

REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE
DEVRALMALAR SEMPOZYUMU

REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR SEMPOZYUMU

22 NİSAN 2011 İSTANBUL

Üniversiteler Mah. 1597. Cadde No: 9 06800 Bilkent / ANKARA
ISBN: 978-975-5479-09-1

www.rekabet.gov.tr



**REKABET HUKUKUNDA
BİRLEŞİM VE DEVRALMALAR
SEMPOZYUMU**

**Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası
Rekabet Kurumu**

Düzenleme Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİŞİK - Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU
Fevzi ÖZKAN - Doç. Dr. Tahir SARAÇ - Z. Gonca ÜNDÜL

22 Nisan 2011
STANBUL

Sayfa Düzeni ve Yayına Hazırlama
Zerşin AKSU ÜLKER

Basıldığı Yer
Cem Veb - Ofset Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Alinteri Bulvarı No: 29 Ostim/ANKARA

ISBN 978-975-5479-09-1

YAYIN NO

0268

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
AÇILIŞ KONUŞMALARI	
Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİŞİK 5 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı	5
Prof. Dr. Selahattin SARI 9 Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı	9
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI 11 Rekabet Kurumu Başkanı	11
Nuri TUNA 15 ISO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı	15
I. OTURUM	
İKTİSAT VE HUKUK PERSPEKTİFİNDEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR	
Doç. Dr. Mustafa ATEŞ 21 Rekabet Kurulu İkinci Başkanı (Oturma Yöneticisi)	21
Ali DEMİRÖZ REKABET KURULUNUN GENEL ÇERÇEVESİ 23	23
Hüsnü DİNÇSOY TÜRKİYE’DE BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMİNİN DİNAMİKLERİ 29	29
Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİNİN EKONOMİK VE HUKUKİ GEREKÇELERİ 35	35
SORU ve CEVAPLAR 49	49

II. OTURUM

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ

Prof. Dr. Lerzan YILMAZ	52
Maltepe Üniversitesi (Oturum Yöneticisi)	
Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL AT-BİRLEŞME KONTROLÜ- BAZI ELEŞTİREL GÖZLEMLER.....	55
Jose Maria CAPRI BADIA AB (KOMİSYON) UYGULAMASINDA BİLDİRİM EŞİKLERİ.....	67
John IVORY İNGİLTERE'DE BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ.....	81
SORU ve CEVAPLAR	99
Orçun SENYÜCEL 2010/4 SAYILI TEBLİĞİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER GENEL ÇERÇEVE	103
Salim AYDEMİR 2010/4 SAYILI TEBLİĞE GÖRE İLGİLİ TEŞEBBÜS VE CİRONUN BELİRLENMESİ.....	113
Yrd. Doç. Dr. Harun KILIÇ REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARDAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE ORTAK GİRİŞİMLERİN (JOINT-VENTURES) DEĞERLENDİRİLMESİ	121
SORU ve CEVAPLAR	137

**REKABET HUKUKUNDA B RLE ME VE DEVRALMALAR
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011
STANBUL*

AÇILI KONU MALARI

Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİ İK
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Selahattin SARI
Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

Nuri TUNA
SO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı

Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)- Rekabet Kurumunun Sayın Başkanı, değerli üyeleri, değerli İSO üyeleri, Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekanım, sayın öğretim üyelerim, değerli katılımcılar, yabancı konuklarımız; Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesiyle İstanbul Sanayi Odası ve Rekabet Kurumunun iş birliğiyle düzenlenen “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar” konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Rekabet çağında yaşıyoruz. İçinde bulunduğumuz çağın temel özelliklerinin başında galiba rekabetçi olma durumu geliyor. Spordan ticarete, sanayiden bilime, sanattan inovasyona ve reklamcılığa kadar, rekabetin olmadığı alan yok gibi. Başarılı olanlar hep rekabette öne geçenler.

Tabii, rekabet deyince, bizim öğrencilik yıllarımızdan ya da üniversitedeki derslerimizden aklımızda kalan hep tam rekabet piyasası, eksik rekabet, giderek rekabetin haksız rekabet boyutları. İnsan üzerinde düşününce, birden, ne kadar derin bir konu olduğunu, iki kelimeyle geçtiği pek çok kavramın aslında çok derinlere gittiğini zaman içinde görüyor.

Bu önemi giderek artan rekabet olgusu karşısında Türkiye ekonomisinin ve Türk özel sektörünün son yıllarda küresel sistem içinde rekabet alanında büyük deneyimler kazandığını söylememiz mümkün; giderek hızla öğreniyoruz. Bu bilimsel toplantının da söz konusu gelişmelere hem teorik anlamda, kuramsal anlamda, hem de pratikte karar alma mekânizmasına yardımcı olmasını gönülden diliyoruz.

Rekabet olgusu dinamik bir süreç. Günümüzde ekonomik gücün ana kaynağının teknoloji ve iletişim alanındaki küresel dönüşüme dayalı rekabet üstünlüğü olduğu bir gerçek.

Rekabeti biçimlendiren bu yöntemler olarak şirketlerin evlilikleri ve devralmalar konusu şimdi dinamik ekonominin dikkat çekici sektörlerinden biri. Zaten gazetelerdeki ve televizyonlardaki ekonomi programlarında ve sayfalarında hep bu şirket evlilikleri, devralmalar konusunun çok güncel olduğunu görüyoruz. Demek ki bu, tüketicilerin ya da izler kitlenin de çok dikkatini çeken bir konu oluyor.

Şimdi sempozyumun açış konuşmalarına geçmek istiyorum. İlk konuşma için Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Güzin Üçışık'ı mikrofonu davet ediyorum; buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Güzin ÜÇI İK

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Değerli konuklar, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odasıyla birlikte düzenlediğimiz Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Rekabet hukuku alanında yetkin ve çok değerli oturum başkanlarına, konuşmacılara söz vermeden önce, bu sempozyumu düzenleme ihtiyacını neden hissettiğimize dair izninizle birkaç söz söylemek istiyorum.

Bilindiği üzere piyasa ekonomisinin temelini oluşturan serbest rekabet, kendisinden beklenen yararları ancak piyasalarda rekabetin etkin bir şekilde var olabileceği bir rekabet ortamının yaratılması ve sürdürülmesi hâlinde gerçekleştirebilir.

Devletin rekabeti koruma amacıyla ekonomiye müdahale aracı Rekabet kanunlarıdır. Rekabet kanunlarının koruduğu menfaat, rekabetin sağlayacağı umulan yararlar nedeniyle serbest rekabet ortamıdır.

Çağdaş rekabet teorilerinde benimsenen rekabet anlayışına göre rekabet politikalarının amacı, piyasalarda tam rekabetin değil, çalışabilir, etkin rekabet ortamının tesisidir.

Rekabet ortamını korumak için pazarı düzenleyici hiçbir müdahale olmadığı takdirde, serbest rekabet kendini yok ederek yerini, ekonomik güçlerin merkezileştiği yoğun bir tekelleşmeye bırakma eğiliminde olduğundan, piyasadaki rekabeti koruyucu ve teşvik edici düzenlemeleri öngören Rekabet kanunları piyasa ekonomisinin hukuki altyapısını ve güvencesini oluşturur.

Bilindiği üzere birleşme ve devralmalar rekabet ortamı üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler doğurabilmektedir.

Birleşme ve devralmalar; teknolojik gelişmeyi takip edebilen büyük teşebbüslerin oluşması, uluslararası rekabet gücünün artması gibi olumlu ekonomik tesirlerin yanı sıra, birçok durumda da, ilgili teşebbüslerin piyasada hâkim duruma gelmelerine ve bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları sonucu rekabetin etkinliğinin ortadan kalkmasına da yol açabiliyor. Piyasa ekonomilerinde serbest rekabetin sahip olduğu önem dolayısıyla, rekabet ortamını bu tür tehlikelere karşı korumak için birleşme ve devralma işlemlerinin rekabet makamlarınca denetime tabi tutulması zorunludur.

Teşebbüslerarası birleşme ve devralmaların denetimi; özellikle az sayıda teşebbüsün büyük pazar paylarını ellerinde tuttuğu, piyasaya birlikte hâkim oldukları, oligopol piyasaların da yoğun bir şekilde görüldüğü ve dolayısıyla etkin rekabetin fiilen yaşanmadığı Türkiye için, ulusal ekonomi açısından bir zorunluluk olduğu kadar, Türkiye'nin uluslararası taahhütleri bakımından da bir yükümlülüktür.

Türkiye'yle Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliği kararıyla hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla; rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatı Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlaştırma ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama taahhüdü çerçevesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7'nci maddesiyle, hâkim durumu güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki birleşme ve devralma işlemleri yasaklanmaktadır. Aynı maddenin devamında ise, belirli nitelikteki işlemlerin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için önceden Rekabet Kurumuna bildirilerek izin alınması öngörülmüş ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için hangi tür birleşme ve devralmaların Kuruma bildirilerek izin alınması gerektiği, Kurulun çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği düzenlenmiştir. Bunun üzerine, 1997 tarihinde, Rekabet Kurumundan izin alınması gereken birleşme ve izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin neler olduğu açıklanmıştır. Ancak, Rekabet Kurumunun bugüne kadarki uygulama tecrübesi ışığında, mevcut sistemde birtakım eksiklikler ve aksaklıklar görülmüş, söz konusu tebliğ 2010 tarihinde yenilenmiş, 7 Ekim 2010 tarih ve 27.772 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu tebliğde; birleşme ve devralma sayılan hâller ve birleşme ve devralma sayılmayan hâller açıkça belirtilmiş, bildirim hangi hâllerde yapılacağı açıklığa kavuşturulmuş, bildirim usul ve esasları ile değerlendirmeye ilişkin yeni düzenlemelere gidilmiştir. Teşebbüsler açısından bildirim hangi hâllerde yapılacağının bilinmesi, yüksek cezalar ile karşı karşıya kalınmaması açısından çok önemli.

Oldukça detaylı olarak kaleme alınan bu düzenlemede, ciro eşiklerinin hesaplanmasında, sadece birleşme ve devralma işlemine taraf olan teşebbüslerin ciroları değil, bunların bağlantılı oldukları teşebbüslerin de ciroları dikkate alınmıştır. Ayrıca, bildirim usul ve esasları ile ilgili değerlendirmeye ilişkin yeni düzenlemelere gidilmiş, aynı zamanda, tebliğ ekinde yer alan Bildirim Formunda da önemli değişiklikler yapılmış, rekabet açısından sakınca doğurma ihtimali düşük olan birleşme ve devralmalar için Bildirim Formunun bazı bölümlerinin

doldurulması zorunluluğu kaldırılarak teşebbüsler açısından daha kolay başvuru imkânı sağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemenin önemi dolayısıyla, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odasının birlikte düzenlediği bu panele iştiraklerinden dolayı değerli panelistlere, mensubu olduğum Üniversitem adına çok teşekkür ediyorum. Ayrıca, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odası yöneticilerine ve siz değerli konuklarımıza, bu sempozyuma ilgilinizden dolayı çok teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)- Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Güzin Üçışık'a teşekkür ediyorum.

İkinci konuşmayı yapmak üzere Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Profesör Doktor Selahattin Sarı'yı mikrofonta davet ediyorum; buyurun Hocam.

Prof. Dr. Selahattin SARI

Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Rekabet Kurumunun ve İstanbul Sanayi Odasının çok değerli Başkan ve temsilcileri, gerek yurt dışından, gerek yurt içinden bu Sempozyumu bildirimleriyle destekleyen, katkı veren çok değerli öğretim üyesi dostlarımız ve siz değerli dinleyiciler; öncelikle Üniversitem adına ben de hepinize hoş geldiniz diyorum, teşekkürlerinizden dolayı teşekkürlerimi arz etmek istiyorum.

Serbest piyasa ekonomisi, artık üzerinde tartışması olmayan, tüm dünya tarafından, insanlığın refah payının artırılması noktasından en son bulunan en iyi piyasa modeli olduğu malum.

Piyasa sisteminin işleyişiyle ilgili de biliyorsunuz, “Lese fer, lese pase (bırakın yapımlar, bırakın geçsinler) diye bir slogan var. Ancak, bu sloganla kendisini ortaya koyan sistemin, özellikle küreselleşmenin en üst noktasına gelmiş olduğu çağımızda, günümüzde gerek dünyada, gerekse ülkeler içerisinde tam anlamıyla işlerlik kazandığını da söylemek mümkün değil. Halbuki, serbest piyasa modelinin işleyişinin temel dinamiklerini sağlayan rekabettir. Rekabetin olmadığı yerde kişilerin refah payının artması mümkün değildir. Dolayısıyla bu noktada, gereken gözetlemeyi, denetlemeyi yapacak olan kurumların, müesseselerin de oluşması gerekiyor; bu hem ülkeler boyutunda, hem ülke içerisinde sürekli bir şekilde yerini almasıyla mümkün olabilecek bir yapıyı gerektiriyor. Bu doğrultuda, tabii ki sadece ilgili kurumların görevleri üstlenerek tek başlarına belli bir başarıya ulaşmaları şeklinde düşünülmemelidir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, hatta bu kurumun temel enstrümanlarından olan firmalarımızın, kişilerimizin, şirketlerimizin, üzerlerine düşen görevleri bu noktada da üstlenmeleri gerekir.

Beykent Üniversitesi, üniversite hayatı açısından çok eski Üniversitelerimizden değil. 1997’de kurulmuş olmakla birlikte, gerek öğretim üyesi kadrosuyla, gerek öğrenci kapasitesiyle çok kısa bir zamanda çok mesafe almış, 12 binleri aşan öğrenci sayısına ulaşmış, Türkiye’nin sayılı eğitim müesseselerinden biri hâline gelmiştir.

Dışarıdan bakıldığı zaman üniversitelerin temel görevleri; eğitim alanında hizmet vermek, öğrencilerimize, gençliğimize belirli eğitimleri sağlamak gibi görülmekle birlikte, bir diğer temel görevi de, piyasanın içerisinde bulunun tüm kurum ve kuruluşların, devletin gerekli organlarının ihtiyacı olan fikirlerin üretilmesinde ve yaşatılmasında katkı sağlayacak aktivitelerde de bulunabilmektir. Bu doğrultuda Üniversitemizin tüm birimleri üzerine düşeni yapmaya

çalışmaktadır. Uluslararası organizasyonlar yapılmaktadır; örneğin işletmecilik alanında “Stratejik Management Kongreleri”, ekonomi alanında “Avrasya Ekonomileri Kongreleri” artık gelenekleşmiştir ve ülkemizde olduğu gibi, ülke dışında da, katılımcıların da vermiş olduğu imajlarla uluslararası boyutlara taşınmıştır. Diğer taraftan, çok genç, daha henüz mezun vermemiş olan Hukuk Fakültemiz de, her sene ulusal ve uluslararası boyutta düzenlemiş olduğu Sempozyumlarla katkı sağlamaktadır ve artık Hukuk fakülteleri içerisinde ses getiren Fakültelerden birisi hâline gelmiştir. Bu vesileyle kendilerini kutluyorum.

Tabii ki, üniversitemizin elindeki mevcut imkânlarla tek başına büyük organizasyonları gerçekleştirme şansları zayıftır. Kendilerine diğer kurumlar tarafından da destek verilmeli ki, hep birlikte belirli bir başarıya ulaşılabilir. Bu doğrultuda özellikle iş dünyasına teşekkürlerimi arz etmek istiyorum; her türlü programda bize destek olmuşlardır, katkı sağlamışlardır. Kamu kurumlarına teşekkür etmek istiyorum. Bakın, böylesi güzel bir organizasyonda, serbest piyasanın temel taşlarından olan iş adamlarının temsilcileri de burada, bu işle ilgili denetimi yapacak olan kurumların temsilcileri de burada, fikir boyutunda katkı sağlayacak olan Üniversitemizin temsilcileri de burada yerini almıştır.

Bu tip organizasyonların bundan sonra da el birliği içerisinde devamını temenni ediyoruz, inşallah olacaktır diyoruz ve inanıyoruz.

Bu doğrultuda, bu Sempozyumun oluşmasına katkı sağlayan, destek veren tüm kurum ve kuruluşlara teşekkürlerimi arz ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)- Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Profesör Doktor Selahattin Sarı’ya teşekkür ediyorum.

Efendim rekabet, hem ekonomi içinde, hem uluslararası ekonomide son derece geçerli olan ve can alıcı bir kavram. Tabii, genel olarak uluslararası rekabette büyük yarış, sermaye-yoğun üretim yapan, bu tekniği kullanan gelişmiş ülkeler arasında geçiyor. Ekonomik veriler de aslında, rekabet gücü artan bu toplumlarda refah düzeylerinin yükseldiğini işaret ediyor.

Rekabet anlayışı, rekabet kültürünün geliştirilmesi misyonunu üstlenen Rekabet Kurumunun, ekonominin toplam rekabet gücünün artırılması yönündeki çalışmalarını da burada özenle vurgulamamız gerekiyor.

Şimdi Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Profesör Doktor Nurettin Kaldırımçı’yı mikrofona davet ediyorum; buyurun Hocam.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Rekabet Kurumu Ba kanı

Beykent Üniversitesinin çok değerli Rektör Yardımcısı, değerli Hukuk Fakültesi Dekanı, değerli öğretim üyeleri, İstanbul Sanayi Odasının çok değerli yöneticileri, Rekabet Kurumundan arkadaşlarım ve tabii ki sanayicilerimiz; bu program, Sayın Rektör Yardımcısının da dediği gibi, anlamlı, önemli, esasen güzel bir modelin de somutlaşması anlamına geliyor. Bir tarafta Rekabet Kurumu, bir tarafta Üniversite ve bir tarafta sanayicilerimiz, ekonomide önemli görevler üstlenen aktörlerimiz; bu modelin kalıcı olmasını, bu uygulamaların yaygınlaşmasını, kurumsallaşmasını yürekten temenni ediyorum. Emegi geçen bütün arkadaşlara teşekkür ediyorum, başarılar diliyorum.

Aramızda yabancı misafirlerimiz de var; davetimizi kabul ettiler ve Avrupa Birliği Komisyonundan, İngiltere'den, Almanya'dan teşekkür ettiler. Kendilerini öğleden sonra dinleyeceğiz. Kendilerine de çok teşekkür ediyoruz. Bu program onlar için de anlamlı bir iz, bir hatıra olur ümidi içindeyim.

İstanbul Sanayi Odasıyla son zamanlarda başka bir program için görüşmelerimiz sürüyor; inşallah, mutabakat tesis edilirse Sanayi Odamızın üyelerine, 6 ay sürecek, belki de 1 yıla yayılacak bir program teklif edeceğiz. Çeşitli sektörler, gruplar itibarıyla, rekabet hukukunun güncel, aktüel meselelerini ana hatlarıyla, ne olduğunu-ne olmadığını kendileriyle paylaşmak istiyoruz. Oda yönetimi, Sayın Başkan konuyu çok önemsediklerini ifade etti. Görüşmelerimiz sürüyor. Aynı programı İstanbul Ticaret Odası ile de yapacağız. Yüz binlerce üyesi olan İstanbul Ticaret Odasının ve tabii Sanayi Odasının -ki Türkiye ekonomisinde çok önemli ağırlıkları olduğunu biliyorum- bizlerle yaptıkları bu iş birliği bizi heyecanlandırmaktadır.

Geçen yıl, 2010 Rekabet Mektubu'nu 3-5 ay süreyle ana sayfasında ilan eden, bulunduran İstanbul Sanayi Odasına şahsi olarak ve Kurumum adına minnettarlığımızı huzurunuzda ifade etmek istiyorum. Rekabet hukuku, rekabetin kurumsallaşması sadece bir kamu kurumunun misyonu olmamalıdır, başarı için daha fazlasına ihtiyaç var. Eğer rekabet, toplumsal açıdan, ekonomik açıdan önemliyse, anlamlıysa, bütün toplumsal grupların, bütün toplumsal aktörlerin bu sorumlulukta, bu misyonda bir görevlerinin olması lazım. Sanayi Odamızın, yine aynı şekilde Ticaret Odamızın, TOBB yönetiminin, -bu vesileyle onu da ifade edeyim- bu konudaki katkıları bizim için unutulmaz nitelikte.

Rekabet hukukunun toplumsal hayatımızda, ekonomimizde etkin şekilde uygulanması çabasını ısrarla sürdürüyoruz.

Rekabet kurumlarının başarılı olması için, rekabet hukukunun ne olduğunun, neye yaradığının, temel gerekçesinin toplumsal çevre bakımından, herkes tarafından bilinmesi gerekiyor. Rekabet, ülke açısından, ekonomi açısından, teşebbüslerimiz açısından, tüketiciler açısından, eğer modern bir paradigma olarak benimsenmiş ise, takdimci Beyefendi Erkan Beyin ifade ettiği gibi, bunu herkesin bu şekilde anlamasında zorunluluk var. Rekabet, herkesin yararına ise, bundan söz ediyorsak, bütün toplumsal kesimlerin bu yararı arttıracak bir duyarlılık içinde olmasına ihtiyaç var. Hayatın her alanında rekabet o kadar da belki sevimli bir şey değil, bizi zorluyor ama hayatın gerçeği ise, bu gerçeğe dokunmamız lazım, bu gerçekle barışmamız lazım, bu gerçeği yönetmemiz lazım. Sadece toplumsal bir aklın değil, belki uluslararası aklın da desteğini sağlamamız lazım.

Rekabetin etkin şekilde uygulanması, rekabet hukukunun kurumsallaşması çizgisinde, dünyada, gelişmiş ülkelerde tarihi süreç içinde bu konu nasıl anlaşıldı, nasıl uygulandı, ne tür gelişmeler söz konusu oldu ve bugün mevcut durum itibarıyla kimler ne yapıyor; bunu bilmek hepimize vizyon kazandıracaktır, misyonumuzu daha iyi anlamaya yol açacaktır.

