

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 101

REKABET KURUMU

REKABETİ KISITLAYICI BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA ÇÖZÜMLER VE TAAHHÜTLER



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-93-9



NAZLI VAROL

**REKABETİ KISITLAYICI
BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA
ÇÖZÜMLER VE TAAHHÜTLER**

NAZLI VAROL

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

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

03/07/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
3 No'lu Daire Başkanı S. Barış ÖZER,
Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez
Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve
Rekabet Kurulu'nun 19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı toplantısında
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-93-9

0252

Aileme ve eşime...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1

REKABETİ SINIRLAYICI NİTELİKTEKİ BİRLEŞMELERDE ESASA İLİŞKİN ÇÖZÜMLER

1. AYRIŞTIRMA	5
1.1. ALICININ ETKİLİ, UZUN VADELİ BİR RAKİP OLMASINI SAĞLAYACAK UNSURLAR	5
1.1.1. Ayrıştırmanın Kapsamı	5
1.1.2. Rekabet Etme Yeteneğine Sahip İşkolu (<i>Stand-alone Business</i>)	7
1.1.3. Gayri Maddi Varlıklara İlişkin Hususlar	9
1.2. UYGUN ALICI VE AYRIŞTIRMA SÜRESİ	12
1.3. ALTERNATİF AYRIŞTIRMA TAAHHÜTLERİ	12
2. AYRIŞTIRMA HARİCİ ÇÖZÜMLER	13
2.1. YAPISAL BAĞLARIN KOPARILMASI	14
2.2. BİR YAPISAL ÇÖZÜME YARDIMCI OLARAK DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM	15
2.3. TEK BAŞINA DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM	15
2.3.1. Erişim Çözümleri	17
2.3.2. Uzun Dönemli Anlaşmaların Değiştirilmesi	19
2.3.3. Güvenlik Duvarı Şartı	19
2.3.4. Adil Ticaret Şartları	20
2.3.5. Şeffaflık Şartları	21
2.3.6. Diğer Davranışsal Çözüm Çeşitleri	21
3. BİRLEŞMELERDE ESASA İLİŞKİN ÇÖZÜMLERE DAİR SONUÇ	22

Bölüm 2

AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

1. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ	24
1.1. ŞART VE YÜKÜMLÜLÜK AYRIMI	26
1.2. KABUL EDİLEBİLİR TAAHHÜTLER İÇİN TEMEL ŞARTLAR	26

1.3. FARKLI TÜRDE ÇÖZÜMLERİN UYGUNLUĞU.....	27
1.4. TAAHHÜTLERİN SUNULMASINDA ÖZEL ŞARTLAR.....	27
1.5. I. AŞAMA	28
1.6. II. AŞAMA.....	30
1.7. AYRIŞTIRMA TAAHHÜTLERİ İÇİN MODEL METİNLER....	31
1.8. KOMİSYON'CA KABUL EDİLEBİLECEK ÇÖZÜM TÜRLERİ: AYRIŞTIRMA.....	31
1.8.1. Ayırıştırmanın Kapsamı	31
1.8.2. Rekabet Etme Yeteneğine Sahip İşkolu	31
1.8.3. Alternatif Ayırıştırma Taahhütleri.....	32
1.9. UYGUN BİR ALICIYA TRANSFER	33
1.9.1. Alıcının Uygunluğu.....	33
1.9.2. Uygun Alıcının Belirlenmesi	34
1.9.2.1. Elden Çıkarılacak Varlığın Karardan İtibaren Belirli Bir Sürede Satışı.....	34
1.9.2.2. Belirli Alıcı Durumu (up front buyer).....	35
1.9.2.3. Önce-Düzeltilen Çözümleri (fix-it-first)	35
1.10. DİĞER ÇÖZÜMLER	36
1.10.1. Erişim Çözümleri	36
1.10.2. Uzun Dönemli Münhasır Anlaşmaların Değiştirilmesi .	36
1.11. REVİZYON MADDESİ.....	37
1.12. TAAHHÜTLERİN UYGULANMASINDA ŞARTLAR.....	38
1.12.1. Ayırıştırma İşlemi	38
1.12.2. Alıcının, Satışın ve Satış Anlaşmasının Onaylanması ...	39
1.12.3. Tarafların Ara Dönemdeki Yükümlülükleri.....	39
1.12.3.1. Ayırıştırılacak Faaliyetin Ara Dönemde Muhafazası.....	40
1.12.3.2. Ayırma İçin Adımlar	41
1.12.4. Denetleyici Uzman (Monitoring Trustee) ve Ayırıştırma Uzmanı (Divestiture Trustee)	41
1.12.4.1. Denetleyici Uzmanın Rolü	41
1.12.4.2. Ayırıştırma Uzmanının Rolü	43
1.12.4.3. Uzmanın ve Uzman Anlaşmasının Onaylanması .	43
1.12.5. Tarafların Ayırıştırmanın Gerçekleştirilmesi Ertesi Yükümlülükleri	44
1.12.6. Diğer Taahhütlerin Uygulanması.....	44
1.13. TAAHHÜTLERE UYULMAMA DURUMU.....	45
2. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNİN ETKİSİ	46
3. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN BÖLÜM SONUCU	55

Bölüm 3
ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASI

1.	ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ.....	56
1.1.	BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ İÇİN DOJ'UN YOL GÖSTERİCİ İLKELERİ	58
1.2.	ÇÖZÜMÜ ŞEKİLLENDİRMEK	58
1.3.	ÇÖZÜMÜN UYGULANMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR	60
1.3.1.	Önce-Düzeltilmiş Çözümleri	60
1.3.2.	Ayrı Tutma Şartı	61
1.3.3.	Ayrıştırma Süresi	61
1.3.4.	Alıcının Onaylanması	62
1.3.5.	Varlıkların Satış Fiyatı.....	62
1.3.6.	Yeniden Satıma İlişkin Kısıtlamalar.....	63
1.3.7.	Ayrıştırmanın Satıcı Tarafından Finanse Edilmesi.....	63
1.3.8.	Kıymetli Varlık Hükümleri.....	64
1.3.9.	Ayrıştırma Uzmanına İlişkin Hükümler	64
1.4.	İZİN KARARINA UYUM VE YÜRÜTME.....	65
2.	DOJ VE FTC'NİN BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASININ KARŞILAŞTIRILMASI	66
3.	ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNİN ETKİSİ	68
4.	ABD VE AB'DE YOĞUNLAŞMALARDAKİ ÇÖZÜM MEKANİZMASININ KIYASLANMASI.....	71

Bölüm 4
TÜRKİYE'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

1.	KURUL'UN BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN YETKİSİ	74
2.	4054 SAYILI KANUN'DA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI	78
3.	REKABET KURULU KARARLARI	79
3.1.	SYNGENTA KARARI	80
3.2.	KURUL'UN DİĞER KARARLARI	81
4.	TÜRKİYE'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER.....	84
	SONUÇ	87
	ABSTRACT	89
	KAYNAKÇA	90

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, u yılı açan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

1997/1 Sayılı Tebliğ	: 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
4054 Sayılı Kanun	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Alıcı	: Ayrıştırılan Varlıkların Alıcısı Konumunda Bulunan Üçüncü Kişi
AMCHAM EU	: American Chamber Of Commerce To The European Union
AR-GE	: Araştırma ve Geliştirme
AAD	: Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice)
Birleşme	: Birleşme, Devralma ve Ortak Girişimler
Birleşen Teşebbüs	: Birleşme veya devralma sonucunda ortaya çıkacak teşebbüs
Bkz	: Bakınız
CCP	: Center For Competition Policy
DOJ	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
Daire	: DOJ Antiröst Dairesi
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"
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
IBA	: IBA
ICN	: International Competition Network
İDM	: İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance, "General Court")
Komisyon	: Avrupa Komisyonu (European Commission)
LIDC	: International League of Competition Law
Pr	: Paragraf

RGM	: Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (European Commission Department General of Competition)
Sf	: Sayfa
Tasarı	: 31.7.2008 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
Vd.	: Ve Diğerleri
Yoğunlaşma Tüzüğü	: Teşebbüsler arası yoğunlaşmaları düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation)

GİRİŞ

Etkin rekabet doğası gereği düşük fiyatlar, daha kaliteli mallar, daha geniş bir ürün gamı ve yenileşim gibi faydaları beraberinde getirmekte ve bu faydalar tüketici refahını arttırmaktadır. Yoğunlaşmalar bazen ortaya çıkardıkları etkinlikler ile pazarda etkin rekabete katkıda bulunmakta, bazen de tam tersi yönde bir etki yaratarak rekabeti kısıtlamaktadır. Bu nedenle pazarda, dışarıdan müdahaleyle değişikliğe yol açan işlemler olarak nitelendirilen yoğunlaşmaların denetimi ile teşebbüslerin pazar gücünü önemli ölçüde arttırarak tüketicileri bu faydalardan mahrum bırakabilecek nitelikteki birleşme ve devralmalar yasaklanmaktadır.

Ancak bazı yoğunlaşmalar bütünüyle değil, sadece kısmi olarak rekabeti engellemekte, bazen de sadece işlemin gerçekleştiği pazarlardan birinde rekabetin kısıtlanması sonucuna yol açmaktadır. Başka bir ifadeyle bütününde faydalı olan bir birleşme, sadece bazı dar pazarlarda zararlı etkiler doğurabilmektedir. Bu durumda etkin rekabetin tesisine yönelik olarak ilgili rekabet kısıtlamasına bir çözüm bulmak ve birleşmeyi tamamen yasaklamamak, rekabet hukuku amaçlarına daha uygun olacak ve bu daha etkin bir yöntem olarak nitelendirilebilecektir. Yoğunlaşmalar üzerinde yapılan bu tür değişiklikler genellikle birleşme çözümleri (*merger remedies*) olarak tanımlanmaktadır. Birleşme çözümlerinin amacı yoğunlaşma neticesinde ortaya çıkacağı düşünülen rekabet sorunlarına çözüm bularak birleşmenin ortaya çıkardığı etkinliklerden piyasayı mahrum bırakmamaktır. Yoğunlaşmaların denetiminde, yoğunlaşmanın yaratacağı rekabet sorununa önceden çözüm getirmek, yoğunlaşma gerçekleştikten sonra pazarı düzenlemekten, teşebbüsleri ayırmaktan veya işlemi bütünüyle yasaklamaktan daha iyi bir yol olmaktadır.

Yoğunlaşmalarda çözüm mekanizması olmaksızın yoğunlaşma analizi sadece izin ve yasaklamadan oluşan ve piyasa gereklerine cevap veremeyen bir sistem olacaktır. Oysa rekabet hukukunun genel amaçlarına salt yasaklayıcı ya da onaylayıcı bir yoğunlaşma denetim mekanizması değil, pazarda rekabetin etkin bir şekilde tesisine yönelik girişimlere açık bir denetim mekanizması hizmet edecektir. Bu açıdan bakıldığında (yoğunlaşmalarda) çözüm mekanizması son derece kullanışlı ve oldukça esnek bir araçtır. Rekabetin kısıtlandığı çoğu birleşmede, ana hedeflerine ulaşabilmek için tarafların da ilk

yoğunlaşma planlarında değişiklik yapmayı veya bu hususta taahhütte bulunmayı önerebilmesi esnek bir yoğunlaşma denetimine olan ihtiyacı gözler önüne sermektedir.

Bu tez ile yoğunlaşma kontrolünün daha esnek olmasını sağlayan, son dönemde Rekabet Kurulu'nun da "GıdaSA", "Intergum" ve "Vatan" kararlarında başvurduğu çözüm mekanizmasına literatürde nasıl yaklaşıldığını, birleşme çözümlerinin ABD ve AB'de nasıl uygulandığını detaylı olarak incelemek, Türkiye'deki yansımalarını ortaya koymak ve uygulamaya yönelik önerilerde bulunmak amaçlanmaktadır. Tezde yer sıkıntısı nedeniyle başka bir çalışmanın konusu olabilecek nitelikteki dava aşamasına ve tahkim sürecine detaylarıyla değinilmeyecektir.

Tezin ilk bölümünde rekabeti kısıtlayıcı birleşmelerde esasa ilişkin getirilen çözümlere yer verilmektedir. Bu bağlamda ilk olarak ayırıştırma yöntemi ele alınacak, ardından diğer çözümler değerlendirilecek ve bu çözümler uygulanırken dikkat edilmesi gereken hususlara değinilecektir.

AB uygulamasında birleşmelerde çözüm mekanizmasının anlatıldığı ikinci bölümde ise öncelikle, mevzuat çerçevesinde birleşme çözümlerinin nasıl uygulandığı ve ilgili süreç incelenecektir. Bölümün sonunda AB'de benimsenmiş birleşme çözümlerinin etkisini inceleyen çalışmalara yer verilmektedir.

Tezin üçüncü bölümünde ilk olarak ABD'de birleşme çözümlerinin nasıl uygulandığı, Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi'nin (*United States Department of Justice Antitrust Division*, DOJ Antitröst Dairesi) ilgili kılavuzu çerçevesinde incelenmiştir. Ardından benzer yöntemler benimseyen Federal Ticaret Komisyonu'nun (*Federal Trade Commission*, FTC) uygulamasının DOJ'un uygulamasından farklılıklarına değinilmekte ve ABD'de birleşme çözümlerinin etkisi üzerine yapılmış çalışmalara yer verilmektedir. İlgili bölümde son olarak AB ve ABD'de birleşme çözümleri uygulamasının kısa bir karşılaştırması yapılmaktadır.

Son bölüm, Türkiye'de birleşme çözümlerine ilişkindir. Bu bölümde öncelikle Rekabet Kurulu'nun birleşmelere çözüm getirebilmede veya getirilen çözümü kabul etmede yetkisi tartışılmakta, ardından 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın getirdiği ilgili değişikliklere değinilmektedir. Üçüncü olarak uygulamaya örnek teşkil eden Rekabet Kurulu kararları incelenmekte ve son olarak da birleşme çözümlerinin Türkiye'de nasıl uygulanabileceği tartışılmaktadır.

BÖLÜM 1

REKABETİ SINIRLAYICI NİTELİKTEKİ BİRLEŞMELERDE ESASA İLİŞKİN ÇÖZÜMLER

Rekabeti kısıtlayıcı birleşmeler¹ dünya çapında, benzer rekabet/antitröst düzenlemeleriyle yasaklanmaktadır. Ancak birleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri “birleşme çözümleriyle” (*merger remedies*²) giderilerek, işlem izin verilebilecek şekle getirilebilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yoğunlaşmalarda çözümler, pazarın yapısına veya birleşen teşebbüslerin davranışına yönelik olabilmektedir. Pazarın yapısını etkilemeye yönelik çözümler “yapısal”, birleşen teşebbüslerin davranışlarını düzenlemeye yönelik çözümler “davranışsal” olarak nitelendirilmektedir. Birleşmeden kaynaklanan rekabete ilişkin endişeleri giderecek çözüm bazen sadece yapısal veya sadece davranışsalken, bazı işlemlerde ise hem yapısal hem de davranışsal çözümler içeren bir çözüm paketi işlemin rekabet karşıtı etkilerini ancak ortadan kaldırılabilmektedir. Bu nedenle esasa ilişkin çözümlerin, rekabet karşıtı etkileri kaldırmadaki etkisinin kavranabilmesi açısından, ayrıntıları ile incelenerek farklılıklarının ortaya konulması, işler bir birleşme çözümünün tespitinde ilk aşama niteliğindedir.

Yapısal ve Davranışsal Çözüm Ayrımı

Pazar üzerinde olumsuz etkileri olan birleşmelerin yasaklanmaması halinde, işlemin uzun vadede yenileşimi, ekonomik performansı ve tüketici refahını azaltan etkileri ortaya çıkacaktır. Bu, birleşme işleminin pazardaki etkin rekabeti yapay yolla kısıtlaması anlamına gelmektedir. Bir birleşme neticesinde ortaya çıkan rekabet karşıtı etkiler pazardaki yapısal değişimden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle birleşmeden (yapısal değişiklikten) kaynaklanan rekabetçi endişeleri gidermede de en etkili yol yapısal çözümlerin uygulanmasından geçmektedir.

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

² Çeviri için bkz: Rekabet Kurumu (2009) “Rekabet Terimleri Sözlüğü” Ankara.

Ayrıştırma (*divestiture*) en yaygın benimsenen yapısal çözüm türüdür. Fikri hakların ayrıştırılmasının/lisanslanmasının konu olduğu durumlar da, önemli ölçüde denetim gerektirmeksizin pazarın yapısını etkiliyorsa, yapısal çözüm olarak tanımlanmaktadır (Canada Competition Bureau, 2006).

Davranışsal çözümler ise, tarafların pazar davranışlarını düzenlemek üzerine kuruludur. Yapısal çözümlerin aksine davranışsal çözümlerin en az dört potansiyel maliyeti vardır (DOJ, 2004, 8):

- Birleşen teşebbüsün davranışlarını izlemek ve çözüme uygun eylemlerde bulunduğunu temin etmekten kaynaklanan, doğrudan maliyetler,
- Birleşen teşebbüsün çözümün yazılı metnine uygun ancak, çözümün ruhuna aykırı davranışlarda bulunmaya çalışmasından kaynaklanan dolaylı maliyetler³.
- Potansiyel rekabetçi davranışların kısıtlanması halinde doğacak maliyetler⁴,
- Bir teşebbüsün gelecek davranışlarını düzenlemenin, etkili bir düzenleme olsa bile teşebbüsün değişen pazar koşullarına etkin bir şekilde cevap vermesini engelleyebilmesi.

Ayrıca pazara doğrudan müdahalede bulunan davranışsal çözümlerin uzun süreli uygulanması halinde bu çözümler, rekabetin yapısını bozabilecek, pazar oyuncularının amaçlarını değiştirebilecek veya yeni oyunculara pazara giriş engelleri, potansiyel rekabet ve karlılık konularında yanlış sinyaller verebilecektir. Benzer şekilde birleşen teşebbüsle üçüncü taraflar arasında işbirliği gerektiren bir davranışsal çözüm, tarafların rekabeti engelleyici şekilde anlaşmalarını da kolaylaştırabilecektir. Tüm bu nedenlerle yapısal çözümler, davranışsal çözümlere göre daha çok tercih edilmektedir.

Ancak yatay olmayan birleşmelerde davranışsal çözümler, hem daha etkili, hem de birleşmeden kaynaklanan etkinlikleri daha koruyucu niteliktedir.⁵ Aynı zamanda davranışsal çözümlerin esnekliği ve değiştirilebilirliği bu aşamada daha yararlı olabilmektedir⁶. Bunun yanı sıra davranışsal çözümlerin

³ Örneğin fiyat arttırmamaya ilişkin bir hüküm teşebbüsün kaliteyi düşürmesine yol açabilir.

⁴ Örneğin teşebbüsün, ayrımcı davranışlarda bulunmayacağına dair getirilen bir yükümlülük, maliyete dayalı farklılıklardan kaynaklandığı öne sürülen teşebbüslere farklı bir muamelenin, ayrımcı olup olmadığı gibi.

⁵ Etkinlik kaybı davranışsal çözümün tercih edilmesi için bir savunma olarak kabul edilmemelidir (Ezrachi, 2006).

⁶ Dikey ve aykırı birleşmelerde rekabetçi endişeler genellikle teşebbüs davranışlarına yöneliktir. Bu nedenle bu türden sorunları çözmeye davranışsal çözümler de etkili ve hatta sorun ile orantılılık açısından yapısal çözümlerden daha uygun olabilir (AMCHAM EU, 2007).

uygulanmasının daha zor ve denetiminin daha maliyetli olduğuna dair görüşün geçerli olmadığı durumlar da olabilmektedir. Örneğin, pazarda halihazırda denetleyici bir kurum varsa veya pazardaki diğer rakipler ve müşteriler çözümün denetimini kendileri gerçekleştirme konusunda isteklilerse, davranışsal çözümün denetim sorunu olmayabilecektir (Papandropoulos ve Tajana, 2006 ve Rey, 2003).

Genel olarak benimsenen, ancak sınırları belirsiz olan yapısal–davranışsal çözüm ayrımının aksine, DOJ'un ve AB Komisyonu'nun birleşme çözümlerine ilişkin kılavuzlarında⁷, ayırıştırma içeren çözümler ile diğer çözümler olarak ayrıma gidilmiştir ve bu bölümde de aynı ayrım gözetilecektir. Bölümün devamında genel olarak DOJ'un (2004) ve Komisyon'un (2008) kılavuzlarından yararlanılarak bu iki farklı uygulamada çözüm çeşitleri örnek kararlarla beraber ele alınacaktır.

1. AYRIŞTIRMA

Ayrıştırma en temel yapısal çözümdür. Rekabeti korumada rekabet karşıtı birleşmeyi yasaklamadan başka en etkili yol, ayırıştırma ile yeni bir rakip ortaya çıkarmak veya mevcut rakipleri güçlendirecek koşulları yaratmaktır⁸. Ayrıştırma konu varlıkların yeterliliği ve bağımsızlığı, ayırıştırmanın süresi ve alıcı⁹ özellikleri ayırıştırmanın etkili olabilmesi için çok önemlidir (DOJ, 2004)¹⁰.

1.1. ALICININ ETKİLİ, UZUN VADELİ BİR RAKİP OLMASINI SAĞLAYACAK UNSURLAR

1.1.1. Ayrıştırmanın Kapsamı

Birleşmelerden kaynaklanan rekabet problemlerinde, birleşmeden kaynaklanan rekabet sorununu tamamen ortadan kaldıracak şekilde tarafların bir veya birden çok faaliyeti ayırıştırılmaktadır. Etkin bir ayırıştırma ilk olarak ayırıştırılacak işkolunun (*business*) kapsamının kesin ve detaylı bir tanımı yapılması önemli bir gerekliliktir. İşkolu tanımı, faaliyetin uygun bir rakip tarafından yürütülmesine imkan tanıyacak maddi (AR-GE, üretim, dağıtım, satış ve pazarlama aktiviteleri gibi) ve gayri maddi varlıkları, personeli, arz, satış,

⁷ DOJ (2004) ve Duyuru (2008) .

⁸ Rakiplerin birleştiği bir pazarda başka bir rakip güçlendirilerek aralarındaki rekabet artırılabilir ancak rakip, birleşen taraflarla benzerse (simetrikse) birlikte hakim duruma yol açabilir (Motta vd., 2007).

⁹ “Alıcı” kelimesi ayırıştırılan varlıkların alıcısı konumunda bulunan üçüncü kişiyi tasvir etmektedir.

¹⁰ Ayrıştırmanın etkisini zedeleyebilecek riskler, kapsama dair, varlıkların korunmasına ilişkin veya alıcıya dair olabilir. Söz konusu riskler çözümün tasarlanmasında dikkate alınmalıdır (ICN, 2005).

kiralama, finansman anlaşmalarını, müşteri listelerini, üçüncü şahıslarla yapılmış hizmet anlaşmalarını, kamu kurumlarından alınmış izinleri, teknik desteği ve benzeri bütün unsurları mutlaka içermelidir. Ayrıca işkolu tanımına, ayrıştırmaya dahil olacak personel genel anlamda dahil edilmelidir. Varlıklar teşebbüsün diğer faaliyetlerinde kullanılıyorsa bile, ayrıştırmaya dahil edilmelidir. Aksi halde, ayrıştırılacak işkolunun yaşama ve rekabet etme becerisi olmayacaktır. Paylaşılan personelin de en azından yeterli bir yüzdesi ayrıştırmaya dahil edilmelidir (*Commission Notice (2008/C 267/01) "Commission Notice on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004"*, (Duyuru, 2008)). Önerilen çözümün kapsamının etkili bir rakip yaratacağı konusunda belirsizlik varsa, Komisyon genellikle daha kapsamlı bir çözüme yönelmektedir (Cook ve Kerse, 2005).

İşkolu tanımının uygun kapsamda yapılması konusunda Komisyon'un *The Post Office/TPG/SPPL*¹¹ kararı örnek olarak verilebilir. Zira bu kararda birleşen teşebbüsün gücünü etkili bir şekilde dengeleyecek kapsamda bir ayrıştırma paketi kabul edilmiştir. *GE/Honeywell*¹² kararında ise Komisyon, ürün yaşam eğrisinin (*product life cycle*) sonundaki bir ürünün ayrıştırılması önerisini, böyle bir ürünün ayrıştırılması ile ortaya çıkacak işin, işlemin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini bertaraf edecek güçte olmaması dolayısıyla reddetmiştir. Burada esas sorun ayrıştırılacak işkolunun gelecekte rekabetçi olmayacak olmasıdır. Benzer şekilde *Alcan/Pechiney*'de¹³ Komisyon, iki çözüm önerisini de işkolunun uzun dönemli yaşayabilirliğini sağlayacak hammadde sürekliliği, sadık bir müşteri grubu, AR-GE personeli ve laboratuvarı içermemesi nedeniyle reddetmiştir.

Ayrıştırma kapsamına ilişkin bir diğer husus, ayrıştırmanın kapsamının, alıcının yeterli bir rakip olması için birleşen teşebbüslerin her ikisinin de varlıklarından oluşabilmesidir. Ancak devralınan ve devralan teşebbüslerden ikisinin birden varlıklarını içeren bir ayrıştırma modeli, ayrıştırma sonucunda oluşacak işin sürdürülebilirliğine ve etkinliğine dair ek riskler yaratmaktadır¹⁴.

¹¹ COMP/M.1915

¹² COMP/M.2220. Ayrıca bkz: General Electric v. Commission T-210/01 (COMP/M.2220).

¹³ COMP/M.3225

¹⁴ Aksi örnek olarak, endişelerin giderilmesi için Rexam/American National Can'de (COMP/M.1939) taraflar, ikisi devralan tarafa, biri de hedef şirkete ait olmak üzere üç tesisi ayrıştırmıştır.

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

İşlem taraflarınca çakışan faaliyetlerinden hangisinin ayrıştırılacağı belirlenirken, faaliyetin rekabet edebilirliği önemli bir kıstastır.¹⁵ Teşebbüsün bünyesinden ayrılan (*carved out*)¹⁶ işkolunun, uygun bir alıcı tarafından işletildiğinde, birleşen teşebbüsle (*merged firm*) uzun vadede etkili rekabet edebilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda rekabet etme yeteneğine sahip bir işkolu şu şekilde tanımlanabilir: Ya mevcut durumda faaliyette ya da birleşme taraflarından bağımsız olup, geçiş dönemi hariç olmak üzere girdi temini veya benzer konularda işbirliği gerektirmeyen bir iştir (Duyuru, 2008).

Tarafların bağımsız olmayan bir işkolunu ayrıştırması durumunda, varlıkların alıcısının pazardaki rekabet düzeyini, bu bağımlılık dolayısıyla birleşme öncesi seviyeye getirememesi riski bulunmaktadır¹⁷. Her ayrıştırma paketi en azından ürünün şimdiki ve gelecekteki üretiminin ve dağıtımının etkin olmasını sağlayacak, birleşmeden kaynaklanan rekabet düzeyindeki kaybı giderecek asgari varlıkları içermelidir. Bu doğrultuda DOJ ve Komisyon ilgili pazarda rekabet edebildiğini kanıtlamış mevcut bir bağımsız işkolunun elden çıkarılmasını tercih etmektedir¹⁸.

Örneğin FTC'nin, AB ve ABD'de otomobil parçaları üreten iki lidere ilişkin *Federal Mogul/T&N PLC*¹⁹ kararında, taraflar öncelikle teşebbüslerin AB ve ABD'deki varlıklarının bazılarının ayrıştırılmasını önermiştir. Ancak incelemenin ardından söz konusu önerinin kapsamlı olmakla beraber, yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira önerilen paketdeki varlıkların bazıları tarafların en verimsiz tesisleridir ve taraflar AR-GE'ye ilişkin yeterli varlığı öneride sunmamıştır. Bunun yanı sıra önerilen alıcı da bu varlıkları etkin bir rakip olabilecek şekilde kullanacak nitelikte değildir. Bu nedenle FTC, T&N PLC'nin ilgili işkolunun ancak tüm varlıklarının Dana Corporation'a devredilmesini kabul ederek işleme onay vermiştir.

İşkolunun rekabet edebilirliği olmayan (bağımlı) bir parçasının ayrıştırılması rekabet otoritelerince tercih edilmemektedir. Aksi durum ancak birleşecek teşebbüslerden daha küçük bağımsız bir işkolu yoksa ve bağımsız olmayan varlıklardan kabul edilebilir bir ayrıştırma paketi oluşturulabiliyorsa düşünülebilmektedir. Ayrıca işkolunun ihtiyacı olan bazı varlıklar zaten alıcının

¹⁵ Bkz Komisyon kararı:COMP/M.1383- Exxon/Mobil, pr.860; COMP/M.1641 Linde/AGA, 94.

¹⁶ Ayrıştırılmak için teşebbüsün bünyesinden ayrılan faaliyetler. Ayrıştırılacak işkolundan ana teşebbüse varlıkları ayırmaya ise ters ayırma denmektedir.

¹⁷ Birleşen teşebbüs, onu caydıracak teşvikler olmadığı sürece stratejik olarak yeni rakibini zayıflatacak eylemlerde bulunacaktır (Weiser, 2008, 16).

¹⁸ Bazı olaylarda mevcut işkolu ilgili ürünü üreten ve satan tek tesistir, bazen de bütün departmandır.

¹⁹ FTC File No. 981 0011

tasaruffundaysa veya rekabetçi bir pazardan elde edilebilir haldeyse de bağımsız bir işkolundan daha azını ayırştırmak kabul edilebilmektedir. Bu doğrultuda örneğin potansiyel alıcının etkin dağıtım ağı varsa, ayırştırma paketine birleşecek teşebbüslerin dağıtım ağını da dahil etmek gereksiz olacaktır (DOJ, 2004, 13).

Rekabeti eski seviyesine getirmek için bağımsız işkolundan daha fazlasının ayırştırılması da düşünölebilmektedir. Örneğin bazı endüstrilerde ürün gamının tamamı pazara sunulmadığı takdirde, rekabet etmek mümkün değildir. Böyle durumlarda ayırştırma paketine tüm ürün gamının dahil edilmesi istenebilir (DOJ, 2004). Buna örnek olarak Komisyon'un *Unilever/Bestfoods*²⁰ kararı verilebilir. Alıcının birleşen teşebbüsle etkili bir şekilde rekabet edebilmesi için tarafların, ürün gamının tamamını, rekabetçi endişeler taşımayan pazardaki ürünlerle birlikte ayırştırması gerekmiştir (Motta vd., 2007)²¹.

Ayırştırma konusunun rekabet etme yeteneğinden emin olabilmek için, rekabetçi endişelerin olmadığı pazarlardaki faaliyetleri de ayırştırmak gerekebilmektedir²² (Balto, 2001, 963). Örneğin, ilaç toptancılarına ilişkin *McKesson Corp/Ameri Source Health Corp* ve *Cardinal Health Inc/Bergen Brunswig Corp*²³ adlı her iki birleşme dosyasında da, taraflar çakışan pazarlarda bazı toptan ilaç dağıtım merkezlerini ayırştırmayı önermiştir. Ancak mahkeme, müşterilerin ulusal bazda hizmet verebilen teşebbüsleri tercih ettiğini göz önüne alarak, sadece çakışan pazarlarda yapılacak ayırştırmanın, ulusal iki ana rakibin yok olmasından kaynaklanacak rekabet kaybını gidermeyeceğine ve ayırştırmanın uygun olmadığına karar vermiştir.²⁴

Birleşme ile taraflar, potansiyel alıcının ayırştırma paketini almasıyla ulaşabileceğinden daha yüksek ölçek ve kapsam ekonomilerinden yararlanır hale gelebilir. Mevcut veriler durumun bu şekilde olacağını gösteriyorsa, ayırştırılması gereken işkolu birleşecek teşebbüslerden birinin tamamı da olabilecektir. Ancak böyle bir durum işlemin bloke edilmesi anlamına gelecektir. Ayırştırılacak varlıklar alıcının pazardaki rekabet düzeyini korumasını sağlamada yeterli olmalıdır (DOJ, 2004, 9). Örneğin potansiyel rakibin üretim tesisleri inşa etmesi için yeterli zamanı veya güdüsü yoksa, bu durumda üretim

²⁰ COMP/M.1990

²¹ Benzer şekilde *Total Fina/Elf Aquitaine* (COMP/M.1628) birleşmesinde de taraflar ilk olarak LPG pazarında endişeleri ortadan kaldırmak için çeşitli varlıkların satılmasını önermiştir. Ancak Komisyon'un pazar araştırmasında aldığı olumsuz görüşlerin ardından taraflar, belirlenen çakışmanın çok üzerinde bir çözüm benimseyip, yavru şirketin tamamını ayırştırmak zorunda kalmıştır.

²² Bkz. Komisyon kararları:COMP/M.913-Siemens/Elektrowatt; COMP/M.1578-Sanitec/Sphinx; COMP/M.1990-Unilever/Bestfoods.

²³ File No. 981 0025 (D.D.C. 1998) ve Civil No. 98-595 (D.D.C. 1998)

²⁴ FTC v. Cardinal Health ve FTC v. McKesson Corp. (12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998).

tesisleri ayrıştırma paketine dahil olmalıdır. Alıcının hızlı ve etkili rekabet etmesini sağlamak için ayrıştırma paketi bazı gayri maddi varlıkları da içerebilir. Etkin bir ölçekte çalışabilmek için mevcut müşterilere sahip olmak gerekiyorsa, ayrıştırılan varlıklar ya mevcut müşterileri de içermelidir ya da alıcının mevcut müşterileri hızlı bir şekilde elde etmesini sağlamalıdır. Her şekilde maddi varlıklar ayrıştırılırken, ilgili gayri maddi varlıklar da elden çıkarılacaktır. Bunların çoğu alıcıya bilgi sağlamaya ve maddi varlıkların en verimli şekilde kullanılması için gereken patentlere, telif haklarına, markalara ve diğer fikri mülkiyet haklarına aittir.

Aykırı ve dikey birleşmelerde ise çözüm, bütün bir işkolunun veya bütün bir grubun ayrıştırılmasını gerektirebilir. Örneğin *Lagardere/Natexis/VUP*²⁵ kararında Lagardere'in ilk çözüm önerisini Komisyon kabul etmemiştir. Bunun nedeni kitap satış zincirinde dikey bütünleşik birleşmiş teşebbüsle eş güçte bir rakip yaratılması için taahhütlerin yetersiz olmasıdır. Bunun üzerine taraflar, AB'de Fransızca konuşan pazarlarda hedef şirketin faaliyetlerinin neredeyse tamamını ayrıştırmayı taahhüt etmiştir.

1.1.3. Gayri Maddi Varlıklara İlişkin Hususlar

Alıcının ilgili pazarda etkili bir rakip olması için gerekli olan varlıklar (önemli varlıklar) gayri maddi ise yapısal ayrıştırma mutlaka bir veya birden fazla alıcıya söz konusu varlığa ilişkin hakları sağlamalıdır²⁶. Söz konusu haklar alıcıya satışla veya lisanslama ile aktarılabilir (DOJ, 2004, 15)²⁷.

Lisanslama halinde, bazen lisans alan, lisans süresinin ardından birleşen teşebbüsle etkili bir biçimde rekabet edemediğinden, fikri mülkiyet hakkını sınırlı bir süre kullanma hakkı işlemin rekabet karşıtı etkilerini ortadan kaldırmakta yeterli olmayabilmektedir. Bu nedenle Komisyon'un *SEB/Moulinex*²⁸ kararındaki gibi lisans süresinin sona ermesinin ardından, lisans

²⁵ COMP/M.2978

²⁶ Bir patent rekabetin bozulduğu ilgili ürün veya coğrafi pazarlardan daha geniş bir alanda kullanılıyorsa, sadece rekabetin olumsuz etkilendiği pazarlarda varlığın ayrıştırılması istenmektedir.

²⁷ US v. National Lead Co., 332 U.S. 319, 348 (1947) (rekabetin geri kazanılmasının çaresi olarak mahkemeler zorunlu patent lisanslamasına hükmedebilir). Ayrıştırma lisanslama içeriyorsa DOJ kiralama tercih etmemektedir. Sürekli yapılan ödemeler lisans alan için ödemesi daha kolay olsa da maliyetlere değişken maliyet olarak yansdığından, nihai ürün fiyatını arttırma eğilimi yaratır ve bu, istenenden daha az rekabetçi bir sonuca yol açacaktır. İkincisi sürekli ödemeler alıcı ile birleşen teşebbüs arasında sürekli bir iletişim olmasına yol açarak aralarındaki rekabeti azaltabilecektir (DOJ, 2004, 15).

²⁸ COMP/M.2621. Benzer bir dosya için bkz: COMP/M.3149, Procter & Gamble/Wella (bazı saç bakım ürünleri için 5 yıllık lisans ve ardından birleşen teşebbüs için üç yıl lisansı kullanmama yükümlülüğü).

verene de lisans alan ile üç ila beş yıl rekabet yasağı getirilebilmektedir (Paas, 2006).

Gayri maddi varlıkların ayrıştırılması genellikle birleşen teşebbüsün söz konusu varlıklara ilişkin (ayrıştırılan patentin altında üretime devam etmek gibi) haklarını korumasının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bir birleşmede, birleşecek teşebbüslerin ilgili haklarını korumaları rekabet açısından risk doğurabilmektedir. Alıcının rakiplerini, özellikle de birleşen teşebbüsü hakkı kullanmaktan mahrum bırakmaması, ürününü diğerlerinden farklılaştırmasını zorlaştıracağından, alıcının pazarda istenenden daha güçsüz bir rakip olmasına yol açabilecektir. Ayrıca, alıcı haklarını paylaşmak zorunda bırakılıyorsa, paylaşmak zorunda bırakılmadığı durumda bulunacağı rekabetçi davranışlarda bulunamayabilir. Böyle durumlarda birleşen teşebbüsün, alıcının etkin rekabeti tekrar sağlamasını engelleyecek, önemli gayri maddi varlıkları elinde tutması yasaklanmakta ve birleşen teşebbüslerin gayri maddi varlıklara ilişkin tüm haklarından vazgeçmesi talep edilmektedir²⁹. Fikri hakların lisanslanması da, birleşen teşebbüsle bağları koparmadığından tercih edilmemektedir (RGM, 2005, pr38).

