YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNDE ESNEK HUKUK VE İKTİSAT YAKLAŞIMLARI: ABD'DEKİ YENİ YATAY BİRLEŞMELER REHBERİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

FLEXIBLE LEGAL AND ECONOMIC APPROACHES ON THE CONTROL OF CONCENTRATIONS: OPINIONS ON THE NEW U.S. HORIZONTAL MERGER GUIDELINES

Av. Gönenç GÜRKAYNAK[*]
Dr. İsmail Serdar DALKIR[*]
Av. Murat Hakan ÖZGÖKÇEN[*]
Stj. Av. Ahmet Buğra AYDIN[*]
Stj. Av. Ceren YILDIZ[*]

Öz

Dünya çapındaki birçok rekabet hukuku rejimini ciddi şekilde etkileme potansiyeline sahip ABD Yatay Birleşmeler Rehberi, 19 Ağustos 2010 tarihi itibariyle ABD'de yürürlüğe girmiştir. 1992 yılından günümüze kadar olan ABD yoğunlaşma rejimi uygulamasında karşılaşılan zorluklar ve yenilikleri yansıtan bu yeni rehber, eski rehbere oranla birçok alanda ciddi değişikliklere gitmektedir. Yeni rehberin tamamına bakıldığında, iktisadi analizin yoğunlaşma değerlendirmelerinde daha da önemli bir rol oynayacağına yönelik olarak açık sinyaller gözlemlenmektedir. Yoğunlaşma kontrolü bakımından bazı ciddi yenilikler getiren söz konusu rehberin incelenmesinin, Rekabet Kurumu'nun gelecekte karşılaşabileceği birtakım hususlar bakımından aydınlatıcı nitelikte olduğu düşünülmektedir. Kaleme alınan bu çalışma, önce eski rehberin özet bir fotoğrafını çekmeye, daha sonra da yeni rehber ile getirilen hukuki ve iktisadi yaklaşımları masaya yatırmaya yönelik değerlendirmeler içermektedir. Eski rehber ile yeni rehber arasındaki bu karşılaştırmanın amacı, getirilen yeni değişikliklerin yoğunlaşma rejimi açısından yeni bir dönemin başlangıcı olup

[*] **ELİG** Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

* **MİCRA** Microeconomic Consulting and Research Associates, Inc.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu.

olmayacağı hususuna ışık tutmak ve Türk rekabet hukuku rejimi bakımından da önem taşıyabilecek olan bu hususu tartışmaya açmaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yatay Birleşmeler, Rekabet İktisadı, Yukarı Fiyatlama Baskısı, Pazar Tanımı, Tek Taraflı Etkiler.*

Abstract

US Horizontal Merger Guidelines, which have the potential to significantly affect many competition law regimes across the world, came into force on August 19, 2010. This recent guidelines, which reflect the difficulties met and developments occurred with respect to the implementation of the US concentration regime since 1992, contain significant changes compared to the old guidelines. Considering the new guidelines as a whole, there are clear signals that economic analyses will play a bigger role during merger evaluation. We believe that an evaluation over the new guidelines that contain important changes in terms of merger control will be highly informative on certain issues that the Competition Authority might come across in the future. This study contains evaluations that initially aim to outline in brief the old guidelines and then analyze in detail the legal and economic approaches set forth by the new guidelines. The purpose of this comparison between the old and the new guidelines is to shed a light on whether the new changes will be interpreted as a new era in terms of concentration regime as well as to open to discussion this issue that is important in terms of the Turkish competition law regime.

Keywords: *Horizontal Mergers, Antitrust Economy, Upward Pricing Pressure, Market Definition, Unilateral Effects.*

GİRİŞ

Rekabet hukuku politikasında en köklü geçmişe sahip ülke olarak değerlendirilen Amerika Birleşik Devletleri'nde yatay yoğunlaşmaların öncül denetlenmesi yaklaşık 100 yıldır normatif değerlendirmeler, yol gösterici kılavuzlar ve içtihadi yaklaşımlarla evrilmektedir. Bu çerçevede, özellikle belirli bir zaman aralığındaki içtihadi uygulamada, dönemin iktisadi koşulları temelinde ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunlara yönelik getirilen çözümlere esas teşkil eden analizler sistematize edilerek yatay birleşmeler rehberlerine ithal edilmektedir. Bu şekilde, yoğunlaşma analizlerinde bir hukuk politikası tercihi şekillendirilmeye çalışılmaktadır. Bu yatay birleşmeler rehberlerinden ilki 1968[1]

[1] İlgili rehbere http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.pdf internet adresinden ulaşılabilmektedir.

yılında yayımlanmış, daha sonrakiler ise 1982[2] ve 1984[3] yıllarında Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ("Adalet Bakanlığı") tarafından yayımlanmışlardır. 1992 yılında yayımlanan ve 19.08.2010 tarihine kadar geçerliliğini koruyan[4] yatay birleşmeler rehberi ("Eski Rehber") ise Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu ("Federal Ticaret Komisyonu ") ile Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa[5] hazırlanarak çıkarılmıştır[6].

10 Nisan 2010 tarihinde ise Eski Rehber'in yerine geçmesi hedefiyle Adalet Bakanlığı, resmi internet sitesinden yapmış olduğu duyuru ile yeni bir yatay birleşmeler rehberi taslağını kamuoyunun görüşlerine açmıştır[7]. 4 Haziran 2010 tarihine kadar kamuoyundan gelen görüşleri kabul eden taslak rehber, 19 Ağustos 2010 tarihinde son halini almıştır ve Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı tarafından yeni yatay birleşmeler rehberi ("Yeni Rehber") olarak kabul edilmiştir[8].

Rekabet hukuku alanında köklü geçmişe sahip olan ABD rekabet hukuku uygulamaları ve Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamaları gibi yetki alanlarında ortaya koyulan yeni prensiplerin ve dinamiklerin dünya rekabet hukuku politikasına yön verme ihtimali bulunduğu aşikârdır. Her ne kadar Türk rekabet hukuku mevzuatının temelini Avrupa Toplulukları rekabet hukuku oluşturmaktaysa da, belirli ölçüde Avrupa Toplulukları rekabet hukukunun Amerikan rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemlerinde uygulamakta olduğu

---

[2] İlgili rehbere http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm internet adresinden ulaşılabilmektedir.

[3] İlgili rehbere http://www.justice.gov/atr/hmerger/11249.pdf internet adresinden ulaşılabilmektedir.

[4] İlgili rehber 1997 yılında belirli değişikliklere uğramıştır. Buna ek olarak Eski Rehber'de ortaya koyulan prensiplerin uygulanmasında yol gösterici olması amacıyla yoğunluklu olarak içtihat hukuku üzerinden ilerleyen *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* isimli kapsamlı bir doküman 2006 yılında Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Comission - FTC*) ile Adalet Bakanlığı (*Department of Justice - DOJ*) tarafından yayımlanmıştır. Bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm, Erişim Tarihi: 09.11.2010

[5] Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Ticaret Komisyonu ile Adalet Bakanlığı, rekabet yasalarının uygulanmasından birlikte sorumludurlar.

[6] Yeni Rehber'den henüz taslak aşamasına gelip kamuoyunun görüşüne açılmadan önce akademik çevreler tarafından bir takım beklentilere sebebiyet vermiştir. Bu anlamda Yeni Rehber'den beklenen değişiklikleri özetleyen bir çalışma için bkz: CARSTENSEN, P. C. (2010) "Horizontal Merger Guidelines: The Omitted Dimension of Buyer Power Comments Submitted to the FTC and DOJ", *Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series,* Paper No. 1104, http://ssrn.com/abstract=1537192, Erişim Tarihi: 09.11.2010

[7] Taslak Rehber'e http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf adresinden ulaşılabilir.

[8] Yeni Rehber'e http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf adresinden ulaşılabilir.

prensipleri benimsediği hususu karşısında[9] ABD rekabet hukukunda yer alan somut gelişmelerin Türk rekabet hukuku mevzuatına da kısa veya orta vadede etki etme ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu değişikliklere yönelik olarak işbu çalışma kapsamında genel bir değerlendirme yapılmasının Türk rekabet hukuku çevrelerine de fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Gerçekten de, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a[10] yönelik olarak kapsamlı değişikliklerin gündemde olduğu ve 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile ilga edildiği[11] düşünüldüğünde Yeni Rehber'de ortaya koyulan prensiplerin sağlıklı bir şekilde analiz edilmesinin önemi daha da baskın bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu hedefler çerçevesinde, işbu çalışma kapsamında öncelikle Eski Rehber'in ortaya koymuş olduğu prensipler hatırlanacak ve daha sonrasında da Yeni Rehber ile öngörülen değişikliklerin bir analizi yapılmaya çalışılacaktır.

1. ESKİ REHBER'DE ORTAYA KOYULAN YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNİN ANALİZ EDİLMESİNDE TAKİP EDİLEN ADIMLAR

1.1. Genel Açıklamalar

Eski Rehber'in giriş kısmında da açıklıkla ortaya koyulduğu üzere, rehberin amacı yoğunlaşma işlemlerinin analizinde yetkili kurumların takip edecekleri analiz metotlarını ortaya koymaktır. Eski Rehber temel olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması testini esas almakta ve bu testin uygulanmasında yoğunlaşma akabinde pazar gücü yaratılıp yaratılmayacağı veya mevcut bir pazar gücünün artırılıp artırılmadığı hususu ile ayrıntılı bir şekilde ilgilenmektedir. Pazar gücü kavramı ise Eski Rehber'de teşebbüslerin fiyatlarını önemli kayıplara

[9] Zira, Rekabet Kurulu birçok kararında değerlendirmelerini yaparken Eski Rehber'e atıflarda da bulunmuştur. Örn. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 15.07.2009 tarih ve 09-33/744-180 sayılı *Akşehir-Dialysis*, 19.8.2009 tarih ve 09-36/912-220 sayılı *Lanxess-Gwalior*, 20.12.2005 tarih ve 05-86/1187-339 sayılı *Çimsa-Modern Çimento* kararları

[10] Rekabet Kurumu tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı adına hazırlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a yönelik değişiklikler öngören kanun taslağı 2008 yılının Temmuz ayında Meclis Alt Komisyonu'na sevk edilmiştir ve ilgili kanun taslağının yakın gelecekte yürürlüğe girmesi beklenmektedir

[11] İlgili tebliği yürürlükten kaldırması planlanan Taslak Tebliğ için bkz. Rekabet Kurumu, "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/teblig2010/2010-1.doc, Erişim Tarihi: 28.11.2010. Taslak Tebliğ kamuoyunun görüşüne açılmış ve 7 Ekim 2010 Tarihli ve 27722 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" olarak Türk rekabet hukuku mevzuatında yerini almıştır. Yeni tebliğ 1 Ocak 2011 tarihi itibariyle yürürlüğe girecektir.

uğramadan rekabetçi bir seviyenin üzerinde belirleyebilme yeteneği olarak ortaya koyulmaktadır. Eski Rehber kapsamında bir yoğunlaşma işlemi sonucunda pazar gücü yaratılıp yaratılmadığı hususu işlemin yarattığı etkiler incelenerek belirlenmektedir. Temel olarak yatay yoğunlaşmaların yaratabileceği rekabet karşıtı etkiler, tek taraflı[12] ve işbirliği doğurucu etkiler olarak iki ana başlıkta toplanmakta ve analizler bu zeminde yapılmaktadır. Yoğunlaşma işlemi sonucunda yoğunlaşma tarafı teşebbüsün tek taraflı olarak, rakipleri ile koordinasyona ve işbirliğine girme ihtiyacı olmaksızın fiyatları yükseltebilmesi tek taraflı etkiler olarak değerlendirilmekte ve bu yetinin ortaya çıkmasına mahal verebilecek bir yoğunlaşma işleminin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu beraberinde getireceği Eski Rehber kapsamında kabul edilmektedir. Öte yandan, tek taraflı etkiler çerçevesinde yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkacak olan teşebbüsün tek taraflı olarak fiyatları yükseltebilme yeteneğini kazanmamış olması durumunda bile, yoğunlaşma işleminin rakiplerle açık ya da örtülü işbirliğine girilmesi için zemin hazırlaması durumunda "işbirliği doğurucu etkiler" (*coordinated effects*) temelinde yine rekabetin önemli ölçüde azaltılması yönünde bir etkinin ortaya çıkabileceği belirtilmektedir.

Eski Rehber kapsamında bir yoğunlaşma analizinde beş adım izlenmektedir:

- Pazarın tanımlanması, pazar paylarının hesaplanması ve yoğunlaşma seviyesinin tespiti,
- Yoğunlaşma oranı ve pazar dinamikleri çerçevesinde işlemin tek taraflı veya işbirliği doğurucu etki yaratıp yaratamayacağı temelinde rekabet karşıtı etkilere zemin hazırlama potansiyeli,
- Giriş engellerinin tespiti ve potansiyel girişlerin rekabet karşıtı etkileri ortadan kaldırıp kaldıramayacağı,
- Etkinlik değerlendirmesi çerçevesinde yoğunlaşma sonrasında ortaya çıkan etkinliklerin rekabet karşıtı etkileri dengeleyip dengeleyemeyeceği[13] ve
- Yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerden herhangi birinin batan teşebbüs olup olmadığı.

[12] Eski Rehber'i diğer eski rehberlerden ayıran en önemli unsur tek taraflı etkiler kavramına ilk olarak bu rehberde değinilmesidir. 1982 tarihli rehberde de hakim bir firmanın piyasa gücü yaratması ya da piyasa gücünü arttırması durumunu ele alan "öncü firma (*leading firm*)" maddesi bulunmakla birlikte bunun Eski Rehber'in içeriğinden anlaşılması gereken tek taraflı etkiler durumu ile arasında birebir bağ kurulmamıştır.

[13] Etkinlik değerlendirmelerine yönelik olarak Eski Rehber'de 1997 yılında kapsamlı sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır.

