

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10 Sayı/Number: 2 Nisan/April 2009

- ◆ **Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları**
Nazlı AKSOY
Şahin YAVUZ
- ◆ **Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi**
Şerife Demet KAYA
Zeynep MADAN
Evren SESLİ
- ◆ **AT Komisyonunun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar**
Orçun SENYÜCEL
- ◆ **Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized Ec Notice: Minor Issues of Big Importance**
Hanna STAKHEYEVA
- ◆ **Rekabet Kurulu Nihai Karar Özetleri**
- ◆ **Kesinleşmiş Danıştay Kararları Listesi**

10. YIL
10th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2009

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Tülay ÇÖL

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Fevzi ÖZKAN
H. Erkan YARDIMCI
Murat ÇETİNKAYA
S. Barış ÖZER
Serdar YARAR
Dr. Murat Şahin ÖCAL
Tarkan ERDOĞAN
Haluk ARI

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
Ali DEMİRÖZ
H. Gökşin KEKEVİ
Orçun SENYÜCEL

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ÖZELTÜRKAY

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 2914444 - (90) 312 2667911

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web adresi / Web address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2009

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1 **EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 5 **MAKALELER / ARTICLES**
- 7 **Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları / The Legal Nature and the Limits of the Power of Turkish Competition Board in Mergers and Acquisitions**
Nazlı AKSOY
Şahin YAVUZ
- 29 **Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi / Structural Remedies in Merger Control and Efficiency Assessment**
Şerife Demet KAYA
Zeynep MADAN
Evren SESLİ
- 73 **AT Komisyonu'nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar / Inferences for Turkey in the Light of New EC Commission Notice on Remedies**
Orçun SENYÜCEL

- 115 Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance / *Türk Rekabet Hukukunda ve Yenilenmiş Avrupa Komisyonu Duyurusunda Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt: Küçük Konuların Büyük Önemi***
Hanna STAKHEYEVA
- 151 REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ / *THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS***
(01.01.2009-31.03.2009)
- 171 KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ / *THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS***
(01.01.2009-31.03.2009)
- 179 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / *PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS***

EDİTÖRDEN*FROM THE EDITOR*

Sayın okuyucularımız;

10. yaşına girmesiyle birlikte, Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM) Sosyal Bilimler Veri Tabanı Dergi Değerlendirme Kriterlerine göre hazırlanmaya başlayan Rekabet Dergisi'nin bu sayısında, "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin" konusuna özgülünen dört makaleye yer verilmiştir.

Bu makalelerden ilki, Rekabet Uzmanları Nazlı AKSOY ve Şahin YAVUZ tarafından hazırlanmış olup, "*Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları*" başlığını taşımaktadır. Anılan çalışmada, Danıştay 13. Dairesi'nin *Vatan Gazetesi* kararından sonra daha fazla tartışılmaya başlanan, Rekabet Kurulu'nun yoğunlaşma işlemlerine yönelik koşul veya yükümlülükler getirebilme yetkisi incelenmiştir. Yazarlar, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da açık bir ifade yer almayan bu konuda, Kurul'un, yoğunlaşma işleminin doğuracağı rekabetçi sorunları çözmeye yönelik izin kararını tek taraflı olarak şart ya da yükümlülüğe bağlamasının hukuken mümkün olmadığını; dolayısıyla sorunun çözümünde sorumluluğun taraflara bırakılması gerektiğini ileri sürmüştür.

Rekabet Uzmanları Şerife Demet KAYA, Zeynep MADAN ve Evren SESLİ tarafından hazırlanan "*Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi*" başlıklı ikinci çalışmada, akademik yazında çok fazla ele alınmamış bir husus irdelenmektedir. 2004 yılında yayımlanan Yatay Birleşme Rehberi ile birlikte Avrupa Birliği uygulamasında da önemi artan yoğunlaşmalardaki etkinlik konusunu, yapısal tedbir mekanizması çerçevesinde inceleyen yazarlar, konunun iktisadi yönüne de detaylı biçimde eğilmiştir. Yazarlar, çeşitli iktisadi modeller çerçevesinde, "yoğunlaşma analizi için yapılan etkinlik değerlendirmesinin tedbir mekanizmaları bağlamında da gerçekleştirilmesinin istenilen sonuçlara ulaşılması için esaslı bir öneme sahip olduğu" sonucuna ulaşmıştır.

Üçüncü makale, Rekabet Uzmanı Orçun SENYÜCEL tarafından hazırlanmış "*AT Komisyonu'nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar*" başlıklı çalışmadır. Yazar, Ekim 2008'de yayımlanan Avrupa Komisyonu'nun yeni Tedbir Duyurusu'nu detaylı olarak ele almış, eski Duyuru ile arasındaki farkları irdelenmiş ve bu çerçevede

Rekabet Kurulu kararlarını eleştirel bir yaklaşımla incelemiştir. Rekabet Kurulu'nun izlemesi gereken yönetime ilişkin politika önerilerinde bulunan yazar, Kurul'un tedbir kararlarını işlem tarafı gibi detaylandırmaya çalışmasının çok daha büyük sorunları beraberinde getireceğini öne sürmüştür.

“Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance (Türk Rekabet Hukukunda ve Yenilenmiş Avrupa Komisyonu Duyurusunda Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt: Küçük Konuların Büyük Önemi)” başlıklı son makale ise, yurt dışından bir yazara aittir. Hanna STAKHEYEVA, çalışmasında, Avrupa Birliği'ndeki yoğunlaşma işlemlerinde taahhüt mekanizmasını ele almış, bu bağlamda Türkiye'deki uygulamayı 'dışarıdan bir gözle' incelemiştir. Taahhüt verme yükümlülüğünün işlem taraflarının üzerinde olduğunu belirten yazar, hakim durum testinin değiştirilmesi, orantılılık ilkesine uyulması, üçüncü tarafların haklarının dikkatle ele alınması ve tedbirin dosya bazında şekillendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Dergimizin bu sayısının da ilgililer için önemli bir başvuru kaynağı olacağına inanıyoruz.

Saygılarımızla...

EDİTÖRDEN

FROM THE EDITOR

Dear Readers;

Competition Journal, which is being edited in accordance with the Journal Assessment Criteria of the Turkish Academic Network and Information Centre (ULAKBİM) Social Sciences Database since its 10th anniversary, includes four articles that focus on the subject of "Commitments and Conditional Approvals in the Control of Concentrations".

The first of these articles is prepared by Competition Experts Nazlı AKSOY and Şahin YAVUZ, and is titled "*The Legal Nature and the Limits of the Power of Turkish Competition Board in Mergers and Acquisitions*". In this study, the power of the Competition Board to attach conditions and obligations to concentration transactions, concerning which discussions have increased after the *Vatan Newspaper* decision of the 13th Chamber of the Council of State, is assessed. The authors claim that, on this issue where Act no 4054 on the Protection of Competition contains no explicit provisions, it is not legally possible for the Competition Board to unilaterally attach conditions or obligations to its authorization decisions with an aim to eliminate competitive concerns stemming from the concentration; therefore the responsibility for resolving the problem should be left to the parties.

In the second study titled "*Structural Remedy Mechanism and Efficiency Assessment in Concentrations*," prepared by Competition Experts Şerife Demet KAYA, Zeynep MADAN and Evren SESLİ, an issue which has not been sufficiently addressed in academic literature is explicated. The authors examine, within the framework of structural remedy mechanisms, the issue of efficiency in concentrations which has gained additional significance in the European Union practice after the Horizontal Merger Guidelines published in 2004; they also focus on the economic aspects of the issue in detail. The authors conclude, within the framework of various economic models, that "in order to achieve the desired results, it is crucially important that efficiency assessments carried out for concentration analysis are applied to remedy mechanisms as well."

The third article is the study prepared by Competition Expert Orçun ŞENYÜCEL, titled "*Inferences for Turkey in the Light of New EC Commission Notice on Remedies*". The author discusses, in detail, the new European Commission Notice on Remedies, published in October 2008; examines its

differences from the old Notice; and critically evaluates the Competition Board decisions within this framework. The author makes some suggestions concerning the policy the Competition Board should follow, and claims that the Board detailing the remedy decisions like a party of the transaction would lead to larger problems.

The last article, titled "*Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance*," is by a foreign author. In her study, Hanna STAKHEYEVA deals with the remedies mechanism in concentration transactions in the European Union and, within this context, examines the practice in Turkey "from the eyes of an outsider". The author emphasizes that the obligation to propose remedies should be on the parties and concludes that the dominance test should be changed, proportionality principle should be followed, rights of the third parties should be taken into account and remedies should be established on a case-by-case basis.

We believe that current issue of our journal will be an important source of reference for those concerned.

Respectfully...

MAKALELER
ARTICLES

**BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNDE
REKABET KURULUNUN DENETİM YETKİSİNİN
HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLARI**

*THE LEGAL NATURE AND THE LIMITS OF THE POWER OF
TURKISH COMPETITION BOARD IN MERGERS AND ACQUISITIONS*

Nazlı AKSOY*
Şahin YAVUZ*

Öz

4054 sayılı Kanun, birleşme ve devralmaların rekabet açısından kontrol edilmesini öngörmüş ve bu anlayışa paralel olarak bu işlemlerin gerçekleştirilmeden önce Rekabet Kuruluna bildirilerek izin alınması gerektiğini düzenlemiştir. Zorunlu bildirim geçerli olduğu sistemde Rekabet Kurulunun sahip olduğu kontrol yetkisinin, yasada açıkça yer bulmamasına karşılık, yoğunlaşma işlemlerine yönelik belirli koşul ve/veya yükümlülükler getirebilme yetkisini içerip içermediği ve içerse bile bunun nasıl uygulanacağı ve sınırlarının ne olması gerektiği tartışmaya açıktır. Çalışmada bu tartışmalara bir ölçüde katkıda bulunmak üzere Rekabet Kurulunun kontrol yetkisinin niteliği güncel Vatan Gazetesi kararı da ele alınarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yoğunlaşma, izin, şart, taahhüt, Vatan gazetesi

Abstract

The Turkish Competition Act (No. 4054) envisages to control of mergers and acquisitions from competition perspective and parallel to that compels the parties to notify prior to closing date of those transactions and to receive authorization decision from the competition board. Under this compulsory notification regime, it is unsettled that whether the power of control that the competition board possesses includes the power to attaché conditions and obligations to the authorization decision although the act does not have explicit wording and if so how to implement it and what the limits are. In this study, the legal nature of the controlling power is assessed to contribute to that debate with regard to the recent case Vatan newspaper.

* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu makalede yer verilen görüşler yazarlara ait olup Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmamaktadır.

Keywords: Concentration, authorization, condition, commitment, Vatan newspaper.

1. GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹ (Kanun) uyarınca Rekabet Kurulunun temel görev alanlarından birini birleşme ve devralmaların (topluca yoğunlaşmalar) “kontrol edilmesi” oluşturmaktadır. Yoğunlaşmalar, nitelikleri gereği taraflar üzerinde ve pazarda yapısal değişikliğe neden olduklarından değerlendirme ve denetimlerinin, gerçekleştirilmeden önce (*ex ante*) yapılması, gerçekleşmiş (rekabete aykırı) bir işlemin geriye dönüşünde katlanılacak toplumsal maliyet ve muhtemel hukuki ya da fiili imkansızlık halleri dikkate alındığında bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, belirli ölçeğin üzerindeki yoğunlaşmalar için gerçekleştirilmeden önce bildirim yapılması ve izin alınması gerekliliğini doğurmaktadır.² Kanunkoyucu da bu anlayışa uygun olarak birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmeden önce Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kanun’un 7. maddesinde düzenlemiştir.

Rekabet Kurulu ilgili yasa hükmünün verdiği yetki çerçevesinde yoğunlaşma niteliğindeki işlemleri “kontrol” etmektedir. Buradaki “kontrol” ifadesi tanıma uygun yoğunlaşma işlemleri bakımından bildirim ve izin prosedürünün varlığını çağrıştırmak için kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle *ex ante* denetim ve değerlendirme uygulamasının bir karşılığıdır. Literatürde³ sıkça

¹ 13.12.1994 tarihli, 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² Bununla birlikte Avrupa Topluluğu’nda 4064/89 sayılı Tüzüğün (COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (4064/89 sayılı Tüzük), OJEU 30.12.1989, L 395.) yürürlüğe girdiği 1990 yılına kadar devralmalar önce Kurucu Antlaşma m. 82 sonra m.81 maddeler kapsamında *ex post* denetlenmiştir. JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, New York. Örnek karar için bkz. Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v. Commission [1973] ECR 215.

³ Sezen’e göre “...*Bu tip birliktelikler, yukarıda sayılan yararlarının bir sonucu olarak, “per se” yasaklanmamakta, ancak belirli şartlar altında rekabet açısından zararlı etkileri bulunduğu kabul edilerek, esnek düzenlemeler vasıtasıyla kontrol edilmektedir*” SEZEN, A. (2007) Birleşme ve Devralmalar,

<http://www.urteb.org/images/File/Birlesme%20ve%20Devralmalar.Ayse%20Sezen.pdf>,

Erişim Tarihi: 21.04.2009.

Benzer şekilde Akay, “*Birleşme ve devralmalar mutlak olarak yasaklanmamakta, birleşme ve devralmanın geçerli olması için, durumun Rekabet Kuruluna bildirilmesi ve izin alınması gerekmekte olup, birleşme ve devralmalar Kurulun denetimine tabi tutulmaktadır*” değerlendirmesini yapmaktadır (AKAY, H. (1997) Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Kurulundan İzin Alınması, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 57, s.87 YÜCEBAŞ, Ö (2005) Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması Yüksek Lisans Tezi içinde, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2981.pdf>. Erişim Tarihi: 20.04.2009.

kullanılan “rekabet hukukunun diğer uygulama alanlarından (rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar⁴, hakim durumun kötüye kullanılması⁵) farklı olarak tüm yoğunlaşma işlemleri yasaklanmamaktadır, sadece izin yoluyla kontrol edilmektedir” benzeri değerlendirmeyi betimlemek için kullanılmamaktadır. Esasen bu değerlendirme ileride değinileceği üzere Kurulun rolü bakımından tehlikeli bir yaklaşımın da sinyallerini vermektedir.

Rekabet Kurulunun sahip olduğu kontrol yetkisinin, yasada açıkça yer bulmamasına karşılık, yoğunlaşma işlemlerine yönelik belirli koşul ve/veya yükümlülükler getirebilme yetkisini doğurup doğurmadığı ve doğursa bile bunun nasıl uygulanacağı ve sınırlarının ne olması gerektiği öteden beri tartışıla gelmiştir. Çalışmanın amacı bu tartışmalara bir ölçüde katkıda bulunmaktır. Bu çerçevede, ilk olarak Rekabet Kurulunun kontrol yetkisinin ne anlama geldiği ya da gelmesi gerektiği değerlendirildikten sonra işaret edilen tartışma konularına değinilerek muhtemel çözüm önerileri ele alınacaktır. Yer verilen değerlendirmeler ışığında Kurulun yakın geçmişte aldığı kararlardan *Vatan Gazetesi* kararı⁶ usul ve yetki tartışmaları ışığında irdelenecek ve Danıştay 13. Dairesinin konuya ilişkin yürütmeyi durdurma kararının⁷ hukuksal sonuçları tartışılacaktır.

2. REKABET KURULUNUN YOĞUNLAŞMALARIN DENETİMİNDEKİ ROLÜ

Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrası, yasaklayıcı bir hükme yer vererek yoğunlaşmaların hukuka uygunluk ölçütünü çizmektedir. Söz konusu hüküm, “*bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde [...]*” birleşmelerini (veya devralmalarını) hukuka aykırı ve yasak saymıştır. Burada hukuka aykırılığı⁸ söz konusu olan işleme yönelik tespitin ve bunun hukuki sonuçlarının örneğin Kanun’un 4. maddesi kapsamındaki bir ihlalden farkı bulunmamaktadır. Şöyle ki; teşebbüsler arasında yapılan tüm anlaşmalar değil, (amaç veya etki yönünden) rekabeti sınırlayıcı nitelikte olanlar hukuka aykırı sayılmaktadır. Kanunkoyucu benzer şekilde

⁴ Kanun’un 4. maddesinde düzenlenmektedir.

⁵ Kanun’un 6. maddesinde düzenlenmektedir.

⁶ 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

⁷ Danıştay 13. Dairesi’nin 13.2.2009 tarihli, E. 2008/13171 sayılı Kararı.

⁸ Hukuka aykırılık kıstası için hakim durumun yaratılmasının (ya da güçlendirilmesinin) tek başına mı yoksa rekabetin önemli ölçüde azaltılması ile birlikte mi aranması gerektiği değerlendirmesi için bkz. ASLAN, İ.Y. (2007), Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, s.538-540.

teşebbüsler arası tüm birleşme (veya devralma) işlemlerini değil, yalnızca rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuranları yasaklamaktadır.

Diğer yandan her iki hükmün nitelikleri farklı olmasa da kural olarak uygulama zamanları açısından farklılık bulunmaktadır. Antitröst uygulamaları yoğunlaşma analizinden farklı olarak temelde *ex post* denetime dayanmaktadır.⁹ Bununla birlikte gerek mehz Avrupa Topluluğu gerekse Türkiye uygulamasında bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dönemlerde¹⁰ rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar da *ex ante* denetime tabi kılınmıştı.¹¹ Yoğunlaşmaların ise özellikleri gereği *ex ante* denetlenmeleri gerekmektedir. Bu gereklilik gerçekleştirilmiş bir yoğunlaşma işleminin hakim durum yarattığı ve/veya rekabetin önemli derecede azaltılması sonucunu doğurduğu durumlarda, pazarda oluşan yapısal değişikliklerin geriye döndürülmesinin çoğu zaman fiilen ya da hukuken mümkün olamamasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bildirimi yapılmayan yoğunlaşmalar, bu alana yönelik genel kuralın aksine zorunlu olarak *ex post* analize tabi tutulmaktadır.

Kurulun hangi aşamada müdahil olduğu/olması gerektiği (ya da usul açısından nasıl denetlenecekleri) bir kenara bırakılırsa rekabetin kısıtlanmasının bir anlaşma ya da uygulama (tröst) yoluyla mı yoksa yoğunlaşma yoluyla mı olduğunun hukuki niteliği bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır. Zira Kanun'un 4/1. maddesinde olduğu gibi 7/1. maddesinde de genel hukuk normu ortaya konulmakta ve madde kapsamına giren nitelikteki işlemler hukuka aykırı addedilmektedir. Bu yazım Topluluk'taki uygulamaya da paraleldir.

⁹ AKSOY,N., H. BOLATOĞLU ve Ş.YAVUZ (2006), Rekabet Hukukunda Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması, *Rekabet Dergisi*, Sayı 25, Ankara, s. 4.

¹⁰ Avrupa Topluluğu'nda, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren ve Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmasına yönelik usul kurallarını düzenleyen ve 17/62 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldıran 1/2003 sayılı Tüzük ile bildirim yükümlülüğü kaldırılarak Roma Antlaşması'nın 81/1. ve 82. maddeleri gibi 81/3. maddesi de (ulusal rekabet otoriteleri ya da mahkemeler bakımından) doğrudan uygulanır hale getirilmiştir. Türkiye uygulamasında ise 5388 sayılı Kanun ile 2005 yılında Kanun'un 5. ve 10. maddelerinde yapılan değişiklikle anlaşmalara ilişkin bildirim yükümlülüğü kaldırılmış ve Rekabet Kurulunun muafiyet değerlendirmesini resen de yapabilmesi sağlanmıştır. Ancak mehz uygulamadan farklı olarak muafiyet verme yetkisi Rekabet Kurulu tekelinde bırakıldığından bildirimi yapılmayan anlaşmaların muafiyet kararına kadar hukuki durumlarının ne olacağı yazında tartışılmaktadır. Bu konuda bkz. Aksoy vd. 2006, s. 8 ve ERDEM, E. (2006), "1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2004/1, s.48.

¹¹ Yazarlara göre, bir anlaşmanın rekabetçi ve anti rekabetçi etkilerinden hangisinin ağır basacağı değerlendirmesinin önceden (*ex ante*) yapılmasının güçlüğü ve iş yükü bakımından getireceği külfet, bildirime dayalı muafiyet sisteminden vazgeçilmesine neden olmuştur. (Aksoy vd. 2006, s.4.)

Bilindiği üzere rekabet kuralları, genel olarak teşebbüslerin yapabilecekleri eylemleri değil¹², yapamayacaklarını diğer bir ifadeyle “yasak” olan fiilleri tanımlamaktadır. Bu durumda, yasaklayıcı maddi hükmün kapsamına girmeyen davranış ve işlemler hukuka uygundur. Ancak rekabet karşıtı fiiller çok farklı şekillerde gerçekleşebileceğinden ve hukuki nitelikleri zamana, ilgili taraflara ve bulunulan ortama göre değişebileceğinden bunları tek tek kazuist yöntemle sayma yoluna gidil(e)memektedir. Aslında bu durum rekabet karşıtı eylemlerin neden *ex post* denetlenmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Zira her durumda rekabet karşıtı olanları (örneğin karteller) bir kenara bırakırsak, herkes için geçerli tek bir kuraldan bahsetme olanağı yoktur. Rekabet otoriteleri rekabeti bozduğu iddia edilen eylemler hakkında bu eylemlerin (muhtemel veya fiili) etkilerini ve dosyanın özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmakta ve sonuca ilişkin bir tespitte bulunmaktadır.

Maddenin “[h]angi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder” şeklindeki ikinci fıkrası ise genel antitröst ve bu arada Topluluk uygulamasından ayrılarak Kurul kararını geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir. Hükme göre, Kurulun belirlediği eşiklerin üzerinde kalan bir yoğunlaşma işlemi ancak Kurulun izni ile gerçekleştirilebilmekte ve geçerli olabilmektedir.¹³

Kanunkoyucu hangi tür yoğunlaşma işlemlerinin yasaklama kapsamında ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunu birinci fıkrada belirlemiştir.¹⁴ Bu hukuka

¹² Bununla birlikte özellikle kötüye kullanma (ya da tekelleşme) kapsamında hakim durumdaki teşebbüslere müspet yükümlülüklerin (*affirmative duties*) yüklendiğine de şahit olmaktadır. Topluluk uygulamasında örnek karar için bkz. Case C-241/91P, *RTE and ITP v. Commission*, [1995] E.C.R. I-743; Case COMP D3/38.044 – Decision 2001/165/EC, *NDC Health v. IMS Health: Interim Measures*, O.J. 2002 L 59; Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Commission Decision of 24 May 2004, 2007/53/EC O.J. 2007 L 32/23; Amerikan uygulamasında örnek karar için bkz. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

¹³ Geçersizliğin yoğunlaşma işlemleri açısından uygulama alanı bakımından bkz. SANLI, K.C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s.10vd.

¹⁴ 1997/1 No.lu Tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmaların geçersiz sayılarak, Kurulun izni ile geçerli hale geldikleri yönündeki görüşün eleştirisi için bkz. AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s.34-35. Karşı görüş için bkz. SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Lisansüstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara, s.443 vd. Yazara göre Kanun m.7/2’de “...hukuka aykırılığın değil, fakat izin yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımının ‘geçersizlik’ olduğu öngörülmüştür. Belirtelim ki, birleşme ve devralmaların denetiminde ‘izin sistemi’ni

aykırılığın doğal sonucu, işlemin geçersiz olmasıdır. İkinci fıkrada yer alan yetkinin ise sadece hangi yoğunlaşmaların Kurulun iznine tabi olacağına ilişkin ölçütleri belirleme yetkisi şeklinde düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Esasen bu eşiklerin belirlenmesinin amacı, birinci fıkradaki yasaklama kapsamı içerisinde olma riski yüksek olan yoğunlaşma işlemlerinin Kurulun *ex ante* denetiminden geçmesini sağlamaktır.¹⁵ Kurulun Kanun'da yer verilen yasaklayıcı hükümle ilgili denetim faaliyetinde bulunması, işlemin geçerlilik şartı olarak belirlenmemelidir. Bu nedenle, birinci fıkradaki yasaklama kapsamında olmayan bir yoğunlaşma işleminin sırf Kurulun izni alınmadığı için geçersiz sayılması kanaatimizce uygun değildir. Belirlenen eşiklerin üzerinde olan yoğunlaşma işleminin Kurul'un izni alınmaksızın gerçekleştirilmemesi gerektiği bilinmektedir. Bunun gerçekleştirilmesinin yegane yaptırımını Kanun'un 16/1(b) maddesindeki idari para cezası olmalıdır. Kurum tarafından yapılan inceleme sonucunda izinsiz gerçekleştirilen işlemin 7. madde kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılması halinde, işlemin baştan itibaren yasaklayıcı madde kapsamında olmadığı ve bu nedenle hukuka uygun ve geçerli olduğu kabul edilmelidir.¹⁶ İşlemin 7. madde kapsamında olduğunun tespiti halinde ise işlemin baştan itibaren geçersiz olacağı açık olup, ayrıca m. 16/4 uyarınca esasa ilişkin para cezasına hükmedilmesi söz konusu olacaktır. Diğer yandan, Kanun'da, Kuruldan izin alınması ile işlemin geçersizliği arasında birebir ilişki kurulmasının, Kurulun tarafların özel hukuk alanındaki çekişmeleri için başvurmaları gereken bir adres olarak algılanması riskini de barındıracağı ifade edilmelidir. Üstelik bu durumun işlev bakımından Kurulu "yabancılaştırma" olasılığı da bulunmaktadır. Kurulun vereceği iznin bu açıdan, idarenin "imar izni" veya "yapı ruhsatı" gibi işlemlerinden farklı olması gerektiği düşünülmektedir.

Mehaz Avrupa Topluluğu'ndaki duruma bakıldığında, ilgili hüküm yukarıda yer verilen değerlendirmeyi destekler niteliktedir. 139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü'nde esasa ilişkin norm etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen (*significantly impede effective competition*) yoğunlaşmaların ortak pazarla uyumlu olmadığı¹⁷ ilan edileceği şeklindedir.¹⁸

benimseyen bu düzenleme karşısında, artık geçersizlik açısından önem taşıyan, 7. maddedeki hukuka aykırılığın sonucu değil, izin yükümlülüğüne aykırılığın sonucudur. Bu itibarla 7. maddeye tabi olan sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, tamamen idari nitelikteki 'izin sistemi' çerçevesinde incelemek icap eder[...] herhangi bir şekilde hakkında Kurul'dan izin alınmayan bir birleşme veya devralmanın geçerli olabilmesi mümkün değildir" (Sanlı 2000, s.444.)

¹⁵ Aksoy 2004, s.35.

¹⁶ Aksi yönde görüş için bkz. Sanlı 2000, s.444. Yazar, "[i]dari işlem niteliğindeki 'izin kararı', bu kapsamdaki birleşme ve devralmalar için bir tamamlayıcı unsurdur. Hukuki işlemdeki 'eksiklik' ve 'noksanlık' giderilip, tamamlayıcı unsur gerçekleşinceye kadar, konsantrasyona yol açan hukuki işlem veya işlemler geçersizdir" görüşünü savlamaktadır.

¹⁷ Ya da tersinden "rekabeti önemli ölçüde engellemeyen yoğunlaşmaların ortak pazarla uyumlu olduğunun"

İzin ifadesi kullanılmadığı gibi, Komisyon'un verdiği karar doğrudan hukuki geçerlilik ile de ilişkilendirilmemektedir. Hatta bildirim tabi yoğunlaşmaların izin verilene kadar gerçekleştirilemeyeceği belirtilmesine rağmen bunun aksine bir uygulamada hukuki geçerliliğin Komisyonun alacağı tespit kararına bağlı olduğu (yani geçersizliğin ancak yasaklayıcı hüküm kapsamına giriyorsa doğacağı) ifade edilmektedir.¹⁹

Kanun hazırlanırken, sözcüğün kendisinden de kaynaklanan “zafiyeti” olmakla birlikte “izin kararının”, aslında işlemin birinci fıkradaki yasaklama kapsamında olmadığına dair bir tespit karardan ibaret olduğu düşünülerek bu karara bundan farklı bir anlam ve işlev yüklenmeyecek şekilde bir düzenleme yapılması tercih edilebilirdi. Bu argüman, Kanun'un “*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul...birleşme ve devralmanın bu Kanunun ...7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir*” şeklindeki 8. maddesi ile de uyumludur ve verilen iznin yegane anlamının bildirim konusu işlemin yasaklayıcı hüküm kapsamına girmediğinin tespiti (menfi tespit) niteliğinde olduğunu teyit etmektedir.²⁰ Diğer yandan Kurulun yapacağı tespite göre birinci fıkra kapsamına giren işlemler hukuka aykırı kabul edildiklerinden doğal olarak geçersiz olacaktır.

Yukarıdaki görüşlere karşı olarak yoğunlaşma işlemlerinde mahkeme kararlarıyla Kurulun *by-pass* edilmesinin önüne geçilmesinin gerektiği ve bu nedenle Kurul kararının hukuki geçerlilik açısından gerekli olması gerektiği ileri sürülebilecekse de, diğer maddi hükümler dikkate alındığında –çünkü aynı itiraz onlar için de ileri sürülebilecektir- bunun tek başına geçerli bir neden olmaması yanında, yukarıdaki amaca hizmet edip etmediği de tartışmalıdır. Zira Kurul kararı her ne kadar işlemin hukuki geçerliliği açısından zorunlu tutulsa da Kurulun izin kararının sınırlarını birinci fıkradaki hüküm çizmektedir. Açık ifadeyle, ortada birinci fıkra çerçevesinde verilmiş bir mahkeme kararı²¹ varsa idare izin kararı verirken kendini mahkeme kararı ile bağlı hissedecektir. Dolayısıyla Kurul'un izin kararının geçerlilik şartı olarak düzenlenmesinin,

¹⁸ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJEU 29.1.2004, L 24/1, m.2/3

¹⁹ 139/2004 No.lu Tüzük, m.7/1 ve 7/4

²⁰ Buna karşılık Aslan, ilgili tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmalar için “izin”, bu kapsama girmeyen yani bildirimde bulunulması gerekmeyen işlemler için menfi tespit kurumlarının işletilmesi gerektiği ve bu kurumun hükümlerinin birbirinden ayrıştığı görüşündedir. (Aslan 2007, s.580-581.)

²¹ Diğer yandan Sanlı yoğunlaşmalar bakımından izin vermeye yetkili tek makamın Rekabet Kurulu olduğunu, dolayısıyla mahkemelerin 7. madde çerçevesinde izin vermeye ya da hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaya yetkilerinin bulunmadığını ileri sürmektedir. (Sanlı 2000,s. 444.)

Rekabet Kurulu'nu bu tür işlemlerde tam anlamıyla münhasır yetkili kıldığını net bir şekilde söylemenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

3. YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNDE KURULUN YETKİSİNİN SINIRLARI

3.1. Genel Olarak

Yoğunlaşma işlemlerinde uygulanacak usul kuralları temel olarak Kanunun 10 ila 12. maddelerinde düzenlenmiştir. 10. maddeye göre “7 nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye aldığı takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte...” işlemi askıya almaktadır. Maddede her ne kadar bildirim bakımından 7. madde kapsamına giren işlemlere atıf yapılmakta ise de, bu ifadenin maddenin ikinci fıkrasına dayanarak Kurulun belirlediği, izne tabi işlemlere ilişkin olduğu açıktır; zira 7. madde kapsamındaki işlemlerin hukuka aykırılığı açıkça düzenlendiğinden bu işlemlere Kurulun izin verebilmesi mümkün değildir.

Kanun izne tabi yoğunlaşma işlemleri bakımından, ön inceleme ve nihai inceleme olmak üzere iki aşamalı inceleme süreci öngörmüştür. Buna göre Kurul ön inceleme aşamasında işleme ancak izin verebilmektedir. Diğer bir ifadeyle olası bir rekabetçi endişeye yol açan işlem (ön itiraz hali) ön inceleme aşamasında yasaklanamamakta ve fakat nihai incelemeye alınabilmektedir. Kanunda ilginç olan, yoğunlaşma işlemleri bakımından iznin karşıtı “yasaklama” ifadesine aslında herhangi bir maddede yer verilmemiş olmasıdır. Bu durum Kurulun yoğunlaşmaları yasaklama yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünde bir soruyu akla getirirse de, yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında Kurulun verdiği kararın esasen bir tespit niteliğinde olduğu yönündeki yaklaşım dikkate alındığında kararın şeklen “yasaklama” ifadesini içermesi kanaatimizce zorunlu değildir. Zira Kurul işlemin 7. madde kapsamına girdiğini (nihai bir kararla) tespit ederse, aksine bir uygulama geçersizlik yaptırımı yanında idari para cezasına da tabi olacaktır. Bu noktada sorulması gereken önemli soru şudur: Kanun'da bir uçta izin diğer uçta işlemi yasaklayıcı hüküm (m.7) kapsamında bulma kısaca yasaklama yetkisi düzenlenmişken Kurulun önüne gelen bir işleme şartlı izin verebilmesi mümkün müdür? Sorunun cevabından önce *izin veya yasaklama* gibi Kurul'un esnekliğini bütünüyle ortadan kaldıracak bir kısıtın, aslında tamir edilebilir sorunları ayıklandıktan sonra etkinlik doğurabilecek bir

işlemin yasaklanmasına ve toplumsal refah kaybına yol açabileceği²² belirtilmelidir. Kurul yaptığı ikincil düzenlemede bu sorunun cevabının olumlu olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Nitekim, 1997/1 No.lu Tebliğin²³ 6/3. maddesi “*Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir*” hükmündedir. Oysa bu yetkinin Kanunda hangi hükme dayandırıldığı belli değildir. Bu açıdan Kurulun ikincil bir düzenlemeyle tanıdığı yetkinin hukukiliği tartışmaya açıktır.

Fiili duruma bakıldığında ise, Kurulun gerek işin esasına ilişkin konuları²⁴ gerekse yan sınırlama (*ancillary restraints*) kapsamında irdelenebilecek başta rekabet yasağının süresi ve kapsamı olmak üzere devir veya birleşme sözleşmesinin ilgili hükümlerinin değiştirilmesini,²⁵ koşul olarak getirdiği görülmektedir. Kurul, istisnaları olmakla birlikte²⁶, kararlarında şart veya yükümlülükleri *resen* ve *zorlayıcı* nitelikte öngörmekte ve bunun hilafına bir uygulamanın Kanun’un 16. ve 17. maddeleri uyarınca yaptırma tabi olacağını ilan etmektedir.²⁷ Burada Kurulun Kanun’da açıkça tanımlanmayan bir yetkiden hareket etmesi bir yana uygulamanın kendi içinde de sorunları vardır.

Ön inceleme aşamasında, yukarıda belirtildiği üzere, Kurulun yegâne seçeneği - işleme ilgili rekabetçi sorun olmadığı sürece- izin kararı vermektir. Bu açıdan ön inceleme sonunda herhangi bir şart öne sürülmesi zaten hukuken mümkün değildir.²⁸ Nihai inceleme sonucunda verilecek kararda ise şartların

²² PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?” ECLR, Vol.27, Issue 8, s.443.

²³ 1997/1 No.lu Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 12.08.1997 tarihli, 23078 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁴ Örnek olarak bkz.19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı *Metro-Migros* Kararı; 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı *TEAŞ* Kararı; 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı *TEDAŞ* Kararı; 28.05.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New Holland/Trakmak* Kararı; 18.02.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı *POAŞ* Kararı; 03.08.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı *Glaxo Wellcome/SmithKline* Kararı; 03.08.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı *Garanti* Koza Kararı; 29.12.2005 tarihli ve 05-88/1229-358 sayılı *Rockwood* Kararı; 20.03.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı *Cookson/Foseco* Kararı; 17.07.2008 tarihli ve 08-45/638-242 sayılı *CNN Türk* Kararı.

²⁵ Örnek olarak bkz. 28.09.2006 tarih ve 06-67/901-258 sayılı *İpragaz* Kararı; 28.04.2006 tarih ve 06-31/373-95 sayılı *Mars Sinema* Kararı; 24.08.2006 tarih ve 06-59/774-227 sayılı *Nestle Water* Kararı.

²⁶ Örneğin bkz. 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Intergum*), 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Gıdasa*).

²⁷ Örneğin bkz. 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Vatan Gazetesi*).

²⁸ Burada değinilmesi gereken bir konuda da yan sınırlama kapsamında değerlendirilebilecek hususlardaki değişikliğin izin kararına koşul olarak getirilmesinde 7. maddenin sınırlarının aşıldığıdır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aksoy vd. 2006, s.24.

Kurulca tek taraflı olarak belirlenerek taraflarca “kabul edilmesi zorunluymuşçasına” kaleme alınması ve öyle değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Zira yukarıda anlatıldığı üzere yoğunlaşmalara ilişkin aldığı kararlarında Kurul sadece durum tespiti yapmaktadır; yani işlemin 7. madde kapsamında hangi açılardan sorunlu olduğunu belirtmekle görevli ve yetkilidir. Kaldı ki resen öne sürülen şartların taraflarca uygun görülmemesi ihtimali vardır ve bu durumda taraflar işlemde en nihayetinde vazgeçebilecektir. Dolayısıyla kararda öngörülen şartların tarafları mutlak olarak bağladığı değerlendirilmesi yanlıştır. Diğer yandan “izin” ve “menfi tespit” kurumlarının iç içe girdiği ve aynı yetkiye işaret ettiğine dair değerlendirme temelinde, menfi tespit kararlarının şart veya yükümlülüğe bağlanabileceğini öngören Kanun’un 13/1(b) maddesinin kıyasen izin kararları için de uygulanabileceği sonucunun çıkarılabileceği ileri sürülebilirse²⁹ de, bir durum tespiti niteliğinde olan menfi tespit kararlarının, kurucu bir işlem değil var olan hukuki durumu açıklayan bir işlem olması nedeniyle şarta bağlanması için tabiatına aykırıdır.³⁰ Kurulun bir yoğunlaşma işlemine ilişkin izin kararını belirli şartlara bağlaması, işlemin mevcut halinin hangi bakımlardan Kanun’un 7. maddesi açısından sakınca doğurduğu, dolayısıyla bildirilen haliyle gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığını başka bir ifadesidir. Diğer bir anlatımla izin verilememesinin gerekçesi olarak yorumlanmalıdır.

Kurulun 7. madde kapsamında rekabet sorunu olduğu gerekçesiyle bir yoğunlaşma işlemine ilişkin izin kararını tek taraflı olarak belirli şart ya da yükümlülüklerle bağlamasının hukuken mümkün olmadığı düşünülürken birlikte, “izin vermeme” yetkisi sorunun taraflarla uzlaşısı içinde çözümü için yasal bir zemin oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu noktada yasal bir eksiklikten esasen bahsedilemez.³¹ Diğer yandan Avrupa Topluluğu uygulaması dikkate alındığında Kurulun rekabet sorununu tek yanlı olarak koşula bağlaması isabetli bir yaklaşım da değildir. Aslında bu açıdan Kurulun kullandığı yetkinin hukuki dayanağı yanında uygulanma biçiminin de tartışmalı olduğundan bahsetmek mümkündür.

²⁹ Aslan, menfi tespit ve izin kurumlarının birbirinden farklı olduğunu ileri sürmekle birlikte, Kanun’da kararın şart veya yükümlülüğe bağlanabilmesi bakımından menfi tespit için tanınan yetkinin daha tehlikeli olan izin kararlarında da uygulanabileceğini ileri sürmektedir. (Aslan 2007, s.582.)

³⁰ Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aksoy vd. 2006, s.7.

³¹ Bununla birlikte halen Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşülen “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nda durum netleştirilmektedir. Söz konusu Tasarı’nın 4. maddesinde “Kurul...işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir” hükmüne yer verilmiştir. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2009.

3.2. Topluluk'taki Durum

139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü ve 802/2004 No.lu Uygulama Tüzüğü³² esasları çerçevesinde Komisyonun geçen yıl çıkardığı Duyuru'da³³ bir yoğunlaşmanın rekabeti önemli derecede azalttığını gösterme sorumlğunun Komisyona ait olduğu belirtilmekte ve Komisyonun tespit ettiği rekabet sorunlarını uygun çözümler bulabilmeleri ya da geliştirebilmeleri için taraflara bildirdiğine işaret edilmektedir.³⁴ Aynı Duyuru'da Komisyonun "izin" kararını (*authorisation decision*) tek taraflı herhangi bir şarta bağlama gibi bir konumda bulunmadığı açıkça ifade edilmektedir.³⁵ Bu yaklaşım iş gereklerine de uygun düşmektedir. Zira ticari gerçekleri en iyi taraflar bilebileceğinden ortaya konulan rekabet sorununun en düşük maliyetli ve kalıcı çözümü yine iş sahiplerince üretilebilecektir. Taraflar çözüm önerileriyle birlikte gerekli değerlendirme için ilgili tüm bilgileri Komisyona temin etmektedir. Taraflarca üretilen çözümlerin sorunu giderip gidermediğini değerlendirme sorumlğu yine Komisyonda olduğundan³⁶ Komisyon, önerilen çözümleri sorunu gidermede yeteri bulursa (bunu tarafların bağlayıcı taahhüdü sayarak) işleme izin vermekte³⁷ ya da verilen taahhütlere rağmen yoğunlaşmanın etkin rekabete zarar vereceğini düşünüyorsa işlemi yasaklamaktadır.³⁸

Önerilen çözümlerin,³⁹ Komisyonca ortaya konulan endişelerin tamamen giderilmesini sağlayacak ölçüde kapsamlı ve etkili olması gereklidir. Bunun yanında verilen taahhütlerin kısa zamanda hayata geçirilmesi aranan koşullardan biridir; çünkü bu taahhütler yerine gelmeden rekabet sorunları giderilmiş olmayacaktır. Bu açıdan yapısal taahhütler⁴⁰ ve özellikle de ayırıştırıcılar

³² COMMISSION REGULATION (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJEU 30.04.2004, L 133/1-39.

³³ COMMISSION NOTICE on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (Duyuru), OJEU 22.10.2008, C 267/1-27.

³⁴ Duyuru, para. 6.

³⁵ Duyuru para. 6.

³⁶ Diğer açıdan önerilen taahhütlerin tanımlanan rekabet sorununu ortadan kaldırdığını ispat yükümlülüğü taraflar üzerinde bırakılmamaktadır (Jones ve Sufirin 2008, s. 1078).

³⁷ Bu noktada belirli koşul ya da yükümlülüklerin eklenmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy vd. 2006.

³⁸ Duyuru para. 7-8.

³⁹ Duyuru, para. 9 vd.

⁴⁰ Bu türden taahhütler teşebbüslerin veya varlıkların satış ya da transferi yoluyla pazar yapısında değişikliğe yol açmaktadır; transferin konusu maddi veya gayri maddi varlıkların bileşimi veyahut var olan bir veya birden fazla teşebbüs ya da teşebbüs niteliğinde olmayan ekonomik bir aktivite olabilmektedir. BLANCO, L.O. (2006), EC Competition Procedure, Second Edition,

(*divestitures*), genellikle işleyebilir ve rekabetin kısıtlanmasındaki endişeleri devamlı bir biçimde ortadan kaldırılabılır nitelikte bulunmaktadır. Önerilen taahhütlerin yerine getirilebilmesinde aranan belirliliğin sağlanması ise, elden çıkarmalarda uygun alıcının bulunabilmesi ya da muhtemel üçüncü kişi hakları gibi konulardan etkilenmekle birlikte, yine tarafların sorumluluğuna bırakılmaktadır.

Taraflar ve pazardaki diğer oyuncuların konumları da dahil işlemlen etkilenen pazarın yapısı ışığında önerilen çözümlerin cinsi, ölçeği ve kapsamının ortaya konulan rekabetçi endişelerin giderilmesini sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmesi sonrasında (Komisyonca) kabul edilen taahhütlerin etkili uygulamasının ve denetiminin sağlanması bir diğer önemli konudur. Etkili bir denetim mekanizmasının oluşturulmaması durumunda verilen taahhütlerin kağıt üzerinde kalması veya gereği gibi uygulanmaması riski bulunmaktadır. Komisyon, önerilen çözümleri bunlara dair etkili bir denetim mekanizmasının oluşturulamıyor olmasını gerekçe göstererek reddedebileceğini belirtmektedir.⁴¹ Ayırıştırılmalar bir kez uygulandıklarında sürekli bir denetim yüküne neden olmadıklarından diğer çözümlere göre bu açıdan büyük avantaj sağlamaktadır. Yine ayırıştırılmaların, dikey ve aykırı birleşmelerin yol açtığı rekabet sorunlarına dair de çözüm aracı olabilmesi yanında, yatay birleşmelerden kaynaklanan rekabetçi sorunları gidermede en iyi yol olduğu kabul edilmektedir.^{42, 43} Davranışsal taahhütler (ki genellikle gerekli alt yapı ya da teknolojiye erişim çözümleri, uzun dönemli sözleşmelerin değiştirilmesi gibi şekillerde somutlaşmaktadır) ise istisnai hallerde yatay olmayan işlemler için ve yerine uygulanabilecek yapısal bir çözüm bulunmadığında benimsenmektedir.⁴⁴ Zira bu türden çözümlerin gözetim ve uygulama güçlüğü önemli bir zafiyet yaratmaktadır. Örneğin *GE/Honeywell* davasında rekabet sorununun çözümüne dönük taraflarca önerilen, ürünlerin bir arada satışa sunulmaması (*unbundling*)

Oxford University Press, s.684-685. Öte yandan Topluluk mevzuatında veya içtihadında yapısal veya davranışsal taahhütlerin resmi bir tanımı yapılmamıştır. WENT, D. (2006), The Acceptability of Remedies Under The EC Merger Regulation:Structural Versus Behavioural, ECLR, Vol.27, Issue 8, s.455.

⁴¹ Duyuru, para.14.

⁴² Duyuru, para. 17.

⁴³ Diğer yandan Komisyon tarafından 2005 yılında yayımlanan bir raporda incelenen elden çıkarma çözümlerinden ancak %56'sının rekabet sonunu çözmede etkili olabildiği ortaya konulmuştur (*Merger Remedies Study*, DG Competition, October 2005, web adresi: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf, s.136).

⁴⁴ Duyuru, para.17, 61 vd. Bu tutumun eleştirisi için bkz. Went 2006, s.455-475.

gibi belirli ticari davranıştan kaçınma önerisi aşırı gözetimi gerektirdiği gerekçesiyle Komisyon tarafından reddedilmiştir.⁴⁵

Ayrıştırmalar bakımından karar verilmesi gereken ilk unsur hangi varlığın elden çıkarılacağına belirlenmesidir. Bu açıdan ayrıştırmanın kapsamının belirlenmesinde, elden çıkarılacak varlıkların taraflarla etkin rekabet edebilirliğinin ve işlemten sonra (ticari) devamlılıklarının sağlanması dikkate alınması gereken unsurlardır. Komisyon'a göre işlem öncesi kendi başına faaliyet gösterebilen iş biriminin (örneğin bağımsız örgütlenmiş bir şirket) bu unsurları normal koşullarda taşıdığı varsayılmaktadır. Bunun yanında orantılılık prensibi dikkate alınarak ve uygun olduğu ölçüde, bağımsız olmayan birimlerin ayrılması (*carve-outs*), marka ve lisans başta olmak üzere diğer mal varlığının elden çıkarılması ya da yeniden markalama (*re-branding*) veya tarafların tercih ettikleri ayrıştırma seçeneğinin belirsiz ya da uygulama gücü barındırdığı kimi durumlarda alternatif ayrıştırma taahhüdü (*crown-jewels*) alınması seçeneklerine de başvurulmaktadır. Ayrıştırmalar bakımından üzerinde durulması gereken ikinci unsur ise elden çıkarılacak varlıklar için uygun alıcının belirlenmesidir. Konu dosya bazında ele alınabilecek nitelikte olsa da finansal yatırımcılardan ziyade endüstriyel alıcılar tercih nedeni olmaktadır. Uygun alıcının belirlenmesinde dosyanın özellikleri dikkate alınarak genel olarak üç yol kullanılmaktadır:⁴⁶ İlki, izin kararından sonra belirli bir zaman dilimi içinde ilgili birim ya da iş kolunun (Komisyonca) uygun bulunan alıcıya devredilmesidir. Ayrıştırmada karmaşık sorunların olmadığı ve çok sayıda uygun alıcının bulunabileceği çoğu dosyada bu yola başvurulmaktadır. İkinci yol, ilgili birim ya da işkolunun devredileceği ve Komisyonca da uygun bulunan alıcı ile bağlayıcı bir anlaşma yapılmadan önce bildirim konusu işlemin tamamlanmayacağına taahhüt edilmesidir (*up-front-buyer*). Bu seçeneğe genellikle üçüncü taraf hakları ya da uygun bir alıcının bulunmasındaki belirsizlikler veya ayrıştırmanın fiilen gerçekleşeceği ana kadarki ara dönemde elden çıkarılacak birimin satılabilirliği ya da rekabetçi yapısının devamının sağlanmasında kayda değer risklerin varlığı durumunda başvurulmaktadır.⁴⁷ Son halde ise alıcının kimliğinin önerilen çözümün etkinliği açısından hayati önem taşıdığı durumlarda taraflar alıcıyı Komisyon incelemesinden önce belirlemekte ve bağlayıcı anlaşma yapmaktadır (*fix-it-first*). Son iki hal arasındaki temel fark, *up-front buyer* durumunda alıcının kimliğinin Komisyon tarafından izin kararı öncesi bilinmiyor olmasıdır.

⁴⁵ Case COMP/M.2220 - General Electric/Honeywell, 3.7.2001, para 530vd.

⁴⁶ Duyuru, para. 22 vd..

⁴⁷ Rapora (bkz. dipnot 41) göre *up-front buyer* hükmünün bulunmasının; ayrıştırma sürecini hızlandırma, rekabetçi sorun giderilmeden işlemin tamamlanamaması, ara dönemde ayrıştırmaya konu birimin değerinin düşmesi riskinin azalması gibi olumlu etkileri bulunmaktadır. (Papandropoulos ve Tajana 2006, s.446.)

3.3. Nasıl Bir Yol İzlenmeli?

Topluluk'ta benimsenen rekabet karşıtı etkileri olan yoğunlaşmalara ilişkin kararların oluşturulma biçimi kanımızca da doğrudur ve Türkiye'de de aynen kullanılmalıdır. Üstelik bunun için ek bir yasal düzenleme de zorunlu değildir. Zira Kurulun elinde "yasaklama" silahı olduğu sürece taraflar için kimi zaman belirli "tavizler" vererek işlemde değişiklik yapmak daha rasyonel olacaktır. Yinelemek gerekirse, 7. madde kapsamına girdiği Kurulca tespit edilen bir yoğunlaşmada, mehzaz uygulamaya paralel ilgili çözümler taraflarca üretilmeli ve önerilmelidir. Ancak yine belirtmek gerekir ki bu zorunluluk olmadığı gibi Kurula bu konuda zorlayıcı bir yetki de verilmemiştir. Sorunun çözümünde uygulanması gereken usulün nasıl olması gerektiği irdelenmesi gereken diğer bir konudur.

Bilindiği üzere, yoğunlaşmalarda izin başvuruları 1997/1 No.lu Tebliğ'e ekli formun (Form 2) taraflarca doldurulması suretiyle yapılmakta ve başvuru dosyasının Kurum'da ilgili birime ulaşmasını müteakip yeter sayıda raportör görevlendirilmektedir. Raportörlerin konu hakkındaki görüşlerinin yazılı olarak Kurula sunulmasıyla Kurul konuyu karara bağlamaktadır. Kurulun önüne ilk kez gelen ve 7. madde kapsamına giren bir işlemde, iznin ancak Kurulca tek taraflı olarak kararda belirtilen belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olduğuna hükmetmesinin meri mevzuat ve ticari gerçekler açısından doğru olmayacağı belirtilmişti. O halde tespit edilen rekabet sorunuyla birlikte üretilen çözüm önerilerinin tarafların taahhüdü olarak Kurulun önüne gelmesi doğru olan yoldur. Burada izlenebilecek alternatif iki yoldan bahsedilebilir: İlki, işlem bakımından tespit edilen soruna Kurulca iştirak edilmesi halinde ilgili birime (ya da başkanlığa) sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için taraflarla müzakere yapılabilmesi⁴⁸ için yetki verilmesi (yetkilendirme kararı) ve uzlaşılan çözümün raportörün konu hakkında görüşlerini de içerecek şekilde karara bağlanmak üzere Kurulun önüne getirilmesi olabilir. İkincisi ise, raportörlerin dosyada -yalnızca kendilerini bağlar şekilde- tespit ettikleri rekabet sorunlarını taraflara iletmesi üzerine yapılan görüşmeler sonucunda ulaşılan çözüm önerilerinin hazırlanacak raporda Kurula sunulmasıdır.

Kurul bu şekilde ön inceleme aşamasında taraflarca verilen taahhütlerin kapsam ve içeriğinin sorunun çözümünde yeterli olduğuna kanaat getirirse, işleme -bozucu şarta⁴⁹ bağlı- onay verebilecek ve gerekirse taahhütlerin yerine

⁴⁸ Esasen bu türden müzakerelerin işlemin bildiriminden önce de gayri resmi olarak yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu yol Topluluk'ta da kullanılmaktadır ve problematik olmayan dosyalarda bile bu yola başvurulması Komisyonca önerilmektedir (bkz. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger Proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, Erişim Tarihi: 25.04.2009

⁴⁹ Bkz. Aksoy vd. 2006, s.4-5.

getirilmesini sağlamak üzere yükümlülük yükleyebilecektir. Ön incelemede bu yolun izlenmesi rekabet sorununun açıkça tanımlanabilir ve kolaylıkla çözüme kavuşturulabilir olduğu hallerde mümkündür (Topluluktaki *Phase I* hali).⁵⁰ Verilen taahhütlerin sorunun çözümünde yeterli bulunmadığı ya da çözümün kolaylıkla üretilmeyeceği ve ayrıntılı analiz yapma ihtiyacının bulunduğu hallerde nihai inceleme (Topluluktaki *Phase II* hali) aşamasına geçilecektir. Aynı şekilde taraflarla soruna ve çözüm yollarına ilişkin müzakere prosedürü burada da işletilebilir; hatta Kanun 43. maddesi uyarınca gerçekleştirilen nihai inceleme (soruşturma) bildirim yazısı ve buna karşı görüş (birinci yazılı savunma) gibi uygulamalar da müzakere sürecinin bir parçası olarak yorumlanabilir. Raportörlerin taraflarla yaptığı müzakere belirli bir uzlaşıyla sonuçlanırsa çözümün tarafların taahhüdü olarak vakit kaybetmeden Kurula sunulması halinde dosya karara bağlanabilecektir. Zira Kurulun mevcut uygulamalarına bakıldığında da “Kurulun soruşturmaya başlama kararı kesindir” Kanun m.43/3 hükmünün yoğunlaşmalar bakımından işletilmediği görülmektedir.⁵¹ Diğer yandan istisnai hallerde tarafların verdiği taahhüt yine onlardan gelecek talep doğrultusunda ve geçerli gerekçenin varlığına bağlı olarak değişikliğe uğrayabilmelidir.^{52,53} Taraflarca verilen ve Kurulca bağlayıcı hale dönüştürülen taahhütlerin yerine getirilmediği durumlarda ise, söz konusu yoğunlaşma 7. madde kapsamına giren bir işlem niteliğinde değerlendirilmelidir.