Ancak birleşen teşebbüsün gayri maddi varlıklara ilişkin haklarını kanıtlanabilir etkinliklere sahip olabilmek için koruması gerektiği (ve münhasır olmayan lisans ile rekabeti korumanın ve alıcının gelecekteki rekabetçiliğini sağlamanın mümkün olduğu) durumlar da olabilmektedir. Bu koşullar genellikle nihai üründen ziyade, üretim sürecine ilişkin patentlerde oluşmaktadır. Bunun nedeni alıcının ürününü farklılaştırmak için nihai ürüne ilişkin haklara güvenmesidir. Bunun yanı sıra, pazardaki birinci ve ikinci teşebbüsler birleştiğinde ve birleşen teşebbüsün daha küçük teşebbüslerle rekabet güçleri arasında büyük fark bulunduğu gayri maddi varlıkların çok sayıda teşebbüse lisanslanması da gerekebilmektedir³⁰ (DOJ,2004).

Lisansa yönelik çözümler özellikle ilaç sektöründe gerçekleşen birleşmelerde söz konusu olmuştur. Örneğin *Monsanto/Pharmacia & Upjohn*³¹ kararında Komisyon, akut ağrı segmentinde kullanılan ağrı kesicilerde birleşme ertesi rekabet düzeyinden endişe etmiştir. Tarafların *Pharmacia & Upjohn*'un ilgili lisansı vermeyi taahhüt etmesinin ardından birleşmeye izin verilmiştir. Söz konusu ürünler *Pharmacia & Upjohn*'un ilgili pazardaki pazar payının tamamını

²⁹ Örneğin *US v. Interstate Bakeries Corp.*, (71,271 (N.D. Ill. 1995)) dosyasında DOJ marka adlarının münhasır lisanslamasını öngörmüştür.

³⁰ Bkz: *US v. Miller Industries, Inc.*, (73,132 (D.D.C. 2000)); *US v. Cookson Group plc*, 70,666 (D.D.C. 1993).

³¹ COMP/M.1835. Benzer dosyalar için: COMP/M.555 Glaxo/Wellcome, COMP/M.737 Ciba-Geigy/Sandoz, COMP/M.950 Hoffmann La Roche/Boehringer MannHeim, COMP/M.1403 Astra/Zeneca.

temsil ediyor olup, taahhüt vasıtasıyla ilgili pazardaki çakışma ortadan kaldırılmıştır (Paas 2006, 212).

Sadece ticari markaları ve ilgili üretim ve/veya dağıtıma ilişkin varlıkları kapsayan bir ayrıştırma paketi de, ancak uygun alıcının elinde paketin anında rekabetçi ve yaşayabilir bir işkoluna dönüşeceği temin edilebilirse kabul edilebilmektedir (Duyuru, 2008).

Yeniden-Markalama

Gayri maddi varlıklara ilişkin bir başka çözüm de yeniden-markalamadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Komisyon bu türden taahhütleri kabulü istisnaidir. Bu türden taahhütlerin amacı müşterilerin, birleşen teşebbüsün bir markasından alıcının markasına geçmelerini sağlamak ve bu şekilde ticari markayı ayrıştırmadan bir rakip yaratmaktır. Yeniden markalama işlemi şu şekilde yapılmaktadır: ilk olarak bir alıcıya sınırlı süreli ve münhasır marka lisansı verilerek, bu süre içerisinde markaya bağlı müşterilerin söz konusu alıcıya geçmesi sağlanmaktadır. Bu aşamada müşteriler alıcıya ait bir başka markaya transfer olmaktadır. Yeniden markalama taahhütlerinde yalnızca alıcının lisansı kullandığı aşamadan sonra, markanın hiçbir şekilde kullanılmama aşamasına girilmektedir. Bu aşamadan sonra da marka, birleşen teşebbüse göre dönmektedir.

Yeniden markalama çözümünün başarılı olabilmesi için öncelikle marka bilinirliğinin çok yüksek olması gerekmektedir. İkinci olarak bazı durumlarda markayla beraber know-how'ın ve ilgili üretime ilişkin varlıkların transferine de ihtiyaç duyulabilmektedir. Üçüncü olarak marka kapsamlı ve münhasır olarak lisanslanmalıdır. Marka cirosunun önemli bir kısmı rekabetçi endişelerin olduğu pazarların dışında elde ediliyorsa dahi, verilecek marka lisansı tüm pazarları kapsamalıdır. Son olarak da hem marka lisansının kullanıldığı dönem, hem de marka lisansının hiç kimse tarafından kullanılmadığı dönem, müşterilerin aklını karıştırmamak için yeterince uzun olmalıdır (Duyuru, 2008, pr40).

Her halde bu türden bir çözümün kabulü için, kalıcı olarak rekabetin sağlanacağı ve yeniden markalamanın ardından rakibin yaşamaya devam edeceğinin kesin olması gerekmektedir³² (Duyuru, 2008, pr40).

³² Yeniden markalamanın başarısı markanın yaşamasına bağlı olduğundan, taahhüdün tasarımında sağlanması gereken bazı önkoşullar vardır. Transfer edilecek markanın bilinirliği yüksek olmalı, ilk lisanslamanın ardından hızlı bir şekilde ciroyu transfer etmeli ve yeniden markalama aşamasında yaşayabilir olmalıdır. Ayrıca, marka altında pazarlanan ürünlere ilişkin varlıkların veya know-how'ın transferi gerekebilir. Üçüncüsü lisans, münhasır ve geniş kapsamlı olmalıdır. Son olarak da, hem markanın lisanslandığı, hem de kullanılmadığı süreler çözümün etkisinin ayrıştırmaya benzemesi için yeterince uzun olmalıdır (Duyuru, 2008, pr42).

1.2. UYGUN ALICI VE AYRIŞTIRMA SÜRESİ

Birleşmeye izin ayrıştırılacak varlıkların uygun bir alıcıya, belirli bir sürede devredilmesi koşuluyla verilmektedir. Ayrıştırma, mümkün olan en kısa ve belirlenmiş sabit bir sürede tamamlanmalıdır. Süre genellikle iznin bağlı olduğu şartlardan biridir³³.

Ayrıştırılacak varlıkların alıcıyı çekme potansiyeli, önerilen taahhüdün uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde önemlidir. Ayrıştırılacak varlıkların alıcısı belirlendiğinde, söz konusu alıcının ayrıştırma paketine dahil olan bazı varlıklara ve personele ihtiyacı olmadığı görülebilmektedir. Bu durumda rakibin rekabet edebilirliğini değiştirmeyecek şekilde, bir işkolundan daha azı da ayrıştırılabilmektedir. Ayrıştırma paketinin uygunluğu alıcının özelliklerine bağlıysa, izin kararından önce alıcıyla bağlayıcı bir anlaşmaya gidilmesi yolu da benimsenebilmektedir.

Ancak ayrıştırılan varlıkların alıcısına fazla güvenmekten kaçınılmalıdır. Çünkü alıcı otoritenin değil, birleşen teşebbüsün tarafında olabilmektedir. Alıcı, varlıkları birleşen teşebbüsle pazarlık yaparak elde edeceği için, onunla yakın finansal ilişki içerisindedir ve taraflar karlarını maksimize eden bir noktada anlaşacaktır (Majoras, 2002, 6). Birleşen teşebbüsün varlıklarının değeri, onları en üst kapasitenin altında kullanmakla azami seviyesine ulaşıyorsa, birleşen teşebbüs ve alıcının toplam değeri de büyük ihtimalle aynı şekilde azamiye ulaşacaktır. Bu nedenle alıcı birleşmenin yarattığı rekabet karşıtı etkilerin oluşmasına yardım da edebilir (Farrell, 2003, 2).

Medvedev (2007), teşebbüslerin etkinliklerinin farklı olduğu ve bir de potansiyel oyuncunun bulunduğu bir çeşit Cournot modelini kullanarak yaptığı analiz sonucunda, ayrıştırmanın öncelikle pazara yeni giriş yapacak oyunculara yapılmasını, ancak bu özelliğe sahip, uygun bir alıcı bulunamazsa, satışın mevcut bir oyuncuya yapılabileceğini ifade etmektedir.

1.3. ALTERNATİF AYRIŞTIRMA TAAHHÜTLERİ

Genellikle tek varlık seti tanımı yapılmakla birlikte bazen ayrıştırılacak varlıkların tanımında esnekliğe ihtiyaç duyulabilmektedir. Üçüncü kişilere ait önalım hakları veya uygun bir alıcı bulunup bulunamayacağı gibi çeşitli açılardan ayrıştırmanın gerçekleştirilebilirliği belirsizse, çözüm paketi kabul

³³ Ancak süre sınırları belirlemenin olumsuz yanları olduğu da ifade edilmektedir. Kompleks dosyalarda, Komisyon'un belirlediği süreler içerisinde uygun bir çözüm bulmak çok zor olmaktadır (Winckler, 2003).

edilebilir nitelikte olan birden fazla varlık setini içerebilmektedir³⁴. Bunun yanı sıra potansiyel alıcıların farklılıklarına bağlı olarak, alıcının hızlı ve etkili bir biçimde rekabet edebilmesini sağlayacak şekilde varlık paketinin kapsamı değiştirilebilmektedir³⁵. Örneğin *Alcan/Pechiney*'de³⁶ ayrıştırılacak varlıklara alıcının isteğine göre daha fazla kapasite ekleme imkanı sunulmuştur. Başka bir alternatif taahhüt örneği Komisyon'un *Industri Kapital/Dyno ASA* kararında mevcuttur³⁷. Taraflar, asıl taahhüt olan Dyno'nun reçine tesisinin ayrıştırılmasının süresinde gerçekleştirilememesi halinde, Nestle'nin ilgili tesisinin ayrıştırılmasının taahhüt edildiği bir alternatif getirmiştir.

Tarafların taahhütleri ayrıca, varlık paketini daha cazip hale getirmek için kıymetli varlık hükümleri (*crown-jewel provision*) içerebilmektedir³⁸. Buna göre taraflar ilk ayrıştırma paketini uygun bir alıcıya belirli süre içerisinde satamazlarsa, ayrıştırma paketine, belirli başka varlıklar (genellikle daha değerli varlıklar) eklenecektir. Kıymetli varlık hükümleri genellikle alıcılara cazip gelmeyebilecek ayrıştırma paketlerine, rekabetin geri kazanımı üzerinde bir etkisi olmadığı halde, alıcının ilgisini çekmek amacıyla eklenmektedir³⁹.

2. AYRIŞTIRMA HARİCİ ÇÖZÜMLER

ABD ve AB'de ayrıştırmanın tercih edilir çözüm olduğu ama aynı etkiye sahip davranışsal çözümlerin de dışlanmayacağı, hem ABD Yüksek Mahkemesi'nin (*US Supreme Court*) ve İDM'nin (*İlk Derece Mahkemesi, Court of First Instance*) kararlarında, hem de ilgili kılavuzlarda açık olarak belirtilmektedir (Harker, 2006)⁴⁰. Ancak bazı durumlarda herhangi bir faaliyetin ayrıştırılması imkansız veya etkinsiz olabilmektedir. Böyle durumlarda diğer taahhüt türlerinin pazardaki rekabeti eski haline getirme yeterliliği incelenmektedir. Davranışsal çözümler, yapısal çözüme yardımcı olarak veya

³⁴ Ayrıca bkz Komisyon kararları: COMP/M.1439-Telia/Telenor, COMP/M.1795-Vodafone Airtouch/Mannesmann; COMP/M. 2050-Vivendi/Canal+/Seagram, COMP/M.877-Boeing/McDonnell Douglas; COMP/M.1673-VEBA/VIAG.

³⁵ Örneğin bir potansiyel alıcı bazı dağıtım ile ilgili varlıklara ihtiyaç duyarken, diğeri duymayabilir veya iki alternatif ayrıştırma paketi birbirinden etki bakımından farksız olabilir.

³⁶ COMP/M.3225

³⁷ COMP/M.1813

³⁸ Kıymetli varlık hükümleri ve alternatif çözümler farklı taahhütlerdir. Kıymetli varlık hükmü bir çözüm paketi uygun alıcı bulamadığı takdirde, paketi potansiyel alıcılar için daha cazip hale getirmeye yöneliktir. Alternatif çözüm paketlerinin ise alıcı özelliklerine bağlı olarak veya etki bakımından rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sorununu aynı ölçüde gideren iki ayrı paket olarak sunulması mümkündür (LIDC,2007).

³⁹ Kıymetli varlık hükmü bulunduğu gizli tutulmalıdır yoksa alıcılar kıymetli varlığı da alabilmek için bekleyebilir (Freshfields Bruckhaus Deringer, 2007).

⁴⁰ California v. American Stores Co 495 U.S. 271, 280-81 (1990), Gencor v. Commission T-102/96

yapısal çözüm getirilmesi önemli etkinlikleri engelleyecekse benimsenmektedir (DOJ, 2004).

Örneğin birleşme, altyapı veya fikri mülkiyet hakları gibi önemli teknolojilerin kontrolünden kaynaklı giriş engellerine yol açıyorsa, uygun çözüm, rakiplerin gerekli altyapıya veya önemli teknolojilere erişiminin sağlanması olabilmektedir⁴¹. Yahut ayrıştırma devam eden etkin bir araştırmanın sona ermesine yol açacaksa, bu durumda lisans anlaşmaları uygun bir taahhüt olarak kabul edilebilmektedir (Duyuru, 2008, pr62)⁴². Örnek vermek gerekirse *Ciba/Sandoz*⁴³ birleşmesinde ayrıştırma süregelen AR-GE projelerinin bölüştürülmesinde sorun yaratacağından, Komisyon lisanslamayı ayrıştırmaya tercih etmiştir.

2.1. YAPISAL BAĞLARIN KOPARILMASI

Ayrıştırılacak işkolunun birleşen teşebbüsle veya birleşen teşebbüsün rakipleriyle belirgin bağları olması durumunda, söz konusu bağların koparılması işkolunun ilgili pazarda rekabet edebilirliğini etkilemiyorsa, taahhüt olarak kabul edilebilmektedir. Mevcut bir hissedarın ortak girişimden çıkarılması da, önemli bir rakiple yapısal bağın koparılmasını sağlayabilmektedir⁴⁴. Benzer şekilde rakipte bulunan azınlık haklarından gelen gelir, rekabetçi endişeler oluşturabileceğinden, bu haklardan vazgeçilmesi de talep edilebilmektedir. Pazardaki rekabeti arttırmak amacıyla iç içe geçen yönetici yapılarının ortadan kaldırılması veya veto haklarından yahut bilgi edinme haklarından vazgeçilmesi de yapısal bağları koparabilmektedir (Duyuru, 2008, pr60)⁴⁵.

Komisyon'un *Volvo/Renault*⁴⁶ kararında, Renault bir yandan, ulusal otobüs pazarlarındaki rekabet sorunlarını gidermek için Iveco'yla ortak yönettikleri otobüs üreticisi Irisbus'taki, diğer yandan Finlandiya'da ağır kamyon pazarındaki rekabet sorunlarını gidermek için HANSA Auto ile ortak yönettiği Sisu'da bulunan hisselerinden vazgeçmiştir. Benzer şekilde *Anglo-American/Lonrho* kararında Anglo American'ın Lonrho üzerindeki hisse payını

⁴¹ Bkz:COMP/M.259-British Airways/TAT, COMP/M.616- Swissair/Sabena, COMP/M.1439-Telia/Telenor, COMP/M.1795-Vodafone/Mannesmann.

⁴² Komisyon bu yaklaşımı özellikle ilaç sektöründe benimsemiştir. Bkz:COMP/M.555 Glaxo/Wellcome.

⁴³ COMP/M.737

⁴⁴ COMP/M.942-VEBA/Degussa.

⁴⁵ Bkz: COMP/M.1628-TotalFina/Elf, COMP/M.1673-VEBA/VIAG, COMP/M.1980-Volvo/Renault.

⁴⁶ COMP/M.1980. Ayrıca bkz. COMP/M.3436-Continental/Phoenix, COMP/M.2690-Solvay/Montedison Ausimont, COMP/M.2420-Mitsui/CVRD/Caemi, COMP/M.1383-Exxon/Mobil ve COMP/M.2139-Bombardier/Adtranz.

%27,5'ten %9,9'a indirmesi beklenmiştir (Cook ve Kerse, 2005)⁴⁷. *Konica/Minolta*⁴⁸ kararında da Komisyon, Minolta'nın, tamamen entegre işkolunun ayrıştırılmayacağını kabul etmiş, onun yerine rakip üzerinde kontrole ilişkin hisselerin ayrıştırılmasını benimsemiştir.

2.2. BİR YAPISAL ÇÖZÜME YARDIMCI OLARAK DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM

Bir davranışsal çözüm bazen yapısal çözümün en iyi hale getirilmesinde ve birleşmenin rekabet karşıtı etkilerinin bütünüyle ortadan kaldırılmasında faydalı olabilmektedir. Örneğin birleşen teşebbüsle üçüncü tarafların uzun dönemli arz anlaşmaları yapmaları tercih edilmese de, kısa vadeli arz anlaşmaları bazen çözümün uygulanmasını kolaylaştırabilmektedir⁴⁹. Burada arz anlaşmasından kaynaklanacak potansiyel problemler, anlaşmanın kısa süresi ve bir rakibin pazardan çıkmamasının sağlanması gibi nedenlerden ötürü ihmal edilebilir niteliktedir (DOJ, 2004, 18).

Benzer şekilde ayrıştırma sonrasında, ayrıştırılan personelin geri alınmasına ilişkin birleşen teşebbüse geçici kısıtlamalar getirilebilmektedir⁵⁰. Birleşen teşebbüsün nihai ürün pazarlarında veya alıcı ile rekabet etmesinin sınırlanması, geçici bile olsa, kısa dönemde rekabeti doğrudan kısıtlamaktadır. Ayrıca bir alıcı bu türden çözümler yokken etkili rekabet edemiyor veya yaşayamıyorsa uygun alıcı sayılamamaktadır (DOJ, 2004, 18).

Son olarak, yapısal çözümü gerçekleştirmek veya desteklemek için uzun süreli yükümlülükler içeren taahhütler gerekebilmektedir. Geçiş dönemine ait örnek bir davranışsal çözüm çeşidi, ayrıştırılacak varlığın bağımsız olarak işletilmesine ilişkin "ayrı tutma şartı"dır (*hold-separate provision*). Bu şekilde geçiş döneminde de rekabetin önemli ölçüde bozulmaması hedeflenmektedir.

2.3. TEK BAŞINA DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM

Bazen yapısal çözümlerin gerçekleştirilmesi imkansız⁵¹ olabilmekte veya etkin⁵² olmayabilmektedir. Bu durumda birleşme işlemine izin

⁴⁷ COMP/M.754. Benzer dosyalar için: COMP/M.1684-Carrefour/Promodes, COMP/M.1845-AOL/Time Warner, COMP/M.1673-VEBA/VIAG, COMP/M.1853-EdF/EnBW.

⁴⁸ COMP/M.3091

⁴⁹ Birleşen teşebbüsün kendi rekabet şartlarını zorlaştırmak istemeyeceği varsayımından, üretim veya bazı önemli girdilerin temini açısından birleşen teşebbüse bağımlı rakipler uzun dönemde dezavantajlı konuma gelecektir.

⁵⁰ Bkz: US v. AlliedSignal, Inc., 73,023 (D.D.C. 2000); US v. Aetna, Inc., 72,730 (N.D.Tex. 1999). Önemli personelin alıcı için çalışacağından ve elemanı olarak kalacağından emin olunamazsa işlemi tamamen engellemek daha iyi bir alternatif olabilir.

⁵¹ ör: Boeing/McDonnell Douglas COMP/M.877

verilebilmesi için davranışsal çözümlere yönelinmektedir. Tek başına davranışsal çözüm çok nadir ve genellikle zaten regülasyona tabi olan pazarlarda benimsenmektedir.

Yapısal çözümün imkansız olduğu duruma önemli bir örnek iki uçak üreticisi *Boeing/McDonnell Douglas* birleşmesi kapsamında ortaya çıkmıştır. Bu işlem büyük ticari jet uçakları pazarında rekabetçi endişeler doğurmuştur. Komisyon'un incelemeleri söz konusu şirkete Boeing'den başka talip olmaması ve ilgili pazara yeni giriş yapacak birini bulmanın mümkün olmaması nedeniyle Douglas Aircraft Company'nin ayrıştırılmasının imkansız olduğunu göstermiştir (Paas 2006, 210).

Davranışsal çözümlerin etkinlikleri korumak amacıyla benimsenmesi ise üç durumun varlığı halinde anlamlı olmaktadır: (i) birleşmeye özgü etkinlik artışı anlamlı ama birleşme sonuçta rekabeti bozuyorsa⁵³, (ii) yapısal ayrıştırma talep etmek, söz konusu etkinliklerden yararlanamama sonucunu doğuruyorsa veya (iii) yapısal ayrıştırma talep etmek önceden elde edilmiş etkinliklerin kaybına yol açıyorsa. Ancak etkinliklerin davranışsal çözümü kabul edilebilir hale getirebilmesi için, söz konusu etkinliklerin açıkça görülebilir olması gerekmektedir (DOJ, 2004, 17).

Davranışsal çözüm önerilmesini haklı çıkaran bir başka durum da işlem kapsamında bir ürüne özgü, yerel coğrafi pazar olması ve rekabet karşıtı çakışmanın pazarın çok küçük bir kısmında gerçekleşmesidir. Bu durumda tarafların bir çeşit fiyat ve üretim taahhüdü getirmesi ayrıştırmadan daha etkin bir yöntem olabilmektedir. Özellikle birçok ufak coğrafi pazarı kapsayan ve sadece ufak bir pazarda rekabeti sınırlayan birleşmelerde, taraflar hedef teşebbüsü alabilmek için çok hevesli olduklarından ayrıştırma önerebilmektedir. Ancak yalnızca tek pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs etkin olmayabileceğinden, ayrıştırma tüketicilerin lehine olmayabilecektir. Böyle bir durumda ilgili pazarda fiyatın arttırılmayacağına ve arzın kısılmayacağına dair bir taahhüt yeterli olabilecektir (CCP, 2007).

Ayrıştırmaların etkisi kalıcıyken, yapısal olmayan çözümler genellikle sadece sınırlı bir süre için uygulanabilmektedir. Bu nedenle yapısal olmayan bir çözümü benimserken, çözümün sınırlı bir süre için geçerli olacağı ve taahhüdün geçerli olduğu sürenin sona ermesinin ardından, birleşmenin zararlı etkilerinin gerçekleşebileceği göz önünde bulundurulmalıdır (Paas, 2006, 215). Ancak pazarların dinamik yapısı dikkate alındığında, yıllarca uygulanmış olan çözümün

⁵² ör: Ciba-Sandoz COMP/M.737

⁵³ Hem yatay hem de dikey birleşmeler etkinlik yaratma potansiyeline sahiptir. Yatay ve dikey birleşmeler genellikle farklı türden etkinlikler doğurmaktadır. Dikey etkinlikler için bkz. D. Carlton & J. Perloff, *Modern Industrial Organization* 377-417 (3rd ed. 2000). Yatay etkinlikler için bkz. *Horizontal Merger Guidelines*'ın 4. Kısmı.

etkileri nedeniyle, sürenin sona ermesiyle beraber, birleşmenin olumsuz etkilerinin artık gerçekleşmeme ihtimali de vardır. İleri teknoloji içeren pazarlarda da geleceğin belirsiz olması nedeniyle, yapısal çözümlere göre daha esnek ve sınırlı süre uygulanabilen davranışsal çözümler daha uygun olabilmektedir (Jenny, 2002, 12). Görüldüğü üzere davranışsal çözümlerin geçici olmasının hem olumlu hem de olumsuz yanları vardır ve bu durumlar olay özelinde değerlendirilerek uygun çözüm alternatiflerinin gözden geçirilmesini gerektirmektedir.

Bir davranışsal çözümün uygunluğunun tespitinde, uygulama ve denetimden kaynaklanacak maliyetler de göz önünde bulundurulmalıdır. Davranışsal çözümü denetlemek ve uygulamak mevcut durumda regüle edilmiş ve sürekli izlenen bir pazarda daha kolay olacaktır. Düzenleyici otoriteler rekabet otoritesi ile aynı amaç ve güdüye sahip olmasalar da, pazar yapısını daha şeffaf hale getirmeleri, rekabet otoritesinin maliyetlerini düşürecekler⁵⁴. Pazarda düzenleyici kurum varsa, hem çözümün belirlenmesi aşamasında kurumun deneyimlerinden ve bilgisinden faydalanılabilmekte, hem de uygulama aşamasında kurumun denetleyici ve düzenleyici özelliklerinden yararlanılabilmektedir (Weiser, 2008, 32). Bu sayede rekabet otoritelerinin kararları regülatör kurumların düzenlemeleri nedeniyle etkisiz kalmayacak ve çözümler sektörel düzenlemelerle uyumlu olacaktır. Özellikle de davranışsal çözümler düzenleyici kurumun bilgisi dahilinde alınırsa, gerekli olmayan bir çözüm getirilmesinden kaçınılabilmektedir. Weiser bu konuda, en etkin yolun rekabet otoritesinin birleşmenin rekabet üzerindeki etkilerini analiz ettiği, sektör düzenleyici kuruluşunsa düzenleyici çözümleri uyguladığı bir sistem olacağını ifade etmektedir.

2.3.1. Erişim Çözümleri

Önemli altyapıya, şebekeye, patent, *know-how* veya diğer fikri haklar gibi önemli teknolojilere ve zorunlu girdilere erişim hakkını içeren çözümler, rakiplerin pazara girişinde engel oluştururlarsa, kabul edilebilmektedir⁵⁵. Ancak erişim sayesinde pazara gerçekten bir giriş olacağı ve rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin ortadan kalkacağı da açık olması gerekmektedir. Çünkü sadece giriş engellerini azaltmak pazara yeni bir rakibin gireceği anlamına gelmemektedir. Genellikle bu tür çözümler ayrıştırmanın yanı sıra ayrıştırma paketine dahil edilmektedir.

⁵⁴ Ancak bu, davranışları düzenlenen teşebbüslerin çözümde öngörülen davranışlardan dolayı yollardan kaçınmasını engellemeyebilir.

⁵⁵ Bkz:COMP/M.259-British Airways/TAT, COMP/M.616-Swissair/Sabena, COMP/M.1439-Telia/Telenor, COMP/M.1795 – Vodafone/Mannesmann

Normalde taraflar, bu tür hakları üçüncü kişilere ayrımcı olmayan ve şeffaf bir temelde açmaktadır. Çoğu zaman karmaşık olan erişim taahhütlerinin etkili bir şekilde işleyebilmeleri için, denetime ilişkin hükümler içermesi gerekmektedir. Denetim, taahhütlerden yararlanmak isteyen pazar oyuncuları tarafından yapılabilmektedir. Ancak rakiplerin taahhütlerden doğrudan yararlanmamaları nedeniyle böyle bir güdüler olmayabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır (Duyuru, 2008, pr62).

Benzer şekilde önemli teknolojilerin veya fikri mülkiyet haklarının kontrolü, alt pazarda bu teknolojilere girdi olarak ihtiyaç duyan rakiplere pazarın kapanmasına yol açıyorsa; yahut birbirlerine patent lisanslayarak işbirliği yapılması gereken sektörlerde, teşebbüsler birleştiğinde artık lisans verme güdüsü aynı ölçüde olmayacaksa, gelecekte de aynı şekilde lisans verilmeye devam edileceğine dair bir taahhüt verilebilmektedir. Bu tür dosyalarda söz konusu lisans, tüm üçüncü kişilere verilen münhasır olmayan bir lisanstır (DOJ, 2004)⁵⁶. Ancak bu lisanslar alt pazarda da kullanılıyor, fakat birleşmeyle oluşan rekabetçi endişeler alt pazarı etkilemiyorsa, lisansla beraber lisans verilenlere gereğinden fazla bilgi aktarılabilirdiğinden, söz konusu ilişkili lisanslar taahhüt kapsamı dışında bırakılmalıdır. Komisyon sadece gerçekten kullanılan lisanslara ilişkin taahhütleri kabul edeceğini belirtmektedir (Duyuru, 2008).

Erişime ilişkin verilebilecek ilk örnek Komisyon'un *Vivendi/Canal+/Seagram*⁵⁷ kararındaki tamamen davranışsal olan çözümdür. Bu kararda rekabetçi endişeler Avrupa ödemeli TV pazarına ilişkindir. Komisyon, Seagram'ın film yayımcısı Universal üzerinde kontrole sahip olması nedeniyle Komisyon, birleşme ile içerik sağlayıcılarına ulaşımın kısıtlanacağına karar vermiştir. Bu sebeple, alt pazarda film yayımlayan oyuncular arasındaki rekabetin kısıtlanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu dikey endişe üzerine, Komisyon tarafların Canal+'ın faaliyet gösterdiği ülkelerde beş yıllığına Universal'in ürünlerinin %50'sinden fazlasının haklarını almaması taahhüdüyle birleşmeye izin vermiştir (Motta vd., 2007).

Belirli teçhizata erişime ilişkin taahhütler, genellikle pazarda çok güçlü ve büyük bir teşebbüsün bulunduğu telekomünikasyon⁵⁸, enerji gibi sektörlerde yaygın olarak kullanılmaktadır (Paas, 2006). Örneğin telekomünikasyon

⁵⁶ Ayrıca lisansın verilme şartları da, çözümün etkisini azaltmamak için taahhütte belirli olmalıdır. Pazarda lisansın verilmesi için şartlar ve fiyat açık bir şekilde belirli değilse, taahhütte lisansın verilme şartları ve fiyatı belirlenmelidir. Alternatif yöntem, lisansların ücretsiz hale getirilmesidir (DOJ, 2004).

⁵⁷ COMP/M.2050.

⁵⁸ Telekomünikasyon sektöründe çözümlere ilişkin bkz: Le Blanc, Gilles ve Howard Shelanski (2002) "Merger Control and Remedies Policy in EU and US: the Case of Telecommunication Mergers" CERNA.

sektöründe *Vodafone Airtouch/Mannesmann*⁵⁹ birleşmesinde diğer operatörlerin de AB çapında kablosuz hizmet sunabilmesi için taraflar söz konusu operatörlere kendi şebekelerine üç yıllığına giriş izni vermeyi teklif etmiştir. Enerji sektöründe ise *EDF/EnBW*⁶⁰ birleşmesinde olduğu gibi, uygun çözüm genellikle kapasite erişimine ilişkin olmaktadır (Paas, 2006). Fransız elektrik sağlayıcısı EDF, EnBW'nin %34 hissesini devralarak, Almanya'nın dördüncü büyük elektrik şirketinde ortak kontrole sahip hale gelmektedir. Birleşmeden önce EDF büyük müşterilere elektrik sağlamada Fransa'da hakim durumdadır. EnBW ise konum gereği Fransız pazarına girmesi en muhtemel potansiyel rakiplerden biri konumundadır. EDF, Komisyon'un ortaya koyduğu rekabet problemlerini çözmek için Fransa'daki rakiplerine üretim kapasitesinin 6.000 MW'lık kısmını kullanma imkanı vermeyi önermiştir. Kapasitenin kullanımı bir uzman⁶¹ (*trustee*) kontrolünde, EDF'ce hazırlanıp yürütülecek ihalelerle sağlanacak ve bu şekilde yabancı elektrik sağlayıcılarının Fransız pazarında önemli bir pazar payına sahip olmalarına imkan verecektir (Motta vd., 2007).

2.3.2. Uzun Dönemli Anlaşmaların Değiştirilmesi

Pazarda birleşmenin yol açtığı değişim, mevcut uzun dönemli anlaşmaları rekabet üzerinde zararlı etkilere sahip hale getirebilir. Bu özellikle uzun dönemli münhasır arz anlaşmaları alt veya üst pazarda erişimi kısıtlıyorsa geçerlidir. Birleşen tarafların, önemli varlıkları geniş kapsamlı uzun vadeli münhasır arz ve/veya dağıtım anlaşmalarıyla ele geçirdiği durumda, rekabetçi endişelerin giderilmesi için, söz konusu anlaşmaların iptali uygun olabilmektedir (Duyuru, 2008, pr67)⁶². Ancak bunun için birleşen teşebbüsün arz veya dağıtım anlaşması yapabileceği alternatif kanallar bulunması gerekmektedir.

2.3.3. Güvenlik Duvarı Şartı

Güvenlik duvarları (*Fire-wall provisions*) bir teşebbüs içinde bilginin yayılımını engellemek amaçlı tasarlanmaktadır. Bu şekilde ayrıştırmaya konu işkolu ile ana teşebbüs arasındaki iletişim engellenebilmektedir. Örneğin tek

⁵⁹ COMP/M.1795.

⁶⁰ COMP/M.1853. Ayrıca bkz. COMP/M.2947- Verbund/Energie Allianz.

⁶¹ Burada *trustee*'nin karşılığı olarak kayyım tercih edilmemiştir. Zira Medeni Kanun Üçüncü Kısım'da (m.396-492) verilen kayyım tanımı çerçevesinde kayyım denilemeyeceği düşünülmektedir.

⁶² Örneğin IV/M.986 -*Agfa-Gevaert/DuPont*'da endişeler kısmen önemli bazı dağıtıcılar ile münhasır anlaşmaların varlığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle taraflar dağıtıcı ve sağlayıcılarıyla olan münhasırlık anlaşmalarını sona erdirmiştir (Paas, 2006, 212). Benzer dosyalar için bkz: COMP/M.1467 Rohm and Haas/Morton, COMP/M.1673 VEBA/VIAG. Ayrıca COMP/M.2822, EnBW/ENI/GVS'de, lokal gaz dağıtıcılarına uzun vadeli arz sözleşmelerini sona erdirmeye hakkı tanınmıştır.

konumunda bir sağlayıcı, alt pazarda bulunan üç teşebbüsten biri ile birleşmek istediğinde, tekelin satın alacağı alt pazardaki teşebbüs ile rekabet karşıtı davranışları kolaylaştıracak şekilde bilgi paylaşacağından endişe edilebilir. Düzgün şekilde tasarlanmış bir güvenlik duvarı, bu endişeyi giderebilecektir (DOJ, 2004, 22).

Güvenlik duvarlarına ilişkin ilk sorun, rekabet otoritesinin karşılaşacağı denetime ilişkin maliyetlerdir. İkinci sorun, bilginin dağılımının engelleneceği kesin olan bir şartı düzenlemektir. Üçüncü sorun ise güvenlik duvarının birleşmenin asıl amacı olan etkinliklerin oluşmasını engelleme ihtimalidir. Öte yandan, ne kadar dikkatli oluşturulursa oluşturulsun, birleşen teşebbüslerin güvenlik duvarına rağmen işbirliği yapma ihtimalleri çok yüksektir. Bununla beraber güvenlik duvarı şartı genellikle diğer çözümleri desteklemek amacıyla benimsenmektedir (DOJ, 2004,22)⁶³.

Bu türden bir çözüm, Areva ve Urenco'nun ETC⁶⁴ adlı bir ortak girişim kurmasına ilişkin kararda benimsenmiştir. ETC uranyum zenginleştirme işine yarayacak bir santrifüj makinası geliştirecek ve imal edecek; ardından da zenginleştirilmiş uranyum alt pazarında rakip olan Areva'nın, Urenco'nun ve üçüncü kişilerin sağlayıcısı haline gelecektir. Komisyon Areva ve Unreco'nun AB zenginleştirilmiş uranyum pazarında birlikte hakim duruma geleceğinden ve ayrıca ETC'deki ortak kontrolleri vasıtasıyla zenginleştirilmiş uranyum tedarikini koordine edeceklerinden endişe etmiştir. Bunun üzerine taraflar gelecekte kapasite artışı yapılmasına ilişkin ETC'deki veto haklarından vazgeçmiştir. Ayrıca ETC ile aralarında hassas bilgi akışını engellemek amacıyla Euratom Supply Agency'nin denetleyeceği bir dizi tedbiri de kabul etmiştir (Paas, 2006, 213).

2.3.4. Adil Ticaret Şartları

Adil ticaret şartları, eşit erişim, eşit çaba ve ayrımcılık yapmama kavramlarını içermektedir. Ancak ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün, maliyet farklılıklarına bağlı, tam olarak ayrımcı olmayan fiyat farklılıklarını haklı kılıp kılamayacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çözüm ancak bağımsız alt pazardaki teşebbüslere daha düşük kalitede ürün, daha yavaş teslimat, daha düşük hizmet veya üst seviyede yer alan teşebbüsün ürünlere ulaşımında eşit olmayan koşullar gibi sorunlar doğmayacaksa düşünülmelidir (DOJ, 2004, 23).

⁶³ Bkz: COMP/M.2268 Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits

⁶⁴ *Areva/Urenco/ETC*, COMP/M.3099.

2.3.5. Şeffaflık Şartları

Dikey birleşme dosyalarında nadiren şeffaflık şartı benimsenebilmektedir. Söz konusu şart, genellikle birleşen teşebbüsün bir düzenleyici otoriteye normalde sağlaması gerekmeyen bazı bilgileri sağlamasını zorunlu kılmaktadır⁶⁵. Bu şartın altında yatan düşünce; ek bilginin düzenleyici otoriteye, teşebbüsün düzenlemeden kaçmasını engellemekte yardım etmesidir (DOJ, 2004, 25).

Şeffaflık şartlarının yol açabileceği ilk sorun; teşebbüsün kaçınmayacağı bir hüküm oluşturmadaki zorluktur. İkinci sorun ise ilgili düzenleyici otoriteyi ek bilginin önemi konusunda ikna etmek ve bu bilginin dikkate alınacağından emin olmaktır. Son olarak bu şart, rekabet otoritesine izleme konusunda önemli maliyetler yüklemektedir.

