

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Tuncay SONGÖR

Rekabet Kurumu II. Başkanı

Prof. Dr. İbrahim UZMAY

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

I. OTURUM

Doç. Dr. Ateş AKINCI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

ABD VE AT'DEKİ SON GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK REKABET
HUKUKU UYGULAMASININ GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

ABD VE KARTEL HUKUKLARINDA
"PİŞMANLIK PROGRAMLARI" VE
TÜRK REKABET HUKUKU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Spencer Weber WALLER

Loyola Üniversitesi Chicago Hukuk Fakültesi

REKABET HUKUKUNDA KAMU-ÖZEL ORTAKLIKLARI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

REKABET HUKUKUNDA İSPAT YÜKÜ

II. OTURUM

Doç. Dr. İzak ATİYAS (Sabancı Üniversitesi Öğretim Üyesi) ve

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

"UYUMLU EYLEM KARİNESİ" ÜZERİNE HUKUKİ VE
EKONOMİK ÇÖZÜMLEMELER

Av. Mehmet GÜN, Av. Neşe TAŞDEMİR ve Av. E. Sevi BOZOĞLU
İLAÇ PİYASASINDA VERİ KORUMASI VE

REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Oğuzkan GÜZEL

Rekabet Uzmanı

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA
YARGININ ROLÜ; ONBİR YILLIK DENEYİMİN SONUÇLARI

SORU ve CEVAPLAR

Prof. Dr. Ünal TEKİNÂLP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

DEĞERLENDİRMELER

“UYUMLU EYLEM KARİNESİ” ÜZERİNE HUKUKİ VE EKONOMİK ÇÖZÜMLELER

Doç. Dr. İzak ATİYAS (*Sabancı Üniversitesi Öğretim Üyesi*) ve

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

1. GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı Rekabeti Korunması Hakkındaki Kanun'un (RKHK) 4 maddesinde sözü edilen karine hükmünü tartışmaktır. Söz konusu maddede, “...rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan anlaşma ve uyumlu eylemler” yasaklanmaktadır. Bu çalışmanın konusu olan karine hükmü ise şöyledir:

“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Karine hükmü çeşitli biçimlerde yorumlanabilir. Bu çalışmada özellikle karine hükmünün Rekabet Kurulu'nun son birkaç kararında kullanılma biçimi ve bunun dayandığı yorum üzerinde durulacaktır.¹⁰⁷ Bu yorum ve kullanılma biçimi yenidir. Çok özet bir biçimde ifade edecek olursak, daha önceki kurul kararlarında firmalar arası paralel davranış ve özellikle paralel fiyat artışının varlığı, tek başına uyumlu eylemin karinesi olarak ele alınmamış, sadece paralel fiyat artışları deliline dayanılarak RKHK'nun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmamıştır. Bu yakın tarihli kararlara gelinceye kadar, dördüncü maddenin uyumlu eylem yolu ile ihlal edildiği sonucuna varılan her Kurul kararında, paralellığe ek olarak bir teşebbüsler arası irtibat delili bulunmuştur.

Oysa Rekabet Kurulu'nun son dönemlerdeki iki kararında firmaların belirli dönemlerde paralel davranış göstermiş olmalarının uyumlu eyleme karine teşkil ettiği sonucuna varılmış, böylece ilgili her bir teşebbüsün ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunmadığını ispat etmesi istenmiştir.

Karinenin anılan yorumunda kullanılan mantık aşağı yukarı şöyledir:

1. 4.maddede karinenin kullanılması için öngörülen söz konusu paralellığın “rekabetin engellendiği piyasalara benzerlik göstermesi” şartı (buna “benzeme şartı” denebilir) genellikle hafif bir biçimde kullanılır. Örneğin sözkonusu olan paralel fiyat artışları ise, bunların maliyet ve enflasyonun üzerinde olması, bu hareketlerin rekabetin engellendiği piyasadakilere benzediğini öne sürmek için yeterli sayılır.
2. Dolayısıyla bu tür paralel hareketler uyumlu eylem karinesi teşkil eder.
3. Bu durumda söz konusu paralellığın uyumlu eylem dışında ekonomik ve rasyonel gerekçeleri olduğunu göstermek teşebbüslere düşmektedir.

Bu çalışmada, bu mantığın geçerli olduğu muhakeme biçimine “uyumlu eylem karinesinin çıplak bir biçimde kullanılması” adı verilecektir. Bu çalışmada karinenin çıplak bir biçimde kullanıldığı Kurul kararı ayrıntılı bir biçimde tartışılmayacak, daha genel olarak karine hükmünün bu ve benzeri yorumu

¹⁰⁷ 05-60/896-241 numaralı 23.9.2005 tarihli maya kararı ve 05-05/42-17 numaralı ve 13.1.2005 tarihli çimento kararı.

hakkında ekonomik ve hukukî bir analiz yapılacaktır. Burada bu analizin ana başlıklarını özetlemek ve sınırlarını çizmek yararlı olacaktır.

Uyumlu eylem tartışmalarında karine mantığı, rekabet otoritelerinin, oligopolistik piyasalarda uyumlu eylem yoluyla rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmaları için ne tür deliller ortaya koymaları gerektiği bağlamında ortaya çıkmaktadır. İleride ayrıntılı bir biçimde gösterileceği gibi, gerek Avrupa Birliği gerek ABD’de antitröst uygulamasında uyumlu eylem yolu ile rekabet ihlalinin olduğu sonucuna varmak için fiyat paralellliği dışında bazı deliller aranmaktadır. Örneğin, firmalar arasında çeşitli iletişim ve irtibat biçimleri, uyumlu eylemin varlığı hakkında yeterli delil olarak ele alınabilmektedir.

Öte yandan konuya ekonomi teorisi açısından bakılacak olunursa, en azından bir yoruma göre denebilir ki, oyun teorisi, şirketlerin, aralarında herhangi bir doğrudan irtibat olmadan, kolektif piyasa gücü uygulayabildiklerini göstermiştir. Yani, bu yaklaşım içinde piyasada (hatta) tekel fiyatlarının oluşması için bile firmaların birbirleri ile doğrudan irtibat içinde olmalarına gerek yoktur. Kuşkusuz, hele ki rekabet hukukunun esas amacının tüketici veya toplum refahı korumak olduğuna inanılırsa, bu tespit, antitröst uygulamasında bir açmaza işaret etmektedir: Bu tespit ışığında, nerdeyse, rekabet ihlali sonucuna varılması için irtibat delili ortaya konması gerekliliği, kartellere karşı savaşta rekabet otoritelerinin ellerini kollarını bağlayan bir zincir durumuna düştüğü düşünülebilir. Öte yandan yine açıktır ki, ve bu çalışmada ileride gösterileceği gibi, bu gözlemler, rekabet otoritelerini, karine mantığını çıplak bir biçimde kullanmaya itmemiştir. Bu da başlı başına bir çelişki gibi durmaktadır.

Uluslar arası antitröst uygulaması açısından bakıldığında Türkiye’de RKHK’ndaki karine hükmü bir yeniliktir ve yukarıda özetlenen bağlam bu yeniliğin niye ortaya çıkarılmış olduğu hakkında da açık bir fikir vermektedir: belli ki yasayı hazırlayanlar yukarıda sözü edilen zincirleri bir miktar kırmak istemiştir. Türkiye bilgelik yüklü bir cesaret içinde mi davranmıştır yoksa eksik tecrübenin verdiği bir yanılsama içinde uluslar arası düzeyde henüz çözülememiş olan bir açmazı kolayca çözebileceğini mi zannetmiştir?

Meseleyi daha genel bir şekilde ortaya koyacak olursak şu sorular sorulabilir: Karine gibi bir hükmün fayda ve zararlarını görmek için ne tür etkenleri göz önünde bulundurmak gereklidir? Karine hükmünün faydalı olabilmesi için yerine getirilmesi gereken bazı ön şartlar var mıdır? Karinenin çıplak bir biçimde kullanılması doğru kararlar ile sonuçlanabilir mi? Kanunda yer aldığı şekli ile karine hükmü antitröst uygulamasında sık sık hatalara yol açabilir mi?

Bu makalede bu soruların tümüne cevap verilmeyecektir. Bizce bu tür sorulara cevap verebilmek, bu konudaki tartışmayı anlamlı kılabilmek ve tartışmayı kolaylaştırmak için önce etraflıca ve konunun ekonomik yönüne yani oligopolistik piyasaların özelliklerine ağırlık veren bir analitik çerçeve ortaya koymak, bu çerçevenin hukuk temelli bir tartışma için ne anlama geldiği hakkında çıkarsamada bulunmak lazımdır. Bu çalışmanın birinci hedefi böyle bir çerçevenin ilk taslağını ortaya koymaktır.

Öte yandan Türkiye’de, en son kurul kararlarında ifadesini bulan karinenin çıplak kullanılma biçiminin Avrupa Birliği uygulamasından çok sapmadığı şeklinde bir inanış da var gibidir. Biz aynı fikirde değiliz. Dolayısıyla, bu makalenin ikinci amacı, karinenin çıplak bir biçimde uygulanmasının Avrupa Birliği, ABD ve hatta genel olarak uluslar arası deneyime ters düştüğünü ortaya koymaktır. Bunu yaparken, uluslar arası uygulama ile daha önce ortaya konmuş olan analitik çerçeve arasındaki mantıksal ilişki mümkün olduğu kadar açık bir biçimde ortaya konulacaktır.

Kuşkusuz yukarıdaki sorulara cevap verebilmek için bu makalede ortaya konulan amaçlar yeterli değildir. İleride de anlaşılacağı gibi bu sorulara cevap verebilmek için, karine tipinde hükümlerin çeşitli piyasa durumlarında ne tür fayda ve maliyetle yol açabileceğini, oligopolistik piyasalarda piyasa gücü sorununu çözebilmek için rekabet otoritelerinin başka ne tür araçlar kullanabileceği hakkında daha ayrıntılı bir tartışma yapmak gerekmektedir. Bu çalışma bir yerde böyle bir tartışmaya faydalı bir zemin hazırlamaya çalışmaktadır.

2. OLİGOPOL PİYASALARA EKONOMİK BAKIŞ

Bu bölümde oligopolistik piyasalarda teşebbüs davranışları ele alınacak, oyun teorisi kavramları ışığında bu tür piyasalarda ortaya çıkan piyasa sonuçları toplumsal refah açısından irdelenecek, farklı piyasa sonuçlarının rekabet hukuku açısından nasıl değerlendirilebilecekleri konusunda görüşler öne sürülecektir.

2.1. Refah Kıstası

Her ne kadar rekabet hukukunun ana hedefinin ne olduğu hakkında açık bir konsensüs var gibi gözükme de (Bkz. Gürkaynak ...) herhangi bir piyasanın ekonomik açıdan irdelenmesinde temel değerlendirme kıstasının yani toplumsal refah ölçütünün ne olması gerektiği konusunda oldukça yaygın bir konsensüsün varlığından söz edilebilir: Bu kıstas, ya tüketici artığıdır ya da toplam artıktır (yani tüketici artığı artı üretici artığı). Bu çalışmada, piyasa sonuçları veya rekabet politikasının piyasa sonuçları üzerindeki muhtemel etkisi değerlendirilirken, bu toplumsal refah ölçütü kullanılacaktır. Tüketici artığı ile toplam artık her

değerlendirmede aynı sonucu vermemektedir ancak bu çalışmanın amaçları açısından aradaki farkların önemsiz olduğu söylenebilir.

