

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 168

REKABET KURUMU

REKABETİ KISITLAYICI BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAPISAL ÇÖZÜMLER

ÖMER VOLKAN YAZAR

REKABETİ KISITLAYICI BİRLEŞME ve DEVRALMALARDA YAPISAL ÇÖZÜMLER

ÖMER VOLKAN YAZAR

Ağustos 2020

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2020

Baskı, Ağustos 2020
Rekabet Kurumu-ANKARA

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Abdulgani GÜNGÖRDÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, III. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Hakan Deniz KARAKOÇ, Prof. Dr. Mahmut YAVAŞI ve Doç. Dr. Fatih Cemil ÖZBUĞDAY'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 19 Eylül 2019 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Ömer Volkan YAZAR 24.01.2020 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 06.02.2020 tarih ve 2252 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

351

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1 YAPISAL ÇÖZÜMLER

1.1. ÇÖZÜM TÜRLERİ: YAPISAL VE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER	4
1.2. YAPISAL ÇÖZÜMLER: ELDEN ÇIKARMA	8
1.3. ELDEN ÇIKARMA RİSKLERİ.....	9
1.3.1. Elden Çıkarma Paketinin Kapsamına Yönelik Riskler	9
1.3.2. Alıcıya Yönelik Riskler	12
1.3.3. Elden Çıkarma Dönemine İlişkin Riskler	13

BÖLÜM 2 YAPISAL ÇÖZÜMLER BAKIMINDAN AB ve ABD UYGULAMASI

2.1. AB MEVZUATINDA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ	15
2.1.1. Çözüm Prosedürü ve Çözümlerin Standartları.....	16
2.1.2. Çözümlerin Tasarımı	19
2.1.3. Etkin Elden Çıkarmanın Unsurları	19
2.1.3.1. Rekabet Etme Yeteneğine Sahip İşkolu (Stand-alone Business).....	20
2.1.3.2. Ayırma (Carve-Out).....	21
2.1.3.3. Alternatif Elden Çıkarma Paketi: “Kıymetli Varlık Hükümleri”	21
2.1.3.4. Geri Almama Şartı.....	22
2.1.3.5. Fikri Mülkiyet Haklarının Elden Çıkarılması/Lisanslaması	22
2.1.4. Uygun Alıcı	23

2.1.4.1. Uygun Alıcıyı Belirleme Yöntemleri ve Elden Çıkarma Zamanlaması	24
2.1.4.1.1. İzin Sonrasında Elden Çıkarma	25
2.1.4.1.2. Belirli Alıcı Yöntemi (Up Front Buyer)	26
2.1.4.1.3. Önce Belirle Yöntemi (fix-it-first).....	27
2.1.4.1.4. Uygun Alıcı Belirleme Yöntemlerine İlişkin Genel Değerlendirme	28
2.1.5. Etkin Elden Çıkarma Süreci	30
2.1.5.1. Elden Çıkarma Paketinin Korunması	30
2.1.5.2. Elden Çıkarma Uzmanı ve Denetleyici Uzman	31
2.2. ABD UYGULAMASI	31
2.2.1. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Uygulamaları	32
2.2.1.1. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Politikalarının Ortak Yönleri	33
2.2.1.1.1. Yapısal Çözümlerin Tercihi	33
2.2.1.1.2. Elden Çıkarma Paketinin Kapsamı.....	33
2.2.1.1.3. Uygun Alıcı Kriterleri	34
2.2.1.2. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Politikalarının Farklı Yönleri	36
2.2.1.2.1. Önce Belirle Uygulamaları.....	36
2.2.1.2.2. Belirli Alıcı Uygulamaları	37
2.2.1.2.3. Alternatif Elden Çıkarma Paketi: “Kıymetli Varlıklar”.....	38
2.2.2. FTC 2017 Çalışması	39

BÖLÜM 3

YAPISAL ÇÖZÜMLERİN TÜRKİYE UYGULAMASI

3.1. KILAVUZ’DA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER	42
3.2. KILAVUZ’DA ELDEN ÇIKARMALARA İLİŞKİN HUSUSLAR	43

3.3. REKABET KURULU KARARLARI	45
3.3.1. Kurula Sunulan Taahhütler Kapsamında Uygulanan Elden Çıkarma Çözümleri	45
3.3.2. Komisyon'a Sunulan Taahhütler Kapsamında Uygulanan Elden Çıkarma Çözümleri	48
3.4. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER.....	51
SONUÇ	53
ABSTRACT	55
KAYNAKÇA	56
TABLO DİZİNİ	
Tablo 1: Elden Çıkarma Zamanlaması	25
Tablo 2: FTC Elden Çıkarma Uygulamalarının Yaşadığı Değişim.....	32

KISALTMALAR

2010/4 sayılı Tebliğ	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.k.	: Adı geçen kaynak/karar
Alıcı	: Ayrıştırılan varlıkların alıcısı konumunda bulunan üçüncü kişi
AR-GE	: Araştırma-Geliştirme
Birleşme	: Birleşme, Devralma ve Ortak Girişimler
Birleşik Teşebbüs	: Birleşme veya devralma sonucunda ortaya çıkan teşebbüs
Birleşme Tüzüğü	: Teşebbüsler arası birleşmeleri düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation)
bknz.	: Bakınız
Bundeskartellamt	: Birleşme Çözümleri Rehberi
Rehberi	(Guidance on Remedies in Merger Control 2017)
CMA	: Birleşik Krallık Rekabet ve Pazar Otoritesi (Competition and Market Authority)
CMA Rehber	: CMA Birleşme Çözümleri Rehberi (Merger Remedies: Competition Commission Guideline 2018)
Duyuru	: Commission Notice (2008/C 267/01) “On Remedies Acceptable Under Council Regulation (EC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004”
DOJ	: ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice)

DOJ 2004 Rehber	: DOJ 2004 tarihli Birleşme Çözümleri Rehberi (DOJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies)
DOJ 2011 Rehber	: DOJ 2011 tarihli Birleşme Çözümleri Rehberi (DOJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies)
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
FTC 2012 Beyanı	: FTC'nin Birleşme Çözümlerinin Müzakeresi Konusundaki Beyanı (Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating of Merger Remedies)
FTC 1999 Çalışması	: Federal Ticaret Komisyonu Elden Çıkarma Çalışması (A Study of the Commission's Divestiture Process)
FTC 2017 Çalışması	: Federal Ticaret Komisyonu Birleşme Çözümleri Çalışması (The FTC's Merger Remedies 2006-2012)
HSR	: Hart-Scott-Rodino Antitröst Geliştirme Kanunu
ICN	: Uluslararası Rekabet Ağı (International Competition Network)
Kılavuz	: Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Komisyon 2005 Çalışması	: Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü Birleşme Çözümleri Çalışması (DG Comp, European Commission Merger Remedies Study)
Kurul	: Rekabet Kurulu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development)
para.	: Paragraf
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Teşebbüsler, mevcut durumlarını korumak, buldukları pazarlarda güçlenmek ya da yeni pazarlara girmek gibi çeşitli nedenlerle birleşme ve devralma işlemlerine¹ taraf olabilmektedir. Söz konusu işlemlerin teşebbüslerin etkinliğine, tüketicilerin refahına ve piyasadaki rekabetçi yapıya katkı sağlamak şeklinde olumlu yanları olabileceği gibi bu işlemler aynı anda pazar gücünü de artırabilmektedir. Rekabet otoriteleri, teşebbüslerin pazar gücünü artıran veya tüketici tercihlerini sınırlayan bu tür birleşme işlemlerini gözetim altında tutmaktadır. Birleşme işlemlerinin kontrolü, birleşmelerin sayısında ve niteliklerinde yaşanan artış nedeniyle otoritelerin önemli çalışma alanlarından biri haline gelmiştir.

Bir işlemin yoğunlaşma artışına neden olup olmayacağı rekabet otoritelerince yapılacak değerlendirme sonucunda tespit edilirken, söz konusu tespite bağlı olarak işlemin akıbeti farklılaşacaktır. Rekabet otoritelerinin yapacakları inceleme sonucunda birleşme işleminin rekabetçi yapıya zarar vereceği sonucuna ulaşırsa işlem yasaklanmaktadır (Coppi ve Walker 2004, 110). Bu aşamada yoğunlaşmanın rekabeti kısıtlaması halinde işlemi tamamen yasaklamak gibi katı bir yaklaşım yerine, yoğunlaşmanın bertaraf edilmesine yönelik olarak taraflarca hazırlanan ve rekabet otoritesinin onayına sunulacak olan çözüm paketleri² işlemi rekabet hukuku kurallarına uygun hale getirebilecektir. Davies ve Lyons (2008)'a göre çözüm yolları birleşme sürecinin rekabete aykırı etkilerinden kaçınırken verimlilik kazanımlarını etkilemeyen müdahaleler olarak tanımlanmaktadır ve birleşme işlemlerine ilişkin otoritelerin bu tür müdahaleci yaklaşımı her geçen yıl artmaktadır (Bavasso ve Tolley 2018, 4).

¹ Birleşme terimi tez boyunca, devralma ve ortak girişim kavramlarını içerecek şekilde kullanılmıştır.

² Taahhütler literatürde ve mevzuatta yoğunlaşmanın taraflarından gelen çözüm paketleri olarak ifade edilmektedir. Ancak bu çalışmada taahhüt, çözüm paketi kavramları, tedbir önerisinin geldiği taraf ayırımına gidilmeksizin daha genel anlamda kullanılmıştır.

Birleşme işleminin rekabeti kısıtlayıcı etkisi ile söz konusu işlemin tarafları ve toplumsal refah açısından ortaya çıkaracağı etkinlik kazanımı arasında yapılacak olan karşılaştırmada, çözüm odaklı yaklaşımın bir sonucu olarak değerlendirilebileceğimiz çözüm mekanizmaları, işlemde beklenen faydaların ortaya çıkması açısından önemli hale gelmektedir. Christiansen (2005, 12)'e göre rekabet otoritelerince birleşme çözümleri artan bir şekilde işlemin yasaklanmasının alternatifi olarak kullanılmaktadır. Uygulanan bu çözümler; temelde yapısal ve davranışsal çözümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir işlem özelinde sadece bir çözüm türü kullanılacağı gibi aynı anda ikisinin kullanıldığı örnekler de mevcuttur³. Ancak çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de değinileceği üzere dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de yapısal çözümler davranışsal çözümlere kıyasla daha fazla tercih edilmektedir.

Bu bakımdan, en yararlı çözüm seçiminde dikkate alınması gereken noktaları belirlerken öncelikle en çok benimsenen tedbir olan yapısal tedbirlerin (elden çıkarma) 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.

Çalışmanın ilk bölümünde rekabeti kısıtlayıcı etkisi olan bir birleşme-devralma işlemi kapsamında uygulanacak yapısal çözümlere, bu çözümlerin tasarımı ve uygulanmasına dair bilgilere yer verilecektir. Yapısal çözümlerin AB ve ABD mevzuatlarına, uygulamasına ve sürecin yönetimine dair değerlendirmeler ise ikinci bölümü oluşturacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümde ise yapısal çözümlerin dayandığı mevzuata değinilerek Türkiye uygulaması incelenecek ve yapısal çözümlerin kullanımına ilişkin değerlendirmelere ve önerilere yer verilecektir.

³ Bknz. COMP/M.7115 *Kuraray/GLSV* (2014), 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı *Migros/Kipa* Kurul kararı.

BÖLÜM 1

YAPISAL ÇÖZÜMLER

Birleşmelerin denetimi rekabet hukuku uygulamalarının önemli bir ayağıdır. Bu nedenle dünya genelinde değerlendirme noktasında ayrıışan farklı rejimlerle de olsa birleşmeler rekabet hukuku incelemelerine konu olmaktadır. Bu incelemeler neticesinde rekabet otoriteleri, rekabeti kısıtlayıcı bir birleşme işleminin yasaklanmasına karar verebileceği gibi, işleme izin de verebilir. Otoritelerin üçüncü seçeneği ise işlem sonucunda ortaya çıkan rekabet karşıtı etkileri ortadan kaldıracak çözümler kapsamında işleme koşullu olarak izin verilmesidir. Otoriteler tarafından ortaya konulan rekabet sorunlarını çözmek için taraflarca önerilen ve otoritelerce kabul edilen bu uygulamalara birleşme çözümleri (*merger remedies*⁴) denilmektedir⁵. ICN (2016, 2)'e göre birleşme çözümlerinin amacı, ilgili birleşme ile elde edilecek etkinliklerin gerçekleşmesine izin verirken, birleşmenin pazarda neden olacağı rekabet karşıtı etkileri ortadan kaldırarak rekabetçi ortamı yeniden tesis etmektir⁶. Nitekim çalışma kapsamında yer verileceği üzere rekabet otoritelerinin koşullu izin verdiği işlem sayısı yasaklanan işlemlerden oldukça fazladır (Mosso 2014,4).

⁴ Rekabet Kurumu “Rekabet Terimleri Sözlüğü”nde “*remedies*” kavramının karşılığı olarak çözüm, tedbir ve koşul kelimeleri sayılmıştır. Ancak “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz”da (Kılavuz) çözüm kelimesinin benimsenmiş olması nedeniyle tez kapsamında çözüm kelimesi kullanılmıştır.

⁵ Belirli piyasa ortamlarında ise daha müdahaleci bir yaklaşım lehine görüşler bulunmaktadır. Örneğin Leveque (2006)'ya göre elektrik sektöründe yasaklanması gereken bir birleşme işlemine izin verilmesi halinde ortaya çıkan toplumsal maliyetler nedeniyle daha katı bir tutum sergilenmesi gerekmektedir.

⁶ Rey (2003, 129)'a göre rekabet otoriteleri çözümler aracılığıyla birleşme kontrolünün kapsamını genişletirken aynı zamanda piyasa davranışlarını da olumlu yönde etkilemektedirler.

1.1. ÇÖZÜM TÜRLERİ: YAPISAL VE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER

Birleşme çözümlerine ilişkin uygulamada yapısal ve davranışsal olarak temel iki sınıflandırma bulunmaktadır. OECD (2007, 187)'nin yapmış olduğu tanıma göre davranışsal çözümler;

“...İlgili teşebbüs(ler)e belli tip davranışlarda bulunma zorunluluğu getiren veya teşebbüs(ler)i rekabet karştı davranışlarda bulunmaktan alıkoyan tedbirlerdir.”

Yine OECD (2007, 86)'e göre yapısal çözümler ise aşağıdaki gibi tanımlanmıştır;

“...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.”

Tanımlardan görüleceği üzere yapısal çözümler temel olarak pazarın yapısını ele alırken davranışsal çözümler tarafların gelecekteki davranışlarına odaklanmaktadır. Motta (2004, 361), bu iki çözüm arasındaki temel ayırt edici noktanın mülkiyet haklarına ilişkin olduğunu öne sürmektedir. Yapısal çözümler mülkiyet haklarının tahsisini değiştirirken, davranışsal çözümler mülkiyet haklarının nasıl kullanıldığı konusunda kısıtlamalar getirmektedir. Bununla birlikte yapısal çözümlerin geriye dönüşü genellikle zor olsa da, davranışsal çözümler *ex-post* (ardıl) izleme gerektirdiği için piyasa koşullarında yaşanan değişimler kapsamında güncellenebilmektedir (Binge ve Eeden 2010, 5).

Yapısal çözümler, genellikle tarafların devam eden faaliyetlerinin tamamının ya da bir kısmının elden çıkarılması yoluyla piyasayı yeniden yapılandırmayı amaçlarken, davranışsal çözümler fiyat kontrolleri, ayrımcılık karştı hükümler gibi araçlarla piyasa yapısındaki değişimi kontrol etmeyi amaçlar. Diğer bir deyişle yapısal çözümler rekabetin sürdürülmesi veya sağlanması için genellikle pazar yapısına doğrudan müdahaleyle kalıcı tek seferlik değişim yapılmasını içerirken; davranışsal çözümler tek seferlik olmayan bir izleme sürecini içermektedir (Ezrachi 2006a, 460).

Çözümlere ilişkin izleme sürecinin varlığı Duyuru'da, uygulanan çözümün türü hakkında bir kriter olarak kullanılmaktadır. Buna göre orta ya da uzun süreli

denetim gerektirmeyen çözümler yapısal çözüm, aksi davranışsal çözüm olarak kabul edilmektedir⁷. Çözüm türleri arasında yapılan bir başka sınıflandırma ise “yapısal benzeri” (*quasi-structural*) olarak isimlendirilen çözüm türleridir. Bir kez uygulandığında, piyasada yapısal çözümlere benzer şekilde derhal ve kalıcı bir değişikliğe neden olan bu çözüm türleri yapısal benzeri olarak sınıflandırılmaktadır (Kokkoris ve Shelanski 2014, 540; Papon 2009,40). Altyapıya, zorunlu girdilere erişim ve fikri mülkiyet haklarını lisanslama gibi çözümleri dahil edebileceğimiz bu tür çözümler elden çıkarma ile benzer etkiler doğurması halinde bir çözüm olarak kabul edilmektedir⁸.

Birleşme çözüm türleri arasında yapılacak tercih ve tercih edilen türün kapsamının doğru belirlenmesi, çözümden beklenen fayda ile doğrudan ilişkilidir. Endişelerin ötesine geçen bir çözüm paketi rekabetçi yapıya zarar verebileceği gibi, kapsayıcı olmayan çözüm paketi rekabetçi endişeye neden olan işlemlerin caydırılmasında etkili olmayacaktır (Sullivan 2003, 394). Bu nedenle en uygun çözümü tercih etmek için, çözümün maliyeti ve yararları aynı anda değerlendirilmeli, bir diğer deyişle çözümün ekonomik ve sosyal maliyetleri çözüm aracılığıyla elde edilen rekabetçi kazançları aşmamalıdır (Shelanski ve Sidak 2001, 3). Çözüm türünün tercihi uluslararası alanda da oldukça tartışılan bir konudur. Özellikle yapısal ve davranışsal çözümlerin göreceli avantajları ve dezavantajları etrafında tartışmalar olmuştur. Örneğin, DOJ 2011 Rehberi, DOJ 2004 Rehberi’ne kıyasla birleşme kontrolünde davranışsal çözümlere daha olumlu yaklaşım sergilerken, DOJ Başsavcı Yardımcısı Makan DELRAHIM, davranışsal çözümlerin, rekabetçi yapının sınırlı devlet müdahalesi ile korunması fikrine aykırı olduğu ve rekabeti koruyamadığı gerekçeleri ile bu tip çözümlere karşı çıkmaktadır⁹. Bununla birlikte 2011 yılında yayımlanan DOJ 2011 Rehberi, 2018 yılının sonlarında yürürlükten kaldırılmıştır. DOJ Başsavcı Yardımcısı Makan DELRAHIM “Birleşme Sürecinin Modernizasyonu” başlıklı konuşmasında DOJ 2011 Rehberi’nin yürürlükten kaldırıldığını ve yeni bir rehber yayımlanana kadar

⁷ A.g.k., para. 13, 15, 69.

⁸ Kılavuz, para. 77.

⁹ <<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-key-note-address-american-bar>> Erişim Tarihi: 10.08.2018

DOJ 2004 Rehberi'nin yürürlükte kalacağını ifade etmiştir¹⁰. Yapısal çözümlere daha çok yer veren DOJ 2004 Rehberi'ne yapılan bu dönüş uygulanacak çözüm türünde tercihin yapısal çözümlerden yana olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Bundeskartellamt Rehberi (para. 24)'nde elden çıkarmaların her durumda uygulanabilir bir çözüm olmayabileceği, örneğin, dikey birleşmelerin genellikle piyasanın farklı seviyelerindeki koordinasyonu iyileştirmek amacıyla yapıldığı bu durumda üst pazar ya da alt pazardaki işlerden birinin elden çıkarılması halinde işlem den beklenen faydanın sağlanamayacağı belirtilmektedir¹¹. CMA'nın 2002 yılından Ekim 2017'ye kadarki dönemde çözüm paketlerine ihtiyaç duyulan 34 birleşme işleminin 27 tanesinde yapısal çözümleri tercih etmesi, CMA'nın da yapısal çözüme olumlu yaklaştığını göstermek açısından önemlidir¹².

Genel Mahkeme *Gencor*¹³ kararında, çözümlere ilişkin yapısal ve davranışsal ayırımının önemsiz olduğunu vurgularken Birleşme Tüzüğü'nün amaçları açısından yapısal çözümlerin tercih edilebileceğine hükmetmiştir.

Ülkemiz uygulamasında ise Kılavuz'da öncelikle yapısal çözümlerin tercih edilmesi gerektiği vurgulanarak, davranışsal çözümlerin tek başına rekabet sorununu gidermedeki yeterliliğinin tespitinde, uygulama ve denetimden kaynaklanacak maliyet ve risklerin göz önünde bulundurulacağı, bir birleşme işleminde yapısal çözümlerin uygulanması olanaklı değilse, davranışsal çözümlerin tek başına kabul edilmesinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

Yapısal çözümler genellikle pazar yapısından kaynaklanan rekabetçi endişelerin varlığı halinde, davranışsal çözümler ise belirli davranışların neden olduğu endişeler söz konusu olduğunda uygulanmaktadır (Wang 2011, 588-589). Özellikle yatay birleşmeler¹⁴ olmak üzere birleşme işlemlerinde yapısal çözümlerin rekabet otoritelerince tercih edilmesinin nedenleri (ICN 2016, 9);

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1096326/download>> Erişim Tarihi: 10.02.2019

¹¹ Ayrıca bkz. Ezrachi (2006b, 4).

¹² CMA Rehber, Dipnot 43.

¹³ Case T-102/96 *Gencor vs. Commission* (1999) ECR II-753, para.319.

¹⁴ Rekabet hukukunda aynı ilgili ürün pazarlarındaki mevcut ve potansiyel rakipler arasında gerçekleşen birleşme işlemleri *yatay birleşmeler* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Yatay Birleşme ve Devalmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz.