2.3.6. Diğer Davranışsal Çözüm Çeşitleri

Yukarıda yer verilen çözümler arasında uygulamada yaygın olarak karşılaşılan tek başına benimsenen davranışsal çözüm türleri olsa da, başka davranışsal çözüm çeşitleri de vardır. Bunlar, rekabet şartlı ortak girişimler (RŞOG)⁶⁶, rekabet etmeme şartları ve uzun vadeli arz anlaşmalarıdır (DOJ, 2004, 25).

Froeb vd. (2005), bir başka davranışsal çözüm önerisi daha getirmektedir. Bu öneride ayrıştırmanın ulaşılmak istenen maliyet avantajlarını yok ettiği için uygun olmadığı durumlarda, birleşen taraflarla bir yüklenici (üçüncü kişi) arasında, tarafların yükleniciye (taraflara kredi veren olabilir) üretimi azaltmaları halinde, birim başına ceza ödediği ve yüklenicinin ise arttırılan her üretim birimi için taraflara ödül verdiği bir anlaşma akdedilebileceğini ileri sürmüştür. Bu tür davranışsal çözüm, yapısal çözümün yaratacağı olumlu etkiye benzer bir sonuç doğururken, aynı zamanda birleşmeden kaynaklanan etkinliklerin de korunmasını sağlayacaktır.

⁶⁵ Örneğin bir telekomünikasyon şirketinin o piyasadaki fiyatları düzenleme yetkisi bulunmayan bir düzenleyici otoriteye fiyatlarını bildirmesi.

⁶⁶ Bir RŞOG, birden çok satıcı teşebbüsün ilgili ürünü gerçek marjinal maliyetine elde edebileceklerini garantileyerek bağımsızlıklarını korumak için tasarlanmış, davranışsal ve yapısal kurallardan oluşan bir settir. Bir RŞOG'yi sağlamak için gereken teknik şartlar çok fazladır, çok inceliklidir ve potansiyel zorluklar içerir. Hissedarların bazı maliyetleri değişken maliyet olarak gösterme eğilimleri marjinal maliyetleri yükselterek çıktı miktarını düşürmektedir. Ayrıca gizli anlaşmaya yol açabilecek bilgi transferini engellemek için güvenlik duvarı oluşturulabilir ancak bu da izleme sürecinin maliyetlerini arttıracaktır. Bkz: US v. Alcan Aluminum, In., 605 F. Supp. 619 (W.D.Ky. 1985)

3. BİRLEŞMELERDE ESASA İLİŞKİN ÇÖZÜMLERE DAİR SONUÇ

Birleşmelerin yol açtığı rekabet karşıtı etkileri yok etmenin birkaç yolu vardır:

- İlk olarak basitçe işlem yasaklanabilmektedir.
- İkincisi, rekabet otoritesi mevcut durumda faal bir işin ayrıştırılması ile rekabeti kısıtlayıcı endişelerin giderileceği görüşüyle işleme izin verebilmektedir.
- Üçüncü olarak, pazara girişi kolaylaştırması veya mevcut bir rakibin güçlenmesine yol açacağı için, bir işin varlıklarının kısmen devrine karar verilebilmektedir.
- Dördüncüsü, birleşmenin yol açacağı sorun fikri mülkiyet hakkının lisanslanması veya arz anlaşması gibi sözleşmelerle çözülebilmektedir.
- Beşinci olarak, ayrımcılık yapmama hükmü gibi davranışsal yükümlülüklerle başvurmak tercih edilebilmektedir (Balto ve Parker, 2000, pr:8).

Genel olarak rekabet karşıtı bir birleşmeye uygun çözümün bulunmasında dikkate alınması gereken hususlar şu şekilde sıralanabilir:

Tablo 1- Bir Çözüm Tasarımında Dikkate Alınması Gereken Hususlar

Ayrıştırma	varlıkların özellikleri: maddi-gayri maddi	
	pazarın durumu: mevcut-gelecekte oluşacak bir pazar (boru hattı gibi)	
	ayrıştırmanın kapsamı: bağımsız işkolu-kapsamlı ayırma-varlık paketi	
	alıcının özelliği: mevcut-yeni oyuncu	
	alıcı ile satıcı arasında bağlantı olup olmadığı	
Diğer Yapısal	hisselerin ayrıştırılması: tamamen veya kısmi	
	ortak girişim: ortak girişimin sonlandırılması veya ortaklıktan çıkma	
Davranışsal	dikey	zorunlu unsurlara erişim hakkı: fiyat kontrolü, ayrımcılık yapmama hükmü
		paketleme: yasağı veya zorunluluğu
		lisanslama: uzun/kısa dönemli, münhasır/değil
		diğer münhasır anlaşmaların sonlandırılması gibi.
	yatay, fiyata ilişkin taahhütler	dışlayıcı davranışta bulunmama
		aşırı fiyat yasağı gibi.
Bilgi paylaşımı anlaşmalarının detaylı tanımlanması		

(Kaynak: Davies ve Lyons 2008, 40)

Bu tabloda yer alan hususlar, rekabeti engelleyici bir birleşmede esasa yönelik çözüm getirilirken, taahhütün ilk aşamada nasıl yapılandırılacağına destek olabilir. Esasa ilişkin ana yöntem belirlendikten sonra, çözümün uygulanmasına dair detaya inilebilecektir. Bu noktada hangi çözümün tercih edileceği olay özelinde belirlenmelidir.

BÖLÜM 2

AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

Bu bölümde AB'nin yoğunlaşmalara ilişkin mevzuatı çerçevesinde, AB uygulaması anlatılmaktadır. Bölümün ilk kısmında genel olarak ilgili mevzuata giriş yapılmakta, ardından bir birleşme işleminin genel olarak geçeceği aşamaların sırasına uygun olarak, AB'de birleşme çözümleri uygulamasının nasıl işlediği anlatılmaktadır. Bölümün son kısmında ise, şimdye kadar AB'de benimsenmiş çözümlerin etkisine yer verilmektedir.

1. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne ilişkin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nün (*EC Merger Regulation* (Yoğunlaşma Tüzüğü)) 2. maddesi ortak pazarda veya önemli bir kısmında rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşmelerin ortak pazarla bağdaşmayacağını ifade etmekte ve yasaklamaktadır⁶⁷. Yoğunlaşmalarda çözüm mekanizması esas olarak Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 6. ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 6(2) maddesi, tarafların tadilinin ardından bildirilmiş bir yoğunlaşmanın artık 6(1)(c) anlamında ciddi endişelere yol açmadığına karar verilirse, 6(1)(b)'ye göre yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu bulunabileceğini ifade etmektedir. Aynı madde, Komisyon'un 6(1)(b) kararına, tarafların taahhütlerine uyumunu teminen şart ve yükümlülükler ekleyebileceğini de belirtmektedir (incelemenin I. aşaması). Komisyon, bildirilen birleşmenin ciddi endişeler doğurduğunu düşünüyorsa, soruşturma kararı vermelidir. Yoğunlaşma Tüzüğü'nün soruşturma aşamasına ilişkin (II. aşama) 8(2) maddesi de 6(2) maddesiyle benzer nitelikte olup, tarafların rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sorununu ortadan kaldıran taahhütleri karşılığında Komisyon'un koşullu izin verebileceğini belirtmektedir.

⁶⁷ Ortak girişim oluşturulması durumunda Komisyon yoğunlaşmayı ayrıca Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 2(4). maddesi çerçevesinde de değerlendirecektir.

Komisyon, anlaşmanın tadili ertesinde yoğunlaşmayı ortak pazarla uyumlu bulabilir ve kararına, ilgili teşebbüslerin taahhütlere uyumunu teminen, teşebbüslerle karşılıklı anlaşılmış şart ve yükümlülükler koyabilir. Bu tür değişimler Komisyon kararından önce önerilebilir ve tamamen uygulanabilir. Ancak, taraflar genellikle karar sonrasında yoğunlaşmayı ortak pazarla uyumlu hale getirecek ve izin kararı sonrasında uygulanacak taahhütlerde bulunmayı tercih etmektedir.

Taahhütler I. aşamada, soruşturmanın başlamasından önce ve II. aşamada taraflarca önerilebilir ve otoriteye kabul edilebilir. Taraflar II. aşamaya geçilip işin uzamasını istemedikleri için daha fazla önerme eğiliminde olduğundan, Komisyon'un I. aşamada eli daha kuvvetlidir (Jones ve Sufrin, 2008). Ancak detaylı pazar analizinin sadece II. aşamada yürütüldüğü gerçeği göz önünde bulundurulursa, I. aşamada önerilen taahhütler "ciddi endişeleri" açık olarak giderebilecek yeterlilikte olmalıdır⁶⁸. Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 10(2) maddesi uyarınca, taahhüdün önerilmesiyle beraber "ciddi endişeler" ortadan kalkar kalkmaz Komisyon izin kararını vermelidir. Her iki aşamada da şeffaflık gözetilmeli, ilgili üçüncü kişilerin ve üye devletlerin görüşleri alınmalıdır.

4064/89 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne Dair Tüzük'ü birleşme çözümleri açısından yorumlamak amacıyla ilk Birleşme Çözümleri Duyurusu'nu Komisyon, 2001 yılında yayımlamıştır (2001/C 68/3). 2005 yılında geçmiş birleşme ve devralmaları inceleyen birleşme çözümleri çalışmasının ardından, 2001/C 68/3 sayılı Komisyon Duyurusunu yürürlükten kaldıran ve daha detaylı olan 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü ve 802/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü altında kabul edilebilir çözümlere ilişkin 2008/C 267/01 sayılı Komisyon Duyurusu (Duyuru) 2008 yılının Ekim ayında yayımlanmıştır⁶⁹.

Taahhüt sürecinde ispat yükü şu şekilde özetlenebilir: Duyuruya göre bir yoğunlaşmanın ortak pazarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağını göstermek⁷⁰ Komisyon'un sorumluluğundadır. Komisyon tarafların uygun ve etkili çözüm önerilerinde bulunabilmesi için yoğunlaşmaya ilişkin endişelerini taraflara bildirmektedir. Endişeleri giderecek soruna uygun bir çözüm tasarlama ve önerme sorumluluğu ise birleşen taraflardadır (Duyuru, 2008, pr6). Taahhüdün

⁶⁸ I. aşamada getirilen taahhütler sadece belirli durumlarda kabul edilebilmektedir: Daha derin bir incelemeye girilmemesi için rekabet problemi çok bariz ve önerilen taahhüt çok kesin olmalıdır.

⁶⁹ Cook (2008) Komisyon'un yeni duyurusundan teşebbüslerin şu çıkarımlarda bulunabileceğini belirtmektedir: muhtemel tüm önemli rekabet sorunları (en kötü senaryoya göre) erken safhada belirlenmeli; tercihen yapısal bir çözüm tasarlanmalı ve her ihtimale karşı daha kapsamlı bir alternatif çözüm tasarlanmalı; tasarı ilk fırsatta Komisyon'a açıklanmalı; Komisyon'un iyi bildiği, pragmatik, deneyimli ve tarafı sövmeyecek bir denetleyici uzman seçilmeli; taahhüt önermek için Komisyon'un model metinleri kullanılmalı; pazarlık abartılmamalıdır.

⁷⁰ İncelemenin ilk aşamasında bu rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağına ilişkin ciddi endişeler anlamına gelmektedir.

rekabetçi endişeleri ortadan kaldıracığını gösterecek tüm bilgileri sunmak, taahhütler hakkında en geniş bilgiye tarafların sahip olmaları nedeniyle tarafların sorumluluğundadır⁷¹.

Komisyon tek taraflı şart getirme yetkisine sahip olmadığından, bu yönde taahhütlerin taraflardan gelmesi gerekmektedir⁷². Ancak Komisyon taahhütlerin rekabet problemini giderip gidermeyeceğini onları nihai kararına şart ve yükümlülük olarak eklemeyen önce değerlendirmektedir. Komisyon I. aşamada önerilen taahhütlerin endişeleri gidermediği sonucuna ulaşırsa soruşturma başlatır. Taraflar rekabetçi endişeleri ortadan kaldıracak geçerli bir çözüm önerisinde bulunamazsa Komisyon'un tek çaresi yoğunlaşmayı yasaklamaktır.

1.1. ŞART VE YÜKÜMLÜLÜK AYRIMI

Komisyon 2008 Duyurusuyla taahhütlerdeki hükümlerin bazılarını şart, bazılarını da yükümlülük olarak getirmektedir. Genellikle ana taahhüt (çoğunlukla süre sınırını da içerecek şekilde ayrıştırma) şart olarak tanımlanmakta, uygulamaya ilişkin hükümlerle diğer yan hükümler de yükümlülük olarak tanımlanmaktadır. Bu durum, bir yükümlülük ile bir şartın yerine getirilmemesinin yaptırımlarının farklı olması nedeniyle önemlidir. Bir şartın yerine getirilmemesi halinde Komisyon'un izin kararı kendiliğinden geçersiz olacaktır. Ancak yükümlülüklerden biri yerine getirilmediğinde, Komisyon gerekirse kararını geri alabilir ve para cezasına hükmedebilir (Duyuru, 2008, pr19 ve Monti, 2003).

Bununla birlikte önceden hesaplanamayan durumların oluşabileceği göz önünde bulundurularak, mecbur kalındığında tarafların sürelerin uzatılmasını veya şart ve yükümlülüklerden bazılarının değiştirilmesini talep etmesine imkan tanıyacak bir revizyon hükmü de benimsenmesi iyi olacaktır (Mederer, 2001).

1.2. KABUL EDİLEBİLİR TAAHHÜTLER İÇİN TEMEL ŞARTLAR

Yoğunlaşma Tüzüğü altında Komisyon'un, sadece rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılması sorununu ortadan kaldırmakta yeterli ve birleşmeyi ortak pazarla uyumlu kılan taahhütleri kabul etme yetkisi vardır. Taahhütler rekabetçi endişeleri tamamen gidermeli ve anlaşılabilir, etkili, kısa sürede

⁷¹ 802/2004 sayılı Uygulama Tüzüğü ekinde yer alan Form RM'de ifade edildiği gibi tarafların taahhütlerle beraber, önerilen taahhütlerin içeriğine, nasıl uygulanacağına ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma sorununu nasıl gidereceğine dair detaylı bilgiyi de sunmaları gerekmektedir.

⁷² İDM'nin T-210/01 General Electric v. Commission (pr.52) kararındaki ve T-87/05 EDP v. Commission (pr.105) kararındaki görüşleri.

uygulanabilir olmalıdır. Taahhütlerin bildiriminde, çözümün uygulanmasına dair belirsizlikleri gidermek tarafların sorumluluğundadır. Komisyon taahhüdü değerlendirirken tüm riskleri göz önünde bulundurmaktadır (Duyuru, 2008, pr9).

Taahhütlerin etkili bir şekilde uygulanması ve denetlenmesi gerekmektedir. Ayırıştırıcılar bir kere uygulandıktan sonra daha fazla denetim gerektirmezken, diğer türden taahhütlerin etkisinin taraflarca azaltılmasını veya ortadan kaldırılmasını engelleyebilmek için denetim mekanizmaları gerekmektedir. Aksi halde bu türden taahhütler yalnızca tarafların niyetini ifade edecek olup, bağlayıcı bir yanı olmayacaktır. Karar sırasında rekabetçi endişeleri giderip gidermediği kesin olarak anlaşılamayan çok kompleks taahhütlere izin verilememektedir. Komisyon bu türden çözümleri etkili bir şekilde denetim yapılamamasının taahhüdün etkisini azaltacağı gerekçesiyle de reddedebilmektedir (Duyuru, 2008, pr14)⁷³.

1.3. FARKLI TÜRDEN ÇÖZÜMLERİN UYGUNLUĞU

Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 30. kısmı, çözümlerin rekabet sorununu tamamen ortadan kaldırması gerektiğini ve çözümün rekabet sorunu ile orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Duyuru'nun dilinden davranışsal çözümlere olumlu yaklaşılmadığı anlaşılrsa da, İDM etkili bir davranışsal taahhüdün kabul edilmek zorunda olduğunu belirtmiştir⁷⁴. Hangi türden çözümün rekabetçi endişeleri gidereceği dosya bazında değerlendirilmektedir. Ayırıştırma taahhütleri yatay yoğunlaşmalardan kaynaklanan rekabetçi endişeleri gidermenin en etkili yoludur ve dikey veya aykırı birleşmelerden kaynaklanan problemlerin çözümünde de en iyi yol olarak görünmektedir. Birleşen teşebbüsün gelecekteki davranışlarına ilişkin taahhütler ise çok nadiren kabul edilmektedir (Duyuru, 2008, pr17).

1.4. TAAHHÜTLERİN SUNULMASINDA ÖZEL ŞARTLAR

802/2004 sayılı Yoğunlaşma Tüzüğü'nün Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün (Uygulama Tüzüğü), taahhütlerin sunulmasında öngörülen sürelerle ilişkin 19. maddesi uyarınca, istisnai hallerde ve ancak Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 19(5) maddesindeki incelemeye uyum sağlanabilecekse, Komisyon son süresini geçmiş taahhütleri de kabul edebilmektedir. Örneğin *Telia/Telenor* kararında Komisyon, yasal son süreden bir hafta sonra sunulan taahhütleri, gecikmenin

⁷³ ABA, bir çözüm paketinin kompleks olması paketin bütününe ilişkin bir probleme işaret etse de, tek başına paketin kompleks olması önerinin reddedilmesi için yeterli olmaması gerektiğini belirtmektedir (2007).

⁷⁴ Bkz: T-102/96 Gencor Ltd v. Commission pr319; BaByliss v Commission kararında İDM daha az yük getiren çözümler rekabet problemini yok ediyorsa, bunun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

İsveç ve Norveç Meclislerinin görüşü alınması gerekliliğinden kaynaklandığı gerekçesiyle kabul etmiştir (Cook ve Kerse, 2005).

Birleşme kontrolü sisteminin dört aşamalı bir inceleme usulü vardır: (i)bildirim öncesi görüşmeler aşaması, (ii)incelemenin I. aşaması, (iii)incelemenin II. aşaması ve (iv)uygulama aşaması.

İncelemenin başlamasıyla uyulmak zorunda kalınacak olan katı süre sınırlamaları nedeniyle, bildirim öncesi görüşmeler birleşme değerlendirmelerinde önemli rol oynamaktadır. *Volvo/Renault, Unilever/Best Foods ve Masterfoods/Royal Canin*⁷⁵ gibi yüksek pazar payına ulaştıran çakışmalar içeren ve bir ay içinde onaylanabilen dosyalar, bildirim öncesi görüşmelerin önemini göstermektedir (Winckler, 2003).

Bildirim öncesi aşamada yapılan görüşmelerde amaç, bildirimde ne tür bilgiler sunulması gerektiğinin ve düşünülen birleşmenin ne tür sorunlar yaratabileceğinin taraflarla tartışılmasını sağlamaktır. Bildirim sonrasında, taraflarla yapılabilecek görüşmeler arasında gidişat görüşmeleri vardır (*state of play meetings*). Gidişat görüşmelerinin amacı, Rekabet Genel Müdürlüğü ile taraflar arasında bilgi akışını sağlamak ve karar sürecinin etkinliğine, kalitesine yardımcı olmaktır. Bu görüşmeler tamamen isteğe bağlıdır. Bildirim sahibi taraflara incelemenin I. ve II. aşamasında normalde beş noktada gidişat hakkında görüşme önerilmektedir⁷⁶.

1.5. I. AŞAMA

Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 6(2). maddesine göre yoğunlaşma rekabet problemi yaratmıyorsa Komisyon işleme incelemenin başlarında izin verebilir⁷⁷. Taraflar bildirimden önce bile Komisyon'a taahhüt teklifinde bulunabilmekte ve en geç bildirimden gerçekleştiği tarihten itibaren 20 işgünü içerisinde taahhüt

⁷⁵ COMP/M.1980, COMP/M.1990 ve COMP/M.2544.

⁷⁶ a. I. aşamada 6(1)(c) kararına yol açabilecek ciddi endişeler mevcutsa I. aşamanın bitmesine 15 gün kalana kadar bir teklifte bulunulur. Bu aşama tarafların taahhütte bulunması için bir fırsattır.

b.6(1)(c) kararının alınmasından itibaren iki hafta içerisinde, bu noktada taraflar RGM'ye karara ilişkin görüşlerini belirtir. Bu görüşmenin amacı tarafları Komisyon'un endişeleri hakkında bilgilendirmektir.

c. Soruşturma Raporunun sunumundan önce.

d. Soruşturma Raporuna cevap geldikten ve sözlü görüş alındıktan sonra. Bu aşamada bir taahhüt önerisinde bulunması düşünülmüyorsa bu konuda tartışılıp, taahhüt önerisi şekillendirilebilir.

e. Danışman Komite (Advisory Committee) toplanmadan önce. Bu aşamada pazar araştırmasının sonuçları paylaşılabilceği ve taahhüt önerisinde düzeltmeler yapılabileceği ifade edilmektedir.

⁷⁷ Örnek 6(2) kararları için bkz: COMP/M.4475 Schneider Electric/APC, COMP/M.4494 Evraz/Highveld, , COMP/M.4367 APW/Nordic Capital/APSA/Capio.

sunabilmektedir. Komisyon ciddi endişelerinin bulunduğunu bu süre bitmeden taraflara bildirecektir⁷⁸.

Madde 6(2) çerçevesinde bir karara temel oluşturabilmesi için taahhüt önerilerinin şu şartları sağlaması gerekmektedir:

- a) Taraflarca üstlenilen yapısal ve usule ilişkin taahhütler detaylı ve tam olarak belirtilmelidir,
- b) Yetkili kişinin imzası olmalıdır⁷⁹,
- c) Uygulama Tüzüğü'nde belirtildiği üzere incelemenin yapılabilmesi için, öneriler taahhüt edilen hususlar hakkında yeterli bilgi içermelidir,
- d) Taahhütlerin sunulması esnasında pazar araştırması için taraflar, taahhüdün bir de ticari sır içermeyen kopyasını vermelidir. Bu kopya, üçüncü kişilerin gerekli analizi yapabilecekleri yeterlilikte bilgi içermelidir.

Bu şartlara uygun bir şekilde sunulan taahhüt önerileri Komisyon tarafından incelenecektir. Komisyon hem üye ülkelerin, hem de uygun görürse, üçüncü kişilerin taahhüt hakkındaki görüşlerini almaktadır⁸⁰.

I. aşamada taahhütler, sadece rekabet sorunu halihazırda tespit edilebiliyor ve kolayca çözüm yolu bulunabiliyorsa kabul edilebilmektedir. Bu nedenle rekabet problemi açık ve kolay tespit edilebilir olmalı, çözüm de bir o kadar belirgin ve kesin olmalıdır.

İncelemede önerilen taahhütlerin rekabetçi endişeleri gidermediği sonucuna ulaşırsa, Komisyon tarafları bu konuda bilgilendirmektedir. Komisyon'un bilgilendirmesi üzerine, taahhütlerin işleyebilir ve etkili olmasını sağlayacak değişikliklerin, hemen sunulması gerekmektedir. Komisyon'un nihai değerlendirmesi bir veya birden fazla pazarda rekabet sorunu ortaya çıkmayacağı yönündeyse, taraflar bu konuda bilgilendirilmektedir. Taraflar gerekmeden taahhütlerini geri çekmezse, Komisyon kararında söz konusu taahhütleri görmezden gelmektedir. Komisyon rekabetçi endişeleri olduğu

⁷⁸ Genellikle taraflara bir defa personelle toplantı imkanı sunulur (RGM, 2009a). Taraflar taahhütte bulunursa, Komisyon'un Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 6(1) maddesine göre karar alma süresi 25'ten 30 işgününe kadar uzamaktadır.

⁷⁹ Burada yetkili kişi sadece yoğunlaşma tarafını temsil eden kişi olmayıp, ilgili teşebbüslerin tamamını temsil eden kişi(ler)nin imzası olmalıdır (De Souza, 2006, 590).

⁸⁰ Bununla beraber Avrupa Ekonomik Alanı'ndan (EEA) daha geniş bir alanı içeren bir coğrafi pazar söz konusu ise veya işin niteliği gereği EEA'dan daha geniş bir coğrafi alan etkileniyorsa, önerilen taahhütler AB ikili işbirliği anlaşmaları bünyesinde EEA harici ülkelerin rekabet otoriteleri ile de görüşülebilir.

hususunda tarafları bilgilendirdiğinde, taahhüt sunmak ya da sunmamak tarafların kararıdır.

Pratikte I. aşama çözümleri, en çok rekabet sorunlarının incelemenin başlarında ortaya çıktığı, ilgili ürün ve coğrafi pazarların açık olarak tanımlanabildiği, tarafların rekabet sorununun varlığını fark ettiği ve uygun bir çözüm arayışında bulunduğu, tarafların ayrıştırma gibi etkili ve hızlı uygulanabilir bir çözüm benimsemeye hazır olduğu hallerde uygundur (Cook ve Kerse, 2005).

1.6. II. AŞAMA

Yoğunlaşma Tüzüğü m.8(2) kapsamında önerilen taahhütlerin, soruşturmanın başladığı günden itibaren en geç 65 işgünü içerisinde sunulması gerekmektedir⁸¹. Tarafların sürenin uzatılmasına ilişkin taleplerini süresi içinde vermesi gerekip, bu talepleri kabul edilebilir önemli bir istisnai gerekçeye dayanmalıdır. Ancak yine de bu talebin kabulü, taahhüt önerisinin incelenmesi için ve ilgili görüşlerinin alınması için Komisyon'a yeteri kadar zaman kalıyorsa mümkündür. Sürelere ilişkin hususlar Yoğunlaşma Tüzüğü 10. maddede düzenlenmektedir.

Taahhütlerin işe yarayacağını temini bakımından, tarafların taahhütlerin özüne ve uygulamasına yönelik taslak metinler sunması desteklenmektedir. Taraflar rekabetçi endişelerin detaylı incelenmesi ve taahhütlerin endişelere daha uygun yapılandırılması için daha geniş bir zamana ihtiyaç olduğunu düşünüyorsa, Komisyon'dan sürenin uzatılmasını talep edebilmektedir.

Yoğunlaşma Tüzüğü m.8(2) kararına esas oluşturmak üzere sunulan taahhüt önerileri, m.6(2) kararına esas oluşturacak taahhütlerin taşınması gereken şartlara sahip olmanın yanı sıra Komisyon'un öne sürdüğü bütün rekabet sorunlarını ele almalı ve tarafların esasa ve uygulamaya ilişkin taahhütlerini tam olarak tanımlamalıdır. Komisyon'un değerlendirmesi, önerilen taahhütlerin ciddi endişeleri (Komisyon'ca henüz bir Soruşturma Raporu (*Statement of Objections*) yayımlanmamışsa) veya Soruşturma Raporunda ortaya konan rekabetçi endişeleri giderdiği yönündeyse, Komisyon koşullu izin kararı verecektir. Tam tersine değerlendirme sonucunda taahhütlerin endişeleri gidermede yeterli olmadığı sonucuna ulaşırsa, taraflar bu konuda bilgilendirilecektir. Son sürelerden sonra önerilen bir taahhüdün kabulü Komisyon'a bağlıdır (RGM, 2009a, 7).

⁸¹ 10(3). Maddeye göre karar için öngörülen süre uzatılırsa, taahhüt verilmesi için düzenlenmiş süre de aynı sayıda uzar (Uygulama Tüzüğü'nün 19(2) maddesi)

1.7. AYRIŞTIRMA TAAHHÜTLERİ İÇİN MODEL METİNLER

Komisyon ayrıştırma taahhütlerine ve denetim uzmanına ilişkin model metinler içeren En iyi Uygulama Kılavuzunu (*Best Practice Guidelines*) yayımlamıştır. Söz konusu model metinler çok kapsamlı olmamanın yanı sıra taraflar açısından bağlayıcı da değildir (RGM, 2009b). Model metinler ayrıştırmaya ilişkin tipik bir taahhüt metninin içeriğini taraflarca kullanılabilen bir formatta gösterdiğinden, mevcut Duyuruyu destekler niteliktedir.

1.8. KOMİSYON'CA KABUL EDİLEBİLECEK ÇÖZÜM TÜRLERİ: AYRIŞTIRMA

Bir birleşme rekabeti bozuyorsa etkin rekabeti korumanın yasaklamadan başka en etkili yolu, ayrıştırmayla yeni bir rakip ortaya çıkaracak veya mevcut rakipleri güçlendirecek koşulları yaratmaktır. Ayrıştırma mutlaka rekabet edebilir işleri içermelidir (Duyuru, 2008, pr22). Birleşme çözümlerinin analizi de birleşme analizi gibi iki aşamalı olarak, tek taraflı etkilerin ve işbirliğine dayalı etkilerin incelenmesiyle yapılmaktadır. Sadece iki testten de tatmin edici sonuçlara varılıyorsa çözüm benimsenmektedir (Motta vd., 2007).

1.8.1. Ayrıştırmanın Kapsamı

Komisyonun elden çıkarılacak işkolunun kapsamını tanımlayabilmesi için, taraflar taahhütlerde yer verilen işkolunun kapsamını kesin ve detaylı bir şekilde tanımlamalıdır⁸². Alıcının onaylanması aşamasında, Komisyon tarafların isteği üzerine, alıcının ihtiyaç duymadığı varlıkları ve personeli hariç tutacak şekilde satışı onaylayabilmektedir. Bu kapsamda ayrıştırılacak işkolu etkin rekabet edebilme yeteneğine sahip olmalıdır.

1.8.2. Rekabet Etme Yeteneğine Sahip İşkolu

Komisyon bağımsız ve varlığını sürdürebilir bir faaliyetin ayrıştırılmasını tercih etmektedir. Ancak ayrıştırılacak işkolunun birleşen teşebbüsle belirgin bağları varsa ve bu bağları koparmak işkolunun ilgili pazarda

⁸² Konu hakkında detaylı bilgiye bölüm I.1.1.1'de yer verilmektedir. Ayrıştırılacak varlığın tanımında, işkoluna dahil ancak tarafların ayrıştırmaya dahil edilmesini istemediği, faaliyetin yaşayabilirliğini ve rekabetçiliğini etkilemeyen varlıkların belirtilmesi gerekmektedir. Ancak çoğu durumda ayrıştırmaya dahil edilmesi gereken ya da gerekmeyen varlıklar alıcının belirlenmesinden sonra tespit edilebilir. Bu durumda alıcı özelliklerine bağlı ayrıştırılacak faaliyetin içeriğine ilişkin tercih imkanı tanımlanabilir (ABA, 2007).

rekabet edebilirliğini etkilemiyorsa, söz konusu bağların koparılması⁸³ ve işkolunun bağımsızlaştırılması karşılığında taahhüt kabul edilebilmektedir.

Bazen ayrıştırma paketi bağımsız, rekabet etme yeteneğine sahip bir işkolundan değil, tarafların varlıklarının bir kombinasyonundan oluşabilmektedir.⁸⁴ Ancak tarafların varlıklarının karışımından oluşan bir ayrıştırma paketi, oluşturulan işin rekabet edebilirliğine dair ek riskler yaratabilmektedir⁸⁵. Bu tarz ayrıştırma paketlerinde Komisyon'un alıcının bu varlıkları derhal ve etkin bir şekilde birleştireceğine ikna edilmesi gerekmektedir.

Ayrıştırmanın taraflar ve Komisyon arasında uzlaşılabilir bir süre zarfında tamamlanması beklenmektedir. Bu noktada sunulan taahhütün, ayrıştırmanın gerçekleşmesi için öngörülen sürenin sonuna kadar nasıl bir anlaşma istendiğini içermesi gerekmektedir. Taahhütler genellikle 10 yıl gibi bir süre için söz konusu faaliyetlerin geri alınmamasını kapsamaktadır. Ancak taahhütlere, Komisyon'un pazar yapısının ayrıştırılan varlıkların geri alınmasının olumsuz bir etki oluşturmayacağı kadar değiştiğine karar verdiğinde, ayrıştırılan varlıkların geri alınabileceği hükmü konabilmektedir (Duyuru, 2008, pr43).

Fikri hakların lisanslanması ise, birleşen teşebbüsle bağları koparmadığından genelde rekabet etme yeteneğine sahip bir işkolunun ayrıştırılmasına göre tercih edilmemektedir. Lisanslama, sadece süregelen bir araştırmanın zarar görmesi durumu mevcutsa veya söz konusu lisansın ayrıştırılması mümkün değilse kabul edilmektedir. Bu tür bir ayrıştırmada lisans, verilene münhasır olmalı ve herhangi bir kullanım alanı ve coğrafi alan kısıtlaması içermemelidir. Lisansın taraflarca kullanımı mecburi ise, lisansın ayrıştırılması ve ardından birleşen teşebbüse lisanslama durumu kabul edilebilmektedir. Tabii ki bu ayrıştırmada potansiyel lisans verilenin kimliği, taahhüdün başarıya ulaşması için anahtar konumdadır (Duyuru, 2008, pr38).

1.8.3. Alternatif Ayrıştırma Taahhütleri

Komisyon ilk taahhüdün belirtilen sürede gerçekleştirilememesi halinde geçerli olacak, en az ilki kadar iyi bir başka çözümü içeren alternatifli bir taahhüt paketini kabul edebilmektedir. Alternatif ayrıştırma paketi, en az önerilen ilk paket kadar iyi olmalı ve her iki alternatifin toplam uygulama süresi

⁸³ Taraflarla rakipler arasındaki bağlar, birleşmeden kaynaklanan rekabetçi endişeleri destekliyorsa, tarafların taahhütleri bu bağların koparılmasını da içermelidir (Duyuru, 2008, pr58).

⁸⁴ COMP/M.603- Crown Cork&Seal/CarnaudMetalbox.

⁸⁵ İstisnai dosyalarda, sadece markaları ve bunu destekleyici üretime ilişkin varlıkları içeren bir ayrıştırma paketi etkin rekabetin sağlanabilmesi için yeterli olacaktır. Ör. Bkz:COMP/M.623-Kimberly-Clark/Scott Paper.

sıradan bir ayrıştırmaya verilen süreden uzun olmamalıdır. Ayrıştırmaya kadarki ara dönemde her iki alternatifteki varlıklar da ayrı yönetilmelidir⁸⁶ (Duyuru, 2008, pr44)

1.9. UYGUN BİR ALICIYA TRANSFER

Rekabet edebilir iş kolu ve uygun alıcı unsurları birbiriyle bağlantılıdır ve bir faaliyetin uygun alıcıyı çekme potansiyeli, Komisyon'un önerilen taahhüdün uygunluğunu değerlendirmesinde önemli bir unsur teşkil etmektedir. Bu noktada taraflar, Komisyon'un onayladığı bir alıcıyla bağlayıcı bir anlaşmaya girmeden, bildirim konusu işlemi gerçekleştirmeyeceklerini taahhüt etmedikçe, Komisyon devralmaya izin vermeyecektir. Bir faaliyetin ayrıştırılması izin kararı için koşul haline geldiğinde ise, söz konusu faaliyet için uygun alıcıyı taraflar bulacaktır. Taraflar, ayrıştırma paketini alıcılar için daha çekici hale getirmek amacıyla, pakete başka varlıklar da ekleyebilmektedir. Aşağıda uygun alıcının taşınması beklenen özelliklere ve taahhütlerin alıcıya ilişkin içermesi gereken hükümlere yer verilmektedir.

1.9.1. Alıcının Uygunluğu

Alıcının yaşayabilirliği rekabetin geri kazanılması için hayati olduğundan, Komisyon alıcının belirli şartları taşınmasını istemektedir. Bu nedenle ayrıştırılacak işkolunun alıcısı Komisyon'un ön onayına tabidir. Örneğin *Bosch/Rexroth*⁸⁷ kararında Komisyon, sunulan taahhütlerin rekabetin geri kazanılması için alıcının çok güçlü bir rakip olması gerektiği ve bu nedenle taahhütlerin yeterli olmadığı görüşünü bildirmiştir. Aksi halde Bosch zaman içerisinde, endüstriyel hidrolik işi alanındaki güçlü müşteri ilişkileri sayesinde, pazar payını geri kazanacaktır (Motta vd., 2007). *Total Fina/Elf Acquitaine*⁸⁸ kararında ise Komisyon, La Mirabellia'yı Total Fina Elf'le rekabet edebilecek ve rekabeti geliştirebilecek kapasitesi olmadığından uygun alıcı olarak kabul etmemiştir (Cook ve Kerse, 2005).

Alıcının uygunluğunu belirleyen standart alıcı koşulları şu şekildedir⁸⁹ (Duyuru, 2008, pr48):

- Alıcı taraflardan bağımsız ve ilişkisiz olmalıdır,

⁸⁶ Bu noktada ABA kıymetli varlığın tarafların yönetiminde olması, ancak değerinin düşürülmemesi gerektiği görüşündedir (2007).

⁸⁷ COMP/M.2060.

⁸⁸ COMP/M.1628.

⁸⁹ Alıcı koşulları dosya bazında değerlendirilmelidir. Buna örnek olarak gerektiği hallerde alıcının finansal alıcı değil, endüstri içerisinden biri olma zorunluluğu gösterilebilir. Ancak tüm finansal alıcılar, uygun alıcı koşulunu sağlamıyor denilemez (Freshfields Bruckhaus Deringer, 2007).

- Alıcı finansal kaynaklara, kanıtlanmış ilgili deneyime ve ayrıştırılan faaliyet ile taraflara karşı yaşayabilir, aktif bir rakip olma niyetine ve kabiliyetine sahip olmalıdır,
- Önerilen alıcıya satış işlemi yeni bir rekabet problemi ortaya çıkarmamalı, taahhütlerin uygulanmasının gecikmesi riski doğmamalıdır. Bu nedenle önerilen alıcı ilgili tüm otoritelerden gerekli izinleri alabilecek nitelikte olmalıdır.

