

**AT REKABET HUKUKU IŞIĞINDA  
“BİRLİKTE HAKİMİYET” KAVRAMI:  
OLİGOPOL SORUNUNA YENİ BİR YAKLAŞIM<sup>1</sup>**

**Yaşar TEKDEMİR**

Rekabet Kurumu Uzman Yardımcısı

•••

**1. Giriş**

**1.1. Genel Olarak AT Rekabet Hukuku Sistemi**

AT rekabet hukuku altında getirilen genel denetim düzenlemesi şöyledir:

**(i) Madde 81:**

Teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşma uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının denetimi.

**(ii) Madde 82:**

Pazar gücüne ya da başka bir deyişle hakim duruma sahip teşebbüslerin bu pozisyonlarını kötüye kullanmalarının denetimi.

**(iii) Birleşme Tüzüğü:**

Hakim durum yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiren teşebbüsler arası birleşme ya da devralmaların denetimi.

Görüldüğü üzere,

-birinci denetim mekanizması daha çok rekabetçi piyasaları kontrol etmektedir.

---

<sup>1</sup>Bu metin 1998-1999 akademik yılında London School of Economics, Avrupa Çalışmaları master programını tamamlamak üzere (Msc in European Studies) yazılan yayımlanmamış master tezi esas alınarak hazırlanmıştır. Akademik bir çalışma için yerine getirilmesi zorunlu şartlar bakımından orijinali ingilizce olan tez metni esastır.

-ikinci denetim mekanizması yoğunlaşmanın bir firmaya hakim durum sağlayacak kadar yüksek olduğu pazarları kontrol etmektedir.

-üçüncü denetim mekanizması getirdiği kısıtlama ortaya çıkardığı etkinlikten daha fazla olan birleşmelerin gerçekleştiği rekabetçi piyasaları denetlemek için düzenlenmiştir.

Kısaca AT rekabet hukuku bir yandan rekabetçi diğer yandan içinde tek bir firmanın hakim durumda olduğu tekel ya da tekel benzeri pazarları denetlemek için açık mekanizmalar öngörmüşken tam olarak **ne rekabetçi ne de tekel niteliğine sahip olan** oligopolistik pazarlarla mücadele etmek amacıyla herhangi açık bir mekanizma öngörmemiştir. Bu bağlamda oligopolistik pazarlardaki rekabet sorunlarıyla mücadele için gerekli olan denetim mekanizması eksikliği AT Rekabet hukuku içerisinde önemli ölçüde hissedilmiştir.

Oligopol sorunu olarak bilinen sorun, temelde oligopolistik **karşılıklı bağımlılık** kavramı ile ilgilidir. Bu karşılıklı bağımlılık firmaların oligopol pazarlarının yapısı nedeniyle artan oranda birbirlerinin varlığının farkında oldukları ve davranış ve kararlarında bunu önemli ölçüde hesaba kattıkları anlamına gelir. Bu bağlamda oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren firmalar için temel güçlük rakiplerin davranışları konusundaki belirsizliktir. Genellikle bu belirsizliğin oligopolistik pazarlar içerisinde açık ya da gizli paralel davranışlara neden olduğu ileri sürülmektedir. Belirli bir olaydaki temel sorun bu paralel davranışların gerçekten pazarın yapısı gereği ortaya çıkan **karşılıklı bağımlılıktan** mı yoksa firmalar arası **bir uyumlu eylemden** mi kaynaklandığının belirlenmesidir.

## 1.2. Kavramsal Çerçeve

### i. Hakim Durum Kavramı

#### a. Tek Hakimiyet Kavramı

AT rekabet hukuku içtihadı çerçevesinde hakim durumun varlığına ilişkin çok önemli bir göstergedir. *Hoffman-La Roche*<sup>2</sup> davasında ATAD hakim durumu "...rakiplerden, sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak davranarak **etkin rekabeti önemli bir ölçüde önleme gücü...**" olarak tanımlamaktadır.

<sup>2</sup> Hoffmann-La Roche, 85/76, [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211

Hakim durumun varlığı illede hiç rekabet yok anlamına gelmez ve pazarda tekel ya da yarı tekel olması şart değildir, ancak söz konusu pozisyonun o pozisyona sahip teşebbüse rekabetin gelişeceği koşulları belirleme ya da bu koşullar üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olma imkanı vermesi yeterlidir.

### **b. Birlikte Hakimiyet Kavramı**

Bu kavramın ekonomik literatür içerisinde belirli bir anlamı yoktur ve oligopolistik pazarlardaki davranışların analizi sonucunda geliştirilmiştir. Birlikte hakimiyet kavramı pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine etmek suretiyle sanki tek bir hakim duruma sahiplermiş gibi davranma yeteneğine sahip olmaları ve bunun sonucunda rekabet üstü kar elde ettikleri durumu ifade eder. Bu tanımdaki en önemli unsur pazar yapısından kaynaklanan davranışların koordinasyonudur. Bu çerçevede, birlikte hakimiyet kavramının 82 nci madde ve Birleşme Tüzüğü altında oligopolistik pazarlarla mücadele konusundaki boşluğu doldurabileceği iddia edilmektedir. Bu noktada, kavramın iki ayrı uygulaması vardır.

Bunlardan ilki, 82 nci madde altındadır ve bu maddenin oligopolistik pazarlardaki firmaların birlikte hakim durumda oldukları kabul edildiğinde, paralel davranışların bir kötüye kullanma olarak düşünülüp düşünülemediği sorunu ilişkindir. *Bu ilk uygulama geriye dönük ve davranışsal bir analiz gerektirmektedir.*

Diğeri ise, Birleşme Tüzüğü altındadır, ve temelde birleşme sonrası ortaya çıkan yeni pazar yapısının geride kalan firmalar arasında muhtemel bir koordinasyonu kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağı sorunu ilişkindir. *Bu uygulama, geleceğe dönük ve yapısal bir analiz gerektirmektedir.*

*Italian Flat Glass*<sup>3</sup> davası birlikte hakimiyet kavramının 82 nci madde altında bir silah olarak hukuken tanındığı ilk davadır. Ancak ilginç bir şekilde Birleşme Tüzüğü'nün kabul edilmesinden sonra bu kavram birleşme tüzüğü altında daha aktif ve sık bir şekilde kullanılmış ve bu Tüzük altında daha etkili bir araç haline gelmiştir. *Nestle perrier*<sup>4</sup> davası Komisyonun Birleşme tüzüğü altında birlikte hakimiyeti kullandığı ilk davadır. Ancan ünlü *Kali&Salz*<sup>5</sup> davasına kadar birleşme tüzüğü'nün tek hakim durum dışında birlikte hakimiyet sonucunu

<sup>3</sup>Cases,T-68/89 *Soiceta Italiano Vetro...v Commission*, [1992] 5 CMLR 302

<sup>4</sup> *Nestle/Perrier* 1992 OJ L 356/1, [1993] 4 CMLR M17

<sup>5</sup> Joined cases C 68-94 &.... *France and others v Commission* [1998]4 CMLR 829

doğuran birleşmelere uygulanması sorunu hukuken belirsizdi, yani Tüzüğün lafzı açıkça bu ilkeye atıfta bulunmuyordu. ATAD *Kali&Salz* davasında bu belirsizliği ortadan kaldırdı ve Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyeti de kapsadığını belirtti.

## 2. Oligopol Sorununa Ekonomik Bir Bakış

### Tanım:

Oligopolistik bir pazar, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği ve hiç birinin tek başına hakim durumda olmadığı pazarlardır. "Karşılıklı bağımlılık (interdependence)" teorisine göre her firma izleyecek olduğu politikayı belirlerken rakiplerinin davranışlarını dikkate almak zorundadır. Bundan dolayı firma rakiplerinden bağımsız bir şekilde fiyatını belirleyememektedir. Eğer fiyatını aşağıya çekerse rakipler hemen karşılık verecektir, fiyatını yükseltirse bu durumda rakipler fiyatlarını yükseltmeyecekler ve sonuçta firma zarar edecektir.

Bu karşılıklı bağımlılık sonucunda firmalar paralel davranışlar sergileyecekler ve bu yolla rekabet üstü kar elde edeceklerdir. Ancak eğer pazarda aşırı kar varsa bunun diğer firmalar için bir tür miktatsız etkisi yapması ve piyasaya yeni girişlerin olması beklenmektedir. Eğer piyasaya yeni girişler olmazsa bu durumda girişi engelleyen bir takım faktörlerin olduğu düşünülebilir. Bu engel devlet düzenlemesi, ölçek ekonomisi ya da dışlayıcı davranışlar olabilir. Eğer sorun dışlayıcı davranışlarsa bu rekabet düzenlemeleriyle giderilebilir. Ancak eğer örneğin ölçek ekonomisiyse ve pazar sadece bir kaç firmayı besleyecek kapasiteye sahipse, piyasayı çeşitli bölme veya parçalama gibi yöntemlerle düzenlemeye gitmek akılcı ve etkin bir yol değildir.

Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren firmalar genellikle bir işbirliği yapma eğilimindedir. Çünkü rekabet arzusu sonuçta her pazar üyesine zarar verebilir ve ortaya çıkan rekabet şartları bir anlamda savaş şartlarına dönebilir. Bu denli zararlı olabilecek bir rekabet yerine rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak üzere koordine edilmiş bir karşılıklı etkileşim çoğu zaman bu firmaların lehine olacaktır. Ancak bu demek değildir ki, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren firmalar her zaman bilinçli bir şekilde etkileşim içine girip uyumlu eylem göstererek rekabet üstü karlar elde eder. Şöyleki, pazar yapısı gereği bu firmalar her zaman birbirlerinin davranışlarını takip edebilecekleri şeffaf şartlarda çalışmaktadır ve bu çerçevede ister istemez birbirlerinin davranışlarını ve muhtemel politikalarını takip edip dikkate almak zorunda kalmaktadır. Sonuçta ortaya sanki firmalar arasında bir açık uyumlu

eylem varmış gibi paralel davranışların hakim olduğu bir pazar dengesi vardır.

Ancak buradaki temel sorun bu paralel davranışların gerçekten pazarın yapısından kaynaklanan karşılıklı bağımlılığın mı yoksa firmalar arasındaki bir uyumlu eylemin mi sonucu olduğu konusundaki belirsizliktir.

Bazıları oligopolistik pazarlardaki paralel fiyat hareketlerini pazardaki karşılıklı bağımlılığa dayalı olarak düşünen karşılıklı bağımlılık teorisini eleştirmektedir. Onlara göre madem paralel fiyatlar pazar yapısından kaynaklanmaktadır ve firmalar birbirinden bağımsız olarak fiyat azaltmamaktadır, o zaman oligopolistik pazarlarda rekabet üstü kar nasıl meydana gelmektedir. Bu çerçevede aynı kişiler bu rekabet üstü karı pazardaki muhtemel bir uyumlu eylem ya da açık koordinasyona bağlamaya çalışmaktadır.

Yazarlardan Markham, ünlü "fiyat liderliği (price leadership)" teorisine bu rekabet üstü karı açıklamaya çalışmıştır ve bu çerçevede barometrik fiyat liderliği kavramına atıfta bulunmuştur. Bu bağlamda, pazarda en güçlü ya da en çok pazar payına sahip olan firma pazarda fiyat lideri olacaktır ve o fiyatını yükseltince diğerleri de onu takip edecektir. Bu ve benzeri durumların pazardaki geçmiş çerçevesinde oluşan yapıya gelişler olduğu ve hiçbir şekilde ortaya çıkan fiyatın uyumlu eyleme dayalı olmadığı düşünülmektedir. Ancak Barometrik fiyat liderliğinde lider olan firma daha çok girdi maliyetlerindeki değişimleri yansıtacak kadar bir artış yapmakta ve bu makul karşılanmaktadır.

Ekonomik literatür içerisinde oligopolistik paralel davranışlar hakkında büyük bir tartışma vardır. Temel sorun yukarıda değinildiği üzere bu paralelliğin neden kaynaklandığıdır. Bu konuda Stigler'in yaklaşımının önemli ip uçları verdiği kabul edilmektedir. Stigler oligopolistik pazarlarda firmaların başarılı bir koordinasyon gerçekleştirebilmeleri için öncelikle üç şartın yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Stigler'e göre eğer bu şartlar yerine getirilmezse oligopolistik pazarlardaki firmaların başarılı bir uyumlu eylem gerçekleştirmeleri zordur ve ortaya çıkan paralel davranışlar bir uyumlu eylem anlamına gelmemektedir. Bu üç şart şunlardır:

-uyumlu eylem şartlarının belirlenmesi

-anlaşmayı gizlice bozanların denetimi (cheating problem)

-bu firmaların etkin bir şekilde cezalandırılması

Stigler, bu bağlamda söz konusu şartları yerine getirmenin zor olduğunu,

her firmanın diğerlerini kandırarak, kartel fiyatının biraz altından satış yaparak daha fazla kar elde etme dürtüsüne sahip olacağını, ve bu nedenle, oligopolistik pazarlarda ortaya çıkan dengenin işbirliğine değil rekabetçi koşullara dayanacağını ileri sürmektedir. Stiglerin bu yaklaşımı tek vuruşluk oyun (one-shot game) olarak nitelendirilmektedir. Ancak gerçek hayatta piyasalardaki ilişkiler tek vuruşluk bir oyun değil tekrarlanan bir oyundur (repeated game). Bu tekrarlanan oyun yaklaşımı içerisinde firmalar bilir ki, oyun devam etmektedir ve rakiplerle gelecekte pek çok defa karşılaşılacaktır. İşte bu nokta firmaların, işbirliğinden diğerlerini kandırarak sapma dürtülerini azaltacaktır. Çünkü firma aldatırsa bir defa kartel üstü kar elde edecektir, ancak gelecekte rakipler ona güvenmeyeceği için hep onlarla rekabet etmek durumunda kalacaktır. Bu nedenle gelecekte elde edilecek kartel karını kaybetmemek için firmalar aldatma yolunu seçmeyeceklerdir. Ancak yine tekrar eden oyun yaklaşımında firmaların başarılı bir uyum göstermeleri Stigler'in ortaya koyduğu şartların karşılanmasına bağlıdır.

Bazı düşünce okulları oligopolistik pazarlardaki firmaların davranışlarını başarılı bir şekilde koordine etmeleri için gerekli olan pazar koşullarını incelemeye çalışmışlardır.

**1. Yoğunlaşma Okulunca;** ortaya atılan geleneksel görüşe göre, pazar içerisinde yoğunlaşma arttıkça koordinasyon ihtimali de yükselecektir ve yoğunlaşmanın arttığı oligopolistik pazarlarda firmalar daha fazla işbirliği yapma dürtüsüne sahip olacaklardır.

**2. Koordinasyon Okulu;** firmalar arası davranışların koordinasyonu için pazarın bazı yapısal özelliklerine dikkat çekmektedir. Bunlar özellikle fokal noktaların varlığı, esnek olmayan talep, homojen ürün yapısı, pazar paylarının simetrik olması, hızlı teknolojik gelişmelerin yokluğu gibi hususlardır.

