

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 116

REKABET KURUMU

**BİRLEŞMELERİN
KONTROLÜNDE ETKİNLİK
SAVUNMASININ ROLÜ:
YATAY BİRLEŞMELER
TEMELİNDE BİR
DEĞERLENDİRME**

İMREN SEYRANTEPE

**BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE
ETKİNLİK SAVUNMASININ ROLÜ:
YATAY BİRLEŞMELER TEMELİNDE
BİR DEĞERLENDİRME**

İMREN SEYRANTEPE

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

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

13/07/2011 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Vekili H. Erkan YARDIMCI
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Suna Barış ÖZER,
E. Cenk GÜLERGÜN, Ali İhsan ÇAĞLAYAN,
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez Değerlendirme Heyeti
önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulunun
03/08/2011 tarih ve 11-44/1020 sayılı toplantısında
"Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-18-3

YAYIN NO

281

“Bana her zaman destek olan anneme”

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ	1

Bölüm 1

YATAY BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE ETKİNLİK SAVUNMASI VE TEMEL KAVRAMLAR

1.1. ETKİNLİK KAVRAMI VE REFAH İLİŞKİSİ	4
1.1.1. İktisadi Etkinlik Kavramı.....	4
1.1.2. Etkinlik Kazanımı Sağlayan Yatay Birleşmelerin Refah Üzerindeki Etkileri	4
1.2. REFAH STANDARDI SEÇİMİ	5
1.2.1. Tüketici Refahı Temelli Standartlar	6
1.2.2. Toplam Refah Temelli Standartlar	6
1.2.3. Tüketici Refahı ve Toplam Refah Temelli Standartların Etkinlik Savunması Bakımından Karşılaştırılması	8
1.3. YATAY BİRLEŞMELERDE ETKİNLİK SAVUNMASININ İKTİSADİ TEMELLERİ	9
1.3.1. Tek Taraflı Etkiler Bakımından	9
1.3.2. Koordine Edilmiş Etkiler Bakımından.....	11
1.3.3. Yatay Birleşmelerden Kaynaklanan Etkinliklere İlişkin Ampirik Bulgular	12
1.4. YATAY BİRLEŞMELERE İLİŞKİN OLASI ETKİNLİK ARGÜMANLARI.....	12
1.5. UYGULAMAYA İLİŞKİN ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR.....	14
1.5.1. Refah Standardı Seçimi, Esasa İlişkin Test ve Temel Bir Ayrım ...	14
1.5.2. Usule İlişkin Alternatif Yöntemler.....	15

Bölüm 2

ABD UYGULAMASI IŞIĞINDA ETKİNLİK SAVUNMASI

2.1. ETKİNLİK SAVUNMASINA İLİŞKİN YÖNTEM.....	19
2.2. ETKİNLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME KRİTERLERİ	20
2.2.1. Birleşmeye Özgü Olma Koşulu	20
2.2.1.1. İç Büyüme Alternatifi	21
2.2.1.2. Ortak Girişim Anlaşması Alternatifi.....	22
2.2.1.3. Diğer Hususlar.....	22
2.2.2. İspat Edilebilirlik Koşulu.....	23
2.2.2.1. Taraflar ve Rekabet Otoritelerince İspat ve Doğrulama Sürecinde Kullanılabilecek Bilgi ve Belgeler	24
2.2.3. Tüketiciye Yansıma Koşulu	26
2.2.3.1. Karşılaştırma Analizi.....	26
i. Artan Oran Prensibi.....	27
ii. Sayısal Analiz – Tüketiciye Yansıma Oranı ve Telafi Edici Maliyet Düşüşleri.....	27
iii. Nitel Analiz.....	29
iv. Analizde Uzun Vadenin Dikkate Alınması ve Sabit Maliyet Tasarrufları	29
v. Farklı Pazarlarda Gerçekleşen Etkinlikler.....	31
2.3. SAVUNMA KOŞULLARININ SAĞLANMASI BAKIMINDAN ETKİNLİK TÜRLERİ.....	31
2.4. REFAH STANDARDI.....	35
2.4.1. Toplam Refah Temelli Standartların Seçimine Bir Örnek: Kanada.....	35
2.5. FTC, DOJ VE MAHKEMELERİN SAVUNMAYA YAKLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME.....	36

Bölüm 3 **AB UYGULAMASI**

3.1. ETKİNLİKLERİN 4064/89 SAYILI TÜZÜK ALTINDA ELE ALINIŞI ..	40
3.1.1. Hukuki Dayanak Tartışmaları	40
3.1.2. 2004 Yılı Öncesi Kararlara Bakış	41
3.1.2.1. Etkinlik Suçlaması (Etkinliklerin Aleyhte Kullanımı)	41
3.1.2.2. Zımnî Bir Etkinlik Savunması.....	43
3.1.3. 2004 yılı Öncesi AB Uygulamasına İlişkin Değerlendirme	44
3.2. ETKİNLİKLERİN 139/2004 SAYILI TÜZÜK ALTINDA ELE ALINIŞI ...	46
3.2.1. Etkinlik Savunmasına İlişkin Yöntem	46
3.2.2. Etkinliklere İlişkin Değerlendirme Kriterleri.....	47
3.2.2.1. Birleşmeye Özgü Olma Koşulu.....	47
3.2.2.2. İspat Edilebilirlik Koşulu	49
3.2.2.3. Tüketiciye Fayda Sağlama Koşulu	51
3.2.2.3.1. Karşılaştırma Analizi.....	51
i. Artan Oran Prensibi, Tüketiciye Yansıtma Güdüsü, Sayısal ve Nitel Analiz	51
ii. Makul Bir Süre İçerisinde Gerçekleştirilme, Analizde Uzun Vadenin Dikkate Alınması ve Sabit Maliyet Tasarrufları..	53
iii. Farklı Pazarlarda Gerçekleşen Etkinlikler	54
3.2.3. Savunma Koşullarının Sağlanması Bakımından Etkinlik Türleri..	55
3.3. REFAH STANDARDI.....	57
3.4. AB UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME	57

TABLO DİZİNİ

Tablo 1 - 2004 Yılı Öncesi Etkinlik Argümanlarına Yer Verilen Kararlar	44
---	-----------

Bölüm 4
TÜRKİYE’DE YATAY BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE
ETKİNLİK SAVUNMASININ YERİ

4.1. 1997/1 SAYILI TEBLİĞ KAPSAMINDA GEÇMİŞ	
UYGULAMAYA BAKIŞ	62
4.1.1. Etkinliklerin Konu Edildiği Kurul Kararları.....	62
4.1.1.1. Etkinlik Suçlaması İzlerini Taşıyan Kurul Kararları	62
4.1.1.2. Etkinlik Savunmasının İşletildiğine İşaret Eden	
Kurul Kararları	63
4.1.1.3. Etkinlik Argümanlarının Yorumuz Olarak ya da Genel	
Nitelikli Bir Değerlendirmeye Sunulduğu Kurul Kararları....	66
4.2. REFAH STANDARDI	66
4.3. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ’İN GETİRDİKLERİ	67
4.3.1. Hakim Durum Testi ve SLC Testinin Etkinlik Savunması	
Bakımından Karşılaştırılması	68
4.3.2. Hakim Durum Testi Altında Etkinlik Savunmasının Durumu	70
4.3.3. Öngörülen Kanun Değişikliği Sonrası - SIEC Testi	
Bakımından Bir Değerlendirme	73
4.4. TÜRKİYE UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL	
DEğERLENDİRME VE ÖNERİLER.....	74
SONUÇ	77
ABSTRACT	80
KAYNAKÇA	81
EKLER	97

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılacak yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AB Rehberi	: 2004 tarihli AB Yatay Birleşme Rehberi
ABA	: American Bar Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABD Rehberi	: 2010 tarihli ABD Yatay Birleşme Rehberi
ABD RİA	: ABD Yatay Birleşme Rehberine İlişkin 2006 tarihli Açıklama
A.g.k.	: Adı geçen karar/kaynak
Ar-Ge	: Araştırma-Geliştirme
bkz.	: bakınız
DOJ	: Department of Justice
dpnt.	: dipnot
EPDK	: T.C. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
FTC	: Federal Trade Commission
Kanada BDEİ Duyuru	: Kanada Birleşme Değerlendirmelerinde Etkinliklere İlişkin 2009 tarihli Duyuru
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development
OFT	: Office of Fair Trading
OJ	: Official Journal
No	: Numara
para.	: paragraf
s.	: sayfa
SEC	: Securities Exchange Commission
SIEC	: Significant Impediment to Effective Competition
SLC	: Substantial Lessening of Competition
vd.	: ve diğerleri
Vol	: Volume

GİRİŞ

Rekabeti sınırlayıcı etkiler yaratabilecek bir birleşmenin¹ aynı anda özellikle maliyet tasarrufları bağlamında etkinlik kazanımları sağlayabilmesi de mümkündür. Bu durum birleşmeyle ortaya çıkacak etkinliklerin değerlendirmede olumlu anlamda dikkate alınmasını ifade eden etkinlik savunmasının temelini oluşturmaktadır. Rekabet hukukunun temel hedefinin, rekabeti korumak yoluyla kaynakların etkin dağılımını sağlamak olması ve bu bağlamda birleşmelerin refah üzerindeki etkilerinin değerlendirmede esas alınması, etkinlik savunmasının birleşmelerin kontrolünün bir unsuru olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır.

Etkinlik savunmasının gündeme gelişinde öncü olan Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dahi, savunmanın şekillenmesi uygulamaya ilişkin birtakım zorluklar nedeniyle uzun bir süre almıştır. Avrupa Birliği'nde (AB) ise savunmanın resmi anlamda kabulü ancak 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Tüzüğü (139/2004 sayılı Tüzük) ile birlikte gerçekleşebilmiştir. Bununla birlikte, AB ve ABD uygulamasına yönelik olarak etkinlik savunmasının uygulamada ne ölçüde fark yaratabildiği halen tartışılmaktadır. Zira, hukuk sisteminin iktisadi analizle yüz yüze geldiği alanlardan biri olan etkinlik savunması, uygulamada birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir.

Bu tez çalışmasının amacı, etkinlik savunmasının uygulama boyutuna ilişkin yatay birleşmeler temelinde analitik bir çerçeve çizmek suretiyle Türkiye'de yatay birleşmelerin kontrolünde etkinlik savunmasının rolüne ışık tutmaktır. Bu analitik çerçeve benimsenen refah standardı ve esasa ilişkin test ile de doğrudan ilişkilidir. Çalışmada etkinlik savunmasının bu hususlarla ilişkisine, uygulama yöntemlerine ve değerlendirme koşullarına ilişkin sunulan bilgiler genel nitelikli olduğundan yatay olmayan birleşmeler için de geçerlidir. Ancak, gerek rekabet açısından daha olumsuz sonuçlar doğurması gerekse etkinlik savunması teorisinin çıkış noktasını oluşturması nedeniyle bu çalışmada yatay birleşmeler esas

¹ Birleşme kavramı tez çalışmasında, devralma ve tam işlevsel ortak girişimleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

alınmıştır. Zira, etkinlik savunmasının savunma niteliği ve işletilmesine ilişkin zorluklar bu tür birleşmeler bakımından daha fazla ön plana çıkmaktadır.

Tez çalışmasında, etkinlik savunması uygulamasına ilişkin bir çerçeve sunulurken etkinliklerin ölçümlenmesine veya birleşmelerin rekabeti sınırlayıcı etkileriyle karşılaştırılmasına yönelik iktisadi analizlerin teknik detaylarına yer verilmemiştir. Buna ek olarak, etkinlik savunmasıyla doğrudan ilişkili olmakla birlikte ayrı bir çalışma konusu olarak ele alınabilecek olan optimal refah standardı seçimine yönelik tartışmalara da, sadece etkinlik savunması uygulaması bakımından yaratabileceği farklar çerçevesinde, sınırlı bir şekilde yer verilmekle yetinilmiştir.

Etkinlik savunması, tez kapsamında başlıca dört bölümde ele alınacaktır. Birinci bölümde AB ve ABD uygulamalarına ilişkin ilerleyen bölümleri daha anlaşılır kılmak adına, konuyla ilgili temel bilgi ve kavramlar sunulacaktır. Bu doğrultuda, yatay birleşmelerin etkinlik ve refahla ilişkisi, esas alınabilecek alternatif refah standartları ve bu seçimin ortaya çıkaracağı farklılıklar ile yatay birleşmelerde etkinlik savunmasının iktisadi temellerine yer verilecektir. Buna ek olarak, taraflarca öne sürülebilecek olası etkinlik argümanlarına ve savunmanın uygulamasında benimsenebilecek alternatif yöntemlere de değinilecektir.

İkinci bölümde, ABD'deki mevzuat ve içtihat hukukundan yola çıkılarak uygulama kriterleri ve etkinlik savunmasının mevcut durumuna ilişkin değerlendirmeler sunulacaktır. Bununla birlikte, literatürde etkinlik savlarının nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin getirilen önerilere de yer verilerek uygulamaya ilişkin bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Bunlara ek olarak, esas alınan refah standardının farklılaşması bağlamında Kanada örneğine de yer verilecektir.

Üçüncü bölüm, etkinlik savunmasına ilişkin AB uygulamasının incelenmesine yönelik olacaktır. Bu doğrultuda, AB'de 2004 yılında etkinlik savunmasının hukuki metinlere açıkça girmesinden önceki ve sonraki uygulamalar ayrı başlıklarda ele alınacaktır. AB etkinlik savunması deneyimi mevzuat ve ağırlıklı olarak kararlar ışığında incelenirken, yer yer ABD uygulamasıyla benzer ve farklı yönleri de ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Dördüncü ve son bölümde ise öncelikle Türkiye'de konuya ilişkin olarak alınmış kararlar incelenerek, bugüne kadarki uygulamaya ışık tutulmaya çalışılacaktır. Buna ek olarak, esasa ilişkin testlerin uygulamada ortaya çıkardığı farklılıklar ele alınacak ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) yürürlüğe girmesi sonrası daha sık gündeme gelmesi muhtemel olan etkinlik kazanımı iddialarının nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin çeşitli değerlendirme ve öneriler sunulacaktır.

BÖLÜM 1

YATAY BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE ETKİNLİK SAVUNMASI VE TEMEL KAVRAMLAR

Birleşmelerin kontrolünde etkinlikleri olumlu anlamda dikkate alan yaklaşım genel olarak “*etkinlik savunması*” şeklinde adlandırılmaktadır. Etkinlik savunması, uygulamada birleşmenin pazar gücü etkileriyle etkinlik kazanımlarını karşılaştıran bir analizi içermektedir. Söz konusu analiz, benimsenen refah standardı ve esasa ilişkin test ile etkinlik iddialarının değerlendirmeye alınma koşulları ve usullerine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir.

Birleşmelerden kaynaklı etkinlikler uzunca bir dönem rekabet otoritelerince göz ardı edilmiş, hatta rekabeti sınırlayıcı etkileri destekleyici bir unsur olarak ele alınmıştır. Bununla birlikte, Williamson’a ait bir makale serisiyle² ortaya konulan etkinliklerin birleşmelerin oldukça istenen sonuçlarından biri olduğu ve doğru bir uygulamanın ekonominin genelinde etkinliği ençoklaştıracığı görüşü zaman içerisinde kabul görmüştür (Fisher ve Lande 1983, 1583). Öte yandan geçmiş birkaç on yılda, uygulayıcılar ile hukuk ve iktisat çevreleri, rekabet yasalarında yer alan rekabet kavramına basit bir şekilde rakipler arasındaki yarıştan öteye anlamlar yüklemeye başlamışlardır. Bu doğrultuda, rekabet kavramının iktisadi etkinlik kavramıyla doğrudan ilişkili olan refah ençoklaştırılmasını³ hedefleyen bir süreci de betimlediği görüşü destek bulmuştur. Bu çerçevede, birleşmelerin kontrolünde, birleşmelerin refah üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinin de önem arz etmesi gerektiği yönünde genel bir eğilimden söz etmek mümkündür (Heyer 2006, 2). Dolayısıyla, güncel tartışma etkinliklerin değerlendirmede dikkate alınması gerekip gerekmediğinden ziyade, en uygun biçimde nasıl dikkate alınacağı üzerinedir (Kocmut 2006, 20).

² Williamson (1977; 1969; 1968a; 1968b).

³ İktisadi etkinlik ve iktisadi refah kavramları birbiriyle yakından ilişkilidir. Azami etkinlikte işleyen bir ekonomide, toplum kısıtlı kaynaklardan azami değeri elde etmekte ve bu durum refahın ençoklaştırılmasını sağlamaktadır (Heyer 2006, 5).

Bu bölümde, ülke uygulamalarını içeren ilerleyen bölümleri daha anlaşılır kılmak adına, refah standardı ve uygulama usullerine ilişkin tanımlar sunulacaktır. Bunun yanı sıra etkinlik savunmasının iktisadi temellerine ve buna ilişkin kavramlara da yer verilecektir.

1.1. ETKİNLİK KAVRAMI VE REFAH İLİŞKİSİ

1.1.1. İktisadi Etkinlik Kavramı

İktisadi etkinlik kavramı, toplumda iktisadi anlamda değeri ölçülebilen tüm varlıkların toplam değerini yükselten bir duruma veya olguya karşılık gelmektedir (Brodley 1987, 1025). Birleşme kavramı çerçevesinde ise etkinlikler, birleşen firmaların bütünleşme (*entegrasyon*) yoluyla mevcut varlıklarından daha fazla fayda sağlama imkanını ifade etmektedir (ABA 2004, 175).

İktisat literatüründe, etkinlik kavramı genellikle statik etkinlik sayılan tahsis etkinliği ve üretimde etkinlik ile dinamik etkinlik olmak üzere üç ana kategoride ele alınmaktadır. Pareto etkinliği olarak da adlandırılan tahsis etkinliğinde kaynaklar öyle iyi tahsis edilmiştir ki toplumdaki bir bireyin refahını düşürmeden diğerinin refahını yükseltmek mümkün değildir⁴. Üretimde etkinlik ise kısaca ürünlerin olası en düşük maliyetli üretim teknikleriyle üretildiği durumu ifade etmektedir (Çınaroğlu 2003, 5). Mevcut mal ve hizmetler, teknoloji, sermaye potansiyeli, pazarlar, tüketiciler ve kısa vadede öngörülebilir diğer koşullar ile bir defaya mahsus olarak gerçekleşen fayda ve maliyetlerin göz önüne alındığı statik bir analizde, temelde tahsis ve üretim etkinliği dikkate alınmaktadır (Türkkan 2010, para.2). Bu türden bir analizde, iktisadi refahın ve bağlantılı olarak etkinliklerin incelenmesinde belirleyici olan iki temel parametre fiyat ve maliyetlerdir (Kalkan 2004, 5). Buna karşın, uzun vadeyi esas alan, yeni mal ve hizmetlerin, teknolojilerin, girişimcilerin, tüketicilerin ve pazarların da devreye girdiği dinamik bir analizde (Türkkan 2010, para.2), tekrarlanan ve devamlılık arz edebilen faydaları ifade eden dinamik etkinlik göz önünde bulundurulmaktadır (OECD 2007, 17).

1.1.2. Etkinlik Kazanımı Sağlayan Yatay Birleşmelerin Refah Üzerindeki Etkileri

Birleşmelerin yukarıda bahsi geçen üç etkinlik türü üzerinde aynı anda farklı yönlü etkiler ortaya çıkarması mümkündür. Rekabetin önemli faydalarından birisi de tahsis etkinliğini artırması ve üretimde etkinliği teşvik etmesidir. Bu bağlamda, birleşen firmanın üzerindeki rekabetçi baskının azalması ve pazar

⁴ Diğer bir deyişle, tahsis etkinliği kaynakların en fazla fayda atfedilen kullanıma tahsis edilmesini sağlamaktadır (Kolasky ve Dick 2003, 242).

gücünün artması sonucu, fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilmesi veya üretim miktarını kısıtlayabilmesi mümkündür. Bu durumun da, toplam refah üzerinde azaltıcı bir etki doğurması kaçınılmazdır. Diğer yandan, aynı birleşmenin birim maliyetlerde bir düşüş sağlaması durumunda, üretim etkinliğini ve toplam refahı artırması da olasıdır (De La Mano 2002, 7; 14).

Birleşmelerden kaynaklanan dinamik etkinliklerin de inovasyonun artırılması ve teknolojik ilerlemenin sağlanması yoluyla toplam refahı artırabilmesi mümkündür (OECD 2007, 17; 23-24). Nitekim, rekabetin yoğun olduğu fakat fikri mülkiyet haklarına ilişkin sorunlar, kopyalama veya bilginin yayılması gibi sebeplerle Ar-Ge ve inovasyon yatırımlarından gereken getiriye elde etme imkanının düşük olduğu pazarlardaki firmalar, bu türden yatırımları yapmakta isteksiz olabilmektedir (Röller vd. 2006, 93). Bu bağlamda, Schumpeterci⁵ bir yaklaşımla rekabeti azaltan birleşmelerin genel olarak, tarafların Ar-Ge yatırımı güdülerini artırma yönünde etki doğurduğu söylenebilecekse de, bazı durumlarda bunun tersine sonuçlar da ortaya çıkabilmektedir (Padilla 2005, 9). Bu bağlamda, birleşme, rekabet ve inovasyon arasındaki ilişki halen belirsizliğini koruduğundan⁶ dolayı, dinamik etkinlikler yaratan bir birleşmenin refah üzerindeki etkisinin her durumda olumlu olacağı söylenememektedir. Öte yandan Brodley'e göre (1987, 1026), dinamik etkinliklerin, ülke ekonomilerinde reel büyüme sağlayan en önemli faktör olması nedeniyle, rekabet politikalarında mutlaka dikkate alınması gerekmektedir.

1.2. REFAH STANDARDI SEÇİMİ

Refah standardının ekonomide üretici ve tüketiciler ile sınırlandırılabilir olan farklı grupların refahının nasıl dikkate alınacağını tanımlayan bir kural olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, etkinlik savunması kapsamında, farklı grupların refahına verilen göreceli ağırlık değerlendirmenin merkezinde

⁵ Schumpeterci yaklaşım pazar gücünün inovasyonu tetiklediğine dikkat çekmektedir. Bununla birlikte bu yaklaşıma göre, söz konusu pazar gücünün, yaratıcı yıkıcılık dalgalarının oluşturduğu değişikliklerin pazara yeni girenlere periyodik olarak mevcut yapıyı değiştirme imkanı vermesi nedeniyle, geçici bir niteliğe sahip olacağı öngörülmektedir (Demiröz 2003, 38).

⁶ Örneğin Aghion vd. (2005, 720)'ye ait çalışmada, inovasyon ve yoğunlaşma arasında ters U şeklinde bir ilişki olduğu, dolayısıyla inovasyonun düşük yoğunlaşma seviyelerinde yoğunlaşma ile birlikte arttığı, yüksek yoğunlaşma seviyelerinde ise yoğunlaşma arttıkça azaldığı sonucuna ulaşılmıştır. Katz ve Schelanski (2007, 22) ise söz konusu çalışmanın bulgularının birleşmelerin kontrolü bakımından belirsiz olduğunu ve pazar yapısının inovasyonu hangi ölçüde etkilediğine ilişkin kesin bir sonuca varılamadığını savunmaktadır. Benzer bir yaklaşımla Schmidt (2007, 408-409) ise, statik analize ilişkin mevcut teorilerin dinamik bir süreci doğru bir şekilde açıklamakta kullanılıp kullanılmayacağını şüpheli olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre, halihazırda dinamik analize ilişkin tatmin edici bir teori bulunmadığından, dinamik etkinliği tesis etmenin en iyi yolu etkin rekabetin korunmasıdır.

yer almaktadır. Seçilen refah standardı, pratikte hangi tür etkinliklerin değerlendirilmeye alınacağı ve bu değerlendirmenin nasıl gerçekleştirileceğinin belirleyicisi olmaktadır (Kocmut 2006, 20).

Refah standartları temelde, tüketiciden üreticiye gerçekleşen refah transferini önlemeyi amaçlayan tüketici refahı temelli standartlar ve söz konusu dağılımı dikkate almayan toplam refah temelli standartlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁷.

1.2.1. Tüketici Refahı Temelli Standartlar

Birleşmenin tüketici refahı üzerindeki etkilerini değerlendirmenin merkezine alan “*tüketici refahı standardı*” (*consumer welfare standard*) altındaki bir etkinlik savunması uygulamasında, elde edilen etkinliklerin en azından bir kısmının mutlak suretle tüketicide yansıtılması gerekmektedir. Söz konusu standart, “*fiyat standardı*” (*price standard*) ve “*tüketici fazlası standardı*” (*consumer surplus standard*) şeklinde ikiye ayrılabilir⁸. Fiyat standardı, birleşme sonrası fiyat artışı ihtimalinin yüksek olması durumunda birleşmeye izin verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede etkinlik kazanımlarının birleşen firmaya fiyatı yükseltme veya düşürme güdüsü sağlaması esastır. İnovasyon ya da ürün çeşitliliği gibi tüketici refahını artıracak diğer unsurların görmezden gelinmesine yol açabilecek bu standarttan farklı olarak tüketici fazlası standardında ise mutlaka fiyatın yükselmemesi şartı aranmamaktadır (Lindsay ve Berridge 2009, 560-562). Şöyle ki, fiyat artışının olumsuz etkilerini bertaraf edebilecek ürün kalitesi, artan hizmet yahut inovasyon anlamında tüketicide fayda sağlayacak diğer unsurlar da belirli durumlarda dikkate alınarak birleşmeye izin verilebilmektedir (Venit 2003, 256).

1.2.2. Toplam Refah Temelli Standartlar

• Toplam Refah Standardı

“*Williamson standardı*” olarak da anılan “*toplam refah standardı*” (*total welfare standard*) altında, tüketiciden üreticiye refah transferi birleşmenin doğal bir sonucu olarak görülmektedir. Bu bağlamda, etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkiler sonucu oluşan daraya kaybını telafi etmesi bile birleşmeye izin verilmesi için yeterli bulunmaktadır. Üretici fazlasını bütünüyle dikkate

⁷ Bunlara ek olarak uygulamada kabul görmeyen, toplam yurttaş standardı, ulusal refah standardı ve verimlilik artışı standardı (Gifford ve Kudrle 2005, 437-440) ile etkinlik kazanımlarının tamamının tüketicide yansıtılması gerektiği anlayışına dayalı olan Killer standardı (Röller vd. 2006, 136) gibi refah standartları da bulunmaktadır.

⁸ Röller vd. (2006, 136) ve De la Mano (2002, 19) anılan standardı herhangi bir ayrıma tabi tutmaksızın tüketici refahı standardı adıyla tek bir standart olarak ele almıştır.

alan tek standart olan toplam refah standardı altında, etkinliklerin tüketiciye yansıtılması beklenmediğinden, fiyat artışına neden olan birleşmelere dahi izin verilebilmektedir. Bu çerçevede, etkinlik savunmasının kabulü için etkinliklerin tüketiciye yansıtılması gerekmemektedir (Renckens 2007, 157).

• Hillsdown Standardı

“*Hillsdown standardı*” (*Hillsdown standard*)⁹ altında, birleşmeden elde edilen etkinlik kazanımları miktarının tüketici fazlasında oluşan toplam kaybı, diğer bir deyişle hem dara kaybını hem de tüketiciden üreticiye gerçekleşen refah transferini telafi etmesi gerekmektedir (Everett ve Ross 2002, 22).

• Ağırlıklandırılmış Fazla Standardı

“*Ağırlıklandırılmış fazla standardı*” (*weighted surplus standard*)¹⁰ üretici ve tüketici fazlasının olay bazında belirlenen bir oranda ağırlıklandırılmasını ifade etmektedir. Bu standardın kullanıldığı durumda, etkinlik kazanımlarının dara kaybı ile gerekli görüldüğü durumlarda tüketiciden üreticiye gerçekleşen refah transferinin bir kısmını telafi etmesi beklenmektedir. Söz konusu refah transferinin hangi oranda telafi edilmesi gerektiği, olay bazında tüketicilerin ve üreticilerin gelirleri, incelemeye konu ürünün yüksek gelirli tüketiciler veya başka bir ürünün üreticileri tarafından tüketilmekte olup olmadığı gibi hususlar çerçevesinde belirlenmektedir (Kanada BDEİ Duyuru 2009, 4-5)¹¹. Bu çerçevede, refah transferinin tamamı bu analize dahil edilebilmekle birlikte transfer tamamen göz ardı da edilebilmektedir. Venit (2003, 262) bu türden bir uygulamanın hukuki belirsizliğe yol açma ihtimaline dikkat çekmiştir.

⁹ Söz konusu standart, Kanada’da *Director of Investigation & Research v. Hillsdown Holdings Ltd.*, (1992) 41 C.P.R. (3d) 289 kararı ile ortaya çıkmıştır. AB ve ABD’de tüketici refahı temelli standartlar uygulanmakta iken, Kanada içtihadında toplam refah standardına yaklaşan birtakım melez standartlar türetilmiştir. *Hillsdown* kararında, etkinlik argümanlarından bağımsız olarak birleşmenin rekabeti önemli ölçüde kısıtlamadığı sonucuna ulaşılması nedeniyle, anılan standart sonuçta belirleyici olmamıştır (McFetridge 1998, 48-49). Bununla birlikte kararla, toplam refah temelli standartlar bakımından farklı bir yaklaşımın çerçevesi çizilmiştir.

¹⁰ Bu standart, Kanada’da *Superior Propane [Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc.]*, (2000) C.C.T.D. No. 15, 7 C.P.R. 4th 385 (Can. Comp. Trib.) (ilk karar); (2001) 3 F.C. 185 (Fed. Ct. App.) (temyiz mahkemesi kararı); (2002) C.C.T.D. No. 10, 18 C.P.R. 4th 417 (Can. Comp. Trib.) (ikinci karar) kararında ortaya çıkmıştır. Kanada Rekabet Otoritesi ilk kararında toplam refah standardını esas alarak propan satış ve dağıtımını yürüten firmalar arasında gerçekleşen ve çok sayıda bölgede tekele yakın bir konum yaratan birleşmeye etkinlik savunması gerekçesiyle izin vermiştir. Ancak, temyiz mahkemesi kararında belirtilen hususlar çerçevesinde, otoritenin ikinci kararında ağırlıklandırılmış fazla standardı uygulanmış ve düşük gelirli hane halkına ait tüketici fazlası görece yüksek oranda ağırlıklandırılmıştır. Buna rağmen anılan kararda, söz konusu tüketici grubunun toplam propan tüketicilerinin küçük bir kısmını oluşturduğu dikkate alınarak, birleşmeye ikinci defa izin verilmiştir (Gotts ve Goldman 2003, 240).

¹¹ Kanada Birleşme Değerlendirmelerinde Etkinliğe İlişkin 2009 tarihli Duyuru.

1.2.3. Tüketici Refahı ve Toplam Refah Temelli Standartların Etkinlik Savunması Bakımından Karşılaştırılması

Tüketici refahı temelli standartlar genellikle toplam refah temelli olanlara kıyasla daha yüksek düzeyde etkinlik kazanımı gerektirmektedir¹². Everett ve Ross (2002, 20) ile Bian ve McFetridge (2000, 315) tüketici refahı temelli standartların, etkinlik savunmasını sadece temelde rekabeti sınırlayıcı olmayan veya kontrol eşiklerinin hemen üzerinde pazar gücü ortaya çıkaran birleşmeler bakımından anlamlı kıldığı görüşündedir. Bu görüşe göre, etkinlik savunmasının kabulü esasında savunmaya fazla ihtiyaç duyulmayan birleşmelerle sınırlıdır. Zira, bu tür bir standart yüksek pazar payları doğuran birleşmelerde etkinlik savunmasını pratikte uygulanamaz kılacak büyüklükte etkinlik kazanımlarının elde edilmesini gerektirmektedir. Benzer şekilde, Gifford ve Kudrle (2005, 435) ise tüketici refahı temelli standartlara ilişkin olarak, olası fiyat artışı ve maliyet tasarrufları miktarlarının tahmini bakımından uygulamada karşılaşılan zorlukların altını çizmektedir.

Buna karşılık, birleşen tarafların etkinliklere ilişkin daha fazla bilgiye sahip olmalarından kaynaklanan bilgi asimetrisini temel alan Besanko ve Spulber (1993, 25), söz konusu asimetrisinin olumsuz sonuçlarını telafi edebilmek için tüketici refahına daha fazla ağırlık veren bir refah standardının seçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Neven ve Röller (2005, 846-847) ise tüketici fazlası standardının hatalı müdahalelere, toplam refah standardının ise müdahaleden hatalı kaçınmaya yol açabilecek olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, öne sürülen etkinliklerin çoğu zaman gerçekleşmeyebileceğine ilişkin ampirik bulguları ve firmaların olası lobicilik faaliyetlerini dikkate alarak, tüketici fazlası standardının daha uygun olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

İktisadi bir bakış açısıyla rekabet kurallarının toplam refahı temel alması gerektiğini savunmak mümkün olmakla birlikte, gerçekte refah standardı seçimi iktisat biliminin bulgularını yansıtmaktan öte politik bir seçim niteliği de taşımaktadır. Rekabet politikasına ilişkin kamu algısının çoğu zaman, üreticilere yüksek karlar getirmesinin yanında, tüketici refahına ciddi oranda zarar veren birleşmelere rekabet otoritelerince izin verilmesini destekler yönde olmayacağı ortadadır¹³. Bu nedenle, söz konusu politik yaklaşım genellikle toplam refah temelli standartların aleyhine bir sonuç doğurmaktadır. Bu çerçevede, toplam refah temelli standartların benimsenmesi düşük bir ihtimal olarak kalacak ve uygulamada tüketici refahı temelli standartlar öncelik kazanacak gibi görünmektedir (Kocmut 2006, 20).

¹² Buttigieg 2009, 303; OECD 2007, 23; Rakovsky ve Verouden 2003, 205.

¹³ Sullivan ve Grimes (2000, 609) da benzer bir görüşü savunmaktadır.

1.3. YATAY BİRLEŞMELERDE ETKİNLİK SAVUNMASININ İKTİSADİ TEMELLERİ

Rakipler arasında gerçekleştirilen ve pazardaki firma sayısında azalmaya yol açan yatay bir birleşmenin yol açacağı refah kaybının en doğrudan sebebi birleşme tarafları arasındaki rekabetin ortadan kalkmasıdır. Bu türden bir birleşme tek taraflı¹⁴ ve koordine edilmiş olmak üzere iki tip rekabeti sınırlayıcı etki ortaya çıkarabilmektedir (OECD 2009, 7). Aşağıda söz konusu iki etki bakımından birleşmenin etkinlik sağlaması halinin nasıl bir fark yaratacağı üzerinde durulacaktır.

1.3.1. Tek Taraflı Etkiler Bakımından

Tek taraflı etkiler birleşen firmanın kendi bağımsız davranışlarıyla karlı bir şekilde fiyatlarını artırabilme yahut üretim miktarını kısıtlayabilme imkanına ve güdüsüne sahip olmasını ifade etmektedir (Arıtürk 2008, 5-6). Yatay bir birleşme bakımından tek taraflı etkiler çerçevesinde, fiyat artışının optimal veya en karlı strateji olma olasılığı yüksektir. Bununla birlikte, birleşen firmanın fiyat yükseltmesi sonucu talebin bir kısmının rakiplere kayması olasılığı yüksekse, fiyatın kar marjı kaybı pahasına düşürülmesi de alternatif bir strateji olabilecektir. Birleşmeden kaynaklı maliyet tasarrufu şeklinde etkinliklerin bulunması halinde ise, kar marjı kaybı endişesi azalacağından, fiyat düşürme stratejisinin en rasyonel strateji haline gelme ihtimali öne çıkmaktadır. Bu ihtimal ise etkinlik kazanımlarının miktarı ile doğru orantılıdır (Lindsay ve Berridge 2009, 561; Motta 2004, 238-239).

İktisat literatüründe, etkinlik kazanımlarının birleşen firmanın pazar gücü artışının yol açtığı refah kaybını dengeleyip dengeleyemeyeceği birçok çalışmada incelenmiştir. Etkinlik kazanımlarının değerlendirmede olumlu yönde kullanılması gerektiğini ortaya koyan söz konusu çalışmalardan ilki ve en etkili olanı Williamson (1968a)¹⁵ tarafından gerçekleştirilmiştir. Söz konusu çalışma, birleşmelerin sadece toplam refah üzerindeki etkilerine odaklıdır. Bu çerçevede, birleşmenin toplam refah üzerindeki net etkisinin ölçülebilmesi için, birleşme sonrası oluşacak fiyat artışlarının sebep olduğu dara kaybı üçgeni, birleşmenin

¹⁴ Tek taraflı etkiler sonucu, herhangi bir işbirliği olmadan da pazar genelinde fiyatların artması mümkündür. Bu durum, hem tarafların hem de rakiplerin en iyi tepki fonksiyonunda gerçekleşen değişiklik sonucu rakipler için de fiyat artışının karlı bir yol haline gelmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, AB’de tek taraflı etkiler yerine “*koordine edilmemiş etkiler*” kavramı tercih edilmektedir (Arıtürk 2008, 6).

¹⁵ Williamson’un analizi bir kısmi denge analizi olup, uygulama maliyeti, zamanlama, gelir dağılımı, politik amaçlar, teknolojik ilerleme ve tekel gücünün yönetimin kararları üzerindeki etkileri gibi unsurlar analizin dışında bırakılmıştır (Coate 2005, 199).

yarattığı maliyet tasarrufları kaynaklı etkinliklerin sağladığı toplam refah kazancı ile kıyaslanmıştır. Buradan hareketle örneğin, talep esnekliğinin 1 olduğu durumda ortalama maliyetlerde sadece % 0,5 oranındaki azalmanın, % 10'luk bir fiyat artışının sebep olduğu toplam refah kaybını telafi edebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmaya göre, reel maliyet tasarrufları sağlayan bir birleşmenin toplam refah üzerindeki net etkisinin olumsuz olabilmesi için birleşme sonucu önemli düzeyde pazar gücü yaratılmalı ve görece yüksek fiyat artışları ortaya çıkmalıdır (Williamson 1968a, 20-23).