1.9.2. Uygun Alıcının Belirlenmesi

Ayrıştırmanın uygun bir alıcıya yapıldığını belirlemede genel olarak üç yöntem vardır. Bunlar; (i)Komisyon'un alıcı koşulları çerçevesinde onayladığı bir alıcıya izin kararına temel oluşturan taahhütler çerçevesinde sınırlı bir sürede devri gerçekleştirmek, (ii)Komisyon'un onayladığı bir alıcıyla bağlayıcı bir anlaşmaya girmeden bildirim konusu işlemi gerçekleştirmemek (belirli alıcı durumu)⁹⁰ ve (iii)Komisyon'un da onayladığı bir alıcıyla karar öncesi bağlayıcı bir anlaşmaya varmaktır (önce-düzeltilmiş)⁹¹ (Duyuru, 2008 pr50). Son iki kategori arasındaki fark, ilkinde karar öncesinde alıcının kim olduğunun belirli olmamasıdır⁹². Kategorilerden hangisinin tercih edileceği olay bazında değerlendirilmektedir. Bu seçimde belirleyici olan noktalar alıcı bulunup bulunamayacağı, alıcılara ve ayrıştırmaya özgü risklerdir. Uygulamada tarafların genellikle onay karardan sonra gerçekleştirilecek şekilde taahhüt verdiği dile getirilmektedir (Braun ve Ritter, 2004, 653).

1.9.2.1. Elden Çıkarılacak Varlığın Karardan İtibaren Belirli Bir Sürede Satışı

Çözüm ile izin verilen yoğunlaşma işlemleri incelendiğinde, çoğu kararda bu kategorinin benimsendiği görülmektedir. Alıcının haiz olması

⁹⁰ Belirli alıcı çözüm yolu karardan önce önerilmiş olmalıdır. Devir izinden sonra gerçekleştirilebilir.

⁹¹ Bkz. COMP/M.1915-Post Office/TPG/SPPL, COMP/M.2544-Masterfood/Royal Canin, COMP/M.3431-Sonoco/Ahlstrom. COMP/M.2032- SCA Packaging/Metsa Corrugated'da ise SCA I. aşamada üçüncü bir tarafla şartlı satış anlaşması yapmıştır.

⁹² Duyuru'da belirli alıcı ve önce-düzeltilmiş tanımları ABD'deki uygulamanın tam tersi şekilde kullanılmıştır. ABD'de belirli alıcı "önerilen taahhütü kabul edilmeden taraflarla nihai anlaşmaya varmış alıcı" olarak tanımlanmaktadır. Komisyon izin kararını vermeden önce satış anlaşması ve alıcı detaylı olarak incelenir. Sonuç olarak alıcının ismi ve anlaşma karara eklenmiş olur. Belirli alıcı durumundaki önemli nokta, karar alınmadan önce alıcı belirlenmiş olmakla beraber, ayrıştırmanın izin kararının alınmasından çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilmesini gerekmesidir (LIDC,2007). Komisyon da Duyuru'da içtihatla önce-düzeltilmiş ve belirli alıcı tanımlarının birbirleri yerine kullanılabilirliğini ifade etmektedir (Duyuru, 2008, pr.50). Karşılaştırmak için bkz (FTC FAQ, Q7).

gereken özelliklere sahip yeterli alıcı adayı varsa ve satışın gerçekleşmesinde bir gecikme oluşmayacaksa bu kategori tercih edilebilmektedir.

1.9.2.2. Belirli Alıcı Durumu (up front buyer)

Bazı kararlarda Komisyon, taahhüdü sadece belirli bir alıcı önerildiğinde kabul edebilmektedir. Böyle durumlarda taraflar taahhütlerinde Komisyon'un onayladığı bir alıcıyla bağlayıcı anlaşmaya girmeden devralmayı gerçekleştirmeyeceği yönünde bir hüküm bulundurmaktadır. Örneğin, *Masterfoods/Royal Canin*'de⁹³ de Komisyon ayrıştırılacak işkolunun yeterli finansal kaynaklara, AR-GE yeteneğine ve pazarda kanıtlanmış deneyime sahip bir alıcıya satılması konusunda ısrarcı davranmıştır (Winckler, 2003).

Belirli alıcı şartı üçüncü kişi haklarından kaynaklanan belirsizlikler varsa tercih edilebilmektedir. Ancak böyle bir durumda taraflar belirli alıcı şartı ile kıymetli varlık hükmü arasında tercihte bulunabilir (Duyuru, 2008, pr54). Bu türden bir şart devire kadarki sürede rekabet düzeyini korumak mümkün değilse de benimsenebilmektedir. Papandropoulos ve Tajana (2006), ayrıştırma sürecindeki başarısızlık riskini kısmi olarak taraflara yüklemek gerektiğini, bunun da "kıymetli varlık"⁹⁴ ve "belirli alıcı" hükümleriyle sağlanabileceğini ifade etmektedir. Ancak bu hükümlerin tarafa ekstra maliyet yüklediği de unutulmamalıdır. Belirli alıcı hükmü, söz konusu maliyeti ayrıştırma başarısız olmadan yüklemekte, kıymetli varlık hükmü ise sadece ayrıştırma başarısız olduğunda yüklemektedir. Bu nedenle Papandropoulos ve Tajana (2006) belirli alıcı yerine kıymetli varlık hükmünün tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

1.9.2.3. Önce-Düzeltilen Çözümleri (fix-it-first)

Bu kategoride Komisyon'un incelemesi sırasında, uygun alıcının belirlenmesi ve bağlayıcı bir anlaşma akdedilmesi gerekmektedir. Komisyon ancak alıcıyı ve ayrıştırmayı değerlendirmesinin ardından devre izin verecektir. Bu kategori genellikle önerilen çözümün etkili olması için alıcının kimliği önemliyse veya belirli bir alıcının elinde olmadıkça ayrıştırma konusu faaliyet sürdürülebilir olmayacaksa tercih edilmektedir. Ancak uygun birkaç alıcı varsa, bunlardan herhangi birine satılacağı kabulüyle belirli alıcı şartı getiren bir taahhüt de kabul edilebilmektedir.

⁹³ COMP/M.2544.

⁹⁴ Tanım için bkz sf.14

1.10. DİĞER ÇÖZÜMLER

Komisyon diğer türden çözümleri sadece en az ayrıştırma kadar etkililerse kabul etmektedir. Komisyon genellikle davranışsal çözümleri, aykırı birleşmelerden kaynaklanan rekabetçi endişelerin giderilmesinde benimsemektedir. Ancak *Gencor*⁹⁵ kararında İDM tarafından, yapısal çözümlerin kural olarak tercih edildiğini belirtilse de, ayrımcı olmayan koşullarla erişimin sağlanması gibi davranışsal çözümlerin de tek başına hakim durumun güçlenmesini veya oluşmasını engeller nitelikte olabileceği ifade edilmiştir. *Tetra Laval*⁹⁶ kararında da Avrupa Adalet Divanı (AAD), İDM'yi destekler biçimde, Komisyon'un dışlayıcı davranışlara ilişkin endişesine karşın, Tetra Laval'ın dışlayıcı davranışta bulunmayacağına yönelik davranışsal çözüm önerisini Komisyon'un dikkate almamasını olumsuz karşılamıştır. Fakat bu noktada Komisyon'un ayrıştırmayı tercih etmesinde, davranışsal çözümlerin denetime ve uygulamaya ilişkin zorluklarını göz önünde bulundurduğu unutulmamalıdır. Ayrıştırma rekabet sorununu gidermede etkili ve kalıcı bir yöntemdir ve süregelen bir denetim gerektirmemektedir (Cook ve Kerse, 2005).

Örneğin *MCI/Worldcom/Sprint*⁹⁷ kararında Komisyon'un taahhütleri reddetmesinin bir sebebi de, ayrıştırmaya ilişkin taahhütlerde öngörülen denetim mekanizmasının Komisyon'un çok fazla kaynağını ve zamanını alacak olması nedeniyle çözüm mekanizmasının etkisini düşürecek olmasıdır (Cook ve Kerse 2005). Aşağıda erişim ve uzun dönemli münhasır anlaşmaların değiştirilmesi çözümlerine ilişkin Komisyon görüşlerine yer verilmektedir⁹⁸.

1.10.1. Erişim Çözümleri

Bazı kararlarda Komisyon önemli teknolojilere ve zorunlu girdilere erişim hakkını içeren çözümleri kabul etmektedir. Erişim taahhütleri genellikle karmaşık olup, etkili bir şekilde işleyebilmesi için, denetime ilişkin hükümler içermektedir. Bu türden bir izleme genelde, taahhütlerden yararlanmak isteyen pazar oyuncuları tarafından yapılmaktadır.

1.10.2. Uzun Dönemli Münhasır Anlaşmaların Değiştirilmesi

Yoğunlaşma, mevcut uzun dönemli anlaşmaları rekabet karşıtı hale getiriyorsa anlaşmaların iptali uygun görülebilmektedir. Ancak mevcut deliller, Komisyon'u uzun dönemli münhasır anlaşmaların fesh edilmesinin ardından fiili

⁹⁵ Bkz: T-102/96 pr313-320. Ayrıca bkz: T-158/00, ARD v. Commission, pr.193.

⁹⁶ Commission v. Tetra Laval BV (C12/03 P) [2005] 4 CMLR 8

⁹⁷COMP/M.1741

⁹⁸ Konu hakkında daha detaylı bilgiye I.2.3. bölümde yer verilmiştir.

münhasırlık oluşmayacağına ikna etmelidir. Denetimdeki zorlukları dolayısıyla bu uzun vadeli anlaşmaların değiştirilmesi genelde sadece çözüm paketine ek olarak kabul edilmektedir.

1.11. REVİZYON MADDESİ

Taahhütler çoğunlukla tarafların geçerli bir nedenle süre uzatımını talep etmelerine veya istisnai hallerde taahhütlerini değiştirmelerine imkan tanımaktadır. Revizyon maddesinde sadece genel bir değişiklik hakkı yerine, bir hususa özel değişiklik hakkı da verilebilmektedir. Süreleri uzatarak taahhütleri değiştirme, özellikle uygulamadaki aksaklıklara karşı ayrıştırma taahhütlerinde benimsenmektedir. Taraflar süre içerisinde uzatma talebinde bulunabilmektedir. Komisyon, tarafların süre uzatımı talebini sadece tarafların kendilerinden kaynaklanmayan geçerli nedenler mevcutsa ve ayrıştırma kısa bir süre içerisinde gerçekleştirilebilecekse kabul etmektedir (Duyuru, 2008, pr72).

Ayrıştırma harici taahhütler değiştirilmeye daha müsaittir. Örneğin erişim taahhütlerinin yıllar boyunca süreceği düşünülürse, zaman içerisinde pazar yapısının değişimiyle, söz konusu taahhütlerin değiştirilmesi ve hatta ortadan kaldırılması gerekebilecektir. Değişiklik veya ortadan kaldırmada ilk durum, pazarın yapısında önemli ve kalıcı değişim olmasıdır.⁹⁹ İkinci durum, taahhüdün uygulanmasından edinilen deneyimler sayesinde taahhütler üzerinde küçük değişiklikler yapılarak daha işler bir nitelik kazandırılmasıdır.

Komisyon'un tüm etkileri *ex-ante* tahmin edememe ihtimaline karşı, taraflar taahhütlerine, Komisyon'un küçük değişiklikler yapmasına imkan tanıyan bir madde koyabilmektedir. Ayrıca tadilatlar, asıl taahhütler amacına ulaşmazsa ve rekabetçi endişeleri tamamen ortadan kaldıramazsa da gerekebilmektedir¹⁰⁰. Ancak bu türden bir madde, çeşitli hususların çözümlerin etkisini tehlikeye atabileceğine ilişkin endişeler olan dosyalarla sınırlı olmaktadır.

⁹⁹ Bunu göstermek için Komisyon kararının üzerinden yeterince uzun bir zaman, genellikle yedi yıldan fazla bir süre, geçmiş olması ve taraflarca değişiklik talep edilmesi gerekmektedir. Her türlü değişiklik teklifi halinde Komisyon üçüncü kişilerin görüşlerine de taahhütlerinin etkinliğinin azalmadığından emin olmak için başvuracaktır (Duyuru, 2008, 74).

¹⁰⁰ Usulen tarafların asıl taahhütlerde değişiklik önermesi istenebilir veya Komisyon kendiliğinden tarafları dinledikten sonra şart ve yükümlülükleri tadil edebilir. Ancak taahhütlerde bir değişiklik yapılması, söz konusu değişiklik karar öncesinde de taraflarca uygulanmışsa taahhüt ihlalini ortadan kaldırmaz ve Komisyon Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 14 ve 15. maddelerine göre hareket edebilir.

1.12. TAAHHÜTLERİN UYGULANMASINDA ŞARTLAR

Taahhütler genellikle karardan sonra uygulanmak üzere, onay kararının çıkmasını garantilemek amacıyla verilmektedir. Bu durum, taahhütlerin zamanında ve başarılı bir şekilde uygulanmasının garantilenebilmesi için bazı önlemler gerektirmektedir. Hatta uygulamaya dair bu hükümler tarafların taahhüdünün bir bölümünü oluşturmaktadır.

1.12.1. Ayırıştırma İşlemi

Ayırıştırma tarafların Komisyon'la uzlaştığı sınırlı sürede gerçekleştirilmek zorundadır. Komisyon uygulamasında toplam süreç, nihai anlaşmaya girme süreci ve kapanışa ilişkin, ticari ismin geçmesini içeren süreç olarak ikiye ayrılmaktadır. Anlaşma süreci de ayrıca ikiye ayrılmaktadır. Tarafların uygun alıcıyı aradıkları süreç “birincil ayırıştırma süreci”; bu süreçte uygun alıcı bulunamadığında, ayırıştırma uzmanının varlıkları asgari fiyat şartı aranmadan satışa çıkardığı süreçse “uzmanla ayırıştırma süreci” olarak tanımlanmaktadır.

Komisyon'un deneyimleri süreçlerin kısa belirlenmesinin ayırıştırmanın başarılı olması için çok önemli bir unsur olduğunu göstermektedir. Aksi halde, ayırıştırılacak işkolu uzunca bir süre belirsizlik içerisinde bulunacaktır. Komisyon normalde birincil ayırıştırma sürecine 6 ay, uzmanla ayırıştırma sürecine de ek bir 3 ay ayrılmasını uygun görmektedir. İşlemin kapanışı için gereken süre de 3 ay olarak belirlenmektedir (Duyuru, 2008, pr98)¹⁰¹. Genellikle süreler Komisyon kararının alındığı gün başlar. Ancak devralma işlemi iznin ardından bir ihaleyle gerçekleştirilecekse ve ayırıştırılacak şirket hedef şirket bünyesindeyse, sürenin başladığı ana ilişkin bir istisna yapılabilmektedir. Benzer bir durum, kapanışı gerçekleştirmek tarafların kontrolünde değilse de yaşanmaktadır. Her iki halde de, süreler işlemin kapanışını takiben başlamaktadır. Ancak bu durum ayırıştırmaya ayrılan sürelerin daha kısa belirlenmesine yol açabilmektedir.

Belirli alıcı durumunda yukarıdaki usul uygulansa da, önce-düzeltilmeden çözümlerde durum farklıdır. İncelemeler devam ederken zaten uygun bir alıcı ile bağlayıcı bir anlaşmaya girilmiş olduğundan, karar sonrasında sadece kapanış için bir süre ayrılmasına ihtiyaç vardır.

¹⁰¹ Belirtilen süreler dosya bazında değiştirilebilir, özellikle de işkolunun kısa sürede değer kaybetmesi söz konusu ise, sürelerin kısaltılması uygun görülmektedir.

1.12.2. Alıcının, Satışın ve Satış Anlaşmasının Onaylanması

Ayrıştırma işleminin yanı sıra, taahhüdün etkili olmasını sağlamak için önerilen alıcıya satış, Komisyon'un ön onayına tabidir. Taraflar (veya ayrıştırma uzmanı) alıcıyla nihai olarak anlaşmış olduğunda, Komisyon'a gerekçeli bir teklif sunar. Taraflar (veya ayrıştırma uzmanı) gerekçeli tekliflerinde, önerilen alıcının, alıcı şartlarını sağladığına, işkolunun karara ve taahhütlere uygun bir şekilde ayrıştırılacağına Komisyon'u ikna edecek nitelikte olması gerekmektedir. Taahhütler ayrıştırma paketinin ayrı kısımlarının ayrı alıcılara satılmasına izin veriyorsa, Komisyon her alıcının uygunluğunu ayrı ayrı değerlendirdikten sonra, bir de ayrıştırma paketinin bir bütün olarak bu şekilde rekabetçi endişeleri ortadan kaldırıp kaldıramayacağını incelemektedir¹⁰².

Alıcının yeterli finansal kaynaklara sahip olması zorunluluğu, ayrıştırmada finansmanın alıcı tarafından sağlanması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Satıcı tarafından finansman, ileride ayrıştırılan şirketin karı üzerinde satıcıya hak sağlayacaksa, Komisyon bunu kabul etmemektedir (Duyuru, 2008, pr103).

Ayrıştırma Topluluk boyutu olan bir yoğunlaşmaya yol açıyorsa, bu işlem için de Yoğunlaşma Tüzüğü çerçevesinde bir bildirimde bulunma ve izin alma zorunluluğu vardır.

Komisyon'un onayı sadece alıcıya ilişkin değil, aynı zamanda satış anlaşmasına ve taraflarla alıcı arasında yapılacak (geçici olanlar dahil) tüm anlaşmalara ilişkindir. Komisyon tarafların teklifinin ardından, taraflara alıcının uygun olup olmadığına ilişkin görüşünü iletmektedir. Komisyon alıcının uygun olmadığı sonucuna ulaşırsa, bu yönde bir karar almaktadır. Diğer yandan Komisyon satış anlaşmasının (veya yan anlaşmaların) taahhütlere uygun olmadığı sonucuna ulaşırsa, alıcıyı bir kararla reddetmek yerine öncelikle taraflarla bu konuda iletişime geçmektedir. Ancak eğer ki Komisyon alıcının ve ilgili anlaşmaların taahhütlere uygun olduğu sonucuna varırsa, önerilen alıcıya satışı onaylamaktadır (Duyuru, 2008, pr106).

1.12.3. Tarafların Ara Dönemdeki Yükümlülükleri

Taahhütlerin kabul edilmesi ile ayrıştırmanın gerçekleştirilmesi arasında kalan dönemde, tarafların bazı yükümlülükleri vardır. Şu hususlar normalde ara dönemi düzenleyecek şekilde taahhütlere eklenmiş olmalıdır:

¹⁰² Genellikle Komisyon incelemelerini tarafların gerekçeli teklifi, denetleyici uzmanın gerekçeli görüşü, önerilen alıcı ile yapılan görüşmeler ve önerilen alıcının iş planı çerçevesinde yapmaktadır.

- i) İşkolunun ara dönemde yaşayabilirliğini koruyucu hükümler;
- ii) Gerekiyorsa, işkolunu ana teşebbüsten ayırmak için gerekli adımlar ve
- iii) İşkolunu ayırıştırmaya hazırlamak için gerekli adımlar.

1.12.3.1. Ayırıştırlacak Faaliyetin Ara Dönemde Muhafazası

Ayırıştırlacak faaliyetin rekabetçi potansiyelinin ara dönemde düşmesi riskini asgariye indirme sorumluluğu taraflara aittir. Bu nedenle, tarafların bu yönde taahhütte bulunmaları beklenmektedir. Taraflar, işkoluna ait bütün varlıkları korumak ve faaliyet üzerinde olumsuz etkiye sahip olabilecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. Taraflar bu yükümlülükleri çerçevesinde, işkolunun sermaye veya kredi yapısı gibi gerekli finansal kaynaklarını korumaya devam etmeli, mevcut iş planına uymalı, idari ve teknik fonksiyonları yürütmeli ve o sektörde var olabilmek için gereken her türlü fonksiyonu yerine getirmelidir. Taahhütler ayrıca önemli personelin ayırıştırlacak şirkette kalmasını teşvik edecek ve birleşen teşebbüse aktarılmasını engelleyecek hükümler içermelidir (Duyuru, 2008, pr108).

Ayırıştırlacak işkolunun rekabetçi potansiyelinin korunmasında ilgili işkolu, tarafların mevcut işlerinden ayrı tutulmalı ve ayırıştırlacak işkolu ile kendi önemli personeli arasındaki ilişki kesilmelidir. Ayırıştırlacak işkolu kurumsal bir yapıya sahip ayrı bir şirketse, şirket üzerindeki oy hakları ve diğer yönetime ilişkin haklar, denetleyici uzman tarafından kullanılmalıdır. Bu süreçte tarafların faaliyete ilişkin hiçbir ticari sırrı ve diğer gizli bilgileri öğrenmemesi sağlanmalıdır. Karardan önce taraflarda bulunan faaliyete ilişkin tüm gizli belgeler, ayırıştırlacak işkoluna teslim edilmeli veya yok edilmelidir¹⁰³.

Tarafların genellikle ara dönemde bir “ayrı tutma yöneticisi” (*hold-seperate manager*) atamaları da istenmektedir. Ayrı tutma yöneticisi, elden çıkarılacak faaliyetin taraflardan ayrı işletilmesinden ve taraflara bilgi akışının durdurulmasından sorumludur. Ayrı tutma yöneticisi, denetleyici uzmanın gözetimi ve denetiminde çalışmaktadır. Taahhütlerin, atamanın izin kararı çıkar çıkmaz, hatta kapanıştan önce gerçekleşmesini sağlayacak nitelikte düzenlenmesi beklenmektedir¹⁰⁴ (Duyuru, 2008, pr112).

¹⁰³ Duyuru’dan denetleyici uzman rutin bir taahhütmüş gibi algılanmaktadır. Ayırma içeren ayırıştırmada denetleyici uzman gerekli olmakla beraber çok kısa sürede gerçekleştirilecek tek başına var olan bir işkolunun ayırıştırlmasında veya bir ortak girişimin parçalanmasında, zaten ayrı tutma yöneticisi atanıyor ve aylık raporlar gönderiliyorsa gerekli olmayabilir (AMCHAM EU, 2007).

¹⁰⁴ Ayrı tutma yöneticisini taraflar kendileri belirleyebilir ancak taahhüt, ayrı tutma yöneticisinin taahhütlere aykırı davranması durumunda veya ayırıştırmının zamanında ve düzgün bir şekilde

1.12.3.2. Ayırma İçin Adımlar

Ayırma (*carve out*), taraflarca uzmanın denetiminde ve ayrı tutma yöneticisinin iş birliğiyle yürütülmelidir. İlk olarak ayrıştırılacak işlerle, kalan işlerin paylaştığı varlık ve personel, ayrıştırılacak işkoluna aktarılır. Varlıkların ve personelin paylaşılması, denetleyici uzman tarafınca izlenecek ve onaylanacaktır. Ayırma sürecinde, paylaşılan varlıkların ayrıştırılacak faaliyete aktarılması gerektiğinden, bu varlıkların aynısından edinmek gerekebilmektedir (Duyuru, 2008, pr35).

Taahhütler potansiyel alıcıların, ayrıştırılacak teşebbüs hakkında, yeterli bilgi edinebilmelerini ve personele doğrudan ulaşabilmelerini sağlamalıdır. Tarafların ayrıca düzenli aralıklarla potansiyel alıcılar ve pazarlıklarla ilgili rapor vermesi istenmektedir. Ayrıştırma, ancak işlem kapandığında, yani ticari isim ve varlıklar onaylanmış alıcıya transfer edildiğinde gerçekleşmiş olacaktır. Sürecin sonunda tarafların kapanışın ve varlıkların transferinin gerçekleştiğini doğrulayan bir nihai rapor göndermesi gerekmektedir.

1.12.4. Denetleyici Uzman (*Monitoring Trustee*) ve Ayrıştırma Uzmanı (*Divestiture Trustee*)

Uygulama Tüzüğü 20(a) maddesine göre, taraflar taahhütlerine, taahhütleri yerine getirmelerini denetleyecek ve/veya kendi yerlerine yerine getirecek, masraflarını tarafların karşılayacağı bağımsız bir veya birden fazla uzmanın, Komisyon onayıyla atanmasını ekleyebilmektedir. Söz konusu uzman, görevlerini Komisyon'un gözetiminde yerine getirmektedir. Aynı maddeye göre Komisyon, bu türden taahhütleri re'sen 6(2) veya 8(2) kararına şart veya yükümlülük olarak ekleyebilmektedir.

1.12.4.1. Denetleyici Uzmanın Rolü

Komisyon geçiş dönemine özgü muhafaza hükümlerine uyumu düzenli olarak denetleyemeyeceğinden, taraflar ara süreçte taahhütlerdeki yükümlülüklerine uyumlarının denetlenmesi amacıyla bir denetleyici uzman atamayı önermektedir. Denetleyici uzman görevlerini Komisyon'un gözetiminde sürdürecektir, Komisyon'un bir nevi temsilcisi olacak, işkolunun ayrı olarak düzgün bir şekilde yönetilmesini temin edecektir. Bu nedenle, Komisyon denetleyici uzmana taahhütlere uyumu sağlaması için her türlü emir ve talimatı verebilmekte, uzman da görevlerini yerine getirebilmesi için gereken tüm tedbirleri taraflara önerebilmektedir. Ancak, taraflar Komisyon'un onayı

gerçekleştirilmesini zora sokması durumunda, denetleyici uzmana ayrı tutma yöneticisini görevden alma yetkisi vermemelidir. Yeni bir ayrı tutma yöneticisi atanması uzmanın onayına tabidir.

olmadan uzmana herhangi bir talimat verememektedir (Duyuru, 2008, pr. 117-119).

Taahhütler denetleyici uzmanın görevlerini genel olarak belirleyecektir. Uzmanın görev ve yükümlülükleri detaylı olarak uzman ve taraflar arasında akdedilecek olan Denetleyici Uzman Anlaşmasında belirlenecek olup, iş planıyla daha da detaylandırılmaktadır. Denetleyici uzmanın görevleri genellikle Komisyon kararının alınmasının hemen ardından başlamakta, işkolunun onaylanan alıcıya yasal olarak ve fiilen devredilmesine kadar sürmektedir.

Denetleyici uzmanın Komisyon gözetiminde yürütmesi gereken beş ana, ayrıntılı olmayan görevi şu şekilde sıralanabilir:

- Ayrıştırılacak işin ara dönemde nasıl işletildiğini denetler,
- Ayırma gereken dosyalarda, varlıkların ve personelin nasıl ayrıldığını, bölüştürüldüğünü veya kopyalandığını denetler,
- Tarafların uygun bir alıcı bulma ve ayırıştırma yönündeki çabalarını izler¹⁰⁵,
- Üçüncü kişilerden gelebilecek her türlü talepte iletişim noktası görevi görür¹⁰⁶,
- Komisyon'a tüm bu konularda düzenli aralıklarla ve gerektiğinde rapor verir.

Taahhütler ayrıca kapsamlı bir şekilde denetleyici uzmanın taraflarla ilişkisini de düzenleyecektir. Görevlerini yerine getirebilmesi için uzmanın taraflara ve ayırıştırılacak faaliyete ait bilgi ve belgelere ulaşım hakkı, taahhütlerin uygulanması ile ilgili taraflardan yönetsel ve idari destek isteme hakkı olmalı; uzmana ayırıştırma süreci ve potansiyel alıcılar hakkında bilgi sağlanmalıdır. Ayrıca taraflar uzmanın masraflarını karşılamalı ve taahhütlerin yerine getirilmesi için gerekliyse, danışman atamasına izin vermelidir. Taahhütler ayrıca Komisyon'un taraflara ilişkin bilgileri, görevlerini yerine getirebilmesi için uzmanla paylaşmasına da müsaade etmelidir. Denetleyici uzman bu bilgileri gizli tutmakla yükümlüdür.

¹⁰⁵ Potansiyel alıcının faaliyet konusunda yeterince bilgi edinip edinemediğini denetlemek, önerilen alıcının alıcı şartlarını sağlayıp sağlamadığı konusundaki gerekçeli görüşünü Komisyon'a iletme, sürecin sonunda faaliyetin yasal ve fiili transferinin gerçekleşmesini izlemek ve bu konuda nihai bir rapor vermek, denetleyici uzmanın görevleri arasındadır.

¹⁰⁶ Taraflar ilgili üçüncü kişileri ve potansiyel alıcıları denetleyici uzmanın kim olduğu ve taahhütler bakımından ne tip görevleri olduğu konusunda bilgilendirir. Taraflar ve üçüncü kişiler arasında taahhütlere ilişkin anlaşmazlık durumunda denetleyici uzman her iki tarafla da söz konusu anlaşmazlık hakkında görüşür ve bunu Komisyona rapor eder.

1.12.4.2. Ayırıştırma Uzmanının Rolü

Komisyon'un önerilen taahhütlerin uygulanacağından emin olmasını sağlamak için, tarafların bir ayırıştırma uzmanı ataması beklenmektedir. Taraflar birincil ayırıştırma sürecinde uygun bir alıcı bulamazlarsa, ayırıştırma uzmanı sürecine geçilmektedir. Bu süreçte ayırıştırma uzmanı, faaliyetin Komisyon gözetiminde, belirli bir sürede, asgari fiyat olmadan uygun bir alıcıya satılması için geri alınamaz ve münhasır vekaletle sahip olacaktır. Ayırıştırma uzmanı tarafından yapılacak satış, tarafların satışıyla aynı şekilde Komisyon'un onayına tabi olacaktır.

Cary ve Bruno (1997), neredeyse tüm ayırıştırma kararlarında bir ayırıştırma uzmanı atanmasına ilişkin hüküm olduğunu ifade etmektedir. Ayırıştırma uzmanına ilişkin hüküm kendiliğinden devreye girmez; Komisyon'un bu yönde eylemini gerektirmektedir. Komisyon, uzmanın atanması yönünde bir eylemde bulunmazsa, atamak için verilmiş bir süre olsa bile, tarafın varlıkları ayırıştırma yükümlülüğü devam edecektir.

1.12.4.3. Uzmanın ve Uzman Anlaşmasının Onaylanması

Taahhüde bağlı olarak, denetleyici uzmanla ayırıştırma uzmanı aynı kişi olabilmektedir. Taraflar Komisyon'a anlaşmanın tüm içeriğini ve uzman çalışma planını sunmalıdır. Taraflar bir veya birkaç potansiyel uzman önerebilmektedir. Denetleyici uzmanın önemi dolayısıyla taraflar Komisyon kararının hemen ardından uygun bir denetleyici uzman önermelidir¹⁰⁷. Ayırıştırma uzmanının ise birincil ayırıştırma sürecinin bitişinden önce atanmış olması yeterlidir¹⁰⁸ (Duyuru, 2008, pr123).

Her iki türden uzman da, taraflarla uzman arasında imzalanan uzman anlaşması ile atanmaktadır. Atanma ve anlaşma, Komisyon'un onayına bağlıdır. Uzman taraflardan bağımsız, görevini yerine getirebilecek nitelikte ve çıkar çatışmasına maruz kalmayacak konumda olmalıdır. Komisyon'un deneyimlerine göre, denetim şirketleri ve danışmanlık şirketleri denetleyici uzman görevlerini yerine getirmede yeterli olmaktadır. Daha önceden ilgili sektörde çalışmış olan ve gerekli kaynaklara sahip şahıslar da bu görevi yerine getirebilmektedir. Ayırıştırma uzmanı için genellikle yatırım bankaları uygun görülmektedir. Uzmanın bağımsız olması, görevlerini yerine getirmesi ve üçüncü kişiler üzerinde güven yaratması için hayatidir. Komisyon tarafların kendi denetçilerini veya yatırım danışmanlarını uzman olarak atamasını kabul etmemektedir.

¹⁰⁷ Genellikle taahhütler karardan itibaren iki hafta içerisinde denetleyici uzman teklif edileceğini öngörür.

¹⁰⁸ Komisyon genelde birincil ayırıştırma sürecinin bitişinden bir ay önce uzmanın atanmış olmasını talep eder.

Taraflar Komisyon'a, uzman hakkındaki ve uzmanın gerekli özelliklere sahip olduğuna ilişkin bilgileri sunmalıdır. Uzmanın atanmasının geri alınması, Komisyon onay vermedikçe mümkün değildir (Duyuru, 2008, pr125).

Uzman anlaşması taahhütlerde belirtilen görevleri detaylandırır ve uzmanın görevlerini yerine getirebilmesi için gerekli tüm yetkileri verir. Anlaşmaya göre uzmanın hizmet bedelinden taraflar sorumludur ve ücret yapısı uzmanın bağımsızlığını zedelemeyecek şekilde düzenlenmelidir¹⁰⁹. Komisyon uzmanı sadece uygun bir uzman anlaşmasıyla beraber onaylamaktadır.

Uzmanın görevlendirildiği taahhütler yerine getirildiğinde, uzman Komisyon'un onu görevden almasını talep eder. Görevden alınmadan sonra bile, taahhütlerin tam veya uygun olarak yerine getirilmediği sonucuna ulaşırsa, Komisyon taahhütler çerçevesinde uzmanın geri atanmasını talep edebilmektedir.

1.12.5. Tarafların Ayırıştırmanın Gerçekleştirilmesi Ertesi Yükümlülükleri

Komisyon, taahhütleri kabul eden karardan itibaren 10 yıllık süre içinde taraflardan bilgi talep edebilmektedir. Bu, Komisyon'un çözümün etkili bir şekilde uygulanmasını denetlemesini sağlamaktadır¹¹⁰.

1.12.6. Diğer Taahhütlerin Uygulanması

Yukarıda yer verilen ayırıştırmaya ilişkin uygulamanın büyük bir kısmı diğer tür çözümlere de uyarlanabilmektedir. Ancak ayırıştırma harici taahhütlerin uzun uygulama süresi göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu taahhütlerin denetimi için çoğunlukla çok daha fazla çaba ve özel denetim araçları gerekebilmektedir. Bu nedenle Komisyon, uygulamayı denetleyen uzmanın yanı sıra, taahhütlerin pazar oyuncuları tarafından uygulanmasını veya taahhüdün uygulanmadığı halde hemen devreye giren bir tahkim mekanizmasını benimseyebilmektedir. Eski kararlarında Komisyon, hem bir uzman hem de bir tahkim hükmü istemiştir. Bu durumda uzman hem taahhütlere uyumu denetleyip, hem de bir ihlal halinde tahkime başvurarak, kısa sürede sonuç alınabilmesini sağlamaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ Ancak uzmanın ücret tarifesiyle tarafları sömürmesi de engellenmelidir (ABA, 2007).

¹¹⁰ Crowell & Moring'e (2007) göre 10 yıllık izleme süresi ayırıştırmalar için gereksizdir.

¹¹¹ Örneğin, COMP/M.3998-Axalto/Gemplus, COMP/M.3916-T-Mobile Austria/Tele.ring ve COMP/M.4180-Gaz de France/Suez Komisyon kararları denetleyici uzman ve hızlı tahkim mekanizması öngören iki aşamalı bir uyuşmazlık çözüm sistemi içermektedir.

Teoride tahkime ilişkin taahhütler, denetim kolaylığı sağlaması bakımından sıradan davranışsal taahhütlerin, yapısal çözümlere benzemesini sağlamaktadır. Komisyon'a veya mahkemeye başvurulması durumunda, çok geç tedbir alınacak ihlallerin varlığı halinde, üçüncü kişilerin veya rakiplerin şikayetiyle, tahkim yoluyla çok kısa sürede sonuç alınabilmektedir (Dempegiotis, 2007). 1992-2007 arasında Komisyon davranışsal çözümlerin denetimi amacıyla 50 civarı tahkim taahhüdü kabul etmiştir¹¹². Bu 1989-2007 arasındaki koşullu birleşme izinlerinin %20'sini oluşturmaktadır. *EasyJet v. Commission*¹¹³ kararında İDM da davranışsal çözümlerin denetimi amacıyla tahkim taahhüdü kabul edilmesini uygun bulmuştur. İDM'nin *Gencor v. Commission*¹¹⁴ kararında da davranışsal çözümlerin yapısal çözümler yerine kullanılmasının, söz konusu çözümlerin yapısal çözümlerle yakın etkiler gösteriyor ve uygun denetim mekanizmalarıyla destekleniyor olması kaydıyla tercih edilmesi de bunu desteklemektedir (Blanke, 2007, 2).

Tıbbi cihaz üreticilerinin birleşmesine ilişkin *GE/Instrumentarium*¹¹⁵ kararında taraflar, ameliyathanelerde ve yoğun bakım ünitelerinde kullanılan kendi cihazlarıyla çalışabilmesi için üçüncü tarafların hasta monitörü ve tıbbi bilgi sistemlerine gereken elektrik ve mekanik arayüzü sağlamayı üstlenmiştir. Taahhütte yer alan tahkim prosedürüne göre mağdur edilen rakipler, tahkimde görevli arabulucular vasıtasıyla hızlı ve etkili bir şekilde sorunlarını çözebilecektir.

1.13. TAAHHÜTLERE UYULMAMA DURUMU

Taahhütlere uyulmama halinde uygulanacak cezaları düzenleyen Yoğunlaşma Tüzüğü m.6(3)(b)'ye göre, ilgili teşebbüsler karara bağlanan yükümlülüklerinden birini ihlal ederlerse, Komisyon, m.6(1)(b)'ye göre aldığı izin kararını geri alabilir. Benzer şekilde Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 8(4) maddesi, Komisyon bir yoğunlaşmanın kararda belirtilen bir şarta uygun olmadan gerçekleştirildiğini görürse, tarafların rekabeti eski haline getirmesini (birleşmenin dağıtılması veya buna yönelik herhangi bir karar) veya kararında ifade ettiği şartın gerçekleştirilmesini isteyebileceğini belirtmektedir. Ayrıca m.8(5)'e göre Komisyon, etkili rekabet koşullarının korunması veya geri

¹¹² Komisyonun kabul ettiği ilk tahkim taahhüdü COMP/M.235-Elf Aquitaine-Thyssen/Minol. Tahkim mekanizması hakkında detaylı bilgi için bkz: Dempegiotis, Sotiris I. (2007) "EC competition law and international commercial arbitration: a new era in the interplay of these legal orders and a new challenge for the European Commission" Global Antitrust Review.

¹¹³ T-177/04, 4.7.2006.

¹¹⁴ T-102/96, 25.3.1999.