- Birleşme işlemi sonucunda bir rakibin ortadan kalkmasından kaynaklı rekabetçi endişeyi yeni veya gelişmiş rekabetçi bir rakip yaratarak kalıcı şekilde çözmeye odaklanması,
- Kendi kendilerini denetleme (*self-policing*) eğilimi göstererek piyasa bozukluklarının giderilmesi,
- Yapısal çözümlerin basit, belirgin ve nispeten kolay yönetilebilir olması ve kısa sürede tamamlanmasıdır.

Rekabeti kısıtlayıcı bir birleşme işleminde uygulanacak çeşitli çözüm yöntemleri olsa bile nihayetinde rekabet otoriteleri tüketici faydasını korumada etkili olacağını düşündükleri çözüm yöntemini tercih etmektedirler (Dertwinkel-Kalt ve Wey 2014).

Yukarıda yapılan açıklamalardan görüleceği üzere çözüm türlerinin yapısal ve davranışsal olarak ayrımın resmi bir tanımı olmadığı görülmektedir. Bu nedenle birleşme çözümlerine ilişkin bazı rehber ve kılavuzlarda elden çıkarma içeren yapısal çözümler ve yapısal olmayan çözümler ayrımına gidilmiştir. Bu ayrıma ek olarak bir çözüm uygulamasının hangi ana başlık altında değerlendirilmesi gerektiği de farklılık gösterebilmektedir. Örneğin DOJ 2004 Rehberi'nde erişim ve lisanslama çözümleri davranışsal çözümler arasında sayılırken Duyuru'da "Diğer Çözümler" başlığı altında yer almaktadır. Bu ayrımın uygunluğu akademisyenler arasında da tartışmalıdır. Örneğin Leveque (2000, 3-4)'e göre çözüm türlerinin yapısal ve davranışsal olarak ayrılması rekabet politikası araçlarının aşırı basitleştirilmesine ve kafa karıştırıcı olmalarına yol açmaktadır. Bununla birlikte mülkiyet hakkının dağılımını değiştirerek piyasanın yapısında değişiklik meydana getiren elden çıkarmalar yapısal çözümler olarak kabul edilmektedir (Papon 2009, 37). Bu çalışma kapsamında ise birleşme çözümlerinin yapısal ve davranışsal niteliklerinden ziyade temel olarak elden çıkarma içeren yapısal çözümlerin detaylarına yer verilecektir.

1.2. YAPISAL ÇÖZÜMLER: ELDEN ÇIKARMA

Yapısal çözümler genel olarak fiziki varlıkların işlem tarafı teşebbüslerin biri veya her ikisi tarafından elden çıkarılması veya birleşme tarafı firmanın fikri mülkiyet haklarının satışı veya lisanslanması yoluyla yeni rakipler yaratılması şeklinde karşımıza çıkan çözüm türüdür (DOJ 2004 Rehberi, 7).

Elden çıkarma en yaygın yapısal çözüm türüdür. Yapısal çözümler, otoriteler tarafından rekabeti korumak için basit, yönetimi kolay ve güvenilir bir yol olarak görülmekte (DOJ 2004 Rehberi, 7) bu nedenle birleşme işlemlerinde daha fazla tercih edilme eğilimindedir (Duyuru, para. 22). Elden çıkarmanın amacı, işletmenin ya da işletmeye ait varlıkların elden çıkarılması ile yeni bir rekabetçi güç oluşturarak (yeni bir piyasa oyuncusuna satılırsa) veya mevcut bir rekabet kaynağını güçlendirerek (eğer mevcut bir oyuncuya satılırsa) birleşmenin rekabeti kısıtlayıcı etkisini ortadan kaldırmaktır (CMA Rehber, para. 3.37).

Duyuru'da bir birleşme işleminin rekabeti kısıtlaması halinde piyasada rekabeti sağlamanın en etkili yolunun elden çıkarma olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁵. Elden çıkarmanın en önemli uygulama alanı yukarıda da belirtildiği üzere yatay birleşmelerdir. Yatay birleşmeler neticesinde piyasada faaliyet gösteren oyuncu sayısında yaşanan azalma ve buna bağlı olarak birleşme taraflarının pazar paylarında yaşanacak artış rekabetin kısıtlanmasına neden olabilecektir. Elden çıkarma, yeni bir rekabetçi varlığın ortaya çıkması veya mevcut rakiplerin güçlendirilmesi yoluyla rekabetçi zararı doğrudan ele alarak piyasada kalıcı bir yapısal değişik meydana getirdiğinden bu tür birleşmelerde en etkili çözüm türüdür (Kaya vd. 2009, 41). Kalıcı bir değişiklik meydana getirirken, işlem sonrası nispeten sınırlı bir denetime ihtiyaç duyması ve buna bağlı hem otoriteler hem de tarafları açısından düşük maliyetli olması ise elden çıkarma yönteminin tercihinde etkili olan bir başka unsurdur (Papan ve Tjana 2006, 445).

Rekabet otoritelerinin birleşme işleminin rekabeti kısıtlayıcı etkiye neden olduğu sonucuna vardığı pazarlarda rekabetçi ortamı düzeltmek veya sürdürmek için elden çıkarma çözümüne başvurduğu durumlarda, yaşayabilir ve rekabet edebilir uygun bir elden çıkarma paketinin (*viable and competitive business*) uygun alıcıya (*suitable purchaser*) etkin bir elden çıkarma süreci (*effective divestiture process*)

¹⁵ Duyuru, para. 22.

ile satılması çözümden beklenen fayda üzerinde doğrudan etkilidir¹⁶. Otoritelerin elden çıkarma uygulamalarında bu üç husus özelinde karşılaşılabilecek riskler ise elden çıkarmanın başarısız olmasına neden olabilecektir. Bu nedenle elden çıkarma paketine, alıcıya ve elden çıkarma sürecine ilişkin karşılaşılabilecek risklere ayrıca değinmek yerinde olacaktır¹⁷.

1.3. ELDEN ÇIKARMA RİSKLERİ

Otoritelerin yapmakta olduğu *ex-ante* (öncül) denetim, doğası gereği asimetric bilgi ile karakterize edildiği için, rekabet otoriteleri gerekli olandan daha geniş çözüme ihtiyaç duyarak işlemin uygunluğunu sağlamak için aşırı düzeltme (*overfixing*) yapabilmektedir (Ezrachi 2006b, 5). Bu nedenle ilk aşamada sorunun tespit edilmesi sonrasında ise soruna yönelik çözümünün tasarımına ve uygulanmasına ilişkin sürecin belirlenmesi gerekmektedir (Loftis ve Moskowitz 2004). Bu kapsamda tasarım/uygulama döneminde ortaya çıkabilecek problemler; elden çıkarma paketine yönelik riskler, alıcıya yönelik riskler ve uygulama döneminde oluşabilecek riskler olmak üzere temel olarak üç gruba ayrılabilir. Aşağıda söz konusu risk gruplarının detaylarına yer verilecektir.

1.3.1. Elden Çıkarma Paketinin Kapsamına Yönelik Riskler

Elden çıkarma paketinin yetersiz olması¹⁸ Papandropoulos ve Tajana (2006, 446)'a göre elden çıkarmanın etkinliğine yönelik en ciddi tehdittir. Komisyon 2005 Çalışması'na göre çözüm içeren birleşme dosyalarının %79'unda elden çıkarma paketinin kapsamına ilişkin endişeler gündeme gelmiştir. Elden çıkarma paketinin yetersiz görülmesi rekabet otoritelerinin taahhüt veren taraf kadar sektörel bilgilere hakim olamamasından kaynaklanan bilgi asimetrisi ve zaman baskısı ile yakından ilişkilidir.

Orantılılık ilkesi uyarınca çözümler işlemin neden olduğu rekabetçi endişeyle orantılı olmalıdır. Elden çıkarma paketlerinin kapsamının işlemin neden olduğu

¹⁶ ICN (2016, 10) ve CMA Rehber (2018, para. 5.2).

¹⁷ Elden çıkarma süreci prosedürüne hem Kılavuz hem de Varol (2009)'da detaylı olarak değinilmesi nedeniyle bu çalışma kapsamında değinilmemiştir.

¹⁸ Elden çıkarılacak varlığın yaşayabilirliği ve rekabetçi gücü açısından gerekli olan temel varlıkların ihmal edilmesi gibi nedenlerden kaynaklanabilecek yetersizlikler bu kapsamda değerlendirilmektedir.

endişeleri karşılamadığı durumda pazarın işlem öncesindeki rekabetçi seviyesi korunmamış olacak ve birleşmelerin denetiminden beklenen fayda elde edilmeyecektir. Aksi durumda ise paketin kapsamı endişelerin ötesine geçtiğinden orantısızlık sorunu yaşanabilecek ve birleşmeden beklenen avantajların gerçekleşmemesi gündeme gelebilecektir. Bu nedenle otoriteler genellikle birleşme tarafları arasında ortaya çıkan yatay örtüşmenin yaşandığı pazarların yapısını göz önüne alarak elden çıkarma paketini kabul ya da reddetmektedir. Örneğin Jenny (2002, 169)'e göre teknoloji piyasaları ve ağ endüstrileri gibi hızla değişen pazarlarda kalıcı bir çözüm olan elden çıkarma yerine değişikliklere hızla uyum sağlayacak davranışsal çözümlerin uygulanması orantılılık ilkesine daha uygun olacaktır.

Elden çıkarma paketi kapsamındaki varlıklar uygun alıcıyı çekecek özellikte olmadığına ya da bir alıcı olsa bile bu alıcının pazarda rekabetçi bir şekilde faaliyet göstermesine yetecek varlıklar paketin kapsamında yer almadığında, elden çıkarma paketinin kapsamının yetersiz olduğu değerlendirilebilir. Alıcının elden çıkarılan varlıkları devraldıktan sonra piyasada hala faaliyet gösteriyor olması alıcının pazarda etkin bir şekilde rekabet ettiği anlamına gelmemektedir (Papandropoulos ve Tajana 2006, 446). Komisyon 2005 Çalışması'nda, elden çıkarmaların %44'ünde elden çıkarılan varlıkların pazar payı azalırken, %34'ünde pazar payının sabit kaldığı görülmektedir¹⁹. Bu nedenle elden çıkarma paketi kapsamındaki varlıkların alıcının pazarda rekabetçi bir şekilde faaliyet göstermesine olanak sağlayacak yeterlilikte olması gerekmektedir.

İşletmenin yaşayabilir halde kalması için gerekli olan temel varlıkların ihmal edilmesi elden çıkarma paketinin yetersiz olmasının nedenlerinden biridir. Birleşme taraflarının elden çıkarılacak varlıklar üzerindeki hakimiyet alanları hangi bölümlerinin yaşayabilir bir varlık için gerekli olduğu konusunda alıcıya karşı fırsatçı davranmalarına olanak sağlayabilir.

Elden çıkarma paketinin kapsamı uygun bir alıcının etkin bir şekilde faaliyet göstermesine izin verecek şekilde yapılandırılmamış olabilir. Komisyon 2005 Çalışması'nda piyasa yapısına ve pazar paylarına çok fazla ağırlık verildiği kabul edilerek, elden çıkarılan işlerin etkin rekabeti sağlama yeteneklerine çok az odaklanıldığı belirtilmiştir. Bu yaklaşım ise genellikle, elden çıkarılan işlerin

¹⁹ Komisyon 2005 Çalışması, 129.

yaşayabilirliği için kilit faktörlerin yetersiz değerlendirilmesine neden olmuştur (örneğin, elden çıkarılan ve elde tutulan iş arasındaki alt pazar/üst pazar ilişkisi; fikri mülkiyet haklarının rolü). Oysa bu konudaki eksik değerlendirme çözümlerden beklenen faydanın gerçekleşmesini engelleyebilecektir. Komisyon'un bazı kararlarında ise tam tersi durumla da karşılaşmak mümkündür. Örneğin, *Cytec/ECB-Surface Specialities*²⁰ kararında, elden çıkarılan varlığın yaşayabilirliğini sağlamak için elden çıkarma paketinin kapsamı rekabetle ilgili endişelerin ortaya çıktığı pazarlardan öteye geçmekte ve orantılılık ilkesi çiğnenmektedir. *Unilever/Amora-Maille*²¹ kararı da böyle bir durumun ortaya çıktığı bir başka karardır. Söz konusu kararda birleşen tarafların mayonez ve salata sosları pazarında Fransa'daki hakim durumuyla ilgili rekabet endişeleri olsa da, *Benedicta* gibi farklı ürünleri bünyesinde bulunduran ve Fransa dışında farklı ülkelerde de satılan bir markanın elden çıkarılmasına karar verilmiştir. Bu kararın gerekçesi olarak ise alıcının, Unilever ile etkin bir şekilde rekabet edebilmek için tüm *Benedicta* ürünlerini portföyünde bulundurması ve uluslararası alanda faaliyet göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Orantılılık ilkesinden bağımsız olarak alınan bu tür kararlar, her ne kadar elden çıkarma işlemine olumlu katkıda bulunsa da birleşmelerden beklenen etkinlik kazanımlarının ortadan kaldırılması gibi olumsuzluklara da neden olabilecektir.

FTC'nin benzer yaklaşımı benimsediği kararları bulunurken²², 2017 yılında yayımladığı çalışmada, birleşme taraflarının elden çıkarma paketi önerilerinin daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerektiği belirtilerek, devam eden bir işkolunun tek başına elden çıkarılmasının uygulanabilir olmadığı, elden çıkarma paketine ek olarak tamamlayıcı varlıkların ya da marka veya alıcının yaşayabilirliğini sağlamak için müşterilerin transferlerini kolaylaştırmak da dahil olmak üzere bazı zorunlulukların getirilebileceği belirtilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere rekabet edebilir bir iş kolunun elden çıkarılması, işletmenin halihazırda ilgili piyasada rekabet edebilme yeteneğini gösterdiği ve alıcının çözümün uygulanmasından sonra da rekabet

²⁰ COMP/M.3558 *Cytec/ECB-Surface Specialities* (2004).

²¹ COMP/M.1802 *Unilever/Amora-Maille* (2000).

²² FTC, In the Matter of Chicago Bridge & Iron Company N.V., Docket No: C-9300, File Number: 011-0015, 06.01.2005 ve FTC, In the Matter of Polypore International, Inc., Docket No: C-9327, File Number: 081-0131, 13.12.2010.

edebileceğine işaret ettiği için elden çıkarma paketinin kapsamı bakımından en düşük riske sahiptir (ICN 2016, 11).

1.3.2. Alıcıya Yönelik Riskler

Elden çıkarma çözümlerine ilişkin ikinci risk kategorisi ise uygun alıcının olmadığı ya da birleşme taraflarının uygun olmayan bir alıcı ile anlaşmaları halinde ortaya çıkan alıcılara yönelik risklerdir. Komisyon 2005 Çalışması'na göre elden çıkarma çözümlerini içeren kararların %48'inde alıcının uygunluğun gündeme geldiği görülmektedir. Elden çıkarmanın amaçlanan etkisi, ancak elden çıkarılan varlığın piyasada rekabetçi bir güç olarak faaliyet gösterebilecek uygun bir alıcı tarafından devralınması halinde ortaya çıkacaktır²³. Birleşme tarafları ise elden çıkarılacak varlığı piyasada rekabetçi baskı yaratmayacak teşebbüslere satma eğilimi göstermekte, buna bağlı olarak alım sonrasında etkin rekabet sağlanamamaktadır (Papon 2009, 41).

Alıcıların elden çıkarılacak varlığa ilişkin yeterli bilgiye sahip olmaması durumunda elden çıkarmadan beklenen sonuç elde edilemeyebilecektir. FTC'nin 1999 yılında yayımladığı çalışmaya²⁴ göre, bu durum ile beklenenden fazla karşılaşıldığı ve alıcıların bazı durumlarda eksik bilgiye sahip olduklarını bilerek elden çıkarılacak varlıkları satın aldıkları ifade edilmiştir. FTC 2017 Çalışması (2017, 24)'nda ise incelenen dönemde, FTC'nin uygun alıcıya yönelik kriterlerin belirlenmesinde daha başarılı olduğu ifade edilmiştir²⁵.

Elden çıkarma kapsamında alıcı ile ilgili karşılaşılan bir diğer sorun alıcının bulunmaması durumudur (Papon 2009, 44). Örneğin *Boeing/Mcdonnell*²⁶ işleminde, Komisyon iki uçak üreticisinin birleşmesi sonucunda çözüm olarak elden çıkarmanın uygulanmasına karar vermişse de elden çıkarmaya konu iş birimine hiçbir alıcının ilgi göstermemesi ve pazara yeni girişlerin de zor olması elden çıkarmayı imkansız hale getirmiştir²⁷. Bu nedenle işlem kapsamında davranışsal çözümler kabul edilmiştir.

²³ Duyuru, para. 47.

²⁴ FTC 1999 Çalışması, 9-10.

²⁵ FTC Şubat 2017'de, 2006 yılından 2012 yılına kadarki birleşme çözümlerinin incelendiği bir çalışma yayımlamıştır. Söz konusu çalışmanın detaylarına ilerleyen bölümlerde yer verilecektir.

²⁶ Case No IV/M.877 *Boeing/Mcdonnel Douglas* (1997).

²⁷ Elden çıkarmanın imkansız olduğu bir başka örnek Komisyon'un COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio* (2005) kararıdır.

Rekabet otoriteleri tarafından elden çıkarılacak bir işletmeyi alacak olan alıcı onaylanırken alıcı riskini azaltabilecek faktörler ise şunlardır: (i) elden çıkarılan işi satın alacak, zorunlu yatırımları yapabilecek finansal güce sahip olmak ve piyasada halthazırda faaliyet göstermek; (ii) işletmeyi yönetecek yetkinlik; ve (iii) elden çıkarılmış işi yürütecek işletme kapasitesi ve kaynaklarının bulunmasıdır²⁸ (Gotts 2018, 19).

Alıcıya yönelik riskleri azaltma konusunda rekabet otoritelerince tercih edilen bir diğer yöntem ise alıcının belirlenme yöntemidir. Uygun alıcının varlığı konusunda şüphe bulunması ya da elden çıkarmanın beklenen etkisinin belirli alıcıya devir sonucunda ortaya çıkacak olması halinde otoriteler alıcının izin kararından önce belirlenmesi konusunda tercihte bulunabilmektedir.

Yukarıda sayılanlara ek olarak Motta vd. (2007, 613-614)'e göre elden çıkarılan varlıkların mevcut bir rakibin güçlenmesine neden olması halinde ise pazarda simetrik bir yapının oluşacağı ve oluşan bu yapının da koordinasyon riskini arttırabileceği ifade edilmiştir²⁹.

1.3.3. Elden Çıkarma Dönemine İlişkin Riskler

Elden çıkarma çözümlerine ilişkin üçüncü risk kategorisi ise elden çıkarma dönemlerinde (alıcıya devrine kadar) elden çıkarılacak varlığın rekabet yeteneğinin azalması riskidir. Örneğin, bir satıcı, nitelikli personeli devrederek, belirli markaları, patentleri elden çıkararak elden çıkarılacak varlıkların değerini düşürmeyi amaçlayabilir (Motta vd. 2007, 611). Rekabet otoriteleri, birleşme taraflarının bu tür davranışları veya piyasa şartları nedeniyle elden çıkarmaların karşı karşıya kalabileceği başarısızlık risklerini göz önünde bulundurmak zorundadırlar (Papandropoulos ve Tajana 2006, 447). Duyuru'da bu tür riskleri ortadan kaldırmak için taraflara: (i) elden çıkarılacak varlığın faaliyetlerini ve değerini korumak; (ii) elden çıkarılacak iş biriminin tüm varlıklardan ayrı tutularak değerini korumak gibi yükümlülükler getirilmiştir.

²⁸ Elden çıkarılan varlık rekabet edebilme yeteneğine sahip bir işkolu olmaktan uzak ise alıcı için bu özelliklere sahip olmak daha önemli hale gelecektir (Gotts 2018, 19).

²⁹ Case No IV /M.190 *Nestle/Perrier* (1992) kararında Perrier'in markalarından biri olan Volvic'in Nestle'nin esas rakibi olan BSN'e satılması örnek olarak gösterilebilir.

Mevcut kurallar birleşme taraflarının elden çıkarma sürecini yönlendirmelerine ve uygun bir alıcı bulmalarına izin vermektedir. Bu durum, elden çıkarılmış varlıklar hakkındaki bilgilerin azlığı ile birleştiğinde, satıcıların kendi lehlerine bir ortamın oluşmasına neden olabilmektedir (Papandropoulos ve Tajana 2006, 447). Bununla birlikte Komisyon 2005 Çalışması'nda, tarafların, elden çıkarılacak iş biriminin yaşayabilirliğini sağlayacak uygulamaların aksine söz konusu varlıkların işleyişine doğrudan olumsuz katkılarının varlığı tespit edilmiştir.

Rekabet otoriteleri, kapanış sonrası elden çıkarmalar için ayrı tutma (*hold-seperate*) veya varlık koruma anlaşmaları ile elden çıkarma varlıklarına rekabetçi zarar verilmesinin önüne geçebileceklerdir (Gotts 2018, 19). Papandropoulos ve Tajana (2006, 447) göre ise bu uygulamaların başarısı ancak elden çıkarılacak varlığın alıcıya devrinden sonra netleşmektedir ve uygulamanın yeterince etkili olmaması halinde ek zorluklara neden olabilmektedir. Buna ilave olarak uygulama riskini azaltmak için, rekabet otoriteleri uzmanla elden çıkarma döneminden faydalanmaktadır³⁰. Bu aşamada sektör deneyimi bulunan bir uzmanın tercih edilmesi elden çıkarmanın etkinliğine ek katkı sağlayacaktır (Gotts 2018, 19).