Tabii ki, kendi ülkemize dönük bir kısım çıkarımlar, bir kısım sonuçlar da üretmek lazım. Birleşik Devletler’de, İngiltere’de çok iyi uygulanan bir sistem ayrımı planında belki bizim ülkemizde biraz daha dikkatle ele alınmalıdır.

Bunları görmek, bunları ortaya koymak bakımından, kendi toplumsal çevremizde, ekonomimizde etkin olmak bakımından bütün bunları herhâlde konuşmak gerekiyor, tartışmak gerekiyor. Bir bakıma, mevzuatımızı ve organizasyonumuzu da güçlendirmekten söz ediyorum, bunun gerekli olduğundan söz ediyorum.

Biz kamu hizmeti yapıyoruz. Bu kamu hizmetini bir başarıya dönüştürmek gibi bir hedefimiz, bir çabamız var. Gelecekte, bugün icra edeceğimiz programın belki anlamlı bir hatıra, bir iz olarak tarihe geçmesi, bizim için bir başarı göstergesi olacaktır.

Üniversite yöneticilerimize, İstanbul Sanayi Odası yöneticilerine, Rekabet Kurumundan arkadaşlarıma ve çok değerli sanayicilerimize, böyle bir ortamın teşkilindeki katkıları için minnettarlığımı, saygılarımı, sevgilerimi tekrar sunuyorum.

Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)- Biz de Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Profesör Doktor Nurettin Kaldırımca'ya teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar, günümüzün zorlu ekonomik koşulları, kısa vadeli acil sorunların ivedi çözümünün yanı sıra, rekabet gücüne dayalı bileşenleri açısından da uzun vadeli bakışın hiç kaybedilmemesi gerektiğini bize hatırlatıyor. Bu temel perspektifin takipçisinin, ülkenin en büyük Sanayi Odası olan İstanbul Sanayi Odasının olmasından daha doğal bir şey yok.

Şimdi, aramıza son anda katılan, -İstanbul'un zorlu trafik koşullarını aşarak geldiler- sempozyumun ortak kuruluşlarından biri olan İstanbul Sanayi Odasının Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı Sayın Nuri Tuna'yı mikrofonu davet ediyorum; buyurun efendim.

Nuri TUNA

SO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı

Sayın Başkan, çok değerli konuşmacılar, değerli konuklar; İstanbul Sanayi Odası adına sizleri saygıyla selamlıyorum ve hoş geldiniz diyorum.

Beykent Üniversitesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odası iş birliğiyle düzenlenen AB ve Türkiye Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar konulu sempozyuma hoş geldiniz diyorum. Değerli konuklar, küresel rekabet koşulları, sürdürülebilir rekabetçilik ve teknoloji yönetimi gibi pek çok yeni kavramı ve firmalar için de bu yeni kavramlara uyum zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.

Hızla değişen ve yeniden şekillenen ekonomik ortamda ayakta kalabilmek için yeni vizyonlar edinme, iş süreçlerini yeniden tanımlama ve yeniden yapılanma kaçınılmaz hâle gelmiştir. Ancak yeniden yapılanmanın bir maliyeti vardır ve çoğu zaman firmalar, bu maliyeti karşılamaya yetecek özkaynaktan veya gerekli finansal kaynaklara ulaşma imkânından mahrumdurlar.

Şirket birleşmeleri ve devralmaları, finansal anlamda sıkıntı yaşayan, ama buna rağmen rekabet gücünü geliştirmek isteyen firmalar için önemli bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirket birleşmeleri şirketlere daha güçlü bir oyuncu olma fırsatı vermektedir ve bu doğrultuda sektörlerin de ön sırada olmaları için faydalar sağlamaktadır. Ancak şunu da biliyoruz ki; birleşme ve devralmalar kontrolsüz bir şekilde gerçekleştiği takdirde piyasadaki diğer oyuncular açısından sorunlar ve sıkıntılar yaratabilmektedir. Daha küçük oyuncuların ezilmesi, hâkim durumun kötüye kullanılması, kartelleşme veya tekelleşmeye kadar uzanabilecek sorunların önüne geçilebilmesi için, daha en başından önlem alınması ve bazı kontrol mekanizmalarının kurulması gerektiği açıktır.

Değerli konuklar, Türk ticari hayatında oldukça yeni olan birleşme ve devralmalar ülkemizde öncelikle, holdingler bünyesinde benzer şekilde iş yapan grup şirketlerinin birleşmesiyle gündemimize gelmiş, daha sonra bankacılık ve medya sektörlerimizde de uygulanmaya başlamış ve son dönemde de, perakende ve perakende sektörüne hizmet veren sanayi kollarında yaygınlık kazanmaya başlamıştır.

Bu olumlu örneklerle rağmen, ekonomimizin geneline baktığımızda, muhafazakâr yönetim ve iş anlayışı başta olmak üzere çeşitli nedenlerle şirketlerimizin devralma ve birleşmelere mesafeli yaklaştığını görmekteyiz. Ne yazık ki, bu tip yapılanmaların büyük ölçekli gruplarla sınırlı kaldığını

görmekteyiz. Oysa, birleşme ve satın almaların yaygınlaşması, şirketlerimizin ve dolayısıyla ekonomimizin küresel rekabet koşullarına uyum sağlaması açısından büyük önem taşımaktadır. Zira, küresel rekabetin gerektirdiği yeniden yapılanmayı ancak güçlerimizi birleştirerek yakalayabiliriz.

İstanbul Sanayi Odası olarak âdeta slogan hâline getirdiğimiz bir sözü ifade etmek istiyorum: Okyanuslara açılırken büyük ve dayanıklı gemilere ihtiyaç vardır. Küresel pazarları hedefliyorsak, “küçük olsun benim olsun” anlayışını bir kenara bırakmalı ve büyük gemiler yapmak üzere yola çıkmalıyız.

Güçlerimizi birleştirmek, ölçek ekonomisini yakalamak açısından önem taşımaktadır. Diğer taraftan, kaynakları kısıtlı KOBİ’lerimiz, ar-ge ve inovasyon başta olmak üzere küresel rekabetin gerektirdiği yatırımları ancak bir araya gelerek yapabilmektedirler.

Güçlerimizi birleştirmek için, birbirimize güvenmeyi, şeffaf olmayı ve bilgi paylaşmayı öğrenmek durumundayız. Bu noktada, kurumsallaşma ve kayıt altına geçiş de önem taşımaktadır.

Sözlerimi bitirirken şunu söylemek isterim: Evet, birleşme ve devralmalar rekabet gücü açısından çok önemlidir, birleşme ve devralmaları teşvik edici düzenlemeleri hayata geçirmeliyiz; ancak bu süreçte, birleşme ve devralmalar neticesinde doğabilecek komplikasyonları da engellemek ve çok sağlam bir hukuki altyapıya oturtmak da hepimizin görevidir. Bunun için, adaylık sürecinde Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamaları hassasiyetle irdelenmelidir. İşte bu kapsamda, birleşme ve devralmalar konusunun hem sosyal, hem ekonomik, hem de hukuki boyutu ile Avrupa Birliği ve Türkiye perspektifinden ele alınacağı bir etkinliğin çok önemli bir adım olduğunu düşünüyorum.

Sempozyumun organizasyonu nedeniyle Beykent Üniversitesi ve Rekabet Kurumuna tekrar teşekkür ediyorum, sizleri İstanbul Sanayi Odası adına saygıyla selamlıyorum.

Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)- İSO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı Sayın Nuri Tuna'ya bu güzel konuşması için teşekkür ediyoruz. Değerli katılımcılar, değerli konuklar; açılış konuşmaları burada sona eriyor.

Gerçekten, Kurum Başkanının da belirttiği gibi, rekabet, bireysel ve toplumsal hayata her bakımdan nüfuz etmesi gereken ve dikkate alınması gereken bir anlayış ve düşünce biçimi olmak gerekiyor. Bireysel özgürlük ve girişimlerin gelişmesi, rekabet olgusu etrafında biçimlenen değerlerin eğitimde, özellikle medyada, iş dünyasında, kamu yönetiminde, toplumsal hayatın her alanında kabul görmesi ve özendirilmesi gerekiyor. Bir taraftan da, Sayın Tuna'nın belirttiği gibi, uluslararası rekabete açılmak için de, bu devralmaları ve "Merger" olayını desteklemek gerekiyor, tabii bunun kurallarına uymak koşuluyla.

Hepinize saygılar sunarken, bundan sonraki ilk oturumumuzun Başkanını buraya davet edeyim ve huzurlarınızdan saygıyla ayrılıyım.

Birinci Oturumumuzun konusu "İktisat ve Hukuk Perspektifinden Birleşme ve Devralmalar", Oturum Başkanı ise, Rekabet Kurulu İkinci Başkanı Sayın Doçent Doktor Mustafa Ateş.

Buyurun Hocam, sözü size bırakıyorum ve sempozyuma başarılar diliyorum.

**REKABET HUKUKUNDA B RLE ME VE DEVRALMALAR
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011
STANBUL*

I. OTURUM

**KT SAT VE HUKUK PERSPEKT F NDEN
B RLE ME VE DEVRALMALAR**

Doç. Dr. Mustafa ATE
(Oturum Yöneticisi)
Rekabet Kurulu kinci Ba kanı

Ali DEM RÖZ
Rekabet Kurumu

Hüsnü D NÇSOY
Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR
Beykent Üniversitesi

Doç. Dr. Mustafa ATE

*Rekabet Kurulu ikinci Ba kanı
(Oturum Yöneticisi)*

Bu organizasyonun düzenlenmesine katkıda buldukları için İstanbul Sanayi Odasına ve Beykent Üniversitesine teşekkür ediyorum.

Rekabet, her alanda olduğu gibi iktisadi hayatta da çok önemli. Dolayısıyla, hukuk düzeni bu alanı düzenlemek için özel bir kanun vazetmiş ve iktisadi arenada faaliyet gösteren teşebbüslerin uyması gereken kuralları, kaideleri bir yasayla belirlemiş ve bu kuralların uygulanması konusunda da çeşitli kurumlar teşkil etmiş; Rekabet Kurumumuz da onlardan biri.

Rekabetin önemini zaten, rekabete ilişkin olarak benden önce açılış konuşmasını yapan değerli başkanlar, Rektör Yardımcımız ve Dekanımız vurguladılar. Ben zamanı etkin kullanma adına daha fazla uzatmadan bu oturumda yer alacak değerli konuşmacılarımızı kürsüye davet etmek istiyorum.

Rekabet Kurumu 2. Daire Başkanı Sayın Ali Demiröz'ü, Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman Ortağı Sayın Hüsnu Dinçsoy'u ve Beykent Üniversitesinden Sayın Yardımcı Doçent Doktor Bünyamin Gürpınar'ı kürsüye davet ediyorum.

İktisadi rekabet alanını düzenleyen 4054 Sayılı Kanunda üç temel prensip vazedilmiş: Bunlardan birisi, iktisadi aktörlerin rekabetçi bir piyasada, iktisadi hayatta, iktisadi parametreleri, arzı, üretimi, faaliyette buldukları alanlarda, pazarlarda anlaşmalarla veya uyumlu eylemlerle belirlemeleri yasaklanmış; diğer ayağı ise, piyasa gücüne sahip teşebbüslerin, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, zayıf durumda olanları piyasa dışına itmelerini veya piyasaya girişleri engellemelerini yasaklıyor; üçüncü prensip ise, şirket birleşme ve devralmalarının denetlenmesi. Kanun koyucu, iktisadi gücün belli ellerde temerküz ederek rekabeti olumsuz yönde etkileme potansiyelini ortadan kaldırmak amacıyla şirketler arasındaki birleşme ve devralmaları kontrol altına almak istemiş. Birleşme ve devralmaların mutlaka müspet tarafları var, yani teknoloji, ar-ge, inovasyon ve uluslararası rekabet gücü açısından çok önemli ama, bu gücün belli ellerde toplanarak, zayıf durumda olanların piyasaya girememeleri veya piyasadaki atılmaları riskini de göz önünde bulundurduğu için birleşme ve devralmaların kontrolü önemli. 4054 Sayılı Kanunun 7'nci maddesinde, birleşme ve devralmaları denetleme yetkisi Rekabet Kuruluna verilmiş ve Rekabet Kurulu da bunu, kanunun uygulanması amacıyla çıkardığı tebliğler vasıtasıyla denetliyor. Bizim Birleşme ve Devralmalarla İlgili tebliğimiz 2010 yılında değişti ve

1 Ocak'ta yürürlüğe girdi. Dolayısıyla, yeni bir sürece girmiş bulunuyoruz. Bu bakımdan, bu sempozyum önemli.

Bu çerçevede sözü önce Rekabet Kurumu 2. Daire Başkanı Sayın Ali Demiröz'e vereceğim. Ali Bey, rekabet hukukunun temel esaslarından bahsedecek. Burada çok değerli rekabet hukukçusu, rekabet iktisatçısı meslektaşlarımız var, aynı zamanda, bu alanda bilgi ihtiyacı olan katılımcıların olduğunu da görüyoruz. O bakımdan, mukaddime (giriş) mahiyetinde olmak üzere rekabet hukukunun temel esaslarından bahsedecek.

REKABET KURULUNUN GENEL ÇERÇEVES

Ali DEM RÖZ

Rekabet Kurumu, 2. Daire Başkan Vekili

Sayın Başkanın da söylediği gibi, ben sizlere bu sempozyumun kapsamında olmayan, genel tanıtıcı bir sunum yapmaya çalışacağım; bilenler sıkılacaktır mutlaka. Süreyi de kısa tutmaya çalışacağım, çünkü benim söyleyeceklerimin bir kısmı açılış konuşmalarında söylenmiş durumda. Ben çok hızlı bir şekilde, sistematik bir şekilde, bugün üzerinde konuşacağımız birleşme ve devralmaların içine oturduğu rekabet hukuku sistemini çok genel hatlarıyla anlatmaya çalışacağım.

Biz bu tür sunumlara hep rekabetin öneminden bahsederek, “niçin rekabet” diyerek başlarız; konuşmalarda söylendiği için bu slaydımı atlıyorum. Ekonomik etkinlik, hepimiz için daha ucuz ürünler, daha kaliteli ürünler, seçim özgürlüğü, teknolojik gelişme ve bunların sonucunda da, şirketlerimizin uluslararası alanda rekabet edebilirliğinin artırılmasını rekabetin sağladığı faydalar olarak görüyoruz.

Rekabet bu kadar önemliyse rekabet hukuku niçin gerekli? Gene açılış konuşmalarında söylendi; piyasa ekonomisinin temeli aslında, teşebbüslerin özgürce davranıp piyasada kararlarını kendilerinin almasına dayanıyor. Bu özgürlük zaman zaman, piyasayı kendi başına bıraktığımızda, rekabetçi sürecin bozulmasıyla sonuçlanabiliyor. Bunlar neler? Gene bugün çok tekrarlandı; rekabeti bozucu anlaşmalar yoluyla bu piyasa ekonomisinden ve rekabetten sağladığımız faydalar azalabiliyor, piyasada yüksek pazar gücüne sahip olan firmaların yaptığı birtakım davranışlar rekabeti engelleyebiliyor ve gene bugün üzerinde konuşacağımız, birleşme ve devralmalar, yani piyasalarda yüksek pazar gücü oluşturan işlemler yoluyla da piyasalarda rekabet kısıtlanabiliyor. Dolayısıyla, bu davranışları önlemeye dönük olarak düzenlemelere ihtiyacımız var ve rekabet hukuku da temel olarak bize bunu sağlıyor.

Rekabet hukukunun amacı ne? Tabii ki amaç, “sadece tek başına rekabet olsun” değil, rekabetin sağladığı ekonomik etkinlik yoluyla toplumsal refahın artırılması.

Rekabet hukuku tek başına bir yerde mi dolaşıyor, tek başına bir şeyler mi yapmak istiyor? Hayır. Rekabet hukukunun da, devletin müdahale araçlarının, başka enstrümanlarının da içinde bulunduğu, bir paket hâlinde “rekabet politikası” dediğimiz bir kavrama da ulaşıyoruz. En önemli aracı rekabet hukuku

olan, ama rekabet hukuku dışında, devlet yardımları gibi, münhasır ve özel haklar dediğimiz tekel ve imtiyazlı kuruluşlara yönelik kurallar gibi, piyasalarda rekabetin zor olduğu alanlardaki sektörel düzenlemeler ve dış ticaret gibi konular bir bütün olarak devletlerin, kamunun rekabet politikasını oluşturuyor. Dediğimiz gibi, rekabet hukuku da, bu politikanın en önemli aracı olarak bu politika içerisinde kendisine yer buluyor.

Türkiye'deki rekabet hukuku sistemini anlayabilmek için, çok kısaca, dünyadaki rekabet hukuku nasıl ortaya çıkmış, nasıl gelişmiş diye baktığımız vakit, modern anlamda ilk rekabet hukuku uygulamasının 1890'larda Sherman Yasasıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıktığını görüyoruz. Burada, ticareti sınırlayan anlaşmalar, tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs etme yasaklanıyor. Onun ardından gelen kanunlarla, birleşmelerin denetimi ve buradaki kurumsal yapı ortaya çıkmış durumda. ABD'den sonra dünyadaki en önemli rekabet hukuku sistemi, Roma Anlaşmasında getirilen kurallarla Avrupa Birliği'nin oluşturduğu bir rekabet hukuku sistemi. Burada da, Amerika'daki düzenlemelere benzer şekilde, rekabeti bozucu anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanıyor. Daha sonra, bu kurallarda verilen yetkiler nedeniyle Komisyonun çıkardığı bir Birleşme tüzüğü var ki, bugün konuşacağımız birleşme ve devralma kurallarının kaynağı da buradan geliyor diyebiliriz.

Özellikle 1990'larla birlikte, rekabet hukuku sisteminin yaygınlaşmasına yönelik bir açık eğilim ve yaklaşım tüm dünyada kabul edildi ve şu anda 100'ün üzerinde, UNCTAD verilerine göre 112 civarında ülkede rekabet hukuku sistemi mevcut.

Dünyadaki uygulamaları bu şekilde çok kısa özetleyebiliriz.

Türkiye'de rekabet hukuku sisteminin dayanağı, başlangıcı nasıl diye baktığımız zaman, aslında bizim 1982 Anayasamızın 167'nci maddesi devlete, piyasaların iyi işlemesi için tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme görevi veriyor. Bu önleme görevine rağmen, 1990'ların başına kadar biz aslında Türkiye'de bir Rekabet Kanununun oluşturulamadığını görüyoruz. 1982 Anayasasından önce, 1970'lere dayanan hazırlıklar var ama, bizim için, Türkiye'de bir rekabet hukuku sisteminin benimsenmesinin temel güdüsü Avrupa Birliği'yle ilişkiler ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı, yani Gümrük Birliğine dair anlaşma, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyumlu bir rekabet hukuku sistemi kabul etmesini ve bu kuralları uygulayacak bir kurum kurması taahhüdünü içerdiğinden, 13 Aralık 1994'e geldiğimizde, bu güdüyle bizim bir Rekabet Kanunumuz oluşuyor ve 1997'de Rekabet Kurumunun oluşturulmasıyla da bu kurallar fiili olarak hayata geçirilmiş oluyor.

Sayın Başkan da başta tekrarladı; rekabet hukuku sisteminin en önemli mevzuatı olan 4054 Sayılı Kanun 60 küsür maddeden oluşmasına rağmen temel hükümleri 4 madde altında toplanabilecek durumda. Bugün bunlar çok tekrar edildi. 4'üncü maddesi, anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklayan maddesi. 5'inci maddesi, muafiyet maddesi. Onu birazdan açıklayacağım. 6'ncı maddesi, hâkim durumun kötüye kullanılması. 7'nci maddesi de, bugün üzerinde çok çok konuşacağımız birleşme ve devralmalar maddesi.

Kanunun temelini, kapsamını söylerken, kanun neyi içermiyor, onu da birazcık ifade etmek lazım. Biz, 14'üncü yılımıza geldiğimiz bugünlerde bile hâlâ kanunun çerçevesinin ve fonksiyonunun çok iyi anlaşamadığımızı görüyoruz.

4054 Sayılı Kanun haksız rekabete yönelik hükümler içermiyor; yani rakiplerin ürünlerini kötülemek, onları küçük düşürmeye çalışmak gibi uygulamalar, Ticaret Kanununda kendisine yer bulan ve mahkemelerde çözülebilecek hususlar. Gene, tüketici şikâyetleri dediğimiz, faturalarda, ödeme şekillerinde, garantilerde ortaya çıkan sorunlar da gene rekabet hukuku, Rekabet Kanunu kapsamında ele alınamayacak sorunlar olarak gözüküyor. Çok şikâyet aldığımız ama, Rekabet Kanunu kapsamında çok fazla bir şey yapamadığımız kayıt dışı da gene kanun kapsamı dışında kalan, en azından kanunun bize bu konuda araç olarak bir şey sunmadığı konulardan bir tanesi. Yanlış ve yanıltıcı reklamlar da, -Rekabet Kurulu ve Reklam Kurulu şeklinde bir karışıklıktan dolayı çok fazla şikâyet aldığımız bir konu- bir başka mevzuatla düzenlendiğinden Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilmiyor. Gene, ithal ürünlerin standartlarından veya dumping dediğimiz uygulamalardan kaynaklı dış ticarete yönelik şikâyetler de zaman zaman gelebiliyor; bunlar da Rekabet Kanunu kapsamı dışında kalan konular.

4 tane temel hüküm var demiştik. Bu temel hükümlerin belki de en önemlisi, anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaklanması. Eğer teşebbüsler arasındaki anlaşmalar rekabeti bozucu amaç içeriyorsa ya da böyle bir amaç içermese bile etkileri rekabeti bozuyorsa bunlar Rekabet Kanunu tarafından yasaklanıyor.