1.2. Pazarın Tanımlanması, Pazar Paylarının Hesaplanması ve Yoğunlaşma Seviyesinin Tespiti

Eski Rehber, pazar tanımlaması için varsayımsal monopol testini ("*hypothetical monopoly test*") kullanmaktadır. Varsayımsal monopol testi, aday pazarlardaki ürün gruplarının ilgili rekabet pazarlarını oluşturabilecek kadar geniş olup olmadıklarının değerlendirilmesinde kullanılmaktadır. Söz konusu testin anahtar noktası, hayali bir pazardaki ürünlerin hepsinin kontrolüne sahip varsayımsal ve kâr maksimizasyonu yapan bir monopol teşebbüsün "küçük ama önemli ve kalıcı" bir fiyat artışına (*Small But Significant and Non-Transitory Increase in Price - SSNIP*) gittiğinde karşılaşacağı durumlardır. Söz konusu küçük ama önemli ve kalıcı fiyat artışı genellikle yüzde beş olarak alınır. Bu fiyat artışı neticesinde ürünün satışı varsayımsal monopolist teşebbüsün fiyat artışına gitmeyi kârlı görmediği kadar düşmüşse, yetkili makamlar yoğunlaşmaya taraf teşebbüsün sattığı ürüne en yakın ikame edilebilir diğer ürünü de ilgili ürün pazarı tanımına dahil edecektir[14].

Bu işlem aynı zamanda ilgili coğrafi pazarı tanımlamak için de kullanılmaktadır. Yetkili makamlar, coğrafi pazarın veya etkilenen pazarın tanımında yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin her birinin coğrafi yeri (veya tesisi) ile teste başlayacak ve ilgili ürün grubunu satmakta olan varsayımsal bir monopolist teşebbüsün -diğer bölgelerde satış koşullarını sabit tutarak- "küçük ama önemli ve kalıcı" bir fiyat artışına gitmesi durumunda ne olacağını soracaktır. Bu fiyat artışı neticesinde ürünün söz konusu bölgedeki satışı, ilgili ürünü yoğunlaşma tarafı teşebbüsün bölgesinde üreten veya satan varsayımsal monopolist teşebbüsün fiyat artışına gitmeyi kârlı görmediği kadar düşmüşse, yetkili makamlar üretim faaliyetleri için yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüsün bölgesine en yakın ikame edilebilir bölgeyi ilgili coğrafi pazar tanımına dahil edecektir[15].

Eski Rehber'de söz konusu test, bütün ürünlere ilişkin bir fiyat artışına gitmenin kârlı olup olmadığını sorgulamaktadır. Eski Rehber'de ilgili pazar tanımında temel olarak yalnızca talep ikamesi esas alınırken arz ikamesi, ilgili ürün pazarında katılımcı olarak bulunan teşebbüslerin tespiti ile giriş analizlerinde dikkate alınmaktadır.

Pazar tanımından sonra ikinci etapta yoğunlaşma oranları hesaplanmaktadır. Yoğunlaşma oranlarının hesaplanmasında *Herfindahl-*

[14] WERDEN, G. J. (2003), "The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm", *Antitrust Law Journal*, Sayı 71, s.253-276

[15] Bu hususlar Eski Rehber'in 1.11 ile 1.21. bölümlerinde ortaya koyulmaktadır.

Hirschman Index ("HHI Endeksi") kullanılmakta ve yoğunlaşma seviyesi üç eşik çerçevesinde değerlendirilmektedir[16]:

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1000'in altında olması halinde yoğunlaşmanın herhangi bir sakıncası bulunmadığı ve işleme yönelik olarak daha fazla incelemeye gerek olmadığı hususu kabul edilmektedir.

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1000-1800 arasında olması halinde, HHI Endeksinin 100'den az artmasına neden olan yoğunlaşmalar hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde artışların varlığı halinde ise yoğunlaşmanın potansiyel risk içerebileceği varsayılmaktadır.

- Yoğunlaşma sonrası HHI Endeksinin 1800'ün üstünde olması halinde, HHI Endeksinin 50'den az artmasına neden olan yoğunlaşmalar hakkında daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmadığı; bu oranın üstünde artışların varlılığı halinde ise yoğunlaşmanın potansiyel olarak risk içerebileceğine; HHI Endeksinin 100'den fazla artması halinde ise Eski Rehber'in diğer bölümleri çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler saklı kalmak kaydı ile yoğunlaşmanın pazar gücü yarattığının varsayılacağı kabul edilmektedir[17].

Pazar paylarının hesaplanması ve yoğunlaşma oranlarının belirlenmesi bakımından Eski Rehber "pazar katılımcısı" (*market participant*) kavramını da göz önünde bulundurmaktadır. Eski Rehber uyarınca aşağıdaki teşebbüsler pazar katılımcısı sayılırlar[18]:

- İlgili ürün pazarında üretim veya satış faaliyeti bulunan tüm teşebbüsler,

- Dikey olarak bütünleşmiş teşebbüsler (katılımlarının sahip oldukları rekabetçi baskıyı doğru bir şekilde yansıttığı ölçüde),

- Yenilenmiş veya geri dönüşmüş ürünleri üreten ve bu ürünleri ilgili ürün pazarındaki diğer ürünlere rakip olacak şekilde satan teşebbüsler,

Pazardaki fiyatlarda yaşanacak küçük ama önemli ve kalıcı artış neticesinde pazara hızlı bir şekilde giriş yapacak teşebbüsler de pazar katılımcısı olarak kabul edilebilmektedir. Bu anlamda yetkili makamlar hâlihazırda ilgili ürünü ilgili coğrafi pazarda üretmeyen veya satmayan teşebbüsleri bunların katımlarının pazarda bulunan tedarik tepkilerini daha doğru şekilde yansıttığını

[16] Eski Rehber Bölüm 1.5.

[17] Eski Rehber'de yer alan pazar yoğunlaşması ve HHI oranları hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. WERDEN, G. J. ve L. M., FROEB (1994) "The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy"*, Oxford Journals, Journal of Law, Economics, and Organization* Cilt 10, Sayı 2Pp. s.407-426.

[18] Eski Rehber Bölüm 1.3.

düşündüğü ölçüde, ilgili ürün pazarına katılımcı olarak dahil edebilmektedir. Bu tür teşebbüsler, taahhüt altına girmemiş giriş yapanlar (*uncommitted entrants*) olarak adlandırılmaktadırlar. Böyle bir teşebbüsten bahsedebilmek için söz konusu tedarik tepkilerinin bir yıllık bir süre içerisinde açığa çıkması ve dikkate değer bir giriş veya çıkış masraflarına ihtiyaç duymaması gerekmektedir.

Bu başlık altında son olarak bahsedilmesi gereken bir husus da pazardaki teşebbüslerin pazar paylarını veya pazardaki yoğunlaşma oranlarını etkileyen faktörlerdir. Pazarda gerçekleşecek bir yoğunlaşma işlemi sonrasında pazarda oluşacak yoğunlaşma ve yoğunlaşmada yaşanacak değişiklikler, söz konusu yoğunlaşmanın ortaya çıkarabileceği rekabet kısıtlamalarını etkilemektedir[19]. Ancak bazı durumlarda pazar payı ve pazar yoğunlaşması verileri pazardaki teşebbüs veya teşebbüslerin geleceğe ilişkin olası rekabet hukuku etkilerini veya yoğunlaşma işleminin etkisini olduğundan az ya da çok gösterebilir. Değişen pazar koşulları ve pazardaki ürün ve bölgeler ile pazar dışındaki ikame edilebilir ürünler arasındaki farklılığın derecesi bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de pazar payı ve yoğunlaşma verileri geçmiş ibarelere dayandığı için, pazarda meydana gelecek yeni değişikler teşebbüslerin gelecekte sahip olabileceği rekabetçi etkilerini doğru olarak yansıtmayabilir. Benzer şekilde, ilgili ürün pazarı dışında bulunan ikame edilebilir ürünlerin ilgili ürünlerden farklılık arz etmesi durumunda, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın diğer ilgili pazarlarla olacak ilişkisi kısıtlanacak ve ilgili ürün pazarında bulunan teşebbüslerin reel pazar gücü gözlemlenen pazar gücünden daha güçlü olacaktır[20].

1.3. İşlemin Tek Taraflı veya İşbirliği Doğurucu Etki Yaratıp Yaratamayacağı Temelinde Rekabet Karşıtı Etkilere Zemin Hazırlama Potansiyeli

1.3.1. İşbirliği Doğurucu Etkiler

Eski Rehber'de, yoğunlaşma sonucunda ilgili pazarda faaliyet gösteren aktörler arasında, tüketicilerin aleyhine olarak (gizli veya açık) işbirliğine gidilmesi ihtimalinin artması ve bu işbirliğinin başarılı olması ihtimalinin güçlenmesi durumunda işlemin (diğer koşullar sonucu değiştirmediği ölçüde) rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Bu çerçevede

[19] Eski Rehber Bölüm 1.52

[20] Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ORDOVER, J. A. ve R. D., WILLIG (1993) "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey", *Review Of Industrial Organization,* Cilt 8, Sayı 2, s.139-150.

rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliği doğurucu etkilerin varlığından bahsedilebilmesi için Eski Rehber aşağıdaki koşulların varlığını aramaktadır[21]:

a) İşbirliği doğurucu etkilerin oluşmasına olanak veren hususlar;

- ürünlerin homojen olup olmaması,
- hâlihazırda piyasada gerçekleşen ilişkiler (ürün çeşitlerine veya fiyatlandırmaya ilişkin standardizasyon, ilgili pazarda veya başka bir pazarda teşebbüsler arası açık işbirliğinin daha önce veya hâlihazırda gerçekleşip gerçekleşmediği),
- şeffaflık (rakipler hakkında bilginin piyasadan elde edilebilmesi)
- pazara, rakiplere ve pazarda gerçekleşen işlemlere ilişkin anahtar niteliğindeki ilgilere erişim olanakları,
- alıcı ve satıcıların karakterleri,
- pazarda gerçekleşen işlemlerin nitelikleri (küçük hacimli, düzenli ve sık sık gerçekleşen mi yoksa büyük çaplı, düzensiz ve az sayıda gerçekleşen nitelikte mi olduğu).

b) İşbirliğinin takibini, tespitini kolaylaştıran ve işbirliği koşullarından ayrılanların cezalandırılmasına, caydırılmasına olanak tanıyacak koşullar. İlgili makamlar yoğunlaşma işlemi sonucunda işbirliği doğurucu bir durumdan söz edilebilmesi için, işbirliğinin fiili olarak gerçekleşebileceği şartını aramamakta, gerçekleşmesi olasılığının bulunup bulunmadığını değerlendirmektedirler.

Ancak, işbirliği doğurucu bir etkiden bahsedilebilmesi için özellikle yukarıda yer verilen koşulların bir bütün olarak/tümünün varlığının her olay bazında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre örneğin pazarda yoğunlaşmanın fazla olması elbette rakiplerin işbirliği içine girebilmesi için önemli bir unsur teşkil edecek ve pazarda yer alan rakip sayısının fazlalaşması ile birlikte koordinasyonun sağlanması güçleşecektir. Ancak bu durum sonuca ulaşılmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Yoğunlaşmanın çok yüksek olması durumunda dahi, örneğin pazarda 2, 3 veya 4 aktörün olması (veya kalacak olması), pazarda rekabetin olmadığı veya olamayacağı anlamına gelmeyecek veya rakiplerin işbirliği içinde olduğu sonucuna ulaşılması için yeterli olmayacaktır. Keza, bir yoğunlaşmanın gerçekleştiği pazarın şeffaf olması ve aktör sayısının azlığı da tek başına yeterli olmamaktadır. Teşebbüslerin aralarında gerçekleşebilecek işbirliğini sürdürebilmeleri; işbirliğinden vazgeçen teşebbüslerin de tespiti (bu etkinin doğmasını engelleyebilecek örneğin, fiyat ayrımcılığı gibi koşulların varlığı) ve teşebbüsleri işbirliğini sürdürmeye itecek cezalandırma gibi mekanizmaların da

[21] Eski Rehber Bölüm 2.1

varlığını gerektirmektedir. Söz konusu cezalandırıcı ve caydırıcı mekanizmaların beklenen etkiyi gösterebilmesi için muteber ve hızlı olması gerekmektedir. Aksi bir durumda, teşebbüsler kendilerini işbirliği doğurucu davranışlarla bağlı hissetmeyeceklerdir[22].

İlgili ürün pazarında bulunan işbirliğini sınırlandıran koşullar da bulunabilmektedir. Dolayısıyla yoğunlaşma işleminin esaslı değerlendirilmesi esnasında bu koşullara dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu koşulları Eski Rehber aşağıdaki şekilde sıralamaktadır[23]:

- ürün heterojenliği,

- teşebbüslerin, yürüttükleri faaliyetler arasındaki önemli farklılıklar sebebiyle rakiplerinin işleri hakkında ciddi anlamda eksik bilgiye sahip olmaları,

- teşebbüslerin dikey olarak farklı bütünlüklere sahip olması gibi asimetrik bir yapı sergilemeleri.

İlgili ürün pazarındaki işbirliğini azaltabilecek ve hatta ortadan kaldırabilecek bir başka durum ise pazarda oyunbozan (*maverick*) teşebbüslerin bulunması durumudur[24]. Oyunbozan teşebbüsler, işbirliği koşullarından sapma eğilimleri rakiplerine oranla daha yüksek olan teşebbüslerdir. Pazarda bu özelikleri taşıyan bir oyuncunun bulunması durumunda işbirliği içerisinde olan teşebbüslerin pazarda uygulayacağı kapasite kısımları veya fiyat artışları beklenen etkiyi gösteremeyecektir. Bu nedenle, gerek rekabete aykırı davranışlarla gerekse oyunbozan teşebbüsü devralma yoluyla söz konusu teşebbüsün sahip olduğu rekabet baskısının pazar dışına çıkartılması, işbirliği doğurucu davranışların hayata geçirilebilmesi daha muhtemel kılabilecektir.