4. VATAN GAZETESİ KARARI

Yoğunlaşmaların kontrolünde Rekabet Kurulu'nun şartlı izin vermesi konusunda, Vatan Gazetesi kararı⁵⁴ ve sonrasında Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı⁵⁵ incelenmeye değer görülmektedir.

Kurulun söz konusu kararı, Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik A.Ş. (Vatan Gazetesi)'nin Doğan Gazetecilik A.Ş. tarafından devralınmasını konu edinmektedir. Yapılan nihai incelemede,

⁵⁰ Toplulukta bu aşamada kabul edilen çözümlerin etkinliğinin daha yüksek olduğu tecrübe edilmektedir. (Papandopoulos ve Tajana 2006.)

⁵¹ Örneğin bkz. 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Gıdasa*), 18.2.2009 tarihli, 09-07/131-43 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Turyağ*).

⁵² Duyuru'da, örneğin süre uzatımının (tarafların sorumluluğu dışında iyi bir nedene dayanması halinde) özellikle ayrıştırmalar bakımından kullanılan bir yol olduğu belirtilirken, taahhütte bir esaslı bir değişiklik yapılmasının çok istisnai hallerde mümkün olduğu ve bunun çok nadiren ayrıştırmalar bakımından kullanılabilmesi vurgulanmaktadır (para. 71-76).

⁵³ Rekabet Kurulu da aynı görüşten hareketle *Intergum* dosyasında taraflarca talep edilen (iki ay) süre uzatımını makul bularak kabul etmiştir (bkz. 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı Rekabet Kurulu Kararı).

⁵⁴ 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin 13.2.2009 tarihli, E. 2008/13171 sayılı Kararı.

işlem sonrasında Doğan Grubunun hakim duruma gelmesi veya mevcut hakim durumunu güçlendirmesi söz konusu olduğundan, işlemin Kanun'un 7 nci maddesi çerçevesinde yasaklamaya tabi olduğu değerlendirilmiştir. Aynı nihai incelemede, işleme izin verilmediği takdirde Vatan Gazetesi'nin iflas ederek piyasadan çekilmesinin kaçınılmaz olduğu ve Doğan Grubu dışında bir alıcının bulunmadığı tespit edilerek diğer koşullar da olduğundan Rekabet Hukuku anlamında "batan teşebbüs savunması"nın kabul edilebilir nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Kurul kararında, devralma işlemine izin verilmemesi durumunda Vatan Gazetesi'nin iflası ile birlikte markanın cebren satılması sonucunda piyasadaki varlığının tartışılır hale geleceği, bu nedenle markanın kısa vadede güçlendirilerek satılmasının piyasadaki rekabet açısından tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Açıklanan bu nedenlerle, 7. maddedeki yasaklama kapsamında olduğu görülen devralma işlemine, batan teşebbüs savunması dikkate alınarak bazı şartlar çerçevesinde izin verilmesi yöntemi benimsenmiştir. Bu yöntemde amaçlanan, markanın güçlendirilerek belli bir süre sonunda üçüncü kişilere satılmasını sağlamak ve böylece işlem sonrası ortaya çıkacak rekabet kısıtlamalarını gidermek ve piyasadaki rekabetçi yapıyı güçlendirmektir.

Bu çerçevede söz konusu işleme getirilen koşullar şu şekilde özetlenebilir:

- Vatan Gazetesi marka ve imtiyaz hakkının, izin verilmesini izleyen iki yıl içinde Doğan Grubu dışındaki 3. kişilere devredilmesi ve bu devir işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'deki eşikler gözetilmeksizin Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olması,
- Bu şekilde satılamazsa ikinci yılın bitimini izleyen iki ay içinde Rekabet Kurulu gözetiminde ihale yoluyla satılması,
- Bu da mümkün olmazsa Doğan Grubu'nun ihaleyi takip eden üç yıl boyunca marka ve imtiyaz hakkının Doğan Grubunda kalması ancak kullanılmaması, bu süre dolduktan sonra hala satılamamışsa marka üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olması,
- Satışa kadar geçen süre içinde ve satıştan sonra üç yıl boyunca veya satış gerçekleşmezse ihaleden sonra üç yıl boyunca "vatan" markasına rakip marka yaratılmaması,
- Aynı kişinin hem Bağımsız Gazeteciler A.Ş.'de (veya Doğan Grubu A.Ş.'de) hem de işlem öncesinde devredilmiş olan Vatan Dergi Grubu A.Ş.'de yönetici olarak görev almaması.

Kurul kararında yer verilen şartlar, Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının belli bir süre içerisinde üçüncü kişilere devrine ve bu markaya rakip marka yaratılmamasına ve markanın korunmasına ilişkindir. Son şart ise, Vatan

Dergi Grubu tarafından yayınlanan dergilerin Doğan Grubu tarafından yayınlanan dergilerle etkin bir şekilde rekabet etmesi amacına hizmet etmeye yönelik bir tedbirdir.

Söz konusu şartların içeriği bir tarafa bırakılacak olursa, Kurul kararında öncelikle “işlem sonrasında Doğan Grubu’nun mevcut hakim durumunun güçlendirilmesi söz konusu olduğundan işlemin Kanun’un 7. maddesi kapsamında olduğu” ifade edilmiş ve sonrasında, sayılan “koşullarla izin verilmesi” yöntemi benimsenmiştir. Doğan Gazetecilik A.Ş.’nin, kararda yer alan koşulların iptali için açtığı davada Danıştay 13. Dairesi 13.02.2009 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Danıştay kararında, getirilen koşulların “Kanunla uyumlu ve Kanunda dayanağı olan koşullar” olması gerektiği vurgulanmış ve Kurul’un devralma işleminin Kanun’un 7. maddesindeki yasak kapsamında olduğunu saptamasına karşın, devralma işlemine Kanun’da dayanağı olmayan, ticari hayatta bu günden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım dayalı durumlardan hareketle ayrıntılı, Kurulun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları da içeren koşullar belirlediği ifade edilerek, *kararın koşullara ilişkin kısmının* hukuki olmadığı için yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu karar sonrasındaki hukuki durumun ne olduğu konusu açıklanmaya muhtaçtır. Danıştay kararında, Kurul’un işlemin Kanun’un 7. maddesi kapsamında olduğunu saptamasına ilişkin herhangi bir tartışma yapılmamıştır, dolayısıyla işlemin yasak olduğu konusunda bir tereddüt bulunmadığı düşünülebilir. Kurul kararının yasaklamaya ilişkin kısmında bir sorun görülmezken, kararın koşullara ilişkin kısmı hukuka aykırı bulunmuş ve bu kısma ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Kurul kararında yer verilen koşullardan satışa ilişkin olanlar, iki yıllık bir süreden sonra uygulanacak olduklarından, davanın bu süre içinde sonuçlanması halinde satış koşullarına ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı söylenebilir. Buna karşılık yasaklayıcı nitelikteki şartlar olan, rakip marka yaratılmamasına ve aynı anda iki grupta yöneticilik yapılmamasına ilişkin koşulların, yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle dava sonuçlanıncaya kadar taraflar açısından bağlayıcı olmadığı ifade edilmelidir.

Danıştay 13. Dairesi’nin dava sonunda vereceği kararın da yürütmeyi durdurma kararına paralel olarak “getirilen koşulların iptali” şeklinde olacağı varsayımında ise, Kurul kararının şartlara ilişkin 4. maddesi ortadan kalkacağından, devralma işleminin yasaklama kapsamında olacağı ileri

sürülebilirse de, yargıda geçerli olan davacının aleyhine karar verme yasağının⁵⁶ bu yoruma engel olabileceği düşünülmektedir. Nihayetinde dava sonucunda verilmesi olası iptal kararının ne gibi hukuki sonuçlara yol açacağı ve mahkeme kararının ne şekilde yerine getirileceği konusunda birtakım belirsizliklerin ortaya çıkma olasılığının yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Yukarıdaki bölümlerde önermiş olduğumuz yaklaşımların, uygulamada bu tür sorunların ortaya çıkma ihtimalini en aza indireceği öngörülmektedir. Kurul'un şart dikte eden bir konumdan ziyade rekabetçi sorunları ortaya koyan ve tarafla birlikte çözüm önerilerini tartışan bir konumda olması gerekliliği açıkça görülmektedir.

İfade etmek gerekir ki, işlemin 7. maddedeki yasaklama kapsamında olduğunun tespit edilmiş olması, rekabet sorununun ortaya konması anlamına gelmektedir. Diğer yandan "batan firma savunması" konunun özelliği gereği dikkate alınması gereken bir husustur. Bu aşamada esas olan, ortadaki rekabet sorununu gidermeye yönelik çözümlerin, bildirimde bulunan tarafla yapılacak karşılıklı müzakereler sonucunda bir mutabakata varılarak tespit edilmesidir. Rekabetçi çözüm önerilerinin mutabakat sonucu olduğu durumlarda, bu öneriler karşı tarafın işlemin yasaklanmaması için getirdiği "taahhütler" niteliğinde olacağından tarafların daha sonra bu taahhütler çerçevesinde tesis edilen işlemin iptali için yargıya başvurusu olasılığı da önemli ölçüde ortadan kalkacaktır. Bu durumda Kurul'un vereceği karar, ortaya konan rekabet sorunlarına karşılık, taraflarca önerilen çözümlerin bir taahhüde bağlandığı bir izin karar niteliğinde olacaktır.

5. SONUÇ

Rekabet hukuku uygulamalarının temel alanlarından olan teşebbüsler arası yoğunlaşmalar, pazar yapısında kalıcı değişikliğe neden olacak şekilde refah artırıcı ve rekabet karşıtı etkileri bünyelerinde barındırmaktadır. Bu etkiler çoğunlukla eş anlı bulunduğundan başta rekabet karşıtı gibi görünen bir yoğunlaşma işlemi üzerinde yapılacak birtakım değişiklikler, onu bu kimliğinden arındırarak etkinlik doğurucu niteliğe kavuşturabilmekte ve toplumsal refah açısından önemli bir kazanç elde edilmektedir. Dolayısıyla yoğunlaşmaların kontrolünde rekabeti hangilerinin önemli ölçüde azaltacağını belirlemek kadar bu belirlemeden sonra nasıl bir yol izleneceği de önem arz etmektedir. Rekabet Kurulu belki de bugüne kadar etkinlik potansiyelinin tümüyle kaybedilmemesi gerekeyle rekabet açısından sorunlu yoğunlaşma işlemlerini yasaklama yerine

⁵⁶ Danıştay'ın bazı kararlarında bu yasak dikkate alınırken (örneğin Danıştay 8. Dairesi'nin 16.2.1998 tarihli, E. 1997/004389 K. 1998/000440 sayılı Kararı), bu yasağın dikkate alınmadığı kararlar da bulunmaktadır (örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 14.11.2002 tarihli, E. 2000/1111 K. 2002/4362 sayılı Kararı).

ağırlıklı olarak bu işlemlere şartlı onay verme yolunu seçmiştir. Ancak ekonomik açıdan makul sayılabilecek bu gerekçe hukukiliği sağlamaya yetmemektedir. Bu durum Danıştay'ın *Vatan Gazetesi* kararı ile de gün ışığına çıkmıştır.

Kurulun Kanun'dan aldığı yetkiyle bir yoğunlaşma işleminin rekabet açısından sorunlu olup olmadığını tespit ettikten sonra yasaklama kararı vermek yerine tartışmalı bir yetkiye dayanarak sorunu tek taraflı olarak çözmeye çalışması ve bunu taraflara dikte etmesi sorunu çözmeye yönelik bir çaba olsa da iş gereklerine uygun düşmemektedir. Bu noktada sorunun çözümünde sorumluluğun taraflara bırakılması hem Kurulun işini rahatlatacak, hem yasanın ruhuna uygun düşecek hem de *Vatan Gazetesi* gibi hukuken olası tartışmalı durumların önüne geçecektir.

KAYNAKÇA

AKAY, H. (1997), “Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Kurulundan İzin Alınması”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 57 YÜCEBAŞ, Ö. (2005), “Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması” Yüksek Lisans Tezi içinde, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2981.pdf>.

AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

AKSOY, N., H.BOLATOĞLU ve Ş.YAVUZ (2006), “Rekabet Hukukunda Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, *Rekabet Dergisi* Sayı 25, Ankara.

ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.

BLANCO, L.O. (2006), *EC Competition Procedure*, Second Edition, Oxford University Press.

DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger Proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

DG Competition (2005) Merger Remedies Study, http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

ERDEM, E. (2006), “1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Sayı 2004/1, s.25-50.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York.

PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?” *ECLR*, Vol. 27, Issue 8, s.443-454.

SANLI, K.C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s.3-71.

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Lisansüstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara.

SEZEN, A. (2007) Birleşme ve Devralmalar,
<http://www.urteb.org/images/File/Birlesme%20ve%20Devralmalar,Ayse%20Sezen.pdf>,

WENT, D. (2006), “The Acceptability of Remedies Under The EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural”, ECLR, Vol. 27, Issue 8, s.455-475.

YOĞUNLAŞMALARDA YAPISAL TEDBİR MEKANİZMASI VE ETKİNLİK DEĞERLENDİRMESİ

STRUCTURAL REMEDIES IN MERGER CONTROL AND EFFICIENCY ASSESSMENT

Şerife Demet KAYA*
Zeynep MADAN*
Evren SESLİ*

Öz

Rekabet otoriteleri, pazarda anti-rekabetçi etkiler doğurabilecek bir yoğunlaşma işlemi ile karşılaştıklarında, işlemin olası anti-rekabetçi niteliğinden dolayı doğrudan reddetmek, doğrudan izin vermek veya işleme söz konusu anti-rekabetçi etkilerini ortadan kaldıracak tedbirlerden biri çerçevesinde koşullu olarak izin vermek gibi üç seçenekten birini uygulamak durumundadır. Rekabet otoritelerinin pazardaki etkileri tam seçilemeyen bir yoğunlaşma işlemi değerlendirirken göz önünde bulundurduğu önemli hususlardan birisi yoğunlaşma sonrası kazanılabilecek etkinlik kazanımlarıdır. Yoğunlaşma analizlerinde özellikle son zamanlarda -en azından yasal düzenlemeler bağlamında- geniş olarak yer vermeye başlanan etkinlik kazanımlarına ilişkin önemin, tedbir seçiminde ve uygulanmasında daha kısıtlı düzeyde kaldığı da görülmektedir. Bu bakımdan, yoğunlaşmanın pazardaki rekabete olan etkisi değerlendirilirken dikkate alınan tüm unsurların klasik bir yoğunlaşma analizinin aksine hem hukuki hem de ekonomik açıdan daha karmaşık bir analiz gerektiren tedbir dizaynı ve uygulaması söz konusu olduğunda da göz önüne alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, etkinlik kazanımlarının tedbir uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken ve uygulanacak tedbirin niteliği ve miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulması ve etkinlik kazanımlarındaki kayıpların en aza indirgenmesi rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemine doğru müdahalede bulunması ve pazardaki refah standardını koruması için kaçınılmazdır. Bu ilke doğrultusunda çalışmada, öncelikle etkinlik ve tedbir mekanizmaları hem teorik hem de AB ve

* Rekabet Uzmanları, Rekabet Kurumu. Bu makalede yer verilen görüşler yazarlara ait olup Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmamaktadır. Bu çalışmada görüş veren ve ismini bilmediğimiz Sayın Hakemlere değerli katkıları için teşekkür ediyoruz. Görüş ve eleştirileriniz için: esesli@rekabet.gov.tr, sdkaya@rekabet.gov.tr, zmadan@rekabet.gov.tr

ABD'deki düzenlemeler ışığında genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra özellikle tedbir çeşitlerinden olan ve sıkça otoriteler tarafından başvuru ayrıştırmanın, anti-rekabetçi endişeleri giderecek ve bu endişeleri giderirken refah seviyesini de koruyacak şekilde dizayn edilmeye çalışılırken etkinlik kriterinin ne şekilde ele alınması gerektiği geliştirilen ekonomik modeller çerçevesinde irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yoğunlaşmalarda Taahhüt, Yapısal Taahhüt, Etkinlik Kazanım, Ayrıştırma, Sinyal

Abstract

Faced with a potentially anticompetitive merger, competition authority has basically the choice among three alternatives: reject the merger, approve it or accept it conditionally provided that corrective remedies are adopted.

One of the significant aspects competition authorities consider in approving a challenging case is efficiency gains. The importance that has started to be attached to efficiency gains in the concentration analysis –at least on the basis of legal regulations – has remained limited as regards as designating a remedy. However, all aspects taken into account while assessing the competitive effects of concentration should be considered for a remedy design and implementation which requires a more sophisticated analysis from economic and legal grounds. Accordingly, to provide the competition authorities intervening properly and ensuring welfare standard in the market it is unavoidable that the efficiency gains should be beard in mind while giving a decision about whether a remedy will be used or not and if it is used about the quality and level of the remedy. As far as this principle is concerned, in this study, we firstly explain the concepts of efficiency and remedy mechanism both theoretically and as handled in the regulations of US and EU. Then we explicate the issue how to handle efficiency criteria particularly as regards as determining the level of optimal divestiture in order to guarantee the welfare standard and remove prospective anticompetitive concerns as part of several economic models developed in this issue.

Key Words: Merger Remedy, Structural Remedy, Efficiency Gain, Divestiture, Signal

1. GİRİŞ

Günümüz dünya ekonomisinin gittikçe artan bir hızla küreselleşmesi sonucunda bölgesel pazarlar arasındaki sınırlar kalkmakta ve tüm dünya tek bir piyasa olma yolunda hızla ilerlemektedir. Bu gelişmenin ekonomik pek çok etkisi mevcuttur. Bu etkilerin büyük bir kısmı günümüz ekonomik yapısının temel taşları olan teşebbüsler üzerinde görülmekte ve tüm teşebbüsleri değişime zorlamaktadır.

Mevcut ekonomik yapı içerisinde hem ulusal hem de uluslararası rekabetle başa çıkabilme ve bölgesel pazarlar dışındaki karlı alanlara ulaşabilme hedefi, teşebbüsleri eskisine oranla çok daha fazla sermaye, yatırım ve nitelikli işgücü bulmaya itmektedir. Bu amaca en uygun araç olarak da ortak girişimler, teşebbüs birleşmeleri ve devralmalar gibi yoğunlaşma¹ işlemleri ortaya çıkmaktadır.

Teşebbüslerin pazarda daha verimli olması, rekabetin hız kazanması ve nihai tüketicinin daha yüksek kalitedeki ürünlerden daha düşük fiyatlarla yararlanabilmesi yoğunlaşma işlemlerinin görünürdeki en olumlu sonuçları arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, yoğunlaşma işlemlerinin pazar gücünü önemli ölçüde arttırarak tüketicileri bu faydalardan mahrum bırakabilecek sonuçları da olabilmektedir. Gerek Amerika Birleşik Devletleri (ABD) antitröst hukuku gerekse Avrupa Birliği (AB) ve Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmalar rekabetin kısıtlanması veya bozulması sonucunu doğuracak nitelikteyse yasaklanmaktadır.

Birden fazla ürün pazarında etkinlik gösteren teşebbüslerin sayısının arttığı günümüzde, bir yoğunlaşmanın herhangi bir ürün pazarında rekabeti kısıtlarken aynı zamanda diğer bir pazarda rekabeti arttırması da sık karşılanır bir durum haline gelmektedir. Bunun yanı sıra, anti-rekabetçi etkileri ve çeşitli etkinlik kazanımlarını aynı anda bünyesinde barındırabilen yoğunlaşma işlemlerinin sayısının giderek arttığı yeni yapıda, rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemlerine ilişkin değerlendirmelerinde salt işleme izin vermek veya vermemek şeklinde bir denetim yolu izlemek durumunda kalması bazı pazarlarda rekabet ortamının gelişmesine engel olabilmektedir². Bu sakıncaları nedeniyle, yoğunlaşma işlemleri değerlendirilirken taahhüt³ ve şartlı izin gibi çeşitli tedbir mekanizmalarının uygulanması yoluyla, yoğunlaşmaya izin verilmesi ile izin verilmemesinden oluşan iki uçlu bir denetim yapısı arasında yer alan üçüncü bir yol geliştirilmesi benimsenmiştir. Böylece rekabet otoritelerinin bütünüyle etkinlik yaratıcı olan ancak sınırlı pazarlarda rekabeti önemli derecede azaltacağı beklenen ve bu nedenle gerçekleşmesine izin vermeyeceği bir yoğunlaşmanın, tedbir

¹ Çalışmada “yoğunlaşma” ve “birleşme” kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

² HEYER, K. (2005), “A World of Uncertainty: Economics and Globalization of Antitrust” *Antitrust Law Journal*, Vol. 72 , s. 379.

³ Hem literatürde hem de mevzuatta taahhütten kasıt yoğunlaşmanın taraflarından gelen çözüm mekanizmalarıdır (Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation 4064/89, OJ 2001 C 68/3, recital 30). Ancak çalışmamızda taahhüt kavramı, tedbir önerisinin geldiği taraf ayırımına gidilmeksizin daha genel anlamda kullanılmıştır.

mekanizması ile gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra yaşama geçirilmesine ve iktisadi refahın⁴ ençoklaştırılmasına olanak tanınmıştır.

Yoğunlaşmaların kontrolünde yaşanan süreç bu konuda yapılan düzenlemelere de yansımıştır. AB Komisyonu (Komisyon) tarafından 2004 yılında kabul edilen 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nde⁵ birleşmelerin kontrolü alanında hem temel değerlendirme testi hem de usul bakımından önemli değişiklikler yer almaktadır. Bu değişiklikler ile yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesinde esas alınan politika, iktisadi amaç ile uyumlu hale getirilmiştir⁶. 139/2004 sayılı Tüzük'ün getirdiği yenilikler arasında öne çıkan konulardan birinin de yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde etkinlik savunmasına açıkça yer verilmesi olduğu görülmektedir. Hatta 139/2004 sayılı Tüzük'te benimsenen “*etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi*” testi ile etkinlik savunması yoğunlaşmaların değerlendirilmesinin tüm aşamalarına taşınmıştır.

Etkinlik analizinin yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde artan önemi sayesinde rekabet otoritelerince verilebilecek yanlış kararların önüne geçilmiş olacaktır. Böylelikle yoğunlaşma işlemi ile tarafların elde etmeyi umduğu maliyet tasarrufu, sinerji gibi avantajlar ve bu avantajların tüketici refahına olabilecek olumlu etkisi engellenmemiş olacaktır. Bunun yanı sıra, tedbir mekanizmalarının da yoğunlaşma işlemleri gibi pazarın yapısı üzerinde önemli etkileri olduğu göz önüne alındığında, benzer bir yaklaşımın tedbir seçiminde de esas alınmasını beklemek kaçınılmazdır. Ancak, birleşme analizlerinde zaman içerisinde artan öneme sahip etkinlik ölçütünün, uygulanacak tedbirin seçiminde *sistematik* bir şekilde ele alındığını söylemek mümkün değildir. Oysa yoğunlaşma işlemleri sonrasında rekabetçi yapının korunabilmesi için bu işlemlerin değerlendirilmesinde dikkate alınan tüm hususların, uygulanacak tedbirin seçiminde de göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁷.

Bu bağlamda çalışmanın temel amacı, yoğunlaşma işlemlerinde tedbir mekanizmalarını etkinlik yönüyle ele almak, uygulanacak tedbir mekanizmasının seçiminin rekabet açısından yaratabileceği olumsuz ve olumlu etkilerinin bir arada değerlendirilebileceği analitik bir çerçeve sunmaktır. Bu amaçla çalışmanın,

⁴ İktisadi refah ile üretici refahına mı, tüketici refahına mı yoksa toplam refaha mı işaret edildiği hususunda iktisatçılar arasında yoğun tartışmalar mevcuttur. Son zamanlardaki eğilim ise tüketici refahı yönündedir.

⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 OF 20 January 2004 on control of concentrations between undertakings, OJ L 24/1, 29.01.2004

⁶ VICKERS, J. (2005), “Abuse of Market Power”, *The Economic Journal*, F244-F261, 115, s. 244.

⁷ MOTTA, M., POLO ve H. VASCONCELOS (2003), “Merger remedies in the European Union: an overview”, F. Lvque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, s.106-128.

birleşme ve devralmalarda etkinlik değerlendirmesinin incelendiği ilk bölümünde, yoğunlaşma işlemlerine yönelik etkinlik kavramı genel hatlarıyla ele alınmış, AB ve ABD'deki yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesinde etkinliğin yeri tartışılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde tedbir mekanizmalarına ilişkin genel düzeyde bilgi vermeye ve yapısal-davranışsal tedbir ayırımına değinilmeye çalışılmıştır. Literatürdeki çalışmalar ve ülke uygulamaları dikkate alındığında eğilimin davranışsal tedbirler yerine yapısal tedbire yönelik olduğu sonucuna varılmıştır. Üçüncü bölümde ise yoğunlaşma işlemi ile beklenen etkinlik kazanımı ile seçilen yapısal tedbir⁸ arasındaki bağ irdelenmiştir. Bu aşamada, özellikle tedbir seçiminde etkinlik ölçütünün dikkate alınmasının altında yatan nedenler üzerinde durulmuş, akabinde ise tedbir seçiminde etkinlik ölçütünün ne şekilde dikkate alınacağı, konu hakkında ekonomik teoride geliştirilen modeller ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

2. YOĞUNLAŞMALARDA ETKİNLİK DEĞERLENDİRMESİ

2.1.Yoğunlaşmalarda Genel Anlamda Etkinlik

Bir yoğunlaşmanın anti-rekabetçi sonuçları olup olmayacağına karar vermek için teşebbüslerin pazar payı verilerinin yoğunlaşmadan kaynaklanan etkinlik artışı ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Bunun en temel şekilde ifade edilebilecek nedeni ise yoğunlaşma sonucu firmaların bir yandan pazar gücünü arttırarak rekabetçi seviyenin üstünde fiyatlar sunabilmesi ve bu durumda tüketici refahının (ve bazen de üretici refahını da kapsayan toplumsal refahın) azalması, diğer yandan da yine yoğunlaşma sonucunda firmaların güçlerini birleştirerek maliyet avantajı yaratabilmesi ve düşük maliyetler sonucunda pazarda düşük fiyatların oluşabilmesi gibi iki olasılığın bulunmasıdır. Bu olasılık karşısında, etkinlik artışının da toplumsal refahtaki değişimle ilişkilendirilmesi, yoğunlaşmanın sonuçlarının doğru değerlendirilmesi için oldukça kritik bir hale gelmektedir.

Yoğunlaşmalar sonucunda elde edilen etkinlik Röller vd. (2006)⁹ tarafından ayrıntılı olarak ele alınmış ve Snelders ve Genevaz (2007)¹⁰ tarafından ise aşağıdaki şekilde sınıflandırmaya gidilmiştir:

⁸ Çalışmada yer verilen modellerde, yapısal tedbir çeşitlerinden biri olan ve rekabet otoritelerince en sık başvurulan ayrıştırma yöntemi özelinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

⁹ RÖLLER L.H., J. STENNEK ve V. FRANK (2006), "Efficiency gains from mergers", F Ilzkovitz, R. Meiklejohn ve Commission of the European Communities (der.), *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, Edward Elgar, s. 84-185.

¹⁰ SNELDERS, R. ve S. GENEVAZ (2007), "Merger Efficiencies and Remedies", *IGLC To: Merger Control 2007*, ch.2, s.10.

- 1) *Üretimin rasyonel hale getirilmesi*: Üretim marjinal maliyetleri göreceli yüksek olan tesislerden marjinal maliyetlerin daha düşük olduğu tesislere kaydırılması sonucunda yoğunlaşma işleminin taraflarının maliyet yapısının iyileştirilmesi buna örnek gösterilebilir.
- 2) *Ölçek ekonomisi*: Ölçek ekonomisi artan üretim sonucunda yoğunlaşma işleminin taraflarının ortalama maliyetlerinin düşmesi olarak ifade edilebilir.
- 3) *Kapsam ekonomisi*: Kapsam ekonomisi ise birleşen tarafların aynı üretim tesislerinde benzer ürünler üretmesi dolayısıyla daha az sabit maliyet katlanması sonucunda maliyetlerinin düşüşüdür.
- 4) *Teknolojik ilerleme*: Yoğunlaşma işlemi neticesinde tarafların araştırma geliştirme (Ar-Ge) faaliyetlerinin yatırım olanaklarının artması teknolojik ilerlemeye örnek verilebilir.
- 5) *Alım ekonomisi*: Pazar gücünün artmasıyla sermaye olanaklarına ulaşımının kolaylaşması sonucu elde edilen avantajlar alım ekonomisi kapsamında değerlendirilir.
- 6) *Atıllığın azaltılması*: Yoğunlaşma işlemiyle artan disiplin nedeniyle yönetimde etkinliğin artması, atıllığı (bir başka ifadeyle X-Etkinsizliği) azaltan unsurlardan biridir.

Yukarıda sayılan firma içerisinde genel olarak sinerji yaratan tüm bu etkinlikler iktisadi literatürde aşağıda şekilde ele alınmaktadır:

- (a) Tahsis etkinliği (*allocative efficiency*), ödemeye istekli oldukları rakamdan yola çıkarak tüketicilerin istediği şeyin üretilmesini,
- (b) Üretim etkinliği (*technical / productive efficiency*), en düşük maliyetle ve en az kaynağı kullanarak üretimin gerçekleşmesini,
- (c) Dinamik etkinlik (*dynamic efficiency*) ise inovasyonu da içeren optimum seviyedeki ilerlemeyi ifade etmektedir¹¹.

Yer verilen etkinlik ölçütleri çerçevesinde yoğunlaşma işlemleri incelenirken öncelikle piyasa gücünün artışı nedeniyle tahsis etkinliğinde meydana gelen azalma, üretim etkinliğindeki artış ile bir arada değerlendirilerek karara varılmaktadır. Yoğunlaşma işlemi sonrasında ekonomik açıdan arzu edilebilir bir sonucun ortaya çıkması için söz konusu yoğunlaşma işleminin, tahsis etkinliği, üretim etkinliği ve dinamik etkinliğindeki değişimlerin net etkinliği arttıracak

¹¹ Tahsis ve üretim etkinliği statik etkinlik olarak da nitelendirilmektedir.

şekilde toplumsal refahı ençoklaştırılması beklenmektedir¹². Ancak genellikle yoğunlaşma işlemi sonucunda artan pazar gücü (nihai fiyatın artması) ile bozulan tahsis etkinliği, ulaşılan ölçek ekonomileri sonucu artan üretim etkinliği (nihai fiyatın düşmesi) ile ters yönde çalışmaktadır. Bu ters yönlü ilişki ilk defa ünlü akademisyen Williamson tarafından ortaya konulduğu için yoğunlaşma işlemlerinde üretim etkinliği ile tahsis etkinliği kıyaslanarak yapılan analize “Williamson refah analizi” denilmektedir. Williamson refah analizine göre eğer mevcut durumda üretim etkinliğinden elde edilen kazanç tahsis etkinliğinde ortaya çıkan kaybı telafi ediyorsa statik açıdan bu yoğunlaşmanın etkinlik artırıcı olduğu kabul edilmektedir¹³. Bu şekilde statik etkinliği sağladığı düşünülen yoğunlaşmanın, ayrıca dinamik etkinlikte mevcut durumda piyasada bulunan aksaklıkları çözmeye yönelik çabaları da engelleyip engellemediğine bakılması beklenmektedir.

2.2. AB ve ABD’de Yoğunlaşma İşlemlerinde Etkinliğin Ele Alınışı

ABD’de yoğunlaşmaları düzenleyen yasalarca¹⁴ benimsenen rekabetin önemli derecede azaltılması testi nedeniyle uzun zamandan beri “rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek veya tekel yaratma eğiliminde olabilecek yoğunlaşmalar” yasaklanmaktadır. AB’de ise 4064/89 sayılı eski AB Birleşme Tüzüğü’nde¹⁵ benimsenen hâkim durum testi nedeniyle ancak “hâkim durum yaratmaya ya da hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik yoğunlaşmalar” engellenmekteydi. Söz konusu hâkim durum testinin yoğunlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde yetersiz kaldığı yönünde sık sık eleştirilere maruz kalmaktaydı. Bu eleştirileri dikkate alan Komisyon uzun ve yoğun uğraşlar sonucunda 1 Mayıs 2004 tarihinde 139/2004 sayılı yeni Birleşme

¹² COSNITA, A. ve J.P. TROPEANO (2008), Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An Optimal Merger Control Analysis., <http://economix.u-paris10.fr/docs/713/soumission-JIE.pdf>, Erişim Tarihi: 11.05.2009,s.2.

¹³ WILLIAMSON O.E. (1968), Economies as An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *American Economic Review*, Vol. 58(1), s.18-36.

¹⁴ ABD antitröst yasalarını yönlendiren temel yasalardan ilki 1890 yılındaki Sherman Yasası’dır. 1914’de ek bir antitröst yasası olan Clayton Yasası gündeme gelmiştir. Clayton Yasası, birleşme ve devralmaların kontrolü de dâhil olmak üzere 4 uygulamayı içermektedir. Clayton Yasası’nın rekabeti azaltan birleşmeleri düzenleyen 7. bölümü 1950’de Celler-Kefauver Yasası ile revize edilmiştir. Daha sonra da ilki 1968 yılında olmak üzere dört birleşme rehberi gündeme gelmiştir. 1968 yılındaki bu ilk birleşme rehberi ile daha sonra çıkan 1982 ve 1984 rehberleri Department of Justice (DOJ) tarafından yayımlanmıştır. 1992 yılında yayımlanan ve halen geçerli olan son ABD birleşme rehberi ise Federal Trade Commission (FTC) ile DOJ tarafından ortaklaşa çıkarılmıştır.

¹⁵ Council Regulation (EC) No 4064/89 OF 21 December 1989 on control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989, OJ L 180

Tüzüğü'nü¹⁶ yürürlüğe sokmuş ve 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü ile "etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi" testini benimsemiştir. Söz konusu Tüzük'le getirilen teste göre "özellikle hâkim durum yaratılması veya hâkim durumunun güçlendirilmesi yoluyla, ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyecek yoğunlaşmalar" yasaklanmaktadır. Böylece rekabeti kısıtlayıcı etkileri söz konusu olan bir yoğunlaşmanın yasaklanması için bu yoğunlaşma ile hâkim durumun yaratılıyor ya da güçlendiriliyor olması ölçütü zorunlu bir koşul olmaktan çıkmıştır.

ABD'de yoğunlaşmalara ilişkin etkinlik savunmasına düzenlemelerde yer verilmesinin AB'ye kıyasla daha eskiye dayandığı da görülmektedir. AB'de ise ne beş yıl öncesine kadar yürürlükte olan 4064/89 sayılı eski AB Birleşme Tüzüğü'nde ne de 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nde lafzi olarak etkinlik analizi açıkça düzenlenmemekle birlikte yeni Tüzük'ün yayımlanmasından çok kısa bir süre sonra yayımlanan 2004 tarihli Yatay Birleşme Rehberi'nde¹⁷ bu konuyu ayrıntılı olarak ele almıştır.

ABD'de DOJ ve FTC tarafından 1992 yılında yayımlanan ve halen geçerli olan son ABD yatay birleşme rehberinde etkinlik savunmasında birleşme taraflarından "net etkinlik", "yeterli etkinlik" ve "birleşmeye-özgü etkinlik" koşullarından bir ya da birkaçının yoğunlaşma işleminin niteliğine göre yerine getirilmesi şartı aranmaktadır¹⁸. "Net etkinlik" üretim etkinliğinden sağlanan kazançla daha yüksek piyasa gücü nedeniyle ortaya çıkan tahsis etkinliğindeki kaybın görelisi olarak karşılaştırılmasıyla ortaya çıkmaktadır. "Yeterli etkinlik" ise birleşmenin potansiyel anti-rekabetçi etkisinin telafi edilebilecek kadar bir yoğunlaşmanın yeterli dinamik etkinliğine sahip olmasını işaret etmektedir. "Birleşmeye-özgü etkinlik" ise sadece ve sadece söz konusu yoğunlaşma işlemi ile elde edilebilecek etkinlikleri ifade etmektedir. Etkinlik kazancının tüketicilere yansıtılıp yansıtılmadığı da yoğunlaşma işleminin değerlendirilmesinde önemli bir kriterdir. Etkinlik savunmasında taraflara getirilen tüm bu farklı etkinlik koşullarına rağmen, yoğunlaşma işleminin tekelleşme veya rekabetin önemli derecede kısıtlanmasına yol açması durumunda etkinlik savunması hiçbir suretle dikkate alınmamaktadır.¹⁹ Böylece yoğunlaşma işlemlerinde tahsis etkinliğindeki

¹⁶ Council Regulation (EC) No 139/2004 OF 20 January 2004 on control of concentrations between undertakings, OJ L 24/1, 29.01.2004

¹⁷ Guidelines on the Assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings, 2004/C 31/03, O.J. C 31/5, 5.2.2004.

¹⁸ <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>

¹⁹ KULAKSIZOĞLU, Ş. (2003), *Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Anti-rekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara, s.48.

kayıp ile üretim etkinliğindeki artış karşılaştırılarak, bir diğer değişle etkinlik artışı ile anti-rekabetçi etkiler kıyaslanarak, yoğunlaşma işlemlerine ya izin verilmekte ya da işlem yasaklanmaktadır.

AB'de ise beş yıl öncesine kadar yürürlükte olan 4064/89 sayılı eski Birleşme Tüzüğü açıkça bir etkinlik savunmasına yer vermemekteydi. Etkinliklerin değerlendirilmesi ise ancak madde 2(1) hükmü sayesinde sadece zımnî bir savunma olarak göz önüne alınabilmekteydi. Madde 2(1) hükmü Komisyon'un birleşmeleri değerlendirirken Topluluk içinde veya dışında yerleşik teşebbüslerin fiili veya potansiyel rekabetinin yanı sıra tüketicilerin çıkarına olmak ve rekabete bir engel teşkil etmemek kaydıyla teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesini göz önüne almasını öngören bir hükümdür. Söz konusu düzenleme açık bir savunmayı içermemekle birlikte Komisyon'un birleşmeleri değerlendirirken teknik ve ekonomik gelişmeyi ne şekilde ele alacağı da düzenlenmemiştir.

2004 yılında Komisyon tarafından kabul edilen 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'nde, birleşmelerin kontrolü alanında hem temel değerlendirme testi hem de usul bakımından yapılan önemli değişiklikler ile birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde esas alınan politika, iktisadi amaç ile uyumlu hale getirilmiştir.²⁰ Konumuz açısından 139/2004 sayılı Tüzük'ün getirdiği yenilikler arasından en önemlisi, bu Tüzükte benimsenen "*etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi*" testi ile etkinlik savunması yoğunlaşmaların değerlendirilmesinin tüm aşamalarına taşınmasıdır²¹. Zira anılan Tüzük'te bir yoğunlaşma işleminin yaratacağı pazar gücünün, aynı işlem neticesinde tüketici refahında meydana gelecek artış ile dengelenebileceği ve bu nedenle söz konusu dengeleyici faktörlerin refah artışı etkisinin pazar gücü yaratılmasının refahta meydana getirdiği azalmaya baskın gelmesini sağlayabilecek etkinlik ve batan firma savunmalarını içerebileceği belirtilmiştir²². Ayrıca yeni Tüzük'te birleşen firmaların pazar gücü düzeyini saptamak için yalnızca hâkim durumuna odaklanılmamasına ve hâkim durum olmadığında da anti-rekabetçi etkilere yol açabilecek faktörlere bakılması gerektiğine işaret edilmektedir. Böylece Komisyon doğrudan rekabete ve tüketici refahına odaklanarak birleşmelerin rekabete kalıcı olarak zarar vermeksizin sonuçlanmasını ve böylece tüketicilerin fiyat, kalite ve

²⁰ Vickers 2005, s. 244.

²¹ Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ [2004] L 24/1, recital 29.)

²² Burada irdelenmesi gereken konu etkinlik değerlendirmesinde toplam refahın mı yoksa tüketici refahının mı baz alındığı sorusudur. 139/2004 sayılı Tüzük'te sık sık tüketici refahına atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle yeni Tüzük'ün tüketici refahını esas aldığı düşünülmektedir (Snelders ve Genevaz 2007, 9).

etkin rekabetin getirilerinden yoksun kalmamalarını garanti altına almaktadır. Ancak belirtmelidir ki asıl Komisyon 139/2004 sayılı Tüzük'ten sonra yayımladığı 2004 tarihli Yatay Birleşme Rehberi'nde²³ bu konuyu ayrıntılı olarak ele almıştır.

2004 tarihli Yatay Birleşme Rehberi'nde etkinlik savunmasının dikkate alınabilmesi için savunmanın taşınması gereken kriterler açıkça sayılmıştır. Öncelikle yoğunlaşma işlemi ile ileri sürülen etkinlik kazanımının tüketici refahını arttırması beklenmektedir. Bir başka deyişle, yoğunlaşma işlemi sonucunda üretim ve dağıtımda yaşanan maliyet tasarrufunun fiyatlar yoluyla tüketiciye yansıyor yansımadağına bakılmaktadır. Yeni veya geliştirilmiş bir ürün üretmek amacıyla oluşturulan yoğunlaşma işlemlerinin Rehberde tüketici refahını arttıracağı kabul edilmektedir. Rehberde ayrıca yoğunlaşma işlemi ile ileri sürülen etkinliğin dikkate alınabilmesi için etkinliğin "yoğunlaşma işlemine özgü olması" gerektiği belirtilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere bir etkinliğin yoğunlaşma işlemine özgü olması ile kasıt söz konusu etkinliğin sadece ve sadece söz konusu yoğunlaşma işlemi ile elde edilebilecek olmasını ifade etmektedir. Son olarak Rehber, ileri sürülen etkinlik artışının "ispat edilebilir" (verifiability) olması gerektiğini belirtmiştir. Yoğunlaşma işleminin taraflarından ileri sürülen etkinliğin gerçekleştirilebilir olduğunun ispat etmeye yönelik olarak ellerindeki her türlü bilgiyi Komisyon'a sunması beklenmektedir.

Sonuç olarak etkinliğin ele alınmasında hem AB hem ABD için etkinliğin yoğunlaşmaya özgü olup olmadığı ve etkinlik kazancının tüketicilere yansıtılıp yansıtılmadığı önemli bir unsurdur.

3. YOĞUNLAŞMALARDA TEDBİR MEKANİZMASI

Önceki bölümlerde belirtildiği gibi rekabet otoriteleri, pazarda anti-rekabetçi etkiler doğurabilecek bir yoğunlaşma işlemi ile karşılaştıklarında, söz konusu işlem hakkında karar verme aşamasında temel olarak üç seçenektan birini uygulamak durumunda kalmaktadırlar. Bu seçeneklerden ilki, işlemi olası anti-rekabetçi niteliğinden dolayı doğrudan reddetmek, ikincisi işlem sonrasında etkinlik kazanımlarının baskın geldiğini tespit ederek işleme doğrudan izin vermek ve üçüncüsü ise işleme söz konusu anti rekabetçi etkilerini ortadan kaldıracak tedbirlerden biri çerçevesinde koşullu olarak izin vermektir. Bu yöntemlerden ilk ikisi görünürde daha kesin ve tartışmasız çözümler olarak kabul edilse bile daha önceden belirlenmiş onay kriterlerini tam olarak karşılamayan²⁴, bununla birlikte anti rekabetçi etkileri çok net bir şekilde tespit edilemeyen veya etkinlik

²³ Guidelines on the Assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings, 2004/C 31/03, O.J. C 31/5, 5.2.2004.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceterolli (1999)

kazanımlarının da göreceli fazla olduğu yoğunlaşmaların fiiliyatta çok daha fazla olduğu dikkate alındığında, rekabet otoritelerinin doğrudan işlemi yasaklamak yerine işlemdeki problemleri yok etmek amacıyla en fazla üçüncü yöntemi seçtiğini gözlemlemek mümkündür.²⁵ Rekabet otoriteleri bu bağlamda, işlem taraflarıyla gerçekleştirilen görüşmeler ve pazarlıklar sonucunda işlemde çeşitli değişiklikler yaparak ilgili pazarlarda oluşabilecek rekabet karşıtı etkileri baştan önleme yoluna gitmektedirler.²⁶

Gerek ABD antitröst hukuku gerekse AB ve Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmalar rekabetin bozulması sonucunu doğuracak nitelikteyse yasaklanmaktadır. Bununla birlikte taahhüt mekanizması veya şartlı izin yoluyla uygulanan tedbirlerle yoğunlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı yönü giderilerek işleme izin verilebilmektedir. Söz konusu tedbirler tedbirin niteliğine göre yapısal tedbirler (*structural remedy*) ya da davranışsal tedbirler (*behavioral remedy*) olarak sınıflandırılmaktadır.²⁷ Yapısal tedbirler pazarın yapısına ilişkin tedbirleri, davranışsal tedbirler de yoğunlaşma işleminin taraflarının davranışına yönelik tedbirleri içermektedir. AB Komisyonu'nun uygulamalarına bakıldığında yapısal tedbirlere işletmenin veya işkolunun devri gibi veya ilgili teşebbüslere işletmenin bir kısım mal varlıklarının devri gibi yükümlülükler örnek gösterilebilir. Davranışsal tedbirlere ise lisans anlaşması yapma ve alt yapıyı rakiplerin erişimine açma, belirli bir süre fiyatları yükseltmeme şeklindeki yükümlülükler örnek verilebilir.

Literatürde ve içtihat hukukunda yapısal ve davranışsal tedbir ayrımı benimsenmesine rağmen DOJ'un²⁸ ve AB Komisyonu'nun yoğunlaşma tedbirlerine ilişkin kılavuzlarında²⁹ (duyuru) böyle bir ayrım yerine ayırıştırma içeren yapısal tedbirler ve yapısal olmayan tedbirler olarak bir ayrıma gidilmiştir. DOJ'un ve AB Komisyonu'nun böyle bir yöntem benimsemesinin yapısal ve

²⁵ CHRISTIANSEN, A. (2000), "Regulation and EU Merger Control in the liberalised electricity sector" Philipps-University of Marburg, <http://ssrn.com/abstract=870551>, Erişim Tarihi: 11.05.2009, s. 12)

²⁶ DUSO, T., GUGLER K. P. ve B. B. YURTOĞLU (2005), "EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment", WZB, *Markets and Politics Working Paper No. SP II 2005 - 16*

²⁷ MOTTA, M. (2004), *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press

²⁸ <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>

²⁹ Komisyon'un yayımlanmış olduğu "Birleşme Tüzüğü Altında Kabul Edilebilecek Koşullara İlişkin Komisyon Duyurusu" ortak pazarla bağdaşmayan yoğunlaşmaların rekabet açısından doğurduğu sorunları gidermeye yönelik olarak tarafların taahhüt edecekleri koşullara ve koşulların uygulanmasına ilişkin hususlarda dikkate alınması gereken ana prensipleri açıklamaktadır. Bkz. Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004

davranışsal tedbir ayrımının çok net olmamasından kaynaklandığı düşünülmektedir³⁰.

3.1. Tedbir Çeşitleri: Davranışsal Tedbirler -Yapısal Tedbirler

Yoğunlaşma işlemlerinin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak niteliği yoğunlaşma işleminin taraflarının davranışlarına yönelik getirilen tedbir mekanizmaları ile giderilebilmektedir. Davranışsal tedbirler olarak da adlandırılabilen söz konusu uygulama, OECD (2007)³¹ tarafından da şu şekilde tanımlanmıştır:

...Davranışsal tedbirle ilgili teşebbüs(ler)e belli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren veya teşebbüs(ler)i rekabet karşıtı davranışlarda bulunmaktan alıkoyan tedbirlerdir.

Antitröst hukukunda ve yoğunlaşmalarda davranışsal tedbirler yasaklayıcı ve düzenleyici tedbirler olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre “*yasaklayıcı tedbirler*” (*prohibitory remedies*); rekabet ihlali teşkil edebilecek davranışı ya da benzer davranışları sonlandırmaya yönelik olarak kullanılabilen bir yöntem iken “*düzenleyici tedbirler*” (*regulatory remedies*) rekabet sürecinin gelişmesine yardım etmek amacıyla taraflara belli bir davranışı zorunlu tutan tedbirler olarak tanımlanabilmektedir³².

Bazı yoğunlaşma işlemlerinin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak niteliği, pazarın yoğunlaşma işlemi sonrasında oluşacak ve pazardaki mevcut rekabet şartlarını bozacak yapısal değişimden kaynaklanmaktadır. Bu tip yoğunlaşmalarda rekabetçi endişeleri gidermek için en etkili yol yapısal tedbirlere başvurmaktır.

Yapısal tedbirler en genel ifadelerle şu şekilde tanımlanabilir³³:

...yapısal tedbirler, piyasanın yapısını (etkili bir şekilde) değiştirmek için, (teşebbüsün) maddi ve maddi olmayan varlıklarının veya bütün bir faaliyet alanının mülkiyetinin devrini sağlayan ve (bu varlıkların) eski ve yeni sahipleri arasında sürekli bir ilişkiye yol açmayan tedbirlerdir...

³⁰ Yapısal ve davranışsal tedbir ayrımı yerine tedbir mekanizmaları seçilirken uygulanacak tedbirin yoğunlaşmaya özgü ve orantılı olması kriterleri esas alınmaktadır.

³¹ OECD (2007), “Private Remedies”, Policy Roundtables
<http://www.oecd.org/dataoecd/24/62/39892177.pdf>, Erişim Tarihi: 11.5.2009, s.187.

³² U.S. Dept. Of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act (Sept. 8, 2008),
http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/sfchearing.htm

³³ OECD 2007, s.186.

Yapısal tedbirler, literatürde; “ayrıştırma” (*divestiture*), “bölünme” (*dissolution*) ve “ayırma” (*divorcement*) şeklinde üç başlık altında incelenmektedir. Bu kavramlar, uygulamada ve literatürde birbirlerinin yerine de kullanılmakla birlikte, “ayrıştırma” genellikle diğer iki kavramı da kapsayacak biçimde geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Hatta DOJ’un³⁴ ve AB Komisyonu’nun³⁵ yoğunlaşma işlemlerine ilişkin tedbirlere yönelik kılavuzlarında da ayrıştırma ve diğer tedbir mekanizmaları şeklinde bir ayırma gidilmiştir. Bu nedenle yapısal tedbirlerden “ayrıştırmaya” daha ayrıntılı olarak değinmek yerinde olacaktır.

3.2. Yapısal Tedbir: Ayrıştırma

Ayrıştırma, yoğunlaşma işlemi gibi hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla pazarın yapısı üzerinde etkili olmaktadır. Bu nedenle, ayrıştırma işlemleri yapısal tedbirler çatısı altında sınıflandırılmaktadır.

Ayrıştırmanın en geniş uygulama alanı ise yatay yoğunlaşmalarda bir diğer deyişle birbirinin rakibi olan teşebbüslerin taraf olduğu yoğunlaşmalarda ortaya çıkmaktadır.³⁶ Bilindiği üzere yatay yoğunlaşmalar, birbirinin doğrudan rakibi olan teşebbüslerin birleşmesi ve böylece ilgili pazarda toplam pazar paylarının artmasına ve rakip sayısının azalmasına neden olmak suretiyle rekabetin kısıtlanmasına yol açan en yaygın yoğunlaşma türünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, potansiyel rakiplerin pazara girmesini kolaylaştırıcı ya da rakiplerin faaliyetlerini güçlendirici özelliğiyle ayrıştırmaların en etkin tedbir kararı olduğu açıktır.

Ayrıştırmalar, iş kolunun devri, işletme veya kapasite devri ve hisse devri şeklinde ortaya çıkmaktadır. İşletme devrinin ilgili teşebbüslerin pazar gücünü azaltmakta yetersiz olduğu durumlarda uygulanan iş kolunun devri, teşebbüsün bir ürün pazarındaki üretim dağıtım ve perakende seviyelerindeki bütün faaliyetlerinin devredilmesi, başka bir deyişle teşebbüsün ilgili pazardaki tüm faaliyetlerinin sonlandırılması anlamına gelmektedir. İş kolunun devri mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi söz konusu olan yoğunlaşmalarda sıkça karşılaşılmaktadır. Teşebbüslerin birden fazla pazarda faaliyette bulunması durumunda ise işletme devri teşebbüsün söz konu faaliyetlerinden birini ya da birkaçını devretmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Bunun sonucunda yoğunlaşma işlemi sonrasında oluşabilecek pazar gücünün belirli bir seviyenin altına inmesi ve

³⁴ Bkz. dipnot 17.

³⁵ Bkz. Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004

³⁶ ULU, H. (2004), *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara, s.41.

doğacak rekabet sorunlarının ortadan kalkması sağlanabilecektir. Hisse devri genellikle ortak girişimde bir rakibin azınlık hisselerinin devri yoluyla rakiplerle olan yapısal bağların ortadan kaldırılması amacıyla kullanılmaktadır³⁷.

3.3. Yapısal Tedbirler ile Davranışsal Tedbirlerin Karşılaştırılması

Yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde olduğu gibi yoğunlaşmalarda hangi tedbirin seçileceği hususu da tedbirin pazar üzerinde nasıl bir etki yaratacağının tahminine dayanmaktadır. Rekabet otoritesinin yoğunlaşmanın pazar üzerinde nasıl bir etki yaratacağına ilişkin yanlış bir tahmininin, hatalı müdahalelere³⁸ ya da müdahaleden hatalı kaçınmalara³⁹ yol açması muhtemeldir. Hatalı müdahale sonucunda, rekabet hukuku ile korunması amaçlanan rekabetçi davranışlar caydırabilecektir. Müdahaleden hatalı kaçınma ise uzun dönemde, etkin rakiplerin pazar dışında kalmasına sebep olarak pazardaki mevcut rekabeti tehlikeye düşürebilecektir. Bu nedenle yoğunlaşmalar için öngörülen tedbirlerin seçimi yoğunlaşmaların genel anlamda değerlendirilmesi kadar önem arz etmektedir. Bu çerçevede, yoğunlaşma işlemi için rekabet otoritesince seçilecek olan tedbirin yapısal mı yoksa davranışsal mı olacağı büyük önem taşımaktadır.