**3. Yarışmacı Okul;** daha çok pazara giriş çıkış ve pazarda genişleme engelleri olup olmadığı hususu üzerine durmaktadır. Pazara giriş çıkış ve pazarda genişleme engellerinin varlığının firmaların davranışlarını koordine etme yeteneklerini arttırdığını ileri sürmektedir.

#### **Alt sonuç:**

Buraya kadar yapılan açıklamalardan çıkan tek sonuç oligopolistik pazarların etkin bir rekabet politikasıyla olay bazında düzenlenmesi ihtiyacıdır.

### **3. Oligopol Sorunu ve Madde 81**

Birlikte hakimiyet ilkesinin neden geliştirilmeye ihtiyaç duyulduğunu anlayabilmek için 81 inci maddenin oligopolistik pazarlardaki bilinçli paralel davranışları (conscious parallelism) denetleme konusunda ne derecede yeterli olduğunu incelemek çok önemlidir.

### 3.1. Uyumlu Eylem ve Oligopol Sorunu

#### i. Madde 81

81 inci madde "...rekabeti kısıtlama ya da bozma amaç ya da etkisine sahip olan teşebbüsler arası anlaşma, *uyumlu eylem*, ve teşebbüs birliği kararlarını..." yasaklamaktadır.

#### ii. Uyumlu Eylem Kavramı ve Unsurları

81 inci madde içerisinde uyumlu eyleme atıf yapılmasının temel nedeni, firmalar arasındaki anlaşma aşamasına varmayan informal işbirliği hallerini kontrol etmektir. Konumuza ilişkin olarak cevaplanması gereken temel sorun, oligopolistik pazarlardaki iletişime dayanmayan bilinçli paralelliklerin tek başlarına uyumlu eylem anlamına gelip gelmeyeceği ya da başka bir deyişle tek başına yeterli bir delil olup olmadığıdır.

ATAD uyumlu eylemi ilk defa ICI<sup>6</sup> davasında "... teşebbüsler arasında hiçbir zaman bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabetin risklerine karşı aralarında pratik işbirliği yaratan bir eşgüdüm şekli..." olarak tanımlamıştır.

Divanın bu kararda kullandığı yaklaşım *Sugar*<sup>7</sup> (Şeker) davasında geliştirilmiştir. Divan bu kararında "...işbirliği ve eşgüdüm kriterlerinin her bir teşebbüsün kendi kararlarını diğerlerinden bağımsız olarak alma zorunluluğu çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini..." vurgulamıştır. Ancak aynı kararın devamında "... söz konusu 'bağımsızlık şartının' teşebbüslerin kendilerini akılcı bir şekilde rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına uyum sağlama ya da bu davranışları dikkate alarak davranabilme haklarını ellerinden almayacağını, ancak bu şartın amacı ya da etkisi mevcut ya da potansiyel bir rakibin davranışını etkilemek olan ya da teşebbüslerin birbirlerine takip edecekleri ya da takip etmeyi planladıkları politikaları

<sup>6</sup> Case 48/69 ICI v Commission [1972] ECR 803, para.66

<sup>7</sup> Joined Cases ... Suiker... v Commission [1975 ECR 1663, p.1942

**açığa vurmalarını sağlayan herhangi bir doğrudan ya da dolaylı bağlantıyı sıkı bir şekilde yasakladığını...”** belirtmiştir.

İşletmeler arasında uyumlu eylemin varlığı için şu koşullar yer almalıdır:

-İşletmeler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen ortak işbirliği olmalıdır.

-Bu işbirliği doğrudan ya da dolaylı bir ilişkiden kaynaklanmalıdır.

-Amaç rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.

ATAD bilinçli paralelliği *Dyestuffs*.<sup>8</sup> davasında “ davranışların paralelliğinin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini” belirterek kabul etmiştir. Ve *Şeker* davasında rasyonel paralel davranışların varlığını “...81 inci madde firmaların kendilerini mevcut ve beklenen rakip davranışlarına uyum sağlama özgürlüklerini ya da haklarını kısıtlamaz...” diyerek karşı çıkmamıştır. *Zuchner*<sup>9</sup> davasında ATAD paralel davranışın eğer bu davranışın koordinasyon ve işbirliği özellikleri ispat edilebilirse uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.

Bütün bu gelişmelere rağmen “bilinçli paralellik hallerinin” uyumlu eylemi ispatlamak için ikincil bir delil olarak AT rekabet hukukundaki yeri ünlü *Wood Pulp* davasına kadar kukuken belirsiz kalmıştır. Bu nedenle, söz konusu dava bilinçli paralellik ile uyumlu eylem arasındaki ilişkiyi netleştirmesi bakımından büyük öneme sahiptir.

### **iii. Wood Pulp Davası**

Bu davada Komisyon elliden fazla kağıt hamuru üreticisini uyumlu eylem yoluyla 81 inci maddeyi ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırmıştır. Bu olayın bir başka özelliği Komisyonun AT hukukuna bağlı olmayan firmalara da ceza kesmesi ve AT rekabet hukukunun ülke dışı uygulamasının gerçekleştiği önemli bir dava olmasıdır. Komisyonun kararı üzerine söz konusu firmalar ATAD’a temyiz amacıyla başvurmuşlardır.

---

<sup>8</sup>*Dyestuffs* para.66

<sup>9</sup>Case 172/80 *Zuchner vBayerische* [1982]ECR-p.2021

### **a. Komisyonun Görüşü**

Komisyon uyumlu eylem iddiasını ispatlamak üzere şu gerekçelere dayanmıştır:

- firmalar tarafından fiyatların aynı ya da yakın zamanlarda ilan edilmesi,
- bildirilen ve gerçekleşen fiyatların firmalar bakımından özdeş nitelikte olması,
- suni bir şekilde fiyatların uzun süre yüksek seviyelerde kalması,
- fiyatlar üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak bilgi değişimi.

Komisyon uyumlu eylemin ilgili pazar koşulları dikkate alındığında bağımsız davranışların bir sonucu olarak açıklanması mümkün olmayan paralel davranışlarla ispatlandığı sonucuna varmıştır. Ayrıca çok sayıda firmanın ve çok sayıda ürünün varlığının pazarın doğası gereği uyumlu eyleme dayanmayan paralel fiyatlandırmaya neden olan şeffaf bir oligopol olduğu savıyla çeliştiğini iddia etmiştir. Ayrıca Komisyonun görüşüne göre pazardaki şeffaflık pazar yapısından değil firmaların karşılıklı iletişim kurmalarından kaynaklanmıştır. Kısaca Komisyon için uyumlu eylemi ispatlamak için kullanılan en temel gerekçe piyasadaki paralel davranışlardır.

### **b. Uzmanların Görüşü**

Temyiz aşamasında ekonomik teori büyük önem kazanmıştır. ATAD davaya konu olan paralel davranışların bir uyumlu eylemi ispatlamak üzere sıkı, kesin ve tutarlı bir delil olup olmadığını incelemek üzere bir grup ekonomisti görevlendirmiştir.

Uzmanlar, fiyatların zaman bakımından yakınlığının pazarın niteliği ve yapısı ile açıklanabilecek olan yüksek derecede şeffaflığın bir sonucu olduğunu ileri sürmüştür. Onlara göre, hem yüksek şeffaflık hem de pazarın oligopolistik yapısı fiyatların değişmez olmasına neden olmuştur ve fiyatların değişmezliği oligopolistik pazarların iyi bilinen bir özelliğidir. Sonuçta, uzmanlar paralel fiyatların ve fiyatların uzun süre sabit kalmasının Komisyonunun ileri sürdüğü uyumlu eylemden ziyade, tek başına pazarın nitelikleri olan doğal şeffaflık ve karşılıklı bağımlılık ile açıklanabileceğini ileri sürmüştür.

### c. ATAD'ın Kararı

Uzmanları görüşünü dikkate alan ATAD daha önceki *şeker* kararına atıfta bulunmak suretiyle “ ...paralel davranışların tek başına, geriye kalan tek mantıklı açıklama olduğu ekonomik analiz ile ispatlanamazsa, uyumlu eylemi ispatlamak için yeterli bir delil olmayacağını, ve 81 inci maddenin hiçbir zaman firmaların kendilerini rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına akılcı bir şekilde uyum sağlamaları konusundaki haklarını kısıtlamayacağını... ”<sup>10</sup> belirtmiştir.

ATAD'ın görüşüne göre, üç aylık fiyat duyuruları tek başına madde 81'in bir ihlali değildir, uzun süreden beri pazarın niteliği gereği müşteriler tarafından sağlayıcı firmalardan istenen meşru bir iş uygulamasıdır. Dahası, uyum paralellik için tek mantıklı açıklama değildir, çünkü pazardaki şeffaflık ve karşılıklı bağımlılık yeterli derecede paralellliği açıklamaktadır. Bu çerçevede Komisyonca iddia edilen paralel davranışlar bu olayda sıkı, kesin ve tutarlı bir uyumlu eylem delili oluşturmamıştır.

Bu bağlamda temel sorun eğer paralel davranışlar değilse, bir uyumlu eylemin temel unsurunun ne olduğudur. *Wood Pulp* davasında Advocate General olan Darmon'un görüşüne göre, bir uyumlu eylem için gerekli olan temel unsur, firmaların davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıran bir koordinasyondur.

### 3.2. Analiz ve Sonuç

*Wood Pulp* davasında ATAD madde 81'in uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışlara uygulanmayacağını teyit etmiştir. ATAD'a göre paralel davranışlar, aksi ekonomik analiz ile ispatlanmadıkça tek başlarına bir uyumlu eylemin var olduğu anlamına gelmez.

Kararın ardından pek çok yazar, bu kararın AT rekabet hukuku analizlerinde ekonomik teoremin kullanımı için bir zafer olduğunu ve bundan sonraki davalarda Komisyonun daha derinlemesine ekonomik analiz yapmak durumunda kalacağını ileri sürmüşlerdir.

Bu bağlamda, ATAD bir anlamda ekonomik delilin açıkça uyumlu eylemi isbatlayabileceği görüşünü kabul edip onaylamıştır. *Wood Pulp* kararından sonra

---

<sup>10</sup> *Woodpulp* judgement, para.71-72

Komisyon oligopolistik pazarlardaki paralel davranışları; ya bu davranışın bir uyumlu eylem olduğunu birincil delillerle ispatlayarak ya da uyumlu eylemin söz konusu paralel davranışın varlığı için tek mantıklı açıklama olduğunu ispatlayarak kontrol edebilecektir. Bu bağlamda şu açıktır ki, her iki hal de Komisyonun üzerine çok ağır bir ispat yükü getirmektedir.

Whish'in oligopolistik pazarların denetimi için önerdiği bir yol Komisyonun sahip olduğu muafiyet verme yetkisine ilişkindir. Whish'e göre, Komisyon oligopolistik pazarlardaki rekabeti kısıtlayacağına inandığı bilgi değişimi anlaşmalarına muafiyet vermeyerek bir derecede olsa, madde 81 altında bu pazarları denetleyebilme yeteneğine sahip olacaktır.

Ancak yukarıda sayılan bu haller dışında Komisyonun madde 81 altında oligopolistik pazarlardaki rekabet sorunlarıyla mücadele etmek için çok fazla imkanı olmadığı iddia edilmektedir. Özellikle Komisyon üzerindeki ağır ispat yükü dikkate alındığında bu görüş oldukça güçlenmektedir.

Bu bağlamda varılan sonuç, 81 inci madde Komisyon için oligopolistik pazarlardaki uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışların denetiminde etkin bir kontrol aracı sunmadığı için, Komisyon birlikte hakimiyet kavramını geliştirmeye teşebbüs etmiştir. Komisyon bu çabasında, söz konusu kavramın hem 82 nci madde hem de birleşme tüzüğü altında uygun bir denetim aracı sağlayabileceğini düşünmüştür.

#### **4. Oligopol Sorunu ve Madde 82**

Bir önceki bölümdeki sonuç düşünülerek, 82 nci madde altında birlikte hakimiyet kavramının AT rekabet hukuku içindeki oligopolistik pazarlardaki uyumlu eyleme dayanmayan ya da bilinçli diye adlandırılacak paralelliklerin denetlenebileceği iddia edilmektedir. Ancak, bu denetim ve denetimin etkinliği, uygulamasının doğru olarak yorumlanmasına bağlıdır. Bu bölümde, öncelikle bir ya daha fazla teşebbüs kavramı irdelenecektir. Sonra 82 nci madde altında birlikte hakimiyet kavramının ne dereceye kadar oligopolistik pazarların denetiminde etkin bir araç olduğu incelenecektir.

##### **4.1. Genel Bakış**

###### **i. Madde 82 ve “Bir ya da Daha Fazla Teşebbüs” Kavramı**

82 nci madde "...ortak pazarın tamamında ya da önemli bir bölümünde

bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmalarını..." yasaklamaktadır.

### **Hukuki Tartışma: "Birden Fazla Teşebbüs" Kavramı**

Buradaki temel sorun madde 82'nin oligopolistik pazarların denetiminde kullanılıp kullanılmayacağıdır. Ancak bu "birden fazla teşebbüs" kavramının nasıl yorumlanacağına bağlıdır.

Bu konuda iki temel yorum vardır:

-Dar yorum

-Geniş yorum

**Dar yorum:** Kavramı dar yorumlayanlara göre bu kavram ayrı hukuki birimlerden oluşan bir ekonomik birliği kastetmektedir. Bu nedenle, birbirinden hukuken ve ekonomik olarak bağımsız olan teşebbüsleri kapsamaması mümkün değildir.

**Geniş yorum:** Ancak, geniş yorum göre; bu kavram, temelde bir pazarda birlikte bir hakim duruma sahip olan ve birbirlerinden *hukuken ve ekonomik olarak bağımsız* teşebbüslerin davranışlarını 82 nci madde altında denetlemek amacıyla bu madde içine konulmuştur. Bu nedenle sadece ekonomik olarak bir bütün teşkil eden birimleri değil, aynı zamanda ekonomik ve hukuki olarak birbirinden bağımsız olan teşebbüsleri de içermektedir. Genel eğilim geniş yorum lehinedir. Nitekim Whish'e göre eğer dar yorum kabul edilirse, 82 nci maddenin oligopolistik pazarlardaki denetim gücü ciddi anlamda kısıtlanacaktır.

## **4.2. Birlikte Hakimiyet ve Oligopol Sorunu**

ATAD ilk başlarda oligopolistik pazarları 82 nci madde altında denetleme konusunda büyük bir isteksizlik gösterdi.

Nitekim *Hoffman-La Roche*<sup>11</sup> davasında "oligopolistik, uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışlar 82 nci maddenin kapsamında değildir" demiştir. Yine aynı davada, "82 nci madde anlamındaki hakim durum kavramının oligopolistik pazarlara özgü olan paralel davranışlardan ayrı tutulması

---

<sup>11</sup> [1979]ECR p.461 para.39

gerektiğini..." ileri sürmüştür.

*Zuchner*<sup>12</sup> davasında ATAD "...82 nci madde bir hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgilidir, ve uyumlu eylemler ancak 81 inci madde altında denetlenebilir..." diyerek isteksizliğini sürdürmüştür.