Williamson'ın çalışmasına önemli eleştiriler de getirilmiştir. Örneğin, Areeda vd. (1998, 34) tarafından modelde öngörülen maliyet tasarruflarının refah artırıcı etkisinin abartılı olduğu vurgulanmaktadır. Bu durumun nedeni, refah artırıcı etkinin, maliyet tasarrufu miktarının birleşme sonrası pazardaki toplam üretim miktarıyla çarpımı sonucu hesaplanmış olmasıdır. Bu şekilde bir hesaplama maliyet tasarruflarının birleşme sonrası pazardaki toplam üretim miktarına yayılacağı varsayımına dayanmaktadır¹⁶. Böyle bir durum ise ya maliyet tasarruflarının birleşme sonrası pazardaki tüm firmalarca elde edilmesini gerektirmekte ya da birleşme sonrası tek el konumuna işaret etmektedir. DePrano ve Nugent (1969, 948-950) ise bu hesaplamanın birleşme sonrası tek el konumuna işaret ettiği durumda, tek elci fiyat seviyesinin modelde öngörüldüğünden çok daha fazla olacağı görüşündedir. Buna ek olarak, modelde birleşme öncesi tam rekabetçi pazar varsayımına dikkat çekilmiştir. Zira, tam rekabetçi olmayan pazarlar bakımından, fiyat artışından doğan refah kaybını telafi etmek için daha yüksek seviyede bir maliyet tasarrufu gerekecektir. Diğer yandan, söz konusu eleştirilere rağmen, çalışma birleşmelerin kontrolünde nitel veya nicel bir iktisadi analize ışık tutacak bir çerçeve çizmiş olması bakımından anlamlıdır (Camesasca 1999, 16-17).

Farrell ve Shapiro (1990) ise, etkinlikleri Williamson analizinden farklı olarak tüketici refahının esas alındığı durum bakımından değerlendirmiştir. Bu bağlamda, birleşme sonrası fiyatların düşebilmesi için etkinliklerin miktarı kadar yapısının veya türünün¹⁷ de önemli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Firmaların üretim miktarlarını belirleme yoluyla rekabet ettikleri Cournot modeli çerçevesinde ve üretilen ürünün homojen olduğu varsayımı altında yürütülen çalışmanın ortaya

¹⁶ Stockum (1993, 845-847) da, birleşmenin ayrı ayrı hem toplam refah hem de tüketici refahı üzerindeki olumsuz etkilerinin telafi edilebilmesi için yüksek düzeyde maliyet tasarruflarına ihtiyaç olmadığı sonucuna ulaşan çalışmasını, anılan varsayımına dayanarak gerçekleştirmiştir. Söz konusu varsayım, Kattan (1994, 522) tarafından gerçekçi olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.

¹⁷ Çalışmada birleşmeyle "sinerji" tabir edilen etkinliklerin yaratılması gerektiği sonucuna ulaşılmış olup bu konuya ilerleyen bölümde değinilecektir.

çıkardığı çarpıcı sonuçlardan biri, etkinlik yaratmayan yatay birleşmelerin genellikle fiyatı artırdığıdır. Bir diğeri ise, birleşme sonrası fiyat düşüşünün gerçekleşebilmesi için, sabit maliyetlerden ziyade marjinal maliyetlerde düşüşün gerekli olduğudur. Gerekli olan marjinal maliyet tasarrufu miktarı ise tarafların pazar payları ile doğru, talep esnekliği ile ters orantılıdır (Farrell ve Shapiro 1990, 110-122).

Öte yandan, Williamson modelini farklı varsayımlarla yeniden ele alan birçok çalışma bulunmaktadır. Bunlardan biri, Fisher vd. (1989, 792-813) tarafından tüketici refahı esas alınarak yapılan, Cournot modeli ve ürünün homojen olduğu varsayımına dayanan çalışmadır. Çalışma, gerekli olan etkinlik miktarının yoğunlaşma oranı ile doğru, talep esnekliği ile ters orantılı olduğu konusunda Farrell ve Shapiro (1990) ile aynı sonuçlara ulaşmıştır. Bunlara ek olarak, Bertrand modeli ve simetrik ürün farklılaştırması varsayımı altında yürütülen çalışmalar da bulunmaktadır. Bu türden bir çalışma yapan Werden (1996, 410-411) ise gerekli olan etkinlik miktarının, sapma oranı¹⁸ ile doğru orantılı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

1.3.2. Koordine Edilmiş Etkiler Bakımından

Yatay bir birleşmenin, pazardaki firmaların örtülü işbirliği yoluyla pazar davranışlarını koordine edebilmelerine zemin hazırlaması halinde koordine edilmiş etkilerin varlığından söz etmek mümkündür. Yüksek oranda yoğunlaşmış ve şeffaf bir pazar yapısının bulunması, yüksek giriş engellerinin varlığı ile ürünlerin homojen ve firmaların maliyet ya da kapasite gibi unsurlar bakımından simetrik yapıda olması gibi durumlar koordine edilmiş etkilerin oluşmasını kolaylaştırmaktadır (Lindsay ve Berridge 2009, 309; 318).

Koordine edilmiş etkilerin varlığı varsayımına dayanan ekonomik modeller, birçok farklı fiyat veya üretim miktarı seviyesi üzerinde işbirliğine gidilebileceği gerçeğinden hareketle, işbirliğini dışlayan Cournot ya da Bertrand modellerine kıyasla, tahmin gücü anlamında çok daha zayıftır (Hay ve Werden 1993, 173). Diğer yandan, Compte vd. (2002, 16-17) tarafından önemli kapasite kısıtlarının bulunduğu bir pazarda, birleşme yoluyla kapasite artışı elde eden firmaların işbirliğini bozma güdülerinin de arttığı vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, koordine edilmiş etkiler ortaya çıkaran birleşmeler bakımından etkinliklerin yarattığı temel fark, işbirliğini kolaylaştırıcı unsurlardan biri olan pazardaki firmaların maliyetlerine ya da kapasitelerine ilişkin simetrinin tamamen ortadan kaldırılması veya kısmen azaltılmasıdır¹⁹.

¹⁸ Sapma oranı, herhangi bir ürünün fiyatında gerçekleşen artış sonucu, söz konusu ürünün satışlarında meydana gelen kayıpların ne kadarının belli bir ikame ürüne yöneldiğini göstermektedir (Bal 2004, 23).

¹⁹ Benzer sonuçlara ulaşan diğer çalışmalar için bkz. Whinston (2007, 2383-2387).

1.3.3. Yatay Birleşmelerden Kaynaklanan Etkinliklere İlişkin Ampirik Bulgular

Halihazırda, yatay birleşmelerin etkinlik kazanımları sağlayıp sağlamadığını inceleyen mevcut ampirik çalışmalar birçok açıdan kısıtlı ve genel bir çıkarım yapmak için yetersizdir²⁰. Bununla birlikte, her ne kadar mevcut çalışmalarda ulaşılan sonuçlar, tüm birleşmelerin etkinlik kazanımları sağladığı yönünde genel bir kabulü desteklemese de, yine de belirli durumlarda birleşmelerin etkinlik yaratabildiğine işaret etmektedir. Söz konusu sonuçlar, bazı birleşmelerde elde edilen maliyet tasarruflarının %30 ile %70 arasında değişen oranlarda fiyatlara yansıtılabildiğini de göstermektedir (Röller vd., 2006, 132-133).

Buna karşın, Brock (2009, 343-352) ise ABD’de demiryolu, havayolu ve tıbbi ilaç sektörlerine ilişkin ampirik bulgulardan yola çıkarak, birleşmelerin ortaya çıkardığı yoğunlaşmış pazar yapılarından kaynaklı fiyatı etkileyebilme gücünün, etkinlik kazanımlarının tüketicilere yansıtılmasının önünde engel oluşturabileceğine dikkat çekmektedir. Benzer şekilde, 2006 yılında uluslararası danışmanlık ve denetim şirketi KPMG tarafından yapılan bir çalışmada, birleşmelerin üçte ikisinin firmaların bütünleşmesi sürecindeki sorunlar ya da benzeri sebeplerle, etkinlikleri ortaya çıkarmakta bütünüyle başarısız olduğu veya beklenen süre içerisinde gerçekleştirmediği sonucuna ulaşılmıştır (Iversen 2010, 375). Söz konusu bulgular, en azından bazı yatay birleşmeler bakımından, ilk olarak Leibenstein (1966) tarafından öne sürülen “*x-etkinsizliği*” (*x-inefficiency*) argümanının belirli durumlarda geçerli olabileceğini göstermektedir. Bu argüman çerçevesinde, yatay birleşmenin birleşen firmanın yöneticilerinin ve çalışanlarının maliyetleri düşürme yönündeki istekliliklerinde azalmaya yol açabilmesi mümkündür.

1.4. YATAY BİRLEŞMELERE İLİŞKİN OLASI ETKİNLİK ARGÜMANLARI

Refah artırıcı etkiye sahip olabilecek etkinlik kazanımları bakımından maliyet etkinlikleri (*cost efficiencies*) ve talep yönlü etkinlikler (*demand side efficiencies*) şeklinde bir ayırım yapılması mümkündür. Buna göre, maliyet tasarruflarını ifade eden maliyet etkinliklerinin refah artırıcı etkisi marjinal maliyet eğrisinin aşağı yönlü hareketini sağlamak yoluyla gerçekleşmektedir. Talep yönlü etkinliklerin refah artırıcı etkisi ise tüketici tarafından ürüne atfedilen değer artması sonucu oluşan talep eğrisinin yukarı yönlü hareketi ile sağlanmaktadır (Padilla 2005, 7-10). Talep yönlü etkinlikler yeni ve geliştirilmiş ürünler

²⁰ Söz konusu çalışmalar için bkz. Röller vd. (2006, 129-133). Benzer şekilde, Whinston (2007, 2433-2435) da yatay birleşmeler ve etkinlik kazanımlarına ilişkin ampirik çalışmaların yol gösterici niteliğinin kısıtlı olduğu görüşündedir.

üretilmesi, ağ etkileri veya başka bir deyişle tüketimde ölçek ekonomilerinin sağlanması²¹ (Evans ve Padilla 2003, 171) ya da dağıtım ağlarının birleştirilmesi yoluyla mevcut ürünlerin yeni pazarlara sunulması (Padilla 2005, 10) şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Öte yandan, maliyet tasarruflarına ilişkin olarak ise tüketici refahının esas alındığı durumda, sabit maliyet tasarrufları ile değişken maliyet tasarrufları ayrımı önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda, temel iktisadi modellerde firmaların fiyatlandırma kararını doğrudan etkilemesi²² nedeniyle marjinal maliyet tasarruflarının fiyatlara yansıtılabileceği ve kısa vadede tüketiciye fayda sağlayabileceği kabul edilmektedir (Rubinovitz 2008, 235-236). İlerleyen bölümde değinileceği üzere, son dönemde sabit maliyet tasarruflarının doğrudan bu türden bir etkisinin olmadığı yönündeki görüş tartışılmaya başlamıştır. Yine de, değerlendirmelerde genellikle söz konusu doğrudan etki sebebiyle marjinal maliyet tasarrufları öne çıkmaktadır.

Taraflarca öne sürülebilecek olası etkinlik savları çok çeşitli olabilmekle birlikte sıklıkla karşılaşılan belirli tür etkinlik iddialarının varlığından söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki, üretim imkanlarında (*production possibilities*) artırıma gidilmeden, sadece üretimin birleşmeye taraf firmaların tesisleri arasında düşük marjinal maliyetli firma lehine yeniden tahsis edilmesinden kaynaklı etkinliklere işaret eden üretimin rasyonel hale getirilmesidir (Röller vd. 2006, 88). Bir diğeri, birleşmenin başarısız yöneticilerin yerine başarılı olanların getirilmesini sağlamak yoluyla etkinliği artıracak kabulüne karşılık gelen yönetime ilişkin etkinliklerdir (De la Mano 2002, 68). Bunlara ek olarak, ölçek ve kapsam ekonomileri²³, vergi tasarrufları, sermaye maliyeti tasarrufları ve birleşme yoluyla daha yüksek oranda miktar indirimlerinden faydalanılması veya pazarlık gücünün artırılması gibi yollarla daha düşük maliyetle girdi elde edilmesine ilişkin satın alma ekonomileri de taraflarca öne sürülebilecek etkinlik savlarındandır (De la Mano 2002, 63-67).

²¹ Tarafların müşteri tabanlarını birleştirmesi gibi yollarla ortaya çıkabilecek olan ağ etkileri, bir tüketicinin ürüne verdiği değer aynı ürünü kullanan tüketicilerin sayısı çoğaldıkça artmasıdır. Birleşmeler, hem bu şekilde doğrudan, hem de çift taraflı pazarlarda geçerli olan dolaylı ağ etkileri yaratabilmektedir. Buna göre pazarın bir tarafındaki tüketicilerin sayısındaki artış, diğer tarafındaki tüketicilerin ürüne verdiği değeri artırmakta ve bu bağlamda tamamlayıcı ürünlerin geliştirilmesi teşvik edilebilmektedir (Evans ve Padilla 2005, 179-181).

²² (Fiyat-Marjinal Maliyet)/Fiyat=1/Talebin Fiyat Esnekliği (Lerner endeksi).

²³ Ölçek ekonomileri toplam üretim miktarındaki artışla ilişkili olarak ortalama maliyette gerçekleşen tasarruflardır. Ortalama maliyet en düşük seviyeye getirildiğinde ulaşılan ölçeğe “*asgari etkin ölçek*” adı verilir (De la Mano 2002, 63). Kapsam ekonomileri ise birbiriyle ilişkili ürünlerin aynı tesis içinde daha az maliyetle üretildiği durumda ortaya çıkmaktadır. Örneğin çok sayıda farklı ürün için ortak bir girdi kullanımı gerekebilir (Röller vd. 2006, 91). Ölçek ekonomileri kapsamında birleşen firmanın iş bölümü (*division of labor*) yoluyla her bir tesisi ürün serisinde yer alan bir ürünün üretimi için özelleştirmesi (*plant specialisation*) mümkündür (De la Mano 2002, 65). Kapsam ekonomilerinin bulunduğu durumda ise özelleşmiş tesislere sahip olmak ürüne özgü ölçek ekonomileri söz konusu olsa dahi firmalarca tercih edilmeyebilir (Röller vd. 2006, 91).

Son olarak, *know-how* aktarımından kaynaklı olabilen dinamik etkinlikler de sıkça kullanılabilir etkinlik argümanları arasındadır. Anılan etkinlikler, birleşmenin Ar-Ge yatırımlarını teşvik edici bir rol oynamasını da sağlayabilmektedir (Röller vd. 2006, 91-92).

Dinamik etkinlik iddialarının, üretime ilişkin tecrübe arttıkça maliyetlerin azaltılması, ürünlerin geliştirilmesine ilişkin yeni yollar keşfedilmesi (*yaparak öğrenme- learning by doing*), Ar-Ge çalışmalarında tekrarın önlenmesi, Ar-Ge'ye ilişkin ölçek ve kapsam ekonomileri ile fikri mülkiyetin ya da Ar-Ge'ye ilişkin risklerin paylaşılmasına dayandırılması mümkündür. Dinamik etkinlikler, hem talep hem de maliyet yönlü olabilmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu etkinlikler belirli bir süre boyunca kademeli olarak talep eğrisinin yukarı yönlü ya da maliyet eğrisinin aşağı yönlü hareketini sağlayabilmektedir. Öte yandan, yeni bir ürünün yaratılmasına ilişkin etkinliklerin varlığı halinde ise bütünüyle farklı talep ve maliyet eğrilerinin ortaya çıkması mümkündür (OECD 2007, 23-27).

Yukarıda sıralanan etkinlik argümanlarına ilişkin en önemli ayrım, firmaya aynı miktardaki girdiden daha yüksek miktar ya da kalitede çıktı sağlama imkanı veren reel etkinlikler (*real efficiencies*) ile reel kaynak tasarruflarını temsil etmeyen parasal tasarruflar (*pecuniary savings*) ayrımıdır. Parasal tasarruflar taraflar arasında ya da sağlayıcılardan veya devletten taraflara bir kar transferini ifade etmekte ve bu bağlamda artı değer yaratmamaktadır (Areeda vd. 1998, 33-34). Nitekim, etkinlik savunmasında, sadece reel maliyet tasarrufları dikkate alınmaktadır²⁴. Bu bağlamda, üretimin rasyonel hale getirilmesi, ölçek ekonomileri, dinamik etkinlikler, yönetime ilişkin etkinlikler ve bazı durumlarda satın alma ekonomileri reel etkinlik sayılmaktadır (Röller vd. 2006, 87). Buna karşın, sadece küçük ve dağınık haldeki sağlayıcılar karşısında pazarlık gücünün artırılmasından kaynaklanan satın alma ekonomilerinin ve vergi tasarruflarının parasal tasarrufları ifade ettiği genel kabul görmektedir (De la Mano 2002, 44-45).

1.5. UYGULAMAYA İLİŞKİN ALTERNATİF YAKLAŞIMLAR

1.5.1. Refah Standardı Seçimi, Esasa İlişkin Test ve Temel Bir Ayrım

Etkinlik savunması uygulamada iki şekilde ele alınabilmektedir. Birinci yol etkinliklerin birleşmenin rekabeti sınırlayıcı etki yarattığı bulgusunun çürütülmesini sağlayacak şekilde (De la Mano 2002, 33) bir anlamda esasa

²⁴ Hausman ve Leonard (1999, 721) ile Crampton (1994, 71) genel kabul gören bu yaklaşıma karşı çıkmaktadır. Bu görüşler, bütünüyle tüketici refahı standardını esas alan bir uygulamada, toplam refaha herhangi bir katkı sağlamasa dahi, parasal tasarrufların da birleşen firmanın fiyatı düşürmesini sağladığı takdirde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

ilişkin testin bir parçası olarak ele alınmasıdır (*efficiency rebuttal*). Bu yöntemde, birleşmenin rekabetçi etkilerinden biri olarak değerlendirilen etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkileri bertaraf edebildiği kanaatine ulaşıldığında, birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağı veya hakim durum yaratmayacağı/güçlendirmeyeceği sonucuna varılarak birleşmeye izin verilmektedir. Diğer yol ise esasında etkinlik savunması kavramının doğrudan karşılığıdır (*efficiency defence*). Buna göre, birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltacağı ya da hakim durum yaratacağı/güçlendireceği sonucuna ulaşılmasına rağmen birleşmeye izin verilebilecektir. Bu iznin gerekçesi etkinliklerin söz konusu rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi edici ya da aşar boyutta olmasıdır²⁵ (Kokkoris 2009, 581).

Bu ayırım, bazı görüşlerce refah standardı veya esasa ilişkin test seçimi ile ilişkilendirilebilmektedir. Şöyle ki, Gifford ve Kudrle (2005, 429) ile De la Mano (2002, 33), etkinliklerin esasa ilişkin testin parçası olarak ele alındığı yöntemin tüketici refahını esas alan yaklaşımla örtüştüğü görüşündedir. Buna paralel olarak, Renckens (2007, 172) de etkinlik savunmasının tanımına uygun olarak bir savunma şeklinde uygulanabilmesinin ancak toplam refahı temel alan bir standardın benimsenmesi ile mümkün olduğunu öne sürmektedir. Buna ilaveten, hakim durum testinin kullanımının da etkinliklerin esasa ilişkin testin parçası olarak ele alınmasını gerektirdiğini belirterek, esasa ilişkin testin de bu ayırmda rol oynayabileceğine dikkat çekmektedir.

1.5.2. Usule İlişkin Alternatif Yöntemler

Ilzkovitz ve Meiklejohn (2006, 67-71) etkinlik savlarının ne şekilde değerlendirmeye alınacağına ilişkin olarak üç yöntemin varlığından söz etmektedir. Bunlardan birincisi belirli bir pazar payı veya yoğunlaşma seviyesinin altındaki birleşmelerde etkinliklerin her zaman rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmeye yeterli olduğu varsayımına dayanan “*genel karine yaklaşımı*”dır (*general presumption approach*). Bu yöntemde, etkinlik iddialarının tek tek incelenmesinden ziyade sadece belirli yoğunlaşma seviyesinin altındaki birleşmelerle sınırlı zımni bir kabul söz konusudur. İkincisi ise herhangi bir eşik belirlemeden her bir birleşme bazında pazar gücü ve etkinliklerin hesaplanması ve bir karşılaştırma analizi yapılmasına ilişkin olan “*olay temelli analiz yaklaşımı*”dır (*case-by-case approach*). Bu yaklaşımın hata payını azaltması muhtemel olsa da, her bir olay için ölçüleme işleminin yapılması gerekliliğinden dolayı yüksek bilgi maliyetlerine neden olması mümkündür. Üçüncü yöntem olan “*ardışık yöntem*” (*sequential approach*) ise önceki iki yöntemin bir bileşimidir. Şöyle ki, düşük

²⁵ Williamson (1968a) tarafından gerçekleştirilen çalışmada yer alan türden bir karşılaştırma analizine işaret eden söz konusu uygulama, Kokkoris’e göre (2009, 581) Kanada’da *Superior Propane* kararında bu şekilde tanımlanmıştır.

veya yüksek yoğunlaşma seviyelerine ilişkin tek bir eşik belirlenerek sadece bu eşğin altında ya da üstünde kalan birleşmeler bakımından olay bazında etkinlik ve pazar gücü analizi yapılmaktadır. Bu yöntemde, ikili bir eşik seçilerek sadece bunların arasında yer alan birleşmeler bakımından etkinliklerin dikkate alınması da mümkündür. Bu yolla bilgi maliyetlerinin azaltılması hedeflenmektedir.

Bunlara ek olarak Pitofsky (1992, 223-227) tarafından önerilen ve esas olarak, birleşme taraflarınca öne sürülen argümanların rekabet otoritelerince doğrulanmasına ilişkin zorlukları aşmayı hedefleyen “*bekle ve gör yaklaşımı*”ndan (*wait and see approach*) da söz etmek mümkündür. Etkinlik iddiaları temelinde birleşmelere koşullu olarak izin verilmesini içeren söz konusu yaklaşıma göre, tarafların iki ya da üç yıl gibi bir süre içerisinde iddia edilen etkinliklerin elde edildiğini ispatlamalarına ilişkin bir taahhüt çerçevesinde birleşmelere izin verilmeli, öngörülen süre sonunda etkinliklerin ispat edilememesi halinde izin kararı geçersiz sayılmalıdır. Brodley (1996, 589-590; 1987, 1048-1053) tarafından da bir benzeri savunulmuş olan etkinliklere ilişkin söz konusu *ex-post* kontrol yöntemine, çeşitli gerekçelerle karşı çıkmış ve anılan yaklaşım yeterli destek bulamamıştır. Anılan gerekçelerden bazıları tarafların izlemenin durdurulacağı tarihe dek bilinçli olarak fiyatları yükseltmeyebilecekleri, pazarda birleşmeden bağımsız olarak gerçekleşen etkilerin ayırt edilememesi ve söz konusu uygulamanın tarafların birleşme sonrası rekabetçi davranışlarda bulunması bakımından caydırıcı etki yaratma olasılığıdır (Pitofsky 1992, 223-227).

BÖLÜM 2

ABD UYGULAMASI İŞİĞİNDA ETKİNLİK SAVUNMASI

Etkinlik savunması ilk olarak ABD’de gündeme gelmiş olup, ABD uygulaması hem ayrıntılı düzenlemeler hem de içtihat zenginliği nedeniyle etkinlik savlarının nasıl değerlendirilebileceği konusunu aydınlayabilecek niteliktedir. Bu bağlamda bu bölümde, ABD uygulamasında nasıl bir yol izlendiği ele alınırken literatürde genel olarak etkinlik savunmasına ilişkin getirilen önerilere de yer verilecek ve etkinlik savunmasının uygulama boyutuna ilişkin bir çerçeve sunulmaya çalışılacaktır.

1914 tarihli ABD Clayton Yasası’nın 7. bölümü, “*rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek veya tekel yaratma eğiliminde olabilecek*” birleşmeleri hukuka aykırı saymaktadır²⁶. Clayton Yasası’nda açık bir etkinlik savunmasından bahsedilmemekle birlikte, ABD’de etkinlik savunması hem içtihat hukukunda hem de birleşme rehberlerinde yer bulmaktadır.

ABD’de birleşmeden kaynaklı etkinliklerden bahsedilen ilk kararlar olan *Brown Shoe*²⁷, *Philadelphia National Bank*²⁸ ve *Procter&Gamble*²⁹ kararlarında, Yüksek Mahkeme etkinliklerin savunma olarak kullanılamayacağı yönünde ifadelere yer vermiş ve hatta etkinlikleri rekabeti sınırlayıcı etkilerin bir göstergesi saymıştır (Kolasky ve Dick 2003, 210-212). Yine de, bu durumu ilgili

²⁶ ABD uygulamasında, birleşmelerin kontrolünde esasa ilişkin test olarak Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması (*Significant Lessening of Competition -SLC*) testi kullanılmaktadır.

²⁷ *U.S. v. Brown Shoe Co.*, 370 U.S. 294 (1962).

²⁸ *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

²⁹ *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

dönemin koşullarından³⁰ bağımsız olarak değerlendirerek etkinlik savunmasının reddedildiği şeklinde bir yargıya ulaşmak doğru olmayacaktır (Kinne 1998, 17).

Nitekim, anılan kararların hemen ardından 1968 yılında DOJ tarafından çıkarılan ilk Birleşme Rehberi'nde, dar anlamda bir etkinlik savunmasına yer verilmiştir. Bu dönemde söz konusu savunma taraflarca pek fazla kullanılmamıştır. Ancak, bu durum 1974 yılında Yüksek Mahkeme'nin pazar paylarına dayalı hukuka aykırılık iddialarının pazar koşullarına ilişkin diğer faktörlerle çürütülebileceğini gösteren *General Dynamics*³¹ kararıyla birlikte değişmeye başlamıştır (Kolasky ve Dick 2003, 210-214). Aynı dönemde, Chicago ekolünün temsilcilerinden Bork (1993, 124-128) mahkemelerin etkinliklere ilişkin olay temelli doğru bir değerlendirme yapabilmek için yeterli kapasiteye sahip olmadığını öne sürmüştür. Bu görüşten hareketle, Chicago ekolünün temsilcilerince etkinliklerin zımnî bir şekilde kabulünün sağlanabilmesi için müdahale eşiğinin yüksek tutulması önerilmiştir³² (Kolasky ve Dick 2003, 209).

ABD'de, etkinlik savunmasına ilişkin en önemli gelişme 1997 yılında Adalet Bakanlığı (*Department of Justice-DOJ*) ve Federal Ticaret Komisyonu'nun (*Federal Trade Commission-FTC*) ortak çalışması olan Yatay Birleşme Rehberi'nde etkinlikler bölümünün revize edilmesiyle gerçekleşmiştir. Anılan değişikliklerle, rehberde etkinlikler doğrudan rekabetçi etki analizi ile ilişkilendirilmiştir (Muris 1999, 732). Halihazırda, 2010 yılında yine FTC ve DOJ ortaklığıyla çıkarılan Yatay Birleşme Rehberi'nde (ABD Rehberi) yer alan etkinlikler bölümü, inovasyona ilişkin olarak eklenen bir paragraf ve diğer birkaç küçük değişiklik haricinde, 1997 yılı versiyonu ile aynıdır. Buna ilaveten, 2006 yılında uygulamanın ayrıntılarını içeren Yatay Birleşme Rehberine İlişkin Açıklama (ABD RIA) yayımlanmıştır.

ABD Rehberi'nin (2010, 29) etkinlikler bölümünün başlangıcında,

“Rekabet genellikle firmaların kendi iç dinamikleri ile çeşitli etkinlikler elde etmelerini teşvik edici rol oynamaktadır. Bununla birlikte, birleşmelerin ekonomiye en başta gelen katkılarından birisi önemli düzeyde etkinlik yaratma potansiyeline sahip olmalarıdır.”

³⁰ 1950 yılında Celler-Kefauver Yasası'nın çıkarılması sonrası, ABD'de yasamanın gerçek anlamda bir pazar gücü analizinin yapılmasından ziyade birleşmeleri sosyal ve politik amaçlarla yasaklama eğiliminde olduğu yönünde bir algı oluşmuştur. Bu dönemde yapısal analiz baskın olmuş ve pazarlarda küçük oyuncular korunmaya ve mümkün olabildiğince *per se* kurallar oluşturulmaya çalışılmıştır (Kolasky ve Dick 2003, 210-211).

³¹ *U.S. v. General Dynamics Co.*, 415 U.S. 486 (1974).

³² Benzer bir öneri için bkz. Fisher ve Lande (1983, 1699).

ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu ifadeler, rekabetin yanı sıra birleşmelerin de etkinliği teşvik edici rol oynayabileceğine dikkat çekmektedir. Zira, etkinlik savunmasının temelinde yatan mantık, etkinliklerin firmaların rekabet etme güdüsünü ve yeteneğini artırmasıdır. Bu yolla, birleşen firmanın fiyatlarını düşürmesi ve/veya ürün ile hizmet kalitesini artırması ve/veya yeni ürünler ortaya çıkarması beklenmektedir (ABD Rehberi 2010, 29). Bu çerçevede, ABD’de rekabet otoriteleri ve mahkemeler birleşmenin rekabeti sınırlayıcı etkilerini değerlendirdikten sonra, diğer unsurların³³ yanı sıra, tarafların belirli koşulları sağlayan etkinlik argümanlarını da dikkate almaktadır.

2.1. ETKİNLİK SAVUNMASINA İLİŞKİN YÖNTEM

ABD Rehberi’nde etkinlikler, hem tek taraflı hem de koordine edilmiş etkilere ilişkin analizle doğrudan ilişkilendirilmektedir (Buttigieg 2009, 298). Bu doğrultuda, etkinlik savunmasının kabulü için, birleşmenin herhangi bir ilgili pazarda rekabeti sınırlayıcı sayılmamasını sağlayacak yapıda ve büyüklükte etkinlik yaratması gerekmektedir (ABD Rehberi 2010, 30). Bu durum, ABD’de etkinliklerin esasa ilişkin testin bir parçası olarak ele alındığının göstergesidir. Nitekim, *University Health*³⁴ kararında 11. Daire tarafından, etkinliklere ilişkin sunulan kanıtların, birleşmenin rekabet üzerindeki toplam etkisini belirlemeye ilişkin yapılacak değerlendirmede faydalı olacağı belirtilmiştir. Buna ilaveten, aynı kararda, rekabetin önemli miktarda azaltılacağı saptandıktan sonra olası etkinliklerin yasaklama kararını değiştirmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmiştir³⁵. Benzer şekilde, *Tenet Healthcare*³⁶ kararında, 8. Daire tarafından, etkinliklerin birleşmenin rekabetçi etkileri bağlamında dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır³⁷. Söz konusu değerlendirmeler de ABD’de esasa ilişkin testin parçası yönteminin esas alındığına işaret etmektedir.

Buna ek olarak belirtmek gerekir ki, ABD’de olay temelli analiz yaklaşımı benimsenmektedir. Dolayısıyla, taraflarca öne sürülen etkinlik iddiaları, her birleşme bakımından dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar etkinlik iddiaları tekel veya tekele yakın konum yaratan birleşmelerde de değerlendirmeye alınsa da, etkinliklerin bu türden birleşmeleri neredeyse hiçbir zaman aklayamayacağı kabul edilmektedir (Kamerbeek 2009, 38).

³³ ABD uygulamasında, herhangi bir birleşmenin yol açtığı yoğunlaşma artışının rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabileceğine ilişkin öngörüler taraflarca, alıcı gücü savunması, girişlerin kolay olması ya da batan firma savunması gibi argümanlara dayanılarak çürütülebilmektedir (Noel 1997, 499).

³⁴ *FTC v. University Health Inc.* 938 F.2d 1206 (11. Cir. 1991), s.1222.

³⁵ A.g.k. s.1222.

³⁶ *FTC v. Tenet Health Care Corp.*, 186 F.3d 1045 (8. Cir. 1999).

³⁷ A.g.k. s.1054.

2.2. ETKİNLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME KRİTERLERİ

Etkinliklerin rekabetçi etki analizi içerisinde değerlendirmeye alınabilmesi için öncelikle “birleşmeye özgü olma” ve “ispat edilebilirlik” şeklindeki iki koşulu sağlaması gerekmektedir. Bu iki koşulu birden sağlayan ve üretim veya hizmet miktarındaki rekabeti sınırlayıcı kısıtlamalardan kaynaklanmayan etkinlikler mahkemece “tanınabilir” (*cognizable*) sayılmaktadır (ABD Rehberi 2010, 30). Diğer yandan, karşılaştırma analizi ile iç içe geçmiş olan “tüketiciye yansımaya” koşulunu da bu koşullara dahil ederek üç aşamalı bir testin varlığından da söz etmek mümkündür.

2.2.1. Birleşmeye Özgü Olma Koşulu

Birleşmeye özgü etkinlikler, sadece birleşmeyle gerçekleşebilecek etkinliklerdir. Diğer bir ifadeyle, etkinliklerin birleşmenin gerçekleşmediği durumda rekabeti daha az sınırlayan alternatif bir yolla elde edilme ihtimali bulunmamalıdır. Nitekim birleşmeye alternatif olarak gerçekleştirilebilecek iç büyüme, farklı bir birleşme, ortak girişim anlaşması, lisans anlaşması, kira veya diğer sözleşme benzeri düzenlemeler gibi yollarla elde edilebilen etkinlikler birleşmeye özgü sayılmamaktadır (ABD Rehberi 2010, 30; Röller vd. 2006, 176-177). Benzer şekilde, birleşmenin ortaya çıkardığı rekabetçi endişeleri azaltan ayırıştırma veya lisanslama gibi çözümler kapsamında elde edilebilen etkinlikler de birleşmeye özgü kabul edilmemektedir. Burada önemli olan nokta, sadece uygulanabilir olan alternatif yolların dikkate alınması ve tümüyle teorik alternatifler üzerinde ısrar edilmemesidir (ABD Rehberi 2010, 30; ABD RİA 2006, 50). Örneğin, Coate’ye göre (2005, 196), birleşme öncesinde taraflara teklif getirilmemiş veya taraflarca olası görülmediği için değerlendirilmemiş alternatif bir birleşme, olaya özgü ticaret koşulları çerçevesinde uygulanabilir sayılmamalıdır.

Birleşmeye özgülük değerlendirmesinde, taraflarca sunulan alternatif yolların uygulanabilir olmadığına ilişkin kanıtların yanı sıra, görece maliyetli olduğunu gösterir kanıtlar da dikkate alınmaktadır (ABD RİA 2006, 50). Tarafların, olası tüm alternatiflerin mümkün olmadığını kanıtlamalarına gerek olmadığı yönünde genel bir fikir birliği bulunmaktadır (OECD 1995, 7). Nitekim Brodley (1996, 593-594), tarafların alternatif yollara ilişkin işlem maliyetlerini belgelendirmek suretiyle, birleşmenin olası alternatiflere kıyasla önemli ölçüde daha az maliyetli olduğunu ispatlamalarının yeterli olduğu görüşündedir.

Muris (1999, 733) ise birleşmenin süre bakımından kayda değer bir avantaj sağlamasının önemini vurgulamaktadır. *Cardinal Health*³⁸ kararında

³⁸ *FTC v. Cardinal Health, Inc.*, 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998), s.63.

Bölge Mahkemesi, önemli düzeydeki etkinliğin birleşme sayesinde daha hızlı bir şekilde gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. Ancak, pazarın geçmiş on yılına bakıldığında, maliyetlerin azaltılmasını sağlamada pazardaki rekabetin de etkili olduğunun görüldüğünü belirterek, birleşmenin hızlandırıcı etkisini birleşmeye özgülük bakımından dikkate almamıştır. Esasında, mevcut durumda ABD Rehberi (2010, 30) ve ABD RIA (2006, 51) etkinliğin sadece gerçekleşme zamanını etkileyen birleşmeler bakımından hızlandırma etkisinin, birleşmeye özgülük koşulunun sağlanmasına katkıda bulunduğunu vurgulamaktadır.

Alternatif yolların uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmede, pazardaki diğer firmaların birleşme olmaksızın etkinlik yaratan olağan faaliyetleri önem arz etmektedir (Röller vd. 2006, 177). Örneğin, pazarda birçok firma tarafından bireysel olarak tesis modernizasyonu yapılabilmekte veya birtakım “*en iyi uygulamalar*” (*best practices*) geliştirilebilmekteyse, bunlara ilişkin argümanların birleşmeye özgü sayılma ihtimali zayıftır (ABD RIA 2006, 50-51).

Diğer yandan, Yao ve Dahdouh (1993, 40) birleşmeye özgülüğe ilişkin analizde taraflarla rekabet otoriteleri arasındaki bilgi asimetrisinden ziyade genel anlamda objektif bilgi eksikliğine dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, Kocmut (2006, 25), rekabet otoritelerinin tarafların ticari faaliyetlerine ilişkin değerlendirme ve kararlarını sorgulamasını gerektiren söz konusu koşulun³⁹, taraflar için ispat bakımından zorlayıcı olabileceğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, ispat yükünün taraflar ve rekabet otoriteleri arasında paylaşılmasını önermektedir. Berry (1996, 549) ise objektif bilgiye ilişkin belirsizlikler bulunması halinde bu koşula ilişkin daha düşük bir ispat standardının uygulanması gerektiği görüşündedir.

2.2.1.1. İç Büyüme Alternatifi

İç büyüme, genellikle ölçek ekonomileri argümanlarının alternatifi olabilmektedir (ABD RIA 2006, 51). Büyümekte olan pazarlarda, iç büyüme alternatifinin uygulanabilir sayılma ihtimali yüksektir (Areeda vd. 1998, 50-51). Örneğin *Staples*⁴⁰ kararı hızla büyüyen bir pazarda, lider konumdaki firmaların etkinlik savunması bağlamında artan alım gücü, reklam indirimleri ve daha iyi coğrafi kapsama gibi iddiaları kullanmalarının çok da anlamlı olmadığını göstermektedir (Buttigieg 2009, 301). Buna ek olarak, Areeda vd. (1998, 53-55)

³⁹ Hausmann ve Leonard (1999, 719-720) ve Crampton (1994, 70-71) ise tüketici refahının esas olduğu bir sistemde, etkinliklerin gerçekleşeceğine ilişkin yeterli kanıtın sunulması sonrasında, temel noktanın tüketiciye yansıma koşulunun sağlanması olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, birleşmeye özgülük koşuluna herhangi bir önem atfedilmemesi gerekmektedir.