Yoğunlaşmalar için rekabet otoritesince hangi tedbirin seçileceği tedbirin yoğunlaşmaya getirilen koşulların rekabet sorunlarını kısa bir süre içerisinde, kalıcı bir şekilde ortadan kaldırmasına, rekabet otoritelerince tedbirin uygulanıp uygulanmadığının devamlı izlenmesini gerektirmemesine (*monitoring*) ve dolayısıyla usul ekonomisi açısından olabildiğince düşük yönetsel maliyet gerektirmesi gibi nitelikleri taşımasına bağlıdır. Bu bakımdan yapısal tedbirlerin, davranışsal tedbirlere oranla birçok avantajı bulunmaktadır.

Yapısal tedbirlerin en önemli avantajı işkolunun ya da hisselerin devri örneğinde olduğu gibi devir gerçekleşir gerçekleşmez yapısal tedbirin piyasadaki etkisinin hemen hissedilebilir olmasıdır. Davranışsal tedbirde ise tedbirin yerine getirilmesi zamana yayılmakta ve etkisi hemen hissedilmemektedir. Dolayısıyla, yapısal tedbir davranışsal tedbir ile kıyaslandığında rekabet otoritelerince tedbirin uygulanıp uygulanmadığının devamlı izlenmesini gerektirmemekte ve dolayısıyla usul ekonomisi açısından olabildiğince düşük yönetsel maliyet içermektedir. Tüm bu nedenlerle davranışsal tedbirlerin uygulanabilirliği ve etkinliği önemli ölçüde azalmaktadır.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulu (2003)

³⁸ Hatalı müdahale (*false positive*), rekabetin kısıtlanmadığı durumlarda rekabet otoritesince müdahale edilmesidir.

³⁹ Müdahaleden hatalı kaçınma (*false negative*), rekabetin kısıtlandığı durumlarda rekabet otoritesince müdahale edilmemesidir.

Ayrıca AB Komisyonu'nun tecrübelerine göre davranışsal tedbirlerin en büyük handikabı, rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara neden olan hâkim durumun yaratılmasına yani sorunun özüne değinmemektedir. Bir başka deyişle davranışsal tedbirler, hastalığı tedavi etmemekte hastalığın semptomları ile ilgilenmektedir. Bu nedenle, davranışsal tedbirler yoğunlaşmanın taraflarının rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunma eğilimini törpülemektedir.⁴⁰ Öte yandan, yatay olmayan yoğunlaşmalardan kaynaklanan etkinlikleri koruyucu nitelikte olması nedeniyle genellikle davranışsal tedbirler tercih edilmektedir. Davranışsal tedbirler sektörü çok iyi tanıyan ve bu nedenle denetim ve takip işini başarıyla sürdürebilecek olan sektöre özgü düzenleyicilerin tercih etmesi gereken bir tedbir yöntemidir.

Diğer taraftan, rekabet otoritelerinin endüstri bilgisi çoğu zaman sektöre özgü düzenleyicilere göre oldukça sınırlı kalmakta ve sektörü düzenli olarak izleyecek personeli de bulunmamaktadır. Buna ek olarak, davranışsal tedbirlere ilişkin bir diğer sorun ise uzun süreli olarak pazara doğrudan müdahalede bulunulması nedeniyle pazarın yapısının bozulmasıdır. Bu durum da sektöre girmeyi düşünen potansiyel rakiplere pazarın yapısı (rekabetçilik, karlılık, vb.) hakkında yanlış bilgi verebilmektedir. Son olarak, davranışsal tedbirlerle yoğunlaşmanın anti rekabetçi etkileri giderilmeye çalışılırken aynı zamanda, yoğunlaşma işlemi taraflarının üçüncü kişilerle işbirliği yapmasına imkân verilerek tarafların anti-rekabetçi bir şekilde anlaşmalarına da ortam sağlanabilmektedir.

Rekabet otoriteleri yapısal ya da davranışsal tedbir seçimlerinden sadece birini tercih etmesinin yanı sıra, yapısal tedbirlere ek koşul olarak davranışsal tedbirleri de ileri sürebilmekte ya da birleşmenin onayını bu iki tedbirin birlikte uygulanması taahhüdüne bağlayabilmektedir.⁴¹ Bununla birlikte, ABD⁴² ve AB⁴³ başta olmak üzere ülkelerin konuya ilişkin yayımladığı raporlardan, düzenlemelerden ve uygulamalarından tercihlerin daha çok yapısal tedbir yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Otoriteler yapısal tedbirlere öncelik tanımakta ve bu durumun da "pratikteki" nedenini yukarıda yer verilen avantajları da kapsayacak şekilde, yapısal tedbirlerin tek seferde açık bir şekilde uygulanması, birleşme sonrasında izlenmesinin kolay olması ve söz konusu tedbirler için otoritelerce çok fazla kaynak ayırmasına gerek duyulmaması olarak öngörmektedir. Dolayısıyla, yapısal tedbirlerin niteliği ve problem çözmedeki etkinliği yoğunlaşma incelemesi açısından daha ön sıralara geçmektedir.

⁴⁰ Motta vd. 2003, s.109-112.

⁴¹ Motta vd. 2003, s.108-110.

⁴² Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, US DOJ Antitrust Division, October 2004.

⁴³ Merger Remedies Study, DG Comp European Commission, October 2005; Motta vd. 2003.

Bununla birlikte, yapısal tedbirler de kendine özgü birtakım riskleri taşımaktadır. Bu riskler genel olarak birleşen teşebbüslerin, ayrıştırmaya konu varlığın alıcısı ve rekabet otoritesi arasında var olan bilgi asimetrisinden ve bu üç tarafın işlem hakkında farklı güdülere sahip olmasında kaynaklanmaktadır.

Öncelikle birleşen taraflar, ayrıştıracakları varlığın alıcısını ararken rekabet otoritesinin amaçlarının aksine, kendisi ile rekabet edemeyecek bir rakibi seçme konusunda daha istekli olacaktır. Bu doğrultuda, taraflar ayrıştırma sonrasında rekabetçi endişelerini yok etmek için söz konusu varlığın değerini azaltabilecektir. Ayrıca, alıcının mevcut değil de pazara yeni giriş yapan bir rakip olduğu durumda, birleşen teşebbüsler kendi bilgi üstünlüğünü kullanarak ayrıştırmayı, tedbirle hedeflenen rekabetçi yapıyı sağlayamayacak şekilde düzenleyebilmektedir.⁴⁴

İkinci olarak, alıcının da her durumda birleşen taraflarla rekabet edeceği gibi bir çıkarımı yapmak mümkün değildir. Alıcı, agresif bir şekilde teşebbüslerle rekabet etmediği sürece, satıcı açısından rekabet yaratacak ya da birleşen tarafların pazar gücünü tehdit edebilecek güçte, kapasitede ve güdüde bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, söz konusu firma çoğu zaman rekabet otoritesinin değil, birleşen teşebbüslerin “takım arkadaşı” olabilmekte ve otoritenin ayrıştırmayla hedeflediği amaçlarına ulaşmasında yeterli güdüye sahip bulunmamaktadır. Nitekim alıcı firma birleşen teşebbüslerle ortak pazar gücü yaratabilecek ya da işbirliği yapabilecek bir konumdaysa, bu iki tarafın çıkarları birleşmekte ve rekabet otoritesini yanlış yönlendirebilmektedir.⁴⁵ Bu sorunlar, işlemle ilgili atanacak kayyım/denetleyici uzman (*trustee*) sayesinde giderilmeye çalışılsa da, tarafların sektöre özgü bilgiye sahip olma konusunda rekabet otoritesine karşı üstünlüğü neticesinde tam olarak çözülemeyecektir.⁴⁶

Sonuç olarak rekabet otoritesi ayrıştırmaya dayalı şartlı izin vermiş olsa dahi bu tedbirin işlemle oluşan rekabetçi endişeleri gidermemesi olasılığı doğmakta, pazarda rekabet gücü artan bir rakip yaratılması yerine teşebbüsler arası anti-rekabetçi işbirliğinin yolu da açılabilir. Diğer yandan, rekabet otoritesinin, uygulayacağı tedbirle pazarı yoğunlaşma öncesi durumdan daha rekabetçi bir yapıya kavuşturmak gibi (*over-fixing*) amaçlarının bulunması ise işlemin taraflarına ve alıcıya karşı bilgi asimetrisi oluşturmakta ve firmaları

⁴⁴ Motta vd. 2003, s.110-120.

⁴⁵ FARRELL, J. (2003.) “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, F. Lvque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, 2003, s.95-100.

⁴⁶ Motta vd. 2003, s.110-120.

birleşme konusunda caydırarak özellikle etkin birleşmelerin önüne geçebilmektedir.⁴⁷

Bu bakımdan, optimal tedbir seçiminde dikkate alınması gereken noktaları belirlerken öncelikle en çok benimsenen tedbir olan yapısal tedbirlerin (ayrıştırma) inceleme kapsamındaki olumlu ve olumsuz niteliklerini ortaya koymak ve daha sonra ise söz konusu nitelikler çerçevesinde yapısal tedbirlere ilişkin olarak dikkate alınması gereken noktaları belirlemek gerekmektedir. Bu noktalar arasında ise ileride gerekçeleri ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, teşebbüslerin etkinliğinin dikkate alınmasının iktisadi açıdan en çok öne çıkan konulardan biri olduğunu şimdiden söylemekte bir sakınca görülmemektedir.

Nitekim yukarıda yer verilen tüm bu risklerin bir sonucu olarak, teşebbüslerin yoğunlaşma ile öngördükleri (kapsam ekonomisi, ölçek ekonomisi, sinerji, vb.) etkinlik kazanımlarının, uygulanacak ayrıştırma tedbiri ile kısmen veya tamamen olumsuz yönde etkilenebilecek olması yoğunlaşma işleminin gerçekleşeceği pazardaki rekabetçi yapının ve tüketici refahının/toplumsal refahın tedbir uygulanmadığı duruma göre daha fazla zarar görebilecek olması sonucunu doğurmaktadır. Bu da söz konusu risklerin tehlikesini gözle görülür derecede arttırmaktadır. Etkinlik kazanımları yoğunlaşma işlemine doğrudan onay verilmesi için yeterli görülmemekle birlikte söz konusu kazanımlar tedbir seçiminde bir kez daha otoritenin karşısına çıkmakta ve bu nedenle, tedbir seçiminde açık bir şekilde yapısal tedbirlerin ekonomik açıdan en hassas yanlarından birini oluşturmaktadır. Bu durum ise yapısal tedbirlerin hem genel açıdan hem de etkinlik açısından değerlendirilmesini kaçınılmaz kılmaktadır.

4. YAPISAL TEDBİR SEÇİMİNDE ETKİNLİK DEĞERLENDİRMESİ

4.1. Etkinlik Kriterinin Tedbir Seçimindeki Önemi

Hatalı müdahale olarak da nitelendirilen rekabetçi bir yoğunlaşma işleminin yasaklanması durumunda, daha önce de belirtildiği gibi, birleşmeyle tarafların elde etmeyi umduğu hem statik hem de dinamik etkinlikler ve bu etkinliklerin tüketici refahına olabilecek olumlu etkisi engellenmiş olacaktır. Müdahaleden hatalı kaçınma ile de rekabeti kısıtlayıcı olan yoğunlaşma işlemlerine göz yumularak rekabet otoritesinden beklenen *ex-ante* denetim yerine getirilmemiş olacaktır. Bu bağlamda, yoğunlaşma analizlerinde ele alınan etkinlik değerlendirmesi, çalışmanın üst bölümlerinde de belirtildiği üzere hem akademik literatürde geniş bir şekilde ele alınmış hem de AB ve ABD başta olmak üzere ülke içtihatlarında gittikçe artan bir öneme kavuşmuştur. Ancak, birleşme analizindeki etkinliğe verilen ve zaman içinde artan öneme tedbir dizaynı söz

⁴⁷ Farrell 2003, s.100-105.

konusu olduğunda *sistemik* bir şekilde yer verildiğini söylemek, hem ekonomik teori hem de ülke uygulamaları dikkate alınırsa fazla iyimser bir bakış açısı olacaktır.

Yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirmesinin içerdiği belirsizlik unsuru ve rekabet otoritesince müdahaleden hatalı kaçınma ya da hatalı müdahalede bulunma riski, bu konuda uygulanacak tedbirlerin seçimi için de geçerlidir. Uygulanan tedbirlerin pazardaki nihai etkisinin ne olacağını tam olarak kestirmek mümkün değildir⁴⁸. Gereğinden fazla (*over-remedying*), gereğinden az (*under-remedying*) ya da hem tarafların hem de otoritenin farklı düzeylerdeki ve çoğu zaman asimetrik olan bilgisi ve güduları üzerine dayanılarak düzenlenen tedbirler, amaçlanan çözümü vermesi açısından büyük riskler taşımaktadır. Bu riskler tedbir mekanizmasının işletilmesine karar verilmesini ve uygulanacak tedbir mekanizmasının seçilmesini kapsayan tüm yasal sürecin getirdiği risklerin yanında, seçilen tedbirlerin içinde barındırdığı ve otoritelerin kısmen çözebildiği içsel riskleri de içermektedir. Ancak, özellikle yapısal tedbirin (genellikle ayrıştırmanın) tercih edildiği durumda, yanlış müdahalenin yasal süreçteki riske paralel olarak firmaların yoğunlaşma sonrası kazanacağı etkinliğe olumsuz etkisi olacağı da düşünülmektedir.

Tedbirlerin ne kadar etkili olduğu konusunda yapılan ampirik çalışmalar da bu konudaki yaklaşımı destekler niteliktedir. Konuya ilişkin ilgi çekici çalışmalardan biri olan Davies ve Olczak'ta⁴⁹, 1990 ve 2004 yılları arasında AB'de Komisyon'un yoğunlaşma işlemlerinin denetlenmesi kapsamında ele aldığı dosyalardaki kararlar incelenmiştir. Söz konusu çalışmada kurulan ekonometrik bir model çerçevesinde, Komisyon'un koşullu izin verdiği birleşmelerdeki işlem sonrası pazar yapısı hakkında çıkarımlarda bulunulmuştur. Ayrıca, 25 birleşme dosyası ve bu dosyalarda geçen 222 farklı pazar incelenmiştir. İnceleme sonucunda varılan ilk sonuç, 174 pazar arasından Komisyon'un birleşme sonrası oluşabilecek rekabetçi endişelerle (hâkim durum oluşacağı gerekçesiyle) müdahalede bulunduğu (tedbiri kabul ettiği veya yasakladığı) 92 pazardan 40'ının (%44'ünün) zaten ilgili müdahale öncesinde de eksik rekabet koşullarını taşıdığıdır. Elde edilen ikinci sonuç, bu pazarlarda uygulanan ayrıştırma tedbirinin incelenen dosyaların yarısına yakın bir kısmında (%47'sinde) *etkisiz* olduğu, bir başka ifadeyle koşullu izin sonrasında pazarda, tarafların hâkim durumunu koruyucu şekilde eksik rekabet koşullarının oluştuğu veya devam ettiğiidir. İncelemenin üçüncü sonucu ise ayrıştırma tedbiri yoluyla müdahalede

⁴⁸ Heyer 2005, s.393.

⁴⁹ DAVIES, S. ve M. OLCZAK (2008), "Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?", *Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Working Paper 08-28*.

bulunulan dosyaların %80'inde, tedbirin yoğunlaşma işleminin taraflarının esas olarak pazar payını düşürmediği, bu payı sadece birleşme öncesindeki en büyük tarafın pazar payına kadar azaltabilmiş olmasıdır⁵⁰. Bu nedenle, ayrıştırma tedbirinin, daha önce yer verilen sorunları bir yana, pazarı rekabetçi bir yapıya dönüştürüp dönüştürmeyeceği konusunda net bir çıkarım yapmak mümkün değildir.

Bu durum karşısında çıkarılabilecek sonuç, çok genel bir ifadeyle “yanlış” uygulanan bir tedbirin her şeyden önce ya rekabetçi zararı tam anlamıyla önleyemeyeceği ya da aşırı uygulanması durumunda kendiliğinden etkinsizlik yaratabileceğidir. Bu etkinsizliğin en görünürdeki maliyetleri, hem otoritelerin hem de birleşen tarafların maruz kaldığı yasal sürecin getirdiği maliyetler, işlemin rekabet karşıtı olmadığını kanıtlamak için gösterilen diğer çabalar sonucu oluşacak maliyetler olsa da “yanlış” uygulanan tedbirlerin pazarda yol açtığı sorun esas olarak ekonomik etkinsizliklerdir⁵¹.

Doğru uygulanan bir tedbir ile hem yoğunlaşma işlemi sonrasında rekabete zarar verebileceği endişesi yaratan pazar gücü artışının engellenmesi, hem de işlemin taraflarının ve pazardaki diğer oyuncuların pazarın eksik rekabet koşullarından kaynaklı rantlarının önüne geçilmesi ve bu şekilde refah düzeyinin tedbirin uygulanmadığı duruma göre- en çoklaştırılması hedeflenmektedir⁵². Bu hedeflere ulaşırken, seçilen tedbirin teşebbüslerin yoğunlaşma işlemi sonrasında üretim etkinliği sonucu elde etmeyi planladıkları karı tamamen yok etmemesi de gerekmektedir. Aksi takdirde, uygulanan tedbir teşebbüsün yoğunlaşma işlemi sonucunda ulaşabileceği kapsam ve ölçek ekonomisi gibi maliyet düşüşlerinden elde edebileceği etkinlik kazanımına doğrudan zarar verecektir⁵³.

Ayrıca, özellikle ayrıştırmaya dayanan tedbirler, firmanın doğrudan birleşme sonrasındaki etkinleşme (uzun dönemde etkin yatırımlar yapma) güdüsünü (dinamik etkinliğini) de olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu noktada örneğin, pazarı birleşme sonrasında birleşme öncesinden daha rekabetçi bir yapıya kavuşturmak gibi (*over-fixing*) endişelerle gereğinden fazla getirilen tedbirlerin etkinlik üzerinde bir vergi olduğu bile öne sürülebilir. Firmanın işlemin onayı için söz konusu tedbiri kabul etme yönündeki eğilimi, firmanın işlem

⁵⁰ Söz konusu çalışmada, Komisyon'un yeni Birleşme Tüzüğü'nün kabul edildiği 2004 sonrası döneme ait yoğunlaşma kararlarını da incelenmiş ve hem yasaklama hem de tedbir getirme konusunda Komisyon'un daha isteksiz olduğu tespit edilmiştir. Bu konudaki bir diğer çalışma için bkz. PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The merger remedies study–In divestiture we trust?” *European Competition Law Review*, 8, s.443-454.

⁵¹ Heyer 2005, s.393.

⁵² Cosnita ve Tropeano 2008, s.5.

⁵³ Duso vd. 2005, s. 24.

sonrası kazanacağı etkinliğin pazarın daha rekabetçi bir yapıya sahip olması için katlanacağı maliyeti karşılayacağına yönelik bir sinyal olarak algılanabilmektedir⁵⁴. Bu sinyali alan otorite ise tedbiri uygulamakta çekinmeyecek, ne kadar etkinse o kadar tedbir uygulayabilecektir. Ancak, bu bakımdan bir vergi olarak görülebilecek tedbir, vergilendirmenin yapısı gereği firmanın cesaretini de kırabilecektir. Tersine bir durumda ise tedbir pazardaki rekabet problemlerini çözmekte yetersiz olacak her iki tarafa sadece bir işlem maliyeti yüklemekle sınırlı kalacaktır⁵⁵. Bu konuda sınırlı sayıda çalışmalardan biri kabul edilebilecek, Cosnita ve Tropeano⁵⁶ tarafından yapılan ve etkinlik savunması ile tedbirler arasındaki ilişkiyi inceleyen oyun teorisi yaklaşımı çalışmada, otoritenin etkinlik savunmasını dikkate almasının firmaları etkin birleşmeler dizayn etmeye teşvik ettiği, bununla birlikte işleme onay alabilmek için otoriteye taahhüt edilen tedbirlerin birleşme sonrasında etkinlik kazanmak için gerekli güdüyü azalttığı sonucuna ulaşılmıştır. Benzer şekilde, Vasconcelos⁵⁷ tarafından yapılan ve dinamik oyun teorisi üzerine kurulan bir diğer çalışmada ise otoritelerin yapısal tedbire dayalı koşullu izin verme seçeneğinin bulunmasının firmaların birleşme olanaklarını arttırdığı belirtilmiştir. Ancak, yazara göre bazı durumlarda otoritelerin pazarı eskisinden daha rekabetçi hale getirmek üzere ayrıştırma talebinde bulunması, etkinlik kazanımı yaratsa dahi oluşabilecek pazar yapısı nedeniyle firmaların karlılıklarını düşüreceğinden firmaları etkin birleşmelerde bulunmaları yönünde olumsuz etkileyebilecektir.

Bu çerçevede, birleşmelerdeki etkinlik kazanımları ve tedbirler konusunda yapılacak ilk çıkarımda, birleşme analizlerinin kritik noktasını oluşturan bu iki unsur arasında ekonomik anlamda karşılıklı bir etkileşimin olduğu söylenmelidir. *Esas olarak, bu bağın ideal sonucu, etkinlik kazanımlarının tedbirlere olan gereği ortadan kaldırması olarak yorumlanabilir*⁵⁸. Bununla birlikte, çalışmanın üst bölümlerinde bahsedildiği üzere, rekabet otoriteleri birleşen tarafların (maliyet tasarrufu ve sinerji gibi) etkinlik kazanımına ilişkin getirdikleri argümanları, işlem sonucu oluşabilecek rekabetçi endişeleri ortadan kaldırma konusunda yetersiz veya 'fazla iyimser' gördüklerinde; pazarda gözlenmesi zor olan bu kazanımları

⁵⁴ GONZALEZ, A. (2003), "Divestitures and the Screening of Efficiency Gains in Merger Control", mimeo GREMAQ, <http://www.economia.puc.cl/seminarios/SECHI/cursos/AGonzalez-MergerI.pdf>, Erişim Tarihi: 11.05.2009, s.15.

⁵⁵ Heyer 2004-2005, s.393.

⁵⁶ Cosnita ve Tropeano 2008

⁵⁷ Vasconcelos, H. (2007), "Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control",

CEPR Discussion Paper No. DP6093, <http://ssrn.com/abstract=1132230>,

Erişim tarihi:11.5.2009

⁵⁸ Snelders ve Genevaz2007, s.9.

izlemek için yeterli donanımları olmadığında ya da pazarı daha rekabetçi bir hale getirmek (*over-fixing*) gibi amaçlarla yapısal tedbirlere başvurabilmektedirler. *Bu durumda ise ideal olanın öngörülen tedbirlerin işlem sonrası kazanılacak etkinliği göz ardı etmemesi ve yapısal tedbir -özellikle ayırıştırma- uygulanırken firmaların öngördüğü etkinlik kazanımlarına göre bir dizaynın gerçekleştirilmesi gerektiğidir.*

Her ne kadar etkinlik ve tedbir seçimi arasındaki bağa ilişkin literatürdeki çalışmalar ve uygulamalar kısıtlı olsa da özellikle son zamanlarda edinilen akademik birikimin bir kısmının da bu bağın başka bir boyutunu ortaya çıkarmaya odaklandığı görülmektedir. Bu kapsamda yapılan çalışmalar, tedbir uygularken etkinliği dikkate alan bir analiz önermekten ve tedbirin -yukarıda yer verildiği şekliyle- firmaların etkin birleşme güdüsünü olumsuz etkilediği savını vurgulamaktan çok, tedbir uygulamanın -en azından otoritenin bu yöndeki eğiliminin- firmaların birleşme ile hedefledikleri etkinliği tespit etmede bir izleme mekanizması olarak kullanılabilmesi yönündedir. Şöyle ki, sektörler hakkında yeterli donanımı olmaması nedeniyle, rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işleminin taraflarına göre asimetrik bilgiye sahip olması firmaların etkinlik kazanımı konusunda fazla iyimser argümanlarla rekabet otoritelerini ikna etmelerini kolaylaştırmaktadır. Buna rağmen, etkinlik kazanımı gibi tespit edilmesi ve pazardaki etkilerinin hem kısa dönemde hem de uzun dönemde gözlenmesi zor olan bir konuyu rekabet otoriteleri birleşme analizlerinde dikkate alsa bile bu kazanımlara doğru bir şekilde değer biçmesi uygulamada her zaman kolay olmamaktadır⁵⁹. Ayrıca, etkinlik kazanımına ilişkin söz konusu iyimser argümanların işlem sonrasında gerçekleşmemesi durumunda ise rekabet otoritesinin tamamlanmış ve faaliyete başlamış bir işleme sonradan müdahale etmesi de başlı başına zorlu ve belki de pazar gerçekleri göz önüne alındığında imkânsız bir süreci gerektirmektedir. Bu bakımdan, özetle müdahaleden hatalı kaçınma olasılığını en aza indirmek isteyen bir rekabet otoritesi “iyi” ve “kötü” birleşmeleri ayırt edebilmek için tedbir uygulamasını bir mekanizma olarak kullanabilecektir⁶⁰. Söz konusu mekanizmada, öngörülen tedbir, birleşmenin

⁵⁹ Taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden kaynaklanan sorunların azaltılabilmesine ilişkin olarak literatürde çeşitli öneriler getirilmesine rağmen bu yaklaşımların ekseriyetle işlem sonrasında pazar yapısının çeşitli şekillerde izlenmesine yönelik olduğu görülmektedir (Gonzalez 2003). Örneğin Neven vd.’ye (1993) göre, rekabet otoriteleri bünyesinde oluşturulacak özel bir birim ile yoğunlaşma işlemi öncesinde (*ex-ante*) yoğunlaşma ile gerçekleşecek etkinliğin ne derece doğru olduğu değerlendirilebilir. Diğer taraftan Scherer’e (1991) göre, işleme nihai olarak izin vermeden önce işlem tarafına geçici bir süre tanınarak iddia edilen etkinliğin sağlanıp sağlanmadığı kontrol edilebilir. Tarafların iddialarının aksine yoğunlaşma işlemi sonucunda belirtilen etkinliğin sağlanamaması durumunda ise işleme izin verilmeyebilmektedir.

⁶⁰ Gonzalez 2003, s.2.

taraflarını caydırmadığı durumda, tarafların işlem ile yeterli düzeyde etkinlik kazacağı yönünde bir sinyal olarak algılanacaktır. Bu durumun ise gerçek etkinlik kazanımı konusunda otoriteler ve taraflar arasında yaşanan bilgi asimetrisini büyük ölçüde ortadan kaldırması beklenmektedir⁶¹.

Sonuç olarak, bir birleşmenin pazardaki rekabete olan etkisi değerlendirilirken dikkate alınan tüm unsurların ilgili işlem kapsamında tedbir uygulanırken de dikkate alınması gerektiği açıktır⁶². Bu bağlamda, etkinlik kazanımlarının tedbir uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken ve uygulanacak tedbirin niteliği ve miktarı belirlenirken göz önünde bulundurulması ve etkinlik kazanımlarındaki kayıpların en aza indirgenmesi rekabet otoritelerinin işleme doğru müdahalede bulunması ve pazardaki refah standardını koruması için kaçınılmazdır.

4.2. Etkinlik Kriteri Çerçevesinde Geliştirilen Yapısal Tedbir Modelleri

Önceki bölümde ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, tedbir mekanizmaları ve etkinlik arasında çok yönlü bir ilişki bulunmaktadır. Söz konusu ilişkinin ortaya konulması bağlamında, tedbirin uygulanıp uygulanmayacağı konusu ve bu mekanizmanın uygulanması durumunda müdahale ile amaçlanan rekabetçi hedeflerin sağlanmasına yönelik optimal ayırıştırmanın ne şekilde belirleneceği önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, ilk olarak tedbir mekanizmaları arasında uygulamada genellikle yapısal tedbir yöntemlerine ağırlık verildiği gözetilerek ele alınan modeller doğrultusunda tedbirlerin uygulanacağı durumlara karar verilmesi konusu irdelenecektir. İkinci olarak, tedbirin uygulanmasına karar verilmesi durumunda etkinlik ölçütünün ne şekilde dikkate alınacağı sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır. Söz konusu sorunun cevaplanmasına ilişkin olarak öncelikle, uygulanan tedbirin etkinlik kazanımında yaratabileceği kayıpları en aza indirmek ve bu sayede tüketici refahı standardını korumak için gerekli olan optimal ayırıştırma düzeyinin ne şekilde belirlenebileceği üzerinde durulacak akabinde ise ayırıştırma koşulunun rekabet otoritelerince “iyi” ve “kötü” yoğunlaşmaları birbirinden ayırt etmek için bir sinyal mekanizması olarak kullanılıp kullanılmayacağına yer verilecektir.

4.2.1. Yapısal Tedbir Kararına İlişkin Modeller

Etkinlik ölçütünü ilk olarak yapısal tedbirin uygulanıp uygulanmayacağına karar verme aşamasında dikkate almak gerekmektedir. Çalışmanın çeşitli bölümlerinde yer verildiği üzere, rekabet karşıtı bir yoğunlaşma genellikle rekabet otoritelerinin gözettiği refah standardı olan tüketici fazlasını azaltan yoğunlaşmalar olarak

⁶¹ Söz konusu çalışmaların ayrıntılarına ilerleyen bölümde yer verilecektir.

⁶² Motta vd. 2003, s.19.

algılanmaktadır. Söz konusu durumu analiz etmek üzerine kurulu ve pazarda farklılaştırılmış ürünlerin, hâkim durumdaki bir firmanın ve onu takip eden rakiplerin olduğu varsayımlarına dayalı oligopolistik modellerde genellikle yatay birleşmelerin, diğer koşullar sabit kalmak üzere, daha yüksek bir fiyat dengesiyle sonuçlandığı ve birleşen tarafların karlılığının arttığı kabul edilmektedir. Söz konusu kârlılık artışı ise firmanın pazar gücünün artmasından ve/veya etkinlik kazanımı sonucu oluşan maliyet tasarruflarından kaynaklanmaktadır. İlgili işlem sonrasında rakiplerin de karlılıklarında bir artış yaşıyorsa, bu artışın öncelikli nedeni ise pazardaki birleşme sonrası oluşan firmaların azalması, eksik rekabet koşulları sayesinde oluşan fiyatın maliyetlerin üstünde gerçekleşmiş olması veya firmaların gizli işbirliği içinde olmalarıdır. Birleşmelerin tek taraflı ve koordine etkileri olarak da tanımlanan bu etkiler sonucunda, etkinlik kazanımının da yeterli olmadığı varsayımı altında hem birleşen tarafların hem de rakiplerin pazarda bir yandan karlılıkları artacak diğer yandan ise fiyat artışından dolayı tüketici fazlasında azalma meydana gelecektir. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere birleşen tarafların karlılığı maliyet azalması gibi etkinlik kazanımlarından dolayı da artabileceğinden, birleşmenin tüketici refahına olan olumsuz etkisini tespit etmedeki belirleyici unsur rakiplerin karlılığının artıp artmadığıdır⁶³. Bu bakımdan, söz konusu olasılıkların hepsinin dikkate alınması, işleme tedbir uygulanıp uygulanmaması konusunda güçlü bir ön fikir verebilecektir.

Aşağıdaki tabloda bir yoğunlaşma işlemi sonrasında, rakiplerin ve işlem taraflarının karlılığına ilişkin olarak pazarda oluşabilecek dört olası durum özetlenmiş ve bu doğrultuda tedbir uygulanıp uygulanmaması konusundaki çıkarımlara yer verilmiştir.

Tablo-1: Yoğunlaşma Sonucunda Oluşan Karlılık-Etkinlik-Tedbir İlişkisi

	$\Delta\Pi_M > 0$	$\Delta\Pi_M < 0$
$\Delta\Pi_R > 0$	Pazar gücü artıyor. Tedbir uygulanmalı.	Etkinlik azalıyor. Tedbir uygulanabilir.
$\Delta\Pi_R < 0$	Etkinlik kazanımı. Tedbir uygulanmamalı.	Etkinlik azalıyor. Tedbir uygulanmamalı.

Kaynak: Duso vd. 2005, s.18

Tablo-1’de $\Delta\Pi_M$ birleşen tarafların karlılığındaki işlem sonrasındaki artışı, $\Delta\Pi_R$ rakiplerin karlılığındaki işlem sonrasındaki artışı ifade etmektedir.

⁶³ NEVEN D. ve L. H. RÖLLER (2000). "Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control", *WZB discussion paper FS IV 00-15*

Tabloya göre⁶⁴, yoğunlaşma sonrasında karşılaşılabilen olası durumlardan ilki hem işlem taraflarının hem de pazardaki rakiplerin karlılığının ve pazar gücünün artmasıdır. “Şemsiye etkisi” (*umbrella effect*) olarak da nitelendirilebilecek söz konusu yapının ortaya çıktığı durumlarda, rekabet otoriteleri yoğunlaşma sonrası oluşan pazar gücünün tüketici fazlası veya toplam faydada bir düşüşe neden olmasını önlemek amacıyla tedbir mekanizması uygulamayı tercih edebilecektir.

Tabloda ortaya konulan ikinci olasılık ise yoğunlaşma sonrasında yoğunlaşma taraflarının karlılığı artarken pazardaki rakiplerin karlılığının azalmasıdır. Yoğunlaşma sonrası artan etkinlikten sadece işlem taraflarının etkilenmesi nedeniyle herhangi bir tedbir ihtiyacı ortaya çıkmayacaktır. Böyle bir durumda, rekabet otoriteleri tarafından tedbir uygulamasının seçilmesi halinde bile uygulanacak tedbirin yoğunlaşmadan kaynaklanan etkinlik kazanımını azaltmayacak şekilde belirlenmesi gerekecektir.

Yoğunlaşma işlemleri çoğunlukla işlem taraflarının etkinliğini ve dolayısıyla karlılığını arttırmak amacıyla yapılmasına rağmen bu durum aksi olan birçok örneğin bulunduğu da bir gerçektir. Ne var ki, işlem taraflarının etkinliğini ve karlılığını azaltan yoğunlaşmaların temel endüstri iktisadi modelleri ile açıklanması pek mümkün değildir. Bu durumun literatürdeki tek istisnası önleyici birleşmelerdir. Bu tür modellerde kar ençoklaştırmasını amaçlayan firmalar bilinçli bir şekilde karlı olmayan birleşmeler yaparak, pazar dışında kalmak yerine pazarda olmayı tercih edebilmektedir. Dünyada değişik örnekleri bulunan bu tür yoğunlaşmaların arkasında yatan neden genellikle büyüme ve ölçek maksimizasyonu gibi yönetsel birtakım güdülerdir⁶⁵. Yukarıdaki tabloda yer verilen diğer iki olasılık ise söz konusu durumları özetlemekte ve yoğunlaşma işleminin işlem taraflarının karlılığını azaltırken rakiplerin karlılığını arttırması veya her iki tarafın da karlılığını düşürmesi durumunda tedbir uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap aramaktadır. Buna göre, yoğunlaşma sonrasında işlem taraflarının karlılığı azalırken rakiplerin karlılığı artıyorsa, yoğunlaşmanın net etkisi iki karlılık arasındaki göreceli büyüklüğe bağlı olmaktadır. Şöyle ki, endüstrideki karlar artarken işlem taraflarının karlılığının düşmesi rakiplerin yoğunlaşma işleminin yarattığı etkisizlikten yararlanarak fiyatlarını arttırdığını göstermektedir. Bu durumda, yoğunlaşma işlemi çoğunlukla rekabeti engelleyici olarak nitelendirilmekte ve tedbir uygulama seçeneği dikkate alınmaktadır. Ancak, endüstrideki karların da düşmesi halinde rekabeti engelleyici etkiler ve gerekli tedbirler hakkında net bir şey söylemek mümkün gözükmemektedir.

⁶⁴ Duso vd. 2005, s.18-19.

⁶⁵ Duso vd. 2005, s.8-9.

Aynı durum, Tablo-1’de yer verilen son olasılık için de geçerlidir. Yoğunlaşma işlemi sonrasında hem işlem taraflarının hem de rakiplerin karlılığının azalması durumunda, yoğunlaşmanın tarafların ve endüstrinin genelinin etkinliğini azaltmasının çeşitli şekillerde açıklanması mümkündür. Bunlardan ilki, yoğunlaşma sonrasında firmalar arasındaki karşılıklı etkileşimin değişmesi ve dolayısıyla işbirliği riskinin azalmasıdır. Bir diğer seçenek ise yoğunlaşmanın pazardaki rekabeti arttırmasıdır. Yoğunlaşma işlemi sonrasında rakiplerin ve işlem taraflarının karlılığında meydana gelen azalmanın kaynağının ne olduğunun tam olarak belirlenemediği söz konusu durumda da tedbir mekanizması uygulanmamalıdır.

Yoğunlaşma işlemi sonrasında, rakiplerin ve işlem taraflarının karlılığına ilişkin olarak ortaya konulan dört muhtemel durumun rekabet otoritelerince tedbir uygulanıp uygulanmamasına karar verme aşamasında ne şekilde ele alınabileceğine yönelik çalışmanın ardından, Shelanski ve Sidak’ın⁶⁶ özellikle şebeke endüstrilerine ilişkin olarak statik ve dinamik etkinlik bağlamında geliştirdiği teste değinilmesinde de fayda görülmektedir. Shelanski ve Sidak çalışmalarında, antitröst hukukunun ve mikro iktisadın temel ilkeleri ışığında ağ endüstrilerini içeren tekelleşme örneklerinde uygun tedbirin nasıl belirlenebileceği konusunda öneri getirmektedir. Yazarlar tarafından bu amaçla, öncelikle tedbirin refah etkisini belirleyebilmeye yönelik olarak üç basamaklı bir test önerilmektedir. Diğer taraftan, söz konusu testin, refah etkisini değerlendirmenin yanı sıra mevcut tedbirlerin maliyetlerinin ve faydalarının göreceli olarak kıyaslanması amacıyla kullanılması da mümkündür.

Shelanski ve Sidak’ın sunduğu testin ilk aşamasında önerilen tedbirin yaratabileceği statik etkinliğin net bir kazanım yaratıp yaratmayacağı ve/veya tahsis etkinliğinden kaynaklanan kazanımların (fiyatların düşmesinin ve çıktı miktarının artmasının) üretim etkinliğinde meydana gelen kayıpları (üretim maliyetlerinde artışı-maliyetleri düşürememeyi) telafi edip edemeyeceği sorularına cevap aranmaktadır. Testin ikinci aşamasında ise ilk aşamada elde edilen statik etkinlik kazanımları tedbirin dinamik etkinlik üzerinde yaratacağı etkiler ile karşılaştırılmaktadır. Söz konusu kıyaslanmanın akabinde net kazanımın pozitif olması durumunda, üçüncü aşamada tedbir, uygulama maliyetleri açısından değerlendirilmektedir. Shelanski ve Sidak’a göre optimal tedbir, uygulama ve

⁶⁶ SHELANSKI, H.A. ve G. SIDAK (2000), “Antitrust Divestiture in Network Industries”, *Antitrust Divestiture in Network Industries* Vol: 68, s. 115.

yönetim maliyetleri sonrasında en büyük toplam etkinlik kazanımını veren tedbir olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁷.

4.2.2. Yapısal Tedbirin Uygulanması Aşamasında Etkinlik Ölçütü

İkinci aşama, tedbirin uygulanması sırasında etkinlik ölçütünün ne şekilde dikkate alınacağına yöneliktir. Bu aşama, bir üst bölümde de bahsedildiği üzere, hem uygulanan tedbirin etkinlik kazanımında yaratabileceği kayıpları en aza indirmek ve bu sayede tüketici refahı standardını korumak için gerekli olan optimal ayırıştırma düzeyini belirlemeyi hem de firmaların birleşme sonrasında öngördükleri etkinlik düzeyleri hakkındaki doğru bilgilenmek için ayırıştırma koşulunun rekabet otoritelerince bir sinyal veya izleme mekanizması olarak kullanılmasını kapsamaktadır. Esasında düzenlemelerde ayrıntılarına çok yer verilmeyen bu aşamaya ilişkin ekonomik literatürün de çok eskilere dayandığını söylemek mümkün değildir. Ancak, son zamanlarda ayrıntılarına ileride yer verilecek çeşitli ekonomik modellerde bu konu teorik anlamda irdelenmeye başlanmıştır. Söz konusu modeller, değinildiği gibi teorik bir niteliğe sahip olup bu bağlamda mikro iktisadın özellikle *oligopol teorisi* ve bağlantılı olarak *oyun teorisi* çerçevesinde geliştirilmiş ve bu kapsamda çeşitli varsayımlara dayandırılmıştır. Bu varsayımların, ayrıntısı modelden modele değişebilmekle birlikte dayandığı temel noktaları aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

- Pazarda sınırlı sayıda firma bulunmaktadır.
- Pazar eksik rekabet koşuluna göre çalışmaktadır.
 - Ürünler homojendir.
 - Firmaların maliyet yapıları simetriktir.
- Firmaların arasında gerçekleşen oyun, oligopol modellerinden biri sayılan Cournot modeli çerçevesinde gerçekleşmektedir.

⁶⁷ Etkinlik ve birleşmelerle ilgili yazında (ör: Willamson (1968), Farrel ve Shapiro (1990) ve Perry ve Porter'a (1985)) yer alan modeller oligopol teorisi çerçevesinde geliştirilmiş ve birleşme sonrası kazanılan etkinlik, fiyat artışları ve tüketici refahı arasındaki ilişki irdelenmiştir. Birleşmelerdeki etkinlik kazanımı ve tedbir uygulanması ile ilgili çalışmalar ise söz konusu akademisyenlerin geliştirdikleri modelleri özellikle yapısal tedbirleri (kısmi varlık ayırıştırmasını) kapsayacak şekilde modifiye etmişlerdir. Bu konuda önde gelen çalışmalardan olan Medvedev'in (2004) çalışmasında rekabet otoritesinin ayırıştırma sürecinde oynayacağı aktif rolün önemine, Vasconcelos'in (2007) çalışmasında, otoritenin oynayacağı ve bazı durumlarda fazla müdahaleye dönüşen bu aktif rolün etkin birleşmeler üzerinde ne şekilde etki yapacağına yer verilmiştir. Farrell'in (2003) çalışmasında ise temel olarak bu aktif rol eleştiri odağı olmuştur. Söz konusu çalışmaların önemi açık olmakla birlikte, etkinlik ve tedbirler arasında çalışmada incelenen ilişkiyi tam olarak yansıtmıyor olmaları nedeniyle anılan yazarların çalışmalarına bu bölümde ayrıntılı olarak yer vermeye gerek duyulmamış ancak yazarların çıkarımlarından yer yer çalışmanın çeşitli bölümlerinde yararlanılmıştır.

- Birleşme sonrasında oluşacak etkinlik hem kapsam ve/veya ölçek ekonomisi sayesinde oluşacak maliyet tasarrufu hem de sinerji şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu oluşum bir parametre aracılığıyla (*e*) firmaların toplam maliyet fonksiyonuna maliyeti azaltan bir unsur olarak yansıtılmaktadır.
- Rekabet otoritesi, uygulamalara paralel olarak değerlendirmesinde tüketici refahı standardını veya tüketici refahının düşmemesi koşulu altında toplam refah standardını gözetmektedir.
- Otoriteler söz konusu standardı sağlamak için yaptıkları değerlendirmede, firmaların öngördükleri etkinlik kazanımları ve maliyet yapıları hakkında firmalarla *simetrik* ya da *asimetrik* bilgi düzeyine sahip olabilmektedirler.

Söz konusu varsayımlara dayanan teori çerçevesinde incelenebilecek aşamanın birinci ayağını yapısal tedbirin teknik dizaynında, bir başka ifadeyle *birleşme işleminin kabul edilmesi için varlığın optimal ayrıştırma miktarının belirlenmesinde* olası etkinlik kazanımlarının ne şekilde dikkate alınacağı üzerine geliştirilen ekonomik teori oluşturmaktadır. Bu konuda yapılan çalışmalar, özellikle gerekli ayrıştırmanın sonuçlarının hem birleşme ile ortaya çıkacak rekabetçi zararı aşmaması hem de bu zararı gidermek için yetersiz kalmaması amacı güden otoritelere teknik anlamda bir yol gösterici olabilecek niteliktedir. Bu bağlamda, birleşen tarafların işlem ile kazanacağı etkinlik, optimal ayrıştırma için belirleyici ölçüt haline gelmektedir. *Ancak, bu yönde geliştirilen modellerde temel varsayım etkinlik kazanımı konusunda rekabet otoriteleri ve birleşen taraflar arasındaki bilginin simetrik olmasıdır. Bir başka deyişle, rekabet otoritelerini, ya tarafların doğru beyan etmesi ya da tarafların maliyetler gibi normalde özel sayılabilecek bilgilerine erişmiş olması sonucunda etkinlik kazanımının ne düzeyde gerçekleşeceğini biliyor olması gerekmektedir.* Söz konusu ilişkinin ekonomik teoride ne şekilde ele alındığını kavrayabilmek için bu konuda yapılmış belli başlı çalışmalarda geliştirilen modellerin ve bu modeller çerçevesinde yapılan çıkarımların ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Bu konuda incelenebilecek en açıklayıcı modellerden birisi Dargaud'un⁶⁸ çalışmasında geliştirilen modeldir:

- Modelde, bu konudaki genel varsayımlara paralel olarak homojen ürünlerin üretildiği bir pazarda aynı maliyet fonksiyonuna sahip olan ve Cournot koşullarına göre rekabet eden firmaların birleşmesinin fiyat üzerindeki etkisi, bu birleşmenin yaratacağı etkinlik de dikkate alınarak incelenmiştir.
- Rekabet otoritesinin gözettiği amaç doğrudan tüketici refahının (*CS-Consumer Surplus*) korunması olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda birleşmenin yaratacağı

⁶⁸ DARGAUD, E. (2008), "Mergers, remedies and efficiency gains", *GATE University Lyon 2*, <http://congres.afse.fr/docs/775710remedies.pdf>, Erişim Tarihi:11.05.2009.

etkinin sonucunda fiyatın (*p-price*) artmaması ölçüt olarak kabul edilmiştir. Söz konusu ölçütü aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:

$$\Delta p \leq 0 \Leftrightarrow \Delta CS \geq 0$$

- Pazarda (*n*) tane firma faaliyet göstermekte, her firma (*i*) kendi maliyet fonksiyonunu etkileyen belirli düzeyde varlık oranına (*k_i*) sahip bulunmaktadır. Firmaların varlık oranları simetrik biçimde dağılmıştır. Pazarın toplam kapasitesi ise firmaların bu varlıkların -üretim kapasitelerinin- toplamından oluşup, sabit tutulmaktadır:

$$\sum_{i=1}^n k_i = 1, \forall i = 1, \dots, n$$

- Her bir firmanın maliyet fonksiyonu ise aşağıdaki şekilde oluşmaktadır:

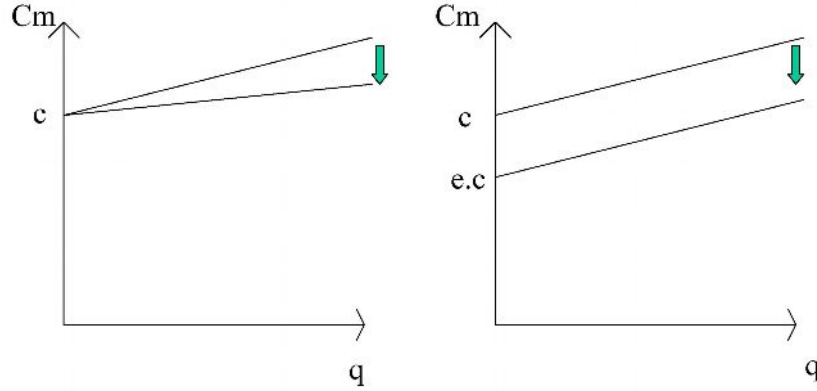
$$C(q_i, k_i) = cq_i + \frac{q_i^2}{2k_i}, \forall i \in [1, n] \quad (0 < c < 1 \text{ ve } 0 < k_i < 1)$$

Bu fonksiyonda, *q_i* firmanın üretim miktarını, *c* ise bu üretim miktarının maliyeti ne ölçüde etkilediğini göstermektedir. Üretim miktarı arttıkça toplam maliyet de artmakta, ancak firmanın varlığının artması bu üretim artışı sonucunda gerçekleşen maliyet artışını azaltmaktadır.

- Firmaların birleşme sonucu kazanacağı etkinlik ise iki kategoriye ayrılmıştır. Birinci kategorideki etkinlik kazanımı, mekanik etkinlik olarak nitelendirilmekte ve birleşmeye taraf olan firmaların sermayelerini bir araya getirmesiyle (*2k_i*) oluşmaktadır. İkinci kategorideki etkinlik ise birleşmeye özgü olarak gerçekleşecek sinerjiden (*e*) kaynaklanan etkinliktir. Sinerji, tipik olarak firmaların teknolojik ve yönetsel kapasitelerinin birbirini tamamlamış olması sonucunda oluşmakta ve doğrudan maliyet fonksiyonunda her durumda düşüşe neden olmaktadır. Kapsam ve ölçek ekonomilerini de bu bağlamda değerlendirilmek mümkündür. Buna göre, firmanın birleşme sonrası *e*, üretim miktarı (*q_m*) ve kapasite oranı/varlık miktarına (*k_m*) bağlı maliyet fonksiyonu aşağıdaki şekilde formülize edilmektedir:

$$C(q_m, k_m) = ecq_m + \frac{q_m^2}{2k_m}, 0 < e < 1 \text{ ve } k_m = 2 \cdot k_i$$

Toplam maliyet fonksiyonuna göre oluşan marjinal maliyet (*C_m*) fonksiyonunu ise aşağıdaki grafiklerle göstermek daha açıklayıcı olacaktır.



İlk grafik, sadece birinci kategorideki etkinlik kazanımı olduğu durumu ifade etmekte ve bu etkinlik sonucu C_m fonksiyonunun sadece eğimi değişmektedir. Bu durumun sözel ifadesi ise birleşme ile gelen varlık artışının neticesinde firmanın üretim düzeyindeki artışın marjinal maliyeti azaltmasıdır. İkinci grafik ise, birleşme sonrası kazanılan sinerjinin firmanın her üretim düzeyinde bir ünite daha üretmek için daha az ek maliyete katlanmasını sağlayacağını göstermektedir.

- Bu veriler ışığında rekabet otoritesi fiyat standardını gözeterek şekilde tedbir uygulanmasına karar verebilmekte ve k_m 'in bir kısmını (k) ayrıştırılmasını talep etmekte ya da firmaların bu yöndeki talebini kabul edebilmektedir. Bu durumda dört senaryo bulunmaktadır:

Tablo-2: Etkinlik Kazanımı ve Ayrıştırma Uygulamasına Yönelik Dört Senaryo

	Birinci kategori (mekanik/statik) etkinlik kazanımı var.	Birinci ve ikinci kategori etkinlik kazanımı (sinerji) var.
Ayrıştırma yok	1. senaryo	2. senaryo
Ayrıştırma	3. senaryo	4. senaryo

Kaynak: Dargaud 2008

- Her bir senaryoda, birleşmenin pazardaki fiyata olan etkisi incelenmekte ve daha sonra ise 3. ve 4. senaryoda söz konusu fiyat standardını korumak için gerekli optimal varlık ayrıştırması düzeyi belirlenmektedir. Ayrıştırma tek bir firmaya ve birden fazla firmaya yapılabilmektedir.

- Bu kapsamda, birleşme sonrasındaki denge probleminin çözümü ertesinde fiyat değişimine ilişkin elde edilen ilk sonuçlar ise aşağıdaki gibidir:
 - 1. Senaryo’da: İkinci kategori etkinliği (sinerji) yaratmayan birleşmeler, ayrıştırma olmadığı durumda üretim miktarını kısıtlayacak ve fiyat artışı ile sonuçlanacaktır.
 - 2. Senaryo’da: İkinci kategori etkinliği yaratmayan birleşmeler, -özellikle bir firmaya ayrıştırma yapıldığı durumda- birleşme öncesi duruma göre fiyat artışına neden olmaktadır.

Bu durumda, birleşmenin, ayrıştırma uygulansın ya da uygulanmasın ikinci kategori (sinerji) etkinliği yaratmadığı durumda fiyat standardını tutturması mümkün gözükmemektedir.

- Her iki kategoride etkinlik yaratan birleşmelerde söz konusu fiyat artışlarını önlemek amacıyla ayrıştırma uygulanıp uygulanmayacağı kararı ise etkinlik kazanımının mı yoksa pazar gücünün mü daha baskın olduğuna göre değişmektedir. Bu bağlamda, öncelikle fiyat standardını tutturmak için hem ayrıştırma yapıldığı hem de yapılmadığı durumdaki gerekli minimum etkinlik düzeyinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu etkinlik düzeyi aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir:

$$p \leq p_{eff}^m \Leftrightarrow e \geq e_1$$

$$p \leq p_{eff+dv}^m \Leftrightarrow e \geq e_2$$

Bu iki unsurun sözel açıklaması ise şu şekilde yapılabilir. Minimum etkinlik düzeyi (e) hem birleşme sonucunda fiyat düşüşünü sağlayacak etkinliktir (e_1), hem de tedbir uygulandığında oluşacak etkinlik düzeyinden (e_2) büyük ya da eşit olmalıdır.

- Söz konusu etkinlik düzeyleri ise firmanın birleşme sonrası elde edeceği varlık miktarına göre değişmektedir. Örneğin, belirli bir varlık düzeyinde gerçekleşecek birleşmeyle birlikte ayrıştırma uygulandıktan sonra oluşan etkinlik, ayrıştırma uygulanmadığı duruma göre yüksek seyrederken, özellikle yüksek varlık düzeylerinde bu ilişki tersine dönmektedir.
- Bu ilişki irdelendikten sonra aşağıdaki sonuçlara varılmaktadır:
 - Yukarıda yer verilen şartları sağlayan minimum etkinlik düzeyi, sadece e_1 ile e_2 nin maksimum değeri arasında kalması durumunda firmanın

ayrıştırma yapması fiyatları düşürmek için gerekli olacaktır⁶⁹. Ayrıca, modelde yer alan varsayımlara ve hesaplamalara uymak kaydıyla firma yeterli etkinlik düzeyini sağlarsa, ayrıştırmanın bu düzeyi sağlayan varlık miktarının en azı oranında gerçekleştirilmesi, fiyat artışı önlemek için yeterlidir.

- Söz konusu varlığın satışı ise tek bir firma yerine pazarda simetrik pazar payını sağlayacak daha çok firmaya yapıldığında ise daha çok fiyat düşüşü sağlanacaktır⁷⁰.

