Publishing, Portland-Oregon.
- KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), “Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar”, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 36, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KÜHN, K-U. (2002a), “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance After the ‘Airtours’ Judgment”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=349521.
- KÜHN, K-U. (2002b), “Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes ”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=349520.
- LEARY, T. B. (2002), “An Inside Look at the Heinz Case”, <http://www.ftc.gov/speeches/leary/babyfood.shtm>.
- LÉVÊQUE, F. (2007), “Merger Control: More Stringent in Europe than in the United States?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955527.
- LEVY, N. (2005), “Mario Monti’s Legacy in EC Merger Control”, *Competition Policy International*, Vol:1, No:1, s.98-132, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702649.
- LINDSAY, A. (2006), *The Ec Merger Regulation: Substantive Issues*, Second Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.
- LOPEZ, E. (2001), “New Anti-Merger Theories: A Critique”, <http://www.cato.org/pubs/journal/cj20n3/cj20n3-3.pdf>.

LOWE, P. (2003), "Implications of the recent reforms in the antitrust enforcement in Europe for National Competition Authorities", *Italian Competition/Consumers day*, Rome 9 December 2003, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_067_en.pdf.

MAUDHUIT, S. ve T. SOAMES (2005), "Changes in EU Merger Control:Part 2", *E.C.L.R.*, Vol:26, Issue:2, s.75-82.

MONTI, M. (2004a), "Convergence in EU-US Antitrust Policy Regarding Mergers and Acquisitions: an EU Perspective", *Speech at the UCLA first annual Institute on US and EU Antitrust Aspects of Mergers and acquisitions*, Los Angeles 28 February 2004, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/107&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

MONTI, M. (2004b), "A reformed competition Policy: achievements and challenges for the future: achievements and challenges for the future", Brussels 28 October 2004 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

MONTI, M. (2002), "Merger Control in the European Union: A Radical Reform", *Speech at the European Commission/IBA Conference on EU Merger Control*, European Commission/IBA Conference on EU Merger Control, Brussels 7 November 2002, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/545&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

MOSSO, C. E. (2007), "Non-horizontal mergers- a European perspective", 34th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, Fordham Competition Law Institute, <http://www.fordhamantitrust.com/papers.php>.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, First Edition, Cambridge University Press, New York.

MOTTA, M. (2000), "E.C. Merger Policy and the Airtours Case", *E.C.L.R.*, Vol:21, Issue:4, s.199-207.

NIKPAY, A. ve F. HOUWEN (2003), "Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgment", *E.C.L.R.*, Vol:24, Issue:5, s.193-202.

OECD DIRECTORATE FOR FINANCIAL, FISCAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE (2004), "Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers", *OECD Journal of Competition Law and Policy*, Vol:6, No:3, s.87-183.

OECD (2005), Report on the Competition Law and Policy in Turkey, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf>.

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

PATTERSON, D. E. ve C. SHAPIRO (2001), “Trans-Atlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons”, http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/patterson_and_shapiro_ge_honeywell.pdf.

RENCKENS, A. (2006), “The New European Merger Regulation: New SIEC versus Old Dominance Test: Does it Make a Difference?”, <http://www.ua.ac.be/main.aspx?c=an.renckens&n=20944>.

RICHARDSON, R. ve C. GORDON (2001), “Collective Dominance: The Third Way?”, *E.C.L.R.*, Vol:22, Issue:10, s.416-423.

RIDYARD, D. (2004), “The Commission’s new horizontal merger Guidelines - an economic commentary”, <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/DR%20GCLC%20paper%20M%20arch%2004.pdf>.

RÖLLER, L. H. ve M. DE LA MANO (2006), “The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control”, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf.

SENYÜCEL, O. (2005), “The EC Merger Regulation and the New Substantive Test”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), University of Essex.

SELVAM, V. SV (2004), “The EC Merger Control Impasse: is there a Solution to this Predicament?”, *E.C.L.R.*, Vol:25, Issue:1, s.52-67.