### **i. Italian Flat Glass Davası ve Önemi**

Bu dava 82 nci maddenin birlikte hakimiyet kavramına uygulandığı ve hukuken tanındığı ilk davadır.

### **ii. Italian Flat Glass Davası ve Sonrasında Birlikte Hakimiyet**

#### **a. Kısaca Davanın İçeriği ve Komisyonun Yaklaşımı**

Bu davada Komisyon üç İtalyan düz cam üreticisi firmanın bir cam karteli kurarak 81 inci maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyona göre üç firma bir cam karteli kurmuşlar ve bu çerçevede rekabet etmekten kaçınıp rekabet üstü kar elde etmişlerdir. Ayrıca aynı firmalar birlikte hakimiyetlerini de kötüye kullanmışlardır. Burada Komisyonun birlikte hakimiyet bulgusu firmaların pazarda kendilerini *tek bir teşebbüs* gibi sunmaları gerçeğine dayanmaktadır. Komisyon bu çerçevede şu faktörleri hesaba katmıştır:

-Firmaların fiyatlara, satış koşullarına, müşterilerle ilişkilere ve iş stratejilerine ilişkin iş kararları yüksek derecede benzerlik göstermiştir.

-Firmalar bazı toptancılarla özel ilişki kurmuştur.

-Firmalar aralarında bilgi değişimi gerçekleştirebilecekleri yapısal bağlar kurmuşlardır.

Aslında bu gerekçeler aynı zamanda madde 81'inde ihlalidir. Ancak, Komisyon bir anlamda Madde 81 altında ihlal sayılabilecek unsurlara dayanarak aynı zamanda 82 nci maddenin de ihlal edildiğini iddia etmiştir. Kendilerini tek bir firmaymış gibi tanıtan üç teşebbüs birlikte hakimiyetlerini kötüye kullanmışlardır.

#### **b. Bidayet Mahkemesinin Yaklaşımı**

---

<sup>12</sup> Case 172/80 *Zuchner v Bayerische* [1982] ECR-p.2021

Kararın temyizinde Bidayet Mahkemesi, Komisyonun birlikte hakimiyetin kötüye kullanıldığı iddasını, tam anlamıyla pazarda firmalar arasında bir birlikte hakimiyetin ispatlanamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre, birlikte hakimiyeti ortaya koyabilmek için aynı zamanda 81 inci madde altında ihlal olarak kabul edilebilecek gerekçeleri tekrarlamak yeterli değildir. Ancak, buna rağmen mahkeme, kararında birden fazla birbirlerinden ekonomik ve hukuki olarak bağımsız teşebbüslerin birlikte hakimiyetlerini kötüye kullanabileceklerini ve bunun 82 nci madde altında denetlenebileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde “birden fazla teşebbüs” kavramının sadece ekonomik olarak bir bütün teşkil eden birimler anlamına geldiğini iddia eden dar yorumu reddetmiştir.

Diğer yandan mahkeme kararında, "... prensip olarak iki ya da daha fazla teşebbüsün birlikte hakim duruma sahip olmasını hiçbir şeyin engellemeyeceğini ve bu teşebbüslerin anlaşma ya da lisans gibi kendilerine rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai tüketicilerden **bağımsız bir şekilde davranma imkanı veren bir teknolojik önderlik sağlayan ekonomik bağlar yoluyla birlikte hakim konumda** olabileceğini ve bu konularını kötüye kullanabileceklerini ....” belirtmiştir.

### c. Kavramın Uygulandığı Diğer Davalar

#### – West African Shipowner Komitesi Davası

*Italian Flat glass* davasındaki Mahkeme kararının hemen arkasından Komisyon deniz taşımacılığı sektörüne ilişkin olan *West African Shipowner Komitesi*<sup>13</sup> davasında hem 81 hem de 82 nci maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu davada Komisyonun görüşüne göre, gemi sahipleri komitesini oluşturan çok sayıda gemi şirketi pek çok sayıda anlaşma imzalamışlar ve bu anlaşmalar 81 maddeyi ihlal etmiştir. Ayrıca komite üyeleri komite ve bu anlaşmalar aracılığıyla sahip oldukları birlikte hakimiyetlerini kötüye kullanmışlardır.

#### – Seval Davası

Yine *Seval*<sup>14</sup> davasında Komisyon, bir taşımacılık konferansına hem 81 hem de 82 nci maddeleri uygulamıştır. Komisyona göre, Seval üyeleri bir ekonomik bağ olarak düşünülebilecek aynı konferans anlaşmasıyla birbirlerine

<sup>13</sup> French-West African.... 1992 OJ L134/1

<sup>14</sup> *Cewal* 1993-OJ, L34/20

bağlıdırlar ve bunun sonucunda elde ettikleri birlikte hakim durumlarını ihlal etmişlerdir.

– **Almelo Davası<sup>15</sup> ve Önemi**

Buradaki temel sorun ekonomik bağın ne anlama geldiğidir. Bidayet mahkemesi anlaşma ya da lisansı böylesi bir bağ için örnek olarak vermiştir. Mahkeme ayrıca açıkça kararında 4056/86 sayılı Deniz ticaretine ilişkin grup muafiyet tüzüğüne atıfta bulunmuştur. Bu Tüzüğün 8'inci maddesi Komisyona verilen grup muafiyetini eğer yararlanan üye firmalar 82 nci maddeyi ihlal ederlerse geri alma hakkı vermektedir. Burada firmaların taşıma konferansı üzerinden birlikte hakim durumda oldukları düşünülecektir.

Ancak daha sonra Almelo davasında ATAD ilgili ürün pazarında birlikte hakimiyetin olması için teşebbüslerin ilgili ürün pazarında aynı davranışı göstermelerine neden olan **yeterince güçlü bağlar ile birbirlerine** bağlı olmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Bu karara göre birbirinden bağımsız dağıtım lisansörleri birlikte hakim durumda olarak değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda belirli sayıda teşebbüs, pazar içerisinde aynı davranışı göstermelerine yol açan yeteri derecede güçlü bağlarla bağlılarsa, birlikte hakim durumda oldukları düşünülebileceklerdir.

– **Magill Davası**

Başka bir yazar Schodermeier birlikte hakimiyet kavramına farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Ona göre, Komisyon *Italian Flat Glass* davasında birlikte hakimiyeti ispatlamak için yapısal bağ kavramına başvururken, *Magill*<sup>16</sup> davasında, pazarda bulunan büyük firmalar birbirleriyle rekabet etmedikleri ve ayrıca üçüncü taraflar kendilerini ekonomik olarak bağımlı bir pozisyonda buldukları için firmaların paralel davranışlarını kullanmıştır.

Magill İrlandalı bir basım şirkettir ve ITP, BBC, and RTE televizyon kanallarıyla onların sağlayacakları bilgileri kullanarak haftalık bir televizyon programları listesini içeren bir magazin yayınlamak suretiyle rekabet etmeye karar vermiştir. Sonuçta her üç firma da Magill'e mal vermeyi reddetmiştir. Komisyon bu olayda firmaların 82 nci maddeyi ihlal ettiklerini ileri sürmüştür. Bu olayda Komisyon açıkça firmaların birlikte hakimiyetlerini kötüye

<sup>15</sup> *Almelo* [1994] ECR p.1477 [an Art.234 (ex177) reference]

<sup>16</sup> Case C-241/91P *Magill*... [1995] ECR I-797

kullandıklarını ileri sürmemiştir ama temelde bir potansiyel rakibin paralel davranışlar sonucunda pazar dışına itilmesiyle ilgilenmiştir. Ayrıca Komisyon oligopolistler arasında etkin bir rekabet olmadığını ve potansiyel müşterilerin kendilerini bu firmalara bağımlı bulmuşlardır.

### 4.3. Analiz ve Sonuç

Birlikte hakimiyet hukuki tanıma kazandıktan sonra hiç şüphe yok ki, Komisyon çok iyi bir fırsat elde etmiştir. Ancak temel sorun birlikte hakimiyetin nasıl ortaya konulacağıdır. Davalarda atıfta bulunulan ekonomik ya da yeterince güçlü bağlar kavramları net değildir ve Mahkemeler bu kavramlardan ne anladığını açık bir şekilde ortaya koymamışlardır.

Pratikte birlikte hakimiyetin uygulandığı kararlar Komisyonun 81 inci madde kapsamına giren bir ihlal olarak değerlendirilebilecek verilerden bağımsız olarak birlikte hakimiyeti ispatlamada başarısız olduğunu ortaya koymuştur. Sonuçta ortaya hem 81 hem de 82 nci maddelerin beraber uygulanması çıkmıştır. Ancak bu kavramın geliştirilmesindeki amaç aynı ihlali iki defa yasaklamak olmamalıdır. Whish bu durumda söz konusu kavramın faydalı ve operasyonel olabilmesi için bir yol önermektedir. Whish'e göre 81 inci maddedeki yasaklamadan muaf tutulan anlaşmaların tarafları bu anlaşmaya dayanarak ortaya çıkan pazar güçlerini kötüye kullanırlarsa bu durumda 82 nci madde çerçevesinde bir kötüye kullanma olarak değerlendirilip yasaklanabilir.

Ancak oligopolistik pazarlardaki rekabet sorunları ile mücadelede asıl ihtiyaç duyulan yenilikçi bir yaklaşımdır. Bu bağlamda sorulması gereken soru ekonomik ya da yeterince güçlü bağ kavramının oligopolistik pazarın yapısını kapsayacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Bu konuda yazarlar genel olarak oligopolistik pazar yapısının birlikte hakimiyeti ispatlamak için gerekli olan **ekonomik ya da yeterince güçlü bağ** kavramının oligopolistik pazar yapısını içerdiği ve bu çerçevede oligopolistik pazarlardaki ihlallerin birlikte hakimiyet kavramına dayanılarak denetlenebileceğidir.

Fakat yukarıda da değinildiği üzere Bidayet mahkemesi *Italian Flat Glass* davasında anlaşma ya da lisan yoluyla birlikte hakimiyet olabileceğini belirtmiş ancak oligopolistik pazar yapısının tek başına birlikte hakimiyeti ispatlamakta kullanılabilmesi konusunda sessiz kalmıştır. Buna karşın ilginç bir şekilde *Gencor* kararında Bidayet mahkemesi "...*Italian Flat Glass* davasında mahkemenin sadece örnek yoluyla anlaşma ya da lisanstan bahsettiğini ve bu karardan ekonomik bağ kavramının sadece bu iki unsurla sınırlı olduğu sonucuna

ulaşılamayacağını, dahası ilke olarak ekonomik bağ kavramından ne hukuk ne de ekonomi literatürü içerisinde özellikle pazar yoğunlaşması, şeffaflık, ürün homojenliği gibi özellikleri olan ve bu nedenle içindeki firmaların birbirilerinin davranışlarını gözlemleyebildikleri, ve fiyatı artırıp karlarını maksimize etmek amacıyla bu davranışlarını birbirine yaklaştırdıkları oligopolistik pazarlardaki karşılıklı bağımlılık durumunu ayrı tutmak için hiç bir neden olmadığını..."<sup>17</sup> belirtmiştir.

Her ne kadar Mahkeme bu yorumunu birlikte hakimiyetin birleşmelere uygulanması bakımından geçerli olduğunu devam eden paragrafta ortaya koysa da, 82 nci maddenin uygulanması bakımından geçersiz olduğunu açıkça belirtmemiş ve yukarıda yapılan yoruma yönelik bir açık kapı bırakmıştır.

Yazarlardan Rodger oligopolistik pazarların karşılıklı bağımlılık ilkesi çerçevesinde per se ekonomik ya da yapısal bağ olarak düşünülüp bu pazarlarda birlikte hakimiyet iddiasında bulunulabileceğini belirtmiştir. Başka bir yazar Soames Rodger ile aynı fikirde olup Almelo davasındaki "yeterince güçlü bağlar" kavramına atıfta bulunarak Madde 82 çerçevesinde oligopolistik pazarlardaki uyumlu eyleme dayanmayan rekabet sınırlamalarının birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması adı altında denetlenebileceğini iddia etmiştir. Bu yazarlar gibi Whish de pazar yapısına atıfta bulunarak uyumlu eylem olmayan paralel davranışların bu çerçevede denetlenebileceğini iddia etmiştir.

Söz konusu yazarların üzerinde hem fikir olduğu husus ekonomik ya da yeterince güçlü bağ kavramının oligopolistik pazar yapısını içerdiği dolayısıyla birlikte hakimiyet kavramı aracılığıyla 82 nci maddenin oligopolistik pazarların denetiminde kullanılabilirliği.

Ancak yine yukarıda bahsi geçen yazarların açıkça belirttiği üzere, bu mantık esnek bir yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Şu bir gerçektir ki, eğer davranış uyumlu eylemden kaynaklanıyorsa şüphesiz madde 81 altında denetlenebilecektir. Ancak davranış pazar yapısından kaynaklanıyorsa ve arada herhangi bir iletişim yoksa, *Şeker* davasındaki mahkemenin yaklaşımını dikkate alarak, firmaların kendilerini piyasadaki mevcut ve beklenen rakip davranışlarına akılcı bir şekilde uyum sağladıkları iddia edilebilir. Bu nedenle uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışlar *per se* bir yaklaşım içerisinde "birlikte hakimiyet" iddiasıyla 82 nci madde altında yasaklanmamalıdır.

---

<sup>17</sup> Case T-102/96 *Gencor... v commission* [1994] 4 CMLR 971 para.273-276

Ancak karşılık bağımlılık teorisiyle yeterince açıklanamayacak şu tür davranışlar birlikte hakimiyet iddiasıyla denetlenebilir:

1. Aşırı fiyat durumu
2. Pazara girişin zorlaştırılması
3. Dışlayıcı davranışlar

Bu haller dışında paralel davranışların her zaman 82 nci madde altında *per se* yasaklanmamalıdır. 82 nci madde geriye doğru yürüyen bir sistem öngörmekte ve davranışlardan zarar gören firmalar için tazminat yolu açmaktadır. Bu nedenle söz konusu madde tek hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde etkili bir silah olabilir. Ancak oligopolistik pazarlarda görülen rekabet sorunlarına birbirinden bağımsız pek çok faktör etkide bulunmaktadır. Dahası bir tekeli piyasada anti rekabetçi olarak değerlendirilen bir davranış oligopolistik pazarlarda rekabeti geliştirici bir eylem olarak sayılabilecektir. Bu nedenlerle madde 82 altında oligopol sorununa dogmatik bir yaklaşım, tahmin edilebilirlik ve kesinliğin hayati derecede önemli olduğu rekabet hukuku alanında başka ve kafa karışıklıklarına ve belirsizliklere yol açabilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında sonuç olarak, birlikte hakimiyet altında 82 nci madde oligopolistik pazarlardaki uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışların denetiminde yukarıda sayılan haller dışında uygun bir araç değildir.