¹¹⁵ COMP/M.3083. Benzer dosyalar için bkz: COMP/M.2876-Newscorp/Telepiu, COMP/M.2050-Vivendi/Canal+/Seagram- 13.10.2000, COMP/M.3680-Alcatel/Finmeccanical/Alcatel Alenia Space & Telespazio, COMP/M.3692- Reuters/telerate, COMP/M.3770 Lufthansa/Swiss.

kazanılması için uygun geçici tedbirler alabilmektedir. Taraflar 8(2)de belirtilen yükümlülüklerine uymazlarsa, Tüzüğün 8(6). maddesine göre Komisyon izin kararını geri alabilmektedir.

Cezalara ilişkin 14. madde incelendiğinde de, ilgili teşebbüs veya teşebbüsler 6(1)(b), 7(3) veya 8(2) kararında dayanan şart veya yükümlülüğe kasten veya ihmalen uymazsa, bir önceki yılın cirosunun %10'una kadar ceza verilebileceği belirtilmektedir. Süreli cezalara ilişkin 15. maddede ise Komisyon'un, 6(1)(b), 7(3) veya 8(2) kararına konu yükümlülüğe uyulmaması halinde, teşebbüse ortalama günlük cirosunun %5'ine kadar kararda belirtilen tarihten itibaren her işgünü için ceza verilebilecektir.

İlgili teşebbüs yükümlülüğün bir aşamasını ihlal ederse, Komisyon onay kararını Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 6(2) veya 8(2) maddeleri uyarınca 6(3) ve 8(6) maddelerine uyararak geri alabilmektedir. Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 14(2)(d) ve 15(2)(c) maddelerinde belirtildiği üzere, taraflar para cezasına veya süreli para cezasına maruz kalabilir. Ancak şart yerine getirilmezse¹¹⁶, örneğin ayırıştırma gerçekleşmezse, ortak pazara uygunluk kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Böyle durumlarda Komisyon, Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 8(5)b. maddesi uyarınca etkin rekabet koşullarının korunması için her türlü tedbiri alabilmektedir. Tüzüğü'nün 8(4)b maddesindeki şartlar oluşmuşsa, Komisyon, tarafların yoğunlaşmayı infisah etmesi veya eski duruma getirmesi için her türlü tedbiri veya 8(7) maddesine göre 8(1)-(3) kararlarından birini alabilmekte, her türlü uygun tedbirin alınmasını talep edebilmektedir. Ayrıca taraflar Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 14(2)(d) maddesi uyarınca para cezasına maruz kalabilecektir.

Görüldüğü üzere AB'de birleşme çözümleri uygulaması oldukça ayrıntılı düzenlenmiştir. Zira çözümlerin uygulanabilirliği birleşmenin yaratacağı rekabet probleminin giderilmesinde önemli bir aşamadır. Çözümün etkinliği, etkili bir şekilde hayata geçirilmesine bağlıdır. Ancak *ex-ante* bir denetimle rekabetçi endişeleri bertaraf edecek şekilde düzenlenen çözümlerin, beklenen etkileri gösterip göstermediğinin *ex-post* analizi, çözüm mekanizmasının geliştirilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle bu bölümün ilerleyen kısımlarında AB'de birleşme çözümlerinin *ex-post* etkisine ilişkin çalışmalara yer verilmektedir.

2. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNİN ETKİSİ

Bu kısımda uygulamanın sonuçlarını inceleyebilmek amacıyla, öncelikle bağımsız çalışmalara değinilecek olup, ardından Komisyon'un çalışmasına yer verilecektir. 1996-2000 yılları arası Komisyon'un incelediği birleşme

¹¹⁶ Aynı prensip yoğunlaşmayı ortak pazarla uyumlu kılan asıl durum değiştiğinde de geçerlidir (pr 49).

dosyalarına bakıldığında, en yüksek çözüm getirilen birleşme dosyası oranının “kimyasal ürünler” (%20), “gıda, içecekler ve tütün mamülleri” (%13) ve “kağıt, basım, yayın ve ciltçilik” (%13) sektörlerinde olduğu görülmektedir (Davies ve Lyons, 2008).

1990-2005 arası Komisyon'un izin verdiği 229 birleşme dosyası ve 187 çözüm çerçevesinde birleşme çözümlerinin belirleyenlerini inceleyen Bougette ve Turolla (2006), pazar gücünü tanımlayan değişkenlerin yüksekliğinin, beklendiği üzere daha çok taahhütlenilmeye yol açtığı; birleşmenin şartı olarak genellikle cirosu daha yüksek teşebbüsün bir bölümünün ayrıştırıldığına ulaşılmıştır. Ayrıca enerji ve iletişim gibi ileri teknoloji veya *know-how* içeren sektörlerin genellikle pazarın yoğunlaşma oranı nedeniyle çözümlendirildiği ve bu sektörlerde, fikri mülkiyet haklarının rakiplere kapanmaması amacıyla en çok erişim çözümlerinin tercih edildiği; birleşmenin perakende sektöründe olmasının koşulsuz izin çıkmasına yol açtığı sonuçlarına ulaşılmıştır.

Davies ve Olczak (2008) da AB’de 1990-2004 arası birlikte hakim durum endişesi içeren 25 birleşmeyi, bu birleşmelerin gerçekleştiği 222 farklı pazar bakımından inceledikleri makalelerinde, iki ana sonuca ulaşılmıştır. İlk olarak, yasaklama dahil olmak üzere çözümler tam olarak pazarın rekabetçi yapısını işlem öncesi haline getirememektedir. Pazarın birleşme öncesi yapısı, rekabet otoritesinin birleşmeye getirdiği çözümün yaratacağı etkinin sınırlarını çizmektedir. Örneğin, pazar yapısı halihazırda birleşme öncesinde de rekabet karşıtı ise, birleşmeyi belirli şartlara bağlamak, pazarın rekabet sorununu çözmeyecektir. Bu nedenle, birleşmeler sadece rekabet üzerindeki etkileri bakımından değil, aynı zamanda müdahale ile ne kazanılacağı açısından da incelenmelidir.

İkinci olarak, Komisyon’un çözümler arasında seçim yaparken, genellikle işbirliğine dayalı etkiler yerine, tek taraflı etkileri gidermede daha güçlü olan çözümü tercih ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bunun nedeninin işbirliğine dayalı etkilerin, tek taraflı etkiler karşısında ters etkiye yol açabilmesi olabileceği ifade edilmektedir.

Duso, Gugler ve Yurtoğlu (2006), AB’de 1990-2002 yılları arasında alınmış 167 yoğunlaşmayı, menkul değerler piyasasındaki tepkiler üzerinden incelediklerinde, piyasa tepkilerinin I. aşamada kabul edilen çözümlerin II. aşamadakilere göre daha etkili olduğunu gösterdiği, bunun nedeninin de, pazarlık gücünün II. aşamaya geçilirken Komisyon’dan tarafların eline geçmesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

RGM, Birleşme Çözümleri Çalışması’nda, Komisyon kararlarının *ex-post* değerlendirmesi yapılmaktadır (2005). Yoğunlaşma Tüzüğü 1990’da yürürlüğe girdiğinden, 2004 yılına kadar toplam 2469 nihai birleşme dosyasının

190'ı, Komisyon onayını taahhülle beraber almıştır. Taahhütlerin 118'i I. aşamada, 72'si ise II. aşamada alınmıştır. Çözüm içeren nihai kararların verildiği inceleme aşamasına Tablo 2'den bakıldığında ise, dosyaların büyük çoğunluğunda karar I. aşamada verilmekle beraber, II. aşamada çözüm sayısının daha yüksek olması, daha kapsamlı dosyaların II. aşamada çözülmesinin tercih edildiğini göstermektedir.

Tablo 2 - 1996-2000 Yılları Arası Çözüm Getirilen Karar ve Toplam Çözüm Sayısı¹¹⁷

	Karar Sayısı	%	Çözüm Sayısı	%
I. aşama	61	%63	109	%48
II. aşama	30	%37	118	%52
Toplam	91	%100	227	%100

Kaynak: RGM (2005)

Çalışmada çözüm türleri dört ana gruba ayrılmıştır:

- pazar payının devri,
- ortak girişimden çıkma,
- pazara girişin temini/erişim (çoğu dikey endişe bu şekilde giderilmiştir (%83)) ve
- diğer taahhütler.

Tablo 3 - Rekabet Problemine Göre Benimsenen Çözüm Türleri (%)

	Pazar Payının Devri	Ortak Girişimden Çıkma	Erişim	Diğer	Toplam
Tek Başına Hakim Durum	74	12	11	2	100
Birlikte Hakim Durum	36	45	9	9	100
İşbirliği Etkileri	100	0	0	0	100
Toplam	68	15	10	3	100

Kaynak: RGM (2005)

¹¹⁷ RGM'nin çalışmasının dayandığı değerlendirmeler sadece taraflar, alıcılar ve uzmanlarla yapılan görüşmelerden elde edilmiş, kapsamlı yeni pazar araştırmaları yapılmamıştır.

Çalışmada ayrıştırılmalara ilişkin ortaya konan en önemli uygulama problemi, ayrıştırma çözümlerinin %79'unda tespit edildiği üzere, ayrıştırılacak işkolu kapsamının yanlış veya uygunsuz belirlenmesidir. Bu soruna yol açan hususların şunlar olduğu ifade edilmektedir:

- Dikey ilişkilerin ve bağımlılıkların yeterince dikkate alınmaması,
- Coğrafi sınırlamaların yeterince dikkate alınmaması, bir yaşayabilir ayrıştırılmış işkolu yaratmak için gerekli olan kritik büyüklüğün yeterince değerlendirilmemesi,
- Ürün yaşam eğrisi etkilerinin yeterince dikkate alınmaması (pazarda yeni bir ürüne doğru büyüme varken, düşmekte olan ürünün ayrıştırılması gibi) ve
- Fikri mülkiyet haklarına ilişkin kapsamın uygun belirlenememesi.

Söz konusu çalışma, ayrıştırılan işkolu uzun dönemde hayatını devam ettirmesini sağlayacak ölçüde, kendi başına var olabilen bir birimse çözümün daha etkili olduğunu göstermiştir. Çalışmaya göre çakışan pazarlardan daha geniş kapsam belirlendiği haller, ayrıştırmanın en etkili olduğu (%86) durum olarak görünmektedir. Çakışan pazarlardan daha azının ayrıştırıldığı hallerde ise ayrıştırmanın büyük ölçüde etkili olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (%28 etkili)¹¹⁸.

Ayrıca, taahhütlerin varlıklara dair detaylı listeler içermemesi durumunda, kapsama ilişkin özellikle de *know-how* ve fikri mülkiyet hakları konusunda sonradan sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Benzer şekilde, personelin de belirli olması gerekmektedir. Hangi personelin ayrıştırmaya dahil olduğu belirtilmediği hallerde, satıcı sadece üretken olmayan personeli ayrıştırmaya dahil etme eğilimi göstermektedir.

Çalışma üçüncü kişilerin, onları etkileyen çözümleri engelleme veya geciktirme imkanları varsa, çoğunlukla çözümlerin uygulanması aşamasında önemli gecikmeler olduğu sonucuna ulaşmıştır. Çalışmaya konu çözümlerin %10'u, üçüncü kişiler bakımından çözümlerin uygulanmasını geciktirecek risklere yol açmıştır.

İncelenen ayrıştırma çözümlerinde bazı yükümlülüklerin ortak olduğu görülmekte, uygulanması daha zor çözümlerde ise daha çok yükümlülük öngörüldüğü ifade edilmektedir. Söz konusu yükümlülükler arasında işkolunun değeri, yönetimi veya rekabetçiliği üzerinde olumsuz etki yaratabilecek davranışlarda bulunmama ve koruma; mevcut iş planları çerçevesinde işin

¹¹⁸ Çakışan işkolundan daha azının ayrıştırılmasının kabulünün sebebi, genel olarak birleşen teşebbüslerin toplam pazar payının hakim durum sınırının (%40) altında kalıyor olmasıdır.

geliştirilebilmesi için gerekli finansmanı sağlama ve önemli personeli koruma dikkat çekmiştir.

Çoğu dosyada alıcılar, ara dönemde tarafların yatırım programlarına destek veya müşteri ilişkileri yönetimine önem vermemesinden, ayrıştırma konusunun olumsuz etkilediğini ifade etmiştir. Alternatif ayrıştırma hükümleri içeren taahhütlerde her alternatif işkolunun ayrı tutulması gerektiğinden, hem tarafların maliyetleri artmış, hem de her işkolunun korunmasında belirsizlikler olmuştur. Ortak girişimlerde ise ortak girişim kendi başına bir işkolu değilse, tarafın ayrılması, ortak girişimin diğer ortağını önemli ölçüde olumsuz etkilemiştir.

Çalışma, güvenlik duvarı uygulamalarının sıklıkla kullanıldığını saptamıştır¹¹⁹. Bunlar, yeni bilgi akışı kısıtları hakkında personeli yazılı olarak bilgilendirmek; uzmanın, belirli çalışanlara gizlilik sözleşmesi imzalatması; uzmanın ayrı tutma ve güvenlik duvarı hükümleri çerçevesinde ilgili personeli gizlilik yükümlülükleri hakkında özel olarak bilgilendirmesi; uzmanın şirketin kurumsal yapısını incelemesi ve gerektiğinde hassas bilgiyi korumak için iletişim kanallarını kesmesi olarak sıralanabilir.

Çalışmaya göre, satıcının çözüm metnini ayrıştırılacak işkolunu veya alıcıyı önemli ölçüde kötü etkileyecek şekilde alıcının aleyhine yorumlaması nedeniyle şu şekilde sonuçlar ortaya çıkmıştır:

- a) Ayrıştırılacak işkolunun satışa sunulduğunda çalışamaz halde olması,
- b) Ayrıştırma süreci ve sonrasında işkolunun müşterilerini ele geçirmesi,
- c) Denetleyici uzmanın görevlerini en iyi şekilde yerine getirmesini engellemesi,
- d) Potansiyel alıcılara sağlanan bilgiyi kısıtlaması,
- e) Ayrıştırılacak işkolunu, elden çıkarılmak istenen diğer faaliyetlere bağlaması,
- f) Açık bir şekilde uygun olmayan alıcıları önermesi,
- g) Varlıkların eksik transferi,
- h) Ayrıştırma sonrasında girdiler için görece yüksek fiyat istenilmesi veya arzın geciktirilmesi,
- i) Dağıtım anlaşmasına son verme tehdidi,

¹¹⁹ Ancak aşırı katı “ring fencing” uygulamaları, tarafların ayrıştırılacak işkolunu satabilmek için gereken bilgileri potansiyel satıcıya sağlamasını engelleyebilmektedir ve bu satışı imkansız hale getirebilmektedir.

- j) Ayırıştırma sonrasında alıcıya geçen önemli personelin ele geçirilmesi,
- k) Ayırıştırma sonrasında üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakları ile ilgili sorunlarının çözümünde gecikmeye yol açılması,
- l) Alıcının ürün geliştirmesini geciktirmek için işbirliğini sınırlaması,
- m) Ayırıştırmadan hemen sonra rakip ürünün pazara sunulması.

Çalışmanın ortaya koyduğu sonuçlara göre, kapsamlı ayırma söz konusu olan dosyaların %58'i, ciddi uygulama sorunlarına yol açmıştır. Ulaşılan sonuçlardan biri de satıcının işkoluna ilişkin daha az bilgisi olması nedeniyle, hedef şirkete bağlı bir işkolunun ayırıştırılmasının transfer sırasında daha az soruna yol açmasıdır.

Paylaşılan varlıkların ayırıştırılmasındaki en önemli sorun, bazı kısımların kopyalanmasının gerekmesidir ve bu genellikle satıcının tahmin ettiğinden daha yüksek finansman gerektirmektedir. Ayrıca, ayırma ölçek/kapsam ekonomilerinde kayba yol açıyorsa, daha da maliyetli olabilmektedir. Özellikle, altyapı varlıklarının ayırıştırılması imkansız olabileceğinden, bu durumda altyapıya girişi sağlayacak başka çözümler bulunması gerekmektedir. Çalışma, ayırmaların denetiminde yatırım bankalarının yeterince kalifiye olmadığını göstermektedir. Ayrıca, belirli alıcı durumunda bile, ayırmayı denetleyecek bir denetleyici uzmana ihtiyaç duyulabileceğine, uzmanın görevlerinin ve ayırmaya katılımından ne tür sonuçlar beklendiğinin açık olarak belirtilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte çalışmada, ayrı tutma yöneticilerinin de her zaman ayırmanın en iyi şekilde gerçekleşmesi için çalışmayabileceği, çünkü genellikle söz konusu yöneticinin ayırıştırmadan sonra satıcıya geri döndüğü ortaya konulmaktadır.

Çalışma, maddi ve gayri maddi varlıkların fiziksel transferinin kapanıştan çok sonra gerçekleştiğini göstermektedir. Transfer problemleri ile ortak girişimden çıkma durumunda neredeyse hiç karşılaşılmazken, kapsamlı bir ayırma gerektiğinde sıkça karşılaşıldığı ifade edilmektedir.

Denetleyici uzman atanmadıkça, taahhütlerle amaçlanandan farklı olarak, taraflar kendi lehlerine olacak şekilde davranmaktadır. Göreve geç başlayan uzmanlar, özellikle varlıkların ayrılması veya fikri mülkiyet haklarının transferi gibi hallerde, tarafların yol açtığı olumsuz etkileri geri çevirmekte çok zorlanmışlardır. Çalışma, bir denetleyici uzmanın çoğunlukla üstleneceği görevleri şu şekilde sıralamaktadır:

- a) Ayırıştırılacak işkolunun günlük faaliyetlerini, geçmiş veriler ve/veya iş planları bazında değerlendirmesiyle, ara dönemde muhafazayı denetleme,

- b) ayrı tutma ve *ring fencing* düzenlemelerine uyum için ayrı tutmayı denetleme,
- c) tarafların uygun alıcı bulma konusundaki çabalarını denetleyen ayrıştırma sürecini denetleme,
- d) teşebbüsün muhafaza edeceği varlıklarından ayrıştırılacak işkolunun ayrılmasını denetleyen ayırımı denetleme.

Alıcı ve satıcılarla yapılan görüşmelerde, ilk üç özelliğin çoğunlukla yatırım bankalarında değil, muhasebe şirketlerinde, tasfiye memurlarında ve endüstri danışmanlarında bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak, dördüncü özellik spesifik kurumsal finans deneyimi gerektirdiğinden, çoğunlukla muhasebe şirketleri ve yatırım bankalarında bulunmaktadır. Çalışma, ayrıca sektörel deneyimi olmayan denetleyici uzmanların görevlerini yerine getirmekte zorlandığını, hatta bazı durumlarda muhasebe şirketlerinin bile, sadece tarafların sağladığı bilgilere güvenmek yerine, görevlerini layıkıyla yerine getirebilmek için ek danışmanlar görevlendirdiğini göstermektedir. Taraflar, genellikle tüm fonksiyonları yerine getirmesi için bir denetleyici uzman atamayı tercih etmektedir. Taraflarla yapılan görüşmelerde, alıcı ve satıcılar yatırım bankalarının denetleyici uzmanlık için çok uygun olmadığı belirtilmiş, hatta denetleyici uzman olarak çalışmış bazı yatırım bankalarının da uzmanlık gerektiren denetleyicilik görevlerini yeterince yerine getiremediği ifade edilmiştir. Çalışmada saate bağlı ücretin en uygunu olduğu kanaatine varılmıştır.

Birleşme çözümlerine ilişkin Komisyon Duyurusu'nda belirtilen alıcı şartlarının, büyük çoğunlukla kararlarda benimsendiği, sadece bazı pazarların diğerlerine nazaran daha fazla uzmanlık gerektirdiği görülmüştür. Ancak uzmanlığa ilişkin hususların kendi başına var olan işkollarında daha az gündeme geldiği ifade edilmektedir. Bu türden kendi başına var olabilen işkollarında, ilgili pazarda deneyime sahip olmayan finansal yatırımcılar da uygun alıcı olabilmektedir. Ancak finansal yatırımcıya belirli bir süre işkolunu elden çıkarmama yükümlülüğü getirilmesi ve çıkış stratejisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bazı dosyalarda, küçük veya yeni oyuncunun, birleşen teşebbüslerle rekabet güdüsünün mevcut büyük bir rakibe göre daha yüksek olabileceği görülmüştür. Hatta bir dosyada alıcı konumundaki yeni küçük oyuncunun, pazar yapısının az sayıda büyük oyuncudan çok sayıda küçük oyuncuya dönüşmesini kısmen desteklediği görülmüştür.

Pazar payının transferini içeren taahhütlerin %60'ı 6, %20'si 9, %11'i 12 ve %2'si 18 aylık ayrıştırma süresi öngörmüştür. Kalan %7 bir süre sınırı içermemekte olup, süre sınırının olmadığı olaylar çok eski kararlarda bulunmaktadır. Ortalama ayrıştırma süresi de 6,2 ay olarak gerçekleşmiştir. Çok

uzun süre verilen çözümlerin biri yerel rekabet otoritesinden izin alınmasının uzun sürmesinden, bir diğeri ise üçüncü kişi haklarıyla ilgili sorunlardan kaynaklanmaktadır.

Kritik varlıklara erişim genellikle lisanslar vasıtasıyla sağlanmıştır. Karşılaşılan en önemli sorunlar, lisansın kapsamının, şartlarının ve en zoru fiyatının belirlenmesidir. Fikri mülkiyet hakları tanım gereği tekel hakkı olduğu ve lisansların bireysel lisans sahiplerinin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde tasarlandığı için, genellikle ayrımcı olmayan, adil pazar değerinin ne olduğunu belirlemek kolay olmamaktadır. Görüşmelerde böyle taahhütlere bir de anlaşmazlık çözücü hükümler eklenmesinin faydalı olabileceği ifade edilmiştir. Çalışma, erişim çözümlerinin etkili olabilmesi için, lisansların yeterli sayıda alıcıya önerilmesi ve verilmesi; kullanım alanının yeterince geniş tanımlanması; alıcılar için doğru bölgesel tanım yapılması; yeterince uzun bir süre için verilmesi; lisans ticari açıdan çekici hale getiren şartlarda, özellikle lisansın maliyetlerinin etkili rekabet edebilme yetisini düşürmeyecek şekilde sağlanması; üçüncü kişi hakları nedeniyle engellere veya sınırlamalara maruz bırakmaması; lisans verene, lisans alanın gizli ticari bilgileri gibi, yeni rekabetçi avantajlar yaratmaması; lisans veren ile alan arasında koordinasyona yol açmaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Çalışmaya göre 84 ayrıştırma çözümünde; alıcıların %87'si halen ayrıştırılmış işi yürütmektedir. Alıcıların %7'si ise satın almış olduğu işkolunu satmış olmasına rağmen, söz konusu işkolu başka bir teşebbüs tarafından işletilmektedir. %2'yi oluşturan iki çözümde alıcı işi kapatmış, %4'ü ise henüz bir ürün bile satamamış durumdadır¹²⁰. Ayrıştırılan işin pazar payının gelişimine bakıldığında; %44'ünde pazar payının düştüğü, %34'ünde aynı kaldığı, %18'inde arttığı ve %4'ünde tamamen yok olduğu görülmüştür. Pazar payı kayıplarının çoğu, ayrıştırma sonrası ani düşüşün ardından tekrar toparlanamama olarak gösterilmiştir. Yok olan faaliyetlerin birinde işkolunun müşterilerini ve pazar payını büyük ölçüde birleşen teşebbüs ele geçirmiştir.

Birleşen teşebbüsün elindeki işin pazar payı incelendiğinde ise; %47'sinde pazar payının arttığı, %33'ünde düştüğü ve %20'sinde aynı kaldığı görülmüştür. Benzer biçimde ayrıştırılan işin pazar payı ve birleşen teşebbüsün pazar payı karşılaştırıldığında; %57'sinde birleşen teşebbüsün pazar payının, ayrıştırılan iş aleyhine arttığı, %23'ünde tam tersinin gerçekleştiği, %17'sine benzer gelişim gösterdiği ve %3'ünde de korunan bir iş bulunmadığı anlaşılmaktadır. Alıcılara tekrar olsa aynı alımı yapıp yapmayacakları sorulduğunda; %86 alımı gerçekleştireceklerini belirtmiştir. Ayrıştırma ile

¹²⁰ Bu daha ziyade, uydu endüstrisi gibi, uzun ürün geliştirme süreci gerek ürünlerde söz konusu olmuştur.

hedeflenen sonuca ulaşıp ulaşılmadığına ilişkin sonuçlara ise aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

Tablo 4 - Çözüm türüne göre etkililiğe ilişkin sonuçlar (%)

	Transfer	Ortak girişim	Erişim	Toplam
Etkili	56	77	40	57
Kısmen Etkili	25	8	40	24
Belirsiz	13	15	0	12
Etkisiz	6	0	20	7

Kaynak: RGM (2005)

Ortak girişimden çıkmaya ilişkin çözümlerin etkili olmasının sebebi, öncelikle bu tür çözümlerde kapsama ve ayırmaya ilişkin sorunlarla daha az karşılaşılması ve genellikle alıcının ortak girişimin diğer tarafı olmasıdır. Dolayısıyla alıcı söz konusu işi iyi bilmekte ve ara dönemde işkolunun korunmasını sağlamaktadır.

Tablo 5 - 2003-2008 yılları arasında Komisyon'un ilgili karar rakamları

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
I. Aşama'da İzin Verilen Dosya Sayısı	238	203	220	276	323	368
6.2'ye Göre Taahhüt İçeren İzin Sayısı	11	12	15	13	18	19
II. Aşama'ya Geçilen Dosya Sayısı	9	8	10	13	15	10
8.2'ye Taahhüt İçeren İzin Sayısı	6	4	3	6	4	5
Yasaklama Kararı Sayısı	0	1	0	0	1	0

Kaynak: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

Komisyon'un 2003-2008 yılları arasındaki birleşme çözümlerine bakıldığında ise çoğunlukla I. aşamada, koşullu izin verilebildiği görülmektedir. II. aşamaya geçilen dosyaların yüksek oranla koşullu izin aldığı söylenebilecektir.

3. AB'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN BÖLÜM SONUCU

Komisyon rekabeti önemli ölçüde sınırlayan birleşmelerde zorunlu olmadıkça, işlemi yasaklamak yerine çözüm getirilmesini benimsemektedir. Genel itibariyle çözüm alternatifleri arasında ayrıştırmayı tercih etmekte, davranışsal çözümleri de ayrıştırmaya yardımcı olarak kabul etmektedir. Çözümler tarafların taahhütleri üzerine getirilmekte ve taahhütlerde genellikle bir denetleyici uzman ve ayrıştırma uzmanı atanmasının yanı sıra, işkolunun muhafazası için çeşitli ayrı tutma hükümleri bulunması beklenmektedir. Taahhütlerin Komisyon kararına eklenecek yayımlandığı ve taahhüt metnindeki hükümlerin bazılarının şart, bazılarının ise yükümlülük olarak tanımlandığı da dikkat çekmektedir.

AB'de bu konu üzerine yapılmış ampirik çalışmalara bakıldığında ise, ayrıştırma kapsamının detaylı ve yeterli belirlenmesinin, ayrıştırma için kısa süreler belirlenmesinin, denetime ilişkin hükümlerin ve çok karmaşık çözümler getirmemenin önemi dikkat çekmektedir.

BÖLÜM 3

ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASI

Bu bölümde öncelikle ABD'de birleşme çözümleri uygulamasının nasıl gerçekleştiği anlatılacak olup, ardından ABD uygulamasının AB uygulamasıyla bir karşılaştırması yapılacaktır.

1. ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

ABD, Clayton Kanunu 7. maddesi ve Sherman Kanunu 1. maddesi kapsamında birleşmeleri değerlendirmektedir (Wood, 2003). 1976 yılında Hart-Scott-Rodino Antitröst Geliştirme Kanunu'nun (HSR) kabul edilmesiyle antitröst kurumlarına bir birleşmeyi tamamlanmadan önce değerlendirme ve etkili bir çözüm bulabilme yetkisi verilmiş, teşebbüslere de belirli bir ölçeğin üzerindeki birleşmeleri kapanıştan önce antitröst kurumlarına bildirme zorunluluğu getirilmiştir.

ABD'de federal düzeyde birleşme incelemeleri FTC ve DOJ Antitröst Dairesi tarafından yürütülmektedir. Her iki kurum da birleşmelerin gerçekleşmesini engelleyen geçici yasaklama emirleri, ara ve nihai federal mahkeme kararları; işlemin gerçekleşmesini sağlayacak yapısal ve davranışsal çözümler içeren kararlar ve işlem gerçekleşmişse birleşme sonrası çözüm içeren veya birleşmenin toptan kaldırılmasına yönelik kararlar alınmasını sağlamada yetkilidir (Loftis ve Moskowitz, 2004)¹²¹.

HSR'ye göre birleşmenin tüm tarafları hem FTC hem de DOJ'a birer bildirim formu sunmalıdır. Formun teslim edilmesiyle 30 günlük bekleme süresi başlar. Her iki kurumun da ön inceleme yapmasının ardından soruşturmanın hangi kurum tarafından yapılacağı belirlenir. Bu kararın ardından ilgili kurum ikinci talep (*second request*) diye tanımlanan ek bilgi talebinde bulunabilir¹²². İkinci talepte bulunulmasının ardından istenen bilgilerin tam olarak

¹²¹ Bkz. 15 U.S.C 4, 25 (2004); 15 U.S.C.53(b) (2004); ve 15 USC 16 (2004) (Tunney Kanunu);

¹²² Örnek bir ikinci talep için bkz. FTC Premerger Notification Office, "Model Request for Additional and Documentary Material (Second Request)" (2007)

sunulmasıyla bekleme süresi 30 güne kadar tekrar uzar. “Önce-düzeltilmiş” sürecinde DOJ bu ikinci 30 günlük sürede tarafların birleşme öncesinde birleşmeden kaynaklanacak sorunların giderilmesini sağlayan çözümler getirmesini istemektedir (Sullivan, 2003). İncelemeyi yürütmekle görevli personel işlemin rekabet karşıtı etkiler doğurabileceğini düşünüyorsa, Bölge Mahkemesine işlemin gerçekleşmesini durduracak bir tedbir kararı alınması için başvuruda bulunabilir. Dosya DOJ'un elindeyse başsavcı yardımcısı, değilse FTC personelin önerisine katılırsa, kurum ilgili bölge mahkemesinde dava açacaktır. Dosya FTC'nin elindeyse FTC 20 gün içerisinde, ihtiyati tedbir (*preliminary injunction*) veya geçici men kararı (*temporary restraining order*) için idari şikayette bulunma yükümlülüğündedir. İdari şikayet işlemin geçerliliğini onaylayacak olan FTC'nin idari sürecini başlatacaktır. Dosya DOJ'un elindeyse, işlemin geçerliliği tamamen bölge mahkemesince sınırlanır (FTC PNO, 2008).

Bir inceleme sırasında, FTC personeli taraflarla uzlaşma koşullarını görüşebilir. Ancak üzerinde anlaşılacak uzlaşma koşulları komisyonda çoğunluk oyuyla kabul edilmeli ve sonuçlandırılmadan önce kamuya duyurulup bir görüş alma süresi beklenmelidir. DOJ personelinin uzlaştığı bir birleşme ise önce başsavcı yardımcısı tarafından onaylanmalı, kamuya duyurulup bir görüş alma süresi beklenmeli ve ardından bölge mahkemesince onaylanmalıdır (FTC PNO, 2008).

Uzlaşma kararları (*consent decree*)¹²³ sorunlu birleşme işlemlerinde tarafların mahkemeye gitmek istememeleri nedeniyle sık tercih edilen bir yöntemdir. Bunun nedeni finans piyasalarının anlaşmanın kapanması için taraflar üzerinde baskı yaratmasıdır. Bir pazarlığın kapanmasının aylarca sürmesinin tolere edilememesi nedeniyle izin hızlı bir şekilde alınması çok önemlidir (Loftis ve Moskowitz, 2004).

Önerilen birleşme rekabetçi endişelere yol açıyorsa, şikayet olmadan uzlaşma kararı olamayacağından öncelikle ilgili kurumun şikayette bulunması gerekmektedir (Malone ve Sidak, 2007). Bir uzlaşma kararı Tunney Kanunu'na göre federal mahkeme onayını gerektirmektedir¹²⁴. Mahkeme uzlaşma kararını onaylayabilir, onayını reddedebilir veya alternatif çözümler önerebilir (Baer ve Gyselen, 2006).

¹²³ Çeviri için bkz: Ovacık, 1986. Bir “uzlaşma kararı” DOJ ile taraflar arasında, Federal Eyalet Mahkemesi'nde halka açık bir şekilde dosyalanmış, kabul edildiği takdirde bağlayıcı bir mahkeme kararı haline gelen, bağlayıcı bir anlaşmadır. Ancak bir “önce-düzeltilmiş” çözümünde aksine taraflar işlemi tamamlamadan önce rekabetçi endişeleri giderecek şekilde değiştirirler. Bu halde bir şikayet veya başka türden bir mahkeme başvurusu olmaz.

¹²⁴ 15 U.S.C. 16. Tunney Kanunu, Sherman Antitröst Kanunu'nun 5. kısmını oluşturmaktadır. Bu kanun esas olarak DOJ'un birleşme kararlarının mahkeme onayından geçirilmesi ve kamu görüşü alınması içindir.

DOJ Antitröst Dairesi ve FTC ayrı ayrı olmak üzere rekabet karşıtı birleşmelerde çözümlerin tasarlanmasına yol göstermek amacıyla birleşme çözümlerinin esasına ve uygulama usulüne yönelik kılavuzlar çıkarmıştır. Ayrıca FTC'nin bir de uzlaşma hükümleri hakkında sıkça sorulan sorular adlı bir metni de vardır¹²⁵. Bu kısımda öncelikle DOJ'un uygulamasından gidilecek olup, ardından FTC uygulamasının farklılıklarına değinilecek ve ABD'nin bugüne kadarki uygulamasının etkisine yer verilecektir.

1.1. BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ İÇİN DOJ'UN YOL GÖSTERİCİ İLKELERİ

Aşağıdaki ilkeler DOJ'un tüm birleşme çözümleri için geçerlidir (DOJ, 2004, 2):

- i. İhlal oluşacağına dair ciddi dayanak olmadığı sürece Antitröst Dairesi bir çözüm kabul etmeyecektir.
- ii. Çözümler dosya konusu olaya özgü bir şekilde hukuki ve iktisadi prensiplere dayandırılmalıdır. Etkili çözümler, rekabetçi pazarları korumadan kaynaklanan faydalardan ödün vermeden, birleşmeden kaynaklanan etkinliklerin mümkün olduğunca korunmasını sağlamaya çalışmalıdır.
- iii. Rekabeti eski seviyesine getirmek bir çözümün anahtarıdır¹²⁶.
- iv. Çözüm rakipleri değil rekabeti desteklemelidir.
- v. Çözümün koşulları açık ve uygulanabilir olmalıdır.

1.2. ÇÖZÜMÜ ŞEKİLLENDİRMEK

Bir birleşme çözümünün şekillendirilmesinde DOJ'un dikkate aldığı konular şu şekilde sıralanabilir:

- i. Yapısal çözümler tercih edilmektedir.

Birleşme dosyalarında görece daha anlaşılır, kesin olmaları ve genellikle yüksek maliyetli devlet mücadahalesini gerektirmemeleri nedenleriyle yapısal çözümler davranışsal çözümlere tercih edilmektedir¹²⁷ (DOJ, 2004, 7).

¹²⁵ Foer, 2001 tarihli makalesinde bir yatay birleşme çözümleri kılavuzu önermiştir. Söz konusu kılavuz, FTC'nin ve DOJ'un ilgili metinlerine ana noktalarda büyük ölçüde benzerdir ve özellikle FTC'nin olmak üzere, kılavuz metinlerinin oluşmasında bir adım olmuştur.

¹²⁶ US v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 326 (1961). Yüksek Mahkeme bir antitröst çözümünün amacının rekabeti arttırmak değil, korumak olduğunu belirtmektedir. Bkz: Ford Motor Co v. US., 405 U.S. 573.

- ii. Bir ayrıştırma mutlaka alıcının etkili uzun vadeli bir rakip olmasını sağlayacak tüm gerekli varlıkları içermelidir.

Antitröst Dairesi uzlaşma kararı taslağını mahkemeye gönderdiğinde, kararın rekabetçi endişeleri, rekabet seviyesini birleşme öncesi düzeye döndürerek giderecek, elden çıkarılacak varlık paketinin kesin ve detaylı tanımlanmış halini içermesi gerekmektedir. Bazı özel durumlarda karar, DOJ tarafından kabul edilebilir nitelikte olan birden fazla varlık paketi içerebilir¹²⁸. DOJ, ön ayrıştırma süresinde (*initial divestiture period*) tarafın söz konusu tanımlanmış paketlerden herhangi birini ayrıştırmasına müsaade etmektedir. Karardan sonra herhangi bir zamanda DOJ ve taraf kararda tanımlanmamış başka bir varlık paketinin satılmasının önerilen birleşme neticesinde doğan rekabet problemlerini gidereceğinde anlaşılırsa, uzlaşma kararı bu yeni ayrıştırma paketini ve bu yeni paketin uygunluğunun gerekçesini içerecek şekilde değiştirilmektedir¹²⁹ (DOJ, 2004, 9).

- iii. Mevcut bağımsız işkolunun ayrıştırılması tercih edilmektedir.

DOJ halihazırda ilgili pazarda rekabet edebildiğini kanıtlamış mevcut bir bağımsız işkolunun elden çıkarılmasını tercih etmektedir. Bağımsız bir işkolundan daha azını ayrıştırmak için DOJ ayrıştırma paketinin rekabeti geri kazanmada yeterli olduğu hususunda ikna edilmelidir¹³⁰. Bu durum ayrıca, işkolunun bazı varlıkları zaten potansiyel alıcının tasarrufundaya veya rekabetçi bir pazardan elde edilebilir haldeyse ve bu yönde açık deliller varsa da kabul edilebilir. Rekabeti eski seviyesine döndürmek için mevcut bir bağımsız işkolundan daha fazlasının ayrıştırılması da düşünülebilir (DOJ, 2004, 12).

- iv. Birleşen teşebbüs önemli gayri maddi varlıklara ilişkin hakları elden çıkarmalıdır.