⁴⁰ *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997).

tarafından, “*kapasite etkisi*” (*capacity effect*)⁴¹ adı verilen durumda, birleşmenin yasaklanması halinde iç büyüme yoluyla ilave kapasite yatırımının karlı bir yol olmayacağına ve bu nedenle etkinliklerin gerçekleşmeyeceğine dikkat çekilmektedir. Kapasite etkisinin, talep esnekliğinin düşük, ürün farklılaştırması düzeyinin yüksek olduğu ve küçülmekte olan pazarlarda birleşmeye özgülük iddiasının kabulünü kolaylaştırması mümkündür. Öte yandan Kolasky’ye göre (2001, 86), *Heinz*⁴² kararında Columbia Bölge Dairesi, incelemeye konu bebek maması pazarının küçülme eğiliminde olması nedeniyle ortaya çıkacak olan ve ürün farklılaştırması/markalaşmanın daha da güçlendirdiği kapasite etkisini dikkate almamıştır.

2.2.1.2. Ortak Girişim Anlaşması Alternatifi

Ortak girişim anlaşmaları yapısı gereği etkinlikleri ortaya çıkarırken, birleşmelerde gözlemlenmeyen birtakım etkinsizlikleri de beraberinde getirebilmektedir (ABD RIA 2006, 50). Bu durumun sebebi, anlaşmaların işlem maliyetlerine, firmaların kar çoklaştırılması hedeflerinin farklılaşabilmesine veya çeşitli uyumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olabilmesidir (ABD RIA 2006, 50; Areeda vd. 1998, 59). Söz konusu etkinsizlikler nedeniyle ortak girişim anlaşmaları, her durumda birleşmenin bütünüyle alternatifi olamamaktadır. Bununla birlikte, Areeda vd. (1998, 61-62) belirli durumlarda söz konusu anlaşmaların birleşmeye alternatif sayılma olasılığının daha yüksek olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre, etkinlik savlarının toplam maliyetin görece küçük bir kısmını oluşturması, ürünle birlikte sunulan hizmetle ilgili olması ya da basit bir tedarik bileşenin üretimi veya dağıtım tesisleri gibi hususlara ilişkin olması halinde ortak girişim anlaşması birleşmeye alternatif olabilecektir. Buna ilaveten, ortak Ar-Ge faaliyetlerine ilişkin etkinlikler⁴³ bakımından da ortak girişim anlaşmasının birleşmeye alternatif sayılması mümkündür.

2.2.1.3. Diğer Hususlar

Tamamlayıcı kaynakların birleştirilmesine dayanan bir etkinlik iddiasının birleşmeye özgü sayılma ihtimali yüksektir (Buttigieg 2009, 303). Ancak, *Heinz* kararında Columbia Bölge Dairesi bunu tek başına yeterli görmemiş, tarafların bu

⁴¹ Birleşme bir firmadan diğerine kapasite aktarımı sağlarken, iç büyüme pazardaki toplam kapasiteyi artıracığı için üretim miktarı artışını, fiyatların düşmesini ve firma karlılığının azalmasını beraberinde getirebilecektir. Bu duruma “*kapasite etkisi*” adı verilmektedir (Areeda vd. 1998, 53).

⁴² *FTC v. H.J. Heinz, Co.* 246 F.3d 708 (D.C.Cir. 2001)

⁴³ Bu durumun sebebi Ar-Ge çalışmalarının son ürün pazarındaki üretim miktarlarında herhangi bir kısıtlamaya gidilmeden de gerçekleştirebilecek olmasıdır (Areeda vd. 1998, 62).

türden iddialarını⁴⁴ birleşmeye özgü saymamıştır⁴⁵. Buna ilaveten, Heinz tarafından, ürün geliştirme yatırımının karlı olabilmesi için ülke çapındaki süpermarketlerde %70 oranında raf payı elde edilmesi gerektiği ve bunun da ancak birleşmeyle mümkün olabileceği iddia edilmiştir⁴⁶. Leary'ye göre (2002, 33) bu iddia, Heinz'in kısıtlı kaynaklara sahip küçük bir firma olmadığı dikkate alındığında, imkansızlıktan ziyade yönetimin tercihlerine dayanmaktadır. Dolayısıyla da, bu türden argümanların birleşmeye özgü olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Benzer şekilde mahkeme de, Heinz'in ürün geliştirmesine yapacağı, satın alma fiyatına eş değer bir yatırımla söz konusu etkinlikleri tek başına elde edemeyeceğine ilişkin sunulan kanıtları yetersiz bulmuştur⁴⁷.

Vurgulanması gereken bir diğer nokta ise, *Cardinal Health*⁴⁸ kararında da görülen, pazara girişlerin kolay olduğuna ilişkin argümanların, ölçek ekonomilerine dayanan bir etkinlik savunmasıyla birlikte öne sürülmesinin, birleşmeye özgülük koşulu bakımından çelişki oluşturabilme ihtimalidir (Farrel ve Shapiro 2000, 3). Pazara yeni girişlerin kolay olduğuna ve yeni giren firmaların pazarı disipline edebilecek kadar etkin olabildiğine yönelik iddialar, tarafların daha etkin olmak için büyümeleri gerektiği ve bunun birleşmeye alternatif bir yolla sağlanamayacağına ilişkin iddiaların güvenilirliğini zedelemektedir (OECD 1995, 7).

2.2.2. İspat Edilebilirlik Koşulu

Etkinlik savlarının ölçümlemesi ve rekabet otoritelerince doğrulanmasında karşılaşılan zorluklar büyük ölçüde, etkinliklere ilişkin çoğu bilginin münhasıran tarafların elinde bulunmasından kaynaklanmaktadır (ABD Rehberi 2010, 30). Bu bağlamda, bilgi asimetrisinin varlığı şüpheli bir yaklaşımı ve görece yüksek bir ispat standardını da zorunlu kılmaktadır⁴⁹. Buna ek olarak, firmalarca iyi niyetle ve akla yatkın bir şekilde tasarlanan bazı etkinlikler de gerçekleşmeyebilmektedir (ABD Rehberi 2010, 30). Nitekim, önceki bölümde belirtildiği üzere ampirik bulgular da birleşmelerin her durumda etkinlik kazanımları sağladığı yönünde genel bir kabulü desteklememektedir.

⁴⁴ Bebek maması pazarında faaliyet gösteren Heinz'in daha az bilinirliği olan bir markası ve fazla kapasitesi, aynı pazardaki devre konu Beech-Nut'in ise bilinen bir markası, daha iyi tarifleri ve yüksek üretim maliyetleri bulunmaktadır (ABA 2004, 185).

⁴⁵ 246 F.3d 708, s.721-722.

⁴⁶ A.g.k. s.722-723.

⁴⁷ A.g.k. s.722.

⁴⁸ 12 F. Supp. 2d 34, s.63.

⁴⁹ Conrath ve Widnell 1999, 696; Berry 1996, 542; Yao ve Dahdough 1993, 24, Williamson 1977, 703.

Etkinliklerin ispatına ilişkin en önemli sorun etkinlik kazanımlarının gerçekleşeceğine ilişkin *ex-ante* kanıt üretilmesi problemidir. Bu problem esasında birleşmelerin kontrolünün doğasında bulunan, henüz gerçekleşmemiş bir birleşmenin etkilerinin mevcut pazar koşullarının görüntüsünden yola çıkılarak tahmin edilmesi sorunu ile eşdeğerdir (Noel 1997, 507; Brodley 1987, 1048). Bu durum, uygulayıcıları etkinliklerin iddia edilmesinin kolay olmasına rağmen ispatlanmasının zor olduğu yönündeki yerleşik görüşe sevk etmektedir (Conrath ve Widnell 1999, 696; Pitofsky 1992, 223).

Bu nedenlerle, ispat yükü rekabeti sınırlayıcı etkilerin varlığının gösterilmesinde rekabet otoritelerinin üzerinde iken etkinliklerin devreye girdiği noktada taraflara geçmektedir (ABD Rehberi 2010, 30). ABD Rehberi'nde belirli bir ispat standardından bahsedilmeden, sadece ispat sürecine ilişkin bilgi verilmektedir⁵⁰ (ABA 2004, 201).

2.2.2.1. Taraflar ve Rekabet Otoritelerince İspat ve Doğrulama Sürecinde Kullanılabilecek Bilgi ve Belgeler

Etkinlik iddialarının, öne sürülen her bir etkinliğin gerçekleşme ihtimali ve büyüklüğü ile nasıl ve ne zaman gerçekleştirileceğinin rekabet otoritelerince makul yollarla incelenip doğrulanabilmesini sağlayabilmek bakımından detaylı bilgi içerecek şekilde sunulması gerekmektedir. Ayrıca, etkinliklerin elde edilmesine ilişkin maliyetlere, tarafların rekabet etme güdüsü ile yeteneğini nasıl artıracığına ve neden birleşmeye özgü olduklarına yönelik de taraflarca sunulacak açıklamalara ihtiyaç vardır. Bu doğrultuda, belirsiz ve spekülatif etkinlik iddiaları dikkate alınmamaktadır (ABD Rehberi 2010, 30). Örneğin devralınan firmaya ait maliyetlerde % 20 oranında tasarruf sağlanacağı şeklinde genel bir iddia çoğunlukla güvenilir bulunmamaktadır (ABD RIA 2006, 52). Nitekim, *Staples* kararında Bölge Mahkemesi, taraflarca birleşmenin gerçekleşmemesi halinde Staples'ın tek başına gerçekleştirebileceği tasarruf miktarına ilişkin bilgi sunulmamasını ve bu bağlamda birleşmeye özgürlüğe ilişkin herhangi bir kıyaslama yapılmamasını eksiklik olarak yorumlamıştır⁵¹. Benzer şekilde, *Oracle*⁵² kararında Bölge Mahkemesi tarafların firma içi belgelerle desteklenmeyen maliyet tasarrufu tahminlerini, sadece Oracle'ın birkaç üst düzey yöneticisinin kişisel değerlendirmelerine dayandığını belirterek güvenilir bulmamıştır. Buna ek olarak, kararda, birleşme yoluyla geliştirileceği

⁵⁰ 1984 tarihi Birleşme Rehberi'nde ispat standardı "*açık ve ikna edici delil*" şeklinde belirtilmiştir. Bu standart *Staples* kararında Bölge Mahkemesi tarafından, taraflara bir olasılığı tamamen çürütme gibi neredeyse gerçekleştirilmesi imkansız bir görev yüklenmesi nedeniyle eleştirilmiştir (970 F. Supp. 1066, s.1089). Sonuç itibarıyla söz konusu standarda sonraki rehberlerde yer verilmemiştir.

⁵¹ 970 F. Supp. 1066, s.1090.

⁵² *U.S. v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D. Cal. 2004), s.1174- 1175.

iddia edilen yeni ürünün özelliklerine ve pazara sürülme zamanına ilişkin hiçbir kanıt sunulmamış olmasına da vurgu yapılmıştır.

Doğrulama sürecinde, rekabet otoriteleri tarafından firma içi veriler ve belgeler ile mühendisler gibi konu hakkında bilgisi olan çalışanların⁵³ ifadeleri de değerlendirilmektedir. Ayrıca, üçüncü taraflarla da iletişime geçilebilmektedir. Örneğin, rakiplere, tarafların iddialarına benzer etkinlikleri gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri ve bunu hangi yollarla sağladıkları gibi sorular yöneltilmektedir (ABD RİA 2006, 52).

Özellikle olağan iş planlama sürecinin dışında üretilen etkinlik tahminlerine şüpheci yaklaşılabilir (ABD Rehberi 2010, 30). Etkinliklerin birleşmenin gerçekleştirilmesinin önemli nedenlerinden biri olması beklendiğinden, başvuru süreci için özel olarak hazırlanmış belgelere fazla önem atfedilmeyebilmektedir. Buna karşın, birleşmeye ilişkin olarak yönetim kurulları ya da borç verenlere yönelik hazırlanmış raporlar veya birleşmenin planlama aşamasına ait belgeler çok daha güvenilir bulunmaktadır (Lindsay ve Berridge 2009, 577; Kattan 1994, 533). Nitekim, *Franklin Electric*⁵⁴ ve *Rockford Memorial*⁵⁵ kararlarında, taraflarca birleşmenin planlanması aşamasında etkinliklerin değerlendirilmemiş olması ve etkinliklere ilişkin çalışmaların başvuru için özel olarak hazırlanması, güvenilirliği zedeleyici bir unsur olarak ele alınmıştır. Benzer şekilde, *Staples* kararında yakın zaman önce yönetim kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu (*Securities Exchange Commission-SEC*) için hazırlanmış raporlarda yer alan etkinlik miktarının rekabet otoritesine sunulandan daha az olması, tarafların iddialarının güvenilirliğini sarsmıştır⁵⁶.

Diğer yandan, taraflar rekabet otoritelerine çeşitli belgeleri, verileri, danışman (*bilirkişi*) raporlarını veya geçmiş birleşme tecrübelerini de kanıt olarak sunabilmektedir. Bunların içerisinde iflas ve grev gibi olağandışı durumlarda gerçekleşmiş olmayan ve incelemeye konu birleşmeye benzer koşullar içeren geçmiş birleşme tecrübelerine ilişkin olanlar güçlü kanıtlardan sayılmaktadır. İlaveten belirtmelidir ki, gerçekleştirilen analize ilişkin veri toplama işleminin incelenmesi ile varsayımların makullüğünün değerlendirilmesi de bu süreçte rekabet otoriteleri tarafından yürütülen çalışmalar arasındadır. Ayrıca, analizin sağlamlığının, bir diğer deyişle analizin sonuçlarının, varsayımlardaki farklılıklara ne kadar dayanıklı olduğunun belirlenmesi de önemlidir (ABD RİA 2006, 52-55).

⁵³ Örneğin, *Staples* kararında Bölge Mahkemesi tarafından, satın almalarından elde edilecek tasarrufların büyüklüğüne ilişkin iddiaların gerçekçiliği hususunda Staples çalışanlarının tereddütleri bulunduğu dikkat çekilmiştir (970 F. Supp. 1066, s.1090).

⁵⁴ *U.S. v. Franklin Electric Co.*, 130 F. Supp. 2d 1025 (W.D. Wis. 2000), s.1030.

⁵⁵ *U.S. v. Rockford Memorial Corp.*, 717 F. Supp. 1251 (N.D. Ill. 1989), s.1289.

⁵⁶ 970 F. Supp. 1066, s.1089.

2.2.3. Tüketiciye Yansıma Koşulu

Tüketiciye yansıma (*pass-through/pass-on*) koşulu ilk olarak FTC tarafından *American Medical International (FTC 1984)* birleşmesine ilişkin yapılan değerlendirmede kullanılmıştır. Anılan değerlendirmede, maliyet tasarrufu iddiaları gerçekleşecek olsa dahi tüketiciye ne derece fayda sağlayacağı belirsiz olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anılan koşulun etkinlik savunmasının ayrı bir ögesi olarak kabul edilmesinin en belirgin ilk hali ise *United Tote*⁵⁷ kararında gerçekleşmiştir (Yde ve Vita 1996, 736-738). Bu karardan itibaren, tüketiciye yansıma koşulu tüm incelemelerde ağırlığını hissettirmiş ve sonuçta ABD Rehberi'nde (2010, 31) de açıkça yer bulmuştur.

2.2.3.1. Karşılaştırma Analizi

Karşılaştırma analizinde esas olan, etkinliklerin birleşmenin yol açacağı potansiyel tüketici zararını, örneğin fiyat artışlarını önlemek yoluyla, tersine çevirmeye yeterli olup olmadığının belirlenmesidir. Fiyat artışlarını telafi edebilmek bakımından en geçerli savunmalar marjinal maliyet tasarruflarına dayananlardır (ABD RIA 2006, 55; 57). ABD Rehberi'nde maliyet tasarruflarının, tek taraflı etkiler çerçevesinde birleşen firmanın fiyat yükseltme güdüsünü azaltabileceği veya tersine çevirebileceği kabul edilmektedir. Koordine edilmiş etkiler çerçevesinde ise etkinliklerin pazardaki firmaların maliyet yapılarını farklılaştırarak, etkin bir koordinasyon oluşması ihtimalini azaltabileceği belirtilmektedir. Şöyle ki, etkinlikler mevcut aykırı firmayı (*maverick firm*) fiyat düşürmeye teşvik edebilecek veya yeni bir aykırı firma yaratabilecektir. Bununla birlikte, etkinlikler sonucu fiyatların düşürüleceğine yönelik iddiaların, ürün kalitesi ya da çeşitliliğindeki azalmaları beraberinde getirmesi halinde geçersiz sayılacağına da vurgu yapılmaktadır (ABD Rehberi 2010, 29-31).

Karşılaştırma analizinde etkinlik miktarı, birleşmenin kendisinin ya da öne sürülen etkinliklerin gerçekleştirilmesine ilişkin maliyet kalemleri düşülerek hesaplanan net miktar olarak dikkate alınmaktadır (ABD Rehberi 2010, 30). Nitekim, *Rockford Memorial*⁵⁸ kararında, tarafların anılan maliyetleri dikkate almayan bir çalışma sunması ispat edilebilme koşulunun sağlanamamasının ve argümanlara karşı çıkılmasının nedenlerinden birisi olmuştur.

⁵⁷ *U.S. v. United Tote, Inc.*, 768 F. Supp. 1064 (D. Del. 1991), s.1084-1085. Kararda Bölge Mahkemesi tarafların etkinlik iddialarını reddederken, tüketiciye yansımaya ilişkin güvence verilemediğinin altını çizmiştir.

⁵⁸ 717 F. Supp. 1251, s.1289-1290.

i. Artan Oran Prensibi

Birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağı sonucuna ulaşılabilmesi için, potansiyel rekabeti sınırlayıcı etki ne kadar büyükse, etkinliklerin büyüklüğünün de o kadar fazla olması ve aynı oranda tüketicilere yansıtılması gerektiği kabul edilmektedir (ABD Rehberi 2010, 31). Farrel ve Shapiro (1990) tarafından gerçekleştirilen çalışmanın önceki bölümde sunulan bulgularıyla da uyumlu olan bu yaklaşıma “*artan oran prensibi*” (*sliding scale*) adı verilmektedir.

Artan oran prensibine göre, özellikle potansiyel rekabeti sınırlayıcı etkiler yüksek düzeyde olduğunda, etkinliklerin bu etkileri önleyebilmek için olağanüstü büyüklükte olmaları gerekmektedir (ABD Rehberi 2010, 31). Rehberin 1997 versiyonunda bulunmayan söz konusu ifade, bebek maması pazarının üç oyuncusundan lider firma haricindeki ikisinin birleşmesine⁵⁹ ilişkin *Heinz* kararında, Columbia Bölge Dairesi tarafından etkinlik iddialarının pazardaki yüksek yoğunlaşma seviyesine dayanarak reddinin gerekçesi olarak kullanılmıştır⁶⁰. Buna paralel olarak, etkinliklerin tek el ya da tekele yakın konum yaratan bir birleşmeyi neredeyse hiçbir zaman aklayamayacağı kabul edildiği vurgulanmalıdır (ABD Rehberi 2010, 31).

ii. Sayısal Analiz – Tüketicie Yansıma Oranı ve Telafi Edici Maliyet Düşüşleri

Öncelikle belirtmek gerekir ki, detaylı bir analizle bile etkinliklerin büyüklüğüne, gerçekleşme olasılığına ve maliyet düşüşlerinin hangi oranda fiyata yansıtılacağını ifade eden yansıma oranına ilişkin doğru tahminlere ulaşılamayabilir (Coate 2005, 198). Marjinal maliyetteki düşüşün fiyata yansıtılıp yansıtılmayacağına ilişkin ağırlıklı görüş, birleşme sonrası pazardaki rekabetin seviyesi zorlamadıkça firmaların etkinlik kazanımlarının tamamını karlarına ekleyecekleri yönündedir (Buttigieg 2009, 308; Sullivan ve Grimes 2000, 609). Tüketicie yansımayı birleşme sonrası pazardaki rekabetin düzeyinin yüksekliğine

⁵⁹ Birleşmenin tarafları olan Heinz ve Beech-Nut, birleşmeden kaynaklı etkinliklerin % 65 pazar payı bulunan lider firma Gerber ile daha iyi rekabet etme şansını sağlayacağını öne sürmüştür (246 F.3d 708, s.720).

⁶⁰ A.g.k. s.720.

bağlayan söz konusu argüman⁶¹ *Libbey*⁶² ve *Tenet Healthcare*⁶³ kararlarında da ilgili Bölge Mahkemeleri tarafından açıkça dile getirilmiştir.

Stennek ve Verboven'e göre (2006, 263-281), ampirik bir konu olan tüketiciye yansımaya oranının olay bazında ekonometrik teknikler kullanılarak belirlenmeye çalışılması gerekmektedir. Bu usulün *Staples* kararında uygulanması sonucu yansımaya oranı, FTC danışmanlarınca ekonometrik yöntemle, % 15-17 oranında tahmin edilmiştir. Böylece, tarafların % 67'lik yansımaya oranı tahminlerinin gerçekçi olmadığı kanaatine ulaşılmıştır⁶⁴.

Werden vd. (2005, 255-263) kolayca gözlemlenebilen değişkenlere bağlı olmamasından hareketle, uygulamada yansımaya oranının doğru bir şekilde tahmininin mümkün olmadığı görüşündedir. Bu bağlamda, karşılaştırma analizinde etkinlikler de dikkate alınarak doğrudan birleşmenin fiyat üzerindeki net etkisinin tahmin edilmesini önermektedir. Bu görüşe göre, hem fiyat artışlarını hem de bu artışları önlemek için gerekli olan asgari etkinlik miktarını bir başka deyişle telafi edici maliyet tasarrufu (*compensating marginal cost reductions*) miktarını her bir ürün bazında hesaplamaya ilişkin analizler kullanılmalıdır. Bu analizler, tahmin edilebilmesi görece mümkün olan esneklik, pazar payı ve fiyat gibi veriler kullanılarak ve ağırlıklı olarak tek taraflı etkilere ilişkin olarak yürütülen simülasyon teknikleriyle gerçekleştirilebilmektedir⁶⁵. Ek olarak, simülasyon teknikleri ile birleşmenin tüketici refahı üzerindeki etkileri de sayısallaştırılabilmektedir.

Simülasyon modelleri, 1990'lı yıllardan itibaren ABD'de bazı kararlarda⁶⁶ özellikle birleşmelerin rekabeti sınırlayıcı etkilerinin ölçümlenebilmesi bakımından gerek rekabet otoritelerince gerekse taraflarca kullanılmıştır (Coate 2005, 206). Mahkemeler nezdinde simülasyon teknikleri genel olarak faydalı görülebilmekle birlikte, elde edilen sonuçların güvenilirliğinin tartışmalı olduğu söylenebilecektir (Budzinski ve Ruhmer 2010, 304). Diğer yandan, ABD

⁶¹ Pitofsky (1992, 208) bu argümana dayanarak tüketiciye yansımaya koşulunu "öldürücü koşul" olarak tanımlamış ve bu anlayışın savunmanın içini boşaltmakta olduğunu belirtmiştir. Anılan argümanın tüketiciye yansıtma güdüsünün pazarın rekabetçi yapısından ziyade, birleşen firmanın kar ençoklaştırma güdüsüyle bağlantılı olduğu yönündeki karşı görüşü için bkz. Werden vd. (2005); Yde ve Vita (1996).

⁶² *FTC v. Libbey, Inc.*, 211 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 2002), s.35

⁶³ *FTC v. Tenet Health Care Corp.*, 17 F. Supp. 2d 937 (E.D. Mo. 1998), s.948. Birleşmeyi yasaklayan Bölge Mahkemesi kararı daha sonra farklı gerekçelerle 8. Daire tarafından bozulmuştur.

⁶⁴ 970 F. Supp. 1066, s.1090. Söz konusu tahmine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Stennek ve Verboven (2006, 281-294); Kalkan (2004, 70-73); Ashenfelter vd. (1998).

⁶⁵ Simülasyon tekniklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çelen (2010). Bir başka telafi edici maliyet tasarrufu hesaplaması örneği için bkz. Kalkan (2010, 158-159).

⁶⁶ Söz konusu kararlar için bkz. Budzinski ve Ruhmer (2010, 296-304); Çelen (2010; 79-82).

Rehberi'nde etkinlikler bakımından, simülasyon tekniklerine nasıl bir önem atfedildiğine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

iii. Nitel Analiz

Özellikle dinamik etkinlikler başta olmak üzere etkinliklerin her durumda sayısal anlamda ölçümlenmesi mümkün olmamaktadır (Brodley 1987, 1028-1029). Öte yandan, Coate (2005, 231) nitel argümanların mahkemelerce fazla kabul görmediği görüşündedir. Buna karşın, ABD Rehberi (2010, 31) ve ABD RIA (2006, 49) etkinliklere ilişkin analizde fiyata vurgu yapmakla birlikte, aynı rekabeti sınırlayıcı etkilerde olduğu gibi etkinliklerin de, fiyatlama, yeni ürün geliştirme veya inovasyon gibi birden çok boyutta ortaya çıkabildiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, kalite artışlarının birleşme sonrası rekabeti sınırlayıcı fiyat artışlarını telafi etmeye yeter düzeyde olabileceği de ifade edilmektedir.

Diğer yandan, kısa vadeli etkileri ortaya koyan simülasyon teknikleri kullanılarak, kısa vadede fiyatlama üzerinde etki doğurmayan inovasyon, kalite veya ürün yeniden konumlandırması gibi hususların değerlendirilmesi mümkün olmayabilmektedir (Çelen 2010, 40; Kokkoris 2006, 251). Benzer şekilde, yeni ürünlerin tüketici refahında gerçekleştireceği değişikliklerin tahmini konusundaki iktisadi çalışmaların sınırlı olması nedeniyle, bu türden etkinliklere ilişkin sayısal bir karşılaştırma analizi de uygulanamamaktadır (OECD 2007, 219-220). Sonuç olarak, etkinliklerin değerlendirilmesinde sayısal ve nitel analiz birbirinin tamamlayıcısı olmalıdır (Kokkoris 2006, 260).

iv. Analizde Uzun Vadenin Dikkate Alınması ve Sabit Maliyet Tasarrufları

Rekabet otoritelerince tüketiciye yansıma koşuluna ilişkin analizlerde, genelde en fazla ağırlık kısa vadeli sonuçlara verilmektedir. Bununla birlikte, ilgili pazarda kısa dönemde fiyat üzerinde doğrudan etki yaratmasa da gecikmeli faydalar sağlayacak olan etkinlikler de dikkate alınabilmektedir. Ancak, tahmine ve kısa vadede tüketiciye yansımanın sağlanmasına ilişkin zorluklar nedeniyle, bu türden etkinliklerin kabul edilme ihtimali daha azdır (ABD Rehberi 2010, 31). ABD Rehberi'nde dikkate alınacak zaman dilimi hakkında bilgi verilmemekle birlikte, tarafların etkinliklerin zamanlamasına ilişkin açıklama sunmaları beklenmektedir. Örneğin, *CCC Holdings*⁶⁷ kararında taraflar etkinlik kazanımlarının firmaların bütünleşmesini gerektirmesi nedeniyle temelde 2-3 yıllık süre içerisinde gerçekleşmesini öngördüklerini belirtmekle birlikte, 10 yıllık bir zamana yayılma ihtimali olduğunu da ifade etmiştir. Bu durum karşısında Bölge Mahkemesi, söz konusu maliyet tasarruflarının taraflarca ne zaman elde

⁶⁷ *FTC v. CCC Holdings, Inc.*, 605 F. Supp. 2d 26 (D.D.C. 2009), s.73.

edilmeye başlanacağıının belirsiz olduğunu vurgulamıştır. Bunun yanı sıra, tarafların bütünleşme sürecinde iddia edilen etkinlik miktarının tamamının ortaya çıkabileceğini gösterir yeterli kanıt sunamadıklarını da belirterek savunmayı reddetmiştir. *Tenet Healthcare* kararında ise 8. Daire, değerlendirmede uzun vadenin de dikkate alınabileceğini, etkinlik savlarının dinamik bir analizi gerektirdiğine dikkat çekmek suretiyle ortaya koymuştur (Coate 2005, 229). Kararda, pazarda yakın geçmişte gerçekleşen ve gelecekte de gerçekleşmesi muhtemel önemli değişiklikler çerçevesinde, bugün rekabeti sınırlayıcı sayılan bir birleşmenin yarın rekabetçi sayılabileceği belirtilmiştir⁶⁸.

Uzun vadeyi temel alan bir değerlendirmeye ilişkin üzerinde durulması gereken son husus ise, Roberts ve Salop (Kattan 1994, 514-515'den naklen) tarafından dikkat çekilen etkinliklerin taklit veya kopyalama yoluyla pazardaki tüm firmalara yayılabilmesi (*spillover effect*) ihtimalidir. Bu ihtimal savunmanın kabulü yönünde etki doğurabilecektir. Ancak, kolayca taklit edilebilen etkinlik kazanımlarının ne ölçüde birleşmeye özgü olacağı belirsizdir (Kattan 1994, 524; 527). Öte yandan, uzun vadeli etkinlik kazanımı iddialarının uygulamada çok fazla kabul gördüğü söylenememektedir (Katz ve Shelanski 2007, 57).

Kısa vadede tüketici faydası yaratma ihtimali düşük olmakla birlikte, uzun vadede tüketiciye fayda sağlaması muhtemel sabit maliyet tasarrufları da değerlendirmede dikkate alınabilmektedir (ABD RİA 2006, 58). Nitekim, Anti-Tröst Modernleştirme Komisyonu Raporu (2007, 58) da sabit maliyet tasarruflarının rekabet otoritelerince dikkate alınması gereğini vurgulamıştır. Benzer şekilde, 1997-2007 yılları arasında FTC tarafından incelenen etkinlik iddialarını değerlendiren bir çalışma, FTC'nin sabit maliyet iddialarını kabul etme oranının, değişken maliyet tasarrufu iddialarını kabul etme oranına oldukça yakın olduğunu gözlemlemiştir (Coate ve Heimert 2009, 19; 25).

ABD RİA (2006, 58) istisnai durumlarda geçerli olmakla birlikte, sabit maliyet tasarruflarının da kısa vadede daha düşük fiyatlar oluşmasını sağlayabildiğine dikkat çekmektedir. Bunun için, maliyet artı temelinde oluşturulan satış fiyatlarının bulunması veya maliyet temelli anlaşmalar ya da birtakım sözleşme benzeri düzenlemelerin varlığı gerekmektedir. Yine de, uygulamada genel olarak sabit maliyet tasarruflarına temkinli yaklaşıldığı söylenebilecek olmakla birlikte, bu durumun değişmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur⁶⁹. Nitekim, Kocmut (2006, 22) sabit ve değişken maliyetler arasındaki teorik ayrımın uygulamada net olmayabileceğine dikkat çekmektedir.

⁶⁸ 17 F. Supp. 2d 937, s.1054-55.

⁶⁹ Sabit maliyet tasarruflarına değerlendirmede ilave ağırlık verilmesi gereğine işaret eden bir çalışma için bkz. Rubinovitz (2008, 239-241).

Bishop ve Walker (2010, 416) ise özellikle kısa vadeli marjinal maliyetlerin sifıra yakın olduğu pazarlarda uzun vadede fiyatlamayı etkileyen maliyetleri dikkate alma gereğine işaret etmektedir. Bu bağlamda, genel pragmatik bir yöntem olarak 1-2 yıl gibi orta vadede değişkenlik gösteren ve fiyatlamayı etkileyen maliyetlerin de incelemeye dahil edilmesini önermektedir.

v. Farklı Pazarlarda Gerçekleşen Etkinlikler

Tenet Healthcare kararında Bölge Mahkemesi, bir pazardaki rekabetçi etkilerin başka bir pazardaki rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi edemeyeceğini ifade etmiştir⁷⁰. Bununla birlikte, ABD Rehberi (2010, 30) rekabet otoritelerinin, istisnai durumlarda değerlendirmeyi katı bir şekilde sadece ilgili pazarda gerçekleşecek etkinliklerle sınırlandırmayabileceklerini ifade etmektedir. Bunun için, ilgili pazarla ayrılmaz bir şekilde bağlı olan diğer pazarlarda gerçekleşecek etkinliklerin bulunması gerekir. Ayrıca aynı zamanda, etkinliklerin ilgili pazardaki rekabeti sınırlayıcı etkileri ortadan kaldıracak kısmi bir ayırıştırma veya çözüm uygulandığında elde edilemeyecek olması da şarttır (ABD RİA 2006, 56-57).

Farklı pazardaki etkinliklerin dikkate alınabilme ihtimali, etkinliklerin daha büyük bir pazarda ve oldukça büyük miktarda, olası rekabeti sınırlayıcı etkilerin ise daha küçük bir pazarda ve oldukça küçük miktarda olduğu durumda daha fazladır. Böyle durumlarda birleşmenin genel olarak tüketiciye fayda sağlaması mümkündür (ABD RİA 2006, 57). Nitekim, ABD RİA (2006, 57), DOJ tarafından karşı çıkılmayan *Gai's-United States Bakery (DOJ 1996)* birleşmesinin bu durumun örneğini oluşturduğuna dikkat çekmektedir. Zira DOJ tarafından, birleşen firmanın müşterilerinin % 20'sine tekabül eden tüketici grubu bakımından ortaya çıkabilecek rekabetçi endişelerin, tüm tüketicilerin elde edeceği birleşmeye özgü faydalarla telafi edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

2.3. SAVUNMA KOŞULLARININ SAĞLANMASI BAKIMINDAN ETKİNLİK TÜRLERİ

ABD Rehberi'ne göre (2010, 31), belirli tür etkinliklerin diğerlerine kıyasla mahkemece tanınabilir ve önemli düzeyde sayılma ihtimali daha yüksektir. Literatürde de taraflarca getirilebilecek olası etkinlik savlarının nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin birçok görüş mevcuttur. Aşağıda bu görüşlere, ABD Rehberi ve kararlardan konuya ilişkin yapılan çıkarımlar çerçevesinde yer verilmektedir.

⁷⁰ 17 F. Supp. 2d 937, s.948. Röller vd.'ye göre (2000, 62), bu sonuca ulaşılmasının sebepleri, farklı pazardaki etkinliklerin karşılaştırma analizi kapsamında incelenebilmesi için uygulanabilir bir yol bulunmaması ve farklı tüketici grupları arasında adil davranabilme güdüsüdür.

• Üretimin Rasyonel Hale Getirilmesi

ABD Rehberi'nde (2010, 31), üretimin rasyonel hale getirilmesi yoluyla marjinal maliyetlerde tasarruf sağlama imkanı veren etkinliklerin ispatlamaya elverişli ve üretim miktarındaki rekabeti sınırlayıcı kısıtlamalardan kaynaklanma ihtimalinin düşük olduğu belirtilmektedir. Ancak Farrell ve Shapiro (1990, 111-112; 2000, 8-10) birleşmelerin fiyat artışına yol açmamaları için “birleşen firmaların sahip olduğu, özellikli ve takas edilmesi zor olan varlıklarının bütünleştirilmesine dayalı etkinlikler” olarak tanımlanan “sinerji”leri⁷¹ ortaya çıkarmaları gerektiği görüşündedir. Bu görüşe göre, tarafların üretim imkanlarının birbirinden farklı olmaması halinde, üretimin rasyonel hale getirilmesi iddiası sinerji sayılmamaktadır.

• Ölçek ve Kapsam Ekonomileri

De la Mano'ya göre (2002, 63-65), teknik olarak tamamlayıcı ürünlere ilişkin kapsam ekonomileri birleşmeye özgü, ispatlanabilir ve ölçülebilir olma bakımından elverişli sayılmaktadır. Ölçek ekonomilerine ilişkin olarak ise, asgari etkin ölçek seviyesinin pazar bazında önemli farklılıklar gösterebileceği ve ölçek ekonomilerinin çoğu zaman rekabetçi endişeler doğuracak pazar payı seviyelerinin altında tüketilmiş olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Dağıtım faaliyetlerine ilişkin ölçek ekonomisi iddialarının, üretime ilişkin olanlara kıyasla daha az kabul gördüğü söylenebilecektir. Örneğin, dağıtım ekonomilerinden kaynaklanan etkinlikler çoğu zaman birleşmeye özgü ya da önemli düzeyde sayılmamaktadır (Pitofsky 1992, 217). Nitekim, *Heinz* kararında da Columbia Bölge Dairesi, devre konu Beech-Nut'ın dağıtım sistemini daha etkin hale getirmek için birleşmeye ihtiyaç duymadığı sonucuna ulaşmıştır⁷². Areeda vd.'ye göre (1998, 66; 73-76), bir girdinin üretimine veya ürünlerin pazara sunulmasına ilişkin dağıtımını gibi bir faaliyete yönelik olarak getirilen ölçek ekonomileri argümanları, girdinin ya da dağıtım hizmetinin dışarıdan sağlanacağı pazarın rekabetçi ve ulaşılabilir olması halinde zayıflamaktadır. Öte yandan, dağıtıma ilişkin iddialar sadece pazar dikey bütünleşmeyi veya yarı bütünleşmeyi (örneğin *franchise*) zorunlu kılacak yapıda ise dikkate alınmalıdır. Bu duruma, ürünlerin eğitimli personel aracılığıyla münhasır perakende noktalarında satılmasını gerektiren birtakım dayanıklı mallar örnek gösterilebilir. Son olarak eklemek gerekir ki, Farrell ve Shapiro (2000, 2-3) şüpheli bir yaklaşımla ölçek ekonomilerinin nadiren birleşmeye özgü olduklarını belirtmektedir.

⁷¹ Sinerjiler üretim teknikleri, patentler veya tamamlayıcı yetkinliklerin bütünleştirilmesiyle, tarafların ayrı ayrı gerçekleştirmesi mümkün olmayan daha üstün bir üretim tekniğine veya çıktı/maliyet oranına ulaşmalarını sağlamaktadır (Farrell ve Shapiro 2000, 8).

⁷² 246 F.3d 708, s.721.