³⁰ Elden çıkarma dönemini satış anlaşmasının yapıldığı dönem ve satış anlaşmasının uygulanarak elden çıkarma işleminin gerçekleştiği dönem (kapanış dönemi) olarak iki ayrı döneme ayırmak mümkündür. Satış anlaşmasının yapılması dönemi de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Birinci dönem tarafların uygun alıcıyı arama dönemi (tarafların alıcı bulma dönemi), ikinci dönem ise tarafların uygun alıcı bulamaması ve iş birimini elden çıkarmada başarısız olmaları halinde elden çıkarma uzmanının herhangi bir asgari fiyat gözetmeksizin elden çıkarma yetkisine sahip olduğu dönemdir (uzmanla elden çıkarma dönemi).

BÖLÜM 2

YAPISAL ÇÖZÜMLER BAKIMINDAN AB ve ABD UYGULAMASI

Bu bölümde AB ve ABD'nin yapısal çözümlere yönelik uygulamalarına ve bu uygulamalarda önceki bölümde yer verilen elden çıkarma risklerine ne tür çözümler getirdiklerine yer verilecektir. Bölümün ilk kısmında AB ikinci kısmında ise ABD uygulamalarına yönelik detaylar anlatılacaktır.

2.1. AB MEVZUATINDA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

4064/89 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne Dair Tüzük³¹'ün 1990 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte birleşmelerin kontrolünün başladığı AB uygulamasında, söz konusu Tüzüğün 8(2). maddesi uyarınca taahhütler kabul edilebilmektedir. 4064/89 sayılı Tüzüğün güncellenmiş ve uygulanmakta olan versiyonu ise 2004 yılında yürürlüğe giren 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'dür (Birleşme Tüzüğü)³².

Birleşme Tüzüğü'nün 6. ve 8. maddelerinde Komisyon'un birleşmelere koşullu izin verebileceği düzenlenmektedir. Birleşme Tüzüğü'nün 6(2) maddesine göre, Komisyon, bildirilen işlemin yapılan değişikliklerden sonra 6(1) (c) kapsamında bir şüphe içermediğini tespit ederse, 6(1)(b)'ye göre işlemi ortak pazarla uyumlu olarak kabul etmektedir. Aynı maddenin devamında, Komisyon'un 6(1)(b) kapsamında vermiş olduğu kararlara, tarafların taahhütlerine uyumunu sağlamak amacıyla şart ve yükümlükler eklenebileceği belirtilmektedir (I. aşama). İşleme ilişkin rekabetçi endişeler I. aşamada çözülmeyse, Birleşme Tüzüğü'nün 8(2) maddesi kapsamında Komisyon soruşturma kararı verecektir. Soruşturma

³¹ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L 257/90

³² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

aşamasına ilişkin olan 8(2) maddesi, 6(2) maddesi ile benzer şekilde rekabetin kısıtlanması sorununu çözen taahhütler karşılığında Komisyon'un işleme koşullu olarak izin verebileceğini düzenlemektedir (II. aşama).

2.1.1. Çözüm Prosedürü ve Çözümlerin Standartları

Son dönemlerde Komisyon'un Birleşme Tüzüğü kapsamında yaptığı uygulamalar daha müdahaleci görünmektedir (Levy ve Bock, 2018, 10). 2012 ve 2017 yılları arasında Komisyon'un, altı işlemi yasakladığı³³, birçok işlemi tarafların sunduğu çözüm paketleri sonrasında onayladığı, *TeliaSonera/Telenor/JV*³⁴ ve *Halliburton/Baker Hughes*³⁵ vb. işlemlerde ise birleşme taraflarını muhtemel yasaklama kararından kaçınmaları için işlemden vazgeçmeye yönlendirdiği görülmektedir³⁶.

Komisyon'un söz konusu birleşme kontrol sistemi iki aşamadan oluşan bir süreçtir. Birleşme işlemi resmi olarak bildirildikten sonra I. aşamada Komisyon, işlemin izne tabi olmadığına, koşulsuz olarak izin verilmesine, sunulan taahhütler kapsamında izin verilmesine³⁷ ya da birleşmeye ilişkin ciddi şüpheleri ortadan kaldıracak bir çözüm paketi sunulmaması gerekçesiyle II. aşamaya geçilmesine karar verebilir.

Tarafların taahhüt tekliflerine ilişkin görüşmeler I. aşamanın ortalarında ya da II. aşamada yapılır. Detaylı bir pazar araştırmasının mümkün olmadığı³⁸ I. aşamada rekabetle ilgili sorunların³⁹ net biçimde tespit edilmesi ve bu sorunların ortadan kaldırılabilir olması halinde taahhüdün kabul edileceği belirtilmektedir⁴⁰.

³³ COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* (2012), COMP/M. 6570 *UPS/TNT Express* (2013), COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus (III)* (2013), COMP/M.7612 *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016), COMP/M.7878 *Heidelberg Cement /Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia* (2017) ve COMP/M.7995 *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group* (2017).

³⁴ COMP/M.7419 *TeliaSonera/Telenor/JV* (2015).

³⁵ COMP/M.7477 *Halliburton/Baker Hughes* (2016).

³⁶ II. aşamada verilen yasaklama ve vazgeçirme kararları da müdahale olarak hesaplama dahil edilirse ve 2015 yılında alınan toplam 337 kararın %7'sinde, 2016 yılında ise alınan 362 kararın %8'inde müdahalede bulunulduğu görülmektedir (Mosso 2017b,5).

³⁷ Çözümlerin piyasadaki rekabetçi yapının işlemten önceki halinin korunması ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır (Wang ve Rudanko 2012, 562).

³⁸ Duyuru, para. 18.

³⁹ İşlem sonucunda rekabetin önemli derecede sınırlanacağını ispat yükü Komisyon'a aittir. Bknz. Case T-87/05 *EDP vs. Comission* (2005).

⁴⁰ Duyuru, para. 81.

Komisyon 2005 Çalışması'na göre I. aşamada uygulanan çözümlerin etkinliği II. aşamada uygulananlara kıyasla daha yüksek görünmektedir. Bunun nedenleri olarak zaman kısıtlamaları nedeniyle, I. aşama çözümlerinin rekabet otoriteleri tarafından daha etkili ve kolay kabul edilebilir olması ve II. aşama soruşturmasından kaçınmak için, tarafların Komisyon'a daha geniş taahhütler sunmaya istekli olması gösterilebilir.

Birleşme Tüzüğü'ne göre taraflarca sunulan çözüm önerilerinin rekabetçi endişeleri giderip gidermediği ile müşteriler ve rakipler üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapılacak testin önemi, özellikle Genel Mahkeme'nin *General Electric*⁴¹ ile *EDP*⁴² kararında belirtilmektedir. Bununla birlikte rekabetçi sorunları gidermekten uzak olduğu yeterince açık olan çözüm önerileri ise herhangi bir test gerektirmeksizin Komisyon tarafından reddedilebilecektir.

Birleşme Tüzüğü'nde taahhütlerin rekabetçi sorunla orantılı ve bu sorunu ortadan kaldıracak yapıda olması gerektiği belirtilerek⁴³ genel bir çerçevede çizilirken, taahhütlerin yapısı hakkında bilgi verilmemektedir (Ezrachi 2006a, 466). Birleşme Tüzüğü'nü birleşme çözümleri açısından yorumlamak amacıyla 2008 yılında yayımlanan Duyuru'da ise taahhütlerin hangi aşamada kabul edilebileceği⁴⁴, kabul edilebilir taahhüdün taşınması gereken özellikler⁴⁵ gibi detaylara yer verilmektedir.

Duyuru'da birleşme işleminin ortak pazarda neden olacağı rekabet kısıtlamalarının taraflara bildirilmesinin Komisyon'un sorumluluğunda olduğu⁴⁶, bu endişelere uygun çözüm teklifi sunma sorumluluğunun ise işlem taraflarında olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Komisyon teklif edilen çözümün orantılı olup olmadığını⁴⁸ inceleyerek sadece çözümü kabul edip etmeyeceğine karar verebilir. Böyle bir çözüm önerisinde, paketin içeriğinin rekabetçi endişeleri ortadan

⁴¹ Case T-210/01 *General Electric vs. Commission* (2005)

⁴² Case T-87/05 *EDP vs. Commission* (2005)

⁴³ Birleşme Tüzüğü para. 30.

⁴⁴ Duyuru, para. 18.

⁴⁵ A.g.k., para. 9-10.

⁴⁶ A.g.k., para. 8.

⁴⁷ A.g.k., para 6.

⁴⁸ Case 15/83, *Denkavit Nederland* (1984), para. 25, Case T-65/98, *Van den Bergh Foods v. Commission* (2003), para. 201.

kaldıracağını gösterecek bilgileri sunmak birleşme taraflarının sorumluluğunda olacaktır⁴⁹. Genel Mahkeme'nin *General Electric*⁵⁰ kararında, taahhütlerdeki eksikliklerden Komisyon'un sorumlu tutulamayacağı ve bu tür taahhütlerin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁵¹.

Duyuru'ya göre kabul edilebilir taahhütler, rekabet konusundaki endişeleri tamamen ortadan kaldırmalı, her açıdan kapsamlı ve etkin olmalıdır⁵². Genel Mahkeme *EDP* kararında taahhütlerin kapsamlı ve etkin olmasına yönelik tutumunu net bir şekilde ifade ederken bu konuda sorumluluğun da taraflara ait olduğunu belirtmiştir. Duyuru'nun uygulanabilirliği ayrıca ele aldığı göz önünde bulundurulduğunda burada bahsedilen etkinlik şartından kastın taahhütlerin uygulanabilirliğinden ziyade rekabetçi sorunları çözebilme yetisi olduğu söylenebilecektir (Kaya vd. 2009, 79).

Taahhütlerin yerine getirilmesine kadar piyasadaki rekabet koşulları sürdürülemez olduğundan, taahhütler kısa sürede, etkin bir şekilde uygulanabilir yapıda olmalıdır. Duyuru net bir süre sınırı çizmemekle birlikte; Komisyon'un tecrübeleri çerçevesinde elden çıkarma için yaklaşık altı aylık bir süre öngörülmüştür (Duyuru para. 98). Komisyon 2005 Çalışması'nda uzun sürelerin neden olacağı sorunları şu şekilde açıklamıştır: (i) uzun uygulama süreleri belirsizliği artırarak elden çıkarılan işin rekabetçi yapısını olumsuz yönde etkileyecektir, (ii) elden çıkarılacak varlığın personeli, müşterileri veya ortakları açısından sözleşmelerin feshi, ortaklıktan ayrılma gibi riskler ortaya çıkabilecektir, (iii) işlem taraflarının elden çıkarılacak varlığın rekabetçi gücünü azaltma ihtimali artmaktadır, (iv) işleme ilişkin denetleme maliyeti artmaktadır⁵³.

⁴⁹ Duyuru para. 7.

⁵⁰ Case T-210/01 *General Electric vs. Commission* (2005)

⁵¹ Buna ek olarak Komisyon'un elden çıkarma paketlerine yönelik titiz incelemesi arttıkça, elden çıkarılan işin yaşayabilirliği ve rekabetçi yapısını arttırmak için rekabetçi endişelerin ötesine geçen elden çıkarma paketleri daha sık karşılaşılabile hale gelmiştir. Örneğin bkz., COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* (2015), paragraf. 1927–1975; COMP/M.7746 *Teva/Allergan Generics* (2016); and COMP/M.7932 *Dow/DuPont* (2017).

⁵² Italianer (2012) kapsamlı ve etkili bir çözüm paketinin, rekabet politikasının etkin bir şekilde uygulanmasında, pazarın ve teşebbüslerin gelişiminde de kilit öneme sahip olduğunu belirtmektedir.

⁵³ Duyuru (para. 13)'da etkin bir mekanizmanın olmaması halinde verilen taahhüdün "tarafların niyet beyanı"ndan öteye geçmediği belirtilmektedir. Genel Mahkeme'nin Case T-177/04 sayılı *Eas-Jet* (2006) kararında da yer verilen bu yaklaşım Komisyon'un daha kolay denetlenebilen yapıya sahip yapısal çözümlerde ısrarcı olmasının nedenlerinin başında gelmektedir.

2.1.2. Çözümlerin Tasarımı

Komisyon'un birleşme işlemleri kapsamında uyguladığı çözüm türleri Duyuru'da; elden çıkarma, diğer yapısal çözümler ve birleşme taraflarının gelecek davranışlarına yönelik çözümler olarak sınıflandırılmaktadır⁵⁴.

Elden çıkarma yatay endişelerin söz konusu olduğu birleşmelerde en iyi yöntem olarak nitelendirilmektedir⁵⁵. Elden çıkarma aynı zamanda diğer çözüm türlerinin etkinliği konusunda da bir kriter olarak kullanılmaktadır. Bir diğer deyişle Komisyon elden çıkarma dışında bir çözüm türünü ancak elden çıkarma ile aynı etkiyi doğurması halinde uygulamaktadır⁵⁶. Duyuru'nun elden çıkarmaya yönelik tercihi açıkça görülürken Komisyon da Duyuru'ya paralel olarak yapısal çözümleri tercih etmektedir (Rebecca vd. 2018,13; Faull ve Nikpay 2014, 754; Kokkoris ve Shelanski 2014, 535)⁵⁷. Bu tercih 2011-2016 yılları arasında koşullu olarak izin verilen 95 işlemin %71'inde elden çıkarma çözümünün uygulanması ile açıkça görülmektedir. Bu tercihin nedeni olarak elden çıkarmanın, rekabetçi endişeyi kalıcı olarak çözmeye odaklanması, basit ve belirgin olması ile denetim maliyetinin bulunmaması gösterilebilir (ICN 2016, 9; Papon 2009, 37).

2.1.3. Etkin Elden Çıkarmanın Unsurları

Duyuru'ya göre elden çıkarılmış bir varlığın birleşme tarafları ile kalıcı ve etkin olarak rekabet edebilmesi rekabet etme yeteneğine sahip (*stand-alone business*) ve yaşayabilir (*viable business*) bir işin uygun bir alıcıya (*suitable purchaser*) devri ile mümkün olabilecektir⁵⁸. Bu nedenle Komisyon için, rekabet etme yeteneğine sahip ve yaşayabilir bir varlığın belirli bir süre içinde uygun bir alıcıya satılması etkin bir elden çıkarmanın en önemli unsurlarındandır.

⁵⁴ Duyuru, para. 15, 16, 17.

⁵⁵ Duyuru'ya göre elden çıkarma aynı zamanda dikey veya konglomera birleşmeler sonucunda ortaya çıkan rekabetçi endişelerin de ortadan kaldırılmasında kullanılacak en iyi yöntemlerden biridir. Örneğin bkz. COMP/M.3868 *DONG/Elsam/Energi E2* (2006), para. 170, COMP/M.4494 *Evrax/Highveld* (2007), COMP/M.3696 *E.ON/MOL* (2005), para. 735.

⁵⁶ Duyuru, para 61.

⁵⁷ Mosso (2017b, 15)'ya göre rekabet otoriteleri elden çıkarma çözümlerini piyasa düzenleyicisi konumunda olma isteğiyle değil, rekabetçi endişeleri tek seferde ve zamanında bir müdahale ile gidermesi nedeniyle tercih etmektedir.

⁵⁸ Duyuru, para. 23, 25, 32.

2.1.3.1. Rekabet Etme Yeteneğine Sahip İşkolu (*Stand-alone Business*)

Elden çıkarma çözümü aracılığıyla pazardaki rekabeti sağlamanın en iyi yolu rekabet etme yeteneğine sahip bir işkolunun elden çıkarılmasıdır (Mosso 2017a, 4). Elden çıkarılacak varlıkların rekabet etme yeteneği Komisyon'un koşullu izin kararı üzerinde oldukça etkilidir. Örneğin *AB InBev/SABMiller*⁵⁹ işlemine *SABMiller*'ın bazı üye ülkelerdeki fabrikalarının, çalışanlarının ve *Grolsch*, *Peroni* ve *Pilsner Urquell* gibi markalarının elden çıkarılması koşuluyla izin verilmiştir. Taraflarca sunulan bu net ve belirgin çözümler Komisyon'un böylesine karmaşık bir incelemeyi I. aşamada bitirmesini sağlamıştır.

Elden çıkarılacak varlık, alıcının pazarda kalıcı bir şekilde rekabet edebilmesini sağlayacak nitelikte olsa da, elden çıkarmanın kapsamı rekabetçi kaygıların tamamını kapsamaması için genişletilebilir. Bu duruma örnek olarak, *Dow/DuPont*⁶⁰ kararında elden çıkarılacak varlığın kalıcı olmasını sağlamak için küresel Ar-Ge tesislerinin de elden çıkarılmasına yönelik alınan karar gösterilebilir. Ya da *Staples/Office Depot*⁶¹ kararında olduğu gibi elden çıkarılacak işletmenin yaşayabilirliğini sağlamak için ihtiyacı olan tedarik anlaşmalarının garanti edilmesi gösterilebilir.

Birleşme işlemine elden çıkarma kapsamında izin verilmesi ile elden çıkarılacak varlığın alıcıya devri arasında geçen süre elden çıkarma çözümünün amacı açısından oldukça önemlidir. Taraflar bu süreçte elden çıkarılacak varlığın yönetimine ilişkin olarak, en basit şekilde ihmalkarlık olarak nitelendirilebilecek tutumlar sergileyebilecektir. Komisyon bu tür sorunların önüne geçebilmek amacıyla işletmenin alıcıya devrine kadar olan süre içerisinde varlığın bağımsızlığını, ekonomik şartlarını, pazarlanabilirliğini ve rekabetçi yapısını koruması için taahhüt talep edebilir⁶².

Bazı istisnai durumlarda ise sadece markadan oluşan elden çıkarma paketinin rekabetçi koşulları sağlamak için yeterli olacağı kabul edilmektedir. Rekabet esas olarak markaya dayanıyorsa uygulanan bu yöntem, Komisyon'un markanın kullanımı için lisans devri ya da yeniden markalaşma için geçici lisans devrini tercih etmesi ile ortaya çıkmaktadır. Komisyon'un markaların elden

⁵⁹ COMP/7881 *AB InBev/SABMiller* (2016).

⁶⁰ COMP/M.7932 *Dow/DuPont* (2017).

⁶¹ COMP/M.7555 *Staples/Office Depot* (2016).

⁶² Duyuru, para. 108.

çıkartılmasıyla ilgili vermiş olduğu kararlardan biri *Unilever/Sara Lee*⁶³ kararırđır. Komisyon incelemesinde Unilever’ın Dove ve Rexona markası ile Sara Lee’nin Sanex markasının birleşme öncesinde ciddi rekabet içinde olduğu bu nedenle birleşmenin önemli bir rekabet gücünü ortadan kaldıracakđı sonucuna ulaşmıştırdır. Sunulan elden çıkarma paketi kapsamında Sanex markasının tamamen elden çıkartılması sonucunda Komisyon işleme koşullu olarak izin vermiştir⁶⁴.

2.1.3.2. Ayırma (*Carve-Out*)

Bir elden çıkarma paketi, elden çıkartılacak varlığın rekabetçi yapısını ve yaşayabilirliğini sağlayacak tüm varlıkları içermelidir. Bununla birlikte bağımsız bir işletmenin elden çıkartılması kural olsa da⁶⁵, Komisyon bazı durumlarda orantılılık ilkesini göz önünde bulundurarak pazarda bağımsız biçimde rekabet edebilme yeteneğine sahip bir varlığın elden çıkartılması yerine mevcut bütünlük içerisinde ayırma (*carve-out*) yoluyla elden çıkartılmasına da karar verebilmektedir⁶⁶. Ayırma yöntemi ile elden çıkarma, elden çıkartılacak iş biriminin rekabet edebilirliği için gerekli unsurların halihazırda alıcının bünyesinde bulunması ya da rekabetçi bir pazardan kolayca elde edilebilmesi halinde beklenen rekabetçi faydayı sağlayacaktır. Mosso (2017a, 5)’nin elden çıkartmanın karmaşık şekli olarak nitelendirdiği bu yöntemde Komisyon bu karmaşıklıkla mücadele etmek için daha geniş kapsamlı bir incelemeye ihtiyaç duymaktadır. Aynı nedenle Duyuru’da ayırma işleminin ara dönemde⁶⁷ başlaması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁶⁸.

2.1.3.3. Alternatif Elden Çıkarma Paketi: “*Kıymetli Varlık Hükümleri*”

Herhangi bir alıcının önerilen bir elden çıkarma paketi ile ilgilenip ilgilenmeyeceğine dair bir belirsizlik varsa ya da elden çıkarma işlemi başarısız olduysa, rekabet otoriteleri, genellikle “kıymetli varlıklar (*crown-jewels*)” olarak adlandırılan değerli varlıkların taahhüt paketine dahil edilmesi seçeneğini göz

⁶³ COMP/M.5658 *Unilever/Sara Lee* (2010).

⁶⁴ Söz konusu karar ayrıca markanın sadece rekabet endişelerinin olduğu ülkelerde değil markanın rekabetçi gücünü sağlamak için diğer ülkelerde de elden çıkartılması gerekliliğini vurgulamak açısından önemlidir (para. 1415).

⁶⁵ Duyuru, para. 33.

⁶⁶ Ayırma yönteminin tercihinde belirleyici kriter, ayrılacak kısmın kalıcı olarak rekabetçi bir varlık olmaya devam edecek olmasıdır.

⁶⁷ İşlemin kapanış tarihinden elden çıkartılacak varlıkların satışının gerçekleştirilip alıcısına fiilen devredildiği tarihe kadar olan süreç.

⁶⁸ Duyuru, para. 35.

önünde bulundurabilir. Bu tür paketler terminolojide genellikle “kıymetli varlıklar” olarak adlandırılrsa da bazı otoriteler tarafından “alternatif elden çıkarma paketi” olarak da adlandırılmaktadır⁶⁹.