Önemli gayri maddi varlıklara ilişkin haklar ayrıştırma kapsamında bir veya birden fazla alıcıya mutlaka sağlanmalıdır. Söz konusu haklar alıcıya satışla veya lisanslama ile aktarılabilir. DOJ büyük olasılıkla birleşen teşebbüsün, alıcının etkin rekabeti tekrar sağlamasını engelleyecek, önemli gayri maddi varlıkları elinde tutmasını yasaklayacaktır ve birleşen teşebbüsün gayri

¹²⁷ California/American Stores Co., 495 U.S. 271, 280-81 (1990) ("Ayrıştırma yasal olmayan birleşme ve devralmalar için tercih edilen çözümdür").

¹²⁸ Örneğin potansiyel alıcıların farklılıklarına bağlı olarak.

¹²⁹ Ayrıştırılacak varlıklardan çok önemsiz bir varlığın silinmesi bir karar modifikasyonunu gerektirmeyebilir.

¹³⁰ Her iki tarafın da varlıklarından oluşan bir pakete örnek olarak bkz: Federal-Mogul&T&N Plc (FTC File No. 981 0011)

maddi varlıklara ilişkin tüm haklarından vazgeçmesini talep edecektir¹³¹ (DOJ, 2004, 15).

v. Davranışsal çözümler sadece sınırlı hallerde kabul edilebilir.

Davranışsal çözümler pazarın sürekli izlenmesini gerektirmesi ve devlete doğrudan, çoğunlukla önemli maliyetler yüklemeleri nedeniyle genellikle tercih edilmemektedir (DOJ, 2004, 17).

Bir Yapısal Çözüme Yardımcı Olarak Davranışsal Çözüm

Geçici ve geçiş dönemine ait davranışsal çözümlere ek olarak bazı hallerde yapısal çözümü gerçekleştirmek veya desteklemek için uzun süreli davranışsal çözümler gerekmektedir.

Tek Başına Davranışsal Çözüm

Bölüm I.2'de belirtildiği üzere tek başına davranışsal çözüm çok nadir benimsenmektedir¹³². Bir davranışsal çözümün uygunluğunun tespitinde DOJ, çözümün uygulanması ve izlenmesinden kaynaklanacak maliyetleri de göz önünde bulundurmaktadır. Tek başına davranışsal çözümün en yaygın formu güvenlik duvarı, şeffaflık ve adil ticaret şartlarıdır. Ancak Bölüm I.2.3. de açıklandığı üzere, söz konusu davranışsal çözümlerin uygulama sürecinin uzun olması önemli politik ve pratik endişeler doğurabilmektedir. Bu nedenle DOJ kararlarında güvenlik duvarları gibi davranışsal çözümlerin kullanımı istisnaidir. Ancak savunma sanayi birleşmelerinde olduğu gibi, birleşmenin engellenmesiyle mahrum kalınacak etkinliklerin ve işleme hiç müdahale etmeden izin verilirse oluşacak rekabet problemlerinin yüksek olduğu bazı hallerde, dikey ve diğer yatay olmayan birleşmelerde kullanılmıştır (DOJ, 2004, 23).

1.3. ÇÖZÜMÜN UYGULANMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

1.3.1. Önce-Düzeltilen Çözümleri

Önce-düzeltilen çözümü, tarafların birleşmeden önce uygulamaya geçirdikleri ve Antitröst Dairesi'nin de birleşmeden önce onayladığı bir yapısal

¹³¹ Örneğin US v. Interstate Bakeries Corp., 71,271 (N.D. Ill. 1995) dosyasında marka adlarının münhasır lisanslaması öngörülmüştür.

¹³² 1993 ile 2003 arasında, DOJ'un birleşme dosyalarının 10'dan daha azı sadece davranışsal çözüm içermektedir ve bunların çoğu da regüle edilmiş olan telekomünikasyon ve savunma sanayiine yöneliktir. Bkz: US v. MCI Communications Corp (71,935 (D.D.C. 1997)) (şeffaflık hükmü); US v. Sprint Corp. (71,300 (D.D.C. 1996)) (şeffaflık hükmü); US v. Telecommunications, Inc. (71,496 (D.D.C. 1994)) (adil ticaret hükmü); US v. AT&T Corp. (44158 (D.D.C. 1994)) (adil ticaret hükmü); US v. Northrop Grumman Corp (1861 (D.D.C. 2003)) (adil ticaret ve güvenlik duvarı hükümleri) (DOJ, 2004, 23).

çözümdür¹³³. Önce-düzeltilmiş çözümü DOJ'un rekabetçi endişelerini giderdiğinden dava açılmasını gerektirmemektedir (DOJ, 2004, 26). Bu çözüm birleşme öncesi rekabet seviyesini korumakta, mahkemeye gitme ihtiyacını ortadan kaldırmakta, DOJ'un kaynaklarının daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta ve toplumu önemli maliyetlerden korumaktadır. Ayrıca önce-düzeltilmiş çözümü uygun ayrıştırmanın tasarlanmasında esneklik ve varlık setinin önerilen alıcıya uygun olarak tanımlanmasını sağlayabilmektedir. Bir uzlaşma kararı ise aksine her potansiyel alıcı için ayrı bir varlık setinin tasarlanmasını gerektirmektedir. Ancak çözümün gözlemlenmesi gerekiyorsa, önce-düzeltilmiş çözümünün kabul edilmesi mümkün olmamaktadır. Yükümlülüklerin izlenebilmesi için uzlaşma kararı gerekmektedir.

1.3.2. Ayrı Tutma Şartı

Ayrıştırmanın birleşme sonrasında gerçekleşeceği bütün uzlaşma kararları tarafların ayrıştırılacak varlıkları bağımsız, ayrı ve satılabilir durumda tutmalarını temin edecek gerekli tüm önlemleri almaktadır. Ancak ayrı tutma şartının tek başına pazarda rekabeti sağlama olasılığı düşük olduğundan ayrıştırma işleminin yavaşlamasına yol açmamalıdır (DOJ, 2004, 28).

1.3.3. Ayrıştırma Süresi

DOJ ayrıştırmada tarafların hızlı olmalarını talep etmektedir. Hızlı bir ayrıştırma birleşme öncesi rekabetin olabildiğince çabuk geri kazanılmasını ve uzun bir ayrıştırma süreciyle söz konusu varlıkların değerinde oluşabilecek potansiyel kayıpların engellenmesini sağlamaktadır. Ayrıştırılacak varlıkların büyüklüğü ve karmaşıklığına bağlı olarak ayrıştırılacak teşebbüse kendi başına bir alıcı tespit etmesi için 60 ila 90 gün tanınmaktadır (DOJ, 2004, 29). Uzlaşma kararı ayrıca, teşebbüsün bu konuda gayret gösterdiği ve uzatmanın başarılı bir ayrıştırma ile sonuçlanacağı düşünüldüğü hallerde, DOJ teşebbüse uzatma tanınmasına izin verebilmektedir. Diğer yandan DOJ, varlıkların hızla değer kaybettiğini veya alıcı varlıkları kullanmaya başlamadan rekabete önemli zararlar verileceğini düşünüyorsa, ayrıştırmanın daha hızlı gerçekleştirilmesini talep edebilmektedir. İyi niyetli çabalarda bulunulduğunu görmek ve nihai anlaşma sunulduğunda incelemesini hızlı yapabilmek için DOJ, ayrıştırma sürecine ilişkin düzenli raporlar istemektedir.

¹³³ Taraflar her zaman kendi başlarına olası rekabet sorununu gidermek için işlemlerini yeniden yapılandırabilir. Bu DOJ'un işlemi daha fazla incelemesini engelleyecek olsa da, DOJ'un söz konusu yapılandırmayı resmen kabul etmemiş olması dolayısıyla, bir önce-düzeltilmiş çözümü sayılmaz.

1.3.4. Alıcının Onaylanması

DOJ alıcıyı onaylarken ayrıştırılacak varlıkların devrinin rekabet problemi yaratmamasına dikkat etmektedir. Ayrıca alıcının söz konusu varlıkları, ilgili pazarda rekabet etmek amacıyla satın aldığından hareketle, satıcının alıcıyı ileride kendisine rakip olamayacak nitelikte tercih edip etmediği araştırılmaktadır¹³⁴. DOJ, alıcının ilgili pazarda uzun süre rekabet edebilmesi için yeterli basirete, deneyime ve finansal kapasiteye sahiplik yetisine ilişkin “uygunluk” testi yapmaktadır. Bu testte alıcının ayrıştırılacak varlıklar ile etkili rekabet edebilecek “yönetimsel, operasyonel, teknik ve finansal kapasite”ye sahip olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Önerilen bir alıcının uygun olup olmadığını belirlemede DOJ alıcıyı tek başına değerlendirmekte olup, alternatif alıcıların görece uygunluklarına bakmamaktadır (DOJ, 2004, 30).

Ayrıştırılacak varlıklar geniş çaplı pazarlanmışsa, satıcının amacına ve alıcının uygunluğuna yönelik testler daha basit olmaktadır¹³⁵. Varlıklar ideal olarak onlara en çok değer verene satılmalıdır ve genellikle en yüksek fiyatı veren ve rekabetçi açıdan kabul edilebilir bir alıcı, söz konusu varlıklarla en etkili biçimde rekabet edebilecek olmalıdır. Diğer yandan (a) satıcı belirli alıcı önermişse, (b) pazarlama işi dar kapsamlı tutulmuşsa veya (c) Antitröst Dairesi'nin alıcının etkili bir şekilde rekabet etme amacı, güdüsü veya imkanı olmadığına inanmak için diğer bir sebebi varsa, daha dikkatli bir analiz yapılması gerekmektedir.

1.3.5. Varlıkların Satış Fiyatı

DOJ'un ayrıştırmadaki amacı alıcının veya satıcının iyi bir ticarete bulunması değil, rekabetin korunmasıdır. Bu nedenle DOJ, varlıkların satış fiyatını sadece alıcının ilgili pazarda rekabet etmek istemediği veya imkanı olmadığına sinyalini veriyorsa önemsemektedir (DOJ, 2004, 33):

- Çok düşük fiyat: Antitröst Dairesi varlıkların çok düşük fiyata satıldığını anlamak için varlıkların ilgili pazar dışında kullanıldıklarındaki en yüksek değeri (tasfiye fiyatı) dikkate

¹³⁴ Tamamlayıcı ürüne ilişkin pazar oyuncularının ilgili pazarda rekabetin sağlanması konusunda bağımsız olarak çıkarı vardır çünkü ilgili pazardaki yüksek fiyatlar, tamamlayıcı ürüne ilişkin talebi de olumsuz etkileyecektir. Alıcının varlıkları ilgili pazarda rekabet etme amacıyla devraldığına ilişkin kanıtlar arasında, iş planları, daha önce ilgili pazara giriş denemeleri veya önemli bir tamamlayıcı malın üreticisi olması gösterilebilir. Ayrıca ayrıştırılacak ürünün sağlayıcıları ve tüketicilerinin de görüşleri alınabilir.

¹³⁵ Antitröst Dairesi'nin bilgisi dahilinde potansiyel alıcılar varsa, DOJ tarafları bu konuda haberdar edebilir. Tarafların ayrıştırmayı süresi içinde gerçekleştirmeyeceği yönünde ciddi endişelerin olduğu sınırlı hallerde ayrıca DOJ bir yatırım bankasının veya aracının varlıkları almasını isteyebilir.

almaktadır. Söz konusu fiyat asgari fiyat olarak sadece (a) tasfiye fiyatı gerçekçi bir şekilde belirlenebiliyorsa ve (b) potansiyel alıcının niyetini ispatlamak gerekiyorsa kullanılır¹³⁶.

- Çok yüksek fiyat: alışılmadık yükseklikte fiyatlar genellikle iki durumu gösterir. İlk durum önerilen alıcının varlıkların yanı sıra pazar gücünü de satın aldığı gösterebilir. Ancak bu endişe zaten satışın rekabetçi endişeler doğurup doğurmayacağı analiz edilirken giderilecektir. İkinci endişe alıcının iflas etmeye çalışmasıdır.

1.3.6. Yeniden Satıma İlişkin Kısıtlamalar

DOJ, alıcının elden çıkarılan varlıkları uzun vadede ilgili pazarda rekabet etmek için kullanmasını istiyor olsa da; başarıyla ayrıştırıldıktan sonra söz konusu varlıkların ilgili pazarda sonsuza kadar kullanılmasında ısrar etmemektedir. Ancak DOJ uzlaşma kararının süresi boyunca ayrıştırılan bir varlığın belirli bir teşebbüs veya teşebbüs çeşidine devrinin rekabet karşıtı olacağına eminse, alıcının varlıkları söz konusu teşebbüslere satması kısıtlanabilir¹³⁷. Bazı durumlarda ise birleşen teşebbüsün, ayrıştırılan gayri maddi varlıklara ilişkin lisansın, lisans verince tekrar lisanslanmasını sınırlandırmasına izin verilebilir¹³⁸ (DOJ, 2004, 34).

1.3.7. Ayrıştırmanın Satıcı Tarafından Finanse Edilmesi

Ayrıştırmanın satıcı tarafından finanse edilmesi, ister borç isterse hisse senedi şeklinde olsun birden çok potansiyel problem doğurmakta ve bu nedenle tercih edilmemektedir¹³⁹. İlk olarak satıcı, varlıklar üzerinde alıcının rekabetçiliğini etkileyecek şekilde kısmi kontrole sahip olabilir. İkincisi rekabet ettiği takdirde, alıcının borcunu geri ödeme kapasitesini düşürme ihtimalinden dolayı satıcının alıcı ile rekabet etme güdüsü zedeleneyecektir. Benzer şekilde alıcı da, satıcının borç üzerinde çeşitli haklarını kullanmasına yol açabileceğinden, rekabete girmekten kaçınacaktır. Üçüncüsü, alıcı iflas ettiği takdirde satıcının varlıklar üzerinde yasal hakları olacaktır. Ayrıca satıcı, devam eden ilişkiyi, rekabet açısından önemli bilgilerin paylaşılmasında kullanabilir. Son olarak da alıcının banka veya diğer finans kuruluşlarından finansman sağlayamaması

¹³⁶ Ancak çoğu durumda söz konusu fiyatı belirlemek zordur ve ayrıca tasfiye fiyatı altına satış mutlaka varlıkların ilgili pazar dışında kullanılacağı anlamına gelmemektedir.

¹³⁷ DOJ kararları genellikle tarafların varlıkları geri almasını da yasaklamaktadır. Söz konusu kararların süresi genellikle 10 yıldır.

¹³⁸ Örneğin, çözüm bir markanın sadece ilgili pazarda kullanım hakkını vermeyi içeriyorsa; markanın değeri ilgili pazarda nasıl kullanıldığına hem makul hem de önemli bir şekilde bağlıysa, birleşen teşebbüsün lisans alanın yeniden lisanslama kabiliyeti sınırlandırması makul görülebilir.

¹³⁹ DOJ taksitli ödemeyi kabul edebilmektedir.

alıcının yaşama kapasitesi üzerinde ciddi endişeler olduğuna işaret eder. Bu sebeplerden dolayı DOJ, ayrıştırılacak varlıkların satıcı finansmanı ile alınmasına karşı çıkmaktadır (DOJ, 2004, 36).

1.3.8. Kıymetli Varlık Hükümleri

Bir kıymetli varlık hükmü, tarafların uzlaşılabilir başlangıç varlık paketini uygun bir alıcıya belirli süre içerisinde satamadıkları halde, pakete belirli varlıkların eklenmesini gerektirmektedir. DOJ bu türden hükümleri genellikle ya istenenden daha kötü bir tedbirin kabulünü ya da rekabet problemini gidermek için gerekenden daha fazla bir çözümü içerdiklerinden tercih etmemektedir. Kıymetli varlık hükümleri ayrıca alıcının manipülasyonuna yol açmaktadır.¹⁴⁰ (DOJ, 2004, 36).

1.3.9. Ayrıştırma Uzmanına İlişkin Hükümler

Ayrıştırmanın süresi içerisinde gerçekleştirilememesi durumunda Antitröst Dairesi'nin bir ayrıştırma uzmanı atanmasını talep etme hakkı olması gerekmektedir¹⁴¹. Ayrıştırma uzmanı hükmü uzlaşma kararının zamanında ve etkili bir şekilde uygulanacağı yönünde bir korumadır. Ayrıca bu türden bir hüküm, tarafların yükümlülüklerini yerine getirme yönünde daha istekli olmalarına yol açacaktır. Bu nedenle her uzlaşma kararı satışa ilişkin bir uzman atanmasına yönelik hükümler içermelidir.¹⁴² (DOJ, 2004, 37).

Çoğu dosyada DOJ, satış için mahkemeden bir uzman atanmasını talep etmeden önce, tarafa uygun bir alıcıya satılması için makul ama sınırlı bir süre tanımaktadır. Bunun nedeni tarafın daha bilgili olmasından, ayrıştırmayı daha hızlı gerçekleştirebileceği ve varlıkları gerçek değerine satabileceği varsayımdır. Ancak ayrıştırma pazarda yeni bir rakip yarattığı için, tarafın ayrıştırmayı geciktirme veya bir şekilde baltalama eğilimi de vardır¹⁴³.

¹⁴⁰ Bkz: Bölüm I.1.3. Ayrıca az sayıda potansiyel alıcı varsa ve kararda kıymetli varlık hükümleri olduğunun farkındalarsa, kıymetli varlıkları uygun bir fiyata ele geçirebilmek için, satın almayı bilinçli olarak geciktirebilirler.

¹⁴¹ Taraflar ayrıştırmanın gerçekleştirileceği uygun alıcıyı belirleseler bile, öngörülemez bir duruma karşı uzman belirlenmesi gerekmektedir. Bkz: US v.Cargill Inc. (71,893 (W.D.N.Y. 1997)).

¹⁴² Alıcı ile taraflar arası iletişimi denetleme amacıyla olan uzman için bkz: Boeing Company (Dkt. No. C-3992), Glaxo/SmithKline Beecham (Dkt. No. C-3990), AOL/Time Warner (Dkt. No. C-3989). Aynı tutmayı ve varlıkların değer kaybetmemesini denetleyen uzman için bkz: Exxon/Mobil (Dkt. No. C-3907). Ayrıştırma uzmanı içeren dosyalar için bkz: Promodes S.A. (Dkt. No. 9228), Revco Inc (Dkt. No. C-3540), Rite-Aid Corporation (Dkt. No. C-3546), Columbia/HCA Healthcare Corporation(FTC Dkt. No. C-3619)

¹⁴³ Uzlaşma kararı, ayrıştırma herhangi bir sebeple son tarihine kadar taraflarca gerçekleştirilemezse DOJ'un mahkemeden bir ayrıştırma uzmanı atanmasını talep edebileceğini

Tarafın ayrıştırılacak varlıkların değerini düşürmeden korumayacağı düşünüüyorsa, ayrı tutma yöneticisi atanması talep edilebilmektedir. Ayrı tutma yöneticisi ayrıştırılacak varlıkların günlük işletiminden sorumludur. Ayrıştırmadan önce faaliyetlerin devamını sağlamak için bir yönetici atamak çok olağandışı bir çözümdür çünkü ayrıştırma yöneticisinin kısa zamanda işi en etkin şekilde yönetmesini sağlayacak yeterli bilgi ve tecrübeyi edinmesi imkansızdır. Söz konusu çözüm ancak ayrıştırmanın gerçekleşeceği süre içerisinde kötü yönetimle varlıkların rekabetçi değeri etkin rekabetin geri kazanılmasını engelleyecek kadar düşebilecekse benimsenebilir. Etkili ayrıştırma için bir denetleyici uzman atanabilir. Denetleyici uzman tarafın kararın getirdiği yükümlülüklerle uyumunu denetler. Standart bir birleşme dosyasında denetleyici uzmanın çabaları ile DOJ'un çabaları çelişebileceğinden bu tür bir uzmanın atanması nadiren tercih edilmektedir (DOJ, 2004, 40).

1.4. İZİN KARARINA UYUM VE YÜRÜTME

Taraf ve DOJ'un üzerinde anlaştığı çözümün katı bir şekilde uygulanması ve bunun temini DOJ'un görevidir¹⁴⁴. Bunun için Antitröst Dairesi avukatları öncelikle, kararın gerekli tarafları bağladığından, kararın hüküm doğuracağı kişilere¹⁴⁵ karar hakkında yeterli bilgi verildiğinden ve Antitröst Dairesi avukatlarının uyumu denetleyebilmek için yeterli bilgi alabilme imkanlarının kararda düzenlendiğinden emin olmaktadır. DOJ uzlaşma kararını uygulamak için hukuki veya cezai itaatsizlik¹⁴⁶ prosedürlerine başvurmadan çekinmemektedir¹⁴⁷ (DOJ, 2004, 41).

belirtmelidir. Ayrıca çözümün gerçekleştirilebilmesi, üçüncü tarafın iznine bağlıysa ve izin karardan önce elde edilemiyorsa, karar iznin alınmaması ihtimaline karşı, alternatif çözüm içeren bir hüküm içermelidir.

¹⁴⁴ Önce-düzeltilmiş ayrıştırması ana işlemin gerçekleştirilmesinden önce veya aynı anda yapılacağı halde, ayrıştırma sanki bir uzlaşma kararıyla gerçekleştiriliyormuş gibi alıcının uygunluğu, rekabet engeli bulunmaması gibi konular incelenecektir.

¹⁴⁵ Tarafların acenteleri, çalışanları ve taraflarla ilişkili diğer kişiler de, kararın onlara tebliğ edilmesiyle uyum göstermek yükümlülüğünde olacaktır. Etkili uygulama için taraf olmayan diğer kişiler de, ya karara taraf olarak yazılmalı ya da karara uyacaklarına dair kendileriyle anlaşılmalıdır.

¹⁴⁶ “*Civil and criminal contempt*” çeviri için bkz: Ovactk, 1986.

¹⁴⁷ DOJ uzlaşma kararının ihlal edildiği sonucuna ulaşırsa, kararın icrası için dava açmaktadır. Uyumsuzluğa ilişkin sivil ve cezai yöntem izlenebilir. Hukuk mahkemesinin kararına uymama yaptırımının çözüme yönelik bir amacı vardır: karara uyumu sağlamak veya oluşan zararın tazmini. DOJ hem ihtiyati tedbir hem de uyum gerçekleşene kadar günlük ceza verilmesini isteyebilir. Ceza mahkemesine itaatsizlik ise çözüme yönelik değildir: amacı itaatsizlik edeni cezalandırmak, mahkemenin otoritesini korumak ve benzer ihlallerin gerçekleştirilmesinden diğerlerini caydırma. Antitröst Dairesi şimdiye kadar kararlarını uygulamak için birçok cezai yaptırım uygulamıştır. Ancak uzlaşma kararının yanlış anlaşılmasından dolayı uyumsuzluk

2. DOJ VE FTC'NİN BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

Her iki kurumun birleşme çözümleri üzerine görüşleri büyük oranla aynı yöndedir ve sınırlı noktada ayrılmaktadır. Bu durum özellikle kıymetli varlık hükmü içeren ve önce-düzeltilmiş türü çözümlerde ortaya çıkmaktadır (IBA, 2007, Ek2).

Kurumların birleşme çözümlerine ilişkin en belirgin farklılığı kıymetli varlık hükümlerine yöneliktir. FTC, DOJ'a göre kıymetli varlık hükümlerine daha sıcak bakmaktadır. DOJ önerilen ayrıştırma paketine, belirli bir sürede uygun bir alıcı bulunamaması halinde devreye girecek olan, ayrıştırma paketine bazı varlıkların eklenmesine yönelik hükümler eklenebileceğini ifade etmektedir¹⁴⁸. Ancak DOJ kıymetli varlık hükümlerinden kaçınılması için iki ana neden belirtmiştir. Kıymetli varlık hükümleri ilk olarak tüketiciye zarar verecek geniş veya dar kapsamlı çözümlere yol açabilirler. İkincisi, bu tür çözümler genellikle ilk ayrıştırılan varlıklar bir rakibin pazara girmesini sağlamada yeterli olmadığı için, gereğinden daha sınırlı rekabeti arttırıcı etkiye sahip olmaktadır.

Daha küçük, daha değersiz ve rekabete olan zararı gidermede daha yetersiz bir paket ile rekabeti korumada yeterli ve daha kapsamlı bir paket arasında tercih yapılması gerektiğinde, Kılavuz, DOJ'un daha kapsamlı paketi tercih edeceğini ifade etmektedir. Ancak bazı dosyalarda kıymetli varlık hükümleri tam tersi bir soruna işaret etmiştir: Rekabete ilişkin problemi gidermek için gerekenden daha fazla varlığın ayrıştırılması. Birleşme çözümlerinin amacı birleşen teşebbüsü cezalandırmak değil, rekabet düzeyini korumak olduğundan, DOJ rekabeti gidermede yeterli varlıkların üzerine kıymetli varlık hükümleri eklemenin gereksiz olduğunu belirtmektedir. Ayrıca DOJ'a göre kıymetli varlık hükümleri alıcı manipülasyonuna yol açmaktadır. Az sayıda potansiyel alıcı varsa, alıcılar alımı geciktirerek kıymetli varlıkları da ele geçirmeye çalışmaktadır (DOJ, Kılavuz, 37).

FTC Kılavuzu ise, bazı şartlar altında DOJ'un talep edeceğinden daha küçük veya görece eksik bir ayrıştırma paketinin kıymetli varlık hükümleri varsa kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Taraflar ana paketi zamanında satamazlarsa, FTC'nin atadığı bir ayrıştırma uzmanı elden çıkarmayı kıymetli varlıkla beraber gerçekleştirmektedir. FTC yetkilisi William J. Baer'in (1996) konuşmasında, FTC'nin uzlaşma kararlarına kıymetli varlık hükümleri koymayı tercih etmesinin nedeni olarak, tarafların ayrıştırmayı süresi içerisinde yerine getirmesi yönünde teşvik etmesi, taraf satışta başarısız olursa da uzmanın daha

görüldüğünde cezai yaptırıma gidilmek yerine sadece hukuk mahkemesinden uyum kararı alınması tercih edilmiştir (DOJ, 2004, 43).

¹⁴⁸ US v.Imetal (Civil No. 99 1018 (D.D.C. 2000)).

büyük ve daha cazip bir paketi satacağı gösterilmiştir. Ayrıca ayırıştırma paketinin satılabilirliği veya yaşayabilirliği hakkında belirsizlik veya satıcının ayırıştırma paketinin yaşayabilirliğini zedeleme imkanı olduğu durumlarda da kıymetli varlık hükümlerinin faydalı olabileceğini belirtmiştir.

FTC ve DOJ'un yaklaşımları arasında bir diğer farklılık da DOJ'un önce-düzeltilen türünden yapısal çözümleri kabule daha yatkın olmasıdır¹⁴⁹. DOJ tarafların önce-düzeltilmesini isteyerek, özel olarak pazarlığı yapılmış yapısal değişikliklerle rekabetin azalması sorununu ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. FTC'nin aksine DOJ, alıcının ve ayırıştırmanın uzlaşma kararı alındıktan sonra belirlenmesini, alıcıyı onaylama ve ayrı tutma hükümlerinde ısrarcı olmakla birlikte kabul edebilmektedir. Ancak mahkemenin DOJ'un uzlaşma kararında belirttiği çözümleri inceleme ve değiştirme ihtimali vardır (Baer ve Gyselen, 2006, 2). FTC ise resmi olarak önce-düzeltilen türü çözümleri ele almasa da, çözümün uygulamasını hızlandırmak için benzer bir yöntem olan "belirli alıcı" hükmünü benimsemektedir. Bazı dosyalarda FTC, ayırıştırılacak varlıklar için tarafların bir de alıcı önermesini talep edebilmektedir ("belirli alıcı"). FTC belirli alıcı hükmünü genellikle taraflar bağımsız bir işkolundan daha azını ayırıştırmanı öneriyorsa talep etmektedir. Bu sayede varlık paketinin etkili bir rakip olabilecek bir alıcıya satılamaması riski azaltılmaktadır (Balto, 2001, 961). Baer (1996), bir uzlaşma kararının kabulü sırasında alıcının halihazırda belirlenmiş olmasının, ayırıştırmanın daha hızlı olmasını sağladığını ve başarılı olma ihtimalini yükselttiğini belirtmektedir. Bu şekilde hem alıcı arama süresi, hem bir alıcı bulamama riski ortadan kalkmakta, hem de tarafların ayırıştırılacak işkolunu kontrol süresi kısalmaktadır.

Belirli alıcı hükümleri başarılı bir ayırıştırma gerçekleştirebilmek için en gerekli araçlardandır. Bu şekilde FTC hem belirlenen ayırıştırma paketinin gerçek dünyada yaşayabilirliğini görmekte, hem önerilen varlıklar için bir alıcının var olduğunu bilmekte hem de bir alıcının rekabetin korunmasını sağlayabilirliğini tespit edebilmektedir. 1993-2001 arasında FTC davranışsal olmayan çözüm önerilen dosyaların %60'ında belirli alıcı hükmünü benimsemiştir (Baer ve Gyselen, 2006, 7).

DOJ'un önce-düzeltilen türünden çözümleri tercih etmesinin bir nedeni Tunney Kanunu altındaki yükümlülükler olabilir. Bu kanuna göre, DOJ'un açtığı sivil antitröst dosyalarında uzlaşma kararlarının tamamı, kararda önerilen çözümün kamu yararına olduğunun temini için yargıç denetimi gerektirmektedir. Aynı kanuna göre, uzlaşma kararı halka sunulmadan, 60 günlük bir süre içerisinde görüş alınmadan ve yargıç onayından geçmeden sonuçlandırılmaz. Ancak önce-düzeltilen çözümleri resmi bir uzlaşma kararı gerektirmediğinden

¹⁴⁹ Örneğin 2006 Haziran ile 2003 Temmuz arasında DOJ'un rekabet karşıtı bulduğu 34 birleşmenin 12'si önce-düzeltilen türünden çözüm içermektedir (Pate, 2003, 9)

Tunney Kanunu kapsamında olmaz, DOJ'un kararını söz konusu aşamalardan geçirmesine yol açmaz ve birleşme incelemesinin hızlı sonuçlandırmasını sağlar (Balto, 2001).

Tunney Kanunu, DOJ'un önerilen uzlaşma kararını yürürlüğe girmeden en geç 60 gün önce mahkemeye sunmasını, topluma yorum imkanı vermesini ve "*Federal Register*"da bir rekabetçi etki raporu yayınlamasını gerektirmektedir¹⁵⁰. Tunney Kanunu FTC'yi kapsamamakla beraber, FTC yine de çoğunlukla kamu görüşüne başvurmakta ve uygulamadan önce mahkeme onayını almaktadır (Malone ve Sidak, 2007). Ayrıca DOJ'un Kılavuzunda denetleyici uzman atanmasının tercih edilmediği ifade edilse de FTC, denetleyici uzman atanmasının genel olarak beklendiğini belirtmektedir (FTC, 2003).

Bir taahhüt sunarken, ilgili taraflarla görüşüldüğünde ve FTC personeli işlemin onayı için devam etmek istediğinde, geriye sadece FTC üyelerinin personelin görüşüne uyması kalmaktadır. Örneğin *Nestle/Ralston Purina*'da Ralston Purina'ya ait Meow Mix'in ayrıştırılmasında üyelerden biri sürpriz bir koşul öne sürmüştür. Her ne kadar değişikliğe hazırlıklı olunması gerekse de FTC personeline sunmadan önce alıcıyla anlaşmayı imzalayabilecek hale gelmenin akıllıca bir hareket olduğu taraf temsilcilerince ifade edilmektedir (Adrian, 2003).

Son olarak her iki kurumun birleşme değerlendirmelerinin nadiren mahkemeye gittiğini belirtmek gerekmektedir. Bunun nedeni çoğu birleşmenin ya izin, ya uzlaşma, ya da işlemten vazgeçilmesiyle sonuçlanmasıdır (Baer ve Redcay, 2000).

3. ABD'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNİN ETKİSİ

Kouliavtsev (2007), DOJ'un 1990-2003 tarihleri arasında karara bağladığı 86 birleşme dosyasına ilişkin verileri kullanarak, rekabet karşıtı çakışmaların birleşmeye özgü değişkenlere dayalı modelini tahmin etmiş ve şu sonuçlara ulaşmıştır: Birleşmenin rekabeti kısıtlayacağı endişesine yol açan bölümü görece küçükse, birleşmenin reklamı medyada yeterince yapılıyorsa ve mahkemeye gidildiğinde birleşme büyük ihtimalle yasaklanacak nitelikteyse, DOJ çözümün daha kapsamlı olmasını istemektedir. Ayrıca çoğu uzlaşmanın, ileride rekabet sorunlarına yol açacağı iddia edilen çakışmaların tamamından daha az bir kısmının çözümlendirilmesiyle sonuçlandığı görülmektedir.

¹⁵⁰ 15 U.S.C. 16(b)

Tablo 6 - DOJ'un Yıllık Yürüttüğü Çözüm Üretilmesi Gereken Birleşme Dosyaları

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
İncelemesi Sırasında Vazgeçilen Birleşme Sayısı	3	2	0	0	1	0
Şikayette Bulunulmadan Çözümlendirilmiş Dosya Sayısı	3	1	1	6	7	1
Şikayette Bulunulan Birleşme Sayısı	9	6	3	10	4	17
Toplam	15	9	4	16	12	18

Kaynak: Barnett, 2008

DOJ'un anlaşmazlık olan kararlarında mahkemeye başvurmak zorunda kalmadan başarılı çözümler üretebilmesinin belirli birkaç nedeni vardır (Barnett, 2008): Öncelikle DOJ birleşme kararlarında şeffaflığa/kamuya açıklığa önem vermekte ve böylece teşebbüsler DOJ'un neye izin verip vermeyeceği hakkında daha bilgili olduğundan, daha az sorunlu birleşme başvurusunda bulunmakta veya daha çabuk kabul edilebilir çözümler önermektedir. İkincisi DOJ bir pazarlık payı bırakmadan veya kabul edilmesini kolaylaştırmak için gerekenden daha az yükümlülük getireceğine, sunduğu çözümün tam olarak ortaya konulan rekabet sorununu giderecek düzeyde olmasına önem vermektedir. Böylelikle karar hakkı taraflara geçmekte, taraflar kabul etmezlerse ya birleşmekten vazgeçmekte veya DOJ işlemi mahkemeye götürmektedir. Üçüncü olarak da DOJ'un yayımladığı birleşmeye ve çözümlere ilişkin kılavuzlar vasıtasıyla taraflar analizlerde nelere dikkat edildiğini bilerek ona göre hareket edebilmektedir.

1990'ların ortasında FTC geçmiş birleşme kararlarının etkisini değerlendirmiş ve politikasının yeterince etkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Böylece idare kendi başına var olabilen işkollarının ayrıştırılmasını ve belirli alıcı durumunu tercih eden bir politika benimsemiştir (Cowie, 2003). FTC çalışanları, 1990-94 yılları arası (fikri hakların lisanslanması da dahil olmak üzere) ayrıştırma çözümü içeren 35 FTC kararını incelemiştir. Çalışma öncelikle ayrıştırma çözümlerinin rekabet karşıtı birleşmeler için başarılı olduğunu belirterek şu sonuçlara ulaşmıştır: nerdeyse tüm ayrıştırmalar gerçekleştirilmiş, gerçekleştirilen ayrıştırmaların %75'inin alıcısı halen pazarda faal, mevcut bir işkolunun ayrıştırılmasını içeren çözümler varlıkların toplanmasından oluşturulan bir işin ayrıştırılmasına göre daha başarılı olmuştur. Ayrıştırma sonrası birleşen teşebbüsle devam eden alıcı ilişkileri, alıcının daha kırılğan olmasına yol açmakla beraber bazı alıcıların yaşayabilmesi için zorunlu

olabilmektedir. Bu nedenle küçük teşebbüsler en az büyükler kadar başarılı olmuştur.

Çalışma, çözümün gerçekleştirilmesine kadar geçen sürede tüketicilerin ve pazarın rekabetin azalmasıyla zarar görebildiğine ve üretim kaynaklarının bozulabildiği sonucuna ulaşmıştır. Başka bir zarar da birleşme ile ele geçirilmiş işin organik yapısının zarar görmesidir. Bazı durumlarda işkolu, spesifik tüketiciler için kalifiye sağlayıcı olma yetisini veya itibarını veya ününü kaybedebilir. Diğer yandan iş geliştirilmiş prosedürleri içeren kompleks işlemlerden oluşuyorsa ve bu işlemler tarafa açıklanmazsa, ayrıştırılan varlıkların alıcısı tarafından işin yeniden yapılandırılması mümkün olmayabilir (Baer, 1999).

Çalışmaya göre tarafların ayrıştırma paketinin içeriğini gerektiğinden daha sınırlı belirlemesi, tarafların zayıf alıcıyı seçmesi, tarafların alıcının rekabetçi gücünü düşürmek amaçlı stratejik davranışlarda bulunması, tarafların alıcıya yardımcı olmak gibi bir güdüsünün bulunmaması, alıcının bilgi eksikliği, alıcının taraflardan daha düşük pazarlık gücü, alıcının taraflara ilişkin problemlerini Komisyon'a iletememesi, alıcının çıkarlarının FTC ile aynı yönde olmaması, teknoloji transferlerinin karmaşıklığı, alıcının ve ayrıştırma paketinin yaşayabilirliğinin tam olarak belirlenememesi, etkili bir ayrıştırma önündeki engellerdir.

Sonuç olarak da ayrıştırma çözümlerinin etkisini arttırabilmek için şu önerilerde bulunulmuştur:

- tarafları etkili bir ayrıştırma gerçekleştirmeleri için teşvik etmek,
- denetleyici uzman atamak,
- ayrıştırma süresinde gerçekleştirilmediği takdirde devreye girecek kıymetli varlık hükümleri koymak,
- alıcıya gerekli girdilerin arzını sağlayamadığı durumda ceza öngörmek,
- alıcının başarılı olma ihtimalini arttırmak,
- alıcının gerekli bilgiye ulaşım imkanı olduğunu garantilemek,
- uygun alıcı seçmek (alıcının bilgisi, deneyimi, pazarda bulunma isteği, alıcının finansal büyüklüğü önemli olabilir),
- pazarda bilgi transferini kolaylaştırmak.