2.2. Bağımsız Davranma ve Nash Dengesi: Tek Sefer Oyun

Sanayi ekonomisi alanında gizli veya zımnî anlaşıklık (“tacit collusion”) diye adlandırılan olguyu irdelemek için önce basit oligopol modellerini gözden geçirmekte yarar vardır. İki temel oligopol modeli vardır: Cournot ve Bertrand oligopol modelleri. İkisi de az sayıda teşebbüsün arasındaki etkileşimi inceler. Bunların arasındaki fark, teşebbüslerin hangi değişkenleri seçerek rekabet ettiklerine ilişkin varsayımdır. Eğer aynı şeyi oyun teorisi kavramlarıyla belirtecek olursak: Cournot modelinde oyuncuların strateji kümesi üretim miktarlarından, Bertrand modelinde ise fiyatlardan oluşur. Cournot modelinde teşebbüslerin üretim miktarını belirledikleri, tüm üretim miktarları belirlenince fiyatın da üretim ile talebi eşitleyecek düzeyde oluşacağı varsayılır. Bertrand modelinde ise teşebbüslerin fiyatları belirledikleri, bu sefer üretim miktarlarının belirlenen fiyatta oluşan talebi tam olarak karşılayacak kadar gerçekleşeceği varsayılır. Her iki yaklaşımda da teşebbüslerin etkileşiminden nasıl bir sonuç çıkacağı sorusuna verilen cevap “Nash Dengesi”dir. Oyun teorisinin en temel çözüm kavramlarından biri olan Nash Dengesinin tanımı şudur: Diğer oyuncuların stratejileri verili iken, her oyuncunun stratejisinin diğerlerine “en iyi cevap” olduğu strateji kombinasyonu.¹⁰⁸ Yani Nash dengesinde oyuncular öyle stratejiler seçmiş olurlar ki, diğer oyuncuların seçimleri verili iken, hiçbir oyuncunun başka bir strateji seçme dürtüsü yoktur, başka bir strateji seçerek kazanımın arttırması mümkün değildir. Örneğin Cournot-Nash dengesinde ikinci oyuncunun denge üretim miktarı verili iken, birinci oyuncu denge üretim miktarından herhangi başka bir üretim miktarı seçerek kazanımını arttıramaz, denge üretim miktarı en yüksek kazanımı verir.

Nash çözüm veya denge kavramı, teşebbüslerin birbirinden bağımsız davrandığı varsayımına dayanır. Oyun teorisi terminolojisine göre, Nash dengesi “işbirliği içermeyen” (non-cooperative) bir çözüm kavramıdır. Nash dengesinde her teşebbüs diğerinden bağımsız olarak kendi kârını maksimize eder; daha doğrusu stratejik değişken ne ise (Cournot modelinde üretim miktarı, Bertrand modelinde fiyat) onun muhtemel değerleri arasından, diğer oyuncuların Nash-denge seçimleri verili iken, kendi kazanımını maksimize edecek değerini seçer. Buradaki “bağımsız” deyimini iyi anlamak lazımdır. Bağımsız demek, her şirketin,

¹⁰⁸ “Strateji profili” demek daha doğru olurdu. Yani her bir oyuncunun seçtiği stratejilerden oluşan küme. Örneğin oyun Cournot modeli ise ve iki oyuncu varsa birinci oyuncunun üretim miktarı ve ikinci oyuncunun üretim miktarından oluşan küme.

diğer teşebbüslerin denge stratejisi verili iken, kendi stratejisini optimal seçmesi demektir. Teşebbüsler bağımsız davrandığı halde, Nash denge kavramı yine de teşebbüsler arasında ciddi bir koordinasyon içerir: nerdeyse her şirket, diğer teşebbüslerin Nash denge stratejilerini seçeceklerini bilir gibidir. Bu bir varsayımdır ve Nash denge kavramının çok temel bir varsayımdır. Standart oligopol teorisi, teşebbüslerin Nash dengelerini nasıl buldukları konusunda bir ipucu vermez. Bu modellerde oyuncuların zihin süreçleri irdelenmez, inceleme konusu yapılmaz. Bir modelde Nash dengesi var ise, oyuncuların onu oynayacağı varsayılır. Bu anlamda Nash denge kavramı ciddi bir koordinasyon içerir.

Yine de Nash denge kavramının neden güçlü bir kavram olduğunu anlayalım. Oyunun muhtemel sonuçları arasında¹⁰⁹ Nash denge sonucunun dışındaki her muhtemel sonuçta oyunculardan en azından biri, diğer oyuncunun stratejisi verili iken, stratejisini değiştirerek daha fazla kazanım elde edebilir. Yani Nash denge dışındaki herhangi bir muhtemel sonuçta oyunculardan en azından biri optimal davranmıyor gibidir (diğerinin seçimine en iyi yanıt vermemektedir). Sadece Nash dengesinde her iki oyuncu da (diğerinin seçimi verili iken) en iyi yanıt anlamında optimal davranmaktadır.

Herhangi bir homojen ürün piyasasını ele alalım. Tam rekabetin olduğu (yani tüm firmaların fiyatları veri aldığı ve uzun dönemde giriş çıkışların serbest ve maliyetsiz olduğu) durumda bu piyasada fiyatlar marjinal maliyetlere eşit olur. Uzun dönemde ekonomik kâr sıfırdır. Eğer piyasa oligopolistik ise ve Cournot rekabeti var ise denge fiyatı marjinal maliyetin üzerindedir ve teşebbüslerin kârları sıfırdan büyüktür. Cournot modelinde denge fiyatlar ayrıca aynı talep fonksiyonunun olduğu fakat bir tek firmanın mal sattığı tekel piyasasında oluşacak fiyatın da altındadır.

Buna karşılık, Bertrand modelinin dengesinde belirli şartlar altında fiyatlar marjinal maliyetlere eşit olur yani teşebbüsler sıfır kâr elde ederler. Yani bir anlamda Bertrand modeli Cournot modeline göre daha keskin rekabet içerir.¹¹⁰

2.3. İşbirliği

Fakat, yukarıda anlatılan oyunlarda hem fiyat hem kâr, teşebbüslerin işbirliği yapması halinde elde edebilecekleri kârın altındadır. Burada kullanılan “işbirliği” lafi aslında çok genel bir kavramdır. Genellikle herhangi bir oyunun “işbirliği içeren” (cooperative) çözümü şu anlama gelir: Oyuncular işbirliği

¹⁰⁹ Örneğin Cournot oyununda her üretici sıfır ile sonsuz arasında herhangi bir üretim miktarını seçebileceğinden, oyunun sonsuz muhtemel sonucu vardır.

¹¹⁰ Kuşkusuz burada anlatılan modellerin en basit halleridir.

yapınca, kazanımlarını birbirinden bağımsız maksimize etmeye çalışmazlar, birlikte davranıp stratejik değişkenleri ne ise, onun oyuncuların tek tek değil de toplam kazanımlarını maksimize edecek değeri bulunur.¹¹¹ Oligopol teorisinde de bu böyledir: İşbirliği içeren çözümü bulmak için üretim miktarı ve fiyatın toplam kazanımları maksimize edecek değeri bulunur. Buna kartel çözümü de denir. Kuşkusuz talep fonksiyonu verili iken, Cournot ve Bertrand kartel çözümleri birbirine eşittir. Bu değer aynı zamanda o talep fonksiyonu altındaki tekel fiyatına eşittir.

Hemen vurgulamak gerekir ki bu modelin varsayımları altında kartel gibi davranmak kolay değildir, bunun için dışsal bir yaptırım gerekir. Çünkü dışsal yaptırım olmadığında oyunculardan her birinin bu anlaşmaya uymama dürtüsü vardır. Diğer oyuncular kartel stratejilerine sadık kalırken her bir oyuncunun kartel stratejisine sadık kalması optimal değildir. Zaten kartel çözümünün Nash dengesi olmaması da bu anlama gelir.

Tüketici refahı veya toplam refah açısından bakıldığında, tam rekabet ve Bertrand modellerinde tüketici ve toplam refah mümkün olan en yüksek düzeyine ulaşır. Cournot modelinin Nash dengesinde oluşan fiyatlar marjinal maliyetlerden yüksek olduğundan tüketici refahı da toplam refah ta daha düşüktür. İşbirliği altında ise her iki refah ölçütü de daha da azalır ve tekel düzeyine ulaşırlar.

Bu modellerin şimdiye kadar özetlenen özellikleri ile rekabet hukuku arasında bir ilişki kurmaya çalışırsak sanırım şunları söylemek mümkün olur. Eğer gerçek dünya bu modellerdeki gibi basit olsaydı ve de teşebbüsler bu modellerdeki

¹¹¹ Kavramlar çok rahat birbirine karışabildiği için İngilizce kullanımdaki bazı kelimelerin Türkçe seçimlerine şimdiden açıklık getirelim. Oyun teorisinde oynanan oyunun türünü betimlemekte kullanılan "cooperative" deyiminin karşılığı olarak yerine göre işbirliğine dayalı veya işbirliği içeren veya işbirlikçi deyimleri kullanılacak. "Non-cooperative" deymi karşılığı olarak da işbirliği içermeyen veya işbirliğine dayanmayan gibi ifadeler kullanılacak.

"Collusion" kelimesinin en uygun Türkçesi danışıklık gibi durmaktadır. O zaman "collusive" kelimesinin Türkçesi de danışıklı olmaktadır. Bunlar ekonomi teorisinde kullanılan kavramlar ve kelimelerdir. Bir de hukukta kullanılan kavramlar vardır: anlaşma ve uyumlu eylem. Genelde anlaşma deyiminin taraflararası açık (belki belgelenmiş veya metne dökülmüş) bir anlaşmayı ima ettiği, öte yandan uyumlu eylem deyiminin ise ortada açık bir anlaşmanın olmadığı fakat tarafların yine de bir irade birliği içinde davrandığı durumları kapsadığı söylenebilir.

Hukuk temelli kavramlar ile ekonomi temelli kavramları karıştırmamak yerinde olacaktır. Zaten bir anlamda bu çalışmada yapılmaya istenen şey, hukuk ve ekonomideki kavramların ne kadar birbirine karşılık geldikleri veya benzer veya ikame edilebilir olduklarını tartışmaktır.

gibi davransa idi, Cournot veya Bertrand Nash denge stratejilerini hayat geçiren teşebbüsler sanırsanız ki 85(1) anlamında anlaşma veya uyumlu eylem içinde olmazlardı. Nash denge davranma biçimi, Anti-tröst metinlerinde çokça geçen “bağımsız davranma” kavramına uygun bulunurdu. Örneğin bu, Cournot dengesinde fiyatların tam rekabete göre daha yüksek olmasına rağmen doğru olurdu. Buna karşılık “işbirliği” içinde olan firmaların ise 85(1)’i ihlal ettiği kabul edilirdi.

Yalnız şu kadarki tartışma ışığında bile anti-tröst tartışmaları ile basit oligopol modellerli arasındaki ilişkinin çok sorunsuz olmadığına altını çizmek lazımdır. Örneğin uyumlu eylem kapsamında teşebbüs davranışlarının ihlal içinde olup olmadığına önemli belirleyenlerinden biri firmaların “rekabet riski”ni azaltmaya yönelik faaliyetleri olup olmadığıdır. Halbuki basit Cournot modelinde herhangi bir risk yoktur, her oyuncu diğer oyuncuların hamlelerini tam olarak bilmektedir.

2.4. Tekrarlanan Oligopol Oyunu

Tek seferli oyun aynı biçimiyle sonsuza kadar tekrarlanması halinde kartel fiyat ve kârları bir Nash dengesi olarak ortaya çıkabilir. Ekonomistlerin “gizli veya zımnî danışıklık” (tacit collusion) dedikleri budur. Yani oyunun sonsuza dek tekrarlanması halinde oyuncular kartel kârını fakat bu sefer birbirinden bağımsız stratejiler yolu ile, yani bir işbirliği içinde bulunmadan elde ederler. Elde edilen sonuç danışıklıdır ancak bu sonuca işbirliği içermeyen stratejiler sonucu ulaşılmaktadır. Ayrıca varsayım odur ki bu durumda teşebbüsler arasında herhangi bir irtibat veya iletişim de yoktur.

Kartel sonucunu destekleyen stratejiler tek sefer oyunun stratejilerine göre daha karmaşık stratejilerdir. Literatürde yaygın olarak kullanılan stratejiler cezalandırma içerirler. Bunlar arasında en basitleri, “tetik stratejileri” diye adlandırılır. Örneğin sürekli tekrarlanan bir Bertrand oyununda tetik stratejileri şöyle özetlenebilir: herhangi bir oyuncu ilk dönem danışıklı fiyatı (kartel fiyatı) oynar. Sonraki her dönem eğer rakip bir önceki dönemde danışıklı fiyatı seçmiş ise, kendisi de danışıklı fiyatı seçer, aksi halde tek seferlik temel oyunun Nash dengesini oynar. Oyun teorisi, iskonto haddinin yeterince yüksek olduğu durumlarda, bu tür stratejilerin tekrarlanan oyunun bir Nash dengesini oluşturduğunu göstermiştir. Bu stratejiler sonucunda teşebbüsler sonsuza dek kartel kârı elde ederler. Cezalandırma göziyenmez.