Yukarıda ekonomik altyapısına yönelik ayrıntılarına yer verilen modelde özet olarak ayrıştırmanın miktarı belirlenirken birleşme sonrası kazanılan etkinliğin esas ölçüt olması gerektiği görülmektedir. Modelin ilk önermesi bir birleşmenin taraflar arasında sinerji yaratmadığı ve bu sinerjinin herhangi varlık düzeyinde firmanın üretim maliyetlerini düşürmediği durumlarda (1. ve 2. senaryo), işlem için ayrıştırma uygulansın ya da uygulanmasın fiyat standardının korunmayacağı ve fiyatların yükseleceğidir. İkinci olarak, işlemin sinerji yaratması durumunda ise (3. ve 4. senaryo) maliyetlerde her üretim ve varlık düzeyinde bir düşüş yaşanacak ve bu aşamada ayrıştırma uygulanmasına gerek olup olmayacağı ile ne kadar ayrıştırma yapılacağı doğrudan kazanılan etkinliğin miktarına göre belirlenecektir. Bu konuda firmanın gerekli etkinlik koşulunu sağlaması durumunda ise ayrıştırma minimum miktarda yapılmalıdır. Fazla yapılan ayrıştırma, pazardaki dengeyi bozacağından (örneğin alıcıyı daha güçlü bir konuma geçireceğinden) doğrudan fiyat yükselmesine neden olabilmektedir.

Dargaud⁷¹ tarafından geliştirilen model etkinlik ve optimal ayrıştırma düzeyi hakkında çıkarımlar sunmakta ve etkinliğin ayrıştırma uygularken doğrudan değerlendirmeye alınmasını, amaçlanan fiyat standardını tutturmak için esaslı bir koşul olarak öne sürmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar çalışmada yer almasa da modelin dayandığı temel bir varsayımın, firmanın etkinlik düzeyi hakkındaki beyanının “samimi” olduğu, bir başka ifadeyle işlem sonrasında kazanılacak etkinlik düzeyi konusunda otorite ve firma arasında bir asimetrik bilgi sorununun bulunmadığıdır. Bu varsayımın ise her zaman geçerliliği bulunmamaktadır. Söz konusu bilgi asimetrisi nedeniyle otoriteler her zaman firmaların birleşme sonrası kazanacağı etkinlik konusunda yeterli bilgi sahibi olmamakta ve birleşme işlemleri ile ilgili otoriteye başvururken bu konuda fazla

⁶⁹ Diğer durumlarda ya tedbir uygulanmasına gerek kalmayacak ya da tedbir uygulanması bile fiyatları düşürmek için yeterli olmayacaktır.

⁷⁰ Ancak, bu durumda da firmaların pazar gücü anlamında simetrik yapıda bulunmasının rekabet karşıtı işbirliği içerisine girmelerini kolaylaştırabileceği de unutulmamalıdır.

⁷¹ Dargaud 2008

iyimser bir tavır sergileyebilmektedirler⁷². Bu bakımdan, asimetrik bilgi durumunda optimal tedbir düzeyinin tespit edilmesi daha da zorlaşmaktadır. Söz konusu durumda ise öncelikle otoritenin gerçek etkinlik kazanımını tespit etmesi ve daha sonra optimal tedbir düzeyini seçmesi gerekmektedir. Tam bu konuda geliştirilen ekonomik teori ise firmaların gerçek etkinlik kazanımlarını göstermeleri konusunda yine tedbirlerin -özellikle ayrıştırmanın- bir izleme mekanizması olarak kullanılabilmesi üzerine yoğunlaşmıştır. Teoride yer alan bu önerme tedbirler ve etkinlik arasındaki ilişkinin ilgi çekici bir diğer kısmını oluşturmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu ilişkiyi irdeleyen modellerin de ele alınması gerekmektedir.

Bu noktada, Gonzalez'in⁷³ "iyi" ve "kötü" yoğunlaşmaları birbirinden ayırt etmek amacıyla ayrıştırmayı bir tür sinyal olarak değerlendirdiği çalışma önemlidir. Yazar bu çalışmada;

- iki teşebbüsün⁷⁴ iki ayrı pazarda - Pazar A ve Pazar B- birleşeceğini,
- rekabet otoritesinin Pazar A'daki işleme etkinlik savunmasını dikkate alarak izin vereceğini fakat Pazar B'deki işleme izin vermeyeceğini

varsaymaktadır.

Bu varsayımların ardından modelde getirilen ön kabullere ise aşağıda yer verilmektedir:

- İşlem öncesinde marjinal maliyeti c olan birleşen firmaların işlem sonrasındaki marjinal maliyeti $C_m = c - e$ olacaktır.
- Rekabet otoritesi, $e \geq e^*$ (λ) olan birleşmeyi onaylamaktadır. Bir başka ifadeyle, birleşen tarafların bir pazarda kazanacağı etkinlik, tarafların pazar gücüne bağlı olarak belirli bir etkinlik düzeyinin üstünde gerçekleşirse o birleşmeye izin verilmektedir.
- Pazar B'de ayrıştırma tedbirinin uygulanması durumunda alıcı mevcut teknoloji ile faaliyet göstermeye devam edeceğinden alıcının marjinal maliyeti (c) olarak devam edecektir.

⁷² Gonzalez 2003, s.3.

⁷³ Gonzalez 2003

⁷⁴ Her iki teşebbüsün de homojen ürünler sattığı, talep fonksiyonunun $D(p, \lambda)$ şeklinde olduğu ve Cournot modelinin geçerli olduğu varsayılmaktadır. Söz konusu fonksiyonda p ürünün fiyatını, λ ise pazar gücünü veya bunun bir göstergesi olarak talebin esnekliğinin tersini ifade etmektedir. Talep esnekliğinin az olması firmanın o pazarda pazar gücü yaratabileceğinin bir göstergesi olarak algılanmaktadır.

- Fakat alıcı pazarda faaliyet gösterebilmek için giriş maliyeti (engeli) ya da batık maliyet olarak kabul edilebilecek sabit bir miktarı (F) ödemek durumunda kalacaktır.
- Taahhüt sonrası devralma taraflarının ve ayrıştırılan birimin rekabet etmek için eşit koşullarda olduğu ve dolayısıyla taahhüt sonrası tüketici fazlasının değişmediği varsayılmaktadır. Devralma tarafları, ayrıştırma işleminden elde ettiği kazanımı ençoklaştırmak için giriş maliyetini en az olan (F_{min}) firmaya satış yapmak isteyecektir.

Bu durumda Pazar A'daki yoğunlaşma ve Pazar B'deki ayrıştırma sonrası birleşen tarafın her iki pazardan elde ettiği net fayda fonksiyonu şu şekilde yazılabilir:

$$U_N = U(e, \lambda_A) + P - \pi^D(\lambda_B)$$

Söz konusu fayda fonksiyonunda,

- e = yoğunlaşmadan kaynaklanan etkinlik kazanımını,
- λ = Pazar gücünü,
- P = ayrıştırılan varlıkların satış fiyatını,
- π^D = düopol karımı

ifade etmektedir.

Yoğunlaşma işlemi taraflarının ayrıştırılacak varlıkların alıcısını belirleyebilmesi durumunda ise net fayda fonksiyonu aşağıdaki şekle dönüşecektir:

$$U_N = U(\theta, e_A) - F - Z$$

Yukarıdaki denklemden de görülebileceği üzere, işlemden sonra ortaya çıkan net fayda denkleminin sadece ilk bölümü ($U(\theta, e_A)$), yoğunlaşma işlemi sonrası gerçekleşmesi muhtemel etkinliğe bağlıdır. Dolayısıyla, ayrıştırmanın kabul edilmesi rekabet otoritesine $U(\theta, e_A) > F_{min}$ olduğuna, bir başka deyişle teşebbüsün işlem sonrası kazanacağı etkinliğin pazarın daha rekabetçi bir yapıya sahip olması için katlanacağı maliyetin üzerinde olduğuna ilişkin bir sinyal işlevi görebilecektir. Bu bağlamda, rekabet otoritesi ayrıştırmayı “iyi” ve “kötü” yoğunlaşmalar arasında bir ayırım yapmak için kullanabilecektir. Gonzalez'e göre bu tür bir ayırım en ideal seçenek olmamakla birlikte, özellikle rekabet otoritesinin getirilen etkinlik savunmalarına ilişkin ciddi tereddütlerinin olduğu veya müdahaleden hatalı kaçınma riskinin bulunduğu durumlarda otoritenin ortada herhangi bir veri olmaksızın sadece öngörülerini doğrultusunda hareket etmesinden daha iyi bir çözüm yoludur.

Otoriteler ve yoğunlaşan taraflar arasında oluşan asimetrik bilgi durumu ve bu durumun etkinlik değerlendirmesi ve tedbir seçiminde ortaya çıkardığı sorunların çözümüne yönelik yapılan bir diğer çalışma Cosnita ve Tropeano⁷⁵ tarafından gerçekleştirilmiştir⁷⁶. Gonzalez⁷⁷ ve Dargaud'dan⁷⁸ farklı olarak yazarlar etkinlik kazanımı ile birleşmenin otoriteye kabul edilmesi için ayrıştırılması gereken varlığın miktarı arasındaki ilişkinin ortaya konulması amacıyla geliştirdikleri modeli simetrik ve asimetrik bilgi durumuna göre iki aşamada ele almışlardır. Yazarlar öncelikle, işlem taraflarının birleşme sonrasındaki etkinlik kazanımı konusunda rekabet otoritesinin tam bilgiye sahip olduğu durumdaki optimal ayrıştırma düzeyi üzerinde çalışmışlar, daha sonra bu çalışmalarını asimetrik enformasyon durumu için modifiye etmişlerdir.

- Çalışmada incelenen model, ayrıntılarına yukarıda yer verilen modellerde de açıklanan yoğunlaşmanın ve tedbirlerin değerlendirilmesi süreci sistematik bir şekilde, eşit düzeyde üretim kapasitesine sahip üç ($i=1, 2$ ve 3) firmalı ve doğrusal talep fonksiyonunun olduğu bir ekonomide, yoğunlaşma tarafları, otorite ve ayrıştırmaya konu varlığın alıcısı arasında aşamalı şekilde oynanan bir oyun şeklinde dizayn edilmiştir. Bu oyun ise aşağıdaki aşamaları içermektedir:
 - Birinci aşamada birleşen (birinci ve ikinci) firmalar kendi etkinlik kazanımları (e) hakkında bilgi sahibi olacaklar ve otoriteye işlem için başvuruda bulunacaklardır. Simetrik bilgi durumunda bu etkinlik kazanımı parametresi rekabet otoritesi ve alıcı (üçüncü firma/rakip) tarafından da bilinecektir.
 - İkinci aşamada, otorite birleşmenin olası sonuçlarını kendi belirlediği standartlara ve hukuki düzenlemelere göre değerlendirecek ve ayrıştırma (k) önerecek, birleşen firmalar tarafından önerilmişse bunu dikkate alacak, önerilmemişse işlemi reddedebilecektir.
 - Üçüncü aşamada, birleşen firma ayrıştırmayı kabul ya da reddedecektir. Kabul etmesi durumunda ayrıştırılacak varlık üçüncü şahsa sunulacaktır.
 - Dördüncü aşamada, üçüncü şahıs bu teklifi kabul ya da reddedecektir.
 - Teklifin üçüncü şahıs tarafından kabul edilmesine bağlı olarak varlık transferini de göz önüne alacak şekilde firmalar Cournot oyununa göre rekabet edecekler ve pazarda Cournot miktarı (birleşen taraflar için: q_m ve

⁷⁵ Cosnita ve Tropeano 2006

⁷⁶ Yazarların 2005 yılında gerçekleştirdiği çalışma 2009'da güncellenmiş haliyle International Journal of Industrial Organization (Elsevier, Vol. 27(2))'de yayımlanmıştır.

⁷⁷ Gonzalez 2003

⁷⁸ Dargaud 2008

alıcı/rakip için: q_r) ve fiyat dengesi gerçekleşecektir. Teklifin reddedilmesi durumunda ise birleşme gerçekleşmeyecektir⁷⁹.

- Bu aşamalarda, sırası geldikçe yoğunlaşma tarafları, alıcı ve rekabet otoritesi kendi kontrolü altında bulunan ve işlemle amaçladığı unsurun fonksiyonunu ençoklaştırmak isteyecektir. Bu işlemdeki kısıtlar, marjinal maliyetin işlem sonrası etkinlik miktarı parametresi kadar azalacağı; varlık transferinin en az sıfıra eşit olacağı; yoğunlaşan firmanın üretim kapasitesinin, işleme taraf firmaların ayrı ayrı kapasite toplamından ayrıştırılmış varlık miktarının çıkarılmasıyla sınırlanacağı ve benzer şekilde, alıcının ise üretim miktarının kendi kapasitesi ile alışını yaptığı ayrıştırılmış varlığın toplamı ile sınırlandırılacağıdır.

Bu kısıtların matematiksel ifadesi aşağıdaki gibidir:

$$C_m = c - e$$

$$k \geq 0$$

$$q_m \leq k_1 + k_2 - k$$

$$q_o \leq k_3 + k$$

Bu kısıtlara göre,

- Yoğunlaşma tarafları, işlem sonrası etkinliğe ve alıcıya yapacakları varlık transferine göre kar fonksiyonunu ($\Pi_m(k; e)$),
- Alıcı işlem sonrası etkinliğe ve kendisine yapılacak varlık transferine göre kar fonksiyonunu ($\Pi_r(k; e)$),

ençoklaştırmayı amaçlamaktadır.

Rekabet otoritesinin dikkate aldığı standart ise tüketici refahının birleşme sonrasında düşmemesi kaydıyla toplumsal refah standardıdır. Ancak, otoritenin gözetmesi gereken iki kısıt daha bulunmaktadır. Bunlar hem alıcının hem de yoğunlaşan tarafların ayrıştırmaya konu varlığın satışa sunulduğu (P) fiyat üzerinde uzlaşmaya varmış olmaları, bir başka ifadeyle işlem gerçekleştikten sonra “karlı çıkmalarıdır” (veya en az yoğunlaşma öncesi karlılıklarını (II) korumalarıdır). Bu bakımdan, otoritenin kararı aşağıdaki gibi şekillenmektedir:

⁷⁹ Son iki aşama esas olarak, uygulamada da görüldüğü şekliyle birleşen taraflar, ayrıştırılan varlığın alıcısı ve rekabet otoritesi arasında yürütülen müzakere sürecini betimlemektedir. Söz konusu sürecin yürümemesi ya bir denetçi uzman atanmasıyla ya da birleşme işleminin iptal olmasıyla sonuçlanmaktadır (Cosnita ve Tropeano 2006, s.11).

$$\text{Max } W(k; e)$$

$$CS(k; e) = CS_0$$

$$\text{Kısıtlar } \left\{ \begin{array}{l} \Pi_M(k; e) + P \geq 2\Pi \\ \Pi_r(k; e) - \Pi = P \end{array} \right.$$

$$\Pi_r(k; e) - \Pi = P$$

- Söz konusu ençoklaştırma işlemlerinin çözülmesi ise temel olarak, *yeterli düzeydeki etkinlik elde edildiği takdirde* hem yoğunlaşma taraflarının hem de alıcının tam kapasite çalışmasını (üretimde kısıtlamaya gitmeden) sağlayacak en az ayrıştırma miktarını vermektedir. Üretimde kısıtlamaya gitmemeleri fiyat standardının korunması anlamına gelecektir. Fiyatı sabit tutmak için gerekli bir ayrıştırma miktarı bulunmadığı durumda ise yoğunlaşma reddedilecektir. Söz konusu çözümden ise üç temel sonuç çıkmaktadır:
 - Rekabetçi endişelere neden olan, ancak yeterli maliyet avantajı sağlamayan bütün yoğunlaşmalar reddedilmelidir.
 - Otoritenin bir üstteki sonuca göre karar vereceğini bilen firmalar, sadece bu etkinlik ölçütü sağlandığı durumda başvuruda bulunacaklar, firmaların başvuruları da kabul edilecektir. Bu durum, kendi kendine seçim (*self selection*) mekanizmasını çalıştıracaktır.
 - Daha etkin yoğunlaşmalar sonucunda firmalar kar ençoklaştırması gereği daha fazla kapasite kullanacaklar atıl kapasite az olduğu için fiyat yükselmesi sınırlı kalacaktır. Az etkinlik yaratan yoğunlaşmalar için firmaları tam kapasitede çalıştırmak ve fiyatı sabit tutmak için daha fazla varlık transferi gerekecektir.
- Çalışmada model ikinci olarak, asimetrik bilgi durumuna göre modifiye edilmiştir. Bu durumdaki modelde oynanan oyun aşamalarında kısmi farklılıklar bulunmaktadır.
 - Öncelikle, birinci aşamada firmanın kazanacağı etkinlik özel bilgi sayılmakta ve firmanın bu bilgiyi doğru bir şekilde rekabet otoritesi ile paylaşması sadece olasılık dâhilinde gerçekleşmektedir.
 - İkinci aşamada ise buna karşılık rekabet otoritesinin yoğunlaşma taraflarına önereceği varlık satışı anlaşması, ayrıştırma miktarı (k) ve satış fiyatını (P) içerecektir. Bu anlaşmalar, otoritenin yoğunlaşmanın yaratacağı etkinlik düzeyini firmaların doğru bir şekilde beyan etmelerini sağlayacak şekilde az miktarda varlık transferi ve düşük fiyat ile çok miktarda varlık transferi ve yüksek fiyat olarak farklı seçenekleri içerebilmektedir. Rekabet otoritesi, bu yönde bir ikilem yaratarak firmaların her zaman düşük varlık transferi istemelerinin önüne de geçmiş

olacaktır. Söz konusu koşulun diğer modellerdeki önermelerden en önemli farkı rekabet otoritesinin ayrıştırmanın yanı sıra ayrıştırmaya konu varlığın satış fiyatına da doğrudan müdahale etmesidir.

- Söz konusu modelin getirilen yeni koşullar doğrultusunda çözümü ise aşağıdaki sonuçları vermektedir:
 - Daha etkin yoğunlaşmalar, işlemin taraflarının daha düşük varlık miktarını ve daha düşük fiyatı içeren ayrıştırma önerisini kabul etmektedir. Firmaların bu koşulu kabul etmeleri, işlem sonrasında yüksek düzeyde etkinlik yakalayacaklarının bir sinyali olarak algılanmalıdır. Az etkinlik içeren yoğunlaşmalar ise daha fazla varlık transferini daha fazla fiyata kabul edeceklerdir. Bunun nedeni çok açık bir şekilde, az etkin firmaların atıl kapasitesinin bulunması ve zaten kullanmadığı bu kapasiteyi ayrıştırma ile en fazla düzeyde kendilerinden uzaklaştırmak amacıyla yüksek fiyatı tercih edecek olmasıdır. Bu bakımdan, satış fiyatı yoğunlaşmaların etkinliğinin izlenmesi hakkında doğrudan bir fikir sahibi olunmasını sağlayacaktır.
 - İkinci olarak, yoğunlaşan tarafların alıcıya para ya da varlık şeklinde olabilecek bir birleşme lisansı ödemesi gibi bir yöntem uygulandığında, bir üstteki sonuca bağlantılı bir şekilde az etkin firmalar, bu ödemeyi varlık transferi şeklinde, çok etkin firmaların ise ödemeyi para transferi şeklinde yapacaklardır⁸⁰.

4.2.3. Modellerdeki Çıkarımlar Doğrultusunda Genel Değerlendirme

Yoğunlaşmalardaki etkinlik kazanımı ile tedbirler arasındaki ilişki esas olarak, yoğunlaşan tarafların varlıklarının bir kısmının pazardaki mevcut veya potansiyel rakiplere satılması şeklinde gerçekleşen ayrıştırma tedbirinde ortaya çıkmakta ve literatürde bu kapsamda irdelenmektedir. Bu durumun en açık nedeni, ayrıştırmanın doğrudan firmanın üretim kapasitesi üzerinde olumsuz etkisinin olması ve bunun da kapasite birleşiminin yaratacağı maliyet avantajlarından ve sinerji gibi daha dinamik etkinliklerin bir kısmından birleşen tarafları doğrudan mahrum bırakabilecek olmasıdır. Bu bakımdan, rekabet otoritelerinin yanlış

⁸⁰ Çalışmada, bu sonuca ulaşılırken otoritenin satış fiyatını belirlemesinin, rekabet otoritelerinin yoğunlaşmalar söz konusu olduğunda düzenleyici kurum statüsüne büründüğü ve fazla müdahaleci olduğu yönündeki eleştirileri daha artıracak da dikkate alınmıştır. Ancak, yazarların bu konuda getirdiği savunma ise ilk olarak zaten ilgili kanuni düzenlemelerle rekabet otoritelerine yoğunlaşmalarda müdahale yetkisi verilerek kısmen düzenleyici kurum rolünün biçildiği; varlığın fiyatının kontrolünün diğer sektör spesifik düzenlemelere göre daha fazla rekabetçi nitelik taşıyan bir alan olduğu ve üçüncü olarak, para transferinin varlığın transfer edilmesinden daha az müdahaleci bir yaklaşım olduğu yönündedir.

müdahale sonucu uygulayacağı tedbir, pazarda amaçlanan ve etkinliklerle de kazanılabilecek olan refah standardının korunmasını daha da riskli hale getirecektir. Söz konusu gerekçelerle, bu yönde geliştirilen teori ve kurulan modeller genellikle ayrıştırma ve etkinlik arasındaki ilişkiyi ekonomik olarak ortaya koymaya yoğunlaşmıştır. Bu ilişki çalışmada iki aşamalı olarak ele alınmış ve bu konuda geliştirilen bazı ekonomik modeller ışığında çeşitli çıkarımlarda bulunulmuştur.

Söz konusu modellerden çıkartılan temel sonuçları ise aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:

- Ancak belirli etkinlik düzeyini sağlayan yoğunlaşmalar için uygulanacak ayrıştırma, fiyat standardını korumaya yardımcı olmaktadır. Sistem dâhilinde hesaplanan bu minimum etkinlik düzeyini yakalayamayan yoğunlaşmalar ise ayrıştırma koşulu getirilse bile pazarda rekabet karşıtı etki doğurmakta, bir başka ifadeyle pazar gücü yaratmakta ve bu da fiyatları yükselterek tüketici refahını olumsuz etkilemektedir.
- Söz konusu etkinlik düzeyinin sağlandığı durumda ise yine fiyat standardını korumak için ayrıştırma tedbiri mümkün olan en düşük düzeyde uygulanmalıdır. Aşırı ayrıştırma, özellikle ayrıştırmaya konu varlık pazara yeni giriş yapana değil de pazarda faaliyet gösteren bir rakibe satıldığında-pazardaki dengeleri bozabileceği için amaçlananın aksine bir etki doğurabilecektir.
- Bununla birlikte, etkinlik düzeyi her zaman alıcı ve otorite tarafından bilinmemektedir. Firmalar yoğunlaşma ile sağlanacak etkinlik düzeyi hakkında otoriteye olduğundan fazla “iyimser” bir beyanda bulunarak en az düzeyde bir ayrıştırma ile işlemin kabul edilmesini otoriteden talep edebilmektedirler.
- Bu sorunun çözümü olarak, asimetrik bilgiye göre tasarlanan modellerin ise bu bağlamdaki çıkarımı, otoritenin ayrıştırma önerisi getirmesinin ve hatta ayrıştırılacak varlık düzeyine göre seçenekli satış fiyatları önermesinin, firmaların etkinliklerini dürüstçe göstermeleri konusunda bir sinyal/izleme mekanizması olarak kullanılabileceği yönündedir.

Söz konusu modellerin teoriye ve bu bağlamda geliştirilen çeşitli varsayımlara dayandığı hususu, tedbirler ve etkinlik arasındaki ilişkiyi açıklama konusunda bir eleştiri olarak getirilebilecektir. Bu eleştiriye kısmen katılmakla birlikte, modellerde yer alan varsayımların gerçek pazarın işleyişinden çok da uzak olmadığı, bazı konularda tamamıyla gerçek pazar şartlarıyla örtüştüğü göz önüne alındığında, bu çerçevede yapılan çıkarımların temel düzeyde de olsa otoritelerin yürürlüğe koyacakları veya koydukları düzenlemelere ve bu

düzenlemelere dayanarak verecekleri kararlara ışık tutacağı da net bir şekilde ifade edilmelidir.

5. SONUÇ

Yoğunlaşma işlemi neticesinde gerçekleşmesi muhtemel etkinlik kazanımlarının işleme izin verilmesi sürecinde rekabet otoriteleri tarafından ne ölçüde dikkate alınacağı çoğu zaman tartışmalı bir konu olmuştur. Konuya yönelik tartışmaların temelinde ise genellikle rekabet otoritelerinin gerek yoğunlaşma işleminin gerçekleşeceği sektöre, gerekse de yoğunlaşma işleminin asıl sebebine ilişkin bilgilerinin işlem taraflarına nazaran daha sınırlı olmasından kaynaklanan bilgi asimetrisi sorunu yatmaktadır. Rekabet otoriteleri pazarın yapısını izlemeye yönelik olarak çeşitli birimler oluşturmak yahut yoğunlaşma işlemlerini değerlendirirken işleme izin verilmesi veya işlemin onaylanmamasından oluşan iki uçlu bir denetim anlayışı yerine, giderek artan bir şekilde tedbir mekanizmalarının uygulanması tercih etmeye başlamışlardır. Yoğunlaşma değerlendirmelerinde etkinliğin göz önüne alınması aşamasında karşılaşılan sorunlar benzer şekilde tedbir mekanizmalarının uygulanması sürecinde de yaşanmakta ve bu noktada otoriteler müdahaleden kaçınma veya hatalı müdahale riski ile karşılaşabilmektedirler. Pazarda yoğunlaşma sonucu oluşabilecek rekabetçi endişeleri gidermek amacıyla uygulanan tedbirlerin yukarıdaki bölümlerde yer verilen gerekçelerle gereğinden fazla ya da gereğinden az uygulanması, özellikle etkinlik üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecektir. Bir başka deyişle, yoğunlaşma sonrasında kazanılabilecek etkinliğin tüketicilere geçmesi engellenmiş olacaktır. Dolayısıyla, yoğunlaşma analizi için yapılan etkinlik değerlendirmesinin tedbir mekanizmaları bağlamında da gerçekleştirilmesi istenilen sonuçlara ulaşılması için esaslı bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda, öncelikle etkinlik ve tedbirler arasındaki ilişkiyi ortaya koyan modeller ışığında çıkarımlarda bulunulmuştur. Türk rekabet hukukunda tedbirlere ilişkin hâlihazırda açık bir düzenlemenin bulunmadığı da dikkate alınarak yukarıda yer verilen çıkarımların, önümüzdeki dönemde yapılacak çalışmalara yol gösterici nitelikte olabileceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, US DOJ Antitrust Division, October 2004

ARITÜRK R.Ö. (2008), *Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Ankara

CETORELLI, N. (1999), “Competitive analysis in banking: appraisal of the methodologies”, *Economic Perspectives*, Federal Reserve Bank of Chicago, March 22, 1999

COSNITA, A. ve J.P. TROPEANO (2009), “Negotiating Remedies: revealing the merger efficiency gains”, *International Journal of Industrial Organization*, Elsevier, Vol. 27(2), s. 188-196

COSNITA, A. ve J.P. TROPEANO (2008), Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An Optimal Merger Control Analysis, <http://economix.u-paris10.fr/docs/713/soumission-JIE.pdf>, Erişim Tarihi: 11.5.2009

COSNITA, A. ve J.P. TROPEANO (2006), “Negotiating Remedies: revealing the merger efficiency gains”, EUREQua, Centre d’Economie de la Sorbonne-University Paris 1 <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/19/49/06/PDF/V05047.pdf>, Erişim Tarihi: 11.5.2009

CHRISTIANSEN, A. (2000), “Regulation and EU Merger Control in the liberalised electricity sector” Philipps-University of Marburg, <http://ssrn.com/abstract=870551>, Erişim Tarihi: 11.5.2009

ÇEKİNMEZ, B. (2007), “Birleşme Devralmalar: Rekabet Kurulu’nun Verdiği Şartlı İzinlerde Şartın Hukuki Niteliği ve Bu Konudaki Belirsizlikler”, *Rekabet Derneği Dergisi*, 37. Sayısı

DARGAUD, E. (2008), “Mergers, remedies and efficiency gains”, *GATE University Lyon 2*, <http://congres.afse.fr/docs/775710remedies.pdf>, Erişim Tarihi: 11.5.2009

DAVIES, S. ve M. OLCZAK (2008), “Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?”, *Centre for Competition Policy, University of East Anglia, CCP Working Paper 08-28*

DUSO, T., K.P. GUGLER ve B.B.YURTOĞLU (2005), "EU Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment", *WZB, Markets and Politics Working Paper No. SP II 2005 – 16*

FARRELL, J. (2003,) "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems", F. Lvque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, 2003, s.95-105

GONZALEZ, A. (2003), "Divestitures and the Screening of Efficiency Gains in Merger Control", mimeo GREMAQ
<http://www.economia.puc.cl/seminarios/SECHI/cursos/AGonzalez-MergerI.pdf>,
Erişim Tarihi: 11.5.2009

HEYER, K. (2005), "A World of Uncertainty:Economics and Globalization of Antitrust" *Antitrust Law Journal*, Vol. 72 , s. 375-422

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

LEARY, T.B. (2003), "The Essential Stability of Merger Policy in United States" F. Lvque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, s.13-47

MEDVEDEV, A. (2004), "Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework", *University of East Anglia., CCP Working Paper No. 07-16*, <http://ssrn.com/abstract=841225> ,Erişim Tarihi: 11.5.2009

Merger Remedies Study, DG Comp European Commission, October 2005

MOTTA, M. (2004), *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press

MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2003). "Merger remedies in the European Union: and overview", F. Lvque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law* , Edward Elgar, s.106-128

NEVEN D. ve L.H. RÖLLER (2000). "Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control", *WZB discussion paper FS IV 00-15*

NEVEN , D. N., R. NUTTALL ve P. SEABRIGHT (1993), *Merger in the Daylight*, London CEPR

OECD (2007), "Private Remedies", Policy Roundtables, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/62/39892177.pdf>, Erişim Tarihi: 11.5.2009

PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The merger remedies study– In divestiture we trust?” *European Competition Law Review*, 8, s. 443-454

PERRY, M. ve R. H. PORTER (1985), “Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger”, *American Economic Review*, Vol. 75(1), s. 219-227

RÖLLER L.H., J. STENNEK ve V. FRANK (2006), “Efficiency gains from mergers”, F Ilzkovitz, R. Meiklejohn ve Commission of the European Communities (der.), *The Efficiency Defence and the European System of Merger Control*, Edward Elgar, s. 84-201

SCHERER, F.M. (1991), Comment, *Brookings Papers in Economic Activity* 16

SNELDERS, R. ve S. GENEVAZ (2007), “Merger Efficiencies and Remedies”, *IGLC To: Merger Control 2007*, ch.2

SHELANSKI, H.A. ve G. SIDAK (2000), “Antitrust Divestiture in Network Industries”, *Antitrust Divestiture in Network Industries* Vol: 68, s.95-197

ULU, H. (2004), *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları Ve Koşullu İzin*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara

VASCONCELOS, H. (2007), “Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control”, *CEPR Discussion Paper No. DP6093*, <http://ssrn.com/abstract=1132230>, Erişim Tarihi:11.5.2009

VICKERS, J. (2005), “Abuse of Market Power ”, *The Economic Journal*, F244-F261, 115

WILLIAMSON O. E. (1968), Economies as An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, *American Economic Review*, Vol. 58(1)

Düzenlemeler

ABD

U.S. Dept. of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of The Sherman Act (Sept. 8, 2008),

http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/sfchearing.htm,

Erişim Tarihi:11.5.2009

Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U.S. Department of Justice Antitrust Division, October 2004,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>, Erişim Tarihi:11.5.2009

1992 Horizontal Merger Guidelines, FTC ve DOJ (rev. 1997)

<http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11251.htm>, ve

<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>, Erişim Tarihi:11.5.2009

Council Regulation (EC) No 4064/89 OF 21 December 1989 on control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989, OJ L 180

Council Regulation (EC) No 139/2004 OF 20 January 2004 on control of concentrations between undertakings, OJ L 24/1

Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation 4064/89, OJ 2001 C 68/3

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings Official Journal C 31, 05.02.2004

**AT KOMİSYONU'NUN YOĞUNLAŞMALARLA İLGİLİ
YENİ TEDBİR DUYURUSU İŞİĞİNDE
TÜRKİYE AÇISINDAN ÇIKARIMLAR**

*INFERENCES FOR TURKEY IN THE LIGHT OF NEW EC
COMMISSION NOTICE ON REMEDIES*

Orçun SENYÜCEL*

Öz

Bu çalışmanın iki amacı bulunmaktadır. Öncelikle, AB Komisyonu'nun yoğunlaşma işlemlerine yönelik yeni tedbir duyurusunun ele alınması hedeflenmiştir. İkinci ve asıl amaç ise, Rekabet Kurulu kararlarının yeni Komisyon duyurusu, Komisyon ve AB mahkemeleri kararları göz önüne alınarak irdelenmesidir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu kararları eleştirilmiş ve atılması gereken adımlarla ilgili tavsiyelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *AB Tedbir Duyurusu, tedbir, yoğunlaşma, taahhüt, şart*

Abstract

The objective of this paper is twofold. First, this paper aims to analyze recent Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004. Second and the ultimate objective is to scrutinize Turkish Competition Authority decisions on remedies in consideration of new Notice, Commission and European Courts decisions. In this context, Turkish Competition Authority decisions are criticized and the steps that should be taken are recommended.

Key Words: *EC Remedies Notice, remedy, concentration, commitment, condition*

* Uzman, Rekabet Kurumu. Bu çalışmadaki görüşler yazara ait olup, Rekabet Kurumu'nun resmi görüşünü yansıtmaz.

GİRİŞ

Küreselleşmenin etkisiyle giderek artan sayıda büyük şirket evlilikleri, rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemlerini daha detaylı ve dikkatli şekilde ele almalarını zorunlu hale getirmiştir. Ancak bu detaylı inceleme, sadece olası rekabetçi endişeleri saptamakla kalmamakta, bu endişelerin varlığı halinde bunların nasıl ortadan kaldırılabileceğini de kapsamaktadır. Söz konusu endişeleri gidermeye yönelik yoğunlaşma işlemi taraflarınca teklif edilen taahhütler çerçevesinde incelenen devralma ya da birleşmeye izin verilebilmektedir.

Avrupa Toplulukları Komisyonu (Komisyon), çok yakın bir tarihte teşebbüslerce verilecek taahhütleri ve tedbir kararlarının yapısını detaylı olarak ele alan Tedbir Duyuru'sunu¹ (Duyuru) yayımlamıştır. Duyuru yakın tarihli (Ekim 2008) yayımlandığı için, bu konuda Türkçe bir makale bildiğimiz kadarıyla olmadığı gibi,² yabancı kaynaklarda da akademik bir çalışmaya bu Tebliğ'in hazırlandığı zaman (Nisan 2009) itibarıyla rastlanmamıştır. Özellikle yabancı yayınlardaki bu eksikliğin bir diğer önemli nedeninin ise, Duyuru'nun uygulamada büyük bir değişiklik içermemesi olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda bu çalışmanın bir amacı Komisyon'un yeni Duyurusu'nu ele almak, diğer ve daha önemli amacı ise, bu Duyuru ile Komisyon ve Avrupa mahkemeleri kararları ışığında Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarını irdelemek ve politika önerilerinde bulunmaktır.

Bu çerçevede önce bu konuda Avrupa Topluluğu'ndaki tarihi arka plan ele alınarak, son yıllarda taahhüt mekanizmasının giderek artan önemi ile Komisyon'un hangi aşamalardan sonra Duyuru'yu yayımladığı ve bunun genel olarak ne gibi değişiklikleri içerdiği ele alınmıştır. Ardından Duyuru ve mahkeme kararları çerçevesinde taahhütler açısından genel prensipler ve sonrasında tedbirlerin yapısı ve uygulanması irdelenmiştir. Son bölümde ise, Kurul kararları incelenmiş ve Türkiye açısından nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine yönelik çıkarımlarda bulunulmuştur.

¹ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 [2008] OJ C 267/01

² Doğrudan Duyuru'yu ele almasa da, genel anlamda taahhüt mekanizmasını ele alan yakın tarihli bir tebliğ bulunmaktadır (bkz. GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS (2009), "Yoğunlaşmaların kontrolünde taahhüt ve koşullu izin yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, Yayımlanmamış Tebliğ).

1. TARİHİ ARKA PLAN

Temeli 1951 yılındaki Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran Paris Anlaşması'na dayanan,³ ancak Komisyon'un uzun mücadelesi sonucunda 4064/89 sayılı Tüzüğü⁴ 1990 yılında yürürlüğe girmesiyle⁵ birlikte yoğunlaşmaların kontrolünün başladığı Avrupa Topluluğu uygulamasında, söz konusu Tüzüğü 8(2). maddesi kapsamında taahhütler kabul edilmeye başlamıştır. Komisyon, taahhütler yoluyla yoğunlaşma işlemlerinde yapılacak değişikliklere yönelik yol göstermek amacıyla, o güne kadar edindiği tecrübeleri ışığında, 21 Aralık 2000'de Tedbir Duyurusu'nu⁶ (eski Duyuru) yayımlamıştır. Bu konudaki yaklaşımın daha da tutarlı hale getirilmesi amacıyla Nisan 2001'de tedbirlerin uygulanmasına ve kabulüne yönelik tavsiyede bulunacak uygulama birimi (*enforcement unit*) oluşturulmuştur. Komisyon 2003 yılında yoğunlaşma işlemleri kapsamında verilecek olan taahhütlere⁷ ve kayyım⁸ vekâletine⁹ yönelik örnek metinler ile En İyi Uygulamalar Rehberi'ni¹⁰ yayımlamıştır. Ardından 2005 yılında, 1996 ile 2000 yılları arasında alınan toplam 96 tedbir kararını ele alan Birleşme Tedbirleri Çalışması'ni¹¹ yayımlayarak geçmişteki tedbir kararlarının

³ Paris Anlaşması'nın 66. maddesi, demir ve çelik üretimindeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği yoğunlaşma işlemlerinde Komisyon'un onayını gerektirmektedir.

⁴ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L 257/90

⁵ 4064/89 sayılı Tüzük, 25.madde

⁶ Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 [2001] OJ C 68/3, prg.2.

⁷ 'Commitments to the European Commission', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>

⁸ İngilizce *trustee* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Kurul kararlarında (16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı *Promatech/Sulzer* kararı, 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı *Lufthansa/Güneş Express Havacılık* kararı) yediemin ya da kayyım kelimesini (18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı *MTW/Enodis* kararı) kullanmaktadır. Gürzumar ise, mutemet olarak çevirmiştir (GÜRZUMAR, O. (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin, s. 134). Genelde kayyım kelimesi tercih edildiğinden, (bkz. ULU, H. (2004), "Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara; AKSOY, N., H. BOLATOĞLU, Ş. YAVUZ (2006), "Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Dergisi, Sayı: 25) çalışmada da bu kelime kullanılmıştır.

⁹ 'Trustee Mandate', http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf

¹⁰ Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

¹¹ Birleşme Tedbirleri Çalışması (*Merger Remedies Study*), http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

etkinliğini irdelemiştir.¹² Söz konusu çalışma Avrupa Birliği (AB) rekabet komisyoneri Neelie Kroes tarafından da belirtildiği gibi, yoğunlaşma tedbirlerinde Komisyon'un gelecekteki kararlarını etkileyecek nitelikte olmasından dolayı oldukça önemlidir. Kroes'in çalışma kapsamında, "potansiyel olarak yetersiz tedbirlerin riskini müşteriler değil, birleşen teşebbüsler üstüne almalıdır" ifadesinin yer aldığı basın açıklaması¹³ Komisyon'un –daha sonra açıklanacak olan- ispat yükü ve ispat seviyesine yaklaşımını göstermesi açısından oldukça önemlidir.

2004 yılında 139/2004 sayılı Tüzüğün¹⁴ (Birleşme Tüzüğü) yürürlüğe girmesiyle 4064/89 sayılı Tüzük yürürlükten kalkmış, yoğunlaşma işlemlerindeki esas test olan "hakim durum testi" terk edilerek, "etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi" testine¹⁵ geçilmiştir. Birleşme Tedbirleri Çalışması, mahkeme kararları ve Birleşme Tüzüğü çerçevesinde hazırlanan Taslak Tedbir Duyurusu¹⁶ Nisan 2007'de kamuoyunun görüşlerine açılmıştır.¹⁷ Gelen görüşler bağlamında, yakın bir zamanda, 22 Ekim 2008'de Duyuru yayımlanmıştır.

Komisyon'un özellikle son yıllarda giderek artan bir şekilde taahhüt mekanizmasına daha fazla önem vermesinin üç ana nedeninin olduğu düşünülmektedir. İlk olarak, yoğunlaşmanın etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği durumların büyük bir çoğunluğunda (yaklaşık %90'ında)¹⁸ taahhüt kabul edilerek işleme izin verilmesi dolayısıyla, Komisyon bu konuyu daha net ve şeffaf bir şekilde ortaya koymak istemektedir. Özellikle 2000'li yıllarda şartlı izin verilen yoğunlaşma sayısının 90'lı yıllarda izin verilenin yaklaşık 2,5 katından fazla olduğu göz önüne alındığında, Komisyon'un son yıllardaki taahhüt

¹² LINDSAY, A. (2006), The EC Merger Regulation: Substantive Issues, London, Sweet and Maxwell, s. 548

¹³ IP/05/1327, 21 Ekim 2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1327&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁴ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

¹⁵ *Significant impediment to effective competition* (SIEC). Söz konusu test ABD'de uygulanmakta olan rekabetin önemli ölçüde azaltılması (*substantial lessening of competition*, SLC) testinden farklı bir yapı içermektedir, bkz. SENYÜCEL, O (2005), "An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test", Ankara Law Review, No: 2(2), s.173-177.

¹⁶ Taslak Tedbir Duyurusu, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf

¹⁷ IP/07/544, 24 Nisan 2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/544&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁸ 4064/89 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden 31 Mart 2009'a kadar toplam 24 yoğunlaşma işlemine izin verilmemiş olmasına karşın, 270 işlem taahhüt kapsamında izin almıştır.

konusuna detaylı yaklaşımı daha net olarak anlaşılacaktır.¹⁹ İkincisi, Birleşme Tedbirleri Çalışması'nın sonucunda Komisyon, incelediği 85 tedbir kararından²⁰ sadece %57'sinin etkin olduğu sonucuna ulaşmıştır.²¹ Dolayısıyla tedbirlerin daha etkili olması için örnek metinler ve daha detaylı bir Duyuru hazırlama ihtiyacı doğmuştur. Son olarak, bu konudaki mahkeme kararlarının artmasıyla birlikte "gri" olan bazı alanların netleşmesi sağlanmış, bu ise daha kapsamlı metinlerin ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir.

Ancak bütün bu gelişmelere karşı, yeni Duyuru uygulama açısından çok fazla değişiklik içermemektedir.²² Genel anlamda yeni Duyuru'nun eskisinden önemli farkları şu şekilde sıralanabilir:

- Yeni Duyuru eskisine göre oldukça detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Her ne kadar taslak haline gelen eleştirilerde bu durumun sürecin otomatikleşmesine ve esnekliğin ortadan kalkmasına yol açma riskini taşıdığı iddiaları ileri sürülse de,²³ ileride detaylı olarak ele alınacak Duyuru'da yeterli esnekliğin Komisyon'a ve taraflara tanındığı düşünülmektedir.
- Önemli değişikliklerden bir tanesi ise ispat yüküyle ilgilidir. Eski Duyuru'da ispat yükü taraflara ait iken, mahkeme kararları çerçevesinde ispat yükünün Komisyon'a ait olduğu kabul edilmiştir.
- Mahkeme kararları bağlamında Duyuru'da, davranışsal tedbirlerin kabulünde –yeterli olduğu düşünülmemekle birlikte- eskisine göre daha esnek yaklaşıldığı görülmektedir.
- Hakemlik müessesine yer verilmiştir.
- Taahhüt çeşitleri eklenmiş, gözden geçirme şartı (*review clause*) ayrı bir başlık altında detaylı olarak ele alınmış, ayrıştırılan varlığı geri almama şartı eklenmiştir.
- Kayyımın görevleri ve atanması detaylı olarak ele alınmıştır.

¹⁹ Bu konulardaki istatistikî veriler için bkz. 'Statistics', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

²⁰ Kalan 11 tedbir kararında pazar yapısındaki gelişmeler tedbir kararını gereksiz hale sokmuştur. Kısaca, tedbirin alınmış olmasının bir etkisi olmadığından çalışmada bunlar incelenmemiştir.

²¹ Bkz. s.170. Etkinlik açısından, kriterler için bkz. s.127.

²² LOUIS, F., S.B. VÖLCKER ve G. ACCARDO (2008), "New EU Commission Notice on Remedies in Merger Cases",

<http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=8526>,

Erişim Tarihi: 14.04.2009

²³ International Bar Association, Antitrust Committee (2007), "Submission of the IBA Working Group on the European Commission's Draft Notice on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004", part:2, s.4, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/iba_2.pdf

2. TAAHHÜTLER AÇISINDAN GENEL PRENSİPLER

Duyuru, ‘Genel Prensipler’ başlığı altında taahhütlerin kabulü için temel şartları, tedbir çeşitlerinin uygunluğunu ve taahhütlerin kabulünde izlenen yöntemi ele almıştır. Ancak bu bölümde Duyuru’dan biraz farklı bir yol izlenmiş, genel prensipler daha dar bir çerçevede, sadece taahhütler açısından ele alınmış, tedbir çeşitlerine ilerleyen bölümde yer verilmiştir. Bu bağlamda, özellikle Türkiye uygulaması açısından önemli görülen taahhütlerin içermesi gereken özellikler, işlem taraflarınca verilmesi, ispat yükü ve geri almama şartı irdelenmiştir.

2.1. Taahhütlerin İçermesi Gereken Özellikler

Birleşme Tüzüğü, yoğunlaşma işlemleriyle ilgili Komisyon’un nihai olarak üç farklı karar verebileceğini içermektedir. Komisyon işlemin ortak pazarla uyumlu olduğunu kabul edebilir²⁴ veya Birleşme Tüzüğü’nün 2(3). maddesi kapsamında etkin rekabetin önemli ölçüde engelleneceğine yönelik endişeleri bulunması durumunda, taraflarca ilk ya da ikinci aşamada sunulan taahhütler kapsamında yoğunlaşma işlemine izin verebilir²⁵ ya da incelemeyi derinleştirerek²⁶ (ikinci aşamaya geçerek) yasaklayabilir.²⁷

Ancak Birleşme Tüzüğü kabul edilebilir taahhütlerin yapısı hakkında bilgi vermemekte,²⁸ sadece genel olarak taahhütlerin rekabetçi sorunla orantılı ve bunu ortadan kaldırabilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir.²⁹ Duyuru ise, Komisyon’un birinci ve gerek görürse daha detaylı incelemeye aldığı ikinci aşamada da taahhüt kabul edebileceğini,³⁰ ancak ikisi arasında önemli fark bulunduğunu belirterek bu konuya açıklık getirmektedir: Birinci aşamadaki taahhütler, detaylı pazar araştırmasına imkân olmadığından,³¹ rekabetle ilgili sorunların kolayca tanımlanabilmesi ve basit biçimde düzeltilebilmesi durumu haricinde kabul edilmeyecektir.³²

Duyuru incelendiğinde, taahhütlerin kabul edilebilmesi için beş temel özellik taşıması gerektiği gözlenmektedir.³³ İlk olarak Bidayet Mahkemesi’nin

²⁴ Birleşme Tüzüğü, 6(1) ve 8(1). maddeler.

²⁵ Ibid, 6(1)(b), 6(2) ve 8(2). maddeler.

²⁶ Ibid, 6(1)(c). madde

²⁷ Ibid, 8(3). madde.

²⁸ EZRACHI, A. (2006), “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No: 29(3), s. 466.

²⁹ Birleşme Tüzüğü, giriş, 30. prg.

³⁰ Duyuru, 18. prg.

³¹ Ibid, 18.prg

³² Ibid, 81. prg

³³ Ibid, 9-10. prg.

*Cementbouw*³⁴ kararı çerçevesinde, taahhütler rekabetçi endişeleri *tamamen* ortadan kaldırmalıdır. Buna ilaveten taahhütler tüm yönleriyle 'kapsamlı ve etkin' olmalıdır. Söz konusu ifade Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric*³⁵ kararından alınmışsa da, mahkeme kısa süre sonra *EDP*³⁶ kararında aynı konuya değinerek taahhütlerin 'tam ve etkin' olması gerektiğini belirtmiş ve daha sert bir tutum izlemiştir. Bu bağlamda taahhütlerin detaylı biçimde tüm olabilecek sorunları kapsaması gerekmektedir ve bu konuda sorumluluk taraflara aittir.³⁷ Mahkeme'nin ve dolayısıyla Duyuru'nun etkinlik şartından ise, taahhütlerin uygulanabilirliğini değil, rekabetçi sorunları çözebilme yetisini kastettikleri düşünülmektedir. Nitekim, Duyuru üçüncü temel kriter olan uygulanabilirliği ayrıca ele almıştır. Duyuru'ya göre, taahhütlerin uygulanabilecek nitelikte olmasına ilaveten, bunların sonucunda oluşacak pazar yapısı işleyebilir ve rekabetin engellenmemesini temin edecek biçimde sürdürülebilir olmalıdır. Söz konusu ifade, Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric* kararında geçen bir cümlenin eksik halidir. Mahkeme bu kararında, taahhütlerin uygulanması sonucu oluşacak pazar yapısının 'yakın zamanda'³⁸ rekabeti bozucu nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir. Komisyon'un Duyuru'da 'yakın zamanda' ifadesini kullanmaksızın mahkeme kararına yer vermesi, bu konuda mahkemeden daha sert bir tutum içine girmek istemesi olarak yorumlanabilir. Nitekim Taslak Duyuru'da da aynı yaklaşım izlenmiş,³⁹ bu konuda gelen eleştiriye⁴⁰ rağmen değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda iki sonuç çıkarmak mümkündür. İlk olarak, taahhüt sonucunda oluşacak pazar yapısının kalıcı biçimde rekabeti engellemeyecek içerikte olma zorunluluğunun, taraflar açısından gereğinden fazla yükümlülük getirdiği düşünülmektedir. Nitekim ATAD, *Tetra Laval*⁴¹ davasında yoğunlaşma işlemlerinin geçmiş olayların incelenmesini değil, gelecekte olabilecek olayların tahminine dayandığını belirterek, bu bağlamda çok dikkatle ele alınması gerektiğini vurgulamış ve bu konudaki delillerin doğru, eksiksiz, güvenilir, tutarlı ve gerekli tüm bilgileri içermesi gerektiğine hükmederek⁴² yüksek bir ispat seviyesi belirlemiştir. Taahhütlerin işlem taraflarınca verileceği ve *Tetra Laval*'daki yüksek ispat seviyesi göz önüne alındığında; pazarın 'yakın zamanda' değil, kalıcı olarak rekabetçi endişeleri ortadan kaldıracağını istemenin taraflara getireceği yükümlülük daha net olarak anlaşılacaktır. İkinci olarak

³⁴ *Cementbouw* k. Komisyon [2006] Dava T-282/02, prg.307.

³⁵ *General Electric* k. Komisyon [2005] Dava T-210/01, prg. 52.

³⁶ *EDP* k. Komisyon [2005] Dava T-87/05, prg. 105.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *General Electric* k. Komisyon, prg. 555.

³⁹ Taslak Duyuru, prg. 10.

⁴⁰ International Bar Association, Antitrust Committee (2007), s.6.

⁴¹ Komisyon k. *Tetra Laval* [2005] C-12/03 P, prg. 42.

⁴² *Ibid.*, prg. 41,39

Komisyon'un mahkeme kararındaki bir cümleyi aynen alıp son iki kelimeyi çıkarması hukuki tutarlılık ve belirlilik açısından doğru bir yaklaşım değildir.

Taahhütlerde bulunması gereken diğer özellik ise, kısa sürede uygulanabilir yapıda olmasıdır. Bu özellik mahkeme kararlarına dayanmasa da, "pazardaki rekabet şartları taahhütler tamamlanmadan sürdürülemeyeceğinden"⁴³ geçerli bir gerekçeye dayanmaktadır. Taahhütlerin çok değişik yapılar içerebilmesinden dolayı, Duyuru net bir süre sınırı çizmemekle birlikte; kısa sürelerin ayrıştırma işlemlerinin başarısına önemli katkısı olduğuna yönelik Komisyon'un tecrübesi çerçevesinde ayrıştırma için altı ay civarında bir süre,⁴⁴ denetleyici kayyımın atanması için ise normalde iki haftalık süre⁴⁵ öngörülmüştür. Komisyon, Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda uzun sürelerin getireceği sorunları şu şekilde açıklamıştır: a) uzun uygulama süreleri belirsizliği artıracığından, ayrıştırılan işin rekabetçiliğini etkileyecektir, b) personel, müşteriler ve ortaklar açısından uzun süreler sözleşmelerin feshi, ortaklıktan ayrılma vb. şekilde riskleri taşımaktadır, c) ayrıca bu durum işlemin taraflarının ayrıştırılan işin rekabet gücünü azaltma imkânını da artırmaktadır, d) son olarak denetleme süresi uzamaktadır.

Son özellik olan taahhütlerin denetlenebilmesi oldukça önemlidir. Zira Duyuru etkin denetleme mekanizmasının olmadığı durumlarda verilen taahhüdün –Bidayet Mahkemesi'nin *easyJet*⁴⁶ kararındaki ifadesiyle- "tarafların niyet beyanı"ndan öteye geçmediğini belirtmektedir ki,⁴⁷ bu yaklaşım Komisyon'un daha kolay denetlenebilen yapısal nitelikteki taahhütlerde ısrarcı olmasının nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.⁴⁸

2.2. Taahhütlerin İşlem Taraflarınca Verilmesi

Geçmiş uygulamada da yer alan, Duyuru'da da belirtilen önemli bir nokta, taahhütlerin taraflarca verilmesinin gerekli olduğu, Komisyon'un tek taraflı olarak izin kararına şartlar koyamayacağıdır.⁴⁹ Komisyon, tarafların taahhütlerdeki değişiklik talebini kabul edebilir, ancak bunu tek taraflı (taraflardan talep gelmeksizin) yapamaz. Söz konusu yaklaşımın temelini *EDP* kararı oluşturmaktadır. Kararda Bidayet Mahkemesi, taraflarca ileri sürülen, denetleme yükümlülüğünün ulusal otoritelere yapılabileceği iddiasına karşın,

⁴³ Duyuru, 9. prg.

⁴⁴ Ibid, 98. prg.

⁴⁵ Ibid, s. 26, 1. dipnot.

⁴⁶ *easyJet* k. Komisyon [2006] Dava T-177/04, prg.188.

⁴⁷ Duyuru, prg. 13.

⁴⁸ Bkz. Ibid, prg. 15.