Ne tür anlaşmalardan bahsediyoruz? Yatay dediğimiz anlaşmalar özellikle karteller; yani, aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, fiyat gibi, üretim miktarı gibi konularda oturup birlikte karar veriyorlar. Rekabet Kurulunun son dönemdeki kararlarına da konu olmuş örneklerden kısaca bahsederek burayı geçeyim. Mesela beyaz ette üreticilerin arz miktarını belirlemeye yönelik anlaşmaları, diyaliz sektöründe kamu ihalelerine yönelik anlaşmalar, yakın zamanda banka ve otomotivle ilgili alınmış olan kararlar, rakiplerarası yatay anlaşmalara örnek olarak verebileceğimiz uygulamalar.

Anlaşmalar sadece rakipler arasında olmuyor; dikey anlaşmalar dediğimiz bayilik anlaşmaları da zaman zaman rekabeti kısıtlayıcı hükümler içerebiliyor. Bu anlaşmalar da, eğer içinde rekabeti kısıtlayıcı hükümler varsa yasağa konu olabiliyor.

Kanunumuzda bir uyumlu eylem karinesi var; müsaade ederseniz bu konuyu atlamak istiyorum. Başkan Bey süremi kısalttığı için buna girmeye gerek yok.

Bu çerçevede teşebbüs birliği kararları da yasaklanabiliyor. Teşebbüs birliği dediğimiz; teşebbüslerin bir araya gelerek kurdukları, tüzel kişiliği olan ya da olmayan birlikler, odalar, dernekler. Bunlar, eğer açık bir kanuni dayanağı yoksa, asgari ücret tarifesi yayınlamak gibi, boykot gibi kararları da rekabeti kısıtlayıcı olarak bulunabiliyor.

Tüm anlaşmalar, uyumlu eylemler ya da kararlar yasağa tabi; genel bir yasak var. Zaman zaman görüyoruz ki, bu anlaşmaların, rekabeti kısıtladığı kadar tüketicilere ve piyasalara olan birtakım yararları da söz konusu olabiliyor. Dolayısıyla, kanun bize, anlaşmaların rekabeti bozucu yanlarının yanında faydalı yönlerini de ele almamızı sağlayacak bir muafiyet sistemi getiriyor. Eğer anlaşmalar teknik gelişmeyi, iyileşmeyi sağlıyorsa, tüketiciler bundan fayda buluyorlarsa ve bu piyasalarda rekabet de önemli ölçüde azalmıyorsa, -dört tane şartımız var- anlaşmalar muaf tutulabiliyor; böyle bir sistemimiz var. İki tür muafiyetten bahsetmek mümkün. “Grup muafiyeti” dediğimiz, Kurulun belli tür anlaşmalara yönelik olarak çıkardığı grup muafiyetleri. Bu kapsamda olan anlaşmalar doğrudan grup muafiyeti çerçevesinde değerlendiriliyor ve 4’üncü maddenin uygulamasından muaf tutuluyor. Mevzuatımızda yer bulan, “dikey anlaşmalar” dediğimiz; en geniş uygulama şekliyle, bayilik ve dağıtım anlaşmaları, motorlu taşıtlar, araştırma-geliştirme anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları. Sigorta sektörüne yönelik olarak da bizim grup muafiyeti tebliğlerimiz var. Bu tebliğler kapsamında olmasa da, bireysel olarak, her bir anlaşmanın tek başına bu dediğimiz şartlar çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün.

Kanunda yer alan ikinci önemli yasak, hâkim durumun kötüye kullanılması. Hâkim durum kanunda tanımlanmış durumda; rakiplerden, müşterilerden bağımsız olarak ekonomik parametreleri (fiyat gibi) belirleyebilme gücü olarak tanımlayabiliriz. Hâkim durumda olmak yasak değil, ama hâkim durumu kötüye kullanılmak yasak. Teşebbüsler kendi çalışmalarıyla pazarda güçlü bir pozisyona gelebilir, bunda bir sıkıntı yok ama, bu güçlerini dışlayıcı ve sömürücü bir şekilde kötüye kullanırlarsa, -kanunda bunların örnekleri veriliyor- bu da yasak kapsamında.

Son dönemde aldığımız kararlara ilişkin ne tür uygulamalar olabilir? Mesela; Türk Telekom ve TTNET'in, internet piyasasında rakiplerine, faaliyetlerini zorlaştırıcı fiyat sıkıştırması uygulaması, yakın zamanda aldığımız, gazetecilik piyasasında rakipleri dışlayıcı indirim ve prim uygulamaları, gene telekom sektöründe münhasırlık uygulamaları, ilaç sektöründe mal vermeyi ret ya da ayrımcılık diyebileceğimiz uygulamalar ve aşırı fiyat diyebileceğimiz, hâkim olan ya da tekel diyebileceğimiz durumdaki firmaların çok yüksek fiyat uygulamaları bu kapsamda değerlendirilebilecek konular.

Birleşme ve devralmalar üçüncü önemli yasağımız ve rekabet hukukunun önemli sac ayaklarından birisini oluşturan maddemiz. Bugün çok fazla konuşulacak ama şunları satır başlarıyla, bir bütün olarak söylemek istiyorum:

Birleşme ve devralmalar, bizim en son değiştirdiğimiz tebliğ çerçevesinde denetimi gerçekleştirilen işlemler. Ciro eşiklerini aşan işlemlerin Rekabet Kurumuna bildirim zorunlu. Bildirilen bu işlemleri Rekabet Kurumu neye göre değerlendiriyor? Kanunda öngörülmuş, "Hâkim durum testi" olarak söyleyeceğimiz bir test var. Hâkim durum yaratan ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar yasak.

Yasaklama bakımından; Kurumun genel eğiliminin izin verme yönünde olduğunu, yasaklama kararının çok az olduğunu ve taahhütlere uyma yükümlülüğü çerçevesinde de zaman zaman şartlı izne başvurduğunu söylemem yeterli. Özelleştirmelerin de Türkiye'ye özgü bir şekilde birleşme ve devralma kontrolüne tabi olduğunu ve ayrı bir tebliği kapsamında değerlendirildiğini bütünlük açısından söylemek gerekiyor.

Rekabet Kurumu/Kurulu bu yasakları uygularken ne tür yetkiler kullanıyor; onları kısaca, satır başlarıyla söylemek istiyorum.

Eğer bir ihlal tespit ederse, bu ihlale son verilmesi için tedbir alma yetkisine sahip. Gene, incelemeleri sırasında telafi olunamayacak zararların ortaya çıkacağını düşünüyorsa geçici tedbiri alma yetkisi var. İncelemelerini sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmek için tüm kamu kuruluşlarından ve teşebbüslerden bilgi isteme yetkisine sahip. Gerektiği durumlarda teşebbüslerde yerinde incelemeler yapma yetkisine kanunen sahip.

Rekabet Kurulunun ne tür müeyyideleri var diye baktığımızda, kanunun, temel olarak idari para cezası esasına dayalı bir müeyyide sistemi getirdiğini görüyoruz.

Temel yasaklamalara aykırılık dediğimiz; anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve yasak olacak nitelikli bir birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslere cirolarının yüzde 10'una kadar ceza veriliyor. Gene

benzer bir şekilde, bu ihlalde belirleyici etkisi bulunan yöneticilere de bu cezanın yüzde 5'i oranında idari para cezası uygulanıyor. Ayrıca, bilgi vermeme gibi, yerinde inceleme yaptırmama gibi, usulü diyebileceğimiz ihlallere yönelik olarak da ciroya dayalı oranlı para cezaları öngörölmüş durumda.

Cezaların nasıl verileceğine ilişkin bir yönetmeliğimiz, düzenlememiz var. Gene, karteller bakımından, kartele katılanlar eğer karteli Rekabet Kuruluna bildirirlerse cezadan muafiyet sağlamaları ya da indirim sağlamaları mümkün olabilir. Rekabet Kurulunun doğrudan kullanabileceği bir yetki olmamakla birlikte, kanun özel hukuk müeyyideleri de öngörüyor; yani kanuna aykırı olarak yapılmış işlemlerin ve anlaşmaların hukuken yok sayılması ve bundan zarar görenlerin de 3 katı kadar tazminata başvurmaları mümkün.

Rekabet Kurumu incelemelerinde nasıl bir usul izliyor? Kanun detaylı bir idari usul getiriyor (detaylarına girmeyeceğim.) İncelemeyi kimlerin yapacağı, süreler belirtiliyor. Soruşturması yürütölen teşebbüslerin savunma hakları, -ki soruşturmaya giderse teşebbüslere inceleme sürecinde üç yazılı, bir sözlü savunma hakkı veriliyor- dosyaya erişim hakları bulunuyor. Kanunda, gerekçeli kararlarda nelerin bulunacağı çok ayrıntılı, detaylı bir şekilde belirtilmiş. Kurulun nasıl toplanacağı, nasıl karar alacağı ve bu kararı nasıl yayınlayacağı da belirlenmiş konular.

Rekabet Kurulu kararlarının da idari kararlar olduğunu ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da temyiz imkânının bulunduğunu da bu çerçevede söylemek gerekiyor.

İdari yapısı nasıldır?

Rekabet Kurumunun karar alma organı olan 7 üyeli bir Rekabet Kurulu var. Bu 7 üye değişik kurumların aday göstermesiyle Bakanlar Kurulu tarafından atanıyor. Bir Başkanlık ve hizmet birimleri var. Başkanlık, İkinci Başkan ve Başkan Yardımcısı yönetiminde Kurum hizmet birimleri faaliyetlerini sürdürüyor.

Temel olarak bizim söylediğimiz bu incelemeleri yapan mesleki daireler de, sektörel ayrıma, değişik sektörlerdeki uzmanlığa dayalı olarak inceleme, araştırma ve soruşturma faaliyetlerini yürütüyorlar.

Umarım bu kadar kısa sürede Türkiye'deki rekabet hukuku sistemi konusunda derli toplu bir sunum yapabilmişimdir. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

TÜRK YE'DE B RLE ME VE DEVRALMA LEM N N D NAM KLER

Hüsnü D NÇSOY

*Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman Orta ı ve
M&A Grup Lideri*

Bugünün ajandasına baktığım zaman genelde hukukçuların olduğunu gördüm. Ben, hukukçu olmayan ender konuşmacılardanım, finansçıyım. Price'ye 1988 girişliyim; bunun 4 yılı Almanya'da geçti. 20 yılı aşkın süredir PricewaterhouseCoopers'in Danışmanlık Grubunun ortağı olarak çalışıyorum. Kendimi böyle kısaca tanıttıktan sonra, Türkiye'deki, "M&A" diye nitelendirdiğimiz birleşme ve satın almalar konusunda biraz bilgi vermek istiyorum.

Konuşmanın içinde, bir kısmı Türkçeye çevrilmiş, bir kısmı Türkçede olan-olmayan bazı İngilizce terimler olacak. Dolayısıyla şimdiden, bu İngilizce terimleri kullandığım için özür diliyorum.

Kısaca birleşme ve satın almalar dediğimiz zaman, Türkiye piyasasında son yıllarda önemli bir hareketlilik görülüyor. Biliyorsunuz, 2004 yılının başına kadar ortalama yabancı yatırım 1 milyar dolar seviyesindeyken, 2004'ten 2008'e olan süreç içinde, özellikle büyük özelleştirme işleri, büyük banka işlemleri dolayısıyla yabancı yatırım tutarı zaman zaman 20 milyar dolarlar seviyesine geldi, bugünlerde de yine 10 milyar dolarların üzerinde rakamlardan bahsediyoruz. Türkiye'ye gelen yabancı yatırım inanılmaz boyutlara ulaştı. Geçmiş dönem ile karşılaştırdığımız zaman ülkemize çok büyük bir ilgi var. Bu ilgi 2008 yılının ortasından 2009 yılının ortasına kadar önemli ölçüde yavaşladı; ben yaklaşık 1995 yılından beri M&A danışmanlığı yaptığım için bunu rahatlıkla gözlemleyebiliyorum. O dönemde, dünyadaki kriz dolayısıyla yabancı girişinin ya durduğunu, ya o sürecin yavaşladığını gördük; ama ondan sonra tekrar bir hızlanma var ve bugün M&A işleri yine aynı hızda devam ediyor.

Ne tür bir süreçte danışmanlık yapıyoruz; isterseniz kısaca bu süreçten bahsedeyim. M&A dediğimiz zaman ne anlıyoruz, nedir; biraz o dinamiklerden bahsedeceğim. En son olarak da, bu süreçte rekabet nereye oturuyor, biraz ondan bahsetmek istiyorum.

M&A uzun bir süreç. İşlemin yaklaşık 6 ayla 2 sene arasında bitmesini normal karşılamak lazım. Daha kısa olmaz mı? Olur. Geçmişte 3 aylık bir süre içinde de bitirdiğim bir iş vardır. O, elektronik perakende işiydi. Bir Alman Grubu

olan EP (Electronic Partner), Türkiye'deki 5 tane mağazasını satarak Türkiye'den çekilmek kararı almıştı. O işlem, Teknosa'nın satın almasıyla 3 ayda bitti ama buna, inanılmaz bir istisna diyebiliriz. Normalde 6 aydan daha kısa sürede biten bir işlemi son zamanlarda görmedim. Buna karşılık, 2 yıl çalıştığımız, buna rağmen bitmeyen bir sürü işlem oldu. O anlamda M&A aslında zahmetli, yorucu da bir süreç, işi sonlandırmak için gece-gündüz çalışılması gereken bir süreç. Yine, M&A süreci bol müzakereli bir süreç, danışman kullanılmasını şiddetle tavsiye ettiğimiz bir süreç. Bu süreç içinde, Danışman kullanmayan bazı iş adamlarımızın maalesef ne kadar zor durumlara düştüğünü, özellikle yabancı tarafta bulunduğumuz zamanlarda gördük. Yabancı yatırımcıların genelde bir M&A takımları olduğu için, bu işin profesyonelleriyle geldikleri için, bizim iş adamlarımızla masada çok daha rahat, ne istediklerini bilerek karşı karşıya oluyorlar. Ancak, bizim iş adamlarımız, tabii ki kendi işlerini çok iyi bilmelerine rağmen, eğer daha önce bir şirket satmamışlarsa epeyce zorlanıyorlar. Tabii, bu da bir taraftan bol müzakereli ve yıpratıcı bir süreç. Bunun sonucunda iş adamlarımızın da yıprandığını görüyoruz. Halbuki, yanında ciddi bir satış danışmanı buldurması durumunda, son sözü söylemesi hâlinde şirketini çok daha kolaylıkla bir ortaklığa götürebilir. Aynı zamanda duygusal da bir süreç; yılların emeğiyle büyütülen, bir yere getirilen bir şirketin satılmasından ya da bu şirkete ortak bulunmasından bahsediyoruz. Hepsinden önemlisi, M&A süreci rekabetçi bir süreç.

Yatırımcıları da, stratejik ve finansal yatırımcılar olarak ikiye ayırmamız lazım. Stratejik yatırımcılar, Türkiye'de faaliyette bulunmasalar dahi, sektörü çok iyi bildikleri için, birtakım bilgi alışverişinde bulunmaya başladıkları andan itibaren şirketle ilgili çok önemli bilgilere sahip oluyorlar. O anlamda biz her zaman, "NDA (Non-disclosure agreement)" dediğimiz bir gizlilik anlaşmasının imzalanmasından yanayız. Bu anlaşma imzalanırsa dahi bu ortaklık bir şekilde tamamlanmayabilir, bitmeyebilir. Bitmediği zaman da, siz bir sürü finansal bilgiyi, bir sürü gizli bilgiyi paylaşmış olabilirsiniz ve bunun da, geri dönüşü olmayan bir durum olduğunu söylemekte yarar var. Bu gizlilik konusuna rekabet anlamında sonunda bir daha değinmek istiyorum, çünkü Rekabet Kurulundan alınan onay aşamasında gizliliğin de önem kazandığını tekrar göreceğiz.

Satış danışmanlığı dediğimizde, satış danışmanlığının çeşitli evreleri var; kısaca bu evrelerden bahsetmek isterim. Biz danışman olduğumuz zaman ilk yaptığımız iş; bir şirkete gidip o şirketi bir hazırlık aşamasından geçirmek, şirketi bir ortaklığa hazırlamak (bunu, bayram öncesi ev temizliği gibi düşünebilirsiniz), mali tabloların yabancı yatırımcılar tarafından anlaşılır hâle getirilmesini sağlamak. Herhangi bir ortaklığa girmeden önce kendi şirketimizin değerini çok iyi anlamış olmamız ve ona göre müzakereye giriyor olmamızda büyük yarar var.

Bu, üzerinde titizlikle durulması gereken bir süreç. Değişik değerlendirme yöntemleri var. Bu değerlendirme yöntemlerinin her birinin farklı anlamı var. Alıcının kullandığı değerlendirme yöntemleri var, satıcının tercih ettiği yöntemler var. Biz satıcı tarafındaysak, hangi satıcı tarafının değerini, potansiyelini en uygun şekilde ortaya çıkarıyor, bunun şirket yöneticileriyle, şirket sahipleriyle uzun uzun çalışılması gerekiyor.

Bu evrede bir başka önemli konu, “stratejik Fit” diye nitelendirdiğimiz, bizim şirkete en uyacak olan potansiyel alıcıyı belirlemek. Bu ne demek? Eğer bir potansiyel alıcılar listesi yapacaksak, o listeye kimler hangi sebeplerden dahil olmalı çalışmasının yapılması gerekiyor; potansiyel alıcılar kimlerdir diye bir uzun liste oluşturulması, ondan sonra da kısa listeye dönüştürülmesi beklenen bir durum. Bu kısa liste oluşturulurken, bütün potansiyel alıcıların belli kriterler açısından tek tek incelenmesi ve “hakikaten bizim için doğru firma mıdır, stratejik anlamda bizim için en uygun firma mıdır”, bunun tespit edilmesi gerekiyor.

Bir başka evre de, bu kısa listedeki şirketlere erişim. Tabii bu da öyle kolay bir evre değil ve çoğu zaman mail yoluyla yapılacak bir şey de değil. “Neden” dersanız, her ülkenin değişik karakterli yatırımcıları var, bir mail yoluyla her zaman doğru kişiye ulaşamayabiliyorsunuz ya da ülkenin karakteri gereği mail kullanamayabiliyorsunuz. Mesela Japonya’daki bir yatırımcıya mail yoluyla ulaşamayacağınızı görüyorsunuz, çünkü Japonya’da mail paylaşımı kişisel güvenlik anlamında yasak. Dolayısıyla, ancak ilgili kişiyle bir toplantıda bir araya gelip Türkiye’de böyle bir potansiyel fırsat var diye anlatabilirsiniz. Bunu da biz çoğunlukla Japonya’daki arkadaşlarımız aracılığıyla yapıyoruz. Aynı zamanda Japonlar karşılarında birini de görmek istiyorlar, yani herhangi bir yazıyı mail yoluyla almaktansa, karşısındaki kişinin Türkiye’yi anlatmasını, o şirketi tanıtmalarını bekliyorlar; böylesi daha bir güven veriyor. Yine bir başka örnek vermek gerekirse: Amerika’da, direkt mail attığımız zaman suç işlemiş oluyorsunuz. Amerika’da da, Broker kanunları gereği, bu işi bir Amerikan broker üstünden yapmanız gerekiyor. Her ülkenin böyle değişik şartları var.

Peki kısa listedeki potansiyel alıcılara ulaştıktan sonraki evre nedir? Bundan sonrası, yatırımcıların Türkiye’ye getirilmesi ve tanışma aşaması. Tabii, burada kimyanın uyuşması çok önemli. Burada en önemli konulardan bir tanesi, ortaklık anlamında tarafların masaya ne koydukları. Yüzde yüz satış düşünüyorsanız, burada tabii farklı bir durum var. Bu durumda, şirketin geleceği ne olur diye çoğu iş adamımızın uzun uzun düşündüğünü biliyorum. Çoğu iş adamımız, “ben bu şirketi kurdum, buraya getirdim, yüzde yüz satıyor bile olsam bu şirketin gelecekte de devam etmesini garanti altına almak isterim” şeklinde konuya

yaklaşıyor. Daha sonraki aşama tabii ki müzakereler, müzakereler, uzun uzun pazarlıklar. M&A için, bol pazarlıklı bir süreç demiştik.

Bir de; “LOI, Term Sheet”, Memorandum of Understanding” (MoU) gibi değişik kavramlar var: LOI’den kastımız “Letter of intent (niyet mektubu)”. Kısaca hepsini “önanlaşma” diye tarif edersek, bunların bazıları bağlayıcı, bazıları bağlayıcı olmayan anlaşmalar. Alıcının ön çalışmasını yaptıktan sonra teklifinin yaklaşık 3 hafta - 1 ay içinde göndermesini bekliyoruz. Daha sonra şirket değeri üzerine sıkı pazarlıklar oluyor. Bizim iş adamlarımız genelde sıkı pazarlıkçı olmalarına rağmen, bu süreç aslında sadece fiyat pazarlığı konusu da değil; belirsiz bir sürü yönü var. Bu sürecin tümüne hâkim olmak gerekiyor. Mesela satma zorunluluğu, ileride birlikte satma mecburiyeti, beraber satma hakkı, Ebitda yani faiz-amortisman-vergi öncesi kârlılık nedir, çalışma sermayesi ihtiyacı nedir, net borçluluk nedir; bunların hepsi değeri etkileyen konular ve fiyatı konuşurken bile bunların detayda bilinmesi, müzakere edilmesi gerekiyor.

Biz, ilk başta bütün bu şart ve koşulların (ileride yönetim kurulunda hangi gruptan kaç üye olacak gibi) beraber müzakere edilmesini ve bütün konuların anlaşılması gerektiğini tavsiye ediyoruz.