1.3.2. Tek Taraflı Etkiler

Bir yoğunlaşma işlemi sonucunda rekabeti sınırlayıcı etki yalnızca teşebbüslerin işlem sonrası işbirliği içine girmeleri ile değil, teşebbüslerin diğer teşebbüsler ile işbirliği içine girmeksizin tek taraflı olarak üretimi kısıp fiyatları yükseltebilme olanaklarına sahip olmaları durumunda da söz konusu olabilecektir. Eski Rehber, tek taraflı etkilerin birçok farklı koşulda gerçekleşebileceğini belirtmekle beraber bu etkilere örnek olarak iki durumu büyüteç altına almaktadır. Bunlardan ilkini pazarda yer alan *teşebbüslerin ürünleri arası farklılıklar nedeniyle birbirinden ayrıldığı durumlar* oluşturmaktadır. Pazarda teşebbüslerin ürün farklılaştırmasına gittiklerinin ve

[22] Eski Rehber Bölüm 2.12
[23] İlgili koşullar Eski Rehber'in 2.11. bölümünde yer almaktadır.
[24] Eski Rehber Bölüm 2.12

teşebbüslerin bu farklılıklar nedeniyle tüketicinin gözünde ayrıldıklarının belirlenmesi halinde teşebbüsler arası gerçekleşecek yoğunlaşmalar,

a) yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin ürünlerinin birbirine yakınlığı [örneğin ürünlerin tüketicilerin/ müşterilerin tercih sıralamalarında kaçıncı sırada yer aldıkları (tüketicinin 3. tercihini ve 5. tercihini oluşturan veya tüketicilerin 2 ve 3. tercihlerini oluşturan ürünleri üreten teşebbüslerin birleşmesi gibi)], özellikle pazarda, küçük ama önemli ve kalıcı fiyat artışı sonrasında en yüksek geçiş oranlarını sağlayacak en iyi ikame ürünlerin (*next best substitute*) ve alıcıların ilgili ürüne en yakın gördükleri en yakın rakip ürünlerin bulunması,

b) rakiplerin yoğunlaşma işlemi ertesinde eksilen rekabeti tamamlama/ doldurabilme olanakları (özellikle rakiplerin kaybolan rekabete cevap olarak ürün yelpazelerinde yeniden konumlandırmaya gidebilecek olması veya yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ürünlerine rakip olabilecek ürünler geliştirebilecek olması) gibi koşullar

dikkate alınarak değerlendirilmektedir[25].

Ayrıca, bir farklılaşmış ürün piyasasında yukarıda verilen yoğunlaşma eşiklerinin aşıldığı bir durumda, eğer yoğunlaşma işlemine konu ürünler tüketicilerin gözünde en yakın ikameler ise (örneğin birinci ve ikinci tercihleri olması) ve birleşen ürünlerin toplam pazar payları %35' i geçiyorsa tek taraflı etkiler bağlamında söz konusu yoğunlaşmanın rekabeti sınırlayıcı fiyat etkileri doğurabileceğine yer verilmiştir. Yapılacak bir incelemede kuşkusuz en kritik noktayı oluşacak etkilerin ekonomik analizler ile ölçülmesi oluşturmaktadır.[26]

Tek taraflı etkilere örnek ikinci hal ise, teşebbüslerin kapasitelerine göre farklılaştığı durumlardır. İlgili pazardaki teşebbüslerin ürettikleri ürünlerin tüketici gözünde birbirlerine yakın olduğu ancak teşebbüsler arası rekabetin koşullarının ağırlıklı olarak kapasite oranlarına göre belirlendiği durumlarda yoğunlaşma, yeni teşebbüse, işlem ertesinde daha büyük bir seviyede satış oranı yakalanması neticesinde fiyatlarını tek taraflı olarak artırıp arzı kısma olanağı tanıyabilecektir. Böylelikle müşterilerin böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde yönelebilecekleri potansiyel teşebbüslerden birisi olan birleşen teşebbüsün yoğunlaşma neticesinde ortadan kalkması sayesinde bu olasılığın

[25] Eski Rehber Bölüm 2.211 ile 2.212. Ayrıca bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı 2006.

[26] *Office Depot/Staples* kararı tipik bir örnektir. Bkz. FTC v. Staples, Inc. And Office Depot, Inc., [Case No.1:97CV00701 (1997)] ve DALKIR S. ve F. WARREN-BOULTON, "Market Definition and the Price Effects of Mergers: Staples-Office Depot (1997)", KWOKA J. E. ve L. J. WHITE (editörler) (2008) *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Fifth Edition, Oxford University Press içerisinde.

gerçekleşmesi için ortam hazırlanmış olabilecektir. Elbette bu durum, birleşen teşebbüs tarafından fiyatların artırılmasına, rakiplerin toplam üretimlerini artırarak cevap verip veremeyeceklerine, pazarda bunu gerçekleştirebilecek sayıda yeterli aktör bulunup bulunmamasına bağlı olacaktır. Eski Rehber'de, bu durum için de % 35'lik bir eşik mevcuttur[27].

1.4. Giriş Engellerinin Tespiti ve Potansiyel Girişlerin İşlemin Rekabet Karşıtı Etkilerini Ortadan Kaldırıp Kaldıramayacağı

Pazara girişler, yoğunlaşmaların etkileri değerlendirilirken üçüncü aşamayı oluşturmaktadır. Pazara girişlerin kolay olması, yoğunlaşma ile oluşabilecek rekabeti sınırlayıcı etkilerin azalmasına neden olabilmektedir. Ancak, yoğunlaşma sonrası rekabetin azalması ihtimalinin bulunduğu durumlarda pazara girişlerin bu etkileri bertaraf edebilecek nitelikte olabilmesi için Eski Rehber:

a) girişlerin zamanında gerçekleşip gerçekleşmeyeceği (ki *zamanlı giriş* kavramına yönelik olarak Eski Rehber'de iki yıllık bir süre öngörülmüştür), [28]

b) pazara girişin kârlı olup olmayacağı, bir başka deyişle söz konusu girişlerin olası olup olmadığı [söz konusu olasılık değerlendirmesi yapılırken özellikle minimum gerçekleştirilebilir ölçek (*minimum viable scale*) miktarlarına dikkat edilmelidir. Minimum gerçekleştirilebilir ölçek, teşebbüsün yoğunlaşma öncesi fiyatlarda kârlılık için sürekli gerçekleştirmesi gereken minimum ortalama yıllık satış düzeyini ifade etmektedir. Bu anlamda minimum gerçekleştirilebilir ölçek, yoğunlaşma öncesi fiyatlara dayalı olarak beklenen geliri ve pazara girişin başarısız olabilmesi ve batık maliyetlerin -eğer varsa- kaybolması halinde yapılan yatırımların geri dönüşleri de dahil olmak üzere pazara giriş alternatiflerini dikkate alır],

c) pazara girişlerin rekabetin azalması sonucunu bertaraf edecek nitelikte ve düzeyde olup olmadığı

şeklinde üç aşamada inceleme yapılmasını öngörmektedir[29].

Ayrıca, Eski Rehber, pazara yeni giriş ihtimalinin değerlendirmesinde yeni giriş yapan teşebbüslerin gerçekleştirebileceği satış olanaklarını da değerlendirmeye almaktadır. Bu çerçevede, satış olanaklarını oluşturan kaynaklar şu şekilde sıralanabilmektedir: (i) pazara giriş yapan teşebbüsün uygulayacağı rekabetçi baskı neticesinde pazardaki diğer teşebbüslerin arzında meydana gelen daralmalar, (ii) söz konusu yeni teşebbüsün pazarda oluşan makul talep artışının bir kısmını yakalayabilme kabiliyeti, (iii) pazarda yer alan

[27] Eski Rehber Bölüm 2.22
[28] Eski Rehber Bölüm 3.2
[29] Eski Rehber Bölüm 3.0, para. 2 v.d.

yerleşik teşebbüslerin satışlarının bir kısmını kendine yönlendirebilmesi ve (iv) söz konusu yeni teşebbüsün pazara girmesi ile yerleşik teşebbüslerin arzında görülen diğer kısılmalar.

1.5. Etkinlik Değerlendirmesi Çerçevesinde Yoğunlaşma Sonrasında Ortaya Çıkan Etkinliklerin Rekabet Karşıtı Etkileri Dengeleyip Dengeleyemeyeceği

Yoğunlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilmekle beraber bazı etkinliklerin sağlanması amacına da hizmet etmektedir. Yoğunlaşmalar ile sağlanan etkinlikler (örneğin maliyetlerin düşmesi, daha önce etkin çalışmayan iki teşebbüsün etkinliğin artmasına neden olacak bir çatı altında birleşmeleri) aracılığıyla teşebbüsler, daha güçlü surette rekabet edebilme olanağına kavuşmakta ve en önemlisi kaynakların kullanımında etkinlik sağlamak suretiyle toplumsal refahın artmasına katkıda bulunmaktadır. Ne var ki bütün yoğunlaşmaların etkinlik sağladığını söylemek mümkün değildir. Yoğunlaşmalar gerçek anlamda rekabetin azalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle yoğunlaşmalar aracılığıyla gerçekleşen etkinliklerin dikkatle incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir[30].

Eski Rehber, açık bir dille yoğunlaşmalar sonucunda etkinlik sağlanabileceğini kabul etmekle beraber, yaratılan etkinliklerin yoğunlaşmaların yarattığı olumsuz etkileri bertaraf edip edemeyeceğine ilişkin bazı kriterler koymak suretiyle ilgili makamların etkinlikleri değerlendirmede izleyecekleri analitik yapıyı ortaya koymaktadır. Bu çerçevede Eski Rehber, etkinliklere ilişkin kantitatif ve kalitatif bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir. Eski Rehber'de konuya ilişkin getirilen temel kriteri etkinliklerin "yoğunlaşmaya has" olması gerekliliği oluşturmaktadır. İkinci ölçütü ise etkinliklerin "kavranabilir" olması oluşturmaktadır. Kavranabilir etkinlikler Eski Rehber'de yoğunlaşmaya has, doğruluğu gösterilebilir ve rekabeti sınırlayıcı bir biçimde arzın kısıtlanması sonucunu doğurmayan etkinlikler olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, etkinliklerin gösterilmesi ve ölçülmesi zorluk teşkil ettiğinden, bunların varlığına ilişkin ispat yükü yoğunlaşmayı gerçekleştiren taraf üzerinde bulunmaktadır. Eski Rehber, kavranabilir etkinliklerin yoğunlaşmanın olumsuz etkilerini (etkinliklerin ilgili pazarda fiyatların artmasını engelleyecek nitelikte olup olmadığını) bertaraf etmeye yetecek ölçüde olmaları durumunda yoğunlaşma aleyhine işlem tesis edilmeyeceğini belirtmekte ancak, buna ilişkin yoğunlaşmanın olumsuz etkileri ne kadar fazla ise kavranabilir etkinliklerin de o

[30] Eski Rehber açısından etkinlik değerlendirmelerine ilişkin daha detaylı açıklama için bkz. BAKER, J. B. ve, C, SHAPIRO (2007), "Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement", Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley, http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

kadar büyük olması gerektiğini ifade etmek suretiyle *artan oran prensibini* benimsemektedir. Değerlendirmede kabul edilebilen etkinliklerin diğer etkinlik türlerine göre kavranabilir ve esaslı olup olmadıkları gibi kıstaslara göre diğer etkinliklerden ayrıldığı görülmektedir. Eski Rehber, "kavranabilir etkinlik" kavramı için üç adet şart belirlemiştir: söz konusu etkinliklerin (i) yoğunlaşmaya özgü etkinlikler olması, (ii) doğrulanmış olması ve (iii) sunulan ürün veya hizmette rekabete aykırı olarak gerçekleşen azalmalardan kaynaklanmıyor olması gerekmektedir[31].

Örneğin değişken veya marjinal maliyetlerde düşüş sağlayacak bir etkinliğin, fiyatlarda yapacağı etkinin diğer etkinliklere göre daha fazla olması nedeniyle esaslı ve kavranabilir olarak kabul edildiği görülmektedir.

1.6. Yoğunlaşmaya Taraf Olan Teşebbüslerden Herhangi Birinin Batan Teşebbüs Olup Olmadığı

Eski Rehber'de yoğunlaşmaların incelenmesi ile ilgili son başlık "*batan teşebbüs*"tür. Buna göre

Eski Rehber, yoğunlaşma taraflarından birinin,

a) Yakın gelecekte mali yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği,

b) İflas yasası gereğince teşebbüsün yeniden yapılandırılmasının mümkün olmadığı,

c) Başkaca teşebbüslere yönelik olarak, malvarlığını ilgili pazarda tutacak ve piyasadaki rekabet üzerinde, planlanan yoğunlaşmadan daha az tehlike içerecek yoğunlaşmalar ile ilgili iyi niyetli tekliflerde bulunduğu,

d) Yoğunlaşma olanağı dışında teşebbüsün malvarlığının ilgili pazardan çıkacağı durumlarda

pazar gücünün yaratılmasından bahsedilmeyeceğini ifade etmekte ve bu işlemler aleyhine yargı yoluna gidilmeyeceğini belirtmektedir[32].

2. YENİ REHBER

2.1. Genel Değerlendirmeler

Yeni Rehber incelendiğinde içerik olarak -aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecek yukarı fiyatlama testi haricinde- Eski Rehber'den aşırı derecede farklılaşan ve yetkili makamlar tarafından gerçekleştirilen yoğunlaşma analizlerini temelinden sarsacak unsurların yer almadığı gözlemlenmektedir. Ayrıntılı bir değerlendirme

[31] Eski Rehber Bölüm 4, para. 5.

[32] SELÇUK, İ (2003), *AB ve ABD'deki Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması*, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.101-108.

yapmaya geçmeden önce Yeni Rehber'de yer alan en ciddi değişikliklerin aşağıda yer verilen unsurlardan oluştuğu söylenebilecektir.

(i) Tek taraflı etkilerin değerlendirilmesi hususundaki metotların kapsamının genişlemesi ve ciddi surette farklılaşmış yöntemler öngörülmesi,

(ii) Yoğunlaşma oranlarının belirlenmesine yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanmasında temel alınacak HHI Endeksi rakamlarında artış yaratılması ve Eski Rehber ile kıyaslandığında daha serbest bir analize sebebiyet verebilecek eşikler belirlenmesi,

(iii) Delil kavramına yönelik kapsamlı önermelerin getirilmesi (*types of evidences* başlığı altında)

(iv) Güçlü alıcılar (*powerful buyer*), alıcılar arasında yoğunlaşma (*merger between buyers*), kısmi yoğunlaşmalar (*partial mergers*) başlıklı bölümlerin getirilmesi.