⁴⁹ Ibid, prg. 6.

bunun ancak taahhütlerde değişiklik ile yerine getirilebileceğini, ancak Komisyon'un tek taraflı değişiklik yapma konusunda yetkisinin olmadığını belirterek reddetmiştir.⁵⁰ Mahkeme, şartların yeterli olduğunu Komisyon'un kontrol etmesini talep edenlerin işlemin tarafları olduğunu ifade ederek, denetleme yükümlülüğünün nasıl yapılacağına yönelik yapının taraflarca hazırlanması gerektiğini ima etmiştir.⁵¹ Kısaca, denetleme yükümlülüğü gibi taahhütlerde temel noktayı oluşturmeyen konularda dahi Mahkeme, Komisyon'un değişiklik yapmasına izin vermemektedir. Söz konusu durum ileride ele alınacak Türk Rekabet Hukuku uygulaması açısından oldukça önemlidir.

Dolayısıyla taraflar rekabetçi sorunları ortadan kaldıracak yeterli taahhütlerde bulunamazlarsa, Komisyon için tek seçenek işlemi yasaklamaktır.⁵²

2.3. İspat Yükü

Eski Duyuru'nun 6. paragrafı, yoğunlaşma sonucunda etkin rekabetin engelleneceğinin gösterilmesinin Komisyon'un sorumluluğunda olduğunu ancak, taahhütlerin uygulanması sonucunda söz konusu rekabetçi endişelerin ortadan kalkacağını göstermenin ise işlemin taraflarının sorumluluğunda bulunduğunu belirtmektedir.⁵³ Ancak EDP kararında Mahkeme, bu kuralı kabul etmemiş ve ispat yükümlülüğü açısından taahhütlerin olmadığı durumla olduğu durum arasında bir fark bulunmadığına, ikisine de aynı kriterin uygulanacağına hükmetmiştir:

“[...] ispat yükünü ilgilendirdiği yönüyle, taahhütlerle değiştirilmiş bir yoğunlaşma değiştirilmemiş bir yoğunlaşma ile aynı kriterlere bağlıdır [...] Buna ilaveten [eski] Tedbir Duyurusu'nun 6. paragrafı [...] bu hukuki durumu değiştiremez [...] Tam tersine, taahhütlerle uygun yerleri değiştirilmiş bu yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olmadığının açıklanmasının gerektiğini ispatlamak, nihai olarak, Komisyon'a aittir.”⁵⁴

Bu bağlamda yeni Duyuru'da ispat yükünün Komisyon'da olduğu kabul edilmiştir.⁵⁵ Bununla birlikte Komisyon, taahhütlerin değerlendirilebilmesi açısından gerekli tüm bilginin verilmesinin tarafların sorumluluğunda olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla taraflar taahhütlerin içeriğiyle ilgili detaylı bilgi vermek, uygulanma şartları ve etkin rekabetin engellenmesini ortadan kaldırmaya

⁵⁰ EDP k. Komisyon, prg. 105

⁵¹ Ibid.

⁵² Duyuru, prg. 6.

⁵³ Eski Duyuru, prg. 6.

⁵⁴ EDP k. Komisyon, prg. 62 ve 64.

⁵⁵ Duyuru, 8. prg.

uygunluğunu göstermek zorundadırlar.⁵⁶ Duyuru tarafların bu zorunluluğunu mahkeme kararlarına atıf yapmaksızın vermekle birlikte, Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric* kararı çerçevesinde tarafların bu sorumluluklarının olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu kararda Mahkeme, Komisyon'un taahhütlerdeki teknik ya da ticari eksikliklerden sorumlu olmadığını, bu eksikliklerin bulunması durumunda taahhüdü kabul etmeyebileceğini hükme bağlamıştır.⁵⁷ Dolayısıyla, taahhütlerde eksikliklerin bulunmaması açısından gerekli tüm bilgileri vermek tarafların sorumluluğundadır.

2.4. Geri Almama Şartı

Eski Duyuru'da geçmemesine rağmen pratikte kısmen uygulanan⁵⁸ işlem tarafı teşebbüslerin ayrıştırdıkları varlığı 10 yıl boyunca geri almama şartı, yeni Duyuru'da taahhütlerin "genellikle" 10 yıllık geri almama şartı içerdiği şekilde yer almaktadır.⁵⁹ Her ne kadar taahhütte bu sürenin Komisyon'un onayı ile değiştirilebileceğine dair bir hükmün konabileceği belirtilse ve 10 yıllık geri almama şartının zorunlu olduğuna dair bir ifade yer almasa da, Komisyon'un bu konuda daha katı bir tutum izleyebileceği bu maddenin Duyuru'da yer almasından anlaşılmaktadır. Süresi pazarın yapısına bağlı olarak belirlenebilecek olan geri almama şartı için 10 yıl gibi uzun bir zaman ön görülmesi, yoğunlaşma işlemleri açısından sıkıntı doğurabilecek niteliktedir. Nitekim yeni ekonomilerde ya da pazarın daha tam olgunlaşmadığı sektörlerde pazar payları çok daha kısa sürelerde değişebilmektedir. Buna ilaveten yasal mevzuat çerçevesinde giriş engellerinin olduğu pazarlarda mevzuat değişikliği ile kısa sürede pazar yapısı farklılaşabilmektedir. Bu sebeplerle her hangi bir sürenin öngörülmemesi ve karar bazında sürelerin belirlenmesinin daha doğru olacağı söylenebilir.

3. TEDBİRLERİN YAPILANDIRILMASI

3.1. Tedbirlerin Sınıflandırılması

Tedbir kararlarını çeşitli biçimlerde sınıflandırmak mümkün olsa da⁶⁰, genel olarak yapısal ve davranışsal şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir.⁶¹

⁵⁶ Ibid, prg. 7.

⁵⁷ General Electric k. Komisyon, prg. 52.

⁵⁸ International Bar Association, Antitrust Committee (2007), s.13.

⁵⁹ Duyuru, 43. prg.

⁶⁰ Örneğin doğrudan etkin rakip yaratma ya da yeni girişi kolaylaştırma (LINDSAY, A. (2006), s. 554) şeklinde de ayrıma gidilebilir.

⁶¹ ICN (2005), Merger Remedies Review Project, s.7,

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Remedies_Study.pdf

Komisyon'un Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda⁶² ise, tedbirler dört ayrı kategoride ele alınmıştır:

- (a) Pazar konumunun devrini içeren taahhütler,
- (b) Ortak girişimden çıkmayı içeren taahhütler,
- (c) Erişim sağlayan taahhütler,
- (d) Diğer.

Ancak Duyuru'da daha farklı bir yol izlendiği söylenebilir. Duyuru'da her ne kadar net olarak tedbirlerin iki ana başlık altında ele alınabileceği yer almasa da, geleneksel sınıflandırmaya uyularak, yapısal⁶³ ve yapısal olmayan⁶⁴ (davranışsal) şeklinde bir yaklaşım sergilenmiştir. Hatta Duyuru, uygulama açısından, yapısal bir tedbir olan ayırıştırmanın önemine vurgu yaparak, tedbirlerin üç ayrı başlık altında ele alınabileceğini belirtmiştir: 1- Ayırıştırma, 2- Diğer yapısal tedbirler, 3- Yapısal olmayan tedbirler:

“Bununla beraber ayırıştırma, önemli altyapıya veya girdilere ayırıcı olmayan koşullarda erişimin sağlanması gibi diğer yapısal tedbirler ile birleşen şirketin gelecekteki davranışlarıyla ilgili taahhütler arasında genel bir ayırım yapılabilir.”⁶⁵

Duyuru, yapısal ile yapısal olmayan tedbirlerin tanımını yapmamakta, aralarındaki farkı net olarak çizmemektedir. İkisi arasındaki sınırı belirgin olarak çizmek oldukça güç olsa da; Ezrachi, yapısal tedbirlerin rekabetin sürdürülmesi veya sağlanması için genellikle pazar yapısına doğrudan müdahale ile kalıcı tek seferlik değişim yapılması özelliğini taşıdığı, davranışsal tedbirlerde ise tek seferlik değil; teşebbüslerin davranışlarına, varlıklarını nasıl kullanacaklarına, pazarda rekabet etmelerine veya diğer teşebbüslerle yapacakları sözleşmelere yönelik yükümlülükler bulunduğunu belirtmektedir.⁶⁶ Ancak yazarın bu tanım kapsamında alt yapı ya da önemli varlıklara erişimi davranışsal kabul etmesi⁶⁷ yukarıda yer verilen Duyuru'daki yaklaşımla örtüşmemektedir. Motta vd. tarafından yapılan diğer bir tanımda ise, yapısalın mülkiyet haklarının dağılımında değişikliği ve yeni teşebbüslerin oluşumunu içerdiği, oysa yapısal olmayan tedbirlerin birleşen firmaların mülkiyet hakları üzerinde sınırlama getirdiği

⁶² Bkz. s.17.

⁶³ Duyuru, prg. 10, 15, 17.

⁶⁴ Ibid, prg.69.

⁶⁵ Ibid, prg. 17. Aynı sınıflandırma için bkz. GÜRKAYNAK vd. (2009), s. 26.

⁶⁶ EZRACHI, A. 2006, s. 460.

⁶⁷ Ibid, s. 460. Yazar tek seferli de olsa erişim tedbirlerini davranışsal kabul etmektedir.

belirtilmektedir.⁶⁸ Ancak bu tanım gereği de erişim sağlanması yapısal olmayan kategoride yer almaktadır.

Net bir sınır çizmekten kaçınsa da, Duyuru incelendiğinde satır aralarında bu farka yönelik önemli bir kriterin olduğu görülmektedir: denetleme süresi. Tedbir kararı “orta ya da uzun süreli denetleme” gerektirmiyorsa yapısal niteliktedir,⁶⁹ aksi halde yapısal olmayan sınıfta kabul edilecektir. Nitekim fiyatları artırmama ya da üretimi azaltmama gibi taahhütler uzun süreli ve sürekli denetlemeyi gerektirdiğinden davranışsal sayılmıştır.⁷⁰ Bu bağlamda Duyuru’da, erişim sağlanması benzeri tedbirlerin tek seferde gerçekleşmesi ya da kısa süreli denetleme gerektirmesi durumunda yapısal olarak kabul edildiği söylenebilir. Nitekim Bidayet Mahkemesi de, yapısal taahhütlerin tek seferde ve kalıcı olarak rekabetçi sorunları giderdiğini belirterek Duyuru’da yer alan yaklaşımın alt yapısını oluşturmuştur.⁷¹

Yapısal ile davranışsal arasındaki ayrımı çizmeye çalışmak akademik bir amacın ötesinde, uygulama açısından da gerekli olabilecek niteliktedir. Bidayet Mahkemesi, *Gencor* kararında, yapısal ile davranışsal şeklinde sınıflandırmanın önemsiz olduğunu vurgulamakla birlikte, Birleşme Tüzüğü’nün amaçları açısından yapısalın tercih edilebileceğine hükmetmiştir:

“Teklif edilen taahhüdün yapısal veya davranışsal [olarak] sınıflandırılması [...] önemsizdir. Yapısal nitelikte olan taahhütler, hakim durumun güçlenmesi veya ortaya çıkmasını bir seferde ve kalıcı olarak veya en azından belli süreliğine engellediği [...] ve buna ilaveten orta veya uzun dönem denetleme tedbirleri gerektirmediği için, [bunların] Tüzüğün amacı itibarıyla kural olarak tercih edilmesi doğrudur.”⁷²

Her ne kadar kararın devamında Mahkeme davranışsal taahhütlerin otomatik olarak reddedilemeyeceğine, karar bazında taahhütlerin incelenmesi gerektiğine hükmetmiş olsa da,⁷³ yapısal tedbirlerin üstünlüğünü kabul etmiştir. Komisyon Duyuru’da ise, daha da dar bir yaklaşımla, en sık rastlanan⁷⁴ yapısal

⁶⁸ MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, *Antitrust Bulletin*, 52(3), s. 606.

⁶⁹ Duyuru prg. 15, 13, 69.

⁷⁰ *Ibid*, prg. 17.

⁷¹ *Gencor* k. Komisyon [1999] Dava T-102/96, prg.319.

⁷² *Ibid*, prg. 319. Söz konusu yaklaşım ATAD tarafından da *Tetra Laval*’da kabul edilmiştir (Bkz. prg. 86).

⁷³ *Gencor* k. Komisyon, prg.320.

⁷⁴ Örneğin Birleşme Tedbirleri Çalışması’nda Komisyon’un incelediği 96 tedbirden 68 tanesi ayrıştırmadır (s. 18).

tedbir türü olan ayrıştırmayı en etkin⁷⁵ ve rekabetçi sorunları gidermede en iyi yöntem olarak kabul etmiş,⁷⁶ yukarıda açıklandığı üzere, ayrıştırma işlemlerini ayrı bir kategoride ele almıştır. Bu bağlamda yapısal ve davranışsal arasındaki sınırın çizilmesi uygulama açısından da gereklidir ve bu sınırı denetleme süresinin belirlediği söylenebilir.

3.2. Tedbir Çeşitlerinin Uygunluğu ve Karşılaşılan Sorunlar

Yapısal ya da davranışsal tedbirin uygunluğunu belirleme açısından *Gencor* kararındaki Mahkeme'nin yaklaşımını dikkatle ele almak gereklidir. Mahkeme kararında, Birleşme Tüzüğü'nün amacının rekabetin engellenmesini önlemek olduğunu belirttikten sonra, teşebbüslerce verilen hakim durumlarını kötüye kullanmayacakları şeklinde genel taahhütlerin kontrolü kolay bile olsa, kabul edilebilir nitelikte olmadığına karar vermiş⁷⁷ ve yukarıda ele alınan hükmüyle yapısal tedbirin davranışsal tedbire üstünlüğünü ifade etmiştir. Daha sonraki bir kararında Bidayet Mahkemesi, yatay yoğunlaşmalar açısından varlık satışının en uygun yol olduğunu kabul etmekle birlikte, davranışsal taahhütlerin kural olarak reddedilemeyeceğini *Gencor* kararındaki yaklaşımına referans vererek açıklamıştır.⁷⁸

Bununla birlikte, eski Duyuru'da *Gencor* kararına atıf yapılarak, salt davranışsal nitelikteki taahhütlerin kabul edilebilir vasıfta olmadığına yönelik bir madde yer almıştır.⁷⁹ Komisyon, *Gencor* kararını davranışsal tedbirlere karşı nitelikte okumaya devam ederek, *Tetra Laval/Sidel*'de tarafların önerdiği 82. maddeyi ihlal etmemeye yönelik davranışsal nitelikteki taahhütleri reddetmiştir.⁸⁰ Bidayet Mahkemesi Komisyon'un bu yaklaşımını kabul etmemiş, bunun üzerine Komisyon'un davayı ATAD'a götürmesi nedeniyle davranışsal tedbirlerle ilgili yaklaşım daha netlik kazanmıştır. ATAD, *Gencor* ve *Tetra Laval* davalarındaki durumların birbirlerinden farklı olduğunu; ilkinde işlem sonucunda doğrudan pazardaki yapının değişeceğini, ancak ikincisinde pazar yapısının sadece bir pazardaki gücün başka pazarda kullanılması (kaldıraç etkisi) yoluyla *değişebileceğini* belirtmiştir.⁸¹ Dolayısıyla *Gencor*'da pazar yapısı işlem sonrası net olarak değişeceğinden, hakim durumu kötüye kullanmama şeklinde çok genel bir taahhüdün kabulü uygun bulunmamış, *Tetra Laval*'da ise ancak belirli şartlar altında pazar etkilenebileceğinden, bu şartları ortadan kaldırıcı nitelikteki

⁷⁵ Duyuru, prg. 22.

⁷⁶ Ibid, prg. 17.

⁷⁷ *Gencor* k. Komisyon, prg. 317.

⁷⁸ BaByliss SA k. Komisyon [2003], Dava T-114/02, prg.170.

⁷⁹ Eski Duyuru, prg.9.

⁸⁰ *Tetra Laval/Sidel*, COMP/M.2416, prg. 431.

⁸¹ Komisyon k. *Tetra Laval* [2005], Dava C-12/03 P, prg.84.

davranışsal taahhütler kabul edilebilir nitelikte görülmüştür. Bidayet Mahkemesi'nin *Gencor*'daki yaklaşımından ayrıldığına yönelik Komisyon'un iddialarını reddeden ATAD, *Gencor* kararının davranışsal taahhütleri reddedecek şekilde okunamayacağını altını çizmiştir.⁸² Bu bağlamda Duyuru ile Komisyon'un yapısal olmayan taahhütlere yönelik bu katı tutumunu içeren madde kalkmıştır.⁸³

Ezrachi, ATAD'ın kararını değerlendirirken, artık sadece hakim durumunu kötüye kullanmama şeklindeki taahhütlerin sistematik olarak reddedilebileceğini belirtmektedir.⁸⁴ Ancak ATAD'ın yaklaşımının bu şekilde değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Zira Mahkeme, "doğrudan" pazardaki yapının değişeceği durumlarda salt davranışsal taahhüdü kabul etmemiş, pazardaki yapının değişme ihtimali söz konusuysa taahhüdün incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda özellikle etkin rekabetin engellenmesi testi ile birlikte hakim durum oluşturmaya yönelik davranışların doğrudan pazarı etkileyeceğinin (örneğin fiyat artışı) gösterilmesi durumunda da salt davranışsal taahhütlerin reddedilebileceği düşünülmektedir.

Komisyon'un yapısal davranışsala net şekilde tercih etmesi ve özellikle ayırıştırma en etkili ve en iyi çözüm olarak görmesine rağmen, yapısal tedbirlerde de çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Nitekim Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda ele alınan 84 ayırıştırma toplam 194 önemli sorun ortaya çıkmış, bunlardan %70'i uygulama sürecinde çözümlenmesine karşın %30'u çözümsüz kalmıştır.⁸⁵ Benzer şekilde, Federal Ticaret Komisyonu (FTC)'nin 1999 yılındaki Ayırıştırma Çalışması'nda (FTC Çalışması) ise, ayırıştırma tedbirlerinin başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁸⁶ Aynı çalışmada ayırıştırma tedbirlerinin etkin olmamasıyla ilgili şu durumların ortaya çıktığı belirtilmektedir:⁸⁷

- a) Rekabet otoritesi ile taahhüt veren taraf arasındaki bilgi asimetrisi, yani sektörel bilgiye rekabet otoritesinin yeterli derecede sahip olmaması, ayırıştırma paketlerinin eksik olmasını, dolayısıyla tedbirin etkisizliğini beraberinde getirmektedir.

⁸² Ibid, prg. 86.

⁸³ Bkz. Duyuru prg.15.

⁸⁴ EZRACHI, A. 2006, s. 470.

⁸⁵ Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 124-125.

⁸⁶ FTC (1999), A Study of the Commission's Divestiture Process, s. 9-10. <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf> Çalışmada alıcının ilgili pazarda kısa sürede faaliyet göstermeye başladığı ve etkin şekilde rekabet edebildiği durumlar başarılı sayılmıştır.

⁸⁷ Buradaki gerekçeler, FTC Çalışması'ndaki alıcılarla yapılan görüşmeler bağlamında kişisel yorumlar eklenerek yazılmıştır. Bu sebeple gerekçelerdeki yorumlar FTC'nin yaptığı yorumlar değildir.

- b) Taraflar devredilecek varlığı güçlü rakip olarak görmedikleri teşebbüslere satma eğilimi göstermekte, güçlü olmayan teşebbüs alım sonrası etkin rekabeti sağlayamamaktadır.
- c) Alıcıların yeterli bilgiye sahip olmaması⁸⁸ ki, FTC Çalışması'na göre genellikle karşılaşılan bir durumdur, tedbirin istenilen amaçları elde etmesine engel olmuştur. Teşebbüslerin eksik bilgiye rağmen satın alma nedenleri oldukça ilginçtir: yerleşmiş bir varlığı devralarak işi öğrenmek ve çalışanların bilgileri sayesinde sıfırdan pazara girmeye göre riski düşürmek.⁸⁹ Bu bağlamda teşebbüslerin eğilimleri ile rekabet otoritesinin hedeflerinin farklı olabileceği FTC Çalışması ile net olarak ortaya çıkmıştır.⁹⁰

Bunlara ilaveten yapısal tedbir sonrası pazarda simetrik bir yapı oluşuyorsa, Motta vd. belirttiği gibi, işbirliği doğma riski artmaktadır.⁹¹ Buna örnek olarak Fransa'da maden suyu pazarında gerçekleşen *Nestlé/Perrier*⁹² devralması verilebilir. Komisyon'un Perrier'in önemli bir markası olan Volvic'in Nestlé'nin esas rakibi olan BSN'e satılmasına yönelik taahhüde onay vermesiyle izin verdiği devralma işlemi, yazarlara göre BSN'in Volvic'i satın alarak güçlenmesiyle pazardaki simetriyi artırmış, rekabet açısından olabilecek en kötü sonucu doğurmuştur.

Yapısal tedbir ile ilgili başka bir sorun –sık yaşanmasa da- alıcının olmadığı hallerde geçerlidir ve bu şekildeki bir pazarda tek uygun çözüm yapısal olmayan tedbirler olmaktadır. Buna örnek olarak *Boeing/McDonnell Douglas*⁹³ kararı verilebilir. Komisyon Boeing'in rakibi olan Airbus da dahil olmak üzere hiçbir potansiyel alıcının McDonnell Douglas'ın devrine ilgi göstermediği sonucuna ulaşmış,⁹⁴ bu bağlamda davranışsal taahhütleri kabul etmiştir.⁹⁵

Son olarak yapısal ile davranışsal tedbirler arasındaki temel fark, yani yapısal tedbirlerde geri dönüş imkânının genelde olmaması da büyük risk taşımaktadır.⁹⁶ Rekabet otoritesinin hata yaptığını anladığı zaman -taahhütte

⁸⁸ FTC Çalışması'nda alıcıların FTC personelinin umduğundan daha düşük seviyede bilgi sahibi oldukları ortaya çıkmıştır, s.20.

⁸⁹ Ibid, s.20.

⁹⁰ Ibid, s. 16-28.

⁹¹ MOTTA vd. 2007, s.613-614.

⁹² *Nestlé/Perrier*, COMP/M.190.

⁹³ *Boeing/McDonnell Douglas*, COMP/M.877.

⁹⁴ Ibid, prg. 60.

⁹⁵ Ibid, prg 114-119.

⁹⁶ Bu görüş Taslak Duyuru'ya getirilen eleştiriler arasında yer almaktadır, GRIMALDI e ASSOCIATI (2007), "Comments of the Grimaldi e Associati on the Draft Commission Notice", s.3, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/grimaldi.pdf

uygun bir madde konularak- tarafların talebi üzerine davranışsaldan geri dönme imkanı varken, yapısalda bu seçenek genellikle söz konusu değildir.

Yukarıda değinilen noktalar, yapısal tedbirlerin de bazı sorunları içerebildiğini göstermekle birlikte; denetleme kolaylığı, davranışsal tedbir kadar karmaşık bir yapıda olmaması, pazar yapısında kalıcı bir değişikliği içermesi ve genellikle daha çabuk etkisini gösterebilmesi açısından yapısal tedbirin davranışsal tedbirden daha etkin olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda Bidayet Mahkemesi ve ATAD'ın davranışsalı dışlamaksızın yapısalın daha tercih edilir olduğuna yönelik yaklaşımının en uygun seçenek olduğu görülmektedir. Her ne kadar yeni Duyuru'da davranışsal tedbiri dışlayıcı nitelikteki madde yer almamış olsa da, Komisyon'un *Gencor* kararını yorumlama şekli ve bu konudaki ısrarlı yaklaşımı, ayrıca Duyuru'da davranışsal taahhütlerin çok özel şartlarda istisna olarak kabul edileceği⁹⁷ ve yapısalın da ötesinde ayrıştırmanın en etkin ve en iyi yol olduğu şeklindeki yaklaşımın, Mahkemeler'e göre daha katı bir tutum içerdiği düşünülmektedir.

3.3. Tedbirlerin Şart ve Yükümlülük İçermesi

Tedbirlerin tasarlanması açısından şart ve yükümlülük ayrımının yapılması esastır. Komisyon, taahhütlerin uygulanması için, şart ve yükümlülük ekleyebilmektedir.⁹⁸ Her iki kavram arasındaki fark ise, Duyuru'da ortaya konulmuştur:

“Şart ve yükümlülük arasında bir ayrım yapılmalıdır. Pazarda yapısal değişim ortaya çıkarma zorunluluğu, örneğin bir iş kolunun ayrıştırılması, bir şarttır. Bu sonucu gerçekleştirmek için gerekli uygulama aşamaları, kayyımın atanması gibi [...], genellikle taraflar açısından yükümlülüktür.”⁹⁹

Ancak özellikle sonuçları açısından iki kavram arasında çok önemli fark bulunmaktadır: şartın ihlali durumunda, örneğin verilen süre içerisinde ayrıştırma işlemi gerçekleşmezse ya da ayrıştırılan iş kolu daha sonra yeniden devralınırsa¹⁰⁰, yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olması artık geçerli değildir ve yoğunlaşma işlemi Komisyon'un onayını almamış hükmündedir. Dolayısıyla, yoğunlaşma işlemi gerçekleşmişse, Komisyon başvuru yapılmamış bir işlem olarak bunu değerlendirecek ve şartın gerçekleşmemesi durumunda yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olmadığına karar verirse, yoğunlaşmanın ayrıştırılmasına

⁹⁷ Duyuru, prg. 17.

⁹⁸ Birleşme Tüzüğü, giriş, prg. 30; 6(2). ve 8(2). maddeler.

⁹⁹ Duyuru, prg. 19.

¹⁰⁰ Ibid, prg. 20.

hükmedebilecektir.¹⁰¹ Buna karşın, yükümlülüğün ihlali durumunda işlemin ortak pazarla uyumlu olmaması durumu net değildir: Komisyon izin kararından vazgeçebilir ya da karar yürürlükte kalabilir.¹⁰² Komisyon her iki durumda da ayrıca teşebbüslerin cirolarının %10'una kadar cezaya hükmedebilecektir.¹⁰³

Bu bağlamda şartın ihlali net bir şekilde ağır bir yaptırım içermekleyen, yükümlülüğün ihlalinin yaptırımı Komisyon'un kararına bağlı olarak değişecektir.

3.4. Orantılılık

AB Hukuku'nda önemli bir yeri olan orantılılık ilkesi, Topluluk uygulamasının Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması'nın hedeflerine ulaşmak için gerekli olandan ötesine geçemeyeceğini içermektedir.¹⁰⁴

Birleşme Tüzüğü de orantılılık ilkesine yer vermiş ve Tüzüğün ortak pazarda rekabetin bozulmaması hedefine ulaşmak için gerekenlerin ötesine geçemeyeceğini,¹⁰⁵ ayrıca verilecek taahhütlerin rekabet açısından ortaya çıkan sorunlarla orantılı olması gerektiğini hükme bağlamıştır.¹⁰⁶ Söz konusu ilke çerçevesinde, rekabetçi endişelerin olmadığı pazarları da kapsayan taahhütlerde, Komisyon, tarafları bunları geri çekmeleri konusunda bilgilendirecek, eğer geri çekilmezse kararında bu taahhütleri göz ardı edecektir.¹⁰⁷ Bu duruma, tarafların 2. aşamaya kalmamak için, rekabetçi sorunların ortadan kalkması kapsamında gerekenden daha fazla şart ve yükümlülük içeren taahhütler verdiği hallerde rastlanabilir. Nitekim taahhüt kapsamında 1. aşamada izin verilen yoğunlaşma sayısı, 2. aşamadakinin iki katı kadardır¹⁰⁸ ki bu, teşebbüslerin yoğunlaşma işlemlerine daha ilk aşamada izin almaya ne kadar istekli olduklarını göstermektedir. Benzer şekilde, işleme izin verilmemesi endişesi, teşebbüsleri gereğinden fazla yükümlülük içeren taahhütler vermeye zorlayabilecektir.

Her ne kadar Duyuru orantılılık ilkesine yönelik mahkeme kararlarına referans vermese de, Bidayet Mahkemesi'nin *easyJet* kararı, yoğunlaşma

¹⁰¹ Birleşme Tüzüğü, giriş, prg. 31.

¹⁰² Ibid, Duyuru, prg. 20.

¹⁰³ Birleşme Tüzüğü, 14(2). madde. Komisyon yükümlülüğün ihlali durumunda Birleşme Tüzüğü'nün 15(1)(c) maddesi kapsamında süreli para cezası da kesebilir.

¹⁰⁴ Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması, madde 5. Bkz. CRAIG, P. ve G. De BURCA (2003), EU Law Text, Cases, and Materials, 3. Baskı, Oxford University Press, s. 371-79.

¹⁰⁵ Birleşme Tüzüğü, giriş, 6. prg.

¹⁰⁶ Ibid, 30. prg.

¹⁰⁷ Duyuru, prg. 84, 85. Benzer şekilde Duyuru, ayrıştırma işlemi için kendi başına varlığını sürdürebilir iş tercih edilmesine rağmen, bu şartı sağlamayan ayrıştırma işlemlerinin de orantılılık gereği kabul edilebileceğini belirtmiştir (prg. 35).

¹⁰⁸ 'Statistics', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>. (31 Mart 2009'a kadar olan veriler ele alınmıştır.)

işlemlerine yönelik tedbirlerde orantılılık ilkesinin hakim olması gerektiğini geçmiş mahkeme kararlarına referans vererek ortaya koymaktadır:

“... uygun tedbirler arasında bir tercih söz konusu olduğunda, en az külfetli olana başvurulmalı ve [tarafklar açısından] sebep olunan dezavantajlar, gözetilen amaçlarla orantısız olmamalıdır.”¹⁰⁹

Bu bağlamda tedbir kararının amacı sadece rekabetin sağlanması değil, bunu taraflara en az maliyetle de gerçekleştirmektir. Daha önce değinilen¹¹⁰ *Gencor* kararındaki Bidayet Mahkemesi'nin yapısal ve davranışsal tedbirlere yaklaşımının da orantılılık ilkesi çerçevesinde şu şekilde okunabileceği düşünülmektedir: Birleşme Tüzüğü'nün amacı ortak pazarda etkin rekabetin engellenmesinin önlenmesi olduğundan,¹¹¹ verilen taahhüt bu amacı gerçekleştirebilecek nitelikteyse, bunu davranışsal olmasından ötürü reddetmek Tüzüğün amacının ötesine geçmektir. Kısaca, istenilen amacı gerçekleştirecek olan davranışsal taahhütten ileri giderek sadece yapısal taahhüt kabul etmek orantılılığa aykırıdır.

4. TEDBİRLERİN UYGULANMASI

4.1. Alıcının Uygunluğu

Gerek Birleşme Tedbirleri Çalışması gerekse FTC Çalışması, alıcının uygun nitelikte olmamasının tedbirin etkilerini azaltıcı ve hatta bazen tamamen ortadan kaldıracı olabileceğini göstermektedir. Daha önce değinildiği üzere, FTC Çalışması'nda, bilgi asimetrisi, yani alıcıların satıcıdan daha az bilgiye sahip olmaları durumu ve/veya alım yapma nedenlerinin rekabet otoritesinin hedeflerinden farklı olması gerekçeleriyle alıcıların uygun olmamalarının tedbir kararlarının uygulanmasında etkin olmayan neticeleri beraberinde getirdiği ortaya konulmuştur.¹¹² Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda ise, az sayıda bile olsa (yaklaşık %2) tedbirin etkin olmamasının *tek önemli nedeninin* yanlış alıcının olması olduğu, bununla birlikte önemli oranda (yaklaşık %11) tedbir kararlarında ise diğer faktörlerle birlikte alıcının uygun olmamasının etkisinin olduğu sonucuna varılmıştır.¹¹³

Söz konusu endişeler ışığında Duyuru, alıcının uygunluğunun; gerekli finansal kaynaklara ve konuyla ilgili uzmanlığa sahip olması ile ayrıştırılan işi rakip olarak devam ettirebilme özelliği taşımaya bağlamıştır. Bu bağlamda

¹⁰⁹ easyJet k. Komisyon, prg. 133.

¹¹⁰ 3.1. Bölüm.

¹¹¹ Gencor k. Komisyon, prg. 317.

¹¹² FTC Çalışması 1999, s. 19-29.

¹¹³ Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 98.

alıcının finansal alıcılardan değil, sanayiden olması da gereklidir.¹¹⁴ Duyuru'daki yaklaşımın Komisyon'un 1996-2000 yılları arasındaki tek resmi olarak reddettiği¹¹⁵ alıcıyla ilgili *Totalfina/Elf*¹¹⁶ kararına Bidayet Mahkemesi'nin yaklaşımı çerçevesinde olduğu düşünülmektedir. İşlem kapsamında 70 Elf, Total ve Fina servis istasyonu devri taahhüt edilmiş,¹¹⁷ tarafların Komisyon'a sunduğu toplam sekiz adet alıcıdan oluşan gruptan iki tanesi petrol sektöründe yer almadığı ve işi devam ettirme ve etkin bir rakip olarak geliştirme kapasiteleri olmadığından reddedilmiştir. Bu iki şirketten otoyol restoran işletmeciliği alanında aktif olan teşebbüs, kararı Bidayet Mahkemesi'ne taşımış ve Komisyon'un petrol sektöründe yer alma şeklinde yeni bir şart ileri sürdüğünü iddia etmiştir.¹¹⁸ Mahkeme, taahhütte alıcının pazarda potansiyel olarak veya halihazırda aktif olması ve etkin rekabeti devam ettirebilme kapasitesine sahip olması gerektiği hükmü bulunmasından hareketle, Komisyon'un tarafların pazara yeni girecek olmalarını göz önüne almasını 'haklı ve hatta gerekli' bularak onamıştır.¹¹⁹ Bu bağlamda Komisyon'un alıcının kapasitesi üzerinde hassasiyetle durduğu, Mahkeme'nin ise bu yaklaşımı gerekli gördüğü anlaşılmaktadır.

Alıcının yukarıda değinilen önemi ve taşınması gereken özellikler göz önüne alındığında, bazı sektörlerde ayrıştırmaya yönelik tedbirin yeterli sayıda potansiyel ya da mevcut alıcının olmaması durumunda büyük riskler taşıyacağı söylenebilir. Bu durumda işlem tarafları alıcıyla aralarında alımın temel unsurlarını içeren bağlayıcı bir sözleşmeyi Komisyon'un inceleme aşaması bitmeden yaparak bu riskleri ortadan kaldıracırlar. Önce belirle (*fix-it-first*) olarak da bilinen yaklaşım sayesinde tedbir kararı belirli bir teşebbüse satılması şartıyla verilebilir.¹²⁰ Benzer şekilde, satış için geçmesi gereken sürede satılacak işin rekabet edebilirliğinde azalma riski varsa, taraflar alıcıyla anlaşmadan yoğunlaşma işleminin yürürlüğe girmeyeceğine (açık alıcı - *up-front buyer*) yönelik tedbir kararı da alınabilir.¹²¹ Önce belirle yönteminde alıcının kimliği belirlenmişken, açık alıcıda kime satılacağı Komisyon'un yoğunlaşma işlemine izin vermesinden sonra belirlenecektir.¹²² Son olarak özellikle üçüncü tarafların haklarından dolayı satışın gerçekleşmesi belirsizlik içeriyorsa, Komisyon bu riski göze almamaktadır. Bu durumda taraflar, verdikleri taahhüdü yerine

¹¹⁴ Duyuru, 48-49. prg.

¹¹⁵ Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 98-99.

¹¹⁶ *Totalfina/Elf*, COMP/M. 1628

¹¹⁷ Taahhüdün 36. maddesi.

¹¹⁸ Petrolence SA ve SG2R k. Komisyon [2003], DavaT-342/00, prg. 56, 109.

¹¹⁹ Ibid, prg. 65.

¹²⁰ Duyuru, 57. prg.

¹²¹ Ibid, prg. 55.

¹²² Ibid, prg. 50.

getirememeleri halinde en az ilki kadar iyi olması gereken ve belirsizlik taşımayan alternatif bir taahhüt (*crown jewel*) sunabilirler.¹²³

4.2. Gözden Geçirme Şartı

Eski Duyuru'dan farklı olarak ayrı bir başlık altında ve detaylı ele alınan gözden geçirme şartı, tarafların geçerli bir gerekçe göstererek sürelerin uzatılmasını ya da taahhütlerin ertelenmesini, taahhütlerde değişiklik yapılmasını veya başka taahhütlerle değiştirilmesini Komisyon'dan talep edebilmelerini içermektedir. Duyuru, özellikle ayrıştırmalarda süre uzatımının tarafların sorumluluklarının dışında gerçekleşen sebepler varsa kabul edilebileceğini, taahhütlerde değişikliklerin ise istisnai hallerde ve 'sınırlı' olması durumunda onaylanacağını içermektedir.¹²⁴ Duyuru'da değişikliklerin 'sınırlı' olması gerektiği ifade edilse de, Bidayet Mahkemesi, münhasır lisans süresinin uzatımı, pazardan markanın çekilmesinin münhasır lisans verilmesiyle değiştirilmesi gibi önemli değişiklikleri kabul etmiş, tedbir açısından 'gelişme' olduğu sürece bunları 'sınırlı' değişim kapsamında saymıştır.¹²⁵ Bu bağlamda Duyuru'da yer verilen 'sınırlı' değişiklik yapma imkânını, yapılacak değişikliğin kapsamından ziyade, tedbirde rekabet açısından gelişme sağlayıp sağlamaması bağlamında ele alınması doğru olacağı düşünülmektedir.

4.3. Kayyım Atanması ve Hakemlik

Tedbirlerin uygulanması için Komisyon'un gözü-kulağı niteliğinde¹²⁶ olan ve taraflarca teklif edilip Komisyon'un onayı alınan kayyımın, işleme izin verildikten hemen sonra atanması (genellikle 2 hafta)¹²⁷ gerekmektedir. Taahhütlerdeki yükümlülükleri denetleyen bir kayyımın dışında, gerekli olursa, ayrıştırma işlemi için de bir kayyım atanabilmektedir. Ayrıştırma kayyımının görevi önemlidir: eğer taahhütte öngörülen sürede satış işlemi gerçekleşmezse, kayyım minimum fiyat belirlemeksizin¹²⁸ satışı gerçekleştirecektir. Bu bağlamda işlem taraflarının fiyatı yüksek tutarak ayrıştırma işlemini geciktirmeleri ve pazarın rekabetçi hale gelmesini engellemelerinin önüne geçilmiştir. Kayyımın yetkileri önemli olduğundan, daha önce de değinildiği üzere, kayyım vekâletine yönelik örnek metin Komisyon tarafından yayımlanmıştır.

Duyuru, eskisinden farklı olarak hakemlik müessesine de yer vermiş, üçüncü taraflarla olan ihtilaf (*dispute*) durumlarının hızlı çözülebilmesi ve

¹²³ Ibid, prg. 44-45.

¹²⁴ Ibid, 72,73 ve 75. prg.

¹²⁵ Royal Philips Electronics k. Komisyon [2003], Dava T-199/02, prg. 244, 246.

¹²⁶ Duyuru, 118. prg.

¹²⁷ Ibid, 123. prg ve 1. dipnot.

¹²⁸ Ibid, 121. prg.

özellikle yapısal olmayan taahhütlerin uygulanabilmesi açısından hakeme başvurulabileceğini belirtmiştir.¹²⁹ Nitekim 1992'den bugüne Komisyon, davranışsal tedbirlerin denetlenebilmesi açısından hakeme ilişkin hüküm bulunan 50 taahhüt kabul etmiştir ki bu, şartlı izin verilen yoğunlaşma kararlarının yaklaşık %20'sine denk gelmektedir.¹³⁰

Hakemlik müessesesine yaklaşımı ve önemini Mahkemeler net olarak ortaya koymuştur. Bidayet Mahkemesi'nin *ARD* kararında belirttiği üzere, taahhütlerle ilgili tüm ihtilaflar –yeterli denetlemenin sağlanabilmesi açısından- hakeme tabidir, ancak taahhütleri denetleme ile ilgili yükümlülük Komisyon'a ait değildir. Mahkeme ihtilafların çözümü açısından, ispat yükünün de tersine döndüğü, yani taraflara ait olduğunu hükme bağlamıştır.¹³¹ Benzer şekilde yakın tarihli *easyJet* kararında Bidayet Mahkemesi, hızlı sonuç alınabilmesi açısından hakemliğin etkili bir denetleme mekanizması olduğunu kabul etmiş ve bu bağlamda *easyJet* firmasının taahhütlerin yerine getirilemeyeceğine yönelik iddialarını reddetmiştir.¹³²

Komisyon'un hakemle ilgili konulara girmemeye, yukarıda da değinildiği üzere denetleme işini üstlenmemeye çalıştığı söylenebilir. Örneğin, *General Electric/Honeywell*'de kendisi için çok fazla denetleme yükü içerdiğinden ve pek çok dava söz konusu olacağından hareketle hakemlik konusundan uzak durmaya çalışmıştır.¹³³ Ancak *Ezrachi, B Sky B/ Kirsch Pay TV* kararına¹³⁴ referans vererek, Komisyon'un artık daha müdahaleci bir yaklaşım izlemekte olduğunu ve yaklaşımının değiştiğini iddia etmektedir.¹³⁵ Bu karardaki müdahale, hakemlik sürecine yönelik onayı içermekte olup, Komisyon'un detaylı bir müdahalesini içermemektedir. Bu bağlamda Komisyon'un daha müdahaleci olduğu iddiası oldukça şüphelidir.

5. REKABET KURULU'NUN TEDBİRE YAKLAŞIMI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'da birleşme / devralmaların şart ve yükümlülüğe bağlanabileceğine yönelik açık bir ifade yer almamaktadır. 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken

¹²⁹ Ibid, 66, 130. prg.

¹³⁰ SJ BERWIN (2007), "Comments on Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation", s. 1,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/berwin.pdf

¹³¹ *ARD* k. Komisyon [2003], Dava T-158/00, prg. 295. Bkz. *B Sky B/ Kirsch Pay TV*, COMP/JV.37, s.19

¹³² *easyJet* k. Komisyon, prg.186.

¹³³ *General Electric/Honeywell*, COMP/M. 2220, prg. 531

¹³⁴ *B Sky B/ Kirsch Pay TV*, COMP/JV.37

¹³⁵ EZRACHI, A. 2006, s. 478, 82. dipnot.

Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6/3. maddesi, Kurul'un, "yoğunlaşma işlemlerine gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülükler uylması koşuluyla izin verebileceğini" içermekte ise de, Kanun'da bu konuda açık bir yaklaşım olmadığından Kurul'un bu konudaki yetkisinin sınırları net değildir. Kurul'un yetkisi olduğunu savunanlar¹³⁶ olduğu gibi, yoğunlaşma işlemlerine şartlı izin verilmesinin kanuni yetkiye dayanmadığı, dolayısıyla Kurul'un yetkisinin bulunmadığını iddia edenler¹³⁷ de vardır.

İdari para cezası belirlenirken verilen taahhütlere uyulup uyulmamasına bakılmasını içeren Kanun'un 16. maddesi ile nihai kararla getirilen yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımını içeren Kanun'un 17. maddesinin, Kurul'a nihai bir işlem olan birleşme ve devralma işlemlerinde yükümlülük koyma yetkisi verdiği iddia edilebilir.¹³⁸ Ancak, Kanun'un 5. maddesi muafiyetin belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceğini içermektedir ve yoğunlaşmaların şart ve/veya yükümlülüğe bağlanabileceğine yönelik bir ifade 7. maddede yer almamaktadır. Dolayısıyla 5. madde kapsamında düzenlenmiş olan yükümlülükler uylmamasının cezai yaptırım içermesi, Kurul'un yoğunlaşma işlemlerinde yükümlülük koyma yetkisini göstermemektedir. 16. ve 17. maddelerde geçen taahhüde yönelik hüküm/yaptırımların ise -Kanun'un 5. maddesi de dahil olmak üzere diğer maddelerinde taahhüde yönelik bir mekanizma yer almadığından- 7. maddeyi de içerdiği söylenebilir. Fakat bu durum, ancak tarafların taahhüt vermesi halinde Kurul'un şartlı izin verme yetkisinin olduğu şeklinde dolaylı olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla Kurul'un genel anlamda şartlı izin verme yetkisinin olduğu Kanun'da net olarak yer almamaktadır.

Kanun'un 7. maddesinde önemli değişiklikler yapılmasını ve Kurul'a şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilme yetkisinin verilmesini içeren Kanun Tasarısı sebebiyle bu çalışmada söz konusu tartışmaya girmek gereksiz görülmüş, sadece Danıştay 13. Dairesi'nin bir kararı kapsamında Kurul'un yetkisine değinilmiştir. Bu çerçevede önce Kurul'un şimdiye kadar olan şartlı izin kararları ele alınacak¹³⁹ ve bu kararlarda görülen eksiklikler irdelenecek, ardından Kanun Tasarısı bu eksiklikler ışığında incelenecektir. Kurul'un tedbir kararları,

¹³⁶ ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, 4. baskı, Ekin Kitabevi, s. 582-583, GÜVEN, P. (2005), *Rekabet Hukuku*, Yetkin, s.539, AKSOY, N. vd. (2006, 23-25).

¹³⁷ BOLATOĞLU, H. (2004), "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara, s.35, detaylı bilgi için bkz. BADUR, E. ve B. ERTEM (2008), "Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü", *Rekabet Dergisi*, Sayı: 33.

¹³⁸ Bu görüş hakemlerden birisi tarafından ileri sürülmüştür.

¹³⁹ Yan sınırlamalar çalışmanın içeriği nedeniyle kapsam dışı tutulmuştur.

geleneksel yaklaşım olan yapısal – davranışsal şeklinde bir ayırmadan ziyade, Türk rekabet hukukunda yoğunlaşma işlemlerinde taahhüt mekanizması daha temel noktalarda eksiklikler içerdiğinden, taahhütlere yönelik genel prensipler temel alınarak sınıflandırılmıştır. Bu bağlamda tedbir kararları üç ana sınıf altında toplanabilir: 1- Taahhüt içermeyen tedbir kararları, 2- Komisyon'a verilen taahhüt kapsamında Kurul'un aldığı tedbir kararları, 3- Taahhüt içeren diğer kararlar. Bu sınıflandırmayla, Kurul'un aldığı sınırlı sayıdaki tedbir kararlarındaki eksik noktaların açığa çıkarılması ve bu çerçevede bir politika önerisi oluşturulması hedeflenmiştir.

5.1. Taahhüt İçermeyen Tedbir Kararları

Ulusal nitelikteki rekabetçi sorunlar taşıyan yoğunlaşma işlemlerinin, bir başka ifadeyle işlem taraflarının Komisyon'a taahhüt vermedikleri nitelikteki işlemlerin, çoğunluğunda Kurul, tarafların verdikleri bir taahhüt olmaksızın tedbir kararı almıştır. Buna örnek olarak verilebilecek önemli kararlar şunlardır:¹⁴⁰

Toros Tarım/Sümer Holding kararında,¹⁴¹ Sümer Holding'e ait Mazı Dağı fosfat tesislerinin satış ve işletme hakkının verilmesi yöntemleriyle özelleştirilmesi yoluyla Toros Tarım'a devredilmesi işlemine, kompoze gübre pazarında Toros Tarım hakim duruma geleceğinden, bu teşebbüsün toplam fosforik asit üretim kapasitesinin, 3 yıl sonra tekrar değerlendirilmek üzere, sınırlandırılması koşuluyla izin verilmiştir. *Balfour/Garanti Koza İnşaat* kararında¹⁴² ise, Balfour'un Garanti Koza İnşaat'ın yaklaşık yarısını almak suretiyle ortak girişim oluşması işlemine, tarafların ortak girişimle aynı pazarda faaliyet göstermesi, dolayısıyla koordinasyon riskinin var olması sebebiyle, taraflardan en az birinin Garanti Koza İnşaat'ın katıldığı ihalelere katılmaması şartıyla izin verilmiştir. Gene bir ortak girişim niteliğinde olan *Lufthansa/Güneş Express Havacılık* kararında,¹⁴³ Lufthansa'nın Güneş Express'in %50 hissesini alması, kalan %50 hissenin ise THY'ye ait olmasından dolayı, her iki ana şirketin de aynı ürün pazarında faaliyet göstermesi sebebiyle söz konusu ortak girişim "işbirliği doğurucu anlaşma niteliğinde" sayılmış ve yüksek pazar paylarının olduğu bazı yerel uçuşlarda işlem taraflarının tarifeli seferleri "en az" iki yıllığına dondurulması şartı getirilmiştir. Lisans devri şartını içeren *Glaxo*

¹⁴⁰ Ele alınan kararların dışında diğer kararlar: 19.3.1998 tarih ve 57-424-52 sayılı *Metro/Migros*, 24.9.1998 tarih ve 84-667/132 sayılı *TEAŞ*, 28.5.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New-Holland/Trakmak*, 18.2.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı *POAŞ* kararları. Kurul'un taraflardan düzenli bilgi vermesini istediği kararlara yer verilmemiştir.

¹⁴¹ 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı karar.

¹⁴² 3.8.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı karar.

¹⁴³ 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı karar.

Wellcome/SmithKline kararında,¹⁴⁴ genel anlamda ilaç sektöründe yer alan her iki şirketin birleşmeleri sonucunda oluşacak yüksek pazar payı sebebiyle Türkiye'deki bazı ilaç markalarının lisansının üçüncü kişilere devredilmesi ve devir sonrasında Kurul'un "haberdar" edilmesi şartıyla izin verilmiştir. Özelleştirme kapsamında *TÜPRAŞ* kararında¹⁴⁵ ise, *TÜPRAŞ*'ın Koç-Shell ortak girişim grubu tarafından devralınmasına, rafinaj pazarında hakim durumu güçlendireceğinden dolayı LPG ithaline yönelik tesislerin 3 yıl boyunca dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmelerine olanak tanıyacak şekilde kullanıma açılması koşuluyla onay verilmiştir. *TEDAŞ* kararında,¹⁴⁶ bu teşebbüse ait 17 bölgedeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine yönelik; münhasırlığa dair hükmün çıkarılması, sabit fiyat uygulamasının kaldırılıp fiyatların Enerji Bakanlığı'nca belirlenecek belli aralıkta seyretmesi ve eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmaması şartlarıyla onay verilmiştir. Son olarak *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi* devralma işleminde,¹⁴⁷ Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi'ni almasına "batan teşebbüs savunması" kapsamında izin verilmiş, ancak iki yıl içerisinde gazetenin Doğan Grubu'nun kontrolünde olmayan bir teşebbüse devredilmesi şartı getirilmiştir. Kararda oldukça ilginç bir şart daha konmuştur: eğer Vatan Gazetesi 2 yıl içerisinde satılmazsa, iki ay içerisinde "marka ve imtiyaz hakkının Rekabet Kurulu gözetiminde ihale yöntemi ile satılması", bu yöntemle de satış gerçekleşmezse ihaleyi takip eden 3 yıl boyunca Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi markasına ve imtiyaz hakkına sahip olmaya devam etmesi, fakat bunu bir süreli yayında kullanmamasına karar verilmiştir. Ayrıca Vatan Gazetesi yönetim kurulu başkanı Zafer Mutlu'nun devir sonrasında aynı anda hem Doğan Grubu'nda hem de buna rakip olması beklenen ve devir işlemi kapsamında olmayan Vatan Dergi Grubu'nda yöneticilik yapmasının koordinasyon riski oluşturacağından hareketle, Vatan Dergi Grubu'nda görevinin ve kontrolünün sona erdirilmesine karar verilmiştir.

Yukarıda ele alınan yedi önemli kararda da taraflarca verilmiş bir taahhüt bulunmamaktadır. 2.1. Bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere, Komisyon'un uygulamasında yoğunlaşma işlemlerinde taahhütler taraflarca verilmekte ve bu bağlamda Komisyon ya taahhüdü kabul ederek işleme onay vermekte ya da işlemi yasaklamaktadır.¹⁴⁸ Bidayet Mahkemesi'nin yaklaşımının da bu şekilde olduğu

¹⁴⁴ 3.8.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı karar.

¹⁴⁵ 21.1.0.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar.

¹⁴⁶ 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı karar.

¹⁴⁷ 10.3.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı karar.

¹⁴⁸ Aslan da idari işlemlerin kesinliği açısından şartlı izinlerin bir taahhüt alınması halinde verilmesi, aksi halde işleme izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. ASLAN, İ.Y. (2005) "Rekabet Kurumunun Kanun Değişikliği Önerisinin Düşündürdükleri", Rekabet Haber Bülteni, sayı:12, s.4)

tedbire, Kurul'un ortada bir taahhüt bulunmaksızın şartlı izin vermesinin – Kurul'un yetkisi olduğu farz edilse dahi- büyük sakıncaları içerdiği görülmektedir. Her şeyden önce rekabetçi endişeleri gidermenin genellikle pek çok yolu bulunmaktadır ve bu yolun seçimi doğal olarak teşebbüslere aittir. Çünkü Kanun'un amacı “rekabetin korunmasını sağlamaktır”,¹⁴⁹ teşebbüslere gereğinden fazla yükümlülük yüklemek değildir. Nitekim Bidayet Mahkemesi de –daha önce ele alınan¹⁵⁰- *easyJet* kararında orantılılık ilkesi bağlamında, taraflara en az külfet yükleyen tedbirin tercih edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak Kurul'un uygulaması buna paralel değildir. Örneğin, *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında taraflara lisans devri şartı getirilmiş, taahhüt alınmadığından sektörü şüphesiz Rekabet Kurulu'ndan daha iyi bilen sektördeki teşebbüslerin farklı yöntemlerle, mesela ilaç sektöründe önemli olan ar&ge kapsamında bir taahhülle, rekabetçi endişeleri gidermek isteyip istemedikleri belirsiz kalmıştır. Benzer şekilde *Toros Tarım/Sümer Holding* kararındaki gibi taraflardan taahhüt alınmaksızın kapasite kısıtı getirilmesi, teşebbüslerin ihracatlarındaki olası bir artışı da engelleyici niteliktedir ki bunun etkileri Kanun'un amacının dışına taşmakta ve ekonomiye negatif olarak yansıtılabilmektedir. Bu bağlamda getirilecek şartın kesinlikle sektörü bilen taraflarca ve rekabetin tesisi için gerekli minimum kısıtlamayla yapılması zorunludur. Halbuki *Toros Tarım/Sümer Holding* kararında, Kurul adeta olaya taraf teşebbüsler gibi, özelleştirme kapsamında olan Mazı Dağı fosfat üretiminin bölünerek satılması ya da kaynaktan diğer üreticilerin de yararlandırılması gibi seçenekleri de değerlendirip, bunların önünde teknik ve fiili engel bulunduğu sonucuna ulaşmış ve kapasite sınırlamasının en son seçenek olduğuna karar vermiştir. Bu yaklaşımın getireceği sıkıntılar en net *TEDAŞ* kararında ortaya çıkmıştır: Kurul'un münhasırlık ve sabit fiyata yönelik kararı, Enerji Bakanlığı'nca mevcut hukuki uygulamalar çerçevesinde uygulanabilir olmadığı ifade edilmiş, bu bağlamda Kurul da bu koşulların gerekli mevzuat değişikliği sağlandığında yerine getirilmesi şeklinde yeniden karar almıştır.¹⁵¹ Kısaca tarafların taahhüt vermemelerine rağmen Kurul'un tedbire başvurması taraflara gereğinden fazla şart koşulması, hukuken ya da fiilen imkânsızın istenilmesi gibi sorunları beraberinde getirebilecektir.

