

**BİRLEŞME ve DEVRALMALARDA
BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASI**

Mustafa Okan ALPAY

ANKARA 2004

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2004

İlk Baskı, Mayıs 2004
Rekabet Kurumu-Ankara

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

10/12/2002 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 4 No'lu Daire Başkanı Yasemin ERDEM,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Erol TAYMAZ ve Prof. Dr. Lale DAVUT'tan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 26/12/2002 tarih ve
02-81/150 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-94-2

YAYIN NO

0154

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1 BİRLEŞME ve DEVRALMALAR

1.1. BİRLEŞME ve DEVRALMALARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	
1.1.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar	
1.1.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar	
1.1.3. Aykırı Birleşme ve Devralmalar	
1.2. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	
1.3. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN SAVUNULMASI.....	
1.3.1. Giriş Kolaylığı.....	
1.3.2. Etkinlik Savunması	
1.3.3. Güçlü Alıcı Savunması	
1.3.4. Batan Teşebbüs Savunması.....	

Bölüm 2 BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASI

2.1. GENEL OLARAK BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	
2.1.1. Batan Teşebbüs Savunmasında Aranılan Koşullar.....	
2.1.2. Batan Teşebbüsle İlgili Diğer Savunmalar.....	
2.1.3. Batan Teşebbüs Savunmasının Sosyal Boyutu	
2.2. ÖZEL DURUMLARDA BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	
2.2.1. Batan Teşebbüsün Pazar Dışına Çıkması	
2.2.2. İlgili Pazarda İki Teşebbüsün Bulunması.....	
2.2.3. Batan Teşebbüsün Hakim Durumda Bulunan Teşebbüs Taraflarından Devralınması	
2.2.4. Hakim Durumda Olmayan Teşebbüsün Batan Teşebbüsü Devralarak Hakim Duruma Gelmesi.....	
2.2.5. Dikey Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması.....	

Bölüm 3
ÜLKE UYGULAMALARINDA BATAN
TEŞEBBÜS SAVUNMASI

3.1. AMERİKAN REKABET HUKUKU.....	
3.1.1. İlgili Mevzuat.....	
3.1.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar.....	
3.1.2.1. International Shoe Co. v. FTC.....	
3.1.2.2. Citizen Publishing Co. v. US.....	
3.1.2.3. US v. General Dynamics Corp.....	
3.2. AVRUPA REKABET HUKUKU.....	
3.2.1. İlgili Mevzuat.....	
3.2.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar.....	
3.2.2.1. Aérospatiale-Alénia/De Havilland Kararı.....	
3.2.2.2. Kali and Salz/MDK/Treuhand Kararı.....	
3.2.2.3. Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM Kararı.....	
3.2.2.4. Blokker/Toys'R'Us Kararı.....	
3.2.2.5. Rewe/Meinl Kararı.....	
3.3. KANADA REKABET HUKUKU.....	
3.3.1. İlgili Mevzuat.....	
3.3.2. Air Canada/PWA Kararı.....	
3.4. TÜRK REKABET HUKUKU.....	
3.4.1. İlgili Mevzuat.....	
3.4.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar.....	
3.4.2.1. Erciyas/Toros Kararı.....	
3.4.2.2. Uzel/Efe Kararı.....	

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayımlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlerle ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AER	: American Economic Review
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviri
ECLR	: European Competition Law Review
FTC	: Federal Trade Comission
ibid	: ib idem
JPE	: Journal of Political Economy
No	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development
OJ	: Official Journal
Parag.	: Paragraf
S.	: Sayfa
US	: United States
V.	: Versus
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Piyasa ekonomisinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların, hakim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaların önlenmesi suretiyle, rekabetin tesis edilmesinin toplumsal ve ekonomik gelişmenin sağlanmasındaki önemi açıktır. Bu bağlamda, birleşme ve devralmalar rekabeti kısıtlayıcı muhtemel etkileri nedeniyle kontrol edilmektedir.

Bu kontrol, bir yandan ölçek ekonomileri gibi ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanan ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan işlemlere izin verilmesi yönünde olurken bir yandan da, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara izin verilmemesi şeklinde olmaktadır. Bununla birlikte, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara da, bazı özel durumlarda yine ekonomik ve rasyonel gerekçelerle izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu çalışmanın konusunu, bu özel durumlardan biri olan batan teşebbüs savunması (*failing firm defence* veya *failing company defence*) oluşturmaktadır. Batan teşebbüs savunmasında, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralmanın taraflarından en az birinin batan teşebbüs olması durumunda, rekabet otoritesinin farklı bir değerlendirme yapması gerektiği ileri sürülmektedir.

Rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralmada söz konusu savunmanın ileri sürülmesi durumunda, bu işlemin değerlendirilmesinde batan bir teşebbüs ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması olmak üzere başlıca iki unsur bulunmaktadır. Muhtemelen iflasla pazar dışına çıkacak bir teşebbüsün, birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması genellikle arzu edilen bir durum iken, bir birleşme ve devralma sonrası pazardaki aktörlerin azalması sebebiyle rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması da istenmeyen bir durumdur. Bu ikilem nedeniyle batan teşebbüs savunmasının, rekabet otoriteleri açısından hukuki, ekonomik ve sosyal boyutları ile önemli ve hassas bir konu olduğu görülmektedir.

Rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralmanın taraflarının batan teşebbüs savunmasını ileri sürmeleri durumunda rekabet otoritesi ne yapmalıdır? Öncelikle, batan teşebbüs savunması birleşme ve

devralma analizlerinde dikkate alınmalı mıdır? Ayrıca, ilgili mevzuat batan teşebbüs savunmasının uygulanmasına imkan vermekte midir? Özellikle, rekabeti önemli ölçüde kısıtladığı için yasaklanması gereken bir birleşme ve devralmaya bu gerekçe ile izin verilmesi, ilgili mevzuata aykırı bir uygulama mıdır? Bunun yanı sıra, eğer birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde bu savunma dikkate alınacaksa, genel olarak kullanılacak kriterler saptanabilir mi? Bu çalışmada, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalarda batan teşebbüs savunmasının değerlendirilebilmesi bakımından bu sorulara cevap aranacaktır.

Ayrıca, Kanada Rekabet Kanunu'nda, Amerikan ve Kanada Birleşme ve Devralma Rehberleri'nde batan teşebbüsle ilgili düzenlemeler yer almaktadır. ABD ve Kanada uygulamalarından farklı olarak, Avrupa ve Türk rekabet hukuku mevzuatlarında batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmalara ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamakla birlikte, örnek kararlarda konuya değinilmektedir. Bu sebeple çalışmada Amerikan, Avrupa, Kanada ve Türk rekabet hukukundaki mevzuatın ve uygulamaların incelenmesi de amaçlanmaktadır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, batan teşebbüs savunması kapsamında birleşme ve devralmalara değinilmeye çalışılacaktır. İkinci bölümde, genel olarak ve bazı özel durumlarda batan teşebbüs savunması ile birleşme ve devralmalarda söz konusu savunmanın analizi tartışılacaktır. Son bölümde de ülke uygulamalarında batan teşebbüs savunması incelenecektir.

BÖLÜM 1

BİRLEŞME ve DEVRALMALAR

Bu bölümde, birleşme ve devralmaların genel özelliklerine, rekabeti kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde kullanılacak genel unsurlara ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara ilişkin olarak ileri sürülen savunmalara değinilmeye çalışılacaktır.

1.1. BİRLEŞME ve DEVRALMALARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Verimliliği ve karlılığı arttırmak amacıyla, teşebbüsler birleşebilirler veya bir teşebbüs diğerini devralabilir. Birleşme ve devralmalar sonrası maliyetlerin düşürülmesi mümkün olabilir. Ayrıca, küçük teşebbüslerin birleşmelerinin rekabeti arttırıcı etkisi de bulunabilir (Aslan 2001, 249). Buna karşın, birleşme ve devralmaların rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri de olabilir. Bu sebeple birleşme ve devralmaların kontrol edilmeleri ihtiyacı bulunmaktadır.

Nitekim Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde ve 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"¹ (Birleşme ve Devralma Tebliği), birleşme ve devralmalarla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Birleşme ve Devralma Tebliği'nin "Birleşme veya Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinde birleşme ve devralmaların şu işlemlerden oluştuğu ifade edilmektedir:

- a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.
- b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi.
- c) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture).

¹ 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete.

Amerikan rekabet hukukunda ise, Hovenkamp (1999, 491) birleşme ve devralmaların iki ayrı teşebbüsün tek bir kontrol altına girmesi olarak tanımlandığını belirtmektedir. Benzer şekilde, Sullivan ve Grimes (2000, 512) bir birleşme ve devralmayı iki ayrı teşebbüsün tek bir teşebbüs haline gelmesi olarak tanımlamakta ve Amerikan rekabet hukukunda, birleşme ve devralmaların bir diğer teşebbüsün malvarlığının veya hisse senetlerinin herhangi bir şekilde iktisabını da kapsadığını ifade etmektedirler.

Avrupa rekabet hukukunda da, Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 342) birleşme ve devralmaların başlıca iki işlemden oluştuğunu belirtmektedirler:

1. İki ayrı teşebbüsün tek bir teşebbüs haline gelmeleri veya bir teşebbüsün tek başına diğer bir teşebbüsün kontrolünü elde etmesi,
2. İki veya daha fazla teşebbüsün birlikte diğer bir teşebbüsün kontrolünü elde etmeleri.

Birleşme ve devralmalarda olduğu gibi, ortak girişimler² sonrası da pazarda yoğunlaşma artabilir. Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 346-347), iki veya daha fazla teşebbüsün oluşturdukları ortak girişimin kalıcı ve bağımsız bir ekonomik birim şeklinde faaliyet göstermesi ve rekabetçi davranış hakkında tarafların birbirine veya ortak girişimle taraflar arasında koordinasyon sağlamaması durumunda işlemi birleşme ve devralma şeklindeki ortak girişim (*merger-type joint venture*) olarak tanımlamaktadırlar. Birleşme ve devralma şeklindeki ortak girişimlere örnek olarak, tarafların ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardan tamamen çekildikleri durum gösterilebilir (Ritter, Braun ve Rawlinson 1991, 347). Bellamy ve Child (1993, 323) ortak girişimin taraflarının faaliyetlerinin sadece bir kısmını birleştirmeleri durumunda da, işlemin yoğunluk artırıcı etkisinin olabileceğini belirtmektedirler. Aslan (2001, 315) ise bir ortak girişimin birleşme ve devralma olarak sayılabilmesi için şu şartların sağlanması gerektiğini ifade etmektedir:

- 1- Ortak girişim iki veya daha fazla işletme tarafından kontrol ediliyor olmalıdır,
- 2- Ortak girişim ana şirketlerden ayrı bir varlık olarak işlemlerini sağlayacak yeterli insani ve maddi kaynaklara sahip olmalıdır,
- 3- Ortak girişim ana şirketler arasındaki rekabetin koordinasyonu sonucunu doğurmamalıdır.

Değinildiği üzere ortak girişimlerin, birleşme ve devralma etkisi gösterdiği durumlar olabilmektedir. Bu sebeple çalışmada birleşme ve devralma kavramı, birleşme ve devralma etkisi gösteren ortak girişimleri de kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

Genellikle rekabet hukukunda, teşebbüsler arasındaki birleşme ve devralmalar yatay, dikey ve aykırı (*conglomerate*) ilişkiler şeklinde

² Ortak girişimler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kayıhan (2000).

sınıflandırılmaktadır. Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 366) pazar yapısındaki en önemli değişikliklerin pazar payını arttıran yatay birleşme ve devralmalar sonucu oluştuğunu, dikey ve aykırı işlemlerin pazar payını arttırmadığını bununla birlikte pazar gücü oluşturduğunu ve pazara girişi zorlaştırdığını ifade etmektedirler. Konuyla ilgisi nedeniyle yatay, dikey ve aykırı birleşme ve devralmalar hakkında kısaca bilgi verilmeye çalışılacaktır.

1.1.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar

Aslan (2001, 251) yatay birleşme ve devralmaların üretim sürecinin aynı aşamasında yer alan teşebbüsler arasında gerçekleştiğini ifade etmektedir. Benzer şekilde, Sullivan ve Grimes (2000, 574) taraflarının, en az bir pazarda veya pazarın bir bölümünde birlikte rekabet ettiği birleşme ve devralmayı, yatay bir işlem olarak tanımlamaktadırlar.

Hovenkamp ise (1999, 492), yatay bir birleşme ve devralmanın aynı coğrafi pazarda faaliyet gösteren veya benzer ürün üreten teşebbüsler arasında gerçekleştiğini ifade etmektedir. Benzer şekilde, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin (*Horizontal Merger Guidelines*) 1.0. bölümünün 8. paragrafında, birleşme ve devralma taraflarının bir veya daha fazla ilgili pazarda birlikte faaliyet göstermeleri halinde, işlemin yatay bir birleşme ve devralma olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir.

Ayrıca, Hovenkamp (1999, 521) bir birleşme ve devralmanın tam olarak yatay sayılabilmesi için tüketicilerin, taraf teşebbüslerin ürünleri arasında ayırım yapmamaları veya bu ürünler arasındaki farklılıklara tamamen kayıtsız kalmaları gerektiğini belirtmektedir. Amerikan rekabet hukukunda,

- 1- Metal kutu ve cam şişe üreticileri arasındaki,
- 2- Toprağın üstünü kazarak kömür (*strip-mined coal*) ve toprağın altını kazarak kömür (*deep-mined coal*) çıkaran teşebbüsler arasındaki,
- 3- Acı ve tatlı şarap üreten teşebbüsler arasındaki,
- 4- Ağır ve hafif metal üreten teşebbüsler arasındaki,
- 5- Los Angeles'ın kuzeydoğu ve güneybatı kısmında faaliyet gösteren market zincirleri arasındaki,

birleşme ve devralmaların, yatay işlemler olarak değerlendirildiği görülmektedir (Hovenkamp 1999, 521).

Sullivan ve Hovenkamp (1999, 575, 818) yatay bir birleşme ve devralma sonucu taraflar arasındaki rekabetin ortadan kalktığını ve bir hakim durumun yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin daha kolay olduğunu belirtmektedirler. Ayrıca, Areeda ve Kaplow (1997, 822) yatay bir birleşme ve devralma öncesi fiyatlarını ayrı ayrı belirleyen, iki teşebbüsün işlem sonrası fiyatlarının tek bir teşebbüs tarafından belirlendiğini ve rakipler

arasındaki uyumlu eylemin işlem öncesi duruma göre daha kolay olduğunu ifade etmektedirler. Dolayısıyla genelde yatay bir birleşme ve devralmanın, dikey ve aykırı birleşme ve devralmalara göre rekabeti daha fazla kısıtlayıcı etkisi bulunduğu söylenebilir.

Batan teşebbüs savunması teorik olarak yatay, dikey ve aykırı birleşme ve devralmalarda ileri sürülebilir. Ancak, yatay birleşme ve devralmalarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma riskinin daha fazla olduğu dikkate alındığında, batan teşebbüs savunmasının bu çeşit birleşme ve devralmalarda ileri sürülmesi daha olasıdır.

1.1.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar

Dikey birleşme ve devralmalar bir ürünün farklı üretim sürecinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşmektedir³. Areeda ve Kaplow (1997, 810) sağlayıcı ve alıcı teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaları, dikey işlemler olarak tanımlamaktadırlar. Sullivan ve Grimes'e (2000, 628) göre ise, dikey birleşme ve devralmalar birbirlerine hammadde ve ara ürün sağlayan teşebbüsler arasında gerçekleşmektedir.

Dikey birleşme ve devralmalarda genellikle geriye ve ileriye doğru bütünleşmeden bahsedilmektedir. Konuyla ilgili olarak, Çınaroğlu (2001, 4) bir teşebbüsün kendisine hammadde sağlayan bir teşebbüsle birleşme ve devralmaya taraf olması durumunda geriye doğru, ürünlerinin alıcısı bir teşebbüsle birleşme ve devralmaya taraf olması durumunda da ileriye doğru bütünleştiğini belirtmektedir.

Genel olarak, dikey birleşme ve devralmalar, yatay birleşme ve devralmalara göre rekabeti daha az kısıtlayıcı etkiye sahiptirler. Nitekim, Sullivan ve Grimes (2000, 629) dikey birleşme ve devralmalar sonrası ilgili pazarda yoğunlaşmanın artmadığını, bu sebeple uyumlu eylemin oluşma ve rekabetin kısıtlanma olasılığının yatay birleşme ve devralmalara göre daha az olduğunu ifade etmektedirler.

Benzer şekilde, Bellamy ve Child (1993, 342) genellikle, dikey birleşme ve devralmaların rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkilerinin bulunmadığını, bununla birlikte pazara girişi ya da üretim kaynaklarına erişimi engelleyerek giriş engelleri oluşturmaları durumunda, rekabetin kısıtlanabileceğini ileri sürmektedirler. Areeda ve Kaplow (1997, 810) ise, üst yada alt pazarın bir bölümünün rakiplere kapanmasını, dikey birleşme ve devralmaların rekabeti kısıtlayıcı en önemli etkilerinden birisi olarak göstermektedirler. Ayrıca, Hovenkamp (1999, 382) dikey birleşme ve devralma sonrası rekabetin

³ Dikey birleşme ve devralmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Çınaroğlu (2001).

önemli ölçüde kısıtlanabilmesi için, taraflardan en az birinin hakim durumda olması gerektiğini ifade etmektedir.

Dikey birleşme ve devralma sonrası bir ürünün üretim sürecinin birden fazla aşamasında faaliyet gösteren tek bir teşebbüs oluşmaktadır. İşlem sonrası ilgili pazarda yoğunlaşma artmamakla birlikte özellikle tarafların pazar gücüne sahip olmaları durumunda, rakip teşebbüsler hammadde edinme veya ürünlerini satma konularında bir takım zorluklarla karşılaşabilirler. Bu gibi durumlarda, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması söz konusu olabileceğinden, birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüslerden birinin pazar dışına çıkma olasılığı bulunuyorsa batan teşebbüs savunması ileri sürülebilir.

1.1.3. Aykırı Birleşme ve Devralmalar

Aslan (2001, 252) aykırı birleşme ve devralmaları, aynı pazarda faaliyet göstermeyen ve aynı veya benzer ürünlerin üretim süreçlerinin farklı aşamalarında bulunmayan teşebbüsler arasında gerçekleştiğini ifade etmektedir. Genel olarak, dikey veya yatay olmayan birleşme ve devralmalar, aykırı işlemler olarak tanımlanmaktadır (Hovenkamp 1999, 551).

Sullivan ve Grimes'e (2000, 616) göre ise, aykırı birleşme ve devralmalar kendi aralarında,

- 1- Aynı ürünü üreten veya satan ancak farklı coğrafi bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında,
- 2- Farklı ürünler üreten veya satan ancak, aynı üretim veya pazarlama kanallarını kullanan teşebbüsler arasında,
- 3- Bu özellikleri taşımayan diğer teşebbüsler arasında

olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak, Hovenkamp (1999, 552) aykırı birleşme ve devralmaların genellikle rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunmadığını ve zaten 1980'lerde ve 1990'larda Amerikan rekabet hukukunda aykırı birleşme ve devralmalarla ilgili davaların sayısında da önemli oranda düşüş yaşandığını ifade etmektedir. Dolayısıyla aykırı birleşme ve devralmaların, yatay ve dikey birleşme ve devralmalara göre rekabeti daha az kısıtlayıcı oldukları kabul edilebilir. Bu sebeple, aykırı birleşme ve devralmalarda batan teşebbüs savunmasının ileri sürülmesinin, yatay ve dikey birleşme ve devralmalara göre daha zor olduğu söylenebilir.

1.2. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Batan teşebbüs savunması rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalarda ileri sürülmektedir. Bu sebeple, birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi konusuna da kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

Rekabet otoritesi bir birleşme ve devralmayı değerlendirirken, genellikle rekabetin ne ölçüde kısıtlandığını inceleyecektir. Bu incelemede çok değişik unsurlar dikkate alınabilir. Konuyla ilgili olarak, Bellamy ve Child (1993, 336-343), AB Komisyonu'nun (Komisyon) bir birleşme ve devralmayı değerlendirirken şu hususları dikkate aldığını belirtmektedirler:

- 1- Rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması,
- 2- Bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi,
- 3- Tarafların ve rakiplerin pazar payları,
- 4- Potansiyel rekabet,
- 5- Alternatif ürünler,
- 6- Giriş engelleri,
- 7- Dikey yapılanma ve entegrasyon,
- 8- Ekonomik birlik (*Conglameration*),
- 9- Pazar yapısı,
- 10- Endüstriyel politikalar.

Değindiği üzere, bir birleşme ve devralmanın değerlendirilmesinde, çok çeşitli unsurlar dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması, bir birleşme ve devralmanın değerlendirilmesindeki en önemli unsurlardır. Bellamy ve Child (1993, 336-337) Komisyon'un birleşme ve devralmaları değerlendirirken genel olarak, iki aşamalı bir test kullandığını belirtmektedirler. Yazarlara göre, testin ilk aşamasında bir hakim durumun yaratılıp yaratılmadığı veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediği incelenmektedir. İkinci aşamada ise, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığı test edilmektedir.

Avrupa rekabet hukukunda, "İşletmeler Arası Konsantrasyonların Kontrolü Hakkındaki 21 Aralık 1989 Tarih ve 4064/89/AET Sayılı Konsey Tüzüğü'nün (AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü) 2(2). ve 2(3). maddeleri kapsamında, hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlıyorsa yasaklanmaktadır.

Benzer şekilde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran, bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşme ve

devralmalara izin verilmeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca, birleşme ve devralmaların değerlendirilmesine ilişkin olarak, Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 6. maddesinde,

- a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı;
- b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar gözönünde tutulur.

ifadeleri yer almaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan ve Birleşme ve Devralma Tebliği'nden, bir birleşme ve devralma sonrası hakim durumun yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve bunun sonucunda etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının yasaklandığı görülmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Aslan (2001, 254-255) görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir:

Kanaatimce bir birleşme veya devir hakim durum yaratıyorsa veya mevcut bir hakim durumu güçlendiriyorsa “per se” rekabeti önemli ölçüde sınırlıyor demektir. Yani hakim durum yaratıldığı saptanıyorsa ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlayıp sınırlamadığını araştırmaya gerek yoktur. Ancak Kanun'un bu ifadesi nedeniyle Kurul'un söz konusu birleşmenin rekabeti önemli ölçüde sınırlayacak şekilde hakim durum yarattığını veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiğini göstermesi gerekecektir. ... 7. maddenin yasaklama sebebi olarak kabul ettiği iki sebep vardır. Birincisi birleşme ve devirle “hakim durum yaratmak”, ikincisi “mevcut bir hakim durumu güçlendirmek”dir. Bunların varlığı halinde başka bir analize gerek yoktur .

Anlaşıldığı üzere, Aslan'a göre, “hakim durum yaratmak” ve “mevcut bir hakim durumu güçlendirmek” rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması için yeterli unsurlardır. Ancak, Komisyon hakim durum ve rekabetin kısıtlanmasıyla ilgili olarak, daha sonra değinilecek olan *Aérospatiale-Alénia/De Havilland*⁴ kararında, şu ifadelere yer vermiştir (parag. 53):

... pazara olası yeni girişler sonucu hakim durumun zayıflayacağına ilişkin güçlü kanıtlar varsa, genel olarak hakim durum yaratan bir yoğunlaşma, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün 2(2). maddesi kapsamında Ortak Pazar'la bağdaşabilir. Böyle bir giriş sebebiyle hakim durum, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün 2(3). maddesi kapsamında etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayacaktır.

⁴ *Aérospatiale-Alénia/De Havilland*, Case No IV/M.053, OJ L 334 (05/12/1991), s. 42-61.

Dolayısıyla, bir birleşme ve devralma sonrası bir hakim durum oluşsa veya mevcut bir hakim durum güçlense bile etkin rekabet önemli ölçüde kısıtlanmayabilir. Zaten, Aslan'ın da ifade ettiği gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinden bir birleşme ve devralmanın yasaklanabilmesi için, hakim durumun yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin tek başına yeterli olmadığı, bunun yanı sıra rekabetin de önemli ölçüde kısıtlanması gerektiği anlaşılmaktadır.

Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde, hakim durumun yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin önemli unsurlar olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple kısaca "hakim durum" kavramı üzerinde de durulmaya çalışılacaktır⁵. Hakim durum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde şu şekilde tanımlanmaktadır:

Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder.