2.1.3.4. Geri Almama Şartı

Elden çıkarma nedeniyle piyasanın yapısında meydana gelen değişimlerin rekabetçi yapıyı yeniden tesis etmesi beklenmektedir. Ancak belirli bir süre sonra birleşme taraflarının elden çıkarılmış işi geri alarak pazar paylarını tekrar kazanma riski gündeme gelebilecektir. Bu nedenle elden çıkarmaların yapısal etkisini korumak için, birleşme taraflarının elden çıkarılan varlığın tamamı veya bir kısmı üzerinde etkisinin⁷⁰ olmayacağına yönelik hükümlerin taahhüt kapsamında sunulması gerekmektedir. Duyuru’da bu sürenin genellikle 10 yıl olacağı belirtilirken, aynı bölümde Komisyon’un onayı ile değiştirilebileceği de ifade edilmektedir⁷¹. Şenyücel (2009, 83)’e göre bu maddenin Duyuru’da yer alması Komisyon’un süre konusundaki katı tutumuna işaret etmektedir.

2.1.3.5. Fikri Mülkiyet Haklarının Elden Çıkarılması veya Lisanslaması

Gayri maddi varlıklar, alıcının etkili bir rakip olması için gerekli olması halinde elden çıkarılmaya konu olabilmektedir (Varol 2009, 9). Patentlerin, markaların, veya diğer fikri mülkiyet haklarının satışı-lisanslanması veya yeniden markalaşma (*re-branding*) yoluyla uygulanan çözümler, genel olarak, bir varlığın elden çıkarılmasının özel şekli olarak karşımıza çıkmaktadır (CMA Rehber, 3.39). Fikri mülkiyet haklarının elden çıkarılmasını içeren çözümlerin sınıflandırılması konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Örneğin, fikri mülkiyet haklarının lisanslandırılması, ICN (2016) tarafından yapılan çalışmada, “karma çözüm” olarak tanımlanmıştır. Drautz (1996, 224), ticari marka lisanslandırmasının piyasaya yeni bir rakip getireceği sürece yapısal olabileceğini söylerken, Komisyon bazı kararlarında, ticari marka lisansını, başka maddi varlıkların elden çıkarılmasıyla birleştirilmesi halinde bir çözüm olarak kabul etmiştir⁷². Bununla birlikte, tek başına münhasır lisanslamanın bir birleşmeden kaynaklanan yatay örtüşmelerin

⁶⁹ Duyuru, para. 45 ve CMA Rehber, para. 42.

⁷⁰ Etkiden kasıt elden çıkarılan varlığın önceki sahibinin, elden çıkarılan varlığın rekabetçi davranışında, taahhüdün amacını engellemek için bir etki yaratmasıdır.

⁷¹ Duyuru, para. 43.

⁷² Case No IV/M.623 *Kimberly-Clark/Scott* (1996); COMP/M.2337 *Nestle/Ralston Purina* (2001).

giderilmesi için yeterli olduğu yönünde kararları da mevcuttur⁷³. Ancak Sorinas (2009)'a göre lisans içeren elden çıkarmalar içerdikleri belirsizlikler nedeniyle kuraldan ziyade istisnadır.

Fikri mülkiyet haklarını içeren elden çıkarma işlemlerinde, birleşme taraflarının, alıcıya teknik yardım veya alıcının kilit çalışanlara⁷⁴ erişimini (veya devredilmesini) sağlaması gerekebilir (ICN 2016, 13). Komisyon'un *Alcan/Pechiney*⁷⁵ kararında, elden çıkarma paketinin uygulanabilirliğini ve etkinliğini sağlamak için, lisansın sağladığı tüm fikri mülkiyet haklarını içermesi ve talep edilen ölçüde alıcıya teknik destek sağlanması gerekliliğine değinilmiştir.

2.1.4. Uygun Alıcı

Komisyon tarafından elden çıkarma yönteminin uygunluğuna ilişkin yapılan değerlendirmede alıcının uygunluğu önemli bir kriterdir⁷⁶. Çünkü elden çıkarmanın hedeflenen etkisi, ancak işin, piyasada aktif bir rekabet gücü haline gelecek olan uygun bir alıcıya devredilmesi durumunda gerçekleştirilecektir.

Elden çıkarma işleminde alıcının uygunluğu temel olarak, alıcının elden çıkarılan işi taraflara rakip olabilecek düzeyde rekabetçi bir şekilde devam ettirebilmek için sahip olması gereken finansal kaynaklar, uzmanlık ve kabiliyet gibi özelliklere sahip olup olmaması ile ilişkilendirilebilir. Bir diğer kriter olarak ise elden çıkarma işleminin sonucunda herhangi yeni bir rekabetçi kaygının oluşmaması sayılabilecektir (Long ve Wylie 2016, 4).

Alıcıya yönelik riskleri azaltmanın ilk yolu alıcının sektörde halihazırda faaliyet göstermesi veya potansiyel olarak faaliyet gösterebilecek varlıklara sahip olmasıdır. Örneğin, *Totalfina/Elf*⁷⁷ işleminde uygulanan elden çıkarma kapsamında alıcılardan iki tanesi, petrol sektöründe yer almadıkları ve etkin bir rakip olarak faaliyet gösterme olasılıklarının düşük olması gerekçesiyle Komisyon tarafından uygun alıcı olarak kabul edilmemişlerdir. Taraflar, Komisyon'un petrol sektöründe bulunmak gibi yeni bir şart getirdiği iddiası ile konuyu Genel Mahkeme'ye

⁷³ COMP/M.2621 *Seb/Moulinex* (2002).

⁷⁴ Kilit çalışan, işletmenin yönetiminde etkili olan yüksek ücretli çalışanları ifade etmektedir. Bknz. <<http://www.businessdictionary.com/definition/key-employee.html>>

⁷⁵ COMP/M.3225 *Alcan/Pechiney* (2003).

⁷⁶ Duyuru, para. 47.

⁷⁷ COMP/M.1628 *Totalfina/Elf* (2000).

taşımıştır. Bunun üzerine Mahkeme taahhüt metninde yer alan alıcının potansiyel olarak veya halihazırda pazarda aktif olması gerektiği hükmünden hareketle, Komisyon'un taraflara ilişkin yapmış olduğu değerlendirmenin haklı ve gerekli bir değerlendirme olduğu sonucuna ulaşmıştır⁷⁸.

Komisyon 2005 Çalışması'nda elden çıkarma taahhütlerinin %48'inde alıcının uygunluğuyla ilgili konuların gündeme geldiği belirtilirken, en az 11 vakada ise "yanlış" bir alıcı seçiminin kısmen etkisiz bir çözüme yol açtığı belirtilmektedir. Çalışma kapsamında sunulan önerilerden biri de alıcıya yönelik ek şartlar getirilmesidir. Örneğin, *Posten AB/Post Danmark A/S*⁷⁹ kararında Komisyon, tarafların önerdiği alıcıların piyasada uzmanlığa ve tanınan bir markaya sahip ve halihazırda faaliyet gösterenler arasından seçilmesini sağlayacak güncellemeler talep etmiştir.

Komisyon'un *General Electric/Alstom*⁸⁰ kararında; giriş engellerinin fazla olduğu enerji santralleri için gaz türbinleri pazarında, alıcı Ansaldo'nun pazarda gerekli know-how ve deneyime sahip mevcut bir rakip olduğu belirtilerek, elden çıkarmaların da Ansaldo'nun elden çıkarılacak varlıklar ile birlikte rolünü arttırarak etkin rekabeti sağlayacağı ifade edilmiştir.

2.1.4.1. Uygun Alıcıyı Belirleme Yöntemleri ve Elden Çıkarma Zamanlaması

Duyuru'ya göre, elden çıkarılacak varlığın uygun bir alıcıya devredilmesini sağlamanın üç yolu vardır. Bu yöntemlerden ilki (Senaryo A), elden çıkarılacak varlığın koşullu izin kararından sonra belirli bir süre içinde Komisyon tarafından onaylanan bir alıcıya devretme taahhüdünü içeren ve standart prosedür olarak adlandırabileceğimiz yöntemdir⁸¹. İkinci yöntem (Senaryo B), Komisyon'un elden çıkarma çözümünü sadece belirli alıcının önerilmesi halinde kabul ettiği belirli alıcı (*up front buyer*) yöntemidir. Üçüncü yöntem ise (Senaryo C)⁸²

⁷⁸ Case T-342/00 *Petrolessence SA- SG2R vs. Comission*

⁷⁹ COMP/M.5152 *Posten AB/Post Danmark A/S* (2009) para. 182.

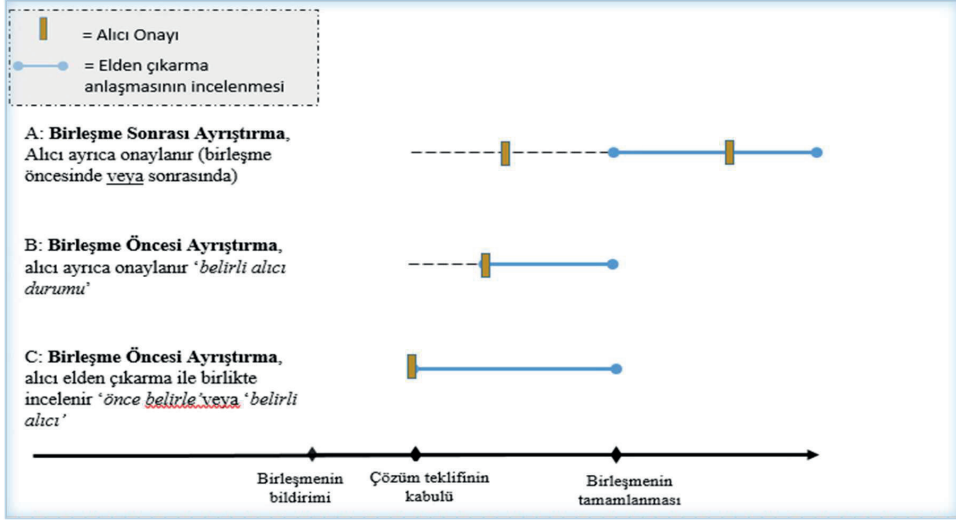
⁸⁰ COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* (2015).

⁸¹ Bu süre içerisinde birleşme taraflarınca uygun alıcı bulunamazsa elden çıkarma işlemi elden çıkarma uzmanı aracılığıyla, literatürde "*fire sale*" olarak da adlandırılan yöntem ile minimum fiyat olmaksızın varlığın satışını gerçekleştirilecektir.

⁸² Cook vd. (2017, 341)'e göre Komisyon son dönemlerde önce belirle yöntemini artan bir şekilde tercih etmektedir.

birleşme işleminin incelenmesi sırasında Komisyon tarafından belirlenen uygun alıcı ile taraflar arasında bağlayıcı bir anlaşma yapılarak Komisyon'un hem elden çıkarmayı hem de alıcıyı aynı anda incelediği önce belirle (*fix-it-first*)⁸³ yöntemidir.

Tablo 1: Elden Çıkarma Zamanlaması⁸⁴



2.1.4.1.1. İzin Sonrasında Elden Çıkarma

Elden çıkarmanın uygulandığı birçok birleşme işleminde genellikle yeterli sayıda alıcının bulunması nedeniyle birleşme işlemine izin verilmesinden sonra uygun alıcı bulunulabilir ve onaylanabilir (Senaryo A). Bu yöntemin benimsendiği ancak ayrı tutma (*hold separate*) gibi uygulamalar olmaksızın gerçekleştirilen elden çıkarmalarda, müşteri veya önemli çalışan kayıpları nedeniyle elden çıkarma paketinin rekabetçi gücü azalabilecektir.

Bu yöntemin uygulanması halinde elden çıkarılacak varlıkların yaşayabilirliği ve rekabet yeteneği; (i) kabul edilebilir bir elden çıkarma olup olmadığı, (ii) elden çıkarma paketinin zorunlu tüm varlıkları içerip içermediği, (iii) uygun alıcı bulma

⁸³ "Fix it first" kavramı Varol (2009, 35) tarafından "önce düzelt" olarak çevrilmişse de bu çalışma kapsamında "önce belirle" çevirisi kullanılacaktır. "Fix it first" uygulamasının esasına bakıldığında alıcının izin kararından önce belirlenmesine yönelik bir kavram olması nedeniyle bu çeviri tercih edilmiştir.

⁸⁴ ICN 2016, 17.

zamanlaması ve (iv) ayrı tutma hükümlerinin varlığı ile bağlantılı olacaktır (ICN 2016, 14).

2.1.4.1.2. Belirli Alıcı Yöntemi (Up Front Buyer)

İkinci yöntem (Senaryo B), *Bosch/Rexroth* kararında belirtildiği üzere, satış için geçecek süre içerisinde elden çıkarılacak varlığın rekabetçi yapısında azalma riskinin olduğu durumlarda uygulanan belirli alıcı yöntemidir (*up-front buyer*)⁸⁵. Bu yöntemde taraflar bir alıcı belirler ve birleşme incelemesi tamamlandıktan sonra ancak işleme koşullu olarak izin verilmeden önce alıcı ile anlaşılır⁸⁶. Komisyon'un tarafların anlaşığı alıcıya onay vermesi halinde⁸⁷ elden çıkarma işlemi gerçekleştirebilmektedir⁸⁸.

Elden çıkarma işleminde belirli alıcı yönteminin uygulanmasının (i) elden çıkarma sürecini hızlandırmak; (ii) rekabetçi endişeler çözülene kadar birleşme işlemi korumak; (iii) ara dönemde elden çıkarılacak varlığa yönelik riskleri azaltmak gibi olumlu etkileri bulunmaktadır (Papandropoulos ve Tajana 2006, 446). Çünkü belirli alıcı durumu, elden çıkarmaların başarılı şekilde uygulanmasını sağlamak dışında, tarafları alıcı bulma konusunda teşvik etmek suretiyle süreci hızlandırarak olumlu katkı sağlamaktadır.

Komisyon'un elden çıkarma uygulamalarında belirli alıcı yöntemi son dönemde artan bir şekilde uygulanmaktadır (Long ve Wylie 2016, 4). Komisyon tarafından II. aşamada yapılan incelemeleri sonucunda; 2014 yılında elden çıkarma uygulanan kararların tümünde⁸⁹, 2015 yılında yedi incelemenin üçünde⁹⁰, 2016

⁸⁵ Bknz. COMP/M.2060 *Bosch/Rexroth* (2000), para. 92. Söz konusu karar ayrıca belirli alıcı yönteminin uygulandığı ilk karar olma özelliğine de sahiptir.

⁸⁶ Duyuru, para. 55.

⁸⁷ Komisyon'un koşullu izin kararından sonra da alıcının uygunluğu Komisyon'un onayına sunulmaktadır.

⁸⁸ Duyuru'da (para. 46) tarafların belirli alıcı durumu ile alternatif elden çıkarma arasında tercih yapabileceği de belirtilmektedir.

⁸⁹ COMP/M.6905 *INEOS/SOLVAY/JV* (2014), COMP/M.6992 *Hutchison 3g Uk/Telefonica Ireland* (2014), COMP/M.7018 *Telefonica Deutschland/E-Plus* (2014), COMP/M.7000 *Liberty Global/Ziggo* (2014), COMP/M.7061 *Huntsman Corporation/Equity Interests Held By Rockwood Holdings* (2014).

⁹⁰ COMP/M.7265 *Zimmer/Biomet* (2015), COMP/M.7421 *Orange/Jazztel* (2015), COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* (2015).

yılında yapılan altı incelemenin üçünde⁹¹, 2017 yılında yapılan iki incelemenin birinde⁹² belirli alıcı şartı içeren elden çıkarma çözümü uygulanmıştır. Bununla birlikte I. Aşama çözümlerinde de belirli alıcı şartı artan bir seyir izlemektedir⁹³.

2.1.4.1.3. Önce Belirle Yöntemi (fix-it-first)

Üçüncü yöntem ise, önce belirle (*fix-it-first*) yöntemidir (Senaryo C). Birleşmenin incelenmesi aşamasında ve işleme izin verilmeden önce taraflar ile alıcı arasında bağlayıcı anlaşmanın yapıldığı bu yöntemde Komisyon kararını verirken alıcıyla yapılan anlaşmayı da incelemektedir. Komisyon nihai kararında, elden çıkarılan işin anlaşma imzalanmış alıcıya devredilmesinin rekabet endişelerini giderip gidermediğini değerlendirecektir. Bu nedenle alıcı onayı için ek bir Komisyon kararı gerekmeyecek ve elden çıkarılacak varlığın satışı daha kısa sürede gerçekleştirilecektir⁹⁴.

Önce belirle yöntemi özellikle alıcının kimliğinin çözümün etkinliği üzerinde doğrudan etkili olması halinde benimsenmektedir⁹⁵. Bu yöntem elden çıkarılan varlığın, her iki tarafın da katkısı ile oluşan ve daha önce tek başına bir işletme oluşturmayan bir iş olması halinde uygulanmaktadır. Komisyon'un *Hutchison/Wind/Jv*⁹⁶ birleşmesi ile ilgili aldığı karar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu işlem sonucunda İtalya'da faaliyet gösteren mobil şebeke operatörlerinin sayısının dörtten üçe düşeceği ve bu azalmanın ilgili pazarlarda ciddi rekabetçi endişelere⁹⁷ neden olacağı belirtilerek inceleme başlatılmıştır. Taraflar daha önce mobil şebeke operatörü olarak faaliyet göstermeyen *Iliad*'ın mobil şebeke operatörü olarak faaliyet gösterebilmesi için gerekli varlıkların temini konusunda

⁹¹ COMP/M.7555 *Staples/Office Depot* (2016), COMP/M.7567 *Ball/Rexam* (2016), COMP/M.7637 *Liberty Global/Base Belgium* (2016).

⁹² COMP/M.7932 *Dow/DuPont* (2017).

⁹³ Örneğin bknz, COMP/M.7917 *Boehringer Ingelheim/Sanofi Animal Health Business* (2016); COMP/M.7435 *Merck/Sigma-Aldrich* (2015); COMP/M.7585 *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor* (2015); COMP/M.7252 *Holcim/Lafarge* (2014); COMP/M.7104 *CrownHoldings/Mivisa* (2014); ve COMP/M.7337 *IMS Health/Cegedim Business* (2014).

⁹⁴ Duyuru, para. 56.

⁹⁵ A.g.k., para. 57.

⁹⁶ COMP/M.7758 *Hutchison/Wind/Jv* (2016).

⁹⁷ Komisyon, simetrik ve şeffaf pazar yapısı nedeniyle birleşmenin koordinasyon doğurucu etkilere neden olacağını belirtmiştir.

anlaşmışlardır. Bu elden çıkarma anlaşması II. aşamada Komisyon'un onayına sunulmuş ve Komisyon tarafından onaylanarak işleme izin verilmiştir⁹⁸.

Önce belirle yöntemi Komisyon ile bildirim öncesinde yapılan görüşmelerde⁹⁹ sunulabileceği gibi incelemenin herhangi bir aşamasında da sunabilecektir. Ancak Komisyon'un teklif edilen alıcıyı yasal süre sınırları içerisinde değerlendirmesi gerektiği için teklifin değerlendirmeye olanak sağlayacak makul bir sürede sunulması gerekmektedir (Long ve Wylie 2016, 4). Ancak önce belirle yönteminin gündeme geldiği dosyalarda bu yöntemin uygulanacağı sanki baştan kabul edilmiş gibi bir sonuç ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda işlemin esasına ilişkin yeterince değerlendirme yapmamış otoritelerin enerjilerini çözüm yollarına ilişkin müzakerelere harcayarak işlemin esasından uzaklaşma riskleri bulunmaktadır. Öbür taraftan bakıldığında ise çözüm yollarının önceden müzakere edilmesi, işlem taraflarının çözüm paketlerinin kapsamı konusunda yanılmalarına da neden olabilecektir¹⁰⁰.

Komisyon uygulamalarında nadiren önce belirle yöntemini tercih etmektedir (Brink vd. 2016, 85-86). Bunun nedeni olarak ise yasal süreler içerisinde bir alıcı tayin etmenin zorluğu gösterilmektedir (Cook vd. 2017, 343). Bazı durumlarda ise yöntemlerin etkinliği tercihte etkili olmaktadır. Örneğin *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor*¹⁰¹ kararında, Komisyon rekabetçi endişeleri gidermede belirli bir alıcı uygulamasının önce belirle yöntemine kıyasla daha etkili olacağı gerekçesiyle taahhüt paketinde revizyon talep etmiştir.

2.1.4.1.4. Uygun Alıcı Belirleme Yöntemlerine İlişkin Genel Değerlendirme

Son dönemde alıcının koşullu izinden önce belirlenmesine yönelik güçlü bir tercih bulunmaktadır (Bundeskartellamt Rehber, para. 30). Bu nedenle konuya ilişkin ayrıca bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

⁹⁸ Bu karar ile önce belirle yöntemi telekomünikasyon sektöründe ilk kez uygulanmıştır.

⁹⁹ Birleşme taraflarının işlem sonucunda rekabetin önemli derecede kısıtlanacağını farkında olduğu durumlarda gündeme gelebilecektir. Long ve Wylie (2016)'ya göre sürecin yeterince önceden başlatılması halinde zaman kısıtından kurtulacak birleşme tarafları elden çıkarma süreci üzerinde daha fazla kontrol sahibi olma avantajı elde edeceklerdir.

¹⁰⁰ Bknz. COMP/M.7881 *AB InBev/SABMiller* (2016) kararında SABMiller'a ait Peroni ve Grolsch markalarının elden çıkarılmasında önce belirle yöntemi tercih edilirken, ek olarak elden çıkarılan diğer markalar için belirli alıcı yöntemi tercih edilmiştir.

¹⁰¹ COMP/M.7585 *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor* (2015) para. 239.

Komisyon'un 2016 ve 2017 yıllarında verdiği elden çıkarma kararlarının büyük bölümünde belirli alıcı ya da önce belirle yöntemi tercih edilmiştir (Mosso 2017a, 7). Bu tercihin en önemli nedeni ise izin kararı ile elden çıkarma arasında geçen sürede oluşacak rekabetçi zararın henüz ilk aşamada engellenmesidir. Daha genel bir ifadeyle elden çıkarma işlemi kapsamında ortaya çıkabilecek olası risklerin (alıcının belirlenmesinde, uygulama döneminde vb.) baştan önlenmesi temel amaçtır.

