

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 147

REKABET KURUMU

REKABETİ KISITLAYICI
BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA
DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER

CİHAN BİLAÇLI

**REKABETİ KISITLAYICI
BİRLEŞME VE
DEVRALMALARDA
DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER**

CİHAN BİLAÇLI

Ankara 2017

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2017

Baskı, Nisan 2017
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Özgür BAL, Baş Hukuk Müşaviri Salim AYDEMİR ve Prof. Dr. Fuat OĞUZ'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 24-25-26 Ekim 2016 tarihlerinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Cihan BİLAÇLI, 02.12.2016 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 16.12.2016 tarih ve 13645 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

325

Deđeri kelimelerle anlatılamayacak eřime...

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

REKABETİ KISITLAYICI BİRLEŞMELERDE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER

1.1. ÇÖZÜM TÜRLERİ: YAPISAL VE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM AYRIMI.....	3
1.1.1. Yapısal Çözümler.....	5
1.1.2. Davranışsal Çözümler.....	6
1.1.2.1. Güvenlik Duvarı Hükümleri.....	7
1.1.2.2. Ayrımcı Olmayan Şekilde Davranmayı Öngören Hükümler ve Fiyat Kontrolleri.....	7
1.1.2.3. Erişim Çözümleri.....	7
1.1.2.4. Cezalandırma Karşıtı Hükümler.....	8
1.1.2.5. Belirli Tip Sözleşmelere Kısıtlamalar Getirilmesi.....	8
1.1.2.6. Diğer Davranışsal Çözümler.....	8
1.2. DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERE İLİŞKİN SORUNLAR.....	9
1.2.1. Tasarım Aşamasına İlişkin Sorunlar.....	9
1.2.2. İzleme Aşamasına İlişkin Sorunlar.....	11
1.2.3. Pazarı Düzenleme Sonucu Doğurması.....	12

BÖLÜM 2

DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN AB, ABD VE BK UYGULAMASI

2.1. AB UYGULAMASI.....	14
2.1.1. Duyuru'da Yer Alan Hususlar.....	14
2.1.2. Komisyon'un Çözüm Tercihi.....	15
2.1.3. Erişim/Lisanslama Çözümleri.....	17
2.1.4. Belirli Tip Sözleşmeleri Yapmayı, Düzenlemeyi veya İptal Etmeyi İçeren Çözümler.....	19
2.1.5. Güvenlik Duvarı Çözümleri.....	20
2.1.6. Diğer Davranışsal Çözümler.....	20

2.1.7. AB’de Davranışsal Çözümlerin Etkisi.....	22
2.2. ABD UYGULAMASI.....	23
2.2.1. DOJ’in 2004 ve 2011 Rehberleri Arasında Davranışsal Çözümlere İlişkin Farklar.....	24
2.2.2. Erişim/Lisanslama Çözümleri.....	25
2.2.3. Güvenlik Duvarı Çözümleri.....	27
2.2.4. Diğer Davranışsal Çözümler.....	28
2.2.5. ABD’de Davranışsal Çözümlerin Etkisi.....	29
2.3. BK UYGULAMASI.....	30
2.3.1. CMA Rehber’de Davranışsal Çözümlere İlişkin Hususlar.....	31
2.3.2. Fiyat Kontrolü İçeren Çözümler.....	32
2.4. DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN İZLENMESİ.....	34
2.5. AB, ABD VE BK UYGULAMALARININ KIYASLANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	36

BÖLÜM 3

DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN TÜRKİYE UYGULAMASI

3.1. KILAVUZ’DA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER.....	40
3.2. KILAVUZ’DA DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERE İLİŞKİN HUSUSLAR.....	40
3.3. REKABET KURULU KARARLARI.....	42
3.3.1. Erişim Çözümleri.....	43
3.3.2. Belirli Tip Sözleşmeleri Yapmayı, Düzenlemeyi veya İptal Etmeyi İçeren Çözümler.....	46
3.3.3. <i>Lesaffre/Dosu</i> Maya Kararı.....	48
3.3.4. <i>AEH/Migros</i> Kararı.....	50
3.3.5. Davranışsal Çözüm İçeren Diğer Kurul Kararları.....	52
3.4. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER.....	53
SONUÇ.....	55