Konuyla ilgili olarak, Aslan (2001, 209-211) hakim durumu ekonomik bir gücün ifadesi olarak tanımlamakta ayrıca ekonomik gücün, bağımsızlığın ve devamlılığın hakim durumun unsurları olduğunu ifade etmektedir.

Benzer şekilde Bellamy ve Child (1993, 336), Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) hakim durumu,

... bir teşebbüsün, ilgili pazarda etkin rekabeti engelleyecek şekilde, rakiplerinden ve müşterilerinden kayda değer oranda bağımsız hareket etmesini sağlayacak ekonomik güce sahip olması,

şeklinde tanımladığını belirtmektedirler.

Bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, birleşme ve devralma sonrası pazar gücünün elde edilmesiyle sağlanabilir. Sullivan ve Grimes'e (2000, 575) göre, bir birleşme ve devralmanın değerlendirmesindeki en önemli unsur olan pazar gücünün yaratılması veya mevcut bir pazar gücünün artırılması, işlemin taraflarına satışlarını azaltmadan fiyatı rekabetçi seviyenin üzerinde arttırmaları olarak tanımlanabilir. Yazarlara göre ilgili pazarın konsantrasyon oranı ve birleşme ve devralma taraflarının pazar payı, pazar gücünü belirlemektedir.

Sonuç olarak, hakim durum yaratılmadan veya mevcut hakim durum güçlendirilmeden bir birleşme ve devralma sonrası rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim, hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi sonucu rekabeti

⁵ Hakim durum hakkında detaylı bilgi için bkz. Yanık (2000).

önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde açıkça yasaklanmaktadır. Ancak, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaların da bazı özel durumlarda farklı değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bir sonraki bölümde bu konuya kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

1.3. BİRLEŞME ve DEVRALMALARIN SAVUNULMASI⁶

Rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaların olumlu etkilerinin de bulunabileceği veya bazı özel durumlarda işleme izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşler birleşme ve devralmaların savunulması olarak bilinmektedir. Birleşme ve devralmaların savunulması kavramı özellikle Amerikan rekabet hukukunda yer almaktadır. Sullivan ve Grimes (2000, 603) yoğunlaşma yaratan ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara, taraflarca bazı savunmaların ileri sürülmesi durumunda, izin verilebileceğini ifade etmektedirler.

Bu savunmalardan biri de batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaların özel bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğidir. Bu sebeple bu bölümde kısaca, rekabeti kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmalara ilişkin olarak ileri sürülen savunmalara değinilmeye çalışılacaktır.

1.3.1. Giriş Kolaylığı⁷

Bir birleşme ve devralma sonrası hakim durumun oluşması veya mevcut hakim durumun güçlenmesi sonucu rekabet önemli ölçüde kısıtlanabilir. Bununla birlikte, pazara giriş engeli bulunmuyorsa, yeni teşebbüsler bu pazarda faaliyette bulunmak için pazara gireceklerdir. Bu durumda, birleşme ve devralma sonucu yaratılan bir hakim durum veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi geçici olacak ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması engellenecektir. Bu nedenle, yoğunlaşmayı önemli ölçüde arttıran bir birleşme ve devralmanın, ilgili pazara giriş engeli bulunmadığı gerekçesiyle rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayacağı ileri sürülebilir. Bu görüş giriş kolaylığı savunması olarak bilinmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Areeda ve Kaplow (1997, 858-859) pazara girişin kolay olması sebebiyle pazardaki teşebbüslerin birlikte veya tek yanlı olarak birleşme ve devralma öncesi fiyat seviyesinin üzerine çıkamamaları durumunda, işlem sonucu bir hakim durumun yaratılmayacağını veya mevcut bir hakim

⁶ “Merger defence” kavramı bu çalışmada, “birleşme ve devralmaların savunulması” olarak kullanılacaktır.

⁷ “Ease of entry” (Sullivan ve Grimes 2000, 603) kavramı bu çalışmada “giriş kolaylığı” olarak kullanılacaktır.

durumun güçlendirilmeyeceğini belirtmektedirler.

Ayrıca, Sullivan ve Grimes (2000, 603) pazara girişin çok kolay olması sebebiyle potansiyel rakiplerin pazara girmesini engellemek amacıyla, bir monopolün bile fiyatı rekabetçi seviyede tutabileceğini, bu sebeple monopolün sahip olduğu pazar gücünden faydalanamayacağını ileri sürmektedirler. Yazarlar söz konusu durumun giriş kolaylığı savunmasına bir örnek teşkil ettiğini ifade etmektedirler.

Konunun, Avrupa rekabet hukukunda da dikkate alındığı görülmektedir. Nitekim, Komisyon *Eridania/ISI*⁸ kararında, İtalyan şeker pazarına giriş engeli bulunmamasının ve bu sebeple endüstriyel kullanıcıların şeker ithalatını arttırabilecek olmalarının, Eridania'nın fiyatları etkileme gücünü zayıflattığını dikkate almıştır (parag. 21-23).

Konuyla ilgili olarak, 1992 yılında yayımlanan Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 3. bölümünün ikinci paragrafında, "Girişin çok kolay olduğu pazarlarda, birleşme ve devralmaların rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkisi bulunmamaktadır ..." ifadesi yer almaktadır. Söz konusu Rehber'de, pazara giriş analizinin yapılmasında üç aşamalı bir test kullanıldığı belirtilmektedir. Bu testte pazara girişlerin zamanlaması, olasılıkları ve yeterlilikleri incelenmektedir.

Girişlerin zamanlaması (*timeliness of entry*), Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 3.2. bölümünün ilk paragrafında açıklanmaktadır. Giriş kolaylığı savunmasının kabul edilebilmesi için pazara olası girişler sonrası fiyatların etkilenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı paragrafta, Federal Ticaret Komisyonu'nun, genel olarak pazardaki fiyatların etkilenebilmesi için iki senelik bir süreyi uygun bulduğu belirtilmektedir.

Girişlerin olabirliğine (*likelihood of entry*) Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 3.3. bölümünde değinilmektedir. Buna göre, bir birleşme ve devralma öncesi mevcut fiyat seviyesinde, pazara yeni giren teşebbüslerin faaliyetlerini karlı bir şekilde sürdürmelerinin mümkün olması durumunda, pazara girişlerin olabileceği ifade edilmektedir.

Girişlerin yeterliliği (*sufficiency of entry*) ise Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin bir sonraki bölümünde, pazara yeni giren teşebbüslerin birleşme ve devralma sonrası üretim miktarında gerçekleşen azalmayı gidermek için yeterli oranda mal veya hizmet sunabilmeleri olarak tanımlanmaktadır.

Giriş kolaylığı önemli bir savunmadır. Savunmanın özünde endüstriye girişlerin kolay olduğu varsayımı bulunmaktadır. Girişlerin kolay olması endüstrinin daha az yoğunlaşmasına yol açacaktır. Bu endüstrilerde ise büyük bir

⁸ Eridania/ISI Komisyon kararı, Case No IV/M.062, OJ C 204 (03/08/1991).

olasılıkla, birleşme ve devralma sonrası yoğunlaşma önemli ölçüde artmayacaktır.

Bu durum, hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda da rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalarda giriş kolaylığı savunmasının ileri sürülmesi konusunda bir çelişki yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle, eğer endüstriye giriş kolaysa, birleşme ve devralma öncesi çok sayıda teşebbüs faaliyet gösterecek, işlem sonrası yoğunlaşma önemli ölçüde artmayacak ve hakim durum oluşmayacak veya mevcut hakim durum güçlenmeyecektir.

1.3.2. Etkinlik Savunması⁹

Etkinlik savunması, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri bulunan bir birleşme ve devralmanın etkinliği artırması durumunda, kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüş olarak tanımlanabilir (Banks 1997, 182). Benzer şekilde, Noël (1997, 498), yoğunlaşma yaratan birleşme ve devralmalar sonucu önemli etkinlik artışları sağlanıyorsa, söz konusu işleme izin verilmesi gerektiğini savunan düşüncüyü, etkinlik savunması olarak ifade etmektedir.

Etkinlik savunması ilk olarak Williamson tarafından ortaya atılmıştır. Williamson (1968, 21) bir birleşme ve devralma sonrası gerçekleşecek maliyet azalışları sonucu sağlanacak faydaların, fiyatların artmasından kaynaklanan dara kaybıyla¹⁰ (*dead-weight loss*) karşılaştırılmasını önermiştir. Çalışmada, birleşme ve devralma analizinde rekabet otoritesinin etkinlikleri değerlendirebileceği ifade edilmiştir. Williamson, birleşme ve devralma sonucu sağlanan etkinlik artışlarıyla, işlemin rekabeti kısıtlayıcı etkileri arasında bir ikilem olabileceğini belirtmiş ve düşüncelerini aşağıdaki şekilde açıklamıştır (1968, 34):

Birleşme ve devralma sonucu ortalama maliyetlerde sağlanan % 5-10'luk bir azalışın sağlayacağı faydaları ancak göreceli yüksek fiyat artışı engelleyebileceğinden, bu büyüklükteki etkinliklerin varlığı rekabet otoritelerini söz konusu işleme karşı çıkmadan önce düşünmeye sevk etmelidir.

Bununla birlikte bu görüşün geçerliliği talebin elastikiyetine ve birleşme ve devralma sonrası pazar gücündeki artışa bağlı olarak, Williamson'ın da belirttiği gibi değişebilir. Analizin sağlıklı olarak yapılabilmesi için birleşme ve devralma sonrası denge fiyatı ile maliyetlerin ne oranda değişeceğinin, talep elastikiyetinin ve işlem sonrası rekabetçi yapının bilinmesi gerekmektedir.

İlk olarak Williamson tarafından ileri sürülen etkinlik savunması

⁹ "Efficiency Defense" (Sullivan ve Hovenkamp 1999, 867) kavramı, bu çalışmada "etkinlik savunması" olarak kullanılacaktır.

¹⁰ "Dead-weight loss" kavramı, bu çalışmada "dara kaybı" (Ünsal 1997, 248) olarak kullanılacaktır.

uygulamada genel olarak kabul görmemektedir¹¹. Amerikan rekabet hukukunda etkinlik savunması, Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) konuyla ilgili almış olduğu üç kararda¹² da kabul edilmemiştir.

Avrupa rekabet hukukunda da etkinlik savunması kabul görmemektedir. Komisyon'un söz konusu savunmaya yaklaşımı şu şekildedir (OECD 1996a, 53):

AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında etkinlik savunmasının kabul edilme olasılığının bulunmadığı ve etkinlik artışlarının bütün birleşme ve devralmalarda bir hakim durum yaratıp yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmedığı sürece dikkate alındığı ...

Komisyon'un etkinlik savunmasını kabul etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, Komisyon etkinlik savunmasıyla ilgili olarak aldığı dört kararda¹³ da, bu savunmayı kabul etmemiştir.

Sonuç olarak, etkinlik savunmasının Amerikan ve Avrupa rekabet hukukunda kesin kabul görmediği söylenebilir. Konuya ilişkin olarak, Kinne (1998, 24) etkinlik savunmasının analizindeki en zor konulardan birisinin de etkinliklerin kontrol edilmesi olduğunu, etkinlik artışlarının ispatlanmasının giderek daha ayrıntılı ve pahalı analizler haline geldiğini ileri sürmektedir.

Benzer şekilde, Hovenkamp (1999, 504) birleşme ve devralmalar sonucu etkinlik artışlarının ve pazar gücünün oluşmasının mümkün olduğunu, ancak bunların ölçülmesinin ve karşılaştırılmasının mahkemelerce yapılamayacağını ifade etmektedir.

Ayrıca, Areeda ve Kaplow (1997, 939) maliyetle fiyat arasında bir ilişki kurmanın zor olduğunu, rekabetçi pazarlarda bile maliyetlerdeki değişikliklerin fiyata hemen yansımadağını ifade etmektedirler. Dolayısıyla, bir birleşme ve devralma sonucu maliyetlerde bir azalma gerçekleşse bile, bunun fiyata ne şekilde yansyacağıının tam olarak tahmin edilemeyeceği söylenebilir. Birleşme ve devralma sonrası tarafların pazar gücünün de arttığı dikkate alındığında maliyetlerdeki azalışın fiyata yansması daha da zorlaşacaktır.

Özetle, etkinliklerin ispatlanmasındaki ve kontrol edilmesindeki zorluk ve pazar gücündeki artışla karşılaştırılmasındaki güçlük, etkinlik savunmasının kabul edilebilirliğini önemli ölçüde azaltmaktadır.

¹¹ Etkinlik savunması Amerikan ve Avrupa rekabet hukukunda kabul görmemekle birlikte istisnalar da bulunmaktadır. Örneğin, Kanada rekabet hukukunda etkinlik savunması kabul edilmektedir (Sanderson 1995,1).

¹² *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 370 U.S. 294, 344 (1962); *US v. Philadelphia National Bank*, 374 US 321, 371 (1963) ve *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568, 574, 602 (1967) kararları.

¹³ *AT&T/NCR Komisyon Kararı*, IV/M.050, OJ C 310; *Aérospatiale-Alénia/De Havilland Komisyon Kararı*, IV/M.053, OJ L 334; *MSG Media Service Komisyon Kararı*, IV/M.469, OJ L 364 ve *Nordic Satellite Distribution Komisyon Kararı*, IV/M.490, OJ C 53.

1.3.3. Güçlü Alıcı Savunması¹⁴

Güçlü alıcı savunması, bir birleşme ve devralma sonrası yoğunlaşma önemli oranda artsa bile, ilgili pazarda güçlü alıcıların bulunmasının, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasını önleyeceği görüşü olarak ifade edilebilir. Sullivan ve Grimes (2000, 612) bir birleşme ve devralma sonrası ilgili pazarda yoğunlaşma önemli ölçüde artsa da, alıcıların yüksek alım güçlerinden dolayı işlem sonrası rekabetçi fiyattan alım yapabileceğini ve böylelikle tarafların rekabetin kısıtlanmayacağını ileri sürebileceklerini belirtmektedirler. Ayrıca yazarlar, alım gücü yüksek alıcıların konsantrasyon oranının yüksek olduğu pazarlarda bile fiyatı aşağıya çekebileceklerini ifade etmektedirler.

Konuyla ilgili olarak, Amerikan mahkemelerince de bazı durumlarda ilgili pazarda güçlü alıcıların bulunmasının, birleşme ve devralma sonucu oluşan pazar gücünün etkisini azalttığına değinilmektedir (Hovenkamp 1999, 536-537).

Bununla birlikte, Sullivan ve Grimes (2000, 612) söz konusu savunmanın kabul edilmesi konusunda önemli sakıncaların da bulunduğunu ve yoğunlaşmayı önemli ölçüde arttıran birleşme ve devralmalar sonrası, tarafların küçük müşterilerine ayrımcılık yapabileceklerini ileri sürmektedirler. Ayrıca yazarlar, uzun dönemde güçlü alıcı savunmasının olumsuz etkilerinin olabileceğini, örneğin yeniliklerin ve küçük teşebbüslerin pazara girişinin engellenebileceğini ifade etmektedirler.

Bunun yanı sıra, Sullivan ve Grimes (2000, 613) Amerikan mahkemelerinin küçük alıcıların güçlü alıcı savunmasının kabulünden olumsuz şekilde etkileneceği yönünde karar verdiklerini ve savunmanın kesin kabul görmediğini belirtmektedirler.

Sonuç olarak, genellikle Amerikan rekabet hukukunda değinilen güçlü alıcı savunması dikkate alınabilir olmakla birlikte, ilgili pazarda küçük alıcıların da bulunması savunmanın kabulü konusunda önemli sakıncalar doğurabilmektedir.

1.3.4. Batan Teşebbüs Savunması

Batan teşebbüs savunması, artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda bulunan ve pazar dışına çıkması muhtemel bir teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmanın rekabeti önemli ölçüde kısıtlaması durumunda, özel bir değerlendirmeye tabi tutulması görüşü olarak tanımlanabilir. Batan teşebbüs savunması bu çalışmanın ana konusunu oluşturduğu için sonraki bölümde detaylı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

¹⁴ “Power-buyer defence” (Noël 1997, 499) kavramı bu çalışmada, “güçlü alıcı savunması” olarak kullanılacaktır.

BÖLÜM 2

BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASI

Önceki bölümde de değinildiği üzere, bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğuran birleşme ve devralmalar yasaklanmaktadır. Ancak, bazı özel durumlarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmalara da izin verilmesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Bu durumların en önemlilerinden biri olarak, batan bir teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmalar gösterilmektedir. Bu bölümde, batan teşebbüs savunması olarak bilinen bu görüşe değinilmeye çalışılacaktır.

2.1. GENEL OLARAK BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir teşebbüs verimsiz yönetim, ekonomik kriz ve talepteki daralma gibi sebeplerle faaliyetlerine devam edemeyecek duruma gelebilir. Ancak, bir teşebbüsün faaliyetine son vermesi bir çok ekonomik ve sosyal sebepten dolayı istenmeyen bir durumdur. Örneğin, pazarda kapasite fazlası bulunmuyorsa, bir teşebbüsün pazar dışına çıkması sonrasında üretim miktarı azalabilir ve ürün fiyatı artabilir. Ayrıca, teşebbüsün çalışanları, hissedarları ve söz konusu teşebbüsün faaliyet gösterdiği bölgenin halkı bu durumdan olumsuz yönde etkileneceklerdir. Bu sebeple yeniden yapılanma, faaliyetlerin daraltılması, birleşme ve devralma yoluyla kurtarma veya devlet yardımı sağlanması gibi yöntemlerle, teşebbüsler kurtarılmaya çalışılmaktadır. Bir teşebbüsün kurtarılmasının bir çok yolu bulunmakla birlikte, bu çalışmanın konusu gereği batan teşebbüslerin birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması ele alınacaktır.

Genel olarak, batmakta olan bir teşebbüsün birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması istenen bir durumdur. Ancak, bir birleşme ve devralma sonucunda rekabet de önemli ölçüde kısıtlanabilir. Bu durumda, batan teşebbüsün taraf olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunan birleşme ve devralmalarda rekabet otoritesinin özel bir değerlendirme yapması gerektiği konusunda genel bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş batan teşebbüs savunması

olarak bilinmektedir. Konuyla ilgili olarak, Kwoka ve Warren-Boulton (1986, 444) rekabeti kısıtlayıcı bir birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüslerden en az birinin batan teşebbüs olması durumunda, genel olarak işleme izin verilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Batan teşebbüs savunması olarak adlandırılan bu görüşe, Kanada Rekabet Kanunu'nun 92. maddesinde, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nde ve Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nde (*Merger Enforcement Guidelines*) yer verilmektedir. AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nde ise batan teşebbüs savunmasına değinilmemekle birlikte, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün Gözden Geçirilmesi Hakkındaki Yeşil Kitap'da batan teşebbüs savunması yer almaktadır¹⁵ (parag. 91).

Batan teşebbüs savunmasında, rekabetin kısıtlanma sebebinin birleşme ve devralma olmadığı, asıl sebebin teşebbüsün pazar dışına çıkması olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten de, batan teşebbüsün pazar dışına çıkmasının rekabetin kısıtlanmasına yol açacağı kabul edilirse, birleşme ve devralmaya izin verilmesi veya verilmemesi durumunda da rekabet kısıtlanacaktır. Nitekim, Amerikan rekabet hukukunda Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5. bölümünün ilk paragrafında batan teşebbüsle ilgili olarak, "Böyle durumlarda, ilgili pazarda birleşme ve devralma sonrası pazar yapısı, birleşme ve devralmanın engellendiği duruma göre daha kötü olmayabilir." denilmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Shughart ve Tollison (1985, 360) yaptıkları çalışmada pazarda iki teşebbüsün bulunduğunu ve teşebbüslerden birinin artık faaliyetlerine devam edemeyeceğini varsaymışlardır. Çalışmada, batan teşebbüsün rakip teşebbüs tarafından devralınması durumunda, teşebbüsün endüstri dışındaki bir teşebbüse satılıp pazar dışına çıkmasına göre üretimin ve toplam fazlanın daha az düşeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, batan teşebbüsün devralınmasına izin verilmesi durumunda rekabetin ne ölçüde kısıtlanacağını da incelenmesi gerekmektedir.

Avrupa rekabet hukukunda daha sonra değinilecek olan konuyla ilgili kararlarda, Komisyon batan teşebbüs savunmasında aranan unsurların sağlanması durumunda, bir birleşme ve devralma ile rekabetin kısıtlanması arasındaki "nedensellik veya illiyet" (*causality*) bağının artık bulunmayacağını belirtmektedir. Benzer şekilde, ATAD¹⁶ da gerekli şartların sağlanması durumunda, birleşme ve devralma ile rekabetin bozulması arasında nedensellik veya illiyet bağının ortadan kalktığını ve dolayısıyla Komisyon'un bu görüşünün AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün 2(2). maddesiyle tutarlı, diğer bir ifadeyle Ortak Pazar'la uyumlu olduğunu ifade etmektedir (parag. 12).

¹⁵ Green Paper on the Review of the Merger Regulation, COM (96) 19.

¹⁶ France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.

Genel olarak batan teşebbüs savunmasının kabul edildiği görülmekle birlikte, söz konusu savunmanın kabul edilebilmesi için bazı koşulların sağlanması da istenmektedir. Bir sonraki bölümde bu konuya değinilmeye çalışılacaktır.

2.1.1. Batan Teşebbüs Savunmasında Aranan Koşullar

Batan teşebbüs savunması incelendiğinde, savunmanın kabul edilebilmesi için birtakım koşulların yerine getirilmesinin istendiği görülmektedir. Amerikan rekabet hukukunda, Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5.1. bölümünün ilk paragrafında, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için birleşme ve devralmaya izin verilmemesinin, teşebbüsün pazar dışına çıkmasına yol açması şartı aranmaktadır. Benzer şekilde Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.2. bölümünde de savunmanın ileri sürülebilmesi için birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi halinde, teşebbüsün artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda olması gerektiği ifade edilmektedir. Komisyon da, söz konusu savunmayı değerlendirirken, taraflardan en az birinin pazar dışına çıkması gerektiğini belirtmektedir.

Teşebbüsün faaliyetlerine devam etme olasılığının bulunması durumunda, batan teşebbüs savunmasının dayanağının kalmadığı, birleşme ve devralmanın sıradan bir işlem gibi değerlendirilmesinin daha doğru olacağı söylenebilir. Bununla birlikte birleşme ve devralma taraflarından en az birinin batan teşebbüs olması durumunda, işleme izin verilmediğinde batan teşebbüs pazar dışına çıkabilecek ve rakipler teşebbüsün pazar payını aralarında paylaşabileceklerdir. Bu durumda, birleşme ve devralma gerçekleşme de rekabet kısıtlanabilecek ve batan teşebbüsün ürünlerinin en yakın ikamesini üreten teşebbüsün pazar payı diğer rakiplere göre daha fazla artabilecektir.

Ayrıca, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5.1. bölümünün ilk paragrafında, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.3. bölümünde ve Komisyon'un daha sonra değinilecek olan örnek kararlarında, batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığının da incelenmesinin gerektiği belirtilmektedir. Batan teşebbüs doğal olarak en yüksek fiyatlı birleşme ve devralmanın gerçekleşmesini sağlamaya çalışacak ve rekabetin kısıtlanmasına daha az öncelik verebilecektir. Alternatif birleşme ve devralmaların incelenmesinde, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için taraflardan, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmanın mevcut olmadığını veya neden gerçekleşmediğini ispatlamaları istenebilmektedir (Shughart ve Tollison 1985, 363).

Rekabeti daha az kısıtlayacak alternatif birleşme ve devralmanın mümkün olması, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasını engelleyebilecektir. Batan teşebbüsü devralmayı isteyen birden fazla teşebbüs bulunması

durumunda, rekabet otoritesi muhtemel birleşme ve devralmaları karşılaştırabilme olanağına sahip olacak ve rekabetin en az kısıtlandığı durumu seçebilecektir. Bununla birlikte rekabetin daha az kısıtlandığı durumda, batan teşebbüsü devralmayı isteyen teşebbüsün önerdiği fiyat önemli oranda düşük olabilir. Konuyla ilgili olarak, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin, 5.1. bölümünün ilk paragrafında ve Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.3. bölümünde, batan teşebbüsün tasfiyesi durumunda elde edilecek değerden daha yüksek olan tekliflerin kabul edilebilir olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu düşük fiyat teklifi, teşebbüsün tasfiyesi sonrasında elde edilecek değerden daha yüksek ise, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların bulunduğu kabul edilmektedir.