Fakat bu strateji sonsuza dek tekrarlanan oyunun yegane stratejisi değildir. Örneğin tek seferlik temel oyunun Nash dengesi de tekrarlanan oyunun bir Nash dengesidir. Daha da önemlisi, yukarıda açıklanan tetik stratejisi ile

sadece kartel sonucu değil, tekel kârı ile tek sefer oyunun kârı arasındaki her düzey kâr desteklenebilir. Yani tekrarlanan oyunun çok sayıda Nash dengesi vardır. Dolayısıyla, aslında oyuncular arasında bir de koordinasyon sorunu vardır: Teşebbüsler, bu sonsuz sayıdaki denge stratejisi arasında hangi dengeyi oynayacaklarına nasıl karar verecekler, aynı dengeyi hedeflediklerinden nasıl emin olacaklardır? Yaygın bir biçimde kullanılan tekrarlanan oyun modellerinde bu soruya cevap verilmemektedir.

Her ne kadar bu konu ekonomi yazınında önemli bir sorun olarak değerlendirilse de tartışılan basit model ve bunun varsayımları çerçevesinde belki de çok önemli olmayacağını söylemek lazımdır. Sonuç olarak şirketlerin, talep ve maliyet parametrelerini gerçekten biliyorlar ise, tekel kârını bir odak noktası olarak almaları ve bunu destekleyecek stratejiyi seçmeleri beklenebilir. Yine de şu belirtilmelidir ki, oligopol teorisi henüz çoklu Nash dengesinden hangisini nasıl seçileceği konusunda açık bir mesaj vermemektedir.

2.5. Karşılaştırma

Tek sefer oyunun Nash denge stratejisi ile tekrarlanan oyunlardaki danışıklı stratejilerin bazı ortak yönleri vardır. Bu ortak yönlerin başlıcaları şunlardır:

- Her iki strateji de oyun teorisi anlamında bağımsız yani işbirliği içermeye stratejilerdir. Her ikisi de teşebbüsler arasında herhangi bir irtibat ve iletişim içermemektedir.
- Her iki durumda da, stratejiler Nash anlamında optimaldir (veya rasyoneldir). Yani her bir teşebbüsün stratejisi, rakiplerinin stratejileri verili iken, en iyi yanıt teşkil etmektedir.

Bu iki stratejinin birbirine benzemeyen yanları da vardır. Başlıcaları şunlardır.

- Danışıklı stratejiler, bir cezalandırma mekanizması veya tehdidi içerirler. Ayrıca bu cezalandırma tehdidi inandırıcıdır. Oysa tek seferli oyunun Nash stratejileri böyle bir mekanizma içermezler. Tekrarlanan oyunların basit versiyonlarında bu cezalandırmalar hayata geçmez. Yani tetik stratejilerinin oynandığı piyasada fiyat savaşları gözlenmez. Daha karmaşık olan ve belirsizlik içeren modellerde fiyat savaşlarının ortaya çıkması mümkündür.
- Danışıklı stratejiler, oyuncuların oyunun geçmiş dönemlerinde ne yaptığına bağlı olarak şekillenirler. Yani danışıklı stratejilerin

oluşumunda tarih önemli bir rol oynar. Doğal olarak tek seferlik oyunun Nash stratejilerinde bu durum yoktur.

2.6. Dinamik Oyunlar

Tekrarlanan oyun sonuç olarak statik bir oyunun aynı biçimde tekrarlanmasıdır. Bir de daha dinamik özellikleri olan oyunlar vardır. Dinamik oyunlar kendi başına ilginçtir çünkü bu oyunlarda çok çeşitli sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu oyunlarda genellikle oyuncuların Markov-mükemmel stratejiler uyguladığı varsayılır. Bu stratejilerin özelliği, her dönem kazanımları etkileyen (payoff-relevant) değişkenlere bağlı olmasıdır. Maskin ve Tirole (1988) ve başkaları (örnek ver) bu oyunlarda arasında devrevi fiyat hareketleri olabileceğini ortaya koymuşlardır. Yani fiyatlar maliyet veya talepte herhangi bir değişiklik olmadığı halde aşağı yukarı hareket edebilmektedir.

Bu tür oyunların bir tanesinin (Maskin ve Tirole, 1988) özelliklerini burada kısaca özetlemek yararlı olacaktır. Fiyat rekabetine dayanan bu oyunun özelliği, ve bu oyunu tekrarlanan Bertrand oyunundan ayıran yönü, teşebbüslerin fiyatlarını eşzamanlı değil sıra ile belirlemeleridir. Bu durumda her bir oyuncunun hamle sırası kendisine geldiğinde yapacağı seçim, diğer oyuncunun bir önceki dönemki seçiminin bir fonksiyonudur. Bu modelde oluşan dengede, fiyatlar tekel kârına tekabül eden düzey ile maliyetlere eşit olduğu (yani teşebbüslerin kârının sıfır olduğu) düzey arasında inip çıkar. Fiyatların tekel düzeyinde olduğunu varsayalım. O zaman hamle sırası kendine gelen oyuncu fiyat kırar ve piyasa payını artırır. Diğer oyuncu da buna fiyatı daha da kırarak cevap verir. Burada fiyat kırmanın amacı cezalandırmak değil piyasa payı arttırmaktır. Bu süreç fiyatlar maliyetlere eşitleninceye kadar devam eder. Fiyatlar taban yaptığında ise her iki oyuncudan biri bir olasılık ile fiyatını yeniden tekel düzeyine yükseltir.¹¹² Bu süreç içinde teşebbüslerin ortalama kârı tek seferli oyundaki dengenin üzerinde kartel düzeyinin ise altındadır.

3. EKONOMİK MODELLERİN ANTİTRÖST HUKUKU İÇİN ANLAMI

Bu bölümde yukarıda tartışılan modellerin rekabet hukuku ve uygulaması açısından ne anlama geldiği tartışılacaktır. Bu konu, özellikle de zımnî danışıklığın hukuki durumu, ekonomistlerin zihinlerini meşgul etmiş bir konudur (bakınız Kutu 1: Zımnî Danışıklık Hakkında İki Ekonomist Görüşü). Tek seferlik oligopol oyunların Nash sonuçlarının rekabet hukuku açısından bir sorun teşkil etmediği konusunda bir konsensüs var gibidir. Her ne kadar Nash dengesi de teşebbüsler

¹¹² Yani oyun teorisi dilinde burada karışık stratejiler geçerli olur.

arasında koordinasyon gerektiriyorsa da, ve her ne kadar (örneğin Cournot modelinde olduğu gibi), bazı tek seferlik Oligopol oyunlarının Nash dengelerinde tam rekabet durumuna göre bir toplumsal refah kaybı söz konusu ise de, muhtemelen bu koordinasyon tamamen bağımsız stratejiler tarafından yerine getirildiği için, rekabet ihlali olarak algılanmamaktadır.

3.1. Tam Bilgi Ortamında Zımnî Danışıklığın Rekabet Hukuku Açısından Durumu

Kuşkusuz konumuz açısından daha önemli olan soru, tekrarlanan oyunların danışıklık içeren sonuçlarının antitröst hukuku için ne ima ettiği. Antitröst hukukunun, teşebbüsler arası bir anlaşmayı bırakın, doğrudan veya dolaylı bir irtibat veya iletişiminin de olmadığı, tüm koordinasyonun sadece bağımsız seçilen stratejiler yolu ile gerçekleştiği bu tür bir zımnî danışıklığa yaklaşımı ne olmalıdır? Bu stratejiler ihlal sayılmalı mıdır?

Aslında bu sorunun kendisi bile oldukça karmaşık bir mantık içermektedir: Sonuç olarak bu soru ile son derece pratik bir hukuki uygulamanın son derece teorik bir modelin sonucu hakkındaki yaklaşımının ne olması gerektiği sorulmuş olmaktadır. Fakat gerçek hayatta karine gibi uygulamaların rolünün ne olması gerektiğini tartışabilmek için böylesi bir zihinsel egzersizin yararlı olacağına inanıyoruz. O yüzden bu soruya birkaç farklı soyutlama düzeyi içeren birkaç farklı varsayım altında cevap vermek faydalı olacaktır.

İlk önce bu soruya tam bilgi varsayımı altında cevap vermeye çalışalım. Farz edelim ki, tekrarlanan bir oligopol oyununda, gerek oyunun özellikleri (talep yapısı, maliyetler, vs) gerek teşebbüslerin hangi stratejileri hayata geçirdiği konusunda gerek teşebbüslerin gerek rekabet otoritesinin tam bilgisi olsun. Bunu tasavvur etmek için şöyle bir senaryo bile öngörülebilir: Farzedelim ki bu tekrarlanan oyunda yöneticiler şirketlerini bilgisayar algoritmaları ile yönetiyor olsunlar (sonuç olarak oyun teorisinde stratejiler algoritmalarından başka bir şeydir). Bu algoritmalar da kamuya açık olsun. Böyle bir ortamda, teşebbüsler kartel sonucunu destekleyen bir algoritma kullanıyor olsalar, bu rekabet kanununun ihlali olarak değerlendirilir miydi? Dikkat edilirse burada varsayılan senaryo içinde rekabet otoritesinin uyumlu eylemi “ortaya çıkarmak” gibi bir sorunu yoktur, danışıklık zaten ortadadır.

Bizce eğer rekabet hukukunun amacı toplumsal refahı maksimize etmek ise, ve toplumsal refahın ölçüsü tüketici artışı veya toplumsal artık ise, ve söz konusu teşebbüslerin alternatif ve toplumsal refah açısından daha iyi sonuçlar

doğuran algoritmalar varsa, o zaman danışıklık içeren algoritmaların rekabet hukukuna aykırı olması gerektiği sonucuna varmak gerekir.

Fakat dikkat edilirse burada sözü geçen antitröst uygulaması gerçek antitröst hukuku uygulamasından epey uzaklaşmış durumdadır. Eğer gerçekten tam bilgi ortamı var ise, antitröst yasasına gerek bile duyulmayabilir. Veya antitröst yasası, tam bilgi ortamında farklı teşebbüs algoritmalarının toplumsal refaha etkileri açısından değerlendirilmesi ile yetinebilir. Kuşkusuz bu varsayımlar altında rekabet otoritesinin neyin anlaşma neyin uyumlu eylem olduğuna dair ayrıntılı değerlendirmeler yapması bile gerekli değildir, nasılsa piyasadaki her türlü davranışın toplumsal refah üzerindeki etkisi kolayca ölçülebilmektedir.¹¹³ Yani böyle bir dünyada karineye zaten ihtiyaç yoktur, dolayısıyla karine tipi hükümlerin muhtemel etkilerini tartışmaya da gerek yoktur!

Bu gerçek dışı dünyadan gerçek dünyaya doğru yaklaşırsak, antitröst otoritesinin ciddi bir bilgi eksikliği altında çalıştığını, kararları için elinde olmayan ancak gerekli olan bilgiyi üretmenin de maliyetli bir faaliyet olduğunu varsaymak kuşkusuz daha gerçekçi olacaktır.

¹¹³ Hatta tam bilgi varsayımını iyice ciddiye alırsak rekabet otoritesine bile gerek yoktur, merkezi planlama yolu ile her piyasa için optimal fiyatlar hesaplanır ve teşebbüslere talimatlar halinde verilebilir.

Kutu 1: Zımnî danışıklık hakkında İki Ekonomist Görüşü.

Oyun teorisinin rekabet hukuku tartışmalarında kullanılmaya başlanması gözlemleyebildiğimiz kadarıyla 1980'lerde ve esas olarak 1990'larda başlamış gibidir. 1990'ların ortalarında iki iktisatçının uyumlu eylem konusunun ekonomi ve hukukta nasıl ele alındığına ilişkin görüşleri bu tartışmanın ana unsurları hakkında ilginç bir örnek teşkil etmektedir.