Term Sheets imzalandıktan sonra “Due Diligence” (özel ihtimam araştırması)” aşamasına geçiliyor. Bu kelimeyi belki, “çok özel amaçlı bir satın alma incelemesi” diye çevirebiliriz. Due Diligence’in da çeşitleri var. Finansal, vergisel, hukuksal, ticari vb. “Commercial Due Diligence” dediğimiz bir nevi “ticari inceleme”, piyasanın, pazarın, şirketin rekabetçi gücünün incelenmesi gibi birçok detayda yapılabilir. Stratejik yatırımcılar çoğu zaman kendi teknik elemanlarını getirip (Operational Due Diligence) yaptırıyorlar. Bu Due Diligence hem Finansal yatırımcılar hem de Stratejik yatırımcılar tarafından yaptırılabilir: Operasyonu tanıma anlamında, dünyanın o sektörde sayılı şirketlerinden, guru diye nitelendirilebilecek eski CEO’ları bu Due Diligence işinin içine sokabiliyorlar. Daha sonra, -tabii pazarlıklar her zaman oluyor- SPA (Sales and Purchase Agreement) dediğimiz satın alma anlaşmasının imzalanmasına kadar geçen bir süreç var. Bu imzalanma sürecinden sonra da kapanışın olması beklenir. İmzalanma süreciyle kapanış süreci içinde yerine getirilmesi gereken birtakım şartlar olabilir (bunlara “Conditions precedent” diyoruz). Bunlardan bir tanesi de, Rekabet Kurumundan alınması gereken onay.

Eğer böyle kısaca tarif ettiğimiz gibi bir süreç yaşıyorsa, uzun bir süreç içinde son noktaya geliniyorsa, her iki tarafta da ciddi bir istek, ilgi var demektir ve bu bir şekilde bir anlaşmaya dökülmüş, imzalanmış demektir. Bu işlem (deal) büyük ihtimalle kapanacak demektir. Ancak alıcı veya satıcı herhangi bir sebepten hala cayabilir, vazgeçebilir, belli sebepleri ileri sürerek bu işlemden

çıkabilir. Dolayısıyla, böyle bir ortaklık için imza bile aslında yüzde yüz bir garanti değil; kapanışın gerçekleşmesi gerekiyor. Hatta, kapanıştan sonra bir denetim şirketinin gelip denetim yapması ve satış anlaşmasındaki satış fiyatını düzeltecek herhangi bir düzeltme olup olmadığına dair konularda taraflarca mutabık kalınması gerekiyor. Bizim tecrübemiz; satış anlaşması, işin bitmesine yüzde 70-80 oranında sebebiyet veriyor ama tersi de görülebiliyor. Alıcılar genelde, vazgeçmek için, caymak için, bir ceza, bir yükümlülük altına da girmek istemiyorlar; bu da tabii önemli bir konu.

Buradan nereye geleceğim? Buradan, başta söylediğim, hem gizlilik konusuna geleceğim, hem de Rekabet Kurulunun onayına geleceğim. Rekabet Kurulu onayı dediğimiz zaman, alıcı ve satıcılarda, acaba Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu gerekmiyor mu gibi birtakım sorular oluşuyor. Özellikle bir yabancı şirket, stratejik bir yatırımcı Türkiye’de bir yatırım yapmaya gelmiş, ancak şu ana kadar Türkiye’de herhangi bir faaliyet konusu olmamış, herhangi bir satışı da olmamış, bir şirket, Türk şirketine ortak olurken ya da satın alırken, yeni tebliğ açısından, acaba Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu; bize bu tip sorular geliyor. Ben de bunları şimdi seslendiriyorum. Biz bunları genelde hukukçulara yönlendiriyoruz ve onların cevapları doğrultusunda satıcılarımızın ve alıcılarımızın karar vermelerini istiyoruz. Örtüşen, kesişen bir pazarın olmaması hâlinde bile Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu? Biliyorsunuz, tebliğde etkilenen pazar konusu var; acaba bu etkilenen pazara giriyor mu? Ciro eşikleri dikkate alınmalı mı? Biliyorsunuz, yabancı bir şirketin 500 milyonun çok üzerinde cirosu olabilir, çok rahatlıkla girebilir ya da Türkiye’de 5 milyon TL’nin üzerinde çok fazla sayıda şirket var. Bu, böyle bir ortaklıkta şirketlerin Rekabet Kurulu onayına tabi olması anlamını mı taşıyor? Bir de “Private Equity (özel sermaye fonları)” var. Biliyorsunuz, özel sermaye fonları, finansal yatırımcılar; yatırım yapıp 3 yıl, 5 yıl, bazen 7 yıl içinde çıkıyorlar. Bunların şirkete ortak olarak kalmaları ortalama 4-5 yıldır. Bunların ilgili sektörde herhangi bir faaliyetleri olmayabilir. Bu yeni tebliğe göre, bir Türk şirketine ortak oldukları zaman Rekabet Kurulu onayı onlar için de acaba gerekiyor mu? Ben bu soruları hukukçulara, -onlar en doğru şekilde, en iyi şekilde cevaplandıracaklardır- yönlendirmek istiyorum.

Bir de, sorumluluk anlamında son bir konu var. Rekabet Kurulu onayının alınması alıcının mı, yoksa satıcının mı sorumluluğudur? Alıcının sorumluluğu gibi görünse de, aslında satıcının da alıcıya yardımcı olması gerekiyor, çünkü bu formlar doldurulurken önemli bilgilerin hepsinin satıcı tarafından hazırlanması gerekiyor. Yurt dışından stratejik bir yabancı yatırımcı, Türkiye’de faaliyeti olmamasına rağmen Brüksel’deki ofisinden, Avrupa Birliği danışmanından, avukatından görüş aldı, Türk şirketinin Ukrayna, Macaristan, Rusya gibi ülkelere satışları vardı, “bizim de o ülkelerde faaliyetimiz var, dolayısıyla, o ülkelerin

Rekabet kurullarından da onay almamız gerekiyor” dedi. Bu, çok da sık karşımıza çıkan bir durum değil. Bu durum, imzadan sonra bir an önce kapanışın tamamlanmasını istediği için bizim Türk şirketinin bayağı canını sıktı ve “bu benim sorumluluğum değildir” diye baskı yapmak istedi; buna karşılık o yabancı şirket de, “kanun kanundur, kural kuraldır, biz bu ülkelerden de onay almak zorundayız, ancak bu onaylar gerçekleşirse, tamamen bu onaylar alınırsa kapanış gerçekleştirilebilir” diye diretti. Bunu da ilginç bir anekdot olarak anlatmak istedim.

Son bir konudan daha bahsetmek isterim. Bazı Türk şirketlerimiz, anlaşma imzalanmış olsa dahi, bu konunun piyasada, gündemde olmamasını tercih ediyorlar, çünkü, anlaşma olsa bile, bunun kapanış anlamına gelmediğini biliyorlar. İmzadan sonra, kapanış öncesi Rekabet Kuruluna başvurulduğu takdirde, başvuru Rekabet Kurulunun internet sitesinden yayımlanıyor ki, ben bunu destekliyorum, şeffaflık anlamında olumlu bir yaklaşım. Bu durumda, Türk şirketleri biraz tedirgin olabiliyorlar, çünkü bu, bütün piyasada satışın yada ortaklığın duyuluyor olması demek. İmza atılmış olsa dahi, “son anda bir cayma olursa konu bütün piyasada duyulacak, böyle bir ortaklık olmaz ise ben açığa çıkacağım, ifşa olacağım” gibi düşünen işadamlarımız da var.

Ben konuşmamı burada bitirmek istiyorum. Konuyla ilgili birtakım gözlemlerimi paylaşmak istedim. Beni dinleyen herkese teşekkür ederim.

Oturum Yöneticisi- Sayın Hüsnü Dinçsoy’a ben de teşekkür ediyorum. Bize şirket birleşme ve devralmalarının iç dinamiklerinden bahsetti, bu süreçleri anlattı. Gerçekten şirket birleşme ve devralmaları insanlar arasındaki evlilikler gibi ama öyle olmadığını biliyoruz. Evlilik öncesinde belki 3-5 yıl nişanlı kalabilirsiniz, flört edebilirsiniz ama şirket birleşme ve devralmalarında bu kadar uzun zamanınız yok, çok iyi düşünmemiz gerekiyor ve bunu kısa süre içinde yapmanız gerekiyor. Biz de Rekabet Kurulu olarak, ekonomide evliliklerin önemini idrak ettiğimiz için, bu işlemlerin mümkün olduğunca en hızlı şekilde sonuçlandırılması çabası içindeyiz. Bu bakımdan, teşebbüslerin Rekabet Kuruluna müracaattan evvel tüm eksiklikleri tamamlayarak müracaat etmelerinde büyük fayda var, yoksa zaman kaybı olabiliyor.

Hüsnü Beyin sorduğu soruların cevapları esasen öğleden sonraki oturumda yer alacak. Çok değerli yabancı konuklarımız, Kurumumuz uzmanları var. Yürürlüğe yeni giren tebliğle ilgili açıklamalarda bu sorulan soruların cevapları olacak. Şimdi diğer konuşmacımıza söz vereceğim. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Yardımcı Doçent Doktor Bünyamin Gürpınar bize “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin İktisadi ve Hukuki Gerekçeleri”ni anlatacak.

BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİNİN EKONOMİK VE HUKUK GEREKÇELERİ

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giri

Teşebbüslerin, karlarını artırmak, uzun vadede daha verimli hale gelmek veya mevcut ve potansiyel rakipleri karşısında piyasadaki konumlarını güçlendirmek, uluslararası çaptaki rakipleriyle başa çıkabilmek, yeni ve yüksek teknolojiler geliştirebilmek gibi anlaşılabilir meşru amaçlarla, başka bir teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı şekilde bir araya gelmeleri veya güç birliği yapmaları ekonomik açıdan olağan sayılabilecek bir durumdur. Özellikle küresel ekonomi ve küresel rekabet olgusu, teşebbüsleri, dış piyasaların çetin rekabet koşullarına dayanabilmek amacıyla bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, şirket evlilikleri ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır¹. İlgili piyasanın tek hakimi olmak ve ilerleyen zamanda monopol fiyatını tüketiciye dayatmak gibi meşru sayılmayacak gizli amaç güdüsüyle bir araya gelme veya başka teşebbüs/teşebbüsleri devralma işlemleri de görülebilmektedir.

Bu bağlamda ekonomi politikası açısından bazı birleşme ve devralmaların konjonktürel nedenlerle ya da kalıcı şekilde desteklenmesi, bazılarının ise rekabeti bozucu niteliği dolayısıyla engellenmesi söz konusu olabilir. Hangilerinin denetim kapsamına alınacağı ve gerektiğinde engelleneceği, hangilerinin denetim kapsamı dışında tutulacağı sorunu, buna ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken sahip olduğunuz ekonomi politikası amaçları ile doğrudan bağlantılıdır. Yoğunlaşmanın olumlu ve olumsuz etkilerinin neler olduğu ve dolayısıyla yoğunlaşmanın denetiminin ekonomik ve hukuksal gerekçeleri konusunu tartışmaya geçmeden önce birleşme ve devralma kavramından iktisadi ve hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

Birleşme ve Devralma Kavramı

Birleşme ve devralma veya yoğunlaşma ya da konsantrasyon terimlerinin uygulamada birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu durum uygulama ve doktrinde bir terim birliğinin henüz oluşmadığına işaret etmekle beraber,

¹ SEZEN, A., “Birleşme ve Devralmalar”, Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği (URTEB), Bursa, 2007, s. 2., www.urteb.org (Giriş tarihi, 10.04.2011).

terimlerin hangisi kullanılırsa kullanılsın “maksada matuf anlamlandırma” sağlanmaktadır. Ancak yaklaşık onbeş yıllık Türk Rekabet Hukuku uygulama ve tecrübesinden sonra terimlerde ayrıntıyı ifade etme ve berraklaşma zamanının gelmiş olduğu söylenebilir.

Birleşme ve devralma kavramını tek bir sözcükle ifade etmek üzere “yoğunlaşma” kavramının yerleşik hale geldiği söylenebilir. Nitekim 4054 sayılı Kanunun 7. maddesini de değiştiren “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 3. maddesi “*Yo unla ma lemleri*” başlığını taşımaktadır². Buna karşın mevcut 4054 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” “birleşme ve devralma” kavramını tercih etmiştir.

Gerek RKKH gerekse 2010/4 numaralı tebliğ “birleşme ve devralma” kavramını tanımlamamış, buna karşın “birleşme veya devralma sayılan haller” ile “birleşme veya devralma sayılmayan haller” gösterilmiştir. Tanım açısından doktrinde birleşme ve devralma için “ekonomik gücün ve karar verme gücünün,

² 31.07.2008 tarihli “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın üçüncü madde gerekçesindeki “*Maddede yapılan düzenlemeyle, “yo unla ma i lemleri” kavramına yer verilerek ve bu kavram kapsamındaki birle me ve devralma i lemleri sayılarak, maddenin lafzı AB mevzuatının ilgili hükümleriyle uyumlula tırılmı tır. Ayrıca ba ımsız bir iktisadi varlı ın tüm i levlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak giri imin olu turulmasının da yo unla ma sayılaca ı maddede açıkça belirtilmi tir*” şeklindeki görüş, bundan böyle yoğunlaşmanın genel kapsayıcı bir kavram olarak kullanılacağına işaret etmektedir. Ancak “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” (Tebliğ No: 2010/4, 07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı RG) anılan tasarıdan daha sonra hazırlanıp yürürlüğe konulmasına karşın burada “yoğunlaşma” kavramı tercih edilmemiştir.

Tasarı ile getirilmek istenen önemli bir değişiklik, “hakim durum” testinin yerine AB’nin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü’nde kabul ettiği testin getirilmesidir. Bu sayede, yoğunlaşma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek olan tek taraflı etkilerin ve işbirliği etkilerinin ekonomik analizler kullanılması yoluyla daha sağlıklı değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan, “hâkim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi” rekabetin önemli ölçüde azaltıldığı yolların başında gösterilerek birleşme ve devralmalara ilişkin geçmiş dönem uygulama tecrübesinden yararlanılması ve hukuki belirlilik sağlanması amaçlanmaktadır. Söz konusu değerlendirme testiyle, “hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi” sonucunu doğuran işlemler dışında oligopolistik pazarlarda tek taraflı etkiler yoluyla rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek işlemler de yasaklanabilecektir.

azalan sayıdaki teşebbüsler arasında yeniden paylaşımı”³, “ekonomik merkezi yoğunlaşma”⁴ ifadeleri kullanılmaktadır. AB rekabet hukuku düzenlemelerinde ise genel olarak “ekonomik konsantrasyon” terimi tercih edilmektedir⁵. Konu ile ilgili Avrupa Birliği tarafından yapılan düzenleme “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük”te (139/2004 sayılı Tüzük) de yoğunlaşma kavramına yer verilmiştir. Ancak yoğunlaşma sadece birleşme ve devralma yoluyla değil, örneğin ortak girişimlerle de gerçekleşebilir. Merkezi yoğunlaşmaya neden olan bütün etkinliklerin RKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için “birleşme ve devralma” yerine “yoğunlaşma” kavramının kullanılması daha isabetli olabilir⁶. Kanımızca iktisadi yoğunlaşmanın bütün türlerini kapsayacak şekilde ve bu anlama gelmek üzere “ekonomik yoğunlaşma” terimini, RKHK ve 2010/4 numaralı tebliğ kapsamında denetime tabi tutulmak istenen, teşebbüsler arasındaki kalıcı nitelikte yapısal ve kurumsal birliktelikleri (ortak girişim dahil) ifade etmek üzere “yoğunlaşma” terimini kullanmak daha isabetli olacaktır.

Kavramın içeriğine ilişkin bir yoruma gidilecek olursa yoğunlaşma, ekonomik karar alma ve sevk etme gücünün, başka bir deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet halinde bulunan aktörlerin sayısını azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması şeklinde tanımlanabilir⁷. Daha farklı bir ifadeyle, teşebbüsler arasındaki birlikteliklerin sürekli, bağımsız ve kurumsal nitelik göstermesi ve bunun piyasadaki aktüel ve potansiyel rekabetin azalması sonucunu doğurması halinde, 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi ve 2010/4 numaralı Tüzük anlamında bir yoğunlaşmadan söz edilebilir.

Yo unla manın Ekonomik Nedenleri

Teşebbüs kavramını rekabet otoriteleri (AB Komisyonu, ATAD ve Türk Rekabet Kurumu) ekonomik yaklaşımla değerlendirmektedirler. Konsey Tüzüğü’nün 23 no’lu gerekçesi “...yoğunlaşma kavramının ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklikler meydana getiren faaliyetleri kapsayacak şekilde

³ ASLAN, İ.Y., Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992, s. 265.

⁴ ÖZSUNAY, E., Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, s. 5.

⁵ ROSNER, F., Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, s. 67.

⁶ ERDEM, E., “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65 Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 203.

⁷ SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

tanımlanmasının uygun” olacağından söz etmektedir⁸. Bu durum hukuksal bir faaliyet olan denetimin ekonomik gerekçelere dayanmasını zorunlu kılmaktadır. Tam bu noktada 2010/4 no’lu Tüzük’ün ekonomik arka planı irdelemeye matuf hazırlandığını ifade etmek yerinde olur. Denetim ekonomik gerekçelere dayalı olarak yapılacak ise, yoğunlaşmayı ortaya çıkaran ekonomik nedenleri öncelikle analiz etmeyi gerektirir. Bu yola hem genel düzenleyici kuralların oluşturulduğu aşamada hem de somut vakaların inceleme ve soruşturma aşamalarında başvurmak icap eder.

Yoğunlaşmanın nedenleri çeşitlidir ve çoğu durumda yoğunlaşma olgusuna birden çok neden bir arada etki etmektedir. Yoğunlaşmanın tarafları gerçek saiklerini her zaman açığa vurmadıklarından her durumda objektif değerlendirme yapmak güç olabilir. Genel olarak yoğunlaşmanın maliyet avantajı, rekabet avantajı, finansal avantaj sağladığı ileri sürülmekle birlikte, bireylerin güç ve iktidar sahibi olma hırsları veya toplumda itibar görme arzusu gibi kişisel motiflerin de yoğunlaşmada rol oynadığı söylenebilir⁹. Bu demektir ki teşebbüsleri kurumsal bir yapı içerisinde kalıcı olarak bir araya gelmeye teşvik eden ve hatta bazen zorlayan, pek çok ekonomik ve sosyal neden bulunabilir¹⁰.

Teşebbüsler teknik nedenlerle de yoğunlaşmaya yönelebilirler. Üretim ve imalat yöntemlerinin, endüstriyel tasarım ve patentlerin teşebbüsler arasında karşılıklı olarak kullanıma açılması ekonomik avantaj sağlayabilir. Bunun yansırı bilgi alış-verişi, markalar, tasarımlar, telifler, modeller, yazılımlar, unvanlar ve know-how gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarının çok yönlü kullanılması imkanına erişmek saikıyla teşebbüsler bir araya gelebilirler¹¹.

Ekonomik açıdan birleşme, genel olarak daha fazla güç ve rekabet avantajı anlamına gelmektedir. Birleşme sonrasında yaşanan kapasite artışı, bazı mallar açısından en verimli üretim biçimini ifade eden ölçek ekonomisine ulaşılmasını ve bu sayede birim başına düşen maliyeti en aza indiren etkin üretimin yapılmasını sağlar¹². Yoğunlaşmalar ölçek ekonomisine neden oldukları durumlarda ekonomik verimliliği arttırırlar¹³.

⁸ ROSNER, a.g.e., s. 72.

⁹ ROSNER, a.g.e., s. 78.

¹⁰ SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

¹¹ POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1997, s. 933.

¹² SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

¹³ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku-Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 219.

Bilindiği üzere teşebbüsler arasındaki araştırma ve geliştirme faaliyetleri, ekonomik hayata olumlu katkıları nedeniyle desteklenmektedir¹⁴. Araştırma ve geliştirme (ar-ge) çalışmalarına ciddi yatırımlar yapılmasını gerektiren teknolojik ilerlemelere öncülük yapmak ve bu şekilde amaca en uygun sonuçların etkin ve verimli bir şekilde elde edilmesi hedefi, merkezi bir sevk ve idareyi gerekli kılabilir. Bunun sonucunda artan teknik bilgi ve finans olanakları, farklı yatırım alanlarına ve özellikle yüksek yatırım harcamaları gerektiren sektörlere girişleri kolaylaştırır¹⁵.

Yine bir ürünün üretim hazırlıkları, üretimi, ambalajlanması, taşıma ve dağıtımı, tanıtımı, pazarlanması ve sigortalanması gibi çeşitli aşamalarının bağımsız teşebbüsler yerine bir bütünlük içinde ele alınması işlem ve organizasyon maliyetlerini düşürdüğü gibi daha etkin bir ekonomik sonucu da doğurur. Bu suretle maliyet avantajları ve üretim kaynaklarının optimal kullanımı sağlanırken, birbirini tamamlayan ürünler arasında uyum sağlanması kolaylaşır¹⁶.

Yoğunlaşmaların ulusal veya uluslararası çapta gerçekleşmesinin de, makro boyutta farklı etki ve yararları bulunmaktadır. Ulusal çapta gerçekleştirilen birleşmeler, yerli teşebbüslere dış piyasalarda daha iyi rekabet edebilme imkân sağlarken; uluslararası platformda gerçekleşen birleşmelerin ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanları yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi çeşitli faydaları bulunmaktadır¹⁷.

Teşebbüsleri yoğunlaşmaya sevk eden bir diğer neden riskin paylaşılması düşüncesidir. Özellikle çok büyük parasal kaynak gerektiren projelerde rizikonun paylaşılması hayati önemi haizdir. Enerji santralleri, petrol boru hatları, otoyol, köprü, baraj gibi devasa yatırımlar hem uzun zamanda sonuçlandırılmakta hem de büyük finansal kaynağı gerektirmektedir. Zaman ve finans riski birleşme yoluyla taraflar arasında paylaşılmaktadır¹⁸.

Ayrıca kriz dönemlerinin yarattığı ekonomik durgunluk ve buna bağlı şirket iflaslarının önüne geçilmesinde, birleşme ve devralmalar önemli bir vasıta olarak görülmektedir. Bu faktörlerin, rekabet politikasının belirlenmesinde ve bu

¹⁴ AKINCI, A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No: 0062, Ankara, 2001, s. 235.