Yeni Rehber'de, Eski Rehber'in ortaya koyduğu ve yukarıda belirtilen beş adımdan oluşan analizde esneklik sağlayabilecek araçların olduğu açıkça belirtilmiş ve yoğunlaşma analizlerinin tek tip bir uygulama metodundan ibaret olamayacağı hususuna özellikle vurgu yapılmıştır[33]. Bu çerçevede Yeni Rehber birden çok araç ve çok çeşitli olarak ortaya çıkabilecek güvenilir deliller temelinde yetkili makamların entegre ve esnek bir metodoloji eşliğinde bir işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucuna yol açıp açmayacağının tespitini yapması gerektiğinin altını çizmektedir. Yeni Rehber bu temelde analiz önerileri getirirken, rehberde ortaya koyulan prensiplerin sadece örnekleme yoluyla ortaya konduğunu, sınırlı sayıda olmadığını belirterek bir yerde Yeni Rehber'in yetkili makamlar nezdinde bağlayıcı olmadığı hususunu ifade etmektedir[34]. Ayrıca Yeni Rehber, konular altında çeşitli örneklemelere yer vermiştir. Getirilen bu örneklemelerin konuların daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağı düşünülebilir.

Bu noktada özellikle tek taraflı etkilerin değerlendirilmesine yönelik olarak zenginleştirilmiş tartışmaların mimarlarının Adalet Bakanlığı baş ekonomisti Carl Shapiro ve yine Fedaral Ticaret Komisyonu baş ekonomisti Joseph Farrell olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, Yeni Rehber'de yukarı fiyatlama baskısı (*upward pricing pressure*) ve sapma oranı[35] (*diversion*

[33] Yeni Rehber'in ilk sayfasının dördüncü paragrafı.

[34] Bu hususlar Yeni Rehber'in giriş kısmında ortaya koyulmaktadır.

[35] A firmasından B firmasının ürünlerine sapma oranı, A firmasının kaybettiği satışların B firmasına yönelme (sapma) oranı olarak tanımlanır. İki firmanın ürünleri arasındaki sapma oranının düzeyi bu iki firmanın tarihsel olarak karşılaşmış oldukları durumlara ait gözlem ve verilerden yola çıkılarak hesaplanabilir; örneğin firmalardan her birinin yaratmış olabileceği, firmanın kaybettiği satışların bu satışları kazanan rakipler arasındaki dağılımını veya firmanın

ratio) gibi kavramların tek taraflı etkilerin ve dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanmasında öncelikli araçlar olması gerektiğini ortaya koyan ve bu temelde ilgili pazar tanımının zaruri olmadığını öneren ifadeleri ilgili otoritelerin 15 Şubat 2010 gibi son derece yakın bir zamanda kaleme aldıkları ve *"Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition"*[36] adlı makalenin ana temasıyla birebir örtüşmekte olduğu rahatlıkla gözlemlenmektedir.

Aşağıda özellikle değişikliğe uğrayan önemli bölümlere değinilecek ve bu çerçevede Yeni Rehber'in genel bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır. Değerlendirme yapılırken Yeni Rehber'de yoğun bir şekilde ele alınan tek taraflı ve işbirliği doğurucu etkiler diğer önerilen yeni unsurlara nazaran önem seviyeleri nedeniyle ayrı bir başlık (Bölüm 3) altında değerlendirilecektir.

2.2. Delil Çeşitleri

Yeni Rehber'in, sınırlı olmayacak bir şekilde, gerçekleşecek olan bir yoğunlaşmanın rekabeti azaltıcı etkiler doğurup doğurmayacağını tespit edebilmek için kullanılabilecek delil tiplerine yönelik olarak kapsamlı açıklamalar getirdiği gözlemlenmektedir[37].

Yeni Rehber uyarınca, olası bir yoğunlaşma işleminin "pazar gücü" yaratıp yaratmayacağı veya mevcut durumu güçlendirip güçlendirmeyeceği hususu ya doğrudan deliller (veya gerçekleşen yoğunlaşmada gözlemlenen fiili etkiler) ya da dolaylı deliller ile ortaya koyulmaktadır[38].

---

kazandığı satışların bu satışları kaybeden rakipler arasındaki dağılımını gösterir kazanç/kayıp (*win/loss*) raporları bu konuda kaynak oluşturabilir. Ayrıca, söz konusu iki firmanın satış miktarlarının bilindiği ve öz fiyat talep esneklikleri ile birbirleri arasındaki çapraz fiyat talep esnekliklerinin hesaplanabildiği durumlarda sapma oranları bu hesaplamalardan türetilebilir. A firnasının öz fiyat talep esnekliğinin mutlak değeri e, B firmasının A firnası fiyatına olan talep esnekliği ç, A ve B firmalarının satış miktarları a ve b olarak yazıldığında, A firmasının ürünlerinden B firmasının ürünlerine sapma oranı (ç b)/(e a) olarak hesaplanabilir. Bu tekniklerin yanı sıra, hâlihazırda hesaplanmış olan piyasa payları, belirli bir varsayım geçerli olduğu müddetçe sapma oranlarının doğrudan hesaplanması için kullanılabilir. Alakasız alternatiflerin bağlamazlığı (*Independence from Irrelevant Alternatives*) varsayımı içerisinde A firmasının ürünlerinden B firmasının ürünlerine sapma oranı, A firmasının piyasa payı p, B firmasının piyasa payı q olarak gösterilirse, q/(1 - p) olarak hesaplanabilir.

[36] SHAPIRO, C. ve J. FARRELL (2010) "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition" *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, sayı 1, http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

[37] Delil tipleri Yeni Rehber'in 3. ve 4. sayfalarında yer alan 2.1 numaralı başlık çerçevesinde incelenmektedir.

[38] HARTY, R. P. (2010) *Merger Control 2011 (ABD bölümü)*, Global Competition Review, Londra

Bu çerçevede yetkili makamların en aydınlatıcı bulduğu beş çeşit delil tipi Yeni Rehber'de ortaya koyulmuştur.

- Gerçekleştirilen Yoğunlaşmada Gözlemlenen Fiili Etkiler

Bu başlık altında kabaca, gerçekleştirilen[39] yoğunlaşmalar sonrasında ortaya çıkan ve müşteriler nezdinde fiyat yükselmesi gibi rekabet karşıtı sonuçlar doğuran hususlar incelenmekte ve benzer sonuçların incelenen işlem sonrasında ortaya çıkıp çıkamayacağına dair değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu çerçevede Yeni Rehber işlemi gerçekleştirilen tarafların işlem sonrası rekabet hukuku değerlendirmesinin farkında olmaları nedeniyle pazar davranışlarında ılımlı davranabilecekleri ve bu tip delillerin gerçekleştirilmemiş işlemlerin değerlendirilmesinde yardımcı olabileceği konularına yer vermektedir.

[39] Yeni Rehber kapsamında yeni bir konsept olarak ortaya çıkan gerçekleşmiş işlem kavramından anlaşılması gereken iki kategoriden ilki, Hart-Scott-Rodino ("HSR") Antitrust Improvements Act of 1976 çerçevesinde bildirim yükümlülükleri kapsamına girmeyen işlemler ile, bildirim yükümlülükleri kapsamında olup da kurum (makam) izni veya mahkeme kararı sonucu gerçekleşmiş işlemlerdir. Birinci kategoriye ilişkin olarak, rekabet politikası yürütülmesinden sorumlu olan yetkili makamların (özellikle Adalet Bakanlığı) özellikle son dönemlerde bildirime tabi olmayan ancak gerçekleşmesi sonrasında rekabetin azaltılmasına yol açan işlemlere yönelik müdahalelerinin arttığı gözlenmiştir. Son derece yakın tarihli (8 Mart 2010) bir örnek için elden çıkarma metodu çerçevesinde uzlaşma sağlanan *Election Systems & Software/Premier Election Solutions Merger* kararına ilişkin duyuru aşağıdaki linkten incelenebilir. http://www.justice.gov/opa/pr/2010/March/10-at-235.html İkinci kategoriye ilişkin olarak, son yıllarda özellikle FTC ekonomistlerinin, gerçekleşmiş yoğunlaşmaların fiyat etkilerini inceledikleri çalışmalar ve yine özellikle FTC'nin bu çalışmalar ile eşanlı olarak yürüttüğü, geçmişte kurumlarca engellen(e)memiş ve birleşme ertesinde fiyat artışına yol açmış işlemlerin ıslahına yönelik davalar sayılabilir. (FARRELL J., P.A. PAUTLER ve M. G. VITA (2009) "Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals," *Review of Industrial Organization*, Cilt 35, Sayı 4). Bu türden bir ıslahının en uç örneği fiyat artıran birleşmiş firmaların ayrıştırılması olacaktır; ancak bunun pratikte çok maliyetli olacağının düşünüldüğü bir durumda, fiyatlarda artışa yol açtığı düşünülen özgül fiyatlama uygulamalarının yasaklanması yoluna başvurulmuştur (bkz. CUSACK J. T., L. E. BRYANT JR. ve S. S. SHONDER. (2007) "A Dose of Bad Medicine: The Federal Trade Commission's Attempt to Break Up Evanston Northwestern Healthcare", Drinker Biddle & Reath LLP, Bilgi Notu http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/4a1a3b00-3d49-4b0c-91cf-00ca23c8f2d6/Presentation/PublicationAttachment/c3f792a7-c866-4c5e-bfd5-04e421c11278/ADoseOfBadMedicine.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010 ve MORSE M. H., B. C. KEVIN, R. W. MCCANN, L. E. BRYANT, JR. (2007) "Federal Trade Commission Finds Evanston Northwestern Healthcare Merger Unlawful but Orders "Separate and Independent Negotiating Teams" Rather Than Divestiture", Drinker Biddle&Reath LLP, Bilgi Notu, http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/2be7d509-61f4-4745-9bd6-28ec6366c168/Presentation/PublicationAttachment/d68f52b8-6ac2-437d-bdef-01281b45dc61/Federal_Trade.pdf), Erişim Tarihi: 09.11.2010.

- Tecrübeye Dayanarak Doğrudan Karşılaştırma

Bu başlık altında Yeni Rehber, yetkili makamların doğal deneylere (*natural experiment*) dayanarak geçmişte yaşanan pazar davranışlarını yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerini değerlendirmede bir araç olarak kullanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda yetkili makamlar pazara girişleri, yeni gerçekleşmiş yoğunlaşmaları, kapasite artırımları ve pazardan çıkış gibi hususları dikkate alacak ve bu değerlendirmeyi yaparken bizatihi yoğunlaşmayı ilgilendiren pazardan ziyade benzer dinamiklere sahip pazarlardaki geçmiş tecrübeleri benzetme (analoji) yoluyla da kullanabilecektir. Yeni Rehber, giriş kısmında formalistik ve tek bir metodolojiye dayanan kavramların takip edilmemesi gerektiğini açıkça zikretmiştir. Bu çerçevede, geçmiş pazar davranışlarının veya benzer nitelikteki pazarlarda yaşanmış gelişmelerin mevcut yoğunlaşma işlemlerinin dinamikleri ile ne ölçüde örtüşür nitelikte olduğu hususunun dikkatlice incelenmesinin sakat olarak doğabilecek değerlendirmeleri engellemek için önemli olduğu düşünülmektedir.

- Pazar Payları ve İlgili Pazardaki Yoğunlaşma Oranları

Yeni Rehber'de sayılan delil tiplerinden üçüncüsü pazar payları ve ilgili pazardaki yoğunlaşma oranlarıdır. Yeni Rehber, yüksek pazar paylarının karinesel olarak pazar gücünü arttıracağını kabul etmektedir. Ancak ikna edici delillerle bunun aksinin ispatlanmasının önünde herhangi bir engel olmadığı da görülmektedir.

- Önemli Seviyede Başa Baş Rekabet

Bu bölüm altında yoğunlaşma tarafı teşebbüslerin birbirleri ile ciddi surette rekabet eden veya edebilecek olan teşebbüsler olup olmadığının inceleneceği belirtilmektedir.

- Yoğunlaşma Taraflarından Birinin Yıkıcı Faaliyetleri

Bu bölüm altında ortaya koyulan analizler çerçevesinde, incelemeye tabi tutulan yoğunlaşmanın pazarda beklenmedik davranışlar içerisinde (kapasite artışı, fiyat kırma yeni ürün ve teknoloji üretme gibi davranışlarla) bulunarak fiyat artışlarını ve/veya rekabet karşıtı hususları dengelemekte olan oyunbozan teşebbüsü (*maverick*) elimine etmesi durumunda, bu durumun müşterilere ne ölçüde yansıyacağının tespitinin yapılmasının önemi vurgulanmaktadır.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir başka husus ise Yeni Rehber'de yer alan delil kaynaklarıdır. Yeni Rehber üç temel delil kaynağı göstermektedir: (i) yoğunlaşmanın tarafları, (ii) müşteriler ve (iii) diğer sektör katılımcıları ve gözlemciler. Yoğunlaşma taraflarından elde edilecek deliller, pazardaki rekabetçi yapı ya da teşebbüslerin ticari faaliyetleri ve kararları

hakkında bilgi veren sair doküman, beyan veya veriden oluşabilmektedir. Müşterilerden elde edilecek bilgiler, özellikle müşterilerin fiyat artışlarına ve farklı ürün veya tedarikçilere nasıl tepki vereceğinin anlaşılması bakımından önemlidir. Ayrıca müşteriler, yeni oyuncunun pazara girişi gibi geçmiş olayların pazardaki etkilerine dair değerli bilgiler sağlayabilecektir. Bunların yanında, pazarda bulunan tedarikçiler, dolaylı müşteriler, distribütörler, diğer sektör katılımcıları ve sektör analistleri de pazarın genel işleyişine ışık tutan ve yoğunlaşmanın rekabet hukuku sonuçları hakkında yararlı olabilecek bilgiler sağlayabilecektirler.

2.3. Hedeflenen Müşteriler ve Fiyat Ayrımcılığı[40]

Yeni Rehber çerçevesinde hedeflenen müşteri ve fiyat ayrımcılığı kavramından anlaşılması gerekenin temel olarak yoğunlaşma sonrasında birleşen teşebbüsün kârlılık oranını fiyatları arttırmak suretiyle belirli bir kısım müşterilere yönelik rekabet karşıtı davranışlara girmek olduğu belirtilmektedir. Belirli tipteki müşteriler arasında ortaya çıkabilecek olan bu ayrımcılığın uygulanabilir olabilmesi için Yeni Rehber'de iki adet koşul öngörülmüştür. Bunlardan ilki farklılık gösteren fiyatlama iken (hedeflenen müşteri kesimine diğerlerinden farklı fiyat uygulama yeteneği) diğeri de kısıtlı arbitrajdır (hedeflenen müşterilerin ürünü diğer müşterilerden tedarik ederek fiyat artışlarını bertaraf edebilme yeteneği).