Taahhüdün bulunmaması, bunun nasıl uygulanacağına yönelik detaylı bilginin de olmamasına sebep vermektedir. Daha önce de belirtildiği üzere,¹⁵² Komisyon, Bidayet Mahkemesi kararı çerçevesinde, taahhütlerdeki teknik ya da ticari eksikliklerden sorumlu olmamakta, bu eksikliklerin bulunması durumunda

¹⁴⁹ Kanun'un 1. maddesi.

¹⁵⁰ Bkz. 3.3. Bölüm.

¹⁵¹ ULU, H. 2004, s. 63.

¹⁵² Bkz. 2.3. Bölüm.

ise taahhüdü kabul etmemektedir. Halbuki ortada taahhüt bulunmadığı için detaylı teknik bilgi, alınan tedbir kararının nasıl uygulanacağı da belirsiz kalmaktadır. Örneğin, *Toros Tarım/Sümer Holding* kararında kayyım atanmadığından, kapasitenin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının kontrolünün de yapılması imkansız hale gelmiştir. Teşebbüsün kapasitesinin rakiplerince kontrol edilmesinin de oldukça güç olduğu göz önüne alındığında, verilen kararın fiili bir etkisinin olacağını söylemek güçtür, bu durum tarafın insiyatifine bırakılmıştır. Benzer durum *Lufthansa/Güneş Express Havaçılık* kararında da geçerlidir: tarifeli seferlerin iki yıllığına dondurulduğunu kim kontrol edecektir? Aynı şekilde *TÜPRAŞ*'da Koç-Shell ortak girişim grubunun LPG tesislerini kullanıma açması nasıl denetlenecektir? Özellikle bu karar kapsamında üçüncü taraflarla ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümü için 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde hakem tayini düzenlemesinin yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında ise, lisansın nasıl olacağı, münhasır ve süresiz niteliği taşıyıp taşımayacağı gibi noktalar tamamen açıkta kalmıştır. Eleştiriye çok açık bir karar olan ve Danıştay'ın da hukuki dayanaktan yoksun bulunduğu¹⁵³ *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi*'nde ise, ortada bir taahhüt bulunmaması sonucunda Kurul'un işlem tarafı gibi davranarak detaylı bir tedbir kararı aldığı görülmektedir. Kararla ilgili şunlar söylenebilir:

- 1- Kararda *sadece* Kanun'un 4. maddesi açısından ele alınabilecek olan Zafer Mutlu'nun Vatan Dergi Grubu'ndaki yöneticiliği şart olarak kabul edilmiş, dolayısıyla söz konusu şart gerçekleşmezse, devir işlemi açısından şartın ihlaline ilaveten -Kurul kararında da belirtildiği şekliyle- Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılması da mümkün hale gelmiştir.
- 2- Uygulama açısından Kurul adeta kayyımın görevini gereksiz yere üstlenmiştir: satış iki yılda gerçekleşmezse, Kurul gözetiminde ihale yolu ile satılacaktır. Ancak normalde -Komisyon'un uygulamasına paralel- minimum bir fiyat belirlemeksizin satışın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde ihalede oluşacak fiyatın uygun olup olmadığına Kurul'un karar vermesi gibi yetkilerinin çok ötesinde bir durum ortaya çıkacaktır. İhalede satış için kararı Doğan Grubu alacaksa, bu durumda ihaleye çıkma hükmünün hiçbir anlamı kalmamaktadır.

Danıştay 13. Dairesi söz konusu karar kapsamında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6/3. maddesinde yer alan; Kurul'un yoğunlaşma işlemlerinde tedbir alabileceği ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebileceği hükmünü

¹⁵³ 13.2.2009 tarih ve 2008/ 13171 E. sayılı Danıştay 13. Daire kararı, s.4

Kanun'a aykırı görmemiş, ancak bu koşulların "Kanun'la uyumlu ve Kanun'da dayanağı olan koşullar" olması gerektiğine karar vermiştir. Bu açıdan, 13. Daire'nin Kurul'un şart ve yükümlülük koyma yetkisini tanıdığı, ancak bu yetkinin bağlama veya ayrımcılık yapılmaması gibi Kanun'u ihlal niteliğinde konuları kapsadığı şeklinde yorumladığını görmekteyiz. Kurul'un taraflara ihaleye çıkmaları vb. nitelikte koşul ileri sürmesinin, Danıştay'ın ifadesiyle "Kurul'un görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları içeren koşullar belirlemesinin" hukuki bir dayanağı olmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın kararı; teşebbüslerin taahhüt vermeleri ve Kurul'un da bu taahhüt bağlamında işleme izin vermesinin Kurul'un yetkisi kapsamında olduğu, ancak taahhüt verilmemesi halinde sadece Kanun'da dayanağı olan koşullar kapsamında izin verilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Söz konusu kararın Kurul'un koşul ileri sürme yetkisinin olmadığı, sadece tarafların verdiği taahhütleri kabul edebileceği şeklindeyse yorumlanamayacağı düşünülmektedir. Zira aksi durumda Danıştay kararında Kurul'un yetkisinin tartışmalı olduğu konularda koşullar belirlemesini değil, doğrudan her hangi bir koşul ileri sürmesini hukuka aykırı bulabilirdi. Hâlbuki kararda net olarak Kurul'un yetkisinin olmadığı alanlardaki koşulların hukuki dayanaktan yoksun olduğu hükme bağlanmıştır.

Alıcının uygunluğuna yönelik ise, *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında hiçbir şart yer almazken, *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi* kararında devir işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'deki eşikler gözetilmeksizin Kurul'un onayına tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak bu şart yeterli değildir: Kurul'un taahhüt kapsamında devir işleminde onay için ne gibi kriterler aradığının belirlenmesi gereklidir. Daha önce de belirtildiği üzere, alıcının gerekli finansal kaynaklara ve konuyla ilgili uzmanlığa sahip olması, kısaca ayrıştırılan işi rakip olarak devam ettirebilme özelliği taşıması önemlidir. Bu bağlamda Kurul'un onayının alıcının bu özellikleri taşıdığına yönelik olması gereklidir, aksi halde sadece satıcıdan bağımsız olmasının onaylanması yeterli değildir.

Ayrıca devre konu maddi ya da gayri maddi varlıkların içeriğinin net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin bazı sektörlerde müşteri portföyü esas noktayı oluştururken, tedbirde sadece devrin olması ve müşteri portföyünün yer almaması kararın etkin olmamasını da beraberinde getirebilecektir. Benzer şekilde *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında tarafın bir teşebbüse sadece bazı ilaç markalarının lisans devrini yapması ve bunların üretimi / geliştirilmesi için gerekli teknik bilgiyi vermemesi durumunda Kurul kararına uyulmuş ama pazarda etkin bir rekabet sağlanamamış olacaktır.

Kararlarda karşılaşılan bir başka sorun ise, rekabetçi endişelerin nasıl ortadan kalkacağına bazen net olmamasıdır. Örneğin *TÜPRAŞ*'ta LPG ithaline

yönelik tesislerin kullanıma açılması için verilen üç yıllık sürenin gerekçesiyle ilgili kararda hiçbir açıklama yoktur. Bu sürenin sonunda dağıtım şirketlerinin bu tesislere ihtiyacı kalıp kalmayacağı anlaşılamamakta, bu sebeple kararın rekabeti sağlayıcı olup olmadığı da belirsizleşmektedir. Aynı durum *Toros Tarım/Sümer Holding* için de geçerlidir: üç yıllık kısıtın gerekçesi yoktur. Bu kararda daha da sıkıntılı bir durum vardır: Kurul süreyi üç yılın sonunda tekrar değerlendirecektir. Bu durum şüphesiz devralan teşebbüs açısından belirsiz bir kısıtlama getirmekte, ticari hayat açısından zaruri olan belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

5.2. Komisyon'a Verilen Taahhütleri İçeren Tedbir Kararları

Çeşitli yoğunlaşma işlemlerinde işlem tarafı olan teşebbüsler Komisyon'a verdikleri taahhüt kapsamında Kurul'a da taahhütte bulunmuş ve işlem için izin almışlardır. *Syngenta/Advanta* kararında,¹⁵⁴ genel anlamda tohum üretiminde faaliyet gösteren taraflar, Komisyon'a Advanta'nın Türkiye de dâhil, Avrupa işlerinin tamamının elden çıkarılmasını içeren taahhütte bulunmuşlar, Kurul ise, işlemin ayçiçeği tohumunda hakim durum oluşturacağını, ancak Hisse Alım Anlaşması'nda yer alan taahhütler kapsamında ayçiçeği tohumunun üçüncü bir teşebbüse devri koşuluyla izin vermiştir. Benzer şekilde, *DSM/Roche* devir işleminde,¹⁵⁵ yem enzimleri pazarında rekabetin kısıtlanabileceği sonucuna ulaşılmış, ancak DSM'nin bu pazarla ilgili kendi faaliyetlerini Komisyon'un onaylayacağı bir teşebbüse devretmeyi taahhüt etmiş olması kapsamında işleme izin verilmiştir. *P&G/Gillette* kararında¹⁵⁶ ise, taraflar Komisyon'a verdikleri taahhütleri Türkiye'de de "gönüllü olarak" uygulamaya hazır olduklarını bildirmişler, bu bağlamda "Rekabet Kurulu'na verilen taahhüdün yerine getirilmesi" ve taahhütlerin yerine getirildiğinin her aşamada Kurum'a bildirilmesi bağlamında işleme izin verilmiştir. *Cookson/Foseco* devrinde,¹⁵⁷ izostatik sıkıştırılmış ürünler ve sünger filtreler pazarlarında rekabetin önemli ölçüde azalacak olmasına karşın, Komisyon'a verilmiş ve Kurul'ca da benimsenmiş olan; Foseco'nun izostatik sıkıştırılmış ürün işini başka bir teşebbüse satması, Cookson'ın sünger işinin ise elden çıkarılmasını içeren taahhüdün yerine getirilmesi koşuluyla izin verilmiş ve bu taahhüdün yerine geldiğinin Kurum'a tevsik edilmesine karar verilmiştir. *MTW/Enodis* kararında ise, Enodis'in buz makineleri pazarındaki bazı markalarının Komisyon tarafından onaylanacak elden çıkarma kayyımınca satılacağından hareketle işleme herhangi bir koşul ileri sürülmeksizin izin verilmiştir. Son olarak *Owens/Saint-Gobain* kararında,¹⁵⁸

¹⁵⁴ 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı karar.

¹⁵⁵ 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı karar.

¹⁵⁶ 8.9.2005. tarih ve 05-55/836-228 sayılı karar.

¹⁵⁷ 20.3.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı karar.

¹⁵⁸ 13.12.2007 tarih ve 07-90/1153-446 sayılı karar.

hakim durumun oluşacağı ilgili ürün pazarında -Komisyon'un kararıyla paralel biçimde- Owens şirketinin Belçika'nın Battice bölgesinde bulunan bu pazardaki üretim tesislerini üçüncü kişilere devretmesi koşuluyla izin verilmiştir.

Kararlar incelendiğinde, detaya inilmeksizin, Komisyon'un izin vermesi kapsamında yoğunlaşma işlemlerine onay verildiği görülmektedir. Kurul, bir yönüyle olayın takibini Komisyon yaptığından, değil bir kayyımın atanması, taahhüdün gerçekleştiğinin Kurum'a tevsik edilmesine bile gerek duymayacak kadar yüzeysel tedbir kararları almıştır.¹⁵⁹ Hatta *P&G/Gillette* ve *MTW/Enodis* hariç diğer dört kararda devir için her hangi bir süre dahi belirtilmemiştir. Kurul'un bu yaklaşımının şu sakıncaları doğurması muhtemeldir:

- 1- Alıcıların Kurum tarafından onaylanması gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır, bu muhtemelen Komisyon'un onaylayacağından hareketle konmamıştır. Ancak Komisyon'un onay vereceği alıcı, Türkiye açısından pazar gücü, dikey entegrasyon, çapraz hissedarlık, ortak yöneticiler gibi rekabeti bozucu özellik taşıması ya da Türkiye'de etkin rakip olamama gibi tedbiri etkin olmaktan çıkaracak niteliklerden dolayı uygun olmayabilir. Bu açıdan tüm yoğunlaşma işlemlerinde Komisyon'un kararı ne olursa olsun Kurul'un onayı gereklidir.
- 2- Komisyon'a verilen taahhüt her zaman - *P&G/Gillette*'de olduğu gibi- Türkiye'yi kapsamayabilir. Bu durumda aynı taahhüdü incelemeyen kabul etmek Türkiye'deki pazar şartları açısından sorun çıkarabilir. Örneğin Türkiye'de ayrıştırılan işi alacak uygun bir alıcı olmayabilir, bu durumda Komisyon'un *Boeing/McDonnell Douglas* kararındaki benzer bir davranışsal tedbir kararı daha uygun olabileceken Komisyon'un yapısal kararının aynen kabulü sorun oluşturabilir. Özellikle Türkiye'yi kapsamayan Komisyon kararlarında, kayyım, süreler, alıcının uygunluğu, pazarın yapısı vb. pek çok noktada sorunlar ortaya çıkabileceğinden bu kararların ulusal nitelikte ele alınıp, tarafların detaylı taahhüt vermesi şartıyla kabul edilmesi yerinde olacaktır.
- 3- Verilen taahhütlerin -ticari sırlar hariç- üçüncü tarafların hakları açısından da bilinmesi gerekmektedir, dolayısıyla "Komisyon'un onayladığı şekliyle"¹⁶⁰ taahhütlerin kabul edildiğinin kararlarda geçmesi yeterli değildir. Ayrıca Komisyon gözden geçirme şartı kapsamında¹⁶¹ taahhütlerde önemli sayılabilecek değişimlere gidebilmektedir. Bu durumda tarafların Kurul'a haber bile vermeden aynı yönde değişikliğe gidebilecekleri şeklinde son derece muğlak bir durum ortaya çıkmaktadır.

¹⁵⁹ *Syngenta/Advanta, DSM/Roche* ve *Owens/Saint-Gobain, MTW/Enodis* kararları.

¹⁶⁰ Bkz. *DSM/Roche, Cookson/Foseco* kararları.

¹⁶¹ Bkz. 4.2. Bölüm.

Özetle Komisyon'a verilen taahhütlerde Türkiye'nin dahil olup olmamasına bakılmaksızın Kurul'un taraflardan detaylı taahhüt istemesi, özellikle Türkiye'nin dahil olmaması durumunda gözetleme, pazarın yapısı, işin ayrıştırılması, alıcının uygunluğu vb. konuları daha dikkatli ele alması gerekmektedir.

5.3. Diğer Tedbir Kararları

Yerel nitelikte olan ve tarafların taahhüt verdiği toplam üç adet tedbir kararı bulunmaktadır. Bunlardan *Lapis/Anadolu İletişim* kararında¹⁶² Doğan TV bünyesinde bulunan Lapis A.Ş.'nin Anadolu İletişim A.Ş.'den ulusal karasal yayın hakkının devredilmesine, "tarafların verdikleri taahhütlere paralel olarak [...] sadece haber yayını yapan CNN Türk kanalının yayınında kullanılması koşuluyla" izin verilmiştir. Tarafların verdiği taahhüdün ise, yayın hakkının sadece CNN Türk için kullanılacağı şeklinde olduğu karardan anlaşılmaktadır.¹⁶³

Bu açıdan kararda her ne kadar taahhüt geçse de, özü itibarıyla bunun taahhüt verilmeyen tedbir kararlarından pek bir farkı olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca tedbirin içeriği de net değildir: CNN Türk haber kanalı olmaktan çıkarsa buna nasıl karar verilecektir? Kurul'un buna karar vermesi gerekli ve önemlidir, çünkü CNN Türk haber kanalı olmazsa, verilen devir işlemi de geçersiz hale gelecektir.

Marmara Gıda/GıdaSa kararında¹⁶⁴ ise, taraflar endüstriyel margarin pazarında hakim durum oluşabileceği bağlamında bazı ticari markalarının lisansını devretmeyi net olarak taahhüt etmişlerdir. Ancak taahhüt detaylı olmadığından, Kurul devir için 1 yıl süre vermiş, denetleyici uzmanın 30 gün içerisinde atanmasına hükmetmiş, devir gerçekleşmezse "asgari bir fiyat gözetmeksizin" denetleyici uzmanın¹⁶⁵ satmasına ve lisansların devrinde Kurul'un onayının alınmasına bağlı olarak izin vermiştir.¹⁶⁶ Bu kararda gözetim için bağımsız bir uzmanın atanması, işlemin Kurul'un onayına tabi olması ve devir gerçekleşmezse uzmanın satışı yapması şeklinde diğer kararlara göre önemli sayılacak gelişmeler bulunmaktadır. Ancak taahhüdü tarafların detaylı hazırlamaması sebebiyle Kurul, önceki bazı kararlarına benzer biçimde, tedbiri

¹⁶² 17.7.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı karar.

¹⁶³ Ibid, s.8

¹⁶⁴ 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar.

¹⁶⁵ Kurul'un Türkiye'deki uygulama için özellikle kayyım kelimesi kullanmaktan kaçındığı görülmektedir. Bu muhtemelen kayyımın atanmasının hakim veya mahkeme tarafından yapılmasından ve belli şartlara bağlanmış olmasından kaynaklanmaktadır, bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 'Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini' başlıklı 133. madde. Bununla birlikte hukuki bir altyapısı olmayan 'denetleyici uzman' kelimesinin kullanılması uygun görülmemiştir.

¹⁶⁶ Kararda 1997/1 sayılı Tebliğ'e referans verilmeksizin, dolayısıyla her hangi bir eşik gözetilmeksizin lisansların devrinde Kurul'un izni şart koşulmuştur.

detaylandırmaya çalışmış, bu ise daha önceden değinilen çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Ayrıca şart ve yükümlülük ayırımına gidilmediğinden, denetleyici uzmanın 30 günden sonra atanması devir işlemini geçersiz hale getirecektir. Bunlarla birlikte kararda pek çok eksik de bulunmaktadır: alıcının taşınması gereken özellikler, denetleyici uzmanın yetkisi ve görevleri, devredilecek markaların ayrıştırılması, gözden geçirme şartı gibi çeşitli temel noktalar yer almamaktadır.

Kurul'un tek detaylı tedbir kararı olan *Greencastle/Intergum*'da¹⁶⁷ ise, şekersiz sakız pazarındaki yoğunlaşmaya yönelik olarak taraflar bu pazardaki Nazar markasının lisansının devrini taahhüt etmişlerdir. Taahhüdün yerine getirildiğine karar verilen *Saadet Gıda/Greencastle* devri¹⁶⁸ incelendiğinde; tarafların devir işleminin nasıl gerçekleşeceğini, alıcının taşınması gereken özellikleri, gözden geçirme şartını, denetleyici uzmanın atanmasını ve yetkilerini, lisansın içeriğini ve devre konu markanın korunmasını da içerecek şekilde oldukça detaylı bir taahhüt verdiği görülmektedir. Kurul da Nazar'ın Saadet Gıda'ya devrine onay vermek için, markanın rekabetçi bir seviyede korunup korunamayacağına yönelik olarak; teşebbüsün finansal gücü, bağımsızlığı, tecrübesi, üretim kapasitesi, dağıtım gücü gibi faktörleri incelemiştir. Bu açıdan kararın Komisyon'un uygulamasına oldukça yakın olduğu söylenebilir. Ancak karar açısından önemli bir eksiklik de mevcuttur: söz konusu kararda şart ve yükümlülük ayırımına önceki kararlarda olduğu gibi gidilmemiştir.

Saadet Gıda/Greencastle devrinde ve 4.2. bölümde yer verilen gözden geçirme şartının Kurul'un yetkisini aşması olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı da önem arz etmektedir.¹⁶⁹ Danıştay, Kurul'un kararlarının kesin olduğunu, Kanun'un 55. maddesi kapsamında Kurul kararlarına itirazın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceğini, dolayısıyla Kurul kararındaki "konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmediğini" çeşitli kararlarında¹⁷⁰ hükme bağlamıştır. Ancak gözden geçirme şartı bağlamında taahhütte değişiklik yapılması ile Danıştay'ın söz konusu kararları arasında fark bulunduğu düşünülmektedir. Taahhüt kapsamında izin verilen Kurul kararlarında, taahhütteki değişiklik yeni bir karar olarak ortaya çıkmamaktadır, zira karar değişmemekte sadece taahhüt değişmektedir. Örneğin *Greencastle/Intergum*'da tarafların süre uzatım talebi, Kurul'un taahhütlerin

¹⁶⁷ 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı karar.

¹⁶⁸ 4.12.2008 tarih ve 08-69/1128-444 sayılı karar.

¹⁶⁹ Bu durum hakemlerden bir tanesi tarafından belirtilmiştir.

¹⁷⁰ 16.06.2005 tarih ve 2003/428 E., 2005/2175 K. sayılı İDDK kararı, 16.06.2005 tarih ve 2003/695 E., 2005/2176 K. sayılı İDDK kararı, 14.03.2006 tarih ve 2005/86 E., 2006/1413 K. sayılı 13. Daire kararı, 14.11.2002 tarih ve 2000/1111 E., 2002/4362 K. sayılı 10. Daire kararı.

yerine getirilmesine yönelik Başkanlığa yetki vermesi sebebiyle, Kurul kararı olmaksızın gerçekleşmiştir. Ancak, Kurul'un taahhüdün dışında şart içeren karar alması durumunda bu kararda değişikliğe gitmesinin (örneğin *Marmara Gıda/GıdaSa* kararındaki devir için verilen 1 yıllık sürenin uzatılması), Danıştay'ın yaklaşımları çerçevesinde mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, gözden geçirme şartına taahhüt kapsamında yer verilmesinin Kanun'un 55. maddesine aykırı olmadığı düşünülse de, Kurul'un bu noktadaki yetkisinin çok net olmadığı, dolayısıyla bu konuyu Danıştay'ın kararlarının belirleyeceği söylenebilir.

Yukarıda ele alınan *Marmara Gıda/GıdaSa* ve *Greencastle/Intergum* kararlarında lisans devri için taraflara yaklaşık bir yıllık süre verilmiştir. Komisyon'un uygulamasında normalde altı aylık süre öngörüldüğü, daha uzun sürelerin çeşitli sorunları beraberinde getirdiği¹⁷¹ göz önüne alınırsa, bu sürelerin uzun olduğu iddia edilebilir. Ancak bu konudaki hukuki alt yapıda önemli eksikliklerin var olması sebebiyle, teşebbüslere kısa süre verilmesinin teşebbüslerin izleyeceği yolun netleşmemesinden dolayı sıkıntı oluşturabileceği düşünülmektedir. Dolayısıyla Kurul'un bu kararlarda ön gördüğü sürelerin mevcut durumda yanlış olmadığı, ancak bu alandaki hukuki çerçeve belirginleşince sürelerin daha da kısıtlanması gerektiği düşünülmektedir. Buna ilaveten her iki kararda da marka devri değil, lisans devri öngörülmüş, ancak niçin marka devrine gerek olmadığı açıklanmamıştır. Nitekim lisans devri açısından müşteri bulmaya yönelik sorunlardan dolayı, Nazar markasının lisans devrinden altı ay sonra markanın da devredileceği Saadet Gıda ile yapılan sözleşmede yer almıştır.¹⁷² Ayrıca her iki karar arasında taahhüdün kabulü açısından da fark bulunmaktadır: *Marmara Gıda/GıdaSa* kararında taahhüt nihai incelemede ele alınmışken, *Greencastle/Intergum*'da ön incelemede kabul edilmiştir. Kurul'un Komisyon'un uygulamasına benzer şekilde her iki aşamada da taahhüt kabul etme yetkisinin olduğu düşünülmektedir. Ancak her iki işlemde de taahhütlerin oluşturulmasında izlenecek yöntemle ilgili (uzmanlarla tarafların görüşmesi, Kurul'un taahhüde yönelik yaklaşımı, taahhüdün verilme süreleri, tarafların uzmanlarca öngörülen rekabetçi endişelere yönelik itiraz hakları vb) belirsizliğin getirdiği bazı sıkıntılar da olmuştur. Bu açıdan izlenecek yöntemle yönelik hukuki alt yapının da ortaya konulması gereklidir.

Yukarıda ele alınan kararlardan daha farklı yapıda olan *Çimsa/Bilecik Hazır Beton* kararında,¹⁷³ Çimsa'nın Bilecik Hazır Beton'a ait hazır beton tesislerini devralması işleminde ön inceleme safhasında pazar payı bilgileri,

¹⁷¹ Bkz. 2.1. Bölüm.

¹⁷² *Saadet Gıda/Greencastle*, s. 7.

¹⁷³ 02.06.2008 tarih ve 08-36/481-169 sayılı karar.

tesislerin kapasite kullanım oranları ve piyasaya giriş koşulları dikkate alınarak izin verilemeyeceği sonucuna ulaşılmış ve işlem nihai incelemeye alınmıştır. Taraflar söz konusu kaygıları ortadan kaldırmak amacıyla Çimsa'ya ait hazır beton tesislerinin İpek İnşaat tarafından devralınmasını içeren ve bu devrin Çimsa/Bilecik Hazır Beton işleminin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirten bir sözleşme imzalayarak devir işlemi için izin almıştır. Önce belirle yöntemine örnek olan bu kararda alıcının uygunluğuna detaylı olmamakla birlikte yer verilmiş olmasına karşın, denetleyici uzmanın görevlendirilmemesi, gözden geçirme şartının bulunmaması gibi temel bazı eksiklikler görülmektedir.

5.4. Kanun Değişiklik Tasarısı

Meclis Alt Komisyon'undan geçen Kanun Tasarısı,¹⁷⁴ Kanun'un 7. maddesine koşullu izin açısından aşağıdaki eklemeleri öngörmektedir:

“Kurul, [...] işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir.[...] Şart ve yükümlülükler ancak 7 nci madde kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla taraflarca verilebilecek taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. [...] kararda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hallerinde, bu karar geri alınabilir. Kurul, iznin geri alınması veya bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle iznin ortadan kalması durumunda [...] gerekli gördüğü her türlü tedbiri alır.”

Kanun Tasarısı'nda öngörülen değişiklik, 2.2. bölümde ele alınan Komisyon'un uygulamasına paralel biçimde, Kurul'un taraflarca verilecek taahhütler bağlamında (bozucu) şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebileceğini net olarak hükme bağlamaktadır. Şart ve yükümlülükleri içeren taahhütlerin işlem taraflarınca verilmesi gerektiğinin Kanun'da yer alması, daha önce detaylı olarak ele alındığı üzere, Kurul'un karşılaşılabileceği pek çok sorunu ortadan kaldırıcı niteliktedir. Ancak söz konusu madde, tarafların verdiği taahhütlerin yerine getirilmesi için Kurul'un taahhütlerde yer almayan şart ve/veya yükümlülük ekleyebilmesini engelleyici bir hüküm içermemektedir.

Komisyon'un uygulamasına benzer şekilde yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ise, Kurul izin kararını geri alabilir ya da izin kararı yürürlükte kalabilir. Şartın ihlali durumunda sonuç daha nettir: izin ortadan kalkmaktadır. Ancak burada Komisyon'dan ayrılan bir nokta göze çarpmaktadır. Yükümlülüğün ihlali durumunda Kanun'un 17. maddesi kapsamında ceza

¹⁷⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

verilebilecekken, şartın ihlali için cezai bir yaptırım öngörülmemiştir, halbuki Komisyon her iki durum için de ceza verebilmektedir.¹⁷⁵ Dolayısıyla yükümlülük ihlalinde Kurul, hem izin kararını geri alabilmekte hem de ceza verebilmekteyken, daha ağır bir ihlal olan bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ise sadece izin ortadan kalkmaktadır. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden amacın, yükümlülüğün ihlalinin daha çok cezai yaptırım şeklinde, şartın ihlalinin ise iznin geri alınması biçiminde olmasının amaçlandığı iddia edilebilir. Diğer bir yaklaşım, şartın tarafların vereceği taahhüde bağlı olacak olması ve taahhütlere uyulmamasının 17. madde kapsamında ele alınmış olmasından hareketle, şartın ihlalinin de cezai yaptırımı tabi olduğu şeklinde olabilir. Fakat az önce de ele alındığı üzere Kanun Tasarısında, Kurul'un taahhütlerin dışında şart ileri sürebilme yetkisinin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, şartın ihlalinin de cezai yaptırım içermesinin Kanun'da yer almasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Diğer önemli bir nokta ise, 17. maddenin, 'yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmaması durumunda Kurul idari para cezası verir' hükmünü içermesidir. Benzer durumlar için Birleşme Tüzüğü 14. ve 15. maddelerinde Komisyon'un ceza verebileceği hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda önemsiz sayılabilecek yükümlülükler için (örneğin kayyımın bir hafta geç atanması), Komisyon ceza vermeme hakkına sahiptir. Halbuki Kanun'un düzenlenişinden, Kurul'un önemli ya da önemsiz her türlü yükümlülük veya taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda ceza vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada Kurul'a insiyatif tanıyacak şekilde, 17. maddenin "ceza verebilir" şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Ayrıca Kanun Tasarısı'nda bozucu şart kısıtı getirilmesinin bazı sakıncaları taşıdığı düşünülmektedir. Şart, genel olarak bozucu ve erteleyici olmak üzere ikiye ayrılabilir.¹⁷⁶ Borçlar Kanunu 149. madde çerçevesinde erteleyici şarta bağlı işlem, "ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder", aynı Kanun'un 152. maddesi çerçevesinde bozucu şarta bağlı işlem ise, "şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade etmez". 4.1. bölümde ele alınan açık alıcıyı içeren tedbir kararları bir yönüyle zaten erteleyici şart niteliğindedir: taraflar ayrıştırılacak işin alıcıya satışı için anlaşmaya varmadıkça yoğunlaşma işlemi yürürlüğe girmeyecektir, dolayısıyla işlem "ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade" edecektir. Bu bağlamda Kurul'un açık alıcı içeren taahhütlere bozucu şart çerçevesinde izin veremeyeceği düşünülmektedir. Daha

¹⁷⁵ Bkz. 3.3. Bölüm.

¹⁷⁶ AKSOY, N. vd. 2006, s.5.

önce açıklanan bazı durumlarda açık alıcı içeren taahhütlerin verilememesi ise, taahhüt mekanizmasının kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Son olarak, şart ve yükümlülüğün ihlalleri durumunda sonuçları arasında büyük farklar olacağı için, ikisi arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu ayrımın, gerekli görüldüğünde değişiklik yapılabilmesi açısından Kanun Tasarısı'nda düzenlenmemiş olması yerindedir. Bunun diğer mevzuat çerçevesinde yapılması Kurul'a bu konuda esneklik sağlayacaktır.

6. SONUÇ ve POLİTİKA ÖNERİLERİ

Komisyon yeni Duyuru'yla tedbirleri detaylı olarak ele almış, mahkeme kararları çerçevesinde izleyeceği yöntemi net olarak belirlemiştir. Duyuru, uygulama açısından önemli bir değişiklik içermemekle birlikte, taahhüt mekanizmasını detaylı olarak ele almasından dolayı teşebbüsler açısından belirlilik sağlamıştır. Bununla birlikte Komisyon'un davranışsal taahhüde hala uzak durmaya çalıştığı, bunun ise gerek mahkeme kararları gerekse teşebbüsler açısından bazı sorunları beraberinde taşıyabileceği düşünülmektedir.

Duyuru bağlamında Rekabet Kurulu'nun kararları ele alındığında, temel noktada önemli eksikliklerin bulunduğu göze çarpmaktadır. (Yeterli) Taahhütlerin verilmemiş olmasından da kaynaklanan bu durumu ortadan kaldırmak için Kurul'un adeta işlem tarafı gibi tedbir kararlarını detaylandırmaya çalışması beraberinde çok daha büyük sorunları getirebilecek niteliktedir. Komisyon'a verilen taahhütler kapsamındaki yoğunlaşmalara ise taahhütlerin içeriğinin yeterliliği, Türkiye açısından uygunluğu gibi konular incelenmeksizin izin verildiği, bunun da kendi içinde riskler taşıdığı görülmektedir. Bu çerçevede aşağıda Kurul'un izlemesi gereken yönetime yönelik ulaşılan sonuçlara yer verilmiştir:

- Kurul'un en kısa sürede taahhüt mekanizmasına yönelik bir Kılavuz yayımlaması gerekmektedir. Bu, gerek Kurul kararlarında istikrar sağlayacak, gerekse tarafların yükümlülüklerini bilerek *Marmara Gıda/GıdaSa, Lapis/Anadolu İletişim* örneklerinde olduğu gibi yüzeysel taahhüt vermemesini de beraberinde getirecektir. İşlem tarafları bu konuda yeterli bilgiye sahip olmayabileceklerinden dolayı, Komisyon'un taahhüt ve kayıym vekâletine yönelik metinlerine benzer nitelikte örnek metinlerin yayımlanması da bu süreci hızlandıracaktır. Ayrıca taahhütlere yönelik hazırlanacak olası Kılavuz'un -tedbir kararları daha çok yeni ve az sayıda olmasından hareketle- Komisyon'un Duyurusu kadar detaylı

olmaması, daha çok genel prensipleri içermesinin şimdilik daha doğru olacağı düşünülmektedir.

- Tedbir kararlarında şart ve yükümlülüğün ayrımı yapılmalı, bunlara uyulmamasının getireceği sonuçlar ise net olmalıdır. Bu ayrım, Komisyon'un *Syngenta/Advanta* kararında¹⁷⁷ olduğu gibi, taahhütlerin hangi kısımlarının şart, hangi kısımlarının yükümlülük olduğunun kararda belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, *P&G/Gillette*'de¹⁷⁸ olduğu şekliyle, yani yürürlükteki mevzuat ve kararlar çerçevesinde ayrımın yapılacağı belirtilmesi şeklinde de olabilir. Ancak ikinci yöntem için Kılavuz'un ve yeterli sayıda Kurul kararının bulunması gerekmektedir.
- Kurul, taahhütleri eksiksiz şekilde düzenlenmediği sürece kesinlikle kabul etmemeli, kararlarında kendisini taraf yerine koyarak taahhütte yer almayan şartları belirleme yoluna gitmemelidir.
- Tüm kararlarda denetleyici uzman şartı aranmalı, Kurul bu görevi üstlenmek gibi kendisi açısından gereksiz iş yüküne sebep olacak durumları kabul etmemelidir. Ayrıca denetleyici uzmanın görevi, atanması ve yetkilerinin detaylı biçimde taraflarca belirlenmiş olması da gereklidir.
- Şeklen satış işlemine onay vermek yerine, alıcının gerçekten söz konusu pazarda rekabet edebilecek kapasitesinin varlığı titizlikle ele alınmalıdır. Bunu sağlamak için en başta –taahhütte- alıcının sahip olması gereken özelliklere genel anlamda yer verilmeli, tedbir kararı *sadece* “üçüncü bir teşebbüse devredilmesi” şeklinde düzenlenmemelidir.
- Tedbir kararında getirilen kısıtlamaların rekabeti nasıl sağlayacağı detaylı olarak ele alınmalı ve gerekçelendirilmelidir. Bu açıdan özellikle süre kısıtlarının incelenmesi (benzer tesisin rakiplerce ne kadar sürede kurulabileceği, teknolojideki değişim için gereken zaman vb) gerekçekte, taraflara gereğinden fazla süre kısıtı getirmenin orantılı olmayacağı, az süre kısıtının ise tedbir kararının etkinliğini ortadan kaldıracağı göz önüne alınmalıdır.
- Taahhüt mekanizmasının yeni olmasından hareketle Kurul, yapısal taahhütleri net olarak davranışsala tercih ettiğini Kılavuz'da ve kararlarında belirtmeli, belli bir tecrübe kazandıktan ve Danıştay kararları çerçevesinde bu konu daha netleşmeye başladıktan sonra bu tercihi de kaldırmalıdır. Kurul'un davranışsal tedbirler almasıyla birlikte bu alanda önemli olan hakemliğin 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yeri ve rolü de belirlenmelidir.

¹⁷⁷ COMP M. 3465.

¹⁷⁸ COMP M. 3732.

- Taahhüt kapsamında devre konu maddi – gayri maddi varlıkların içeriği detaylı olarak ele alınmalı, Kurul sektörlerdeki teknik detayları bilemeyeceğinden hareketle özellikle rakip teşebbüslerle iletişime geçilerek devir açısından gerekli olanlar hakkında detaylı bir inceleme yapılmalı, bu konu sadece işlem tarafı olan teşebbüslere bırakılmamalıdır. Bununla birlikte rakip teşebbüslerin işleme objektif yaklaşamayabileceklerinden hareketle, bu yoldan elde edilecek bilgiler “sağlam bulgularla desteklenmesi halinde göz önüne alınmalıdır”.¹⁷⁹
- Kurul’un ayrıştırmaya yönelik taraflara verdiği uzun sürelerin, mevcut durumda hukuki alt yapıdaki eksikliklerden dolayı yanlış olmadığı söylenebilse de, gerekli mevzuat ve kararların oluşmasıyla bu sürelerin tedbirlerin etkinliği açısından kısaltılması gerekmektedir.
- Taahhüdün oluşturulmasında izlenecek yöntem ve hangi aşamada kabul edilebileceği gerekli hukuki çerçeve oluşturularak belirlenmelidir. Bu durum Kurum raporörleri kadar taraflar açısından da gereklidir.
- Kurul verdiği kararların etkinliğini Komisyon’un ve FTC’nin çalışmalarına benzer şekilde takip etmeli, buradan edineceği tecrübeleri kararlarına ve gerekli mevzuata yansıtmalıdır.
- Son olarak, taahhütlerin detaylı biçimde incelenmesi gerektiğinden, Komisyon’daki yaklaşım çerçevesinde bu alanda uzmanlaşmış bir grubun / birimin oluşturulmasının tedbir kararlarının etkinliği açısından gerekli olduğu da düşünülmektedir.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Aynı yaklaşım için bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, ‘Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri’ başlıklı 27. paragraf,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.doc>

¹⁸⁰ Aslan da benzer bir yaklaşım sergilemektedir: “Yasaklama ya da koşullu izin kararları verilmeden önce tarafların konuya ilişkin görüşlerinin alınmasına ve varsa taahhütlerin sunulmasına imkân tanınması ise Komisyon’da bulunan "Merger Task Force" ile müzakere benzeri bir mekanizmanın ilk defa olarak Kanun’un içerisinde gündeme gelmesine yol açacaktır.”, ASLAN, İ. Y. 2005, s.4.

KAYNAKÇA

AKSOY, N., H. BOLATOĞLU, Ş. YAVUZ (2006), “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, *Rekabet Dergisi*, Sayı: 25, s. 3-28.

ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Kitabevi

ASLAN, İ.Y. (2005), “Rekabet Kurumunun Kanun Değişikliği Önerisinin Düşündürdükleri”, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı: 12, s. 3-6.

BADUR, E. ve B. ERTEM (2008), “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı: 33, s. 3-59.

Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

Birleşme Tedbirleri Çalışması, (*Merger Remedies Study*), http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

Birleşme Tüzüğü, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

BOLATOĞLU, H. (2004), “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara

‘Commitments to the European Commission’,

<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>

Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L 257/90

CRAIG, P. ve G. De BURCA (2003), *EU Law Text, Cases, and Materials*, 3. Baskı, Oxford University Press

Duyuru, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 [2008] OJ C 267/01

Eski Duyuru, Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 [2001] OJ C 68/3

EZRACHI, A. (2006), “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No: 29(3), s. 459- 479.

International Bar Association, Antitrust Committee (2007), "Submission of the IBA Working Group on the European Commission's Draft Notice on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004",

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/iba_2.pdf

FTC Çalışması (1999), A Study of the Commission's Divestiture Process,

<http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>

GRIMALDI e ASSOCIATI (2007), "Comments of the Grimaldi e Associati on the Draft Commission Notice",

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/grimaldi.pdf

GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS, (2009), "Yoğunlaşmaların kontrolünde taahhüt ve koşullu izin yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, Yayımlanmamış Tebliğ

GÜRZUMAR, O. (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin

GÜVEN, P. (2005), Rekabet Hukuku, Yetkin, Ankara

ICN (2005), Merger Remedies Review Project,

http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Remedies_Study.pdf

IP/05/1327, 21 Ekim 2005,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1327&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

IP/07/544, 24 Nisan 2007,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/544&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.doc>

LOUIS, F., S.B. VÖLCKER ve G. ACCARDO (2008), "New EU Commission Notice on Remedies in Merger Cases",

<http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=8526>,

Erişim Tarihi: 14.04.2009

LINDSAY, A. (2006), *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, London, Sweet and Maxwell

MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, *Antitrust Bulletin*, 52(3), s. 603-631.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

‘Statistics’, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

SENYÜCEL, O (2005), “An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test”, *Ankara Law Review*, No: 2(2), s.171-187.

SJ BERWIN (2007), “Comments on Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation”,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/berwin.pdf

Taslak Tedbir Duyurusu,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf

‘Trustee Mandate’,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf

ULU, H. (2004), “Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete

KURUL KARARLARI

Balfour/Garanti Koza İnşaat, 3.8.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı karar

Cookson/Foseco, 20.3.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı karar

Çimsa/Bilecik Hazır Beton, 02.06.2008 tarih ve 08-36/481-169 sayılı karar

Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi, 10.3.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı karar

DSM/Roche, 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı karar

Glaxo Wellcome/SmithKline, 3.8.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı karar

Greencastle/Intergum, 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı karar

Lapis/Anadolu İletişim, 17.7.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı karar

Lufthansa/Güneş Express Havacılık, 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı karar

Marmara Gıda/GıdaSa, 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar
Metro/Migros, 19.3.1998 tarih ve 57-424-52 sayılı karar
MTW/Enodis, 18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı karar
New-Holland/Trakmak, 28.5.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı karar
Owens/Saint-Gobain, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1153-446 sayılı karar.
P&G/Gillette, 8.9.2005. tarih ve 05-55/836-228 sayılı karar.
POAŞ, 18.2.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı karar
Promatech/Sulzer, 16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı karar
Saadet Gıda/Greencastle, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1128-444 sayılı karar.
Syngenta/Advanta, 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı karar
TEAŞ, 24.9.1998 tarih ve 84-667/132 sayılı karar
TEDAŞ, 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı karar
Toros Tarım/Sümer Holding, 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı karar.
TÜPRAŞ, 21.1.0.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar

DANIŞTAY KARARLARI

13.2.2009 tarih ve 2008/ 13171 E. sayılı Danıştay 13. Daire kararı
14.03.2006 tarih ve 2005/86 E., 2006/1413 K. sayılı 13. Daire kararı
16.06.2005 tarih ve 2003/428 E., 2005/2175 K. sayılı İDDK kararı
16.06.2005 tarih ve 2003/695 E., 2005/2176 K. sayılı İDDK kararı
14.11.2002 tarih ve 2000/1111 E., 2002/4362 K. sayılı 10. Daire kararı

KOMİSYON ve MAHKEME KARARLARI

ARD k. Komisyon [2003], Dava T-158/00
BaByliss SA k. Komisyon [2003], Dava T-114/02
Cementbouw k. Komisyon [2006] Dava T-282/02
easyJet k. Komisyon [2006] Dava T-177/04
EDP k. Komisyon [2005] Dava T-87/05
Gencor k. Komisyon [1999] Dava T-102/96

General Electric k. Komisyon [2005] Dava T-210/01
Komisyon k. Tetra Laval [2005] C-12/03 P
Petrolessence SA ve SG2R k. Komisyon [2003], Dava T-342/00,
Royal Philips Electronics k. Komisyon [2003], Dava T-199/02
Boeing/McDonnell Douglas, COMP/M.877
B Sky B/ Kirsch Pay TV, COMP/JV.37
General Electric/Honeywell, COMP/M. 2220
Nestlé/Perrier, COMP/M.190
P&G/Gillette, COMP/M. 3732
Syngenta/Advanta, COMP/M. 3465
Tetra Laval/Sidel, COMP/M.2416
Totalfina/Elf, COMP/M. 1628

**MERGER REMEDIES UNDER TURKISH COMPETITION LAW
AND MODERNIZED EC NOTICE:
MINOR ISSUES OF BIG IMPORTANCE**

*TÜRK REKABET HUKUKUNDA VE YENİLENMİŞ
AVRUPA KOMİSYONU DUYURUSUNDA
YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNDE TAAHHÜT:
KÜÇÜK KONULARIN BÜYÜK ÖNEMİ*

Hanna STAKHEYEVA*

Abstract

This paper presents an overview of the essential issues that play a role in formulation and implementation of effective merger remedies in the European Community, such as the major principles applicable to merger remedies, rights and role of third parties, issue of confidentiality and access to information, advantages and disadvantages of structural and behavioral remedies, etc. Despite the lack of specific rules on merger remedies in Turkey, the paper also analyzes the existing practice and provisions on merger remedies under the Turkish Competition law in the light of the European rules and suggests that Turkey should adopt its detailed rules on merger remedies especially considering Turkey's integration to the EU and in order to increase transparency and certainty of business parties. With that view the paper may serve as a guide for the Turkish Competition Authority in drafting their own special rules on merger remedies.

Key Words: *Merger Remedies, SIEC Test, EC Notice, Confidentiality, Third Parties.*

Öz

Bu çalışma Avrupa Birliği'ndeki etkin birleşme taahhütlerinin formülasyon ve uygulamasında rol oynayan birleşme taahhütlerine uygulanabilir önemli ilkeler, üçüncü tarafların hak ve rolleri, bilgiye erişim ve gizlilik konusu, yapısal ve davranışsal taahhütlerin avantaj ve dezavantajları gibi elzem onların genel bakışını sunmaktadır. Türkiye'de birleşme taahhütlerine özgü kuralların

* University of Amsterdam, LL.M.

yokluğuna rağmen, çalışma Türk Rekabet hukukundaki var olan uygulamayı ve birleşme taahhütlerine getirilen koşulları analiz etmekte ve özellikle Türkiye'nin AB'ye entegrasyonu, şeffaflığı ve iş aleminin belirliliğini artırmak bakımından, Türkiye'nin birleşme taahhütlerine ilişkin olarak detaylı kuralları benimsemesini önermektedir. Bu görüşle çalışma, Türk Rekabet Kurumu'nun birleşme taahhütlerine ilişkin kendi kurallarını tasarlarken bir rehber hizmeti görebilir.

Anahtar Kelimeler: Birleşme taahhütleri, SIEC testi, Avrupa Komisyonu Duyurusu, Gizlilik, Üçüncü taraflar.

INTRODUCTION

The process of formulation and procedural implementation of effective merger remedies depends on a number of small, but essential issues, such as: the substantive test; the role of third parties; the issue of who may propose the commitments; confidentiality and information asymmetries; the choice between structural or behavioural remedies; the degree of interaction between the antitrust authority and the merging parties, as well as cooperation of the antitrust authorities at the remedy stage, should a transaction trigger competition concerns in several jurisdictions. The recently adopted modernized EC Notice on Merger Remedies¹ has clarified and modified these issues and is expected to have direct influence on the adoption of the respective rules on merger remedies in the Republic of Turkey, which should result in more converging approaches of the two jurisdictions to conditional clearance decisions.

The importance of convergence of the Turkish and the European approaches to the formulation of merger remedies cannot be underestimated. First of all, Turkey is the first and only country that has the Customs Union with the EU without being a member of the EU, and the seventh biggest trade partner of the EU.² Secondly, Turkey is an accession candidate country and it is under an obligation to “ensure that its legislation in the field of competition rules is made compatible with that of the European Community, and is applied effectively.”³

¹ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, 22.10.2008 EN Official Journal of the European Union C 267/11 (the New Merger Remedies Notice)

² Rehn, O. (2008), “45 Years from the Signing of the Ankara Agreement: EU-Turkey – cooperation continues,” SPEECH/08/581, Conference on EC Turkey Association Agreement, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/581&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> 7.03.2009

³ Decision of Association Council 1/95 concerning the completion of the Customs Union between Turkey and the EU (hereinafter – Customs Union Decision). Moreover, Turkey 2007 Association Partnership stresses the importance of fulfilling the commitments of “legislative approximation

Despite the fact that the government of Turkey has shown great progress in harmonising its legislation to the EU rules,⁴ the alignment process must continue,⁵ particularly following the reform of the EC merger control regime, as a result of which a number of differences has appeared between the Turkish and European systems.

Thirdly, in recent years “mergers and acquisitions involving EU and Turkish companies have increased dramatically.”⁶ According to Article 43 of the Customs Union Decision in cases where the Turkish and EU undertakings are involved, both the Turkish Competition Authority (the TCA) and the European Commission (the EC or Commission) are the competent authorities. Most of such mergers and acquisitions meet the relevant thresholds and have to be notified both to the Commission, in accordance with the EC Merger Regulation 139/2004, and to the TCA, as provided for in Law No.4045 on Protection of Competition. The notified transactions may be cleared unconditionally, cleared conditionally or simply prohibited. The Commission in practice more frequently resorts to the conditional clearance decisions, rather than to straightforward prohibition of mergers. With that view it has been constantly developing and improving its rules on merger remedies. Conditional clearance decisions have also begun to be increasingly rendered in the Republic of Turkey⁷ because merger remedies are able to modify the outcome of the transaction and at the same time lead to the realisation of certain merger benefits. However, unlike the Commission, Turkey still lacks detailed rules on merger remedies.

The problem may arise where the merger, which has to be notified both to the EC and to the TCA, is faced with differing remedies. This puts additional burden on the parties concerned and ultimately may lead them to abandon the transaction.⁸ Therefore, the antitrust authorities of both jurisdictions in rendering the conditional clearance decisions should be careful not to impose additional

and implementation of the *acquis* in accordance with the commitments made under the Association Agreement, Customs Union and related decisions of the EC-Turkey Association Council.”

⁴Atak, E. (2005) Harmonisation of Turkish Legislation and Practice with that of The European Union, http://www.tbmm.gov.tr/ul_kom/kpk/pre1.doc 7.04.2009; OECD (2005) Peer Review, pp. 24-28.

⁵ Competition: International Dimension and Enlargement – Turkey – Adoption of the Community *Acquis*, Evaluation 2008, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/e12113.htm>

⁶ Rehn 2008.

⁷ According to the official information, in 2007 the Competition Board adopted 17 conditional clearance decision, in 2005 - 6 conditional clearances, in 2003 – only 2, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge89/7.pdf>, 7.04.2009

⁸ OECD, (2005) Roundtable Discussion on Cross-Border Remedies in Merger Review. Turkey. DAF/COMP/WP3/WD92005)11 , p.2.

burden on the parties concerned. The recent practice shows that the TCA sometimes takes into account the merger remedies in decisions rendered by the Commission. For example, in several of its decisions the TCA has imposed exactly the same remedies as the Commission.⁹ However, this is not always the case. In some cases where the Commission identifies no competition concerns in transaction, the Turkish Competition Authority does impose remedies on the parties which are related to the adverse affects of the merger that are likely to occur only within the Turkish boundaries.¹⁰ While this is acceptable, as each jurisdiction is characterized by its “special features of the local regulatory framework and economic context”¹¹, similar approach of the two jurisdictions to the merger remedies can contribute to more effective remedies, as well as help to avoid conflicting and very often overly burdensome remedies, uncertainties both for the private parties and the competition authorities.

With that view, this paper provides an overview of the legal framework for merger remedies in Turkey and the EU. With the view to determining the problematic and diverging areas, it discusses and draws parallels between the Turkish and European approaches to merger remedies by analyzing such essential issues in the formulation and implementation of effective merger remedies as: the substantive test; the role of third parties; the issue of who may propose the commitments; confidentiality and information asymmetries; the degree of interaction between the antitrust authority and the merging parties; and advantages and disadvantages of structural and behavioral remedies. In addition, the paper provides insights at the major novelties introduced by the new EC Merger Remedies Notice. Furthermore, the paper suggests that Turkey adopt its specific guidelines on merger remedies especially considering Turkey’s integration to the EU and in order to facilitate the design and implementation of merger remedies in line with the TCA’s requirements, increase transparency in the merger control and certainty of the business parties, as well as make the cooperation of the EC and TCA easier.

1. LEGAL FRAMEWORK OVERVIEW

In case a merger raises significant competition concerns, its success largely depends on the design and implementation of the effective remedy or in other

⁹ *Owens-Saint Gobain*, 2007, No. 07-90/1153-446 (Case No COMP/M.4828); *DSM-Roche Vitamins*, 2003, No. 03-60/730-342 (COMP/M.2972); *Procter & Gamble-Gillette*, 2005, No. 05-55/836-228 (Case COMP/M.3732); *Syngent-Astrazeneca*, 2004, No.04-49/673-171 (*Syngent CP-Advanta*, Case COMP/M.3465).

¹⁰ *Rockwood-SudChemie*, 2005, No.05-88/1229-358; *Glaxo-SmithKline*, 2000, No.00-29/308-175.

¹¹ The Merger Remedies Matrix. Synthesis Report. A cross-country comparison of merger remedies: Experience and practice (2008), p.5.

words undertakings or commitments¹² put forward by the parties to the transaction to deal with competition concerns. As the competition Commissioner Neelie Kroes correctly pointed out, “remedies are very important in merger control as they may clear the way for companies to merge, while at the same time ensuring that effective competition is maintained.”¹³ Merger remedies in conditional clearance decisions provide the merging parties with more options as to the outcome of their merger notification. At the same time the conditional decisions make the antitrust authorities more intervening in the transactions. In order to be able to resort to merger remedies and effectively apply them, as well as make the antitrust authority’s intervention in the transaction more understandable and predictable for the parties, the relevant legal framework is essential.

In the European Union the legal basis for merger remedies is to be found in Article 6(2), Article 8(2) of the EC Merger Regulation 139/2004 (ECMR).¹⁴ It states that the Commission may decide to declare a concentration compatible with the common market following modifications by the parties. In October 2008 the European Commission finally adopted a new Notice on Merger Remedies with a view to providing an improved guidance on such modifications by modernizing the previous Merger Remedies Notice¹⁵ in the light of the ECMR and Implementing Regulation¹⁶ and clarifying to companies how best to respond to the competition concerns identified by the Commission in the course of merger clearance process in order to get a deal through.