Belirli alıcı veya önce belirle uygulamasında standart yaklaşımın aksine taraflar bir veya birden fazla üçüncü taraf ile anlaşma yapana kadar işlem askıda bekleyecektir. Alıcının kimliği, önce belirle yönteminde inceleme aşamasında belli iken belirli alıcı durumunda inceleme tamamlandıktan sonra belli olmaktadır¹⁰².

Alıcıların, işleme izin verilmeden önce belirlendiği bu yöntemler genellikle elden çıkarılacak varlık için uygun bir alıcı bulma riskinin olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Örneğin, potansiyel alıcıların sayısı ya da elden çıkarılacak varlığın piyasada etkin bir şekilde rekabet edebilmesini sağlamak için rekabet otoritelerinin işaret ettiği özellikte alıcı sayısı az olabilir. Ya da elden çıkarma paketinin mevcut bir işletmeye entegre edilmesi gerektiği durumlarda tek bir potansiyel alıcı bulunabilir¹⁰³.

2015 yılında uygulanan elden çıkarmaların %20'sinde alıcının önceden belirlenmesine yönelik hüküm bulunurken, 2016 yılında bu oran %33'e yükselmiş ve 2017 yılında bu eğilim devam etmiştir (Rebecca vd. 2018,14). Önceden bir alıcı tanımlama yöntemlerinin (Senaryo B ve Senaryo C) çeşitli faydaları olabilir. Rekabet otoriteleri açısından elden çıkarma çözümlerinde kapanıştan önce alıcı tanımlama yöntemleri; elden çıkarma paketinde, alıcıda ve uygulama döneminde ortaya çıkacak riskleri bertaraf etmek açısından önemli avantajlara sahiptir. Diğer bir deyişle bu yöntemler aracılığıyla kapanıştan sonra zorlu bir elden çıkarma sürecinden kaçınan otoriteler elden çıkarmanın rekabeti sürdürme ve geri kazanmada etkili olacağı konusunu kapanıştan önce garanti altına almış olurlar (ICN 2016, 15). Bu nedenle söz konusu yöntemler elden çıkarılacak varlığın satılamaması ya da elden çıkarma uzmanı aracılığıyla satılması gibi durumlara

¹⁰² Duyuru, para. 55.

¹⁰³ Long ve Wylie (2016)'ya göre telekomünikasyon veya ilaç gibi giriş engellerinin ve buna bağlı yoğunlaşmanın fazla olduğu sektörlerde bu tür endişeler ortaya çıkabilecektir.

önemli bir alternatif sunmaktadır. Söz konusu uygulamalara rekabet otoriteleri açısından bakıldığında elden çıkarmayı ötelemenin neden olacağı olumsuz etkiyi en aza indirgeme avantajına sahipken, birleşme tarafları açısından elden çıkarmanın minimum fiyat olmaksızın gerçekleşmesi riskini azaltmaktadır (Long ve Wylie 2016, 3).

Bununla birlikte elden çıkarma çözümlerinde artan bu tür uygulamalar, işlemin kapanışının gecikmesine de neden olabilmektedir (Rebecca vd. 2018,14). Örneğin, *Ball/Rexam*¹⁰⁴ birleşmesine belirli alıcı hükmü içeren bir elden çıkarma kapsamında izin verilmiştir. Ball, uygun bir alıcıyı üç ay içerisinde teklif edebilmiş ve Komisyon'un uygunluk denetimi de üç ay sürmüştür. Sonuç olarak işlemin kapanışı koşullu izin kararından sonra altı ayda gerçekleşmiştir.

Komisyon'un belirli alıcı ve önce belirle uygulamalarını aynı işlem kapsamında uyguladığı örnekler de mevcuttur. Örneğin *Holcim/Lafarge*¹⁰⁵ kararında elden çıkarılacak varlıkların bir kısmı belirli alıcı kapsamında bir kısmı da önce belirle yöntemi kapsamında elden çıkarılmıştır.

2.1.5. Etkin Elden Çıkarma Süreci

Etkin bir elden çıkarma süreci, elden çıkarılacak varlığın makul bir sürede rekabetçi yapısının korunarak uygun bir alıcıya devredilmesini sağlayacaktır. Süreç potansiyel alıcıların uygun şekilde bilgilendirilmesine de olanak sağlamalıdır. Bu kapsamda elden çıkarmanın uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak için nasıl işleyeceği açık olmalıdır (ICN 2018, 38). Papon (2009, 39)'a göre çözüm ne kadar karmaşık, uygulama döneminde o kadar fazla sorun ortaya çıkacaktır.

2.1.5.1. Elden Çıkarma Paketinin Korunması

Birleşme işlemine elden çıkarma kapsamında izin verilmesi ile elden çıkarılacak varlığın alıcıya devri arasında geçen süre -ara dönem- elden çıkarma çözümünün amacı açısından oldukça önemlidir. Taraflar bu süreçte elden çıkarılacak varlığın yönetimine ilişkin olarak, en basit şekilde ihmalkarlık olarak nitelendirilebilecek tutumlar sergileyebilecektir. Komisyon bu tür sorunların

¹⁰⁴ COMP/M.7567 *Ball/Rexam* (2016).

¹⁰⁵ COMP/M.7552 *Holcim/Lafarge* (2014). Bir başka örnek için ise bkzn. COMP/M.7881 *AB InBev/SABMiller* (2016).

önüne geçebilmek amacıyla işletmenin alıcıya devrine kadar olan süre içerisinde varlığın bağımsızlığını, ekonomik şartlarını, pazarlanabilirliğini ve rekabetçi yapısını koruması için taahhüt talep edebilir¹⁰⁶. Varlıklara yönelik bu tür risklere karşı uygulanan çözüm ise genellikle ayrı tutma (*hold seperates*) hükümleri kapsamında alınan tedbirler olmaktadır.

2.1.5.2. Elden Çıkarma Uzmanı ve Denetleyici Uzman

Denetleyici uzman (*monitoring trustee*) tarafların ara dönemde taahhütlere uyumunu denetlemekle görevlidir. Denetleyici uzmanın görevi temel olarak, elden çıkarılacak varlığın yönetimini, tarafların alıcı bulma dönemindeki çalışmalarını gibi hususları denetleyerek Komisyon'a raporlamaktır.

Elden çıkarma işlemlerinde tarafların taahhütlere uyup uymadığını kontrol amacıyla otoritelerce elden çıkarma uzmanı (*divestiture trustee*) atanır. Elden çıkarma uzmanı, elden çıkarılacak varlığın ara dönemde bağımsız olarak korunmasını ve taahhütte öngörülen koşullar altında uygun alıcıya devrinin sağlanmasını gözetir.

2.2. ABD UYGULAMASI

ABD Clayton Kanunu 7. maddesi ve Sherman Kanunu 1. maddesi kapsamında birleşmeleri değerlendirme yetkisine sahiptir. 1976 yılında kabul edilen HSR, DOJ ve FTC'ye birleşme tamamlanmadan önce işlemi inceleme ve çözüm bulma yetkisi verirken, teşebbüslere de belirli bir ölçeğin üzerindeki birleşmeleri bildirme zorunluluğu getirmiştir (Varol 2009, 56).

ABD'de federal düzeyde birleşme incelemeleri FTC ve DOJ Antitröst Dairesi tarafından yürütülmektedir (Loftis ve Moskowitz 2004, 387). Her iki kurumun da bu aşamalarda yaptıkları inceleme kapsamında, birleşmelerin gerçekleşmesini engelleyen geçici yasaklama emirleri, ara ve nihai federal mahkeme kararları; işlemin gerçekleşmesini sağlayacak çözümler içeren kararlar alınmasını sağlama yetkileri bulunmaktadır (Loftis ve Moskowitz, 2004). DOJ¹⁰⁷ ve FTC¹⁰⁸'nin birbirinden farklı olmak üzere, birleşmelerden kaynaklanan rekabet karşıtı etkilere ilişkin çözümlerin esasına ve uygulama usulüne yönelik rehberleri

¹⁰⁶ Duyuru, para. 108.

¹⁰⁷ DOJ 2004 Rehberi.

¹⁰⁸ FTC 2012 Beyanı.

bulunmaktadır. Bu kısımda öncelikle FTC ve DOJ elden çıkarma uygulamalarının karşılaştırılmasına ardından *ex-post* etkisine yer verilecektir.

2.2.1. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Uygulamaları

HSR ile birlikte zorunlu bekleme sürelerinden önce elden çıkarma uygulamaları ve elden çıkarma paketinin kapsamında yaşanan değişimler nedeniyle HSR'nin modern elden çıkarma yöntemlerinin temelini attığı söylenebilecektir. Bu kapsamda uygulanan elden çıkarma çözümlerinin zaman içindeki değişimi önem arz etmektedir.

HSR'nin yürürlüğe girmesinden bu yana FTC'nin elden çıkarma uygulamalarına ilişkin yaklaşımını beş döneme ayırmak mümkündür.

Tablo 2: FTC Elden Çıkarma Uygulamalarının Yaşadığı Değişim¹⁰⁹

1970'lerin sonu	FTC'nin rekabetçi açıdan sorunlu tüm birleşmeleri engellemeye çalıştığı ilk dönem
1980'lerin başı	FTC'nin çeşitli çözüm yollarını kullanarak rekabetçi sorunları çözmeye başladığı dönem
1980'lerin ortası ve 1990'ların başı	FTC'nin sadece bağımsız ve rekabetçi bir işin tamamının elden çıkarılmasını kabul ettiği veya birleşmeyi engellemek için dava açtığı dönem
1990'ların ortası	Onay sayısının arttığı ve rekabetçi bir işten daha azının elden çıkarılmasının kabul edildiği dönem
1999'dan günümüze	FTC'nin birleşme işlemlerini daha sıkı bir şekilde incelediği, riskleri azaltmak için alıcıların önceden belirlenmesi ve kıymetli varlıklar gibi yöntemleri tercih ettiği dönem

Yukarıda görüleceği üzere, FTC elden çıkarma uygulamaları zaman içinde daha karmaşık bir hal almıştır. Bu durumun ilk nedeni, bildirilen işlemlerin hacminin artması¹¹⁰ nedeniyle birleşme sonucunda ortaya çıkacak rekabet karşıtı sonuçların etkisinin çok büyük olacak olmasıdır. İkinci neden ise FTC 1999 Çalışması ve FTC 2017 Çalışması'nda belirtilen bazı risklerin ortadan kaldırılması amacıyla elden çıkarma sürelerinin olabildiğince kısaltılmaya çalışılmasıdır.

¹⁰⁹ Triggs 2002, 75.

¹¹⁰ 1991 yılından 1999 yılına kadar bildirilen işlem sayısı 1.529'dan 4.262'ye yükselirken değer bazında 169 milyar dolardan 1.9 trilyon dolara yükselmiştir (Balto ve Parker, 2000).

DOJ cephesinde ise yaşanan benzer aşamalardan sonra 2011 yılında “DOJ Politika Rehberi”nin yayımlanmasıyla birlikte, elden çıkarma uygulamaları FTC uygulamalarına yakınsamıştır. Bununla birlikte 2018 yılında DOJ 2011 Rehberi yürürlükten kaldırılarak yeniden 2004 Rehberi’nin uygulanmasına geçilmiştir. Bu durum ise DOJ ve FTC arasında mevzuat içeriği anlamında farklılaşmaya neden olmuştur.

ABD uygulamasında bazı durumlarda birleşme işleminin hangi otorite tarafından inceleneceği konusunda belirsizlik olması taraflar açısından zorlayıcı olabilmektedir. Dolayısıyla her iki otoritenin uygulamalarının ortak ve farklı yönlerinin incelenmesi elden çıkarmanın ABD uygulamasını anlamak açısından önem arz etmektedir.

2.2.1.1. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Politikalarının Ortak Yönleri

2.2.1.1.1. Yapısal Çözümlerin Tercihi

FTC ve DOJ, başta elden çıkarma olmak üzere genellikle yapısal çözümler yönünde tercihini kullanmaktadır. FTC 2012 Beyanı’nda rekabeti kısıtlayıcı birleşmelerde FTC’nin elden çıkarma tercihi açıkça ifade edilirken¹¹¹, DOJ 2004 Rehberi’nde de yapısal çözümlerin basit ve uygulaması kolay bir yöntem olması nedeniyle davranışsal çözümler karşısında güçlü bir şekilde tercih edilebileceği ifade edilmektedir¹¹².

2.2.1.1.2. Elden Çıkarma Paketinin Kapsamı

Etkin bir elden çıkarma çözümü için hem FTC hem de DOJ için en önemli iki faktör; rekabetçi bir varlığı uygun bir alıcıya satmaktır. DOJ 2004 Rehberi’nde elden çıkarmanın etkinliğini sağlamak için çeşitli kriterler belirlenmiştir. Birincisi, elden çıkarmanın kapsamı, alıcının etkin ve uzun vadeli bir rakip olması için gerekli tüm varlıklardan oluşmalıdır¹¹³. İkincisi piyasada halihazırda faaliyet gösteren bir varlığın (*existing business*) tercih edilmesidir¹¹⁴. Piyasada faaliyet gösteren bir varlık, alıcının işi başarıyla devam ettirmesine olanak sağlayacak tüm kaynaklara ve yeterliliğe sahip olacaktır. Üçüncüsü ise gayri maddi varlıkların

¹¹¹ FTC 2012 Beyanı, 4.

¹¹² DOJ 2004 Rehberi, 9.

¹¹³ A.g.k., 9.

¹¹⁴ A.g.k., 12.

elden çıkarılması halinde bu tür varlıklarla ilgili tüm hakların da elden çıkarma kapsamında alıcıya devredilmesidir¹¹⁵.

FTC ise bunlara ek olarak elden çıkarılacak varlığın “özerk, devam eden bir iş (*ongoing business*)” özelliklerine atıfta bulunmaktadır¹¹⁶. Bazen taraflar birleşen her iki tarafın da seçtikleri varlıkları elden çıkarmayı önerebilir (*mix and match*). Hem FTC¹¹⁷ hem de DOJ bu tür bir elden çıkarmanın uygulanmasını elden çıkarma paketinin gerekli tüm bileşenleri içermesi ve rekabeti etkin bir şekilde koruyacak uygun bir varlık oluşturacağını gösterdikten sonra kabul etmektedir¹¹⁸.

Bununla birlikte son dönemde ABD otoriteleri elden çıkarmanın etkinliğini arttırmak için ilgili pazardaki varlıkların ötesinde bir elden çıkarma paketine ihtiyaç duymaktadırlar (Gotts 2018, 18)¹¹⁹. FTC 2015 yılında incelediği *Valeant/Paragon*¹²⁰ işleminde, Valeant’ın Paragon’dan edindiği kontakt lens işine ek olarak işin devamlılığını sağlamak amacıyla gerekli olduğunu düşündüğü varlıkların da elden çıkarma paketine dahil edilmesini istemiştir.

2.2.1.1.3. Uygun Alıcı Kriterleri

DOJ ve FTC için uygun alıcı kriterleri oldukça benzerdir. Her iki otorite de, alıcının elden çıkarılan işi pazardaki rekabetçi seviyeyi birleşme öncesine getirecek şekilde yönetmesine önem vermektedir. DOJ 2004 Rehberi’nde uygun bir alıcı için üç temel kriter bulunmaktadır. Birincisi, elden çıkarmanın alıcıya devredilmesinin yeni bir rekabetçi endişeye neden olmaması gerekliliğidir¹²¹. Örneğin *El Paso*¹²² kararında alıcı konumunda bulunan Colorado Interstate Gas Co.’nun elden çıkarmadan önce pazarda güçlü bir rakip olduğu bu nedenle elden çıkarmanın gerçekleşmesi halinde yeni rekabetçi endişelerin ortaya çıkacağı belirtilmiştir.

¹¹⁵ A.g.k. 15-16.

¹¹⁶ FTC 2012 Beyanı, 5.

¹¹⁷ FTC, DOJ’a kıyasla bu yönetime daha mesafeli yaklaşmaktadır (Breed ve Michnal 2005, 37).

¹¹⁸ FTC 2012 Beyanı, s. 6 ve DOJ 2004 Rehberi, 13.

¹¹⁹ FTC’nin konuya bakışı için bknz. Dan Ducore (2015) <<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/04/divestitures-may-include-assets-outside-market>>

¹²⁰ FTC, In the Matter of Valeant Pharmaceuticals International, Inc., Docket No: C-4602, FTC File Number: 161-0028, 08.02.2017

¹²¹ DOJ 2004 Rehberi, 30.

¹²² US v. El Paso Nat. Gas Co., 376 U.S. 651 (D.C. 06.04.1964)

İkincisi, alıcı piyasada rekabetçi bir güç olma motivasyonuna sahip olmalıdır¹²³. Taraflar ile alıcı arasında çıkar ilişkisi mevcutsa elden çıkarmadan beklenen fayda gerçekleşmeyebilecektir. Üçüncüsü ise, alıcının piyasada uzun vadede etkin bir şekilde rekabet edebilmek için yeterli deneyim, finansal yeterlilik ve yasal yetkilere sahip olup olmadığının belirlenmesidir¹²⁴. Örneğin Baker Hughes'ın General Electric tarafından devralınması kapsamında General Electric'in "Water and Process Technologies" işinin küresel çapta Suez'e devredilmesine karar verilmiştir¹²⁵. Ancak belirli yargı bölgelerinde yasal gereklilikler yerine getirilemediği için elden çıkarma belirlenen sürede gerçekleştirilememiştir. Bu karardan sonra ABD uygulamasında küresel elden çıkarmalarda alıcının yasal gerekliliği sağlayıp sağlamadığına ayrıca odaklanılmıştır (Holley ve Guzior 2018, 102). Bunun sonucunda *Bayer AG/Monsanto*¹²⁶ devralmasında aynı sorunların yaşanmaması için elden çıkarılacak varlıkların alıcı tarafından işletilecek hale gelene kadar ayrı tutulmasına karar verilmiştir. Aynı kararda alıcıya yönelik olarak yapılan değerlendirmelerde alıcının mevcut varlıklarına, inovasyon yeteneğine¹²⁷ ve bunların yeni bir rekabetçi endişeye neden olmamasına¹²⁸ ayrıca atf yapılmıştır.

Alıcının finansal açıdan yetersizliğinin elden çıkarmayı başarısızlığa uğratmasının örneği olarak ise araç kiralama sektöründe gerçekleşen *Hertz/Dollar Thrifty*¹²⁹ işlemi gösterebilecektir. Söz konusu işlemde Hertz'in "Advantage Rent A Car" işinin (24.000 araçlık filo) Simply Wheelz'e devredilmesine karar verilmiştir. Ancak elden çıkarmanın gerçekleşmesinden birkaç ay sonra elden çıkarmanın getirdiği maddi zorluklar nedeniyle Simply Wheelz iflas başvurusunda bulunmuştur. Holley ve Guzior (2018, 100)'a göre alıcıların finansal açıdan değerlendirilmesinden hem satın almanın hem de işi uzun vadede devam ettirmenin maliyetinin birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

¹²³ DOJ 2004 Rehberi, 31.

¹²⁴ A.g.k., 32.

¹²⁵ US v. General Electric Co. & Baker Hughes INC., Final Judgment, Case No:1:17-cv-01146 (D.C. 16.10.2017)

¹²⁶ US v. Bayer AG *et al*, Competitive Impact Statement, Case No: 18-cv-01241, (D.C. 29.05.2018)

¹²⁷ Alıcıya yönelik getirilen inovasyon yeteneği kriteri özellikle dijitalleşmenin ve teknolojinin ön plana çıktığı ve rekabet gücünü belirlediği piyasalarda çözümden beklenen fayda açısından önemli bir koşul haline gelebilir.

¹²⁸ Ayrıca bknz. DOJ 2004 Rehberi, 30.

¹²⁹ FTC, In the Matter of Hertz Global Holdings, Inc. & Dollar Thrifty Automotive Group, Inc., Docket No: C-4376, FTC File Number: 101-0137, 11.07.2013

2.2.1.2. FTC ve DOJ Elden Çıkarma Politikalarının Farklı Yönleri

2.2.1.2.1. Önce Belirle Uygulamaları

DOJ 2004 Rehberi'nde piyasadaki rekabeti hızlı ve etkili bir şekilde koruması, otoritenin kaynaklarını verimli kullanmasına izin vermesi gibi gerekçelerle önce belirle yönteminin tercihini gerekçelendirmektedir¹³⁰. Yukarıda da değinildiği üzere alıcının piyasada rekabetçi bir güç olarak faaliyet göstermesi için elden çıkarma işleminin kapsamı geniş tutulabilmektedir. Önce belirle yöntemi ile farklı alıcılar arasında elden çıkarılacak varlıkların paylaşılması işlem taraflarınca tasarlanmaktadır. Bu hem birleşme taraflarına esneklik sağlarken hem de birleşmeden beklenen etkinlik kazanımının korunmasını sağlamaktadır¹³¹. DOJ, önce belirle yöntemini özellikle kesin ve net bir çözüm ihtiyacının varlığının önemli olduğu hallerde ve bu tür çözümlerin rekabet karşıtı etkileri tamamen ortadan kaldırması halinde tercih etmektedir¹³².

Tunney Yasası¹³³ gereğince, DOJ işlemi onaylamadan önce kararını federal bölge mahkemesine sunmak zorundadır. Birleşme işlemlerinde FTC'nin almış olduğu kararlar DOJ'un kararlarına kıyasla mahkemelerde daha dar bir çerçevede denetlenmektedir. Buna bağlı olarak FTC'nin sahip olduğu bağımsızlık ve takdir yetkisi, birleşme taraflarıyla yapılan elden çıkarılacak varlıkların veya uygun alıcının kriterlerinin belirlenmesine yönelik müzakerelerde daha istekli olmasına neden olmaktadır.