2.4. Pazar Tanımı

Yeni Rehber'in belki de en dikkat çekici noktalarından biri, yoğunlaşma işlemlerinde ilgili pazar kavramına yönelik atfedilen önemin ciddi surette azaltılmasıdır. Yeni Rehber'de ilgili pazar tanımının iki rol üstlenmiş olduğu belirtilmektedir. Birincisi, ilgili pazar kavramı rekabete aykırı eylemlerin hangi endüstrileri, ülkenin hangi bölgelerinde etkilediğini ortaya koymaktadır. İkincisi, bir ilgili pazar tanımlaması, yetkili makamların, bu pazardaki oyuncuların ve pazar paylarının tespit edilmesini sağlamaktadır. Bu çerçevede Yeni Rehber, ilgili pazar kavramı ile ilgili olarak aşağıdaki çıkarımlara varmaktadır:

- İlgili pazar tanımlaması yetkili makamlar açısından yoğunlaşma işleminin rekabeti ciddi surette azaltıp azaltmadığı yönündeki analizlerini yapmalarına yönelik bir araç olabilmekle birlikte, ilgili pazar tanımlaması tek başına bu tip bir analizi gerçekleştirebilecek bir metot değildir[41].

- İlgili pazar rekabet alanını tanımlamakta, pazar oyuncularının, pazar paylarının ve yoğunlaşma oranlarının teşhis edilmesinde fayda sağlamakta ve bu

[40] Yeni Rehber Sayfa 6 ve 7
[41] Yeni Rehber Sayfa 7

nedenle bir yoğunlaşma işleminin rekabetçi etkilerinin değerlendirilmesinde faydalı bir zemin oluşturmaktadır.

- Ancak yetkili makamlar, analizlerinin başlangıç noktası olarak ilgili pazar kavramını esas almak zorunda değildir.

- Her ne kadar müşterilere alternatif rekabetçi alanlar sağlama unsuru analizin bir noktasında gerekli olsa da, yetkili makamlar yoğunlaşma analizlerinde kullanabilecekleri belirli araçlarını pazar tanımını esas almadan da uygulayabilir.

Eski Rehber'de varsayımsal monopol testi, bütün ürünlere ilişkin bir fiyat artışına gitmenin kârlı olup olmayacağını sorgularken, Yeni Rehber bir ürüne ilişkin bir fiyat artışının kârlı olup olmadığını sormaktadır. Bu meseleyle doğrudan ilgili bir husus da Yeni Rehber'de "kritik kayıp analizi" (*critical loss analysis*) kavramına kuvvetli vurgu yapılmasıdır. Zira Yeni Rehber, yeterli veri bulunması durumunda iktisadi teknikler arasında yer alan kritik kayıp analizinin de uygulanabileceğini açıkça belirtmektedir[42]. Kritik kayıp analizinin pazar tanımlamasına doğrudan etkisi olacağı ve muhafazakâr (sıkı, esnek olmayan) uygulama alanı bulması durumunda daha dar pazar tanımlamalarına yol açabileceği ileri sürülebilecektir[43]. Zira kritik eşik ne kadar yüksek tutulursa ikame edilebilirlik eşiği o derece düşecek ve ilgili pazar daralacaktır.

Yeni Rehber, pazar tanımı sırasında ayrıca öngörülen kayıp analizini de (*predicted loss analysis*) dikkate almaktadır. Öngörülen kayıp analizi, varsayımsal monopol teşebbüsün uygulayacağı fiyat artışı neticesinde kaybetmesi beklenen birim satış sayısını bulmayı hedeflemektedir. Öngörülen kaybın kritik kayıptan daha az olduğu durumlarda fiyat artışının varsayımsal monopol teşebbüsün kârını arttırdığı kabul edilmektedir.

Pazar tanıma ilişkin bir diğer değişiklik ise SSNIP'nin yürütülmesine ilişkindir. Test, Eski Rehber'de satılan ürün veya hizmetlerin fiyatına uygulanırken, Yeni Rehber'de ilgili sektörün satılan ürün veya hizmetlere kattığı

[42] Kritik kayıp analizi temel olarak bir üründe meydana gelen fiyat artışından elde edilecek kâr ile ürüne yönelik fiyat artışı sonrasında ikame ürünlere yönelen müşterilerinin beraberinde getirdiği zararı incelemekte ve bu iki unsurun birbirini ne ölçüde dengelediği temelinde analizler yaparak ilgili pazar tanımına temel oluşturmaktadır. Kritik kayıp analizinin kullanımı ilk olarak aşağıdaki makalede öngörülmüş ve o günden günümüze ilgili metot birçok yoğunlaşma analizinde kullanılmıştır. Bkz. HARRIS B. C. ve J. J. SIMONS (1989), "Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?" *Research in Law and Economics,* sayı. 12, s.207-226 .

[43] Kritik kayıp analizinin bir eleştirisi için bkz. O'BRIEN, D. P. ve A. L. WICKELGREN (2003), "A Critical Analysis of Critical Loss Analysis", *Antitrust Law Journal*, http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp254.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

değere uygulanmaktadır[44]. SSNIP'in uygulanması esnasında uygulanacak olan kıyaslama fiyatı (*benchmark price*) farklı senaryolara göre belirlenmektedir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların değişmesinin beklenmediği senaryoya göre, yoğunlaşma öncesi fiyatlar kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların artmasının beklendiği (örneğin inovasyon veya yeni girişler ile) senaryoya göre gelecekte beklenen fiyatlar kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir. Yoğunlaşmanın olmadığı bir durumda pazardaki fiyatların azalmasının beklendiği senaryoya göre ise bu düşük fiyatlar yetkili makamlar tarafından kıyaslama fiyatı olarak kabul edilebilecektir.

Yeni Rehber ile coğrafi pazar tanımına ilişkin de bir değişiklik yapılmıştır. Eski Rehber'de coğrafi pazar tanımlaması yapılırken daha çok tedarikçinin bulunduğu yer göz önünde bulundurulurken, Yeni Rehber'de coğrafi pazarın hem tedarikçinin, hem de müşterinin bulunduğu yere göre tanımlanabileceği ifade edilmektedir[45]. Bu bakımından Yeni Rehber'in coğrafi pazar tanımlamasının yapılması esnasında Avrupa Toplulukları rekabet hukuku tarafından benimsenen tanıma yaklaştığı söylenebilmektedir. Gerçekten de İlgili Ürün Pazarı Tanımı Hakkındaki Komisyon Genelgesi'nin 13. Bölümü, coğrafi pazar tanımı sırasında etkili alternatif tedarikçilerin, müşterilerin bulunduğu yerlere göre değerlendirilmesini öngörmektedir[46].

Yeni Rehber, tedarikçi merkezli bir coğrafi pazarın tanımının söz konusu ürünlerin veya hizmetlerin satıldığı bölgeyi esas almaktadır. Bu şekilde tanımlanan coğrafi pazarlar, müşterilerin ürünleri veya hizmetleri tedarikçilerin bulunduğu yerlerden alması durumunda söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, müşterinin bulunduğu yer pazar tanımı esnasında değerlendirmeye katılmayacaktır. Yetkili makamlar, müşterilerin fiyat artışlarına verdiği coğrafik tepkileri ölçerken şu unsurlardan yararlanabilecektir: (i) müşterilerin geçmişte benzer değişikliklere farklı coğrafi bölgeler arasında ne şekilde cevap verdiği, (ii) ürünün nakliye masrafları ve karşılaşılabilecek zorluklar, (iii) tedarikçinin satış sonrası hizmet veya destek sağlayabilmesi için müşterinin yakınında bulunmasının gerekip gerekmediği, (iv) pazardaki satıcıların ticari kararlarını müşterilerin coğrafi bölgeyi değiştirme ihtimali üzerine temellendirip

[44] Yeni Rehber bu noktayı bir ürün için açık bir fiyat uygulanmadığı durumlarda, zımni bir fiyat türetmenin mümkün olabileceği şeklinde açıklamaktadır.

[45] Yeni Rehber coğrafi pazarın fiyat ayrımcılığı uygulanmayan durumlarda tedarikçi mevkii, fiyat ayrımcılığı uygulanan durumlarda ise müşteri mevkii bazında tanımlanmasını önermektedir.

[46] İlgili Genelge'ye http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:HTML adresinden ulaşılabilmektedir.

temellendirmediği, (v) başka bir bölgedeki tedarikçiye geçişte karşılaşılabilecek masraf ve gecikmeler ve (vi) alt pazar kaynaklı rekabet baskısı[47].

Varsayımsal monopol teşebbüsün müşterinin bulunduğu bölgeye dayalı olarak ayrımcılığa gidebileceği durumlarda yetkili makamlar, coğrafi pazarı hedef müşterinin bulunduğu bölge olarak esas alabilmektedir. Bu durum, tedarikçilerin ürün veya hizmetleri müşterinin bulunduğu bölgeye teslim etmesinin zorunlu olduğu hallerde gerçekleşecektir. Böyle bir halde tedarikçinin bulunduğu bölge, coğrafi pazar tanımı bakımından dikkate alınmayacaktır.

2.5. Pazar Yoğunlaşması

Yeni Rehber, yoğunlaşmanın ölçümünde, Eski Rehber'in benimsemiş olduğu HHI Endeksini kullanmaya devam etmekte ancak daha muhafazakâr (sıkı, zor, esnek olmayan) eşikler öngörmektedir[48]. Bilindiği üzere HHI Endeksi bireysel teşebbüslerin pazar paylarının karelerinin toplanmasıyla elde edilmektedir.

Yeni Rehber'e göre, yoğunlaşma sonrası HHI Endeksi 1500'den küçükse, ilgili pazar yoğunlaşmamış pazar olarak değerlendirilecek ve büyük bir olasılıkla herhangi bir rekabet hukuku kaygısı ortaya çıkmayacaktır. Bu rakam 1500–2500 arasında ise yoğunlaşmanın orta derecede (*moderately concentrated markets*) var olduğundan söz edilebilecektir. Eğer HHI Endeksi değeri 2500'den büyükse yüksek ölçüde yoğunlaşmanın varlığından bahsedilebilecektir. HHI Endeksi değerlerini ölçerken yetkili makamların aşağıdaki unsurları göz önüne alacağı da açıkça Yeni Rehber'de ortaya koyulmuştur[49]:

- HHI Endeksinde 100'den az artış olan yoğunlaşmaların rekabeti azaltıcı etkisi olmayacak ve bu nedenle daha detaylı bir analiz gerekmeyecektir.

- Yoğunlaşmamış pazarlardaki HHI Endeksindeki artışların rekabeti azaltıcı etkisi olmayacak ve bu nedenle daha detaylı bir analiz gerekmeyecektir.

- Orta derecede yoğunlaşmış piyasalarda 100 birimden fazla HHI Endeksi artışı çoğunlukla rekabeti azaltıcı etki yaratmakta, rekabet hukuku kaygılarını ortaya çıkarmakta ve tedbir alınmasını gerektirmektedir.

- Yüksek derecede yoğunlaşmış piyasalarda 100 birimden fazla 200 birimden az HHI Endeksi artışı çoğunlukla rekabeti azaltıcı etki yaratmakta, rekabet hukuku kaygılarını ortaya çıkarmakta ve tedbir alınmasını gerektirirken, 200 birimden fazla HHI Endeksi artışı pazar gücü elde edilmesine doğrudan karine teşkil edebilecektir.

[47] Yeni Rehber Bölüm 4.2.1.
[48] Eski Rehber'deki eşikler ve açıklamalar 2.2. bölümünden gözlemlenebilir.
[49] Bu hususlar Yeni Rehber'in 5.3. bölümünün 5. paragrafı ve devamında belirtilmektedir.

2.6. Pazara Giriş

Yeni Rehber'in pazara giriş kısmına yönelik olarak Eski Rehber'den çok ciddi bir surette farklılaşan bir unsur öne çıkmamaktadır. Diğer bir deyişle, Yeni Rehber'de, Eski Rehber'de olduğu gibi, yine pazara girişin bir işlemin rekabeti kısıtlayan etkilerini engelleyecek kadar "zamanında", "olası" ve "yeterli" olup olamayacağı üzerinde durulmaktadır. Bu noktada belki de önerilen en önemli değişikliğin Eski Rehber'de pazara yeni girişin "zamanında" varsayılacağı iki yıllık süreden vazgeçilmiş olması ve bunun yerine pazara girişin tüketicilere önemli bir zarar vermeyecek şekilde "hızlı" olması gerektiği unsuru olduğu belirtilebilir.

2.7. Etkinlikler

Yeni Rehber, Eski Rehber'de yer alan etkinlik anlayışını benimsemekte ve kavranabilir çerçevede oluşan yoğunlaşma etkinliklerinin, yoğunlaşmanın rekabet karşıtı etkilerini dengeleyebileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle Yeni Rehber etkinliklere yönelik olarak özü itibarıyla aynı kalmıştır. Ancak, Yeni Rehber etkinliklere, Eski Rehber'den biraz daha şüpheci yaklaşabileceğinin sinyallerini, rekabet hukukunun kurum içi operasyonel etkinliklerden ziyade önceliğini müşteriyi korumaya vererek rekabet sürecine fayda sağlaması gerektiği yönündeki ifadelerle vermektedir.

Her ne kadar etkinlik başlığı altında bir bölüme Yeni Rehber'de yer verilse de ve etkinlik kavramının da analize dahil edileceği aşikâr olsa da, uygulayıcının yorum hakkı saklı kalmak üzere, yukarı fiyatlama testi yoğunlaşma işlemlerinde etkinlik kavramını ve etkinliğin orta veya uzun vadedeki piyasayı rekabetçi bir yapıya itebilme ihtimalini de en baştan reddeder bir görünümdedir[50]. Bu da iktisadi analizlerin yoğunlaşma değerlendirmelerinde daha fazla rol oynamasına yönelik duyulan heves karşısında öncül veya ardıl yoğunlaşma analizlerinin başat şiarı olan etkinlik analizlerini kurban edebilmek anlamına gelebilecektir.