In particular, the new Merger Remedies Notice introduces Form RM for submitting information on the proposed merger remedies; clarifies the role of the Trustee in the structural remedies; describes divestiture and access remedies in more detail. Furthermore, it explains and stresses the importance of a new principle - “requisite degree of certainty of implementation”, as well as changes

¹² Terms “remedy”, “commitment” and “undertaking” are used interchangeably, according to Blanke, G. (2006) *The Use and Utility of International Arbitration in the EC Commission Merger Remedies*, Europa Law Publishing, Groningen, p. 5.

¹³ Kroes, N. (2008), “Mergers: Commission revises Remedies Notice and amends Merger Implementing Regulation,” <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1567&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 7.03.2009.

¹⁴ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004, p.1-22.

¹⁵ Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, OJ C 68, 02.03.2001, p.3.

¹⁶ Commission Regulation (EC) No 802/2004 of April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 133, 30.04.2004, p.1., Chapter VI.

the substantive/compatibility test from dominance to significant impediment of effective competition. In addition, the new Merger Remedies Notice increases the interaction between the parties and the Commission in designing merger remedies by providing the parties with a possibility to withdraw unnecessary commitments and/or to modify merger remedies at a certain stage. Some scholars¹⁷ criticize the new EC Merger Remedies Notice for being too detailed, as it implies that the Commission will not be flexible in its approaches to merger remedies. However, this is not necessarily true. The Commission simply has provided the companies with more guidelines and explanation with regard to what the Commission expects from the parties.

In the Republic of Turkey there are no specific provisions or “explanatory tools”¹⁸ on merger remedies despite the fact that the Turkish competition law has been deeply influenced by the European Union competition law.¹⁹ Interestingly, but there are no clear provisions in the Turkish Law No. 4045 on Protection of Competition,²⁰ which empower the TCA to render the conditional clearance decisions either. The only basis for merger remedies can be found in the Article 6 of the Communiqué 1997/1 on Mergers and Acquisitions²¹ which stipulates that the Board may authorize a merger on condition that other measures deemed appropriate by it are taken and certain obligations are complied with. Some scholars²² argue that this is not enough for the TCA to be able to render conditional clearance decisions and that the Article 6 of the Communiqué should be in the text of the Law on Protection of Competition.²³ On the other hand the power of the TCA to issue communiqués is provided for in Article 7 of the

¹⁷ Senyuçel, O. (2009), “Inferences for Turkey in the Light of New EC Commission Notice on Remedies,” Symposium, Remedies in Merger Control, Istanbul, 17 June 2009.

¹⁸ Toksoy, F.M. (2007), Competition Law Aspects of Mergers and Acquisitions in the EU and Turkish Law: Does Turkey Call for a Merger Reform? The Answer and a Policy Proposal. PhD Thesis, European Community Institute, Marmara University, Istanbul, p.315, <http://www.actecon.com/TOKSOY%20Thesis.pdf>.

¹⁹ Erdem, H.E. (2006), “Turkey follows Europe’s lead on competition,” International Financial Law Review, <http://www.iflr.com/Article/1984516/Turkey-follows-Europe39s-lead-on-competition.html>, 7.04.2009.

²⁰ Law on Protection of Competition No 4054, Turkey, Official Gazette *No* 22140, 13.12.1994.

²¹ Communiqué 1997/1 on the Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization of the Competition Board, Turkey, Official Gazette No 23078, 12.08. 97.

²² Erdem, E. (2009) Galatasaray University, Symposium, Remedies in Merger Control, Istanbul, 17 June 2009.

²³ In fact, there is a draft Law on protection of competition on the agenda of the Turkish Parliament which explicitly cites merger remedies in Article 7 of the Law.

Law on protection of Competition.²⁴ Hence, the law directly refers to the *communiqués*, so it can be implied that the TCA has power to resort to conditional clearance decisions.

The Decision of Association Council 1/95 concerning the completion of the Customs Union between Turkey and the EU (Customs Union Decision or Bilateral agreement) provides, though not explicitly, some additional legal framework for merger remedies. To be more specific, the TCA and the Commission have been cooperating closely on the basis of Article 43 of the Customs Union Decision, which stipulates that the TCA notifies and requests the Commission to apply certain measures should the Competition Board of the TCA believe that the merger on the territory of the EU affects competition in the territory of Turkey. This is a reciprocal right and obligation which means that the Commission is also authorized to request the Turkish Competition Board to resort to certain measures to restore competition in the market. Following the request, the notified party at first considers whether or not to resort to certain actions. It is a sole discretion of the notified party to undertake or not certain action with respect to the notified request. Similarly, it is a sole discretion of the notifying party to undertake the enforcement action with respect to certain transaction. In any case it is under the obligation to inform the notifying party of its decision and outcome.

Furthermore, Article 36 of the Customs Union Decision, which stipulates that the EC and the Turkish Competition Authority shall exchange information, taking into account the limitations imposed by the requirements of professional and business secrecy, can also be applied in the process of cooperation of the antitrust authorities at the remedy stage. Apart from that, there are no clear rules for cooperation in the merger review.

It is clear from the abovementioned that the EC, unlike Turkey, provides a solid legal framework for merger remedies. The absence of explicit provision in law, as well as detailed guidelines on merger remedies in Turkey complicates the cooperation of the TCA with the Commission at the stage of merger remedies, particularly when there are no clear rules for cooperation in merger review. Moreover, it implies that there is not enough transparency and the parties to the transaction do not have sufficient information and certainty as to how the Turkish Competition Board formulates the remedies. Adopting the specific rules on

²⁴ “The Board shall declare, via *communiqués* to be issued by it, the types of mergers and acquisitions which have to be notified to the Board and for which permission has to be obtained, in order them to become legally valid.”

merger remedies would “create an assessment discipline both for the notifying parties and for those who review the transactions.”²⁵

2. ESSENTIAL ISSUES IN MERGER REMEDIES

It can be argued that formulation and implementation of effective merger remedies depends on a number of issues, such as the role of third parties, the choice between the structural or behavioral remedies, the key principles applicable to merger remedies, etc. To assess each of the issues and understand their importance for the merger remedies process, the paper will first look at the issues that have been introduced by the modernized EC Notice and which are formally missing in Turkey; however, a careful examination of such issue will be useful for the TCA in the process of drafting its guidelines on merger remedies (2.1). The second section of this chapter will deal with essential issues that exist, but they are diverging in the two jurisdictions (2.2). The converging issues will be discussed in the final section of this chapter (2.3).

2.1 Essential and New Under the Modernized EC Notice

This section of the paper provides an overview of the issues that are important for the formulation of an effective remedy, which have been introduced or modified by the new EC Merger Remedies Notice and formally are missing in the Turkish law. Careful examination of such issues may contribute to the prospective adoption of the specific rules on merger remedies in Turkey and the improvement of the current practice of the TCA in this sphere.

2.1.1 Requisite Degree of Certainty of Implementation

The antitrust authority should accept the commitments from the merging parties only where it has no doubts as to their success in dealing with the competition concern and the effective implementation.

The modernized Merger Remedies Notice introduces a new condition for the acceptable commitments, namely that the Commission must be able to conclude “with the requisite degree of certainty”²⁶ that the remedies will be implemented. Such formulation emphasizes the importance of a remedy to be comprehensive, effective and sufficiently workable. Such “workability” of a remedy may depend on a variety of related factors, such as: third party rights in relation to the business or difficulties in finding a suitable purchaser. It is for the parties to remove such uncertainties as to the successful implementation of the remedy proposed or compensate such uncertainties by proposing an alternative

²⁵ Toksoy 2007, p.316.

²⁶ Point 10 of the new Merger Remedies Notice

remedy, i.e. ‘crown jewel,’ in order to get a green light from the Commission. Otherwise, as provided for in Point 14 of the new EC Merger remedies Notice, the Commission may prohibit the transaction if the parties submit such commitments that it is impossible for the Commission to conclude with a requisite degree of certainty that the remedies will be implemented fully and that they will restore the effective competition on the market. In other words, the remedies proposed by the parties should be clear and certain, “comprehensive and effective”²⁷. The parties must approach the Commission with the commitments explaining them in considerable detail²⁸ in order to convince the Commission about the success of the eventual outcome of the merger remedies process.

To be able to conclude with the requisite degree of certainty that the remedies will be successfully implemented, the Commission in its turn may resort to insisting on including in the text of the commitments some *additional safeguards*, such as ‘up-front’²⁹ or ‘fix-it-first’³⁰ provisions. The difference between the two provisions can be clearly spotted with the help of the divestiture example. In the case of ‘*up-front*’ provision, the parties are not obliged to identify a buyer, but simply undertake that they are not going to complete the notified transaction before they have entered into an agreement with a purchaser for the business to be divested³¹ and have implemented the remedy approved by the Commission. This creates considerable incentives for the parties concerned to implement the remedy as soon as possible in order to be able to complete the transaction. ‘*Fix-it-first*’ provision implies that the parties make the identity of the purchaser, as well as the substance of a binding agreement between them, known to the Commission during the process of approving remedies. As explained in the new Merger Remedies Notice,³² fix-it-first provisions are normally included in the decisions when the identity of the buyer is crucial, e.g. when there is only a limited number of potential buyers considered suitable. Hence, the main difference between the ‘up-front’ and ‘fix-it-first’ is that in the case of the latter option the identity of the buyer is known to the Commission prior to authorization.

²⁷ *General Electric v Commission*, (2005), Case T-210/01, ECR II-5575, Para 52.

²⁸ Korah, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 422.

²⁹ This provision can be found both in the previous Merger remedies Notice, Point 20, and the new Merger Remedies Notice, Point 53.

³⁰ A ‘fix-it-first’ provision has been recently introduced by the new Merger remedies Notice, Point 56.

³¹ For example, *Omya/Huber PCC*, Case COMP/M.3796, *DSM/Roche Vitamins*, Case COMP/M.2972.

³² Point 57 of the new Merger Remedies Notice.

Another example of additional safeguards from the parties required by the Commission in case there is no “requisite degree of certainty” in the implementation and success of the commitments is the ‘*crown jewel*’ provision. The ‘crown-jewel’ is a term introduced by the new Merger Remedies Notice for the alternative remedies.³³ It implies that when the Commission has doubts that the proposed remedies would be successfully implemented due to their complexity or existence of third party pre-emptive rights, the parties to the transaction must propose the second alternative remedy which they will be obliged to implement should they fail to implement their initial commitments. Such second commitments should be at least as effective as the first proposed ones and should leave no doubts as to their implementation and possibility of creating a viable competitor. The possible implication that may arise out of crown jewels is the likely manipulations by the potential purchasers of the divested assets who are likely to try to extract crown jewels knowing that they are subject to time pressure. Therefore, the existence of such provision should be confidential at least until the time it is triggered.

Under the Turkish competition law there are neither specific provisions nor practical examples on crown-jewels. However, it should be stressed, that the possibility to resort to the alternative commitments increases the chances of the parties to the merger that their remedies will be accepted by the antitrust authority and the transaction will be cleared. However, this creates uncertainty and insecurity, as well as additional costs for the parties concerned.

The aforementioned suggests the process of approving merger remedies should require additional safeguards from the parties. It is quite reasonable as the Commission will not accept the commitments, should it have any doubts as to their effective implementation. Such precaution may help to avoid the risk that the implemented transaction would need to be dissolved afterwards if the parties fail to implement their commitments. However, such safeguards, as well merger remedies in general should be designed taking into account the principle of proportionality.

2.1.2 Principle of Proportionality

Proportionality of merger remedies to the competition problem is essential. As correctly pointed out by P. Papandropoulos “the need to ensure the effectiveness of a remedy goes hand in hand with the necessity to respect the principle of

³³ Point 45 of the new Merger Remedies Notice; Point 22 of the previous Merger Remedies Notice.

proportionality.”³⁴ Only remedies that are proportionate are able to effectively eliminate the competition concern and at the same time not to deprive the parties from the anticipated merger benefits.

The principle of proportionality is one of the general principles of the Community law.³⁵ It requires that measures adopted by the EC institutions should not exceed what is necessary in order to achieve the objectives pursued; when there are several appropriate measures, the choice has to be made in favor of the least onerous. After the ECJ judgment in *Cementbouw v Commission*³⁶ the principle of proportionality has to be applied to merger remedies.³⁷ The new EC Merger Remedies Notice explicitly stipulates that the “Commission will review where the commitments submitted by the parties are proportionate”³⁸ to the competition problem. The least burdensome remedies that are able to effectively eliminate the competition concern fully are sought by the Commission. The cost of implementing the remedies should be considered together with the effectiveness of the remedies.

On the one hand it seems that the parties cannot argue the proportionality of the remedies because they are the ones who voluntarily propose certain merger remedies. As correctly pointed out by Advocate General Kokott,

“there are therefore strong grounds to suppose that the undertakings themselves consider their commitments to be appropriate, necessary and reasonable for resolving a competition problem identified by the Commission, especially since in the view of the undertakings concerned a conditional authorization generally represents a less onerous means by comparison with the prohibition of their concentration.”³⁹

According to the findings of the International Competition Network Merger Working Group,⁴⁰ some jurisdictions do not find it appropriate to

³⁴ Papandropoulos, P. Tajana, A. (2006), “The Merger Remedy Study – In Divestiture We Trust?” E.C.L.R., pp.443 – 454, p. 453.

³⁵ *IATA and ELFAA* (2006), Case C-344/04 ECR I-403, Para 79

³⁶ *Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission*, (2007), Case C-202/06 P, ECR I-0000

³⁷ Cot, J.-M. (2008), “Proportionality of remedies: The ECJ upholds the CFI judgment in the Cementbouw case (*Cementbouw Handel & Industrie BV/Commission*)”, *Concurrences*, No 1-2008, no 15328,

http://www.concurrences.com/article_revue_web.php?id_article=15328&lang=en, 5.03.2009.

³⁸ Point 85 of the new EC Merger Remedies Notice.

³⁹ Opinion of Advocate General Kokott (2007), *Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission of the European Communities*, Case C-202/06 P, 2008/C 51/24, Para 69.

⁴⁰ ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, Merger Remedies Review Project, Report for the fourth ICN annual conference, Bonn, 2005, http://www.icn-bonn.org/Remedies_Study.pdf, p.3.

consider the principle of proportionality in designing remedies once it has been found that a merger poses significant competitive detriment in a relevant market. Remedies are seen as already less onerous compared to the outright prohibition. This was also argued by the Commission in *Alrosa v Commission*.⁴¹ Despite the fact that the case concerns remedies under Regulation 1/2003, the interpretation of the principle of proportionality in *Alrosa* judgement and its application by the Commission can be related to merger cases as well because it constitutes a general principle of the EC law. The ECJ held that in spite of the voluntary nature of the commitments, the Commission is not relieved of the need to comply with the proportionality principle, because “it is the Commission’s decision which makes those commitments binding. The fact that an undertaking considers, for reasons of its own, that it is appropriate at a particular time to offer certain commitments does not of itself mean that those commitments are necessary.”⁴² Furthermore, the ECJ stated that the Commission in its decision may make the proposed commitments binding only in part,⁴³ where it finds that the remedies proposed are too excessive. Hence, the Commission bears the responsibility for the proportionality of the remedies proposed by the parties. It is widely believed that finding a balancing point between the effectiveness of the remedies and their proportionality will become the “the main challenge”⁴⁴ for the antitrust authorities.

The government of Turkey has undertaken to “[...] ensure that [...] the principles [...] in force in the Community, as well as in the case-law developed by EC authorities, shall be applied in Turkey.”⁴⁵ Since the ECJ’s judgments and the Commission’s decisions according to the mentioned Article of the Customs Union Decision should be evaluated as precedents under the Turkish Competition Law, the principle of proportionality should also be considered when determining and implementing remedies.

2.1.3 Withdrawal of Unnecessary Commitments and Possibility of Modified Remedies

Withdrawal. The possibility to withdraw unnecessary commitments, as well as to modify the remedies can be regarded as the efficient tools for the formulation and implementation of the effective and proportionate remedies, as the interaction between the parties and the antitrust authority increases as the result.

⁴¹ *Alrosa Company Ltd v Commission of the European Communities*, Case T-170/06 (2007), Para 80.

⁴² Para 105, *Alrosa*.

⁴³ Para 139, *Alrosa*.

⁴⁴ Papandropoulos, *Tajana* 2006, p. 453.

⁴⁵ According to Article 39.2 of the Customs Union Decision.

The common practice is that the merging parties are willing to propose more commitments than needed with the view to ensuring that the Commission would approve the remedies and saving the time that is extremely valuable for the business. The new Merger Remedies Notice seems to provide a solution to such “over-fixing” problem – possibility to withdraw unnecessary commitments.⁴⁶ It stipulates that if the Commission in its final assessment of a case comes to the conclusion that there are no competition concerns in the market, it will inform the parties accordingly and they may withdraw the unnecessary commitments. Should the parties do not withdraw them, the Commission will simply ignore such commitments in the decision. This is completely in line with the ECJ’s ruling in *Alrosa* on the issue of proportionality, as discussed above, that “there is nothing to prevent the Commission from making proposed commitments binding only in part or to a particular extent.”⁴⁷

The new EC Merger Remedies Notice at the first glance seems to be not quite clear whether the Commission provides the parties with the possibility to withdraw the commitments only when there is no competition concern at all, or whether it may also happen in the cases when the parties have proposed more commitments than it is necessary to remedy the competition concern. The wording of the provision suggests that the withdrawal should be possible only when in the course of the investigation the Commission concludes that there is no competition concern in the merger. However, the principle of proportionality applicable to the merger remedies, as discussed above, suggests that the withdrawal of over-fixing remedies should also be possible in other cases as well.

Modifications. Very often the Commission comes to the conclusion that the remedies proposed by the parties are not enough to remove the competition problem. Hence, the parties will seek a possibility to approach the Commission with the modified commitments. Such modifications to the proposed commitments are possible, but in a limited number of cases. In Phase I, such modifications should be an immediate response to the result of consultations and should be presented as clarifications and/or improvements to the commitments to ensure that they are more effective and workable.⁴⁸ In Phase II everything is even stricter – the modifications to the commitments can be accepted only when the Commission can clearly determine, on the basis of its assessment of the already available information and existing market testing, and without conducting any additional market testing that such commitments will completely resolve the competition

⁴⁶ Point 84 of the new Merger Remedies Notice.

⁴⁷ Para 139, *Alrosa*.

⁴⁸ Point 83 of the new Merger Remedies Notice.

problems identified. Moreover, the Commission should have enough time for assessment of such modification and consultations with Member States.

There is another possibility to modify merger remedies after the Commission has been satisfied with the remedies proposed and accepted certain commitments from the parties. Such *review clause*⁴⁹ has been introduced by the New Merger Remedies Notice and provides the parties to the transaction with the possibility to modify or substitute the proposed commitments or grant an extension of deadlines for implementation. The review clause may be included in the commitments irrespective of the type of remedies. The parties have to show a very good cause to do so and submit their request within a specified deadline. A request to extend the deadline for the implementation of the commitments is very relevant for the divestiture commitments; whereas modification or substitution are much more relevant for the behavioral merger remedies due to market conditions that are very likely to change in the course of lengthy implementation of behavioral commitments. But then there has to be a several years gap between the decision of the Commission and the parties' request for modification. In addition, third parties play a considerable role in this process as the Commission prior to adopting any decision to modify or substitute the commitment will take into account their views.

Therefore, the new Notice of Merger Remedies considerably increases the interaction between the parties and the Commission in designing merger remedies. In addition, this proves the Commission's rather flexible approach to merger remedies, as mergers are unique and formulation of merger remedies is not a "one size fits all"⁵⁰ exercise.

2.2 Essential and Diverging

What follows is the analysis of the dissimilarities existing between the EC and Turkish approaches with respect to the issues that are crucial for the formulation of an effective remedy. Harmonization of such issues would be beneficial as it would make the cooperation between the Commission and the TCA easier.

2.2.1 Substantial Test: SIEC Rather Than Dominance

The importance of the substantive test or the compatibility test cannot be underestimated. It is an instrument with the help of which the antitrust authorities

⁴⁹ Points 71-76 of the new Merger Remedies Notice.

⁵⁰ American Bar Association, (2009) Joint Comments on the European Commission's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/aba_2.pdf 5.03.2009, p.4.

assess and decide whether a merger raises competition concerns and hence, whether certain merger remedies are needed. The Turkish and the EU merger control regimes differ with respect to the test for compatibility of the proposed merger with the market. Such differences may have impact on the assessment of mergers and consequently, the formulation of merger remedies.

The EC ceased to employ the “dominance” test since the ECMR came into force.⁵¹ The evolution of the compatibility test is reasonable “since markets are evolving and the approach must be adapted to constant changes in the competition environment.”⁵² Moreover, there have been doubts as to the efficiency of the dominance test in assessing some mergers in the oligopolistic markets, namely where the undertakings are able to exercise the market power without holding the dominant share in the market or coordinating their behavior. In E. Fagerlund’s opinion, “the final confirmation for the need for a reform of the substantive test was the criticism the Commission received after the overturning CFI decisions in cases *Airtours*, *Schneider* and *Tetra Laval*.”⁵³

Accordingly, the new EC Merger Remedies Notice stresses⁵⁴ that the test for compatibility of the transaction is whether it would significantly impede effective competition in the common market, the so called SIEC test. It is broader than the “dominance” test because creating or strengthening of the dominant position, in spite of being the major, however it is only one of the ways of significantly impeding the effective competition in the market. Competition on the market may be affected as a result of concentrations of firms which do not hold the large market shares⁵⁵, coordinated⁵⁶ and non-coordinated effects⁵⁷ of concentrations. The SIEC test is designed to fill in such an enforcement gap.

⁵¹ “It seems that the major motivation for reform was to divorce merger control from the abuse of dominance doctrine in Article 82, so that the two legal provisions would develop independently” - Monti, G. (2008), “The New Substantive Test in the EC Merger Regulation Bridging the Gap Between Economics and Law?” LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department, <http://ssrn.com/abstract=1153661>, 7.04.2009.

⁵² Wilson, J. (2003), *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, International Competition Law Series, Kluwer International, The Hague, p 193.

⁵³ Fagerlund, E. (2005), “Collective Dominance under EC Merger Regulation No 139/2004,” Lund University, p.35, [http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/$File/exam.pdf?OpenElement).

⁵⁴ Point 4 of the new Merger Remedies Notice.

⁵⁵ For example, *T.Mobile Austria/Tele.ring*, Case M.3916.

⁵⁶ For instance, *Sony/BMG*, Case COMP/M. 3333.

⁵⁷ For example, *GE/Honeywell*, COMP/M.2220.

The Turkish competition law regime according to Article 7 of the Turkish Law on Protection of Competition No 4054 still⁵⁸ applies the “dominance test” to determine whether the transaction is compatible with the relevant market.⁵⁹ To be more precise, the TCA first of all carries out the dominance test and if it comes to the conclusion that the merger creates or strengthens dominant position, it then checks whether or the not the transaction would significantly impede the competition on the market. Thus, the Turkish law “defines the determination of the dominant position as a prerequisite”⁶⁰ for the assessment of whether the competition is significantly impeded through the dominant position of the parties to the merger. However, mergers may impede competition without necessarily creating or strengthening the dominant position of the parties.

One might reasonably argue that the shift from the “dominance test” to the SIEC test complicates the merger control process, as the traditional merger control consisting of the legal analysis of market shares of the parties is now supplanted by detailed economic analysis under SIEC test and becomes more unpredictable. In addition, high standard of proof is required from the antitrust authority.⁶¹ According to the opinion expressed at the European Roundtable of Industrialists, “the dominance test – if properly applied and tied to an economically realistic finding of dominance, by which effective competition would be significantly impeded - offers clear advantages over the SIEC test in terms of clarity of interpretation and application as well as having a long-standing history in case law.”⁶² Indeed, it can be argued that to some extent the existing EC case law loses its significance.

However, according to Dr. M. Fevzi Toksoy,⁶³ dominance will continue to be a major factor in assessing the compatibility of the mergers.⁶⁴ Hence, the differences between the SIEC and the dominance tests should not be exaggerated. Nevertheless, the SIEC test rather than the dominance test is a considerable

⁵⁸ There has been a proposal of a new law which would change the “dominance” test to the SIEC test. - Davies, J. (2007), Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 61 jurisdictions worldwide, Global competition review, p.321.

⁵⁹ OECD (2005), Policy Brief. Competition Law and Policy in Turkey, OECD, Paris, <http://www.oecd.org/dataoecd/61/39/35412083.pdf>, 7.03.2009, p.3.

⁶⁰ Toksoy 2007, p.237.

⁶¹ Fagerlund 2005, p.33.

⁶² The European Roundtable of Industrialists (ERT). European Commission Proposals for Reform of EU Merger Control, 23 June 2003, p.2.

⁶³ Toksoy 2007, p.101.

⁶⁴ According to E. Fagerlund, there are 2 more possible alternatives for assessing the SIEC-Dominance relationship: “1.The test is an actual dual test with two criteria and two steps of evaluation. 2. The test is a combination of SIEC test and dominance test where both dominance and SIEC will be evaluated together and as meaning the same,” p.40.

improvement of the merger control. It broadens the scope of merger control and provides more certainty that the mergers, which do not necessarily meet the dominance criteria, but impede the competition in the market, will be prohibited. Moreover, being one of the first discrepancies between the Turkish and European approaches to merger control regime, it should be reconsidered by the TCA.

2.2.2 Remedies: Imposed or Proposed?

The question of who can propose the commitments or impose the remedies, i.e. the parties or the antitrust authority, is a no less important issue that has an impact on the formulation of effective remedies. Where the remedies are designed by a party that is considered to be better placed to assess the feasibility of the merger remedies, then they are more effective.

The possibility of proposing the commitments or imposing the remedies constitutes another substantial difference in the approaches taken by the EC and the TCA to merger remedies. While in Europe it is the responsibility and right of the parties to the transaction, in Turkey everything is not so straightforward.

The new EC Merger Remedies Notice expressly stipulates that it is “for the parties to concentration to put forward commitments; the Commission is not in a position to impose unilaterally any conditions to an authorization decision, but only on the basis of the parties’ commitments”.⁶⁵ The Commission is only entitled to identify and communicate competition concerns to the parties in order to allow them to come up with adequate remedies.

As for the approach taken by the TCA, there is no clear provision as to who is entitled to propose remedies. Article 6 of the Communiqué 1997/1 as amended stipulates that in cases where the proposed merger triggers competition concerns, the Turkish Competition Board may nevertheless authorize such merger on condition that other measures [meaning, remedies] deemed appropriate by the Board are taken and certain obligations are complied with by the merging parties. The aforementioned suggests that the burden of putting commitments forward lies not on the parties to the merger, but constitutes a priority of the TCA. As stated by Arif Esin,⁶⁶ the parties cannot negotiate merger remedies with the Turkish

⁶⁵ Point 6 of the New Merger Remedies Notice.

⁶⁶ Esin, A. (2007), “Turkey: Concentration under Competition Law in Turkey,” <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=50278>.

Competition Board. However, according to Zümrüt Esin⁶⁷ the notifying parties in practice may themselves propose certain remedies.

While “the development of any remedies package is an interactive process,”⁶⁸ the absence of the express provision in the Turkish law on who can put forward the commitments creates uncertainties and should be eliminated. In this respect it can be argued that the EC approach is quite reasonable as the parties to the transaction are in a better position to decide and formulate the remedies to be proposed to the antitrust authority for its approval because it is their business involved. Indeed, the parties are considered to be better placed to assess the viability and competitiveness of the business, which is particularly important for the divestitures. This is in line with the opinion of Prof. Dr. Prof. Ercüment Erdem⁶⁹ who believes that the priority in this issue should be given to the role of the notifying parties. In particular, the antitrust authority should listen and try to correct the problem with the help of the parties’ commitments. Furthermore, the notifying parties are always the “asking parties” and hence they should approach the antitrust authority with the corresponding remedies.

2.2.3 Issue of Confidentiality And Information Asymmetries

Information is a crucial aspect in the process of designing and implementing an effective remedy due to the following reasons. Firstly, as stated by Motta Massimo, “[...] a remedy that in theory solves a certain problem might not be effective in practice [...] because there are information asymmetries among the merger parties, third parties and the Competition authorities,”⁷⁰ as the result of which the antitrust authority is likely to be satisfied with wider remedies than are actually necessary. Secondly, information serves as a basis for the decisions and expectations of the parties concerned and very often it may become an object for possible abuses and manipulations by the parties. That is why finding a balancing point between the transparency requirements and the right to confidentiality is extremely important.

⁶⁷ Esin, Z. İşmen, E. (2008), Merger remedies: Turkey, Concurrences, Institute of Competition Law, http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php3?id_rubrique=719#ancre418, 17.03.2009.

⁶⁸ Cook, C.J. Kerse, C.S. (2005), EC merger Control, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London, p. 282.

⁶⁹ Erdem, E. (2009), Galatasaray University, Symposium, Remedies in Merger Control, Istanbul, 17 June 2009.

⁷⁰ Motta Massimo, Polo Michele, Vasconcelos Helder (2007), Merger Remedies in the European Union; an overview, Antitrust Bulletin, http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-7520692/Merger-remedies-in-the-European.html 10.02.2009.

Transparency is vital for optimizing the effectiveness of a remedy,⁷¹ as well as compliance by the merging parties with their commitments. However, transparency should not be absolute. The parties have right to professional secrecy and business secrets. In this respect both the Turkish and the EU legislation limits the transparency requirement by the right to confidentiality. For instance, Article 18 of the EC Implementing Regulation provides that information shall not be communicated by the Commission in so far as it contains business secrets or other confidential information. Article 53 of the Turkish Law of Protection of Competition also stipulates that the decisions of the Board shall be published on the internet page of the Authority in such a way as not to disclose the trade secrets of the parties.

The question then is how much information contained in the confidential versions of the Commission's decision should be available to the public and, for example, in case of divestiture commitments, known to a potential purchaser. In order to make a decision about the acquisition of a divested business the prospective purchaser needs to obtain complete information about the business. However, the sellers may abuse their right to confidentiality in the divestiture process by restricting the information available to a perspective purchaser in order to limit the competition from the purchaser in the future. Due to the insufficient information provided to the potential purchaser, he is unable to assess the situation fully and becomes "a weak purchaser"⁷² and consequently a weak competitor.

At the same time the potential purchasers may just as well abuse the information made available to them. For example, if the candidate purchasers know the timetable for divestiture, in particular when the parties are subject to short time period for divestiture, or the nature of an alternative remedy, they may use it for their bargaining strategies and hence affect the sale price for their profit or try to extract crown jewel from the sellers. Also, if the potential purchasers know that they are the only interested candidates, they are likely to bargain harder for the detriment of the sellers.⁷³

Such problem of possible abuses and manipulations of information by the parties is common both for Turkey and the EU.

In the EU, with the view to dealing with such information asymmetries, as well as allowing the Commission to better evaluate the effectiveness of a remedy

⁷¹ ICN Merger Working Group 2005.

⁷² Merger Remedies Study (2005), Public version, DG COMP, European Commission, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf 20.01.2009, 4.02.2009.

⁷³ Merger Remedies Study 2005.

proposed, the parties to the transaction are required to submit all the necessary information in a new remedies form (Form RM)⁷⁴. This novelty has been introduced by the amended Merger Implementing Regulation. The Commission assesses the remedies on the basis of the information provided by the parties in the RM Form. The key issue is that Section 4 of the RM Form expressly requires the parties provide a non-confidential summary of the nature and scope of the commitments offered. The Commission may use this summary for the market test of the commitments offered with third parties. Moreover, such non-confidential version may also be used in cross-border discussions of the Commission with non-EU competition authorities in the framework of Community's bilateral cooperation with such countries.⁷⁵ As provided for in Article 36 of the Customs Union Decision, the EC and the Turkish Competition Authority shall exchange information, taking into account the limitations imposed by the requirements of professional and business secrecy.

As for the Turkish law, it does not contain provisions for the parties to specify what they consider to be confidential information in their notification form.⁷⁶ The Turkish Competition authority has the discretion to decide which information is confidential and which is not. As pointed out by T. Togan and P. Eryürekli, despite the lack of clear guidance, it is commonly accepted that the market share figures, turnover and customer and supplier information are confidential.⁷⁷

Neither the EC nor the Turkish approach is perfect. Under the Turkish law the fact that the TCA decides what information is confidential may, on the one hand, be considered as a preventive measure against the possible information abuses by the merging and third parties. But on the other hand, it may be regarded as the violation of the parties' right to confidentiality and protection of business secrets. The fact that EC provides the parties with a possibility to specify what should be treated as confidential may give rise to more possible manipulations by the merging parties. Hence, the balancing point under such circumstances should be the following: the parties should indeed be able to specify what information they consider to be confidential and should be protected as business secrets. However, they should provide the antitrust authorities with a sufficient reasoning behind their views on the confidential nature of certain information.

⁷⁴ Point 7 of the new Merger Remedies Notice; Annex IV of the Implementing Regulation.

⁷⁵ Point 80 of the new Merger Remedies Notice.

⁷⁶ Turan, T. Eryürekli, P. Paksoy. Competition 2006/07 Volume 1, PLC Cross-Border Competition Handbook // <http://www.paksoy.av.tr/pdf/Merger-Control-in-Turkey.pdf>, pp.443 – 452, p.444.

⁷⁷ Turan, Eryürekli, p.444.

Another possible way of dealing with the possible information abuses in merger remedies, particularly at the implementation stage, is resorting to the help of the Trustee. In this respect the new EC Merger Remedies Notice clarifies the role of the Trustee⁷⁸ and indeed provides some additional solutions to the issue of information asymmetries. It is expressly stated that one of the tasks of the Trustee is to verify that the potential purchasers receive adequate information about the business to be divested. Moreover, the Trustee acts as a contact person for any inquiries from third parties in relation to the remedies. Again, the Trustee is also under the obligation to keep confidential any business secrets of the parties.

In Turkey the practice of appointing the Trustee has not been so rich. For example, according to the Merger Remedies Matrix,⁷⁹ as of April 2008, to support the implementation of the merger remedies the Trustee has been appointed only in two cases: *Greencastle-Intergum*⁸⁰ and *Gıdasa-MGS*.⁸¹ Interestingly, in *Greencastle-Intergum* case, the appointment of the Trustee was offered by the parties, whereas in *Gıdasa-MGS* the appointment of the Trustee was done by the TCA without any offer from the parties. This demonstrates that there are no specific provisions on the appointment of the Trustee in Turkey. According to Prof. Dr. Ercüment Erdem, resorting to Trustee as to the tool for monitoring the implementation of the commitments by the parties is not suitable for the Turkish law. First of all, the TCA is not as loaded with the notifications as the Commission. In fact, the transfer of the work load from the Commission to the Trustee was one of the reasons for the establishment of this position in the Community. Secondly, it is easier for the TCA to carry out the monitoring of the implementation of the commitments because it is the TCA that evaluates the transaction and the commitments; hence it has all the information. Monitoring the implementation without the specially appointed third party, the Trustee, saves time and money. While this argument is quite reasonable, still it can be anticipated that the new EC Merger Remedies Notice will influence the attitude and practice of the TCA concerning the Trustee as a tool for monitoring the implementation and dealing with information asymmetries.

The aforementioned represents considerable development in facilitation of collecting and assessment of information in the EC, which is likely to have certain impact on the Turkish merger control regime. However, whether it really solves the problem of information asymmetries and minimizes the risks of possible

⁷⁸ Point 119, Point 4 of the new Merger Remedies Notice.

⁷⁹ Merger Remedies Matrix, the e-Competitions Bulletin, Reports, Turkey, Concurrences, http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php3?id_rubrique=728.

⁸⁰ No 07-67/836-314 (2007).

⁸¹ No 08-12/130-46 (2008).

abuses by the market participants will be known in the course of time and practice.

2.2.4 Structural v Behavioral Remedies

Determining what type of remedy to apply to a certain transaction is very important. As correctly pointed out by D.A. Valentine, “just as a correct prescription is as important as an accurate diagnosis in medicine [...] in antitrust imposing the right remedy is just as important as correctly analyzing the transaction.”⁸² The Merger Remedies Notice provides that the type of remedy for the competition concerns identified has to be examined on a case-by-case basis.⁸³ According to the ECJ judgments in *Tetra Laval*⁸⁴ and *ARD*,⁸⁵ it is immaterial to categorize the commitments as either structural or behavioral, as long as they are able to deal with the competition concern. But in practice, the Commission is in favour of the structural, in particular divestitures,⁸⁶ rather than behavioral⁸⁷ remedies. Under the Turkish Competition law there is no such distinction. In practice both types of remedies are employed by the Turkish Competition Board.⁸⁸ However, unlike the European Commission, the majority⁸⁹ of the conditional clearance decisions in Turkey have concerned non-compete clauses,⁹⁰

⁸² Valentine, D.A. (2000), “Merger Enforcement: Multijurisdictional Review and Restructuring Remedies,” Remarks before the International Bar Association, Legal Challenges for Latin Americans in the New Millennium Third Regional Conference, Santiago, Chile, <http://www.ftc.gov/speeches/other/dvmergerenforcement.shtm>, 7.03.2009.

⁸³ Point 16 of the new Merger Remedies Notice.

⁸⁴ *Commission v Tetra Laval*, Case C-12/03, (2005) ECR I-987.

⁸⁵ *ARD v Commission*, Case T-158/00, (2003) ECR II-3825.

⁸⁶ Point 17 of the new Merger Remedies Notice, “Divestiture commitments are the best way to eliminate competition concerns resulting from horizontal overlaps, and may be the best mean of resolving problems resulting from vertical or conglomerate concerns. [...]”

⁸⁷ Point 17 of the new Merger Remedies Notice, “[...] Commitments relating to the future behaviour [...] may be accepted only exceptionally in very specific circumstances. [...] if their workability is fully ensured by effective implementation and monitoring...”

⁸⁸ According to the Merger Remedies Matrix at

http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php?id_rubrique=725#ancre418.

⁸⁹ i.e. 84 out of 112 decisions,

http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php?id_rubrique=725#ancre418.

⁹⁰ For example, the TCA cleared: an acquisition in the private hospitals market subject to limitations of the non-compete obligation (*Ozel Maya-SevgiSaglik-Tev Medikal-Gurler Medikal/Safac*); a merger in the wholesale of commodity polymers market subject to limitation of the non-competition cause (*NTC-Itochu Holland*); a merger in the shopping malls real estate market subject to limitation of the non-compete clause duration (*AVM-MFI Arcaden*); a merger in the medical devices market subject to limitation of the non-compete obligation (*GE-AMS*), Merger Remedies Matrix,

http://www.concurrences.com/abstract_bulletin_web.php?id_article=21804&lang=en.

confidentiality obligations,⁹¹ and access to facilities or infrastructure,⁹² i.e. contained behavioral remedies. The question that arises is what reasoning can be behind the fact that the TCA seems to be more in favour of the behavioral remedies, while the Commission clearly gives preference to the structural ones. There is an opinion that such differences are the result of the different “levels of experience and confidence”⁹³ in the ability of the antitrust authorities to negotiate and/or monitor the implementation of a certain type of remedy. However, in order to be able to answer this question, it is important to elaborate on each of the types of merger remedies in more detail.

Structural remedies according to the European Commission are deemed to be the most effective, “the benchmark” for other remedies,⁹⁴ as they are able in a relatively short period of time to create or strengthen competition on the market through the emergence of new firms-competitors. They are much preferred in wholesale and retail mergers,⁹⁵ or generally speaking when “dealing with high post-merger turnovers.”⁹⁶In V. Korah’s opinion, structural remedies “solve the competition problem once and for all.”⁹⁷ However, at the same time they are often accused of “over-fixing”, i.e. going far beyond the elimination of the identified competition concern.⁹⁸

The new Merger Remedies Notice in comparison with the previous one provides different types of possible remedies within the sub-group of structural remedies, such as: divestitures of stand alone business;⁹⁹ carve-outs of parts of integrated business;¹⁰⁰ divestiture of assets;¹⁰¹ rebranding.¹⁰²

⁹¹ TCA cleared: a merger in the plastic business market subject to limitation of the confidentiality clause duration (*GE - Sabic Europe*); a merger in the chemicals sector subject to the limitation of the duration of the confidentiality obligation (*SAN/BASF -Lanxess*), 29 June 2006, e-Competitions, Merger Remedies Matrix, http://www.concurrences.com/abstract_bulletin_web.php3?id_article=21914.

⁹² For example, the TCA cleared a merger in the oil products market subject to granting third parties access to refinery facilities (*Turpas-OIB*), October 2005, http://concurrences.com/abstract_bulletin_web.php3?id_article=21791.

⁹³ The Merger Remedies Matrix, p.15.

⁹⁴ Point 61 of the new Merger Remedies Notice

⁹⁵ The Merger Remedies Matrix, p.16.

⁹⁶ Bougette P. (2008), “Market structures, political surroundings and merger remedies: an empirical investigation of the EC’s decisions,” *European Journal of Law and Economics*, 2008 25:125-150, p.137.

⁹⁷ Korah 2007, p. 422.

⁹⁸ Vasconcelos, H. (2007), “Efficiency gains and structural remedies in merger control,” *Universita Bocconi, Centre for Economic Policy Research, Discussion paper No.6093*.

⁹⁹ Point 32 of the new EC Merger Remedies Notice.

¹⁰⁰ Point 35 of the new EC Merger Remedies Notice.

One of the essential features of all the divestiture commitments is that the business to be divested has to be viable and competitive and include assets and all personnel “providing essential function”¹⁰³ for the business or at least sufficient to meet the “on-going needs of the divested business.”¹⁰⁴ The Commission points out that “viable” normally means that the business operates independently of the merging parties on a stand-alone- basis¹⁰⁵ and gives preference for a divestiture of a stand-alone businesses.

However, under the influence of the principle of proportionality, the Commission has adopted a less strict approach. After the new Merger remedies notice the Commission may also consider a divestiture of business that has strong ties/integrated with the merging parties and require the carve out, so called “carve-outs.” But this is only possible on the condition that the Commission is certain that such a carve-out will be able to operate on a stand-alone basis. The same applies to the divestiture of assets which did not form a uniform business in the past, but after the divestiture can be considered as a competitive and viable business.¹⁰⁶ The Commission must be able to conclude that the “resulting business will be immediately viable in the hands of a suitable purchaser.”¹⁰⁷

Another structural remedy that is considered to be less effective in restoring effective competition compared to a divestiture is re-branding – a remedy where the license is granted for a certain period of time during which a licensee develops its own new brand with the view to capturing the market share of the licensor and maintain it by way of such re-branding.

In order for the structural remedy to be effective, the following issues must be carefully considered by the parties and the authority. First of all, the scope of the business to be divested as the divested business has to be big enough to be an effective competitor. Secondly, selection of a suitable purchaser can be considered as the “single most important cause for remedy’s ineffectiveness.”¹⁰⁸ The suitable purchaser has to be independent of the parties to the transaction; it

¹⁰¹ Point 37 of the new EC Merger Remedies Notice.

¹⁰² Point 39 of the new EC Merger Remedies Notice.

¹⁰³ Point 26 of the new Merger Remedies Notice.

¹⁰⁴ Point 26 of the new Merger Remedies Notice.

¹⁰⁵ Point 32 of the new Merger Remedies Notice.

¹⁰⁶ *AstraZeneca/Novartis*, Case COMP/M.1806, 26.07.2000.

¹⁰⁷ Point 37 of the new Merger Remedies Notice.

¹⁰⁸ Merger Remedies Study 2005.

must possess the financial resources, relevant expertise, as well as ability to maintain the divested business as a viable competitor.¹⁰⁹

One of the biggest concerns with the structural remedies, in particular divestitures, is that there might be no purchaser at all, as for example was the case in *Boeing/McDonnell Douglas*¹¹⁰. In the Boeing case the divestiture remedy could not be accepted by the Commission because it found that there were no parties wishing to acquire DAC from Boeing, nor were there potential entrants to the commercial jet aircraft market.¹¹¹ Consequently, Boeing undertook to maintain DAC as a separate legal entity for ten years and to regularly report to the Commission on DAC's performance. Moreover, Boeing committed itself to refrain from any further exclusive deals for a period of ten years, as well as from enforcing the exclusivity rights in the existing agreements. Generally speaking, Boeing offered to give its competitors access to non-exclusive licenses for patents and know-how. The package of such behavioral remedies was eventually accepted by the Commission and it declared the merger compatible with the market.

The case proves that structural remedies are not the best solution in all situations. According to Dr. Stanley Wong there is a "strong presumption in favour of structural remedies from an agency perspective"¹¹² because they are clear and easier to monitor. However, they might not be the best remedy to a certain competition concern. There might be cases where there are no likely purchasers to be found and prolonging the period for finding such purchaser may jeopardize the business of the companies. Moreover, as correctly pointed out by Motta Massimo, even if there is a potential buyer, a "successful entry by the acquirer of the divested assets is not synonymous with restored competition"¹¹³ because the purchaser and the seller of such assets very often have incentives to cooperate with each other or the situation after the divestiture might lead to a more symmetrical and thus favour collusion. That is why sometimes behavioral remedies may be a better solution.

¹⁰⁹ The standard purchaser requirements are provided for in Point 48 of the new Merger Remedies Notice.

¹¹⁰ *Boeing/McDonnell-Douglas*, *Case IV/M.877 91997*, OJEC L 336/16.

¹¹¹ Aribaud, J-L. (1997), "Summary of the most important recent developments," EC Competition Policy Newsletter, vol 3 No 2, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_040_en.html, 26 May 2009.

¹¹² Wong, S. (2009), "Merger Remedies – Lessons from the Ireland and the EC," speech presented at Symposium "Remedies in Merger Control," 17 June 2009, Istanbul, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Egitim/2Wong.ppt#263,1>, Merger Remedies.

¹¹³ Motta Massimo (2007), "Merger remedies in the European Union: an overview," Antitrust Bulletin.

Behavioral remedies (or “conduct remedies”¹¹⁴) are sometimes more preferable than the structural ones, according to A. Ezrachi, due to their “flexibility and reversibility.”¹¹⁵ Another argument that supports the choice for the behavioral remedies is that they are less burdensome and have lower cost of implementation.¹¹⁶ Turkey is a good example of the jurisdiction which gives preference for the behavioral remedies.¹¹⁷ Behavioral remedies mainly address vertical concerns and are commonly used in the new or changing markets, markets of technology and network industries. The most common behavioral remedies accepted by the Commission are the access remedies¹¹⁸ usually in the form of granting access to key technology, infrastructure, intellectual property rights, information and know-how on a non-discriminatory basis to third parties, competitors in order to facilitate their market entry. According to P. Bougette, access remedies are most common to the energy sector due to the high fixed cost that are characteristic to this sector and thus it is “difficult to impose structural remedies”¹¹⁹ on the companies.

The acceptance criteria of such remedies by the Commission envisaged in Point 63 of the new Merger Remedies Notice are the following: sufficient degree of certainty that the remedy would lead to actual entry of new competitors in the market; any significant impediments to effective competition would be eliminated; and equivalence in their effect to divestitures. The common view among the scholars¹²⁰ is that the complexity of such access commitment is in their long duration and monitoring efforts. However, P. Papandropoulos and A. Tajana believe that “the general view that behavioural remedies are harder to enforce and costly to monitor is not necessarily correct”¹²¹ because such remedies do not always deal with pricing that requires monitoring; and in any case the market participants are very often resorted to in such monitoring. Indeed, the third parties

¹¹⁴ ICN Merger Working Group 2005, p.7.

¹¹⁵ Ezrachi 2006, p. 463.

¹¹⁶ International Chamber of Commerce, Comments of the EC’s Draft Notice on remedies acceptable under council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004, http://ec.europa.eu/ompetition/mergers/legislation/files_remedies/icc.pdf.

¹¹⁷ According to the Merger Remedies Matrix, the trend of showing the preference only for the behavioural remedies is driven by Turkey, Lithuania, Hungary and the Czech Republic (p.14). Interestingly that France, Italy and Spain also show a “far stronger preference towards commitments on conduct,” either alone or in conjunction with the structural remedies (p.13).

¹¹⁸ Points 62-66 of the new Merger Remedies Notice.

¹¹⁹ Bougette 2008, p.137.

¹²⁰ Wish 2003, p.852; Cook, Kerse 2005, p.286; Blanke 2006, p. 15.

¹²¹ Papandropoulos, Tajana 2006, p. 449.

complaint mechanism plays an important role in monitoring and enforcement of behavioral remedies.¹²²

To sum up, advantages and disadvantages are common to both types of the remedies. Structural remedies are normally preferable as they deal with the competition problem directly and lead to a permanent change of the structure, while behavioral remedies are considered to be more burdensome due to lengthy implementation and monitoring implications. Moreover, it is commonly believed that the complexity of behavioral remedies create certain “loopholes”¹²³ which the parties to a transaction are likely to take advantage of. But structural remedies may just as well be risky as they are irreversible and may even facilitate collusion.¹²⁴ It is true that “an effective package of remedies may contain both structural and behavioural elements.”¹²⁵

2.3 Essential and Converging

2.3.1 Role of Third Parties

The Commission and the TCA, as well as the merging parties recognize the importance of third parties in the process of merger clearance due to their ability to intervene¹²⁶ in the merger review process and play a crucial role in formulation of merger remedies. Third parties are able to influence the antitrust authorities’ decisions as to the effectiveness of the remedies. Moreover, they may serve as a useful monitoring mechanism to ensure the compliance of the parties concerned with the commitments. It is believed¹²⁷ that the role of the third parties in the EU has increased dramatically after the change of the substantive test under the ECMR 2004, because the broader SIEC test, as discussed above, widens the scope of the cases the third parties can intervene in.

Merger remedies in conditional clearance decisions may affect third parties’ rights due to its aim to restore and preserve the effective competition in

¹²² For more information on the role of third parties see below.

¹²³ Ezrachi 2006, p. 462.

¹²⁴ Motta Massimo 2007.

¹²⁵ ICN Merger Working Group 2005, p.7.

¹²⁶ For example, in *Sony Music and BMG* case, the third parties, represented by the organization of music producers *Impala*, managed to influence the Commission’s authorization decision with the help of the ECJ. In particular, they appealed the Commission’s authorization decision to the ECJ and consequently the merger was nullified. See, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) v Commission*, (2006) Case T-464/04 ECR II-2289; *Sony/BMG*, Case COMP/M.3333, OJ 2008, C 94, p.19.

¹²⁷ Satchwell, A. (2008), “EU Merger Review Policy: An Increasing Role for Third Parties?” IPAA Conference, http://www.indiana.edu/~west/documents/Satchwell-EUMergerReviewPolicy_000.pdf, p.2.

the market. However, they are binding only upon the parties to the transaction. Thus, the antitrust authority is not in a position to require third parties to implement the commitments, irrespective of whether or not the success of the remedy depends on third parties. It is quite obvious that third parties would try to impede the implementation of remedies that affect them, thus causing delays in their implementation and additional costs to the parties of the transaction. Therefore, it is a sole responsibility of the parties to the transaction to make sure that there are no risks related to third party approval that may hinder the effective implementation of the commitments. The risks and uncertainties associated with third parties are the following: lengthy negotiations with the joint venture partners in order to be able to exit or dissolve the joint venture; exercising blocking rights; third parties realizing their importance in implementation of commitments and hence demanding too much in exchange for their co-operation, etc.¹²⁸ According to J. R. Calzado and E. B. de La Serre¹²⁹ the merging parties “should therefore strive to manage third-party reactions in advance, for instance, by contacting their customers and explaining to them the efficiencies created by the transaction,” in order to avoid the possible complications caused by the “surprise submissions”¹³⁰ from the third parties.

In addition, as has already been discussed above, third parties influence the antitrust authority’s decision as to the acceptability of the modified or substituted commitments. The Commission also resorts to third parties, in particular those, whose positions are directly affected, with the view to market testing the proposed commitments by allowing third parties to assess the effectiveness of the proposed remedies on the basis of the information contained in the non-confidential version of the commitments.¹³¹ The Turkish Competition Authority pursuant to Article 7 of the Communiqué also very often resorts to third parties, such as the customers, competitors, suppliers of the parties to the transaction, with the view to verifying information provided for by the parties and market testing.

Moreover, third parties play an important role in monitoring and enforcement of merger remedies through complaint mechanism. Third parties are

¹²⁸ A more extensive list of third party influence can be found in the Merger Remedies Study 2005.

¹²⁹ Calzado, J. R. La Serre, E. B. (2009), “Judicial Review of Merger Control Decisions After the Impala Saga: Time for Policy Choices?” *The European Antitrust Review*, <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/10/sections/37/chapters/401/judicial-review-merger-control-decisions-impala-saga-time-policy-choices/>

¹³⁰ DG Competition Best Practices on the conduct of EC in merger proceedings, Point 16, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

¹³¹ Point 79 (d), 91(d) of the new Merger Remedies Notice.

sometimes called “a cost free monitoring tool.”¹³² Customers, suppliers or competitors are considered to be best placed to identify and report the non-compliance of the parties with their commitments, despite the fact that sometimes they may be prevented from such “reporting role” due to the lack of understanding of the measures or verifiable information.

To sum up, the role of third parties in formulation, implementation and enforcement of merger remedies cannot be underestimated and is recognized both by the Commission and the TCA. With that view, the rights of third parties have to be carefully considered in the course of designing and proposing remedies due to their likely impact on the implementation process. This is particularly the case where the parties to the transaction propose remedies involving obligations/assets over which they do not exercise sole control. In such cases the Commission is likely to accept the proposed remedies but only together with the crown-jewels.

CONCLUDING REMARKS

The paper has studied in detail major issues that effect the formulation and implementation of merger remedies by the EC and TCA, such as: the substantive test; the role of third parties; the issue of who may propose the commitments; confidentiality and information asymmetries; the choice between structural or behavioural remedies; the degree of interaction between the antitrust authority and the merging parties. Despite the lack of specific rules on merger remedies in Turkey, the existing provisions on merger remedies in the Turkish Competition law and practice have been analyzed in the light of the European rules. As the result, the paper has revealed both important convergences and divergences. In general, it may be concluded that,

- The SIEC rather than ‘dominance’ test should be employed to assess the compatibility of a transaction with the market and decide whether to resort to the merger remedies or not.

- Despite the fact that formulating remedies is an interactive process between the parties and the competition authority, the burden of proposing the commitments should lie on the parties to the transaction, as they are better placed to assess the feasibility of the remedies proposed, viability and competitiveness of business.

- Information asymmetries should be dealt with by means of introducing a special remedy form that the parties concerned have to fill in diligently and submit to the competition authority. On the basis of this form the competition authority will decide whether the proposed commitments are acceptable or not. Moreover, the parties concerned should be expressly given the right to identify what

¹³² Ezrachi 2006, p. 474.

information they, rather than the competition authority, consider to be confidential. Resorting to a Trustee may be another way of dealing with information asymmetries.