• Satın Alma Ekonomileri

Genel olarak satın alma ekonomilerinin, reel sayılsa dahi, birleşmeye özgü sayılma, rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi edebilecek kadar önemli düzeyde olma veya mahkemece tanınabilir sayılma olasılıkları düşüktür (ABD Rehberi 2010, 31). Örneğin, *Olin (FTC 1990)*⁷³ birleşmesine ilişkin FTC tarafından yapılan değerlendirmede (Areeda vd. 1998, 85), Bölge Mahkemesi tarafından da *Staples*⁷⁴ kararında söz konusu argümanlar reel sayılarak değerlendirmeye alınmakla birlikte birleşmeye özgü bulunmamıştır. Öte yandan Areeda vd. (1998, 85) tarafından, ilgili girdinin toplam maliyet içerisinde önemli bir payı olmaması halinde, söz konusu ekinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmeye yeter büyüklükte olmayacağına dikkat çekilmektedir.

• Yönetime İlişkin Etkinlikler

Yönetim yetkinliklerine ilişkin iddiaların ölçülebilmesi zordur. Yetenekli yöneticileri elde etmek için birleşmeden başka bir yol olmadığı argümanının ise bu türden yöneticilerin kısıtlı bir kaynak niteliği taşıyaması ve buna ilişkin pazarın etkin işlemesi nedenleriyle geçerliliği şüphelidir⁷⁵. Bu bağlamda, söz konusu iddialar genellikle birleşmeye özgü, önemli düzeyde veya mahkemece tanınabilir sayılmamaktadır (ABD Rehberi 2010, 31).

• Sermaye Maliyeti Tasarrufları

Söz konusu tasarruflar, genel olarak tek başına rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi edecek büyüklükte gerçekleşmemektedir (Areeda vd. 1998, 83). Bu argümanlar çoğunlukla önemli düzeyde ya da birleşmeye özgü sayılmamaktadır (ABD Rehberi 2010, 31). Kinne'ye göre (1998, 21), birleşmenin sermaye piyasalarından kaynaklanan bir aksaklığı özel olarak telafi ettiği güçlü kanıtlarla ispat edilmedikçe anılan iddialar kabul görmemektedir.

• Dinamik Etkinlikler

Rekabet otoriteleri, birleşmenin inovasyon üzerindeki etkilerini değerlendirirken, birleşen firmanın Ar-Ge faaliyetlerini daha etkin yürütebilme yetisini esas almaktadır (ABD Rehberi 2010, 31). Ancak, Areeda vd. (1998, 81)

⁷³ FTC Olin'in satın alma ekonomileri argümanını, uzun dönemli satın alma anlaşmalarının uygulanabilir olduğu ve Olin'in söz konusu girdiyi üretmeye ilişkin devam eden çalışmalarının bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bir diğer gerekçe ise devralınması planlanan firmanın söz konusu girdiye ilişkin üretim maliyetlerinin, girdinin pazardan temin edildiği fiyattan yüksek olmasıdır (Areeda vd. 1998, 85).

⁷⁴ 970 F. Supp. 1066, s.1090. Bölge Mahkemesi her ikisi de hızla büyüekte olan tarafların, alıcı gücü elde etmek için birleşmeye ihtiyaçları olmadığı sonucuna ulaşmıştır (Buttigieg 2009, 301).

⁷⁵ De la Mano 2002, 68; Areeda vd. 1998, 64; Pitofsky 1992, 218.

görelî etkinliğin, Ar-Ge çıktıları ile Ar-Ge harcamalarının karşılaştırılması yoluyla belirlenmesi gerektiği ve uygulamada bu türden bir ölçümleme yapmanın oldukça zor olduğu görüşündedir. Kaldı ki, söz konusu harcamalar ve çıktılar arasında istikrarlı ve tahmin edilebilir bir ilişkinin bulunduğu da söylenememektedir (OECD 2007, 35). Ölçümlenmesi en zor etkinlik türü olan dinamik etkinliklerin⁷⁶ değerlendirilmesinde faydalı olabilecek unsurlar arasında, pazardaki önceki birleşmelerin sonuçları çerçevesinde tüketicilerin yeni gelişmelere karşı tutumları, birleşen teknolojilerin tamamlayıcı mı ikame mi olduğu ve pazarda inovasyonu tetikleyen faktörler sayılabilir (OECD 2007, 38-39). Buna ilaveten değerlendirmede, lisanslama ve fikri mülkiyete ilişkin koşullar ile birleşmenin taraflara inovasyondan daha büyük bir oranda kar sağlama imkanını verip vermediği de dikkate alınmaktadır (ABD Rehberi 2010, 31).

Diğer yandan, Ar-Ge'ye ilişkin maliyet tasarrufları esasında önemli kabul edilmelerine rağmen, ispatının zor olması ve pazardaki inovasyon eğilimini sınırlandırabilme ihtimalinin bulunması⁷⁷ nedenleriyle mahkemece tanınabilir sayılmayabilmektedir (ABD Rehberi 2010, 31). Örneğin, *CCC Holdings* kararında tarafların mevcut borçları birleşme sonrasında Ar-Ge yatırımına yeterli kaynak ayırabilecekleri konusunda tereddüte ve ispat koşulunun sağlanamamasına neden olmuştur⁷⁸.

Buna ek olarak, *Genzyme-Novazyme (FTC 2004)* birleşmesine FTC tarafından karşı çıkılmama nedeni, kısmen, yeni bir ürün geliştirilmesine ilişkin dinamik etkinliklere dayandırılmıştır (OECD 2007, 220). Dinamik etkinlikler mahkemelere kıyasla rekabet otoritelerinin değerlendirmelerinde daha fazla yer bulmakta, mahkemelerin kararlarında ise nadiren belirleyici olmaktadır (OECD 2007, 28). Yine de, Anti-Tröst Modernleştirme Komisyonu Raporu (2007, 59-60) rekabet otoritelerince bu konuya yeterli düzeyde önem atfedilmemekte olabileceğini belirterek, inovasyonu geliştirir türde etkinliklere yeterince ağırlık verilmesi gereğinin altını çizmektedir.

⁷⁶ Dinamik etkinliklerin ölçümlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin zorluklar için bkz. OECD (2007, 34-38).

⁷⁷ Örneğin, De la Mano'ya göre (2002, 69), inovasyonda ileri bir rakibin ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir birleşme pazardaki Ar-Ge yoğunluğunda rekabeti sınırlayıcı azalmalara yol açabilmektedir. Ar-Ge kapasitesi yüksek firmalarca gerçekleşen bir birleşme ise inovasyon yarışına dahil olmak için gerekli olan asgari yatırım seviyesini yükselterek pazarı girişlere kapatabilmektedir. Ancak, kısa ömürlü yüksek teknolojilerin ve hızlı genişleyen bir talebin söz konusu olduğu pazarlarda firmaların tekeli güç elde etme tehlikesinin sınırlı olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

⁷⁸ 605 F. Supp. 2d 26, s.75.

2.4. REFAH STANDARDI

Kattan (1994, 528) ve Lande (1982, 70), ABD Kongresi'nin refah dağılımına ilişkin amaçlara öncelik verdiğini ve bu nedenle rekabet kanunlarıyla tüketiciden pazar gücüne sahip firmalara adil olmayan refah transferlerini önlemeyi hedeflediğini belirtmektedir. Buna paralel olarak, Gifford ve Kudrle'ye göre (2005, 446-453), hem içtihat hukukunda yer bulan tüketiciye yansıma koşulu hem de ABD Rehberi'ndeki buna işaret eden düzenlemeler çerçevesinde, ABD'de tüketici fazlası standardı esas alınmaktadır. Öte yandan, Kolasky ve Dick (2003, 230) ABD Rehberi'nde yer alan kısa dönemde fiyat üzerinde doğrudan etki yaratmayan etkinliklerin de dikkate alınabileceğine ilişkin ifadelerden hareketle, ABD'de tüketici refahı ve toplam refah arası melez bir refah standardının benimsendiği yorumunu yapmaktadır. Gerard (2003, 1378-1379) ise birleşmenin fiyat etkilerine odaklanan bir standardın benimsendiği görüşündedir.

Her ne kadar bu konuda bir görüş birliği bulunmasa da, ABD Rehberi'nde (2010, 31) yer alan tüketiciye yansıma koşulu ve ABD RIA'daki (2006, 49) etkinliklerin örneğin fiyat artışları şeklinde gerçekleşen tüketici zararını önlemesi gerektiği ve kalite artışlarının birleşme sonrası fiyat artışlarını telafi edebilme ihtimaline ilişkin ifadeler dikkat çekicidir. Söz konusu düzenlemeler mahkeme kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, ABD uygulamasında tüketici fazlası standardının benimsendiği görüşü daha makul görünmektedir.

Daha önce belirtildiği üzere, etkinlik savunması uygulaması rekabet hukuku sistemince benimsenen refah standardına bağlı olarak önemli farklılık gösterebilmektedir. Bu noktada refah standardı seçiminin uygulamada ortaya çıkarabileceği farklılıklara dikkat çekebilmek adına ABD uygulamasına bir parantez açarak Kanada uygulamasına genel hatlarıyla değinmekte fayda görülmektedir.

2.4.1. Toplam Refah Temelli Standartların Seçimine Bir Örnek: Kanada

Kanada'da etkinlik savunmasına ilişkin uygulama, 1986 yılında yürürlüğe giren Kanada Rekabet Kanunu'nun 96. Bölümü'nde⁷⁹ savunmanın açıkça düzenlenmiş olması, toplam refah standardına yakın bir standardın uygulanması ve bu çerçevede etkinlik savunmasına ilişkin daha liberal bir yaklaşım benimsenmesi gibi birçok yönden ABD uygulamasından farklılaşmaktadır⁸⁰.

⁷⁹ Anılan hüküm açıkça birleşmeye özgü etkinlik kazanımlarının, birleşmenin rekabeti azaltıcı etkilerini telafi edici veya açacak düzeyde olması durumunda birleşmenin yasaklanmamasını emretmektedir.

⁸⁰ Kanada uygulamasında esasa ilişkin test olarak SLC testi kullanılmaktadır (OECD 2009, 55).

Kanada içtihadında esas alınması gereken refah standardına ilişkin farklı görüşler öne sürülmekle birlikte, refah standardı seçiminde *Superior Propane* kararında ağırlıklandırılmış fazla standardının benimsenmesi gerektiğine ilişkin ulaşılan sonuç belirleyici olmuştur (Kanada BDEİ Duyuru 2009, 4). Öte yandan, aynı kararda etkinlik savunmasına yönelik Kanada ile ABD yaklaşımı arasındaki farklılığın Kanada ekonomisi özelindeki gerekçeleri de tartışılmıştır. Söz konusu yaklaşım farklılığı, diğer sebeplerin yanı sıra Kanada ekonomisinin ABD'ye kıyasla daha küçük olması ve bu nedenle ölçek ekonomilerine ulaşılabilmesi için pazarlarda daha yüksek yoğunlaşma oranlarına ihtiyaç olmasına dayandırılmıştır (Kolasky ve Dick 2003, 237-238). OECD (2002, 76) tarafından Kanada rekabet politikasına ilişkin yapılan bir değerlendirmede ise, yerel ekonomiyi ABD'den kaynaklı rekabetten koruyabilmek adına, zaman zaman ulusal tüketicilerin aleyhine olsa da pazar gücünün ya da pazar çapında işbirliğinin kabul görebildiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, Kanada'da liberal bir yaklaşımı beraberinde getiren toplam refah temelli bir standardın esas alınmasının ülkeye özgü birtakım politikalardan ileri geldiğini söylemek mümkündür.

Buna ek olarak, Kanada BDEİ Duyuru'da (2009, 3), Kanada Rekabet Kanunu'nda yer alan açık etkinlik istisnasına paralel olarak, rekabetçi etki analizinin etkinlik kazanımlarına ilişkin analizden ayrıştırıldığı belirtilmektedir. Bu bağlamda Kanada uygulaması, etkinlikleri rekabetçi analiz bir başka deyişle esasa ilişkin testin bir parçası olarak ele alan ABD uygulamasından farklılaşmakta, etkinlik savunmasını tanımına uygun bir şekilde gerçek bir savunma olarak işletmektedir. Şöyle ki, Kanada'da esas alınan refah standardıyla da uyumlu olduğu söylenebilecek bir şekilde, rekabetin önemli ölçüde azaltılacağı sonucuna ulaşılmasına rağmen, birleşmelere etkinlik savunması gerekçesiyle izin verilebilmektedir. Bu çerçevede, Kanada uygulamasında, yüksek oranda yoğunlaşma yaratan birleşmelere dahi etkinlik savunmasıyla izin verilebilmektedir.

2.5. FTC, DOJ VE MAHKEMELERİN SAVUNMAYA YAKLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

ABD'de etkinlik savunmasının uygulamada ne ölçüde fark yaratabildiğine ilişkin, rekabet otoriteleri ve birçok farklı mahkemece olay bazında farklı yaklaşımların benimsenebilmesi nedeniyle, esasında tam bir netlik bulunmadığı söylenebilecektir⁸¹. 1984 yılında FTC'nin *American Medical International*⁸²

⁸¹ ABD sistemini kısmen karmaşık hale getiren husus, birleşmelere FTC veya DOJ, eyalet baş savcılar ya da işlem denetleyen teşebbüsler gibi birçok farklı tarafça itiraz edilebilmesi ve her zaman birebir aynı görüşleri paylaşmayabilen farklı seviyelerde ve farklı bölgelerdeki mahkemelerce hüküm verilebilmesidir (Everett ve Ross 2002, 72).

⁸² Bu değerlendirmede FTC tarafından, Yüksek Mahkeme'nin etkinlik savunmasını yasaklayan emsal kararlarını tersine çevirme yönünde bir politika değişikliğinden açıkça bahsedilmiştir (Buttigieg 2009, 296).

birleşmesine ilişkin değerlendirmesiyle başladığı söylenebilecek olan süreçte, etkinliklerin analize olumlu yönde katkısını göz ardı eden Yüksek Mahkeme kararlarının mahkemeler bakımından geçerliliğini yitirdiği ve rehberler ışığında rekabet otoritelerinin modern politikalarının belirleyici olduğu görülmektedir (Kolasky ve Dick 2003, 222). Özellikle bölge mahkemelerinin zaman zaman etkinlik savunmasının kabulüne yönelik daha istekli bir yaklaşım içinde olabildiği söylenebilecektir. 1991-2001 tarihleri arasında etkinliklerin konu edildiği 12 Bölge Mahkemesi kararını inceleyen Coate (2005, 229-231), bunlardan *Mercy Health*⁸³, *Tenet Healthcare* ve *Franklin Electric* kararları haricinde kalan 9 kararda etkinliklerden olumlu bahsedildiği görüşündedir. Söz konusu 9 karardan, *Alliant Tech*⁸⁴, *HTI Health Services*⁸⁵ ve *Swedish Match*⁸⁶ kararlarında, etkinlik iddialarına ilişkin önemli bir tartışma bulunmamaktadır. Öte yandan, *Staples*, *Cardinal Health* ve *Libbey* kararlarında öne sürülen etkinlik iddiaları daha çok tahminlerin abartılı olduğu yönünde eleştirilmektedir. *Butterworth Health*⁸⁷, *Long Island Jewish Medical*⁸⁸ ve *Heinz*⁸⁹ kararlarında ise etkinlik savları ilgili bölge mahkemelerince kabul edilmiştir.

Yukarıda sıralanan son üç karardan ikisi, *Butterworth Health* ve *Long Island Jewish Medical*⁹⁰ kararları, hastane birleşmelerine ilişkin olup bu türden birleşmelerde etkinlik savunmasının diğer ürün pazarlarında gerçekleştirilenlere kıyasla daha kabul edilebilir olduğu görülmektedir. Esasında, bu durumun temel nedenleri arasında pazarın kendine has rekabeti azaltıcı etkilerin büyüklüğünü sınırlayan yapısı⁹¹ ile hastanelerin kar amacı gütmeyen konumu⁹² ve pazarın

⁸³ *U.S. v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968 (N.D. Iowa 1995).

⁸⁴ *FTC v Alliant Techsystems*, 808 F. Supp. 9 (D.D.C. 1992).

⁸⁵ *HTI Health Services v Quorum*, 960 F. Supp. 1104 (S.D. Miss. 1997).

⁸⁶ *FTC v. Swedish Match*, 131 F. Supp. 2d 151 (D.D.C. 2000).

⁸⁷ *FTC v. Butterworth Health Corp.*, 946 F. Supp. 1285 (W.D. Mich. 1996), aff'd, 121 F. 3d 708 (6. Cir. 1997).

⁸⁸ *U.S. v Long Island Jewish Medical Center*, 983 F. Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997)

⁸⁹ *FTC v H.J. Heinz, Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), rev'd, 246 F.3d 708 (D.C. Cir 2001).

⁹⁰ Buna ek olarak, *Long Island Jewish Medical* kararında tarafların kar amacı gütmeme güdülerine paralel olarak New York Eyalet Başsavcılığı ile etkinliklerin tüketiciye yansıtılmasına ilişkin bir taahhüdü içeren bir anlaşma yapmış olması da tüketiciye yansımaya koşulunun sağlanmasında etkili olmuştur (983 F. Supp. 121, s.135;149).

⁹¹ Etkinliklerden bağımsız olarak söz konusu rekabeti sınırlayıcı etkiler ancak coğrafi pazar tanımı ispat edilebildiğinde kabul görmekte ve hastane birleşmelerine karşı çıkan argümanların çoğu coğrafi pazarın ispatlanamaması sebebiyle reddedilmektedir (Coate 2005, 232).

⁹² *Butterworth Health* kararında, kar amacı gütmeme argümanı etkinliklerin tüketiciye yansıtılacağı kabul edilmesinde ve bu bağlamda birleşmeye izin verilmesinde etkili olmuştur (946 F. Supp. 1285; s.1301). Ancak, *Rockford Memorial* ya da *University Health* gibi kararlarda olduğu gibi kar amacı gütmeme argümanı da zaman zaman kabul görmeyebilmektedir (Buttigieg 2009, 313-314).

düzenlenmeye tabi oluşu nedenleriyle tüketiciye yansımının gerçekleşeceği yönündeki iddiaların mahkemelerce daha inanılır bulunması sayılabilir (Coate 2005, 232-234; ABA 2004, 193-195). Yine bir hastane birleşmesine ilişkin olan *Tenet Healthcare* kararında ise, 8. Daire yüksek kalitede sağlık hizmeti sağlayan etkinliklerin incelemeye konu birleşme özelindeki koşullar nedeniyle rekabeti artırabileceği ihtimalinin Bölge Mahkemesi tarafından yeterince değerlendirilmediğini vurgulamıştır⁹³.

Sağlık hizmeti pazarı dışında, tarafların etkinlik savunması girişimleri genellikle başarıya ulaşamamıştır. *CCC Holdings* kararında da belirtildiği üzere mahkemeler nadiren, birleşmeye karşı çıkan argümanları sadece etkinliklere dayanarak reddetmek suretiyle, izin kararı vermiştir⁹⁴. Hastane birleşmeleri haricinde, önemli oranda yoğunlaşma yaratan bir birleşmede etkinlik savunmasının kabul edildiği ve birleşmeye izin verilmesinde etkili olabildiği tek karar Bölge Mahkemesi'nin *Heinz* kararı olup, o da temyiz mahkemesinin etkinlik savlarını reddeden kararı ile bozulmuştur. Bu durumun temel nedeni, mahkemelerin genellikle etkinliklere ilişkin sunulan kanıtların yetersizliğine hükmetmesi sonucu ispat standardının karşılanamamasıdır⁹⁵. Coate'ye göre (2005, 231), uygulamada taraflar özellikle ölçülebilir etkinliklere ilişkin iyimser tahminler yapmakta ve söz konusu tahminler eleştirel bir değerlendirme karşısında çökmektedir. Buna ek olarak, kolayca sayısallaştırılamayan etkinlikler de, pazarı gerçekten etkileyebilecek olmalarına rağmen, mahkemelerce görece önemsiz olarak algılanabilmektedir.

Moffitt (2010, 1708-1718) ise 1986-2009 yılları arasında etkinlik iddiaları içeren 23 nihai kararı incelemiştir⁹⁶. Buna göre, mahkemelerin genellikle rekabeti sınırlayıcı ve rekabetçi etkileri dengeleyen bir analiz yürütmekten ziyade öncelikle pazardaki yoğunlaşma seviyeleri temelinde bir belirleme yaptığı, daha sonra da etkinliklere ilişkin değerlendirmeye bu belirlemeyi süslediği sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda, düşük yoğunlaşma seviyeleri yaratan birleşmelerde mahkemelerce önemli etkinliklerin yaratılacağı kabul edilmesine rağmen, yüksek yoğunlaşma seviyelerindeki pazarlarda benzer etkinliklerin tanınabilir sayılmadığını gözlemlemiştir. Buradan hareketle, etkinliklerin mahkemelerce önemli bulunduğu kararların, özellikle hastane birleşmeleri dışarıda tutulduğunda, yoğunlaşma seviyelerinin düşük olduğu birleşmeler ile sınırlı olduğu çıkarımı yapılabilir.

⁹³ 186 F.3d 1045, s.1055. 8. Daire'nin, Bölge Mahkemesi'nin birleşmeyi yasaklayan kararını bozmasında esas olarak coğrafi pazar tanımına ilişkin problemler etkili olmuştur (Moffitt 2010, 1753).

⁹⁴ 605 F. Supp. 2d 26, s.72.

⁹⁵ Buttigieg 2009, 296; ABA 2004, 185; Kinne 1998, 25.

⁹⁶ Söz konusu kararlar bakımından yoğunlaşma oranları ve tarafların etkinlik iddialarının karşılaştırıldığı tabloya Ek-1'de yer verilmiştir.

Nitekim, bir hastane birleşmesi olmamakla birlikte, tarafların pazar liderinin sahip olduğuna benzer nitelikte etkinlik elde edeceklerine ilişkin iddialarının mahkemece kabul edildiği *Country Lake Foods*⁹⁷ kararı da bu yorumu desteklemektedir. Giriş engellerinin bulunmaması, alıcı gücünün ve dikey bütünleşme olasılığının varlığı gibi nedenlerle rekabeti sınırlayıcı etkilerin çok yüksek olmadığı birleşmeye izin verilmesinde, etkinlikler ilave bir rol oynamıştır.

Öte yandan, Sokol ve Fishkin'e göre (2011, 47-51) etkinlikler, rekabet otoritelerinin birleşmeye karşı çıkmama kararını vermeleri bakımından etkili olabilmektedir. Özellikle hastane birleşmeleri ve *Genzyme-Novazyme* (FTC 2004,) *PayPal-eBay* (DOJ 2002), *Direct TV-Dish Network* (DOJ 2002) , *Nucor Birmingham Steel* (DOJ 2002), *Toppan-DuPont* (DOJ 2005), *Verizon-MCI; SBC-AT&T* (DOJ 2005), *Chrysler-Daimler Benz* (FTC 1998) ve *Tosco-Unocal* (FTC 1997) gibi birleşmeler⁹⁸ buna örnektir. Şöyle ki öne sürülen etkinlik iddiaları taraflarca erken bir aşamada ve detaylı bir şekilde öne sürülüp ispatlandığından, rekabet otoritelerinin birleşmeyi mahkemeye taşımamalarına katkı sağlamıştır (ABD RİA 2006, 50-58; Buttigieg 2009, 299). Buna ilaveten 1997-2007 yılları arasında FTC tarafından incelenen birleşmelerin çoğunda (186 birleşmenin 147'sinde) etkinlik iddiaları dikkate alınmıştır (Coate ve Heimert 2009, 6-7). Ancak, yine de rekabeti önemli düzeyde azaltacağı düşünülen birleşmeler bakımından bu durumun çok da sık gerçekleşmediği söylenebilecektir. Kaldı ki, ABD Rehberi (2010, 31) ve ABD RİA (2006, 55) da benzeri bir yaklaşımın izlerini taşıyan ifadeler içermektedir. Söz konusu ifadelerde özetle, anti-tröst yasalarının tüketicileri korumak bakımından firmanın operasyonel iç etkinliğini değil rekabeti üstün tuttuğu vurgulanmaktadır. Buna ilaveten, esasa ilişkin testin parçası yöntemi çerçevesinde, etkinliklerin değerlendirmede fark yaratma ihtimalinin en fazla olduğu durumların, olası rekabeti sınırlayıcı etkilerin çok yüksek olmadığı haller olduğu değerlendirilmektedir.

ABD'de benimsenen tüketici refahı temelli standart daha önce belirtildiği üzere yüksek pazar payları doğuran birleşmeler bakımından savunmayı pratikte uygulanamaz kılabilecek büyüklükte etkinlik kazanımları gerektirmesi gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu çerçevede, ABD yaklaşımının şekillenmesinde etkinlik iddialarına ilişkin bilgi asimetrisi ile ispat ve ölçülemeye yönelik zorlukların yanı sıra refah standardı seçiminin de payı olduğu söylenebilecektir. Refah standardı seçimiyle farklılaşan Kanada'da ABD'ye kıyasla daha liberal bir yaklaşımın görülmesi de bu çıkarımı destekler niteliktedir.

⁹⁷ *U.S. v. Country Lake Foods, Inc.*, 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990), s.674-675; 679-680.

⁹⁸ Söz konusu birleşmelere ilişkin değerlendirmelere Buttigieg (2009, 299) ve ABD RİA 2006 (50-58) aracılığıyla ulaşılmıştır.

BÖLÜM 3

AB UYGULAMASI

AB Komisyonu'na (Komisyon) birleşmeleri kontrol yetkisini veren 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Eski Tüzüğü (4064/89 sayılı Tüzük) esasa ilişkin test olarak hakim durum testini temel almıştır. Ancak, 2004 yılında yürürlüğe giren 139/2004 sayılı Tüzük ile hakim durum testi yerini “*Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi*” (*Significant Impediment to Effective Competition-SIEC*) testine bırakmıştır. Söz konusu yeni Tüzük ile birleşmelerin kontrolünde etkinliklerin rolüne ilişkin belirlilik de sağlanmıştır. Etkinlik savunmasına yönelik AB uygulamasının, her bir tüzük altında farklılık göstermesi nedeniyle ayrı başlıklarda incelenmesi uygun olacaktır.

3.1. ETKİNLİKLERİN 4064/89 SAYILI TÜZÜK ALTINDA ELE ALINIŞI

3.1.1. Hukuki Dayanak Tartışmaları

2004 yılı öncesindeki mevzuat etkinliklere ilişkin birtakım belirsizlikler içermektedir. Nitekim, Komisyon tarafından 1995 yılında OECD'ye sunulan bir değerlendirmede, hakim durum eşiğinin oldukça yüksek bir eşik olmasından hareketle, 4064/89 sayılı Tüzük altında etkinlik savunması için gerçek bir hukuki imkan bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna karşın, etkinliklerin hakim durum tespitine ilişkin yapılan genel değerlendirmelerde bir anlamda zımni olarak dikkate alındığı da belirtilmiştir. Söz konusu değerlendirmede ayrıca, etkinlik savunmasının hakim durumu dengeleyici ya da gerekçelendirici bir unsur olarak ele alınamayacağı da vurgulanmıştır (OECD 1995, 53). Bununla birlikte, bu konu 2004 yılına kadar tartışmalı olarak kalmış ve aşağıda sunulacak olan 4064/89 sayılı Tüzük'teki ilgili hükümlerin etkinlik savunmasına izin verip vermediğine ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bu konudaki temel tartışma, 4064/89 sayılı Tüzük'ün birleşmenin değerlendirilmesinde Komisyon'un dikkate alacağı unsurları sayan 2(1) (b) maddesinde yer alan “*tüketicinin faydasına olacak ve rekabete engel oluşturmayacak şekilde teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesi*” hususunun, etkinlik savunmasına hukuki dayanak sağlayıp sağlamadığıdır. Noel (1997, 503-504) ve Venit (1990, 19-20) söz konusu hükmün ilk bakışta maliyet tasarrufları veya teknik faydaların hakim durumun yol açtığı rekabeti sınırlayıcı etkilerle karşılaştırılması gerektiğine işaret etmekle birlikte rekabete engel oluşturmama koşulunun bu karşılaştırmaya engel teşkil ettiği görüşündedir. Hakim durum tespitinin doğrudan rekabet engelini varlığının da tespiti anlamına geleceği varsayımından hareketle öne sürülen bu baskın görüşe göre, 4064/89 sayılı Tüzük'te ki söz konusu hüküm etkinlik savunmasına imkan vermemektedir⁹⁹. Buna göre etkinliklerin kullanımı, esasında savunmaya gerek duyulmayan birleşmelerle sınırlandırılmakta ve savunma anlamsız kılınmaktadır. Röller vd. (2000, 67-68) ise savunmanın uygulanabilmesinin, rekabete engel oluşturmama kavramının pazar gücü yaratılmamasından ziyade fiyatların yükselmemesi şeklinde yorumlanması ile mümkün olduğu görüşündedir.

Rekabete engel oluşturmama koşulunun etkinlik savunmasını imkansız kıldığı görüşünü destekleyen kararlardan biri *MSG Media Service*¹⁰⁰ kararıdır (Cook ve Kerse 2009, 269; Röller vd. 2000, 69). Bu kararda Komisyon, 4064/89 sayılı Tüzük'te teknik ve ekonomik ilerlemeye katkı kriterine yapılan atfın rekabete herhangi bir engel oluşturulmaması koşulunun sağlanmasına bağlı olduğunu vurgulamıştır. Buna ilaveten, birleşmeden kaynaklanan rekabetçi endişelerin, etkinliklerin teknik ve ekonomik ilerlemeye olumlu yöndeki muhtemel katkısını şüpheli hale getirdiğini de belirtmiştir¹⁰¹. *Bertelsmann/Kirch/Premiere*¹⁰² kararında da benzer bir değerlendirme bulunmaktadır. *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*¹⁰³ kararında ise Komisyon hakim durum yarattığı tespit edilen bir birleşmede taraflarca öne sürülen etkinlik iddialarının dikkate alınamayacağını kesin bir dille belirtmiştir.

3.1.2. 2004 Yılı Öncesi Kararlara Bakış

3.1.2.1. Etkinlik Suçlaması (Etkinliklerin Aleyhte Kullanımı)

Etkinlik suçlaması, birleşen firmanın elde edeceği etkinliklerin rakipler bakımından stratejik anlamda dezavantajlı konum ya da pazar dışına çıkarılma

⁹⁹ Cook ve Kerse 2009, 269; Whish 2005, 843-844; Camesasca 1999, 23-24; Jacquemin 1990, 549.

¹⁰⁰ Case IV/M.469 (1994).

¹⁰¹ A.g.k. para.100-101.

¹⁰² Case IV/M.993 (1998), para.122.

¹⁰³ Case IV/M.1313 (1999), para.198.

riski yaratabileceğinden hareketle, hakim durum yaratılmasına/güçlendirilmesine yol açacak unsurlardan biri olarak değerlendirilmesini ifade etmektedir (Luescher 2004, 75-76). Temelde dışlayıcı pazar gücüne dayanan etkinlik suçlaması genellikle yatay olmayan birleşmeler bakımından **öne çıkmaktadır**¹⁰⁴. Önemli düzeyde etkinlik yaratan bir yatay birleşme ise, birleşmeye taraf olmayan rakiplerin karlarında düşüşe neden olabilmektedir (Padilla 2005, 18; Motta 2004, 260). **Ancak**, Motta'ya göre (2004, 261-263), etkinlik kazanımları sağlayan yatay bir birleşmenin tüm rakipleri dışlama ihtimali oldukça düşüktür. Şöyle ki, rakiplerin dışlanma ihtimalinin söz konusu olması için öncelikle birleşmenin yüksek oranda yoğunlaşma yaratması ve birleşen tarafların ürünlerinin yüksek oranda ikame olması gerekmektedir. Bununla birlikte, dışlanma bulgusuna ancak birleşen firmanın tüm pazar talebini karşılayabilecek kapasiteye sahip olması ve rakiplerin tümünün birleşen firmadan daha az etkin olması gibi güçlü varsayımların varlığı altında ulaşılabilmektedir. Rakiplerin birleşmeye tepki olarak farklı birleşmeler gerçekleştirme ihtimalini dikkate alan dinamik bir analiz çerçevesinde ise dışlanma ihtimalinden bahsetmek güçtür.

Komisyon yetkililerince kabul edilmemesine¹⁰⁵ rağmen AB'de, temelde birleşen firmanın rakipler tarafından ulaşılamayacak ve taklit edilemeyecek faydalar elde edeceği varsayımıyla, etkinlikleri hakim durumun bir göstergesi olarak ele alan kararlar bulunmaktadır. Örneğin, *DuPont/ICI*¹⁰⁶, *Agfa-Gevaert/DuPont*¹⁰⁷, *Granda/Compass*¹⁰⁸, *Metso/Svedala*¹⁰⁹ ve *Mitsui/CVRD/Caemi*¹¹⁰ kararlarında Komisyon'un yatay bir birleşmede maliyet tasarrufu ve benzeri etkinlikleri birleşen firmanın hakim durumuna katkı sağlayan bir unsur olarak ele aldığı söylenebilecektir. Genel Mahkeme de, *BaByliss*¹¹¹ kararında birleşen

¹⁰⁴ Örneğin, Case IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (1991); Case IV/M.050 *AT&T/NCR* (1991); Case IV/M.938 *Grand Metropolitan/Guinness* (1997); Case COMP/M.2220 *GE/Honeywell* (2004). Etkinlik suçlaması adı verilen yaklaşım yatay olmayan birleşmeler bakımından portföy etkileri, bağlama, paketleme veya dikey bütünleşme kavramları ile ilişkili olarak gündeme gelmektedir. Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Aydemir (2005), Bishop vd. (2005), Padilla (2004).

¹⁰⁵ Rekabet Eski Komisyoneri Monti (2002, 6) AB birleşme kontrolü hukuku ve uygulamasında etkinlik suçlaması kavramının bulunmadığını belirtmiştir. Komisyon tarafından OECD'ye yapılan açıklamada da bu husus dile getirilmiştir (OECD 2002, 313).

¹⁰⁶ Case IV/M.214 (1992), para.33-34.

¹⁰⁷ Case IV/M.986 (1998) para.61-62.

¹⁰⁸ Case COMP/M.1972 (2000) para.27.

¹⁰⁹ Case COMP/M.2033 (2001), para.200-201. Komisyon'un etkinlikleri hakim duruma katkı sağlayan bir unsur olarak değerlendirme yaklaşımı, bu kararda tarafların ironik bir biçimde birleşmenin önemli düzeyde ölçek ekonomisi sağlamayacağı ve maliyet dezavantajları yaratabileceği gibi rasyonel olmayan argümanlar öne sürmesine neden olmuştur.

¹¹⁰ Case COMP/M.2420 (2001) para.177-193.

¹¹¹ Case T-114/02 *BaByliss SA v. Commission* [2003] ECR II-1279, para.360.

firmanın fiyat yükseltme haricinde de rekabeti sınırlayıcı davranışlarda bulunabileceğini belirterek benzeri bir yaklaşım sergilemiştir.

Bu türden kararlarda, genel olarak olumlu etkisi kabul edilen etkinliklerin uzun vadede pazara yeni girişlerin önlenmesi, rakiplerin pazar dışına çıkarılması veya birleşen firma üzerindeki rekabetçi baskının tamamen ortadan kaldırılması gibi olumsuz yan etkilerinin olabilme ihtimali değerlendirilmiştir (De la Mano 2002, 26). Bu yaklaşımın 4064/89 sayılı Tüzük'ün 2(1)(b) maddesinde yer alan rekabete engel oluşturmama koşulundan kaynaklanmakta olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır (Gotts ve Goldman 2003, 220). Kokkoris (2009, 584) ise etkinliklerin hakim durum testinin bir parçası olarak ele alınmasının bu yaklaşıma zemin hazırladığı görüşündedir.

3.1.2.2. Zımnî Bir Etkinlik Savunması

Komisyon'un 2004 yılı öncesi kararlarının bazılarında etkinlikleri hakim durum değerlendirmesine dahil etmek suretiyle üstü kapalı bir etkinlik savunması uyguladığını gözlemlemek mümkündür (Camesasca 1999, 25-26). Aşağıdaki tabloda¹¹² 2004 yılına kadar Komisyon'un etkinlikleri bir ölçüde değerlendirdiği kararlar¹¹³ ve bu kararlarda etkinlik iddialarını dikkate almama gerekçeleri sunulmaktadır.

Aşağıdaki tabloda sunulan *Mercedes-Benz/Kässbohrer*¹¹⁴ haricindeki kararlar birleşmenin yasaklanması ya da taraflarca sunulan taahhütler çerçevesinde izin verilmesi yönündedir. Dolayısıyla, etkinlikler bu kararlarda değerlendirme koşullarını sağlayamadıkları için ulaşılan sonuçta herhangi bir etki yaratmamıştır. *Mercedes-Benz/Kässbohrer* kararında da birleşmeye izin verilmesinde etkinlik iddialarının herhangi bir etkisi olmamıştır.

¹¹² Tablonun hazırlanmasından Iversen (2010, 373), Kokkoris (2009, 585), Zampa (2003, 615-618), Venit (2003, 244-245) ve Noel'den (1997, 513-514) faydalanılmıştır.

¹¹³ 2004 yılı öncesinde de etkinlik savunmasının bir ölçüde uygulandığına işaret etmesi bakımından söz konusu kararlar içinde yatay olmayan etkiler içeren birleşmelere de yer verilmektedir.

¹¹⁴ Case IV/M.477 (1995).

Tablo 1 - 2004 Yılı Öncesi Etkinlik Argümanlarına Yer Verilen Kararlar

	Birleşmeye özgürlük koşulunu sağlamayan	İspat koşulunu sağlamayan	Tüketiciye yansıma koşulunu sağlamayan
<i>RTL/Veronica/Endomol</i> ¹¹⁵	x		
<i>Nordic Satellite Distribution</i> ¹¹⁶	x		
<i>Accor/Wagons Lits</i> ¹¹⁷	x	x	x
<i>Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM</i> ¹¹⁸			x
<i>Gencor/Lonrho</i> ¹¹⁹		x	x
<i>Bertelsmann/Kirch/Premiere</i> ¹²⁰	x	x	
<i>Danish Crown/Vestjyske Slagterier</i> ¹²¹	x		
<i>Aerospatiale-Alenia/de Havilland</i> ¹²²	x		x
<i>Mercedes-Benz/Kässbohrer</i> ¹²³	x		

Bunlara ek olarak, *Airtours/First Choice*¹²⁴ kararı etkinliklerin koordine edilmiş etkilerin oluşma ihtimalini azaltıcı yönüyle dikkate alınması bakımından öne çıkmaktadır. Ancak kararda, birleşen firmanın toplam maliyetlerinin % 1'i oranında gerçekleşeceği öngörülen ve birçoğu sabit maliyetlere ilişkin olan tasarrufların maliyet yapısını önemli ölçüde değiştirmek için yetersiz olduğuna hükmedildiğinden¹²⁵, etkinlikler yine ulaşılan sonuçta belirleyici bir etki oluşturmamıştır.