Batan teşebbüs savunmasında aranan diğer koşullardan biri de yeniden yapılanma veya faaliyetlerin daraltılması yoluyla teşebbüsün batmaktan kurtulma olanağının bulunmamasıdır. Aksi takdirde, teşebbüsün pazar dışına çıkması söz konusu olmayacak ve dolayısıyla batan teşebbüs savunmasının dayanağı kalmayacaktır. Nitekim, Amerikan rekabet hukukunda, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için, İflas Kanunu'nun 11. bölümü kapsamında teşebbüsün yeniden yapılanmasının mümkün olmaması şartı aranmaktadır. Benzer şekilde, Kanada rekabet hukukunda da bir teşebbüsün faaliyetlerin daraltılması veya bazı coğrafi bölgelerden çekilmek suretiyle, teşebbüsün pazar dışına çıkması engellenebiliyorsa, batan teşebbüs savunması kabul edilmemektedir.

Ancak, yeniden yapılanmanın mümkün olması durumunda da maliyetinin ne olacağı önem kazanmaktadır. Batan teşebbüsün yeniden yapılanması mümkünse ve maliyeti önemsizse batan teşebbüs savunmasının dayanağı kalmayacaktır. Ayrıca, Correia (1995, 3) batan teşebbüsün yeniden yapılanması konusunda önemli belirsizlikler bulunduğunu ve özellikle birleşme ve devralmanın analizi sırasında yeniden yapılanma hakkında gerekli verilerin bulunmasının zor olabileceğini belirtmektedir.

Savunmanın kabul edilebilmesi için aranan bir diğer unsur, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda batan teşebbüsün pazar payının yine de devralan teşebbüse geçmesidir. Özellikle Avrupa rekabet hukukunda, Amerikan ve Kanada rekabet hukukundan farklı olarak, Komisyon batan teşebbüs savunmasını kabul ederken bu koşulun gerçekleşmesini istemektedir. Bu koşulun sağlandığı durumlarda, Komisyon rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara izin verirken, birleşme ve devralma ile rekabetin kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağının bulunmamasını gerekçe göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, bu koşulun sağlanması durumunda, Komisyon birleşme ve devralmaya izin verilirse de rekabetin aynı ölçüde kısıtlanacağını belirtmektedir.

Batan teşebbüs savunmasında olduğu gibi bir iştirakin faaliyetlerine son

verilecek olması, bir teşebbüsün finansal açıdan zor durumda bulunması veya endüstride talebin azalması durumlarında da, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaların özel bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ileri sürülebilmektedir. Söz konusu görüşler batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olduğundan, sonraki bölümde bu savunmalara da değinilmeye çalışılacaktır.

2.1.2. Batan Teşebbüsle İlgili Diğer Savunmalar

Batan teşebbüs savunmasının aynı şekilde bir teşebbüsün batan iştiraki (*failing division*) için de geçerli olabileceği iddia edilmektedir. Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5.2. bölümü batan iştiraklerle ilgili olup batan teşebbüs savunmasının bir teşebbüsün batan iştiraki içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.2. bölümünün dördüncü paragrafında, savunmanın pazar dışına çıkan bir iştirak için de ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde, Avrupa rekabet hukukunda da batan iştirakin bağlı olduğu ekonomik grubun faaliyetlerine devam edebilmesi de dikkate alınarak, batan teşebbüs savunmasında aranan koşullar sağlanıyorsa, batan iştirak savunması dikkate alınmaktadır (OECD 1996b, 8). Nitekim, Komisyon *Rewe/Meinl* kararında¹⁷, inceleme konusu devralma işlemiyle ilgili olarak batan iştirak savunmasının değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiş ve bu savunmanın kabul edilmesinin batan teşebbüs savunmasına göre daha zor olması gerektiğini belirtmiştir (parag. 65). Söz konusu kararda, batan iştirak savunmasının değerlendirilmesinde, batan teşebbüs savunmasında aranan şartların sağlanması da istenmiştir (parag. 66-69).

Genel olarak, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda iştirakin faaliyetlerine son vermesi, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların bulunmaması gibi batan teşebbüs savunmasında aranan benzer şartların sağlanması durumunda, batan iştirak savunması kabul edilebilir.

Batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olan bir başka görüş de zor durumdaki teşebbüs savunmasıdır (*failing firm defence*). Özellikle, Amerikan rekabet hukukunda 1984 yılında yayımlanan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nden sonra, batan teşebbüs savunmasının rekabet etme gücü kalmamış ancak henüz tamamen batmamış teşebbüslere de uygulanması konusunda, zor durumdaki teşebbüsün savunulması olarak adlandırılacak bir görüş ileri sürülmüştür. Zor durumdaki teşebbüs savunmasında, teşebbüsün yakın gelecekte pazar dışına çıkacağı iddia edilmektedir. Bu sebeple, söz konusu teşebbüsün taraf olduğu ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaya izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

¹⁷ Rewe/Meinl, Case No IV/M.1221, OJ L 274 (23/10/1999) s. 1-22.

Konuyla ilgili olarak Sullivan ve Grimes (2000, 615-616), zor durumdaki teşebbüs savunmasının 1992 yılında yayımlanan Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nde yer almadığına dikkat çekmektedirler. Ayrıca, yazarlar teşebbüslerin finansal zayıflıklarının muhtemelen verimsiz yönetimden kaynaklandığını ve bu durumun birleşme ve devralmaya gerek kalmadan, yönetimin değiştirilmesiyle çözülebileceğini ve zor durumdaki teşebbüs savunmasının mahkemelerce kabul görmediğini belirtmektedirler.

Zor durumdaki teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak, Federal Ticaret Komisyonu'nun Rekabet Bürosu eski Başkanı, Kevin Arquit 1992 yılında yaptığı konuşmada, düşüncelerini şu şekilde ifade etmiştir (OECD 1996b, 88'den naklen):

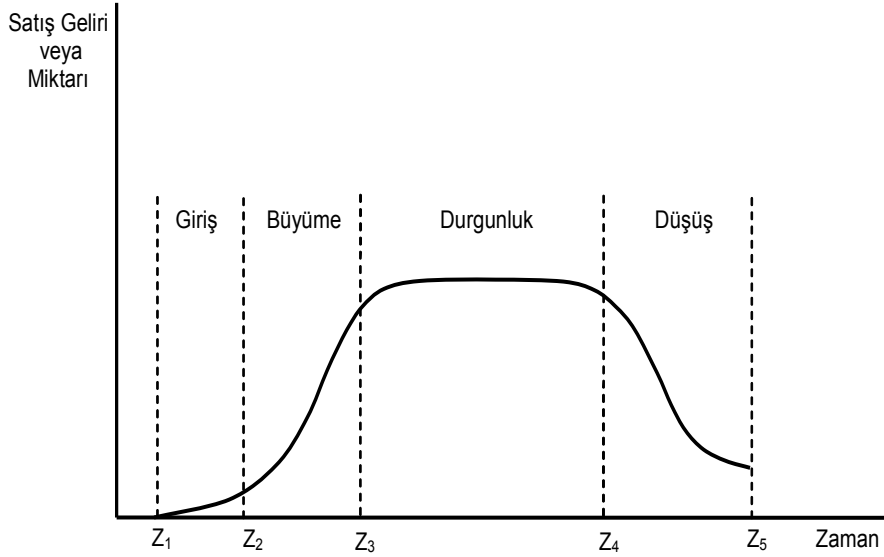
... 1984 yılında yayımlanan Rehber'in, zor durumdaki teşebbüs savunmasının ileri sürülmesine neden olan "İlgili Pazardaki Teşebbüslerin Finansal Durumu" başlıklı bölümü, yeni Rehber'de kaldırılmıştır. Rehber'den bu bölümün çıkarılmasıyla, söz konusu savunmanın kabul edilebilir olduğu düşüncesinden de vazgeçilmiştir. Yakın gelecekte iflas ihtimalinin bulunmaması şartıyla, bir teşebbüsün finansal yapısının zayıflığı, muhtemelen değişken pazar yapısından kaynaklanmaktadır.

Genel olarak, zor durumdaki teşebbüs savunması, batan teşebbüs savunmasının genişletilmesi olarak kabul edilebilir. Batan teşebbüs savunmasında, birleşme ve devralmaya izin verilmese de teşebbüsün pazar dışına çıkmasından dolayı rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması söz konusudur. Ancak, batan teşebbüs savunmasında aranan, teşebbüsün yakın gelecekte pazar dışına çıkacak olması koşulu, zor durumdaki teşebbüs için geçerli olmayabilir. Nitekim, taraflar geçici finansal zorlukları ve ekonomik daralmaları ileri sürerek zor durumdaki teşebbüs savunmasından faydalanmak isteyebilmektedir (OECD 1996b, 21). Bu durumda, batan teşebbüs savunmasının zor durumdaki teşebbüs için uygulanması, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca, ekonominin daraldığı dönemlerde teşebbüsler zor duruma düşebilirler, ancak bir teşebbüsün zor durumda da olsa faaliyetlerine devam etmesi, rekabetin sağlanması açısından daha faydalı olacaktır. Bunun yanı sıra, ekonomik daralmalar geçici olduğundan, kriz sonrası teşebbüsler de muhtemelen faaliyetlerine normal şekilde devam edeceklerdir. Teşebbüslerin faaliyetlerine son vermeleri söz konusu değilse, ekonomik daralma sebebiyle rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmalara izin verilmesi, geçici olan kriz sonrası rekabeti kalıcı olarak kısıtlayabilecektir.

Batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak, talebin azaldığı endüstrilerde de (*declining demand industries*) rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri olan birleşme ve devralmalara izin verilmesi yönünde görüşler bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, Hausman (1995, 1) bir çok endüstrinin büyüme, durgunluk ve düşüş dönemi olduğunu ve endüstrinin son dönemlerinde talebin azaldığını belirtmektedir. Endüstride homojen bir ürün olduğu durumlarda, ürün hayat eğrisi aynı zamanda

endüstrinin hayat eğrisi olarak kabul edilebilir. Müftüoğlu (1994, 541) ürün hayat eğrisini, satış gelirinde veya miktarında zamana göre meydana gelen değişme olarak ifade etmektedir. Ürün hayat eğrisi Şekil-1’de gösterilmektedir.

Şekil-1 : Ürün Hayat Eğrisi



Kaynak: Müftüoğlu (1994, 541).

Şekil-1’de de görüldüğü üzere, zamanla satış miktarı önce artmakta daha sonra da azalmaktadır. Müftüoğlu konuya ilişkin görüşlerini aşağıdaki şekilde belirtmektedir (1994, 542):

Durgunluk veya olgunluk döneminde talep artışı durmaktadır. Bu nedenle işletmeler arasında mevcut talepten daha büyük bir pay alabilmek veya satış gelirlerini koruyabilmek için yoğun bir rekabet başlamıştır. Fiyat indirimi ve reklam faaliyetleriyle işletmeler birbirlerinin müşterilerini çekmeye çalışırlar. Artan satış masrafları sonucu işletmelerin karı azalmaya başlar. Bu olumsuz gelişme sonucunda bazı işletmeler piyasayı terk etmek zorunda kalabilirler.

Dolayısıyla, talebin azaldığı endüstrilerde, durgunluk veya düşüş dönemlerinde teşebbüsler pazar dışına çıkmak durumunda kalabilmektedirler. Hausman bu durumda, birleşme ve devralmalara daha olumlu bakılması gerektiğini savunmakta ve görüşünü şu şekilde açıklamaktadır (1995, 1):

... talebin azaldığı endüstrilerde, araştırma ve geliştirme çalışmalarının artmasıyla sonuçlanan birleşme ve devralmalara izin verilmesini öngören rekabet politikalarından, tüketiciler fayda sağlayabilirler.

Hausman (1995, 1) ayrıca, küçülen endüstrilerde rekabet otoritesinin batan teşebbüs savunmasının koşullarını daha ılımlı uygulayabileceğini belirtmektedir. Hausman'ın da belirttiği gibi özellikle, teknoloji yoğun endüstrilerde, Şekli-1'de ürün hayat eğrisinde gösterildiği gibi, belirli bir zaman sonrasında talebin azalması mümkündür. Talebin azalması teşebbüslerin zor duruma düşmesine sebep olabilir.

Bununla birlikte, zor durumdaki teşebbüsün savunulması görüşünde olduğu gibi teşebbüsün pazar dışına çıkması söz konusu değilse, birleşme ve devralmaya izin verilme de rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma riski bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, endüstrideki daralma teşebbüslerin faaliyetlerini yürütemeyecek duruma gelmelerine sebep oluyorsa, batan teşebbüs savunmasının ileri sürülmesi her zaman için mümkündür.

2.1.3. Batan Teşebbüs Savunmasının Sosyal Boyutu

Batan teşebbüs savunmasında, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda bir takım olumsuz sosyal etkilerin oluşabileceği de ileri sürülmektedir. Shughart ve Tollison (1985, 359) söz konusu olumsuz sosyal etkilerin üretim miktarının azalması, endüstrideki işsizlik oranının ve ürün fiyatının artması şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmektedirler.

Ayrıca, Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre batan bir teşebbüsün birleşme ve devralma yoluyla kurtarılmasından başlıca üç grup faydalanmaktadır¹⁸ (parag. 20). Söz konusu kararda, batan teşebbüsün faaliyet gösterdiği bölge halkının, teşebbüsün hissedarlarının ve çalışanlarının, birleşme ve devralmanın gerçekleşmesinden faydalanacakları ifade edilmiştir.

Genelde bir birleşme ve devralma sonrasında, tarafların çalışanlarının bir kısmı işlerini kaybedebilirler. Batan teşebbüs savunmasının kabulüyle, birleşme ve devralmaya izin verilmemesi durumunda batan teşebbüsün bütün çalışanları muhtemelen işlerini kaybedecek olmalarına karşın, izin verilmesi durumunda çalışanların en azından bir kısmı işlerine devam edebileceklerdir. Ayrıca, ekonomik daralma dönemlerinde de, işsizliğin daha da fazla artması engellenmiş olacaktır. Batan teşebbüsün hissedarları birleşme ve devralma sayesinde yatırımlarını koruyabilecekler ve teşebbüsün faaliyette bulunduğu bölge halkı da birleşme ve devralmadan olumlu etkilenebilecektir.

Bunun yanı sıra, Monti ve Rousseva (1999, 51) batan teşebbüse kredi

¹⁸ International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

veren kuruluşların alacakları riskli durumdayken, birleşme ve devralma sonrası alacaklarını tahsil etmelerinin daha kolay olabileceğini belirtmektedirler. Ayrıca, yazarlar batan teşebbüs üretim sürecinde önemli bilgi birikimine sahipse veya yüksek teknoloji alanında faaliyet gösteriyorsa, teşebbüsün çalışanları uzmanlaşmış olduğundan, işlem sonrası çalışanların işlerine devam etmelerinin mümkün olduğunu da ifade etmektedirler. Konuyla ilgili olarak, Shughart ve Tollison (1985, 359), batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmadan, batan teşebbüsün hammadde sağlayıcılarının da faydalanacaklarını ileri sürmektedirler.

Değinenen faydalara karşın, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilmesi durumunda da rekabet önemli ölçüde kısıtlanabilir. Rekabetin kısıtlanması sonucu ürün fiyatı artabilir ve tüketici fazlası azalabilir. Dolayısıyla, birleşme ve devralmaya izin verildiği için de olumsuz sosyal etkiler oluşabilir. Birleşme ve devralma sonucu hem olumlu hem de olumsuz etkiler oluşabileceğinden, işlemin değerlendirilmesinde sosyal faydadaki net etkinin bulunması gerekebilecektir. Sosyal faydadaki net etkinin bulunabilmesi için birleşme ve devralmaya izin verildiği ve verilmediği durumda fiyatta, üretimde, toplam fazlada ve işsizlik oranında meydana gelen değişimlerin ölçülmesi gerekmektedir. Ancak, bunun yapılabilmesi de kolay değildir. Nitekim, Kanada rekabet hukukunda batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmanın bütün ekonomi üzerindeki refah etkisinin ölçülmesinin zor olduğu ifade edilmektedir (OECD 1996b, 49).

Bununla birlikte, Shughart ve Tollison (1985, 360) birleşme ve devralmaya izin verilmesi durumunda üretim miktarındaki azalmanın, fiyatlardaki ve işsizlik oranındaki artışın, batan teşebbüsün pazar dışına çıktığı duruma göre daha az olabileceğini belirtmektedirler. Correia (1995, 5) da benzer görüşü paylaşmakta ve "... genel olarak, bir teşebbüsün batmasının net sosyal maliyetlerinin olduğu söylenebilir ..." demektedir.

Konuyla ilgili olarak, Avrupa rekabet hukukunda sosyal faydaların birleşme ve devralma analizlerinde dikkate alınması yönünde eğilim olduğu görülmektedir. Banks (1997, 183-184), AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün gerekçeler bölümünün 13. maddesinde, Roma Antlaşması'nın (Antlaşma), "... yaşam standardını yükselterek, işsizlik oranının azaltılması ve sosyal korumanın sağlanması ..." şeklindeki 2. maddesine atıf yapıldığını belirtmektedir.

Ayrıca, Avrupa İlk Derece Mahkemesi *CCE de Vittel&Others v. Commission*¹⁹ kararında, sosyal faydaların birleşme ve devralmayla ilgili olabileceğini belirtmiştir. İlk Derece Mahkemesi söz konusu kararında şu ifadelerle yer vermiştir (parag. 38):

¹⁹ CCE de Vittel&Others v. Commission, Case T-12/93 (1995).

... 4064/89 nolu AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında, bazı durumlarda bir birleşme ve devralmanın Ortak Pazar'la uyuşup uyuşmadığı değerlendirilirken, serbest bir rekabet ortamının oluşturulmasına verilen öncelik, Antlaşmanın 2. maddesinde belirtilen sosyal amaçların olumsuz etkilenmesi söz konusu ise, işlemin sosyal etkileriyle uzlaştırılabilir.

Ayrıca, Komisyon *Kali and Salz/MDK/Treuhand*²⁰ kararında, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün gerekçeler bölümünün 13. maddesinde ve Antlaşmanın 130(a) maddesinde değinildiği üzere "Topluluğun ekonomik ve sosyal durumunun iyileştirilmesi amacıyla", batan teşebbüsün kurtarılması görüşünün uygulandığını belirtmiştir (parag. 95). İnceleme konusu işlemin taraflarından biri olan MDK'nin, faaliyetlerine son vermesi durumunda, Doğu Almanya'nın bundan etkilenen bölgelerinde olumsuz sosyal sonuçların doğmasının muhtemel olduğu ve söz konusu bölgelerdeki ekonomik zayıflık dikkate alındığında, kararın AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'ne ve Antlaşma'ya uygun olduğu belirtilmiştir.

Bununla birlikte, Fransız Hükümeti Komisyon'un bu görüşüne karşı çıkmıştır²¹. Fransız Hükümeti, Komisyon'un değindiği Topluluğun ekonomik ve sosyal uyumunun ve AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün gerekçeler bölümünün 13. maddesinin, birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini, ancak bu hususların rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkisi bulunan birleşme ve devralmalara izin vermek için gerekçe olamayacağını ifade etmiştir (parag. 99).

Fransız Hükümeti'nin bu görüşü, ATAD tarafından kabul edilmemiştir²². ATAD, MDK'nin faaliyetlerine son vermesinden, Doğu Almanya'nın ekonomik açıdan zayıf bölgelerinin olumsuz yönde etkileceğini ve Komisyon'un bu kararının AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'ne de uygun olduğunu ifade etmiştir (parag. 11).

Benzer şekilde, Türk rekabet hukukunda da, daha sonra incelenecek olan *Uzel/Efe*²³ kararında batan teşebbüs savunmasının sosyal boyutuna değinilmiştir. Batan teşebbüsün devralınmasına izin verilmemesi durumunda, batan teşebbüsün işgücünün ve teçhizatlarının atıl duruma düşebileceğine dikkat çekilmiştir (parag. 7).

Sonuç olarak, sosyal faydalar batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde dikkate alınabilir. Söz konusu sosyal

²⁰ *Kali and Salz/MDK/Treuhand*, Case No IV/M.308, OJ L 186 (21/07/1994), s. 38-56.

²¹ *France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission*, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.

²² *ibid.*

²³ Rekabet Kurulu'nun 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararı (05.03.2002 tarih ve 24686 sayılı Resmi Gazete).

faydalar, batan teşebbüsün hissedarlarının, çalışanlarının ve teşebbüsün faaliyet gösterdiği bölge halkının ekonomik menfaatlerinin korunması olarak kabul edilebilir. Ayrıca, batan teşebbüsün pazar dışına çıkmasıyla üretim miktarı kısılabilecek ve ürün fiyatı artabilecektir. Bu durumda da olumsuz sosyal etkiler oluşabilecektir.

Sosyal faydalar önemli olmakla birlikte, rekabet politikalarıyla uyumlu olmalı ve rekabet politikaları da göz ardı edilmemelidir. Böylelikle, batan teşebbüsün kurtarılmasından kaynaklanan sosyal faydalar, birleşme ve devralma analizlerinde rekabeti kısıtlayıcı etkilerle birlikte dikkate alınabilir. Söz konusu faydaların, birleşme ve devralmanın rekabete olan etkisiyle birlikte değerlendirilmesi sonucunda batan teşebbüs savunması kabul edilebilir.

2.2. ÖZEL DURUMLARDA BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Önceki bölümde de değinildiği üzere, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralmanın taraflarından en az birisinin batan teşebbüs olması durumunda, işleme izin verilmesini ileri süren görüş, batan teşebbüs savunması olarak bilinmektedir. Batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için genel olarak bazı şartların sağlanması istenmektedir. Söz konusu koşullar pazar yapısıyla yakından ilgili olup, batan teşebbüs savunmasının değerlendirilmesinde değişik pazar yapılarının da dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu sebeple bu bölümde, özel durumlarda batan teşebbüs savunması incelenmeye çalışılacaktır.

Batan teşebbüs savunmasının değişik durumlarda değerlendirildiği bir çalışma Kwoka ve Warren-Boulton tarafından yapılmıştır. Söz konusu çalışmada, Kwoka ve Warren-Boulton (1986, 447) batan teşebbüs savunmasını ve teşebbüsün pazar dışına çıkan malvarlığının bulunup bulunmadığını incelemişlerdir. Başka pazardaki teşebbüsün, aynı pazarda bulunan küçük teşebbüsün ve hakim durumdaki teşebbüsün batan teşebbüs için tekliflerde bulunduğunu varsayan yazarların ulaştıkları sonuçlar Tablo-1'de gösterilmektedir:

Tablo-1 : Değişik Durumlarda Batan Teşebbüs Savunması²⁴.

	Durum 1	Durum 2	Durum 3	Durum 4
Hakim Durumdaki Teşebbüs Teklifi	20 \$	20 \$	20 \$	20 \$
Teşebbüsün Hurda Değeri	5 \$	5 \$	5 \$	5 \$
Teşebbüsün Bugünkü Değeri	-10 \$	-10 \$	-10 \$	12 \$
Küçük Teşebbüsün Teklifi	Yok veya >5 \$	15 \$	Yok veya >15 \$	Yok veya >15 \$
Başka Pazardaki Teşebbüsün Teklifi	Yok	Yok	15 \$	15 \$
Pazar Dışına Çıkan Malvarlığı	Var	Yok	Var	Var
Batan Teşebbüs Savunması	Evet	Hayır	Hayır	Hayır

Kaynak: Kwoka ve Warre-Boulton

İlk durumda, teşebbüsün net bugünkü değeri negatif olup, alternatif alıcı bulunmamakta veya alternatif alıcılar teşebbüsün hurda değeri olan 5 \$ dan daha düşük teklifte bulunmaktadır. Batan teşebbüs savunması bu durumda dikkate alınabilir. İkinci durumda, birinci durumdan farklı olarak alternatif bir alıcı vardır. Söz konusu alıcının teklifi, hakim durumdaki teşebbüsün teklifinden daha düşük ancak batan teşebbüsün hurda değerinden daha yüksektir. Bu durumda rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir alıcı bulunduğu için artık batan teşebbüs savunması geçerli olmayacaktır. Üçüncü durumda, rekabeti daha az kısıtlayıcı teklif pazar dışındaki bir teşebbüsten gelmektedir. Son durumda ise, teşebbüsün bugünkü değeri pozitif olup batması söz konusu değildir. Dolayısıyla, batan teşebbüs savunması bu durumda kabul edilemez.

Kwoka ve Warren-Boulton tarafından yapılan çalışma çeşitli durumlarda batan teşebbüs savunması konusunda genel bir fikir vermesi açısından yeterli olabilir. Ancak değişik durumlarda batan teşebbüs savunması değerlendirilirken, batan teşebbüsün pazar dışına çıkmasına, pazarda iki teşebbüsün bulunmasına, devralan tarafın hakim durumda olup olmamasına göre daha detaylı bir incelemenin yapılmasında fayda olduğu düşünülmektedir.