- Remedies should be proportionate to the competition concern. Since the European Community principles are applicable in Turkey, the principle of proportionality should also be considered when determining and implementing remedies.

- Remedies should be acceptable when the competition authority is able to conclude with a requisite degree of certainty that they will be implemented fully and that they will restore the effective competition on the market. In less certain situations the competition authority may resort to 'up-front,' 'fix-it-first' or 'crown jewel' options.

- The possibility to modify, as well as to withdraw the unnecessary commitments should be available for the parties concerned in a limited number of cases. Such possibilities increase the interaction between the parties and the competition authority, and hence the effectiveness of the remedies.

- Rights of third parties have to be carefully considered in the course of designing and proposing remedies due to their likely intervention in merger review process and impact on the remedy implementation process. This is particularly the case where the parties to the transaction propose remedies involving obligations/assets over which they do not exercise sole control.

- The type of remedy for the competition concerns identified has to be examined on a case-by-case basis. Advantages and disadvantages are common to both types of the remedies.

In Turkey there is a need for more transparency to facilitate the parties to a merger and the TCA to design and implement merger remedies. It should be mentioned that there is a considerable difference between what is stipulated in the Turkish law and the respective practice of the TCA. Some provisions of the law are not clear, e.g. who can propose the commitments, or missing in the Turkish competition law, e.g. the possibility of the parties to specify what information they want to be treated as confidential; however, the TCA employs them in practice very often taking the EC Notice as the bases. Such uncertainties should be eliminated by expressly reflecting in the Turkish legislation the practice of the TCA, which is in line with the European rules in most cases.

Furthermore, considering Turkey's integration to the EU, it is advisable that Turkey adopts its detailed rules on merger remedies taking into account the small, but essential issues analyzed in the paper. This will increase the legal certainty of the notifying parties, the process of design and implementation of effective merger remedies, as well as cooperation between the Commission and the TCA at the remedy stage in multi-jurisdictional transactions.

BIBLIOGRAPHY

ATAK, E. "Harmonisation of Turkish Legislation and Practice with that of The European Union," http://www.tbmm.gov.tr/ul_kom/kpk/pre1.doc, 7.04.2009.

BLANKE, G. (2006), *The Use and Utility of International Arbitration in the EC Commission Merger Remedies*, Europa Law Publishing, Groningen.

BOUGETTE P. (2008), "Market structures, political surroundings and merger remedies: an empirical investigation of the EC's decisions," *European Journal of Law and Economics*, Issue 25.

CALZADO, J. R. LA SERRE, E. B. (2009), "Judicial Review of Merger Control Decisions After the Impala Saga: Time for Policy Choices?" *The European Antitrust Review* 2009, <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/10/sections/37/chapters/401/judicial-review-merger-control-decisions-impala-saga-time-policy-choices/>, 5.03.2009.

Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, 22.10.2008 EN Official Journal of the European Union C 267/11.

Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98, OJ C 68, 02.03.2001.

Commission Regulation (EC) No 802/2004 of April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 133, 30.04.2004.

Communiqué 1997/1 on the Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization of the Competition Board, Turkey, Official Gazette No 23078, 12.08. 97.

Competition Best Practices on the conduct of EC in merger proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, 5.03.2009.

Competition: International Dimension and Enlargement – Turkey – Adoption of the Community *Acquis*, Evaluation 2008, <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/e121113.htm>, 5.04.2009.

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

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJL 24, 29.1.2004.

DAVIES, J. (2007), Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 61 jurisdictions worldwide, *Global competition review*.

Decision of Association Council 1/95 concerning the completion of the Customs Union between Turkey and the EU.

ERDEM, H. E. (2006), "Turkey follows Europe's lead on competition," *International Financial Law Review*, <http://www.iflr.com/Article/1984516/Turkey-follows-Europe39s-lead-on-competition.html>, 7.04.2009.

ERYÜREKLI, P. TOGAN, T. (2006), Country Q&A, *Competition 2006/07* Volume 1, Paksoy <http://www.paksoy.av.tr/pdf/Merger-Control-in-Turkey.pdf> 10.04.2009, 5.04.2009.

ESIN, A. (2007), "Turkey: Concentration under Competition Law in Turkey," <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=50278>, 5.03.2009.

ESIN, Z. İŞMEN, E. (2008), Merger remedies: Turkey, *Concurrences*, Institute of Competition Law, http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php3?id_rubrique=719#ancre418, 17.03.2009

EZRACHI, A. (2006), "Behavioural Remedies in EC Merger Control: Scope and Limitations," *World Competition* 29(3).

FAGERLUND, E. (2005), Collective Dominance under EC Merger Regulation No 139/2004, Lund University, [http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/$File/exam.pdf?OpenElement), 7.04.2009.

International Chamber of Commerce, Comments of the EC's Draft Notice on remedies acceptable under council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004, http://ec.europa.eu/ompetition/mergers/legislation/files_remedies/icc.pdf, 7.04.2009.

International Competition Network (2005), ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup. Merger Remedies Review Project. Report for the fourth ICN annual conference, Bonn, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Remedies_Study.pdf, 7.03.2009.

KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Law on Protection of Competition No 4054, Turkey, Official Gazette *No* 22140, 13.12. 94.

Merger Remedies Matrix, e-Competitions Bulletin, Reports, Turkey, Concurrences, http://www.concurrences.com/merger_remedies_one_question.php?id_rubrique=728, 7.04.2009.

Merger Remedies Study (2005), Public version, DG COMP, European Commission, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf 20.01.2009, 4.02.2009.

MONTI, G. (2008), "The New Substantive Test in the EC Merger Regulation Bridging the Gap Between Economics and Law?" LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department, <http://ssrn.com/abstract=1153661>, 7.04.2009.

OECD (2005), *Cross-Border Remedies in Merger Review*. Turkey. Roundtable Discussion. DAF/COMP/WP3/WD92005)11, OECD, Paris.

OECD (2005), *Policy Brief. Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, <http://www.oecd.org/dataoecd/61/39/35412083.pdf>, 7.03.2009.

PAPANDROPOULOS, P. TAJANA, A. (2006), "The Merger Remedy Study – In Divestiture We Trust?" *European Competition Law Review*, pp.443 – 454.

REHN, O. (2008), "45 Years from the Signing of the Ankara Agreement: EU-Turkey – cooperation continues," SPEECH/08/581, Conference on EC Turkey Association Agreement, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/581&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 7.03.2009.

SATCHWELL, A. (2008), "EU Merger Review Policy: An Increasing Role for Third Parties?" IPAA Conference, http://www.indiana.edu/~west/documents/Satchwell-EUMergerReviewPolicy_000.pdf, 7.04.2009.

SENYUCEL, O. (2009), "Inferences for Turkey in the Light of New EC Commission Notice on Remedies," Symposium, Remedies in Merger Control, Istanbul, 17 June 2009.

TOKSOY, F.M. (2007) Competition Law Aspects of Mergers and Acquisitions in the EU and Turkish Law: Does Turkey Call for a Merger Reform? The Answer and a Policy Proposal. PhD Thesis, European Community Institute, Marmara University, Istanbul, <http://www.actecon.com/TOKSOY%20Thesis.pdf>, 7.05.2009.

TURAN, T. ERYÜREKLI, P. PAKSOY. Competition 2006/07 Volume 1, PLC Cross-Border Competition Handbook // <http://www.paksoy.av.tr/pdf/Merger-Control-in-Turkey.pdf>, 7.04.2009.

WILSON, J. (2003), Globalization and the Limits of National Merger Control Laws, International Competition Law Series, Kluwer International, The Hague.

WHISH, R. (2003), Competition Law, Fifth Edition, Lexis Nexis UK.

ECJ Case-law

Airtours v Commission (2002), Case T-342/99, ECR II-2585.

Alosa Company Ltd v Commission of the European Communities (2007), Case T-170/06.

ARD v Commission, Case T-158/00, (2003) ECR II-3825.

Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission, (2007), Case C-202/06 P, ECR I-0000.

Commission v Tetra Laval, Case C-12/03, (2005) ECR I-987.

EasyJet v Commission (2006), Case T-177/04, ECR II-1931.

EDP v Commission (2005), Case T-87/05, ECR II-3745.

General Electric v Commission, (2005), Case T-210/01, ECR II-5575.

IATA and ELFAA (2006), Case C-344/04 ECR I-403.

Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) v Commission, (2006) Case T-464/04, ECR II-2289.

Zuid-Hollandse Milieufederatie and Natuur en Milieu (2006), Case C-174/05, ECR I-2443.

Decisions of the Commission

Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alennia Space & Telespazio, Case COMP/M.3680, 28.04.05.

AstraZeneca/Novartis, Case COMP/M.1806 – 2000/C 53/04, 26.07.2000.

Boeing/McDonnell-Douglas, Case IV/M.877 91997, *OJEC L* 336/16.

BP/EE.ON, Case COMP/M.2533 – 2001/C 222/06 , 20.12.01.

DSM/Roche Vitamins, Case COMP/M.2972 – 2004/C 69/07, 23.07.03.

GE/Instrumentarium, Case COMP/M.3083 – O.J. L109/1, 2.09.03.

Glaxo-SmithKline, Case No.00-29/308-175, 03.08.2000.

Omya/Huber PCC, Case COMP/M.3796 – 2005/C 63/03, 19.07.06.

Owens-saint Gobain, Case COMP/M.4828.

Procter & Gamble-Gillette, Case COMP/M.3732.

Rockwood-SudChemie, Case No.05-88/1229-358, 29.12.2005.

Sony/BMG, Case COMP/M.3333, OJ 2008, C 94.

Syngenta CP-Advanta. Case COMP/M.3465.

T.Mobile Austria/Tele.ring, Case M.3916, 2005/C 287/05.

Decisions of the TCA

DSM-Roche Vitamins, 2003, No. 03-60/730-342.

Glaxo-SmithKline, 2000, No.00-29/308-175.

Greencastle-Intergum, 2007, No 07-67/836-314.

Gidasa-MGS, 2008, No 08-12/130-46.

Owens-Saint Gobain, 2007, No. 07-90/1153-446.

Procter & Gamble-Gillette, 2005, No. 05-55/836-228.

Syngent-Astrazeneca, 2004, No.04-49/673-171.

Rockwood-SudChemie, 2005, No.05-88/1229-358.

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ
THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS

(01.01.2009 - 31.03.2009)

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-01/2-2	İzmirgaz İzmir Doğalgaz Dağıtım A.Ş.'nin dağıtım bölgesinde sanayi aboneleri ile yaptığı doğalgaz satış sözleşmelerinde yer alan alım taahhütleri uygulaması ve bu taahhütlerin ihlali halinde para cezası uygulamasının, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu ve ilgili ikincil mevzuat açısından da ihlal teşkil edebileceği ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun İzmirgaz İzmir Doğalgaz Dağıtım A.Ş. hakkında yürüttüğü sürecin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından ihlal oluşturabilecek anılan uygulamaları sona erdirebileceği dikkate alındığında, bu aşamada adı geçen teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, İzmirgaz İzmir Doğalgaz Dağıtım A.Ş.'nin önaraştırma konusu uygulamaları ile ilgili olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yürütülen işlemlerin ve adı geçen Kurum tarafından yapılabilecek düzenlemelerin 1. Daire Başkanlığı tarafından takip edilmesine ve söz konusu sürecin sonunda konunun tekrar Kurul gündemine getirilmesine karar verilmiştir.	8.01.2009
2	09-01/4-4	Arçelik A.Ş.'nin bayilerine depo bulundurma zorunluluğu getirdiği, bayinin sipariş vermemesine rağmen bayiye mal gönderdiği, bayinin Arçelik'in dayattığı koşullara uymaması halinde bayilik sözleşmesinin feshedileceği ve bu uygulamaların bayiye zor durumda bıraktığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	08.01.2009
3	09-01/5-5	Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı'nda yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ifade veren bazı kişilerin Balıkesir'deki fırıncıların aralarında anlaşmalarına yönelik beyanları bulunmakla birlikte; başvuru konusu eylemlerin sadece ceza hukuku kapsamında ele alınabilecek eylemler olduğuna ve bu eylemlere ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	08.01.2009
4	09-01/8-7	Peugeot Otomotiv Pazarlama A.Ş.'nin bayilik sözleşmesini 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı olarak feshetmiş olduğu, Peugeot ve bayileri arasında ortak fiyatlandırmaya gidilerek fiyat tespiti yapıldığı, bayiler arasında ayrımcılık yapıldığı, çok markalılığın engellendiği ve yapılan sözleşmelere ikinci el araç satışıyla ilgili hükümler konulmak suretiyle muafiyet kapsamı dışına çıktığı iddialarına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddi-	08.01.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		ne, Peugeot Türkiye Bayi Konseyi tarafından gerçekleştirilen uygulamalara katılımına dair yeterli delil bulunamaması nedeniyle Peugeot Otomotiv Pazarlama A.Ş. ile Tekoto Motorlu Taşıtlar İstanbul San. ve Tic. A.Ş. ve Tekoto Motorlu Taşıtlar Ankara San. ve Tic. A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, ancak Peugeot Otomotiv Pazarlama A.Ş.'ye bayilerinin 4054 sayılı Kanun'a uygun davrandığını gözetmek suretiyle Kanun'un etkin uygulanmasını temin etmesine yönelik olarak yazılı görüş gönderilmesine, Method Research Company unvanlı teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un kapsamını açıklayan ve Kanun'u ihlal eder nitelikteki eylemlere yardımcı olmaması gerektiğini hatırlatan bir yazının gönderilmesine karar verilmiştir.	
5	09-02/16-9	İzmir ve çevresindeki illerde faaliyet gösteren kozmetik ürünleri ana dağıtım şirketlerinin ve kozmetik firmalarının direkt temsilciliklerinin satış destek amacıyla oluşturulmuş bütçelerini hizmet bedeli, fiyat farkı, yeni giriş bedeli gibi uygulamalar yoluyla kozmetik zincir mağazalarına kullandığı ancak diğer küçük satış noktalarının bu destekten yararlandırılmadıkları iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	14.01.2009
6	09-03/45-14	CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. tarafından reklamı yapılan "10 katını ödeme" kampanyasından tüketicinin yararlanmasını zorlaştırılarak tüketicinin aldatıldığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.01.2009
7	09-03/49-18	Rekabet Kurulu'nun, Ankara ili Yenimahalle, Sincan, Yenikent, Etimesgut bölgelerinde faaliyet gösteren 53 teşebbüs ile Diren Org. Dan. Müş. ve Tic. Ltd. Şti.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerinin tespitine ilişkin 27.12.2007 tarih, 07-92/1170-456 sayılı kararı ile ilgili olarak Danıştay kararları üzerine ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi sonucunda; Sincan, Yenikent, Etimesgut ve Yenimahalle bölgelerinde faaliyet göstermekte olan ellidört teşebbüsün, rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine; bu eylemlerinden dolayı söz konusu ellidört teşebbüsün her birine; 4054 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 16. maddesinde asgari ceza hükmü yer almamakla birlikte, 27.12.2007 tarihli 07-92/1170-456 sayılı Kurul kararı ile, değişiklik öncesi yürürlükte bulunan Kanun maddesi ve 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca 6.864 TL idari para cezası verilmesine hükmedilmişse de Danıştay'ın bu dosya ile ilgili davalarda vermiş olduğu kararlar gereği ihlal tarihinde yürürlükte bulunan	20.01.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		2002/1 sayılı Tebliğ uyarınca 5.816,11 TL'nin üzerinde idari para cezası verme imkanı bulunmadığından takdiren 5.816,11 TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	
8	09-03/50-19	Tofaş Türk Otomobil Fabrikası A.Ş. ve Chevrolet Otomotiv Ticaret Ltd. Şti.'nin garantisi devam eden Tofaş ve Chevrolet marka araçlara BRC marka LPG dönüşüm sistemi takılmasına izin verdiği, ancak BRC ile aynı standartlara sahip olan Tartarini marka LPG dönüşüm sistemi takıldığında araçların garantisinin sona erdirildiği ve bu durumun haksız rekabete yol açtığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.01.2009
9	09-04/93-33	Gittigidiyor A.Ş.'ye ait "www.gittigidiyor.com" adlı internet sitesinin fahiş fiyat uyguladığı ve haksız rekabet yaptığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	4.02.2009
10	09-07/126-37	Türk Hava Yolları A.O. ve diğer havayolu şirketlerinin internet üzerinden yaptıkları bilet satışlarında düşük fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verilmiştir.	18.02.2009
11	09-07/127-38	ADSL bağlantısı için sabit telefon hattı olmasının zorunlu tutulmasının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiaları ile ilgili olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüs tarafından yalnız ADSL uygulamasının başlatılması ve bu suretle şikayet konusu uygulamaya son verilmesini teminen üç ay içerisinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na gerekli başvurunun yapılarak Rekabet Kurumuna tevsih edilmesi hususlarında Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye ve işbu karar hakkında bilgilendirilmek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na görüş yazısı gönderilmesi için Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	18.02.2009
12	09-07/128-39	Tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından; 1. Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin firmalar tarafından mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin edilmesi,	18.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>2. Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye tesliminin yapılması,</p> <p>3. Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlenmesi,</p> <p>4. Cihazların ilk satımı aşamasında yukarıda yer verilen hususlar konusunda müşterilerin yazılı olarak bilgilendirilmesi,</p> <p>5. Tıbbi cihazların, son 3 (üç) yıllık satış verilerine dayanarak, en çok kullanılan 100 (yüz) yedek parçanın güncel fiyat listelerinin internet ortamında herkesin ulaşabileceği şekilde ilan edilmesi,</p> <p>6. Müşterilerden ve rakip servis sağlayıcılardan gelen yedek parça fiyat taleplerinin en geç 3 (üç) işgünü içerisinde cevaplandırılması,</p> <p>7. Yedek parça satışında rakip servis sağlayıcılara ve onların müşterilerine yönelik, objektif kriterlere dayanmayan ayrımcı uygulamalar yapılmaması</p> <p>aksi takdirde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağı söz konusu teşebbüslere bildirilmesi hususlarında aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesi için Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.</p>	
13	09-07/129-40	<p>Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş., Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş., Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş., Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş., LeverElida Tem. ve Kişi. Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş., Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma sonucunda alınan 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı kararın Danıştay 13. Dairesi'nin 2007/14688 E. ve 2008/7651 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi sonrasında dosyanın Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş. yönünden yeniden değerlendirilmesi sonucunda;</p> <p>1- Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından yeniden satış fiyatının belirlendiği yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna</p> <p>2- Bu nedenle</p> <p>Adı geçen teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine, Para cezasının belirlenmesinde, ihlalin 1998 yılında da devam ediyor olması göz önüne alınarak, adı geçen teşebbüsün 1997 yılı cirosunun esas alınmasına,</p>	18.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>Ceza hesaplamasında; İlgili ürün pazarı dikkate alındığında, söz konusu ürünlerin tüketici açısından öneminin yüksek olması ve rekabet ihlali içeren anlaşmaların tüm Türkiye’de uygulanıyor olması hususlarının ağırlaştırıcı unsurlar olarak kabul edilmesine, 4054 sayılı Kanun’un uygulamasının yeni olması, söz konusu teşebbüsün soruşturma sürecinde sözleşmelerini değiştirmesi ve soruşturma safhasında Kurum ile işbirliği içinde olması nedenlerinin hafifletici unsurlar olarak kabul edilmesine ve dolayısıyla Kanun’un 16. maddesinin üçüncü fıkrasındaki azami sınırın uygulanmasına gerek olmadığına, Bu çerçevede Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin 1997 yılı cirosunun takdiren %2’si oranında olmak üzere idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.</p>	
14	09-07/129-41	<p>Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş., Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş., Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş., Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş., LeverElida Tem. ve Kişi. Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş., Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma sonucunda alınan 24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı kararın İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği (İGTOD) tarafından açılan davada Danıştay 13. Dairesi’nin 2007/14687 E. ve 2008/7652 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi sonrasında dosyanın yeniden değerlendirilmesi sonucunda;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş. - Müflis Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. İflas İdaresi - Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. - Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş. - Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. - Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve - LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. <p>tarafından piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin ve toptancıların piyasa dışına çıkarılması iddiasına yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığına karar verilmiştir.</p>	18.02.2009
15	09-08/152-46	<p>Ön ödemeli sayaç üreticisi teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin belediyelerce açılan su ve doğal gaz sayacı alım ihalelerinde danışıklı teklif vererek aralarındaki rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadıklarının tespiti amacıyla yapılan önaraştırmada elde edilen bilgi ve belgelerin, soruşturma açmaya yeterli nitelik ve düzeyde olmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.</p>	25.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
16	09-08/155-48	<p>Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş.'nin "Yetkili Servis Standartları"nın 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'ne uyumlu olmaması ve yetkili servisler ile özel servisle arasında ayrımcılık yapması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği konusuyla ilgili olarak;</p> <p>1) i) ekipman fiyatlarının yüksek belirlenmesi suretiyle özel servisler ile yetkili servisler arasında ayrımcılık yapıldığı, ii) tesis yerine ilişkin hüküm ile yetkili servis yöneticileri ve hissedarları ile bunların birinci derece yakınlarına yönelik getirilen sınırlama ile mevcut yetkili servisler ile Korkmaz Motorlu Araçlar Oto Servisçilik ve Yedek Parça San. Tic. Ltd. Şti. arasında ayrımcılık yapıldığı, iii) servis binasının ana yol üzerinde olması ve bina ile yol arasında binanın görünmesini engelleyecek başka bir binanın bulunmaması şartının niteliksel kriter olmadığı iddialarının gerçeği yansıtmadığına ve bu nedenle reddine,</p> <p>2) Ancak Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş.'nin i) Özel servis Korkmaz Motorlu Araçlar Oto Servisçilik ve Yedek Parça San. Tic. Ltd. Şti.'nin eğitim ve cihaz taleplerini karşılamakta gecikmesi, ii) Özel servisler ile mevcut yetkili servisler arasında ve mevcut yetkili servisler ile sisteme yeni giren yetkili servisler arasında özel takımların kullanımı bakımından ayrımcılık yapması nedeniyle 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 5. maddesine aykırı uygulamalar içerisinde bulunduğuna, iii) Niteliksel kriterleri özel servis Korkmaz Motorlu Araçlar Oto Servisçilik ve Yedek Parça San. Tic. Ltd. Şti.'ye bildirmekte gecikmesi ve niteliksel kriter değişikliklerini anılan teşebbüse değişiklik gerçekleştiği tarihte bildirmemesi, iv) Yetkili servis adayının daha önce Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş. ile olan ilişkisini düzenleyen hüküm bakımından niteliksel olarak değerlendirilemeyecek bir kriter getirmesi nedeniyle aynı Tebliğ'in 3. ve 4. maddelerine aykırı uygulamalarda bulunduğu görüldüğünden anılan teşebbüsün yetkili servis sözleşme ve uygulamalarının, 2005/4 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmadığına ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde ihlal teşkil ettiğine,</p>	25.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>3) Bahsi geçen sözleşme ve uygulamalara Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet de tanınmayacağına,</p> <p>4) Ancak</p> <ul style="list-style-type: none"> - Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş.'nin Korkmaz Motorlu Araçlar Oto Servisçilik ve Yedek Parça San. Tic. Ltd. Şti. dışında bir özel servisi niteliksel kriterleri sağlaması sonucunda yetkili servis olarak kabul ettiği, - Soruşturma açılması halinde de mevcut durumda önaraştırma ile ulaşılan sonucu değiştirecek yeni bir delile ulaşılmamasının mümkün görülmemesi nedeniyle bir değişiklik olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda usul ekonomisi sağlanması gerekçesiyle soruşturma açılmasının makul olmayacağına ve bu çerçevede Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş.'ye Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ihlale nasıl son vereceğine ilişkin görüş yazısı gönderilmesi konusunda Başkanlığa yetki verilmesine, 5) Yetkili Servis Sözleşmesi'ndeki niteliksel olmayan kriterin değiştirilmesi ve özel takımların kullanımının gerek sisteme yeni giren yetkili servisler gerekse de özel servisler bakımından ayrımcılık yaratmayacak şekilde değiştirilmesi hususlarında gerekli düzenlemelerin yapılarak işbu kararın tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde Kurumumuza tevsik edilmesine, söz konusu düzenlemenin yapılmaması ve uygulamanın devam etmesi halinde 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca haklarında soruşturma açılacağı ve Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına Renault Trucks Türkiye Ticaret A.Ş.'ye bildirilmesine karar verilmiştir. 	
17	09-08/156-49	<p>Baylas Otomotiv A.Ş. ve bayilerinin bayi konseyi yapılanmasını kullanarak bazı satış koşullarının belirlenmesi konusunda anlaştıkları iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, bununla birlikte Baylas Otomotiv A.Ş.'ye bayilerinin 4054 sayılı Kanun'a uygun davrandığını gözetmek suretiyle Kanun'un etkin uygulanmasını temin etmesine yönelik görüş yazısı gönderilmesi için Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.</p>	25.02.2009
18	09-09/179-51	<p>Ankara İli Yenimahalle, Sincan, Etimesgut bölgelerinde faaliyet gösteren 85 ekmek üreticisi ile anılan bölgelerdeki ekmek üreticisi teşebbüsler tarafından ilgili ürün pazarında koordinasyon sağlamak üzere yetkilendirilen Naci KUTANIS ve Diren Organizasyon Danışmanlık Müş. ve Tic. Ltd. Şti. ve 21 market ile Keçiören ve Altındağ ilçelerindeki ekmek pazarında faaliyet gösteren 62 ekmek üreticisi teşebbüsün 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma sonucunda alınan 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay tarafından iptal edil-</p>	5.03.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		mesi üzerine dosyanın Pazar Ekmek Fabrikası yönünden yeniden değerlendirilmesi sonucunda; Pazar Ekmek Fabrikası unvanlı teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine; bu eyleminden dolayı adı geçen teşebbüse aynı Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde takdiren 1000 TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	
19	09-09/180-52	Son dönemde çiğ süt fiyatlarında artış olmamasına rağmen işlenmiş süt ürünlerinin fiyatlarında önemli artışlar olduğu yönündeki gelişmeler ve süt firmalarının aralarında anlaşarak müşteri paylaştıkları ve çiğ süt fiyatlarını tespit ettikleri iddiasına ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	5.03.2009
20	09-09/181-53	Maya üreticisi firmaların ortak hareket ederek yaş ekmek mayasında yapılacak fiyat artışlarını birlikte belirledikleri iddiasına ilişkin olarak Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş., Özmaya San. A.Ş., Mauri Maya San. A.Ş. ve Akmaya San. ve Tic. A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	5.03.2009
21	09-09/185-55	Yurt dışından C.I.F yöntemi ile ithal edilen malların taşıyıcı firmalar tarafından getirilen limanlarda özel antrepolara aktarılması ve sunulan gümrük ve depolama işlemlerinden fahiş bedel talep edilmesi suretiyle ithalatçı firmaların zarara uğratıldıkları iddiasına ilişkin olarak Ünsped Global Lojistik Tic. A.Ş., IBTL Uluslararası Taşımacılık ve Dış Ticaret Ltd. Şti. ve Mas Taşımacılık ve Dağıtım Sistemleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	5.03.2009
22	09-09/186-56	Pol-Pet Petrol Ürünleri Tur. Konaklama ve Din. Tesisleri Ltd. Şti.'ye ait taşınmaz üzerinde bayilik karşılığı 15 yıl süre için tesis edilen intifa hakkının süresinin 5 yıla sınırlandırılması veya kaldırılması talebinin Bölünmez Petrolcülük A.Ş. tarafından reddedildiği ve intifa sözleşmesinin, bayinin fiyatlandırması üzerinde baskı aracı olarak kullanıldığı iddiası üzerine: 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde koşulları belirtilen muafiyetten yararlanabilmek bakımından, alıcılar üzerine getirilen rekabet yasağının süresinin beş yılı aşmaması gerektiğine, Taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi ile bağlantılı kredi sözleşmeleri, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri ya da uzun süreli intifa hakkı tanınması gibi şahsi ya da aynı hakların da rekabet yasağının süresini fiilen uzatacak şekilde kullanılamayacağına, Bu tür sözleşmelerin varlığı halinde, beş yılı aşan süreler baki-	5.03.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>mından, 2002/2 Sayılı Tebliğ’de tanınan muafiyet koşullarının ortadan kalkacağına, Dikey anlaşmalarda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, 2002/2 Sayılı Tebliğ’in 5. maddesiyle uyumlu hale getirilmesine ilişkin geçiş sürecinin 18.9.2003 tarihinde başlayıp,18.9.2005 tarihinde sona erdiğine, bu çerçevede; 18.9.2005 tarihinden önce yapılmış olan ve süresi beş yılı aşan sözleşmelerin, Rekabet Kurulu tarafından uygulanan “azami hadde indirme” ilkesi gereğince 18.9.2010 tarihine kadar Tebliğ’de yer alan muafiyetten yararlanabileceği ve bu tarihten sonra muafiyet koşullarının ortadan kalkacağına, Pol-Pet ile M-OİL arasında imzalanan bayilik sözleşmesinin ve buna bağlı olarak İntifa Hakkı Sözleşmesinin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca muafiyetten yararlanabileceğine, bu nedenle bu aşamada önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, Bu tarihten itibaren intifa hakkı çerçevesinde bayilerin yeniden sözleşme yapmaya zorlanması halinde 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi çerçevesinde işlem başlatılacağına ilgili taraflara bildirilmesine karar verilmiştir.</p>	
23	09-09/187-57	<p>Barbaros Akaryakıt San. Tic. Ltd. Şti.’ye ait taşınmaz üzerinde bayilik karşılığı 15 yıl süre için tesis edilen intifa hakkının süresinin 5 yıla sınırlandırılması veya kaldırılması talebinin Altınbaş Petrol ve Ticaret A.Ş. tarafından reddedildiği ve intifa sözleşmesinin, bayinin fiyatlandırması üzerinde baskı aracı olarak kullanıldığı iddiası üzerine: 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde koşulları belirtilen muafiyetten yararlanabilmek bakımından, alıcılar üzerine getirilen rekabet yasağının süresinin beş yılı aşmaması gerektiğine, Taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi ile bağlantılı kredi sözleşmeleri, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri ya da uzun süreli intifa hakkı tanınması gibi şahsi ya da aynı hakların da rekabet yasağının süresini fiilen uzatacak şekilde kullanılmayacağına, Bu tür sözleşmelerin varlığı halinde, beş yılı aşan süreler bakımından, 2002/2 sayılı Tebliğ’de tanınan muafiyet koşullarının ortadan kalkacağına, Dikey anlaşmalarda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, 2002/2 Sayılı Tebliğ’in 5. maddesiyle uyumlu hale getirilmesine ilişkin geçiş sürecinin 18.9.2003 tarihinde başlayıp,18.9.2005 tarihinde sona erdiğine, bu çerçevede; 18.9.2005 tarihinden önce yapılmış olan ve süresi beş yılı aşan sözleşmelerin, Rekabet Kurulu tarafından uygulanan “azami hadde indirme” ilkesi gereğince 18.9.2010 tarihine kadar Tebliğ’de yer alan muafiyetten yararlanabileceğine ve bu tarih-</p>	5.03.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		ten sonra muafiyet koşullarının ortadan kalkacağına, Barbaros ile Alpet arasında imzalanan bayilik sözleşmesinin ve buna bağlı olarak intifa hakkı tesisine ilişkin resmi senedin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca muafiyetten yararlanabileceğine, bu nedenle bu aşamada önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, Bu tarihten itibaren intifa hakkı çerçevesinde bayilerin yeniden sözleşme yapmaya zorlanması halinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde işlem başlatılacağına ilgili taraflara bildirilmesine karar verilmiştir.	
24	09-09/188-58	Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma kapsamında alınan 21.6.2001 tarih, 01-28/273-M sayılı geçici tedbir kararının Danıştay 13. Dairesinin 5.12.2008 tarih ve 2008/6512 E., 2008/7657 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine konunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda; dosya konusuna ilişkin olarak herhangi bir hukuki işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.	5.03.2009
25	09-09/192-59	Akın Yazılım Bilgisayar İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Ateş Yazılım Bilgisayar ve İnternet Teknolojileri Tic. Ltd. Şti.'nin filtre yazılım onaylarını mevcut kafe programları adına alarak ve bunları ya çok düşük ücretle satmak ya da ücretsiz vermek suretiyle rekabete aykırı davrandığı iddiasına ilişkin olarak Akın Yazılım Bilgisayar İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Ateş Yazılım Bilgisayar ve İnternet Teknolojileri Tic. Ltd. Şti. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	5.03.2009
26	09-11/212-63	İzmit Körfezi'nde bulunan İstanbul Demir Çelik Fabrikaları A.Ş., Poliport Kimya San. ve Tic. A.Ş. ve Altınel Liman ve Terminal İşletmeleri A.Ş.'nin üçüncü şahıslara verilen liman hizmetleri için aralarında anlaşma yaparak ortak fiyat belirledikleri iddiasına ilişkin olarak adı geçen teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	11.03.2009
27	09-11/213-64	Chrysler Jeep Ticaret A.Ş. ile Sercem Otomotiv Sanayi A.Ş. arasında 23.6.2000 tarihinde imzalanmış olan "Bayilik Sözleşmesi"nin sözleşmenin, süresi ve feshi ihbara ilişkin hükmü dışında, 1998/3 sayılı Tebliğ ile uyumlu olduğuna, süre ve feshe ilişkin hükümleri dolayısıyla 1998/3 sayılı Tebliğ'in sağlamış olduğu muafiyetten yararlanamayan münfesi "Bayilik Sözleşmesi"ne ilişkin olarak açık ihlal niteliğinde hükümler içermemesi nedeniyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına, Chrysler Jeep Ticaret A.Ş.'nin Sercem Otomotiv Sanayi A.Ş. ile olan ilişkisine çok markalılık nedeniyle son verildiği ve bu ne-	11.03.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		denle yeniden bayilik ağına alınmadığı iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasını gerektirecek nitelikte ciddi delillerin bulunmaması nedeniyle şikayetin reddine karar verilmiştir.	
28	09-11/214-65	Acıpayam Selüloz San. ve Tic. A.Ş.'nin TPAO ihalesinde düşük fiyat vererek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	11.03.2009
29	09-11/215-66	Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş.'nin ayrımcılık yapmak suretiyle rekabeti engellediği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	11.03.2009
30	09-11/216-67	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., Avea İletişim Hizmetleri A.Ş., Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'nin toplu SMS kontör fiyatlarının aynı ve çok yüksek olduğu, bunun yanı sıra toplu SMS gönderen firmaların yurtdışından daha ucuza kontör temin ederek gönderdikleri SMS'leri bloke ederek abonelere ulaşmasını engelledikleri veya geç ilettikleri bu şekilde söz konusu firmaları kendilerinden kontör almaya zorladıkları ve pazarda tekelleşme yarattıkları iddiasına ilişkin olarak adı geçen teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	11.03.2009

MENFİ TESPİT/MUAFİYET

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-03/46-15	Türk Henkel Kimya San. ve Tic. A.Ş. ile Hobi Kozmetik İmalat San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan Taft markalı saç jölelerinin üretilmesi, dolumu ve ambalajlanmasına ilişkin "Satınalma Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte söz konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle 3 yıl ile sınırlı olmak üzere bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	20.01.2009
2	09-03/47-16	Türk Henkel Kimya San. ve Tic. A.Ş. ile Hobi Kozmetik İmalat San. ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan Schauma markalı şampuan ve duş jellerinin üretimi, dolumu ve ambalajlanmasına ilişkin "Satınalma Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bununla birlikte söz konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	20.01.2009
3	09-03/56-23	Avrupa Ülkeleri için akdedilen G-CSF'ye ilişkin Tadil Edilmiş ve Yeniden Belirlenmiş Anlaşma'nın teknoloji transferi anlaşması niteliğinde olduğuna, bildirim konusu anlaşmaya, 2.5. maddesi ile 2. ekte düzenlenen rekabet etmeme hükümleri nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, 2008/2 sayılı "Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 5. maddesindeki pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle anlaşmanın Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, söz konusu anlaşmaya bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	20.01.2009

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-01/1-1	Talecris Biotherapeutics Holding Corp.'un hisselerinin tamamının CSL Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	8.01.2009
2	09-01/3-3	Siemens AG ve Fujitsu Limited'in her birinin %50 oranında hisseye sahip oldukları Fujitsu Siemens Computers (Holding) BV'deki Siemens AG hisselerinin Fujitsu Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	8.01.2009
3	09-01/6-6	Thames Water Altyapı Hizmetleri Limited Şirketi'nin hisselerinin tamamının Akifer Su Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi, Evren KÖPRÜLÜ ve Frank Leonard PAWLEY tarafınca devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına, işleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	8.01.2009
4	09-01/10-8	Johnson and Johnson tarafından, Mentor Corporation'ın bütün hisselerinin alınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	8.01.2009
5	09-02/17-10	Trend Gıda Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nin hisse devri yolu ile Brenntag CEE GmbH ve Brenntag Austria Holding GmbH'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir	14.01.2009
6	09-02/18-11	Yang Ming Line (Singapore) Pte. Lte. ve Egekont Konteyner ve Taşımacılık A.Ş. arasında oluşturulacak Yang Ming Anadolu Gemi Acenteliği A.Ş. unvanlı ortak girişim işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	14.01.2009
7	09-02/19-12	Fina-Turkon Liman Hizmetleri Loj. Den. Tic. ve San. A.Ş.'deki Turkon Konteynır Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş.'ye ait olan %50 oranındaki hissenin Fina Holding A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine; bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle Fina Holding A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2007 yılında Türkiye'de ilgili pazarda ortak girişim yoluyla elde ettiği gayri safi gelirinin % 0,1'i oranında olmak üzere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	14.01.2009
8	09-02/20-13	Asel Gayrimenkul Yatırım İnş. ve Tic. A.Ş.'nin Adıyaman-Kahramanmaraş Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin %20 oranında hissesini devralması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Teb-	14.01.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		liğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	
9	09-03/48-17	Baklavacı Güllüoğlu Gıda San. Pazarlama ve Organizasyon Hizmetleri A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte Baklavacı Güllüoğlu Gıda San. ve Dış Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin tarafların aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	20.01.2009
10	09-03/52-20	Erçak Temizlik Hizmet Nakliyat İnşaat Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti'nin hisselerinin %100'ünün Trenwalder Ebru Medikal ve Temizlik. İnşaat Turizm Gıda Peyzaj Taşımacılık A.Ş. ve Mustafa Kurumlu tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	20.01.2009
11	09-03/54-21	Ciba Holding AG hisselerinin çağrı yoluyla BASF SE tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	20.01.2009
12	09-03/55-22	MTB Enerji Danışmanlık İnşaat Taahhüt Turizm ve Ticaret Limited Şirketi'nin, Renova Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş.'de sahip olduğu %99,96 oranında hissenin Evonik Steag GmbH tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	20.01.2009
13	09-04/67-24	TSKB Yatırım Ortaklığı A.Ş. tarafından Yatırım Finansman Yatırım Ortaklığı A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifleriyle ve tüzel kişiliği sona ermek suretiyle devralınması işleminin tarafların aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	4.02.2009
14	09-04/68-25	DC Chemical Co., Ltd. ile Colombian Chemicals (Cayman) Holdings, Ltd. arasında imzalanan sözleşme çerçevesinde Colombian Chemicals Holding LLC (CCH)'nin kontrolünün devralınması işlemine izin verilmesine, Ortak Birim Satın Alma Sözleşmesi ile getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, üç yıl süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama olarak kabulüne karar verilmiştir.	4.02.2009
15	09-04/71-27	Yalçın Turizm ve Ticaret Ltd. Şti. kontrolündeki, Muğla ili, Fethiye ilçesi, Göcek Beldesi'nde bulunan, "Kulüp Marina" ve "Göcek Marina" olarak adlandırılan süpermarketlerin sabit değerleriyle birlikte kira sözleşmelerinin devri yoluyla işletilmesinin CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	4.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
16	09-04/72-28	Samsun'da faaliyet gösteren Kaya Turizm Kozmetik İnş. Tic. ve San. A.Ş.'ye ait 1 adet mağazanın işletme hakkının demirbaş ve emtiaları ile birlikte Şeref Makromarket San. ve Tic. A.Ş.'ye devri işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	4.02.2009
17	09-04/73-29	Mersin'de faaliyet gösteren Lider Güven Gıda Tem. ve İht. Mad. İnşaat ve Malz. Nak. Tic. San. Ltd. Şti.'nin Çağdaşkent mağazasının işletme hakkının demirbaş ve emtiaları ile birlikte Şeref Makromarket San. ve Tic. A.Ş.'ye devri işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	4.02.2009
18	09-04/90-30	Perpa Koruma ve Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti.'nin %80 oranında hissesinin Trenkwalder International AG, Thomas BRASER, Karl WANNA ve Cengiz KÜÇÜKKUŞ tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına, Pay Devir Sözleşmesi'nde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün 5 yıl süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama olarak kabulüne karar verilmiştir.	4.02.2009
19	09-04/91-31	Hisselerinin tamamı TUI'ye ait olan Hapag-Lloyd AG'nin hisselerinin %66,67'sinin dolaylı olarak Hamburgische Seefahrtsbeteiligung "Albert Ballin" GmbH Co. KG tarafından devralınması yoluyla ortak girişim oluşturulması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	4.02.2009
20	09-04/92-32	Ineos Chlor Vinlys Holding B.V.'nin Companhia Industrial de Resinas Sinteticas'da sahip olduğu %26,23 oranındaki hissenin Shin-Etsu International Europe B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	4.02.2009
21	09-04/95-26	Aksu İplik Dokuma ve Boya Apre Fabrikaları Türk A.Ş.'nin, Ak-Al Tekstil Sanayii A.Ş. tarafından devralınarak, Aksu İplik Dokuma ve Boya Apre Fabrikaları Türk A.Ş.'nin tasfiyesiz ifsahı sureti ile Ak-Al Tekstil Sanayii A.Ş. ile birleşmesi işleminin tarafların aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	4.02.2009
22	09-06/106-34	Kayseri'de faaliyet gösteren Eras Mağazacılık İşletmeleri San. Tic. A.Ş.'nin bir adet mağazasının işletme hakkını demirbaş ve emtialarıyla birlikte Şeref Makromarket San. ve Tic. A.Ş.'ye devretmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.02.2009
23	09-06/107-35	MM Gıda ve Kimya Ticaret Kollektif Şirketi 'ne ait aroma kimyasalları dağıtım işinin varlık devri yoluyla Provida GmbH tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
24	09-06/119-36	Fayat'ın Bülbüloğlu Vinç Sanayi ve Tic. A.Ş.'nin %60 oranındaki hissesini almasına yönelik devralma işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.02.2009
25	09-07/130-42	Adana ili Seyhan ilçesinde faaliyet gösteren 'Güzelyalı' isimli süpermarket ile 'Kenan Evren' isimli süpermarketin mevcut kira sözleşmelerinin devri yoluyla CarrefourSa Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. tarafından sabit değerleriyle birlikte devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.02.2009
26	09-07/131-43	Arı Rafine ve Yağ San. A.Ş. ile Harun ÇALLI ve Ebubekir ÇALLI'nın Turyağ Gıda San. ve Tic. A.Ş.'de sahip oldukları toplam %99,5 oranındaki hisselerinin %33,33'lük kısmının Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin, Hissedarlar Anlaşması'nın "Şirket Yönetimi" başlıklı 2. maddesinin 10.2.2009 tarihinde yapılan Ek Protokol ile değiştirilmesi ve söz konusu değişiklik sonucu devre konu teşebbüs üzerinde kontrol değişikliğinin gerçekleşmemesi nedeniyle 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına, anılan işlem kapsamında hisse devri rakip teşebbüsler arasında gerçekleşmekle birlikte, bu durumun tek başına kaçınılmaz olarak taraf teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmasının ya da mevcut yapıyı değiştirmesinin beklenmediğine karar verilmiştir.	18.02.2009
27	09-07/144-44	Acıbadem Sağlık Hizmetleri ve Ticaret A.Ş.'nin mevcut durumda % 50 hissesine sahip olduğu International Hospital İstanbul A.Ş.'nin % 40 oranında hissesini diğer ortak Hospimed Health Corporation Limited'den devralması işleminin kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	18.02.2009
28	09-08/151-45	Koninklijke Philips Electronics N.V.'nin MMD Monitors & Displays Holding B.V.'de sahip olduğu hisselerin %100'ünün TPV Technology Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.02.2009
29	09-08/153-47	Pınar Marketçilik Gıda Maddeleri Pazarlama İnşaat Taahhüt Kozmetik Ürünler Otomobilcilik İthalat İhracat Turizm Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından işletilen ve Samsun ilinde bulunan Modern Pazar, Türkiş, Gürbüz, Bafra, 56'lar, Atakum, Ömürevleri, Adalet, Gazi, Atakent, Pelitköy ve İnönü isimli süpermarketlerin, mevcut kira sözleşmelerinin devri yoluyla ve/veya yeni kira sözleşmeleri akdi vasıtasıyla CarrefourSa Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. tarafından sabit değerleriyle birlikte devralınması işlemine izin verilmesine, Pay Devir Sözleşmesi'nin 6.1.6. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının ortak girişim sona erdikten sonra 5 yıl ile sınırlı olması halinde yan sınırlama olarak kabulüne karar verilmiştir.	25.02.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
30	09-08/157-50	İtemsın Temizlik Güvenlik Sistemleri Taşıma İkrım Hizmetleri Turizm Dış. Tic. ve Paz. Ltd. Şti.nin %80 oranında hissesinin Trenkwalder International AG, Thomas BRASER, Karl WANNA ve Cengiz KÜÇÜKKÜŞ tarafından Adnan OFLU ve Perpa Temizlik İnşaat Elektrik ve Sağlık Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti.'den devralınması işlemine izin verilmesine, Pay Devir Sözleşmesi'nin 6.1.6. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının ortak girişim sona erdikten sonra 5 yıl ile sınırlı olması halinde yan sınırlama olarak kabulüne karar verilmiştir.	25.02.2009
31	09-09/182-54	Sınmaz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bazı faaliyetlerinin kontrolünün, Güney 2M Dağıtım Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	5.03.2009
32	09-09/206-60	Mikes Mikrodalga Elektronik Sistemler Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin toplam payların %25'i oranındaki payın Destek Elektronik Sistemler Teknoloji Sanayi ve Ticaret A.Ş., Zafer Şahin, Muteber Şahin ve Atilla Nazikoğlu tarafından Aselsan Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	5.03.2009
33	09-11/210-61	Tan Gayrimenkul Yatırım ve İnşaat Turizm Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin %11'ine tekabül eden hisselerinin Corio Real Estate Espana S.L. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.03.2009
34	09-11/211-62	LBT Varlık Yönetim A.Ş.'nin tamamına Lehman Ali Inc.'in sahip olduğu hisselerinin Vector Holdings S.a.r.l. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak tarafların toplam pazar payları ve cirolarının aynı Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	11.03.2009
35	09-11/217-68	Alcatel-Lucent'in "Thales" unvanlı şirkette bulunan %20,78 oranında hissesinin Dassault Aviation tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.03.2009

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ
THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS

(01.01.2009-31.03.2009)

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
1	Danıştay 10. Daire		02/4348	Çay İşletmeleri Gen. Müd.	22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karara karşı açılan davada soruşturma yapılmadan ve savunma alınmadan nihai karar verilme sürecine ilişkin 4054 sayılı yasa ile belirlenen usule uyulmaksızın idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
2	Danıştay 10. Daire		02/4347	Tekel Genel Müdürlüğü	22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karara karşı açılan davada soruşturma yapılmadan ve savunma alınmadan nihai karar verilme sürecine ilişkin 4054 sayılı yasa ile belirlenen usule uyulmaksızın idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
3	Danıştay 10. Daire		03/4245	Cine 5 Filmcilik Yapımcılık A.Ş.	11.10.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı Kararına karşı açılan davada 4054 sayılı yasanın 6/b maddesine aykırı bir durum bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
4	Danıştay 13. Daire	05/49	05/1733	Milgaz A.Ş., Likidgaz A.Ş., Milgaz A.Ş.	18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı Kararına karşı açılan davada Karşı oy yazılarının tebliğ edilmediğinden bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
5	Danıştay 10. Daire		03/3811	Nihat Şahsuvaroğlu Şan Otomotiv	21.12.1999 tarih ve 99-58/624-398 sayılı karar kaşı açılan davada yazılı belgelerin ve bu belgelere dayalı iddiaları eksik inceleme ve araştırma sonucunda ciddi bulunmayarak soruşturma açılmaması yönünde alınan kararda hukuka uyarlılık bulunmadığından dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
6	Danıştay 13. Daire	05/907	05/2549	Bandırma Gübre Fab. A.Ş.	14.05.2002 tarih ve 02-28/315-130 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari pa-

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
					ra cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
7	Danıştay 13. Daire	05/908	05/2550	Recep Gencer ve 6 Arkadaşı	14.05.2002 tarih ve 02-28/315-130 sayılı karara karşı açılan davada 5388 sayılı kanunla 4054 sayılı kanunun ilgili maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırıldığından bahisle idari para cezası yönünden dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
8	Danıştay 13. Daire	05/6022	08/4655	UND Uluslar arası Nakliyeciler Derneği	19.08.2004 tarih ve 04-56/754-190 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
9	Danıştay 13. Daire	06/1046	08/5024	Altuğ Kozmatik San. ve Tic. Ltd. Şti.	10.10.2005 tarih ve 05-66/946-2554 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
10	Danıştay 13. Daire	06/1381	08/4389	Mauri Maya San. A.Ş.	23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
11	Danıştay 13. Daire	06/1439	09/165	Çakır Göm-Ser Otomotiv P.Ü.S.H.T. Tic. San. ve Ltd. Şti.	26.01.2006 tarih ve 06-04/73-M sayılı Kararın iptali için açılan davada davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinin hukuka uygun bulunmayarak dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
12	Danıştay 13. Daire	06/1611	08/4459	Ray Sigorta A.Ş.	05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
13	Danıştay 13. Daire	06/1229	08/3629	Ganmaktaş Ganiogulları Makine Tic. Ve San. A.Ş.	10.11.2005 tarih ve 05-78/1063-301 sayılı Kararın iptali istemiyle derdest bir dava görülmekte iken aynı davacı tarafından tarafları,konusu, sebebi aynı olan ikinci davanın esasının hukuken incelenmesi olmadığı buklunmadığından davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
14	Danıştay 13. Daire	1698	08/4210	Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal End. A.Ş.	14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
15	Ankara 10. İdare Mahkemesi		07/619	Doluca Şarapçılık Paz. Tic. A.Ş.	17.02.2006 tarih ve 110/82 sayılı işlemin iptali için açılan davada istenilm bilgi ve belgelerin sözkonusu soruşturma sürecini olumsuz etkileyip etkilemeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılmaksız reddilen işlemin hukuka aykırı olduğundan bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
16	Danıştay 13. Daire	06/2143	08/5037	Nuh Çimento San. A.Ş.	15.12.2005 tarih ve 05-81/1118-320 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
17	Danıştay 13. Daire	06/4215	08/7016	Akman Dış Tic. Müt. A.Ş.	15.06.2006 tarih ve 06-44/542-144 sayılı Kararın iptali için açılan davada davacının iddiaları ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken belirtilen sürece uyulmaksızın kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesin hukuka uygun bulunmayarak dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
18	Danıştay 13. Daire	06/4206	08/3625	Golden Meyve Suyu Gıda San. A.Ş.	07.06.2006 tarih ve 06-41/519-139 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
19	Danıştay 13. Daire	06/4281	08/3624	Kaya Turgut	29.06.2006 tarih ve 06-46/598-169 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
20	Danıştay 13. Daire	06/4742	08/7695	Roche Müstehzarları San. A.Ş.	13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kararın iptali için açılan davada sözlü savunma toplantısında hazır bulunmayan üyelerin karar toplantısında hazır bulunması gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
21	Danıştay 13. Daire	06/4686	08/5038	Baştaş başkent Çimento San. Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
22	Danıştay 13. Daire	06/4208	08/3626	Ersu Meyve Suyu ve Gıda San. A.Ş.	07.06.2006 tarih ve 06-41/519-139 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
23	Danıştay 13. Daire	06/5600	09/568	CNR Uluslar arası Fuarçılık A.Ş.	06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı Kararın iptali için açılan davada NTSR Uluslararası Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd.Şti. yönelik eylemlerinden dolayı yapılan şikayet 19.09.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı karar ile reddedildiğinden gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
24	Danıştay 13. Daire	06/4339	09/163	İmdat Yıldırım Hasan Yıldırım	18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
25	Danıştay 13. Daire	06/5907	08/6796	Kent Kart İşletme San. ve Tic. Ltd. Şti.	14.09.2006 tarih ve 06-63/859-249 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
26	Danıştay 13. Daire	08/2196	08/4453	Biryay Birleşik Basın dağıtım A.Ş.	11.11.2004 tarih ve 04-71/1027-253 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
27	Danıştay 13. Daire	08/4126	08/6086	Esen Ekmek Fabrikası Mustafa Partal	27.12.2007 tarih ve 07-92/1170-456 sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-b maddesi uyarında davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.
28	Danıştay 13. Daire	08/7348	08/6675	Şeker İş Sendikası	12.06.2008 tarih ve 08-39/512-M sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-b maddesi uyarınca davanın incelenmeksizin reddine kararı verilmiştir.
29	Danıştay 13. Daire	07/12796	09/164	CNR Uluslar arası Fuarçılık A.Ş.	20.10.2000 tarih ve 00-40/443-243 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
30	Danıştay 13. Daire	08/6512	08/7657	Türk Telekom A.Ş.	21.06.2001 tarih ve 01-28/273-M sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
31	Danıştay 13. Daire	08/12340	09/160	Pak Gıda Üretim Pazarlama A.Ş.	27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
32	Danıştay 13. Daire	08/12341	09/161	Özmaya San. A.Ş. (Saf Maya A.Ş.)	27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
33	Danıştay 13. Daire	07/14296	09/162	Genç Gama Sağlık Hiz. Ltd. Şti.	13.08.2003 tarih ve 03-55/645-296 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
34	Danıştay 13. Daire	07/14687	08/7652	İGDOT, Burhan Baş, Oluşum Gıda Ltd. Şti.	24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
35	Danıştay 13. Daire	07/14688	08/7651	Unilever San. Tic. Türk A.Ş.	24.11.1999 tarih ve 99-53/575-365 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
36	Danıştay 13. Daire	08/12327	09/1199	O. Şevket Bilgin, K. Sönmez, A. Poyraz, Zafer Mutlu, M. Dinçer, Y. Ünverdi	17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, 2009 yılında Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading "Publication Policy" and "Notes for Contributors". Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal in 2009. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page.

Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings within the text should be arranged as follows, without letters or Roman numerals:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed:
08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.