## **5. Birlikte Hakimiyet ve Birleşmelerin Kontrolü**

### **5.1. Birleşme Tüzüğü'nün Birlikte Hakimiyet Kavramı Uygulanması**

Bu bölümde Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyet kavramına uygulanması incelenecektir. Bu çerçevede, öncelikle Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyete hukuki olarak uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Daha sonra Birleşme Tüzüğü'nün uygulanmasında kullanılan kriterler incelenecektir. Özellikle *Kali&Salz* davasındaki yaklaşım derinlemesine incelenecektir. Sonuçta birleşme tüzüğü'nün birlikte hakimiyet yoluyla oligopolistik pazarlardaki rekabet kısıtlamalarıyla mücadelede ne kadar uygun ve etkin bir araç olduğu irdelenecektir.

#### **i. Genel Bakış**

Birleşme Tüzüğü'nün 2(3) maddesi "...ortak pazarda ya da onun önemli bir bölümünde *bir hakim durum* yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve sonucunda etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşmeleri..." yasaklamaktadır.

Tüzüğü'nün kapsam maddesindeki lafzı açıkça "bir hakim durum kavramından" ne anlatılmak istendiğini ifade etmemektedir. Bu bağlamda Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyet kavramına uygulanıp uygulanmayacağı hukuki olarak tartışmalı bir konudur. Bu çerçevede hukuki belirsizliğin giderilmesi Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyet kavramı altında oligopol sorunuyla mücadelede ne derece uygun olduğunu incelemede ilk adımdır.

Bu konuda iki yaklaşım vardır:

**Dar Yaklaşım:** Bazıları madde 2(3)'te açıkça belirtilmediği için Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyete yol açan birleşmelere uygulanamayacağını iddia etmektedirler. Özellikle *Kali&Salz* davasında Advocate General olan Tesauro Tüzüğü'nün ilgili maddesinin bunu açıkça öngörmediğini, ayrıca uygulanma halinde üçüncü tarafların savunmalarının alınmadan haklarının ihlal edilebileceğini düşünerek Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyeti kapsamadığını ileri sürmektedir.

**Geniş Yaklaşım:** Birleşme tüzüğü'nün hukuki dayanağı Roma Anlaşmasının 235 inci maddesidir ve bu madde Birleşme Tüzüğü altındaki hakim durum kavramının, *Hoffman-La Roche* davasındaki davranış ağırlıklı tanımdan daha geniş bir anlam içermesine imkan verdiği iddia edilmektedir.

Ayrıca, madde 2 (3)'deki "rekabeti kısıtlama kavramı" tamamen farklıdır ve yapısal ve tahmin etmeye dayalı bir analiz gerektirmektedir. Bu nedenlerle Birleşme Tüzüğü birlikte hakimiyet sonucunu doğuran birleşmelere uygulanır.

## ii. Komisyonun Yaklaşımı

*Nestle/Perrier* davası Komisyonun Birleşme Tüzüğü altında birlikte hakimiyet analizi yaptığı ilk davadır. Bu davada Komisyon birleşme sonucunda pazarda birlikte hakimiyet ortaya çıkacağı gerekçesiyle işleme şartlı izin vermiştir. Komisyonun Birleşme Tüzüğü'nü birlikte hakimiyet ilkesine uygulama konusundaki mantığı şöyledir: " .. Birleşme Tüzüğü sadece tek hakimiyet yaratan birleşmelere değil aynı zamandan birlikte hakimiyet sonucunu doğuran

birleşmelere de uygulanır. Çünkü her iki halde nihayette belirli pazar koşulları altında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamaktadır..."

Komisyon ayrıca kararında Roma Anlaşmasının amaç maddesi olan 3 üncü maddenin (g) fıkrasına atıfta bulunmuştur. Bu fıkra ortak pazar içinde bozulmamış bir rekabet sisteminin tesisini öngörmektedir. Komisyona göre, tek hakimiyet sonucu ise yasaklanan etkin rekabetin kısıtlanması, birlikte hakimiyetin bir sonucuysa izin verilemez.

Ayrıca Komisyon diğer rekabet sistemlerine atıfta bulunarak bütün önemli rekabet düzenlemelerinin hem tek hem de birlikte hakimiyet sonucu doğuran birleşmeleri denetlediğini belirtmiştir.<sup>18</sup>

Kimi yazarlar üye ülkelerdeki birleşme düzenlemelerinin birlikte hakimiyet yaratan birleşmelere uygulandığına dikkat çekerek, Birleşme Tüzüğü eğer birlikte hakimiyet kavramına uygulanmazsa, bu durumda üye ülke sistemleriyle topluluk birleşme sistemi arasında ortaya bir asimetri çıkacağını iddia etmektedirler.

### iii. Adalet Divanının Yaklaşımı

Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyet kavramına uygulanması *Kali&Salz* davasına kadar hukuki olarak belirsizdi. Bu davada, derin bir incelemenin ardından Komisyon, birleşmenin AT potasyum pazarında birlikte hakimiyet sonucunu doğuracağını ileri sürdü ve işleme şartlı izin verdi.

Kararın temyizinde, ATAD Komisyonun kararını iptal etti. Mahkeme Komisyonun yaptığı ekonomik analiz konusunda Komisyonla hem fikir olmamakla birlikte, Komisyonun uygulanabilirlik konusundaki yaklaşımına katıldı ve BT'nün birlikte hakimiyet kavramına uygulanabileceği sonucuna vardı. Burada ATAD'ın yaklaşımı, teleological olarak tanımlanan ve temelde ATAD'ın Roma Antlaşması hükümlerinin yorumlanmasında Andlaşmanın amaçlarına başvurması şeklinde tanımlanabilecek bir anlayışa dayanmaktadır. Bu çerçevede ATAD Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyete uygulanabilirliği konusunda Roma Anlaşmasının 3 (g) maddesi çerçevesinde "...eğer ortak pazar içerisinde rekabetin bozulmamasını garanti altına alan bir sistemin tesis edilmesi amaçsa, bu amacın Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyete uygulanmaması durumunda önemli ölçüde zarar göreceğini..." düşünmüştür.

---

<sup>18</sup> *Nestle/Perrier* para.115

#### iv. ATAD'ın Yaklaşımının Sonuçları

- Bu karar uygulanabilirlik konusundaki hukuki belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.

- ATAD bu kararıyla Komisyonun sahip olduğu Birleşme Tüzüğüne uygulama *yetkisiyle* bunu nasıl uygulaması gerektiğine ilişkin göstermesi gereken *sorumluluk* arasında bir denge tesis etmektedir. Bir taraftan Komisyonun Birleşme Tüzüğüne birlikte hakimiyet kavramına uygulama yetkisini onaylarken, diğer yandan Komisyona daha detaylı ve iktisadi yönü daha fazla olan dinamik bir analiz yapma yükümlülüğü getirmiştir.

#### 4.2. Birlikte Hakimiyetin Birleşme Tüzüğü Altında Değerlendirilmesi

Buradaki temel sorun birleşme sonrası değişen pazar yapısının geride kalan firmalar arasında -oligopol üyeleri arasındaki karşılıklı bağımlılık hesaba katılarak- muhtemel bir koordinasyonu kolaylaştırıp kolaylaştırmadığıdır. Bu muhtemel koordinasyonun, ister uyum isterse firmaların bağımsız davranışları olsun, neden kaynaklanabileceği önemli değildir.

Komisyon baktığı davalarda ve özellikle *Nestle/Perrier*'den sonra belirli kriterler geliştirmeye çalışmıştır. Bu çabasında, Komisyon'un madde 82 altındaki davranış ağırlıklı hakimiyet kavramından geçmişe ve geleceğe dönük bir takım faktörlerin incelendiği ve yapısal bir analizin yapıldığı daha gelişmiş bir hakimiyet kavramına doğru kayma eğilimi gösterdiği ileri sürülmektedir.

##### i. Kriterler

Birleşme Tüzüğü çerçevesinde birlikte hakimiyet ilkesinin değerlendirilmesinde kullanılan kriterler yapısal ve davranışsal kriterler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kriterler tüketici bir liste değildir ancak birlikte hakimiyet yaratan birleşmelerin analizine yönelik olarak önemli derecede ışık tutmaktadır.

##### a. Yapısal Kriterler

### Yoğunlaşmanın Derecesi (Degree of concentration )

Uyumlu eylem riski yoğunlaşmanın derecesinin artmasıyla birlikte yükselmektedir. Aslında bu koşul birlikte hakimiyeti ispatlamak için önemlidir, ama tek başına yeterli değildir. Çünkü başka bazı faktörler uyumlu eylem riskini azaltabilir. Mesela *Henkel/Nobel*<sup>19</sup> davasında Komisyon uyum ihtimalinin pazarın dinamikmi, coğrafi pazarın açıklığı, yakın ikame ürünlerin bulunması, ve talep tarafında yoğunlaşmanın fazla olması gibi unsurlar tarafından azaltıldığı sonucuna varmıştır.

Komisyon bu çerçevede, toplam pazar payları yüksek olan duopol pazarlarda faaliyet gösteren firmalar üzerine dikkatlerini toplamıştır. Bu nedenle, Komisyon ikiden fazla firmanın faaliyet gösterdiği pazarlarda duopol pazarlara göre koordinasyon ihtimalinin daha az olduğunu düşündüğünü iddia etmek yanlış olmayacaktır.

*Pilkonton-Techint/SIV*<sup>20</sup> davasında, toplam beş firma pazarın yüzde 95'ine hakim iken, Komisyon yüksek fiyat esnekliği, karşı alıcı gücü, gibi faktörlerin koordinasyon riskini azalttığı sonucuna varmıştır.

Ancak, *Nestle/Perrier*<sup>21</sup> davasında, pazardaki sağlayıcı sayısının azalmasının pazarda sadece basit bir makyaj değişikliğine neden olmadığını bunun da ötesinde, birlikte hakimiyete yol açan rekabet karşıtı paralel davranış ihtimalini artırdığını belirtmiştir.

### Geriye Kalan Rakiplerin Sayısı

Komisyon birlikte hakimiyet analizlerinde fringe firm olarak adlandırılan küçük firmaların varlığına büyük önem vermektedir. Küçük firmalar pazardaki büyükler arasında muhtemel bir uyumlu eylem ve bu yolla rekabet üstü kar elde etme ihtimallerini azaltmaktadır. Çünkü büyüklerin belirlediği yüksek fiyatların daha altında bir fiyattan satış yaparak uyumlu eylemin başarısını engelleme potansiyelleri vardır. *Nestle/Perrier* davasında Komisyon geride kalan firmaların asıl üreticini pazar gücünü dengeleme yeteneğine sahip olmadığı sonucuna varmış

<sup>19</sup> *Henkel/Nobel* Decision of 23 Feb. 1992, para.17

<sup>20</sup> *Pilkonton-Techint/SIV* OJ L158/24. para.68

<sup>21</sup> *Nestle/Perrier* para.120

ve bunun birlikte hakimiyeti güçlendiren bir faktör olduğunu düşünmüştür.<sup>22</sup> Ancak *Kali&Salz* davasında Komisyonun dikkate almamasına rağmen küçük firmaların varlığını ATAD dikkate almış ve Komisyonun kararını bozma konusunda kullandığı gerekçelerden birisi olmuştur.

### **Potansiyel Rekabet**

Yüksek pazara giriş engellerinin varlığı olduğu zaman firmalar arası koordinasyon ihtimali de yükselecektir. Yüksek giriş engelleri genellikle oligopol piyasalardaki firmaları potansiyel rakiplere karşı teşvik etmektedir. Bu nedenle pazara giriş engelleri uyum riskini artıran önemli bir yapısal faktör olarak değerlendirilmektedir. Örnek olarak, düzenleyici engeller, risk faktörleri, ticari ya da teknik engeller yüksek sermaye yatırım gerksinimi önemli giriş engelleri olarak sayılabilir. Komisyon analizlerinde pazar koşullarının yeni bir girişi kolaylaştırdığı ya da engelleyip engellemediği hususunu hesaba katmaktadır.

### **Pazarın Olgunluğu ve Niteliği**

Komisyon *Nestle/Perrier*<sup>23</sup> davasında pazarın gelişmişlik ve doyunluğunu değerlendirmiş ve doyunluğa ulaşmış pazarlarda koordinasyon ihtimalinin yükseldiği sonucuna varmıştır. Bunun nedeni artık pazar payı kazanmak üzere pazara girmek için herhangi bir dürtü olmaması ve sonuçta pazardaki mevcut firmaların için ortamın koordinasyon için çok uygun olmasıdır.

Diğer yandan pazarın niteliği bağlamında, yüksek derecede ürün homojenliğinin koordinasyonu arttırdığı düşünülmektedir. Yüksek ürün homojenliği genellikle düşük ürün buluş değeriyle ilişkilendirilmektedir. Düşük ürün buluş değerinin dikkatleri homojenlikle birlikte fiyatlar üzerine kaydırıldığı düşünülmektedir. Özellikle yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarlarda firmalar aktif rekabetten kaçınmayı kendi karşılık çıkarları için faydalı görmektedirler.

### **Simetri ya da Asimetri**

Pazarda payların benzerliği belirli koşullar altında paralel davranışı kolaylaştırabilir. Her bir firma kendisinin yeterli bir pazar payına sahip olduğunu düşünecek, ve aktif rekabetten kaçınacaktır. Bunun tersi de doğrudur, yani pazar paylarındaki önemli farklılıklar koordine edilmiş bir davranışın istikrarını

---

<sup>22</sup> Nestle/Perrier para.65

<sup>23</sup> İbid. Para.55

bozacaktır. Komisyon simetrik pazar paylarını gizli uyumlu eyleme yol açabilecek bir pazar yapısının önemli bir özelliği olarak değerlendirmektedir. *Nestle/Perrier*<sup>24</sup> davasında Komisyon duopolistlerin simetrik pazar paylarının uyum ve koordinasyona yol açan bir faktör olarak düşünmüştür.

Bu arada bazı yazarlar, pazar payı gibi diskriptif simetriklerin maliyet yapısı, kapasite kullanımı, talep esnekliği gibi casual simetriklere göre daha az önemli olabileceğini iddia etmektedir.

*Kali&Salz* davasında ATAD asimetrik özelliklere büyük önem vermiştir. ATAD bu davada, bir tarafta K&S/MdK'in yüzde 23 diğer yanda SCPA firmasının yüzde 37'lik pazar payları arasındaki asimetri, her iki firma arasındaki üretim kapasiteleri bakımından ortaya çıkan asimetri, ve kapasite kullanım oranı bakımından ortaya çıkan asimetri gibi asimetrikleri dikkate almıştır.

### **Karşı Satın Alma Gücü**

Komisyon analizlerinde güçlü alıcıların gücünü oligopolistlerin fiyatlar üzerinde başarılı bir uyumlu eylemi sürdürme ihtimalini azaltacak önemli bir faktör olarak düşünmektedir. *Gencor/Lonrho*<sup>25</sup> kararında, güçlü alıcıların yokluğu özellikle pazarda, indirim seviyelerinin düşük olduğu, ürünün ikamesi olmadığı, ve çok sayıda aşağıya doğru müşteri olduğu durumlarda, koordinasyon ihtimalini artıran bir faktör olarak değerlendirmiştir.

### **Fiyat Esnekliği**

Fiyat esnekliği pazarda kalan firmalar arası koordinasyon ihtimalini belirlemede önemli bir faktördür. Yüksek fiyat esnekliği firmalar arası uyumlu eyleme dayalı olan bir dengeyi sürekli tehdit edecektir, ve en ufak bir fiyat farkı talebi çok fazla etkilediği için, firmaları birbirlerini aldatma konusunda teşvik edecektir.