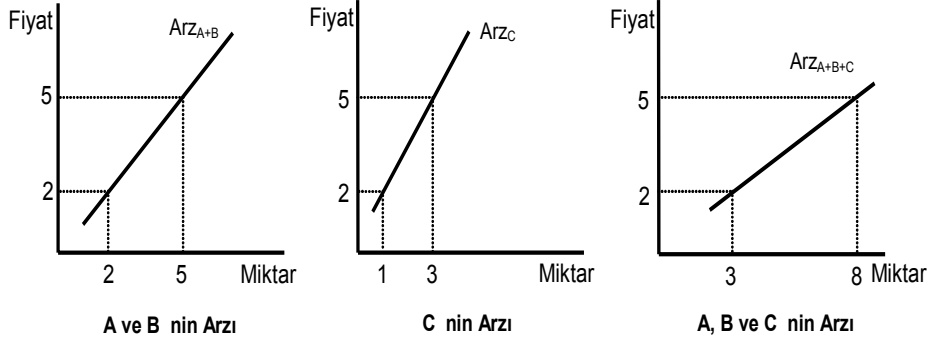
²⁴ Bu çalışmada, tablonun tamamı alınmamış olup konuyla ilgili bölüme yer verilmiştir.

2.2.1. Batan Teşebbüsün Pazar Dışına Çıkması

Bir teşebbüs üretim maliyetlerindeki artış, ekonomik daralma ve verimsiz yönetim gibi çeşitli sebeplerle faaliyetlerini yürütemeyecek duruma gelebilir. Bu durumda söz konusu teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilmemesi, batan teşebbüsün iflas etmesine neden olabilir. Batan teşebbüsün iflası halinde, malvarlığı büyük bir olasılıkla gerçek değerinin altında satılabilecek ve batan teşebbüsün eğer varsa elde etmiş olduğu teknolojik gelişmeler kaybedilmiş olacaktır (Monti ve Rousseva 1999, 48). Ayrıca batan teşebbüsün iflası, teşebbüsün üretim kapasitesinin pazar dışına çıkmasına yol açabilecektir. Bu durumda, Kwoka ve Warren-Boulton (1986, 445) pazarda kapasite fazlası yoksa üretimin kısılabileceğini ve fiyatların artabileceğini belirtmektedirler. Diğer bir ifadeyle, yazarlar birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi ve batan teşebbüsün üretim kapasitesinin pazar içinde kalması durumunda, toplam üretim miktarının azalmayabileceğini ve fiyatın artmayabileceğini belirtmektedirler.

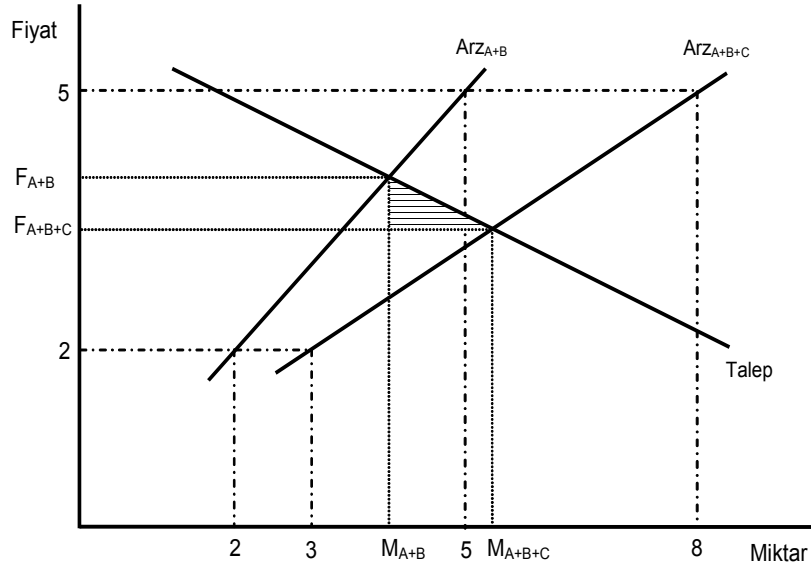
Kapasite fazlasının olmadığı ve batan teşebbüsün pazar dışına çıktığı durumlarda, üretimin kısılanması ve fiyatın artması gibi olumsuz etkiler gerçekleşebilir. Maliyetlerin artan oranlı olduğu ve pazarda kapasite fazlasının olmadığı varsayılırsa, batan teşebbüsün pazar dışına çıkmasıyla pazardaki diğer teşebbüsler daha fazla üretim yapmak durumunda kalabilecekler ve fiyat artabilecektir. Şekil-2’de gösterildiği üzere, endüstride A, B ve C adında üç teşebbüsün bulunduğu ve endüstri arzının Arz_{A+B+C} doğrusuna eşit olduğu varsayılmaktadır. Teşebbüs C’nin faaliyetlerine devam edemeyerek pazar dışına çıkması ve pazarda kapasite fazlasının olmaması durumunda, arz azalarak Arz_{A+B} doğrusuna eşit olacaktır.

Şekil-2 : Teşebbüslerin ve Endüstrinin Arz Eğrileri



Bu durumda, talebin değişmediği kabul edilirse üretim miktarı azalacak, fiyat artacak ve Şekil-3'de gösterilen taralı alan kadar dara kaybı oluşacaktır.

Şekil-3 : Kapasite Fazlasının Olmadığı Durumda Batan Teşebbüsün Pazar Dışına Çıkması



Değinilen sebeplerden dolayı batan teŖebbüsün pazar dıŖına çıkması üretim miktarını azaltıcı ve fiyatı arttırıcı etki yaratabilir. Ancak bazı durumlarda, fiyat artışının girişleri özendirici etkisi bulunabilir. Konuyla ilgili olarak Komisyon, daha sonra değinilecek olan *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*²⁵ kararında, batan teŖebbüsün pazar dıŖına çıkması sonucunda oluşacak talep fazlasının rakiplerce karşılanmasının mümkün olmadığı durumlarda fiyatın artacağını ifade etmiştir. Ayrıca, Komisyon fiyat artışı sonrası, pazarın olası girişler için “ekici” hale geleceğini de belirtmiştir (parag. 253). Bununla birlikte, pazarda kapasite fazlası varsa, batan teŖebbüsün pazar dıŖına çıkması sonrasında, arz miktarı azalmayabilir ve fiyat artmayabilir.

Bunun yanı sıra, batan teŖebbüsün faaliyetlerine son vermesi durumunda, rakip sayısı azalacağından, teŖebbüsler arasındaki uyumlu eylem olasılığı artacaktır. Bu durum da rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açabilir.

2.2.2. İlgili Pazarda İki TeŖebbüsün Bulunması

Bu durumda birleşme ve devralma öncesi pazarda iki teŖebbüs bulunmakta ve bunlardan biri de yakın bir gelecekte faaliyetlerine son vermek zorunda kalmaktadır. Bu alıŖmada daha sonra yer verilecek olan Komisyon’un *Kali and Salz/MDK/Treuhand*²⁶ kararında, bu durum inceleme konusu olmuştur.

Batan teŖebbüsün pazar dıŖına çıkması durumunda, monopol haline gelecek olan taraf, pazar dıŖına çıkan teŖebbüsün pazar payının tamamına sahip olacaktır. Batan teŖebbüsün, monopol olacak teŖebbüs tarafından devralınmasıyla ilgili olarak, Monti ve Rousseva (1999, 48) söz konusu işlem sonrası monopolün üretim kapasitesini arttıracığını ancak birleşme ve devralma nedeniyle pazar gücü kazanmayacağını ifade etmektedirler.

Benzer şekilde, Komisyon da *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında, ortak girişimin gerçekleşmemesi halinde, monopol olacak olan teŖebbüsün, rakibinin pazar payının tamamını elde edeceğine dikkat çekmiştir (parag. 78-79). Ayrıca, Monti ve Rousseva (1999, 49) iki teŖebbüsün bulunduğu bir pazarda, muhtemelen pazara giriş engellerinin bulunacağını ve bu sebeple batan teŖebbüsü devralan tarafın büyük bir olasılıkla tek alıcı olacağını belirtmektedirler.

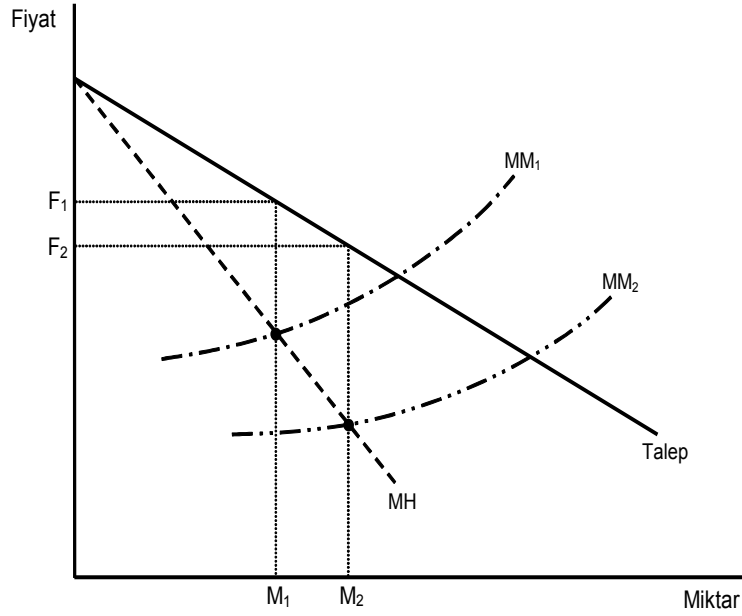
Bunun yanı sıra, yazarlar pazardaki diğer teŖebbüsün, batan teŖebbüsü devralması durumunda, üretim maliyetlerini düşürmesinin mümkün olduğunu ve böylelikle fiyatın da düşeceğini ifade etmektedirler. Birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, batan teŖebbüsü devralmak isteyen tarafın monopol olacağı dikkate alındığında bu görüş doğru olarak kabul edilebilir. Pazar dıŖına çıkan teŖebbüsü devralan tarafın, birleşme ve devralma sonrasında üretim

²⁵ Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, Case No IV/M.774, OJ L 247 (10/09/1997) s. 1-46.

²⁶ Kali and Salz/MDK/Treuhand, Case No IV/M.308, OJ L 186 (21/07/1994), s. 38-56

maliyetleri azalıyor, bu durumda fiyat düşecektir. Söz konusu birleşme ve devralmaya izin verilmesi durumunda, Şekil-4'de de görüleceği üzere üretim miktarı daha yüksek ve fiyat daha düşük olacaktır.

Şekil-4 : Monopol Durumuna Gelecek Olan Tarafın Batan Teşebbüsü Devralmasıyla Maliyetlerinin Azalması.



Birleşme ve devralmaya izin verilmesi veya verilmemesi durumunda da monopol durumuna gelecek olan teşebbüsün, batan teşebbüsü devralmadığı durumda marjinal maliyet eğrisinin MM_1 ile, batan teşebbüsü devraldığı durumda da marjinal maliyet eğrisinin MM_2 ²⁷ ile gösterildiğini ve talebin değişmediğini kabul edelim. Batan teşebbüsü devralmak isteyen taraf her durumda monopol olacağından, karını maksimize etmek için MH doğrusu ile gösterilen marjinal hasılatını, marjinal maliyetine eşitleyecektir. İşlemin gerçekleştiği ve gerçekleşmediği durumlarda fiyat sırasıyla F_2 ve F_1 düzeyinde oluşacaktır. Burada dikkati çeken husus, bir birleşme ve devralma sonrası genellikle üretim miktarının azalması ve fiyatın artması beklenirken, bu özel

²⁷ Birleşme ve devralma sonrası devralan tarafın maliyetlerinin düştüğü varsayıldığından, MM_2 eğrisi MM_1 eğrisine göre daha düşük seviyede çizilmiştir.

durumda tam tersi gerçekleşmektedir.

Değınilen sebeplerden dolayı, ilgili pazarda iki teşebbüsün bulunduğu durumlarda, batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesinin diğer durumlara göre daha kolay olduğu söylenebilir.

2.2.3. Batan Teşebbüsün Hakim Durumda Bulunan Teşebbüs Tarafından Devralınması

Batan teşebbüsün hakim durumdaki teşebbüs tarafından devralınması Tablo-1’de birinci durum olarak gösterilmiştir. Tablodan da anlaşılacağı üzere, batan teşebbüse alternatif başka alıcı bulunmamaktadır. Bu durumda bir teşebbüsün hakim durumu daha da güçlenmekte olup rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma olasılığı bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, Monti ve Rouseva (1999, 49) hakim durumdaki teşebbüsün, birleşme ve devralmaya izin verilmese de batan teşebbüsün müşterilerine ürün sunarak pazar payını arttırabileceğini, diğer bir ifadeyle birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda da teşebbüsün hakim durumunun güçlenebileceğini ileri sürmektedirler.

Bununla birlikte, bu görüşün kabul edilebilmesi için birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, batan teşebbüsün pazar payının hakim durumdaki teşebbüs tarafından elde edilmesi gereklidir. Ancak, tüketicilerin tercihi, ürünün homojenliği ve rakiplerin durumu gibi bir çok etkene bağılı olarak batan teşebbüsün pazar payı diğer rakiplere de kayabilir.

Konuyla ilgili olarak, Komisyon *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*²⁸ kararında, batan teşebbüsün pazar dışına çıkması durumunda, batan teşebbüsün pazar payının büyük bir kısmının söz konusu teşebbüsle ortak girişim kuracak olan taraflardan birine kayacağını belirtmiştir. Ancak kararda, batan teşebbüsün faaliyetlerine son vermesiyle, fiyatın yükseleceğine ve bunun sonucunda ithalatın artacağına dikkat çekilmiştir. Bu sebeple, teşebbüsün pazar payının bir kısmının ithalatçılara kayacağı da ifade edilmiştir (parag. 254).

Batan teşebbüsün pazar dışına çıkmasından sonra pazar paylarının nasıl dağılacğının önceden tahmin edilmesinin kolay olmadığı açıktır. Bu durumda, batan teşebbüsün pazar payının, rakiplere mevcut pazar payı dağılımına göre kayabileceği düşünülebilir. Örneğin, pazarda A, B ve C olmak üzere üç teşebbüs bulunduğunu ve pazar paylarının sırasıyla % 50, % 40 ve % 10 olduğunu varsayalım. C’nin yakın gelecekte faaliyetlerine son vereceğini, yeniden yapılanmasının mümkün olmadığını ve olası bir alıcının bulunmadığını kabul edelim. Bu durumda, C’nin pazar payının % 50’sinin A’ya ve % 40’nın da B’ye kayacağı düşünülebilir. Bir başka deyişle, C’nin pazar dışına çıkması sonrası,

²⁸ Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, Case No IV/M.774, OJ L 247 (10/09/1997) s. 1-46.

A ve B teşebbüslerinin pazar paylarının sırasıyla % 55 ve % 44 olacağı varsayılabilir²⁹.

Önerilen yöntemin yerine, birleşme ve devralmaya izin verilmezse hakim durumdaki teşebbüsün pazar payının hiç artmayacağı, diğer bir ifadeyle birleşme ve devralma gerçekleşmezse devralmayı düşünen tarafın, batan teşebbüsün müşterilerinin hiç birine ürün sunamayacağı da dikkate alınabilir. Bu durumda aynı örnekte, A ve B teşebbüslerinin pazar payları sırasıyla % 50 ve % 50 olacaktır. Ayrıca, rekabet otoritesi işleme izin verilmezse en kötü durumun oluşabileceğini, diğer bir ifadeyle hakim durumdaki teşebbüsün batan teşebbüsün pazar payının hepsini elde edebileceğini de kabul edebilir. Bu durumda, A'nın ve B'nin pazar payları sırasıyla % 60 ve % 40 olacaktır.

Ayrıca, Monti ve Rouseva (1999, 50) bu durumda da batan teşebbüsün devralınmasıyla marjinal maliyetin azalabileceğini, bunun da arzı arttırarak batan teşebbüsün pazar dışına çıktığı duruma göre fiyatı düşürebileceğini savunmaktadırlar.

Genel olarak bu durumda, pazarda iki teşebbüsün bulunduğu duruma göre, batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesinin daha zor olduğu söylenebilir. Birleşme ve devralma sonrası pazar paylarının dağılımı konusundaki belirsizlik, rekabet otoritesinin karar almasını zorlaştırıcı bir unsurdur. Bununla birlikte, batan teşebbüsün devralınması sonrasında pazar paylarının nasıl dağılacığı konusunda bir takım varsayımlar yapılabilir, böylelikle birleşme ve devralmanın gerçekleştiği ve gerçekleşmediği durumlar hakkında tahmin yürütülebilir. Batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilirse de hakim durumun güçleneceği ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı düşünülüyorsa, batan teşebbüs savunması kabul edilmelidir.

2.2.4. Hakim Durumda Olmayan Teşebbüsün Batan Teşebbüsü Devralarak Hakim Duruma Gelmesi

Bu durumda, batan teşebbüsü devralan taraf hakim durumda değilken, birleşme ve devralma sonrası hakim duruma gelmektedir. Bu sebeple, batan teşebbüs savunmasında genel olarak ileri sürülen, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda da rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı görüşü muhtemelen geçerli olmayacaktır.

Konuyla ilgili olarak, Monti ve Rouseva (1999, 49) birleşme ve

²⁹ Bu yöntemin kabul edilmesi durumunda, pazarda kalan teşebbüslerin pazar payları toplamı % 100 olmayacaktır. Yöntem kesin bir sonuç vermekten ziyade karar alıcılara genel bir fikir vermesi amacıyla önerilmiştir. Ancak yine de pazar payları toplamlarının, % 100'e tamamlanması isteniyorsa aynı yöntem uygulanarak eksik kısım pazarda kalan teşebbüslere dağıtılabilir.

devralma gerçekleşmezse, batan teşebbüsün pazar payının hepsinin devralan tarafa kaymayacağını, bu sebeple de işleme izin verilmesi durumunda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceğini belirtmektedirler. Bununla birlikte, birleşme ve devralmanın gerçekleşmediği durumda, batan teşebbüsü devralmayı düşünen taraf yine de hakim duruma geliyorsa ve rekabet önemli ölçüde kısıtlanıyorsa, batan teşebbüs savunması kabul edilebilir.

Ayrıca Friedman, batan teşebbüsün üretimini durdurduğu ve üretim teçhizatlarının atıl durumda olduğu dikkate alındığında, batan teşebbüsü devralan tarafın yatırım yaparak üretim kapasitesini arttırdığının düşünülebileceğini ifade etmektedir (Monti ve Rousseva 1999, 50). Bu durumda, birleşme ve devralma sonrası atıl durumdaki teçhizatlar kullanılmaya başlanılacak, devralan teşebbüs ek üretim kapasitesine sahip olabilecek ve rakip teşebbüslerin üretim kapasiteleri de birleşme ve devralma sonrası değişmeyecektir. Ayrıca, batan teşebbüsün teçhizatları üretim miktarını arttırmak veya eskimiş teçhizatları yenilemek için kullanılacaktır.

Benzer şekilde Kwoka ve Warren-Boulton (1986, 445), bu durumda birleşme ve devralma yoluyla içsel büyüme de olduğu gibi üretim kapasitesinin artacağını ve maliyetlerin azalacağını belirtmektedirler.

Batan teşebbüsün devralınmasına bu açıdan bakıldığında, söz konusu işlem üretim kapasitesinin artırılması için yapılan bir yatırım olarak algılanabilir. Bununla birlikte, batan teşebbüsü devralan tarafın uygun maliyetle üretim kapasitesini arttırmasına rağmen, rakiplerin böyle bir olanağa sahip olmayabilecekleri ve bir hakim durumun yaratılacağı da batan teşebbüs savunmasının değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.

2.2.4. Dikey Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması

Batan teşebbüs savunması genel olarak yatay birleşme ve devralmalarda ileri sürülebilir. Bununla birlikte, dikey birleşme ve devralmalar sonrasında da rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması mümkündür. Bu durumda taraflardan birisi artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda ise batan teşebbüs savunması dikkate alınabilir. Örneğin, mevcut tek dağıtıcının pazar dışına çıktığı ve sağlayıcının dağıtıcıyı devraldığı durumda, teşebbüs dağıtım ağının rakiplerince kullanılmasına izin veremeyebilir.

Monti ve Rousseva (1999, 50) batan teşebbüsün devralınmasının etkilerinin dikey bir birleşme ve devralmada daha rahatlıkla görülebileceğini belirtmektedirler. Yazarlar birleşme ve devralmaya izin verilmezse, batan teşebbüsün pazarı terk edeceğini, bu durumda pazardaki bütün teşebbüslerin dağıtıcıdan yoksun kalacaklarını ve mevcut bir dağıtım sistemi bozulduğundan

yenisini kurmak için ek yatırım yapılması gerekebileceğini, böylelikle maliyetlerin ve fiyatların artabileceğini belirtmektedirler. Bu gerekçelerle Monti ve Rouseva, dikey birleşme ve devralmalarda da batan teşebbüs savunmasında aranan şartların sağlanması durumunda, işleme izin verilebileceğini ifade etmektedirler.

Sonuç olarak, dikey bir birleşme ve devralma sonrası rekabet önemli ölçüde kısıtlanıyorsa ve batan teşebbüs savunmasının koşulları sağlanıyorsa, savunma dikkate alınabilir.

BÖLÜM 3

ÜLKE UYGULAMALARINDA BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASI

Bu bölümde batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak Amerikan, Avrupa, Kanada ve Türk rekabet hukukundaki uygulamalara ve örnek kararlara değinilmeye çalışılacaktır. Genel olarak, ülke uygulamalarında batan teşebbüs savunmasının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Savunmanın değerlendirilmesinde benzer yaklaşımlar kullanılmakla birlikte bazı farklılıkların da bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

Batan teşebbüs savunması Kanada Rekabet Kanunu'nda, Amerikan ve Kanada birleşme ve devralma rehberlerinde yer almaktadır. Avrupa ve Türk rekabet hukukunda ise savunmaya, yasal mevzuatta değinilmemektedir. Özellikle, Avrupa ve Türk rekabet hukukunda batan teşebbüs savunması örnek kararlarda yer almaktadır. Bu sebeple, örnek kararların detaylı olarak incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.

3.1. AMERİKAN REKABET HUKUKU

3.1.1. İlgili Mevzuat

ABD'nin rekabet politikası Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Amerikan rekabet hukukunda, birleşme ve devralmalar Clayton Kanunu'nun yedinci bölümü kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, eğer bir birleşme ve devralma monopol oluşumuna sebep oluyorsa veya rekabeti önemli ölçüde kısıtlıyorsa, işlemin Clayton Kanunu'na aykırı olduğu kabul edilmektedir. Clayton Kanunu'nun sınırlarını belirlemek görevi ise federal mahkemelere verilmiştir. Bunun yanı sıra, Amerikan rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde ilgili içtihat ve politika uygulamaları da dikkate alınmaktadır.

Konuyla ilgili olarak, Farrell ve Shapiro (1990, 107), "Hart-Scott-Rodino Birleşme ve Devralmaların Bildirilmesine İlişkin Kanun"a göre, bütün "önemli" birleşme ve devralmaların bildirilmesi gerektiğini ve rekabet otoriteleri tarafından rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilmeyen işlemlerin tamamlanmış kabul edilmediğini belirtmektedirler. Ayrıca, Salop (1987, 4) yapılan değerlendirme sonucu, bir birleşme ve devralma rekabeti önemli ölçüde

kısıtlayıcı olarak kabul edilirse, tarafların işlemde vazgeçebileceğini, kısıtlayıcı olarak tanımlanan uygulamalardan kaçınabileceğini veya birleşme ve devralmayı yasallaştırmak için mahkemeye başvurabileceğini belirtmektedir. Yazar, 1982 ve 1986 yılları arasında değerlendirilen 7,700'den fazla birleşme ve devralmanın 56'sına karşı çıktıldığını ifade etmektedir.

Amerikan rekabet hukukunda, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmalara da bazı özel durumlarda izin verilmesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Birleşme ve devralmaların savunulması olarak adlandırılan bu konuya daha önce değinildiği için burada tekrar edilmeyecektir. Bu savunmalardan birisi olan batan teşebbüs savunması Amerikan rekabet hukukunda kabul edilmektedir. Clayton Kanunu'nun yedinci bölümünü ihlal eden bir birleşme ve devralma eğer bir iflası engellemek için zorunluysa, yasal olarak değerlendirilmektedir³⁰. Ayrıca, Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan raporda (1996, R-158) "Batan teşebbüs savunması, Amerikan rekabet hukukunda 'kesin' olarak kabul edilen tek savunmadır." denilmektedir.