Philps (1995) oyun teorisi ile 85. maddede kullanılan anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında bir paralellik kurar. Philps'in 85. madde yorumu şöyledir. 85 (1)'deki "anlaşma" lafı ile somut anlaşmalar ifade edilmektedir (fiyat belirleme anlaşmaları, kota kartelleri vs). "Uyumlu eylem" lafı ile de iktisatçıların "zımnî danışıklık" dedikleri şey kastedilmektedir (s. 2). Philps'e göre zımnî danışıklığın özelliği ise şudur: iradelerin uyumunun (concordance) danışıklık içinde olanlar arasında herhangi bir açık işbirliği olmadan danışık sonuçlara yol açtığı durumlar. Philps, bu durumun tekrar eden oyunlardaki danışık sonuçlara tekabül ettiğini söylemektedir. Ona göre bu noktada ABD ile Avrupa arasında ciddi bir fark vardır. "Eğer danışık sonuç işbirliği içermeyen davranışların sonucu ortaya çıkıyorsa, o zaman ABD'de yasal anlamda danışıklık yoktur. Bu ABD ile Avrupa Topluluğu rekabet hukukları arasında temel bir farktır." (s. 2, dipnot 2). Aynı şekilde, "[A]çıktır ki mevcut ABD antitröst uygulaması/içtihatı (precedent) 'bilinçli paralellik'in yasaklanmış davranışlarının *per se* delili olmadığını tanımaktadır" (1995, s. 124, dipnot 2).

Martin'in makalesinin konusu da uyumlu eylem kavramının ekonomi ve hukuktaki farklı kullanımlarıdır. Martin (1993) s. 4-5'te ABD uygulamasında bilinçli paralellikten anlaşma çıkarsaması yapılamayacağını söylüyor. Martin'in AB uygulaması yorumu ise Philps'inkiden farklı: Wood Pulp hakkında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın kararı hakkında şunları belirtiyor: "Mahkemenin Avrupa Komisyonu kararını geri çevirme ("reverse") temeli, AT rekabet politikasının, ABD anti tröst politikasında olduğu gibi, bilinçli paralel davranışı mahkum etmekten vazgeçeceği kanısını uyandırmaktadır."s. 6.

Philps'in o zamanki çalışmasının ana mesajı şu idi: Avrupa gizli anlaşmayı ihlal olarak görmek istese bile, eksik bilgiden dolayı, tek seferli oyunun Nash dengesi ile tekrarlanan oyunun danışık dengesini birbirinden ayırmak imkansız veya çok zordur. Martin ise şu çelişkiye parmak basıyordu: Mevcut uygulamaya göre, ticareti veya rekabeti kısıtlayan anlaşmalar yasaktır, ve bağımsız davranmak yasak değildir. Ama o zaman anlaşma yasak olduğuna göre, tüm danışıklık bağımsız kararlar yolu ile yani zımnî yapılacaktır. Zımnî danışıklık da yasak olmadığına göre rekabet hukukunun danışık davranışa karşı hiçbir silahı yok demektir!

Dolayısıyla elimizdeki konuyu analiz etmek için tartışmayı eksik bilgi ortamı varsayımı altında yürütmek gerekmektedir. Zaten rekabet hukukunun özellikle de anlaşmalar ve uyumlu eylemler konusundaki yaklaşımının böyle bir ortamı varsaydığı iddia edilebilir. Eksik bilgi ortamı olmasa idi fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* rekabet ihlali olarak ele alınması gerekmezdi, sadece gerçekten toplumsal veya tüketici artığına olumsuz etkisi olan anlaşmalar ihlal sayılırdı. Bu konuya aşağıda geri geleceğiz.

3.2. Eksik Bilgi Ortamında Zımnî Danışıklığın Hukuki Durumu veyahut Uyumlu Eylem Nedir?

Eksik bilgi varsayımı altında ise tartıştığımız konu ilk adımda şu şekilde kavramsallaştırılabilir: Rekabet otoritesi ne söz konusu piyasanın talep, maliyet gibi özellikleri, ne de teşebbüslerin fiyatlama vs stratejileri hakkında tam bilgiye sahip değildir. Açık anlaşma delilinin olduğu durumları bir kenara bırakırsak, rekabet otoritesi en iyi durumda bazı piyasa değişkenlerinin (örneğin fiyat ve miktar) değerleri ile hareket edecektir. Tartışmayı iyi berraklaştırmak için rekabet otoritesinin elinde herhangi bir irtibat delilinin de olmadığını varsayalım. Bu deliller ışığında rekabet otoritesi söz konusu teşebbüslerin rekabet ihlali içinde olup olmadığını karar verecektir. Konunun teşebbüsler açısından nasıl bir görünüm arz ettiğini, yani teşebbüslerin ne tür bir bilgi ortamı içinde hareket ettiğini şimdilik bir kenara bırakalım.

O halde şimdi rekabet otoritesinin neyi yasaklamaya çalıştığını yeniden sormaya çalışalım. Bu daha gerçekçi dünyada aslında “uyumlu eylem” ifadesinin en azından iki farklı anlama geldiği düşünülebilir. Bunlardan birincisine göre, “uyumlu eylem” kavramının yine tekrarlanan bir oyunda işbirliği içermeyen danışıklı dengesine benzer: teşebbüslerin birbiriyle hiçbir iletişimde bulunmadan piyasadaki davranışları yolu ile koordinasyon sağladıkları ve bu sayede fiyatları yükselttikleri durum (yani ekonomideki ifadesiyle zımnî danışıklılık durumu). Bir başka anlam ise şu olabilir: Teşebbüsler bir biçimde birbirleriyle dolaylı veya doğrudan irtibat kurmuşlar, bu anlamda ne tür stratejileri hayata geçireceklerine dair bir fikir birliği oluşturmuşlar veya oluşturmaya çalışmışlardır. Dolayısıyla yasaklanmaya çalışılan uyumlu eylem tanımı bu ise, rekabet otoritesinin görevi, elindeki delillerin bu iletişim ve irtibatın varlığını ispat etmek için yeterli olup olmadığını karar vermektir.

Uyumlu eylem denince bunlardan hangisinin kastedildiği çok önemlidir. Buna karar vermek, örneğin Türkiye bağlamında karine tartışmasına geri dönecek olursak, “fiyatların rekabetin sınırlandığı piyasadakilere benzediği” hükmüne varılması halinde kullanılacak olan karinenin, neyin karinesi olduğuna, bir başka

ifade ile bu durumun karine teşkil ettiği uyumlu eylemden ne kastedildiğine karar vermek demektir. Teşebbüsler zımnî koordinasyon içinde olmakla mı suçlanmaktadır yoksa bunun ötesinde açık delili olmayan bir iletişim içinde olmakla mı?

Soruyu bu şekilde sorduktan sonra, konuya bu sefer teşebbüsler açısından bakabiliriz. Nasıl ki rekabet otoriteleri eksik bilgi altında karar vermek zorunda iseler, teşebbüsler de piyasadaki temel parametreler hakkında tam bilgiye sahip olmadan hareket etmek zorundadırlar. Bu şu demektir: teşebbüsler şimdiye kadar “tekel fiyatı” veya kartel fiyatı diye adlandırılan fiyatın da ne olduğu konusunda da eksik bilgiye sahip olacaktır. Dolayısıyla yukarıda anılan koordinasyon sorunu daha da önemli bir hale gelmiştir: ortada üstünde odaklaşacak bariz bir fiyat da yoktur. Teşebbüsler deneme yanılma ile bir fiyat üzerinde odaklaşmaya çalışabilirler, veya doğrudan veya dolaylı iletişim yolu ile hedeflenecek bir fiyat tespit etmeye çalışabilirler. Her halükarda bu durumda tekrarlanan oyunlardaki basit tetik stratejilerinin bir işe yaramayacağı açıktır.

O zaman yasaklanmaya çalışılan uyumlu eylem kavramının ne olduğu konusunda karar verebilmek için şu soruyu sormak yararlı ve anlamlı olacaktır: herhangi bir iletişim yolu ile doğrudan koordinasyon sağlamadan sadece fiyat sinyallerinin sağladığı koordinasyona dayanarak teşebbüsler kartel veya ona yakın fiyatları sürdürülebilir bir biçimde belirleyebilirler mi? Eğer bu sorunun cevabı evet ise, demek ki ortada bir refah sorunu vardır ve en azından ilkesel olarak bunun yasaklanması istenebilir. Eğer böyle bu sorunun cevabı hayır ise, o zaman rekabet otoritesinin varolma olasılığı zaten düşük olan bir davranış biçimini yasaklamaya çalışmasının toplumsal refah açısından kıt kaynakların yanlış kullanımı olduğu sonucuna varılabilir. Bu sorunun cevabı zımnî danışıklığın ihlal sayılması için birinci eşiği oluşturmaktadır. İkinci mantıksal eşiğe aşağıda geleceğiz.

Ne yazık ki ekonomi literatürü bu konuda henüz çok kesin bir cevap vermemektedir. Zımnî danışıklık konusunda yazılmış makalelerin çoğu, hiçbir iletişim içermeyen zımnî danışıklığın, gerçek hayatta ne kadar mümkün olacağı konusunda fikir yürütmemektedir. Werden (2004) bu konuda oldukça kötümser bir sonuca varmaktadır:

“Bu modeller fiyat koordinasyonunun bazı şartlar altında mümkün olduğunu gösterirler, fakat çok az sayıda ekonomist bu modellere hiçbir biçimde iletişim olmadan koordinasyonlu fiyatlaşmanın olacağına inanacak kadar kelimesi kelimesine inanırlar. Yaygın inanış odur ki, tekrarlanan oyun modelleri oligopol [durumunda] ne tür sonuçların mümkün olduğunu doğru bir biçimde belirler, fakat

hangi sonuçlara gerçekten ulaşıldığını, rakipler arasında anlaşmalar dahil olmak üzere, modellerin dışında olan güçler belirler” (s. 763).

Bu konuda yapılan bir laboratuvar deneyinde ise (Harstard, Martin ve Norman, 1998), rakipler arasında iletişime izin vermek kaydı ile, rakiplerin elde ettiği kârın, tek seferlik oyundaki denge kârın üzerinde ancak tek kârının oldukça altında olduğu ortaya çıkmıştır. Buna karşılık teşebbüsler arasında iletişimin olmadığı durumlarda teşebbüsler danışıklı sonuçlara ulaşamamaktadır. Ancak sadece 2 teşebbüsün bulunduğu durumlarda kârlar tek seferlik oyunun bir miktar üzerine çıkabilmektedir. Buna karşılık rakiplerin birbiriyle iletişim kurabilmesi danışıklık ihtimalini artırmaktadır (Haan Schoonbek, Winkel, 2005).

Peki uygulamada bu soruya nasıl cevap verilmektedir? ABD’de zımnî danışıklığın rekabet ihlali olarak ele alınmadığı konusu tartışılmaz bir biçimde kabul edilmektedir (bakınız ileride bölüm 4.1). “Bilinçli paralellik artı destekleyici unsurlar” diye bilinen doktrin, zaten saf zımnî danışıklığın rekabet ihlali olmadığı, rasyonel kâr maksimizasyonuna yönelik davranışın bir örneği olduğu belirlenmesine dayanmış bir doktrindir. ABD’de bu yönelimin nedenlerinden biri de açık koordinasyon olmadan danışıklılığın mümkün olmadığı şeklinde bir inanışa da dayanıyor gibidir. Avrupa’da bu konuda oluşan içtihat belki daha fazla soru işareti bırakacak niteliktedir. Neven, Papandropoulos ve Seabright (1998) tam da bu konuda yaptıkları incelemede, Avrupa Birliği’ndeki uygulamanın *Dyestuffs* kararı ile zımnî danışıklığı yasaklamaya yaklaştığını ancak daha sonra oluşan içtihadın, özellikle mahkumiyet için bir irtibat delili arandığı için, zımnî danışıklığın artık bir ihlal olarak görülmediği şeklindedir. Açıkçası yine de Neven v.d.’nin analizinden, Avrupa Birliği uygulamasında zımnî danışıklığın ilkesel olarak mı ihlal olarak görülmediği, yoksa bunun ispatının zor olduğuna hükmedildiği için mi ihlal olarak görülmesinden vazgeçildiği çok açık değildir.

Saf zımnî danışıklığın mümkün olup olmadığı, buna dayanarak rekabet ihlali olarak kabul edilip edilmediği veya daha genel olarak “uyumlu eylem” ifadesinden ne kastedildiği sorununa bir cevap verildiğini varsayalım. O zaman konuya yeniden rekabet otoritesi açısından bakıp, yasaklanmak istenen davranışın hangi kurallar ile yasaklanabileceği, karinenin buradaki rolünün ne olabileceği konusunu tartışmaya başlayalım.