Buna karşılık fiyatın esnek olmadığı pazarlarda, firmaların koordinasyonu başarıyla sürdürmeleri için uygun bir ortam olacaktır. *Nestle/Perrier* davasında, fiyat esnekliğinin olmaması uyumlu eylem göstergesi olarak düşünülmüştür.

---

<sup>24</sup> İbid. Para.123

<sup>25</sup> İbid. Para.150

## Geride Kalan Firmalar Arasındaki Yapısal Bağlar

*Kali&Salz* davasında, Komisyonun kararı temelde *Kali&Salz* ve *SCPA* arasındaki yapısal bağların varlığı üzerine dayanmaktadır. bu yapısal bağlar, Kanada'da kurulu bir ortak girişim, önceden beri var olan bir ihracat karteli, ve dağıtım anlaşmasıdır. Söz konusu birleşme işlemine bu bağların sona erdirilmesi şartıyla izin verilmiştir.

Temyiz aşamasında mahkeme, Komisyon'un tatmin edici bir şekilde *K&S* ve *SCPA* arasındaki mevcut yapısal bağların birlikte hakimiyet sonucuna varmak için yeterli olduğunu ispatlama konusunda başarısız olduğunu belirtmiştir.

Yazarlardan *Bishop* aslında yapısal bağların birlikte hakimiyetin varlığını ispatlamak için gerekli bir unsur olmadığını belirtmiştir. Ona göre *Kali&Salz* kararında yapısal bağların önemi Komisyonun kendi inisiyatifi sonucu ortaya koyduğu vurgudan kaynaklanmaktadır.

*Gencor/Lonrho* davasında, bidayet mahkemesi yapısal bağlar meselesini, bu bağların birleşme davalarında birlikte hakimiyeti ispatlamak için gerekli olmadığına karar vererek çözmüştür.

Başka bir yazar *Briones*'a göre ekonomik açıdan, bir oligopol pazarda firmalar arası muhtemel bir koordinasyonu incelerken yapısal bağların ortaya konulması gerekli değildir. Yapısal bağlar tek başlarına bir birlikte hakimiyet analizi için yeterli değildir.

### b. Davranışsal Kriterler

#### Şeffaflık

Komisyon şeffaflık sorununun firmalar için satış koşulları ve fiyatlar konusunda bilginin mevcudiyetini dikkate alarak değerlendirmektedir. Yüksek derecede yoğunlaşma, ürünlerin homojenliği, fokal noktaların varlığı, pazar istatistiklerinin varlığı, müzakere ve ticari ilişkilerin niteliği, Komisyonun şeffaflık analizinde kullandığı başlıca faktörlerdir.

Ayrıca belirli bir yatırıma yönelik görünür bağlılık, önemli yatırım kararları ve diğer geri dönülmesi mümkün olmayan kararlar da aynı zamanda şeffaflığı sağlamak üzere kullanılan araçlar olabilir.

*Nestle/Perrier* davasında, Komisyon "...uyumlu eylemin başlıca firmaların hazırladığı standart fiyat listeleri ve aylık satışlar konusunda bilgi değişimleri yoluyla kolaylaştırılabileceğini..." ileri sürmüştür.

### **Sağlayıcıların Geçmişteki Davranışları**

Briones geçmişteki davranışların analizi belirli bir pazardaki rekabetçi koşulları anlamada yardımcı olacağını ileri sürmektedir. Bu tür bir analiz, firmaların geçmişte takip ettikleri politikaları belirleme ve gelecekteki muhtemel politikalarını tahmin etme konusunda yardımcı olur.

Komisyon bazı olaylarda firmaların geçmişteki gizli ya da açık koordineli davranışlarını bir birleşmenin birlikte hakimiyet yaratıp yaratmayacağını analiz etme konusunda önemli olarak değerlendirmiştir.

*Nestle/Perrier*<sup>26</sup> davasında, geçmişteki paralel fiyatlandırma gelecekteki muhtemel bir koordinasyon riski göstergesi olarak değerlendirilmiştir. *Gencor/Lonrho*<sup>27</sup> davasında, firmaların geçmiş davranışları geleceğe dönük önemli bir veri olarak değerlendirilmiştir.

Ancak, yazarlardan Venit, Kali&Salz kararında ATAD'ın üstü kapalı bir şekilde geçmişteki davranışların gelecekteki muhtemel bir uyumlu eylem için güvenilir bir gösterge olduğunu reddetmiştir.

### **ii. ATAD'ın Değerlendirmeye Katkısı**

Yazarlardan Venite göre, ATAD'ın Kali&Salz davasındaki ekonomik analize olan yaklaşımı "...Birleşme Tüzüğü Birlikte hakimiyet durumlarına uygulanır..." kararından daha önemlidir. Çünkü bu yaklaşım, Komisyon için birleşme değerlendirmelerinde yüksek seviyede bir ekonomik analizi gerekli kılmaktadır. Bu özellikle birlikte hakimiyet analizleri için böyledir.

*Kali&Salz* davasında Komisyonun kararı temelde şu faktörlere dayanıyordu:

-birleşme sonrası yoğunlaşmanın derecesi,

---

<sup>26</sup> İbid. Para.65

<sup>27</sup> İbid. Para.128

- pazarın yapısına ilişkin yapısal faktörler,
- ürünün karakteristiği,
- geride kalan firmalar arasındaki yapısal bağlar.

Temyiz aşamasında, ATAD Komisyonun ekonomik analizindeki yaklaşımını pek çok açıdan hatalı bulmuştur. Mahkemeye göre Komisyon daha çok statik faktörlere ağırlık vermiş ve firmaların göreceli pozisyonlarını önemli ölçüde belirleyen dinamik mikro ekonomik faktörlerin önemini vurgulama ve kararında dikkate alma konusunda başarısız olmuştur.

ATAD geride kalan küçük firmaların rolü, büyük firmalar arasında ortaya çıkan büyük asimetri, ve sonuçta Kali&Salz ve SCPA arasındaki yakın yapısal bağların yokluğu gibi muhtemel bir uyumlu eylem riskini önemli ölçüde azaltacak olan unsurları dikkate almıştır.

ATAD kararında, Komisyonun birlikte hakimiyetin varlığını ortaya koymada önemli bir yetki ve keyfiyeti olduğunu kabul etmiştir. Ancak, buna karşın mahkeme Komisyonun ekonomik analizlerinde bir önceki davalarda geliştirdiği kriterlerle ve birlikte hakimiyet kavramına yönelik olarak 82 nci madde altında geliştirilen hukuki yorumlamalar ve değerlendirmelerle bağlı hissetmemesi hatta bazen bunları hiç dikkate almaması gerektiğini kabul etmiştir.

Bu bağlamda, mahkeme, açıkça Komisyonun birlikte hakimiyetin teorik risklerini gösteren bir basit bir kontrol listesine bakarak değerlendirme yapmamasını ve değerlendirmelerinde yüksek standartlarda bir ekonomik analiz kullanması gerektiğini belirtmiştir. Bu yaklaşım özellikle oligopolistik pazarlardaki paralel davranışlarda birbirinden bağımlı ya da bağımsız pek çok faktörün etkili olduğu hesaba katıldığında, büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle birleşme olaylarındaki birlikte hakimiyet analizleri olay bazında bir yaklaşım gerektirmektedir.

### **5.3. Analiz ve Sonuç**

Yazarlardan Ridyard sadece tek hakimiyet analizine dayalı bir birleşme düzenlemesinin önemli bir kör nokta oluşturacağını bu nedenle özellikle yoğunlaşmanın yüksek olduğu oligopolistik pazarların denetimi bakımından Birleşme Tüzüğü'nün Birlikte hakimiyet yaratan birleşmelere uygulanmasının büyük öneme sahip olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Birleşme Tüzüğü'nün

birlikte hakimiyet yaratan birleşmelere uygulanabilirliğini onaylayan Kali&Salz kararı birleşme tüzüğüne oligopolistik pazarların denetimi bakımından yadsınamaz bir öneme sahiptir.

Hiç şüphe yok ki, birlikte hakimiyet altında Birleşme Tüzüğü Komisyona oligopolistik pazarların kontrolü bakımından, ve bu bağlamda gizli ya da açık uyumlu eyleme yol açabilecek bir pazar yapısının güçlenmesi ya da yaratılmasını denetlemek bakımından çok önemli bir silah vermektedir.

Nitekim *Gencor/Lonrho* davasında, Bidayet mahkemesinin, Komisyonun birlikte hakimiyet gerekçesiyle bildirilen birleşmeyi yasaklama kararını onaylaması bu silahın gücünü göstermektedir.

Bu özellikle ekonomik literatürdeki oligopol sorunu temelde pazar yapısıyla ilgilidir ve bu nedenle yapısal yöntemlerle mücadele edilmelidir savı düşünüldüğünde önemlidir.

Dahası, oligopolistik pazarlardaki rekabet sorunlarıyla mücadelede 81 inci maddenin sınırlı gücü ve 82 nci maddenin genellikle uygun olmayan bir araç olması faktörlerinin Birleşme tüzüğüne oligopol sorunuyla mücadeledeki gücünü ve önemini artırdığı iddia edilebilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, birlikte hakimiyet kavramı altında birleşme tüzüğüne oligopol sorunuyla mücadelede uygun bir silah olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Ancak unutulmaması gereken hayati derecede önemli olan husus, oligopol sorunuyla mücadelede birlikte hakimiyet altında birleşme tüzüğüne bu uygunluğun temelde Komisyonun bir birlikte hakimiyet sonucunu doğuran birleşmeye nasıl değerlendirmesi gerektiğine bağlıdır.

Bu bağlamda, *Kali&Salz*, kararındaki ATAD'ın olay bazında ekonomik analiz yaklaşımı dikkate değer bir öneme sahip gibi görünmektedir. Bu yaklaşım Komisyonun yüksek bir ekonomik değerlendirme standardına sahip olmasını gerekli kılmaktadır.

Ayrıca, Kali&Salz kararında Mahkeme çok önemli bir noktaya dikkat çekmektedir. Mahkeme, Komisyonun madde 82 altında geliştirilen hakim durum ve birlikte hakimiyet değerlendirmeleriyle bağlı kalmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Çünkü ATAD'a göre, oligopolistik pazar yapısının oluşmasının

düzenleme yetkisi ile bu pazarlardaki firmaların davranışlarını kontrol etme yetkisi ayrı konulardır. Bundan dolayı örneğin, *Italian Flat Glass* davasında atıfta bulunulan ve birlikte hakimiyeti ortaya koymak için gerekli yapısal bir bağ gereksinimi Birleşme Tüzüğü altında bir birlikte hakimiyet analizinde gerekli değildir.

## 6. Sonuç

Bu sunuşun başında belirtildiği üzere bu çalışmanın amacı, AT rekabet hukuku altında oligopol sorunuyla mücadele konusundaki boşluğu doldurmak üzere birlikte hakimiyet ilkesinin uygun bir araç olup olmadığıdır.

İlk bölümde belirtildiği üzere, oligopol sorunun niteliğine ilişkin belirsizlik tutarlı ve etkin bir rekabet politikası amacı için bu pazarların düzenleyici bir kontrolünü gerekli kılmaktadır.

Komisyon bu sorunu Roma Anlaşmasının sağladığı düzenleyici çerçeve içerisinde çözmeye çalışmaktadır. ATAD'ın *Wood Pulp* kararının ortaya koyduğu üzere, 81 inci madde Komisyona bu sorunla mücadelede sınırlı bir güç vermektedir. Bundan dolayı, ikinci bölümün iddia ettiği gibi, madde 81'in yetersizliğinin farkına varılması birlikte hakimiyet kavramının geliştirilmesinde asıl rolü oynamıştır.

Birlikte hakimiyetin iki farklı uygulaması vardır. Bu kavramın 82 nci madde altındaki uygulaması bakımından, üçüncü bölümde tartışıldığı üzere, iki tane birbiriyle alakalı sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Komisyonun birlikte hakimiyeti ortaya koymak için zaten 81 inci madde altında yasaklanan faktörlerden bağımsız faktörler bulamaması sonucu ortaya çıkan çifte uygulama sorunudur. Diğeri ise oligopolistik pazarlardaki rasyonel davranışların yasaklanmasından kaynaklanabilecek daha ileri düzeyde muhtemel kafa karışıklığı ve belirsizliktir.

Bu iki sorun birlikte hakimiyet altında 82 nci maddenin denetim gücünü önemli ölçüde belirli uygulama alanlarıyla sınırlandırmaktadır. Bu haller:

-81 inci maddenin getirdiği yasaklamadan muaf tutulan anlaşmalardan kaynaklanabilecek birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması,

- aşırı fiyat, dışlayıcı ve ayrımcı uygulamalar gibi rekabeti kısıtlayıcı ya da bozucu olan ve karşılıklı bağımlılık teorisiyle açıklanamayacak fiillerdir. Bu

fiilerin değerlendirilmesi bile detaylı ve dikkatli bir ekonomik analizi gerekli kılmaktadır.

Bu haller dışında, niteliği bakımından kınayıcı ve yasaklayıcı olan ve kötüye kullanma kavramı üzerine yoğunlaşan 82 nci madde oligopolistik pazar sorunlarıyla mücadelede uygun bir araç olarak görülmemektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar dikkate alındığında oligopol sorunuyla mücadele konusunda AT rekabet hukuku içindeki boşluk özellikle *davranışsal bir düzenleyici kontrole dayalı yaklaşım* bakımından devam etmektedir. Aslında bu boşluk, Komisyonun, hiçbirisi doğrudan doğruya -pek çok faktörün katkıda bulunduğu- oligopolistik rekabet sorunlarıyla mücadele etme amacını taşımayan 81 ve 82 nci maddelere dayalı düzenleyici sistem içerisinde sınırlı kalmasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı, oligopol sorunuyla mücadelede bu sınırlı düzenleyici çerçeve içinde yeni silahlar geliştirmeye çalışmak mantıklı ve makul görünmemektedir. Ancak AT rekabet sistemindeki bu eksiklik daha esnek olan ve esas itibariyle nitelik olarak yasaklayıcı ve kınayıcı olmayan bir sistem getirilerek giderilmeye çalışılmalıdır.

Ancak, birlikte hakimiyet kavramının Birleşme Tüzüğü altındaki uygulamasını düşündüğümüzde, *yapısal bir düzenleyici yaklaşım* bakımından daha iyimser bir tablo çizilebilir. Buradaki temel sav, "eğer sorun yapısal ise yapısal araçlar kullanılarak çözümlenmelidir" anlayışından kaynaklanmaktadır. Dördüncü bölümde tartışıldığı üzere, ATAD *Kali&Salz* kararında Birleşme Tüzüğü'nün birlikte hakimiyet durumlarına uygulanabilirliğini hukuken onaylamıştır. Bunun sonucunda hiç şüphe yok ki, Komisyon oligopolistik pazarlarda uyumlu eyleme dayalı olan ya da olmayan paralelliklere yol açan bir pazar yapısını yaratan ya da güçlendiren birleşmelerin kontrolü bakımından önemli bir düzenleyici silah elde etmiştir. Ancak burada unutulmaması gereken husus, Komisyona verilen bu gücün uygulamasının olay bazında (case by case) ilgili ürün pazarına ilişkin olarak yüksek standartta bir ekonomik analizi gerekli kıldığıdır.