Benzer şekilde, Coate ve McChesney (1992, 287) birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde, Federal Ticaret Komisyonu'nun dikkate aldığı unsurları incelemişler ve batan teşebbüs savunmasının kabul gördüğünü saptamışlardır.

Amerikan rekabet hukukunda birleşme ve devralmalar esas olarak 1992 yılında yayımlanan ve en son 1997 yılında değişikliğe uğramış bulunan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'ne göre değerlendirilmektedir. Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi, Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından birlikte çıkarılmaktadır. Rehber'in amacı rekabet otoritelerinin birleşme ve devralmaları incelerken, nasıl değerlendirme yaptıklarına ilişkin bilgi vermektir. Mahkemeler açısından Rehber bağlayıcı olmamasına karşın, Kinne'ye (1998, 8) göre bazı mahkemeler Rehber'i faydalı bulmaktadır. Halen yürürlükte olan Rehber'de batan teşebbüs savunması yer almaktadır. Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5. bölümünde, genellikle batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralma sonucu rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, batan teşebbüsün pazar dışına çıkması durumunda da pazarın rekabetçi yapısının bozulabileceği dikkate alınarak, birleşme ve devralmalara izin verilebilmektedir.

Rehber'in 5.1. bölümünde bir teşebbüsün, şu koşulları sağlaması durumunda, batan teşebbüs olarak kabul edildiği belirtilmektedir (parag. 1):

- 1- Yakın gelecekte finansal yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olması,
- 2- İflas Kanunu'nun 11. bölümü kapsamında, yeniden yapılanmayı başaramayacak olması,

³⁰ International Shoe Co. v. FTC, 280 US 291 (1930).

- 3- İlgili pazarda kalmasını sağlayacak ve rekabeti daha az kısıtlayacak alternatif birleşme ve devralmalar yoluyla kurtarılmasının mümkün olmaması,
- 4- Birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, pazar dışına çıkacak olması.

Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'ne göre, bir birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüsün finansal zorluklar içinde bulunması, söz konusu işlemin rekabet ortamını nasıl etkileyeceği değerlendirilirken dikkate alınmaktadır. Ancak, Amerikan rekabet hukukunda batan teşebbüsün yakın gelecekte finansal yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olduğunun kabulü için satışlarda ve karlılıkta düşüşlerin yaşanması ve teşebbüsün zarar etmesi yeterli bulunmamaktadır. Bu hususların ticari hayatın normal unsurları olduğu belirtilmekte ve savunmanın kabul edilebilmesi için, birleşme ve devralmaya izin verilmemesi durumunda teşebbüsün pazar dışına çıkması gerektiği ifade edilmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Monti ve Rousseva (1999, 39) Amerikan rekabet hukukunda, batan teşebbüs savunmasının kabulü için, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda teşebbüsün pazar dışına çıkması gerektiğini ve bazı durumlarda iflasın ilan edilmesi şartının arandığını belirtmektedirler. Shughart ve Tollison'a (1985, 363) göre bu görüşün sakıncası, iflasın ilan edilmesiyle teşebbüsün malvarlığının değerinin azalması veya tamamen yitirilmesidir. Yazarlar, batan teşebbüsün kendisi ve çalışanları düşünüldüğünde teşebbüsün iflas etmeden önce kurtarılmasının daha faydalı olabileceğini belirtmektedirler.

Bunun yanı sıra, Amerikan rekabet hukukunda batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için, teşebbüsün İflas Kanunu'nun 11. bölümü kapsamında, yeniden yapılanma olanağının bulunmaması şartı aranmaktadır. Ayrıca, teşebbüsün kendi imkanlarıyla veya dış kaynaklı bir yardımla durumunun düzelmesinin mümkün olmaması da gerekmektedir. Bunun yanı sıra, batan teşebbüsün rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif başka bir birleşme ve devralma yoluyla kurtarılıp kurtarılamayacağı da incelendiği görülmektedir. Rekabetin daha az kısıtlanması amacıyla doğal olarak, batan teşebbüsün pazardaki en büyük pazar payına sahip olmayan teşebbüs veya teşebbüslerce devralınması tercih edilmektedir.

3.1.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar

Amerikan rekabet hukukundaki kararlar incelendiğinde, batan teşebbüs savunmasının Yüksek Mahkeme'de tartışıldığı başlıca davalar şunlardır:

3.1.2.1. International Shoe Co. v. FTC³¹

Yüksek Mahkeme batan teşebbüs savunmasını ilk olarak *International Shoe Co. v. FTC* kararında kabul etmiştir. International Shoe Co.'nun finansal zorluklar içindeki rakibini devralışı, Clayton Kanunu'nun yedinci bölümüne aykırı bulunmamıştır. Yargıç Sutherland Yüksek Mahkeme'nin kararını şu şekilde aktarmıştır:

International Shoe Co. teşebbüsü, W.H. McElwain Company teşebbüsünü devralmaktadır. International Shoe Co. deri ayakkabı üretmekte olup bir çok eyalette fabrikaları bulunmaktadır. Ayrıca, teşebbüs ürünlerini ABD'nin bir çok bölgesine sunmaktadır. W.H. McElwain Company ise merkezi Boston'da bulunan bir teşebbüs olup deri ayakkabı üretmekte ve International Shoe Co. gibi ABD'nin bir çok eyaletinde ürünlerini pazarlamaktadır.

Yüksek Mahkeme ilgili ürün pazarını deri ayakkabı pazarı³² olarak, ilgili coğrafi pazarı ise ABD olarak belirlemiştir (parag. 14).

Mahkeme inceleme konusu devralma sırasında, W.H. McElwain Company'nin finansal durumunun iyi olmadığını, teşebbüsün satışının veya tasfiyesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kararda, bu sebeple teşebbüsün gelecekte rekabet etme gücünün kalmadığına dikkat çekilmiştir.

Yüksek Mahkeme, 1920'lerin başından beri deri ayakkabı fiyatlarında ve satışlarında belirgin bir düşüşün yaşandığını, W.H. McElwain Company'nin yüksek miktarda deri satın aldığını ve ayakkabı stoku yaptığını belirtmiştir. Kararda teşebbüsün aldığı kredileri ödeyemeyecek duruma geldiği ifade edilmiştir. Mahkeme W.H. McElwain Company'nin finansal durumunun kötü olduğu ve teşebbüsün satılmasının veya tasfiye edilmesinin gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kararda 1921 yılında, teşebbüsün 60 ila 70 bankaya yaklaşık 15 milyon ABD doları borcu olduğu ve ayakkabı üretim kapasitesinin günde 38,000 ila 40,000 çift ayakkabı olmasına karşın, günde ancak 6,000 ila 7,000 çift ayakkabı üretebildiği belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme W.H. McElwain Company'nin mali tablolarının incelenmesinden, teşebbüsün faaliyetlerine daha fazla devam edemeyeceğinin ve tasfiye işlemlerine yakın bir gelecekte başlanacağını anlaşıldığını ifade etmiştir.

Kararda, ayakkabı endüstrisindeki daralmaya karşın International Shoe Co.'nun finansal durumunun ise gayet iyi olduğu, teşebbüsün ayakkabı

³¹ International Shoe Co. v. FTC, 280 US 291 (1930).

³² Kararda tarafların ürünleri arasında bazı farklılıkların bulunduğu da dikkat çekilmiştir. Örneğin kararda, W.H. McElwain Company'nin ürünlerine yerel satıcıların markasını basmayı kabul ettiği buna karşın International Shoe Co.'nun sadece kendi markasını kullandığı ifade edilmektedir (parag. 6).

satışlarının % 25 oranında arttığı ve siparişlerin söz konusu teşebbüsün üretim kapasitesini aştığı ifade edilmiştir.

Ayrıca, kararda rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif başka bir alıcının bulunmadığı da belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, International Shoe Co.'nun mevcut durumda tek alıcı olduğunu, W.H. McElwain Company'nin bankalardan daha fazla borç edinebileceğini ancak borçlarını muhtemelen ödeyemeyeceğini ve teşebbüsün faaliyetlerine devam edip edemeyeceği konusunda önemli belirsizlikler bulunduğunu belirtmiştir.

Kararda batan teşebbüs savunması ismen belirtilmese de, ilk kez olarak şu ifadelerle kabul edilmiştir (parag. 20):

Kaynakları tükenmiş ve yeniden yapılanma olasılığı bulunmayan dolayısıyla hissedarlarını, çalışanlarını ve üretim tesislerinin bulunduğu bölgenin halkını kayba uğratarak muhtemel iflasla karşılaşan bir teşebbüsün devralınması söz konusu dava kapsamında rekabeti önemli ölçüde kısıtlamamakta ve ticareti engellemektedir.

Ancak Yargıç Stone, W.H. McElwain Company'nin hisse senetlerinin piyasa değerinin 9,460,000 ABD doları olduğuna dikkat çekmiştir. Bu sebeple Yargıç, W.H. McElwain Company'nin finansal zorluklar içinde bulunmasının söz konusu olmadığını ve yakın gelecekte pazar dışına çıkma ihtimalinin bulunmadığını belirterek, İstinaf Mahkemesi'nin (*Court of Appeal*) söz konusu devralma sonrası rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı yönündeki kararının doğrulanması gerektiğini savunmuştur.

Yargıç Taft, VanDevanter, McReynolds, Sanford ve Butler, Yargıç Sutherland'in aktardığı görüşe katılmışlardır. Yargıç Holmes ve Brandeis ise Yargıç Stone'un görüşüne katılarak karşı oy kullanmışlardır. Yüksek Mahkeme, 6'ya karşı 3 oyla, İstinaf Mahkemesi'nin görüşünün aksi yönünde karar almıştır. Böylelikle, kararda söz konusu devralmanın rekabeti önemli ölçüde kısıtlamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

3.1.2.2. Citizen Publishing Co. v. US³³

Citizen Publishing Co. v. US kararında, Yüksek Mahkeme dava konusu işlemin gerçekleşmemesi durumunda, Citizen Publishing Co.'nun (Citizen) pazar dışına çıkacağı yolundaki iddiayı kabul etmemiştir. Yargıç Douglas, Yüksek Mahkeme'nin kararını şu şekilde aktarmıştır:

Star ve Citizen, ABD'nin Arizona Eyaletinin Tucson şehrinde faaliyet gösteren iki günlük gazete olup, aralarında bir işbirliği anlaşması yapmışlardır. Buna göre, her iki gazetenin haber ve yazı departmanları bağımsız olarak

³³ Citizen Publishing Co. v. US, 394 US 131 (1969).

faaliyetlerine devam edecektir. Ancak Star ve Citizen'in eşit hisseye sahip olacağı Tucson Newspapers Inc. (TNI) adında yeni bir teşebbüs kurulacak olup bu teşebbüs, Star ve Citizen'in haber ve yazı departmanlarının yaptığı işlerin dışındaki bütün faaliyetlerini ortaklaşa yürütecektir. Star ve Citizen gazetelerinin basım ve dağıtım işlerinde kullanılan bütün malvarlığı TNI'ya aktarılmaktadır. TNI'nın yönetim kurulunda 5 üye bulunacaktır. Star ve Citizen, TNI'nın yönetim kuruluna ikişer üye atayacak, kalan beşinci üye ise Star'ın göstereceği üç aday arasından Citizen tarafından seçilecektir.

Kararda, işlem sonrası Tucson'da günlük gazete pazarında, bir monopol yaratılacağına dikkat çekilmiştir. Yüksek Mahkeme taraflarca ileri sürülen en önemli savunmanın, batan teşebbüs savunması olduğunu belirtmiştir. Kararda, bu çalışmada daha önce değinilen *International Shoe Co. v. FTC* kararına atıf yapılmıştır.

Bölge Mahkemesi'nin (*District Court*), söz konusu işlem gerçekleşmezse, Citizen'ın pazar dışına çıkmayacağı yönündeki görüşünün doğru olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme Star'ın karını Citizen'le bölüşmeyi kabul etmesinin de Citizen'in güçlü bir rakip olduğunu gösterdiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için Star'ın mevcut tek alıcı olması gerektiğini, ancak Citizen'ın başka teşebbüslere satılması için hiç bir çabada bulunulmadığına da değinmiştir.

Kararda Star ve Citizen arasındaki işbirliği anlaşması sonrası, rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığı ve tarafların ileri sürdüğü batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için gereken şartların oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, batan teşebbüs savunmasını bu davada şu gerekçelerle kabul etmemiştir (parag. 137):

- 1- Citizen'ın sahiplerinin teşebbüsü tasfiye etmeyi düşündüklerine dair bir belirti yoktur ve anlaşmanın Citizen'ın tuttuğu son dal olduğuna³⁴ ilişkin kanıt bulunmamaktadır,
- 2- Batan teşebbüs savunması ancak ve ancak devralan tarafın mevcut tek alıcı olması durumunda uygulanabilir,
- 3- Batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için, teşebbüsün İflas Kanunu'nun 11. bölümü kapsamında yeniden yapılanma olasılığının çok az olması veya hiç bulunmaması gereklidir,
- 4- Savunmanın koşullarının ispat yükü ondan yararlanmak isteyenlerde olup taraflar Yüksek Mahkeme'ye yeterli delil sunamamışlardır.

Yüksek Mahkeme, muhtemel finansal krizlerin varlığının ve yeniden yapılanmanın mümkün olmadığını ispatlanmasını istemiş, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların mevcut olup olmadığını da

³⁴ “... was the last straw at which the Citizen grasped.”

araştırmıştır. Kararda söz konusu işlemin, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı ve Bölge Mahkemesi'nin kararının doğru olduğu belirtilmiştir.

3.1.2.3. US v. General Dynamics Corp.³⁵

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde, batan teşebbüs savunması *US v. General Dynamics Corp.* kararında da tartışılmıştır. Yargıç Stewart, Mahkeme'nin görüşünü şu şekilde özetlemiştir:

Freeman Coal Mining Corp. (Freeman), Material Service Corp. teşebbüsünün bir iştirakidir. Material Service Corp. 1959 yılında, United Electric Coal Companies'in (United) kontrolünü elde eder. Bir kaç ay sonra da, General Dynamics Corp., Material Service Corp.'u dolayısıyla Freeman ve United'ı devralır. Hükümet, Material Service Corp.'ın, United'ı devralışının rekabeti önemli ölçüde kısıtladığını düşünerek Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur.

Bölge Mahkemesi petrolün, doğal gazın ve nükleer enerjinin kömürün ikamesi olabileceği gerekçesiyle, ilgili ürün pazarını kömür pazarı yerine enerji pazarı olarak tanımlamıştır. Yüksek Mahkeme ise ilgili ürün pazarının, kömür pazarı olarak belirlenmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Kararda ilgili coğrafi pazar Illinois Eyaleti ve Eastern Interior Coal Province³⁶ (EICP) olarak kabul edilmiştir (parag. 4).

Freeman ve United'ın Illinois Eyaleti'ndeki ve EICP bölgesindeki pazar payları Tablo-2'de gösterilmektedir.

Tablo-2 : US v. General Dynamics Corp. Kararında Tarafların Kömür Üretimindeki Pazar Payları (%).

	1959	1967	1959	1967
Freeman	15	13	8	7
United	8	9	5	4
En Büyük Dört Teşebbüs	55*	75	43*	63
En Büyük On Teşebbüs	84*	98	66*	91

Freeman toprağın altını kazarak kömür (*deep-mined coal*) çıkartırken, United toprağın üstünü kazarak kömür (*strip-mined coal*) çıkartmaktadır. Kararda

³⁵ US v. General Dynamics Corp., 415 US 486 (1974).

³⁶ Illinois, Indiana, Kentucky, Tennessee, Iowa, Minnesota, Wisconsin ve Missouri eyaletlerinin bazı kısımlarını kapsayan bir kömür madeni bölgesi.

söz konusu işlem yatay bir devralma olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca, Hükümet ilgili pazarlarda konsantrasyon oranlarının yüksek olduğunu ve zaman içinde arttığını, bu sebeple tarafların pazar paylarının çok yüksek olmamasına karşın, söz konusu durumda rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığını belirtmiştir (parag.44).

Yüksek Mahkeme, kömür tüketiminde ikinci dünya savaşından bu yana elektrik üreticilerinin artan oranda önemli rol oynadıklarına dikkat çekmiştir. Kararda, Bölge Mahkemesi'nin hemen hemen bütün kömür üretiminin uzun dönemli ve önceden belirlenen sabit fiyatlar üzerinden elektrik üreticilerine satıldığı tespitinin doğru olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, teşebbüslerin geçmiş dönemlerdeki satışlarının, gelecekteki rekabet etme güçlerini tam olarak yansıtamayacağı ifade edilmiştir. Mahkeme, bir çok durumda yüksek konsantrasyon oranlarının, birleşme ve devralma taraflarının gelecekte de pazarı kontrol etmeleri olasılığının bulunmasından dolayı rekabet açısından bir sakınca oluşturabileceğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin de belirttiği gibi geçmiş dönemdeki kömür üretiminin, teşebbüslerin gelecekteki rekabet etme güçleri hakkında yeterince sağlıklı bilgi vermediğini ifade etmiştir. Geçmiş dönemdeki kömür üretiminin uzun dönemli sözleşmelere bağlı olarak yapıldığı ve bu sebeple teşebbüslerin geçmişteki üretimlerinin rekabetçi gücün bir göstergesi olarak değil de, yükümlülüklerin yerine getirilmesi olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağına değinilmiştir. Kararda, göreceli olarak büyük kömür rezervleri olan ve henüz uzun dönemli sözleşmelerle kendini bağlamamış olan bir teşebbüsün, rekabetçi yapıyı daha fazla etkileyebileceği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, kömür fiyatlarının anlık veya kısa dönemli satışlardan ziyade uzun dönemli sözleşmelerle saptandığı bir pazarda, teşebbüslerin geçmiş dönem üretimlerinin yerine kömür rezervlerinin dikkate alınmasının rekabet etme gücünü daha iyi yansıtacağını ifade etmiştir.

Ayrıca, kararda United'in kömür rezervlerinin "umut verici" olmadığına da değinilmiştir. Yüksek Mahkeme, United'in kömür rezervlerinin şu anki durumunun geçmişteki rezervlerine göre azaldığını belirtmiştir. Kararda, söz konusu teşebbüsün kömür üretiminde beşinci büyük teşebbüs olmasına karşın, kömür rezervlerinde onuncu büyük teşebbüs olduğuna dikkat çekilmiştir. United'in sahip olduğu 52,033,304 ton kömür rezervinin sadece dört milyon tonunun uzun dönemli sözleşmelerle satılmadığı da ifade edilmiştir. Ayrıca, United'in kömür rezervlerini daha fazla arttırma olanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun sonucunda Yüksek Mahkeme, United'in önemli bir üretici olmasına karşın, rekabet etme gücünün oldukça zayıf olduğu kararına varmıştır.

Kararda, Hükümet'in United'in tükenmiş kaynaklarının batan teşebbüs savunması kapsamında değerlendirilebileceğini iddia ettiği belirtilmektedir. Hükümet United'in, işlemin gerçekleştiği sırada sağlıklı ve gelişen bir teşebbüs

olmasını gerekçe göstererek, teşebbüsün batan bir teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ayrıca, Material Service Corp.'un tek alıcı olduğunun ispatlanmadığı da Hükümet tarafından ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu görüşlerin Bölge Mahkemesi'nin United'ı batan bir teşebbüs olarak tanımlaması durumunda anlam kazanacağını, ancak Bölge Mahkemesi'nin kararda batan teşebbüs savunmasını gerekçe göstermediğini belirtmiştir.

Mahkeme, batan teşebbüs savunmasını bir teşebbüsün pazar dışına çıkması yerine birleşme ve devralmaya taraf olması durumunda, rekabetin daha az kısıtlanması ve teşebbüsün hissedarları, çalışanları ve üretim tesislerinin bulunduğu bölge halkının daha az olumsuz etkilenmesi amacıyla kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Kararda, batan teşebbüs savunması "iki kötü durumdan en az zararlısının tercih edilmesi" (*lesser of two evils*) olarak değerlendirilmiştir (parag. 69). Buna göre, bir birleşme ve devralmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkisi, rekabetin teşebbüsün pazar dışına çıkmasından dolayı kısıtlanmasına ve diğer olumsuzluklara tercih edilmektedir.

Yüksek Mahkeme, gelecekte United'ın rekabet etme gücünün bulunmamasının, batan teşebbüs savunmasından farklı bir husus olduğunu ifade etmiştir. Kararda, United'ın rekabet etme gücünün kalmadığı belirtilerek, bu durumun batan teşebbüs savunmasıyla aynı olmadığına dikkat çekilmiştir.

Ayrıca kararda, United'ın faaliyetlerine son vermesinin söz konusu olmaması ve alternatif başka bir alıcının bulunmaması sebebiyle, batan bir teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu hususların taraflarca ispatlanması gerektiği de Yüksek Mahkeme tarafından belirtilmiştir. Böylelikle Mahkeme, söz konusu işlem sonucu rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmayacağını ifade etmiştir.

3.2. AVRUPA REKABET HUKUKU

3.2.1. İlgili Mevzuat

Avrupa rekabet hukukunda, birleşme ve devralmaların kontrolü, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nde düzenlenmektedir. AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nün 2(2). ve 2(3). maddeleri gereğince, bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar, etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlıyorsa yasaklanmaktadır. Birleşme ve devralmaların rekabet üzerindeki etkisi incelenirken tarafların pazar payları, mevcut ve potansiyel rekabet, arz ve talep yapısı, giriş engelleri ve ilgili pazardaki tüketicilerin alım güçleri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'nde batan teşebbüs savunmasına değinilmemektedir.

Yasal düzenlemelerde belirtilmemesine karşın, AB Birleşme ve

Devralma Tüzüğü'nün Gözden Geçirilmesi Hakkındaki Yeşil Kitap'da³⁷ (parag. 91) ve Komisyon'un *Aérospatiale-Alénia/De Havilland*³⁸, *Kali and Salz/MDK/Treuhand*³⁹, *SaintGobain/WackerChemie/NOM*⁴⁰, *Blokker/Toys'R'Us*⁴¹ ve *Rewe/Meinl*⁴² kararlarında "batan teşebbüsün birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması" ve "batan teşebbüs savunması" kavramlarına yer verilmiştir. Ayrıca, ATAD da Fransız Hükümeti'nin yaptığı başvuru üzerine Komisyon'un *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında ilk kez kabul ettiği batan teşebbüs savunmasını onaylamıştır⁴³. ATAD Komisyon'un görüşünün, Amerikan rekabet hukukundaki batan teşebbüs savunmasına benzediğini ancak tamamen aynı olmadığını ifade etmiştir (parag. 12). Bu kavram, Amerikan rekabet hukukunda kabul edilen batan teşebbüsün savunulması görüşünün değişik bir yorumu olarak görülebilir (OECD 1996b, 91).

Komisyon batan teşebbüs savunmasını *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında "batan teşebbüsün birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması", sonraki üç kararında ise "batan teşebbüs savunması" ve son kararında da "nedensellik veya illiyet" başlıkları altında incelemiştir. Başlıklar değişik olmasına karşın, batan teşebbüs savunmasında aranan unsurlar değişmemiştir.

Komisyon, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmalarda aşağıda sayılan şartlar sağlandığında, bir hakim durumun yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin sebebinin söz konusu işlem olmadığını kabul etmektedir (OECD 1996b, 91):

- 1- Birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda batan teşebbüsün yakın gelecekte pazarı terk edecek olması,
- 2- Birleşme ve devralmanın rekabeti daha az kısıtlayacak diğer bir teşebbüsle gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması,
- 3- Birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, pazarı terk edecek olan teşebbüsün pazar payının büyük bir kısmının birleşme ve devralmaya taraf olacak diğer teşebbüs tarafından elde edilecek olması.

Avrupa rekabet hukukunda batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için istenen son koşul, Amerikan ve Kanada rekabet hukukunda aranmamaktadır. Komisyon ve ATAD batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için, bir birleşme ve devralma ile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağının bulunmaması gerektiğini

³⁷ Green Paper on the Review of the Merger Regulation, COM (96) 19.

³⁸ *Aérospatiale-Alénia/De Havilland*, Case No IV/M.053, OJ L 334 (05/12/1991), s. 42-61.

³⁹ *Kali and Salz/MDK/Treuhand*, Case No IV/M.308, OJ L 186 (21/07/1994), s. 38-56.