¹¹⁵ Case IV/M.553 (1995), para.110.

¹¹⁶ Case IV/M.490 (1995), para.145-152.

¹¹⁷ Case IV/M.126 (1992), para.26.

¹¹⁸ Case IV/M.774 (1996), para.246.

¹¹⁹ Case IV/M.619 (1996), para.212-214.

¹²⁰ IV/M.993, para.119-122.

¹²¹ IV/M.1313, para.198. Kararda etkinlik savunmasının hakim durum yaratıldığı için dikkate alınmayacağı belirtilmesine rağmen tarafların argümanları değerlendirilmiştir.

¹²² IV/M.053, para.65.

¹²³ IV/M.477, para.66.

¹²⁴ Case IV/M.1524 (1999).

¹²⁵ A.g.k. para.146.

3.1.3. 2004 yılı Öncesi AB Uygulamasına İlişkin Değerlendirme

Etkinlik savunmasına ilişkin hukuki belirsizliğin bulunduğu 2004 yılı öncesinde, etkinlikleri ele alan az sayıda Komisyon kararında, etkinliklerin hem bir suçlama hem de savunma olarak değerlendirilmesi nedeniyle tutarsızlıklar mevcuttur (Venit 2003, 242). Etkinlik iddialarını savunma olarak ele alan kararlarda ise, bu iddiaların ABD Rehberi'ndeki koşullar paralelinde incelendiği gözlemlenmektedir.

Buna karşın, bazı kararlarda etkinlik suçlamasının izlerine de rastlanmaktadır. Korah (2000, 312-313) bu yaklaşımın, taraflarca rahatlıkla öne sürülebilen etkinliklerin gerçekleşme olasılığının genelde düşük olmasından kaynaklanabileceğine dikkat çekmektedir. Bishop ve Walker (2002, 301-302) ise bu tutumun etkinliklerin gerçekleşmemesi gibi gerekçelendirilebilir bir kaygıdan öte, Komisyon'un rekabetten ziyade rakipleri koruma eğiliminden ileri geldiği görüşündedir. Bu çerçevede, Padilla (2005, 18) rakiplerin taklit edilmesi zor ve birebir rekabet etmelerini imkansız kılan etkinlikler yaratan birleşmeler hakkında şikayetçi olma eğilimi nedeniyle, rakip şikayetlerinin daha dikkatli ele alınması gereğine dikkat çekmektedir. Nitekim, Buttigieg'e göre (2009, 359), etkinlik suçlaması şeklinde kararların bulunmadığı ABD uygulamasında, rakip görüşlerine şüpheyle yaklaşmakta ve müşteri görüşlerine ağırlık verilmekte iken, AB uygulamasında müşterilerin yanı sıra rakip görüşleri de aynı seviyede etkili olabilmektedir.

AB uygulamasında etkinliklere, etkinlik suçlamasına varabilen düzeyde temkinli yaklaşımının gerekçesine ilişkin bir diğer görüş ise, Komisyon'un birleşmelerin kontrolüne sanayi politikası ya da diğer rekabet dışı faktörlerin dahil edilmesini önleme çabasıdır (Kocmut 2006, 27; Rakovsky ve Verouden 2003, 203-204). Nitekim, etkinlikleri sanayi politikası amaçları ile bağdaştıran görüşlerce 4064/89 sayılı Tüzük dibacesinin 13. paragrafında ekonomik ve sosyal ilerleme, dengeli ve sürdürülebilir kalkınma ile sosyal birliğin güçlendirilmesi amaçlarına yapılan atıf da savunmayla ilişkilendirilmiştir (Buttigieg 2009, 348-349). Ancak, sonuç itibarıyla sanayi politikası amaçlarının rekabet temelli bir değerlendirmenin önüne geçmesi gerektiğine yönelik görüşler başarısız olmuştur. Nitekim, Komisyon kararlarında sosyal, teknolojik, bölgesel politikaların ya da sanayi politikalarının rekabetçi bakış açısını gölgelemesine izin verilmemiştir (Noel 1997, 504). Bu çerçevede, rekabet dışı faktörler ile rekabet temelli esasa ilişkin test arasındaki gerginliğin rekabetçi endişeler lehine giderilmesi şeklinde de yorumlanabilen *MSG Media Service* kararında (Arıttürk 2008, 16), etkinliklere ilişkin ulaşılan sonucun da bu tür bir kaygıdan ileri geldiğini söylemek mümkündür. Esasında, etkinlik savunmasını sanayi politikası amaçlarından ya da birtakım

stratejik gerekçelerden ayırtırmak suretiyle, ABD uygulamasındakine¹²⁶ benzer şekilde doğrudan ve sadece tüketici refahı ile ilişkilendirmek daha doğru bir yaklaşımdır (Buttigieg 2009, 365-366).

3.2. ETKİNLİKLERİN 139/2004 SAYILI TÜZÜK ALTINDA ELE ALINIŞI

AB’de birleşmelerin kontrolünde etkinliklerin rolüne ilişkin tartışma Aralık 2001’de “*AB Birleşme Tüzüğü’nün Gözden Geçirilmesine İlişkin Yeşil Kitap*” (*Yeşil Kitap*) ile resmi olarak başlatılmıştır. Söz konusu tartışma, 1 Mayıs 2004’te 139/2004 sayılı Tüzük’ün yürürlüğe girmesiyle son bulmuştur. Zira, söz konusu Tüzük ile etkinliklerin değerlendirmede olumlu anlamda ele alınacağı kabul edilmiştir. 4064/89 sayılı Tüzük’ün 2(1)(b) maddesinde yer alan tüketicinin faydasına olacak ve rekabete engel oluşturmayacak şekilde teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesine ilişkin hükümler, etkinlik savunması için uygun zemin oluşturduğu gerekçesiyle¹²⁷, 139/2004 sayılı Tüzük’te de aynen korunmuştur. Ayrıca, anılan Tüzük’ün dibacesinin 29. paragrafında etkinliklere ilişkin açık bir kabule de yer verilmiştir. Bu doğrultuda, 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Tüzüğü’ne İlişkin Yatay Birleşme Rehberi’nde (AB Rehberi) de Komisyon’un etkinlik analizinde kullanacağı kriterlerin detayları açıklanmıştır¹²⁸(Rosenthal ve Papanikolaou 2010, 27).

3.2.1. Etkinlik Savunmasına İlişkin Yöntem

139/2004 sayılı Tüzük dibacesinin 29. paragrafı ve AB Rehberi (2004, para.76-77), etkinliklerin birleşmeye ilişkin genel rekabetçi değerlendirmenin bir parçası olduğunu vurgulamaktadır. Şöyle ki, etkinlik savunmasında esas olan, etkinliklerin birleşmenin yol açtığı rekabeti sınırlayıcı etkileri, özellikle potansiyel tüketici zararını telafi edeceği kanaatine ulaşılmasıdır. Bu durumda, birleşmenin özellikle hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi suretiyle rekabeti önemli ölçüde engellemeyeceği sonucuna varılabilecektir. Bu ifadeler

¹²⁶ ABD’de rehber ve uygulama etkinlik savunmasına açıkça imkan vermekle birlikte savunma stratejik gerekçelere dayanılarak verilen izin kararlarıyla ilişkilendirilmemektedir. Bu durumun nedeni AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’dan farklı olarak Clayton Yasası’nın rekabet dışı amaçlara herhangi bir atıf içermemesi ve ABD Rehberi’nde etkinlik kazanımlarını uluslararası rekabetçilik seviyesi gibi kavramlarla ilişkilendiren hükümler bulunmamasıdır (Buttigieg 2009, 366; Lindsay ve Berridge 2009, 564).

¹²⁷ Explanatory Memorandum accompanying Commission Proposal for a Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings COM (2002) 711 final (2003) OJ C20/4, para.59-60.

¹²⁸ 2008 yılında yürürlüğe giren 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Tüzüğü’ne İlişkin Yatay Olmayan Birleşme Rehberi’nde de aynı değerlendirme kriterlerinin yatay olmayan birleşmeler bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir.

doğrudan AB’de esasa ilişkin testin parçası yönteminin benimsendiğine işaret etmektedir. Söz konusu yöntemin benimsendiği hususu Komisyon’un Rekabet Eski Genel Müdürü Lowe (2007, 5-6) tarafından da doğrulanmıştır.

Buna ilaveten, AB uygulamasında, ABD’ye benzer şekilde, etkinlik iddiaları öne sürüldüğü her birleşmede dikkate alınmakta ve bu bağlamda olay temelli analiz yaklaşımı benimsenmektedir (Kamerbeek 2009, 38).

3.2.2. Etkinliklere İlişkin Değerlendirme Kriterleri

AB Rehberi’nde, etkinliklerin nasıl ele alınacağına ilişkin açıklamaların genel çerçevesi ABD Rehberi ile aynı olmakla birlikte, birtakım küçük farklılıklar da mevcuttur (Pitofsky 2007, 1420). Bu bölümde yeri geldikçe söz konusu farklılıklara da değinilecektir. Bu bağlamda etkinlik iddialarının değerlendirmede dikkate alınabilmesi için birleşmeye özgü olma, ispatlanabilme ve tüketiciye fayda sağlama koşullarının tümünü sağlaması gerekmektedir (AB Rehberi 2004, para.78).

3.2.2.1. Birleşmeye Özgü Olma Koşulu

AB Rehberi’ne göre (2004, para.85), ABD uygulamasında olduğu gibi, birleşmeyle elde edilenlere benzer etkinlikler sağlamakla birlikte daha az rekabeti sınırlayıcı etki doğuran alternatif yolların¹²⁹ varlığı, söz konusu koşulun sağlanmasına engel oluşturmaktadır. Ancak, bu yollardan sadece ilgili pazardaki yerleşik ticari uygulamalar ve tarafların içinde bulunduğu ticari koşullar çerçevesinde makul bir şekilde uygulanabilir olanlar dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, bu türden bir alternatif yol bulunmadığını göstermek için gerekli tüm bilgileri zamanında temin etmek tarafların sorumluluğundadır.

Etkinlik iddialarına ilişkin ilk ayrıntılı değerlendirme *Inco/Falconbridge*¹³⁰ kararında yapılmıştır (Rosenthal ve Papanikolaou 2010, 28). Bu kararda Komisyon, tarafların öne sürdüğü düşük taşıma maliyetleri, ölçek ekonomileri, üretimin rasyonelleştirilmesi ile satın alma ekonomileri gibi etkinlik iddialarının¹³¹ sayısallaştırılmış ve iyi bir şekilde desteklenmiş olduğuna hükmetmiştir¹³². Yine de, söz konusu etkinliklerin gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğunu kabul etmekle birlikte, aşağıdaki sebeplerle birleşmeye özgülik koşulunun sağlanamadığı sonucuna ulaşmıştır¹³³:

¹²⁹ Söz konusu alternatif yollara farklı bir birleşme ile işbirliği doğurucu ortak girişim veya lisans anlaşmaları örnek olarak verilmiştir (AB Rehberi 2004, para.85).

¹³⁰ Case COMP/M.4000 (2006).

¹³¹ A.g.k. para.533.

¹³² A.g.k. para.536.

¹³³ A.g.k. para.538-542.

- Inco tarafından birleşme öncesi hazırlanan belgelerde, Sudbury bölgesindeki operasyonlarla sınırlı bir ortak girişim anlaşmasının değerlendirilmiş olması,
- Söz konusu anlaşmanın, tarafların üretim tesislerinin bütünleştirilmesinden kaynaklı etkinliklerin büyük kısmını elde etmelerini sağlamakla birlikte, rafine etme ve pazarlama seviyelerinde rekabet etmelerini önlemeyecek olması,
- Ortak girişim anlaşmasının yapılabilmesine ilişkin finansal ve ticari zorlukların bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu türden anlaşmaların pazarda yaygın olması,
- Taraflarca anılan zorlukların anlaşmayla elde edilecek etkinlikleri aşar boyutta olduğunun gösterilememesi sebebiyle, anlaşmanın makul ve gerçekçi bir alternatif olmadığına kanıtlanamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer yandan, bir hasmane birleşmeye (*hostile takeover*) ilişkin olan *Ryanair/ Aer Lingus*¹³⁴ kararında birleşmenin bu yapısı, Komisyon'a etkinlik iddialarını değerlendirirken devralınan firma tarafından geliştirilen karşı argümanları da göz önünde bulundurma imkanı vermiştir. Komisyon, Aer Lingus'un 2001 yılından bu yana düzenli olarak maliyet tasarrufu elde ettiğine ilişkin açıklamalarını dikkate almıştır. Bunlardan hareketle, benzer maliyet tasarruflarının birleşme olmadan da Aer Lingus tarafından elde edilebileceğini ve Ryanair'den gelecek rekabetçi baskının bu konuda teşvik sağlayacağını belirterek Ryanair'in etkinlik iddialarının birleşmeye özgü olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bunlara ek olarak, *Arsenal/DSP*¹³⁵ kararı birleşme planlarına ilişkin olanlar haricindeki firma içi belgelerin de değerlendirmede önem taşıyabileceğini göstermektedir. Şöyle ki, taraflardan birisine ait Komisyon'a sunulandan daha yüksek oranda kapasite artırımını tek başına gerçekleştirmeye ilişkin planlarını gösterir firma içi belgeler bulunduğu tespit edilmiştir. Bu belgeler nedeniyle, iç büyüme alternatifinin uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılmış ve kapasite artışı sağlamaya ilişkin iddialar birleşmeye özgü sayılmamıştır.

Son olarak *Lufthansa/Sn Airholding*¹³⁶ kararında ise birleşmeye özgümlük değerlendirmesi bakımından pazardaki yerleşik ticari uygulamaların önemi vurgulanmıştır. Taraflar müşterilerine mil toplama yoluyla sundukları promosyon programlarının birleştirilmesi ve çakışan rotalara ilişkin uçuş sıklığı ve zamanlamasına ilişkin birtakım düzenlemeler yapılması yoluyla etkinlikler sağlanacağını öne sürmüştür. Komisyon, benzer faydaların havayolu sektöründeki

¹³⁴ Case COMP/M.4439 (2007), para.1122-1123; 1143.

¹³⁵ Case COMP/M.5153 (2009), para.251-254.

¹³⁶ Case COMP/M.5335 (2009), para.415-420.

diğer firmalarca ve hatta taraflarca çeşitli anlaşmalar yoluyla elde edilebildiğini belirtmiş ve olası etkinlik kazanımlarını birleşmeye özgü saymamıştır. Ayrıca, kararda, mevcut ekonomik krizin havayolu firmalarını maliyet tasarrufu önlemleri alma zorunluluğu ile karşı karşıya bıraktığı vurgulanmıştır. Buradan hareketle, tarafların tek başlarına da birtakım tasarruflar sağlayabilmelerinin mümkün olabileceği belirtilmiş ve bu durum etkinliklerin birleşmeye özgü sayılmamasına yol açan ilave bir husus olmuştur¹³⁷.

3.2.2.2. İspat Edilebilirlik Koşulu

AB Rehberi'nde (2004, para.86-87) etkinlik iddialarının açık, belirgin ve inandırıcı olması gerektiği ve ispat yükünün taraflarda olduğu açıkça vurgulanmaktadır. Öte yandan, AB Rehberi'nde herhangi bir ispat standardından bahsedilmemekle birlikte görece yüksek bir ispat standardının uygulandığı söylenebilecektir. Buna ilaveten, AB Rehberi'nde (2004, para.88) savunmayı desteklemede kullanılacak belgeler tarif edilmektedir. Şöyle ki, etkinlik iddialarının değerlendirilmesine ilişkin kanıtlar yönetim tarafından birleşmenin planlama ve karar aşamasında kullanılan bilgi ve belgeleri ya da iddiaya konu etkinliklere ilişkin hissedarlara veya finansal piyasalara yapılan açıklamaları içermelidir. Ayrıca, etkinlikler ve tüketici faydasına ilişkin geçmiş örnekler, etkinlik kazanımlarının türü ve büyüklüğü ile hangi ölçüde tüketiciye yansıtılacağına ilişkin bağımsız bir uzman tarafından birleşme öncesi hazırlanmış çalışmalar da kanıt olarak sunulabilir (AB Rehberi 2004, para.88). Son olarak belirtmek gerekir ki, Bildirim Formu'nda¹³⁸ ispat edilebilme koşulu bakımından bilgi ve belgelerin mümkün olan en erken aşamada sunulmasının tarafların lehine olacağı belirtilmektedir.

Ryanair/Aer Lingus kararında, tarafların etkinlik iddiaları bütünüyle izin başvurusu için özel olarak hazırlanmış bilgi ve belgelere dayandırılmıştır. Taraflarca birleşme planlarına ilişkin veya birleşme öncesi bir tarihe dayanan, etkinliklerin kapsamını objektif ve bağımsız olarak değerlendiren belgeler sunulamamıştır. Komisyon bu durumun, Ryanair'in üstün ve taklit edilemez nitelikteki iş modelinin birleşme sonrası Aer Lingus'a transfer edilerek Aer Lingus'un maliyetlerinin Ryanair seviyesine düşürüleceği yönündeki iddiaların¹³⁹ ispatlanabilmesi ihtimalini zayıflattığını değerlendirmiştir¹⁴⁰. Buna ek olarak,

¹³⁷ A.g.k. para.419.

¹³⁸ Form CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004. Söz konusu formun 9. bölümünde etkinliklere ilişkin sorular bulunmakla birlikte, bu soruların cevaplanmasının isteğe bağlı olduğu, soruların cevaplanmamasının daha sonraki bir aşamada söz konusu bilgilerin sunulmasına engel teşkil etmediği de ifade edilmektedir.

¹³⁹ Komisyon ayrıca, Ryanair'in, Aer Lingus'un maliyetlerinde tasarruf sağlarken hizmet kalitesinde herhangi bir azalma olmayacağı yönündeki iddialarını, yeterli kanıt sunulmadığı için fazla iyimser olarak nitelendirmiştir (COMP/M.4439, para.1133).

¹⁴⁰ A.g.k. para.1132-1133.

birleşmenin hasmane gerçekleşecek olmasının da firmaların bütünleşme sürecini karmaşıklatacağını ve bu bağlamda iddia edilen etkinlikleri daha şüpheli hale getireceğini belirtmiştir¹⁴¹. Ayrıca bu kararda, Ryanair iddialarına destek olarak geçmişte gerçekleştirdiği başka bir birleşmede ortaya çıkan sonuçları örnek göstermiş, ancak söz konusu iddialar incelemeye konu birleşmeyle benzer nitelikli olmadığı gerekçesiyle Komisyon tarafından dikkate alınmamıştır¹⁴².

Benzer şekilde, *Lufthansa/Sn Airholding* kararında da iddiaları desteklemek için sunulan belgelerin başvuru süreci için özel olarak hazırlanmış olmasına dikkat çekilmiştir. Yine bu kararda emsal gösterilen önceki bir birleşme, Komisyon tarafından, aynı etmenlerden kaynaklı benzeri etkinliklerin söz konusu olduğuna ilişkin bir değerlendirmenin sunulmaması ve iki birleşmenin niteliklerinin farklılık arz etmesi gibi gerekçelerle ikna edici bulunmamıştır. Öte yandan, tarafların uçak alımlarına ilişkin maliyet tasarrufu hesaplamaları da Komisyon tarafından fazlaca basitleştirilmiş, nakit akışları ıskonto edilmeden hesaplanmış ve dayanıklılığı test edilmeden güçlü varsayımlara dayandırılmış olması bakımından eleştirilmiştir¹⁴³.

Buna paralel olarak,

- *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*¹⁴⁴ kararında, hesaplamaların firmanın gerçek maliyetlerden ziyade danışmanlık firmasınınca tahmin edilen değerlere dayanması,
- *Lufthansa/Austrian Airlines*¹⁴⁵ kararında etkinlik argümanlarının detaylandırılmamış ve genel iddialardan ibaret olması,
- *KLM/Martinair*¹⁴⁶ kararında ise sayısallaştırılmaya çalışılan talep yönlü etkinliklere ilişkin hesaplamaların, Komisyon'un birleşmenin sonucunda gerçekleşeceğine inanmadığı güçlü bir varsayımına dayanması

ispat koşulunun sağlanamamasına neden olmuştur.

*Korsnäs/Assidomän Cartonboard*¹⁴⁷ kararında ise, Komisyon tarafından etkinlik iddiaları gerçekçi bulunmuş ve değerlendirme koşullarını sağladığı kabul edilmiştir. Bu kararda maliyet tasarrufu iddialarının birleşmenin plan

¹⁴¹ A.g.k. para.1140.

¹⁴² A.g.k. para.1134.

¹⁴³ COMP/M.5335, para.410-414.

¹⁴⁴ Case COMP/M.4513 (2008), para. 443.

¹⁴⁵ Case COMP/M.5440 (2009), para.326.

¹⁴⁶ Case COMP/M.5141 (2008), para.410.

¹⁴⁷ Case COMP /M.4057 (2006), para.58-63.

aşamasında hazırlanan belgelerle desteklenmesi ve müşterilerin birleşmeye ilişkin genel olarak bir endişesinin bulunmaması etkili olmuştur. Buna ek olarak, özellikle birleşmenin gerçekleşeceği varsayımına dayanmak suretiyle, Korsnäs ve en büyük müşterisi Tetrapak arasında birleşme sonrası üç yıl için hazırlanan ürün teslimatlarına ilişkin bir ön protokolde, öne sürülen etkinliklerin açıkça görülebilmemesinin de önemli bir ispat aracı olduğu söylenebilecektir.

3.2.2.3. Tüketiciciye Fayda Sağlama Koşulu

AB uygulamasında, etkinlik iddialarının tüketiciye fayda sağlama koşulunu karşılayıp karşılamadığının belirlenmesinde ana değerlendirme ölçütü, tüketicilerin birleşme sonucunda daha kötü duruma gelmemesinin sağlanmasıdır. Buna ilaveten, ABD’de mahkemece tanınabilir etkinliklerle ilişkilendirilen, üretim miktarındaki rekabeti sınırlayıcı azalmalardan kaynaklanmama koşulu de tüketiciye fayda sağlamanın önkoşulu olarak nitelendirilmektedir (AB Rehberi 2004, para.79-80).

3.2.2.3.1. Karşılaştırma Analizi

AB Rehberi’nde (2004, para.77) savunma, ABD Rehberi’ndekine benzer şekilde, etkinliklerin birleşen firmanın rekabet etme ve tüketici lehine rekabetçi eylemlerde bulunma yeteneği ve güdüsünü artırabilmesine dayandırılmakla birlikte, tek taraflı etkilere özel bir atıf yapılmamaktadır. Diğer yandan, etkinliklerin ilgili pazarda koordine edilmiş etkiler oluşması ihtimalini zayıflatabileceğine ise dikkat çekilmektedir (AB Rehberi 2004, para.82).

i. Artan Oran Prensibi, Tüketiciciye Yansıtma Güdüsü, Sayısal ve Nitel Analiz

Etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmeye yeterli olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, ABD’dekine benzer şekilde artan oran prensibinin kullanıldığı AB Rehberi’nde (2004, para.84) yer alan aşağıdaki ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır.

“Rekabet üzerindeki olası olumsuz etkiler ne kadar büyükse, Komisyon iddia edilen etkinliklerin önemli düzeyde olduğundan, gerçekleşme ve tüketiciye yeterli düzeyde yansıtılma olasılığının yüksek olduğundan o kadar fazla emin olmalıdır. Bu bağlamda etkinliklerin, önemli düzeyde olduğu ve olası rekabeti sınırlayıcı etkilerin düşük olduğu durumlarda fark yaratma ihtimali daha fazladır. Tekele yakın ya da benzer düzeyde bir pazar gücü yaratan bir birleşmenin, etkinlik kazanımlarının potansiyel rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmesi temelinde ortak pazara aykırı sayılmama ihtimali oldukça düşüktür.”

Buna paralel olarak, *Ryanair/AerLingus* kararında artan oran prensibinin birebir yansıması görülmektedir (Iversen 2010, 371). Şöyle ki, Ryanair ve Aer Lingus'un çakışan faaliyetlerinin bulunduğu İrlanda çıkışlı ve İrlanda varışlı toplam 35 rotadan 22'sinde tekel yaratılacağı, 13'ünde pazar payının % 60'ın üzerine çıkarılacağı yönündeki değerlendirmeye, etkinliklerin olası fiyat artışını telafi edebilme ihtimaline daha temkinli yaklaşılmasını beraberinde getirmiştir. Bu sonuca ulaşılmasında iddia edilen etkinliklerin büyük ölçüde Aer Lingus'un sabit maliyetlerine ilişkin olmasının da payı vardır¹⁴⁸.

Öte yandan, AB Rehberi (2004, para.84), etkinlik kazanımlarını tüketiciye yansıtma güdüsünün çoğunlukla pazarda birleşme sonrası kalan rakiplerden ve potansiyel girişlerden kaynaklı rekabetçi baskıyla ilişkili olduğu hususuna açıkça yer vermektedir. Bu yaklaşım kararlarda da uygulamasını bulmaktadır.

Örneğin, *Inco/Falconbridge* kararında nikel ve kobalt ürünlerine ilişkin üç ilgili ürün pazarında “*neredeysse tekel*” yaratılması, talep esnekliğinin düşüklüğü ve pazara giriş engellerinin yüksekliği nedenleriyle, birleşme sonrası rekabetçi baskının yetersiz ve birleşen firmanın etkinlikleri tüketiciye yansıtma güdüsünün düşük olacağı belirtilmiştir¹⁴⁹. Bu yaklaşımın izlerine, birleşme sonucunda Brüksel-Münih rotasında tekel yaratılması ve Brüksel-Frankfurt rotasında da en yakın rakibin ortadan kaldırılmasından hareketle *Lufthansa/Sn Airholding* kararında da rastlanmaktadır¹⁵⁰.

Ryanair/AerLingus kararında ise Ryanair, düşük tarifeli bir havayolu şirketi olması ve rakiplerinden çok farklı bir iş modeli benimsemesine dayanarak, büyüme temelli bir politika izlediğini ve büyümenin sadece fiyat düşüşü ile sağlanabileceğini vurgulamıştır. Buradan hareketle öne sürdüğü fiyatlarını artırma ihtimalinin bulunmadığı yönündeki argüman Komisyon tarafından gerçekçi bulunmamıştır¹⁵¹.

AB Rehberi'ne göre (2004, para.86) etkinlikler ve sonucunda oluşan tüketici yararı mümkün olduğu ölçüde sayısallaştırılmalıdır. Komisyon'un etkinlik iddialarının sayısallaştırılması talebine yönelik olarak Iversen (2010, 374) tarafından dinamik etkinliklerin öne sürülebilmesi bakımından caydırıcı olabileceğine; Pitofsky (2007, 1422) tarafından ise gerçekleşmesi muhtemel bazı etkinliklerin görmezden gelinabileceğine dikkat çekilmiştir. Esasında, AB Rehberi'nde sayısallaştırmaya ilişkin bir zorunluluk getirilmemiştir. Nitekim AB Rehberi'nde (2004, para.86)

¹⁴⁸ COMP/M.4439, para.1150-1152.

¹⁴⁹ COMP/M.4000, para.545-546. Bununla birlikte, kararda öne sürülen etkinliklerin önemli düzeyde olmadığına da vurgu yapılmıştır.

¹⁵⁰ COMP/M.5335, para.430.

¹⁵¹ COMP/M.4439, para.1129-1130.

doğru bir sayısal analiz için gerekli veriler bulunmamakta ise, tüketici üzerinde önemsiz düzeyde sayılmayacak ve açıkça belirlenebilen olumlu bir etkinin öngörülebilir olmasının yeterli sayıldığı belirtilmektedir. Komisyon Rekabet Eski Genel Müdürü Lowe (2003, 10) tarafından da, etkinliklerin ya da rekabeti sınırlayıcı etkilerin değerlendirilmesi bakımından sayısal analizin vazgeçilmez bir koşul haline dönüşmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

AB’de bazı kararlarda¹⁵² birleşmelerin rekabeti sınırlayıcı etkilerine ilişkin simülasyon analizlerine yer verilmeyle birlikte, bu analizlerin sonuçlarının Komisyon tarafından fazla güvenilir bulunmadığı söylenebilecektir (Çelen 2010, 82). Öte yandan, ispat edilebilme ya da birleşmeye özgünlük koşullarını sağlayarak sayısal bir karşılaştırma analizine dahil edilebilen etkinlik iddialarına rastlanmamaktadır. Kararlarda, birleşen firmanın etkinlikleri tüketiciye yansıtma güdüsüne ilişkin değerlendirmeler de genellikle bu güdünün düşük olduğu kanaati ile sonuçlanmaktadır.

ii. Makul Bir Süre İçerisinde Gerçekleştirilme, Analizde Uzun Vadenin Dikkate Alınması ve Sabit Maliyet Tasarrufları

Etkinlik iddialarının kabulü için, önemli düzeyde olmasının yanı sıra makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir (AB Rehberi 2004, para.79). Zira, gerçekleşme süresi uzadıkça, gerçekleşme olasılığının da düştüğü kabul edilmektedir (AB Rehberi 2004, para.83; 86). Komisyon’un değerlendirmede dikkate aldığı zaman dilimine ilişkin belirlilik bulunmamakla birlikte¹⁵³, uzun vadeli ve etkileri muğlak olan iddialara mesafeli bir duruş sergilemekte olduğu anlaşılmaktadır.

Bu yaklaşım esasında AB Rehberi’nde değişken ve marjinal maliyetlere ABD Rehberi’ne kıyasla daha doğrudan vurgu yapılması (Pitofsky 2007, 1421) ile paraleldir. AB Rehberi’ne göre (2004, para.80; dpnt.107), etkinliklerin tüketiciye net fayda sağlayıp sağlamadığının belirlenebilmesi bakımından, değişken veya marjinal maliyet tasarruflarının esas alınması daha uygundur. Bu durumun nedeni, prensipte marjinal maliyet tasarruflarının düşük fiyat sağlama ihtimalinin daha fazla olmasıdır. Sabit maliyet tasarruflarına, genellikle, fiyat ile daha az doğrudan bir ilişkisi olduğundan, marjinal maliyet tasarruflarına verilen kadar önem atfedilmemektedir. Nitekim uygulamanın bu yönde olduğu kararlarda da görülmektedir.

Örneğin, *T-Mobile Austria/Tele.ring*¹⁵⁴ kararında tarafların ağ bütünleşmesine bağlı altyapı yenileme ve geliştirme maliyetlerinde düşüş

¹⁵² Söz konusu kararlar için bkz. Budzinski ve Ruhmer (2010, 296-304); Çelen (2010; 79-82).

¹⁵³ Iversen (2010, 371) ve Kocmut (2006, 23) teorik olarak hesaplanmış böyle bir sürenin belirlenmesinden ziyade, olaya özgü bir yaklaşımın esas alınmasının daha uygun olduğu görüşündedir.

¹⁵⁴ Case COMP/M.3916 (2006), para.47.

sağlanacağına ilişkin sabit maliyet tasarrufu iddiaları, Komisyon tarafından tüketiciye yansıtılmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex* ve *KLM/Martinair* kararlarında ise, taraflarca etkinliklere ilişkin sunulan çalışmalarda maliyet tasarruflarının sabit ve değişken maliyetler şeklinde ayrıştırılmaması, Komisyon'un çalışmaları tüketiciye yansıma bakımından değerlendirmemesine yol açmıştır¹⁵⁵.

Komisyon, OECD'ye sunduğu açıklamalarda sabit maliyet tasarruflarının, özellikle batık yatırımlara ilişkin olması halinde, birleşen firmanın faaliyetlerini genişletme ya da yeni pazarlara girme güdüsünü harekete geçirerek rekabeti artırabileceğini kabul etmiştir¹⁵⁶. Buna ilaveten, sabit maliyet tasarruflarının tüketiciye yansıtılmasının ise ancak uzun vadede ve belirli koşullar altında mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, uzun vadede pazar performansının çok sayıda parametreye bağlı olması nedeniyle, sabit maliyet tasarruflarının marjinal maliyet tasarruflarına kıyasla fiyat üzerindeki etkisinin belirsiz olduğu yorumunu yapmıştır¹⁵⁷ (OECD 2007, 224).

iii. Farklı Pazarlarda Gerçekleşen Etkinlikler

AB Rehberi (2004, para.79) etkinliklerin prensip olarak rekabetçi endişenin olduğu pazardaki tüketicilere fayda sağlaması gerektiğini vurgulamaktadır. Söz konusu ifade, sadece ilgili pazardaki etkinliklerin dikkate alındığı izlenimini vermektedir. Bu bağlamda, AB Rehberi'nde farklı pazarlarda gerçekleşen etkinliklere ilişkin olarak ABD Rehberi'ne kıyasla daha olumsuz ifadeler bulunduğunu veya en azından konunun belirsiz bırakıldığını söylemek mümkündür (Pitofsky 2007, 1422). Öte yandan, bir grup tüketicinin refahının diğer grup tüketicinininkine tercih edilmesi anlamına gelecek bu türden bir değiş tokuşa izin verilmemesi, Komisyon'un ortak pazarı koruma ve üye ülkeler arası ayrımcılık yapılmamasını sağlama amaçlarıyla uyumludur (Kocmut 2006, 25). Bunun yanı sıra, rekabeti sınırlayıcı etkilerin farklı ürün pazarlarında meydana gelmekle birlikte aynı tüketici grubunu etkilediği durumlara (örneğin tamamlayıcı ürünler) ilişkin bir istisnanın söz konusu olabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁵⁸.

Diğer yandan, *EDP*¹⁵⁹ kararında Genel Mahkeme, Komisyon'un etkilenen pazarlardan sadece birinde ortaya çıkacak faydalı etkileri esas alıp, diğer pazarlardaki olumsuz etkileri değerlendirmeden, birleşmenin ortak pazarla

¹⁵⁵ COMP/M.4513, para.446; COMP/M.5141, para.409.

¹⁵⁶ Bu durumda sabit maliyet tasarrufları firmanın pazarda karlı bir şekilde rekabet edebilmesi için ihtiyacı olan asgari kar marjını düşürmektedir (OECD 2007, 224).

¹⁵⁷ Bu konuya ilişkin *Ryanair/Aer Lingus* kararında (COMP/M.4439, para.1146-1149) da benzer bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁵⁸ Lindsay ve Berridge 2009, 584; Kocmut 2006, 25; Rakovsky ve Verouden 2004, 205.

¹⁵⁹ Case T-87/05 *EDP - Energias de Portugal, SA v. Commission* (2005) ECR II-3745, para.236.

uyumlu olduğu sonucuna varamayacağına hükmetmiştir. Bu doğrultuda, *Inco/Falconbridge* kararında, Komisyon üretim zincirinin son aşamasına ilişkin olmayan etkinliklerin, önemli bir kısmı rekabetçi endişelerin doğmadığı pazarlarda satılmakta olan ürünler arasında paylaşılacağına dikkat çekmiştir¹⁶⁰. Bu bağlamda, birleşmenin rekabetçi endişenin bulunduğu pazardaki tüketiciye anlamlı bir fayda sağlamayacağını değerlendirmiştir.

3.2.3. Savunma Koşullarının Sağlanması Bakımından Etkinlik Türleri

AB Rehberi, ABD Rehberi'nden farklı olarak, belirli etkinlik türlerine ilişkin savunma koşullarının sağlanabilmesi bakımından detaylı bir açıklama getirmemektedir (Pitofsky 2007, 1422). Bu nedenle, Komisyon'un belirli etkinlik türlerine yönelik tavrına ilişkin bir çıkarım ancak kararlara dayanılarak yapılabilmektedir.

Arjowiggins/M-real Zanders Reflex kararı Komisyon'un ölçek ekonomileri ve üretimin rasyonel hale getirilmesine ilişkin iddialara yönelik değerlendirmelerini içermesi bakımından önemlidir. Kararda, bu iddiaların ikna edici gerekçeler sunulmadığı sürece, prensipte birleşmeye özgü sayılmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, firmaların etkin ölçeğe ulaşmak ya da üretim kapasitesini etkin bir biçimde dağıtmak için birleşmeye ihtiyaç duymayacağı ve rekabetçi bir pazarda etkin ölçeğe ulaşma güdüsünün daha fazla olacağı da belirtilmiştir¹⁶¹.

AB Rehberi'nde (2004, para.81), Ar-Ge ve inovasyon alanındaki dinamik etkinliklerin durumu sadece tüketiciye fayda sağlama koşulu bakımından değerlendirilmektedir. Buna göre, birleşme sonucunda oluşan yeni veya geliştirilmiş ürün ve hizmetler tüketiciye faydalı olabilecektir. Örneğin, yeni bir ürün geliştirmek için kurulacak bir ortak girişim şirketi Komisyon tarafından dikkate alınacak türden etkinlikler ortaya çıkarabilecektir. Diğer yandan, Komisyon OECD'ye yaptığı açıklamada, AB Rehberi'nin dinamik ve statik etkinlikler bakımından bir ayrım gözetmediğini belirtmiştir. Buna ilaveten, dinamik etkinliklerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamakla birlikte daha uzun sürede gerçekleşmekte olmasının değerlendirmeye alınma koşullarını sağlayabilme ihtimalini veya değerlendirmedeki önemini azaltabileceğini ifade etmiştir (OECD 2007, 222; 225).

Nitekim, Komisyon'un dinamik etkinliklere ilişkin farklı tutumlar sergileyebildiği kararlarda da gözlemlenmektedir. Komisyon, *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex* kararında, Ar-Ge harcamalarının, prensipte sabit ve batık maliyetlerle ilişkili olması nedeniyle, tüketiciye fayda sağlayan birleşmeye özgü etkinlikler

¹⁶⁰ COMP/M.4000, para.544.