Zira, "etkinlik kriteri" ya da "verimlilik kriteri" olarak adlandırılan kritere göre; gerçekleştirilen yoğunlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmakla birlikte, maliyetlerin düşmesi, teşebbüslerin etkinliğinin artması, rekabet güçlerinin artması, kaynakların kullanımında etkinlik ve bunların sonucunda toplumsal refahın artması gibi bazı yararlar oluşturmakta ise etkinliğin/verimliliğin sağlanması söz konusu olmaktadır. Bu şekildeki bir etkinliğin olmaması halinde yasaklanacak olan yoğunlaşmalara, işlem

[50] Örneğin Shapiro ve Farrell'in önerdikleri "her yoğunlaşma başvurusu analizinde standart bir etkinlik varsayımı uygulanması" yönündeki (yazarların Frederick Warren-Boulton'a atfettikleri) karineye Yeni Rehber'de yer verilmemiştir. Bkz. Shapiro ve Farrell (2010)

sonrasında ortaya çıkacak olan etkinliklerin mevcut olması halinde izin verilebilmektedir. Diğer bir ifade ile değerlendirme aşamasında rekabeti sınırlayıcı etkiler de dâhil olmak üzere bütün etkilerle birlikte verimlilik/etkinlik kriteri de dikkate alınmakta ve bütün unsurların değerlendirilmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Burada yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkacak olan etkinliğin, rekabetin sınırlandırılmasının yarattığı olumsuz etkileri ortadan kaldırabilecek güçte olması gerekmektedir. Genel olarak, işlem sonucu oluşacak verimlilik/ etkinlik/yarar, işlem sonrasında rekabet düzeni üzerinde oluşacak zarardan daha fazla olmalıdır. Buna göre, bazen izin verilmemesi gereken bir yoğunlaşma işlemine, iktisadi etkinliği sağladığından izin verilebilmektedir. İktisadi etkinlik kısa veya uzun vadede sağlanacak olabilir[51, 52]. Dinamik etkinliğin (yahut bazı durumlarda maliyet etkinliğinin) sağlanması amacıyla belli rekabet kısıtlamalarına izin verildiğinde, bunun tüketici refahı üzerinde ilk anda yaratacağı etki olumsuz olabilir. Yine de, bu durumlarda da tüketicinin kısa vadedeki menfaatini korumak adına kısıtlamayı yasaklamak değil, söz konusu kısıtlamaya dinamik etkinliğin veya maliyet etkinliğinin sağlanması için gerekli olduğu ölçüde izin vermek gereklidir. Bu şartlar altında rekabet hukuku analizi yürütürken, kısıtlamanın ortaya konulan dinamik etkinliği veya maliyet etkinliğini sağlamak için gerekenden fazla olmamasına dikkat edilmesi, alınabilecek en yerinde tedbirdir.

Gerçekten de tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin uzun vadedeki menfaati adına feda edilmekte olduğundan emin olmanın tek yolu, ulaşılan yeni etkinlik düzeyinde faaliyet gösterilmeye başlandığında yaratılacak olan artı değerin, gelecekte bu yeni şartlar altında oluşacak rekabet tarafından tüketiciye yansıtılacağından emin olmaktır[53].

2.8. Kısmi Yoğunlaşma

Yeni Rehber, Eski Rehber'den farklı olarak, kısmi yoğunlaşmalara (mesela rakiplerden azınlık hisselerinin devralınması) ilişkin yeni bir bölümü ihtiva etmektedir[54]. Yeni Rehber, temel olarak kısmi yoğunlaşmaların üç şekilde rekabetin azaltılması sonucunu doğurabileceğini kabul etmektedir:

[51] GÜVEN, P. (2008) , *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.513

[52] İktisadi açıdan, zaman içerisinde ortaya çıkacak etkinlikten sağlanan yararın şimdiki değerinin (*present value*) hesaplanması, tıpkı zaman içerisinde oluşabilecek refah azalmalarının şimdiki değerinin hesaplanması gibi zamana bağlı olarak küçülen bir iskonto faktörüne tabi olabilecektir.

[53] GÜRKAYNAK, G**.** (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, s.79

[54] Yeni Rehber Bölüm 13

- Devralan teşebbüse hedef teşebbüsün rekabetçi davranışları üzerinde veto hakkı veya herhangi başka bir mekanizma bahşetmek suretiyle etki sahibi olmak,

- Devralan teşebbüsün hedef teşebbüste azınlık hissesi olması nedeniyle agresif rekabetten kaçınması sonucunu ortaya çıkarması,

- Devralan teşebbüse hedef şirketin rekabet hukuku açısından hassas bilgilerine erişimini sağlaması.

2.9. Monopson

Yeni Rehber, Eski Rehber'de yer alan kısa monopson tanımını daha fazla açmaya ve bu kavram üzerine tartışmaları zenginleştirmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede, Yeni Rehber, bir işlemin alıcı tarafta (*buying side*) pazar gücü yaratıp yaratmayacağını analiz etmektedir. Her ne kadar monopson temelindeki rekabet hukuku sıkıntılarının çok nadir görülen durumlar olduğu kabul edilecek olsa da, Yeni Rehber ilgili meseleye yönelik olarak teorik bir tartışmaya girmekte ve monopson gücüne yol açan yoğunlaşma işlemlerinin itiraza konu yoğunlaşma işlemlerinden olabileceği ihtimali üzerinde durulmaktadır.

3. TEK TARAFLI ETKİLER VE İŞBİRLİĞİ DOĞURUCU ETKİLER

Yeni Rehber'in tek taraflı etkiler ve işbirliği doğurucu etkiler kavramları üzerine oldukça zengin tartışmalara girdiği rahatlıkla ifade edilebilecektir. Özellikle tek taraflı etkiler kavramına yönelik tartışmaların, yukarıda da belirtiliği üzere, yoğunluklu bir şekilde Adalet Bakanlığı baş ekonomisti Carl Shapiro ve yine Fedaral Ticaret Komisyonu baş ekonomisti Joseph Farrell'in 15 Şubat 2010 tarihinde kaleme aldıkları "*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*" adlı makalesini temel aldığı düşünülmektedir.

3.1. Yeni Rehber'de Yer Alan Tek Taraflı Etkilere Yönelik Bölümün Değerlendirilmesi

Yeni Rehber'in, Eski Rehber'e kıyasla tek taraflı etkilere önemli düzeyde ağırlık verdiği görülmektedir. Tek taraflı etkiler konusunda Yeni Rehber'i Eski Rehber'den ayıran en önemli unsur tek taraflı etki analizini, "yukarı fiyatlama baskısı" (*upward pricing pressure*) kavramı aracılığıyla somut bir iktisadi yöntem ile ilişkilendirmesidir. Bunun yanında Yeni Rehber, sapma oranının tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirilmesinde oldukça bilgi verici olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan sapma oranının yüksek olması tek taraflı fiyat etkilerinin daha muhtemel olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Tek taraflı etkilerin bu şekilde ön plana çıkmasının Eski Rehber ile Yeni Rehber arasında geçen süredeki rekabet hukuku uygulamasından kaynaklandığı

söylenebilmektedir[55]. Shapiro, Eski Rehber öncesinde yetkili makamların genel olarak işbirliği doğurucu etkilere yoğunlaştığını belirtmekte, ancak özellikle son yıllarda rekabet hukuku soruşturmalarının büyük bir kısmının tek taraflı etkilerden kaynaklandığının da altını çizerek, Yeni Rehber'in bu bakımdan uygulamada meydana gelen bu ihtiyacı karşılamaya yönelik bir adım olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir[56]. Gerçekten de, Amerika Barolar Birliği Rekabet Hukuku bölümü 2008 yılında yetkili makamlara tavsiye niteliğinde yayınladığı *2008 Geçiş Raporu*'nda bu ihtiyaca yönelik olarak otoritelere "tek taraflı etkiler teorisini daha iyi anlamayı ve bu yöndeki uygulamayı geliştirmeyi" tavsiye etmiştir[57]. Bu bakımdan Yeni Rehber'in mevzuat anlamında ciddi bir ilerleme olduğu belirtilebilir.

3.1.1. Genel Olarak Tek Taraflı Etkiler

Bilindiği üzere, yatay yoğunlaşmalar bağlamında rekabetin azalması sonucu doğacak zararlı etkilerin, tek taraflı etkilerin yaratılması ya da yoğunlaşma sonrasında piyasadaki oyuncularının sayısının azalmasıyla koordinasyon tehlikesinin baş göstermesi gibi iki ayrı şekilde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir.

Eğer teşebbüsler birbiriyle rekabet eden iki farklı ikame malı üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle söz konusu mallardaki rekabet ortadan kalkacak ve yoğunlaşmadan sonra ortaya çıkan teşebbüs her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir. Bir başka deyişle, rekabetçi bir piyasada teşebbüsler birbirlerinin fiyatları üzerinde aşağı yönde baskı oluşturmaktadır ve bu nedenle bir teşebbüs satışlarını rakiplerine kaptırma olasılığı sebebiyle fiyatlarını rahatlıkla artıramamaktadır. Yatay bir yoğunlaşma sonucunda birleşen taraflar, en azından kendi aralarındaki fiyat baskısını ortadan kaldırmaktadırlar. Ortadan kalkan aşağı yönlü fiyat baskısının önemi birleşen tarafların pazar paylarının büyüklüğü ve birleşen ürünlerin birbirlerine yakınlık derecesi ile doğru orantılıdır. Böylece yoğunlaşma sonrasında rakipleri karşısında görece güçlü konuma gelen birleşmiş teşebbüs önemli satış kaybına uğramadan fiyatlarını arttırabilecek konuma ulaşabilecektir. Tanım olarak yoğunlaşma sonrası ortaya çıkan yeni teşebbüsün yapacağı fiyat artışları sonucunda oluşan duruma ve doğacak etkilere "tek taraflı etkiler" denilmektedir.

---

[55] Rekabet hukuku uygulamasında tek taraflı etkilerin yükselen önemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAKER, J. B. (2003), "Why Did the Antitrust Agencies Embrace Unilateral Effects?", *George Mason Law Review*, Sayı 31

[56] SHAPIRO, C. (2010), "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog To Fox In Forty Years", Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley, http://ssrn.com/abstract=1675210, Erişim Tarihi: 09.11.2010.

[57] Bkz. 2008 Geçiş Raporu, tavsiye 37. İlgili rapora http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2008/11-08/comments-obamabiden.pdf internet adresinden ulaşılabilmektedir.

Dolayısıyla, yoğunlaşma öncesinde piyasadaki aşağı yönlü fiyat baskısı sebebiyle fiyat artışına gidemeyen bir teşebbüs, yoğunlaşma işlemiyle rakip ürünün aşağı yönlü fiyat baskısını ortadan kaldırmış olacak ve tek taraflı olarak fiyat artışına gidebilecektir. Yoğunlaşma sonrası tek taraflı fiyat etkisinin şiddeti ortaya çıkan piyasa gücüyle doğru orantılıdır.

Yoğunlaşma oranı yüksek bir piyasada tek taraflı fiyat etkisi daha güçlü hissedileceği karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca farklılaşmış ürünler söz konusu olduğunda, birleşen ürünlerin birbirlerine ikame edilebilirlik derecesi arttıkça fiyat etkisi de o derece önemli olacaktır[58].

3.1.2. Yukarı Fiyatlama Baskısı – Sapma Oranı -Yeni Rehber'de Tek Taraflı Etkiler Kavramına İlişkin Getirilen Öneriler

Yeni Rehber'in yapısal anlamda ilgili pazar tanımına Eski Rehber'den daha az vurgu yaptığını belirtmiştik. Bu noktada, geleneksel "ilgili pazar testi" gerçekleştirilmeden bir yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerinin nasıl ortaya koyulabileceği sorusu akla gelmektedir. Yeni Rehber'in tek taraflı etkilere yönelik bölümü incelendiğinde, yine Carl Shapiro ve Joseph Farrell'in 15 Şubat 2010 tarihinde kaleme aldıkları "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition" adlı makalesinde ortaya koyulan yukarı fiyatlama baskısı analizinin (*upward pricing pressure analysis*) rekabetçi etki değerlendirmesinde göz önüne alınması gereken bir araç olması gerektiğine işaret eden önermeler olduğu gözlemlenmektedir.

Yukarı fiyatlama baskısı analizi kabaca aşağıdaki temellere dayanmaktadır:

- Yoğunlaşma öncesi birleşen teşebbüslerin herhangi biri tarafından yapılacak fiyat artışı satışlarda kayba yol açacak ve bu durumda söz konusu fiyat artışını ticari açıdan irrasyonel bir hale getirecektir.

- Yoğunlaşma öncesinde yapılacak fiyat artışında kaybedilebilecek satışlar yoğunlaşmanın diğer tarafına kayabilecektir.

- Yoğunlaşma sonrası, yoğunlaşma öncesinde yapılacak fiyat artışı sonrasında yoğunlaşmanın diğer tarafına kayacak kayıplar (satışlar) birleşen teşebbüs tarafından içselleştirilecek ve bu durumda yoğunlaşma sonrası ortaya çıkabilecek olası fiyat artışından doğacak kayıpları azaltacaktır.

[58] Ayrıntılı bilgi için bkz. KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Anti - Rekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar,* Rekabet Kurumu, Ankara., s.23 ve KALKAN, E. (2005), *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.7-23

- Toplam kayıplardaki bu azalma yoğunlaşma sonrasında fiyat yükseltmeye yönelik bir motivasyon sağlayacaktır.