3.3. Eksik Bilgi Ortamında ve Antitröst Hukuku ve Muhtemel Hatalar

Eksik bilgi ortamında anti-tröst hukukunu uygulamanın iki önemli özelliği vardır. Bunlardan birincisi, bilgi elde etmenin maliyetli olmasıdır. Bununla soruşturma açma, veri ve delil toplama, savunmaları dinleme vs gibi faaliyetlerin

para ve zaman maliyeti kastedilmektedir. İkinci özelliği de eksik bilgi altında alınan soruşturma kararlarının hata içerebileceğidir. Dolayısıyla antitröst kurallarının bu maliyetler ve hatalar göz önünde bulundurularak tasarlanması esastır.

Eksik bilgi altında alınan soruşturma kararları esas olarak iki tür hata içerebilir. Bunlardan birincisi, toplumsal refah açısından yasaklanmaması gereken davranışların yasaklanması bu davranışların ihlaf olarak belirlenmesidir. Buna birinci tip hata denebilir. İkinci hata ise toplumsal refaha olumsuz etkisi olan davranışların ihlaf olarak sayılmamasıdır. Buna da ikinci tip hata denebilir. Bu hataların toplumsal refah açısından önemini hesaplayabilmek için hem hata olasılıklarını hem de hata yapılması halinde toplumsal refahta oluşacak kayıpları göz önünde bulundurmak gereklidir. Örneğin hata olasılığı yüksek olsa da bunun yarattığı kayıp sifira yakın ise o zaman o hatanın önemli olmadığı söylenebilir. (Neven, Papandropoulos ve Seabright, 1998).

Antitröst hukukunun gelişiminde bu kavramlar açık bir biçimde tartışılmasa da hukukun bazı genel özelliklerinin bu çerçeveye uyumlu bir biçimde geliştiği söylenebilir. Örneğin bir çok ülkede fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* yasak olması bu çerçeveye uyan bir eğilimdir. Fiyat tespitinin toplumsal refaha yararlı olabileceği durumlar son derece sınırlıdır. Dolayısı ile fiyat tespitinin *per-se* yasaklanması şeklinde bir uygulama muhtemelen son derece küçük miktarda birinci tip hata içerecektir. Buna karşılık fiyat tespitinin *per-se* yasaklanmadığı ve her fiyat tespit durumunun toplumsal refaha etkisinin ayrıntılı bir biçimde incelenmeye çalışıldığı bir antitröst rejiminin para ve zaman maliyeti çok yüksek olurdu. Dolayısıyla fiyat tespiti içeren anlaşmaların *per-se* yasaklanması toplumsal refah açısından makul gibi gözükmemektedir.

Burada geliştirilen analitik çerçeve içinde karine tipinde bir hükmün gerekçesi de muhtemelen şöyle bir şey olacaktır: firmaların danışıklık içinde oldukları durumlarda bunun izlerini gizlemeleri son derece kolaydır. O yüzden rekabet otoritesinin her uyumlu eylem durumunda irtibat delili sunmak zorunda olması ikinci tip hataların yüksek olmasına yol açacaktır. Karine hükmünün devreye girmesi, ikinci tip hataları azaltacaktır.

Konuya bu açıdan bakarak danışıklığın rekabet hukukunda statüsünün ne olması gerektiği sorusunu yeniden soralım. Varsayalım ki, zımni danışıklık gerçek hayatta sık rastlanan bir durum olsun, yani teşebbüslerin zımni danışık stratejiler yolu ile kartel kârları elde etmeleri mümkün olsun. Eksik bilgi ortamında bu bile zımni danışıklığın ihlaf sayılması için yeterli olmamalıdır. Zımni danışıklığın ihlaf ilan edilmesi için aynı zamanda onun fazla hatalara yol açmadan mahkum edilebilmesi gerekir. Demek ki danışıklığın ihlaf sayılmasının en önemli sakıncası, danışıklığı

ortaya çıkarmanın çok zor olmasıdır. Bunun göstergeleri ne olacaktır? Fiyatların uzun süreler maliyetlerin üzerinde olması mı? Bu yeterli bir gösterge değildir, çünkü Cournot dengesinde de durum böyledir. Danışıklığın ihlal sayılması için, danışık stratejilerin diğer stratejilerden ayırıldığını söylemek gerekmektedir. Bunu ise eksik bilgi ortamında yapmak kolay değildir. Gerçek hayatta şirketlerin iş stratejileri oyun teorisinin ortaya koyduğu kadar net çizgilerle ayrılmış olmayacaktır. Yine zımni danışıklığın en önemli göstergesi paralel fiyatlar olacaktır, ancak danışıklık içermeyen Cournot modelinde de fiyatlar paraleldir, dolayısıyla bu da yeterli bir gösterge değildir. Bu şartlar altında zımni danışıklığı mahkum etmeye çalışma yüksek düzeyde birinci tip hatalar içerecektir. Zımni danışıklığı mahkum etmeye çalışmak, bir çok durumda rekabet otoritesinin, teşebbüslerin normal iş stratejilerine müdahale etmek zorunda bırakacaktır, veya teşebbüslerin sırf zımni danışıklık kanısı uyandırmamak için bazı davranışlardan kaçınmalarına veya sırf bu kanı uyanmasını diye bazı davranışlar içine de girmeye zorlanacaktır.

Son yıllarda zımni danışıklığın belirlenmesine yönelik bir çok ekonometrik çalışma yapılmıştır. Gerçekten bu çalışmalar, fiyat ve miktar hareketlerinden kalkınarak danışıklığın daha yüksek olduğu ve olmadığı dönemleri belirlemeye çalışmaktadır. Ancak bu çalışmaların başarılı olduğunu varsaysak bile, uygulandığı sektörlerde fiyat ve miktar hareketlerinin arkasındaki teşebbüs stratejilerinin iletişim veya karşılıklı irtibat veya koordinasyon sağlamaya yarayan başka kolaylaştırıcı faaliyet içermediği hiçbir biçimde kesin değildir. Dolayısıyla bu çalışmaların danışık dönemleri belirlemede başarılı olduğunu varsaysak bile (ki en azından bazı çalışmalar muhtemelen öyledir), bu dönemlerin gerçekten açık değil de zımni danışıklık dönemleri olduğunu garanti eden veri veya çalışma yoktur. Ayrıca Motta'nın (2003) belirttiği gibi, bu çalışmaların henüz kesin sonuçlar verdiğini söylemek için biraz erkendir; aynı verilerle farklı araştırmacılar farklı sonuçlara varmaktadır.

İşte muhtemelen tüm bu nedenlerden dolayı, zımni danışıklık, ABD ve Avrupa Birliği'ndeki rekabet hukuku uygulamasında ihlal sayılmamaktadır.¹¹⁴ Bu durum, zımni danışıklığı bir mahkumiyet nedeni olmasını isteyenlere çok ciddi bir ispat yükü getirmektedir. Eğer zımni danışıklık ihlal sayılacak ise o zaman uluslar arası eğilimlere ters olan bu uygulamanın gerekçesi açık bir biçimde ortaya koyulmalıdır.

¹¹⁴ Neven, Prapandopoulos ve Seabright (1998) aşağı yukarı bu argümana dayanarak zımni danışıklığın ihlal sayılmamasının daha doğru olacağını söylemektedirler.

3.4. Eksik Bilgi Ortamı ve Karine

Yukarıda belirttiğimiz gibi, karine tartışmasına girmeden önce, “uyumlu eylem” ifadesinden ne kastedildiği, yani karinenin neyin karinesi olarak kullanılacağı açıklığa kavuşmalıdır.

Eğer uyumlu eylem zımnî danışıklığı içeren bir biçimde tanımlanacaksa, o zaman “karine” herhalde, incelenen durumda, gözlemlenebilse danışık olduğu anlaşılabilir olan stratejilerin (örneğin tetik benzeri stratejilerin) kullanıldığının karinesi olacaktır. Aslında danışıklığın ihlal sayılması durumunda karine benzeri bir mantık kullanılmadan danışıklığın ispat edilmesi çok zor olacaktır; ispat kaçınılmaz olarak piyasa değişkenlerindeki hareketlere dayanılarak yapılacaktır. Danışıklık durumunu belirlemenin zaten zor olduğu düşünülürse, karinenin kullanılması ve bir de bu durumun olmadığı ispat yükünün teşebbüse bırakılması, birinci tip hata ihtimalini son derece muhtemel hale gelmesine neden olacaktır.

Uyumlu eylem tanımının ABD ve Avrupa Birliği’ndeki tanıma (bkz. Bölüm 4) yakın bir biçimde yapılması durumunda da birinci tip hata potansiyeli yüksek olacaktır. “Benzeme şartı”nı bir an bir kenara bırakacak olursak, bu durumda karine, hakkında somut delil bulunamayan bir iletişimin varlığı hakkında kullanılacaktır, yani paralel davranışların ancak bir iletişim sonucu ortaya çıktığı iddia edilecektir. Halbuki gözlemlenen herhangi bir fiyat veya miktar hareketliliğinin bu şekilde tanımlanmış uyumlu eylem sonucu mu oluştuğu yoksa teşebbüslerin benzer şoklara verdikleri cevaplar sonucu mu ortaya çıktığı, yoksa piyasanın kendi rekabet dinamikleri içinde oluşan fiyat dalgalanmalarını mı yansıttığını (bkz. Bölüm 2.6) birbirinden ayırmak son derece zordur. Daha da zor olanı, bu tür bir iddiaya karşı teşebbüslerin rasyonel ve ekonomik gerekçeler ortaya koymasıdır. Bunun sonucunda ihlal (yani teşebbüsler arası irtibat) olmadığı halde bir çok durumda teşebbüsler ihlal içinde bulunacaktır.

Burada tabii ki esas konu, “benzeme şartı”nın nasıl yerine getirileceğidir. “Benzeme şartı” aslında rekabet otoritesine bir ekonomik analiz yapma görevi vermektedir. Bu ekonomik analizin ciddi bir biçimde yapılması, karinenin daha az sayıda durumda tetiklenmesine yol açacağından, karinenin çıplak kullanılmasından doğacak birinci tip hataları bir miktar azaltacaktır. Ancak Türkiye’de rekabet otoritesinin veya en azından kurul kararlarının ekonomik analiz açısından genel olarak zayıf kaldığı sanırız ki kabul edilen bir gerçektir. Dolayısıyla bunun da kısa dönemde hataları azaltacak bir faktör olması zor gibi gözükmektedir.

4. ABD, AT VE TÜRK REKABET HUKUKU REJİMLERİNDE “UYUMLU EYLEM”İN ORTAYA KOYULMASI MESELESİNDE GELİNER NOKTA

Uyumlu eylem karinesinin Türk rekabet hukuku uygulamasında oynadığı rolün değiştirilmesi ve bir politika tercihi olarak kabul edilebilir sonuçlar vermesi için neler yapılabileceği meselesine daha sağlıklı bakabilmek için elbette bu karinenin hakkında çözüm ürettiği alanın başka modern rekabet hukuku rejimlerinde nasıl ele alındığını da dikkatle incelemek gerekmektedir. ABD’de veya AB’de mevcut bulunmayan “uyumlu eylem karinesi”nin bu perspektiften incelenmesinde, “uyumlu eylem” kavramıyla soruşturma yürütülüp sonuca bağlanabilmesi için aranan şartların incelenmesi gerekmektedir. Sonuçta “maddi hakikati bulma kaygısı” bakımından tüm bu rejimlerin aynı iyiniyetli kaygı düzeyinde olduklarının kabulü gerektiğine göre, Türk rekabet hukuku rejimi AT rekabet hukuku rejimine daha yakın dursa da, ABD rejiminin uyumlu eylem konularına ilişkin daha sofistike uygulamasının da gözden geçirilmesi çok faydalı olacaktır.