Yukarıda tartışıldığı üzere, yapısal düzenleyici yaklaşımın (behavioural regulatory control) yetersizliği bir anlamda söz konusu bu gücü desteklemektedir. Diğer yandan, tek pazarın tamamlanmasına yönelik olarak gerçekleşen ilerleme ve gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan son zamanlardaki birleşme dalgalarının AT seviyesinde yeni oligopoller yaratma ya da mevcut oligopolleri güçlendirme ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda söz konusu yapısal düzenleyici yaklaşım (structural regulatory approach) çerçevesinde, Komisyona verilen bu

gücün ve yetkinin önemi daha da artmaktadır. Sonuç olarak birlikte hakimiyetin 82 nci madde altındaki uygulamasının aksine, Birleşme Tüzüğü altındaki uygulaması oligopol sorunuyla mücadelede göreceli olarak uygun bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

### SORU VE CEVAP BÖLÜMÜ

**Oturum Başkanı (İsmail Hakkı KARAKELLE – Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı)** - Her zamanki gibi konferanslarımızın ikinci oturumuna başlıyoruz, soru-cevap bölümüne ve yine her zamanki gibi konuşmaya başlayan arkadaşımız ismini söylese kayıtlara girmiş olur. Buyurun.

**Oğuzkan GÜZEL** - Rekabet Uzman Yardımcısı. Öncelikle Yaşar arkadaşımıza çok teşekkür ediyorum bu kapsamlı çalışmasını çok güzel bir şekilde bize aktardığı için.

Sunumundan anladığımız kadarıyla rekabet hukuku literatüründe hakim durumun saptanmasıyla, hakim durumun kötüye kullanılması ayrı olarak değerlendiriliyor. Fakat birlikte hakimiyet kavramı için bu durumun Avrupa Birliği uygulamalarında birlikte değerlendirildiğini, arada da konuşmuştuk, zaten anlıyoruz. Birlikte hakimiyet durumu ortaya çıktığında otomatikman kötüye kullanım durumu da ortaya çıkıyor gibi bir sorun oluyor. Bu sorunu koyarken Yaşar arkadaşımız; oligopol pazarlarda sorun var şeklinde değerlendirme yaptı.

Biz Avrupa Birliğinden Türkiye'ye döndüğümüzde yoğunlaşma oranlarına baktığımızda sektörlerin çoğunda oligopol durum olduğunu, oligopol durum sektörlerin dışında oligopolistik diyeceğimiz sektörlerde çok sayıda firma var, ama lider durumda olan dört veya beş firma var ve çok sayıda küçük firmalarda var, ama çeşitli sıkıntılar olduğunu görüyoruz.

Buna örnek olarak verebileceğimizde bankacılık sektörü. Bunu niçin örnek olarak veriyorum. Burada “Perşembe Konferanslarını” sürekli olarak izleyenler bilirler, Ünal Tekinalp hocamız hakim durumun kötüye kullanılması örneklerini verirken, bankaların yaptığı eylemlerden bahsetti, şunlar şunlar kötüye kullanmadır; faizi yüksek isteme, komisyonu yüksek isteme.

Erol Katırcıoğlu hocamız sempozyumda da dile getirdi. Aile şirketleri var, bunların finansman kaynakları var, küçük orta boy işletmeler piyasaya girmekte bu finansman nedeniyle zorlanıyorlar, finans sektöründe bir sıkıntı var diye bu sürekli olarak dile getiriliyor. Bu sektörlerin işleyişine baktığımızda; bankacılık, leasing, factoring, bütün şirketler bir arada da yürütülüyor ve bizim altıncı madde de yer alan bir sektörde olan hakim durumun diğer sektörde finansal teknik avantajların kötüye kullanılması olgusunun böyle bir olay olarak belki ortaya çıktığını saptamalar var zaten.

Bunlara karşı rekabet hukukunun yaptırımı ne olacak sorusunda tam can alıcı noktada bu birlikte hakimiyet kavramı, birlikte hakimiyet tartışması ortaya çıkıyor. Birlikte hakimiyetin saptanmasıyla, birlikte hakim durum şudur demekle bunun kötüye kullanılması ayrı ayrı olabilir, demek arasında bir ince çizgiyi biz Avrupa Birliği uygulamalarında belki bulamıyoruz. Ama bizim kanunun yazılışında sanki bir farklılık var gibi; bir teşebbüsün hakim durumunu tek başına veya diğer teşebbüslerle yapacağı anlaşmalar veya davranışlarla kötüye kullanılması mümkündür gibi bir yazılım tarzı var.

Bu durumda bir hakim durum olgusunun, bu soruşturmalarda hakim durumda birleşme, devralmaların kontrolünde de yapıldığı gibi, hakim durum olgusu şudur, ilgili ürün pazarı budur, coğrafi pazar şudur ve oradaki hakim durum budur diye tespitler yapılıyor önce, bu tespitler yapılırken büyük oligopolistik pazarlar içinde belki lider, artı beş, artı belki 10 firma pazarın şu kadarına sahiptir ve bunlar hakim durumdadır, diğerleri bunlara uymazlarsa zaten pazardan pay alamayacaklar, kâr elde edemeyecekler. Otomatikman belki bir piyasa davranışı gibi ortaya çıkan şey, aslında altında belki birçok kuşkuyla bakıyoruz ama rekabet hukuku anlamında bir kötüye kullanmayı da içeriyor ve bu kötüye kullanmayı belki liderler yapıyor, diğerleri yapıyor görünüyor ama istekleri bu değil. Böyle bir sıkıntılı durum var. Buna pazardaki paralel davranış mı diyeceğiz, yoksa birlikte hakim durum var ve bu hakim durumu bazı firmalar kötüye kullanıyor, diğerleri de onlara uymak zorunda kalıyor bunlar muaf tutulmalı gibi bir çözüme ulaşmamız mı gerekiyor?

Aksi takdirde geçmiş 40 yıllık uygulamalara baktığımız zaman sizinde belirttiğiniz gibi şimdi Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği komisyonu da bunu yakalamaya çalışıyor ama anlaşma maddeleri ve tüzükleriyle sınırlı ve oradaki amaçta Ortak Pazarın gerçekleşmesi, yani rekabetin korunması amacı göz önüne alınarak birlikte hakimiyetin saptanması ve bunun kötüye kullanılmasının ayrı ayrı değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olur mu diye soracağım.

**Yaşar TEKDEMİR** - Teşekkür ederim. Başta da belirtmiş olduğum gibi, bu tek hakimiyetin varlığı ve tek hakimiyetin kötüye kullanılmasındaki farkı birlikte hakimiyette tam net olarak göremiyoruz. Sanki böyle birlikte hakimiyet beraberinde bir paralelliği getiriyormuş gibi bir izlenim bende de doğdu. Fakat o konuda şunu söyleyebilirim: Oligopolistik piyasalarda her zaman olmazsa da kimi koşullarda birlikte hakimiyet var diyebiliriz pazar koşulları gereği.

Potansiyel olarak pazar içerisinde koordinasyon ihtimali var diyebiliriz ve bu çerçevede birlikte hakimiyet olduğunu ileri sürebiliriz. Ama bu demek değildir

ki her zaman bundan kaynaklanacak olan paralel davranışlar kötüye kullanma olsun, bu bakımdan bir ayrıma gidilebilir gibi geliyor bana.

Diğer taraftan bu bankacılık sektörüne yönelik olarak, sonuçta her ne kadar demiş olduğum gibi 60'dan fazla ve daha fazla şirketin varlığı söz konusu. Fakat oligopolde her ne kadar tanımda söylene de az sayıda firma, önemli olan firma sayısından ziyade pazardaki koşullar, eğer pazardaki koşullar şeffaflığı ön plana çıkartıyorsa ve de pazar koşulları gereği firmaların birbirlerini davranışlarını takip edebilme yetenekleri varsa, biz bu pazarları oligopol olarak değerlendirebiliyoruz. Ama pazarlar içerisinde kimi firmalar büyük firmalardır, kimileri küçük firmalar olabilir ve büyük firmalar lider pozisyonunda, konumunda birtakım politikalar belirliyor ve diğerleri de bunu takip ediyor olabilir. Her zaman mesele şu:

Pazarda bir birlikte hakimiyet var diyerek, bu paralellikleri biz ne dereceye kadar bir kötüye kullanma olarak değerlendirip, yasaklayabiliriz. Bizim kanunun 6 ncı maddesine baktığımızda, .... davranışlar yoluyla kötüye kullanma demek. Yani ilk bakışta sanki bu paralellikleri biz eğer kötüye kullanma olarak değerlendirsek, denetleme yetkisini bize veriyor gibi görünmekte, hukuken mesele bu. Ama birde olayın ekonomik analiz boyutu var, mesele şuradan kaynaklanmakta; eğer bankacılık sektörü içinde bu paralel davranışlar gerçekten de sektörün ihtiyaçları sonucunda ortaya çıkan birtakım davranışlarsa, yani firmaların koşullara tepkisiye ve de bir grup firmanın ortaya koymuş olduğu bu davranış gerçekten koşulların ortaya koyduğu birtakım davranışlarsa benim görüşüme göre; her ne kadar birlikte hakimiyet varsa ve birlikte hakimiyet çerçevesinde birtakım paralellikleri olsa bile bunların 6 ncı madde altında yasaklanmasının çokta rasyonel olmayacağını düşünüyorum.

Çünkü, eğer gerçekten öyle bir niyet yoksa ve sadece ve sadece pazar koşullarına yönelik bir rasyonel tepkilerse ortaya çıkan davranışlar, bunların yasaklanması veya bizim 6 ncı madde altında rekabet hukuku içerisinde daha fazla belirsizliklere yol açacaktır diye düşünüyorum. Benim için aslı kavramın kullanılması bakımından bir bankacılık sektörü gibi gerçekten ortaya çıkan davranışın ne olduğunun tam olarak belli olmadığı veya sektör içindeki davranışların çok kolay bir şekilde firmalar tarafından takip edilebildiği, çok kolay bir şekilde değiştirilebildiği sektörlerden ziyade, az sayıda firmaların içinde olduğu ve de bu firmaların rekabetten kaçınarak, rekabet dışı yollara başvurarak "süprekomfider" hedef kâr elde etme meseli.

Bu bakımdan bankacılık sektörüne gelirsek, ben o davranışların 82 nci madde veya bizim 6 ncı madde altında yasaklanmasını ve perse bir şekilde yasaklanmasını doğru bulmuyorum.

**Ümit GÜNGÖR** - İnceleme Uzmanı. Ben aynı konuya değinmek istiyorum. Sanırım burada verilmek istenen hakim durumun varlığıyla, kötüye kullanmanın ayrılıp, ayrılmayacağıydı. Eğer buysa yanlış anlamadıysam bunu ayırmak mümkün, hatta oligopolistik pazarda hakim durumda olduğu varsayılan firmalardan yalnızca bir tanesi bunu yapıyorsa diğerleri de hakim durumda olmakla beraber, yalnızca ona ceza vermek mümkün. Diğerleri bilinçsiz olarak onu izliyor olabilirler, önemli olan burada ayrımı yapabilmek diye düşünüyorum.

**Bülent GÖKDEMİR** - Rekabet Uzman Yardımcısı. Her şeyden önce Yaşar arkadaşımıza teşekkür ediyoruz, çok faydalandık. Yaşar'ın oligopol olarak ortaya koyduğu şey, sorun oligopol pazarın yapısından ya da oligopol pazarın kendisinden kaynaklanmıyor da daha çok oligopol piyasalarda rekabet ihlalleriyle hangi enstrümanlarla, kanundaki hangi maddeler kullanılarak mücadele edilebileceği güçlüğünden kaynaklanıyor ve bu anlamda Yaşar'ın önerisi de 81 ve 82 nci maddelerin Avrupa uygulamasında bize de 4 ile 6 ncı maddelerin yetersiz kalacağı, bunun yerine birleşme, devralmaların, Avrupa'da tüzüğün bizde de 7 nci maddenin kullanılması yoluyla oligopol pazarların düzenlenmesinin daha iyi olacağını ileri sürüyor anladığım kadarıyla.

Ben de ona dışarıda şeyi sordum, bu nasıl olacak somut olarak ne yapabiliriz diye. Yaşar'da dedi ki; iki firmanın birleşme veya devralma başvurusunu biz salt hakim durum yaratıyor mu, yaratmıyor mu diye bakmayarak ileride bunun bir oligopolistik hakim durum yaratması olasılığını dikkate alarak buna, bu birleşme devralmaya izin vermeyebilir rekabet otoriteleri ve böylece piyasa yapısal olarak düzenlenebilir dedi bana. Bu konuşmayı aktarıyorum, çünkü ortasından girseydim bir açıdan anlaşılabilirirdi. Ben bu aşamada itiraz ediyorum. Birincisi, tüm dünyada birleşme ve devralmaların popüler olması bir yana, birlikte bir oligopol pazarında hakim durum yaratma ihtimalini ortaya koymak pratik açıdan da, teorik açıdan da son derece zor olur. Çünkü Yaşar'da söyledi, tek bir oligopol teorisi yok iktisat literatüründe, örneğin "Cournot ve Nash" in açıkladığı teori; tam rekabetçi çözümden yüksek fiyat, ancak tekelci çözümlenmeden daha düşük fiyattır. "Bertrand" modeline göre; tam rekabetçi çözümlenmeye ulaşabilir oligopol pazarında denge, yani tam rekabetçi fiyatta denge oluşabilir. Bunun dışında fiyatın sürekli aşağı ve yukarı salınacağını öne süren oligopol teorilerini biliyoruz. Bu anlamda acaba gerçekten de birleşme

devralmalar enstrümanını kullanarak oligopol sorununa çözüm bulmak pratik açıdan mümkün mü?

**Oturum Başkanı** - Yeniden dinleyelim Yaşar'ı o zaman.

**Yaşar TEKDEMİR** - Öncelikle şöyle söyleyeyim; temel sorun dediğimiz gibi oligopolistik pazar yapısının gerçekte pazar içerisinde koordinasyonu kolaylaştırması gibi koordinasyon uyumlu eyleme dayanabilir veya bu koordinasyon gerçekten de firmaların pazar koşullarına olan rasyonel tepkileri de olabilir, bunun sonucu da olabilir ve sonuçta şöyle bir nokta ortaya çıkmakta; pazar içerisinde paralel davranışlar ve bu paralel davranışlar yoluyla rekabet üstü bir kâr söz konusu olmaktadır. Bu paralel davranışların gerçekten de neden kaynaklandığı, bir uyumlu eylemden mi, yoksa pazar yapısına yönelik tepkilerden mi kaynaklandığı bir belirsizlik noktası. Ben bu temel sorunun nasıl çözüleceğini ortaya koymaya çalıştım. Sanırım Bülent veya ben yanlış anlattım diye düşünüyorum.