¹⁶¹ COMP/M.4513, para.447.

yaratma ihtimalinin düşük olduğunu belirtmiştir¹⁶². Benzer şekilde, *Metso/Aker Kvaerner*¹⁶³ kararında, birleşen firmanın Ar-Ge yatırımları için gerekli kritik kütleyle sahip olabileceğini ancak Ar-Ge'ye ilişkin bu etkinliklerin tüketicilerin fiyat artışına yönelik endişelerini gidermeye yetmeyeceğini değerlendirmiştir. Bu durumun sebeplerinden biri de pazarda inovasyon için rekabet eden firma sayısının azalacak olmasıdır. Buna karşın, *Axalto/Gemplus*¹⁶⁴ kararında ise pazar araştırmalarına ve firma belgelerine dayanarak, birleşen firmanın Ar-Ge kapasitesini yeniden tahsis etme ve böylece iki tarafın ayrı ayrı yürütebileceğinden daha fazla proje yürütme imkanına sahip olabileceği değerlendirilmiştir.

Ryanair/Aer Lingus kararında ise sıklıkla karşılaşılan etkinlik türlerinden farklı bir etkinlikten bahsedildiği görülmektedir. Şöyle ki, Ryanair piyasa fiyatlarının altında uçak alımı sağlayan bir opsiyonu Aer Lingus için kullanacağını¹⁶⁵ öne sürmüştür. Komisyon, esasında finansal piyasa işlemlerine ilişkin bu iddianın sadece birleşen taraflar arası kar transferine ilişkin olduğuna ve reel etkinlik sayılmadığına hükmetmiştir. Buna ek olarak, Komisyon tarafından havaalanı ücreti ile bakım ve yer hizmetine¹⁶⁶ ilişkin satın alma ekonomilerinin de reel etkinlik olarak değerlendirilmediği görülmektedir.

Son olarak, etkinlik savunmasının önemli rol oynadığı iki üye ülke kararından bahsetmek faydalı olacaktır. Söz konusu kararlardan her ikisi de, çift taraflı pazarlar olan medya pazarlarında reklam verenlere fayda sağlayacak talep yönlü etkinliklerin ortaya çıktığı birleşmelere ilişkindir. Bu türden pazarlarda, reklam verenlere fayda sağlayan hususların birleşen taraflara ve pazarın diğer tarafındaki tüketicilere de doğrudan ve eş zamanlı fayda sağlaması durumunda, etkinlik savunmasının sonucu olumlu yönde etkileme şansını artırdığı söylenebilecektir (Visser ve Bishop 2009, 406). Bu kararlardan ilki, Birleşik Krallık'da OFT tarafından verilmiş olan iki radyo istasyonunun birleşmesine ilişkin *Global/GCap*¹⁶⁷ kararıdır. Yaklaşık %50 oranında pazar payına ulaşılan Londra pazarı bakımından izin kararı verilmesinde etkinlikler önemli rol oynamıştır. Diğer karar ise, Hollanda Rekabet Otoritesi'nin *Gouden Gids/De*

¹⁶² A.g.k. para.440.

¹⁶³ Case COMP/M.4187 (2006), para.107-108.

¹⁶⁴ Case COMP/M.3998 (2006), para.53.

¹⁶⁵ COMP/M.4439, para.1137. Karara göre öne sürülen etkinlik miktarı, söz konusu opsiyonun Aer Lingus'a hibe edilmesinin Ryanair'e getirdiği alternatif kullanım kaybına ilişkin fırsat maliyetine eşdeğerdir. Bu nedenle, söz konusu argüman reel etkinliklere değil parasal tasarruflara ilişkindir.

¹⁶⁶ A.g.k. para.1139. Kararda, Aer Lingus'un kullandığı birincil havaalanları ücretlerinin genellikle düzenlemeye tabi ve sabit olması nedeniyle, birleşen firmanın uçuşlarının Ryanair'in kullandığı daha düşük ücretlerle anlaşılabilen ikincil havaalanlarına kaydırılmasının bir etkinlik olarak nitelenemeyeceği belirtilmiştir.

¹⁶⁷ ME/3638/08 *Global Radio UK Ltd./GCap Media plc.* (2008).

*Telefoongids*¹⁶⁸ kararıdır. Kararda, ülke çapında sadece iki tane bulunan basılı rehber (sarı sayfalar) yayımcısının birleşmelerine izin verilmiştir. Söz konusu kararlarda etkinliklerin fark yaratabildiği gözlemlenmekle birlikte, bu sonuçlara ulaşılmasında anılan birleşmelerin kendine özgü birtakım özelliklerinin de etkisi olduğu söylenebilecektir¹⁶⁹ (Visser ve Bishop 2009, 406).

3.3. REFAH STANDARDI

1971 yılında yayımlanmaya başlayan rekabet politikasına ilişkin ilk Komisyon raporlarında, AB rekabet politikasının tüketici refahını artırmayı hedeflediğine kuvvetle vurgu yapılmaktadır (Kokkoris 2009, 581). Buna ek olarak, 139/2004 sayılı Tüzük'ün 2(1)(b) maddesi ve dibacesinin 29. paragrafı ile AB Rehberi'nde, tüketiciye yansıma koşulunun etkinliklerin dikkate alınması için gerekli koşullardan biri olarak sayılması, AB'de tüketici refahını temel alan bir standardın benimsendiği konusunda şüpheye yer bırakmamaktadır (Kocmut 2006, 21-22). Yine de, AB bakımından, fiyat standardı ya da daha geniş olan tüketici fazlası standardından biri özelinde herhangi bir seçim belirgin değildir (Lindsay ve Berridge 2009, 571). Nitekim, Komisyon OECD'ye yaptığı bir açıklamada, bu türden bir ayrıma gitmeden tüketici refahı standardının benimsendiğini ifade etmiştir (OECD 2007, 224). Venit (2003, 260) ile Gotts ve Goldman (2003, 247) ise AB'de tüketici fazlası standardının benimsendiği görüşündedir. Benzer şekilde, kararlardaki değerlendirmeler ile AB Rehberi'nde (2004, para.80) yer alan “*Birleşmeler tüketiciye düşük fiyatlar ya da daha başka şekilde fayda getirecek çeşitli türlerde etkinlik kazanımları sağlayabilmektedir.*” ifadesi de tüketici fazlası standardının benimsendiğine işaret etmektedir.

3.4. AB UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

ABD'de olduğu gibi AB'de de, etkinliklerin resmi olarak birleşme analizine dahil edilmesi görece zaman almıştır. Halihazırda, savunma yüksek bir ispat standardı çerçevesinde uygulanmaktadır (Pitofsky 2007, 1423). 2004 yılı sonrası etkinlikleri dikkate alan ilk kararlardan olan *Metso/Aker Kvaerner*¹⁷⁰ kararı, her ne kadar etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmediği sonucuna ulaşmış olsa da, Komisyon'un birleşmenin tüm ürün çeşitlerini sunan mevcut tek firma ile rekabet edebilecek ikinci bir firma yaratarak tüketiciye fayda sağlayabileceğini kabul etmesi bakımından önemlidir. Bu karar, Komisyon'un o dönemde etkinlikleri analizde dengeleyici bir faktör olarak dikkate alma yönündeki istekliliğinin göstergesi olarak da yorumlanmıştır (Kokkoris 2009, 586). Diğer yandan, etkinlik suçlaması şeklinde adlandırılan yaklaşım ise, 4064/89

¹⁶⁸ Case 6246 *European Directories/Truva Netherland* (2008).

¹⁶⁹ Kararların detayları Ek-2'de sunulmaktadır.

¹⁷⁰ COMP/M.4187, para.107-108.

sayılı Tüzük ile birlikte terk edilmiş gibi görünmektedir (Iversen 2010, 376). AB uygulamasındaki mevcut yaklaşım, Genel Mahkeme'nin *EasyJet*¹⁷¹ kararındaki

“Birleşmelerin kontrolü tüketiciye fayda sağlayabilecek avantajların yasaklanmasını değil, etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının sonucu olarak hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Birleşme sonucu daha düşük fiyatlarda hizmet sunulması, ancak birleşen firmanın yıkıcı fiyatlama politikası uygulama niyeti ya da kapasitesinin bulunması gibi sınırlı durumlarda, hakim durum yaratıldığına ya da güçlendirildiğine kanıt oluşturabilir.”

ifadeleri ile net bir şekilde ortaya konulmuştur.

Bugüne kadar, sadece etkinlikler temelinde birleşmeye izin veren herhangi bir Komisyon kararı bulunmamaktadır (Iversen 2010, 375; Kokkoris 2009, 582). Bununla birlikte, birleşmeye izin verilmesi yönündeki değerlendirmeye etkinliklerin de görece gözlenebilir şekilde katkıda bulunduğu bir karar mevcuttur (Iversen 2010, 375; Pitofsky 2007, 1423). Birleşmeye birinci aşamada izin veren¹⁷² *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*¹⁷³ kararında Komisyon, fiili bir düopol yaratılacak olmasına rağmen, etkinliklerin birleşen firmanın tüketici yararına rekabetçi davranma imkanını ve güdüsünü artıracığını kabul etmiştir. Diğer yandan, özellikle maliyet tasarrufları ve çalışan sayısında azalmaya ilişkin hususların birinci aşama değerlendirmede tam olarak incelenemeyecek nitelikte olduğunu da belirtmiştir. Nitekim, kararda etkinliklerin yanı sıra müşterilerin birleşmenin güçlü pazar lideri karşısında önemli bir alternatif yaratabileceği yönündeki görüşleri, önemli miktarda alıcı gücünün varlığı ve tarafların tamamlayıcı ürün portföyleri nedeniyle birbirinin en yakın rakibi konumunda olmamaları gibi diğer hususlara da vurgu yapılmıştır¹⁷⁴.

*Axalto/GemPlus*¹⁷⁵, *Repsol Butano/Shell Gas (LPG)*¹⁷⁶ ve *Aster 2/Flint Ink*¹⁷⁷ kararlarında da etkinliklerin izin kararının verilmesinde doğrudan etkisi olmamakla birlikte, genel anlamda dikkate alındığını söylemek mümkündür. *Areva/Urenco/ETC*¹⁷⁸ kararında ise çözümler oluşturulurken teknoloji transferi

¹⁷¹ Case T-177/04 *EasyJet Airline Co. Ltd. v. Commission* (2006) ECR II-1931, para.72.

¹⁷² Esasında, pazar payı ve yoğunlaşma seviyelerine bakıldığında, birinci aşamada sonuçlandırılması beklenmeyecek nitelikte bir birleşme söz konusudur (Cook ve Kerse 2009, 272).

¹⁷³ COMP/M.4057, para.30-32; 57-64.

¹⁷⁴ A.g.k. para.33-36; 43-53.

¹⁷⁵ COMP/M.3998, para.48;53.

¹⁷⁶ Case COMP/M.3664 (2005), para.33-35.

¹⁷⁷ Case COMP/M.3886 (2005), para.22.

¹⁷⁸ Case COMP/M.3099 (2004), para.242-243.

sayesinde elde edilecek olan etkinliklerin korunmasına da dikkat edildiği ifade edilmiştir¹⁷⁹.

Bununla birlikte, *Inco/Falconbridge*¹⁸⁰, *Ryanair/Aer Lingus*¹⁸¹ ve *Lufthansa/Sn Airholding*¹⁸² kararları tarafların etkinlik savunmasını başarılı bir şekilde ortaya koyabilmek için yüksek bir ispat standardını karşılamaları gerektiğine işaret etmektedir. AB uygulamasında gözlemlenen ve Monti (2002, 7) tarafından “*yararlı şüphecilik*” (*healthy scepticism*) olarak adlandırılan yaklaşım, etkinliklerin gerçekleşmeme ihtimalinin yüksek olabileceğini gösteren ampirik bulguların mevcudiyetine dayandırılabilir (Kocmut 2006, 27). Kokkoris’e göre (2009, 582) ise, etkinliklerden sadece hukuki olarak bağlayıcı olmayan metinler olan 139/2004 sayılı Tüzük dibacesinde ve AB Rehberi’nde bahsedilmekte olması AB özelinde birleşmelerin kontrolünde etkinliklerin önemini azaltmaktadır. Ancak, Kocmut’a göre (2006, 20) etkinliklere hukuki olarak bağlayıcı olmayan metinlerde yer verilmesi Komisyon’un etkinlik savunmasının işlerliğini zayıflatma niyetine işaret etmemektedir. Aksine bu durum, Komisyon’un etkinlik savunmasına uygun zemin oluşturmak için esasında 4064/89 sayılı Tüzük’te değişiklik yapmaya gerek olmadığı yönündeki görüşünden kaynaklanmaktadır.

Cook ve Kerse (2009, 272) AB’de etkinlik savunmasının nadiren fark yaratabileceğini, savunmanın etkili olma şansının koordine edilmiş etkiler ve/veya hakim durum yaratılmasına yol açmayacak şekilde tek taraflı etkiler ortaya çıkaran yatay birleşmelerle sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Hollanda Rekabet Otoritesi ve OFT’ye ait yukarıda sunulan iki karar etkinlik savunmasının söz konusu alanlarla sınırlı kalacağı yönündeki görüşlerin değişebileceğine işaret edebilecekse de anılan kararların istisnai niteliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Etkinlik iddiaları ile karşılaşılan olay sayısının az olmasından kaynaklı içtihat eksikliğinin de Komisyon’un etkinlik iddiaları karşısındaki temkinli

¹⁷⁹ Kaya vd. (2009, 50) tarafından da dikkat çekildiği üzere etkinliklerin, savunma olarak birleşmeye izin verilmesini sağlamasa dahi, uygulanacak çözümün niteliği ve miktarı belirlenirken de göz önünde bulundurulması mümkün ve gereklidir.

¹⁸⁰ İlgili pazarlardaki rekabeti sınırlayıcı etkilerin, birleşmeye özgü ve tüketiciye yansıma koşullarını sağlamayan etkinlik argümanlarıyla telafi edilemeyeceği sonucuna ulaşılmış, savunma reddedilmiş ve birleşmeye taahhütler çerçevesinde izin verilmiştir.

¹⁸¹ Etkinlik argümanları, değerlendirme koşullarının hiçbirini sağlamadığından dikkate alınmamış ve taraflarca sunulan taahhütler yetersiz bulunarak işlem yasaklanmıştır. Söz konusu karar, Genel Mahkeme tarafından *Case T-342/07 Ryanair Holdings plc. v. Commission* (2010) ECR II-00 kararıyla Komisyon’un etkinliklere ilişkin değerlendirmesini de kapsar şekilde onanmıştır.

¹⁸² Etkinlik argümanlarının değerlendirme koşullarının hiçbirini karşılamadığı sonucuna ulaşılmakla birlikte, birleşmeye taahhütler çerçevesinde izin verilmiştir.

tutumuna katkıda bulunduğu söylenebilir (Iversen 2010, 375). Bununla birlikte, Komisyon Rekabet Eski Genel Müdürü Lowe (2007, 6) AB ve ABD’de rekabet otoritelerini ikna edebilen etkinlik iddialarının nadir olarak görüldüğü ve etkinlik savunmasının pratikteki anlamlılığına gereğinden fazla değer atfedilmemesi gerektiği görüşündedir. Bu türden bir görüşün ortaya çıkmasının nedeninin, uygulamada bilgi asimetrisi ispat ve ölçümlemeye ilişkin zorluklar ile tüketici refahını esas alan bir standardın benimsenmesi olduğu söylenebilecektir. Nitekim, AB ve ABD uygulaması rekabet hukukunun amaçları ve buna bağlı geliştirilen yaklaşımlar bakımından zaman zaman farklılaşabilmesine rağmen (Gerard 2003, 1377-1382), özellikle ABD’de mahkemelerin tutumu dikkate alındığında, bu iki uygulama arasında savunmanın etkililiği açısından çok büyük bir fark gözlemlenmemektedir. Sonuç itibarıyla, Komisyon’un etkinlik savlarına temkinli yaklaşımı ve Komisyon yetkililerinin bu yöndeki açıklamaları, etkinliklerin AB uygulamasında yatay birleşmeler bakımından marjinal bir rol oynamaya devam edeceği izlenimini uyandırmaktadır.

BÖLÜM 4

TÜRKİYE’DE YATAY BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE ETKİNLİK SAVUNMASININ YERİ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (Kanun) 7. maddesi ile bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki birleşme ve devralmaları yasaklanmaktadır. Bu doğrultuda, Kanun’da esasa ilişkin test olarak hakim durum testi benimsenmektedir. Anılan Kanun maddesi, Türkiye’de birleşmelerin kontrolünde etkinlik savunmasının dikkate alınmasını gerektiren ya da engelleyen doğrudan herhangi bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından son dönemde gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleri ile etkinlik savunmasının teşebbüslerce gündeme getirilmesi teşvik edilmeye başlanmıştır. Esasında, halihazırda birleşmelerin kontrolü çerçevesinde Kurul tarafından işletilmekte olan taahhüt mekanizması ve batan teşebbüs savunmasının temelinde de birleşmeden kaynaklı etkinlikleri değerlendirmeye aktif olarak dahil etme güdüsünün yer aldığı söylenebilecektir.

4.1. 1997/1 SAYILI TEBLİĞ KAPSAMINDA GEÇMİŞ UYGULAMAYA BAKIŞ

1.1.2011 tarihinde yürürlükten kalkarak yerini 2010/4 sayılı Tebliğ'e bırakan 1997/1 sayılı Tebliğ'in¹⁸³ birleşmelerin değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlara ilişkin 6(1)(b) maddesinde "...rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler..."in göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Söz konusu ifadeler, AB'de 4064/89 sayılı Tüzük'te bulunan ve herhangi bir değişikliğe ihtiyaç duyulmadan etkinlik savunmasına uygun zemin oluşturduğu kabulüyle 139/2004 sayılı Tüzük'ün 2(1) (b) maddesinde de korunan ilgili ifadeler ile aynıdır. Dolayısıyla, hem esasa ilişkin test hem de anılan hükümler bakımından, Türkiye'de 2011 yılı öncesi etkinlik savunması uygulamasının AB'de 2004 yılı revizyonundan önceki duruma benzer olduğu söylenebilecektir.

4.1.1. Etkinliklerin Konu Edildiği Kurul Kararları

2011 yılı öncesi Kurul kararlarına bakıldığında, taraflarca etkinlik iddialarının nihai inceleme aşamasına giden birleşmeler de dahil olmak üzere sıklıkla gündeme getirilmediği izlenimi edinilmektedir. Bu durumun nedeninin büyük ölçüde 1997/1 sayılı Tebliğ ekinde yer alan Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu'nda etkinliklere ilişkin bilgi talep edilmemesi ile etkinlik savunmasının mevcut olup olmadığına ilişkin belirsizlik olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, aşağıda sunulacak geçmiş Kurul kararlarından da görülebileceği üzere, etkinliklerin gerek savunma olarak ele alınabilmesinden gerekse nadiren de olsa suçlama olarak yorumlanabilecek şekilde değerlendirilebilmesinden kaynaklanan tutarsızlıklar mevcuttur.

4.1.1.1. Etkinlik Suçlaması İzlerini Taşıyan Kurul Kararları

*İGSAŞ Özelleştirmesi (Toros Gübre)*¹⁸⁴ kararında birleşmeyle Toros Gübre'nin dağıtım ağının genişleyeceği ve İGSAŞ'ın İzmit'teki liman-iskele tesisleri sayesinde birtakım maliyet tasarrufları elde edeceği tespiti yapılmıştır. Ancak, bu durum rakiplerin pazarda tutunmasının güçleştirileceği gerekçesiyle hakim durum yaratılmasına katkı sağlayan bir unsur olarak ele alınmıştır. Benzer şekilde, *Samsun Gübre Özelleştirmesi*¹⁸⁵ kararında da, etkinlik suçlaması olarak nitelendirilmesi mümkün olan bazı ifadelere yer verilmiştir. Nitekim, birleşmeye yeterli rekabetçi baskının varlığı temelinde izin verilmesine rağmen, birleşme

¹⁸³ 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

¹⁸⁴ 03.11.2000 tarih, 00-43/464-254 sayılı karar.

¹⁸⁵ 05.05.2005 tarih, 05-30/373-92 sayılı karar.

sonrası pazar paylarının, diğer hususların yanı sıra birleşmeden kaynaklı satın alma, pazarlama, dağıtım ve sabit maliyetlerde düşüğe ilişkin avantajlar nedeniyle de artacağı değerlendirilmiştir¹⁸⁶.

Bu noktada bir hususa daha değinmekte fayda görülmektedir. *Mey İçki/Burgaz*¹⁸⁷ kararında, teoride irdelenmesi gereken giriş engelleri arasında, üretimde ölçek ekonomisinin yanı sıra firma etkinliği ve maliyet avantajları da sayılmıştır¹⁸⁸. Halbuki, ölçek ekonomileri kavramının giriş engeli olarak değerlendirilmesinde esas olan, firmaların etkin hale gelmesinden ziyade pazarda karlı faaliyet gösterebilmesi için büyük miktarlarda yatırım ve geniş ölçekte üretime ihtiyaç duymasıdır. Diğer yandan, OECD'ye yapılan Türkiye katkısında da 1997/1 sayılı Tebliğ'deki "*rekabet engeli şeklinde olmayan*" hükmü etkinliklerin giriş engeli oluşturmaması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır (OECD 2007, 202). Belirtmek gerekir ki, birleşen firmanın daha etkin hale gelmesinin ya da maliyet avantajları elde etmesinin doğrudan giriş engeli yaratan bir unsur olarak değerlendirilmesi, ister istemez etkinlik suçlamasına dönüşecek bir yaklaşımı beraberinde getirecektir.

4.1.1.2. Etkinlik Savunmasının İşletildiğine İşaret Eden Kurul Kararları

Taraflarca etkinliklerin savunma şeklinde öne sürüldüğü az sayıda kararda, özellikle son dönemdeki birkaç kararda, zımni bir kabulün izlerine rastlanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu kararlarda birleşmeye özgünlük, ispat edilebilirlik, tüketiciye yansıma gibi ABD uygulamasının getirdiği ve AB'de de benimsenen koşulların açıkça dile getirilmediği görülmektedir. Ayrıca, taraflarca sunulan iddiaların ispat edilmesine ilişkin kanıtlara da Kurul kararlarında yer verilmemiştir. Ancak, elbette bu durumun bazı kararlar özelinde taraflarca getirilen savunmaların yeterince detaylandırılmamış olmasından kaynaklandığı söylenebilecektir. Bu çerçevede, etkinlik savunmasına işaret edebilecek değerlendirmeler içeren kararlara aşağıda yer verilmektedir.

¹⁸⁶ Bu kararlara ek olarak *Mazıdağı/Toros Tarım* (21.02.2008 tarih, 08-16/189-62 sayılı karar) ve *TÜPRAŞ Özelleştirmesi* (21.10.2005, tarih, 05-71/981-270 sayılı karar) kararları, yatay olmayan etkilere ilişkin, dikkat çekici şekilde doğrudan etkinlik suçlaması şeklinde yorumlanabilecek değerlendirmeler içermektedir.

¹⁸⁷ 18.11.2009 tarih ve 09-56/1325-331 sayılı karar.

¹⁸⁸ Kararda anılan giriş engellerinin birleşmeden etkilenen rakı pazarı özelinde geçerli olmadığı belirtilmektedir.

*Antalya Hava Limanı*¹⁸⁹ kararında, I. ve II. Etap Dış Hatlar Terminalleri işletmeciliğinin tek bir firma tarafından yapılmasının hem güvenlik planlamasına hem de maliyet tasarruflarına ilişkin birtakım etkinlikler ortaya çıkaracağı kabul edilmiştir. Bu çerçevede, rekabet şartları üzerinde, sektörel tarifelerin varlığı ve benzeri sebeplerle oldukça sınırlı düzeyde oluşabilecek olumsuzlukların, anılan etkinlikler de dikkate alındığında, kabul edilebilir seviyede olduğu kanaatine varılmıştır. *Schering/Merck*¹⁹⁰ kararında ise birleşmeden kaynaklı ne tür etkinlik kazanımlarının var olduğu belirtilmemiş olmakla birlikte, birleşme sonrası tarafların pazar payında gerçekleşecek artışın, işlemin sağlayacağı etkinlik kazanımları dikkate alındığında göz ardı edilebilecek nitelikte olduğu ifadeleri kullanılmıştır. Bunlara ilaveten, koordine edilmiş etkiler çerçevesinde, *Sagem/Ingenico*¹⁹¹ kararında tarafların birleşmeyle elde edecekleri maliyet avantajları işbirliğini zorlaştırıcı bir etken sayılmıştır.

*GıdaSa/MGS*¹⁹² kararında ise 1997/1 sayılı Tebliğ'in değerlendirmede dikkate alınacak hususları içeren 6. maddesindeki tüm kriterlerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanarak, taraflarca bir etkinlik savunması getirilse bile önceliğin piyasalardaki rekabetçi yapının korunması olduğu belirtilmiştir. Buna göre, hakim durum yaratan birleşmeler bakımından ekonomik etkinlik kazanımlarından doğan olumlu etkilerin, hakim durum yaratılmasından kaynaklanan zararları bertaraf etmesinin pek olası görünmediği de ifade edilmiştir.

Bunlara ek olarak, etkinlik savunmasına daha açık bir şekilde yer veren iki Kurul kararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan *Lafarge/OYAK*¹⁹³ kararı, hakim durum analizlerinde üzerinde durulması gereken kriterler arasında alıcı gücü ve pazara giriş engelleri gibi unsurların yanı sıra etkinliklerin de sayılması bakımından önemlidir. Bununla birlikte, kararda çimento pazarının özellikleri nedeniyle birleşme sonrası ölçek ve kapsam ekonomileri kaynaklı birim maliyetlerde düşüş yaratacak etkinliklerin oluşma ihtimalinin zayıf olduğu değerlendirilmiştir. Taraflarca ise doğrudan doğruya rekabetçi endişenin oluşacağıın öngörüldüğü çimento pazarı özelinde herhangi bir etkinlik argümanı sunulmamış, sadece herhangi bir rekabetçi endişenin öngörülmediği hazır beton pazarına ilişkin maliyet tasarrufu iddiası getirilmiştir. Ancak Kurul, kararda rekabetçi endişenin oluştuğu pazardan farklı bir pazarda gerçekleşeceği ileri sürülen etkinlik savını değerlendirmeye almamıştır.

¹⁸⁹ 16.05.2007 tarih, 07-41/452-174 sayılı karar.

¹⁹⁰ 21.10.2009 tarih, 09-48/1203-304 sayılı karar.

¹⁹¹ 24.01.2008 tarih, 08-08/89-29 sayılı karar.

¹⁹² 07.02.2008 tarih, 08-12/130-46 sayılı karar.

¹⁹³ 18.11.2009 tarih, 09-56/1338-341 sayılı karar.

En detaylı etkinlik iddialarının sunulduğu *Çamlıbel Elektrik Dağıtım Özelleştirmesi*¹⁹⁴ kararında ise, elektrik ve doğalgaz şebeke faaliyetlerini aynı anda yürüten şirketlerce yakınsayan pazarlar bağlamında bir etkinlik savunması getirilmiştir. Söz konusu etkinlik iddialarının izin kararı verilmesinde, ana etken olmamakla birlikte, önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Doğalgaz piyasasının büyük bölümünün henüz yatırım aşamasında olmasının, elektrik piyasasının ise olgunlaşmış olmakla birlikte dağıtım faaliyetleri bakımından birtakım yatırımlara ihtiyaç duymasının, etkinliklere önem atfedilmesine zemin hazırladığı anlaşılmaktadır. Kararda, maliyet tasarrufu iddiaları 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde yer alan “*son tüketicilerin menfaatleri*” hükmüne dayanılarak dikkate alınmıştır. Ancak, söz konusu iddiaların hangi tür kanıtlar sunularak ispatlandığına kararda yer verilmemiştir. Buna ek olarak, birleşmeye özgülük koşulu dile getirilmeden de olsa toplam dağıtım maliyetlerinde % 5-10 civarında gerçekleşmesi öngörülen maliyet tasarruflarının yakınsamadan kaynaklı sinerjilere özgü olan kısmının %2-4 oranında olduğu belirtilmiş ve karşılaştırma analizi bakımından bu kısım dikkate alınmıştır.

Diğer yandan, toplam dağıtım maliyetlerine ilişkin olan bu etkinliklerin marjinal maliyeti ne ölçüde etkileyeceği sorgulanmamıştır. Bu durumun tüketiciye yansıma koşulunun düzenleyici kurum tarifeleri ile güvence altına alınabileceğinin öngörülmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Dolayısıyla, maliyet tasarruflarının gerçekleşeceğine ilişkin ikna edici kanıtların öne sürülmüş olduğu varsayılsa dahi tüketiciye yansıma koşulunun sağlanması birtakım öngörülere dayanmaktadır. Şöyle ki, kararda maliyetlerde gerçekleşecek azalmanın, ancak T.C. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından dağıtım bedellerinin tarifelere yansıtılması durumunda tüketici bakımından olumlu sonuçlar ortaya çıkaracağı belirtilmiştir. Rekabet Kurumu'nun, buna yönelik mevzuat değişiklikleri bakımından sürece zamanında dahil edilmesi gereği vurgulanmakla birlikte, tüketiciye yansıma ölçütüne ilişkin herhangi başka bir değerlendirme yapılmamıştır. Esasında, düzenleyici kurumun varlığı, ABD'de hastane birleşmelerinde etkinlik savlarına daha olumlu yaklaşılmasının gerekçesine benzer bir güvence olanağı yaratmaktadır. Tüketiciye yansımaya ilişkin söz konusu güvenceden faydalanabilmek için ise, inceleme konusu birleşme özelinde, tarifeleri tüketiciye yansımayı sağlayacak şekilde değiştireceğine ilişkin EPDK'dan alınacak bir teminata ihtiyaç vardır.

¹⁹⁴ 08.04.2010 tarih, 10-29/437-163 sayılı karar. Etkinliklere ilişkin olarak bu karardakine benzer değerlendirmeler 08.04.2010 tarih ve 10-29/438-164, 10-29/439-165, 10-29/440-166 sayılı kararlar ile 11.03.2010 tarih ve 10-22/296-106, 10-22/297-107, 10-22/298-108 sayılı kararlarda da mevcuttur.

Öte yandan, karara göre maliyetlerdeki düşüş hesaplanabilir olmasına rağmen (%2-4 oranında), potansiyel rekabetin ortadan kalkmasının ileride fiyatları ne şekilde etkileyeceğine ilişkin bir hesaplama yapılması mümkün olmamaktadır¹⁹⁵. Bu durumun nedeni, dağıtım özelleştirmeleri kapsamında perakende piyasalarındaki rekabete ilişkin yapılan değerlendirmelerin geçiş dönemi sonrasına ilişkin öngörülerini içermesidir. Bu itibarla karşılaştırma analizi, küçük ölçekli şehirlerdeki çakışmalarda ölçek ekonomisinden kaynaklı etkinliklerin ön planda tutulması, büyük ölçekli şehirlerdeki çakışmalarda ise rekabeti sınırlayıcı etkilerin ağır bastığının kabul edilmesi şeklinde bir öngörüye dayanılarak yürütülmüştür¹⁹⁶.

4.1.1.3. Etkinlik Argümanlarının Yorumsuz Olarak ya da Genel Nitelikli Bir Değerlendirmeyle Sunulduğu Kurul Kararları

Bazı Kurul kararlarında tarafların çoğunlukla detaylandırmadan sunduğu etkinlik iddialarına, herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, işlemin gerekçeleri kapsamında ya da savunmalara ilişkin bölüm içerisinde yer verilmiştir¹⁹⁷. Bazı kararlarda ise, tarafların iddiaları çerçevesinde kısa ve genel nitelikli bir değerlendirmeyle birleşmenin birtakım etkinlikler sağlayacağını kabul edildiğine işaret eden ifadeler kullanılmıştır¹⁹⁸. Bununla birlikte, anılan kararlarda esasında pazarın rekabetçi bir yapıda olması veya pazara giriş engellerinin bulunmaması gibi sebeplerle incelemeye konu birleşmelerin rekabetçi endişe doğurur nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla bu kararlarda yer verilen etkinlik iddialarının ulaşılan sonuca ne ölçüde katkı sağladığı belirgin değildir.

4.2. REFAH STANDARDI

Kanun'un 7. maddesi tüketicilere ilişkin herhangi bir atf içermemekle birlikte 1997/1 sayılı Tebliğ'de "*aracı ve son tüketicilerin menfaatleri*", birleşmelerin değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlar arasında sayılmıştır.

¹⁹⁵ Kararlarda temel rekabetçi endişe potansiyel rekabetin ortadan kaldırılmasıdır. Elektrik dağıtım firmalarının görevli oldukları bölgelerin serbestleşme sürecinde rekabete açılmasıyla birlikte, perakende satışlar bakımından potansiyel rakiplerin aynı bölgede görevli olan doğal gaz dağıtım firmaları ya da başka bölgelerde görevli elektrik dağıtım firmaları olacağı öngörülmektedir.

¹⁹⁶ 2010/4 sayılı Tebliğ sonrasına ilişkin bir karar olan 03.03.2011 tarih, 11-12/240-77 sayılı *İstanbul Anadolu Yakası, Akdeniz, Toroslar Elektrik Dağıtım Özelleştirmesi* kararında, Toroslar özelinde etkinlik argümanlarına tekrardan açıkça vurgu yapılmamakla birlikte, önceki kararlara kıyasla görece daha büyük ölçekli bir çakışmaya izin verilebildiği görülmektedir.

¹⁹⁷ Örneğin bkz. 21.08.2007 tarih, 07-65/804-299 sayılı karar; 24.01.2008 tarih, 08-08/91-31 sayılı karar; 15.12.2008 tarih, 08-71/1150-447 sayılı karar; 06.01.2010 tarih, 10-01/6-4 sayılı karar; 29.11.2007 tarih, 07-88/1106-429 sayılı karar.

¹⁹⁸ Örneğin bkz. 27.02.2001 tarih, 01-10/102-25 sayılı karar; 08.10.2001 tarih, 01-48/486-121 sayılı karar; 28.05.2002 tarih, 02-32/367-153 sayılı karar; 11.07.2002 tarih, 02-43/504-209 sayılı karar; 11.05.2006 tarih, 06-33/410-107 sayılı karar.

Anılan hususa, 2010/4 sayılı Tebliğ’de de “*tüketicilerin menfaatleri*” şeklindeki ifadeyle yer verilmektedir. Buna ek olarak, aynı maddede etkinliklerin dikkate alınabilmesi için tüketicinin yararına olması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu hükümler, tüketici refahı temelli bir standardın esas alındığına açıkça işaret etmektedir. Mevzuatla da uyumlu olan bu uygulama, Kanun’un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf tutulabilmenin şartlarına ilişkin 5. maddesinin (b) bendinde, “*tüketicinin bundan yarar sağlaması*” koşulunun bulunması ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. maddesinin (e) bendinde “*tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*”nın kötüye kullanma hallerinden biri olarak sayılması ile de paralellik arz etmektedir. Ayrıca, *Canan Kozmetik /Loreal*¹⁹⁹, *Legrant/Schneider*²⁰⁰, *Demirdöküm/Vaillant*²⁰¹, *Lafarge/OYAK*, *Novartis/Alcon*²⁰², daha önce sayılan elektrik dağıtım özelleştirme kararlarında da tüketici refahı vurgusu bulunmaktadır. Diğer yandan, mevzuat ve kararlarda fiyat ya da tüketici fazlası standardı şeklinde bir tercih göze çarpmamaktadır. Dolayısıyla Türkiye uygulaması bakımından tüketici refahı temelli bir standardın esas alındığı yorumunu yapmak mümkündür.

4.3. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ’İN GETİRDİKLERİ

2004 yılı öncesinde AB’de etkinlik suçlaması uygulamasına ya da özellikle etkinlik savunmasının kabulünün mümkün olmadığına yönelik eleştiriler, büyük ölçüde 4064/89 sayılı Tüzük’ün 2(1)(b) maddesinde etkinlik savunmasına temel teşkil ettiği kabul edilen ifadelerde yer alan rekabete engel oluşturmama koşulunun varlığına dayandırılmıştır. Benzer bir düzenleme 1997/1 sayılı Tebliğ’de de bulunmakta iken, 2010/4 sayılı Tebliğ’in 13(1) maddesiyle bu düzenlemeden “*rekabet engeli şeklinde olmama*” koşulu çıkarılmıştır. Anılan maddede “*teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler*” hususuna da yer verilmeyerek, bunların yerine sadece “*tüketici yararına olan etkinlikler*” ifadesi getirilmiştir. Rekabet engeli şeklinde olmama koşulunun kaldırılmasının etkinlik savunmasının kabulünün mümkün olmayacağı yönünde AB’de getirilen eleştirilerin, önemli bir kısmını karşıladığını söylemek mümkündür. Diğer yandan, etkinlik savunmasının uygulanabilirliğine ilişkin, halihazırda geçerli olan hakim durum testi ile bağlantılı olarak aşağıda sunulacak olan yorumlar ise geçerliliğini korumaktadır.

Her ne kadar, AB’de esasa ilişkin test değişikliğine ihtiyaç duyulmasının ana sebeplerinden biri etkinlik savunmasının işletilebilmesi değilse de²⁰³,

¹⁹⁹ 03.01.2008 tarih, 08-01/12-9 sayılı karar.

²⁰⁰ 08.10.2001 tarih, 01-48/486-121 sayılı karar.

²⁰¹ 21.08.2007 tarih, 07-65/804-299 sayılı karar

²⁰² 08.07.2010 tarih, 10-49/929-327 sayılı karar.

²⁰³ Esasa ilişkin testin değiştirilmesi gerektiği tartışmasının temelini hakim durum testinin kapsamındaki açık iddiası oluşturmaktadır (Artürk 2008, 37).

esasa ilişkin testin değişimi ile etkinlik savunmasının 139/2004 sayılı Tüzük ve AB Rehberi'nde açıkça yer bularak hukuki anlamda tanınması eş zamanlı gerçekleşmiştir. Tüm bu değişikliklerin eş zamanlı gerçekleştirilmesi, etkinlik savunmasının herhangi bir soru işaretine yer bırakmadan uygulamaya konulabilmesi bakımından faydalı olmuştur. Yine de, test değişimi ve etkinlik savunmasına mevzuatta açıkça yer verilmesinin eş zamanlı yapılması arasında bir neden-sonuç ilişkisinin var olup olmadığı doğrudan ortaya konulmamıştır. Bu bağlamda, Türkiye'nin 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesiyle birlikte AB'de birebir deneyimlenmemiş bir sürece girdiği söylenebilecektir.