ABSTRACT.....58

KAYNAKÇA.....59

EK: Birleşme Çözümü İçeren Kurul Kararları Listesi.....68

TABLO DİZİNİ

Tablo-1: Birleşme İşlemlerinin Fiyat Etkileri (%).....30

**Tablo-2: Rekabetçi Endişe Niteliğine Göre Birleşme Çözümü
İçeren Kararların Dağılımı.....42**

KISALTMALAR

2010/4 sayılı Tebliğ	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.g.k.	: Adı geçen kaynak/karar
AR-GE	: Araştırma-Geliştirme
Birleşme	: Birleşme, Devralma ve Ortak Girişimler
Birleşik Teşebbüs	: Birleşme veya devralma sonucunda ortaya çıkan teşebbüs
Birleşme Tüzüğü	: Teşebbüsler arası birleşmeleri düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation)
BK	: Birleşik Krallık
bknz.	: Bakınız
CCB	: Kanada Rekabet Otoritesi (Canadian Competition Bureau)
CMA	: Birleşik Krallık Rekabet ve Pazar Otoritesi (Competition and Market Authority)
CMA Rehber	: CMA Birleşme Çözümleri Rehberi (Merger Remedies: Competition Commission Guideline 2008)
CMA Çalışma	: CMA Birleşme Çözümleri Çalışması (Understanding Past Merger Remedies)
Duyuru	: Commission Notice (2008/C 267/01) “On Remedies Acceptable Under Council Regulation (EC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004”
DOJ	: ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice)
DOJ 2004 Rehber	: DOJ 2004 tarihli Birleşme Çözümleri Rehberi (DOJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies)
DOJ 2011 Rehber	: DOJ 2011 tarihli Birleşme Çözümleri Rehberi (DOJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies)
EPDK	: T.C. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
FTC	: Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission)
İDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

Kılavuz	: Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-Operation and Development)
para.	: Paragraf
RGM	: Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (European Commission Department General of Competition)
RGM 2005	: Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü Birleşme Çözümleri Çalışması (DG Comp, European Commission Merger Remedies Study)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Birleşme ve devralmalar¹ ekonomideki kaynakların yeniden dağılımının gerçekleştirilmesindeki araçlardan birini oluşturmaktadır. Teşebbüsler birleşme yoluyla rekabet yeteneğini artırabilmekte, böylece ilgili pazarda rekabet düzeyi gelişebilmekte, bu durum da çıktı miktarının artması, çeşitlenmesi, düşük fiyatlar, yenileşim gibi faydaları beraberinde getirmektedir. Ancak birleşmeler her zaman olumlu yönde etki yaratmayabilmekte; aynı zamanda etkin rakiplerin sayısının azalması, giriş engeli yaratılması, yenileşim güdüsünün azalması gibi bazı rekabete aykırı etkilere de neden olabilmektedir.

Birleşmeler rekabeti çoğu zaman tamamen değil, sadece kısmi olarak engellemektedir. Böyle durumlarda işlemin yasaklanması yerine oluşan endişelerin giderilmesini sağlamak daha etkin bir yöntem olabilecektir². İşlem üzerinde bu yönde yapılan değişiklikler genel olarak birleşme çözümleri olarak tanımlanmaktadır. Böylelikle birleşmeden kaynaklanan rekabetçi sorunlar giderilerek ortaya çıkan etkinliklerin kaybolmaması sağlanacak ve birleşme kontrolü pazar gereklerine cevap verebilecek esnek bir yapıya bürünecektir.

Bununla birlikte, teşebbüslerin faaliyetleri karmaşıklıktıkça birleşmelerin yarattığı etkiler de karmaşılaşmaktadır. Dolayısıyla işlemde kaynaklanan rekabetçi endişelerin giderilmesi için belli iş kolunun ayrıştırılması gibi geleneksel bir çözüm yeterli olmayabilmektedir. Bu bakımdan rekabet otoritelerince kimi zaman teşebbüslerin belirli davranışlarına kısıtlama getiren davranışsal çözümlere başvurulmaktadır.

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

² Nitekim çözüm içeren birleşme kararları ile yasaklananlara kıyasla on kat sıklıkla karşılaşılmaktadır (Davies ve Lyons 2008, 1).

Davranışsal çözümlerin rekabetçi endişeleri gidermede yeterli olup olmadığı konusunda literatürde görüş birliği bulunmamakta, rekabet otoritelerin yaklaşımları da birbirinden farklılaşmaktadır. Bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Adalet Bakanlığının (DOJ) yakın zamanda alınan kararlarında ve birleşme çözümlerine ilişkin yeni rehberinde davranışsal çözümlere geniş yer verilmesi dikkat çekmiş ve konunun yeniden tartışılmasını sağlamıştır. Birleşik Krallık (BK) Rekabet ve Pazar Otoritesi (CMA) de 2015 yılında birleşme çözümlerine ilişkin yaptığı *ex-post* çalışmada davranışsal çözümlerin uygulanmasını ve etkilerini inceleyerek tartışmaya katkıda bulunmuştur.