Bununla birlikte bazı mahkeme kararlarında¹³⁴, FTC'nin önerilerinin doğrudan kabul edilmesi yerine taraflarca belirlenen çözüm yollarının dikkate alınabileceği belirtilmektedir (Breed ve Michnal 2005, 38-39). Bu kapsamda FTC'nin önce belirle yöntemine ilişkin tutumu ile DOJ'un tutumuna ilişkin farkın azaldığı söylenebilecektir.

¹³⁰ DOJ 2004 Rehberi, 26.

¹³¹ A.g.k.

¹³² A.g.k., 23.

¹³³ Antitrust Procedure and Penalties Act (Tunney Act), 15 U.S.C. § 16(b) (2013)

¹³⁴ FTC, In the Matter of Libbey Inc & Newell Rubbermaid Inc., Docket No: 9301, File Number: 011-0194, 15.10.2002

2.2.1.2.2. Belirli Alıcı Uygulamaları

Belirli alıcı, birleşmenin onaylanmasından önce birleşme taraflarınca önerilen ve otoritece onaylanan alıcıyı ifade etmektedir. Belirli alıcı durumu genellikle kabul edilebilir bir alıcı bulmakta zorluk yaşama riski bulunduğu hallerde gündeme gelmektedir.

Belirli alıcı yönteminin tercihi FTC ile DOJ'un elden çıkarma yaklaşımları arasında bir diğer önemli farklılığı yansıtmaktadır. Belirli alıcı yöntemi FTC tarafından daha sık tercih edilirken DOJ tarafından tercih edilmemektedir¹³⁵. FTC 2012 Beyanı'nda elden çıkarılacak varlığın rekabetçi yeteneğini koruma konusunda endişeler varsa belirli alıcıya ihtiyaç duyulacağı ifade edilmektedir¹³⁶.

Ayrıca, FTC tarafından belirli alıcı yöntemi elden çıkarma paketinin gayri maddi varlıklardan oluşması halinde de tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁷.

FTC elden çıkarılan varlığın bağımsız bir işkolu olmadığı durumlarda da belirli alıcı yöntemini tercih etmektedir. Örneğin *P&G/Gillette*¹³⁸ birleşmesinde P&G'nin bağımsız bir yapısı olmayan "Crest Spinbrush pilli ve şarj edilebilir diş fırçası" işinin elden çıkarılması ile işleme FTC tarafından koşullu olarak izin verilmiştir. Söz konusu işin uygun alıcı bulma riskini azaltmak için Church&Dwight belirli alıcı olarak tanımlanmıştır.

Elden çıkarılacak varlıkların potansiyel bir alıcı çekmek için yeterli olmaması halinde de belirli alıcı gerekebilir. Örneğin, *Nestle/Dreyer's Ice Cream*¹³⁹ birleşme işleminde yüksek kaliteli dondurma pazarında ortaya çıkan rekabetçi endişelerin giderilmesi amacıyla taraflarca sunulan çözüm önerisinde güncelleme yapılmıştır. Sunulan son çözüm önerisi ile dondurma ve dağıtım varlıklarının belirli alıcı olarak tanımlanan CoolBrands International Inc.'e satılması kararlaştırılmış ve bu kapsamda işleme izin verilmiştir.

¹³⁵ FTC 1999 Çalışması, 39.

¹³⁶ FTC 2012 Beyanı, 6. Ayrıca bkz. FTC, In the Matter of Cerberus Institutional Partners V, L.P. *et al*, Docket No: C-4504, File Number: 141 0108, 27.01.2015 ve 23.09.2015

¹³⁷ A.g.k., s. 7.

¹³⁸ FTC, In the Matter of P&G Company & Gillette Company, Docket No: C-4151, File Number: 051-0115, 16.12.2005

¹³⁹ FTC, In the Matter of Nestle Holdings, Inc. & Dreyer's Grand Ice Cream Holdings, Inc., Docket No: C-4082, File Number: 021-0174, 15.07.2005

Son yıllarda FTC belirli alıcı hükmü içermeyen elden çıkarmaları da onaylayarak belirli alıcı hükmü içermeyen işlemlere ilişkin tutumunda değişikliğe gitmektedir (Chang vd. 2010). *Alan B. Miller/Universal Health Services (UHS)¹⁴⁰* kararında UHS'nin belirli alıcı belirlenmeksizin altı ay içerisinde “Peak Behavioural Health” işini elden çıkarmasına karar verilmiştir.

FTC'nin aksine DOJ belirli alıcı yöntemini daha az tercih etmektedir. DOJ 2004 Rehberi belirli alıcı yöntemi konusuna hiç yer vermezken, yürürlükten kaldırılan DOJ 2011 Rehberi'nin FTC politikalarına yakınsadığı görülmektedir (Strock 2012, 2150). DOJ 2011 Rehberi'nde belirli alıcı yönteminin, taraflar açısından elden çıkarma sürecini kısaltmak ve alıcı konusunda kesinlik sağlamak gibi avantajlar sağlayacağı belirtilmekteydi¹⁴¹. DOJ için ise bu tür hükümlerin daha uzun araştırmaların neden olduğu maliyetleri azaltma, rekabetin yeniden tesisini kolaylaştırma, alıcının uygunluğuna ve elden çıkarmanın uygulanmasına ilişkin riskleri ortadan kaldırma gibi avantajlar ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir¹⁴². DOJ 2011 Rehberi'nde belirli alıcı ve önce belirli yönteminin tercihinde zamanlama kriterinin belirleyici unsurlardan biri olduğu belirtilmiştir¹⁴³. Bu noktada 2011-2018 dönemi FTC uygulamasına yakınsamış olmakla birlikte, 2004 rehberinin tekrar yürürlüğe girmesi yaklaşımlarını tekrar farklılaştırmaktadır. Ancak yeni rehberin yayımlanması ile bu konudaki tutumları daha karşılaştırılabilir olacaktır.

2.2.1.2.3. Alternatif Elden Çıkarma Paketi: “Kıymetli Varlıklar”

Elden çıkarma paketinin ilk halinin uygun alıcıları çekmek için yeterli olmaması halinde elden çıkarma paketinin daha cazip hale getirilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu tür hükümlerin bir diğer gerekçesi ise birleşme taraflarının elden çıkarılacak varlıkları belirlerken değerli varlıklarını pakete dahil etmeme güdüsü olmaktadır.

FTC 1999 Çalışması'nda belirtildiği üzere kıymetli varlık hükümleri birleşme tarafları için bir ceza olarak değil bunun yerine elden çıkarmayı hızlandırmak

¹⁴⁰ FTC, In the Matter of Alan B. Miller. & Universal Health Services, Inc., Docket No: C-4372, File Number: 121-0157, 30.11.2012

¹⁴¹ DOJ 2011 Rehberi, 23-24.

¹⁴² A.g.k.

¹⁴³ A.g.k. 21.

ve elden çıkarmanın etkinliğini arttırmak amacıyla kullanılmalıdır¹⁴⁴. FTC belirli alıcı durumunun kıymetli varlık hükümlerine (*crown jewels provisions*) duyulacak ihtiyacı ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir¹⁴⁵. Örneğin FTC'nin *Chevron/Texac*¹⁴⁶ kararında belirli alıcı olarak tanımlanan Avfuel ile elden çıkarma gerçekleşmeyince elden çıkarma paketinin kapsamı genişletilerek işlem gerçekleştirilmiştir.

DOJ 2004 Rehberi'nin uygulandığı ilk dönemde FTC ve DOJ'un kıymetli varlık hükümleri konusuna bakış açıları tamamen farklıydı. Yürürlükten kaldırılan DOJ 2011 Rehberi ile tutumunu değiştiren DOJ'un kıymetli varlık hükümlerine bakışı FTC'ye yakın hale gelmişse de kıymetli varlık hükümlerinin açıkça tercih edilmemesi gerektiğini belirten DOJ 2004 Rehberi'nin yeniden uygulanmaya başlanması ile bu farklılığın günümüzde de devam ettiği söylenebilir. Bununla birlikte FTC'nin de birleşme çözümlerinde kıymetli varlık hükümlerini çok az sayıda kullandığı hususu göz önüne alındığında FTC ve DOJ arasındaki tutum farklılığının öneminin azaldığı söylenebilir.

2.2.2. FTC 2017 Çalışması

FTC Şubat 2017'de, 2006 yılından 2012 yılına kadarki birleşme çözümlerinin incelendiği bir çalışma yayımlamıştır¹⁴⁷. Bu çalışma, 1999 yılında yayımlanan ve elden çıkarma yöntemine odaklanan çalışmanın aksine genel olarak çözüm sürecine odaklanmaktadır. Bu bölümde çalışmanın elden çıkarma yöntemine ilişkin ulaştığı sonuçlara yer verilecektir.

Söz konusu çalışmada FTC tarafından 2006-2012 yılları arasında koşullu olarak izin verilen 89 birleşmenin tamamı incelenmiştir. Çalışma kapsamında incelenen toplam 89 birleşme çözümünün 79 tanesinde elden çıkarma yöntemi tercih edilmiştir¹⁴⁸. 79 elden çıkarmanın ise 58 tanesinde önce belirli ya da belirli

¹⁴⁴ FTC 1999 Çalışması, 30-31.

¹⁴⁵ FTC "Frequently Asked Question About Merger Consent Order Provisions", Soru 27.

¹⁴⁶ FTC, In the Matter of Chevron Corporation & Texaco Inc., Docket No: C-4023, File Number: 011-0011, 07.09.2001

¹⁴⁷ Söz konusu çalışmaya <<https://www.ftc.gov/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureau-competition-economics>> adresinden ulaşılabilir.

¹⁴⁸ FTC 2017 Çalışma, 8.

alıcı yöntemiyle uygun alıcı belirlenmişken, kalan elden çıkarmalarda ise koşullu izin kararından sonra elden çıkarma gerçekleştirilmiştir¹⁴⁹.

FTC, 89 işlemi incelerken üç farklı yöntem kullanmıştır. Birinci yöntem ile çözüm içeren birleşmelerin 50 tanesinde piyasa oyuncularının görüşlerine ek olarak rakiplerden toplanan yedi yıllık satış verilerini incelemiştir. İkinci yöntem ile eczaneler, süpermarketler ve sağlık tesisleri gibi birleşmelerden oluşan 15 işlem kapsamında gerçekleştirilen elden çıkarmaların alıcılarına anket gönderilmiştir. Üçüncü yöntem ise, hem kurum içi hem de halka açık bilgilerin kullanılmasıyla ilaç sektörünü ilgilendiren 24 birleşme işlemi analiz etmiştir.

Birinci yöntem ile analiz edilen 50 birleşme çözümünün %83'ünün başarılı olduğu sonucuna ulaşılrken, %17'lik kısmın ise birleşme öncesi rekabetçi seviyesini koruyamadığı tespit edilmiştir.

İkinci yöntem ile analiz edilen 15 birleşme çözümü kapsamında elden çıkarılan 43 varlığın 39 tanesinin pazarda faaliyetine devam ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Üçüncü yöntem ile ilaç sektöründe gerçekleşen 24 birleşme çözümü incelenmiştir. Bu kapsamda ilaç sektöründe elden çıkarılan 60 varlığın %75'inin hala piyasada faaliyet gösterirken %25'inin başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışma'da elden çıkarmanın birleşme öncesi rekabetçi yapıyı korumada en etkili yöntem olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte elden çıkarmanın kapsamının ise belirli varlıkların seçilmesi yerine rekabetçi ve halihazırda faaliyet gösteren bir işkolundan oluşması gerekliliği vurgulanmaktadır¹⁵⁰. Elden çıkarma paketinin kapsamının yetersiz olması halinde alıcı önceden belirlense bile başarılı olunamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle bağımsız rekabetçi bir işkolunun tamamı yerine seçilmiş varlıklardan oluşan elden çıkarmaların FTC tarafından daha dikkatli inceleneceği belirtilmiştir.

¹⁴⁹ A.g.k.

¹⁵⁰ A.g.k., 32.

BÖLÜM 3

YAPISAL ÇÖZÜMLERİN TÜRKİYE UYGULAMASI

Türkiye’de rekabet hukuku kapsamında birleşmelerin kontrolü 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (4054 sayılı Kanun) 7. maddesi çerçevesinde yapılmaktadır. Söz konusu madde, hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme işlemlerini yasaklamaktadır. Ancak çözüm mekanizması neticesinde birleşmenin etkin rekabeti kısıtlayıcı yönleri giderilerek işleme izin verilebilmektedir. 4054 sayılı Kanun’da rekabeti sınırlayıcı etkileri olan birleşme işlemlerine bu tür çözümler kapsamında izin verilebileceğine dair açık bir ifade bulunmamaktadır¹⁵¹. Rekabeti kısıtlayıcı birleşmeler kapsamında uygulanan çözümler yasal dayanağını 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in (2010/4 sayılı Tebliğ) “Taahhüt” başlıklı 14. maddesinden almaktadır. Bu madde kapsamında birleşme tarafı teşebbüsler söz konusu işlemin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla hem ön inceleme¹⁵² hem de nihai inceleme aşamasında çözüm paketleri sunabilmektedir.

2011 yılında birleşmelerde kabul edilebilecek çözümlere dair temel prensiplerin yer aldığı “Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz” (Kılavuz) yayımlanmıştır. Bu

¹⁵¹ 4054 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarısı kapsamında 7. maddede yapılması öngörülen değişiklik; “*Kurul, işleme aynen ya da belirli şartlar ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir.*” şeklindedir. Söz konusu kanun tasarısı ile birleşme kararlarında Kurulun şart ve yükümlülük öngörerek izin verilebileceğinin düzenlendiği göz önüne alındığında, bu tez kapsamında Kurulun çözümlere ilişkin yetkisi konusunda ayrı bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir. İlgili kanun tasarısı için bkz. <<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>> Erişim tarihi: 27.01.2019.

¹⁵² Aynı madde kapsamında ön inceleme aşamasında taahhüt verilmesi halinde bildirim, taahhüt metninin Kurum tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılacağı belirtilmektedir.

bölümde öncelikle Kılavuz ele alınacak, ardından ulusal ve küresel birleşmeler olarak iki gruba ayırabileceğimiz birleşme işlemlerinde uygulanan yapısal çözümlere yönelik alınan Kurul kararlarına yer verilecektir.

3.1. KILAVUZ'DA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER

Kılavuz'da belirtildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamı çerçevesinde işlemin yasaklanabilecek nitelikte olduğunu göstermek Kurumun sorumluluğundadır. Söz konusu rekabet sorunlarını gidermeye yönelik çözüm önerip önermemek ise birleşme taraflarının takdirindedir¹⁵³. Kılavuz'da tarafların çözüm önerisi sunarken göz önünde bulundurması gereken bazı temel ilkeler sıralanmıştır. Bu ilkeler arasında; sunulan çözümün açık ve en kısa sürede uygulanabilir olması, pazarın rekabetçi yapısını korurken işlemde kaynaklanan etkinliği koruması yer almaktadır¹⁵⁴. Pazarın rekabetçi seviyesinin korunmasından kastın ise çözümün pazarı daha rekabetçi bir hale getirmekten ziyade işlem öncesi rekabetçi seviyenin korunması olduğu net bir şekilde ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Kılavuz'a göre, taraflarca sunulan çözüm önerilerinin işleme yönelik rekabetçi endişeleri ortadan kaldırma yeteneği konusunda Kurulun emin olması gerekmektedir¹⁵⁶. Kurulun bu süreçte yapacağı incelemede, çözümün rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmadaki yeterliliğini ortaya koyabilecek nitelikteki tüm bilgileri sunmak ise tarafların sorumluluğundadır¹⁵⁷. Kılavuz'a göre Kurul sunulan çözümün rekabetçi endişeleri ortadan kaldırma yeteneğini değerlendirirken, çözümün türü, kapsamı, tarafların ve rakiplerin pazardaki konumu, çözümün tam ve zamanında uygulanabilirliği gibi hususları göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu kapsamda sunulan çözüm önerileri işleme ilişkin rekabet sorunu ile orantılı olmak zorundadır¹⁵⁸.

¹⁵³ Kılavuz, para. 8.

¹⁵⁴ A.g.k., para. 12-13.

¹⁵⁵ A.g.k., para. 12.

¹⁵⁶ A.g.k., para.9-17.

¹⁵⁷ A.g.k., para. 9.

¹⁵⁸ A.g.k., para. 14.

3.2. KILAVUZ'DA ELDEN ÇIKARMALARA İLİŞKİN HUSUSLAR

Kılavuz'da birleşmelerin neden olacağı rekabetçi sorunları ortadan kaldırmaya yönelik çözüm önerilerinin yapısal ya da davranışsal nitelikte olabileceği belirtilmiştir. Yapısal çözümler, genellikle belirli bir iş biriminin elden çıkarılması şeklinde tanımlanmıştır.

Kılavuz kapsamında elden çıkarma, diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi rekabeti kısıtlayıcı bir birleşmenin varlığı halinde en etkili yöntem olarak ifade edilmektedir. Bunun nedeni olarak ise rekabet karşıtı etkileri kısa vadede ortadan kaldırması ve uygulandıktan sonra denetim gerektirmemesi gösterilmektedir¹⁵⁹. Kılavuz'da davranışsal çözümlerin yapısal çözümlere benzer etkinlik düzeyinde olması ve eş etkili bir yapısal çözümün bulunmaması halinde kabul edileceği belirtilmektedir¹⁶⁰.

Kılavuz'a göre elden çıkarılacak varlığa ilişkin temel kriterler yaşayabilirlik ve rekabet edebilirliktir. Bu iki kritere sahip bir iş birimi elden çıkarılabileceği gibi çeşitli varlıkların bir araya getirilmesiyle ve/veya mevcutlardan bazılarının elden çıkarılması yöntemiyle yeni bir iş birimi de oluşturulabilir¹⁶¹. Kılavuz etkin bir elden çıkarma süreci için ilk olarak elden çıkarma paketinin kapsamının kesin ve detaylı bir tanımın yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada en ideal elden çıkarma paketi, hem rekabet edebilir hem de bağımsız olma özelliklerine sahip bir iş biriminin elden çıkarılması olsa da Kılavuz'da bazı durumlarda orantılılık ilkesi uyarınca mevcut bütünlük içerisinde ayırma (*carve-out*) yönteminin de tercih edilebileceği belirtilmektedir¹⁶².

Kılavuz kapsamında elden çıkarmanın hedeflenen etkisinin ortaya çıkmasında alıcının uygunluğuna özellikle atıf yapılmıştır¹⁶³. Taraflarca bulunan bir alıcının uygun alıcı olarak kabul edilmesi ise belirli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar alıcının; taraflardan bağımsız, elden çıkarılan varlığı yönetme konusunda yetkinliğe sahip olması, elden çıkarılan varlığı devralması sonucunda yeni bir rekabetçi endişeye neden olmaması ve elden çıkarmayı geciktirmeyecek tüm

¹⁵⁹ A.g.k., para. 18.

¹⁶⁰ A.g.k., para. 19.

¹⁶¹ A.g.k., para, 22.

¹⁶² A.g.k., para. 29.

¹⁶³ A.g.k., para.36.

yasal gerekliliklere sahip olması olarak belirtilmiştir¹⁶⁴. Kılavuz'a göre uygun alıcının belirlenme yöntemi ise izin kararı öncesinde (*fix-it-first*) ve izin kararı sonrasında olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu yöntemlerden hangisinin tercih edileceği ise elden çıkarılacak varlığın ara dönemde değer kaybetme ve uygun alıcının bulunmama riskinin varlığına bağlı olarak değişmektedir¹⁶⁵.

İzin kararı sonrasında alıcının belirlenmesi yönteminde uygun alıcının bulunması ile elden çıkarma işleminin uygulanmasına ilişkin ilk aşama tamamlanmış olacaktır¹⁶⁶. İkinci aşama ise satış anlaşmasının uygulanarak elden çıkarmanın gerçekleştirildiği kapanış dönemidir. Bu aşama da kendi içinde tarafların uygun alıcı aradıkları dönem ve tarafların başarısız olması halinde elden çıkarmanın elden çıkarma uzmanı tarafından gerçekleştirildiği dönem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kılavuz'a göre elden çıkarma işlemindeki süreler olabildiğince kısa tutulmalıdır. Bu kapsamda Kurulun gerekçeli kararında belirtilen başlangıç tarihinden itibaren tarafların alıcı bulma dönemi için altı aylık süre öngörülürken uzmanla elden çıkarma için üç aylık süre ayrılmasının uygun olacağı belirtilmektedir¹⁶⁷.

Kılavuz kapsamında değinilen bir başka husus ise elden çıkarılacak varlığın koşullu izin kararı ile alıcıya devri arasında kalan “ara dönemde” tarafların yükümlülükleridir. Bu bağlamda taraflarca sunulacak çözüm önerilerinde temel olarak elden çıkarılacak varlıkların ara dönemde rekabetçi yapılarını korumaya yönelik hükümler bulunmalıdır¹⁶⁸.

Kılavuz'da elden çıkarma sürecine ilişkin değinilen son husus ise elden çıkarma uzmanına yönelik hükümlerdir. Elden çıkarma uzmanının temel görevi elden çıkarma sürecinin taahhüt metnine uygun ilerlediğini Kurum adına denetlemektir. Taraflarca belirlenen ve masrafları karşılanan elden çıkarma uzmanı Kurul tarafından onaylanmakta ve Kurul onayı olmaksızın görevden alınmamaktadır.

¹⁶⁴ A.g.k., para. 38.

¹⁶⁵ A.g.k., para. 41.

¹⁶⁶ İzin kararından önce uygun alıcının belirlenmesi halinde inceleme devam ederken zaten uygun alıcı ile bağlayıcı bir anlaşma yapıldığından karar sonrasında sadece kapanış için süre ayrılması gerekmektedir.

¹⁶⁷ Kılavuz, para.47.

¹⁶⁸ A.g.k., para. 55-62.