81 ve 82 nci maddenin ben yetersizliğini ileri sürdüm. Fakat aynı zamanda da birleşme tüzüğü altında birlikte hakimiyetin uygulamasının bunun alternatifi olduğunu söylemedim. Yani, 81 ve 82 nci madde davranışsal bağlamda yetersizdir. 81 inci maddede tek başına paralel davranışlar uyumlu eylem anlamına gelmez, bu nedenle komisyon veya bilemiyorum Rekabet Kurumu açısından bu nasıl yorumlanır? En azından ben şu an kendimi topluluk rekabet hukukuyla sınırlandırmak istiyorum, komisyonun ya birinci delillerle ispatlanması veya gerçekten de ekonomik analizle, başka bir açıklama olmadığını ortaya koyması gerekir, ki bu yetersizliği gündeme getirmektedir.

82 nci madde altında ise, sorun şudur: Perse bir şekilde pazarlardaki rasyonel davranışların yasaklanması tehlikesi gündeme gelmektedir. Bu bağlamda da şu sonuca vardım: Her iki madde de yetersizdir, birlikte hakimiyetin “Merger regulation” altındaki uygulaması uydundur. Fakat bu demek değildir ki birlikte birleşme tüzüğü diğerlerine alternatiftir. Bunlar 81 ve 82 nci maddeler davranışsal yaklaşım içerisinde düşünülebilir. “Merger regulation” ise yapısal yaklaşım içerisinde düşünülebilir ve de 81 ve 82 nci maddelerin yetersizliği hiçbir şekilde tek başına birleşme tüzüğünün uygulanmasıyla giderilemez. Çünkü birleşme tüzüğü hepimizin tahmin edebileceği gibi hiçbir şekilde rekabet koşullarını etkin hale getirilmesini sağlamaz. Ancak ve ancak mevcut koşulların daha da bozulmasını engelleyebilirsiniz.

Bu durumda anlaşılan yanlış bir anlaşılma oldu. 81 ve 82'nin yetersizliği sonucunda bunun yerine birleşme tüzüğü'nün kullanılması diye sanırım ben öyle bir iddiada bulunmadım.

Diğer taraftan uygulama konusunda bazı sorunlar olabileceğini söyledi Bülent, nasıl incelenecek? Yine Avrupa Topluluğu rekabet hukuku bağlamında, bu Avrupa'daki oligopolistik sektörlerin denetlenmesinde gerçekten büyük bir silah sağlamakta bu, mesele eğer birleşme geride kalan firmalar arasında koordinasyonu yükseltecekse, bu ihtimali artıracaksa ve gerçekten o diğer saymış olduğum o diğer koşullar çerçevesinde örneğin pazara giriş-çıkış engeli varsa, potansiyel rekabet bu çerçevede yoksa, şeffaflık çok yüksek miktarda artacaksa ve diğer koşullar çerçevesinde koordinasyon mümkün ihtimalle yükselecekse bu tip birleşmelere karşı çıkılabilir.

Tabii "Kort"unda demiş olduğu gibi; bu analiz gerçekten yüksek bir ekonomik analiz gerektirmektedir. Tek başına siz elinize bir liste alıp, şu liste içerisinde yoğunlaşma vardır, pazara giriş-çıkış engeli vardır, statik bir yapı vardır diyerekten bu sonuca varmanız riskli olabilir.

Eğer siz dinamik faktörleri dikkate almazsanız, bu durumda gerçekten de birlikte hakimiyet yaratmayan veya yaratıyor gibi gözükse de diğer faktörlerle birlikte bu etkisi azalabilecek olan birleşmeleri yasaklayabilir ve gerçekten de etkin bir birleşmenin ortaya çıkmasını engelleyebilirsiniz.

Diğer yandan Türkiye bakımından veya Avrupa bakımından şunu söylemek istiyorum: Her ne kadar globalleşme çerçevesinde dünyada birleşme eğilimleri olsa da birtakım sektörler var ki, bu sektörlerde ulusal firmalar dışında yabancı firmaların girebilmesi o kadar kolay değil. Özellikle dikey ilişkilerin, dağıtım ağlarının ön plana çıktığı sektörler bakımından ben bu globalleşmenin çokta etkili olacağını düşünmüyorum ve bu tür sektörlerde gerçekten eğer bu birleşme uyumlu eylem ihtimalini artıracaksa bence bu yasaklanabilir. Ama demiş olduğum gibi; bu analizin gerçekten de yüksek bir ekonomik analiz gerektirdiğini düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

**Cenk GÜLERGÜN** - Rekabet Uzman Yardımcısı. Dediklerimin bir kısmı konuşulanların yinelenmesi gibi olacak, ama öncelikle birlikte hakim durumun varlığıyla, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması arasında bir çizgi çizilebileceğini düşünmekle birlikte sonuçta birlikte hakim durumun az sayıda firmanın, tek bir firmaymışçasına hareket edebilmesine ifade ettiğinden

hareketle, birlikte hakim durumun varlığının kötüye kullanma olasılığının yüksek olduğunu işaret ettiğini düşünüyorum.

İkincisi; birlikte hakim durumlukla ilgili 81 ve 82 nci maddelerin işletilmesiyle ilgili yoğunlaşma tüzüğüne işletilmesinin Yaşar gibi birbirlerinin ikamesi olmadığını, hatta birbirlerini destekleyici, tamamlayıcı olduğunu düşünüyorum. Bunu da bizim halihazırdaki 6 ncı madde ve 97/1 sayılı tebliği kullanmamıza benzetiyorum. Birinde kötüye kullanmayı yasaklıyoruz, diğerinde hakim durumun yaratılmasını kontrol etmeye, engel olmaya çalışıyoruz. Bununla birlikte yine diğer arkadaşlar gibi birleşme, devralmaların kontrol edilmesinde birlikte hakim durumunun göz önünde bulundurulması benimde ilgimi çekti ve şunu merak ediyorum: Birlikte hakim durum oluşturmanın ötesinde halihazırda birlikte hakim durumun söz konusu olduğu pazarlarda oligopolistik yapıyı güçlendiren birleşme, devralma işlemlerini bu çerçevede düşünmek mümkün mü?

Örneğin; pazarda yüzde 35'lik iki firmanın yer aldığı bir pazarda birleşme ve devralma sonucunda yüzde 20'lik yeni bir büyük, ama pazar lideri değil, yeni bir büyük oluşturulacaksa bunu da bu çerçevede düşünmek mümkün mü? Buna bağlı olarak eğer bu anlayış kabul edilecekse, pazardaki oligopolistik yapıyı güçlendiren, ancak bizim 97/1 sayılı tebliğin 4 üncü maddesinde belirtilen eşiklerin altında kalan işlemlerde bu durum nasıl değerlendirilecek? Az önce dediğimle şunu kastediyorum; örneğin yüzde 24'lük yeni bir büyük yaratıldı pazarda ve oligopolistik yapı güçlendi, bunu da bu çerçevede nasıl değerlendireceğiz, bu eşikler bir problem yaratıyor mu?

Son olarak, teşebbüs birlikte hakim durumunun koşullarından biri olan şeffaflık konusu açıldığında benim teşebbüs birlikleri doğrudan aklıma geldi. Özellikle ülkemizdeki teşebbüs birliklerinin; üretim, kapasite, satışlar konusunda oldukça ayrıntılı bilgileri ortaya koyduğu ve diğer üye teşebbüslerin bundan mükemmel bir şekilde yararlanabildikleri düşünüldüğünde, teşebbüs birlikleri ve birlikte hakim durumluk ilişkisini nasıl değerlendirirsin, teşekkür ediyorum.

**Yaşar TEKDEMİR** - Ben teşekkür ediyorum. Öncelikle bir oligopol yapısının güçlendirilmesi konusunda, sonuçta kanunumuzun 3 üncü maddesi veya her ne kadar "Merger regulation"un kapsam maddesi birlikte hakimiyeti öngörmese de mesele şu: Tek hakimiyet kavramından yola çıkarak bir birlikte hakimiyeti yaratan veya güçlendiren ibaresi altında eğer birleşme zaten oligopol olan bir pazarın yapısını güçlendiriyorsa buna karşı çıkabiliriz. Zaten o koşullarda uyumlu eylem itibarıyla yüksektir. Bir de örneğin piyasa içerisinde dört firma olduğunu düşünün; bunun ikisi birleşiyor geriye üç firma kalıyor, zaten

piyasa oligopol ve o piyasa içerisinde birleşme sonrasında oligopolistik yapı güçlenecekse siz buna karşı çıkabilirsiniz.

**Cenk GÜLERGÜN** - Komisyonun buna örnek bir kararını biliyor musun?

**Yaşar TEKDEMİR** - Sanırım “Nestle Periar” davasında bildiğim kadarıyla üç firma vardı pazar içerisinde, iki firmanın birleşmesi sonucunda pazar duopol hale dönüştü ve de komisyon bu birleşmeye şartlı izin verdi ve de zaten oligopolistik olan yapının güçlendiği için.

Aynı zamanda “Kalisarz” davasında da aynı şekilde komisyon “Kalisarz” ve Demokratik Alman Cumhuriyetindeki üretici firmanın birleşmesi sonucunda geride Avrupa Topluluğu seviyesinde iki firma kaldığı sonucuna vardı ve de pazarın duopole dönüştüğü gerekçesiyle yine bu birleşmeye de şartlı izin verdi ve en son “Genko Dorno” kararında; oligopolistik yapı güçlendiği için komisyon yasakladı.

Diğer bir mesele; eşiklerin altında kalması ve de eşiklerin altında kaldığı halde pazarda birlikte hakimiyet. Tabii ki buna şuanda net bir cevap veremeyeceğim. Sonuçta “Case by case” diyorum ben, önümüzde öyle bir “case” olmalı ki, eşiklerin altında kalsın ve aynı zamanda birlikte hakimiyet yaratsın. Daha doğrusu pazar içerisindeki uyum ihtimalini güçlendirsin, bu konuda kesin bir şey söyleyemiyorum.

Şeffaflık konusunda Türkiye’deki önemli olan teşebbüs birlikleri, bence teşebbüs birlikleri tek başına teşebbüs birliği üyeleri arasındaki birlikte hakimiyet için gerekçe sayılabilir ve bu bağlamda eğer teşebbüs birliği kararı dolayısıyla firmalar bu karara uymak suretiyle rekabeti etkin ölçüde sınırlandırıyorlarsa, bu bakımdan biz 82 nci madde ve bizim 6 ncı maddenin ihlali gerekçesini ileri sürebiliriz diye düşünüyorum. Çünkü teşebbüs birlikleri bir taraftan birlikte hakimiyetin gerekçesini oluştururken, diğer taraftan da şeffaflığı artırmakta.

Bu noktada şu gündeme geliyor, şu denilebilir: Zaten teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde veya 81 inci madde altında denetlenebilmekte, bu durumda diğerine gerek var mı? Bu bağlamda şu sorun, yani her iki maddenin birlikte uygulanması sorunu gündeme gelebilir. Ama diyebileceğim o ki, teşebbüs birliklerinin kararlarını ve teşebbüs birliği üyesi firmaların davranışlarının teşebbüs birliği üzerinden bir birlikte hakimiyette olduğu ve bunun kötüye kullanılmasının gündeme gelebileceği ve bunun 82 nci maddeyle denetlenebileceğini düşünüyorum.

**Gamze ÖZ** - ODTÜ. Sayın Başkan, izin verirseniz sorumu veyahut da Yaşar'ın değerlendirmelerini istemeden önce bir küçük şey söylemek istiyorum. Sizin başta açılış konuşmasında söylediklerinizle de örtüşüyor.

Bugün Yaşar'ı burada dinlemenin benim için iki açıdan önemi var, özel olarak hepimiz için çok önemli ama, bunlardan birincisi; benim bundan 3 yıl önce tezde tartıştığım ve tartışırken de esasında ürktüğüm, sonrada burada uzman yardımcısı arkadaşlarla zaman zaman bir araya geldiğimizde ürkmekte çokta haksız olmadığım bir şeyi teyit etmiş oldum, o da bu birlikte hakim durumda olmak konusunun henüz çok net olarak tanımlanmamış, ama bir yandan da fiili olarak uygulanmaya başlamış olmasından kaynaklanan sıkıntıydı, bu işin bir tarafı.

Ama özel olarak neden önemini yaşıyorum burada sunuş yaptı. Küçük ve genç bir aileyiz diyoruz, ben de bugüne kadar hissediyordum ki ben bu ailenin en genç elamanlarından biriyim, ama mutluyum ki ben bu ailenin kıdemli elemanlarında biriyim, ayrıca bu da çok hoşuma gitti bunu da paylaşmak istedim Yaşar'a onun için özel olarak da teşekkür ediyorum.

Söylediği şeylerde Yaşar iktisadi açıdan benim tezde tartıştığım, biraz daha hukuki bir boyuttu ama özellikle lafzı ve kararlar üzerinde 85, 86 ncı maddenin ve bizim kanunumuzun büyük ölçüde Yaşar'ın tespitleri, benim o an için aktardığım ve şimdi kafamda olan şeylerle örtüşüyor ama ben biraz bizim kanunumuzla ilişkilendirmek istiyorum birlikte hakim durumda olmayı; çünkü biliyorum ki elimizde olan bazı dosyalarda ya da elimizden geçmiş olan dosyalarda bu kavram sık sık tartışmaya açıldı, en azından biz kendi aramızda tartıştık...

... ardında aslında Avrupa Topluluğunda oligopol pazarlara müdahale edebilme arzusu yatıyordu, bunu Yaşar'da söyledi, ben bu noktadan itibaren çok önemli bir farklılık görüyorum. 85 inci, 81 inci maddeyle bizim kanunumuzun 4 üncü maddesi arasında bu işte dosyalar açısından bence önem arz eden ve beni de ürkünün yanı dediğim bu, komisyonun uygulamalarında ya da Avrupa Topluluğunda uyumlu eylem karinesi yok, dolayısıyla ispat güçlüğü çekilen yerlerde uyumlu eylem yerine birlikte hakim durumda olmak var deyip, ondan sonra şeyi ayırt etmiyorum, anlaşma suretiyle veya ayrı ayrı demeyeceğim her ikisi içinde söz konusu söylediğim, birlikte hakim durum var, kötüye kullanan firmaların cezalandırılması gibi bir argüman ortaya çıkıyor. Bence bu çok önemli bir farklılık, çünkü bizim aynı olaylarda aslında uyumlu eylem argümanı, uyumlu

eylem karinesi üzerine gitmemiz bana en azından kurumun şu anda içinde bulunduğu yapı ve bakış açısı açısından daha sağlıklı görünüyor. Neden? Çünkü hakim durum tespiti güç bir tespit, oysa 4 üncü maddenin işletilmesi açısından tabii ki pazarın analizine ihtiyaç var, ama bir ön koşul değil hakim durumda olması işletmelerin. Dolayısıyla 4 üncü madde bana uyumlu eylem açısından biraz daha hukukçu olmam nedeniyle, biraz daha sağlıklı bir başlangıç gibi görünüyor. Eğer birlikte hakim durumunda olmak mı, uyumlu eylem üzerinden değerlendirme yapmak mı gibi bir soruyla karşılaştığımızda birleşme ve devralmalarla nasıl kontrol edilebilir veya alternatif olamayacağına ben de katılıyorum. Çünkü, zaten kitaplarda yazdığı üzere biri “...control” diğeri “post control” gibi düşünecek olursak aslında birleşme ve devralmaları biz politika belirlemek, yani birleşme devralmalar suretiyle ilgili pazarın nasıl şekillenmesini istiyoruz bunu ortaya koyabiliriz. Bu da bizim şu anda özelleştirme tebliğlerine dayanarak yaptığımız ve aslında özelleştirmeye ilişkin sempozyumda da tartışılmıştı, yeni bir hakim durum ortaya çıkmadığı halde acaba bir koşul koyabilir miyiz, çünkü pazar payında bir değişiklik yok. Ben koyulabileceğini ve koymamız gerektiğini düşünüyorum. O pazarın yapılandırılabilmesi açısından, aynı şekilde bu şekilde bir oligopol pazar ortaya çıkma ihtimali varsa o zaman yine Yaşar’a katılarak birleşme, devralmalar suretiyle oligopol pazarın kontrol edilebileceğini düşünüyorum. Aksi takdirde ortada bir birleşme, devralma yoksa o zaman işte 6 ncı maddeden birlikte hakim durumda olmayı değerlendirebiliriz diye düşünüyorum.