4. ABD VE AB'DE YOĞUNLAŞMALARDAKİ ÇÖZÜM MEKANİZMASININ KIYASLANMASI

ABD ve AB'de birleşme çözümleri konusunda benzer politika ve uygulamalar söz konusudur. Her iki tarafta da yapısal çözümler davranışsal çözümlere göre tercih edilmekte, çözümlerin etkili uygulanabilmesi için taraflara kısa süreler tanınmakta, denetleyici ve/veya ayrıştırma uzmanları atanması istenmektedir (Zhu, 2006).

Usul açısından AB sistemi bir birleşmenin mahkemeye gitmeden yasaklanabilme imkanı olması bakımından ABD sisteminden farklılık arz etmektedir. Bir birleşmenin engellenebilmesi için mahkemeye gidilmesi gereken ABD modelinin aksine, AB modelinde yargı yoluna (İDM) ancak Komisyon birleşmeyi yasakladıktan sonra gidilebilmektedir (Weiser, 2008, 22). Komisyon'un kararlarına karşı yargı yoluna gidildiğinde süreç çok uzun sürdüğünden etkili bir mekanizma olmadığı belirtilmektedir. Ancak ABD'de mahkemeler idarenin kararlarını hızlı bir şekilde değerlendirmektedir (Vidgor, 2003). Amerikan rejiminde bir birleşmenin yasaklanmasına ilişkin kararı sadece mahkeme verebiliyor olsa da, birleşmeler nadiren dava konusu olmaktadır çünkü ikinci bilgi talebi olan dosyaların çoğu ya izin almaktadır, ya uzlaşmaktadır ya da işlemiden vazgeçilmektedir (Harker, 2006).

ABD antitröst otoriteleri gibi Komisyon da geçmişte birleşme çözümlerini çok dikkatli seçmemiştir (Weiser, 2008, 22). 2001 yılında FTC'nin yaptığı ayrıştırmaya ilişkin çalışmanın ardından, Komisyon ayrıştırma çözümlerine dair benzer tedbirler içeren çözümlere yönelik bir duyuru çıkarmıştır.

FTC ve Komisyon benzer şekilde, bazı durumlarda birleşmeleri belirli alıcı koşuluyla onaylarken, DOJ, FTC ve Komisyon'dan farklı olarak, uzlaşma kararı kabul edilmeden önce bir alıcı belirlenmesini ve onunla anlaşma akdedilmesini talep etmemektedir. Onun yerine DOJ, ayrıştırmanın taraflarca devralma gerçekleşmeden önce gerçekleştirilmesini öngören, önce-düzeltilir türünden çözümler kabul etmektedir¹ (Zhu, 2006).

Komisyon ve FTC kıymetli varlık hükümlerinin kullanılmasını kabul ederken, DOJ bu uygulamaya, alıcının manipülasyonuna yol açacağından ve optimal çözümden farklı bir çözüm getireceğinden şiddetle karşı çıkmaktadır. Genel olarak hem AB'de hem de ABD'de davranışsal çözümler açık olarak tercih edilmemektedir. Ancak ileri teknoloji pazarları gibi çok sınırlı sektörlerde,

¹ Belirli alıcı durumuna göre ana farklılık, "önce-düzeltilir" çözümü bir uzlaşma kararı olmadan tamamlanmaktadır. Çünkü taraflar birleşme/devralma anlaşmalarını rekabetçi endişe doğurmayacak şekilde değiştirirlerse, DOJ dosyaya ilişkin bir şikayette bulunmayacaktır (Pate, 2002).

davranışsal çözümlerin yapısal çözümlere göre daha avantajlı olabileceği düşünülmektedir¹⁵².

DOJ ve FTC, Komisyon ile 23.9.1991 tarihinde, kararlarında karşılıklı uyumsuzluklar olmaması için bir anlaşmaya gitmiştir. Buna göre anlaşmanın tarafları, ilişkili tüm dosyalardan haberdar edilecek, rekabet kurallarının uygulamasına ilişkin bilgi paylaşılacak ve karşılıklı çıkarlar gözetilecektir. Ancak anlaşmanın yürürlüğe girmesiyle beraber Fransız hükümeti AAD'ye başvurmuştur. Mahkeme kararı Komisyon'un bu türden bir anlaşma yapma yetkisi olmadığı yönündedir. Ancak mevcut durumda ilişkileri OECD'nin tavsiyeleri çerçevesinde yürütmektedir (Reynolds ve Burnley, 2004, 435).

AB ve ABD'de ortak olan dosyalara *Nestle/Ralston Purina* işlemi örnek olarak verilebilir. Burada Meow Mix adlı kuru kedi maması markası bir kurumsal yatırımcıya bir yıl içerisinde fiilen ayrıştırılmıştır. Ayrırma Ralston Purina'dan yapılmıştır. Bu olayda Meow Mix tek başına yaşayabilir bir işkolu değildir. Bunun yanı sıra kendine özel üretim tesisleri ve satış teşkilatı da yoktur (Adrian, 2003). Söz konusu dosya Komisyon ve FTC arasında işbirliğine örnektir. Olaydaki rekabet sorunlarının ulusal boyutlarda olması nedeniyle, her kurumun üzerine eğildiği rekabet problemi ve getirdiği çözüm farklı belirlenebilecek niteliktedir. Buna rağmen, kurumlar ellerindeki dosya hakkında görüşlerini detaylı olarak birbirleriyle tartışarak, uygun çözümleri bulmak istemiştir. Sonuçta Komisyon işlemi İspanya, İtalya ve Yunanistan'daki tesis ve markaların ayrıştırılması şartıyla onaylamıştır. ABD pazarına ilişkin FTC'nin kararı da benzer niteliktedir. İki çözüm paketi arasındaki tek farklılık; ABD'deki marka ayrıştırması kalıcıyken; Komisyon, bazı evcil hayvan maması markalarının mülkiyetinin, Topluluğun farklı bölümlerinde kalıcı olarak bölünmüş olmaması için, ilgili markanın belirli bir süre için lisanslanmasına, ardından da önerilen alıcının yeniden markalama işlemi gerçekleştirmesine karar vermiştir (Monti, 2003).

Shell/Montecatini'de ise taraflar öncelikle Shell'in Union Carbide ile olan başka bir ortak girişim vasıtasıyla önemli bir diğer rakip teknoloji ile ilgisi olması nedeniyle, ortak girişimden Montedison'un teknolojisini saklayacağını taahhüt etmiştir. Ancak FTC'nin Shell'in Union Carbide'deki haklarından vazgeçmesi kararı üzerine, taraflar Komisyon'dan taahhütlerinin geri çekilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine Komisyon, söz konusu durum nedeniyle artık bir risk kalmayacağı için ilgili taahhütten vazgeçilmesini kabul etmiştir¹⁵³.

¹⁵² Rekabet tamamen pazardaki sözleşmesel düzenlemelere dayanıyorsa davranışsal çözüm tercih edilebilir.

¹⁵³ Ayrıca bkz. COMP/M.1915-The Post Office/TPG/SPPL.

FTC ve Komisyon'un birleşme çözümlerinin *ex-post* etkilerini değerlendirdikleri çalışmalar incelendiğinde, RGM'nin çalışmasına göre çözümlerin %81'inin etkili olduğu ifade edilmektedir ve bu FTC'nin çalışmasındakine göre çok daha yüksek bir orandır. Ancak AB çalışmasının bütününe bakıldığında neredeyse her çözümün ortalama iki tasarım ve uygulama hatası ile karşılaştığı, fikri mülkiyet haklarına dair çözümlerin neredeyse hep etkisiz olduğu, alıcının pazar payı düşerken birleşen teşebbüsün arttığı ve neredeyse her on çözümden birinin gereksiz olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. En etkili çözüm, "ortak girişimden çıkma" olarak görülmüştür; ancak bu çözümün iki belirgin özelliği vardır: bu durumda ayrıştırma görece basit ve alıcı genellikle ortak girişimin diğer tarafı olduğundan iş hakkında yeterince bilgilidir. En etkisiz çözümler de altyapıya veya fikri mülkiyet hakkına erişim izni olarak görünmektedir. Bu etkisizlik genellikle davranışsal çözümler ana taahhüt olduğunda geçerlidir ve dikey etkilere çözüm olarak düşünülmüştür (Léveque, 2007).

BÖLÜM 4

TÜRKİYE'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ

Bu bölümde öncelikle Rekabet Kurulu'nun (Kurul) birleşme çözümlerine ilişkin yetkisi, mevzuat, literatür ve uygulamalar çerçevesinde tartışılacak, ardından içerdiği ayrıntılı düzenlemeler dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (4054 sayılı Kanun) Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın (Tasarı) getirdiği yenilikler incelenecektir. Daha sonra, Kurul'un birleşme kararlarında getirdiği koşullara ve son olarak mevcut sistem ışığında Kurul'un birleşme çözümlerini nasıl uygulayabileceğine yer verilecektir.

1. KURUL'UN BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN YETKİSİ

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme ve devralmaları yasaklamaktadır. Bildirilen bir birleşme işlemine Kurul, öninceleme safhasında izin verebilir veya işlemi rekabeti kısıtlayıcı etkilerin daha ayrıntılı incelenebilmesi için nihai incelemeye alabilir.

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (1997/1 sayılı Tebliğ) 6(3). maddesinde Kurul'un bildirilen birleşme ve devralmalara, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına ve bazı yükümlülüklere uyulması koşuluna bağlı olarak izin verebileceği düzenlenmiştir¹⁵⁴. 1998/4 sayılı Özelleştirmelerde Uygulanacak Ön Bildirim ve İzin Başvuruları Hakkındaki Tebliğ'inde 1997/1 sayılı Tebliğ'e atıf yapması nedeniyle, özelleştirmelerde de koşul uygulanabileceği sonucuna varılabilir (Aslan, 2003).

Tan (1999), birleşmelere şartlı izin verilmesi mekanizmasının, 4054 sayılı Kanun'da dayanağın bulunmadığı gerekçesiyle, 1997/1 sayılı Tebliğ'de

¹⁵⁴ Karşı Görüş için bkz: Bolatoğlu, 2004. Ancak Bolatoğlu'nun görüşlerinin şartlı iznin bozucu olması halinde değiştiği görülmektedir (Aksoy vd, 2006).

şartlı iznin düzenlenemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak bu noktada, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin şartlı izin verilebileceğini zımnen kabul ettiği belirtilmelidir¹⁵⁵. Aynı kararda benzer şekilde İdare Mahkemesi de “*koşullu izin veya daha genel deyimle koşullu idari işlemin varlığının yadsınamayacağı*” görüşündedir. Danıştay da bir kararında¹⁵⁶, şartlı izin verilmesini bu işleme dayanak oluşturan mevzuata aykırı görmeyerek, çözüm mekanizmasının Türk rekabet mevzuatına aykırı bir uygulama olmadığı çıkarımına imkan vermektedir (Badur ve Ertem, 2008). İnan (2000), 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. ve 9. maddelerinin Kurul'a açıkça koşullu izin verme yetkisi tanıdığını, buna karşılık 4054 sayılı Kanun'da iznin koşullu olabileceğinden söz edilmediğini ifade etmektedir. Birleşmelere koşullu izin verilebilmesi, rekabet hukukunun sistemi ve mantığı içinde son derece gereklidir¹⁵⁷ (İnan, 2000).

Çamlıca (2000), şartlı iznin niteliğinin tartışmalı olduğunu iddia etmektedir. Zira, şartlı olarak kabul edilen izin talebi, esasta talebin reddedilmesi anlamına gelmekte, bu çerçevede verilen iznin ilk izin başvurusu yapılan işleme değil, şart ve yükümlülüklerle değiştirilen bir başka işleme verilen izin niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra Çamlıca işlemin 7. madde çerçevesinde reddedilmesinin ardından, şartlara uygun düzenlenmiş yeni işleme izin verilmesi şeklinde iki aşamalı bir usul benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Ancak şartlı izin mekanizmasının amaçlarından birinin de işlemin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamak olduğu unutulmamalıdır. Çamlıca'nın önerdiği sistem benimsendiği takdirde, nihai inceleme aşamasına geçilmeden işlemleri yasaklamak mümkün olmayacağı için, izin sürecinin çok uzayacağı ve bunun maliyeti arttıracığı açıktır. Güven (2003) de benzer bir tespitle, Kurul'un ilk başvuruya doğrudan şartlı izin vermesinin daha ekonomik ve zamandan tasarruf sağlayan bir yol olduğunu belirtmektedir.

Bu noktada, Danıştay 13. Dairesi'nin, Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi'ni devralması işlemine ilişkin 2008/13171 Esas sayılı yürütmeyi durdurma kararına değinmek gerekmektedir¹⁵⁸. Danıştay, ilk olarak 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine aykırı birleşmelere izin verilemeyeceğini belirtmekte, ikinci olarak 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6(3). maddesinde yer alan, Kurul'un birleşme veya devralmalara gerekli gördüğü bazı önlemlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin vereceğine ilişkin kuralda ifade olunan

¹⁵⁵ 23.2.1999, E. 1998/773, K. 1999/101 (Tan'dan naklen)

¹⁵⁶ 10. Daire 26.3.2002, 5648/849 (Badur'dan naklen)

¹⁵⁷ Aslan (2005) 9. maddenin 1 ve 3. fıkraları birlikte okunduğunda 7. maddeye aykırı bir birleşmenin taraflarına bu aykırılığın nasıl giderileceğine ilişkin görüşlerin yazılı olarak bildirilebileceğinin anlaşıldığını belirtmektedir.

¹⁵⁸ Söz konusu kararda rekabet kısıtını ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmiş bir çözüm yer almadığı için kararın koşuluna detaylı olarak yer verilmemiştir.

koşulların, ancak 4054 sayılı Kanun'la uyumlu ve Kanun'da dayanağı olan koşullar çerçevesinde olabileceğini vurgulamaktadır. Dava konusu uyuşmazlıkta Kurul, davacının gerçekleştirdiği devralma işlemi sonrasında Doğan Grubu'nun mevcut hâkim durumunun güçleneceğine, bu nedenle devralmanın 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi yasağı kapsamına girdiğine karar vermiştir. Kurul'un bu tespitinin ardından verdiği koşullara ilişkin Danıştay'ın görüşü şu şekildedir:

“Kurul bu saptamasına karşın, "batan teşebbüs savunmasında öne sürülen hususları dikkate alarak devralma işlemine, Kanunda dayanağı olmayan, ticarî hayatta bu günden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım dayalı durumlardan hareketle ayrıntılı, Kurulun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları da içeren koşullar belirlemiştir. Dolayısıyla, Kurul kararının koşullara ilişkin kısmı hukukî dayanaktan yoksun bulunmaktadır.”

Danıştay'ın bu tespitinden hareketle, Kurul'un 7. maddeye aykırılığı tamamen ortadan kaldırdığı açık koşullar öngörerek, bir birleşmeye izin verebileceğini belirttiği yorumu yapılabilir. Danıştay'ın yukarıda yer verilen ifadesi, Kurul'un birleşmelere koşullu izin verme yetkisi olduğunu göstermektedir.

Bu çerçevede bildirimde bulunulan bir işlem 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi yasaklaması kapsamında Kurul işleme belirli şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilecektir. Bu noktada akla bildirilmemiş bir işlemde Kurul'un şartlı izin verebilme yetkisi olup olmadığı gelmektedir. İşlemin gerçekleştirilmesinden sonra Kurul'a bildirilen işlemlerde veya Kurul'a bildirilmemesi dolayısıyla re'sen başlatılan incelemelerde şartlı izin verilip verilemeyeceği 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesinde açıklığa kavuşturulmaktadır. İşlem 7. madde kapsamında Kurul,

“para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına”

karar verecektir. Güven'e (2003) göre 11. madde çerçevesinde Kurul, bildirilmeyen birleşmelere de aynı şekilde para cezasını uyguladıktan sonra, koşullu olarak izin verebilmelidir. O halde işlemin bildirilsin ya da bildirilmesin, Kurul'un 4054 sayılı Kanun çerçevesinde rekabet karşıtı birleşmelere koşullu izin vermesi mümkün görünmektedir. Bu noktada rekabet karşıtı birleşmeye verilen iznin koşulu olan şart ve yükümlülüklerin incelenmesi gerekmektedir.

Şart ve Yükümlülük

Kurul'un bir birleşmeye koşullu izin vermesi durumunda, kararın içerdiği koşulların şart veya yükümlülük olarak belirlenmesi gerekmektedir. AB'de olduğu gibi, taahhüdün esasa ilişkin kısımları şart, uygulamaya ilişkin yan hükümler ise yükümlülük olarak belirlenmelidir. Bu noktada şart veya yükümlülüklerle uymamanın sonuçları önem kazanmaktadır. Aksoy vd. (2006,19) sonuçları dolayısıyla, bir yoğunlaşma işlemine getirilen şartın erteleyici¹⁵⁹ olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bunun nedeni olarak da, aksi halde izin kararıyla şartın gerçekleşmesi arasındaki dönemde, işlemin geçerliliği ve yürürlüğü konusunda belirsizlik olacağına işaret etmektedir. Bu noktada belirsizliğin aslında koşullu izin kararının bir yasaklama kararı anlamına gelmesinden kaynaklandığı ve Kurul'un da böyle bir kararı nihai inceleme yapmadan veremeyeceği ifade edilmektedir. Söz konusu belirsizliğin işlemin yaratabileceği sorunların taraflara bildirildiği ve gerekli değişiklikleri yapmaları için fırsat verildiği ya da tarafların bu değişiklikleri taahhüt etmelerinin istendiği (bildirimde değişiklik yaparak) ve işlemin bozucu¹⁶⁰ şarta bağlandığı bir yöntem benimsenmesi halinde ortadan kalkacağı ifade edilmektedir¹⁶¹.

Her ne kadar Aksoy vd (2006, 20) tarafların yükümlülüklerle uymamalarına ilişkin 4054 sayılı Kanun'da bir yaptırım bulunmadığını belirtse de, Tebliğ'in 9. maddesinde karara eklenmiş olan yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması halinde, Kurul birleşme veya devralmayı yeniden

¹⁵⁹ İşlemin sonuç doğurması gelecekte olması muhtemel bir olaya bağlıysa erteleyici şart, kurulmuş bir işlemin sonuçlarının ortadan kalkması gerçekleşmesi muhtemel bir olaya bağlıysa bozucu şart söz konusudur. Erteleyici şarta bağlı işlem, şartın gerçekleşmesine kadar askıda olduğundan, bu süre içerisinde hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bozucu şarta bağlı hukuki işlemlerde ise, şartın gerçekleşmesiyle birlikte geleceğe etkili olmak üzere hüküm ve sonuçlarıyla birlikte işlem kendiliğinden ortadan kalkacaktır (Aksoy vd., 2006, 3).

¹⁶⁰ İzin bozucu şarta bağlanması halinde bozucu şartın gerçekleşmesi birleşmenin tasfiyesine yol açacaktır. Kurul'un izin kararını şarta ve yükümlülüğe bağlaması halinde, bu şart ve yükümlülüklerin haksız olduğunu iddia eden teşebbüsler, iptal istemiyle yargı yoluna başvurabilecektir (Badur ve Ertem, 2008).

¹⁶¹ Aslan muafiyete ilişkin görüşlerini belirtirken, şart ve yükümlülük kavramlarının özel hukuktaki anlamlarıyla değerlendirilmesinin hatalı sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedir (2005, 284). Özel hukukta bir hukuki işlemin şarta bağlı olarak yapılmasında şartın bozucu şart veya taliki şart olması mümkündür. Şart taliki ise hukuki işlem şart gerçekleştiikten sonra hükümlerini meydana getirir. Bozucu şarta bağlı ise şart gerçekleştiğinde hukuki işlem sona erer (Aslan, 2005). Aslan, idari işlemlerde taliki şarta bağlı olarak izin verilemeyeceğini belirtmekte ve Kurul'un yerine getirilmesini istediği şartları vermesinin ardından şartların yerine getirilmesiyle izin kararını verebileceğini ifade etmektedir. Buna neden olarak da, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde hukuki işlem kendiliğinden sona erdiği halde, şartların yerine getirilmemesi halinde izin kararının başka bir kararla geri alınması gerektiğini göstermektedir. Ancak bu düşüncenin sadece muafiyete ilişkin olduğu unutulmamalıdır.

incelemeye alarak, yasaklamaya ve diğer yaptırımların uygulanmasına karar verebileceği ifade olunmaktadır (Badur ve Ertem, 2008)¹⁶².

1997/1 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde, birleşmeye açıkça izin verilmedikçe işlemin hukuken geçerlilik kazanamayacağı belirtilmektedir. Buna göre işleme verilecek izin şarta bağlıysa, bu şart gerçekleşmediği takdirde işlem hukuki geçerliliğini kazanamayacaktır. 9. maddeye göre ise yükümlülük yerine getirilmediğinde kararın geri alınması gerekmektedir. Aynı yoruma ilişkin ifade, 7. maddeye dercedilmiş şekilde Tasarı'da da yer almaktadır¹⁶³.

2. 4054 SAYILI KANUN'DA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI

31.7.2008 tarihli Tasarı, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde önemli değişiklikler yapmakta, bildirilmiş birleşme işlemlerini inceleme usulünü de değiştirmektedir. Tasarı'ya göre eksiksiz bildirim yapıldığı tarihten itibaren otuz işgünü içinde Kurul, işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülüklerle izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir. Kurul, tarafların yazılı görüşünü almadan yasaklama kararı veremeyeceği¹⁶⁴ gibi, yoğunlaşma işlemi de izin verilene kadar gerçekleşmeyecektir. İncelemenin derinleştirilmesi ihtiyacının bulunması durumunda, otuz iş günlük süre Kurul kararı ile dört aya kadar uzatılabilecektir¹⁶⁵.

Tasarı'ya göre şart ve yükümlülükler ancak 7. madde kapsamındaki rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, tarafların taahhütlerini yerine getirmelerine yönelik olabilecektir. Tasarı'ya göre yükümlülüklerle aykırı davranış halinde izin kararı geri alınabilecek olup, iznin geri alınması veya bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle ortadan kalkması durumunda, Kurul, yoğunlaşma işleminin sona erdirilmesi için teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını devretmeleri de dahil gerekli gördüğü her türlü tedbiri alacaktır¹⁶⁶.

1997/1 sayılı Tebliğ'e göre, bildirim tabi birleşmeler izin alana kadar 4054 sayılı Kanun'un 7/2, 10 ve 11. maddelerine göre geçersizdir ve dolayısıyla burada bir "askıda geçersizlik" durumu söz konusudur (Sanlı, 2007)¹⁶⁷.

¹⁶² Benzer görüş için bkz: Aslan, 2005.

¹⁶³ Ancak 4054 sayılı Kanun'un 13.b'si menfi tespit kararlarında şart ve yükümlülüklerin uyulmaması halinde, kararın geri alınmasını belirtmektedir.

¹⁶⁴ Görüş isteme yazısının tebliğinden görüşün Kuruma intikal ettiği tarihe kadar inceleme süresi durur.

¹⁶⁵ Özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemleri hariç.

¹⁶⁶ Bu durumda tarafların savunmaları istenir.

¹⁶⁷ Ancak, söz konusu maddelerin Kanun Tasarısı'ndan çıkarılmış olmasının, askıda geçersizlik durumunda bir belirsizlik yarattığı ifade olursa da (Sanlı, 2007), Tasarı'nın 4054 sayılı Kanun'un

Tasarı'daki bozucu şart kavramına göre, şart gerçekleşmezse işlem hukuka aykırı hale gelecektir. Verilen izin yoğunlaşma işlemini geçerli hale getirmekte; buna karşılık geçerliliğin geri almaya veya şartın gerçekleşmesine bağlı olarak askıda olduğu söylenebilmektedir. Taraflar yükümlülüklerini yerine getirmediğinde ise, işlem ancak Kurul'un geri alma kararıyla geçersiz olacaktır. Buradan da bozucu şart ve yükümlülüğe bağlı bir karar verildiğinde, işlemin askıda geçerli olduğu sonucuna ulaşılabılır (Sanlı, 2007). Sanlı, geri alma kararının, geriye etkili olduğunu ve işlemi baştan itibaren geçersiz hale getireceğini ifade etmektedir. Bununla beraber şart açısından geçersizliğin şartın gerçekleşmemesi halinde söz konusu olacağını; ancak izin kararı ile şartın gerçekleşmediği süre arasında işlemin geçerli olacağını ve ancak şartın gerçekleşmemesinin ardından geçersiz olacağını belirtmektedir.

Bu yöntemde ortaya çıkan sorun, şartlı izin verilmiş bir birleşmenin, şart gerçekleşmediği takdirde, o ana kadar geçerli olmasıdır. Çünkü söz konusu işlem o süre içerisinde 7. maddeye aykırı olarak gerçekleştirilmiş gibi görünmektedir. Ancak aslında o süre içerisinde ayrı tutma hükümleri (yükümlülük) vasıtasıyla 7. madde aykırılığı oluşmamakta veya kalıcı bir değişiklik olması engellenmektedir.

3. REKABET KURULU KARARLARI

Kurul'un kuruluşundan 2009 yılına kadar incelediği birleşme işlemleri arasında sadece on dört dosyada işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine aykırı olduğunun belirtilmesinin ardından söz konusu ihlali ortadan kaldıracak çözüm önerisinde bulunulmuştur. Söz konusu dosyalara ilişkin özet bilgiye ve ilgili AB ve ABD kararlarına EK'te detaylı olarak yer verilmektedir.

Bu bölümde öncelikle Kurul'un birleşme çözümlerine yaklaşımı AB, ABD ve Türkiye'de ortak olan bir birleşme işlemi çerçevesinde kıyasen verilmeye çalışılacaktır. Böyle bir tercihin sebebi Türk rekabet hukukunda birleşme çözümlerinin çok sık başvurulmayan bir yöntem olması nedeniyle, bu konuda gerek detaylı düzenlemeleri gerekse çok sayıda kararları ile AB ve ABD deneyimleri karşısında, Türk rekabet hukukunun ne gibi eksiklikleri olduğunun ortaya konulmasıdır. Bölümün devamında Kurul'un diğer kararlarında dikkat çeken önemli hususlara yer verilecektir.

56. maddesinde yaptığı değişikliğe göre, 7. maddedeki yasaklama kapsamında olan her türlü işlem geçersizdir ve bu işlemde doğan edimlerin ifası istenemez.

3.1. SYNGENTA KARARI

Komisyon ve DOJ'un yaklaşımının Türkiye uygulaması ile karşılaştırılmasına imkan tanınması bakımından *Syngenta* kararı önem arz etmektedir¹⁶⁸. *Syngenta*'nın *Advanta*'nın kontrolünü devralması işlemine ilişkin hem Kurul'un hem Komisyon'un hem de ABD Bölge Mahkemesi'nin kararları bulunmaktadır.

Kurul ilgili işlemin 7. maddeye aykırılık oluşturduğunu belirtmesinin ardından ihlali ortadan kaldıracak koşullarla *Syngenta*'nın *Advanta*'yı devralmasına izin vermiştir. *Syngenta* Kararında, ayçiçeği tohumu pazarında hakim durum doğması mümkün olduğu ifade edilmiş, ancak *Syngenta*'nın, *Advanta*'nın Türkiye'yi de kapsayan "Avrupa İşleri"ni elinden çıkarma (Türkiye de dahil) ve bunların Fox Paine tarafından devralınması konusunda Komisyon'a 16.7.2004 tarihinde başvuruda bulunduğu göz önüne alınarak, söz konusu devralma işleminin gerçekleşmesi halinde ilgili ürün piyasasındaki rekabetin ortadan kalkmayacağı sonucuna varılmıştır. Kurul, taraflar arasındaki "Hisse Alım Anlaşması"nın 2.3. maddesinde belirtilen taahhütler uyarınca ayçiçeği tohumu işinin üçüncü bir teşebbüse devredilmesi halinde ilgili ürün piyasasındaki rekabetin etkilenmeyeceği gerekçesiyle, bildirim konu devralma işlemine bu koşul çerçevesinde izin verilmesine karar vermiştir.

Aynı işleme yönelik olarak Komisyon'un 17.8.2004 tarihli, COMP/M.3465 sayılı kararında, ise Topluluğun çeşitli yerlerinde mısır, arpa, şeker pancarı, bezelye ve yağlı tohumlar pazarlarında, rekabetin yatay olarak kısıtlanacağı, bu tür tohumlara yönelik mantar ilaçlarında da dikey rekabet sorunları doğuracağı ifade edilmiştir.

Syngenta'nın önerdiği taahhütler kapsamında işleme rekabetin korunuyor olması dolayısıyla Yoğunlaşma Tüzüğü m.6(2) çerçevesinde izin verilmiştir. Söz konusu taahhütte, *Advanta*'nın Avrupa'daki işlerinin (Türkiye ve Rusya dahil olmak üzere), *Syngenta*'dan bağımsız bir alıcıya ayrıştırılacağı belirtilmiştir. Alıcıya, söz konusu işlerin yürütülmesine ilişkin fikri mülkiyete yönelik tüm lisanslar da verilecektir. Ayrıştırma konusu işkolunun kendi yönetimi, AR-GE'si, fikri mülkiyeti ve satış gücü olduğundan, tek başına var olabilen yaşayabilir bir işkolunu temsil etmektedir. Taahhütler AB'de ilgili pazarlardaki çakışmanın tamamını ortadan kaldırmaktadır.

Syngenta'nın taahhütlerine uyumunu sağlamak için Komisyon kararına şart ve yükümlülükler de eklemiştir. Buna göre ayrıştırılacak varlığın tanımı, alıcıyla anlaşma süresi, ayrıştırmanın kapanış süresi, geri almama süresi, alıcı şartları, şart olarak; ayrıştırmanın kapanışına kadar varlıkların değerini,

¹⁶⁸ 29.7.2004 tarih, 04-49/673-171 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

rekabetçiliğini korumaya ilişkin hususlar, kapanışa kadar ayrı tutma (işkolunu ayrı tutma yöneticisi dahil olmak üzere), denetleyici uzman atama, personeli geri almama, potansiyel alıcılara bilgi sağlama, ayrıştırma uzmanı belirleme hükümleri ile, uzmanların görevlerine ve özelliklerine ilişkin hükümler ise yükümlülük olarak belirlenmiştir.

ABD'de ise DOJ'un devir işlemi ile, ABD şeker pancarı tohumu pazarında rekabetin önemli ölçüde kısıtlanarak Clayton Kanunu'nun 7. maddesinin ihlal edildiği şikayeti üzerine, Bölge Mahkemesi¹⁶⁹, Advanta'nın şeker pancarı tohumu işini belirlenmiş sürede ayrıştırmasını ve Syngenta'nın alıcıya işle ilgili patentleri patentin ömrü boyunca münhasır ve ücretsiz lisanslamasını¹⁷⁰ emretmiştir. Mahkeme ayrıca tarafların varlıklarını alıcısına, ilgili tüm bilgi, belge ve personeli sağlamasını, varlıkları ara dönemde korumasını, gerekli izinlerin alınacağını garanti etmesini, denetleme ve ayrıştırma işlerinden sorumlu uzman(lar) atamasını, ayrıştırmanın bildirilmesini istemiş; varlıkların ayrı tutulmasını, aylık rapor verilmesini, DOJ'a denetime ilişkin istediği bilgilerin sağlanmasını, varlıkların 10 yıl geri alınmamasını emretmiş ve kararda belirtilen hükümleri talep üzerine tekrar değerlendirebileceğini ifade etmiştir.

Görüldüğü üzere, her üç kararda da Advanta'nın çeşitli pazarlarda işlerinin ayrıştırılması şartıyla işleme izin verilmiştir. Ancak Kurul kararında, diğer kararlardan farklı olarak, işlemin uygulamasına ilişkin süre hakkında dahi herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kurul işleme izin verilmesini sağlayan şartı tamamen tarafların AB'deki taahhütlerine dayandırmıştır. Kurul kararında, ayrı tutma hükümleri, muhafazaya ve uzmana ilişkin hükümler ve varlıkların detaylı tanımı bulunmamaktadır ve dolayısıyla, uygulamaya ilişkin eksikleri olan bir karardır. Bununla birlikte, ayrıştırma koşulu öngören bu karar, Komisyon'a halihazırda alıcı bildirildiği için alıcının kimliği hakkında bilgi sahibi olduğundan ve karar aşamasında alıcının belirli olmasından hareketle, Türkiye'de belirli alıcı durumuna örnek olarak verilebilecektir.

3.2. KURUL'UN DİĞER KARARLARI

Bu kısımda Kurul'un yoğunlaşma işlemlerinde verdiği koşullu izin kararlarının dikkat çeken noktalarına değinilmektedir. Kararlar hakkında daha detaylı bilgiye EK'te yer verilmiştir.

Kurul kararlarında dikkat çeken ilk husus, çözümün uygulanmasının denetimine ilişkin, kararlarda yeterli hüküm bulunmamasıdır. Tezin önceki

¹⁶⁹ US v. Syngenta AG, Astrazeneca PLC, Koninklijke Cooperatie Cosun U.A. ve Advanta B.V., (Civil No. 1:04CV01442 (D.C.C. 2004))

¹⁷⁰ Burada belirli alıcı durumu söz konusudur. Kararda belirli alıcı olarak Fox Paine verilmiştir.

bölgelerinde ifade edildiği üzere davranışsal çözümlerin etkin bir araç olabilmesi için taahhütlerin ve kararların etkili denetim mekanizmaları içermesi gerekmektedir. Türkiye'de davranışsal çözümün kabul edildiği bir karar olan *Trakmak Traktör*¹⁷¹ kararında Kurul tamamen davranışsal bir çözüm olan eşit şartlarda distribütörlük tesis edilmesi şartını getirmiş, ancak bu şartın denetimine ve yürürlük süresine ilişkin, kararına herhangi bir yükümlülük koymamıştır. Oysa ki Kurul kararının denetimine ilişkin bir madde içermemesi, çözümün denetimini genelde imkansız kılmaktadır. Ancak bu çözüm, yapısı gereği pazarın diğer oyuncularını doğrudan etkilemektedir ve bu sayede, karara aykırılık durumunda şikayet olabilecektir. Bu sayede, kararın uygulamasından herhangi bir denetim mekanizması öngörülmesi de, uygulamanın denetlenebileceği düşünülmektedir.

Kurul'un *GıdaSA*¹⁷² kararındaki denetleyici uzman ve ayırıştırma uzmanı atanması şartı, önemli bir gelişme olmakla beraber, söz konusu koşulun karara şart olarak yansıtılması, uzman atanması hükmünün kararın esas amacı olan 7. madde ihlalini giderdiği gibi bir anlama gelebilmektedir. Koşulun kararda bu şekilde tanımlanmasındaki sorun, taraflar ayırıştırılmayı uzman atamadan gerçekleştirdikleri takdirde 7. maddeye aykırılık oluşmamasına rağmen, kararın geçersiz olması şeklinde bir sonuç doğuracak olmasıdır. *Intergum*¹⁷³ kararında da aynı şekilde uygulamaya yönelik hükümler, şart olarak karara geçirilmiştir. Böyle bir hükmün ihlalinde kararın geri alınması imkanı olsa da, sadece Kurul kararına aykırı davranışta bulunduğu için para cezası verilmesi daha uygun olabilir. Bu nedenle mutlak suretle karara yansıtılan şartlar, işlemin 7. maddeye aykırılığını ortadan kaldıran hükümler olmalıdır. Aksi halde, örneğin denetim uzmanının atanmasında bir günlük gecikme olması, ayırıştırmanın süresinde gerçekleşmemesi ile aynı sonucu doğuracaktır.

Ancak uygulamaya yönelik hükümler açısından Kurul'un *Intergum* kararı diğer kararlarından ayrılmaktadır. *Intergum* kararında Kurul'un kararın uygulanmasına yönelik benimsediği hükümler diğer çözüm içeren kararlarına göre çok daha detaylı ve çok daha kapsamlıdır. Uzmanın görevleri, atanma süresi, ayırıştırmanın gerçekleştirilememesi halinde devreye girecek hükümler, alıcının taşınması gereken şartlar taahhütlerde belirtilmiş olup, uygulamanın nasıl gerçekleşeceğinin çerçevesi ayrıntılı bir şekilde çizilmiştir.

Kurul Üyesi Sıraç Aslan'ın *GıdaSA* kararına ilişkin karşı görüşü de, çözüm içeren birleşme kararlarındaki bu soruna işaret etmektedir:

"Ancak taraf vekilince gönderilen taahhüdün çerçevesinin ve sınırlarının yeterince belirgin olmadığı, taahhüdün hangi koşullar altında yerine getirileceğinin

¹⁷¹ 28.05.1998, 67/517-84

¹⁷² 7.2.2008, 08-12/130-46

¹⁷³ 23.8.2007, 07-67/836-314

muğlak olduğu, hatta anılan yazının bir “taahhüt” niteliğini haiz olmadığı kanaatindeyim. Kaldı ki, anılan teklif, bir taahhüt olarak değerlendirilse dahi taahhüdün gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin kontrolü, (...) mümkün değildir.”

Bu karşı görüşte de ifade edildiği gibi, çözümün sınırları belirgin olmalı ve uygulaması detaylı olarak planlanmalıdır. Aksi halde, getirilen çözümün, 7. madde ihlalini ortadan kaldırması mümkün olmayacaktır. Ancak bu görüşte dikkat çeken bir diğer nokta tarafların taahhütlerinin yeterince detaylı olmamasıdır. Taahhütlerin detaylı olmaması Kurul kararının da yeterince detaylı olmamasına yol açabilmektedir. Ancak Kurul'un taraflarla görüşerek taahhütlerin, uygulamaya ilişkin unsurların detaylarını içermesinin sağlanabileceği tarafımızca düşünülmektedir Uygulanamayan bir çözümün etkili olmayacağı düşünüldüğünde taraflarla Kurul'un işler bir çözüm üzerinde uzlaşması önem arz etmektedir.