3.3. REKABET KURULU KARARLARI

Kurulun rekabeti kısıtlayıcı birleşme işlemlerine ilişkin almış olduğu koşullu izin kararları zaman içerisinde değişime uğramıştır. İlk zamanlarda Kurulun taraflarca sunulan bir çözüm önerisi olmadığı halde koşullu izin verdiği kararlar bulunmaktadır¹⁶⁹. Günümüzde bu yaklaşım değişerek, Komisyon uygulamasına benzer şekilde işlem taraflarının sunduğu çözüm paketleri kapsamında koşullu izin kararı verilmektedir. Çözüm içeren bu kararlar incelendiğinde ise yapısal çözümlerin davranışsal çözümlere göre daha fazla tercih edildiği görülmektedir (Bilaçlı 2017,42).

Türkiye uygulamasında elden çıkarmanın uygulandığı birleşme işlemlerini; ulusal birleşmeler ve küresel birleşmeler olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Türkiye sınırlarında gerçekleşen bir birleşme işleminde elden çıkarma çözümüne ilişkin öneri doğrudan Kurula sunulmaktadır. Küresel birleşmelerde ise genellikle Komisyon'a sunulan çözüm paketinin Kurul tarafından kabul edilmesi suretiyle süreç tamamlanmaktadır. Bu bölümde bu iki temel sınıflandırma kapsamında alınan izin kararları incelenecektir.

3.3.1. Kurula Sunulan Taahhütler Kapsamında Uygulanan Elden Çıkarma Çözümleri

Ulusal nitelikte olan ve tarafların elden çıkarma önerdiği çeşitli Kurul kararları bulunmaktadır. Bunlardan biri olan *AFM/Mars*¹⁷⁰ kararında taraflar toplam 12 sinema tesisini elden çıkarmayı taahhüt etmişlerdir. İlgili dosya kapsamında raportörler, sunulan taahhüt paketinin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan endişeleri ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle işleme izin verilmemesi yönünde görüş belirtmiştir. Nihayetinde Kurul söz konusu işleme, tarafların sunduğu taahhüt paketi kapsamında izin vermiştir¹⁷¹. Elden çıkarma

¹⁶⁹ Kurulun 03.08.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı *Balfour/Garanti Koza*, 11.04.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı *Lufthansa/Güneş Express Havacılık*, 21.02.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı *Toros Tarım/Sümer Holding*, 10.03.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı *Doğan Gazetecilik/Vatan Gazetesi* vd. kararları. Ayrıca bknz. Kılavuz, para. 8.

¹⁷⁰ 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı karar.

¹⁷¹ Danıştay 13. Dairesi'nin 17.06.2014 tarihli ve 2012/2013 E., 2014/2507 K. sayılı kararı ile, Kurul kararının iptali üzerine dosya yeniden Kurulun önüne gelmiş ve söz konusu işlem nihai incelemeye alınmıştır. Diğer taraftan, yapılan itiraz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 05.02.2015 tarih ve 2014/3599 E., 2015/215 K. sayılı kararı ile Danıştay 13. Dairesi'nin esas hak-

paketinin kapsamına bakıldığında elden çıkarılacak varlıkların rekabeti giderme noktasındaki eksikliği göze çarpmaktadır. Bu husus Danıştay 13. Dairesi'nin kararında¹⁷² "...*taahhüt paketinde elden çıkarılacak sinema salonlarının AFM-Mars hasılat ortalamasının çok altında olan salonlar olup, elden çıkarılacak salonların, pazarda taraflardan sonra gelen en büyük oyuncu tarafından satın alınması halinde dahi Mars-AFM'nin dörtte birinden daha küçük bir büyüklüğe sahip olacağı dikkate alınmaksızın birleşme/devralma işlemine izin verildiği anlaşılmaktadır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum, tezin "1.3.1. Elden Çıkarma Paketine Yönelik Riskler" başlığında değinilen türden bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Elden çıkarılacak varlıkların hasılat olarak görece düşük olması, elden çıkarmadan beklenen rekabetçi faydayı azaltırken uygun alıcı bulunmasını da güçlendirecektir. Kaldı ki uygun alıcı olsa bile bu alıcının pazarda rekabetçi bir şekilde faaliyet göstermesine yetecek varlıklar paketin kapsamında yer almadığından, elden çıkarma paketinin yetersiz olduğu söylenebilecektir. Kurum tarafından 16.02.2016 tarihinde yayımlanan "Sinema Hizmetleri Sektör Raporu"¹⁷³ kapsamında yapılan anket çalışması sektörün taahhütlere bakışını yansıtmaktadır. Söz konusu çalışma kapsamında sektör temsilcilerine elden çıkarmalar sonrasında Türkiye genelinde oluşan rekabetçi yapının durumuna ilişkin görüşleri sorulmuştur. Sektör temsilcileri tarafından gerçekleştirilen taahhütler sonrasında Türkiye genelinde rekabetçi yapının iyileşmediği ifade edilmektedir.

Elden çıkarma paketinin yeterli olduğu halde, elden çıkarmadan beklenen rekabetçi faydanın uygun alıcı ile olan ilişkisine ise *Mey/Diageo*¹⁷⁴ kararı örnek olarak gösterilebilecektir. Söz konusu işleme Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (Mey İçki) cin pazarında "Maestro Varlıkları" ve likör pazarında "Hare Varlıkları"nın elden çıkarılması sonucunda koşullu olarak izin verilmiştir. Taahhütlere göre, "Maestro Varlıkları"nın elden çıkarılması ile cin pazarında birleşen tarafların toplamda sahip olduğu pazar payı %90-100 seviyelerinden

kindaki kararının bozulması üzerine Kurul nezdinde başlatılan nihai inceleme 09.07.2015 tarih ve 15-29/435-128 sayılı Kurul kararı ile sonlandırılmıştır.

¹⁷² 17.06.2014 tarihli ve 2012/2013 E., 2014/2507 K. sayılı karar.

¹⁷³ <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurumu-sinema-hizmetleri-sektor--8fc45690910c49179a867032f8dca0cd>> Erişim Tarihi: 02.03.2019

¹⁷⁴ 17.08.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı karar.

%0-10'a gerilemektedir¹⁷⁵. Likör pazarında ise %50-60 olan pazar payının, “Hare Varlıkları”nın elden çıkarılması ile %10-20 seviyesine gerilemektedir. Hem cin hem de likör pazarındaki varlıklar Kurulun 06.04.2012 tarih ve 12-17/458-M sayılı kararı (Devir Kararı) ile Antalya Alkollü İçecek San. ve Tic. A.Ş.’ye (Antalya) devredilmiştir. Elden çıkarma paketinin pazar payı ve bulunurlukları yüksek markalardan oluştuğu göz önüne alındığında paketin yeterliliği konusunda bir şüphe bulunmadığı söylenebilecektir. Ancak bugün gelinen noktada “Maestro” markası cin pazarında ciddi pazar kayıpları yaşayarak pazarın üçüncü markası konumuna gerilerken Mey İçki yeniden hakim duruma gelmiştir¹⁷⁶. Likör pazarında da karşılaşılan benzer durumun nedenlerini alıcıda aramak yerinde olacaktır. Önceki bölümlerde de yer verildiği üzere alıcının uygunluk kriteri, en temelde rekabetçi bir güç olarak faaliyet gösterebilmesi olarak kabul edilmektedir. Devir Kararı’nda Antalya’ya ilişkin gerekli ve öngörülebilir tüm değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle bugünkü durumun ortaya çıkmasında alıcı tercihinden ziyade alıcının elden çıkarılan varlığı yönetme becerisinin de önemi ortaya çıkmaktadır. Bu tür sorunları, Komisyon’un *Posten AB/Post Danmark A/S*¹⁷⁷ kararında yaptığı gibi alıcıların piyasada tanınan bir markaya sahip olması gibi ek kriterler getirerek çözmek mümkün olabilecektir.

Kurulun son dönemde elden çıkarma çözümünü uyguladığı bir diğer işlem ise *Essilor/Luxottica*¹⁷⁸ birleşmesidir. Söz konusu kararda; “markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı” ile “markalı reçeteli optik çerçevelerin toptan satışı” pazarlarında ortaya çıkan yatay örtüşme incelenmiştir. Buna ek olarak tarafların birbirlerini tamamlayıcı nitelikte ve optisyenlerin ihtiyaçlarının tamamına yakınına karşılayabilecek genişlikte ürün yelpazelerine sahip olması nedeniyle, birleşmenin olası konglomera etkileri de incelenmiştir. Taraflar işlemden kaynaklanan yatay örtüşmelere yönelik olarak, Essilor Optica International Holding SL’nin (Essilor) Merve Optik Sanayi ve Ticaret A.Ş.’deki (Merve

¹⁷⁵ Kararda, Mey İçki’nin cin pazarında %80-90’u Maestro’dan %0-10’u Saga markasından olmak üzere toplamda %90-100 arasında, Diageo plc’nin (Diageo) ise Gilbey’s ve Gordon’s markası ile toplamda %0-10 arasında bir pazar payına sahip olduğu görülmektedir.

¹⁷⁶ Söz konusu tespitlerin detaylarına 25.10.2017 tarih ve 17-34/537-228 sayılı Kurul kararından ulaşılabilir.

¹⁷⁷ COMP/M.5152 *Posten AB/Post Danmark A/S* (2009) para. 182.

¹⁷⁸ 01.10.2018 tarih ve 18-36/585-286 sayılı karar. Söz konusu kararda yapısal çözümlere ek olarak davranışsal çözümler de uygulanmıştır.

Optik) hisselerini elden çıkarmak suretiyle Merve Optik'in kontrolünü üçüncü bir tarafa devretme taahhüdünü sunmuşlardır. Kararda söz konusu elden çıkarma ile yatay örtüşmeden kaynaklı rekabetçi kaygıların tamamının ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Ancak koşullu izin kararından sonra elden çıkarma süreci devam ederken Merve Optik'in hissedarlık yapısında değişiklik meydana gelmiştir¹⁷⁹. Bu değişiklik ile birlikte Essilor, Merve Optik hisselerinin geri kalan %35'ini de devralarak elden çıkarılacak varlığın hisselerinin tamamına sahip olmuştur. Hissedarlık yapısında yaşanan bu değişim, taahhüt metninde yer alan "*Essilor'un Merve Optik'te sahip olduğu hisselerinin tamamını elden çıkarması*" taahhüdü ile birlikte değerlendirildiğinde sahip olunan hisseden kastın ne olduğu konusunun şüpheli hale geldiği görülmektedir. Kılavuz'da "*Taraflarca verilen taahhütler Kurul kararıyla kabul edilerek işleme bu taahhütlere bağlı olarak izin verildikten sonra, bu taahhütlerde değişiklik yapılmaması esastır.*"¹⁸⁰ ifadesi yer almaktadır. Kılavuz'un ilgili maddesi temel olarak taahhüdün esasında değişikliği kısıtlasa da somut olayda olduğu gibi elden çıkarılacak varlıkta yaşanan değişikliklerin de ilgili madde kapsamında incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Hissedarlık yapısında meydana gelen bu değişikliğin temel amacının alıcı bulmayı kolaylaştırmak gibi olumlu yanları olduğunu varsaysak bile bu durumun henüz taahhütlerin tasarlandığı dönemde planlanması gerekirdi. Sonuç olarak taahhüt metnindeki halinden farklılaşan varlığın elden çıkarma çözümünün faydası üzerine olumlu etkileri olabileceği gibi olumsuz etkilerinin de olacağı unutulmamalıdır.

3.3.2. Komisyon'a Sunulan Taahhütler Kapsamında Uygulanan Elden Çıkarma Çözümleri

Bazı birleşme işlemlerine tarafların Komisyon'a sundukları taahhütler kapsamında Kurul tarafından izin verilmiştir. Kurul tarafından verilen bu izin kararlarını ise koşullu ve koşulsuz izinler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

¹⁷⁹ Hissedarlık yapısında yaşanan değişimin detayları 29.11.2018 tarih ve 9713 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin 574 ve 575. sayfalarında yayınlanmıştır. Söz konusu Kurul kararının tarihinin 01.10.2018 olduğu göz önüne alındığında değişikliğin koşullu izin kararından sonra gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

¹⁸⁰ Kılavuz, para. 11.

Örneğin *Promatech/Sulzer*¹⁸¹, *Cytec/UCB*¹⁸², *VA Technologie/Siemens*¹⁸³ ve *Agilent/Varian*¹⁸⁴ kararlarında Kurul, tarafların Komisyon'a sunduğu elden çıkarma çözümlerinin Türkiye'de doğuracağı etkileri göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmış ve bu kapsamda işlemlere koşulsuz olarak izin vermiştir. Ancak Kurulun bu tarz bir durumda tercihini genellikle koşullu izinden yana kullandığı görülmektedir¹⁸⁵. *Novartis/GlaxoSmithKline (GSK)*¹⁸⁶ kararında işlem ile ilgili ürün pazarlarından "DO6D-Topik Antiviraller" pazarında hakim durumun ortaya çıkacağı, "N07B-Bağımlılık İlaçları"nın alt segmenti olan "NRT pazarı"nda ise mevcut hakim durumun güçlendirilmesi sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Her iki pazar için de GSK tarafından Komisyon'a sunulan elden çıkarma çözümlerinin kapsamına Türkiye'de eklenmiştir. Bu bağlamda söz konusu varlıkların 6 ay içinde tüm unsurları ile birlikte elden çıkarılması taahhüdünün yerine getirilmesi ve süreç hakkında Kurulun bilgilendirilmesi koşuluyla işleme izin verilmiştir. Benzer şekilde *FTE/Valeo*¹⁸⁷ kararında pasif hidrolik aktüatörlere yönelik IAM pazarında debriyaj üst merkezleri (CMC), debriyaj alt merkezleri (CRC) ve hidrolik rulmanlar (CSC) alt pazarlarında tarafların toplam pazar paylarının yüksek olduğu ve işlemin ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı etkilere neden olabileceği belirtilerek Valeo Holding GmbH'nin Komisyon'a sunduğu taahhütler kapsamında pasif hidrolik aktüatörler iş kolunun tamamının devredilmesi koşuluyla izin verilmiştir. Bu kararda *Novartis/GSK* kararının aksine süreç hakkında Kurulun bilgilendirilmesi yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Benzer şekilde alınan bir diğer karar ise *Bayer/Monsanto*¹⁸⁸ kararıdır. Söz konusu kararda, sebze tohumları, pamuk tohumu, mısır tohumu ve mısır tohumlarında kullanılan insektisitler pazarlarında rekabetçi endişelerin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bu kapsamda tarafların Komisyon'a sunduğu elden çıkarma paketinin bu örtüşmeleri ortadan kaldırdığı ve işleme Komisyon

¹⁸¹ 16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı karar.

¹⁸² 06.01.2005 tarih ve 05-01/3-3 sayılı karar.

¹⁸³ 21.07.2005 tarih ve 05-48/694-183 sayılı karar.

¹⁸⁴ 18.02.2010 tarih ve 10-18/212-82 sayılı karar.

¹⁸⁵ Detaylı olarak açıklanmayan diğer koşullu izin kararları ise şu şekildedir: 20.03.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı *Cookson/Foseco*, 27.06.2008 tarih ve 08-41/554-207 sayılı *Hexion/Hunzman* ve 18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı *Manitow/Enodis* kararı.

¹⁸⁶ 29.01.2015 tarih ve 15-05/59-26 sayılı karar.

¹⁸⁷ 26.10.2017 tarih ve 17-35/560-244 sayılı karar.

¹⁸⁸ 08.05.2018 tarih ve 18-14/261-126 sayılı karar.

tarafından kabul edilen taahhütler çerçevesinde koşullu olarak izin verilmiştir. Bu kararda da Kurulun bilgilendirilmesi yönünde bir hüküm bulunmamasıyla birlikte tarafların Komisyon'a sundukları elden çıkarma çözümü kapsamında alıcı önceden belirlendiği için alıcının kimliği bilinmektedir. Bununla birlikte söz konusu kararda Kılavuz'da uygun alıcıya yönelik belirtilen kıstaslar kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yukarıda yer verilen kararlar incelendiğinde elden çıkarma çözümünün detaylarına değinilmeksizin, Komisyon'a sunulan taahhütler kapsamında işlemlere izin verilebildiği görülmektedir. Bu tür izin kararları taahhüt metninin içeriğinin belirlenmesi ve taahhütlerin uygulanması olmak üzere temel iki ayrımda değerlendirilecektir.

Öncelikle Komisyon'a sunulan bir taahhüt metninin içeriği her zaman Türkiye'deki pazar yapısı göz önüne alınarak hazırlanmamaktadır. Bu nedenle bu tür bir çözüm incelenirken Türkiye'deki pazar yapısı göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte Şenyücel (2009, 101)'e göre verilen taahhütlerin üçüncü tarafların hakları açısından bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle kararlarda "Komisyon'un onayladığı şekliyle"¹⁸⁹ ifadesinin geçmesi yeterli olmamaktadır.

Uygulama dönemine ilişkin olarak ise kararların birçoğunda Kurulun elden çıkarma uzmanı, elden çıkarılacak varlığın alıcıya devrine kadar muhafaza edilmesi, devir süresi gibi elden çıkarmanın uygulama aşamasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Uygun alıcının elden çıkarma çözümünün sağlayacağı rekabetçi fayda yönünden ne kadar önemli olduğu önceki bölümlerde ifade edilmiştir. Bu bağlamda söz konusu kararlarda alıcıya yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumun gerekçesi olarak Komisyon'un alıcı onay sürecine güven gösterilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki Komisyon tarafından onaylanan alıcı çeşitli nedenlerle Türkiye'de uygun alıcı konumunda bulunmayabilir¹⁹⁰. Bu nedenle bu tür tüm kararlarda Kurulun ayrıca inceleme yapması yerinde olacaktır. Özetlemek gerekirse, detaylı bir incelemenin aksine birçok kararda elden çıkarma taahhüdünün gerçekleştiğinin Kurum'a

¹⁸⁹ Bknz. *Cookson/Foseco, Bayer/Monsanto* kararları.

¹⁹⁰ Bu gerekçelere pazar gücü, dikey entegrasyon, çapraz hissedarlık, ortak yöneticiler gibi rekabeti bozucu özellik taşıması ya da Türkiye'de etkin rakip olamaması örnek olarak gösterilebilir (Şenyücel 2009, 101).

tevsik edilmesi yönünde dahi bir hüküm bulunmadığı göz önüne alındığında bu tür koşullu izin kararlarını yüzeysel olarak nitelendirmek kaçınılmaz hale gelmektedir.

3.4. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Kurulun ilk döneminden günümüze kadar almış olduğu birleşme çözümü içeren 36 kararın 22 tanesinde yapısal çözümlerin tercih edildiği görülmektedir¹⁹¹. Görüldüğü üzere yapısal çözümler diğer rekabet otoritelerinde olduğu gibi ülkemizde de davranışsal çözümlere kıyasla daha fazla tercih edilmektedir. Yapısal çözüm içeren kararları Kılavuz'un yayımından önce ve sonra alınanlar olarak iki kategoriye ayırmak gerekmektedir. Kılavuz'un yayımlanmasından sonra kabul edilen çözümlerin kapsamı, uygulanması ve izlenmesine ilişkin belirsizliklerin ortadan kalktığı görülmektedir. Örneğin elden çıkarma çözümünün uygulandığı *AFM/Mars*, *Migros/Kipa*¹⁹² ve *Luxottica/Essilor* vb. kararlarda Kılavuz doğrultusunda elden çıkarma uzmanının kullanıldığı, elden çıkarma süresinin ve uygun alıcıya yönelik şartların belirlendiği ve belirli bir sistematik yapının olduğu görülmektedir.

Burada değinilmesi gereken asıl husus taahhütlerin başlangıçta gerçekten birleşme işleminin rekabeti kısıtlayıcı etkisini ortadan kaldıracak şekilde tasarlanmasına rağmen zaman içinde beklenen faydayı sağlamamasıdır. Elden çıkarma çözümleri doğası gereği birçok farklı değişkene bağlıdır. Kanımızca Kurulun uygulamada olabildiğince titiz bir inceleme yapması gerekmektedir. Kaldı ki bu bile bazen yeterli olmamaktadır. Örneğin *Mey/Diageo* kararında tarafların sunduğu taahhüt metni raportörlerin endişeleri kapsamında defalarca güncellenmiştir¹⁹³. Son aşamada güçlü bir elden çıkarma paketi konusunda anlaşılrsa bile elden çıkarma paketini oluşturan varlıklar günümüzde devir dönemindeki görünümünden oldukça uzaktır.

Kanımızca elden çıkarma çözümü önündeki en büyük tehlike bilgi asimetrisi ve öngürülemezlik sorunundan kaynaklanmaktadır. Kurulun bu aşamada

¹⁹¹ Söz konusu veriler Bilaçlı (2017, 68-73)'da yer verilen bilgilere bu çalışma sonrasında alınan kararların dahil edilmesi ile ulaşılmıştır.

¹⁹² 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı karar.

¹⁹³ Bu noktada Kurulun kendisini taraf yerine koyarak taahhütte yer almayan şartları belirleme yoluna gitmemesi gerektiği unutulmamalıdır.

sektör deneyimi bulunan bir uzmanı tercih etmesi veya bu tür çeşitli yardımcı mekanizmalar oluşturması çözümün etkinliğine katkı sağlayacaktır. Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka husus ise rakiplerle işleme ilişkin yapılan bilgi alışverişleridir. Rakiplerin bazı durumlarda işleme objektif yaklaşamayacakları dikkate alındığında, sundukları görüşler sağlam bulgularla desteklenmesi şartıyla göz önünde bulundurulmalıdır (Şenyücel 2009, 109)¹⁹⁴. Öngörülemezlik sorununa ilişkin olarak ise yardımcı mekanizmaların görüşleri ve diğer değerlendirmeler doğrultusunda AB ve ABD uygulamasında olduğu gibi uygun alıcının izin kararından önce belirlenmesini sağlayan yöntemler (*fix-it-first* veya *up front buyer*) tercih edilebilecektir. Bu tercih hem tarafların elden çıkarılacak varlıkları daha kısa sürede elinde tutmasını hem de teknik yapısı karmaşık pazarlarda alıcının niteliğinin bilinmesini sağlayarak elden çıkarmanın akıbetini sürpriz olmaktan çıkaracaktır.