Diğeryandan, 2010/4 sayılı Tebliğ'inde yer alan Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu'na (Bildirim Formu) eklenen birleşmeden kaynaklanan etkinliklere ilişkin sorular ile birlikte savunma kaçınılmaz olarak daha sık gündeme gelmeye başlayacaktır. Türkiye uygulaması bakımından halihazırdaki en önemli konu, hakim durum testinin etkinlik savunmasının uygulanabilirliği üzerindeki etkisidir. Teoride, etkinlik savunması hakim durum testi altında da mümkündür. Ancak, ağırlıklı görüş uygulamada savunmanın işletilebilirliğinin, etki temelli analize işaret eden SLC testinin benimsendiği durumda daha kolay olduğu yönündedir (OECD 2002, 10). Bu çerçevede, halihazırda uygulanmakta olan hakim durum testinin kullanımının etkinlik savunması bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle hakim durum testi ile halihazırda etkinlik savunması uygulaması için en uygun test görünümündeki SLC testinin karşılaştırılması yapılacaktır. Daha sonra, mevcut hakim durum testi altında nasıl bir uygulama izlenmesi gerektiği ele alınacaktır. Son olarak ise gündemde olan Kanun değişikliğiyle SIEC testine geçişin etkinlik savunması uygulamasını ne yönde etkileyeceği üzerinde durulacaktır.

4.3.1. Hakim Durum Testi ve SLC Testinin Etkinlik Savunması Bakımından Karşılaştırılması

Hakim durum testi ile SLC testini karşılaştıran Arıtürk (2008, 21-22), hakim durum testi altında birleşmelere müdahale edilirken SLC testinde olduğu gibi rekabet yoğunluğunda gerçekleşecek nispi azalma yerine esaslı pazar gücünün (fiyatları karlı ve kalıcı bir biçimde marjinal maliyetin oldukça üstünde tutabilme imkanı) ve lider-eşsiz bir konumun oluşup oluşmadığına odaklanıldığını vurgulamıştır. Buna göre, SLC testi altında ilgili pazardaki rekabetin yoğunluğu yüksek bir düzeyden henüz sakıncalı olmayan orta bir düzeye düşse bile birleşmeye müdahale edilebilmektedir. Bu bağlamda, SLC testi altında yasaklama eşiğinin daha düşük olması, Gülergün (2003, 205) tarafından da vurgulandığı üzere etkinlik savunmasının dengeleyici rolünü ortaya çıkarmakta ve savunma daha anlamlı ve işler bir mekanizmaya sahip olmaktadır. Bir başka deyişle, hakim

durum testinden farklı olarak SLC testi altında müdahale edilebilecek olan, özellikle tek taraflı etki senaryosu çerçevesinde fiyat artışına yol açabilecek ve rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek ancak hakim durum seviyesine ulaşmayan birleşmelerde (*gap cases*)²⁰⁴ etkinlikler fark yaratabilmektedir (Fingleton 2003, 7). Örneğin, daha büyük ölçekli ve düşük maliyetle üretim yapan pazar lideri karşısında, etkin olmayan görece küçük firmaların birleşmesi bu türden bir etki doğurabilmektedir.

Buna ek olarak, SLC testi etkinliklerin esasa ilişkin testin içine dahil edilmesi bakımından daha uygun bir zemin hazırlamaktadır. SLC testi, pazar tanımı ve pazar paylarının rekabeti sınırlayıcı etkilerin belirlenmesinde kritik bir rol oynamaması sebebiyle, hakim durum testinden farklı olarak yapısal göstergelerle sınırlı kalmama imkanı tanımakta ve birleşme sonrası fiyat artışı gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine daha doğrudan odaklanmaktadır (OECD 2009, 16). Bu itibarla, SLC testinin etkinliklerle doğrudan ilişkili olan iktisadi etkilere dayalı bir analiz için daha elverişli olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, SLC testi altında etkinlikler çok daha kolay bir şekilde değerlendirmenin doğal akışına dahil edilebilmektedir.

Diğer yandan, hakim durum testi altında etkinlik suçlaması adı verilen uygulamanın testin yapısı gereği ortaya çıkabilme riskinin daha yüksek olduğu da söylenebilecektir. Hakim durum testi rakiplerin, sağlayıcıların ve tüketicilerin birleşme sonrası tepkisel davranışları sonucunda oluşacak pazar denge fiyatı ve üretim miktarından ziyade, dengeli bir pazar yapısını koruma endişesiyle, birleşen taraf karşısındaki konumlarını temel alabilmektedir. Bu nedenle, rakiplerin rekabet edebilme yeteneklerinin korunması adına, birleşen firmanın rakiplerine kıyasla sahip olacağı teknik ve benzeri avantajların hakim durumun göstergelerinden biri olarak rekabetçi endişelerle ilişkilendirilmesi söz konusu olabilmektedir²⁰⁵. Özellikle, anılan avantajların rakiplerce taklit edilebilmesi zor etkinliklere ilişkin olması halinde bu ihtimal daha yüksektir. Bunlara ek olarak belirtmek gerekir ki, özellikle rekabet yoğunluğunun düşük olduğu pazarlarda, hakim durumdaki firma tarafından gerçekleştirilen birleşmeler bakımından, hakim durum testi SLC testine kıyasla daha katı olabilmektedir. Birleşme sonrası pazar gücünde herhangi bir değişim öngörülmemesine rağmen, birleşmeyle pazar gücünün korunacak

²⁰⁴ Hakim durum testindeki “açık kuramı”na göre, hakim durum testi SLC’den farklı olarak, tek taraflı etkiler çerçevesinde fiyat artışlarına yol açabilmesine rağmen hakim durum yaratmayacak birleşmelere müdahale edememektedir. (Aritürk 2008, 20). Örneğin ABD’de etkinlik savunmasının Bölge Mahkemesi tarafından kabul edildiği *Heinz* kararı bu türden birleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Zira, birleşme pazardaki lider firmayı değil ikinci ve üçüncü firmaları içermektedir (OECD 2009, 25).

²⁰⁵ Röller vd. (2000, 68) tarafından da teknik avantajların hakim duruma katkı sağlayan bir unsur sayılabildiğine dikkat çekilmiştir.

olması yasaklama için yeterli görülebilmektedir (OECD 2002, 38-39). Testin güçlendirme kısmına ilişkin bu uygulamanın etkinlik savlarının varlığı halinde daha kolay gündeme gelebilmesi mümkündür.

Tüm bu farklılıklara rağmen, OECD'ye yapılan açıklamalarda birçok ülke, uygulamada tüm rekabet otoritelerince birleşmelere etkinlik temelinde izin verme konusunda temkinli davranıldığını dikkate alarak, esasa ilişkin testlerin yarattığı farklılıklara çok fazla önem atfedilmemesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir (OECD 2002, 10). Buna ek olarak, Montalcino (2003, 179) söz konusu farklılıkların aynı sebeple temelde önem arz etmediği savını paylaşmaktadır. Drauz (Renckens 2007, 167'den naklen) da etkinlik savunmasının kabulünü kolaylaştıran ya da zorlaştıran unsurların esasa ilişkin testten ziyade refah standardı seçimi ve ispat standardının yüksekliğiyle ilişkili olduğu görüşündedir.

4.3.2. Hakim Durum Testi Altında Etkinlik Savunmasının Durumu

AB'de 2004 yılındaki reformun hemen öncesinde gerçekleştirilen tartışmalarda, hakim durum testinin etkinlik savunmasının işletilmesini zorlaştırabileceği üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, Yeşil Kitap'a gönderilen görüşlerin birçoğu hakim durum testi değiştirilmeden ve hatta 4064/89 sayılı Tüzük'ün lafzı değiştirilmeden de etkinlik savunmasının uygulanmasının mümkün olduğu yönündedir (Lowe 2002, 7).

Yeşil Kitap'a gönderilen bir kısım görüşe göre ise etkinlik savunmasının uygulanabilmesi adına, Zampa, (2003, 603), Venit (2003, 265) ve De la Mano (2002, 33-36) tarafından da savunulduğu gibi, hakim durum testi iki aşamalı bir test olarak yorumlanabilecektir. Buna göre, birleşmelerin yasaklanması için birinci aşama olan hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi gerekli koşul sayılmakla birlikte yeterli koşul sayılmamakta ve ikinci aşama olan rekabetin önemli ölçüde azaltılması analizi içerisinde etkinlik savunması işletilebilmektedir.

*Schneider Electric*²⁰⁶ ve *Air France*²⁰⁷ kararlarında Genel Mahkeme, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*²⁰⁸ kararında ise Komisyon tarafından hakim durum testinin iki aşama içerdiği yönünde ifadeler kullanıldığı söylenebilecektir. Yine de, testin iki aşama içerip içermediği belirginlik kazanamamış (Luescher 2004, 74) ve uygulamada çoğu zaman birinci aşamanın ispat edilmesi ikinci aşamanın da ispatı için yeterli sayılmıştır (Renckens 2007, 165). Bunlara paralel olarak, Arıtürk (2008, 17) iki aşamalı yaklaşımın AB uygulamasına tam olarak

²⁰⁶ Case T-310/01 *Schneider Electric SA v Commission* ECR II-4071, (2002), para.380.

²⁰⁷ Case T-2/93 *Air France v Commission* ECR II-323 (1994), para.79.

²⁰⁸ IV/M.053, para.53; 72. Kararda hakim durumun ancak geçici bir nitelik taşıması halinde rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı belirtilmiştir.

tutarlı bir şekilde yansıtılmadığı görüşündedir. Arıtürk'e göre (2008, 68), benzer şekilde Türkiye uygulamasında da Kurul'un,

“..hakim durum testini birbirinden bağımsız iki aşamalı olarak uygulamaktan ziyade hakim durum eşiğinin geçilmesine odaklandığı veya her iki aşamayı bir bütün içerisinde değerlendirdiği, hakim durum eşiğinin geçilmesine ilişkin tespitte bulunduktan sonra etkin rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediğine dair ayrı bir değerlendirme yapmama eğiliminde olduğu...”

görülmektedir. Kurul'un son dönem kararlarına bakıldığında da genel itibariyle bu eğilimin devam ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, *Anadolu İletişim/Lapis*²⁰⁹ kararında söz konusu genel eğilimden farklı bir yaklaşım sergilenmiştir. Nitekim, kararda hakim durum testi iki aşamalı olarak uygulanmıştır. Buna göre, pazarın yapısında önemli bir değişiklik oluşmayacağından hareketle, rekabetin önemli ölçüde azaltılması koşulunun sağlanmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bundan dolayı da, tarafların ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığına ya da birleşme sonrasında böyle bir durumun yaratılıp yaratılmayacağına tespitine gerek kalmadığına hükmedilmiştir. Buna ek olarak *Çamlıbel Elektrik Dağıtım Özelleştirilmesi* kararında ise, etkinlikleri içeren yakınsayan pazarlar bakımından yapılan analizde, hakim durum yaratılıp yaratılmayacağına belirlenmesine ilaveten, bu durumun rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurup doğurmayacağına da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, etkinlik bağlamında birleşmenin fiyat üzerindeki etkilerine de vurgu yapılmaktadır. Buna karşın testin iki aşamalı yorumlanması yaklaşımı kararın bütününde gözlemlenmemektedir. Şöyle ki, birleşmenin yatay ve dikey etkilerine ilişkin yürütülen analizde, testin ikinci aşamasına herhangi bir vurgu yapılmadan sadece birleşmeyle hakim durum yaratılıp yaratılmayacağına odaklanılmaktadır²¹⁰.

Tek aşamalı uygulamada ise hakim durumun, Kanun'un 3. maddesinde rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü şeklinde tanımlanmakta olması önem kazanmaktadır. Bu tanım çerçevesinde ve fiyat analizi odaklı olmayan AB uygulaması ışığında, Gülergün'e göre (2003, 193-194),

²⁰⁹ 17.07.2008 tarih, 08-45/638-242 sayılı karar.

²¹⁰ 16.12.2010 tarih, 10-78/1643-608 sayılı *Boğaziçi-Gediz-Trakya-Dicle Elektrik Dağıtım Özelleştirilmesi* kararında ise, birleşme özelinde potansiyel rekabet analizinin yakınsayan pazarlardan ziyade farklı bölgelerdeki elektrik dağıtım firmaları bakımından önem taşıdığı belirtilmektedir. Nitekim, yatay etkilere odaklanan bu kararda rekabetin önemli ölçüde azaltılması hususuna vurgu yapmayan tek aşamalı bir hakim durum testinin uygulandığı görülmektedir.

“Etkinlik kazanımlarıyla fiyatı düşürme güdüsüne sahip birleşmiş teşebbüs, fiyat gibi rekabet değişkenlerini etkileyebilecek güce sahip olabileceğinden hakim durumda sayılacak ve bu durumda rekabet önemli ölçüde engellenmiş olacaktır. Böylece tüketici faydasına bir durumda etkinlik düzeneği devre dışı kalacaktır.”

Komisyon Rekabet Eski Genel Müdürü Lowe (2002, 8) de etkinlik kazanımlarının, birleşen tarafların rakip veya müşterilerinden bağımsız hareket edebilme yeteneklerini engelleyemeyeceğine dikkat çekmiş ve bu durumun etkinlik savunmasının geçerliliğini sınırlandıracağını belirtmiştir.

Birleşen firmanın, etkinlik kazanımlarıyla fiyatı düşürme güdüsüne sahip olacağına ilişkin değerlendirmenin, bu güdüye sahip olmasını sağlayacak yeterli düzeyde rekabetin kalacağından emin olunması ile ilişkilendirilmesi yönünde genel bir eğilim bulunmaktadır. Bu çerçevede, birleşme sonucu hakim durum yaratıldığı ve özellikle güçlendirildiğinde birleşen firmanın etkin ve yenilikçi kalmasını sağlayan yeterli rekabetçi baskının bulunmayacağı ve bu nedenle etkinlikler ortaya çıkacak olsa dahi tüketiciye yansıtılmayacağını söylemek mümkündür. Buna karşın, birleşen firmanın birleşme sonrası etkinlik kazanımlarını tüketiciye yansıtma güdüsüne sahip olacağı kanaatine ulaşılması halinde, bu kanaat bir anlamda rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edemeyeceği yorumunu da beraberinde getirecektir. Bu yorumla etkinlik savunması, tüketici refahı standardının benimsendiği durumda, hakim durum bulgusunu zorlaştırıcı ilave bir unsur olarak hakim durum testi altında da işletilebilecektir. Ancak uygulamada savunma sadece hakim durum yaratılıp yaratılmayacağı bakımından sınırdaki birleşmelerde fark yaratabilecektir. Bir başka deyişle, etkinlikler birleşme sonucunda hakim durum yaratılıp yaratılmayacağına ilişkin tespitin sağlanmasının yapılmasına veya gözden geçirilmesine imkan verebilecektir.

Öte yandan, 2010/4 sayılı Tebliğ’de etkinlik savunmasının teşvik edilmesi yönünde ortaya konulan irade sonrası, Kurul’un hakim durum testinde iki aşamalı bir uygulamayı esas alması mümkündür. Dolayısıyla, hakim durum yaratılacak ya da güçlendirilecek olsa dahi etkinlik iddiaları kabul gördüğü noktada rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmayacağı gerekçesiyle birleşmeye izin verilebilecektir. Esasında *Çamlıbel Elektrik Dağıtım Özelleştirilmesi* kararında etkinliklerin incelendiği yakınsayan pazarlar özelinde benzeri bir değerlendirme yapıldığı söylenebilecektir. Yine de, bu türden bir yaklaşım benimsenmediği takdirde de etkinlik savunmasının sınırlı durumlarda işletilmeye devam edilmesinin sağlanabileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede etkinliklerin, *Lafarge/OYAK* kararındaki gibi alıcı gücü veya pazara giriş engellerine benzer şekilde hakim durum analizlerinde dikkate alınan unsurlardan biri olarak konumlandırılması mümkündür.

Diğer yandan, 2010/4 sayılı Tebliğ'de sadece “tüketici yararına olan etkinlikler” şeklinde bir ifadenin tercih edilmiş olmasına rağmen, etkinlik savlarının, hakim durum testinin yapısı gereği, Kurul tarafından etkinlik suçlaması şeklinde kullanıldığı kararların da ortaya çıkma ihtimali devam etmektedir. Bu bağlamda, Kurul’un 2011 yılı öncesi ile Komisyon’un 2004 yılı öncesi kararlarında gözlemlenen tutarsızlıkların devam etme riski mevcuttur. Bu itibarla, 2010/4 sayılı Tebliğ’de “rekabet engeli şeklinde olmama” ifadesinin kaldırılmış olması da dikkate alınarak, Kurul’un etkinlik suçlaması şeklinde yorumlanabilecek türden kararlar almaktan kaçınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

4.3.3. Öngörülen Kanun Değişikliği Sonrası - SIEC Testi Bakımından Bir Değerlendirme

Kanun değişikliğine ilişkin “*Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Alt Komisyon Metni*”nde²¹¹ 7. maddenin esasa ilişkin teste yönelik hükümlerinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi ve esasa ilişkin test olarak AB’de uygulanan SIEC testinin benimsenmesi öngörülmektedir:

“Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir mal veya hizmet piyasasında, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla veya başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır.”

Kanun değişikliği ile benimsenecek olan SIEC testi, rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını esas değerlendirme ölçütü haline getirmekte ve hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesini ise rekabetin önemli ölçüde engellenmesi haline bir örnek niteliğinde ele almaktadır.

SIEC testi, “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” kavramının birleşme sonrası fiyat veya kalite gibi rekabet unsurlarında meydana gelecek değişikliklerle doğrudan ilişkilendirilmesi suretiyle etkilerinin daha iyi analiz edilebilmesini sağlayacaktır. Bu yolla etkinliklerin esasa ilişkin testin içine anlamlı bir şekilde dahil edilebilmesi de sağlanabilecektir. SIEC testi, rekabeti sınırlayıcı etkileri hakim durum kavramının ötesine çıkarmak bağlamında SLC’ye eşdeğer kabul edilmektedir (OECD 2009, 22). Bu bağlamda, hakim durum testi altında etkinlik savunmasının işletilebilmesi ancak yukarıda yer verilen yorumlar çerçevesinde kısmen mümkün olabilmekle birlikte anılan Kanun değişikliği, savunmanın birleşmelerin kontrolüne anlamlı ve işler şekilde dahil edilebilmesini temin eder niteliktedir.

²¹¹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

Gülgün (2003, 193-194) AB için yaptığı bir değerlendirmede,

“...Topluluk [AB] rekabet hukukunda “rekabet” firmaların fiyat üzerindeki etkisinin ötesinde pazardaki oyuncu sayısı ve bunların göreceli büyüklüğü ile ölçüldüğünden, etkinlik tartışmasının bir savunma olarak görülmesi mevcut sistemin tutarlılığı açısından isabetli olacaktır.”

görüşünü dile getirmiştir. Etkinlik savunmasının tanımına uygun bir şekilde gerçek bir savunma olarak işletilmesi yönteminin tercih edilmesi mümkünse de, hukuki bir zemine yerleştirilebilmesi için Kanada örneğinde de görüldüğü üzere mevzuatta açıkça yer bulmasına ihtiyaç vardır. Zira, bu türden bir uygulama, hakim durum yaratılacak/güçlendirilecek veya rekabet önemli ölçüde azaltılacak olmasına rağmen etkinlik savunmasıyla birleşmeye izin verilmesi anlamına gelecektir. Diğer yandan, AB Rehberi (2004, para.4) test değişimi sonrasında da birleşmenin ortak pazara aykırı olduğuna hükmeden kararların çoğunun hakim durum bulgusuna dayanmaya devam etmesinin beklendiğini belirtmektedir. Bu durumun Türkiye uygulamasında da geçerli olması muhtemeldir. Bununla birlikte, Kurul’un öncelikli ölçüt olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını esas alması halinde, etkinliklerin esasa ilişkin testin bir parçası olarak ele alındığı bir sistem kendi içinde tutarlı olacaktır. Bunun sağlanabilmesi için de rakiplerden bağımsız davranabilme, rakiplere kıyasla sahip olunan üstünlük ve rakiplerin rekabet edebilirliği gibi değerlendirme kriterlerinin ikincil nitelikli olması gerekmektedir. Bu doğrultuda değerlendirmenin merkezinde, iktisadi tekniklerden de faydalanılarak yürütülecek etki temelli bir analiz yer almalıdır.

4.4. TÜRKİYE UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

2010/4 sayılı Tebliğ’deki “tüketici yararına olan etkinlikler” ifadesi etkinliklerin Kurul tarafından sadece olumlu anlamda ele alınacağı yönünde bir izlenim vermektedir. Ancak, uygulamanın da bu yönde gelişmesinin, teşebbüslerin maliyet tasarrufu elde etmeleri konusunda caydırıcı olunmaması ve Kurul kararlarında tutarlılık sağlanabilmesi bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

2010/4 sayılı Tebliğ’in uygulamaya konulmasıyla birlikte sıklıkla gündeme gelebilecek olan etkinlik savlarının değerlendirmede nasıl ele alınacağına ilişkin belirsizliklerin açıklayıcı bir rehber yoluyla giderilmesi önemlidir. Bu çerçevede belirtilmesi gereken bir diğer nokta da, Bildirim Formu ile etkinliklere ilişkin talep edilen bilgi ve belgelere birtakım ilaveler yapılması gereğidir. Bu bağlamda, Bildirim Formu ile taraflardan iddialarına ilişkin destekleyici belgeler ve birleşmeye özgünlük koşuluna yönelik olarak etkinliklerin neden rekabeti

daha az sınırlayıcı yollarla sağlanamayacağına ilişkin açıklama talep edilmelidir. Sayısallaştırılan maliyet tasarrufu iddialarının ise, sabit ve marjinal maliyet tasarrufları bakımından ayrıştırılarak sunulmasının istenmesi faydalı olacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki, AB'deki uygulamaya benzer şekilde, söz konusu iddiaların bildirim aşamasında öne sürülmemiş olsa dahi ilerideki bir aşamada her zaman öne sürülebilmesinin önünde herhangi bir engel olmamalıdır.

Öte yandan, ampirik bulguların da işaret ettiği üzere etkinlik kazanımlarının iddia edilmesi kolay olmakla birlikte, gerçekleştirilmesi her durumda mümkün olmayabilmektedir. Birleşme sonrası yeterli rekabetçi baskının bulunmaması ve bu bağlamda ortaya çıkabilecek olan x-etkinsizlikleri ya da firmaların bütünleşme sürecinde yaşayabilecekleri çeşitli sorunlar gibi nedenlerle iyi niyetle öne sürülen etkinlik kazanımları da gerçekleşmeyebilmektedir. Buna ek olarak, rekabet otoritesi ile taraflar arasında söz konusu kazanımlara ilişkin bilgi asimetrisinin varlığı da şüpheli bir yaklaşımı gerektirmektedir. Nitekim, birleşmelere verilen izin kararlarının kesinlik arz etmesi ve muafiyet kararlarında olduğu gibi ilerleyen dönemde yeniden değerlendirme imkanının bulunmaması da temkinli bir yaklaşımın gereğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, taraflarca öne sürülen etkinlik savlarına ilişkin temkinli bir yaklaşım ve ispat standardının yüksek tutulması esas olmalıdır. Eksik yaptırımdan kaçınmak bakımından bu türden bir yaklaşım faydalı olmakla birlikte, aşırı yaptırım riskine karşı önlem alabilmek adına da bu yaklaşımın etkinlik suçlaması noktasına varabilecek kadar ileri taşınmaması önemlidir. Buna ilaveten, AB ve ABD uygulamasında geçerli olan, rekabeti sınırlayıcı etkilerin büyüklüğü arttıkça daha yüksek düzeyde etkinlik kazanımının gerçekleşmesi gerektiğini ifade eden artan oran prensibinin benimsenmesi de uygun olacaktır.

Etkinlik iddialarının değerlendirilmesinde bazı durumlarda yerinde incelemeler özellikle faydalı olabilecektir. Buna ek olarak, rakiplerin ve müşterilerin görüşlerine de başvurulmalıdır. Ancak etkinliklere ilişkin rakip görüşlerinin, önceki bölümlerde yer verilen hususlar çerçevesinde, yanıltıcı olabilme ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, rakip görüşlerinin daha dikkatli ele alınması ya da tarafların görüşleri ile aynı düzeyde bir şüphelilikle değerlendirilmesi mümkündür.

Buna ek olarak, AB ve ABD uygulamasına paralel olarak tüketici refahı temelli bir standardı esas alan bir sistemde, esasa ilişkin testin parçası yönteminin SIEC testine geçiş sonrası geliştirilecek etki temelli analiz yaklaşımıyla uyumlu olacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede, yine söz konusu uygulamalar paralelinde, etkinlik iddialarının değerlendirilmesinde olay temelli analiz usulünün tercih edilmesi yerinde olacaktır. Diğer yandan, etkinlik savunmasının aktif kullanımı ve daha sonrasında gerçekleşmesi muhtemel, SIEC testine geçişin, iktisadi tekniklerin

kullanılması bağlamında kurumsal kapasitede değişiklikler gerektireceği ve donanımlı işgücü ile sağlıklı veri ihtiyacını artıracak dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede etkinlik iddialarının mümkün olduğu ölçüde sayısallaştırılması talep edilirken, değerlendirmede sayısallaştırılması zor olan dinamik etkinlikler de ihmal edilmemelidir.

Öte yandan, etkinlik savunmasının işlerliğine yönelik güçlükler esas olarak tüketici refahı temelli bir standardın yüksek düzeyde etkinlik kazanımı gerektirmesi, taraflarca öne sürülen etkinlik iddialarının gerçekleştirilmesinin kolay olmaması ve bu paralelde bilgi asimetrisi, ispat ve ölçümlemeye ilişkin zorluklarla bağlantılıdır. Bu doğrultuda, söz konusu güçlüklerin gerçekte esasa ilişkin test seçiminin ötesinde olduğu söylenebilecektir.

Sonuç itibarıyla, artan oran prensibinin benimsenmesi ile birlikte, etkinlik savunmasının hakim durum gibi esaslı bir pazar gücü seviyesi yaratan birleşmelerden ziyade hakim duruma ulaşılmadan tek taraflı etkilerin ortaya çıktığı birleşmelerde sonucu değiştirebilir nitelikte bir rol oynayabilme ihtimali daha yüksektir. Bunun yanı sıra etkinliklerin bazı durumlarda birleşmeye doğrudan izin verilmesini sağlamadan, Kurul'un daha dar kapsamlı çözümleri kabul etmesi yönünde bir etki doğurması da olasıdır. İşlevsel bir etkinlik savunması için en uygun test olmasa da, Türkiye uygulaması bakımından hakim durum testi altında da savunmanın belirli kısıtlar dahilinde işletilebilmesi mümkün görünmektedir.

SONUÇ

Etkinliklerin, birleşme değerlendirmelerinde olumlu anlamda dikkate alınmasını ifade eden etkinlik savunması ilk olarak, Williamson tarafından gerçekleştirilen ve yatay birleşmeler bakımından teorinin temelini oluşturan çalışmanın hemen ardından, 1968 yılında ABD’de gündeme gelmiştir. Bununla birlikte savunmanın şekillenmesi uzun bir süre almıştır. AB’de ise 2004 yılına kadar etkinliklerin değerlendirmedeki rolünde belirsizlikler olduğu ve hem etkinlik suçlaması niteliği taşıyan hem de zımni bir etkinlik savunmasına işaret eden kararlar bulunduğu görülmektedir. Etkinliklerin rolünün netleştirilmesi ve etkinlik savunmasının resmi anlamda kabulü ancak 2004 yılında 139/2004 sayılı Tüzük çerçevesindeki reformlarla gerçekleşmiştir.

ABD’de, etkinlikler esasa ilişkin testin parçası olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede, birleşmenin rekabetçi etkilerinden biri olarak değerlendirilen etkinliklerin rekabeti sınırlayıcı etkileri bertaraf edebildiği kanaatine ulaşıldığında, birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağı sonucuna varılarak birleşmeye izin verilmektedir. Yatay birleşmelerde taraflarca en sık öne sürülen etkinlik savlarına örnek olarak ölçek ve kapsam ekonomileri, üretimin rasyonel hale getirilmesi, satın alma ekonomileri, yönetime ilişkin etkinlikler ve dinamik etkinlikler verilebilir. Bu iddiaların dikkate alınabilmesi için öncelikle üç koşulu sağlaması gerekmektedir. Birinci koşul, etkinliklerin birleşmeye özgü olmasıdır. Buna göre, etkinliklerin sadece birleşme ile gerçekleşme ihtimali bulunmalıdır. İkinci koşul, etkinliklerin gerçekleşeceğinin sunulan detaylı bilgi ve belgelerle ispat edilmesidir. Taraflar ve rekabet otoritesi arasında etkinliklere ilişkin olarak bilgi asimetrisinin bulunması, ispat yükünün tarafların üzerinde olmasını ve yüksek bir ispat standardını beraberinde getirmektedir. Üçüncü koşul olan tüketiciye yansımaya koşulu ise etkinliklerin fiyat düşüşleri ve benzeri yollarla tüketiciye fayda sağlamasını ifade etmektedir.

ABD’de, etkinliklerin değerlendirildiği karşılaştırma analizi olası rekabeti sınırlayıcı etki ne kadar büyükse, etkinliklerin büyüklüğünün de o kadar fazla olması ve aynı oranda tüketicilere yansıtılması gerektiğini ifade eden artan oran prensibi temelinde yürütülmektedir. Mahkemelerin yaklaşımında da bu prensip

kendini hissettirmektedir. Hastane birleşmelerine ilişkin istisnalar bulunabilmekle birlikte, genel itibariyle yatay birleşmeler bakımından etkinliklerin önemli bulunduğu nihai kararların, yoğunlaşma seviyelerinin görece düşük olduğu birleşmeler ile sınırlı olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte etkinliklerin zaman zaman, FTC ve DOJ'un birleşmelere karşı çıkmama yönünde karar vermesi bakımından etkili olabildiği de vurgulanmalıdır.

AB'de refah standardı seçimi ve değerlendirme kriterleri genel itibariyle ABD'ye paraleldir. Etkinlik iddiaları ile karşılaşılan olay sayısının az olmasından kaynaklı içtihat eksikliği ile birlikte, halihazırda etkinliklerin yatay birleşmelerin kontrolünde marjinal bir rol oynadığını söylemek mümkündür. AB ve ABD yaklaşımları arasında rekabet hukukunun amaçları temelinde birtakım farklılıklar bulunabilse de, savunmanın etkililiği bağlamında bu iki uygulamanın birbirlerinden çok uzak noktalarda olmadıkları söylenebilecektir.

Etkinlik savunması uygulamasında refah standardı ve esasa ilişkin test seçimine paralel olarak birtakım farklılıklar gözlenebilmektedir. Tüketici refahı temelli standartlar, savunmayı pratikte uygulanamaz kılacak büyüklükte etkinlik kazanımları gerektirdiği yönünde eleştirilebilmektedir. Nitekim, toplam refah standardına yaklaşan melez bir standardı tercih eden Kanada, etkinlik savunmasına ilişkin daha liberal bir yaklaşım benimseyerek AB ve ABD'den farklılaşmaktadır. Ancak, refah standardı seçiminin, gerçekte iktisat biliminin bulgularını yansıtmaktan öte politik bir seçim niteliği taşımasından hareketle, Kanada'daki bu durumun ülke özelinde birtakım politikaları yansıtmakta olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ABD, AB ve bu paralelde bir uygulama yürüten diğer ülkeler bakımından, toplam refah standardının benimsenmesinin düşük bir ihtimal olarak kalacağı düşünülmektedir. Esasa ilişkin test bağlamında ise, teoride etkinlik savunmasının gerek hakim durum testi gerekse SLC ve SIEC testleri altında uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Ancak, ağırlıklı görüş savunmanın işletilebilirliğinin SLC veya SIEC testinin benimsendiği durumda daha kolay olduğu yönündedir.

Türkiye'de ise 2011 yılına kadarki döneme ilişkin 1997/1 sayılı Tebliğ altındaki uygulama incelendiğinde, taraflarca etkinlik savlarının nihai inceleme aşamasına giden birleşmeler de dahil olmak üzere pek fazla gündeme getirilmediği görülmektedir. Etkinliklere ilişkin değerlendirmeler içeren Kurul kararlarında ise, etkinliklerin hem etkinlik suçlaması izlenimi verecek hem de etkinlik savunmasının işletildiğine işaret eder şekilde ele alınabilmesi nedeniyle tutarlı bir yaklaşım gözlemlenmemektedir. Buna ek olarak kararlardan, tüketici refahını temel alan bir standardın esas alındığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi sonrası daha sık gündeme geleceği düşünülen etkinlik iddialarının öncelikle, Kurul tarafından etkinlik suçlamasına işaret eder biçimde ele alınmaması uygulamada tutarlılığın sağlanabilmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte, hakim durum testi altında savunmayı daha işlevsel kılmak adına, Kurul tarafından testin iki aşamalı olarak yorumlanması mümkündür. Ancak, savunmanın uygulanması için bu seçim zorunlu bir nitelik taşımamakta olup tek aşamalı yorumla da savunma, sadece hakim durum yaratılıp yaratılmayacağı bakımından sınırdaki birleşmelerde fark yaratabilecek şekilde işletilebilecektir. Uygulamada etkinlik savunmasının işlerliğine ilişkin güçlüklerin temelde esasa ilişkin test seçiminin ötesinde tüketici refahı temelli bir standardın gerekliliklerinin yerine getirilmesi, bilgi asimetrisi, ispat ve ölçümlemeye ilişkin zorluklarla bağlantılı olduğu söylenebilecektir. Sonuç olarak, Türkiye uygulaması bakımından hakim durum testi altında da etkinlik savunmasının belirli kısıtlar dahilinde işletilebilmesi mümkün görünmektedir.

ABSTRACT

“Efficiency defence” originates with the idea that while mergers can impede competition, they may also bring efficiency gains. In simple terms, an efficiency defence argues that efficiencies will mitigate merged firm’s incentive to raise prices or decrease quality. Merger control regimes in both US and EU have explicitly recognised efficiency defence, actually in the form of efficiency rebuttal. Both jurisdictions have been slow to reach this conclusion and formally to introduce efficiency considerations into merger analysis. Even today, there are critics who doubt that efficiency is a practical and significant factor in merger review.

In this context, the purpose of this thesis is to shed light on the proper role of the efficiency defence regarding horizontal mergers in merger control regime of Turkey, while presenting an analytical framework of efficiency defence in horizontal merger review. To achieve this purpose, US plus previous and current EU practices regarding horizontal mergers is examined in a comparative manner. In both jurisdictions, consumer welfare is accepted as the ultimate criterion of merger analysis and efficiency considerations rarely plays a significant role in horizontal merger analysis. Canada practice is also considered limitedly, as having a different choice of welfare standard and a more liberal approach regarding efficiency defence. In light of these jurisdictions, inferences has been made in order to offer a perspective for Turkish merger control regime.

KAYNAKÇA

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW (2004), *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, Second Edition, ABA Book Publishing, Illinois.

AGHION, P. ve N. BLOOM ve R. BLUNDELL ve R. GRIFFITH ve P. HOWITT (2005), “Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol:120, Issue:2, s.701-728.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION REPORT AND RECOMMENDATIONS (2007), http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recomm_endation/amc_final_report.pdf, son erişim: Nisan 2011.

AREEDA, P. E. ve H. HOVENKAMP ve J. L. SOLOW (1998), *Antitrust Law An Analysis of Antitrust Principles and Their Application Volume IVA*, Revised Edition, Aspen Law & Business, New York.

ARITÜRK, R. Ö. (2008), *Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:91, Rekabet Kurumu, Ankara.

ASHENFELTER, O. ve D. ASHMORE ve J. B. BAKER ve S. M. MCKERNAN (1998) “Identifying the Firm-specific Cost Pass-Through Rate”, FTC Bureau of Economics Working Paper No: 217, <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp217.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

AYDEMİR, S. (2005), *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:66, Rekabet Kurumu, Ankara.

BAL, Ö. (2004), *Ürün Farklılaştırması Stratejisi ve Rekabet İktisadı*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:62, Rekabet Kurumu, Ankara.

BERRY, M. N. (1996), “Efficiencies and Horizontal Mergers: In Search of a Defense”, *San Diego Law Review*, Vol:33, s.515-554.

BESANKO, D. ve D. F. SPULBER (1993), “Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy”, *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol:9, No:1, s.1-29.

BIAN, L. ve D. G. MCFETRIDGE (2000), “The Efficiencies Defence in Merger Cases: Implications of Alternative Standards”, *Canadian Journal of Economics*, Vol:33, No:2, s.297-318.

BISHOP, S. ve A. LOFARO ve F. ROSATI ve J. YOUNG (2005), “The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers”, http://www.edis.sk/ekes/non_horizontal_mergers.pdf, son erişim: Nisan 2011.

BISHOP, S. ve M. WALKER (2010), *The Economics of EC Competition: Concepts, Application and Measurement*, Third Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.

BISHOP, S. ve M. WALKER (2002), *The Economics of EC Competition: Concepts, Application and Measurement*, Third Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.

BORK, R. (1993), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself With a New Introduction and Epilogue*, The Free Press, New York.

BROCK, J. W. (2009), “Merger Policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic Power and the Miasma of Efficiency”, *Antitrust Bulletin*, Vol:54, No:2, s.337-399.

BRODLEY, J. F. (1996), “Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures”, *Antitrust Law Journal*, Vol:64, s.575-612.

BRODLEY, J. F. (1987), “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”, *New York University Law Review*, Vol:62, s.1020-1053.

BUDZINSKI, O. ve I. RUHMER (2010), “Merger Simulation in Competition Policy: A Survey”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol:6, Issue:2, s.277-319.

BUTTIGIEG, E. (2009), *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest, A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Kluwer Law International Competition Law Series Vol:40, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands.

CAMESASCA, P. D. (1999), “The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make the Difference?”, *European Competition Law Review*, Vol:20, Issue:1, s.14-28.

COATE, M. B. (2005), “Efficiencies in Merger Analysis: An Institutional View”, *Supreme Court Economic Review*, Vol:13, s.189-240.

COATE, M. B. ve A. J. HEIMERT (2009), “Merger Efficiencies at the Federal Trade Commission 1997–2007”, Bureau of Economics Federal Trade Commission, <http://www.ftc.gov/os/2009/02/0902mergerefficiencies.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

COMPTE, O. ve F. JENNY ve P. REY (2002), “Capacity Constraints, Mergers and Collusion”, *European Economic Review*, Vol:46, Issue:1, s.433-472.