¹⁵ POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., a.g.e., 1997, s. 933; SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

¹⁶ ROSNER, a.g.e., s. 78.

¹⁷ SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

¹⁸ POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., a.g.e., 1997, s. 933.

bağlamda yoğunlaşmalara karşı izlenecek politikanın tercihinde etkili olduğunu söyleyebilir¹⁹.

Yine büyük ve güçlü ekonomik aktörlere karşı rekabet edebilme şansını korumak ve piyasadaki varlıklarını sürdürebilmek için küçük ve orta ölçekli işletmeler birleşme yoluna gidebilirler²⁰. Ayrıca teşebbüslerin satın alınmasını avantajlı hale getiren vergi kolaylıkları da yasal çerçevedeki birleşme nedeni olarak sayılabilir.

Yo unlamanın Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuksal Gerekçeleri

Rekabet hukukunun temel amacı doğal olarak rekabetin korunmasıdır²¹. Herhangi bir piyasada rekabetçi ortam, birleşme ve devralmalar sonucu ortaya çıkan yapının piyasayı olumsuz etkilememesi ile devam edebilir. Rekabet, rekabetçi yapıya zarar verecek davranışlar başlamadan (ex ante) alınan önlemlerle, başlamışsa da rekabetçi ortamı yeniden oluşturacak müdahalelerle (ex post) korunur.²²

Geleneksel iktisadın firma teorisine göre, piyasadaki bütün firmalar tekelleşmek için faaliyet gösterirler. Çünkü tekel konumundaki bir firma fiyat, miktar ve teknoloji gibi ürünle ilgili çok çeşitli değişkenleri, tekel olmayan diğer yapılara nispeten daha rahat belirleyebilir. Daha çok ve daha kolay kazanma güdüsüyle hareket eden firmalar, başlangıçta tam rekabet piyasalarında faaliyete başlamış olsalar bile, bir süre sonra “rekabeti engelleyici” yönde örgütlenme eğilimi gösterebilmektedirler.²³

Teşebbüsler yeni örgütlenme yönünde başarı sağlayabildikleri zaman, faktör piyasasında veya mal ve hizmet piyasasında ya da her üçünde birden çok avantajlı duruma geçebilmekte; dolayısıyla rakiplerini daha kolay eleme olanağına kavuşmaktadırlar. Böylece, daha iyi rekabet edebilme gerekçesiyle yapılan birleşmeler, bir süre sonra piyasada rekabeti tümüyle ortadan kaldırmaya

¹⁹ SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

²⁰ ROSNER, a.g.e., s. 79.

²¹ CANENBLEY, C., “The Geogrphic Market Definition under European Merger Control Law”, (Der.) E.H. Barry, The Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy, Juris Publishing Inc., 1997, s. 308.; Canenbley’e göre, bu amaç Avrupa Birliği’nde iki başlıdır. AB’de rekabet kurallarının, rekabetin korunmasının yanı sıra, bir ortak pazar yaratma amacı da vardır.

²² SU, K.T., Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 3.

²³ ÜSTÜNEL, B., Ekonominin Temelleri, Yedinci Baskı, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 250.

dönüşebilmektedir.²⁴ Söz konusu değişkenleri, rekabetçi durumdakine göre daha karlı olacak şekilde belirlemek isteyen teşebbüsler birleşmek suretiyle rekabeti bozucu, azaltıcı veya ortadan kaldırıcı davranışlar gösterebilmektedirler.²⁵

Pazar Gücü

Birleşme veya devralmanın temel amacı “pazar gücüne” erişmek olabilir. Bu nedenle pazar gücü, iktisadi niteliğe sahip, rekabet hukukunun ekonomik analizi ile ilgili uygulamalarda anahtar bir kavram konumundadır. Bir teşebbüs ürününü, marjinal maliyetin önemli bir miktar üzerindeki fiyatla satabildiği durumda pazar gücüne sahiptir.²⁶ Rekabet iktisadı literatüründe, zaman zaman tek el gücü ve pazar gücü aynı anlamda kullanılmaktadır. Örneğin Carlton ve Perloff, pazar gücü ve tek el gücünün, fiyatların kârlı olacak şekilde, marjinal maliyetin üstünde yani rekabetçi seviyenin üzerinde belirlenmesini ifade etmek üzere, birbirinin yerine kullanıldığını belirtmektedirler.²⁷⁻²⁸

Teşebbüslerin denetlenmesi gereken bir başka birleşme nedeni, pazar gücü elde etmek suretiyle, rakip bir teşebbüs ya da bir grup teşebbüsün üretimini sınırlamak suretiyle kendi fiyatını, rekabetçi şartlar altında olması gereken

²⁴ ÜSTÜNEL, a.g.e., s. 251.

²⁵ SU, a.g.e., s. 3.

²⁶ BAYE, M.R., Managerial Economics and Business Strategy, Second Edition, Irwin/McGraw-Hill, USA, 1997, s. 481.

²⁷ CARLTON, D.W. ve J.M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Third Ed., Addison Wesley Longman, USA, 2000, s. 92.

²⁸ ABD Yatay Birleşmeler Rehberi'ne göre pazar gücü, bir ya da daha fazla sayıda firmanın fiyatlarını, rekabetçi bir seviyenin üstünde, anlamlı bir zaman dilimi içerisinde, kârlı olacak şekilde sürdürebilme yeteneğidir. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and FEDERAL TRADE COMMISSION, 1992 Horizontal Merger Guidelines, (8 Nisan 1997'de 4. Bölüm revize edilmiştir.); Yeni ABD Yatay Birleşmeler Rehberi, 19 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla ABD'de yürürlüğe girmiştir ve Dünya çapındaki birçok rekabet hukuku rejimini ciddi şekilde etkileme potansiyeline sahip olduğu belirtilmektedir. 1992 yılından günümüze kadar olan ABD yoğunlaşma rejimi uygulamasında karşılaşılan zorluklar ve yenilikleri yansıtan bu yeni rehber, eski rehberle 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 karşılaşılabileceği birtakım hususlar bakımından aydınlatıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. (GÜRKAYNAK, G., İ.S. DALKIR, M.H. ÖZGÖKÇEN, A.B. AYDIN ve C. YILDIZ, “ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler”, Rekabet Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, Ocak-2011, s. 123).

seviyenin üstüne çıkarma ve sonuçta yüksek kârlar elde etme isteğidir.²⁹ Ayrıca yoğunlaşma sonucu yeni teşebbüs elde ettiği pazar gücü sayesinde, müşterilerini diğer satıcılara kaptırmaktan uzaklaşma konumuna erişebilir.³⁰

Klasik pazar gücü yanında birleşen teşebbüsün 'dışlayıcı piyasa gücü'nü (exclusionary market power) kullanması da muhtemeldir. Örneğin birleşme sonrası teşebbüs, rakip firmaların maliyetlerini arttıracak şekilde davranarak onların arzlarına sınırlama getirip, fiyatların düşmesini engeller, böylece kendi fiyatlarını kârlı olacak şekilde rekabetçi seviyenin üstünde tutmayı başarabilir.³¹

Klasik piyasa gücünde sadece üretimi sınırlayarak kârların arttırılması söz konusu iken, dışlayıcı piyasa gücünde bazı firmalar sadece üretimlerini kısarak kârlarını arttıramadığı için, maliyet yükseltici stratejiler izleyerek rekabeti dışlamaktadır. Bu yolla dışlayıcı piyasa gücüne sahip firmalar, rakiplerinin maliyetlerini arttırmaya ya da rakiplerini arzlarını kısmaya zorlamaktadırlar.³²

Özellikle yatay birleşmeler söz konusu olduğunda rekabet otoriteleri iki muhtemel amaçla ilgilenmektedir: Pazar gücünün artıp artmaması veya iktisadi etkinliğin ne yönde etkileneceği ya da her ikisindeki değişimlerin nereye varacağı sorunu. Bu iki amacın birlikte irdelenmesi kendi içinde yasal ve teknik güçlükler barındırmaktadır. Fakat bu noktada, tekelleşme oluşumuna karşı çıkan rekabet mevzuatının, bazı durumlarda birleşme veya devralma yoluyla tekel düzeyine varacak yoğunlaşma oluşumunun içselleştirilebileceğinden hareketle bu oluşumların kontrolünü de kendi koşullarında değerlendirme yoluna gidebilir.³³

Yatay birleşmeler sonucu oluşacak pazar gücünün kontrol edilmesi konusunda iki görüş vardır: *Yapısal görüş* ve *maliyet-kâr görüşü*. Pazar yapısı ve ticari davranış arasında çok net ayrımlar yapılamasa da, yapısal görüş, birleşme sonrası yoğunlaşmanın artması neticesinde rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmayacağına dair bir takım testler uygular. Bu görüş, büyük teşebbüsler tarafından rekabeti engelleyici davranışların, belli pazar payı veya eşiklerin

²⁹ BISHOP, S. ve M. WALKER, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 27.

³⁰ LIPSEY, R.G., P.O. STEINER ve D.D. PURVIS, İktisat 1, (Çev.: Ö.Faruk Batirel ve diğerleri), Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 239.

³¹ ÇAĞLAYAN, A.İ., Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 4.

³² ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 4.

³³ WORLD BANK/OECD A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, World Bank, Washington DC, 1999, s. 7.

üzerindeki birleşmeleri engelleyerek yoğunlaşmayan pazar yapısı sağlamakta mümkün olacağını iddia etmektedir³⁴.

Maliyet-kâr görüşü ise, teşebbüsler arasında yoğunlaşmaya karşı bir duruş geliştirmeyip temel olarak tarafsızdır. Birleşme sonrası muhtemel pazar gücü olay bazında incelenir ve birleşme neticesinde ortaya çıkabilecek etkinlik ve diğer faydalar göz önüne alınır. Bu durum, maliyet-kâr görüşünün, yapısal görüşün iddialarına ilgisiz kaldığı anlamına gelmez. Ancak, yoğunlaşma pazar payı bilgisi, giriş engelleri, dış rekabet gibi diğer bilgilerle değerlendirilerek, birleşme sonrası firmaların piyasada fiyatları, üretimi veya diğer faktörleri kontrol edip, rekabeti kısıtlayabileceği veya engelleyebileceği sonucuna varılmalıdır. Diğer bir deyişle, bu görüş, birleşen firmaların birleşme sonrasında oluşacak pazar gücünden ziyade, muhtemel piyasa davranışlarına yoğunlaşır.³⁵

Yatay birleşmelerde firmalar birleşme öncesinde rakip konumundadırlar. Bu tür birleşmeler, aynı piyasada yer alan iki firmayı içerdiğinden dikey ve aykırı birleşmelerde görülmeyen iki sonuca yol açarlar. 1- Birleşmeden sonra ilgili piyasadan öncekine kıyasla en az bir firma eksilmektedir. 2- Birleşme sonrası ortaya çıkan yeni teşebbüs birleşmeyi gerçekleştiren firmaların sahip oldukları piyasa paylarından daha büyük bir paya sahip olabilmektedir. Piyasada zaten az firma varsa, rekabet sınırlıysa ve birleşen firmanın piyasa payı önemliyse bu endişe daha da artmaktadır³⁶.

Yatay birleşmeler değerlendirilirken ilgili piyasa yapısı önemli olmakla birlikte, bugün artık piyasa yapısı rekabet otoritelerince dikkate alınan faktörlerden sadece birisidir. Bu nedenle, birleşmelerin olası etkileri değerlendirilirken, pazar payı dışındaki faktörlere de bakılmaktadır. Pazar payı dışındaki bu faktörler, teşebbüsler tarafından genellikle birleşmenin piyasada düşünüldüğü gibi bir antirekabetçi etki yaratmayacağı konusunda savunma veya kanıt olarak kullanılmaktadır. Yatay birleşmelerin, koordine edilmiş (coordinated) etkiler ve tek-tarafli (unilateral) etkiler olmak üzere iki temel antirekabetçi etkisi vardır³⁷.

Koordine Edilmi Etkiler

Yatay birleşmeler firmaların karı arttırmak amacıyla fiyat tespiti ve üretim kısıtlamasına yönelik açık (explicit) ya da zımni (tacit) anlaşmalar

³⁴ WORLD BANK/OECD, 1999, a.g.e., s. 7.

³⁵ WORLD BANK/OECD, 1999, a.g.e., s. 7.

³⁶ KULAKSIZOĞLU, Ş., Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma Ve Yararlar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 19.

³⁷ KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s.19.

yapmalarına yol açabilir. 1992 Amerikan Birleşme Rehberi bu davranışları “koordine edilmiş etkileşim” terimiyle ifade etmiştir³⁸. Bu etkiler bireysel firmaların davranışlarından ziyade piyasadaki bütün firmaların davranışının bir sonucudur.

Koordine edilmiş etkiler kapsamında yoğunlaşma sonrası teşebbüsler, fiyatın belirlenmesinin yanı sıra ürün kalitesi, hizmet ya da teknolojik gelişme konusunda ortak bir tavır belirlenmesi şeklinde bir işbirliğine de gidebilirler³⁹.

19 Ağustos 2010 tarihli 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. 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 gözlemlenmektedir⁴⁰.

Tek Taraflı Etkiler

Tek taraflı (unilateral) etkiler kavramına göre firmalar birbiriyle rekabet eden iki farklı ikame malını (yani farklılaştırılmış mallar) üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle söz konusu mallardaki rekabet baskısı ortadan kalkacak ve birleşmeden sonra ortaya çıkan firma her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir. Bu durumda teşebbüsün rakipleriyle işbirliği yapma ihtiyacı ortadan kalkmış olacaktır⁴¹. Tek taraflı anti-rekabetçi etkiler kavramına ilk olarak 1992 ABD Yatay Birleşmeler Rehberinde değinilmiştir⁴².

2010 tarihli Yeni Rehber’in tek taraflı etkiler bakımından iki temel yenilik getirdiği söylenebilir: (i) pazar paylarına atfedilen değerin azalması ve (ii) sapmaya uğrayan satışların değeri. Bu bağlamda Yeni Rehber sapma oranları ile piyasa payları arasında herhangi bir bağlantı kurmamaktadır. Her ne kadar piyasa payları sapma oranlarının hesaplanması bakımından önemli bir veri olarak kabul edilse de yetkili makamlar normal olarak daha doğrudan delillere bakmaktadır. Bu

³⁸ KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s. 20.

³⁹ GÜVEN, a.g.e., 221.

⁴⁰ GÜRKAYNAK ve diğerleri, a.g.m., s. 154.

⁴¹ GÜVEN, a.g.e., s. 220.

⁴² KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s. 20.

bakımdan tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirmesinde pazarın yoğunlaşma seviyesi daha az önem arz edebilecektir⁴³.

Sonuç olarak teşebbüsler arasında kurulan yapısal birliktelikler, daha önce ifade edilen yararlarına karşılık, piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz birtakım etkiler doğurabilirler. Zira birleşme sonrasında genellikle herhangi bir kapasite artışı olmamakta, buna karşılık, piyasada ekonomik faaliyet yürüten aktör sayısı azalmakta dolayısıyla rekabet olumsuz etkilenmekte ise iktisadi yoğunlaşma istenmeyen şekilde artmış demektir. Özellikle ilgili piyasadaki payı yüksek olan (rakip) teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına yol açabilmektedir⁴⁴.

Anılan nedenlerle, rekabet hukuku kuralları piyasada rekabetin azalması sonucunu doğuran teşebbüsler arasındaki kalıcı birlikteliklerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün (veya daha fazla teşebbüsün) başka bir teşebbüsü ele geçirmesi, iki bağımsız teşebbüsün yeni bir teşebbüs bünyesinde birleşmesi veya ortak girişim (joint venture) benzeri başka türlü kurumsal birliktelikler meydana getirilmesi, rekabet makamlarınca denetim altında tutulmaktadır. Bu tip yoğunlaşmalar, yukarıda sayılan yararları dolayısıyla, per se yasaklanmamakta, ancak belirli pazar gücü analizleri sonucu rekabet açısından zararlı etkiler doğurduğu veya doğuracağı anlaşıldığı takdirde, esnek düzenlemelerle kontrol edilmektedir⁴⁵.

Bu amaca yönelik olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da öngörülen hüküm, 7. maddede birleşme ve devralmalar başlığı altında yer almaktadır. Bu hükme göre, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasak” olarak kabul edilmiştir.

Birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7. madde hükmü en genel anlamıyla piyasa yapısını kontrol etmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin altında yatan temel niyet, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında

⁴³ GÜRKAYNAK ve diğerleri, a.g.m., s. 152.

⁴⁴ SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

⁴⁵ SEZEN, A., a.g.e., s. 2-3.

toplanmasının önüne geçilmesi ve piyasada yapısal değişime neden olan iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesidir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, piyasalarda çok sesliliğin korunması ve ekonomik kararlar alma konusunda öncelik ve üstünlüğün belirli merkezlerde toplanmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir⁴⁶.

Kanun'un 7. maddesi hükmü yakından incelendiğinde, bu amaca yönelik olarak iki farklı düzenlemeye bir arada yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, diğeri ise bir teşebbüsün, bir başka teşebbüsü kontrol altına alacak şekilde devralmasıdır. Bunların dışında, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ'de, ortak girişimler (joint-ventures) de yoğunlaşma kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁷.

Tebliğin (2010/4) "birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi" başlıklı 13. maddesi 1. fıkrası birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde özellikle; ilgili pazarın yapısının, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabetinin, teşebbüslerin pazardaki durumunun, ekonomik ve mali güçlerinin, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatiflerinin, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânlarının, pazarlara giriş engellerinin, arz ve talep eğilimlerinin, tüketicilerin menfaatlerinin, tüketici yararına olan etkinliklerin ve diğer hususların göz önünde tutulacağını hüküm altına almıştır.

Tebliğin anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere, bir birleşme veya devralma işleminin tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı ya da doğurmayacağı kanaatine ulaşılmasında ekonomik parametreler yoğun olarak kullanılacaktır.

⁴⁶ SEZEN, A., a.g.e., s. 3.

⁴⁷ SEZEN, A., a.g.e., s. 3.

KAYNAKÇA

- AKINCI, A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No: 0062, Ankara, 2001.
- ASLAN, İ.Y., Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992.
- BAYE, M.R., Managerial Economics and Business Strategy, Second Edition, Irwin/McGraw-Hill, USA, 1997.
- BISHOP, S. ve M. WALKER, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, London, 1999.
- CANENBLEY, C., "The Geogrphic Market Definition under European Merger Control Law", (Der.) E.H. Barry, The Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy, Juris Publishing Inc., 1997.
- CARLTON, D.W. ve J.M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Third Ed., Addison Wesley Longman, USA, 2000.
- ÇAĞLAYAN, A.İ., Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- ERDEM, E., "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65 Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- GÜRKAYNAK, G., İ.S. DALKIR, M.H. ÖZGÖKÇEN, A.B. AYDIN ve C. YILDIZ, "ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler", Rekabet Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, Ocak-2011.
- GÜVEN, P., Rekabet Hukuku-Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- KULAKSIZOĞLU, Ş., Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma Ve Yararlar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- LIPSEY, R.G., P.O. STEINER ve D.D. PURVIS, İktisat 1, (Çev.: Ö.Faruk Batırel ve diğerleri), Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1990.
- ÖZSUNAY, E., Kartel Hukuku, İstanbul, 1985.
- POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1997.
- ROSNER, F., Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme

ve Devralmaların Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001.

SEZEN, A., “Birleşme ve Devralmalar”, Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği (URTEB), Bursa, 2007, www.urteb.org (Giriş tarihi, 10.04.2011).

SU, K.T., Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.

ÜSTÜNEL, B., Ekonominin Temelleri, Yedinci Baskı, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1997.

WORLD BANK/OECD A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, World Bank, Washington DC, 1999.

Oturum Yöneticisi- Bünyamin Gürpınar’a, bu kısa süre içinde bizimle paylaştığı değerli bilgileri için çok teşekkür ediyoruz. Bize, birleşme ve devralmaların, rekabet hukuku yanında, 2012 Temmuz’unda yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunumuz bakımından ne anlama geldiği konusunda da bilgi verdi. Bu iki kanun arasında kavram birlikteliğinin sağlanmış olması gerçekten hoş bir şey. Aynı zamanda, bizim de şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan bir Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarımız var. Bu kanunun da yürürlüğe girmesiyle birlikte yoğunlaşmalar konusunda daha iyi bir yerde olacağız.

SORU ve CEVAPLAR

Tekin YILDIRIM (Mali Müşavir)- Aslında sorularım biraz detay, çok fazla rekabetle de ilgili olmayabilir, daha çok ticaret hukukuna düşüyor ama belki buradaki insanları da ilgilendirir. Birleşmelerde benim karşılaştığım, daha fazla orta boy işletmelerin birleşmesi ve bu prosesler çok fazla zaman alıyor, yorgunluk verici bir şey. Türk Ticaret Kanununda acaba şöyle bir yol var mıdır; mahkemelerin, şirketlerin değer tespitine yönelik bilirkişi ataması süreci aşılabilir mi? Rekabet Kurulunda bir rakam sınırı var, o sınırın altında kaldığımızda ona başvuramayabiliyoruz; orasını biliyorum.

Yönetim kuruluna bir birleşme sözleşmesi yapma yetkisi veriyoruz, bunun için bir genel kurul toplanıyor, sonra bir daha genel kurul topluyoruz, orada da bu sözleşmeyi onaylıyoruz gibi bir prosedür var; acaba burada da uygulayabileceğimiz bir baypas yöntemi var mıdır? Ortaklık yapısı birebir aynı olursa, bu birleşme değerini, değiştirme değerini istediğimiz gibi saptayabilir miyiz?

Oturum Yöneticisi- Galiba soruyu Bünyamin Bey'e yönelttiniz.