Yukarı fiyatlama testi çerçevesinde yoğunlaşma işleminin tüketici refahını azaltıcı olacağı karinesi, yukarı fiyatlamanın yoğunlaşma sonrasında birim başına oluşacak olan artan maliyetlerdeki (*incremental cost*) azalmayı aşması ekseninde oluşacaktır. Bu nedenle birleşen taraflar yukarı fiyatlama baskısının artan giderlerdeki azalmayı dengeleyeceğini ispat etme külfeti altında olabileceklerdir. Bu durumda bir yoğunlaşma işleminin yetkili makamlar nezdinde itiraza uğrama ihtimali göz önüne alınarak, tarafları her yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinden önce yukarı fiyatlama testi yapmaya zorlayacaktır ki bu faaliyet pazar payı hesaplamasından çok daha zahmetli bir süreci beraberinde getirebilecektir. Testin artan maliyetlere odaklanması da belirli açılardan sıkıntı doğurabilecek niteliktedir. Yoğunlaşma etkinliklerinin genellikle sabit maliyetlerdeki azalmaları göz önüne almadığı, bu durumun genellikle kısa vadedeki fiyatlama kararlarında etkisi olmadığı gibi bir düşünce bulunsa da, bu yaklaşım ileri teknoloji içeren pazarlarda (mesela bilişim ve ilaç) yukarı fiyatlama baskısı testinin kullanıldığı durumlarda sıkıntı yaratabilecektir. Zira, bu pazarlarda sabit maliyet olarak değerlendirilebilecek araştırma geliştirme faaliyetlerine yapılan harcamaların astronomik büyüklükte olduğu ancak artan maliyetlerin ise nerdeyse sıfıra yaklaşan seviyelerde seyredebildiği açıktır. Bu nedenle kâr marjlarını bu tip pazarlarda pazarın rekabetçi yapısını tespit etmeye yarayan bir araç olarak kullanmak yerine bu pazarlarda maliyet analizinin sadece artan maliyetlere dayanarak değil de toplam maliyetlere dayanarak yapılması gerektiği hususuna vurgu yapmak yerinde olacaktır. Bu nedenle yukarı fiyatlama baskısı testinin uygulanmasında sabit maliyetleri analize katmamak özellikle bu tip pazarlarda teşebbüsler üzerine haksız sayılabilecek bir külfet yükleyebilecektir.

Yukarı fiyatlama baskısı testi yapısı gereği sapma oranı (*diversion ratio*) hesaplanması zaruretini de beraberinde getirmektedir ki bu belki de pazar tanımı altında gücü ölçmeye yarayan pazar payına erişimden çok daha külfetli bir durum ortaya çıkarabilecektir. Yeni Rehber, sapma oranının hesaplanmasında müşteri anketlerinden, kazanç/kayıp (*win/loss*) raporlarından, indirim yapmaya yönelik kurum içi izin süreçlerinden, tedarikçi değiştiren müşterilerden ve ilgili kişilerin ifadelerinden faydalanılabileceğini belirtmektedir[59].

Sapma oranı, herhangi bir ürünün fiyatında meydana gelen artış sonucu, söz konusu ürünün satışlarında meydana gelen kayıpların ne kadarının belli bir ürüne yöneldiğini göstermektedir. Pazardaki bütün markalar birbirine eşit

[59] Yeni Rehber Sayfa 20.

uzaklıktaysa, bir diğer ifade ile ilgili piyasadaki ürünlerin (pazar payları ötesinde) farklılaşmadığı söylenebiliyorsa, farklı markalar arasındaki pazar paylarının dağılımı sapma oranlarına göre gerçekleşecek ve böylelikle birleşmesi düşünülen markaların pazar payları üzerinde yoğunlaşılması makul hale gelecektir. Ancak sapma oranı, ürün homojenliğinin kalktığı, piyasadaki ürünlerden birinin fiyatındaki artış ile diğer ürünlere yönelen talebin oranının mevcut pazar payları oranına değil de ürünlerin yakınlıklarına göre belirlendiği durumları vurgulamak üzere, bu tür piyasalardaki değerlendirmelerde kullanılacak bir enstrüman olarak geliştirilmiştir. Bu nedenle farklılaşmış ürün yoğunlaşmalarında anahtar yaklaşım, rakibiyle birleşen teşebbüsün ürününün fiyatındaki artış sonucu, kaybolan satışlarının ne kadarının diğer teşebbüsün ürününün yükselen satışlarıyla telafi edileceği olup, bu durumun tersi de fiyat düşüşü için geçerlidir. Zira, Yeni Rehber sapma oranlarına dayanarak yapılacak analizlerin farklılaştırılmış ürünleri temel alması gerektiğini gerek 6.1. bölümünün başlığını "*Pricing of Differentiated Products*" olarak adlandırmasıyla gerekse de ilgili başlık altındaki ilk iki paragrafta açıkça ortaya koymaktadır[60]. Sapma oranları sadece ilgili ürünlerin fiyatları bakımından uygulama alanı bulmayıp, müşterilerin gerçekleştirdiği sapma, fiyat dışı etkenlere de bağlanabilmektedir. Örneğin bir ürünün kalitesinde meydana gelecek artış, müşterilerin o ürüne yönelmesine sebebiyet verebilecektir ve bu sapma oranı da fiyata bağlı sapma oranından farklı olabilecektir[61].

Sapma oranı analizi, rekabet halindeki iki ürünün sadece pazar paylarını kullanarak, satışlarında meydana gelen sapmaya ilişkin çıkarımlarda bulunma imkânı sağlamaktadır. Ancak bu teknik, özellikle büyük ölçüde ilgisiz alternatiflerin bağımsızlığı varsayımına dayanmakta olup oldukça kısıtlayıcı varsayımları da içerebilmektedir. Söz konusu varsayım, herhangi bir ürün ile bütün diğer ürünler arasındaki talebin çapraz esnekliğinin özdeş olduğunu ileri sürmektedir[62].

Yeni Rehber'de tek taraflı etkilerin açıklanması birbirleri ile doğrudan rekabet eden iki ürüne yönelik alımların iki ürün arasındaki sapabilirliği ile sapma görülen ürünün kâr marjını esas almaktadır[63]. Bu mantık çerçevesinde bir

[60] İlgili açıklamalar, Yeni Rehber'in 6.1 numaralı başlığının ilk iki paragrafının altında bulunmaktadır.
[61] Shapiro 2010
[62] BAL, Ö. (2004), *Ürün Farklılaştırması Stratejisi ve Rekabet İktisadı*, Rekabet Kurumu Ankara, s.56. Bu varsayım altında tekyönlü etkilerin hesaplanması için bir ilgili pazar tanımı veya tahmini, ürünlerin pazar paylarının oluşturulabilmesi için gerekecektir.
[63] Yeni Rehber temelinde diğer bir ürüne sapan satışlardan doğan kâr kaybı, sapan satış miktarının sapılan ürünün kâr marjıyla (yani birim fiyat ile marjinal maliyet arasındaki fark ile) çarpımına eşittir.

yoğunlaşma tarafının ürünlerine yönelik olarak diğer birleşen tarafın ürünlerini müşterilerin ne kadar tercih edip etmeyeceğine göre tek taraflı etkilerin seviyesi belirlenmektedir. Diğer bir deyişle devralan tarafın ürünleri ne kadar çok müşteri tarafından devreden tarafın ürünleri nezdinde ikinci tercih olarak görülmekteyse tek taraflı etkilerin ve bu çerçevede yukarı fiyatlama baskısının ortaya çıkma ihtimali o kadar yüksek olacaktır.

Yeni Rehber'in tek taraflı etkiler bakımından iki temel yenilik getirdiği söylenebilir: (i) pazar paylarına atfedilen değerin azalması ve (ii) sapmaya uğrayan satışların değeri. Gerçekten de Yeni Rehber sapma oranları ile pazar payları arasında herhangi bir bağlantı kurmamıştır. Her ne kadar pazar payları sapma oranlarının hesaplanması bakımından önemli bir veri olarak kabul edilse de yetkili makamlar normal olarak daha doğrudan delillere bakmaktadır. Bu bakımdan tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirmesinde pazarın yoğunlaşma seviyesi daha az önem arz edebilecektir. Zira yetkili makamlar tek taraflı etkilerin tespitinde HHI Endeksi seviyelerinden ziyade sapma oranlarını dikkate almaktadır[64]. Sapmaya uğrayan satışların değeri kavramı ise Yeni Rehber'de "ikinci ürüne yönelen satış hacmi rakamının artan maliyetle fiyat arasındaki marjın çarpılmasıyla elde edilen değer" olarak tanımlanmaktadır. Sapmaya uğrayan satış değeri özellikle, uygulanan fiyat artışı ile sapma yaşanan ürünün satışlarında meydana gelen düşüşü ölçebilmek açısında faydalı bir enstrümandır[65].

Yeni Rehber'in, Eski Rehber'de yer alan tarafların toplam pazar paylarının % 35 veya daha fazla olduğu yoğunlaşmaların tek taraflı etki yaratacağı varsayımına yer vermediği de önemle belirtilmesi gereken bir hususdur[66].

Son olarak, Yeni Rehber, yeterli veri bulunması durumunda yetkili makamların yoğunlaşmanın ortaya çıkarabileceği tek taraflı fiyat etkilerini ölçmek için ekonomik simülasyon modelleri de oluşturmaktadır[67]. Bu modeller genellikle yoğunlaşma tarafı olmayan teşebbüslerin bağımsız fiyat tepkilerini,

[64] Bkz. Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı 2006. Bu sonucun çıkarıldığı ilgili kısım şu şekildedir:
"*Indeed, market concentration may be unimportant under a unilateral effects theory of competitive harm. As discussed in more detail in Chapter 2's discussion of Unilateral Effects, the question in a unilateral effects analysis is whether the merged firm likely would exercise market power absent any coordinated response from rival market incumbents. The concentration of the remainder of the market often has little impact on the answer to that question"*

[65] Shapiro 2010

[66] Bu durum tek taraflı etkilerin değerlendirilmesinde bir pazar tanımına ihtiyaç duymayan yapının gereği normal karşılanmalıdır.

[67] İlgili açıklamalar Yeni Rehber'in 6.1 numaralı başlığının 7. paragrafında yer almaktadır.

yoğunlaşmaya özel olan etkinlikleri de içermektedir. Yetkili makamlar bu simülasyonları tek başlarına nihai delil olarak kabul etmemekte, sürekli olarak bu simülasyonların ciddi fiyat artışları öngörmesi durumunu daha fazla göz önünde bulundurmaktadır.

3.1.3. Tek Taraflı Etkilere Yönelik Diğer Bölümlerin Değerlendirilmesi

Yeni Rehber'de tek taraflı etkiler başlığı altında üç yeni bölüm önerilmektedir.

3.1.3.1. Müzayede ("Açık Arttırma" veya Mezat)[68]

İlgili bölüm temel olarak birleşen tarafların birbirleriyle ne kadar yakın rakip olduklarına odaklanmaktadır. Bu noktadan hareketle ilgili bölüm yoğunlaşma öncesi alıcıların ve birleşen tarafların birbirleriyle agresif rekabet etmeye zorlandıklarına, ancak yoğunlaşma sonrası (özellikle az oyunculu pazarlarda) bu durumun ortadan kalkabileceğine, ve bunun da birleşen tarafın alıcılara yönelik olarak tek taraflı rekabeti azaltan faaliyetlerde bulunabileceğine işaret etmektedir. Bu bölümün bağımsız bir şekilde Yeni Rehber'de önerilmesi aslında pazar tanımını öncelikli araç olarak kullanılması yaklaşımının da terk edilmesiyle tutarlılık arz etmektedir. Zira, ilgili bölümde vurgu yapılan birleşen tarafların birbirleriyle ne kadar yakın rakip oldukları hususu yukarı fiyatlama baskısının hesabında kullanılan sapma oranı kavramı ile örtüşen bir zemine sahiptir[69]. Bu anlamda Yeni Rehber'de, birbirlerini arka arkaya izleyen teşebbüslerin birleşmesi durumunda (*runner-up merging firms*) rekabete aykırı yukarı fiyatlandırma baskısının artacağı ifade edilmiştir. Bu ihtimal birbirlerini arka arkaya izleyen teşebbüslerin müşterilerinin taleplerini diğer tedarikçilerden daha iyi karşılaması durumunda daha da artacaktır. Bir örnek verilmesi gerekirse, ilgili ürün veya hizmetlerin açık arttırma usulüyle alındığı bir senaryoda en düşük iki teklifi veren iki teşebbüsün birleşmesi durumunda, yoğunlaşma taraflarından daha az etkin olan ile yoğunlaşmaya taraf olmayan en etkin (yani 3. en düşük teklifi veren) teşebbüsün maliyetleri arasındaki fark kadar bir fiyat artışı gerçekleşecektir[70].

3.1.3.2. Homojen Ürünler için Kapasite ve Çıktı[71]

İlgili başlık altında odaklanılan husus yoğunlaşma sonrası ortaya çıkan teşebbüsün tek taraflı olarak çıktı kısıtlama (*output suppression*) yoluyla fiyat yükseltmesinin kârlı olup olmayacağıdır. İlgili bölüm tek taraflı çıktı kısıtlama

[68] Yeni Rehber Sayfa 22

[69] Örneğin, birleşen firmaların fiyat sıralamasında 1. ve 2. sırada oldukları satışların toplam satışlarına oranı veya birleşen firmaların 1. ve 2. sıralamada olmaları olasılığı. Bkz. Kulaksızoğlu 2003, Bölüm 3 (Ek).

[70] Shapiro 2010.

[71] Yeni Rehber Sayfa 22

stratejisinin şu koşullarda kârlı olabileceğini önermektedir: (i) birleşen şirketin pazar payı görece yüksekse, (ii) birleşen teşebbüsün hâlihazırda -tek taraflı çıktı kısıtlamasından etkilenmeyecek fiyat seviyesinde - tahsis edilmiş olan çıktının payı görece düşükse, (iii) kısıtlanan çıktıdaki marj görece düşükse, (iv) rakiplerin bu tip bir davranışa tepkileri görece küçük kalabiliyorsa ve (v) talep elastikiyeti görece düşükse.

3.1.3.3. İnovasyon ve Ürün Farklılaştırması

Bu bölümde ortaya koyulan ana fikir ise –tahmin edilebileceği üzere– yoğunlaşma işlemlerinin yoğunlaşma taraflarının ürün geliştirme gayretlerine veya yeni ürün geliştirmeye yönelik teşviklerini azaltarak yenilikçi rekabete zarar verip vermeyeceği temelinde değerlendirmelerin de yoğunlaşma analizlerine dahil edilmesidir. Yeni Rehber'in bu bakımdan fiyat dışı rekabete daha çok yer vermekte olduğu belirtilmektedir.