CONRATH, C. W. ve N. A. WIDNELL (1999), “Efficiency Claims in Merger Analysis: Hostility or Humility?”, *George Mason Law Review*, Vol:7, s.685-705.

COOK, C. J. ve C. S. KERSE (2009), *EC Merger Control*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.

CRAMPTON, P. S. (1994), “Alternative Approaches to Competition Law”, *World Competition*, Vol:17, Issue:3, s.55-86.

ÇELEN, A. (2010), *Yatay Yoğunlaşmalarda Talep Tahmini ve Simülasyon Teknikleri*, Lisansüstü Tez Serisi No:18, Rekabet Kurumu, Ankara.

ÇINAROĞLU, S. (2003), *Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:25, Rekabet Kurumu, Ankara.

DE LA MANO, M. (2002), “For the Customer’s Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control”, Enterprise Directorate General European Commission Enterprise Papers No: 11, <http://www.uni-mannheim.de/edz/pdf/entpap/ep-11-2002.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

DEMİRÖZ, A. (2003), *Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:20, Rekabet Kurumu, Ankara.

DEPRANO, M. E. ve J. B. NUGENT (1969), “Economies as an Antitrust Defense: Comment”, *The American Economic Review*, Vol:59, No:5, s.947-953.

EVANS, D. S. ve A. J. PADILLA (2003), “Demand-Side Efficiencies in Merger Control”, *World Competition*, Vol:26, Issue:2, s.167-193.

EVERETT, A. B. ve T. W. ROSS (2002), “The Treatment of Efficiencies in Merger Review: An International Comparison”, [http://consumer.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwajp/ct02516e.pdf/\\$FILE/ct02516e.pdf](http://consumer.ic.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwajp/ct02516e.pdf/$FILE/ct02516e.pdf), son erişim: Nisan 2011.

FARRELL, J. ve C. SHAPIRO (2000), “Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis”, University of California Berkeley Center for Competition Policy Working Paper No: CPC00-15, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=502846, son erişim: Nisan 2011.

FARRELL, J. ve C. SHAPIRO (1990), “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis”, *The American Economic Review*, Vol:80, No:1, s.107-126.

FINGLETON, J. (2003) “Efficiencies in Mergers”, *Speech at American Chamber of Commerce Conference*, Brussels, 18 November 2003, [http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2003-11-18%20Speech%20\(J.F.\).pdf](http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2003-11-18%20Speech%20(J.F.).pdf), son erişim: Nisan 2011.

FISHER, A. A. ve R. H. LANDE (1983), “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, *California Law Review*, Vol:71, s.1580-1695.

FISHER, A. A. ve R. H. LANDE ve F. I. JOHNSON (1989), “Price Effects of Horizontal Mergers”, *California Law Review*, Vol:77, No:4, s.777-827.

GERARD, D. (2003), “Merger Control Policy: How to Give Meaningful Considerations to Efficiency Claims?”, *Common Market Law Review*, Vol:40, s.1367-1412.

GIFFORD, D. J. ve R. T. KUDRLE (2005), “Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union”, *Antitrust Law Journal*, Vol:72, s.423-469.

GOTTS, I. K. ve C. S. GOLDMAN (2003), “The Role of Efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?”, B. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy* içinde, Juris Publishing Inc., New York, s.201-300.

GÜLERGÜN, C. (2003), “Türkiye için Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi: Rekabet Testi”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların (Birleşme/Devralmaların) Kontrolü, Ankara, 4 Mart 2003.

HAUSMAN, J. A. ve G. K. LEONARD (1999), “Efficiencies from the Consumer Viewpoint”, *George Mason Law Review*, Vol:7, s.707-727.

HAY, G. A. ve G. J. WERDEN (1993), “Horizontal Mergers: Law, Policy and Economics”, *American Economic Review*, Vol:83, No:2, s.173-177.

HEYER, K. (2006), “Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best?”, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, <http://www.justice.gov/atr/public/eag/221880.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

ILZKOVITZ, F. ve R. MEIKLEJOHN (2006), “European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence?” F. Ilzkovitz ve R. Meiklejohn (der.), *European Merger Control Do We Need An Efficiency Defence?* içinde, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, s.43-83.

IVERSEN, H. (2010), “The Efficiency Defence in EC Merger Control”, *European Competition Law Review*, Vol:31, Issue:9, s.370-376.

JACQUEMIN, A. (1990), “Horizontal Concentration and European Merger Policy”, *European Economic Review*, Vol:34, s.539-550.

KALKAN, E. (2010), *Demand Estimation, Relevant Market Definition and Identification of Market Power in Turkish Beverage Industry*, Lisansüstü Tez Serisi No:17, Rekabet Kurumu, Ankara.

KALKAN, E. (2004), *Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:64, Rekabet Kurumu, Ankara.

KAMERBEEK, S. P. (2009), “Merger Performance and Efficiencies in Horizontal Merger Policy in the US and the EU”, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/18064/1/MPRA_paper_18064.pdf, son erişim: Nisan 2011.

KATTAN, J. (1994), “Efficiencies and Merger Analysis”, *Antitrust Law Journal*, Vol:62, s.513-535.

KATZ, M. L. ve H. A. SCHELANSKI (2007), “Mergers and Innovation”, *Antitrust Law Journal*, Vol:74, s.1-85.

KAYA, Ş. D. ve Z. MADAN ve E. SESLİ (2009) “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, s.29-71.

KINNE, K. (1998), “The Efficiency Defense in the U.S. American Merger Policy”, Hamburg Institute of International Economics Discussion Paper Series No: 26342, <http://ideas.repec.org/p/ags/hiiedp/26342.html>, son erişim: Nisan 2011.

KOCMUT, M. (2006), “Efficiency Considerations and Merger Control - Quo Vadis, Commission?”, *European Competition Law Review*, Vol:27, Issue:1, s.19-27.

KOKKORIS, I. (2009), “Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers: The OFT is Setting The Example”, *European Competition Law Review*, Vol:30, Issue:12, s.581-592.

KOKKORIS, I. (2006), “Do Merger Simulation and Critical Loss Analysis Differ Under SLC and Dominance Test”, *European Competition Law Review*, Vol:27, Issue: 5 , s.249-260.

KOLASKY, W. J. (2001), “Lessons from Baby Food: The Role of Efficiencies in Merger Review”, *Antitrust*, Vol:16, No:1, s.82-87.

KOLASKY, W. J. ve A. J. DICK (2003), “The Merger Guidelines and Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, *ABA: Antitrust Law Journal*, Vol:71, No:1, s.207-251.

KORAH, V. (2000), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Seventh Edition, Hart Publishing, Portland.

LANDE, R. H. (1982), “Wealth Transfers as The Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, *Hastings Law Journal*, Vol:34, s.65-151.

LEARY, T. B. (2002), “An Inside Look at the Heinz Case”, *Antitrust*, Vol:16, No:2, s.32-34.

LEIBENSTEIN, H. (1966), “Allocative Efficiency vs. X-Efficiency”, *American Economic Review*, Vol:56, No:3, s.392-415.

LINDSAY, A. ve A. BERRIDGE (2009), *The Ec Merger Regulation: Substantive Issues*, Third Edition, Sweet & Maxwell Limited, London.

LOWE, P. (2007), “Consumer Welfare and Efficiency- New Guiding Principles of Competition Policy”, *Speech at 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day*, Munich, 27 March 2007, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf, son erişim: Nisan 2011.

LOWE, P. (2003), “The Future Shape of European Merger Control”, *Opening Speech at the RBB/FIPRA Seminar*, Brussels, 17 February 2003, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_045_en.pdf, son erişim: Nisan 2011.

LOWE, P. (2002), “The Substantive Standard for Merger Control and the Treatment of Efficiencies in Merger Analysis: An EU Perspective”, *Speech at Fordham Annual Antitrust Conference*, New York, 30 October 2002, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2002_039_en.pdf, son erişim: Nisan 2011.

LUESCHER, C. (2004), “Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?”, *European Competition Law Review*, Vol:25, Issue:2, s.72-86.

MCFETRIDGE, D. G. (1998), “Merger Enforcement Under the Competition Act After Ten Years”, *Review of Industrial Organization*, Vol:13, No:1-2, s.25-56.

MOFFITT, J. H. (2010), “Merging in the Shadow of the Law: The Case for Consistent Judicial Efficiency Analysis”, *Vanderbilt Law Review*, Vol:63, s.1697-1754.

MONTALCINO, C. (2003), “Substantive Tests – Are the Differences between Dominance and SLC Test Real or Semantic?”, G. Drauz ve M. Reynolds (der.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress* içinde, Oxford University Press Inc., New York, s.177-180.

MONTI, M. (2002), “Review of The EC Merger Regulation - Roadmap for The Reform Project”, *Speech at Conference on Reform of European Merger Control*, British Chamber of Commerce, Brussels, 4 June 2002, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/252&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, son erişim: Nisan 2011.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, First Edition, Cambridge University Press, New York.

MURIS, T. J. (1999), “The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years”, *George Mason Law Review*, Vol:7, s.729-752.

NEVEN, D. J. ve L. H. RÖLLER (2005), “Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol:23, s.829-848.

NOEL, P. E. (1997), “Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law”, *European Competition Law Review*, Vol:18, Issue:8, s.498-519.

OECD Policy Roundtables (2009), “Standard for Merger Review”, DAF/COMP(2009)21, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/45247537.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

OECD Policy Roundtables (2007), “Dynamic Efficiencies in Merger Analysis”, DAF/COMP(2007)41, <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

OECD Policy Roundtables (2002), “Substantive Criteria Used for Merger Assessment”, DAF/COMP(2003)5, <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

OECD Policy Roundtables (1995), “Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements”, OECD/GD(96)65, <http://www.oecd.org/dataoecd/1/4/2379526.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

OECD Reviews of Regulatory Reform (2002), *Canada Maintaining Leadership Through Innovation*, OECD Publications, Paris.

PADILLA, A. J. (2005), “Efficiencies in Horizontal Mergers: Williamson Revisited”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812989, son erişim: Nisan 2011.

PADILLA, A. J. (2004), “The “Efficiency Offense Doctrine” in European Merger Control”, http://www.lecg.com/files/Publication/40f136b1-3498-4e3b-a7f1-4f7d33b452d6/Presentation/PublicationAttachment/52993917-8d52-495d-99a4-5b37bb1a401f/the_efficiency_offense_doctrine_in_european_merger_control.pdf, son erişim: Nisan 2011.

PITOFISKY, R. (2007), “Efficiency Consideration and Merger Enforcement: Comparison of US and EU Approaches”, *Fordham International Law Journal*, Vol:30, s.1413-1424.

PITOFISKY, R. (1992), “Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy”, *Georgetown Law Journal*, Vol:81, s.195-249.

RAKOVSKY, C. ve V. VEROUDEN (2003), “Comments on the Role of Efficiencies in EC Merger Control” G. Drauz ve M. Reynolds (der.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress* içinde, Oxford University Press Inc., New York, s.203-206.

RENCKENS, A. (2007), “Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol:3, s.149-179.

ROSENTHAL, M. ve A. PAPANİKOLAOU (2010) “Efficiencies and Remedies under the ECMR”, *The European Antitrust Review- Global Competition Review*, s.27-37. http://www.hunton.com/files/tbl_s47Details%5CFileUpload265%5C2676%5CEfficiencies_and_Remedies_2010.pdf, son erişim: Nisan 2011.

RÖLLER L. H. ve J. STENNEK ve F. VERBOVEN (2006), “Efficiency gains from mergers”, F. Ilzkovitz ve R. Meiklejohn (der.), *European Merger Control Do We Need An Efficiency Defence?* içinde, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, s.84-201.

RÖLLER L. H. ve J. STENNEK ve F. VERBOVEN (2000), “Efficiency gains from mergers”, The Research Institute of Industrial Economics Working Paper No. 543, <http://swopec.hhs.se/iuiwop/papers/iuiwop0543.pdf>, son erişim: Nisan 2011.

RUBINOVITZ, R. (2008), “The Role of Fixed Cost Savings in Merger Analysis”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol:5 Issue:2, s.233-247.

SCHMIDT, I. L. O. (2007), “The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs. Static Efficiency”, *European Competition Law Review*, Vol:28, Issue:7, s.408-411.

SOKOL, D. D. ve FISHKIN, J. A. (2011), “Response: Antitrust Merger Efficiencies in the Shadow of The Law”, *Vanderbilt Law Review*, Vol:64, s.45-72.

STENNEK, J ve F. VERBOVEN (2006), “Merger Control and Enterprise Competitiveness: Emprical Analysis and Policy Recommendations”, F. Ilzkovitz ve R. Meiklejohn (der.), *European Merger Control Do We Need An Efficiency Defence?* içinde, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, s.202-302.

STOCKUM, S. (1993), “The Efficiencies Defense for Horizontal Mergers: What Is the Government’s Standard?”, *Antitrust Law Journal*, Vol:63, s.829-855.

SULLIVAN, L. A. ve W. S. GRIMES (2000), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, Minnesota.

TÜRKKAN, E. (2010), “Dinamik Etkinlik ve Rekabet Politikaları”, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1169&Lang=TR>, son erişim: Nisan 2011.

VENIT, J. S. (2003), “The Role of Efficiencies in Merger Control”, G. Drauz ve M. Reynolds (der.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress* içinde, Oxford University Press Inc., New York, s.229-277.

VENIT, J. S. (1990), “The “Merger” Control Regulation: Europe Comes of Age... or Caliban’s Dinner”, *Common Market Law Review*, Vol:27, s.7-50.

VISSER, M. ve S. BISHOP (2009), “When One is Enough? Effects-Based and Efficiencies Analysis in Practice”, *European Competition Law Review*, Vol:30, Issue:9, s.403-406.

WERDEN, G. J. (1996), “A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol:44, No:4, s.409-413.

WERDEN, G. J. ve L. FROEB ve S. TSCHANTZ (2005), “The Effects of Merger Efficiencies on Consumers of Differentiated Products”, *European Competition Journal*, Vol:1, No:2, s.245-264.

WHINSTON, M. D. (2007), “Antitrust Policy Toward Horizontal Mergers”, M. Armstrong ve R. H. Porter (der.), *Handbook of Industrial Organization Vol: 3* içinde, North-Holland, Oxford, s.2371-2440.

WHISH R. (2005), *Competition Law*, Oxford University Press, New York.

WILLIAMSON, O. (1977), “Economies as an Antitrust Defense Revisited”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:125, No:4, s.699-736.

WILLIAMSON, O. (1969), “Economies as an Antitrust Defense: Reply”, *The American Economic Review*, Vol: 59, No: 5, s.954-959.

WILLIAMSON, O. (1968a), “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *The American Economic Review*, Vol:58, No:1, s.18-36.

WILLIAMSON, O. (1968b), “Economies as an Antitrust Defense: Correction and Reply”, *The American Economic Review*, Vol:58, No:5, s.1372-1376.

YAO, D. A. ve T. N. DAHDOUH (1993), “Information Problems in Merger Decision Making and Their Impact on Development of an Efficiencies Defense”, *Antitrust Law Journal*, Vol:62, s.23-45.

YDE, P. L. ve M. G. VITA, (1996), “Merger Efficiencies: Reconsidering the “Passing-On” Requirement”, *Antitrust Law Journal*, Vol:64, s.735-747.

ZAMPA, G. L. (2003), “The Role of Efficiency under the EU Merger Regulation”, *European Business Organization Law Review*, Vol:4, s.573-622.

TEZ KAPSAMI İLE İLGİLİ ESKİ/YENİ HUKUKİ METİNLER

TÜRKİYE

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Mülga).

31.7.2008 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Alt Komisyon Metni, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, son erişim: Mart 2011.

AVRUPA BİRLİĞİ

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (Official Journal L 024, 29/01/2004 P. 0001 – 0022).

Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (Official Journal L 395 of 30 December 1989), (Mülga).

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (Official Journal C 031 , 05/02/2004 P. 0005 – 0018).

Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (Official Journal C 265 , 18/10/2008 P. 0006 – 0025).

Green Paper on the review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 11 December 2001 (COM(2001) 745).

Explanatory Memorandum accompanying Commission Proposal for a Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings COM (2002) 711 final (2003) OJ C20/4, para.59-60.

ABD

U.S. Clayton Act, 15 U.S.C. § 18-18a.

U.S. Department of Justice ve Federal Trade Commission (2010) “Horizontal Merger Guidelines”.

U.S. Department of Justice ve Federal Trade Commission (2006) “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines”.

U.S. Department of Justice ve Federal Trade Commission (1992) “Horizontal Merger Guidelines”, Revised (1997).

U.S. Department of Justice (1984) “Merger Guidelines”.

U.S. Department of Justice (1968) “Merger Guidelines”.

KANADA

Canada Competition Act.

Canada Competition Bureau (2009) “Bulletin on Efficiencies in Merger Review”.

REKABET KURULU KARARLARI

03.03.2011 tarih, 11-12/240-77 sayılı *İstanbul Anadolu Yakası, Akdeniz, Toroslar Elektrik Dağıtım Özelleştirme* kararı.

16.12.2010 tarih, 10-78/1643-608 sayılı *Boğaziçi-Gediz-Trakya-Dicle Elektrik Dağıtım Özelleştirme* kararı.

08.07.2010 tarih, 10-49/929-327 sayılı *Novartis/Alcon* kararı.

08.04.2010 tarih, 10-29/440-166 sayılı *Van Gölü Elektrik Dağıtım Özelleştirme* kararı.

08.04.2010 tarih, 10-29/439-165 sayılı *Fırat Elektrik Özelleştirme* kararı.

08.04.2010 tarih, 10-29/438-164 sayılı *Uludağ Elektrik Özelleştirme* kararı.

08.04.2010 tarih, 10-29/437-163 sayılı *Çamlıbel Elektrik Dağıtım Özelleştirme* kararı.

11.03.2010 tarih, 10-22/298-108 sayılı *Çoruh Elektrik Özelleştirme* kararı.

11.03.2010 tarih, 10-22/297-107 sayılı *Yeşilirmak Elektrik Özelleştirme* kararı.

11.03.2010 tarih, 10-22/296-106 sayılı *Osmangazi Elektrik Özelleştirme* kararı.

06.01.2010 tarih, 10-01/6-4 sayılı *Huntsman/Tronox* kararı.

18.11.2009 tarih, 09-56/1325-331 sayılı *Mey İçki/Burgaz* kararı.

18.11.2009 tarih, 09-56/1338-341 sayılı *Lafarge/OYAK* kararı.

- 21.10.2009 tarih, 09-48/1203-304 sayılı *Schering /Merck* kararı.
15.12.2008 tarih, 08-71/1150-447 sayılı *Global/Bodrum Limanı* kararı.
17.07.2008 tarih, 08-45/638-242 sayılı *Anadolu İletişim/Lapis* kararı.
21.02.2008 tarih, 08-16/189-62 sayılı *Mazıdağı/Toros Tarım* kararı.
07.02.2008 tarih, 08-12/130-46 sayılı *GıdaSa/MGS* kararı.
24.01.2008 tarih, 08-08/91-31 sayılı *Marel/Stork* kararı.
24.01.2008 tarih, 08-08/89-29 sayılı *Sagem/Ingenico* kararı.
03.01.2008 tarih, 08-01/12-9 sayılı *Canan Kozmetik /Loreal* kararı.
29.11.2007 tarih, 07-88/1106-429 sayılı *Maxit/Saint Gobain* kararı.
21.08.2007 tarih, 07-65/804-299 sayılı *Demirdöküm/Vaillant* kararı.
16.05.2007 tarih, 07-41/452-174 sayılı *Antalya Hava Limanı* kararı.
11.05.2006 tarih, 06-33/410-107 sayılı *Axalto/Gemplus* kararı.
21.10.2005 tarih, 05-71/981-270 sayılı *TÜPRAŞ Özelleştirmesi* kararı.
05.05.2005 tarih, 05-30/373-92 sayılı *Samsun Gübre Özelleştirilmesi* kararı.
11.07.2002 tarih, 02-43/504-209 sayılı *Bemka OG* kararı.
28.05.2002 tarih, 02-32/367-153 sayılı *Arçelik/Blomberg* kararı.
08.10.2001 tarih, 01-48/486-121 sayılı *Legrand/Schneider* kararı
27.02.2001 tarih, 01-10/102-25 sayılı *Yaşar Holding/Ege Gübre* kararı.
03.11.2000 tarih, 00-43/464-254 sayılı *İGSAŞ Özelleştirmesi (Toros Gübre)* kararı.

AB KARARLARI

KOMİSYON KARARLARI

- Case COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines* (2009).
Case COMP/M.5335 *Lufthansa/Sn Airholding* (2009).
Case COMP/M.5153 *Arsenal/DSP* (2009).
Case COMP/M.5141 *KLM/Martinair* (2008).
Case COMP/M.4513 *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex* (2008).
Case COMP/M.4439 *Ryanair/ Aer Lingus* (2007).
Case COMP/M.4187 *Metso/Aker Kvaerner* (2006).
Case COMP/M.4057 *Korsnäs/Assidomän Cartonboard* (2006).
Case COMP/M.4000 *Inco/Falconbridge* (2006).
Case COMP/M.3998 *Axalto/Gemplus* (2006).

- Case COMP/M.3916 *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006).
Case COMP/M.3886 *Aster 2/Flint Ink* (2005).
Case COMP/M.3664 *Repsol Butano/Shell Gas (LPG)* (2005).
Case COMP/M.3099 *Areva/Urenco/ETC* (2004).
Case COMP/M.2220 *GE/Honeywell* (2004).
Case COMP/M.2420 *Mitsui/CVRD/Caemi* (2001).
Case COMP/M.2033 *Metso/Svedala* (2001).
Case COMP/M.1972 *Granda/Compass* (2000).
Case IV/M.1524 *Airtours/First Choice* (1999).
Case IV/M.1313 *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* (1999).
Case IV/M.993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1998).
Case IV/M.986 *Agfa-Gevaert/DuPont* (1998).
Case IV/M.938 *Grand Metropolitan/Guinness* (1997).
Case IV/M.774 *Saint-Gobain/Wacker- Chemie/NOM* (1996).
Case IV/M.619 *Gencor/Lonrho* (1996).
Case IV/M.553 *RTL/Veronica/Endomol* (1995).
Case IV/M.490 *Nordic Satellite Distribution* (1995).
Case IV/M.477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer* (1995).
Case IV/M.469 *MSG Media Service* (1994).
Case IV/M.214 *DuPont/ICI* (1992).
Case IV/M.126 *Accor/Wagons Lits* (1992).
Case IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (1991).
Case IV/M.050 *AT&T/NCR* (1991).

AB MAHKEME KARARLARI

- Case T-342/07 *Ryanair Holdings plc. v. Commission* (2010) ECR II-00.
Case T-177/04 *EasyJet Airline Co. Ltd. v. Commission* (2006) ECR II-1931.
Case T-87/05 *EDP - Energias de Portugal, SA v. Commission* (2005) ECR II-3745.
Case T-114/02 *BaByliss SA v. Commission* (2003) ECR II-1279.
Case T-310/01 *Schneider Electric SA v. Commission* (2002) ECR II-4071.
Case T-2/93 *Air France v. Commission* (1994) ECR II-323.

ÜYE ÜLKE KARARLARI

İngiltere OFT Kararı

Case ME/3638/08 *Global Radio UK Ltd./GCap Media plc.* (2008).

Hollanda Rekabet Otoritesi Kararı

Case 6246 *European Directories/Truva Netherland* (2008) (*English version*).

ABD KARARLARI

YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

U.S. v. General Dynamics Co., 415 U.S. 486 (1974).

FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967).

U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963).

U.S. v. Brown Shoe Co., 370 U.S. 294 (1962).

BÖLGE MAHKEMESİ VE DAİRE KARARLARI

California v. Am. Stores Co., 697 F. Supp. 1125 (C.D. Cal. 1988), *aff'd in part and rev'd in part on other grounds*, 872 F.2d 837 (9. Cir. 1989).

HTI Health Services v. Quorum, 960 F. Supp. 1104 (S.D. Miss. 1997).

FTC v. Alliant Techsystems, 808 F. Supp. 9 (D.D.C. 1992).

FTC v. Arch Coal, 329 F. Supp. 2d 109 (D.D.C. 2004).

FTC v. Butterworth Health Corp., 946 F. Supp. 1285 (W.D. Mich. 1996), *aff'd*, 121 F.3d 708 (6. Cir. 1997).

FTC v. Cardinal Health, Inc., 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998).

FTC v. CCC Holdings, Inc., 605 F. Supp. 2d 26 (D.D.C. 2009).

FTC v. Foster W. Ref. Inc., 2007 WL 1793441 (D.N.M. June 11, 2007).

FTC v. H.J. Heinz Co., 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), *rev'd*, 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

FTC v. Illinois. Cereal Mills, 691 F. Supp. 1131 (N.D. Ill. 1988), *aff'd*, 868 F.2d 901 (7. Cir. 1989).

FTC v. Libbey, Inc., 211 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 2002).

FTC v. PPG Indus., 798 F.2d 1500, 1508 (D.C. Cir. 1986).

FTC v. Staples, Inc., 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997).

FTC v. Swedish Match, 131 F. Supp. 2d 151 (D.D.C. 2000).

FTC v. Tenet Health Care Corp., 17 F. Supp. 2d 937 (E.D. Mo. 1998), *rev'd*, 186 F.3d 1045 (8. Cir. 1999).

FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11. Cir. 1991).

U.S. v. Carilion Health System, 707 F. Supp. 840 (W.D Va. 1989), *aff'd*, 892 F.2d 1042 (4. Cir. 1990) (unpublished opinion).

U.S. v. Country Lake Foods, Inc., 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990).

U.S. v. Franklin Electric Co., 130 F. Supp. 2d 1025 (W.D. Wis. 2000).

U.S. v. Long Island Jewish Medical Center, 983 F. Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997).

U.S. v. Mercy Health Services, 902 F. Supp. 968 (N.D. Iowa 1995), *dismissed as moot*, 107 F.3d 632 (8. Cir. 1997).

U.S. v. Oracle Corp., 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D. Cal. 2004).

U.S. v. Rockford Memorial Corp., 717 F. Supp. 1251 (N.D. Ill. 1989), *aff'd*, 898 F.2d 1278 (7. Cir. 1990).

U.S. v. United Tote, Inc., 768 F. Supp. 1064 (D. Del. 1991).

KANADA KARARLARI

Director of Investigation & Research v. Hillsdown Holdings Ltd. C.C.T.D. No:41 C.P.R. (3d) 289 (1992).

C.C.T.D. No: 15, 7 C.P.R. (4th) 385 (2000) *Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc.* (Can. Comp. Trib.); 3 F.C. 185 (2001) (Fed. Ct. App.); (2002) C.C.T.D. No. 10, 18 C.P.R. 4th 417 (Can. Comp. Trib.).

EKLER

Ek-1

Tablo 1 - HHI Yoğunlaşma endeksine ve etkinlik argümanlarının mahkemece değerlendirilmesine göre 1986-2009 yılları arasındaki 23 nihai karar²¹²

	Düşük Yoğunlaşma (HHI<2000)	Orta Yoğunlaşma (2000<HHI<3000)	Yüksek Yoğunlaşma (HHI>3000)
Güçlü Etkinlik İddiaları (Mahkemece birleşmenin önemli etkinlikler yaratacağı kabul edilmiştir.)	<ul style="list-style-type: none"> • Country Lake Foods¹⁰ (Ölçek ekonomilerinin birleşen firmaya pazar lideriyle rekabet edebilme şansı vereceği kabul edilmiştir.) • Carilion Health¹¹ (Hastane faaliyetlerine ilişkin maliyet tasarrufları ve hizmet kalitesine ilişkin etkinlikler dikkate alınmıştır.) • Long Island Jewish Medical¹² (Hastane faaliyetlerine ilişkin maliyet tasarrufları dikkate alınmıştır. Birleşen tarafların kar amacı gütmeyen konumda bulunması nedeniyle tüketiciye yansıma koşulunun sağlanacağına hükmedilmiştir.) 		<ul style="list-style-type: none"> • Butterworth Health¹³ (Maddi duran varlık yatırımları ve hastane faaliyetlerine ilişkin maliyet tasarrufları dikkate alınmıştır. Birleşen tarafların kar amacı gütmeyen konumda bulunması nedeniyle tüketiciye yansıma koşulunun sağlanacağına hükmedilmiştir.)

²¹² Tablonun hazırlanmasında Moffitt'den (2010, 1716; 1747-1754) faydalanılmıştır. Tabloda yasaklama kararlarını belirtmek için kalın; hastane birleşmelerini belirtmek için italik yazım kullanılmıştır. Parantez içinde yer alan numaralar ise etkinlik iddialarının hangi koşulları sağlayamadığına işaret etmektedir. Buna göre 1 birleşmeye özgülük koşulunun sağlanamadığını; 2 ispat koşulunun sağlanamadığını; 3 ise tüketiciye yansıma koşulunun sağlanamadığını ifade etmektedir.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

<p>Orta Seviyede Etkinlik İddiaları (Mahkemece birleşmenin birtakım etkinlikler yaratacağı dikkate alınmıştır.)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Tenet Healthcare¹⁴ (Etkinliklerin dikkate alınması gerektiği belirtilmekle birlikte izin kararında belirleyici olan coğrafi pazar tanımına ilişkin problemlerdir.)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • Arch Coal¹⁵ (1,2) • Foster Western¹⁶(Tarafların etkinlik iddiaları kabul edilmiş ancak değerlendirmede belirleyici bir rol oynamadığı belirtilmiştir.) 	
<p>Zayıf Etkinlik İddiaları (Etkinlik iddiaları değerlendirme koşullarını sağlamadığı gerekçesiyle mahkemece reddedilmiştir.)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Mercy Health¹⁷ (1,2)</i> • Oracle¹⁸ (2) 	<ul style="list-style-type: none"> • AM Stores¹⁹ (2,3) • Illinois Cereal²⁰ (2,3) 	<ul style="list-style-type: none"> • Swedish Match²¹ (2,3) • Cardinal Health²² (1) • University Health²³ (2,3) • Alliant Tech²⁴ (2) • Heinz (1,2)²⁵ • PPG (1)²⁶ • Libbey (3)²⁷ • United Tote²⁸ (1,3) • CCC Holdings²⁹ (1,2,3) • Rockford Memorial³⁰ (1,2) • Staples³¹ (1,2,3) • Franklin Electric³² (2,3)

Ek-2

OFT'nin *Global/GCap*²¹³ kararı:

İki radyo istasyonunun birleşmesine ilişkin kararda, yatay etkilerin bulunduğu iki pazardan biri olan ve yaklaşık % 50 oranında pazar payının ortaya çıkacağı Londra pazarı bakımından izin kararı büyük ölçüde talep yönlü etkinliklere dayanmaktadır. Bununla birlikte kararda, Londra pazarındaki rekabetçi endişelerin görece önemli düzeyde olmaması nedeniyle, etkinliklerin ikna edici kanıtlar sunulabildiği takdirde birleşmeye izin verilmesine katkı sağlayabileceğine işaret edilmektedir²¹⁴. Bu durumun sebebi, Global'in belirli bir marka bilinirliğine sahip istasyonları ile GCap'ın ülke çapındaki geniş istasyon ağının bir araya getirilmesini sağlayacak olan birleşmenin, Londra pazarında yatay bir birleşme bakımından istisnai bir etki oluşturacak olmasıdır. Bu istisnai etki, farklı dinleyici kitlelerini hedef alan radyo istasyonlarının pazarın reklam verenlere ilişkin kısmı bakımından tamamlayıcı ürünler olarak nitelendirilmesinden ileri gelmektedir²¹⁵. Bu bağlamda, kararda ayrıca, esasında aykırı (*konglomera*) bir birleşmeye özgü olan "*Cournot etkileri*"²¹⁶ talep yönlü etkinlik sayılmış ve taraflara fiyat düşürme güdüsü sağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır²¹⁷. Buna ek olarak, birleşme sonrası belirli yaş, cinsiyet ya da gelir gruplarını daha dar kapsamda hedefleyen istasyonlar oluşturulması yoluyla ürünün yeniden konumlandırılması olasılığı üzerinde de durulmuştur²¹⁸. Bu uygulamanın, bir taraftan dinleyicilere doğrudan fayda sağlarken diğer taraftan reklam verenlere de ödenen fiyata karşılık daha odaklanmış mesajlar iletebilmeleri bakımından fayda sağlayacağı değerlendirilmiştir²¹⁹.

²¹³ ME/3638/08 Global Radio UK Ltd. /GCap Media plc. (2008).

²¹⁴ A.g.k. para.152; 185.

²¹⁵ A.g.k. para.7-8.

²¹⁶ Cournot etkileri, birleşme taraflarının tamamlayıcı ürünler ürettiği durumda gözlemlenmektedir. Buna göre, birleşme sonrası tamamlayıcı ürünlerden birinin fiyatını düşürmek karlı hale gelecektir. Zira, bu durumda ilgili ürünün talebinin yanında o ürünle birlikte kullanılan tamamlayıcı ürünler için de talep artacaktır. Bu bağlamda, birleşen firma tamamlayıcı ürünleri paketleme yöntemiyle daha ucuza satma güdüsüne de sahip olabilmektedir. Bu durum aynı zamanda tek duraktan alışveriş imkanını sağlayarak işlem maliyetlerini de düşürebilmektedir (A.g.k. para.157).

²¹⁷ A.g.k. para.156-164.

²¹⁸ Birleşme sonrası ürünlerin yeniden konumlandırılması, birleşen firmanın ürünlerinin birbirlerinden talep çalmasını önleyebilmek amacıyla ürün çeşitliliğinin artırılması ve ürünlerin mümkün olduğunca ikame olmayacak şekilde konumlandırmasını ifade etmektedir. Bu uygulamanın özellikle radyo istasyonları ya da gazete birleşmelerine ilişkin ampirik çalışmalarda gözlemlenmiş olmasının, kararda tarafların bu yöndeki iddialarının dikkate alınması bakımından etkili olduğu söylenebilecektir (A.g.k. para.165; 175).

²¹⁹ A.g.k. para.165. Kararda çift taraflı pazarlara ilişkin olan bu hususun dolaylı ağ etkileri/dışsallıklarını ifade ettiği belirtilmiştir (A.g.k. para.165).

Kararda, ürün yeniden konumlandırılmasına ilişkin iddiaların, önemli derecede beşeri sermayeye, *know-how*'a ve yetenekli çalışanlara dayanması nedeniyle yönetime ilişkin etkinlikler çerçevesinde değerlendirildiği belirtilmektedir. Ayrıca, yönetimle ilgili etkinliklerin birleşmeye özgü olmadığına ilişkin standartlaşmış ve çoğu zaman da geçerli olan bir yaklaşıma rağmen, güçlü ve ikna edici kanıtlar çerçevesinde dikkate alınabileceği de ifade edilmektedir²²⁰. Nitekim, kararda bu etkinliklerin birleşmeye özgü ve ispat edilebilir olduğu sonucuna ulaşılmasında çalışanların ve onlarla bağlantılı firmaların geçmiş performanslarına ilişkin kayıtlar ile müşteri görüşleri etkili olmuştur²²¹. Maliyet tasarrufu iddialarının ise sadece sabit maliyet tasarruflarını içermesi nedeniyle tüketicie yansıma koşulunun sağlanmayacağı değerlendirilmiştir²²².

Son olarak belirtmek gerekir ki yatay çakışmanın gerçekleştiği diğer pazar olan Midlands pazarında, tarafların ürünleri daha yakın ikamedir. Bu nedenle bu pazar bakımından Cournot etkilerinin söz konusu olmadığına hükmedilmiştir. Nitekim artan oran prensibi bağlamında, yeniden konumlandırmaya ilişkin etkinliklerin bu pazar bakımından rekabeti sınırlayıcı etkileri telafi etmeye yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla, Londra pazarında tarafların ürünlerinin tamamlayıcı nitelikte olması ve bu bağlamda ortaya çıkan Cournot etkileri çerçevesinde olası rekabeti sınırlayıcı etkilerin görece düşük düzeyde olması, etkinliklerin Londra pazarı bakımından fark yaratabilmesini sağlamıştır²²³.

²²⁰ A.g.k. para.175-177.

²²¹ A.g.k. para.178.

²²² A.g.k. para 181-182.

²²³ A.g.k. para 185-189.

Ek-3

Hollanda Rekabet Otoritesi'nin *Gids/De Telefoongids*²²⁴ kararı:

Bu kararda ÷lke çapında sadece iki tane bulunan basılı rehber (sarı sayfalar) yayımcısının birleşmelerine izin verilmiştir. Bu sonuca ulaşılmasında taraflar arasındaki fiyat rekabetinin esasında sınırlı olması ve internet üzerindeki rehberler ve arama motorlarının söz konusu rehberlerin alternatifi olarak yaygın kullanımı etkili olmuştur. Nitekim, bu alternatif mecraların reklam verenlerce de kullanılmasının disipline edici bir faktör olduğu değerlendirilmiştir²²⁵. Kararda pazar tanımlama yoluna gidilmeksizin, doğrudan etki temelli bir analiz yürüt÷lmüştür²²⁶. Öte yandan, tek bir basılı rehber bulunmasının, reklam verenlere tek bir ilan yoluyla her iki rehberin de kullanıcıya ulaşma imkanı vermesi bakımından, kullanıcılara ise daha kapsamlı bir rehber sunulabilmesi bakımından fayda sağlayacağı vurgulanmıştır²²⁷. Kararda, birleşme sonrası fiyata daha az duyarlı olan küçük bir grup reklam verenin olası fiyat ayrımcılığı nedeniyle daha kötü duruma gelebilme ihtimaline rağmen, reklam verenlerin büyük kısmının birleşmeden net fayda sağlayacağı öngör÷lmüştür²²⁸. Dolayısıyla kararda, birleşmenin olası net faydasının sınırlı düzeyde kalacak olan olası olumsuz etkilerini telafi eder boyutta olduğu değerlendirilmiştir.

²²⁴ Case 6246 European Directories/Truva Netherland (2008) (English version).

²²⁵ A.g.k. para.58; para.185.

²²⁶ A.g.k. para.89.

²²⁷ A.g.k. para.167-169.

²²⁸ A.g.k. para.186.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-18-3
<http://www.rekabet.gov.tr>