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR- Yeni kanunda bu dediğiniz konularla ilgili düzenlemeler var, fakat izniniz olursa, bu toplantı kapsamında o konulara girmenin çok uygun olmayacağını düşünüyorum, çünkü tamamen ayrı bir mevzu, ticaret hukuku, şirketler hukukuyla ilgili bir sempozyum konusu.

efik ENYÜREK (Sinnotech Mühendislik Danışmanlık Şirketi Temsilcisi)- Son yıllarda rekabet hukukuna aykırı davranışları nedeniyle en büyük davalar Microsoft Şirketine açıldı. Aslında kamuoyundan duyduğumuz birtakım bilgiler var ama, bunu çok net bilmiyoruz. Dolayısıyla, eğer sizde bu konuda bilgi varsa, Bill Gates burada yenilgiyi neden kabul etti, kabul ettiği konu neydi?

Rekabet hukukuna uygun hareket eden şirketlerimize bir ödüllendirme sistemi düşünülüyor mu veya böyle bir mekanizma var da ben mi bilmiyorum? Türkiye'de artık iyi ve namuslu, rekabete uyan vatandaş, kanuna uyan vatandaş uyduyuyla kalmamalı, ödül almalı, sadece ceza değil, biraz da ödül mekanizması çalışmalı. Bu konuda çalışmalarınız var mı?

Oturum Yöneticisi- Soruyu kime yönelttiniz bilmiyorum ama Microsoft kısmına Ali Bey cevap versin. İkinci sorunuz, rekabet hukukuna uymanın ödüllendirilmesi meselesi. Esasen rekabet hukukuna uymak başlı başına bir

ödülüdür. Uymamanın sonuçlarını, son zamanlarda Rekabet Kurulunun vermiş olduğu kararlar gösteriyor. Zannediyorum bu kadar açıklama yeter.

Ali DEM RÖZ- Microsoft konusunda da herhâlde dünyada ortaya çıkan kararları soruyorsunuz. Türkiye’de, Microsoft aleyhine ciddi bir inceleme ve yaptırım uygulanmadı. Amerika Birleşik Devletleri’nde, 2000’li yılların başlarında devam eden süreç uzlaşmayla sonuçlandı. Avrupa Birliği’nde ise, iki nedenle ciddi cezalara varan karar alındı. Detaylarına girecek vaktimiz yok ama şunu söyleyebiliriz: Komisyonun aldığı kararlardan bir tanesi “Server yazılımları”yla ilgili, diğeri de, “Media Player”in “Windows”a bağlanmasıyla ilgili ihlal tespit etti. Buna yönelik olarak Microsoft aleyhine ciddi cezalar verdi ki, o dönemin en rekor cezası Microsoft’a yönelik olarak verildi ve Microsoft’un uyması gereken davranışlar tespit edildi. Daha sonra, Microsoft bu davranışlara da uymadığı için ciddi cezalarla karşı karşıya kaldı. En sonunda da, Komisyonun kararı Üst Mahkeme tarafından onaylanınca ve Microsoft, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından ciddi bir uygulama görünce, Avrupa Birliği Komisyonunun kararlarına uymayı kabul etti. Bundan sonraki problemler de genelde uzlaşmayla sonuçlanıyor.

Dolayısıyla şunu söyleyebiliriz: Amerika’da uzlaşmayla sonuçlanan ve Microsoft’un yükümlülükler kabul ettiği bir dava var, Avrupa Birliği’nde de, gene ciddi cezayla karşılaştığı ve yükümlülükler kabul ettiği bir karar var. Bunun anlamı, rekabet kuralları etkili ve istikrarlı bir şekilde uygulanırsa, yaptırımlar ciddi bir şekilde takip edilirse en büyük şirketler bile bu kurallara uyma konusunda eninde sonunda doğru noktaya geliyorlar. Bunu söyleyebiliriz.

Erden Ziya GÖKAY (Altuğ Sigorta Temsilcisi)- Sorum Ali Beye. Geçen ay bankacılara uygulanan rekabet cezalarıyla ilgili bir soru sormak istiyorum; bayağı tartışmalara neden oldu. Halka açık şirketler olduğu için de borsada onların bayağı fiyat oynamaları söz konusu oldu. Özellikle büyük bir bankanın sahibi, “hisse senetleri fiyatlarımı düşürürüm” diye borsayı ve yatırımcıları tehdit etti. Bankacıların, itibar müessesesi olan bu kurumların, mahkeme gibi sorgulanıp cezalarının uygulanması usul yönünden doğru bir uygulama mıdır? Piyasada çok büyük ceza beklentileri vardı ama, sonra nasıl olduysa çok küçük rakamlar kesildi. Bu konuda aydınlanmak istiyorum.

Oturum Yöneticisi- Bankacılarla ilgili karar yeni bir karar, henüz yargı aşamasında olan da bir karar, onun detayına çok fazla girmemiz doğru olmaz.

Erden Ziya GÖKAY- O zaman sadece usul yönünden sorayım. Mahkeme gibi, toplanıp özellikle halka açık şirket hakkında bir karar verilmesi görüntü açısından doğru bir uygulama mıdır?

Oturum Yöneticisi- Şöyle: Sözlü savunmanın ne şekilde yapılacağı bizim mevzuatımızda, kanunumuzda ve kanuna dayanılarak çıkarılan bir tebliğimizde açıklanmış durumda. Teşebbüsler eğer sözlü savunmanın gizli olarak yapılmasını, yani kamuya açılmamasını, aleni olmamasını talep ettikleri takdirde Kurul sözlü savunmanın gizli yapılmasına karar verebiliyor. Bizim tebliğe uygun bir başvuru olmadığı için sözlü savunma aleni yapılmış oldu. Dolayısıyla, ilgili teşebbüslerin, sözlü savunmanın gizli yapılmasına ilişkin başvurusu olmadığı için açık yapılmış oldu, o savunma süreci öyle tamamlandı.

Ali DEM RÖZ- Bu konuda bir şey ekleyebiliriz. Medyaya yansıma şeklinin Kurum açısından doğru olmadığını düşünüyorum. Medyaya, sanki bankaların genel müdürleri Rekabet Kurumu tarafından zorla çağrılmış, orada ifadeleri alınmış gibi yansıdı. Bizim sözlü savunma usulümüz çerçevesinde teşebbüsler dilerlerse kendileri, yöneticileri, dilerlerse avukatları ve temsilcileri aracılığıyla oralarda temsil edilebilirler. Dolayısıyla, oraya gelmeleri, üst düzeyde katılmaları ve orada kimlerin konuşacağı kendi takdirlerindedir. Medyada da sanki, Rekabet Kurulu, en tepe yöneticileri önüne çağırıyor ve sorguya çekiyor gibi bir yansıma oldu; bunun böyle olmadığını, usulü açıdan böyle bir zorunluluk bulunmadığını söylemek lazım.

Oturum Yöneticisi- Ali Beyin dediği doğru. Biz, genel müdür katılısın, toplantıda bulunsun diye bir çağrıda bulunmadık; teşebbüsler bir avukatı vasıtasıyla veya bir üst yöneticisi vasıtasıyla, her mercideki çalışanı vasıtasıyla bu tür savunmalara katılabilir, yeter ki yetkili olduğunu gösteren bir belgeyi ibraz etsinler. Dolayısıyla, hakiki durum basına yansıyan şekilde değil.

Arzu ALPAGUT (Tüketici Derneği Telekom Sektör Başkanı)- Microsoft'la ilgili yorum yapmak istiyorum.

İki hafta önce Profesör Doktor Slot buradaydı, o konuya da değindi. Teknik bazlı olduğum için, Microsoft hakkında alınan karar benim ufkumu inanılmaz açtı. Özellikle telekomünikasyon sektöründe, ICT'de konuşulan yakınsamanın (Convergence), bu kararla önü açılmış oldu ve ekonomik kriterler de göz önüne alınarak, rekabet ortamında birbiriyle uyuşabilen farklı şirketler tarafından teknolojilerin verilmesini sağladı. Türkiye'de teknoloji transferi olduğu için, Türk Telekom da "Unbundle" edilmeden özelleştiği için, TTNET ve Türk Telekom örneğinde verildiği gibi, maalesef tam rekabet sağlanamıyor. Şebeke ve kullanıcı fonksiyonlarının Unbundle edilerek rekabete açılması gerekiyor; onu bildirmek istedim.

Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Belki dikkatlerden kaçmış olabilir diye son derece önemli bir değişiklikten kısaca bahsetmek istiyorum. Torba Yasa ile bir

sürü kanunlarda değişiklik yapıldı: Bunlardan bir tanesi de, Türk Ticaret Kanununun 401'inci maddesinde getirilen iki yeni fıkra. Kontrolün devralınması konusunda sıklıkla geçiyor; imtiyazlar ile kontrol sağlanabilir. Bunun da Türk hukukundaki dayanağı, 401'inci maddeye göre, ana sözleşmede öngörülen hükümle, oy hakkında, belki yöneticileri belirleme hakkında çeşitli imtiyazların sağlanması. Yeni getirilen iki fıkrada şu söyleniyor: Ortaklarının arasında kamu tüzel kişileri, belediyeler, İl Özel idareleri, vakıflar, dernekler, kooperatifler gibi kişilerin olduğu, örneğin anonim şirketlerde artık imtiyazlar öngörülemez, bunun istisnası, kamuya yararlı dernek, vakıf (kamu tüzel kişiliği hariç.) İmtiyazlar öngörülemez gibi, mevcut imtiyazlar söz konusu ise, ana sözleşmelerin 6 ay içerisinde değiştirilmesi, bu değişikliklerin uyarlanması gerekiyor, aksi hâlde hükümsüz olacak.

Türkiye'de birçok şirketin ana sözleşmesinde A grubu, B grubu gibi hisseler olup çeşitli imtiyazlar var; ikincisi, halka açık şirketler var. Siz kapalı şirketlerde bunun kontrolünü belki birleşme ve devralmalar yoluyla sağlayabilirsiniz ama halka açık ortaklıklarda kimin nasıl alacağını nereden bileceksiniz; bu da herhâlde büyük bir risktir diye düşünüyorum.

Rekabet Kurulunun yapacağı incelemelerde, kontrolün değiştirilmesi aşamasında, şimdi, "bu kanun ile artık hükümsüzdür" dediği için, önüne gelen işlemlerde ana sözleşmeleri bir de bu açıdan değerlendirmesi gerekecektir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Lerzan YILMAZ (*Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/Oturum Yöneticisi*)-
Toplantımızın İkinci Oturumunu açıyorum. Bu oturumun ilk yarısında "Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi" konusu anlatılacak. İlk konuşmacı olarak da, Tübingen Üniversitesinden Sayın Profesör Doktor Wernhard Möschel söz alacaklar. Kendisi bize "AT-Birleşme Kontrolü-Bazı Eleştirel Gözlemler" konusunu anlatacak. İkinci konuşmacımız Sayın Jose Maria Carpi Badia, AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğünden gelen bir konuğumuz. O da, AB Komisyonunda Vaka Sorumlusu olarak çalıştığı için size "AB (Komisyon) Uygulamasında Bildirim Eşikleri" konusunu anlatacak. Üçüncü konuşmacımız ise, İngiltere'den Bay John Ivory. O da size "İngiltere'de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi"ni anlatacak.

**REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011
İSTANBUL*

II. OTURUM

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA
BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ**

Prof. Dr. Lerzan YILMAZ
(Oturum Yöneticisi)
Maltepe Üniversitesi

Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL
Tübingen Üniversitesi

Jose Maria CARPI BADIA
AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü

John IVORY
OFT Birleşmeler Grubu

Orçun SENYÜCEL
Rekabet Kurumu

Salim AYDEMİR
Rekabet Kurumu

Yrd. Doç. Dr. Harun KILIÇ
Beykent Üniversitesi

AT-B RLE ME KONTROLÜ BAZI ELE T REL GÖZLEMLER

Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL

Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bayanlar ve Baylar benim anadilim İngilizce değil, ama sunumumun sonunda aynı izlenimi verebilmeyi umuyorum. Amerikalı yazar Mark Twain Richard Wagner'in müziği ile olarak söylediği gibi, "çalındığından çok daha iyi". Avrupa'daki birleşme kontrol kuralları hakkında konuşacağım ve bazı kritik gözlemlerimi paylaşacağım. Avrupa'daki birleşme kontrolünün amaçlarına ilişkin sorular kontrolün uygulanmaya başladığı 1989-1990 yılından bu yana sürmektedir. İlk başta "içgüdü" duygusu fikri hakimdi. Ulusal birleşme kontrolü rejimlerindeki düzenleme boşluklarını bu paha biçilmez rejim dolduracaktı. Bu hedef bugün itibariyle terk edilmiş ve yürürlükten kalkmıştır. Ardından işlem maliyetlerinden tasarruf argümanı gündeme gelmiştir. Bir hizmet sürecinin tümünün tek bir müessese tarafından üstlenilmesi prensibi. Ancak, çeşitli ulusal kanunlara ve rejimlere yoğunlaşmaya ilişkin vakalar özellikle çok sayıda değildir. Ayrıca doğru kanun arayışı içine olmanın ikinci sınıf kanun arayışına içine girmekten daha önemli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu herkes için eşit şartlar oluşturma konseptiydi. Her yerde oyun aynı kurullarla oynanacaktı. Birbirinden farklı düzenleyici sistemler arasındaki bu titiz rekabet seviyesi; bu yalnızca komisyonun münhasır yargılama yetkisine sahip olduğu bölge için geçerli değildir.

Brüksel'deki uygulama ulusal kanunlar üzerinde önemli ölçüde yankı uyandırmıştır. Bu, üye ülkedeki küçük çaplı işlerle uğraşanlara Brüksel'de önemli işlerle iştigal edenlerden daha sert muameleyi öngören politik olarak sürdürülebilir bir pozisyon değildir. Bu gibi durumlarda bu yalnızca sistemlerde fikir rekabetinin kaybolması değil aynı zamanda çarpan etkisi yaratan risk öğelerini de beraberinde taşıyan kararların merkezileştirilmesidir.

Buna tipik örnekler olarak elektrik sektöründeki mega birleşmeler verilebilir. Daha küçük bir vakada komisyon tarafından karar verilen FIBA, FIAC'tır. ABE kararı Bundeskatelland tarafından eş zamanlı olarak ve komisyonla yakın işbirliği içinde verilmiştir.

Rekabet kanunlarının uygulamalarında sürekli iyileştirme yapılmasının otomatik olarak garanti edildiğini ve söz konusu iyileştirmelerin Brüksel seviyesinde üye ülke seviyesinden daha yüksek bir derecede sağlanabildiğini varsaymak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Avrupa'daki rekabete daha

ekonomik bir yaklaşım konusunda halen koparılmakta olan yaygara, örneğin bundan bir kaç yıl önce akla dahi gelmezdi. Aynı şey Fenine davasında ilk derece mahkemesi ve aynı zamanda Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen kararlar için de geçerlidir. Bu davada mahkemeler, aşağı yönlü iş ilişkilerini, işlemlerini sigortalılarla birlikte yürütmeyen ve üstlenmeyen ulusal sağlık sisteminin işletilmesinden sorumlu olan bakanlıkların yukarı yönlü iktisap, satın alma faaliyetlerini söz konusu faaliyet tamamen farklı pazarları ve menfaatleri içerse dahi üstlenemeyeceği yönünde geleneksel en uygun hukuk sistemi çerçevesinde karar vermiştir.

Kısaca, üye ülkelerin rekabet yasaları pahasına Avrupa Rekabet Yasasının genişlemesi konusunda şüphelerim var. Birleşme kontrolü piyasa yapılarının kontrolü olarak tasarlanmıştır. Kesin ve kati rekabet risklerinin önlenmesine yöneliktir. Birleşme kontrolü Birleşme, hakim pozisyonların istismarını kontrol etme ihtiyacının azaltılmasında önemli bir rol oynamaktadır. 2004 yılında uygulamaya konan yeni birleşme yönetmeliğinin 2. Maddesi kapsamındaki maddi doğruluk testinin yeniden şekillendirilmesi potansiyel olarak çok geniş kapsamlı bir değişiklik getirmiştir. Bismarck'ın da bir zamanlar dikkat çektiği gibi, kanunların ve sosislerin nasıl yapıldığını bilen bir kişi artık geceleri rahat uyuyamaz.

Bu durum özellikle Brüksel'de taslakları hazırlanan mevzuat için geçerlidir. Karar verici organ olan konseye müeyyide uygulanamaz. Seçimde aleyhinde oy kullanılamaz. Oy üstünlüğüne sahip olan ulusal hükümete karşı oy verenin hukuki bir çözüm hakkı da bulunmamaktadır. Mevzuat sürecine dahil olan Avrupa Parlamentosu Avrupalı insanları temsil etmemektedir. Avrupalı insanlar mevcut değildir. Brüksel bürokrasisi sahip olduğu talepkar roller konusunda ısrarcı olduğundan oldukça güçlü ve yetkindir. En saygın, en muteber rol kanun koyucu rolüdür. John Stuart tarafından bundan 150 yıl önce ortaya konduğu gibi, kanun koyucunun kararlarının doğruluk olasılığını arttıran ve gerçeğe mümkün olduğunca yaklaşmasını sağlayan Avrupa kamuoyu mevcut değildir.

Avrupa'daki Birleşme Yönetmeliğinin 2. Maddesinin 4 no.lu paragrafının yeniden düzenlenmesini tetikleyen olay İngiltere'deki mevzuat reformudur. 2002 yılında İngiltere'de Teşebbüs/İşletme Kanunu önemli ölçüdeki rekabet konusunda Amerika'dan alınan dersin yerine ikame edilmiştir; İngiltere'de belirli bir ölçüde tarihlendirilen karar verme noktasından önceki kamu menfaati testi için meşhur Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması (SLC) testi. Reform konusunda ısrarcı baskılar Londra'dan gelmiştir. Buna karşılık, Brüksel ofislerinin kollarını açıp candan ve coşkuyla destekledikleri Amerikan hukuku konusunda komisyon ve

konsey beklenmedik bir şekilde müzakerelerin nihai aşamasında, esasa ilişkin konulardaki testin formülasyonunun uzlaşmayla varılan bir çözüm olarak kabul edildiği hususunu benimsemiştir. Yoğunlaşmış oligopol piyasa üzerindeki tek taraflı etkiler şeklinde ortaya çıkan yasal boşlukların doldurulması yönünde algılanan ihtiyaç sağlam temellere dayanmamaktadır.

Literatürde, tipik bir örnek 2001 yılında Birleşik Devletlerde DC bölge sulh hukuk mahkemesinde görülen bebek maması davasıdır. Halen sahip olduğumuz Komisyonun içtihat hukuku 2006 T-Mobile Avusturya Davasına dayanmaktadır. Bu dava geleneksel birlikte hakimiyet konsepti çerçevesinde çözülebilirdi. Hatta bu dava, Almanya’da tek taraflı etki konseptinin hükümetle bağlantılı olmasını gerektiren 35 yıllık göreceli yoğun birleşme kontrolü sırasında böyle tek bir vakanın dahi var olmadığı düşünülmesine yol açmalıdır. Yeni Avrupa mevzuatı şimdi bunu birleşme kontrolünü merkezi aşamasına taşımaktadır. Bir kez daha Bismarck’ın şu sözleriyle teselli bulmak gerekir; insan kanunların ve iyi, adil hakimlerin olduğu yerde yaşayabilir ancak tersi doğru değildir.

Avrupa Rekabet Kanunların yeni şekli oldukça entelektüel bir çerçeveye oturtulmuştur. Ancak dayandığı temeller kırılığandır. Komisyonun kılavuz ilkelerine göre, birleşme kontrolünün amacı tüketici refahı üzerinde olumsuz etkileri olan yoğunlaşmaları önlemektir. Refah teorisi, piyasa katılımcısı gruplarından birisi olan tüketicilerin diğer piyasa katılımcısı grubu olan üreticiler karşısında imtiyazlı bir konuma getirilmesinin gerekçesini vermemektedir. Verimlilik bakış açısından, tüketici ve üretici refahının toplam olarak dikkate alınması gerekir. Bu iyi bilinen toplam refah standardıdır.

Bunun yanı sıra, tüketici refahı konseptleri dağıtım problemleriyle birlikte verimliliği daha da kötüleştirmektedir. Fabrika fiyatlarını sabitleyen ve tüketicileri istismar eden bir kartel durumunda karın nereye kadar uzandığını açıkça bilebilmek mümkün değildir. Alıcı adayları rekabet koşulları altında daha iyi olabilecek olan teşebbüsün hissedarları, çalışanları, tedarikçileri, alacaklıları ancak aynı zamanda hazine ve kamu yararına çalışan kurumlardır. Connor’s American Museums tablolarında rekabete yabancı olmayan isimlerle sıkça karşılaşılır.

Ekonomik refah bakış açısından, ilk öncelik bölüşülecek olan pastanın mümkün olduğu kadar büyütülmesi olmalıdır. Avrupa Adalet Divanı burada kritik edilen görüşü paylaşmamaktadır. Ancak 2007 tarihinde British Airways davasında verilen kararlar birlikte, havayolu bilet işlemlerinde istismara varan, yolsuz indirim davasında Antlaşmanın 102 no.lu Maddesinin ihlal edildiğine dair bulguları gösteren yeterli rekabet olduğu ortaya konmuştur. Yasa tüketicinin

gördüğü zararın ayrıca araştırılmasını gerekli görmemiştir. 1973 yılındaki Continental Can kararına atıf yapmıştır. Bu muhtemelen mahkemenin dava yükü tarihinde verdiği en aşırı formdaki yapısal karardır; kararda 102 no'lu madde uyarınca ve esas itibarıyla birleşmeleri kontrol etme düşüncesiyle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklanmıştır. Simülasyon modelleri de dahil olmak üzere ekonomik modellerin giderek artan kullanımına itiraz edilmemektedir. Eğer ekonomik model kullanıyorsanız yarı yolda vazgeçmemelisiniz. Burada problem bahsetmeyi unuttuğum doğasında olan sınırlamalardır.