Bu noktada, Kurul kararlarında dikkat çeken bir diğer nokta olan taahhütlere ve taahhüt olmadan karara şart veya yükümlülük eklenmesi konusuna, değinmek gerekmektedir. Komisyon ilgili teşebbüslerden taahhüt şeklinde herhangi bir çözüm önerisi gelmediği sürece birleşmelere koşul getirememektedir. Tasarı da şart ve yükümlülüklerin sadece taahhüt çerçevesinde verilebileceğini ifade etmektedir.

Kurul'un ilgili teşebbüslerin görüşünü ve onayını almadan koşul koyması uygulamada bazı sorunlar doğuracaktır. Öncelikle Kurul'un berirlediği rekabet sorunlarının birden fazla etkin, kabul edilebilir çözümü olabilir ve tarafların bu çözümlerden kendi çıkarlarını en çok koruyanını tercih etmeleri kaynakların etkin kullanılması bakımından önemlidir. İkinci olarak ise, teşebbüslerin uygulaması imkansız şart veya yükümlülükler getirilmesi durumunda, hayata geçirilemez bir karar alınmış olacaktır. Ayrıca, taraflar herhangi bir şartı kabul etmek yerine işlemden vazgeçme niyetinde dahi olabilir (Ulu, 2004). TEDAŞ dosyasında:

“Kurulun münhasırlık ve sabit fiyatlamının kaldırılması yönündeki koşullarına karşın Enerji Bakanlığı daha sonraki başvurusunda, bu koşulların mevcut hukuki düzenlemeler içerisinde uygulanabilir olmadığını ifade ederek söz konusu koşulların tekrar gözden geçirilmesini talep etmiştir. Kurul ise, koşulları yeniden değerlendirerek, bunların gerekli mevzuat değişikliği sağlandığında yerine getirilmesine karar vermiştir”

Bu nedenle, Kurul'un vereceği koşullu izni tarafların taahhütlerine dayandırması ve birleşmeye koşullu izin vermeden önce sektördeki düzenleyici otoritenin görüşünü alması, etkin bir birleşme çözümleri uygulaması açısından daha sağlıklı olacaktır.

Kurul kararlarında dikkat çeken son bir husus birleşme tarafların taahhütlerini aslen izin sürecini hızlandırmak amacıyla sunmalarıdır. *Gillette*¹⁷⁴ ve *GıdaSA*¹⁷⁵ Kararlarında taraflar taahhütte bulunurken, raportörlerin 7. madde ihlalinin oluştuğuna ilişkin görüşlerine katılmadıklarını ancak Kurul'un raportörlerin görüşüne katılma ihtimaline karşın taahhütte bulduklarını ifade etmişlerdir. Bu durum tarafların nihai incelemeye gitmeden işlemi gerçekleştirme isteklerini ve aslında en az kapsamlı taahhülle izin alma güdülerini göstermektedir.

4. TÜRKİYE'DE BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİ UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Yukarıda yer verilen Komisyon ve ABD uygulaması, bu uygulamalar ile karşılaştırmalı bir çerçevede değinilen Kurul kararları ve Kurul'un birleşme inceleme prosedürü ışığında bu bölümde, Türk rekabet hukukunda birleşme çözümleri uygulamasının iyileştirilmesine yönelik öneriler getirilmeye çalışılmaktadır.

Aksoy vd. (2006) birleşme işleminin iki şekilde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. İlk alternatif şu şekildedir:

“Kurul’u nihai karar aşamasına kadar devreye sokmadan, Kurul’un bu alandaki düzenlemelerini ve içtihatlarını dikkate alarak bildirim sahipleri ile hissedarlık anlaşmasında değişiklik yapılması da dahil işlemin doğurabileceği rekabet sorunlarının giderilmesi yöntemlerini müzakere edecek ve bu müzakere sonucunda üzerinde uzlaşılan hususlar tarafların taahhüdü olarak Kurulun değerlendirmesine sunulacaktır.”

Kurul da işleme, taahhütleri dikkate alarak veya almadan izin verecek ya da nihai incelemeye gidecektir. Ancak burada müzakereyi yürütecek olan raportörler ile Kurul arasında olabilecek görüş ayrılığı risk yaratmaktadır.

İkinci alternatif ise, bildirim üzerine hazırlanan ön inceleme raporunun Kurul’da görüşülmesi sırasında Kurul, işlemin mevcut halinde değişiklik yapılması gerektiği önerisine ve/veya ortaya konan rekabet sorunlarına katılırsa, raportörlere taraflarla müzakere için yetki verecektir. Bunun üzerine de taraflarla uzlaşılan çözümler, taahhüt olarak Kurul’un değerlendirmesine sunulacaktır.

Kurul'un da Komisyon'un yaptığı gibi taraflarla görüşmeler yapması ve koymayı düşündüğü şart ve yükümlülükleri karara geçirerek izin vermesi, aksi halde izin talebini reddetmesi gerekmektedir. Bir birleşme işleminde çözümler doğrudan, işlem reddedilmeden de sürece dahil olabilir.

¹⁷⁴ 8.9.2005, 05-55/836-228

¹⁷⁵ 7.2.2008, 8-12/130-46

Kanaatimizce, rekabeti engelleyen bir birleşme bildirildiğinde, öninceleme esnasında raportörler, söz konusu birleşmeye ilişkin görüşlerini taraflara sunmalıdırlar (Bu fikir alışverişi bildirim öncesinde de yapılabilir). Bu aşamada taraflar taahhüt önerebilecektir¹⁷⁶. Taraflar taahhüt önerisinde bulunurlarsa, bu durum aslında ilgili uzmanların görüşlerine katıldıkları anlamını taşımaktadır. Taahhütleri içeren bildirimle ilişkin rapor Kurul'a sunulduğunda ise Kurul, rekabetin kısıtlandığı görüşüne katılıyorsa taahhütleri içeren bildirimle koşullu izin vermiş olacaktır. Kurul sözleşmenin ilk halinin 7. maddeyi ihlal etmediği görüşünderse işleme ilk haliyle izin verecek, taahhütlerin yeterli olmadığı kanaatindeyse nihai inceleme kararı verecektir. Taraflar bir veya yeterli sayıda taahhütte bulunmazlarsa veya rekabet ihlali hakkında daha detaylı inceleme gerekiyorsa da Kurul nihai incelemeye karar verecektir. Bu aşamada önce taraflara rekabetçi endişeler iletilecek (ön itiraz), taraflar bunun üzerine görüşlerini sunacaktır. Bunun ardından nihai inceleme raporu hazırlanacak, tarafların ikinci görüşleri alınacaktır. Ek görüşün verilmesinden sonra, tarafların üçüncü görüşleri ve sözlü görüşleri alınacaktır. Burada tarafların taahhütlerini ne zaman sunacaklarına ilişkin bir düzenleme olmasa da, Kanun'un 47. maddesine göre en son sözlü savunmadan 7 gün önce belge sunulabilmesi mümkün olduğundan, o güne kadar taahhüt sunulabileceği düşünülmektedir¹⁷⁷. Ancak önemli olan taahhütler hakkında yeterli inceleme yapılabilmesidir. Taahhütlerin değerlendirilme aşamasında üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması da faydalı olacaktır. Kanaatimizce tarafların taahhüt vermesinin ardından, taahhüdün uygun olduğunun anlaşıldığı anda süreç kesilmeli ve işlem Kurul'da görüşülmelidir.

Bu noktada taahhüdün içeriği önem kazanmaktadır. Öncelikle I. bölümde belirtilen çözümün esasına ilişkin hususlara dikkat edilmelidir¹⁷⁸. Tarafların taahhüdü çerçevesinde benimsenen çözüm, 4054 sayılı Kanun'a

¹⁷⁶ Burada II.1.5. Bölümde belirtildiği üzere Komisyon'un uygulamasındaki gibi rekabet ihlali ve uygun çözümün açık olması daha uygun olacaktır.

¹⁷⁷ Bununla beraber taahhüdün bildirimini değiştiriyor olduğu görüşü bu yorumu anlamsız kılmaktadır.

¹⁷⁸ Deboraj Majoras rekabet otoritesinin dikkate alması gereken dört kriter belirlemiştir (2002):

- Birleşme rekabet üzerinde bir tehdit yaratmadığı sürece, çözüm uygulanmamalıdır,
- Çözüm için söz konusu rekabet sorununu ortadan kaldıran en az kısıtlayıcı alternatif seçilmelidir,
- Çözümler söz konusu pazarı regüle etme amacını değil, birleşme öncesi rekabet seviyesine etkin bir şekilde döndürme amacını taşımalıdır,
- rekabet kurumları çözüm tasarımında esnek ve olay özelinde yaratıcı olmalı (özellikle yatay olmayan dosyalarda), etkinlik kaybını asgaride tutmalıdır.

Leveque (2001) ise şu kriterleri eklemektedir:

- tasarım ve uygulamada idari maliyetleri asgaride tutmak,
- varlıkların yeniden dağılımında etkinlik (varlıklara en çok değer veren alıcıya satabilmek).

Sullivan (2003) teşebbüsün geçmiş davranışlarının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. ICN ise birleşmelerde çözüm uygulamasını benimseyen rekabet otoritelerinin gözetmesi gereken ilkelerin arasında orantılılığa, şeffaflığa ve tutarlılığa önem verilmesi gerektiğini belirtmiştir (ICN, 2005).

aykırılığı tamamen ortadan kaldırmalıdır. Bunun yanı sıra benimsenen esas çözümün içeriği detaylı olarak tanımlanmalıdır. Bir çözüm belirlerken bağımsız uzmanlar kullanılmalı (*trustee*), kesin süreler belirlenmeli, çözümün uygulanması gözlenmeli, uygulamada çıkabilecek sorunlar için mekanizma geliştirilmeli ve uygulamaya geçtikten sonra da etkileri izlenmelidir. Bir çözümde pazarın yapısını değiştiren tüm taahhütler şart, söz konusu taahhütlerin uygulanması usulüne ilişkin taahhütler ise yükümlülük olarak getirilmeli ve hukuki sonuçlarının ne olacağı da açıklanmalıdır. Zira karardaki boşluklar çözümün etkisini önemli ölçüde zedeleyecektir. Komisyon taahhüt metnini bir bütün olarak kararın sonuna eklemekte ve bu metnin kararın bir parçası olduğunu, ayrıca kararın içerisinde de metnin hangi kısımlarının şart hangilerinin yükümlülük olduğunu belirtmektedir. Kurul kararının da Komisyon kararı gibi olması gerektiği tarafımızca düşünülmektedir. Ayrıca, yükümlülüklerin yerine getirilmesinin denetimi re'sen ya da, üçüncü kişilerin şikayetine bağlı da olabilir.

Alıcının kimliği, çözümün etkili olmasında özel önem taşımaktadır. Bu nedenle, çözümün gerçekleştirilmesini sağlayacak potansiyel alıcıların varlığına bağlı olarak, tezin II.1.9.2. bölümünde yer verilen alıcı belirleme kategorilerden biri tercih edilmelidir. Alıcının uygun olup olmadığı her halükarda Kurul tarafınca onaylanmalıdır.

Son olarak, bir çözümün pazarda birleşmeden kaynaklanan rekabet sorununu bertaraf edebilmesi için, çözümün doğru şekilde ve tam olarak uygulanması gerektiği unutulmamalıdır (Monti, 2003).

SONUÇ

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki birleşmeler AB, ABD ve Türkiye'de antitröst/rekabet hukuku kuralları çerçevesinde yasaklanmaktadır. Ancak mutlak bir yasaklama yerine birleşmenin yarattığı etkinlikleri korurken, yol açtığı rekabet karşıtı etkilerden korunulmasını sağlayacak çözümler toplum refahının gözetilmesi bakımından daha rasyonel olmaktadır. Belirtilen sonuca ulaşılabilmesi amacıyla, bu tezde de rekabeti kısıtlayıcı nitelikte yoğunlaşmalarda, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerin ortadan kaldırılmasını sağlayacak çözümler ve bu çözümlerin nasıl uygulanabileceği tartışılmıştır.

Birleşmelerin yarattığı rekabet sorunu, yeni bir rakip yaratacak veya mevcut bir rakibi güçlendirecek şekilde mevcut bağımsız bir işkolunun ayrıştırılması, bağımsız olmayan bir işkolunun teşebbüsten ayrılmasının ardından ayrıştırılması veya sadece varlıkların kısmen devri, fikri mülkiyet haklarının lisanslanması, pazardaki rakip teşebbüsler arasındaki yapısal bağların koparılması veya birleşen teşebbüslerin davranışlarının düzenlenmesiyle çözülebilir. Hangi birleşme çözümünün en uygun olduğu olay özelinde belirlenmelidir.

AB ve ABD'de genel olarak yapısal çözümler, özellikle de ayrıştırma, denetimi ve uygulaması daha zor ve etkisi belirsiz olan davranışsal çözümlere göre tercih edilmektedir. Çözümler birleşme taraflarınca taahhüt biçiminde sunulmakta, böylece tarafların istemeyeceği bir anlaşma içine girmesinden kaçınılmakta ve pazara daha uygun olan çözüme ulaşılmaktadır. Tarafların taahhütlerinin genellikle çözümün uygulamasına ilişkin iş kolunun muhafazası için ve ayrıştırmanın denetimine dair hükümler içermesi beklenmekte, ayrıştırmanın gerçekleştirilememesi halinde devreye girecek bir ayrıştırma uzmanı atanması istenmektedir.

AB ve ABD'de ayrıştırılacak, lisanslanılacak varlıkların alıcısının özelliklerine özel önem verilmekte, uygun alıcı bulunamayacak ayrıştırma taahhütleri kabul edilmemektedir. Ayrıca uygulamaya ilişkin süre sınırlarına katı bir şekilde uyulmaktadır.

Türkiye'ye bakıldığında ise, Rekabet Kurulu'nun çözüm içeren birleşme kararlarının sayısının çok az olduğu ve bu az sayıda kararların da çözümün

uygulanmasına ilişkin çok detaya inmediği dikkat çekmektedir. Komisyon'da da aynı anda incelenmeyen dosyalar arasında, uygulamaya ilişkin en detaylı taahhüdü ve en detaylı çözümü Kurul'un Intergum kararının içerdiği görülmüştür.

Bununla birlikte Kurul'un önüne gelen ve 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesini ihlal edeceğinden önemli ölçüde endişe edilen bir birleşmede, endişeler taraflara iletildikten sonra (veya nihai inceleme kararının ardından), taraflar bu endişeleri giderecek taahhütlerde bulunurken, bu taahhütlerin içeriği hem endişeleri giderecek çözümü, hem de bu çözümün nasıl uygulanacağını açığa kavuşturmalıdır. Kurul da kararında, bu taahhütleri birleşmenin koşulu olarak ve yerine göre şart/yükümlülük olarak tanımladığında, bir yoğunlaşmadaki çözüm mekanizmasına ilişkin belirsizliklerin azalacağı düşünülmektedir.

Önceki bölümlerde yapılan incelemeler neticesinde, Rekabet Kurulu'nun da ilerde Komisyon, DOJ ve FTC gibi rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yoğunlaşmalarda birleşme çözümlerinin nasıl uygulanacağını gösteren ve birleşme taraflarının taahhütlerini düzenlemesinde yardımcı olacak bir kılavuz çıkarmasının faydalı olacağına inanılmaktadır. Ancak, birleşme prosedürleri arasındaki benzerlikler dikkate alındığında, Komisyon uygulamasının, usul olarak Rekabet Kurulu uygulamasına daha yakın olduğu görülmektedir. Bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yoğunlaşmalarda, çözüm getirilmesine ilişkin usul belirlenirken, Komisyon mevzuatından yararlanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Türkiye'de de yoğunlaşmalara getirilen çözüm mekanizmasının, AB ve ABD rekabet/antitröst otoritelerindeki gibi, çözümün uygulamasına ve çözümün yaratacağı sonuca daha çok önem verilerek uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Bu şekilde normalde yasaklanacak nitelikteki birleşmelerin etkinlik doğurucu yanları korunurken, rekabet karşıtı etkiler doğuran yanları çözümlendirilerek, nihai olarak pazarlarda daha yüksek toplam fayda yaratılması sonucuna ulaşılabilir.

ABSTRACT

Anticompetitive mergers are challenged by antitrust authorities. Instead of blocking the transaction right away, authorities might choose to negotiate with the merging parties and allow the transaction to proceed with their commitments. These commitments modify the transaction in a way that restores or preserves the competition in the relevant markets. The modifications that eliminate the competition concerns are commonly described as merger remedies.

This thesis seeks to provide a path on evaluating merger remedies in Turkey, in the light of merger remedies procedure in EU and US. To achieve this, the doctrine, the principles of relevant legislation in EC, US and Turkey, and the past cases are analyzed in a comparative manner. After this, inferences have been drawn in order to give a perspective for Turkish competition policy.

KAYNAKÇA

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

American Chamber Of Commerce To The European Union (AMCHAM EU) (2007) “European Commission’s Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”e ilişkin görüşü.

American Bar Association’ın (ABA) (2007) “European Commission’s Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”e ilişkin görüşü.

ASLAN, İ. Y. (2005) “Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama ve Mevzuat” 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.

BADUR, E. ve B. ERTEM (2008) “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü” Rekabet Dergisi sayı: 33

BAER, J. W. ve FTC Antitrust Department Staff (1999) “A Study of The Commission’s Divestiture Process”

BAER, J. W. ve L. GYSELEN (2006) “Merger Remedies Policy in the EU and USA” Practical Law Company’s Cross-border Competition Handbook 2006/2007

BAER, J. W. ve R. C. REDCAY (2000) “Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy” George Washington Law Review 69.

BALTO, D. (2001) “Lessons from the Clinton Administration: The Evolving Approach to Merger Remedies” George Washington Law Review 69.

BALTO, D. ve R. G. PARKET (2000) “The Evolving Approach to Merger Remedies” Antitrust Report.

BARNETT, T. O. (2008) “Current Issues in Merger Enforcement: Thoughts on Theory, Litigation Practice, and Retrospectives” Department of Justice.

BLANKE, G. (2007) MCI Arb'ın SJBerwin adına "European Commission's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004"e ilişkin görüşü.

BOLATOĞLU, H. (2004) "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi" Rekabet Kurumu, Ankara

BOUGETTE, P. ve S. TUROLLA (2006) "Merger Remedies at the European Commission: A Multinomial Logit Analysis" LAMETA Working Paper 2006-08

BRAUN, W. D. ve L. RITTER (2004) *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3. Baskı Kluwer Law International, Hollanda.

BURNLEY, R. ve M. J. Reynolds (2004) "Merger remedies in a new era of EC Merger Regulation": Barry Hawk (2004) *International Antitrust Law and Policy* Fordham Corporate Law 2004, Fordham University School of Law içerisinde.

Canada Competition Bureau (2006) "Information Bulletin on Merger Remedies in Canada, Competition Bureau".

CARLTON, D. ve J. PERLOFF (2000) *Modern Industrial Organization*, 3. Baskı, Longman Higher Education,

CARY, G. S. ve M. R. BRUNO (1997) "Merger Remedies" *Administrative Law Review* 49.

Center For Competition Policy (CCP) (2007) "European Commission's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004"e ilişkin görüşü.

COOK, J. ve C. KERSE (2005) *EC Merger Control*, 4th Ed. Sweet&Maxwell Limited, UK

Crowell & Moring'in (2007) "European Commission's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004"e ilişkin görüşü.

ÇAMLICA, B. (2000) "Rekabet Kurulu'nun Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tutumu" Rekabet Bülteni, sayı:2, ESC Consulting.

DAVIES, S. ve B. LYONS (2008) "Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition" Edward Elgar Publishing

DAVIES, S. ve M. OLCZAK (2008) "Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?" CCP Working Paper 08-28.

DE SOUZA, N. (2006) “Remedies” GÖTZ D. ve C. W. JONES tarafından düzenlenmiş *Eu Competition Law: Vol III Mergers and Acquisitions* içinde (2006) Claey's & Casteels, Belçika

DUSO, T., K. GUGLER ve B. YURTOĞLU (2006) “Eu Merger Remedies: A Preliminary Empirical Assessment” Governance and the Efficiency of Economic Systems. <http://ideas.repec.org/p/trf/wpaper/81.html>

EZRACHI, A. (2006) “Behavioural Remedies in EC Merger Control - Scope and Limitations” World Competition 29(3).

FARELL, J. (2003) “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems” Working Paper No.CPC03-41 Competition Policy Center University of California, Berkeley

Federal Trade Commission Bureau of Competition (1999) “Study of the Commission’s Divestiture Process” www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf

Federal Trade Commission Premerger Notification Office (FTC PNO) (2008) “What is the Premerger Notification Program? An Overview” www.ftc.gov/bc/hsr

FOER, A. “Toward Guidelines For Merger Remedies”, (2001) Case Western Reserve Law Review. 52

Freshfields Bruckhaus Deringer (2007) “European Commission’s Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”e ilişkin görüşü.

FROEB, L. M., G. J. WERDEN, S. TSCHANTZ (2005) “Incentive Contracts as Merger Remedies” Vanderbilt University of Law School Law and Economics, Working paper No.05-27.

GÜVEN, P. (2003) *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi* 2. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara.

HARKER, M. (2006) “UK Merger Remedies under Scrutiny” CCP Working Paper 06-16.

İNAN, N. (2000) “Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları” Rekabet Bülteni Sayı 13, ESC Consulting.

International Competition Network (ICN) Merger Working Group (2005) “Merger Remedies Review Project” 4. ICN yıllık konferansı için rapor.

International Bar Association (IBA) Antitrust Committee’nin (2007) “European Commission’s Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation

(EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”e ilişkin görüşü.

International League of Competition Law (LIDC)’in (2007) “European Commission’s Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004”e ilişkin görüşü.

JENNY, F. (2002) “The Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries” CERNA, Paris, 17-18.1.2002.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008) *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials* 3. Ed. Oxford University Press, Oxford.

KOULIAVTSEV, M.S. (2006) “Measuring the Extent of Structural Remedy in Section 7 Settlements: Was the US DOJ Successful in the 1990’s?” *Review of Industrial Organization* 30.

LEVEQUE, F.(2007) “Are Merger Remedies Effective in the EU?” CERNA Working Paper.

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

LYONS, B. R. (2001) “What Do We Conclude From The Success and Failure of Mergers?” *Journal of Industry, Competition and Trade*; Dec 2001; 1, 4; ABI/INFORM Global pg. 411

LYONS, B. R. (2008) “An Econometric Assesment of EC Merger Control: 1957-2007” CCP Working Paper 08-17

MAJORAS, D.P. (2002) “Antitrust Remedies in the United States: Adhering to Sound Principler in a Multi-Faceted Scheme” before Canadian Bar Association National Law Section 2002 Annual Fall Conference on Competition Law Oct.4.

MALONE, F. ve J.G. SIDAK (2007) “Should Antitrust Consent Decrees Regulate Post-Merger Pricing?” *Journal of Competition Law and Economics* 3(3).

MCFALLS, M. ve J. SIMS (2001) “Negotiated Merger Remedies: How Well Do They Solve Competition Problems?” *George Washington Law Review* 69.

MEDERER, W. (2001) “Remedies in Merger Cases” the Fifth Annual Competition Conference, IBA.

MEDVEDEV, A. (2007) “Structural Remedies in Merger Regulation in Cournot Framework” CCP Working Paper 07-16

- MONTI, M. (2003) “The Commission’s Notice on Merger Remedies” F. LEVEQUE ve H. SHELANSKI *Merger Remedies in american and European Union Competition Law*, içinde Edward Elgar USA 2003 içerisinde.
- MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007) “Merger Remedies in the European Union: An Overview” *The Antitrust Bulletin* 52(3).
- OECD Policy Roundtables, Merger Remedies 2003 Background Note
- OVACIK, M.(1986) *İngilizce - Türkçe Hukuk Sözlüğü* Olgaç Matbaası, Ankara.
- PAAS, K. (2006) “Non-structural Remedies in EU Merger Control” *European Competition Law Review*, 27(5).
- PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006) “The Merger Remedies Study - In Divestiture We Trust?” *European Competition Law Review*, issue 8
- PATE, R. H. (2002) “Antitrust Enforcement at the DOJ - Issues in Merger Investigations and Litigation” DOJ
- PATE, R. H. (2003) “Statement Before the Committee on the Judiciary, US House of Representatives, Concerning Antitrust Enforcement Oversight”
- PEKTAŞ, M. (2008) “Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma” (Yayınlanmamış Rekabet Uzmanlığına Yükselme Tezi) Rekabet Kurumu, Ankara.
- PITOFISKY, R., (2000) “The Nature and Limits of Restructuring in Merger Review”, Remarks at Cutting Edge Antitrust Conference
- SANLI, K. C. (2007) “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi” *Rekabet Dergisi* Sayı:30.
- SULLIVAN, E. T. (2003) “Antitrust Remedies in The US and EU: Advancing a Standard of Proportionality” *Antitrust Bulletin*.
- TAN, T. (1999) “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, *Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu*, Ankara 1999
- ULU, H. (2004) “Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin” *Rekabet Kurumu*, Ankara
- UK Competition Commission (2008) “Understanding Past Merger Remedies: report on case study research” http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/understanding_past_merger_remedies.pdf
- VIDGOR, W. R., K. ADRIAN, F. BONVINO ve MICHAEL G. C. (2003) “Perspectives on Merger Divestitures When There is No Business Unit to Divest” *An ABA Section of Antitrust Law “Brown Bag” Conference Call*

WEISER, P. J. (2008) “Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and th FCC”, Federal Communications Law Journal, Vol.61 No.1

WINCKLER, A. (2003) “Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control?” LEVEQUE F. ve H. SHELANSKI *Merger Remedies in american and European Union Competition Law* içinde, Edward Elgar USA 2003.

WOOD, D. P. (2003) “A Comparison of Merger Review and Remedy Procedures in the US and EU” LEVEQUE F. ve H. SHELANSKI *Merger Remedies in american and European Union Competition Law* içinde, Edward Elgar USA 2003.

ZHU, S. (2006) “Converge? Diverge? A Comparison of Horizontal Merger Laws in the United States and European Union” World Competition 29(4)

Türk Rekabet Mevzuatı

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

31.7.2008 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

AB Rekabet Mevzuatı

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

Commission Regulation (EC) No.802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings

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

Directorate General of Competition, European Merger Control - Council Regulation 139/2004 - Statistics (downloaded on 12.1.2009) <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

Directorate General of Competition Best Practice Guidelines: Explanatory Notes on the Commission’s Model Texts for Divestiture Commitments and Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, 2009b.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Directorate General of Competition “Best Practices On The Conduct Of Merger Control Proceedings” 2009a

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

ABD Rekabet Mevzuatı

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

Federal Trade Commission (2007) “Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions”

Federal Trade Commission (2003) “Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies”

Kararlar

Rekabet Kurulu Kararları

Karar Adı	Karar Tarihi ve Sayısı	Danıştay Kararı
<i>Borusan/Mannesmann OG</i>	20.08.1998, 80/617-119	-
<i>Doğan/Vatan</i>	10.03.2008, 08-23/237-75	Danıştay 13. Daire E. No: 2008/13171
<i>DSM N.V./Roche Vitamin</i>	11.09.2003, 03-60/730-342	-
<i>Glaxo/SmithKline</i>	03.08.2000, 00-29/308-175	-
<i>Greencastle/Intergum</i>	23.08.2007, 07-67/836-314	-
<i>MGS/GıdaSA</i>	07.02.2008, 08-12/130-46	-
<i>New Holland/Trakmak Traktör</i>	28.05.1998, 67/517-84	-
<i>Owens Corning/Compagnie de Saint-Gobain</i>	13.12.2007, 07-90/1153-446	-
<i>P&G/Gillette</i>	08.09.2005, 05-55/836-228	-
<i>Rockwood/Süd-Chemie</i>	29.12.2005, 05-88/1229-358	-
<i>Syngenta/Advanta</i>	29.07.2004, 04-49/673-171	-
<i>TEDAS</i>	16.10.1998, 87/693-138	Dan. İdari Dava Dai. Gn. Krl. E:1999/921
<i>Toros/Sümer Holding Mazıdağı Fosfat Tesisleri</i>	21.02.2008, 08-16/189-62	-
<i>TÜPRAŞ Özelleştirme</i>	21.10.2005, 05-71/981-270	Danıştay 10. Daire E:2004/2195

Avrupa Komisyonu ve İlk Derece Mahkemesi Kararları

Karar Adı	Karar Sayısı ve Tarihi
<i>Agfa-Gevaert/DuPont</i>	COMP/M.986, 11.2.1998
<i>Alcan/Pechiney</i>	COMP/M.3225, 29.9.2003
<i>Alcatel/Finmeccanical/Alcatel Alenia Space & Telespazio</i>	COMP/M.3680, 28.4.2005
<i>Allied Signal/Honeywell</i>	COMP/M.1601, 15.7.1999
<i>Anglo-American/Lonrho</i>	COMP/M.754, 23.4.1997
<i>AOL/Time Warner</i>	COMP/M.1845, 11.10.2000
<i>APW/APSA/Nordic Capital/Capio</i>	COMP/M.4367, 16.3.2007
<i>ARD v. Commission</i>	T-158/00 30.9.2003 [2003] ECR II-3825
<i>Areva/Urenco/Etc</i>	COMP/M.3099, 6.10.2004
<i>Astra/Zeneca</i>	COMP/M.1403, 26.2.1999
<i>Axalto/Gemplus</i>	COMP/M.3998, 19.5.2006
<i>BaByliss v Commission</i>	T-114/02 3.4.2003 (SEB/Moulinex COMP/M.2621)
<i>Bayer/Aventis Crop Science</i>	COMP/M.2547, 17.4.2002
<i>Boeing/McDonnell Douglas</i>	COMP/M.877, 31.7.1997
<i>Bombardier/Adtranz</i>	COMP/M.2139, 3.4.2001
<i>Bosch/Rexroth</i>	COMP/M.2060, 13.12.2000
<i>British Airways/TAT</i>	COMP/M.259, 27.11.1992
<i>Carrefour/Promodes</i>	COMP/M.1684, 25.1.2000
<i>Ciba-Geigy/Sandoz</i>	COMP/M.737, 17.7.1996
<i>Continental/Phoenix</i>	COMP/M.3436, 26.10.2004
<i>Crown Cork&Seal/CarnaudMetalbox</i>	COMP/M.603, 14.11.1995
<i>Dow Chemical/Union Carbide</i>	COMP/M.1671, 22.11.1999
<i>EasyJet v. Commission</i>	T-177/04 4.7.2006 (COMP/M.3280 - Air France/KLM)
<i>EDF/EnBW</i>	COMP/M.1853, 7.2.2001
<i>Elf Aquitaine-Thyssen/Minol</i>	COMP/M.235, 4.9.1992
<i>EnBW/ENI/GVS</i>	COMP/M.2822, 17.12.2002

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

<i>Energias de Portugal SA v. Commission</i>	T-87/05 21.9.2005 (COMP/M.3440 EDP/GNI/GDP)
<i>Evrax/Highveld</i>	COMP/M.4494, 20.2.2007
<i>Exxon/Mobil</i>	COMP/M.1383, 29.9.1999
<i>Gaz de France/Suez</i>	COMP/M.4180, 14.11.2006
<i>GE/Instrumentarium</i>	COMP/M.3083, 2.9.2003
<i>Gencor v. Commission</i>	T-102/96, 25.3.1999 (COMP/M.619 - Gencor/Lonrho)
<i>General Electric v. Commission</i>	T-210/01 14.12.2005 (COMP/M.2220 - General Electric/Honeywell)
<i>Glaxo/Wellcome</i>	COMP/M.555, 28.2.1995
<i>Hoechst/Rhone-Poulenc</i>	COMP/M.1378, 20.1.2004
<i>Hoffmann La Roche/Boehringer MannHeim</i>	COMP/M.950, 4.2.1998
<i>Industri Kapital (Nordkem)/Dyno ASA</i>	COMP/M.1813, 12.7.2000
<i>Kimberly-Clark/Scott Paper.</i>	COMP/M.623, 16.1.1996
<i>Konica/Minolta</i>	COMP/M.3091, 11.7.2003
<i>Lagardere/Natexis/VUP</i>	COMP/M.2978, 7.1.2004
<i>Linde/AGA</i>	COMP/M.1641, 9.2.2000
<i>Lufthansa/Swiss</i>	COMP/M.3770, 4.7.2005
<i>Masterfoods/Royal Canin</i>	COMP/M.2544, 15.2.2002
<i>MCI World/Com/Sprint</i>	COMP/M.1741, 28.6.2000
<i>Mitsui/CVRD/Caemi</i>	COMP/M.2420, 30.10.2001
<i>Monsanto/Pharmacia & Upjohn</i>	COMP/M.1835, 30.3.2000
<i>Nestle/Ralston Purina</i>	COMP/M.2337, 27.7.2001
<i>Newscorp/Telepiu</i>	COMP/M.2876, 2.4.2003
<i>Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits</i>	COMP/M.2268, 8.5.2001
<i>Pernod Richard/Allied Domencq</i>	COMP/M.3779, 24.6.2005
<i>Procter & Gamble/Gillette</i>	COMP/M.3732, 15.7.2005
<i>Procter & Gamble/Wella</i>	COMP/M.3149, 30.7.2003
<i>Reuters/Telerate</i>	COMP/M.3692, 23.5.2005

Nazlı VAROL

<i>Rexam (Plm)/American National Can</i>	COMP/M.1939, 19.7.2000
<i>Rohm and Haas/Morton</i>	COMP/M.1467, 19.4.1999
<i>Sanitec/Sphinx</i>	COMP/M.1578, 1.12.1999
<i>SCA Packaging/Metsa Corrugated</i>	COMP/M.2032, 25.8.2000
<i>Schneider Electric/APC</i>	COMP/M.4475, 8.2.2007
<i>SEB/Moulinex</i>	COMP/M.2621, 11.11.2003
<i>Shell/Montecatini</i>	COMP/M.269, 24.4.1996
<i>Siemens/Elektrowatt</i>	COMP/M.913, 2.12.1997
<i>Solvay/Montedison Ausimont</i>	COMP/M.2690, 9.4.2002
<i>Sonoco/Ahlstrom</i>	COMP/M.3431, 6.10.2004
<i>Swissair/Sabena</i>	COMP/M.616, 20.7.1995
<i>Telia/Telenor</i>	COMP/M.1439, 13.10.1999
<i>Commission v. Tetra Laval BV</i>	(C12/03 P) [2005] 4 CMLR 8 (<i>Tetra Laval/Sidel</i> -COMP/M.2416, 13.1.2003)
<i>The Post Office/TPG/SPPL</i>	COMP/M.1915, 13.3.2001
<i>T-Mobile Austria/Tele.ring</i>	COMP/M.3916, 28.4.2006
<i>Total Fina/Elf Aquitaine</i>	COMP/M.1628, 9.2.2000
<i>Unilever/Bestfoods</i>	COMP/M.1990, 28.9.2000
<i>VEBA/ VIAG</i>	COMP/M.1673, 13.6.2000
<i>VEBA/Degussa</i>	COMP/M.942, 3.12.1997
<i>Verbund/Energie Allianz</i>	COMP/M.2947, 11.6.2003
<i>Vivendi/Canal+/seagram</i>	COMP/M.2050, 13.10.2000
<i>Vodafone Airtouch/Mannesmann</i>	COMP/M.1795 12.4.2000
<i>Volvo/Renault</i>	COMP/M.1980, 28.9.2000

ABD Kararları

Karar Adı	Karar Sayısı
US v. Alcan Aluminum, In.	605 F. Supp. 619 (W.D.Ky. 1985)
AOL/Time Warner	FTC Dkt. No. C-3989
Boeing Company	FTC Dkt. No. C-3992
California v. American Stores Co.	495 U.S. 271 (1990)
FTC v. Cardinal Health Inc/Bergen Brunswig Corp	Civil No. 98-595 (D.D.C. 1998)
Columbia/HCA Healthcare Corporation,	FTC Dkt. No. C-3619
Exxon/Mobil	FTC Dkt. No. C-3907
Federal Mogul ve T&N PLC	FTC File No. 981 0011
Ford Motor Co v. US,	405 U.S. 562, 573-575 (1972)
FTC v. Cardinal Health ve FTC v. McKesson Corp.	12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998)
Glaxo/SmithKline Beecham	FTC Dkt. No. C-3990
FTC v. McKesson Corp/ Ameri Source Health Corp	File No. 981 0025 (D.D.C. 1998)
Nestle/Ralston Purina	FTC Dkt No.C-4028
Promodes S.A.	FTC Dkt. No. 9228
Revco Inc.	FTC Dkt. No. C-3540
Rite-Aid Corporation	FTC Dkt. No. C-3546
Shell/Montecatini	FTC Dkt. No. C-3580
US v. Aetna, Inc.,	Civil No 3-99CV 1398-H (N.D.Tex. 1999)
US v. AlliedSignal, Inc.,	Case No. 1:99 CV 02959 (PLF) (D.D.C.)
US v. AT&T Corp.	44158 (D.D.C. 1994)
US v. Cargill Inc.	71,893 (W.D.N.Y. 1997).
US v. Cookson Group plc	70,666 (D.D.C. 1993).
US v. E.I. Du Pont de Nemours	366 U.S. 316 (1961)
US v. Interstate Bakeries Corp.	71,271 (N.D. Ill. 1995)
US v. MCI Communications Corp.	71,935 (D.D.C. 1997)
US v. Miller Industries, Inc.	73,132 (D.D.C. 2000)

Nazlı VAROL

US v. National Lead Co.	332 U.S. 319 (1947)
US v. Northrop Grumman Corp.	1861 (D.D.C. 2003)
US v. Sprint Corp.	71,300 (D.D.C. 1996)
US v. Syngenta AG, Astrazeneca PLC, Koninklijke Cooperatie Cosun U.A. ve Advanta B.V.	Civil No. 1:04CV01442 (D.C.C. 2004)
US v. Tele-Communications, Inc.,	71,496 (D.D.C. 1994)
US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.	366 U.S. 316 (1961).
US v. Imetal	Civil No. 99 1018 (D.D.C. 2000)