Komisyon'a sunulan taahhüt paketleri kapsamında izin verilen birleşmelerde ise Kurula sunulan taahhüdün pazarın yapısı, elden çıkarılacak varlığın Türkiye'deki konumu ve alıcının Türkiye'deki faaliyetleri açısından detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Uygulama aşamasına ilişkin olarak ise elden çıkarma uzmanının atanması ve buna bağlı olarak elden çıkarmanın sonucuna ilişkin Kurum'a raporlama yapılması sürecin şeffaflığını sağlayacaktır.

Elden çıkarma çözümlerine ilişkin son olarak değinilmesi gereken husus ise elden çıkarma uygulamalarının *ex-post* analizine yönelik bir çalışmaya duyulan ihtiyacın varlığıdır¹⁹⁵. Komisyon ve FTC başta olmak üzere diğer rekabet otoritelerince bu yönde yapılan çalışmalar bulunmaktadır¹⁹⁶. Kılavuz'un yayımlanması ile birlikte elden çıkarma çözümlerine ilişkin ülkemizde verilen kararların içeriğinin belirgin ve net hale gelmesi ile bu tür bir çalışma için gerekli verilerin bulunduğu söylenebilecektir. Söz konusu çalışmalar uygulanan elden çıkarmaların piyasadaki etkilerine dair fikir sunarak ve sonraki uygulamalara yönelik yol haritası sunması açısından oldukça önemlidir.

¹⁹⁴ Benzer yaklaşım için bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, 'Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri' başlıklı 27. paragraf.

¹⁹⁵ Bu yönde yapılacak bir çalışmada ne gibi yöntemlerin kullanılabilceğine dair bkz. Soydan (2015)

¹⁹⁶ Komisyon 2005 Çalışması, FTC 2017 Çalışması ve Birleşik Krallık Rekabet ve Pazar Otoritesi (CMA) Çalışması.

SONUÇ

Birleşmelerin rekabet hukuku kapsamında denetimleri sonucunda ortaya çıkan birleşme çözümleri ile hem birleşmeden kaynaklanan olası etkinlikler korunurken hem de birleşmenin neden olduğu rekabet karşıtı etkiler ortadan kaldırılmaktadır. Yoğunlaşmanın söz konusu olduğu durumlarda uygulanacak çözümler; temelde yapısal ve davranışsal çözümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yapısal çözümlerin davranışsal çözümlere kıyasla daha fazla tercih edildiği hem mevzuat hem de uygulamalarda görülmektedir. Yapısal çözümler tez kapsamında da yer verildiği üzere genellikle elden çıkarma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Komisyon, rekabeti kısıtlayıcı bir birleşme işlemi sonucunda rekabeti tesis etmenin en etkili yönteminin elden çıkarma uygulamaları olduğunu açıkça ifade etmektedir. Komisyon elden çıkarmanın önemini mevzuatında açıkça belirtirken uygulama aşamasında da oldukça titiz davranmaktadır. Bu bağlamda elden çıkarma paketinin tasarımına ve alıcının belirlenmesine özel önem vermektedir. Son dönemde uygun alıcıyı izin kararından önce belirleme konusundaki tercihi de açık bir şekilde görülmektedir.

ABD uygulamasında da Komisyon ile benzer şekilde elden çıkarma yönünde güçlü bir tercih bulunmaktadır. FTC tarafından birleşme çözümü uygulanan işlemlerin çok büyük bölümünde elden çıkarma yöntemi tercih edilmiştir. AB ve ABD elden çıkarma uygulama politikası temel olarak mevcut, devam eden ve bağımsız nitelikte bir varlığın uygun bir alıcıya devredilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem ABD hem de Komisyon alıcının izin kararından önce belirlenmesi yönünde tercihte bulunmaktadır.

Türkiye uygulamasına baktığımızda ise AB ve ABD uygulamalarında olduğu gibi birleşme çözümü olarak yapısal çözümün daha fazla tercih edildiği görülmektedir. Uygulama aşamasına ilişkin olarak ise elden çıkarılacak varlığı

belirleme kıstası diğer otoritelerle aynı olsa da alıcı belirleme yöntemi oldukça farklılaşmaktadır. Ülkemiz uygulamasında Kılavuz'da yer almasına rağmen alıcının izin kararından önce belirlenmesi yöntemi tercih edilmemektedir. Diğer ülke uygulamalarına göre karşımıza çıkan bir diğer farklılık ise çözümlere ilişkin bir *ex-post* analizin eksikliğidir. Yapılacak bu tür bir analiz çalışması sonucunda teorik olarak diğer otoritelere yakınsayan elden çıkarma çözümünün uygulama dönemine ilişkin sonuçların da diğer otoriterlerin sonuçlarıyla karşılaştırılması mümkün hale gelecektir.

ABSTRACT

Remedies are typically seen as a means to improve merger decisions of an antitrust agency. Clearing a merger subject to remedial conditions is an intermediate decision positioned between the extreme options of allowing and blocking the entire proposal altogether. The universal goal of remedies is preserving competition that would otherwise be lost because of the transaction, while permitting, if possible, the realization of efficiencies and other benefits. Merger remedies are conventionally classified as either ‘structural’ or ‘behavioral/conduct’.

Inherent in structural remedies is the potential risk that the competition authority’s goal of preserving competition will not be achieved. Furthermore, the nature of structural remedies increases the costs of suboptimal decisions once taken. The three prominent risks of structural remedy decisions are: package risk, purchaser risk, implementation risks. This thesis basically aims to analyze these three risks encountered within the process of imposing structural remedies. In that regard, policy implementations and law enforcement practices based on legislations/regulations and the decisions of the three following jurisdictions were taken account of in detail: the EU (both the Commission and the member-states), the US and Turkey.

KAYNAKÇA

- BAVASSO, A. ve L. TOLLEY (2018), “Global Trends in Merger Control Enforcement”, <http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Global%20trends%20in%20merger%20control.pdf> . Erişim Tarihi: 20.12.2018
- BALTO D.A ve R.G. PARKER (2000), “The Evolving Approach to Merger Remedies”, <https://www.ftc.gov/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies> . Erişim Tarihi: 28.11.2018
- BİLAÇLI, C. (2017), *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- BİNGE, L. ve J. EEDEN (2010), “Remedy Design and Application in South Africa”, <http://www.compcom.co.za/wpcontent/uploads/2014/09/BingevanEed-enRemedyDesignApplicationSouthAfrica11August-2010.pdf> Erişim Tarihi: 10.01.2019
- BREED L.M. ve D. MİCHNAL (2005), “Merger Remedies: The DOJ’s New Guide to Old Differences with the FTC” *Antitrust Magazine*, Spring 2005, s. 37-42
- BRİNK, P., D. DUCORE , J. LUEBKİNG ve N.M. MCFADDEN (2016), “A Visitor’s Guide to Navigating US/EU Merger Remedies” *Competition Law International*, Vol. 12, Issue 1, s. 85-98
- CHANG, A. Y., I. G. JOHN ve S. C. SUNSHINE (2010), “FTC Increasingly Accepts Consent Agreements Without Upfront Buyer”, https://files.skadden.com/sites%2Fdefault%2Ffiles%2Fpublications%2Fpublications2299_0.pdf Erişim Tarihi: 05.02.2019
- COOK, C., S. FRISCH ve V. NOVAK (2017), “Recent Developments in EU Merger Remedies”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:8, No:5, s.341-360
- COPPI, L. ve M. WALKER (2004), “Substantial Convergence or Paralel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in US and EU Competition Law”, *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer 2004, s. 101-152

- CHRISTIANSEN, A. (2005), “Regulation and EU Merger Control in The Liberalised Electricity Sector” Philipps-University of Marburg
- DABBAH M. M. (2010), *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press
- DAVIES, S. ve B. LYONS (2008), *Mergers and Merger Remedies in EU*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom
- DELRAHIM, M. (2017), “Antitrust and Deregulation” <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1012086/download> Erişim Tarihi: 14.10.2018
- DETWINKEL-KALT, M. ve C. WEY (2014), “Remedies vs. Extreme Options in Merger Control”, https://kooperationen.zew.de/fileadmin/user_upload/Redaktion/Industrie%C3%B6konomischer_Ausschuss/2015/Iwey.pdf Erişim Tarihi: 12.11.2018
- LONG, D. ve C. WYLIE (2016), “Rising Tide of ‘Fix-it-First’ and ‘Up-front Buyer’ Remedies in EU and UK Merger Cases”, <https://www.competitionpolicyinternational.com/rising-tide-of-fix-it-first-and-up-front-buyer-remedies-in-eu-and-uk-merger-cases/> Erişim Tarihi: 24.12.2018
- EZRACHI, A. (2006a), “Behavioral Remedies in EU Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No:29(3), s.459-479
- EZRACHI, A. (2006b), “Under (and Over) Prescribing of Behavioral Remedies”, The University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 13/05, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773
- FAULL, J. ve A. NIKPAY (2014), *The EU Law of Competition*, Third Edition, Oxford University Press, New York
- DRAUTZ G. (1996), “Remedies Under the Merger Regulation”, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
- GOTTS, I. K. (2018), “Key Principles of Merger Remedies”, Ronan P. Harty ve Nathan Kiratzis (Ed.), *The Guide to Merger Remedies içinde Chapter 3*, Global Competition Review, s. 32-44
- HOLLEY, S. L. ve D. GUZİOR (2018), “Identifying a Suitable Divestiture Buyer and Related Issues”, Ronan P. Harty ve Nathan Kiratzis (Ed.), *The Guide to Merger Remedies içinde Chapter 1*, Global Competition Review, s. 13-21
- ICN Merger Working Group (2016), “Merger Remedies Guide” <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-remedies-guide/> Erişim Tarihi: 12.09.2018

ITALIANER, A. (2012), “Legal Certainty, Proportionality, Effectiveness: the Commission’s Practice on Remedies”, Charles River Associates Annual Conference, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_07_en.pdf Erişim Tarihi: 10.11.2018

JENNY, F. (2002), “The Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries”, F. Leveque ve H. Shelanski (der.), *Merger Remedies in American and European Competition Law*, Edward Elgar Publishing, s.160-171

KOKKORIS, I. ve H. SHELANSKI (2014), *EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis*, First Edition, Oxford University Press, New York

KAYA, Ş. D. MADAN, Z., SESLİ, E., (2009), “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, s.29-72

LEVEQUE, F. (2000), “The Conduct v Structural Remedies Controversy: an Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments”, CERNA, Working Paper

LEVEQUE, F. (2006): “Antitrust Enforcement in the Electricity and Gas Industries: Problems and Solutions for the Eu,” *The Electricity Journal*, 19 (5), s. 27-34

LEVY N. ve P. BOCK (2018), “EU Merger Control” *The Merger Control Review* Ninth Edition, Chapter 2, s. 26-31

LOFTIS, III J.R. ve D.K. MOSKOWITZ (2004), “United States Federal Antitrust Merger “Solutions”, Not “Remedies””, Barry Hawk *International Antitrust Law & Policy* içinde Chapter 18, Fordham Corporate Law

MOSSO, C. E. (2014), “*EU Merger Control: The Big Picture*” Sixth Annual GCR Conference Brussels, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_06_en.pdf Erişim Tarihi: 15.11.2018

MOSSO, C. E. (2017a), “*EU merger control: how to remove anti-competitive effects?*”, 5th Global Merger Control Conference, Paris 08.12.2017

MOSSO, C. E. (2017b), “*Merger Enforcement: Getting The Priorities Right*”, EU Competition Law: Current Issues in a Global Context, Kings College Brussels, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_08_en.pdf Erişim Tarihi:15.12.2018

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press

MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the

European Union: An Overview”, *Antitrust Bulletin*, 52(3), s. 603-631

OECD (2007), “Private Remedies” Policy Roundtables, <http://www.oecd.org/competition/mergers/39892177.pdf>

PAPON, S. (2009), “Structural versus Behavioral Remedies in Merger Control: A Case by Case Analysis”, *European Competition Law Review*, Issue:1, s.36-48

PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedy Study – In Divestiture We Trust?”, *European Competition Law Review*, Vol:27, Issue:8, s.443-454

REBECCA F., N. BRUMFIELD, J. JOURDAN, J.F. PANTAZİS, V. PINOTTI ve M. SFORZA (2018), “Merger remedies: The Rise of Conditions“, <https://www.whitecase.com/publications/insight/merger-remedies-rise-conditions> Erişim Tarihi: 08.10.2018

REY P., (2003) “Economic Analysis and the Choice of Remedies” Francois Lévêque and Howard Shelanski (Ed.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law* içinde Chapter 8, Edward Elgar Publishing

STROCK, J. C. (2012), “Setting the Terms of a Break-Up: The Convergence of Federal Merger Remedy Policies”, *William&Mary Law Review*, Vol:53, Issue:6, s. 2148-2178

SULLIVAN, E. T. (2003) “Antitrust Remedies in the US and EU: Advancing a Standard of Proportionally” 48(2) *The Antitrust Bulletin* s. 377-396

SHELANSKI H.A. ve SİDAK J.G. (2001), “Antitrust Divestiture in Network Industries” *University of Chicago Law Review*, Vol. 68, No. 1, Winter 2001, s. 1-99

SORINAS, S. (2009), “European Union: EU Merger Remedy”, IFLR <http://www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html> Erişim Tarihi: 03.01.2019

SOYDAN, M. (2015), Yoğunlaşma Kararlarının Ex-post Analizi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

ŞENYÜCEL, O. (2009), “AT Komisyonunun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, s.73-114

TRIGGS, C. R. (2002), “Shielding Consumers from Risk: FTC Divestiture Policy”, 17 *Antitrust*, Fall

VAROL, N. (2009), *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve*

Taahhütler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

WANG, W. (2011), “Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control”, *World Competition*, Vol:34, No:4, s.571-596

WANG, W. ve M. RUDANKO (2012), “EU Merger Remedies and Competition Concerns: An Empirical Assessment”, *European Law Journal*, Vol:18, No:4, s.555-576

Türk Rekabet Mevzuatı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere *İlişkin Kılavuz*

AB Mevzuatı ve Çalışmaları

Commission Notice (2008/C 267/01) “On Remedies Acceptable Under Council Regulation (EC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004” (Duyuru)

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation – Birleşme Tüzüğü)

Directorate General Competition, (Oct. 2005) Merger Remedies Study, European Commission (RGM 2005)

ABD Mevzuatı ve Çalışmaları

Antitrust Procedure and Penalties Act (Tunney Act), 15 U.S.C. § 16(b)

FTC (1999) “A Study of the Commission’s Divestiture Process”

FTC (2003) “Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions”

FTC (2012) “Statement of the Federal Trade Commission’s Bureau of Competition on Negotiating of Merger Remedies

US Department of Justice Antitrust Division (2004) “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies” (DOJ 2004 Rehberi)

US Department of Justice Antitrust Division (2011) “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies” (DOJ 2011 Rehberi)

AB Komisyonu ve Genel Mahkeme Kararları

Case T-102/96 *Gencor vs. Commission* (1999)

Case T-342/00 *Petrolessence SA- SG2R vs. Commission* (2003)

Case T-87/05 *EDP vs. Commission* (2005)

Case T-210/01 *General Electric vs. Commission* (2005)

Case T-177/04 *EasyJet vs. Commission* (2006)

Case No IV /M.190 *Nestle/Perrier* (1992)

Case No IV/M.623 *Kimberly-Clark/Scott* (1996)

Case No IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas* (1997)

COMP/M.1628 *Totalfina/Elf* (2000)

COMP/M.1802 *Unilever/Amora-Maille* (2000)

COMP/M.2060 *Bosch/Rexroth* (2000)

COMP/M.2337 *Nestle/Ralston Purina* (2001)

COMP/M.2621 *Seb/Moulinex* (2002)

COMP/M.3235 *Alcan/Pechiney* (2003)

COMP/M.3558 *Cytec/ECB-Surface Specialities* (2004)

COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio* (2005)

COMP/M.3696 *E.ON/MOL* (2005)

COMP/M.3868 *DONG/Elsam/Energi E2* (2006)

COMP/M.4494 *Evrax/Highveld* (2007)

COMP/M.5152 *Posten AB/Post Danmark A/S* (2009)

COMP/M.5658 *Unilever/Sara Lee* (2010)

COMP/M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext* (2012)

COMP/M.6570 *UPS/TNT Express* (2013)

COMP/M.6663 *Ryanair/Aer Lingus (III)* (2013)

COMP/M.6905 *INEOS/SOLVAY/JV* (2014)

- COMP/M.6992 *Hutchison 3g UK/Telefonica Ireland* (2014)
COMP/M.7000 *Liberty Global/Ziggo* (2014)
COMP/M.7018 *Telefonica Deutschland/E-Plus* (2014)
COMP/M.7061 *Huntsman/Equity* (2014)
COMP/M.7104 *CrownHoldings/Mivisa* (2014)
COMP/M.7115 *Kuraray/GLSV* (2014)
COMP/M.7252 *Holcim/Lafarge* (2014)
COMP/M.7337 *IMS Health/Cegedim Business* (2014)
COMP/M.7552 *Holcim/Lafarge* (2014)
COMP/M.7265 *Zimmer/Biomet* (2015)
COMP/M.7278 *General Electric/Alstom* (2015)
COMP/M.7419 *TeliaSonera/Telenor/JV* (2015)
COMP/M.7421 *Orange/Jazztel* (2015)
COMP/M.7435 *Merck/Sigma-Aldrich* (2015)
COMP/M.7585 *NXP Semiconductors/Freescale Semiconductor* (2015)
COMP/M.7477 *Halliburton/Baker Hughes* (2016)
COMP/M.7555 *Staples/Office Depot* (2016)
COMP/M.7567 *Ball/Rexam* (2016)
COMP/M.7612 *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016)
COMP/M.7637 *Liberty Global/Base Belgium* (2016)
COMP/M.7746 *Teva/Allergan Generics* (2016)
COMP/M.7758 *Hutchison/Wind/Jv* (2016)
COMP/M.7881 *AB InBev/SABMiller* (2016)
COMP/M.7917 *Boehringer/Sanofi* (2016)
COMP/M.7878 *HeidelbergCement/Schwenk/CemexHungary-Croatia* (2016)
COMP/M.7932 *Dow/DuPont* (2017)
COMP/M.7995 *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group* (2017)

ABD Mahkeme ve FTC Kararları

US v. El Paso Nat. Gas Co., 376 U.S. 651 (D.C. 06.04.1964)

FTC, In the Matter of Chevron Corporation & Texaco Inc., Docket No: C-4023, File Number: 011-0011, 07.09.2001

FTC, In the Matter of Libbey Inc & Newell Rubbermaid Inc., Docket No: 9301, File Number: 011-0194, 15.10.2002

FTC, In the Matter of Chicago Bridge & Iron Company N.V., Docket No: C-9300, File Number: 011-0015, 06.01.2005

FTC, In the Matter of Nestle Holdings, Inc. & Dreyer's Grand Ice Cream Holdings, Inc., Docket No: C-4082, File Number: 021-0174, 15.07.2005

FTC, In the Matter of P&G Company & Gillette Company, Docket No: C-4151, File Number: 051-0115, 16.12.2005

FTC, In the Matter of Polypore International, Inc., Docket No: C-9327, File Number: 081-0131, 13.12.2010

FTC, In the Matter of Alan B. Miller. & Universal Health Services, Inc., Docket No: C-4372, File Number: 121-0157, 30.11.2012

FTC, In the Matter of Hertz Global Holdings, Inc. & Dollar Thrifty Automotive Group, Inc., Docket No: C-4376, FTC File Number: 101-0137, 11.07.2013

FTC, In the Matter of Cerberus Institutional Partners V, L.P. *et al*, Docket No: C-4504, File Number: 141 0108, 27.01.2015 ve 23.09.2015

FTC, In the Matter of Valeant Pharmaceuticals International, Inc., Docket No: C-4602, FTC File Number: 161-0028, 08.02.2017

US v. General Electric Co. & Baker Hughes INC., Final Judgment, Case No:1:17-cv-01146 (D.C. 16.10.2017)

US v. Bayer AG *et al*, Competitive Impact Statement, Case No: 18-cv-01241, (D.C. 29.05.2018)

Rekabet Kurulu Kararları

03.08.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı *Balfour/Garanti Koza kararı* kararı

16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı *Promatech/Sulzer kararı*

06.01.2005 tarih ve 05-01/3-3 sayılı *Cytec/UCB kararı*

21.07.2005 tarih ve 05-48/694-183 sayılı *VA Technologie/Siemens kararı*

- 11.04.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı *Lufthansa/Güneş Express* kararı
21.02.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı *Toros Tarım/Sümer Holding* kararı
10.03.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı *Doğan Gazetecilik/Vatan Gazetesi* kararı
20.03.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı *Cookson/Foseco* kararı
27.06.2008 tarih ve 08-41/554-207 sayılı *Hexion/Hunstman* kararı
18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı *Manitow/Enodis* kararı
18.02.2010 tarih ve 10-18/212-82 sayılı *Agilent/Varian* kararı
17.08.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı *Mey/Diageo* kararı
17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı *AFM/Mars* kararı
06.04.2012 tarih ve 12-17/458-M sayılı *Mey/Antalya* kararı
29.01.2015 tarih ve 15-05/59-26 sayılı *Novartis/GSK* kararı
09.07.2015 tarih ve 15-29/435-128 sayılı *AFM/Mars* kararı (Yargı Kararı Üzerine)
26.10.2017 tarih ve 17-35/560-244 sayılı *FTE/Valeo* kararı
08.05.2018 tarih ve 18-14/261-126 sayılı *Bayer/Monsanto* kararı
01.10.2018 tarih ve 18-36/585-286 sayılı *Essilor/Luxottica* kararı



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)