Bu metotların tümü mükemmel rekabet paradigmasına dayanmaktadır. Bu paradigmanın doğru olmadığı hatta yasal uygulamalar amacıyla gerçekçi olmadığı, doğrudan uygulanmadığı durumlar için dahi böyledir. Kullanılmasının nedeni aksi takdirde ekonominin en azından doğru ve hassas şekilde hesaplanamamasıdır. Model kullanıcıları model kullanımının realiteyi tam olarak yeterince yansıtıp yansıtmadığını kendilerine her zaman sormalıdır. Rakiplerin, müşterilerin, piyasaya yeni girenlerin verdikleri reaksiyonların dinamik yönlerini yansıtıp yansıtmadığını sorgulamalıdır. Bu alandaki yasal uygulamanın özelliği olan derece ve muğlaklıkla ilgili sorular genellikle geriye atılır. En tehlikeli yönlerin birleşme kontrolünün hassas ayarlarının yapılması trendi olduğu görülmektedir, ancak hepsi bundan ibaret değildir.

Bu riskler hukukun üstünlüğü kuralının yerini vaka bazında keyfi uygulamaların almasına yol açmaktadır. Buna bir örnek olarak, çeşitli işitsel medya konularında Sony ve Bertlesman arasında kurulan ortak girişime verilen izin gösterilebilir. Bu karar aynı zamanda Impala kararı olarak da bilinmektedir. Bu isim kararı temyiz eden bağımsız işçilerin birlik olmalarından sonra verilmiştir. Bu aynı zamanda yeni tayin edilmiş olan baş ekonomistin karar üzerinde rol oynayan etkisi altında hüküm verilen ilk karar olma özelliğini de taşımaktadır. Birinci derece mahkeme kararı iptal etmiş ve komisyonu muğlak tahsisler ve üstünkörü, yüzeyler açıklamalar yapmakla ağır şekilde suçlamıştır. Komisyon kararı temyiz etse de 2007 yılının Ekim ayında karar ikinci kez onanmıştır. Bu amaçla, çeşitli işitsel medya pazarlarındaki milyonlarca başlama noktası ve ilgili lisans araştırılmıştır. Bu komisyonun geçmişten günümüze gelen tüm tarihi boyunca yapılmış en kapsamlı araştırmadır. Eleştiri yalnızca ilk adımdır. Daha iyi bir alternatifin sunulması gerekir. Öğrenilen derslere atıfta bulunularak, rekabet kanununun uygulaması ile ilgili olarak kazanılan deneyimlerle birlikte ikinci en iyi tavsiye avukatlar tarafından her zaman yapıla geldiği üzere başvuru temel prensipten çok da uzak değildir. Friederich August Von Heicht tarafından beşeri eylemler sonucunda formüle edilen kurallar piyasa ile değil daha ziyade piyasanın düzenlenmesi ile ilgilidir. Bu kulağa biraz daha iyi gelmektedir. Bunun ekonomik verimlilik örneği ile göstermek istiyorum. Hakim

teşebbüsün maliyet avantajlarını müşterilerine fiyat indirimi şeklinde aktaran bir teşvik sistemini uyguladığı modeller tahlil edilebilir. Ancak bu nadir görülen bir durumdur.

Kanunun uygulanması açısından, deneyimler rekabet baskısının olmadığı durumlarda bunun olmadığını göstermektedir. Ve hakim pozisyonun olduğu durumlarda doğası gereği bu rekabet baskıları dışlanmaktadır. Bu durum, komisyonun uygulamalarında fiili veya algılanan verimlilik artışı nedeniyle aşık bir hakim pozisyona yol açan yoğunlaşmanın şimdiye değin hiç meydana gelmediği olgusuna karşılık gelmektedir. Aynı şey, daha önce sözü edilen bebek maması davası dışında Amerikan içtihat hukuku için de söz konusudur. Ancak bu davada bölge mahkemesinin verdiği karar sulh mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ezoterizmden (belirli bir insan topluluğunun dışında kimseye bildirilmeyen, yalnızca sınırlı, dar bir çevreye aktarılan her türlü bilgi, öğreti) kaçınmak gerekir.

Burada anlatılan gerginlik ve gerilim Ohio Eyalet Temyiz Mahkemesi tarafından daha 1892’lerde Rockefeller Standard Oil Trust aleyhine bir davada tartışılmıştır. Mahkemenin görüşüne göre, “Standard Oil Trust’ın ayrıcalıklı etkileri ve başarıyla gerçekleştirdikleri hususlar üzerine çok şey söylenmiştir. Benzinin ve tüketiciye sundukları ürünlerin kalitesini yükselttikleri ve maliyetini düşürdükleri doğru olabilir. Ancak, bunlar monopolün olağan ve genel sonuçlarından birisi değildir. Ve hukukun genel kuralı olabilecekleri değil çoğunlukla olanları dikkate almaktır. Deneyimler, başkaları pahasına üzerine katma fırsatı olduğunda insanın açgözlülüğüne ve hırsına güvenmenin çok akıllıca olmadığını göstermektedir”. Ben şahsen, bu sözleri yargı aklı olarak kabul ediyorum.

Benden sunumumun sonuna Almanya’daki birleşme kontrolünün bildirim eşikleri hakkında bazı açıklamalar eklemem istendi. Tabi ki bunu yapacağım. 2 veya 3 dakika sürecek. Birleşme kontrolü genellikle 2 adımda yürütülür. Bu adımlardan ilki resmi bir bildirimdir ve ikincisi de birleşmenin rekabet üzerindeki etkileri değerlendiriliyorsa uygulanır. Bildirimin amacı eğer mümkünse, belirli bir yerde kayda değer rekabet etkilerine yol açabilecek olası tüm birleşmeleri toparlamak ve aynı zamanda rekabet sorunları yaratabilecek olan tüm işlemleri elemektir. Uygun harcama limiti ilk olarak birleşmelerin gözden geçirilme bildirimini ile bağlantılı kamu ve özel kaynakları değerlendirir.

Sonuç olarak basit bir şekilde uygulanabilecek olan kriterlere yönlendirir. Bu, önemli gecikmelerin muhtemel olduğu durumlarda birçok zorluğun meydana gelmesine yol açabilecek olan pazar paylarına karşılık elde edilen gelirler gibi objektif sonuçları gerektirir. Burada ikili bir bağlantıya riayet edilmesi gerekir.

Birincisi, birleşme bildiriminin gerek şartları ne kadar basitse ve işlemler ne kadar hızlı yürütülüyorsa sürece dahil olan firma ve kuruluşların üzerindeki yük o denli az olacaktır. İkincisi, önceki eşik değerlerin sağlanmamış olması koşuluyla esasa ilişkin bir birleşme kontrolü hariç bırakılmışsa, doğru sonuçlar daha da önemli hale gelir. Bu, ABD, Kanada veya Avustralya gibi birleşme sonrası kontrolün mümkün olduğu yerlerde farklıdır. Özel bir durum da, miktara dayalı olarak (kantitatif) 2004 tarihli AB birleşme yönetmeliğinin 1 no.lu Maddesinin gerek şartlarına dayanılmasıdır. Bu, Avrupa mahkemelerinin birleşme kontrolü üzerindeki azalan yetki sınırlarını ve münferit üye ülkelerin yetki ve yetkiyetlerini belirlemektedir. Bu tartışılmaz bir husustur, bu başka bir şeydir.

Almanya 3 bildirim eşiğini kabul etmiştir. Bu eşiklerin kümülatif olarak sağlanması gerekir. Sürece dahil olan şirketlerin dünya çapındaki yıllık gelirlerinin 500 milyon Euro'nun üzerinde olması gerekmektedir. Burada şirketin büyüklüğü ile rekabet güdüsü arasında bir bağlantı olduğu varsayılmaktadır. Bir diğer seçenek de, yalnızca yurt içi gelirlerin dikkate alınmasıdır. Örneğin, İtalya'daki rejimde eşik değeri olarak 427 milyon Euro ve İspanya'da da 240 milyon Euro belirlenmiştir. Sürece dahil olan şirketlerden en az birisinin yurt içi gelirleri 25 milyon Euronun üzerinde olmalıdır. Bu ön koşulun amacı şirket birleşmesi ile ilgili yargılama yeri arasında bir bağlantı kurmaktır. Alman birleşme kontrol sistemi dünyanın başka bir yerindeki değil yalnızca bu ülkedeki rekabeti korumaktadır. Bu kriterler İtalya'daki rejimden farklı değildir ve şirketin büyüklüğünü yansıtmaktadır. Üçüncüsü, son yıllarda Almanya ile ilgili olarak, kabaca 1500 birleşme bildiriminde bulunulmuştur.

2009 yılının Mart ayında yasama organı tarafından yurt içi gelirlere ilave ikinci bir eşik getirilmiştir. Buna göre, birleşme sürecine dahil olan şirketlerden en az birisinin Almanya'daki gelirlerinin 5 milyon Euro'nun üzerinde olması gerekmektedir. Çok sayıdaki talebe rağmen, yeni bildirim sayısı 2009 yılına göre 2010 yılında 1000 azalmıştır. Üçüncü düzenleme ile ilgili kritikler rekabetin korunmasındaki boşlukların yarattığı tehlikelere atıfta bulunmaktadır. Özellikle de, üçüncü rejimde potansiyel rekabet modellenmemiştir. Birleşme sonrasında da kontrolün devam ettiği Amerikan sistemi yaklaşımı bir cevap olabilir. Ancak bu da yasal belirsizlik sorunlarını beraberinde getirebilir. Ben şahsen, düzenlemede bir yanda bir kriteri dünya çapındaki gelirler ve bir diğer kriteri de yurt içi gelirler olan nispeten daha basit bildirim eşiklerini bir yandan da muhtemelen 5 yıllık bir deneme süresini içeren bir rejimi dikkate alan daha esnek bir yaklaşımı tercih ediyorum. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

EC MERGER CONTROL-SOME CRITICAL OBSERVATIONS

Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL

Ladies and Gentlemen, I am not a native English speaker, but I hope at the end of my presentation to have the same impression. As Mark Twain, the American writer once said with regard to Richard Wagner's music, he said, "it is much better than it sounds". I shall speak about European merger control and make some critical observations.

The question of the objectives of European merger control, is that it remains relevant even after implementation as it did in the years 1989-1990. Originally the idea of "gut" feeling prevailed. The priceless regime was to fill regulatory lacuna in national merger control regimes. This objective has become obsolete in the meantime. Then there was the argument of saving transaction costs. One stop shop principle. Cases related to concentrations of several national laws and regimes are however not particularly numerous. One should also consider that the quest for the right law is more important than the one for the cheaper law. It was the concept of the level playing field that dominated.

The same rules of play were to apply everywhere. This vigorous level of competition between varying regulatory systems; this does not only apply to the area in which the commission has exclusive jurisdiction. To a significant extent, practice in Brussels has repercussions on national laws. It is not a politically sustainable position to treat small fry concentrations in the member state more harshly than concentrations involving big business in Brussels. In these cases it is not only the systems's competition of ideas that is lost, the centralization of decisions resides in a risk of multiplying elements. Cases in point are the mega mergers in the electricity industry.

FIBA, FIAC decided by the commission in the smaller case. ABE, decided simultaneously by the Bundeskatelland in close cooperation with the commission. It would be wrong to assume that continuous improvement in the application of competition laws was automatically guaranteed, that such an improvement could be ensured to a greater degree on the Brussels level than on the member state's level. The current ado about the more economic approach to the European competition was thought for example to have been unthinkable a few years back. The same applies to decisions of both the court of first instance and the European Court of Justice, in the case Fenine. In this case the courts decided in the best tradition of the juris prudence concept that the ministries running the national health system which are not undertaking in their downstream

dealings with the insured, could not be undertaking in their upstream activity of acquisition, even though this activity constitutes completely different markets and interests.

In short I am sceptical of the expansion of the European Competition Law at the expense of the competition laws of the member states. Merger control is conceived as a control of market structures. It is the prevention of competitive risks that is decisive. Merger control plays a significant role in reducing the need for the control of abuses of dominant positions. The reform of the substantive test of Article 2 of the new merger regulation in 2004 has brought the potentially furthest reaching change. Bismarck once remarked that he who knows how laws and sausages are made, can no longer sleep soundly at night. This is particularly true of legislation drafted in Brussels. The council as the deciding body cannot be sanctioned.

It cannot be voted down in an election. Nor has the voter any remedy against a national government that has been outvoted. The European Parliament which is involved in the legislative process does not represent a European people. The latter does not exist. The Brussels bureaucracy highly qualifies as it is persistently looking for the demanding roles which it has occupied. The most highly regarded role is that of the legislator.

The European public opinion which could increase the probability of the correctness of the legislator's decision, and which could bring it as close to the truth as possible as John Stuart put it more than 150 years ago, does not exist. The triggering event for the reform of Article 2, paragraph 4 of the European Merger Regulations, was a legislative reform in the United Kingdom. In 2002 the UK Enterprise Act had substituted the American lesson of substantial competition, the famous SLC test for its somewhat dated predecisive public interest test in the UK. A persistent pressure for the reform emanated from London. Whereas American law as Brussels offices welcomed it with open arms commission and counsel unexpectedly embraced that in the final phases of deliberations, the formulation of the substantive test was considered to be a compromise solution.

The perceived need to close legislative lacuna in the form of unilateral effects on the tight oligopoly is not well founded. In the literature, a single case in point is discussed the 2001 baby food case of the DC's circuit court of peace in the United States. The commission's case law we now have the 2006 T-Mobile Austria Tailoring Case. It could have been solved under the traditional concept of collective dominance. It should even give pause for thought that there had not been a single case in the 35 years of relatively intensive merger control in

Germany that required the concept of unilateral effects of being tied to a government. The new European legislation now moves this outland to the center stage of merger control. Once more, one has to seek consolation in Bismarck, one can live where the laws and good judges are, but not vice versa. The new economization of European Competition Laws comes clothed in a highly intellectual framework.

Its foundations are however, fragile. According to the guidelines of the commission, the objective of merger control is the prevention of concentrations that have negative effects on consumer welfare. Welfare theory does not provide a reason for conferring a privileged position on one group of market's participants, the consumers as opposed to another group the producers. From an efficiency point of view it is the sum of consumer producer welfare that should be relevant. This is the well known total welfare standard. What is more the consumer welfare concepts confound efficiency with problems of distribution. Even in a run of the mill price fixing cartel which exploits consumers, it is not exactly clear where the profits end up. Candidates for recipients are the undertaking's shareholders, employees, suppliers, creditors which can be better under conditions of competition, but also the state's treasury or the philanthropic courses. On the tables of Connor's American Museums one often encounters names that are not unfamiliar to the competition. From a welfare economic point of view, first priority should be to increase the pie to be divided to the greatest extent possible.

The European Court of Justice does not share the view that is criticized here. As late as the decision from the British Airways case dated 2007, the case of abusive rebates in airline ticket transactions there is a demonstration of competition sufficient for finding an infringement of Article 102 of the Treaty. The code did not consider it necessary to investigate separately the existence of a separate consumer detriment. It referred back to its 1973 Continental Can decision. This was arguably the most extreme form of a structured decision in the history of the court's case load in which it had prohibition against abuses of dominant position under Article 102 in principle concerning the control of mergers.

There are no objection to an increased use of economic methods including simulation models. If one uses economic models, one should not stop halfway. Instead, the problem is the inherent limitations I've forgotten along the way. These methods are all based on the paradigm of perfect competition. This is true even though this paradigm is neither realistic nor for purpose of direct legal practice, directly applicable. The reason for its use is that otherwise, one could

calculate economics any more, at least not with any precision. One always has to ask the question whether the use models reflect reality sufficiently exactly. Whether they can reflect the dynamic aspects of a case reactions of competitors, of customers, of newcomers on the market. Usually one is thrown back the questions of degree and imprecision that are characteristic of the legal practice in this area. The most dangerous aspects seems to be the trend in fine tuning the merger control, but not only there. This risks substituting an arbitrary case by case realization for the rule of law. An example is the clearance of the joint venture of Sony and Bertlesman in relation to various sound media. The decision is also known as the Impala decision, named after the association of independent laborers that appealed the decision. At the same time, it was the first decision that was handed down under the decisive influence of the newly appointed chief economist. The court of first instance vacated the decision and blamed the commission severely of making vague allocations and superficial comments. The commission appealed the decision but cleared the decision a second time October 2007.

For this purpose millions of starter points on the various markets for sound media and the respective licenses were investigated. This was the most extensive investigation in this entire history of the commission's legacy. Criticism is only a first step. One has to supply a better alternative. Referring to the lessons learned with the experience of the competition law of practice the second best advice, not far from the fundamental principle invoked by lawyers, that has how it always has been done. In the formulation by Friederich August Von Heicht rules as the result of human actions not of the market, instead the design of it. This sounds slightly better.

I would like to demonstrate this using the example of economic efficiency. One can indeed construe models in which a dominant undertaking has an incentive to pass on cost advantages in the form of price decreases to its customers. But this is the rare exception. For the application of law it is efficient that experience shows that it will not happen in the absence of the pressures of competition. And these pressures of competition are excluded by definition where there is a dominant position. This corresponds with the fact that in the commission's practice, there has never yet been a concentration which led to a dominant position which was clear because of an actual or perceived efficiency increase.

The same is true for the US American case law with the exception of the baby foods decision mentioned before. But in this case the decision of the district court was negated by the court of peace. One should avoid esotericism. The tension described here and was discussed by the Supreme Court of the State of

Ohio as early as 1892 in an earlier case against Rockefeller Standard Oil Trust. The Court opinion, “much has been said for the favored effects of the Standard Oil Trust and what it has accomplished. It may be true that it has improved the quality and cheapened the cost of petroleum and its products to the consumer. But such is not one of the usual or general results of monopoly. And it is the general policy of the law to regard not what may but usually happens.

Experience shows that it is not wise to trust human culpidity where it has the opportunity to add to it at the expense of others”. I consider these words to reflect judicial wisdom. Then I was asked to add to the end of my presentation some remarks on the notification thresholds in German merger control. Of course I will do it. It takes about 2 or 3 minutes. Merger control is usually carried out in 2 steps. First, formal one notification and the second material one if the effects of merger on competition are evaluated. The purpose of notification is to pick up if possible all mergers that might result in appreciable competitive effects in a given jurisdiction and at the same time to screen out all transactions that are unlikely to raise any competition concerns. Appropriate expenditure limit first evaluate the public and private resources in connection with the notification of a review of mergers. This finally leads to a criteria that can be handled in a simple manner. This requires objective results like the revenues in contrast to market shares that would pose many difficulties considerably in the possibility of substantial delays.

Here a double connection is to be observed. First the simpler requirements of a merger notification are, and the faster the procedure is carried out, the smaller the burdens are for the companies and the agencies involved. Secondly, the significance of the correct results is particularly important if a substantive merger control is excluded provided the former thresholds are not fulfilled. That is different in jurisdictions like USA, Canada or Australia where an ex-post control of the merger remains possible. A specific case is the quantitative decline of the requirements of the Article 1 of the EC merger regulations of 2004. These mark the demarcation of the decreasing competence of the European courts for the merger control and the competence of the individual member states. This is unargued, this is another thing. Germany knows 3 notification thresholds.

They must be fulfilled cumulatively. The companies involved must have some annual revenues over 500 million euro worldwide. Here is a presumed connection between the size of a company and between the competition instinct. A different option would be to rely solely on domestic revenues. This is for instance the regime in Italy 472 million euro as threshold and in Spain 240 million euro as threshold. The domestic revenues of at least one company involved must exceed

25 million euro. The purpose of this prerequisite is to establish a relation between the merger and the jurisdiction concerned. The German merger control does not protect competition elsewhere in the world, but only competition in this country. The criteria do not differ in the regime in Italy and reflect a specific size of the company. Thirdly, as it relates in Germany in the last years, roughly 1500 merger notifications were made. In March 2009 the legislature has introduced an additional a second threshold of domestic revenues. At least one of the companies involved must have more than 5 million euros revenues in Germany.

Despite the multitude of demands, the emanation of new notifications fell down in 2009 and 2010 to 1000 respectively. Critics of third regulation referred to the risks of gaps in the protection of competition. Especially potential competition is not modelled under third regime. One answer would be an approach to the American system remaining control to a merger ex-post. But that could create problems of legal uncertainty. I prefer more a regulative flexibility to realize on the one hand rather simple notification thresholds, one criterion of worldwide revenues, one criterion of domestic revenues and to consider on the other hand a regime of test period of perhaps 5 years. Thank you for your kind attention.

AB (KOM SYON) UYGULAMASINDA B LD R M E KLER

Jose Maria CAPRI BADIA

AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlü ü, Vaka Sorumlusu

Konuşmama, öncelikle bu sempozyuma katılmam için beni davet eden Türk Rekabet Kurumuna, İstanbul Ticaret Odasına ve şehir yetkililerine teşekkür ederek başlamak istiyorum. Bu davet bana, bu çok ama çok motive edici sempozyuma katılma fırsatının yanı sıra ayrıca çok utanarak itiraf etmek zorundayım ki daha önce hiç görmediğim, ziyaret etmediğim bu muhteşem kente, İstanbul'a gelme ve görme fırsatını vermesinden dolayı en samimi dileklerle teşekkür ediyorum. Gerçekten de çok teşekkür ederim. Bu sabah mükemmel bir iş çıkartan tercümanlara da teşekkür etmek isterim. Bu sempozyumda ortaya koyduğunuz çalışma ve performansınız için kesinlikle müteşekkirim. Çok teşekkür ederiz. Tarafımdan bu konudaki hukuk ve yargılama yetkisini açıklamam istendi. Avrupa Birliği işlemlerin yapılması, gerçekleştirilmesi konusunda yargılama yetkisini ne şekilde ele alıyor, ne şekilde değerlendiriyor, yargılama yetkisinin ölçü ve kapsamı ne şekilde değerlendiriliyor.