3.2. İşbirliği Doğurucu Etkiler

Tek taraflı etkilerin yanı sıra, yatay yoğunlaşmaların teşebbüslerin kârı arttırmak amacıyla fiyat tespiti ve üretim kısılmasına yönelik açık ya da zımni anlaşmalar yapmalarıyla sonuçlanması da mümkündür ve bu davranışlar temel olarak "koordine edilmiş etkiler" kavramıyla açıklanmaktadır. Yeni Rehber uyarınca piyasadaki teşebbüslerin tamamının işbirliği doğurucu davranışlara katılması gerekmemekle birlikte, bu davranışların önemli bir zarar verebilmesi için pazarın esaslı bir kısmının söz konusu davranışlara açık olması gerekmektedir. Burada önemli olan işbirliği doğurucu davranışların içinde bulunan teşebbüslerin kolektif olarak ellerinde herhangi bir pazar gücünü bulundurmasıdır[72]. Koordine edilmiş (veya işbirliğine dayanan) etkiler daha ziyade homojen mal piyasalarında (ürün farklılaştırması olmayan) görülmektedir. Ürünlerin farklılaşmadığı yani homojen olduğu bu tür piyasalarda gizli veya açık bir şekilde işbirliği doğurucu etkilerin oluşmasının daha kolay olduğu gözlemlenmektedir.

Yeni Rehber işbirliği doğurucu etkiler kavramına ve bağımsız bir bölüm altında pazarların işbirliğine karşı korumasız olduğuna (*vulnerable to coordinated conduct*) dair delillerin neler olabileceğine yer vermektedir. Bu çerçevede, pazardaki geçmiş işbirliklerinin, rekabetçi unsurların şeffaf olmasının (ticaret yapma şartları dahil ancak bununla sınırlı olmamak üzere), ürün homojenliğinin, pazarda yapılan sözleşmelerin büyüklüğünün ve sıklığının, pazarda talebin esnek olmasının, alıcı büyüklüklerinin ve karakteristiklerinin pazarların işbirliğine açık olup olmadığının belirlenmesinde temel özellikler olduğu açıkça belirtilmiştir.

[72] Yeni Rehber Bölüm 7.2., paragraf 7

Bunların yanında Yeni Rehber'e göre, yetkili makamlar, işbirliğini net bir şekilde ortaya koyan spesifik unsurların yokluğunda bile şu şartların hepsinin beraber oluşması halinde söz konusu yoğunlaşma işlemine karşı çıkabilmektedir: (i) ilgili yoğunlaşma işleminin pazardaki yoğunlaşma oranlarını orta veya yüksek seviyeye çıkartacak olması, (ii) pazarların işbirliğine korumasız olduğuna dair emarelerin bulunması ve (iii) yetkili makamların yoğunlaşma işleminin bu korumasız durumu arttıracağı kanısına ulaşması[73]. Ayrıca işbirliği konusunda korumasız olan bir pazardaki oyunbozan teşebbüsü devre dışı bırakan yoğunlaşmaların da işbirliği doğurucu etkileri yaratabileceği kabul edilmektedir.

Yeni Rehber uyarınca ayrıca pazarda güçlü alıcıların olması durumu pazardaki fiyat artışlarını frenleyecek bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu durum özellikle güçlü alıcıların pazara girişleri veya dikey bütünleşmeleri teşvik edecek yetenekte olmasına bağlanmaktadır. Ancak burada önemli olan husus büyük alıcının tercihlerinin neler olduğu ve bu tercihlerin yoğunlaşma sonrası nasıl değişeceğidir.

SONUÇ

Yeni Rehber'in tamamına bakıldığında iktisadi analizin yoğunlaşma değerlendirmelerinde önemli bir rol oynayacağına yönelik olarak çok açık sinyaller gözlemlenmektedir. Zira, Yeni Rehber, Eski Rehber'e göre bu yaklaşımı güçlendirerek, geleneksel pazar tanımı analizi yerine farklılaştırılmış ürünler söz konusu olduğunda bu üründen hareket ederek birleşen teşebbüslerin ürünlerinin tüketiciler gözündeki tercih sıralamasını esas alan iktisadi bir modeli analiz aracı olarak önermektedir.

Her ne kadar, Yeni Rehber birden çok araç ve çok çeşitli olarak ortaya çıkabilecek güvenilir deliller temelinde yetkili makamların entegre ve esnek bir metodoloji eşliğinde bir işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucuna yol açıp açmayacağının tespitini yapması gerektiğine vurgu yapmaktaysa da, geleneksel pazar tanımı temelindeki analizle yukarı fiyatlama baskısı testi arasında tercih edilebilirlik ibresini yukarı fiyatlama baskısı testinden yana kullanmakta ve ilgili pazar tanımının yetersiz veya gereksiz olabileceği önermesini getirmektedir.

Bu nedenle yukarı fiyatlama baskısı testine yönelik belirli ampirik çıkarımlarda bulunmak ve notlar düşmek Yeni Rehber'in de özüne ilişkin getirilebilecek eleştirilerin belkemiğini oluşturacaktır.

[73] Yeni Rehber Bölüm 7.1.

Yukarıda 3.1.2 bölümü altında da belirtildiği üzere bu önerme ekseninde bir yoğunlaşma tarafının ürünlerine yönelik olarak diğer birleşen tarafın ürünlerini müşterilerin ne kadar tercih edip etmeyeceğine göre tek taraflı etkilerin seviyesi belirlenmektedir. Diğer bir deyişle devralan tarafın ürünleri ne kadar çok müşteri tarafından devreden tarafın ürünleri nezdinde ikinci tercih olarak görülmekteyse tek taraflı etkilerin ve bu çerçevede yukarı fiyatlama baskısının ortaya çıkma ihtimali o kadar yüksek olacaktır[74].

Yukarı fiyatlama baskısı testinden kaba bir prensip çıkarılması gerekirse bu prensip birbirlerinin en yakın rakibi olan teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işleminin bir ilk varsayım olarak rekabet karşıtı olabileceğidir. Bu varsayım yoğunlaşma sonrasında pazarda yer alan oyuncular arasında koordinasyon riskinin artması beklenmiyor olsa bile geçerliliğini koruyacaktır.

Yukarı fiyatlama baskısı testinin mahkemeler tarafından nasıl göz önüne alınacağı ve ne ağırlıkta kullanılacağı ancak bir süre sonra kestirilebilecek olmakla beraber, yukarı fiyatlama testinin ABD mahkemeleri nezdindeki ilk sınavının başarılı geçmediğinin haberi şimdiden verilebilecektir. Zira, 11 Mayıs 2010 tarihinde New York City Mahkemesi davacının yukarı fiyatlama testini kullanmasını açıkça reddetmiştir. Mahkemenin bu kararı vermesinde ise iki önemli unsurun rol oynadığı gözlemlenmiştir: Bunlardan ilki yasa açısından davacının davasını ileri sürerken iddiasını "*Yoğunlaşma işlemi sonrasında rekabetin belirli bir ilgili ürün pazarında kısıtlandığı*" temeline dayandırması gerekliliği iken, ikincisi ise şu ana kadar hiçbir federal mahkemenin yukarı fiyatlama testini uygulamadığı hususudur[75].

---

[74] Rehberde öngörülen yöntemlerin önemi saklı kalmak kaydıyla pratikte önem arz eden husus, uygulayıcı kurumların uygulamada benimseyecekleri yaklaşımdır. Örneğin, Yeni Rehber'in yoğunlaşma işlemlerine uygulanmasının bir yöntemi, iki aşamalı bir değerlendirme süreci olabilir. Rekabet otoritesi ilk aşamada sadece yukarı fiyatlama baskısı temelinde bir ön-elemede bulunarak, yukarı fiyatlama baskısının önemli bir düzeyde görünmediği yoğunlaşmalara hemen izin verip, sadece yukarı fiyatlama baskısının önemli bir düzeyde göründüğü işlemlerde ikinci aşamayı başlatarak taraflardan etkinlik savunması isteme yoluna gidebilir. Bu iki aşamalı değerlendirme yönteminin bir sonucu olarak, birleşen taraflar arasındaki sinerjilerin (maliyet tasarruflarının) taraflar arasındaki talep örtüşmesi ile doğru orantılı olduğu durumlarda (örneğin yoğunlaşmaya aday iki şirketten her birinin, benzer talepleri karşılamak üzere birbirinin benzeri yatırımlar planlamakta olmaları sonucu iki şirket arasındaki toplam planlanan yatırımının toplumsal optimumu aşacağı durumlar), toplam refaha katkısı en az düzeydeki yoğunlaşmalar kolayca izin alabildiklerihalde, toplam refaha katkısı en üst düzeyde olabilecek yoğunlaşmalar uzun ve masraflı bir inceleme ve savunma sürecine tâbi olabileceklerdir. Bu tezin ayrıntılı bir sunumu için bkz. DALKIR, S. (1995), *Competition and Efficiency in the U.S. Managed Healthcare Industry*, Doktora Tezi, Cornell Üniversitesi.

[75] *City of New York v. Group Health Inc., et al.*, No. 06 Civ. 13122 (RJS) (Memo and Order filed May 11, 2010). Örneğin bkz. FORNATARO, M.T. ve A.N. LERNER (2010), "City of New York v. Group Health Inc., et al. 06-cv-13122 (S.D.N.Y. May 11, 2010)", Martindale.com Legal

KAYNAKÇA

BAKER, J. B. (2003), "Why Did the Antitrust Agencies Embrace Unilateral Effects?"*, George Mason Law Review*, Sayı 31

BAKER, J. B. ve C. SHAPIRO (2007), "Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement", Competition Policy Center, Institute of Business and Economic Research, UC Berkeley, http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

BAL, Ö. (2004), *Ürün Farklılaştırması Stratejisi ve Rekabet İktisadı*, Rekabet Kurumu, Ankara

CARSTENSEN, P. C. (2010), "Horizontal Merger Guidelines: The Omitted Dimension of Buyer Power Comments Submitted to the FTC and DOJ", *Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series,* Paper No. 1104

CUSACK J. T., L. E. BRYANT JR. ve S. S. SHONDER. (2007) "A Dose of Bad Medicine: The Federal Trade Commission's Attempt to Break Up Evanston Northwestern Healthcare", Drinker Biddle&Reath LLP, Bilgi Notu http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/4a1a3b00-3d49-4b0c-91cf-00ca23c8f2d6/Presentation/PublicationAttachment/c3f792a7-c866-4c5e-bfd5-04e421c11278/ADoseOfBadMedicine.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

DALKIR, S. (1995), *Competition and Efficiency in the U.S. Managed Healthcare Industry*, Doktora Tezi, Cornell Üniversitesi

DALKIR S. ve F. WARREN-BOULTON, "Market Definition and the Price Effects of Mergers: Staples-Office Depot (1997)", KWOKA J. E. ve L. J. WHITE (editörler) (2008) *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Fifth Edition, Oxford University Press içerisinde.

FARRELL J., P.A. PAUTLER ve M. G. VITA (2009) "Economics at the FTC: Retrospective Merger Analysis with a Focus on Hospitals," *Review of Industrial Organization*, Cilt 35, Sayı 4

FEDERAL TİCARET KOMİSYONU VE ADALET BAKANLIĞI (2006), *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm, Erişim Tarihi: 09.11.2010

Library, http://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article_Crowell-Moring-LLP_1139606.htm, Erişim Tarihi: 06.12.2010. MICRA, Inc., bu davada *City of New York* tarafından danışman iktisatçı olarak görevlendirilmiştir.

FORNATARO, M.T. ve A.N. LERNER (2010), "City of New York v. Group Health Inc., et al. 06-cv-13122 (S.D.N.Y. May 11, 2010)", Martindale.com Legal Library, http://www.martindale.com/antitrust-trade-regulation-law/article Crowell-Moring-LLP_1139606.htm, Erişim Tarihi: 06.12.2010.

GÜRKAYNAK G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara

GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları

HARRIS B. C. ve J. J. SIMONS (1989), "Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?" *Research in Law and Economics*, sayı. 12

KALKAN E. (2005), *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara

KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Anti - rekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar*, Rekabet Kurumu, Ankara

MORSE M. H., B. C. KEVIN, R. W. MCCANN, L. E. BRYANT, JR. (2007) "Federal Trade Commission Finds Evanston Northwestern Healthcare Merger Unlawful but Orders "Separate and Independent Negotiating Teams" Rather Than Divestiture", Drinker Biddle & Reath LLP, Bilgi Notu, http://www.drinkerbiddle.com/files/Publication/2be7d509-61f4-4745-9bd6-28ec6366c168/Presentation/PublicationAttachment/d68f52b8-6ac2-437d-bdef-01281b45dc61/Federal_Trade.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

O'BRIEN, D. P. ve A. L. WICKELGREN (2003), "A Critical Analysis of Critical Loss Analysis", *Antitrust Law Journal*, http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp254.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

ORDOVER, J. A. ve R. D., WILLIG (1993) "Economics and the 1992 Merger Guidelines: A Brief Survey", *Review Of Industrial Organization* Cilt 8, Sayı 2

SELÇUK, İ. (2003), *AB ve ABD'deki Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması*, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SHAPIRO, C. ve J. FARRELL (2010) "Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition" *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, sayı 1, http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010

SHAPIRO, C. (2010), "The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog To Fox In Forty Years", Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley, http://ssrn.com/abstract=1675210, Erişim Tarihi: 09.11.2010

WERDEN, G. J. ve L. M., FROEB (1994) "The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy", *Oxford Journals, Journal of Law, Economics, and Organization*, Cilt 10, Sayı 2Pp

WERDEN, G. J. (2003), "The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm", *Antitrust Law Journal*, Sayı 71

Rekabet Kurulu Kararları

- 15.07.2009 tarih ve 09-33/744-180 sayılı *Akşehir - Dialysis* Kararı
- 19.8.2009 tarih ve 09-36/912-220 sayılı *Lanxess-Gwalior* Kararı
- 20.12.2005 tarih ve 05-86/1187-339 sayılı *Çimsa-Modern Çimento* Kararı

ABD Rekabet Hukuku Kararları

- *FTC v. Staples, Inc. And Office Depot, Inc*., No. 1:97CV00701 (1997)
- *City of New York v. Group Health Inc., et al.*, No. 06 Civ. 13122 (RJS) (11 Mayıs 2010)