⁴⁰ *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, Case No IV/M.774, OJ L 247 (10/09/1997) s. 1-46.

⁴¹ *Blokker/Toys'R'Us*, Case No IV/M.890, OJ L 316 (25/11/1998) s.1-19.

⁴² *Rewe/Meinl*, Case No IV/M.1221, OJ L 274 (23/10/1999) s. 1-22.

⁴³ *France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission*, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.

ifade etmektedirler. Bunun sağlanabilmesi için, birleşme ve devralmaya izin verilmesi de, teşebbüsün pazar dışına çıkması sebebiyle devralan tarafın batan teşebbüsün pazar payına sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla, Avrupa rekabet hukukunda batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesinin göreceli olarak daha zor olduğu söylenebilir.

Komisyon'un kararları gözden geçirildiğinde, batan teşebbüs savunmasının kabulü için aranan şartların ispat yükü, birleşme ve devralmanın taraflarında olmaktadır.

3.2.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar

Komisyon ve ATAD kararları incelendiğinde, “batan teşebbüs savunması” görüşünün tartışıldığı beş dava bulunmaktadır. Bununla birlikte Komisyon bu görüşü kararlarda “batan teşebbüsün kurtarılması”, “batan teşebbüs savunması” ve “nedensellik veya illiyet” başlıkları altında incelemiştir.

3.2.2.1. Aérospatiale-Alénia/De Havilland Kararı⁴⁴

Bu karar Avrupa rekabet hukukunda yasaklanan ilk birleşme ve devralma olması açısından önemlidir. Ayrıca, Komisyon bu kararında tarafların ileri sürdüğü batan iştirak iddiasını da ilk kez incelemiş ve görüşü reddetmemekle birlikte bu kararda uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu karardan sonra değerlendirilen *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında da batan teşebbüs savunması kabul edilmiştir.

İnceleme konusu işlemde, Boeing Company'nin (Boeing) bir iştiraki olan De Havilland'ın (Havilland) malvarlığı, Aérospatiale SNI (Aérospatiale) ve Alénia-Aeritalia e Selenia SpA (Alénia) tarafından ortaklaşa devralınmaktadır.

Aérospatiale havacılık ve uzay endüstrisinde faaliyet gösteren bir Fransız teşebbüsüdür. Teşebbüs sivil ve askeri amaçlı uçak, helikopter, füze, uydu, uzay sistemleri ve havacılık teçhizatları üretimi ve satışı konusunda faaliyet göstermektedir.

Alénia da aynı endüstride faaliyet gösteren bir İtalyan teşebbüsüdür. Alénia, Aérospatiale'den farklı olarak, hava ve deniz trafiği kontrol ürünleri üretimi yapmakta ancak helikopter üretiminde bulunmamaktadır.

Groupement d'Intérêt Économique Avions de Transport Régional'i (ATR⁴⁵), Aérospatiale ve Alénia birlikte kontrol etmektedirler. ATR 1982

⁴⁴ Aérospatiale-Alénia/De Havilland, Case No IV/M.053, OJ L 334 (05/12/1991), s. 42-61.

⁴⁵ Kararın 3. ve 5. paragraflarında Groupement d'Intérêt Économique Avions de Transport Régional (Bölgesel taşımacılık uçakları ekonomik çıkar grubu) teşebbüsü GIE ATR olarak kısaltılmakla birlikte, kararın diğer bölümlerinde söz konusu teşebbüs ATR olarak ifade edilmektedir.

yılında, Aérospatiale ve Alénia tarafından bölgesel taşımacılık uçaklarının tasarlanması, geliştirilmesi, üretilmesi ve satılması amacıyla kurulmuştur. Kararda ATR'nin pazarda iki model türbin pervaneli (*turbo-prop*) uçağı bulunduğu ifade edilmektedir.

Havilland ise sadece bölgesel taşımacılık uçakları üreten bir teşebbüs olup Boeing'in Kanada'da faaliyet gösteren bir iştirakidir. Havilland'ın da benzer şekilde pazarda iki model türbin pervaneli uçağı bulunmaktadır.

Komisyon inceleme konusu işlemi,

- 1- Havilland'ın Aérospatiale ve Alénia tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir teşebbüs tarafından devralınacak olmasını ve
- 2- 1982 yılından beri Aérospatiale ve Alénia'nın türbin pervaneli uçak faaliyetlerinin ATR'de yoğunlaştığını

dikkate alarak, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında değerlendirmiştir (parag. 5).

Kararda, söz konusu işlemin Aérospatiale ve Alénia tarafından kontrol edilen, dünyada ve Avrupa'da bölgesel taşımacılık uçakları üretiminde lider teşebbüs olan ATR'nin, aynı pazarda dünya ve Avrupa ikincisi olan Havilland'ı devralması olduğu ifade edilmiştir (parag. 7). Bölgesel taşımacılık uçaklarının 20 ila 70 koltuk kapasitesine sahip olduğu ve ortalama bir saatlik uçuş süresi bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bu uçakların jet motorlu uçaklara göre daha ucuz olduğuna dikkat çekilmiştir. Kararda işlemde esas olarak türbin pervaneli bölgesel taşımacılık uçakları pazarının etkileneceğı belirtilmiştir. Kısa ve orta mesafeli jet uçaklarının, türbin pervaneli bölgesel taşımacılık uçaklarıyla ikame edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Komisyon yaptığı incelemeler sonucunda, uçakların koltuk kapasitelerine göre üç ayrı ilgili ürün pazarı bulunduğunu tespit etmiştir. Buna göre, 20-39, 40-59, 60 ve üstü koltuk kapasiteli uçaklar farklı pazarlarda bulunmaktadır. Kararda ilgili coğrafi pazar, dünya pazarı olarak kabul edilmiştir.

Komisyon ortak girişimin gerçekleşmesi durumunda, endüstrinin genel bir değerlendirmesinin yapılabilmesi için tanımlanan üç ilgili pazarın birleştirilmesi sonucu, ortak girişimin pazar payının dünya genelinde % 50 ve Toplulukta ise % 65 olacağını tespit etmiştir (parag. 25, 26).

Ortak girişim sonrası, üç pazarda da hakim durumun yaratılacağı ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı sonucuna ulaşılmıştır. İlgili pazarın 20-70 koltuk kapasiteli türbin pervaneli bölgesel taşımacılık uçakları pazarı olarak tanımlanması durumunda bile bu durumun değişmeyeceğı ve söz konusu işlemin Ortak Pazar'la uyumlu olmadığı belirtilmiştir (parag. 72).

Bu kararda, taraflar ortak girişime izin verilmezse, orta veya uzun dönemde, Boeing'in, Havilland'ın üretimine son vereceğini ve böylelikle

Havilland'ın pazar dışına çıkacağını ileri sürmüşlerdir. Komisyon bu durumun AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'yle uyumlu olup olmadığını incelemeye başlamadan önce Havilland'ın pazar dışına çıkma olasılığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda, Havilland'ın kaliteli üretimi, ürünlerinin pazarda tanınması, ürünlerine güven duyulması, üretim maliyetlerinin azalması ve ürünlerinin net satış fiyatlarının artması dikkate alınarak, taraflarca ileri sürülen bu iddianın gerçekleşme olasılığının bulunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Komisyon rakip teşebbüslerden British Aerospace'in de Havilland'ı devralma konusunda istekli olduğunu belirterek, ATR'nin tek potansiyel alıcı olmadığını da belirtmiştir.

Bu kararda taraflar batan iştirak savunmasını ismen belirtmeseler de Havilland'ın pazar dışına çıkabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte, Komisyon bu durumun AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında incelenmeden önce Havilland'ın pazar dışına çıkmasının olası görünmediğini ve alternatif alıcıların da bulunduğunu ifade etmiştir. Değınilen hususlar, batan iştirak ve batan teşebbüs savunmalarında aranan koşullar olup Komisyon'un bu kararda söz konusu savunmaları incelediğı kabul edilebilir.

3.2.2.2. Kali and Salz/MDK/Treuhand Kararı⁴⁶

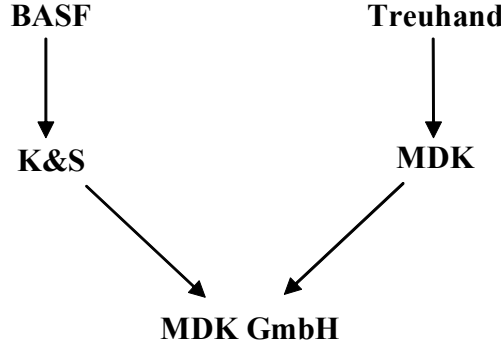
Batan iştirakin durumu daha önce taraflarca ileri sürülmekle birlikte, savunmanın Komisyon tarafından ilk kez kabul edilmesi açısından *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararı önem taşımaktadır. Nitekim, batan teşebbüs savunmasıyla ilgili değerlendirmelerde, bu karara atıf yapılmaktadır. Ayrıca, ATAD da Fransız hükümetinin yaptığı itiraz üzerine, bu kararı incelemiştir⁴⁷. Bu sebeplerle, söz konusu karar batan teşebbüs savunması açısından önemli olup, kararın detaylıca incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Bildirim konusu işlem Kali and Salz (K&S) ve Treuhandanstalt (Treuhand) arasındaki bir ortak girişimdir. K&S bir kimya grubu olan BASF'ın kontrolündedir. Teşebbüs potasyum ve tuz bazlı endüstriyel ürünler alanında faaliyet göstermektedir. Eski Doğı Alman Cumhuriyeti'nin potasyum ve kaya tuzu üretimi faaliyetlerini yürüten ve hisselerinin tümü Treuhand'ın kontrolünde olan Mitteldeutsche Kali AG (MDK) de işlemin taraflarından biridir. Treuhand bir kamu kurumu olup amacı eski Doğı Alman Cumhuriyeti Devleti'nin sahip olduğu teşebbüsleri yeniden yapılandırmaktır. Daha sonra da, rekabet edebilir duruma getirilen teşebbüsler Treuhand tarafından özelleştirilmektedir.

Ortak girişimin tarafları şu şekilde özetlenebilir:

⁴⁶ Kali and Salz/MDK/Treuhand, Case No IV/M.308, OJ L 186 (21/07/1994), s. 38-56

⁴⁷ France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.



İşlemin amacı K&S ile MDK'nin potasyum ve kaya tuzu faaliyetlerinin birleştirilmesidir. Ortak girişim sonrasında MDK, MDK GmbH adında özel bir şirkete dönüştürülecektir. Söz konusu ortak girişim, aynı zamanda bir özelleştirme işlemi olması bakımından da önemlidir. İşlem sonrası, MDK GmbH, K&S ve Treuhand tarafından ortaklaşa kontrol edilecektir. K&S ortak girişimin % 51 hissesine sahip olsa da, pazarla ilgili önemli stratejik kararlarda Treuhand'in onayı gerekmektedir.

Bu kararda Komisyon, potasyum ve kaya tuzu pazarlarından K&S ve MDK'nin çekileceğini ve pazarda sadece ortak girişimin faaliyette bulunacağını dikkate alarak, söz konusu işlemi AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Komisyon, ortak girişim sonrası tuz sektöründe bir hakim durumun yaratılmayacağını veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmeyeceğini ifade etmiştir. Kararda, tuz pazarının haricinde potasyum ve magnezyum ürünleri ilgili pazarları olmak üzere iki ayrı pazar tanımlanmıştır. Mineral bir gübre olan potasyum doğrudan veya diğer bitki besleyicileriyle (özellikle nitrojen ve fosfatla) birlikte toprağa verilmektedir. Burada önemli olan husus, potasyumun yerine başka bitki besleyicilerinin kullanılmamasıdır. Diğer bir ifadeyle, potasyumun ikamesi bulunmamaktadır. Potasyum aynı zamanda katkı gübre üretiminde de kullanılmaktadır. Katkı gübreler ise genellikle iki veya en çok üç besleyicinin karıştırılmasından oluşmaktadır. Nitrojen, fosfat ve potasyumun değişik oranlarda karıştırılmasıyla değişik gübre çeşitleri elde edilebilmektedir. Komisyon potasyuma çiftçilerin ve katkı gübre üreticilerinin talepte bulunduğunu belirtmiştir⁴⁸.

Magnezyumlu ürünler potasyum üretimiyle ilgili olup, potasyumun

⁴⁸ Toplam potasyum talebi içinde çiftçilerin payı yaklaşık % 40 ve katkı gübre üreticilerin payı yaklaşık % 60 dır. Potasyum çiftçiler için nihai bir ürün olmakla birlikte, katkı gübre üreticileri için nitrojen ve fosfat gibi bir hammadde olmaktadır.

üretimi sırasında oluşmaktadır. Magnezyumlu ürünler endüstride ve tarımcılıkta gübre olarak kullanılmaktadır. Bu ürünlerin ikamesinin bulunmamasını dikkate alan Komisyon, magnezyumlu ürünleri de ayrı bir pazar olarak tanımlamıştır.

Kararda potasyum ilgili pazarında, ilgili coğrafi pazar Almanya ve Almanya dışı Topluluk olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Almanya'ya önemli oranda potasyum ithalatı olmamaktadır. K&S'nin ürünleri Almanya'da tanınmakta, Alman üreticilerle müşteriler arasında geçmişe dayanan iyi ilişkiler bulunmaktadır. Kararda, ayrıca potasyumun taşıma maliyetlerinin yüksek olduğu ifade edilmiştir. Bu hususları dikkate alan Komisyon, Almanya'nın potasyum ürünlerinde ayrı bir pazar oluşturduğuna karar vermiştir (parag. 31-33).

Topluluğun Almanya dışında kalan bölümünde ise, üye ülkelerin potasyum rezervleri bulunmamakta ve potasyum ithalatı yapılmaktadır. Genelde, Almanya dışındaki üye ülkeler arasında önemli oranda potasyum ticareti bulunmaktadır. Komisyon bu durumu, Almanya dışındaki üye ülkelerde rekabetçi bir ortamın bulunmasının sonucu olarak yorumlamıştır. Ayrıca taşıma maliyetlerinin analizi de Almanya'nın Topluluğun diğer ülkelerinden ayrı bir pazar olduğunu göstermiştir. Kararda ayrıca, Almanya'da potasyum fiyatlarının diğer üye ülkelere göre önemli oranda yüksek olduğu belirtilmiştir.

Magnezyumlu ürünler ilgili pazarında ise, K&S ve MDK dışında Toplulukta faaliyet gösteren başka teşebbüsün bulunmamasını dikkate alan Komisyon ilgili coğrafi pazarı Topluluğun tamamı olarak tanımlamıştır.

Komisyon pazar tanımını yaptıktan sonra, Almanya dışındaki potasyum pazarında, ortak girişimin gerçekleşmesinden sonra pazardaki en önemli teşebbüslerin MDK GmbH ve SCPA olacağını belirtmiştir. SCPA Fransız EMC grubuna bağlı bir potasyum dağıtıcısı olup, aynı ekonomik birlik içinde bir potasyum üreticisi de bulunmaktadır. K&S, MDK ve SCPA, Kali-Export GmbH ihracat kartelinde birlikte çalışmaktadırlar. K&S, MDK, EMC/SCPA ve Coposa, Kali-Export GmbH'da % 25 oranında pay sahibidirler. Komisyon bu durumun, inceleme konusu ortak girişimin gerçekleşmesi sonrasında, kartel üyelerinin Topluluk içindeki rekabetçi davranışlarını kısıtlayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, ortak girişimin tarafları SCPA ile aralarında olan ilişkileri keseceklerini taahhüt etmişlerdir. Bunu dikkate alan Komisyon Almanya dışındaki potasyum pazarında, ortak girişimin Ortak Pazar'la bağdaşabilir olduğuna karar vermiştir (parag. 51, 60).

Almanya'daki potasyum pazarında ise söz konusu ortak girişim sonrası bir monopol oluşacağı belirtilmiştir. Ortak girişimin pazar payı % 98 olmaktadır⁴⁹. Söz konusu ortak girişim sonrası, Alman potasyum pazarında zaten hakim durumda olan K&S'nin mevcut hakim durumu daha da güçlenmiş

⁴⁹ Diğer % 2'lik pay ithalat yapan teşebbüslere aittir.

olmaktadır. Benzer şekilde magnezyumlu ürünler pazarında da, Topluluk çapında bir monopol oluşmaktadır.

Komisyon işlem sonrası söz konusu pazarlarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte taraflar ortak girişimin gerçekleşmemesi durumunda, MDK'nin yakın bir gelecekte faaliyetlerine son vereceğini ve teşebbüsün pazar payının K&S'ye kayacağını belirtmişlerdir. Komisyon bu durumun, "batan teşebbüs savunmasına" (*failing company defence*) başvurmak için gerekli şartları sağlayacağını ifade etmiştir (parag. 70).

Kararda "kurtarma amaçlı birleşme ve devralma" (*rescue merger*) kavramına yer verilmiştir (parag. 70-90). Bu görüşün, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.

Komisyon genel olarak aşağıda değinilen şartların gerçekleşmesi durumunda, rekabetin kısıtlanmasına birleşme ve devralmanın yol açmadığını belirtmiştir (parag. 71):

- 1- Bir teşebbüs devralınmaması durumunda yakın gelecekte pazarı terk ediyorsa,
- 2- Batan teşebbüsün pazar dışına çıkması durumunda, devralan teşebbüs bu teşebbüsün pazar payını yine de elde ediyorsa,
- 3- Rekabeti daha az kısıtlayan başka alternatif bir alıcı bulunmuyorsa.

Sayılan şartların sağlanması durumunda bir birleşme ve devralma ile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması arasındaki nedensellik veya illiyet bağının (*causality*) artık bulunmayacağı belirtilmiştir (parag. 71). Ortak girişim sonrası Alman potasyum pazarında ve Topluluk magnezyumlu ürünler pazarında bir monopol oluşacağına dikkat çeken Komisyon, bu üç şartın sağlanmasının önemli olduğunu vurgulamıştır.

Kararda, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının nedeninin, teşebbüsün faaliyetlerinin sona ermesi olduğu ve konuya ilişkin ispat yükünün taraflarda bulunduğu belirtilmiştir (parag. 72).

Bu çerçevede, Komisyon batan teşebbüsün kurtarılması için öngördüğü üç şartın ne ölçüde sağlandığını ayrıntılı olarak incelemiştir:

MDK'nin Pazar Dışına Çıkması

Taraflar MDK'nin, finansal açıdan son derece tehlikeli bir durumda bulunduğunu, potasyum üretim kapasitesini % 50 oranında kullanılabildiğini ve son iki yıldır zarar ettiğini ifade etmişlerdir. MDK'nin önemli oranda zarar etmesinin başlıca nedenleri olarak üretim tesislerinin eski olması, gereğinden fazla işçi çalıştırılması, Doğu Avrupa'da satışların düşmesi ve teşebbüsün verimli bir dağıtım ağının bulunmaması gösterilmiştir. Bu durumda MDK'nin faaliyetlerine muhtemelen daha fazla devam edemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca,

teşebbüsün şimdiye kadar olan zararlarını karşılayan Treuhand'ın desteği olmadan pazar dışına çıkma olasılığının daha da artacağı ifade edilmiştir.

Komisyon, Treuhand'ın verimli bir şekilde çalışmayan MDK'ye sağladığı devlet yardımlarının uzun dönemli olamayacağına dikkat çekmiştir. Ayrıca, söz konusu yardımlar uzun dönemli olsa bile MDK'nin zarar etmeye devam edeceği belirtilmiştir. Kararda, MDK'nin yönetim tecrübesi olan bir özel sektör teşebbüsünce devralınmadığı sürece, kurtarılmasının mümkün olmadığı da tespit edilmiştir.

Bu hususları dikkate alan Komisyon, ortak girişimin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüsün pazar dışına çıkacağına ilişkin yeterli kanıtın bulunduğu karar vermiştir.

MDK'nin Pazar Payının K&S'ye Geçmesi

Komisyon MDK'nin pazar dışına çıkması durumunda K&S'nin, MDK'nin pazar payını elde edeceği iddiasını da değerlendirmiştir.

Kararda Alman potasyum pazarında, MDK'nin faaliyetlerine son vermesi durumunda, K&S'nin ek bir yatırım yapmadan potasyum üretimini arttırabileceği ve böylelikle MDK'nin pazar payının K&S'ye geçeceği ifade edilmiştir.

Rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı bir diğer pazar olan, Topluluk magnezyumlu ürünler pazarında da Komisyon, aynı durumun geçerli olacağını belirtmiştir.

Bununla birlikte Komisyon, Topluluğun Almanya dışındaki potasyum pazarında, MDK'nin pazar dışına çıkması durumunda, teşebbüsün pazar payının K&S'ye kaymasının kesin olmadığını ifade etmiştir. Taraflar bu pazarda, MDK ve K&S'nin ürünlerinin benzer olduğunu ve tüketicilerin MDK'nin pazardan çekilmesi durumunda K&S'nin ürünlerini tercih edeceğini ileri sürmüşlerdir. Kararda, MDK ve K&S'nin Almanya dışındaki Topluluğa farklı ürünler sunduğu belirtilmiş ve tarafların bu iddiası kabul edilmemiştir. Komisyon bu pazarda, birleşme ve devralma ile rekabetin bozulması arasındaki illiyet bağının ortadan kalkmadığına karar vermiştir (parag. 79).

Alternatif Alıcılar

Komisyon, MDK'nin tamamını veya önemli bir bölümünü devralmak isteyen başka teşebbüslerin bulunup bulunmadığını da incelemiştir.

Peine Grubu MDK'ye ait olan Bischofferode Potasyum Madeni'ni devralmak istemektedir. Bu maden MDK'nin işletmekte olduğu dört madenden birisi olup 1993 yılı sonunda kapanmaktadır. Komisyon Peine Grubu'nun teklifinin MDK'nin ortak girişime devredilmeyecek bölümü için yapıldığını dikkate alarak, Grubu rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir alıcı olarak

değerlendirmemiştir (parag. 86,88).

Ayrıca, özelleştirme aşamasında alıcı teşebbüslere aracılık eden Goldman Sachs International Limited (Goldman) kanalıyla, 48 teşebbüs MDK'yle ilgilenmiştir. Bu teşebbüslerden 19 tanesi satış şartları hakkında bilgi istemiştir. Sonuç olarak K&S, Potash Corporation of Saskatchewan (PCS) ve EMC, MDK'yi devralmayı düşünmüştür. PSC ve EMC ile yapılan görüşmeler bir sonuca ulaşmamış ve K&S, MDK'yi devralmak isteyen tek teşebbüs olarak kalmıştır.

Komisyon, Goldman'ın MDK'yi devralmak isteyen teşebbüsleri bulmak için yeterince çaba gösterdiğini ancak K&S'den başka alıcı bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte kararda Goldman ve Treuhand'ın kayda değer çabalarının alternatif alıcıların bulunmadığına ilişkin karar vermek için yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Buna gerekçe olarak Komisyon, Treuhand ve K&S arasında yapılan görüşmeler sırasında, Treuhand tarafından ortak girişimi desteklemek için finansal yardım sağlanacağı konusunun, alternatif alıcılarca bilinmemesini göstermiştir. Kararda, alternatif alıcılar konusunda herhangi bir çekincenin bulunmaması için, olası alıcılara Treuhand'ın, MDK'nin devralınması durumunda finansal destek sağlayacağı iletilmiştir. Ancak, olası alıcılar Treuhand'ın finansal desteği devam etse bile MDK'yi devralmayı düşünmediklerini ifade etmişlerdir (parag. 84). Sonuç olarak, Komisyon alternatif alıcıların bulunmadığına karar vermiştir.

Birleşme ve devralmalarda batan iştirak savunması daha önce de öne sürülmesine karşın⁵⁰, Komisyon *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında batan teşebbüs savunmasını detaylı olarak tartışmış ve işleme izin vermiştir.

Komisyon'un bu görüşü ATAD tarafından da onaylanmıştır⁵¹. Fransız Hükümeti, batan teşebbüs savunmasının yanlış yorumlanması sonucu Almanya'daki potasyum pazarında bir monopol oluştuğunu ifade ederek, Komisyon'un bu kararının iptali için ATAD'a başvurmuştur. Başvuruda, batan teşebbüs savunmasının Amerikan rekabet hukukundan kaynaklandığı ve savunmanın kabul edilebilmesi için şu şartların sağlanmasının gerektiği ifade edilmiştir (parag. 91):

- 1- Birleşme ve devralmanın taraflarından birinin yakın gelecekte finansal yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olması,
- 2- Teşebbüsün Amerikan İflas Kanunu'nun 11. bölümü kapsamında, yeniden yapılanmayı başaramayacak olması,
- 3- Söz konusu birleşme ve devralmaya göre rekabeti daha az kısıtlayıcı başka seçeneklerin bulunmaması ve

⁵⁰ Aérospatiale-Alénia/De Havilland, Case No IV/M.053, OJ L 334 (05/12/1991), s. 42-61.