Öncelikle, yargılama yetkisini, yargılama yetkisinin kapsamını değerlendirebilmek için kullandığımız başlıca araçlardan bahsetmek isterim. Sabah da değinildiği ve üzerinde durulduğu gibi problemin önemli bir bölümünü vakanın kapsamı, alt ve üst sınırı, bir başka deyişle bildirim eşikleri oluşturduğu için konuya başka bir perspektif açısı da getirmeye çalışacağım. Yukarıda da belirtildiği üzere çözümün bir parçası da konuyla ilgili olarak karara varmadan önce belirli bir işlem konusunda gerçekten de yargılama, hüküm verme, karar verme yetkimizin olup olmadığını göz önünde bulundurmamızdır. Bir önceki konuşmada yapılan bazı mütalaaları çok ilginç bulduğumu söylemek isterim. Ve kendi cephemden bu mütalaalara ekleyecek bir takım görüş, düşünce, gözlem ve mütalaalarım var.

Ancak bu görüş, düşünce ve mütalaalarımı sempozyumun tartışma bölümüne saklamam belki de daha iyi olur. Şimdi, sizlere öncelikle Avrupa Birliğinde sistemin ve dolayısıyla Avrupa Komisyonunda yargılama yetkisinin değerlendirilmesine ilişkin başlıca ilkeleri açıklamakla bu ilkeleri anlatmakla başlayacağım. Başlangıç olarak hepinizin bu ilkelerin büyük bir çoğunluğunu bildiğinizi söylemek isterim. Açık ve net olarak söylemek istediğim husus Avrupa Birliğinde, daha önceden de bahsedildiği gibi Avrupa Topluluğu ülkelerinde iktisadi gücün yoğunlaşması ve yoğunlaşmaların kontrol altına alınmasına yönelik

yasa ve yönetmeliklerin ve bu yasa ve yönetmeliklere dayanan yargılama yetkisinin mevcut olduğudur. Bu yoğunlaşmanın Avrupa Birliği seviyesinde ele alınmadığı, ele alınmadığı zamanlar üye ülkelerin kendi rekabet kurumları bu işlemler hakkındaki yetkilerini kullanmakta ve karar vermektedir. Daha önce de üzerinde durulan ve atıfta bulunulan tek bir kaynaktan ulaşmak istediğiniz her türlü sonuç ve amaca ulaşma ilkesi böylece bu spesifik konuda belirli bir şirket birleşmesi işleminin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinin yapılması için bu konuda karar verme, hükme varma, yargılama yetkisi olan daha iyi bir yerin bulunması anlamına gelmektedir.

Biraz önce dile getirdiğim bu ilkenin uygulamaya geçirilebilmesi için sınır ötesi etkisi olabilecek vakaların Avrupa Komisyonu tarafından ve ağırlıklı olarak daha fazla yerel, ulusal veya bölgesel etkiye sahip olan vakaların da Avrupa Komisyonu tarafından değil de ulusal rekabet kurumları tarafından ele alındığı bir sistemin kurulması yönünde çaba gösterilmesi gereklidir. Bunu yapabilmeyen yolu da daha önce de belirtmiş olduğum gibi bildirim eşikleridir. Bu hususu belirtmiş olmama rağmen, sistemin yapısından kaynaklanan bir esnekliğin olduğunu ve bu esneklik sayesinde Avrupa Birliği seviyesinde görülmeye başlayan vakaların sonucunda ulusal rekabet kurumlarına havale edilerek ulusal rekabet kurumları tarafından değerlendirildiği veya tam tersine ulusal seviyede başlayıp bilahare Avrupa Birliği seviyesinde değerlendirilen ve karara bağlanan birçok vakanın mevcut olduğunu da vurgulamak isterim.

Gerek bildirim yapılmasından önce gerekse bildirim yapılmasından sonra belirli bir takım davalarda ve bu vakalara ilişkin durum ve koşullara bağlı olarak ilgili vakanın değerlendirilmesi ve karara bağlanması için vakanın konusuna ulusal yargılama sisteminden daha hâkim ve daha iyi bilen bir yargılama sistemine başvurulmasını, vakanın bu yargılama sistemine havale edilmesi esnekliğini sağlayan çok sayıda başvuru ve yönlendirme mekanizması mevcuttur. Sistemin önemli diğer iki ilkesi, bu iki ilkeyi de gayet iyi bildiğinizi sanıyorum.

Bu ilkelerden birincisi yüksek yoğunlaşmanın birleşme işlemine başlanmasından ve uygulamaya geçirilmesinden önce bildirimde bulunma zorunluluğu ikincisi ise ilk ilke ile bağlantılı olan mevcut durumun aynen korunması ve yoğunlaşmanın karar alınıncaya kadar durdurulması hükümleridir, bir başka ifadeyle komisyon konuyla ilgili olarak durumu açıklığa kavuşturup karar verinceye kadar tarafların birleşmeyi gerçekleştiremeyecekleri ve yoğunlaşmayı sağlayamayacakları anlamına gelmektedir. Şu anda sözünü ettiğim bu değişik hususları ve konuları düzenleyen değişik kurallar ve yönetmelikler, yoğunlaşma mefhumu olarak tanımlanan şirket birleşme yönetmeliği ve hâlihazır

durum itibariyle yürürlükte bulunan dört farklı bildirim fiilen bir tek belgede birleştiren Konsolide Duyuru şu an itibariyle elinizde tuttuğunuz slâytlarda yer alan metinlerde bulunmaktadır. Diğer bir ve belki de en fazla kaygı duyulan husus da rol ve işlevlerin değerlendirilmesidir. Şimdi tüm bu kuralların tümü bu konsolide duyuruda bir araya getirilmiş bulunmaktadır. Son derece açık ve aşikârdır ki bu konuda Avrupa Adalet Divanının hukuk ilkelerini dikkate aldık. Hukuki ve yargılama yetkisine ilişkin birçok ilginç vaka ortaya çıktı.

Bu konuda son olarak belirtmek istediğim yukarıda açıkladığım hukuki konularla doğrudan ilgili olmayan ancak dikkate alınması gereken iki duyurumuzun daha bulunduğu. Bunlardan birincisi vakanın yetkili ulusal makamlara havale edilmesini düzenlemekte diğeri ise belirli şirket birleşmelerini kapsayan basitleştirilmiş prosedürü açıklamaktadır. Kolaylıkla görebileceğiniz gibi ciro eşiklerini tanımlarken sadece rakamları dikkate aldık ve bu rakamları piyasa gücünün bir göstergesi anlamında dikkate almadık.

Ancak bu rakamlar piyasa gücünün bir göstergesi niteliğinde de olabilir ve saptadığımız bu eşik rakamların altında kalan işlemlerin genel olarak rekabete ilişkin herhangi bir sorun yaratmadığını göz önünde bulundurduğumuzda da çoğu zaman piyasa gücünün bir göstergesi mahiyetinde olduğunu da söyleyebiliriz. Faaliyette bulunan piyasaların türünü ve özelliklerini bilmeye ihtiyacımız olmadığı gibi tarafların pazar payları ve ne yatay ne de dikey ilişkiler ve komşu ülke pazarlarına ilişkin ayrıntılı bilgilere de ihtiyacımız bulunmamaktadır.

Bu durum tamamen yıllar önce oluşturduğumuz ve bu gibi konuları ve vakaları pazar araştırması yapılmasına gerek duyulmaksızın ve bildirimde bulunan pazarlardan çok daha az bilgi talep etmek suretiyle ele alabilmemizi ve değerlendirebilmemizi mümkün kılan basitleştirilmiş prosedürlerdir. Bu oturumda ele alacağım konulardan birisi de birbirinden çok farklı şirket birleşme, devir ve satın alma işlemlerinin kontrol edilmesi ve birleşme kontrol rejimidir. Bugün benden önce konuşma yapan meslektaşımın belirttiği, dile getirdiği sorunları biz de yaşadık. Diğer taraftan mevzuatta bu konulara ilişkin bir takım düzenlemeler ve kurallar mevcuttur.

Daha önce de söylediğim gibi yoğunlaşma konusunda ciro eşikleri sistemini uyguluyoruz. Mevzuat ve ilgili yönetmelik hükümlerini uygulamaya koymamız için yeterli ölçüde yoğunlaşma olduğundan emin olmamız gereklidir. Bu yukarıda belirtilen iki kategoriden biri olabilir. Sabah oturumunda açıkladığımız gibi bazı konular Avrupa Birliği şirket birleşmesi yönetmeliğinde kapsamlı bir şekilde ele alınmış olduğu için bu alanları bu oturumda gündemimize almıyoruz.

Genel olarak topluluk boyutu olarak tanımladığımız Avrupa Birliği boyutuna Lizbon Antlaşmasından sonra artık birlik boyutu olarak atıfta bulunacağız veya birlik boyutu olarak anımsayacağız. Ciro eşikleri, vakayı teşkil eden olayın iktisadi sonuçlarıyla ilgili olarak tarafımıza bir yetki bir karar verme yetkisi tanımaktadır. Birincisi şirket birleşme yönetmeliğinin 102 no.lu maddesinde diğeri de 13 no.lu maddesinde belirtilen ve gösterge niteliğinde işlev gören iki ayrı grup iktisadi sonuç bulunmaktadır. Klasik olan ve önemi en fazla olan işte sizin de elinizde bulunan bu slâyтта görülmektedir.

Dünya çapında olması gerekli ciro eşiği, yoğunlaşmayı oluşturan tüm tarafların ciroları birlikte hesaplandığı zaman, en az 5 milyar Euro'dur. Diğer taraftan Avrupa Topluluğu içinde belirli bir ticari faaliyetin olması da gereklidir. En azından iki şirketin ve en büyük işletmenin Avrupa Topluluğu içinde en az 150 milyon Euro dolayında bir ciroları olması gerekmektedir. Üçüncü ve önceki iki kuralı tamamlayan bir kural da işleme konu olan işletmelerin toplam cirolarının üçte ikisinden fazlasını tek ve aynı üye ülkede gerçekleştirmemesi veya tek ve aynı üye ülkeden kaynaklanmaması gerekliliğidir. Bu üç ciro eşiğini incelediğimiz zaman, ilk ciro eşiği vasıtasıyla belirli bir iş hacminin olması zorunlu hale gelmektedir. İkinci ciro eşiği ise birleşmenin büyük bir birleşme olması durumunda bile bu birleşme sonucu ortaya çıkan şirketin veya kuruluşun işinin en azından belirli bir bölümünün Avrupa Topluluğu içinde gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Üçüncü ciro eşiği vasıtasıyla ise ilk iki kriter uygun olmakla birlikte üye ülkelerden herhangi birisinde yoğunlaşma etkisinin meydana gelme riski önlenmeye çalışılmaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen bu üçüncü kural kapsamına giren yoğunlaşmaların sınır ötesinde veya komşu ülkelerde önemli nitelikte etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda uzun bir süredir süren yoğun tartışmalar mevcuttur. Bu konuda size bir rakam vermek istiyorum. 1989 yılından bu yana ilk iki kriteri karşılayan ancak üçüncü kriter kapsamına giren yaklaşık olarak 160 dolayında vaka bulunmaktadır.

Daha önce de söylediğim gibi ayrıca ikinci bir grup ciro eşiğimiz daha bulunmakta. Bu ciro eşiklerini şirket birleşmesi yönetmeliğinin 1 no.lu maddesinin 3 no.lu fıkrasında görebilirsiniz. İlgili mevzuat ve yönetmeliğin oldukça karmaşık ve girift bir şekilde kaleme alındığı aşikâr. Bu ikinci grup ciro eşikleriyle nelerin yapılmak ve elde edilmek istediği oldukça karmaşık bir şekilde açıklanmış bulunmakta. Bu ikinci grup ciro eşiklerinin amacı en azından üç üye ülkede etkisi olabilecek vakaları yönetmeliğin kapsamı içine dâhil edebilmek. Bu vakalar size daha önce tanımını yaptığım ciro eşiklerinden daha düşük ciro eşikleri olan

vakalar. Bu nedenle yasama organının esasen yapması gereken Avrupa Birliğinin mevzuatı ve yargılama yetkisi çerçevesinde yapılması gerekenleri yapmak.

Şimdi bu konudaki bir kaygımı gündeme getiriyorum. Hangi şirketlerin rekabet mevzuatı çerçevesinde yoğunlaşma içinde bulduklarını tespit edebilmek için çok sayıda kuralımız mevcut. Bunu tespit edebilmek bazen çok kolay olabiliyor. Örneğin, bir şirket birleşmesi söz konusu olduğunda, aşikârdır ki rekabet yasası çerçevesinde yoğunlaşma içinde bulunanlar birleşme işlemini yapan şirketlerdir.

Diğer taraftan, bir şirketin kontrolünün çok sayıda şirket tarafından iktisap edildiğini, satın alındığını düşünelim, bu durumda hedef şirketi, çoğunluk hisselerini satın almak suretiyle kontrol eden şirketler ve hedef şirket değerlendirme kapsamına girmektedir. Maaşlar, ücretler de bu konuda değerlendirilmesi gereken unsurlar olarak ön plana çıkmakta. Ortak Girişimler söz konusu olduğunda ise durum biraz daha karmaşık olabilir. Özellikle, Ortak Girişimlerde taraflardan birisi şirketin kontrol hakkını elinde tutuyorsa veya satın alıyorsa durum daha da karmaşık bir hal alabiliyor. Yoğunlaşmanın, özellikle çok sayıda şirket tarafından satın alma işlemini gerçekleştirebilmek amacıyla bir satın alma/iktisap aracı olarak kullanılması halinde, arkasında bulunan gerçek oyuncularını tespit edebilmek için çok sayıda kuralımız mevcut.

Şimdi bizzat cironun hesaplanması konusuna gelelim. Yargılama yetkisinin olup olmadığını değerlendirebilmek amacıyla en etkin, en amaca yönelik ve uygulanması en kolay unsur olarak daha önce de belirttiğimiz gibi ciro kriterini tercih ettik. Yukarıda sayılan tüm bu özellik ve niteliklerine rağmen değerlendirmeye tabii tutulan çok sayıda işletmenin cirolarının kesin olarak saptanabilmesi zaman zaman çok kolay olmayabilir. Bu konuda da çok sayıda kuralımız mevcut. Bu gibi durumlarda esasen değerlendirmeye konu olan işletmelerin sattığı ürünler ve verdiği hizmetlerden gelen meblağlar üzerinde odaklanıyoruz.

Olağandışı faaliyetleri, örneğin duyuru tarihi itibariyle veya daha önce yapılmış olan demirbaş satışlarını dikkate almıyoruz. Ciroyu hesaplarırken özellikle satış indirim ve iskontolarını ve vergileri mahsup ediyoruz. Mükerrer kayıtlardan kaçınabilmek amacıyla grup içi işlemlerden kaynaklanan rakamları da arındırıyoruz. Bu noktada belirtmek istediğim çok önemli bir husus da ekonomik realiteyi en iyi şekilde yansıtabilecek rakamları dikkate almamız. Dikkate aldığımız rakamlar ise bir önceki mali yılın denetimden geçmiş hesaplarıdır. Tüm bu faktörlere rağmen bazı vakalarda şirketlerin denetimden geçmiş rakamları üzerinde bir takım düzeltmeler yapmasına izin verdik. Bu hesapların denetimden geçirilmesinden sonra kayda değer önemde olayların olduğu durumlardır. Örneğin

bir bağı şirketin satılması gibi, bu durumda şirketlerin hacmi hesaplara yansıtılmış olan hacimlerine göre daha küçük olabilmekte. Yoğunlaşmanın değerlendirileceği tarih olarak bildirim tarihi veya sözleşmenin akdedilme tarihi veya çoğunluk hisselerin satışına yönelik kamuoyu duyuru tarihinden hangisi daha önce ise önce gelen tarihi dikkate alıyoruz.

Yukarıda belirtilen bu olaylar yoğunlaşma olup olmadığını konusunda değerlendirme yapılmasını gerektiren olaylardır. Eskiden, şirketler için, sözleşmenin sonuçlandırılmasından en az bir hafta önce bildirim yapmaları zorunluluğu vardı. Bu zorunluluk yeni şirket birleşmesi yönetmelikleri vasıtasıyla kaldırıldı. Bankacılık, sigorta, vb. gibi kendisine özgü sektörler için de bir izin kuralımız mevcut ancak bu kuralları şimdilik ayrı ayrı ele almayacağım.

Yukarıda belirtilenlere ilaveten, farklı şirketlerin denetlenmiş bilançolarından sonuçların açık ve net bir şekilde ortaya çıkarılamaması durumunda değişik üye ülkelerde ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin de kurallarımız var. Ciro eşiklerinin hesaplanmasına dair olarak bahsetmek istediğim son konu ise değerlendirmeye konu olan işletmeleri oluşturan değişik şirketlerin ve işletmelerin cirolarının hesaplanmasında dikkate aldığımız çok sayıda kuralın mevcut olduğu. Bu kuralların kaleme alınışları ve metinleri de göreceli olarak oldukça karmaşıktır. Bununla birlikte, tüm bu kurallar vasıtasıyla yapmaya çalıştığımız husus değişik konularla ilgili doğru değerlendirme yapabilmek için ana şirketin ve iştiraklerinin ve bağı şirketlerinin ve kardeş şirketlerinin cirolarının doğru ve gerekli şekilde dikkate alınmasının sağlanmasıdır.

Şimdi bu sistemin uygulamada ne şekilde çalıştığını bu slâyttaki bildirim sayıları bakımından görebilirsiniz. Bildirim sayılarının geçtiğimiz son birkaç yıl itibarıyla nasıl geliştiği bu slâyтта görülmektedir. Slâyтта da görüldüğü gibi en hızlı artış 2003 yılında olmuş. 2007 yılı ise vakaların sayısı bakımından yıllık revizyonun yapıldığı yıldır. 2007 yılında, Komisyonun hizmetleri konusunda oldukça yüksek bir seviyede baskı altında kaldık, zira anılan sene içersinde ele alınan ve değerlendirilen konular arasında çok sayıda karmaşık ve girift vaka vardı. 2007 yılından itibaren vaka sayısı azaldı. Bildirim sayısında görülen bu azalmada esasen Avrupa Birliğinin rekabeti düzenleyen mevzuatının doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bu azalma finansal kriz nedeniyle, özellikle yatırımcıları ilgilendiren faaliyetlerin azalması meydana gelmiştir. Son iki sene içersinde azalma olmasına rağmen 2010 yılından itibaren tekrar artış trendinde olduğunu görebilirsiniz. Bu artış trendi 2011 yılında da benzer şekilde süreceği benziyor.

Bununla birlikte sizler ve özellikle Türk Rekabet Kurumunda çalışanlar bildirim rakamlarının resmin, özellikle kurumlar üzerindeki iş yükü açısından

sadece belirli bir bölümünü gösterdiğini gayet iyi bilmektesiniz. Oysa günün sonunda bildirim sayısının çokluğundan ziyade belirli bir zaman dilimi içindeki karmaşık vakaların sayısı önemlidir. Bu slâyтта size şirket birleşmelerinin kontrolü konusunda komisyonun müdahale oranının yıllar itibariyle gelişimini sunmak istiyorum. Sarı renkli olarak gördükleriniz komisyonunun vakaya hukuki yönden müdahale ettiği veya tarafların yoğunlaşmasını önlediği veya tarafların işleminden çekildiği veya işlemi iptal ettikleri ve komisyonun ikinci aşama sırasında işlemi sona erdirdiği tüm vakaları göstermektedir. Slâyтта da görebileceğiniz gibi en yüksek müdahale oranı 2001 yılında gerçekleşmiştir. 2000-2001 yılları arasında bu oran % 14 seviyesinde seyretti. Daha sonra düşmeye başladı. Ve son 7 yıl boyunca adeta sabit bir trend izledi. 2003 yılından başlayarak 2010 yılına kadar müdahale oranının sürekli olarak %4 ile %6 bandında seyrettiğini görebilirsiniz. Testteki değişikliği yayınlamadan önce üzerinde tartıştık.

Açıkça söylemek gerekirse test kriterlerinde yapılan değişikliğin müdahale oranları üzerinde önemli bir etkisi bulunmamaktadır. Müdahale oranları vaka sayısı ve vakaların niteliği ve mahiyetiyle bağlantılı olarak değişmektedir. Tespitimiz bu yöndedir. Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da vakanın yasalar nezdinde yasal ve geçerli bir işlem olup olmadığıdır. Uygulamada çok sayıda vaka değerlendirdik. İşin aslına bakarsak, piyasa hâkimiyetine ilişkin eski test kriterleri uyarınca değerlendirme yapıldığı zaman şirket birleşmesinin ve sonucunda ortaya çıkan yoğunlaşmanın rekabete zarar verip vermediğine karar verilmesi hayli güç olabilirdi.

Bu şemada gördüğünüz diğer hatlar ve trendlerle ilgili olarak da bilgi vermek isterim. Şemanın en altında belli belirsiz olarak gördüğünüz çizgiler tarafımızca yasaklanan şirket birleşmesi işlemlerinin sayılarıdır. Çok az sayıda işlemi yasakladık. 1989 yılından bu yana sadece 23 adet şirket birleşmesi vakasını yasakladık. Birleşme konusunda verdiğimiz son yasaklama kararı ise yakın bir tarihte alındı. Bu vaka 2 Yunan Havayolu Taşıma Şirketinin birleşmesine yönelik bir işlemdi. Bir önceki yasaklama kararı da yanılmıyorsam 2004 yılında alındı ve yine havayolu taşımacılığı ile ilgiliydi. Konuşmamı burada sonlandırıyorum. Şimdiye kadar bahsettiğim vaka ve rakamlara ilişkin olarak bu işlemlerin arkasında bulunan isimleri belirtmek gerekirse işte bu son birkaç slaytta son iki yılda ele aldığımız en önemli vakalar yer almakta, bu vakalarla ilgili olarak bazı çok bilinen ve ünlü şirketleri ve size hiç de yabancı olmayan bazı şirketlerin dahil olduğu vakaları görebileceksiniz.