SCHMIDT, J. (2004), “The New ECMR: ‘Significant Impediment’ or ‘Significant Improvement’?”, *Common Market Law Review*, Vol:41, s.1555-1582.

STIRATI, G. (2004), “The Appraisal Of Collective Dominance And Efficiency Gains Under The Substantive Test Of The New EU Merger Regulation”, *Erasmus Law and Economics Review*, Vol:1, No:3, s.249-286, <http://www.eler.org/viewarticle.php?id=12>.

VELJANOVSKI, C. (2004), "EC merger policy after GE/Honeywell and Airtours", *The Antitrust Bulletin*, Vol:49, No:1&2, s.153-193.

VICKERS, J. (2004), "Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect", *E.C.L.R.*, Vol:25, Issue:7, s.455-463.

VOIGT, S. ve A. SCHMİDT (2004), "Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can Have Substantial Costs-SIC!", *E.C.L.R.*, Vol:25, Issue:9, s.584-590.

VON HINTEN-REED, N. ve P. D. CAMESASCA, (2003), "European Merger Control: Tougher, Softer, Clearer?", *E.C.L.R.*, Vol:24, Issue:9, s.458-462.

VÖLCKER, S. B. ve C. O'DALY (2006), "The Court of First Instance's Impala Judgment: a Judicial Counter-reformation in EU Merger Control?", *E.C.L.R.*, Vol:27, Issue:11, s.589-596.

VÖLCKER, S. B. (2004), "Mind The Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control", *E.C.L.R.*, Vol:25, Issue:7, s.395-409.

WALKER, M. (2006), "Have the Economic Approaches to Merger Control in the EC and US Converged?",
http://www.crai.com/uploadedFiles/RELATING_MATERIALS/Publications/Consultant_publications/files/pub_4104.pdf.

WHISH, R.(2003), *Competition Law*, Fifth Edition, Butterworths, London.

WHISH, R.(2002a), "Substantive Analysis Under the EC Merger Regulation: Should the Dominance Test Be Replaced by 'Substantial Lessening of Competition'?", *EU Competition Law & Policy Developments & Priorities* (Hellenic Competition Commission, 2002), s.45-62.

WHISH, R. (2002b), "Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of Competition/creation or strengthening of competition", *International Competition Network First Annual Conference, Napoli 28-29 September 2002*,
http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_1st_naples_2002/whish_icn_naples.pdf.

WU, L. ve P. HOFER ve M. WILLIAMS (2004), "The Increasing Use of Empirical Methods in European Merger Enforcement: Lessons from the Past and a Look Ahead",
<http://www.nera.com/image/200402WuHoferWilliamsMergerEnforcement.pdf>.

Türk Rekabet Hukuku Mevzuatı

07.12.1994 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, RG 13.12.1994-22140.

1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

Rekabet Kurulu Kararları

“AGCO/KONE” (20.11.2003 tarih, 03-75/911-385 sayılı karar)

“Bemka Emaye Bobin Teli” (11.07.2002 tarih, 02-43/504-209 sayılı karar)

“Benkar/Fiba” (18.09.2001 tarih, 01-44/433-111 sayılı karar)

“Cisco/IBM” (02.05.2000 tarih, 00-16/160-82 sayılı karar)

“İGSAŞ” (03.11.2000 tarih, 00-43/464-254 sayılı karar).

“Gaziantep Çimento” (20.12.2005 tarih, 05-86/1190-342 sayılı karar).

“Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham” (03.08.2000 tarih, 00-29/308-175 sayılı karar)

“İzmir Limanı Özelleştirilmesi” (05.06.2007 tarih, 07-53/615-204 sayılı karar)

“İzmir Limanı Özelleştirilmesi” (20.06.2007 tarih, 07-47/507-182 sayılı karar)

“Ladik Çimento” (20.12.2005 tarih, 05-86/1188-340 sayılı karar)

“PwC/IBM” (27.09.2002 tarih, 02-57/718-287 sayılı karar)

“Rockwood/Süd Chemie” (29.12.2005 tarih, 05-88/1229-358 sayılı karar)

“Sakız Devralması” (23.08.2007 tarih, 07-67/836-314 sayılı karar)

“Syngenta/Advanta” (29.07.2004 tarih, 04-49/673-171 sayılı karar)

“Şanlıurfa Çimento” (20.12.2005 tarih, 05-86/1191-343 sayılı karar)

“THY-DO&CO” (29.12.2006 tarih, 06-96/1224-369 sayılı karar.)

“THY-DO&CO/USAŞ” (29.12.2006 tarih, 06-96/1225-370 sayılı karar)

“Trakmak Traktör/New Holland” (28.05.1998 tarih, 67/517-84 sayılı karar)

“Türk Telekom/TEİAŞ” (11.07.2007 tarih, 07-59/675-234 sayılı karar)

“Van Çimento” (20.12.2005 tarih, 05-86/1192-344 sayılı karar)

Danıştay Kararı

Ladik Çimento (Akçansa Karşı Rekabet Kurumu) (Esas No:2005/10038, 01.03.2006 tarihli karar)

AB Rekabet Hukuku Mevzuatı

Commission Notice, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

Council Regulation (EC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L395, 30.12.1989, OJ L180, 09.07.1997.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L24/1, 29.01.2004.

Draft Commission Notice on the appraisal of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, COM (2002), 11.12.2002.

Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 (Green Paper) final, 11.12.2001.

Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, Summary of the Replies Received.

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ [2004] C31/03.

Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings - COM (2002) 711 final – 2002/0296 (CNS), (2003/C 20/06), OJ C20/4, 28.01.2003, European Union Preparatory Acts.

Avrupa Birliği Komisyonu Kararları

“Adidas/Reebok”, Comp/M.3942, 24.01.2006.

“Aérospatiale/Alenia/de Havilland”, Case No.IV/M.053, OJ L334/42, 05.12.1991.

“Airtours/First Choice”, Comp/M.1524, OJ L93/1, 13.04.2000.

“Alcan/Pechiney (II)”, Comp./M.3225, 29.09.2003.

“Alcatel/Telettra”, Case No.IV/M.042, OJ L122, 17.05.1991.

“Amer/Salomon”, Comp/M.3765, 12.10.2005.

“AMI/Eurotecnica”, Comp/M.3923 [2005]

“AOL/Time Warner”, Comp/M.1845, OJ L268/28, 09.10.2001.

“Barilla/BPL/Kamps”, Comp/M.2817, OJ L198/04, 21.08.2002.