⁵¹ France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.

4- Birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, batan teşebbüsün pazar dışına çıkacak olması.

Fransız Hükümeti, özellikle birinci ve ikinci şartlar olmak üzere, Komisyon'un Amerikan rekabet hukukunda aranan unsurları tam olarak dikkate almadan karar verdiğini ve batan teşebbüs savunmasının ancak söz konusu unsurların sağlanması durumunda uygulanabileceğini ileri sürmüştür (parag. 92).

Fransız Hükümeti'nin iddiasının aksine ATAD, batan teşebbüsün kurtarılması görüşünün Amerikan rekabet hukukundaki batan teşebbüs savunmasıyla tamamen aynı olmadığını belirtmiştir. Komisyon tarafından belirtilen unsurların gerçekleşmesi durumunda, rekabetin kısıtlanmasına birleşme ve devralmanın yol açmayacağı görüşü ATAD tarafından kabul edilmiştir. ATAD, gerekli şartların sağlanması koşuluyla, birleşme ve devralma ile rekabetin bozulması arasındaki nedensellik veya illiyet bağının ortadan kalktığını ve dolayısıyla Komisyon'un görüşünün, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü'yle tutarlı olduğunu belirtmiştir (parag. 12).

Kararda, batan teşebbüs savunmasının uygulanması sonrasında, K&S'nin hakim durumunun güçlenmesinin nedeninin söz konusu ortak girişim olmadığı ve inceleme konusu işlem gerçekleşirse de MDK'nin yakın gelecekte pazar dışına çıkması sonucunda K&S'nin, MDK'nin pazar payını elde edeceği görüşünün doğru olduğu ifade edilmiştir.

3.2.2.3. Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM Kararı⁵²

Komisyon *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM* kararında da batan teşebbüs savunmasını tartışmıştır.

İnceleme konusu işlemin taraflarından olan SEPR, Compagnie de Saint-Gobain SA'nın (Saint-Gobain) bir iştirakidir. SEPR esas olarak cam üretiminin yapıldığı ocaklarda kullanılan sıcağa dayanıklı metal dökümleri yapan bir Fransız teşebbüsüdür. SEPR aynı zamanda Saint-Gobain'in endüstriyel seramik bölümünden sorumludur. Ayrıca, SEPR düz cam, izolasyon malzemesi, elyaf ve cam kap yapımı faaliyetlerinde bulunmaktadır.

Wacker-Chemie GmbH (Wacker Chemie), Hoechst AG ve Wacker ailesi tarafından birlikte kontrol edilen bir Alman kimya grubudur. ESK, Wacker Chemie'nin malzeme alımı işlerini yürüten iştirakidir. Ayrıca, ESK silikon, polimer ve silikon bazlı yarı iletken üretimi ve satımı faaliyetlerini yürütmektedir.

NOM ise Hollanda'nın kuzeyinde faaliyet gösteren ve yatırımlara aracılık eden bir teşebbüstür. Teşebbüsün hisselerinin % 97.97'si Hollanda Hükümeti'ne

⁵² Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, Case No IV/M.774, OJ L 247 (10/09/1997) s. 1-46.

aittir. Hollanda'nın kuzey bölümleri için önemli kabul edilen projelerde, NOM girişimcilere danışmanlık yapmakta ve finansal hizmetler vermektedir.

1996 yılında SEPR, ESK ve NOM Hollanda'da bir ortak girişim kurmak için anlaşmaya varmışlardır. Anlaşmaya göre, kurulacak ortak girişim SEPR, ESK ve NOM tarafından ortaklaşa kontrol edilecektir. İşlem, Komisyon tarafından AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Kararda ilgili ürün pazarı sentetik bir mineral olan SiC pazarı olarak belirlenmiştir. SiC temizlenmiş silis kumu ile karbondan elde edilmekte ve esas olarak metalürji endüstrisinde kullanılmaktadır. Ayrıca, SiC genel olarak parlatici ve sığağa dayanaklı madde olarak da talep edilmektedir. İlgili coğrafi pazar ise Avrupa Ekonomik Alanı (*European Economic Area*) olarak kabul edilmiştir (parag. 131).

Komisyon ortak girişimin gerçekleşmesi halinde, tarafların Topluluktaki en büyük SiC sağlayıcısı durumuna geleceklerini ve Batı Avrupa'daki SiC üretim kapasitesinin yaklaşık % 75'ini kontrol edeceklerini belirtmiştir.

Dolayısıyla, ortak girişim sonrasında rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma olasılığı bulunmaktadır. Bu sebeple taraflar batan teşebbüs savunmasını ileri sürmüşlerdir. Taraflar ESK'nin, SiC pazarındaki faaliyetlerinin yakın bir gelecekte son bulacağını iddia etmişlerdir. Komisyon *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararından farklı olarak, bu kararında değerlendirmeyi "kurtarma amaçlı birleşme ve devralma" başlığı altında değil "batan teşebbüs savunması" başlığı altında yapmıştır (parag. 247).

Kararda batan teşebbüs savunmasının, birleşme ve devralma gerçekleşmeye de bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi durumunda kabul edilebileceği belirtilmiştir. Komisyon batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında belirtilen şartların sağlanması gerektiğine değinmiştir.

Kararda, ESK'nin yakın gelecekte pazar dışına çıkacağı iddiasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu iddia doğru olsa bile, ESK'yi devralmak isteyen başka teşebbüslerin bulunduğu dikkat çekilmiştir. Bunun yanı sıra, Komisyon ESK'nin faaliyetlerine son vermesi ve pazar dışına çıkması durumunda, SEPR'nin ESK'nin pazar payının tamamına sahip olamayacağını belirtmiştir.

Bu hususların yanı sıra, Komisyon ESK pazar dışına çıksa bile oluşacak talep fazlasının, rakiplerce karşılanmasının mümkün olmadığını ve bu sebeple SiC pazarında fiyatın artacağını ifade etmiştir. Komisyon fiyat artışının ithalatı arttıracığını ve böylelikle ithalatçıların ESK'nin pazar payının bir kısmını elde edeceğini belirtmiştir. ESK'nin faaliyetlerine son vermesi durumunda, pazar

payının büyük bir kısmının ortak girişimin taraflarından biri olan SEPR'nin ana teşebbüsü Saint-Gobain tarafından elde edileceği ifade edilmiştir (parag. 254).

Batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif alıcıların bulunmaması gerekmektedir. Bu sebeple, taraflar Saint-Gobain'in alternatif tek alıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak Komisyon, ESK'nin sahip olduğu iki üretim tesisinden biri olan Delfzijl'in faaliyetlerine son verilebileceğini, ancak diğer tesis olan Gefrath'ın dünyadaki en gelişmiş SiC üretim tesislerinden biri olduğunu ve çok kolaylıkla başka alıcılara satılabileceğini ifade etmiştir (parag. 259).

Kararda, bu durumda batan teşebbüs savunmasının şartlarının gerçekleşmediği, bu sebeple tarafların iddiasının kabul edilemeyeceği, ortak girişimin gerçekleşmesi durumunda SiC pazarında bir hakim durumun yaratılacağı ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı belirtilmiştir.

3.2.2.4. Blokker/Toys'R'Us Kararı⁵³

Blokker/Toys'R'Us kararında da batan teşebbüs savunması taraflarca ileri sürülmüştür.

Blokker Holding BV (Blokker) Hollanda'da faaliyet göstermektedir. Blokker esas olarak ev eşyaları, oyuncak ve diğer ürünlerin perakende satışı ile uğraşmaktadır. Teşebbüs kendisine ait "Bart Smit" adı altında 147 ve "Intertoys" adı altında 196 adet oyuncak mağazasını işletmekte olup, aynı zamanda franchise anlaşmaları yoluyla da faaliyet göstermektedir.

Toys'R'Us Inc. (Toysrus) ise dünyanın en büyük oyuncak teşebbüslerindedir. Toysrus Hollanda'daki faaliyetlerini, hisselerinin tamamı kendisine ait olan Toys'R'Us BV adındaki teşebbüs aracılığıyla yürütmektedir.

Toysrus ve Blokker arasında yapılan bir dizi anlaşma sonrasında, Blokker Toysrus'un Hollanda'da faaliyetlerini sürdürürken kullandığı kiralık bina, demirbaş, stok ve şirket personeli dahil olmak üzere bütün malvarlığını devralmaktadır. Anlaşma uzun dönemli olup işlem sonrası Toysrus Hollanda pazarından çekilmektedir. Komisyon Blokker'in Toysrus'a ait olan mağazaların kontrolünü ele geçirdiğine ve bu durumun da AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında olduğuna karar vermiştir (parag. 15, 16).

Komisyon ilgili ürün pazarını son kullanıcıya oyuncak sunan, perakende satış mağazaları olarak tanımlamıştır. Kararda Hollanda'da faaliyet gösteren bu mağazaların, uzmanlaşmış oyuncak mağazalarını ve içinde oyuncak bölümleri bulunan büyük mağazaları kapsadığı belirtilmektedir (parag. 28). Komisyon

⁵³ Blokker/Toys'R'Us, Case No IV/M.890, OJ L 316 (25/11/1998) s.1-19.

ilgili coğrafi pazarı, Hollanda olarak belirlemiştir.

Kararda Blokker'in pazar payının zaten önemli oranda yüksek olduğu, yaklaşık olarak % 55 ila % 65 arasında bulunduğu ifade edilmiştir (parag. 59). Komisyon Toysrus ve Blokker arasındaki işlem gerçekleştikten sonra, Blokker'in pazar payının % 60 ila % 70 arasında olacağını tespit etmiştir (parag. 85).

Toysrus ve Blokker arasındaki işlem Blokker'in pazar payını önemli oranda arttırdığından, Toysrus batan teşebbüs savunmasını ileri sürerek, yerli bir ortak olmadan Hollanda'daki faaliyetlerini sürdürmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Komisyon, daha önceki örnek kararlarda değinilen batan teşebbüs savunması kapsamında, gerekli unsurların sağlanması durumunda bir birleşme ve devralma ile rekabetin kısıtlanması arasındaki nedensellik veya illiyet bağının ortadan kalktığını hatırlatmıştır. Ayrıca, ispat yükünün birleşme ve devralmanın taraflarında olduğu belirtilmiştir. Kararda, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için birleşme ve devralma gerçekleşmesi de hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi gerektiğine değinilmiştir (parag. 110).

Söz konusu işlemin gerçekleşmemesi durumunda, Toysrus'un Hollanda'daki faaliyetlerine son vereceği belirtilmiştir. Toysrus pazar dışına çıkması durumunda, pazar payının tamamının Blokker tarafından elde edileceğini ileri sürmüştür. Toysrus, Blokker'in Hollanda oyuncak pazarında yeterli tecrübesi olan tek teşebbüs olmasını gerekçe göstererek, başka alternatif alıcıların bulunmadığını iddia etmiştir⁵⁴. Ayrıca, taraflar rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir başka çözümün bulunmadığını ifade etmişlerdir (parag. 109). Kararda, daha sonra Toysrus'un ifadesini pazar dışına çıkması durumunda, pazar payının tamamının değil de önemli bir kısmının Blokker'a kayacağı şeklinde değiştirdiğine dikkat çekilmektedir.

Komisyon, Toysrus'un rekabeti daha az kısıtlayacak alternatif alıcıların bulunmadığı hususunu ispatlayamadığına karar vermiştir. Ayrıca Kararda, taraflar arasındaki işlemin gerçekleşmemesi durumunda, Blokker'in pazar dışına çıkacak olan Toysrus'un pazar payının hepsine sahip olamayacağı ifade edilmiştir.

Değinilen sebeplerden dolayı, batan teşebbüs savunmasında aranan koşulların bu durumda gerçekleşmediği ve söz konusu işleme izin verilmesi sonrasında rekabetin daha fazla bozulacağı sonucuna ulaşılmıştır (parag. 111-113). Komisyon Toysrus ve Blokker arasındaki işlemin Ortak Pazar'la uyumlu olmadığına karar vermiştir.

⁵⁴ Toysrus pazar hakkında yeterli bilgisi bulunmayan alıcıları kabul etmediğini de ifade etmiştir.

3.2.2.5. Rewe/Meinl Kararı⁵⁵

Komisyon batan teşebbüs savunmasını, *Rewe/Meinl* kararında da değerlendirmiştir. Komisyon bu kararında, batan teşebbüs savunmasının tartışıldığı diğer kararlardan farklı olarak, savunmayı “nedensellik veya illiyet” başlığı altında incelemiş ve kararın 66. paragrafında “nedensellik veya illiyet bağının bulunmaması savunması” (*the defence of lack of causality*) kavramını ilk kez kullanmıştır (parag. 62-69).

İşlemin taraflarından olan Rewe Grubu’nun (Rewe) faaliyet alanı perakende satış teşebbüslerinin devralınması, finansmanı ve yönetimidir. Rewe özellikle gıda sektöründeki teşebbüslerle ilgilenmekte ve Avusturya’daki faaliyetlerini BML adlı iştiraki aracılığıyla yürütmektedir. BML Avusturya’da hipermarketler zinciri (Merkur), süpermarketler (Billa), küçük self servis restoranları (Emma) ve indirim mağazaları (Mondo) işletmektedir.

Julius Meinl AG (Meinl) ise, Avusturya ve İtalya’da faaliyet gösteren bir teşebbüstür. Meinl hipermarket (PamPam), süpermarket (Julius Meinl ve Meinl Gourmet) ve indirim mağazaları (Jééé) işletmeciliği yapmaktadır.

Rewe, Meinl’in Avusturya’da faaliyet gösteren hipermarketlerini, süpermarketlerini ve indirim mağazalarını devralmak istemektedir. İşlem sonrası, Meinl’e ait olan hipermarketler, süpermarketler ve indirim mağazaları da dahil olmak üzere toplam 341 adet mağaza Rewe’nin kontrolüne geçmektedir. Meinl’in İtalya’daki mağazaları devralma kapsamında bulunmamaktadır. Komisyon yaptığı inceleme sonucu söz konusu işlemin AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü kapsamında olduğuna karar vermiştir (parag. 6, 7).

Komisyon gıda ürünleri satan mağazalara ilişkin olarak, ilgili ürün pazarının saptanmasında, mağazada bulunan ürün çeşitliliği (Örneğin, 5,000 ila 10,000 çeşit ürün) ve mağazanın satış alanı (Örneğin, 400 ila 1,000 m² arası) gibi değişik unsurların dikkate alınabileceğini ifade etmiştir. Ancak, bu kararda mevcut rekabetçi yapı incelendiğinde, gıda ürünlerinin satıldığı bütün mağazaların, özellikle hipermarketlerin ve süpermarketlerin, ilgili ürün pazarına dahil edilmesinin daha doğru olacağına dikkat çekilmiştir. Ayrıca, Komisyon unlu ürünler satan mağazalar ve kasaplar gibi uzmanlaşmış teşebbüslerin ilgili ürün pazarına dahil olmadığını da belirtmiştir. Dolayısıyla, ilgili ürün pazarı gıda mağazaları olarak tespit edilmiştir. Kararda ilgili coğrafi pazar ise Avusturya olarak belirlenmiştir.

Komisyon ilgili pazardaki en büyük beş teşebbüsün pazar payı toplamalarının % 80 olduğuna dikkat çekmiştir. Devralma sonrası ise, Rewe’nin pazar payının önemli oranda artacağı belirtilmiştir. Kararda söz konusu

⁵⁵ Rewe/Meinl, Case No IV/M.1221, OJ L 274 (23/10/1999) s. 1-22.

teşebbüsün pazar payının, Viyana’da % 80’e ve Avusturya’nın bir çok kırsal bölgesinde % 100’e ulaşacağı saptanmıştır (parag. 34, 36).

Söz konusu devralma Rewe’nin pazar payını önemli oranda arttırdığından, taraflar batan teşebbüs savunmasını ileri sürmüşlerdir. Taraflar söz konusu devralma işleminin gerçekleşmemesi durumunda, Meinel’in pazar dışına çıkacağını iddia etmişlerdir. Meinel’in pazar dışına çıkması durumunda, Rewe’nin Meinel’in pazar payını elde edeceği ve rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif başka bir alıcının da bulunmadığı, alternatif tek alıcı olan Spars’ın durumunun rekabetin kısıtlanması açısından Rewe ile aynı olduğu ifade edilmiştir.

Komisyon, bu çalışmada daha önce değinilen *Kali and Salz/MDK/Treuhand* ve ATAD’ın konuyla ilgili kararlarına atıf yaparak, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için gereken unsurları ve ispat yükünün devralma taraflarında olduğunu hatırlatmıştır (parag. 63, 64).

Kararda, inceleme konusu devralmanın *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararındaki durumdan farklı olduğu, işlemin gerçekleşmemesi durumunda Meinel Grubu’nun sadece Avusturya’daki gıda mağazaları pazarından çekilmesi söz konusu olabileceğinden, batan teşebbüs savunması yerine batan iştirak savunmasının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Komisyon batan iştirak savunmasında, birleşme ve devralma ile rekabetin kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağının bulunmadığının ispatlanmasının daha zor olması gerektiğini belirtmiştir. Kararda aksi takdirde, kar etmeyen ve pazar dışına çıkacağı ileri sürülen her iştirakin taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilmesi gerekebileceği ifade edilmiştir (parag. 65).

Ayrıca, devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, son yıllarda finansal durumu bozulan Meinel’in pazar dışına çıkacağına ilişkin bir kanıt sunulamadığına, Rewe’nin Meinel’in pazar payının önemli bir bölümünü ele geçireceği iddiasının doğru olmadığına ve tarafların rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir alıcının bulunmadığını ispatlayamadıklarına karar verilmiştir. Komisyon’un *Kali and Salz/MDK/Treuhand* kararında belirlediği unsurların hiçbirinin bu devralmada gerçekleşmediği ve bu sebeple savunmanın kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir (parag. 66-69).

Dolayısıyla, Komisyon’un batan teşebbüs savunmasındaki unsurları, batan iştirak savunmasının kabulünde de aradığı görülmektedir. Böylelikle, Komisyon söz konusu devralmanın Avusturya gıda mağazaları pazarında rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı ve Ortak Pazar’la uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

3.3. KANADA REKABET HUKUKU

3.3.1. İlgili Mevzuat

Kanada Rekabet Kanunu, ceza mahkemeleri (*criminal courts*) ve Rekabet Mahkemesi (*Competition Tribunal*) tarafından uygulanmaktadır. Batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak Kanada Rekabet Kanunu'nun 93. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

... bir birleşme ve devralmanın rekabeti önemli derecede engellediğini ve kısıtladığını belirlerken, Mahkeme şu hususları dikkate alır:

...

b) Birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüsün veya bir bölümünün battığını veya batacak olmasını.

Ayrıca, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin (*Merger Enforcement Guidelines*) 4.4. bölümü batan teşebbüslerle ilgilidir. Rehber'de, bir birleşme ve devralmanın taraflarından birinin pazar dışına çıkmakta olduğu durumda, rekabetin önemli ölçüde engellenmeyebileceği veya kısıtlanmayabileceği ifade edilmektedir.

Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.1. bölümünde,

- 1- Batan teşebbüs nasıl olsa pazar dışına çıkacağından, teşebbüsün şu anki veya gelecekteki rekabetçi gücünün kaybı birleşme ve devralmaya bağlanamaz,
- 2- Batan teşebbüsü devralan tarafın pazar gücündeki artış, söz konusu teşebbüsün pazar gücünün zayıflamasından dolayı daha az olacaktır,
- 3- Birleşme ve devralmadan kaynaklanan pazar gücündeki artış genellikle teşebbüsün pazar dışına çıkma olasılığı arttıkça azalacaktır

ifadeleri yer almaktadır (parag.2). Bununla birlikte, teşebbüsün faaliyetlerine son verecek olmasının her zaman için, batan teşebbüs savunmasının kabul edileceği anlamına da gelmediği belirtilmektedir. Batan teşebbüsün devralınması ve pazar dışına çıkması durumlarında rekabetin nasıl etkileneceğinin karşılaştırılması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.2. bölümünde bir teşebbüsün batıyor sayılabilmesi için,

- 1- Borcunu ödeyemez durumda olması veya olacak olması,
- 2- Teşebbüsün kendi iradesiyle iflas işlemlerine başlanması veya başlanacak olması,
- 3- İflasın veya tasfiyenin talep edilmesi veya edilecek olması

şartlarının arandığı belirtilmektedir (parag. 1).

İflasın veya tasfiyenin başlamış olması durumunda teşebbüsün artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda olduğunu kabul etmek de kolay

olacaktır. Bununla birlikte, bir teşebbüsün yakın gelecekte batıp batmayacağı konusunda bazı belirsizlikler bulunabilir. Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin yine aynı bölümünde, bir teşebbüsün yakın gelecekte faaliyetlerine son verip vermeyeceğine karar verilirken, şu hususların dikkate alındığı belirtilmektedir (parag. 2):

- 1- Onaylı en son finansal raporlar,
- 2- Tahmini nakit akışları,
- 3- Teşebbüsün herhangi bir kredisinin geri çağrılıp çağrılmadığı ve teşebbüsün mevcut oranlar üzerinden daha fazla kredi alıp alamadığı,
- 4- Sağlayıcıların teşebbüse verdikleri veresiye ürünlerin miktarını azaltıp azaltmadıkları,
- 5- Teşebbüsün sürekli zarar edip etmediğinin ve malvarlığında net bir azalmanın olup olmadığı,
- 6- Sürekli zarar ediliyorsa teşebbüsün pazar gücünde bir azalma olup olmadığı,
- 7- Teşebbüsün piyasada işlem gören hisse senetlerinin değerlerinin ne ölçüde düştüğü,
- 8- Teşebbüsün İflas Kanunu kapsamında yeniden yapılanmasının mümkün olup olmadığı.

Ayrıca, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nde bir teşebbüsün sürekli zarar etmesinin batan teşebbüs savunmasının kabulü için yeterli olmadığı da ifade edilmektedir. Finansal raporların değerlendirilmesinde ise, söz konusu raporların batan teşebbüsten bağımsız kişi veya kurumlarca hazırlanması istenmekte olup teşebbüsün geçmiş, şimdiki ve tahmini gelir durumu incelenmektedir.

Ayrıca, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.3. bölümünde batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir alıcının bulunmaması gerektiğine değinilmektedir. Alternatif bir alıcının olup olmadığının belirlenebilmesi için batan teşebbüsün satış fiyatının belirlenmesi gerekmektedir. Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin aynı bölümünün birinci paragrafında, batan teşebbüsün tasfiyesinden elde edilecek gelirin üzerinde fiyat teklif eden teşebbüsün, alternatif alıcı olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Alternatif bir alıcının bulunması durumunda, batan teşebbüs savunmasının artık geçerli olmayacağı ve rekabeti kısıtlayıcı diğer birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi durumunda şu olumsuz etkilerin oluşacağı ifade edilmektedir (parag. 2):

- 1- Rekabeti daha az kısıtlayıcı ve belki de rekabeti arttırıcı devralmanın gerçekleşmemesi ve
- 2- Daha yüksek bir pazar gücünün elde edilmesi.

Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nde, olası bir pazar gücünün oluşabileceği durumda, batan teşebbüsü devralmak isteyen tarafın normal fiyatın üzerinde bir teklifte bulunabileceğine dikkat çekilmektedir. Ancak alternatif

alıcının batan teşebbüsün tasfiyesinden elde edilecek gelirin üzerinde fiyat teklif etmesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir. Bu görüş Amerikan rekabet hukukundaki yaklaşımla benzerlik göstermektedir.

Ayrıca, alternatif alıcıların aranmasında, bağımsız üçüncü kişilerin veya kurumların aracılık etmesi gerektiği belirtilmektedir. Alternatif alıcıların belirlenmesinde, bağımsız kişi veya kurumlara,

- 4- Birleşme ve devralma işlemi için gerekli bütün bilginin sağlanması,
- 6- Bu bilgileri olası alıcılara dağıtma izninin verilmesi,
- 7- Batan teşebbüsün malvarlığını inceleme yetkisinin tanınması,
- 8- Olası alıcıların da batan teşebbüsün malvarlığını incelemelerinin gerekli olup olmadığına karar verme yetkisinin verilmesi,
- 9- Teklifleri davet etmek için duyuru yapma izninin verilmesi,
- 10- Alıcının önerdiği fiyata eşit veya ondan daha düşük olan bütün alternatif tekliflerin, değerlendirileceğini açıklama yetkisinin tanınması ve
- 11- 60 günü aşmamak koşuluyla, gerekli araştırmanın yapılabilmesi için yeterli zamanın verilmesi

gerektiği de belirtilmektedir (parag. 4).

Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4.4. bölümünde ise, batan teşebbüsün tasarruf yaparak pazarda kalmasının mümkün olması durumunda, artık batan teşebbüs savunmasının dayanağının kalmadığına değinilmektedir. Ayrıca, batan teşebbüsün bazı coğrafi bölgelerden çekilmesinin veya bazı ürünlerin üretiminden vazgeçmesinin pazar dışına çıkmayı engelleyebileceği de belirtilmektedir.

Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin batan teşebbüs savunmasıyla ilgili son bölümünde, savunmanın kabul edilebilmesi için gerekli şartların sağlanması durumunda da rekabet otoritesinin, rekabetin daha az kısıtlanması koşuluyla birleşme ve devralmaya izin vermeyebileceğine değinilmektedir. Konuyla ilgili olarak, 4.4.5. bölümde şu ifadeler yer verilmektedir (parag. 1):

Bazı durumlarda, batan teşebbüsün tasfiyesi pazara girişi kolaylaştırabilir veya pazarda kalan teşebbüslerin batan teşebbüsün müşterileri için, birleşme ve devralmanın gerçekleştiği duruma göre, daha yoğun rekabet etmelerine neden olabilir.

Ayrıca, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nde genel olarak batan teşebbüsün devralınacağını, ancak batan teşebbüsün devralan taraf olması durumunda da işlemin Kanada Rekabet Kanunu'nun 93. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, batan teşebbüs savunmasının bir teşebbüsün pazar dışına çıkan iştiraki için de ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Ancak, bu durumda teşebbüs içi kar transferlerinin, maliyet dağılımlarının ve iştirakin finansal durumunu

etkileyebilecek diğer unsurların daha dikkatle inceleneceği belirtilmektedir.

3.3.2. Air Canada/PWA Kararı⁵⁶

1992 yılında Air Canada, PWA Corporation'ı devralmak istemiştir. İşlemin gerçekleşmesi durumunda, Air Canada'nın, Kanada içindeki tarifeli uçuşlarda pazar payı % 96'ya ulaşmaktadır.

İşlem sonrası Air Canada'nın pazar payı önemli oranda artmaktadır. Bu sebeple, taraflar PWA Corporation'ın batan bir teşebbüs olduğunu ileri sürmüşlerdir. Rekabet otoritesi, PWA Corporation'ın batan teşebbüs olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek amacıyla, teşebbüsün finansal durumuyla ilgili olarak bağımsız denetim birimlerine başvurmuştur. Ayrıca, PWA Corporation'ın faaliyetlerinin küçültülmesinin ve rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir alıcının bulunup bulunmadığı da araştırılmaya başlanmıştır.

Rekabet otoritesinin incelemesi bitmeden, Air Canada PWA Corporation'ı devralmaktan vazgeçmiştir. Bunun üzerine, PWA Corporation alternatif alıcılara yönelmiş ve American Airlines teşebbüsüyle anlaşmıştır.

3.4. TÜRK REKABET HUKUKU

3.4.1. İlgili Mevzuat

Türk rekabet hukukunda, batan teşebbüs savunmasına gerek Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, gerekse Birleşme ve Devralma Tebliği'nde değinilmemiştir. Bununla birlikte, Kanun'un 7. maddesindeki "Bir ya da birden fazla teşebbüsün ... rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri ..." ifadesi batan teşebbüs savunması açısından yorumlanabilir. Komisyon'un batan teşebbüs savunmasını değerlendirirken, birleşme ve devralma ile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağının olmadığını dikkate alması, Türk rekabet hukukunda da uygulanabilir. Batan teşebbüs savunmasında aranan şartların sağlanması durumunda, rekabetin önemli ölçüde azalmasının sebebi birleşme ve devralma olarak kabul edilmeyebilir. Ayrıca, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilmemesi ve teşebbüsün pazar dışına çıkması durumunda da, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği dikkate alınmalıdır.

⁵⁶ OECD 1996b, 52.

3.4.2. Batan Teşebbüs Savunmasıyla İlgili Kararlar

Türk rekabet hukukunda, batan teşebbüs savunması ilgili mevzuatta yer almamakla birlikte, savunmanın tartışıldığı iki örnek karar bulunmaktadır.

3.4.2.1. Erciyas/Toros Kararı

Erciyas Biracılık ve Malt San. A.Ş.'nin (Erciyas), Toros Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'ye (Toros) ait bazı aktif kıymetleri satın alması hakkındaki kararda⁵⁷, açıkça olmasa da batan teşebbüs savunmasının kabul edildiği görülmektedir.

Söz konusu işlem sonrası, pazarda mevcut olan hakim durumun güçleneceği tespit edilmiştir. Bununla birlikte Toros'un artık faaliyetlerine devam etmesinin mümkün olmadığı ve işleme izin verilmemesi durumunda, ülke ekonomisi ve taraflar açısından kaynak israfına yol açılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, ilgili pazarda Toros'a ait aktif kıymetleri devralmak isteyen başka teşebbüs bulunmadığı ve Erciyas'ın söz konusu aktif kıymetleri devralarak yatırım yapmak ve böylelikle üretim kapasitesini arttırmak istediği anlaşılmıştır. Bir hakim durumun güçlendirilmesine ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma olasılığına karşın, inceleme konusu işleme değinilen nedenlerle izin verilmiştir.

Kararda batan teşebbüs savunması ismen belirtilmemiş olsa da değinilen hususların, batan teşebbüs savunmasında aranan koşullara benzediği anlaşılmaktadır.

3.4.2.2. Uzel/Efe Kararı

Uzel Holding A.Ş.'nin (Uzel), Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi (Efe) devralmasına ilişkin kararda⁵⁸ da batan teşebbüs savunması ele alınmıştır.

Devralma işlemine taraf olan teşebbüsler otomotiv sektöründe kullanılan parçaları üretmekte olup, ilgili ürün pazarı yaprak yay pazarı olarak belirlenmiştir. Coğrafi pazar ise Türkiye Cumhuriyeti olarak kabul edilmiştir.

Devralma işlemi sonrasında, Uzel'in pazar payı % 62'ye ulaşmakta ve pazarda başlıca iki teşebbüs kalmaktadır. Pazarda söz konusu işlem sonrası rekabetin önemli ölçüde kısıtlanma olasılığı bulunmaktadır. Bununla birlikte, devralma gerçekleşmezse Efe büyük bir olasılıkla pazar dışına çıkacaktır.

Konuyla ilgili olarak, kararda şu ifadelere yer verilmiştir (parag. 7):

⁵⁷ Rekabet Kurulu'nun 12.2.1998 tarih ve 379-43 sayılı kararı (19.11.1998 tarih ve 23528 sayılı Resmi Gazete).

⁵⁸ Rekabet Kurulu'nun 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararı (05.03.2002 tarih ve 24686 sayılı Resmi Gazete).

... Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek durumda olması, söz konusu teşebbüsün durumunun, rekabet hukukunun sosyal boyutunu ortaya koyan ve literatürde “batan teşebbüsün savunulması” şeklinde ifade edilen düşünce çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, devralma işlemine izin verilmese dahi Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding'e kayabileceği, bu devralma işlemi neticesinde atıl duruma düşebilecek hem makine hem de işgücünün atıl vaziyette kalmadan ve pazar dışına çıkmadan, pazar içinde değerlendirileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının var olmadığı gibi hususlar da değerlendirmede dikkate alınarak anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kararda, “batan teşebbüsün savunulması” görüşü açıkça belirtilmiştir. Devralma sonrası ilgili pazarda yoğunlaşmanın önemli ölçüde artmasına karşın, Uzel'in pazar payının işleme izin verilmese de artabileceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, batan teşebbüsün üretim kapasitesinin pazar dışına çıkacak olması ve rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir birleşme ve devralmanın bulunmadığı konularına da kararda değinilmiştir. Ayrıca, makine ve işgücünün atıl kalabileceği de belirtilmektedir. Dolayısıyla, işlemin gerçekleşmemesi durumunda olumsuz sosyal etkilerin doğabileceği konusuna da dikkat çekilmiştir.

Türk rekabet hukukundaki bu kararlar incelendiğinde, batan teşebbüs savunmasının Kurul tarafından kabul edildiği görülmektedir. Örnek kararlardan da anlaşıldığı üzere, Avrupa rekabet hukukunda batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için aranan benzer koşulların Türk rekabet hukukunda da kabul edildiği söylenebilir. Nitekim, örnek kararlarda da batan teşebbüs savunmasının geçerli olabilmesi için teşebbüsün pazar dışına çıkacak olması, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların bulunmaması ve birleşme ve devralmaya izin verilmemesi durumunda da batan teşebbüsün pazar payının devralan teşebbüse kayması koşullarının arandığı görülmektedir.

Ayrıca, Türk rekabet hukukundaki ilgili kararlardan, Amerika, Avrupa ve Kanada rekabet hukukunda olduğu gibi batan teşebbüs savunmasının taraflarca ileri sürülmediği, bunun yerine savunmanın resen dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bu durum da muhtemelen, konuyla ilgili bilgi eksikliğinden kaynaklanmaktadır.

SONUÇ

Rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralmanın taraflarından en az birinin batan teşebbüs olması durumunda, rekabet otoritesinin özel bir değerlendirme yapması konusunda genel bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş batan teşebbüs savunması olarak bilinmektedir.

Batan teşebbüs savunmasında, pazar dışına çıkan bir teşebbüs ile

rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan bir birleşme ve devralma olmak üzere, istenmeyen iki durum arasında tercih yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, rekabet otoritesi açısından batan teşebbüs savunmasının değerlendirilmesinde bir ikilem bulunduğu söylenebilir. Savunmanın kabul edilmesi rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına neden olabilir. Buna karşın, batan teşebbüsün devralınması, teşebbüsün üretim kapasitesinin ilgili pazar içinde kalmasını sağlayarak olumlu ekonomik ve sosyal etkiler de yaratabilir.

Genellikle birleşme ve devralma analizlerinde, işlem sonrası rekabetin ne ölçüde kısıtlanacağı incelenmektedir. Birleşme ve devralma sonrası rekabet önemli ölçüde kısıtlanıyorsa işleme izin verilmeyebilir. Bununla birlikte, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmaya izin verilmemesi sonucunda da, teşebbüsün pazar dışına çıkmasıyla rekabetin yine de önemli ölçüde kısıtlanma olasılığı bulunmaktadır. Batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralmalarda rekabeti kısıtlayan unsurun, teşebbüsün pazar dışına çıkması olduğu kabul edilebilir. Batan teşebbüsün kurtarılması görüşünün temel noktalarından birisi, birleşme ve devralmaya izin verilsin veya verilmesin, pazar yapısında rekabeti kısıtlayıcı etkilerin oluşabilme olasılığıdır. Diğer bir ifadeyle, birleşme ve devralma ile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağı bulunmayabilir. Dolayısıyla rekabetin kısıtlanması ile birleşme ve devralma arasında doğrudan bir ilişki kalmadığı kabul edilirse, işleme izin verilmemesinin de dayanağının bulunmadığı ileri sürülebilir. Bu sebeple, birleşme ve devralma analizlerinde batan teşebbüs savunması dikkate alınmalıdır.

Ancak, söz konusu savunmanın kabul edilebilmesi için bir takım koşulların sağlanması da istenmelidir. Genel olarak, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için dört şart aranmaktadır: İlk şart, batan teşebbüsün yakın gelecekte pazar dışına çıkacak olmasıdır. İkincisi, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların bulunmamasıdır. Üçüncü şart, batan teşebbüsün yeniden yapılandırılması veya faaliyetlerinin daraltılması gibi yöntemlerle pazarda kalmasının mümkün olmamasıdır. Son şart ise, birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi durumunda da batan teşebbüsün pazar payının devralan teşebbüse geçecek olmasıdır.

Değinen koşulların sağlanması konusunda, teşebbüsün gelecekteki faaliyetlerine ilişkin bir takım belirsizlikler önemli olabilir. Teşebbüsün iflası yakın gelecekte gerçekleşmeyebilir, teşebbüsün başarılı bir şekilde yeniden yapılandırılması mümkün olabilir veya rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif bir birleşme ve devralma bulunabilir. Bu durumlarda, batan teşebbüsün pazar dışına çıkması ve birleşme ve devralma gerçekleşmese de rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması söz konusu olmayacağından batan teşebbüs savunmasının dayanağı da kalmayacaktır.

Ayrıca, savunmada aranan koşulların sağlanması, batan teşebbüsün

faaliyet gösterdiği pazar yapısıyla da ilgilidir. Batan teşebbüsün ve devralan tarafın pazardaki durumu, birleşme ve devralma sonrası rekabetin ne ölçüde etkilendiğinin belirlenebilmesi açısından önemlidir.

Batan teşebbüs savunmasında, ispat yükü birleşme ve devralma taraflarında olmalıdır. Bir teşebbüsün faaliyetlerine devam edemeyecek durumda olduğu, rekabeti daha az kısıtlayıcı alternatif birleşme ve devralmaların olmadığı ve işleme izin verilmesi de rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı taraflarca kanıtlanmalıdır. Nitekim Amerikan, Avrupa ve Kanada rekabet hukuklarında batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için taraflardan gerekli koşulların sağlandığının ispatlanması istenmektedir. Ayrıca, ekonomik daralmanın olduğu veya talebin azaldığı durumlarda, batan teşebbüs savunmasının kapsamının genişletilmesi, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmalara izin verilmesine neden olabilir. Bu sebeple, batan teşebbüs savunması dikkate alınması gereken bir görüş olmasına karşın kapsamının sınırlı tutulmasında fayda bulunmaktadır.

Bir yan unsur olarak, olumlu sosyal ve ekonomik etkiler de batan teşebbüs savunmasında dikkate alınabilir. Batan teşebbüsün hissedarları, çalışanları ve üretim tesislerinin bulunduğu yerdeki bölge halkı, birleşme ve devralmaya izin verilmemesinden olumsuz yönde etkilenebileceklerdir. Ayrıca, batan teşebbüsün kapasitesi atıl kalabilir. Pazarda kapasite fazlası yoksa, teşebbüsün pazar dışına çıkmasıyla üretim miktarı kısıllanabilir ve ürün fiyatı artabilir. Bu olumsuz etkilerin, birleşme ve devralma analizlerinde rekabeti kısıtlayıcı etkilerle birlikte değerlendirilmesi faydalı olabilir. Bununla birlikte, rekabetin kısıtlanması başlı başına olumsuz bir ekonomik ve sosyal etki yaratacağından, batan teşebbüs savunmasında sosyal etkilerin dikkate alınması gerektiği düşünülse bile, öncelik rekabetin korunmasına verilmelidir. Bu nedenle, batan teşebbüsün devralınmasına sadece sosyal faydalar nedeniyle izin verilmemeli, sosyal faydalar ve rekabetin ne ölçüde kısıtlandığı, mümkün olduğunca birlikte değerlendirilmelidir.

Batan teşebbüsün durumu Amerika, Avrupa ve Kanada rekabet hukuku uygulamalarında da dikkate alınmaktadır. Nitekim, batan teşebbüs savunması Amerikan rekabet hukukunda *International Shoe v. US* kararıyla, 1930'lardan beri kabul görmektedir. Ayrıca, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 5. bölümünde söz konusu savunma yer almaktadır. Avrupa rekabet hukukunda, birleşme ve devralmalarla ilgili mevzuatta batan teşebbüs savunmasına değinilmemekle birlikte Komisyon'un ve ATAD'ın almış olduğu örnek kararlarda "birleşme ve devralma yoluyla kurtarma" ve "batan teşebbüs savunması" kavramlarına yer verilmektedir. Kanada rekabet hukukunda da, hem Rekabet Kanunu'nun 93. maddesinde hem de Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi'nin 4.4. bölümünde batan teşebbüs savunmasıyla ilgili düzenlemeler yer

almaktadır. Türk rekabet hukukunda da söz konusu savunma ilgili mevzuatta yer almamakla birlikte, batan teşebbüs savunmasının kabul edildiği örnek kararlar bulunmaktadır. Ayrıca, Birleşme ve Devralma Tebliği'nde ileride yapılması düşünülen bir değişiklik esnasında, batan teşebbüs savunmasının da söz konusu Tebliğ'de yer almasında fayda bulunmaktadır. Ancak olası bir değişikliğe kadar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralma ile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması arasında nedensellik veya illiyet bağının bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir ve Kurul'un örnek kararlarına atıf yapılabilir.

Yapılan bu çalışmada, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde, batan teşebbüsün durumunun dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Gerekli koşulların sağlanması durumunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında, batan teşebbüsün taraf olduğu bir birleşme ve devralmanın, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının nedeni olmayacağı söylenebilir. Dolayısıyla, batan teşebbüs savunmasının kabulüne devam edilmeli, ancak savunmanın kapsamı genişletilmemelidir.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is mainly to study the failing firm defence in merger analysis. Mergers that restrict competition substantially can have beneficial effects on the economy via the rescue of a failing firm.

According to the failing firm defence; a merger which restricts competition substantially with at least one of the parties that can not operate in the near future, must be subject to a special treatment.

A merger may not create or enhance dominant position which restricts or impedes competition substantially when the following circumstances are met: The firm would be forced out of the market in the near future, there is no less anticompetitive alternative purchaser, the failing firm is not able to reorganize and absent the acquisition the acquiring firm would take over the market share of the failing firm. In such a case, generally it can be accepted that a merger is not the cause of the deterioration of the competitive structure.

In US, EU and Canada competition law the failing firm defence is accepted. Similarly in Turkish competition law, a merger with a failing firm is treated specially. There are two cases up to date, namely *Erciyas/Marmara* and *Uzel/Efe*, showing that the failing firm defence is accepted.

KAYNAKÇA⁵⁹

- AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- AREEDA, P. ve L. KAPLOW (1997), *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, Fifth Edition, Aspen Law&Business, New York.
- ASLAN, Y. İ. (1998), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı* (Çev.), Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- ASLAN, Y. İ. (1999), "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, No: 1, s. 65-102.
- ASLAN, Y. İ. (2001), *Rekabet Hukuku*, İkinci Basım, Ekin Kitabevi, Bursa.
- BANKS, D. (1997), "Non-Competition Factors and their Future Relevance under European Merger Law", *ECLR*, Vol.18, s. 182-186.
- BELLAMY, C. ve G. D. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London.
- COATE, M. B. ve F. S. MCCHESENEY (1992), "Enforcement of the U.S. Merger Guidelines, Empirical Evidence on FTC Enforcement of the Merger Guidelines", *Economic Inquiry*, Vol. 30, s. 277-293.
- CORREIA, E.O. (1995), "The Failing Company Defense", FTC, <http://www.ftc.gov/opp/global/final.htm>.
- ÇINAROĞLU, S. (2001), *Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet*, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.
- FARRELL, J. ve C. SHAPIRO (1990), "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis", *AER*, Vol. 80, s. 107-126.
- HAUSMAN, J. (1995), "Merger Policy in Declining Industries", *FTC*, <http://www.ftc.gov/opp/global/hausman.htm>.
- HOVENKAMP, H. (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Second Edition, West Group, Iowa City.
- KAYIHAN, L. (2000), *Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesi*, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.

59 İnternette elde edilen kaynaklara yapılan atıflarda, bu kaynaklardaki sayfa numaraları esas alınmıştır.

- KINNE, K. (1998), "The Efficiency Defence in the U.S. American Merger Policy", Diskussionspapier 67, *HWWA-Institut für Wirtschaftsforschung-Hamburg*, http://www.hwwa.de/hwwa_engl.html.
- KINNE, K. (1999), "Efficiencies in Merger Analysis", *HWWA-Institut für Wirtschaftsforschung-Hamburg*, http://www.hwwa.de/Publicaitons/interconomics/1999/ie_docs1999/ie9906-kinne.html.
- KWOKA, J.E. ve F.R. WARREN-BOULTON (1986), "Efficiencies, failing firms, and alternatives to merger: a policy synthesis", *Antitrust Bulletin*, Vol. 31, s. 431-450.
- MCDAVID, J.L. (1995), "Efficiencies, Failing Firms, and the General Dynamics Defense", *FTC*, <http://www.ftc.gov/opp/global/194817.htm>.
- MONTI, G. ve E. ROUSSEVA (1999), "Failing Firms in the Framework of the E.C. Merger Control Regulation", *E.L.Rev.*, Vol. 24, s. 38-55.
- MÜFTÜOĞLU, M.T. (1994), *İşletme İktisadi*, İkinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- NOËL, P. (1997), "Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European Law and US Antitrust Law", *ECLR*, Vol. 18, s. 498-519.
- OECD (1996a), "Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements", Competition Policy Roundtables, OECD, <http://www.oecd.org/pdf/M00007000/M00007744.pdf>.
- OECD (1996b), "Failing Firm Defence", Competition Policy Roundtables, OECD, <http://www.oecd.org/pdf/M000015000/M00015191.pdf>.
- PERSSON, L. (1998), "Auctioning of a Failing Firm", *The Research Institute of Industrial Economics*, Stockholm, Working Paper No. 514, <http://www.iui.se/wp/Wp514/Wp514.htm>.
- RAVENSCRAFT, D.J. ve F.M. SCHERER (1987), *Mergers, Sell-Offs, and Economic Efficiency*, The Brookings Institution, Washington.
- Report by the FTC Staff (1996), "FTC Staff Recommendations", *ECLR*, Vol. 17, s.R-158, R-159.
- RITTER, L., W.D. BRAUN ve F. RAWLINSON, *EEC Competition Law a practitioner's Guide*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston.
- ROSEN, S. (1974), "Hedonic Prices and Implicit Markets: Product Differentiation in Pure Competition", *JPE*, Vol.82, s.34-55.

- SALOP, S.C. (1987), "Symposium on Mergers and Antitrust", *Journal of Economic Perspectives*, Vol.1, s.3-12.
- SANDERSON, M. (1995), "Efficiencies Analysis in Canadian Merger Cases", *FTC*, <http://www.ftc.gov/opp/global/sandersn.htm>.
- SHUGHART, W.F. ve R.D. TOLLISON (1985) "The Welfare Basis of the Failing Company Doctrine" *Antitrust Bulletin*, Vol.30, s.357-364.
- STENNEK, J. ve F. VERBOVEN (2001), "Merger Control and Enterprise Competitiveness- Empirical Analysis and Policy Recommendations", Working Paper No. 556, *The Research Institute of Industrial Economics*, Stockholm. <http://www.iui.se/wp/Wp546/wq546.htm>.
- SULLIVAN, E.T. ve H. HOVENKAMP (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, Fourth Edition, Lexis Law Publishing, Iowa City.
- SULLIVAN, L.A. ve W.S. GRIMES (2000), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, Iowa City.
- ÜNSAL, M.E. (1997), *Mikro İktisada Giriş*, Kutsan Ofset Matbaacılık, Ankara.
- YANIK, M. (2000), *Giriş Engelleri, Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.
- WILLIAMSON, O.E. (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *AER*, Vol. 58, s.18-36.

REKABET KURULU KARARLARI

Erciyas-Marmara, 12.2.1998 tarih ve 379-43 sayılı karar (19.11.1998 tarih ve 23528 sayılı Resmi Gazete).

Uzel-Efe, 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı karar (05.03.2002 tarih ve 24686 sayılı Resmi Gazete).

ATAD KARARI

France v. Commission and SCPA & EMC v. Commission, Joined Cases C-68/94 and C-30/95, European Court Reports (1998), s. I-1375.

AB KOMİSYONU KARARLARI

Aérospatiale-Alénia/De Havilland, Case No IV/M.053, OJ L 334 (05/12/1991), s. 42-61

Kali and Salz/MDK/Treuhand, Case No. IV/M.308, OJ L 186 (21/07/1994), s. 38-56

Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, Case No IV/M.774, OJ L 247 (10/09/1997) s. 1-46.

Blokker/Toys'R'Us, Case No IV/M.890, OJ L 316 (25/11/1998) s. 1-19.

Rewe/Meinl, Case No IV/M.1221, OJ L 274 (23/10/1999) s. 1-22.

ABD MAHKEME KARARLARI

Yüksek Mahkeme Kararları

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

US v. Citizen Publishing Co., 394, U.S. 131 (1969).

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

KANADA REKABET MAHKEMESİ KARARI

Air Canada/PWA kararı (1992).