4.1. ABD Rekabet Hukuku’nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Sherman Yasası’nın uyumlu eylemlere uygulandığı ilk kararlardan günümüze dek rekabet hukukunun asıl amacını, yeterliliğini ve hatta gerekliliğini sorgulamayı gerektiren pek çok çetin mesele ile karşılaşmıştır. ABD rekabet hukuku doktrini bakımından bu süreci *Interstate Circuit v. United States*¹¹⁵ kararıyla başlatmak mümkündür. 1939 yılındaki bu örnek kararın ardından bilinçli paralelliğin başlıbaşına bir rekabet hukuku ihlali olmadığını dönülmez biçimde ortaya koyan *Theatre Enterprises*¹¹⁶ kararını takiben “destekleyici unsurlar (plus factors)”ın önemine değinen *United States v. Morton Salt Co.*¹¹⁷ kararıyla tartışmanın yeni bir boyut kazandığını ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından farklı gerekçelerle onanan¹¹⁸ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*¹¹⁹ kararıyla ve *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*¹²⁰ kararıyla da ortaya çıkan öğretinin iyice şekillendiğini söylemek mümkündür. Teşebbüslerin paralel davranışını konu alan soruşturmalarda kınanabilir bir paralellikten bahsedebilmek için mutlaka aranması gereken

¹¹⁵ *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)

¹¹⁶ *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954)

¹¹⁷ *United States v. Morton Salt Co.*, 235 F.2d 573, 577 (10th. Cir. 1956)

¹¹⁸ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395 (1959).

¹¹⁹ *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)

¹²⁰ *Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962).

'destekleyici unsurlar'ın gerekliliği ve bunların neler olduğu açık hale geldikten sonra, *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*¹²¹, *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*¹²² ve *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*¹²³ gibi son dönem kararlarıyla Sherman Yasası'nın teşebbüslerin paralel davranışa dayalı ve fakat anlaşma içermeyen eylemlerine hangi esaslar çerçevesinde uygulanacağı konusunda müstakar içtihat oluşmuştur. Bugün ABD rekabet hukukunda uyumlu eylemin varlığından yahut "gizli işbirliği (tacit collusion)"nden bahsedebilmek için bilinçli bir paralelliğin yanısıra "destekleyici unsurlar"ın aranması gerektiği açık olduğu gibi, özellikle yakın tarihli *In re Baby Food Antitrust Litigation*¹²⁴ kararından bu yana, bir oligopol pazarında fiyat takipçiliğini gösteren delil ve bulguların pazarın yapısının zaten bunu gerektirmesi sebebiyle bilinçli paralellik unsurunu ortaya koymaya yetmediği ve üstelik her durumda bilinçli paralellige ek olarak "destekleyici unsurlar"ın da *Matsushita*¹²⁵ davası ile belirlenen ispat standardını tutturacak biçimde ortaya koyulması gerektiği kabul edilmektedir.

Matsushita uyarınca, iddia sahibinin "soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde" delili ortaya koyması standardı aranmaktadır. ABD rekabet hukuku düzeninde uyumlu eylemlerin ispatında uyulması gereken ispat standardını, özellikle de oligopol piyasalarındaki uyumlu eylem iddialarına ilişkin yükseltilmiş ispat standardını bir defa daha net bir biçimde ortaya koyan bir diğer karar ise bundan üç sene kadar evvel verilmiştir. *Williamson Oil Co.*¹²⁶ kararında, her ne kadar bilinçli paralellige ek olarak bir destekleyici unsurun ortaya koyulması bir uyumlu eylemin varlığını aksi ispatlanabilir bir biçimde ispatlamaya yetse de, bu "destekleyici unsur"un *başlıbaşına soruşturulan teşebbüslerin bağımsız davranmış olabilecekleri olasılığını ortadan kaldırmaya yetecek durumda olması* aranır. Bu davada söz konusu olan bir oligopol pazarı olduğu için, bilinçli paralellige ek olarak ortaya koyulan şu unsurlardan hiçbirinin *Matsushita* standardında bir "destekleyici unsur" ortaya koymaya yetmediği ve uyumlu eylemden ceza verilmesinin mümkün olmayacağı karara bağlanmıştır: Sinyalleme, teşebbüsün kendi ekonomik

¹²¹ *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978)

¹²² *Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982)

¹²³ *Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation*, 723 F.2d 238, 304 (3d Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985)

¹²⁴ *In re Baby Food Antitrust Litig.* (3rd Cir. 1999)

¹²⁵ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 US 574 (1986)

¹²⁶ *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA* (11th Cir. 2003)

menfaatine aykırı hareketi, yabancı memleketlerdeki fiyat tespit aranjmanları, gizli danışıklık için yeterli fırsat elde edilmiş olduğu.

Dolayısıyla, başlıca noktalarına yukarıda yer verdiğimiz bu öğrenme sürecinin sonunda, uyumlu eylem karinesi tipinde bir vasıtanın iyice liberal kullanılması şöyle dursun, oligopol pazarlarında uyumlu eylemin ispatı için getirilen yükseltilmiş ispat standardı altında son derece ciddi bir çalışma yapılmasının ve eğer bir teşebbüsün sorgulanan davranışının bağımsız olması olasılığı varsa bu olasılık delillerle ortadan kaldırılmaksızın teşebbüsün kınanmamasının gerekli olduğu açıklıkla ortaya koyulmuştur.

4.2. AT Rekabet Hukuku'nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Aslında Avrupa Toplulukları rekabet hukukunda da durum çok farklı değildir. Uyumlu eylem kavramının kullanıldığı ilk karar olan Dyestuffs kararında¹²⁷ Komisyon, Avrupa Topluluğu'nun değişik ülkelerinde faaliyet gösteren üreticilerin çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve bu artışların uyumlu eylem neticesinde yapıldığına karar vermiştir. Komisyon ayrıca, üreticiler tarafından fiyat artışlarına ilişkin iştiraklerine ve temsilciliklerine gönderilen talimatların benzerlikler taşımasını üreticiler arasında uyumlu eylem olduğu görüşünün destekleyici delili olarak kullanmıştır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ("ATAD"), Komisyonun Dyestuffs kararını onaylamış ve uyumlu eylemi "[R]ekabet riskine karşı teşebbüsler arasında bilinçli olarak pratik işbirliği oluşturan, anlaşma düzeyine ulaşmamış koordinasyon" olarak tanımlamıştır. Bu tanıma ek olarak ATAD, bilinçli paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini de aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

"[P]aralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, sayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir."¹²⁸ Ayrıca, ATAD kararında teşebbüslerin fiyatlarını arttırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını göz önünde bulundurmalarının ihlal kapsamında olmadığını belirterek paralel davranışları uyumlu eylem kapsamının dışına çıkarmıştır.

Dyestuffs kararından sonraki kararlarda ATAD'ın uyumlu eylem tanımı belirli ölçüde değişmiştir. Özellikle Komisyon'un şeker üreticilerinin paralel

¹²⁷ 24.07.1969 tarihli Komisyon Kararı, 1969 OJ L 195/11 ("Dyestuffs Kararı")

¹²⁸ Case 48/69, ICI-Komisyon "Dyestuffs Kararı", (1972) ECR 619

ithalatın engellenmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olduklarını ileri sürdüğü Suiker Unie kararında,¹²⁹ yukarıda açıklanan Dyestuffs kararlarından hareketle, ATAD uyumlu eylemin oluşabilmesi için gerekli unsurları aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

- (i) Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır,
- (ii) Koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde oluşmalıdır,
- (iii) Bu iletişimin amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

ATAD'ın uyumlu eylemin unsurlarını bu şekilde açıklaması bugün Türkiye'de uyumlu eylem karinesi altında cezaya yol açmaya kafi görülen bazı şartlarda "uyumlu eylem" iddiasıyla soruşturma yürütülemeyeceğini göstermekle birlikte, aslında "dolaylı iletişim" in soyut bir kavram olması dolayısıyla bu dava AT rekabet hukukunda da tam bir netlik oluşturamamıştır.

Komisyon'un kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1984 yılında almış olduğu Wood Pulp II kararında¹³⁰ ise 41 kağıt hamuru üreticisi ve iki birliğin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Kararda, fiyat artışlarının oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikle açıklamanın mümkün olmadığı, "üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin varlığının ve ileriye yönelik olarak yapılan fiyat açıklamalarının pazarı yapay olarak şeffaf hale getirdiğinden bahsederek üreticiler arasında bu şekilde dolaylı iletişim kurulduğu" belirtilmiştir.

Komisyon'un bu kararına karşı kağıt hamuru üreticileri ATAD'a başvurmuşlardır. ATAD konu ile ilgili olarak ekonomistlere pazara ilişkin bir inceleme yaptırmış ve bunun sonucunda Komisyon'un aksine pazarın yapay nedenlerle değil yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle şeffaf hale geldiğini ve bu nedenle pazardaki paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık ile açıklanabileceğini belirterek Komisyon kararının büyük bir bölümünü iptal etmiştir. Ayrıca ATAD, Komisyon'un bilgi değişimine ilişkin bulduğu dokümanları tüm teşebbüsler ile ilişkilendirmesini hatalı bularak bu belge ve dokümanları yaptığı değerlendirmenin dışında bırakmıştır.¹³¹

¹²⁹ 16.12.1975 tarihli Komisyon Kararı ("Suiker Unie Kararı"); ve 40-48,50,54-56,111,113&114/73 sayılı ATAD Kararı, [1975] ECR 1663.

¹³⁰ 19.12.1984 tarihli Komisyon Kararı, ("Wood Pulp II Kararı") 1985 OJ L 85/1

¹³¹ 31.03.1993 tarih ve C-89/85 sayılı ATAD Kararı, [1993] ECR 1307

2000 yılının Mart ayında kartel şüphesi üzerine Danimarka’da büyük bir bira üreticisi olan Carlsberg ile Almanya’nın büyük bira üreticilerinden biri olan Heineken arasında pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşmanın varlığını araştırmak için yapılan yerinde incelemelerde Komisyon 1994 yılının Ağustos ayında yapılan bir toplantı notu da dahil olmak üzere her iki teşebbüsün arasında yapılan görüşmelere ilişkin bir takım belgeler bulmuştur.

Bulunan bu belgeler doğrultusunda Komisyon, teşebbüslerin Roma Anlaşması’nın 81. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşma veya uyumlu eylemin tarafları olduğunu belirten bir soruşturma raporu hazırlanmıştır. Bu soruşturma raporuna teşebbüsler tarafından verilen yazılı savunmalarda söz konusu teşebbüsler arasında hiçbir zaman pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığı, teşebbüslerin ülke pazarlarına girişlerin her halükarda çok zor olduğunu ve bununla birlikte Komisyon’un bulunan delillere dayanarak bu iddiayı sürdürmesi halinde ise bulunan delillerin teşebbüslerin cezai sorumluluklarını doğurabilmek için çok eski olduğunu belirtmişlerdir.

Komisyon, tarafların sunduğu yazılı savunmalarda yapılan argümanlara karşı teşebbüslerin birbirlerinin ülke pazarlarında faaliyette bulunmasını kısıtlayacak anlaşma veya eylemlerinin ihlal olduğunu belirtmiş ve bununla birlikte “soruşturmanın devam edebilmesi için soruşturma raporunda belirtilen iddiaların “destekleyici deliller” ile birlikte yer almasının gerektiğini açıklayarak teşebbüsler nezdindeki soruşturmayı geri çekmiştir.¹³²

Dolayısıyla, AT Komisyonu kararları altında uyumlu eylemden ceza verilebilmesi için paralel davranışın tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olduğunun gösterilmesi ve destekleyici delillere yer verilmesi gerekmektedir.

4.3. Türk Rekabet Hukuku’nda Uyumlu Eylem ve İspat Üzerine

Aslında, son dönemdeki “uyumlu eylem karinesinin çıplak kullanımı” örneklerine gelinceye kadar,¹³³ Rekabet Kurumu da pek çok uyumlu eylem soruşturmasında, özellikle zaten elinde delil olduğu zaman, uyumlu eylem karinesinin asgari kullanım şeklini zimni danışıklık durumunu dışarıda bırakacak biçimde ABD ve AT standartlarına yakın olarak tanımlamıştır. Bu duruma ilişkin somut bilgilere aşağıda yer verilmektedir:

¹³² Komisyon Kararı No: IP/02/1603 Tarih: 04/11/2002 (“Carlsberg – Heineken Kararı”)

¹³³ Örneğin, 13.01.2005 tarihli, 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (“Göлтаş–Denizli Çimento Kararı”) ve 23.09.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (“Maya Kararı II”)

Rekabet Kurulu, Maya üreticilerine karşı 2000 yılında açılan soruşturmada maya üreticilerinin fabrika çıkış fiyatlarında görülen paralellikleri uyumlu eylem olarak değerlendirilmemiştir. Söz konusu kararda bu durum;

“Maya üreticilerinin yönetim merkezlerinde yapılan yerinde incelemelerde üreticiler arasında pazarın özellikle fiyatlar bakımından belirsizliklerini yok etmeye yönelik uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanılmamıştır.

Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız olarak paralel olarak arttırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticileri arasında pazardaki belirsizliği yok edecek nitelikte doğrudan ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla DİE’ce yayınlanan Tüketici Fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bu durumu her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın “ekonomik ve rasyonel gerçekler”i olarak değerlendirmek mümkündür.¹³⁴ şeklinde açıklanmıştır.

Buna ek olarak bu tür oligopolistik pazarlarda uyumlu eylem iddiasının ileri sürülebilmesi için paralel davranışın ötesinde başka destekleyici delillerin varlığı aranmış ve Rekabet Kurulu tarafından aynı kararda “[O]ligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler” denilerek belirtilmiştir. Bunun da nedeni “[B]u tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerinin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. “Oligopolistik Bağımlılık” olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet

¹³⁴ Rekabet Kurulu Kararı no:00-24/255-138, Dosya No: D3/2/A.Ç.-99/2 (“Maya Kararı I”)

gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir” şeklinde açıklanmıştır.

Oysa, eski tarihli kararlara bakıldığında, Rekabet Kurulu'nun Otomotiv Distribütörleri ile ilgili kararında yine oligopolistik piyasada indirim dönemleri ve kampanyaların aynı dönemde diğer piyasa oyuncularını tarafından da uygulanması uyumlu eylem iddiası için yeterli görülmezken somut bir bulgu veya belgeye ulaşılması konusunda son derece hassas davranılmıştır.

“Otomotiv piyasası tüm dünyada sınırlı sayıda oyuncunun bulunduğu oligopolistik yapıdaki bir piyasa özelliği sergilemekle birlikte, bu sektörde rakipler arasında yapılan anlaşma ya da uyumlu eylemler yoluyla rekabetin yatay olarak sınırlanması sık karşılaşılan bir durum değildir. Otomotiv piyasasında karşılaşılan rekabet ihlallerinin genellikle dikey kısıtlamalardan kaynaklandığı görülmektedir.

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre; 4.11.2004 tarihli Akşam Gazetesi'nde yayımlanan Gültekin KARA imzalı haberde yer verilen, Otomotiv Distribütörleri Derneği'nde bir araya gelen otomotiv firmalarının 2.11.2004 tarihinde binek otomobillerin ÖTV oranlarında yapılan vergi artışı fiyatlarına yansıtma ve indirim yapmama konusunda ortak karar aldıkları yönündeki gazete haberi üzerine yapılan inceleme sonucunda, Otomotiv Distribütörleri Derneği üyesi çeşitli teşebbüslerin 2004 yılı Kasım ve Aralık ayları içinde indirim kampanyaları düzenlediğinin görülmesi ve inceleme konusuna ilişkin olarak somut bir bulgu veya belgeye ulaşamaması nedenleriyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”¹³⁵

Benzer biçimde, Rekabet Kurulu'nun sigara pazarına ilişkin yaptığı incelemede pazarın oligopolistik yapısından kaynaklanan bir fiyat takipçiliğinin sabit olduğu ancak bu takipçiliğin bu tür şeffaf pazarlarda pazarın yapısından kaynaklandığı ve salt fiyatların teşebbüsler tarafından takip edilmesinin uyumlu eylem sayılamayacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca uyumlu eylemle ilişkin başka bir bulgunun tespit edilemediği belirtilerek şikayet reddedilmiştir. *“Türkiye sigara pazarı, Tekel gibi önemli derecede pazar gücüne sahip olan bir firmanın bulunduğu yoğunlaşmış oligopol pazardır. Piyasadaki tüm firmalar kendi faaliyetlerini rakiplerinin hareketlerini dikkate alarak düzenlemektedirler. Pazarın sıkı oligopol özelliği olan şeffaf bir pazar olması dolayısıyla*

¹³⁵ Rekabet Kurulu Kararı No: 05-01/8-7 Dosya No: İİ-04-KOK (“Otomotiv Distribütörleri Derneği Kararı”)

teşebbüsler başta fiyat hareketleri olmak üzere birbirlerinin hareketlerini sürekli olarak gözlemlemekte ve herhangi bir teşebbüsün piyasadaki bir uygulamasından kısa zamanda haberdar olmaktadır. Az sayıda firmanın varlığında karşılıklı bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmakta bu durum da fiyat kararlarına etki etmektedir. Bahsedilen piyasa yapısı, az sayıda firma arasında denge oluşmasına neden olmakta, lider firmanın takip edilmesi ve izleyicilerden birinin yaptığı zammı diğerinin öğrenip ona uygun davranmasına yol açmaktadır.

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş., JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş., Tütün, Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. ve British American Tobacco Exports B.V. unvanlı firmaların sigara fiyatlarına birlikte yaptıkları zam uygulamalarına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına ve şikayetin reddine, OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”¹³⁶

Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylem iddiasını incelediği bazı kararlarında destekleyici delil veya yeterli bir bulgu olmaksızın uyumlu eylemden söz edilemeyeceğine ilişkin bazı başka saptamalar da mevcuttur.

“Piyasada devlet kontrolündeki "TEKEL" İdaresinin (TEKEL Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü) varlığı ve faaliyette bulunması nedeniyle oluşan fiyat takipçiliği dolayısıyla teşebbüslerin paralel davranışlar gösterdiği ilgili piyasanın özellikleri göz önüne alınarak, soruşturma sürecinde tespit olunan fiyat paralelliklerinin ekonomik ve rasyonel gerekçeler dışında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal oluşturacak şekilde uyumlu eylem yoluyla gerçekleştirildiğine dair yeterli delil bulunmadığına; dolayısıyla idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verildi.”¹³⁷

Aynı şekilde Rekabet Kurulu aşağıdaki kararında da uyumlu eylem iddiasına ilişkin güçlü veri bulunmadığından Rekabet Kurulu tarafından kararda adı geçen teşebbüslere karşı soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

“Yukarıda yer verilen bilgilerin ışığında; Dalsan Alçı Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Entegre Harç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı

¹³⁶ Rekabet Kurulu Kararı No: 04-31/365-91 Dosya No: 2004-3-37 (“Sigara Kararı”)

¹³⁷ Rekabet Kurulu Kararı No: 02-80/937-385 Dosya No: D3/1/BB-01/2 (“PMSA Philip Morris – JTI Tütün Ürünleri Kararı”) (vurgu eklenmiştir).

Kanun'un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiklerine ilişkin güçlü veri bulunmadığı anlaşıldığından, bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir."¹³⁸

ABD ve AT rekabet hukuku rejimlerindeki standartların maddi hakikati arayan her rejimde elzem olduğunun altını çizen ve bunun uyumlu eylem karinesinin varlığı sebebiyle değişmediğini ortaya koyan bir diğer son derece önemli karar ise Gazete Yayıncıları Kararı'dır. Maliyetlerin farklı olduğu oligopol pazardaki teşebbüslerin fiyat paralellığı olayında fiyatların rekabetin kısıtlandığı, engellendiği ve bozulduğu piyasalardaki duruma benzemesi uyumlu eylemin ortaya konulmasında yeterli bulunmamış, "teşebbüslerin bağımsız şekilde davranmasını engelleyen bir ilişkinin ortaya konulması gerektiği" belirtilmiş ve bu yöndeki araştırma sonucunda destekleyici deliller ile uyumlu eylem iddiası desteklenerek teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına kanaat getirilmiştir. Önemi sebebiyle bu karardan detaylı bir alıntı yapılmıştır. Buna göre:

"Soruşturmanın konusu uyumlu eylem ile satış fiyatının tespit edilmesidir. Bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir:

- *Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.*
- *Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımalı.*
- *İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.*

Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.

Uyumlu eylem vakalarında önemli bir sorun da teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde olduklarının tespiti ve ispatıdır. 4054 sayılı Kanun piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya

¹³⁸ Rekabet Kurulu Kararı No: 03-78/948-392 Dosya No: 2003-1-48 (vurgu eklenmiştir).

kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi halini uyumlu eyleme karine göstermiş ve ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak uyumlu eylemde bulunulmadığının ispatını taraflara bırakmıştır. Ancak, burada olduğu gibi bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir.

Uyumlu Eylem hâlinin tespitinde üç temel bulgunun ortaya çıkartılması yeterlidir. Bu bulgular:

- i- Rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı,
- ii- Rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı,
- iii- Rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı.

Paralel fiyatlandırmanın zorunlu olmadığı, siyasi gazetelerde ve spor gazetelerinde çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğu tespit edilmiştir. Fiyatların birbirleri ile bir ilişki içerisinde oldukları bu durum, hesaplanan korelasyon katsayıları ile de gösterilmiştir.

Haklarında soruşturma yürütülen tarafların genellikle maliyet rakamlarının birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gazete fiyatlarının aynı seviyede tutulmasının maliyetlerin aynı olduğu gerekçesine dayandırılması mümkün görülmemektedir.

Aynı şekilde, tirajları, dolayısıyla gazete satış gelirleri birbirine yakın olan ancak reklam gelirleri birbirinden farklı olan Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinin fiyatlarını aynı seviyede tutmalarını, fiyatları aynı günde ve aynı oranda arttırmalarını benzer maliyetlere dayandırmalarının ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakibin fiyat stratejilerinin öğrenildiği, bu nedenle de fiyat artışlarının aynı tarihe denk geldiği savunması ise, yapılan fiyat artışlarının, raportörler tarafından yapılan yerinde inceleme esnasında elde edilen ve fiyat değişikliği yapılacağına

ilişkin bilgiler içeren toplantı notlarındaki tarihlerden sonra gerçekleşmesini açıklamaktan uzaktır.

Özellikle 1997 yılında, taraflarca fiilen uygulanan fiyatların, enflasyon ve hammadde fiyatlarının yükselmesi sonucu ortaya çıkan maliyet artışlarıyla da açıklanması mümkün değildir. Çünkü, daha önce belirtildiği gibi, bu dönemde fiyatlar oldukça yüksek oranlarda aşağı çekilmiş ve bu durum yaklaşık on ay kadar devam etmiştir. Bu dönemde ortaya çıkan fiyat düşüşleri ve yıl sonuna doğru tekrar indirim öncesindeki fiyat seviyesine yükselme de tarafların benzer maliyet yapılarına sahip olmaları ile izah edilemeyecektir.

...

Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır. Her iki Grubun da ilk madde malzeme teminini yurtdışından sağlamaları nedeniyle benzer maliyet yükü ile karşı karşıya kalacağını düşünmek yanlış olmamakla birlikte eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu noktada, gazete sektörü ile ilgili tespitler de dikkate alındığında, özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki edeceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle maliyetlerin belli kalemlerinin benzer olması, iki grubun belli dönemlerde aynı fiyat düzeyinde satılmasını (hatta bazı tarihlerde aynı gün ve oranda artış yapılmasını) haklı çıkaracak nitelikte değildir.

...

Ulaşılan ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı hatta uygulamaya geçirildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğu açıktır. Bu işbirliği ve yapılan toplantılar, firmalar arasında rekabetin temelini oluşturan "bağımsız olarak karar alma" gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Her firmanın içinde bulunduğu pazarın gereklerine göre davranışlarını belirleme özgürlüğü ticari hayatın bir gereğidir. Ancak, tarafların bir araya gelerek piyasa sistemi tarafından belirlenmesi gereken fiyat gibi unsurlar konusunda karar vermeleri piyasa sisteminin işleyişini engellemektedir. Dolayısıyla, rakip firmanın gelecekte nasıl davranacağını bilinememesi nedeniyle var olan belirsizliğin ortadan kaldırılması, piyasadaki aktörlerin, talep yönlü etkileri kararlarında

dikkate almayacakları anlamına gelmektedir. Bu durum da rekabetin engellendiği piyasaların tipik bir örneğini oluşturur."¹³⁹

Dolayısıyla, aslında yukarıda yer verilen tüm kararlarda da görüldüğü üzere, uyumlu eylem meselesi ABD rekabet hukuku rejiminde, AT rekabet hukuku rejiminde ve epeyce bir süre Türk rekabet hukuku rejiminde benzer biçimlerde ele alınmış vefakat daha sonra Rekabet Kurumu'nun yakın tarihli kararlarıyla¹⁴⁰ bu konuya ilişkin farklı ve daha da agresif bir "uyumlu eylem karinesi" yaklaşımı geliştirilerek bu çalışmada tartıştığımız çeşitli hususların dikkatle ele alınmasını gerektiren bir noktaya gelinmiştir.