- “Bayer Healthcare/Roche”, Comp/M.3544, 19.11.2004.
- “Bertelsmann/Kirch/Premiere”, Case No.IV/M.993, OJ L053, 27.02.1999.
- “Bertelsmann/Springer”, Comp/M.3178, OJ L061, 02.03.2006.
- “Boeing/McDonnell Douglas”, Case No.IV/M.877, OJ L336/16, 08.12.1997.
- “BP/E.ON”, Comp/M.2533, OJ L276/31, [2002].
- “Carrefour/Promodes”, Case No.IV/M.1684, 25.01.2000.
- “Danish Crown/Vestjyske Slagterier”, Comp/M.1313, OJ L20/1 [2000].
- “De Beers/LVMH”, Case No.IV/M.2333, OJ C91/04, 22.03.2001.
- “EADS/Nokia”, Comp/M.3803, 28.07.2005.
- “E.ON/MOL”, Comp/M.3696, [2006] 4 CMLR IS19.
- “Exxon/Mobil”, Case No.IV/M.1383, OJ L103/1 [2004].
- “GE/Instrumentarium”, Comp/M.3083, OJ L109, 16.04.2004.
- “Guinness/GrandMetropolitan”, Case No.IV/M.938, OJ L288/24, 27.10.1998.
- “Hutchinson/ECT/RMPM”, Case No.IV/M.1412, 20.08.1999.
- “Johnson&Johnson/Guidant”, Comp/M.3687, 25.08.2005.
- “Korsnas/Assidoman Cartonboard”, Comp/M.4057, 12.05.2006.
- “Lagardère/Natiexis/VUP”, Comp/M.2978, 07.01.2004.
- “Magnet Marelli/CEAC”, Case No.IV/M.043, OJ L222, 10.08.1991.
- “Mannesmann/Hoesch”, Case No.IV/M.222, OJ L114/34, 08.05.1993.
- “Nestlé/Perrier”, Case No.IV/M.190, OJ, L356/1, 22.07.1992.
- “MSG/Media Service”, Case No.IV/M.053, OJ L364/01, 31.12.1994.
- “Oracle/Peoplesoft”, Comp/M.3216, OJ L218,23.08.2005.
- “Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits”, Comp/M.2268, OJ 4 CMLR, 1515, 08.05.2001.
- “Philips/Agilent Health Care Solutions”, Comp/M.2256, OJ C292, 18.10.2001.
- “Philips/Marconi Medical Systems”, Comp/M.2537, 17.10.2001.
- “Procter&Gamble/VP Schicedanz”, Case No.IV/M.430, OJ 354/32, 31.12.1994.
- “REWE/Meinl”, Case No.IV/M.1221, 03.02.1999.
- “Siemens/VA Tech”, Comp/M.3653, 13.07.2005.
- “Sony/BMG”, Comp/M.3333, L62, 09.03.2005.
- “Syngenta/Advanta”, Comp/M.3465 [2004] 5 CMLR IS49.
- “T.Mobile/Tele.Ring”, Comp/M.3916, 26.04.2006.
- “Varta/Bosch”, Case No.IV/M.012, OJ L320, 22.11.1991.
- “Vivendi/Canal+/Seagram”, Comp/M.2050, OJ C311/3, 13.10.2000.

“Volvo/Renault”, Comp/M.1980-3, OJ C301/23, 21.10.2000.

“Volvo/Scania”, Comp/M.1672, OJ L143/74, 29.05.2001.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi Kararları

“Air France v Commission” Case T-2/93 [1994] ECR II-323.

“Airtours v Commission”, Case T-342/99 [2002] E.C.R.II-2585.

“Babyliiss v Commission”, Case T-114/02 [2003] ECR II-1279.

“Coca Cola v Commission”, Case T-125/97 [2000] E.C.R. II-1733.

“Continental Can”, Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v Commission [1973] ECR 215

“Compagnie Maritime Belge NV v Commission”, Cases C-395/96 and C-396/95 [2000] 4 CMLR 1076.

“EDP v Commission”, Case T-87/05 [2005] OJ 281/42, 12.11.2005.

“France v. Commission”, Cases C-68/94 & 30/95, [1998] E.C.R. I-1375.

“Gencor v. Commission”, Case T-102/96, [1999] E.C.R. II-753.

“Hoffmann-La Roche v Commission”, Case 85/76 [1979] ECR 461.

“Impala v Commission”, Case T-464/04, 13.07.2006.

“RJB Mining v Commission”, Case T-156/98 [2001] ECR II-337.

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

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

“United Brands Co. v Commission”, Case 27/76 [1978] ECR 207.

FTC ve ABD Yüksek Mahkeme Kararları

“FTC v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc.”, Case No.1:97CV00701, 10.04.1997.

“FTC v HJ Heinz Co”, 246 F.3d 708, D.D. Cir 2001.

“Heinz/Beech-Nut”, FTC File No. 001-0131, 07.07.2000.

“Boeing/McDonnell Douglas”, FTC File No. 971-0051, 01.07.1997.

“Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits”, FTC Docket No. C-4032, 19.12.2001.

Diğer Ülke Otorite Kararı

“LloydsTSB Group Plc/Abbey National Plc”: Report on the proposed merger, U.K. Competition Commission, 2001.