Bunları paylaşmak istedim Yaşar’ın değerlendirmelerini de almak isterim. Ama birlikte hakim durumumuzu ben tek başıma kötüye kullanmayayım diye ayrıca tartışmak üzere burada kesiyorum.

**Yaşar TEKDEMİR** - Ben öncelikle güzel sözleriniz için teşekkür ediyorum. Ben de görüşlerinize büyük ölçüde katıldığımı söylemek istiyorum. Fakat bir nokta var üzerinde durmak istediğim, bu uyumlu eylem kelimesi bizim kanunumuzdaki, yanlış hatırlamıyorsam bu kelimenin lafzına ilişkin kaynak “...case”deki bir cümle tam hatırlamıyorum.

Ben şöyle düşünüyorum; her ne kadar bu karine ispat yükünü işletmelere geçiriyor gibi gözükse de, aslında ben bunun o kadar da kolay ileri sürülebileceğini tahmin etmiyorum. Çünkü eğer siz bir uyumlu eylem karinesinde bulunup paralel davranışları üzerinden tek başıma, siz uyumlu eylem içindediniz dediğiniz takdirde siz onlara aynı zamanda ekonomik yaratılan gerekçelerle bunun karşısını ispatlama hakkını veriyorsunuz. Bugün işletmeler çok rahat pazarın oligopolistik nitelikte olduğunu iddia ederek mahkemeler önünde davranışlarının uyumlu eylem olmadığını ispatlayabileceklerdir. Bu durumda Rekabet Kurumuna

düşen görev nedir? Rekabet Kurumuna düşen görev en başta sektörün ekonomik analizidir, bu da bir anlamda ispat yükünün bize geçmesi demektir diye düşünüyorum.

Diğer yandan bu uyumlu eylem karinesiyle beraber birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması meselesinde, bunlar ikisi birbirini tamamlayıcı gibi değerlendirilebilir diye düşünüyorum. Sonuçta uyumlu eylem karinesini, her ne kadar karine olsa da kullanmak o kadar kolay olmayacağı için sonuçta karşı karşıya bulunduğumuz güçlük bence komisyonun "...case"inde karşılaştığı güçlükten çok daha farklı olmayacaktır. Çünkü orada da komisyon bir anlamda karine ileri sürdü. Birlikte paralel davranışlar tek başına 81 inci madde ihlali anlamına gelir, yani uyumlu eylemdir dedi. Fakat "Kort"ta sonuçta ekonomik analizin bunun karşıtını ortaya koyduğunu iddia etti ve de komisyonun daha fazla ekonomik analiz yapmasını istedi.

Aynı şekilde bizimde daha fazla ekonomik analiz yapmamız gerekiyor ve de bu karineyi sağlam temeller üzerinde, dolayısıyla ispatlayarak ortaya atmamız gerekiyor. Bu bağlamda yine aynı şekilde, 82 nci maddeye ilişkin 81'in sonucunda 82 nci madde altında birlikte hakimiyetin gündeme gelmesi ve bizde de benzer bir şekilde 4 üncü madde bağlamında 6'nın gündeme gelmesi.

Bizim 6 ncı maddemize baktığımızda lafzının gerçekten de gerek anlaşma yoluyla, gerek birlikte davranışlar yoluyla firmaların kötüye kullanmalarını hukuka aykırı saymakta ve yasaklamakta, ki bu bence Avrupa Topluluğu rekabet hukuku sisteminde de bir fazla adım gibi görünmekte.

Fakat yine aynı sonuca geliyorum ben, burada da yine dikkatli olmak gerekir diye düşünüyorum. Bilmiyorum çok açıklayıcı oldu mu, biraz şu saatte işin uzmanı olmamam itibariyle tam açıklayıcı olmadığımı düşünüyorum.

**Gamze ÖZ** - Ben yanlış anlaşılmak istemem. Uyumlu eylemin ispatı soruşturma konusu olan taraflara aykırı demek isterim, tabii ki öncelikle karinenin ortaya konulabilmesi operasyon hale gelebilmesi için kurumun ispat etmek durumunda olduğu bazı veriler söz konusu, ama şunu söylemek istedim: Eğer bunu bir derecelendirme yapacaksak, anlaşma, anlaşmadan sonra uyumlu eylem, daha gevşek bir bağ için, ondan sonra birlikte hakim durumda olmak gerekir. Uyumlu eylemden daha gevşek bir bağ, belki bağ olmadığı halde sadece pazarın yapısı oligopol olduğu ve bunu bildikleri için tek başına hiçbiri en güçlü işletme olmadığı halde sanki hakim durumdaymış gibi hareket ediyor olabilir işletmeler, bunu söylemeye çalışıyordum.

Birde yine bu noktadan hareketle belki senin söylediğinle de örtüşecek, 4 üncü maddenin 6 ncı maddeye sadece bu açıdan tercih edilmesi, sadece ikisi çok benzer gibi görünüyor dememin nedeni; aslında bizim çoğu kez, benim vakıf olduğum dosyalar açısından veyahut da arkadaşlarla tartışma fırsatı bulduğum dosyalar açısından pek hâlâ uyumlu eyleminde tartışılabilceği hususlardı onlar. Bu söylediğim derecelendirme onlar açısından söz konusu değildi, hazır büyük bir çoğunluğu da burada görmüş biz bizeyken paylaşayım istedim yeri gelmişken.

- Ben de Yaşar arkadaşımızı tebrik ederek sözlerime başlamak istiyorum. Gerçekten bu kurumda kariyer elemanı olarak yurtdışında görevlendirdiğimiz ilk gruptan bu kadar faydalı bir sonuç çıkacağını bende ummuyordum. Bende göğsümü kabartarak ilk uzman yardımcısı arkadaşımın bu kadar verimli bir çalışmayı kısa sürede yapıp gelmesini ve hocasıyla tartışabilir hale gelmiş olmasını büyük bir zevkle izledim. Sunuşu da çok güzeldi, yalnız ufak bir nokta olarak, belki dinleyicilere açıklık getirmesini isteyeceğim.

Birleşme ve devralmalar tüzüğü dediğimiz kısaca, yoğunlaşmaya ilişkin Avrupa Birliği mevzuatı kaynağının 81 ve 82'den farklı olduğunu söyledi, doğrudur 235'e dayanılarak çıkartılmıştır, ama aynı zamanda 3f o zamanki paragrafıyla, 3f'e dayalı olduğunu da göz önüne aldığımızda acaba 235'e dayanmasının bu ayırmada ne gibi önemi vardır onu biraz açarsa memnun olurum. Teşekkür ederim.

**Yaşar TEKDEMİR** - Ben teşekkür ederim. İşin aslı, ben 235'i çok detaylı incelemedim. Fakat bu tüzüğü geniş yorumlayanlar, tüzüğün kapsam maddesini geniş yorumlayanlar ve de bu tüzüğün birlikte hakimiyete uygulanabileceğini iddia edenler bu maddeye atıfta bulunuyorlar ve bu maddenin, tabii şuan tam olarak içeriğini bilemiyorum o konuda net bir cevap veremeyeceğimi söylemek istiyorum, bu maddenin komisyona bir birleşmede karşı karşıya olduğu tek hakimiyeti veya hakim durumu ve bu çerçevede ortaya çıkabilecek rekabetin kısıtlanmasının 82 nci maddedeki hakim durumla farklı olduğu sonucuna varıyorlar. Tabii ki şuan 235'in lafzını bilmediğim için çok açık ve net bir cevap veremeyeceğim, onun için özür dilerim.

**Murat ÖZEYRANOĞLU** - Rekabet Kurumu İnceleme Uzmanı. Aslında biraz önce verilen bir cevapta vardı ama ben biraz daha açıklanmasını istiyorum. Teşebbüs birliği ve birlikte hakimiyet konusu; 4 üncü maddede teşebbüs birliğinin aldığı kararla rekabeti olumsuz yönde etkilemesi yasaklanmış, ama 6 ncı madde de teşebbüs birliğinden bahsedilmeyerek birden fazla teşebbüsten söz edilmiştir.

Özellikle şunu sorayım: Bir teşebbüs birliği hakim durumu kötüye kullanabilir mi? İkincisi; teşebbüs birliğinin hakim durumunu kötüye kullanılması aslında bir yerde birlikte hakimlik mi, bunun biraz açıklanmasını istiyorum, teşekkür ediyorum.

**Yaşar TEKDEMİR** - Şöyle, topluluk mevzuatında demiş olduğumuz gibi; birlikte hakimiyeti ortaya koymada ekonomik bağ veya yeterince güçlü bağ kavramı gündeme gelmekte ve bizim kanunumuzun 6 ncı maddesi böyle bir bağa hiç atıfta bulunmadan doğrudan doğruya anlaşma kavramını gündeme getirmekte ve bu çerçevede ben teşebbüs birliğinin tek başına yapısı itibariyle firmalar arasında birlikte hakimiyetin ortaya konulmasını yeterli bir gerekçe olabileceğini düşünüyorum. Yani, teşebbüs birliği üzerinden firmalar birlikte hakim duruma gelebileceklerdir. Bu bağlamda eğer teşebbüs birliği bir karar alırsa ve bu karar tüm firmalar tarafından, bir kere teşebbüs birliği tarafından alınmış rekabeti kısıtlayıcı kararlar bildiğiniz gibi 4 üncü madde altında çok rahat denetlenebilmekte ve yasaklanabilmekte, eğer aynı zamanda teşebbüs birliği kabul ettiğimiz gibi firmalar arasında bir birlikte hakimiyet yaratıyorsa ve de almış olan karara binayen firmalar bu karara uymak suretiyle rekabeti önemli ölçüde kısıtlıyorsa, bu durumda teşebbüs birliğinin almış olduğu karar bir anlamda birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.

Tabii burada şu sorulacaktır: Burada birlikte hakimiyeti kötüye kullanan teşebbüs birliği mi, yoksa teşebbüs birliğinin üyeleri mi? Burada ben tabii kesin cevap veremeyeceğim, yine de .....diyorum. En azından teşebbüs birliğinin de aynı şekilde tersini düşünürsek üyelerinden kaynaklanan bir hakim durumu kötüye kullandığını söyleyebiliriz, tabii ki bunun kesin ve net bir yorumunu şu an size veremeyeceğim.

Zaten mesele şu: Siz eğer 4 üncü maddeye aykırı davranıyorsanız, 6 ncı maddeyi de ihlal ettiniz, patlama ihtiyacı duymanızın bence ilk bakışta bir anlamı yok. Önemli olan bir sistemdir ve de sistemin temeli monopol karşıtlığıdır, 4 üncü madde kartel karşıtlığıdır, 6 ncı madde ise piyasadaki bir firmanın veya birlikte firmaların hakim durumlarını kötüye kullanmalarını denetlemektedir. Bir ihlal varsa ve de birisinden kaçarsa diğer taraftan yakalanabilsin amacı ön plandadır. Zaten oligopol sorun budur, hiçbiri tarafından tam olarak yakalanamamakta ve de örneğin komisyon bu bağlamda yine aynı sistem içerisinde yeni silahlar geliştirme yoluna gitmektedir.

Bu bakımdan şunu söyleyeceğim: Eğer siz bir ihlali, bir madde altında denetleyebiliyorsanız, yasaklayabiliyorsanız başka bir madde altında bunu denetleme ihtiyacı hissetmenin bence gerekliliği yoktur diye düşünüyorum.

Ancak şu olabilir: Eğer siz gerçekten ihlalin çok ağır olduğunu düşünüyorsanız, teşebbüs birliği veya teşebbüsler işbirliği yapmıyorsa, zorluklar çıkartıyorsa ve geçmişlerinde ciddi anlamda bir kartel veya rekabet karşıtlığı bir kültür varsa siz bunların cezalarını artırmak bakımından her iki maddeyi de uygulayabilirsiniz. Bu konuda kanunun veya bizim kanunumuzun veya Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatında bunu engelleyici herhangi bir hukuki durum söz konusu değil.

**Oturum Başkanı** - Bu arada müdahale ederek toplantıyı kapatmak istiyorum. Çünkü Şahin'le, Cenk'in hareketlendiğini gördüm bu tartışmayla ilgili, önlere geçen bir dosya ile ilgili olarak kendilerinin bu konuda çok dolu olduğunu biliyorum. Tartışmaya bir başlarsak sonunu getiremeyiz diye düşünüyorum. Şu son tartışılan konuyla ilgili olarak; bir teşebbüs birliği, birlikte hakim durum olur mu, olmaz mı diye bu iki arkadaşımızın önünden geçen ve şimdi nihai kararı verilmiş olan bir dosya nedeniyle çok yetkin olduklarını biliyorum konuyla ilgili olarak. Çok keyifli bir tartışma dinleyebildik, ama saatin ve zamanın uygun olmadığını düşünüyorum.

Yaşar'a yeniden teşekkür ediyoruz. Rekabet Kurumunun yaşayacağına, gelişeceğine ilişkin inancımı teyit etti Yaşar. Yeniden huzurunuzda teşekkür ediyorum.

İki duyurum olacak, ikisi de az sayıda olmakla birlikte konuklarımıza yönelik. Birisi astığımız ilanlarda ve yayınladığımız duyurularda ayın 16'sı bayrama rast geldiği ve üçüncü toplantımızı orada değil ondan sonraki Perşembe 23'ünde yapacağımızı belirtmiştik, ama yeniden belirtiyorum bir.

İkincisi; biz Rekabet Kurumu olarak artık bir dergiye sahibiz, geçmiş yıl 1999 yılının Perşembe Konferanslarını her aya özgü olarak kitap halinde bastık. Onları, konuklarımızı buraya kadar bizleri dinlemek, bu tartışmalara katılmak ve dinlemek için gelenlere bayram hediyesi olarak kapıda hazırladık. Yeni çıkan dergimizi ve Perşembe Konferansları kitap serisini kendilerine bayram hediyesi olarak veriyoruz.