5. SONUÇ YERİNE

Uyumlu eylemlere hangi politikalar ve standartlar doğrultusunda yaklaşılacağı zaten tüm dünyada rekabet hukuku öğretisinin en önemli konu başlıklarından biri halini almıştır. Bu sebeple, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinde yer verilen ve başka ülke mevzuatlarında bulunmayan bir imkan mevcut da olsa, sonuçta hem uyumlu eylem karinesinin soruşturmayı çevreleyen şartlara uygun ve ölçülü kullanılması hem de soruşturmadaki doğru amaca hizmet etmek yerine uzun vadede refahı azaltıcı etki yaratma tehdidi yarattığı durumlarda terk edilmesi Rekabet Kurumu'nun birincil vazifelerindedir. Bir rekabet hukuku soruşturmasındaki maddi hakikati bulma amacı ve teşebbüsleri piyasanın yapısından dolayı cezalandırmaktan kaçınma özeni aynı kabul edilebilecekse, ki aynı kabul edilebileceği ümit edilmektedir, ispat standardı aynı şartlar altında bazı rekabet hukuku düzenlerinde daha da yukarı çekilirken diğer bir rekabet hukuku düzeninde bu standardı iyice aşağı çeken yeni yorumlara imza atılması tercihinin dikkatli bir hukuki ve ekonomik çözümlenmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Rekabet hukukunun bu en çetin alanlarından birinde, yani gizli işbirliklerinin cezalandırılmasına ilişkin sınıırın çizilmesi konusunda, kolay etiketlere başvurmak ve uyumlu eylem karinesinin çıplak kullanımını tek başına ispata yeterli görmek bu alandaki sofistike meseleleri çözmeyecek, ancak geçici bir süreyle ve muhtemelen hatalı olarak o meselelerin üstünü örterek pazarlardaki teşebbüsleri de o süre boyunca daimi bir ceza tehdidinin altına sürükleyecektir. Dolayısıyla, artık rekabet hukuku doktrininde genel olarak "oligopol sorunu" olarak bilinen mesele de dahil olmak üzere, pazardaki teşebbüslerin "anlaşma"

¹³⁹ Rekabet Kurulu Kararı No: 00-26/291-161 Dosya No: D2/2/Ş.YA.-99/1 ("Gazete Kararı")

¹⁴⁰ Örneğin, 13.01.2005 tarihli, 05-05/42-17 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ("Göлтаş – Denizli Çimento Kararı") ve 23.09.2005 tarihli, 05-60/896-241 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ("Maya Kararı II")

düzeyine varmayan paralel davranışlarıyla ilgili olarak, “uyumlu eylem karinesi”nin varlığına rağmen, daha özenli bir uygulama rotası çizilmesi gereklidir. Bunun ilk minik ve yapıcı adımını atma ümidinde olan bu çalışmada, uyumlu eylem karinesine dayalı uygulamanın dikkatle gözden geçirilebilmesi için gerekli bazı çözümlere yer verilmiştir.

Ümit ediyoruz ki, bu çalışmada, herhangi bir irtibat delili ortaya koymadan, sadece piyasa sonuçlarından kalkınarak ihlal sonucuna varmanın, yani karine hükmünü çıplak bir biçimde kullanmanın, belli başlı uluslar arası uygulamalara uymayan ve pek de görülmemiş ve denenmemiş bir girişim olduğunu göstermiş bulunuyoruz.

Bu çalışmada sunduğumuz analiz, aynı zamanda karinenin bu tür kullanımı ile, uyumlu eylem tanımının da uluslar arası uygulama ile karşılaştırıldığında daha belirsiz bir hale geldiğini, ve tanımlanmaya muhtaç olduğunu da ortaya koymaktadır. ABD’nin rekabet hukuku uygulamasında açık bir biçimde, Avrupa Birliği uygulamasında ise *en azından* ispat için gerektirdiği deliller itibariyle, dolaylı veya dolaysız iletişim içermeyen koordinasyon biçimleri rekabet ihlali sayılmamaktadır. Oysa karine mantığının çıplak kullanılması halinde durum o kadar açık olmayacaktır. Yukarıda da sorduğumuz gibi, karine neyin karinesi olacaktır? Zımnî danışıklığın mı, yoksa aslında ispat edilemeyen veya hakkında delil bulunamayan ama teşebbüslerin davranışlarını koordine etmelerine yarayan bir irtibatın mı?

Bu iki gözlem, karine hükmü hakkındaki tartışmaya Rekabet Kurumu’nun da katılmasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Eğer bu tartışmanın verimli olması isteniyorsa rekabet Kurumu’nu şu konular hakkındaki görüşlerini ortaya koyması yararlı olacaktır:

Rekabet Kurumu uyumlu eylem deyiminden ne anlamaktadır?

Zımnî danışıklık, yani teşebbüslerin aralarında koordinasyon veya bir irade birliği sağlamaya yarayacak herhangi bir doğrudan veya dolaylı bir iletişim veya irtibat içinde bulunmadan piyasadaki hareketleri yolu ile koordinasyon sağlamaya çalışmaları, rekabet hukukunun ihlali midir?

Uluslararası uygulamadan ciddi bir biçimde uzaklaşmanın analitik temeli nedir? Karinenin mevcut hali ile çıplak bir biçimde uygulanması halinde 1. tip hatalardan nasıl kaçılacaktır?

Burada bir noktanın altını çizmenin yararı vardır. Kuşkusuz, Türkiye’de rekabet hukukunda herhangi bir yorum ve uygulamanın ABD veya Avrupa Birliği veya herhangi başka bir örnekten uzaklaşmasının tek başına eleştirilecek bir yanı

yoktur. Eğer uluslar arası örneklerin hatalı olduğu veya yeni gelişmeler karşısında yenilenmeleri gerektiği kanısına varılırsa tabii ki bu örneklerden farklı yorum ve uygulamalar geliştirmek doğru ve gerekli olacaktır. Ayrıca uluslar arası örnekleri sorgulamadan kopya etmenin kendi başına sakıncalı olduğu ve entelektüel tembelliğe yol açacağı da açıktır. Ancak, özellikle ABD ve Avrupa Birliği uygulamalarının uzun yıllar alan bir deneyim ve öğrenme sonucunda oluştuğu, ciddi bir ekonomi ve hukuk birikimi temeline dayandığı, bu temelin oluşmasında akademik dünyanın önemli bir katkısının olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu örneklerden ciddi bir biçimde uzaklaşan bir yorum ve uygulamaya geçmeden önce bu geçişin neden yapıldığı, örneklerin hangi açılardan yetersiz olduğu, geliştirilen yeni yorum ve uygulamanın bu yetersizlikleri nasıl giderdikleri, ne tür yeni riskler içerebilecekleri gibi konuların açık bir biçimde tartışılması ve ortaya koyulması yararlı olurdu.

RKHK'nun tasarımı sırasında böyle bir analitik çaban muhtemelen gösterilmiştir ancak bu tartışmalar kamuoyuna yansımamıştır. Şimdiye kadar bu pek önemli değildi çünkü her ne kadar kâhün karine hükmünün burada tanımlandığı anlamıyla çıplak bir biçimde kullanılmasına izin veriyor ise de uygulama zaten Avrupa Birliği uygulamasına yakındı. Oysa şimdi durumun değıştiği görülmektedir. Bu değışiklik hakkında Rekabet Kurumu yukarıdaki soruları cevaplayan bir gerekçelendirmeyi henüz yapmamıştır, yapması gereklidir.

Karine hükmünün çıplak kullanımının sık bir biçimde birinci tip hataya yol açabileceği konusunda bir görüş birliğinin oluşması halinde, o zaman muhtemelen ilk tartışılacak konu, "benzeme şartı"nın yanı sıra birinci tip hataları asgariye indirecek başka şartların olup olmadığıdır. Örneğin, uyumlu eylemin farklı boyutları hakkında farklı tetikleme şartlarının olması faydalı olabilir mi? Bizzat benzeme şartının kendisi farklı bir biçimde formüle edilebilir mi? Karine gibi bir hükmü kullanmanın esas amacı ikinci tip hataları azaltmak ise bu tip hatalar esas hangi tür şartlar altında daha muhtemeldir? Fiyat paralelliği veya paralel fiyat artışı bunlardan biri mi? Bu tür soruların çoğalması, ve bunlara cevap bulmak üzere bir tartışmanın sürdürülmesi karinenin gözden geçirilmesinde yararlı olacaktır.

KAYNAKLAR

- Haan, marco, Lambert Schoonbeek ve Barbara M. Winkel (2005) "Experimental Results on Collusion: The Role of Information and Communication" http://www.encore.nl/documents/Haan_ExperimentalResults.pdf
- Harstad, Roland, Stephen Martin ve Hans Theo Normann (1988) "Experimental Tests of Consciously Parallel Behavior in Oligopoly," Louis Philips, ed., *Applied Industrial Economics*, Cambridge University Pres içinde.
- Martin, Stephen (1993) "On the Divergence Between the Legal and Economic Meanings of Collusion" <http://www.mgmt.purdue.edu/faculty/smartin/vita/diverge.pdf>
- Maksin, Eric ve Jean Tirole (1988) "A Theory of Dynamic Oligopoly, II: Price Competition, Kinked Demand Curves and Edgeworth Cycles" *Econometrica*, 56: 571-599.
- Motta, Massimo (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Pres.
- Neven, Damien, Penelope Papandropoulos ve Paul Seabright (1998) *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms* Londra: CEPR
- Philps, L (1995) *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge University Press.
- Werden, Gregory, J. (2004). "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory", *Antitrust Law Journal*, 719-800.

KARARLAR

- Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939)
- Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp. 346 US 537 (1954)
- United States v. Morton Salt Co., 235 F.2d 573, 577 (10th. Cir. 1956)
- Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States, 260 F.2d 397, 401 (4th Cir. 1958)
- Delaware Valley Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., 297 F.2d 199, 205 n. 19 (3rd Cir. 1961), cert. denied, 369 U.S. 839 (1962)
- Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978)
- Quality Auto Body v. Allstate Ins. Co., 660 F.2d 1195 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1020 (1982)
- Japanese Elec. Prods. Antitrust Litigation, 723 F.2d 238, 304 (3d Cir. 1983), cert. granted, 105 S. Ct. 1863 (1985)
- In re Baby Food Antitrust Litig. (3rd Cir. 1999)
- Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 US 574 (1986)
- Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA (11th Cir. 2003)
- “Dyestuffs Kararı”, 24.07.1969 tarihli Komisyon Kararı, 1969 *OJ L 195/11*
- “Dyestuffs Kararı”, Case 48/69, ICI-Komisyon (1972) ECR 619
- “Suiker Unie Kararı”, 16.12.1975 tarihli Komisyon Kararı; 40-48.50,54- 56,111, 113&114/73 sayılı ATAD Kararı, [1975] ECR 1663
- “Wood Pulp II Kararı”, 19.12.1984 tarihli Komisyon Kararı, 1985 *OJ L 85/1*; 31.03.1993 tarih ve C-89/85 sayılı ATAD Kararı, [1993] ECR 1307
- “Carlsberg – Heineken Kararı”, 04/11/2002 tarihli Komisyon Kararı No: IP/02/1603
- “Gölaş – Denizli Çimento Kararı”; No: 05-05/42-17; Dosya No: 2003-1-67; 13.01.2005
- “Maya Kararı I” No:00-24/255-138; Dosya No: D3/2/A.Ç.-99/2; 27.06.2000
- “Maya Kararı II”; No: 05-60/896-241; Dosya No: 2003-3-39; 23.09.2005

“Otomotiv Distribütörleri Derneği Kararı”, No: 05-01/8-7 Dosya No: İİ-04-KOK;
06.01.2005

“Sigara Kararı”, No: 04-31/365-91; Dosya No: 2004-3-37; 03.05.2004

“PMSA Philip Morris-JTI Tütün Ürünleri Kararı”, No: 02-80/937-385; Dosya
No: D3/1/BB-01/2; 24.12.2002

“Alçı Kararı”, No: 03-78/948-392; Dosya No: 2003-1-48; 11.12.2003

“Gazete Kararı”, No: 00-26/291-161; Dosya No: D2/2/Ş.YA.-99/1; 17.07.2000