Rekabet Kurulunun son iki yılda aldığı çözüm içeren altı kararın beşinde geniş davranışsal çözümleri kabul etmesi dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, dünyada son dönemde yaşanan gelişmeler ve Türkiye’de davranışsal çözümler özelinde çalışma bulunmaması bu çalışmanın yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

Çalışmamızda temel olarak Türkiye’de davranışsal çözümlerin uygulamasında tasarım ve izleme aşamasında karşılaşılan sorunların tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde önce davranışsal çözümlerin tanımına yer verilmiş, ardından bu tür çözümlerin gerek tasarım gerek izleme aşamasında karşılaşılabilecek sorunlara değinilmiştir. İkinci bölümde davranışsal çözümlerin Avrupa Birliği (AB), ABD ve BK uygulamaları ülkelerin mevzuatları, kararları, *ex-post* çalışmaları çerçevesinde incelenmiştir. Üçüncü bölümdeyse birleşme çözümlerine dair mevzuata değinilerek davranışsal çözümlere yönelik Türkiye uygulaması incelenecek, ardından, davranışsal çözümlerin kullanımına ilişkin değerlendirme ve önerilere yer verilecektir.

BÖLÜM 1

REKABETİ KISITLAYICI BİRLEŞMELERDE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLER

Rekabeti kısıtlayıcı birleşmeler dünya çapında, benzer rekabet/antitröst düzenlemeleriyle yasaklanmaktadır. Ancak bir birleşmenin yasaklanmasına yol açacak sorunların, işlemde yapılacak belirli düzeltmeler veya değişiklikler sonrasında giderilmesi neticesinde, birleşmenin izin verilebilecek şekilde getirilmesi de mümkündür (Varol 2009, 3). Böylelikle birleşmeden kaynaklanan etkinliklerin göz ardı edilmemesi sağlanabilecektir. Birleşmelerin rekabete aykırı etkilerini ortadan kaldırmaya yarayan araçlar genel olarak “birleşme çözümleri” (*merger remedies*³) olarak adlandırılmaktadır. Wang ve Rudanko (2012, 562)’ya göre birleşme çözümleri, birleşme kararlarının basit bir evet/hayır seçimine indirgenmemesi ile hem rekabetçi hem de rekabete aykırı etkileri olan bir birleşmenin baştan yasaklanmamasını ve daha detaylı incelenebilmesini sağlamaktadır.

1.1. ÇÖZÜM TÜRLERİ: YAPISAL VE DAVRANIŞSAL ÇÖZÜM AYRIMI

Birleşme çözümlerine ilişkin en temel sınıflandırma yapısal ve davranışsal çözümler olarak yapılabilir⁴ (ICN 2005, Wang ve Rudanko 2012, 563). En temel

³ Rekabet Kurumu “Rekabet Terimleri Sözlüğü”nde “*remedies*” kavramının karşılığı olarak çözüm, tedbir ve koşul kelimeleri sayılmıştır. Ancak “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz”da (Kılavuz) çözüm kelimesinin benimsenmiş olması nedeniyle tez kapsamında çözüm kelimesi kullanılmıştır.

⁴ Bu temel ayırmadan farklı sınıflandırma yapan çalışmalar da bulunmaktadır. Örnek olarak bkznz. Rekabet Genel Müdürlüğü’nün Birleşme Çözümleri Çalışması (RGM 2005). Çalışmada birleşme çözümleri pazar payının devri içeren, ortak girişimden çıkmayı öngören, pazara girişin temini/erişimine yönelik ve diğer çözümler olmak üzere dört ana gruba ayrılmıştır. Bu sınıflandırmada ilk iki grup yapısal çözümlere, üçüncü grup davranışsal çözümlere örnek olarak gösterilebilir. Başka örnekler için bkznz. Davies ve Lyons (2008).

şekliyle, pazarın yapısını etkilemeye yönelik çözümler “yapısal”, birleşen teşebbüslerin davranışlarını düzenlemeye yönelik çözümler “davranışsal” olarak nitelendirilmektedir (Varol 2009, 3). Daha detaylı tanımlamak gerekirse, yapısal çözümler rekabetin sürdürülmesi veya sağlanması için genellikle pazar yapısına doğrudan müdahaleyle kalıcı tek seferlik değişim yapılmasını içerirken; davranışsal çözümler tek seferlik olmamakla birlikte teşebbüslerin davranışına, varlıklarını nasıl kullanacaklarına, pazarda rekabet etmelerine veya diğer teşebbüslerle yapacakları sözleşmelere yönelik yükümlülükleri içermektedir (Ezrachi 2006a, 460)⁵. Wang (2011, 588)’a göre yapısal çözümler pazar gücünü tek seferde ve daha az izlemeyle azaltabildiği için ameliyatlara, davranışsal çözümler ise belirli bir rekabetçi sorunu hedeflediği ve düzenli izleme gerektirdiği için ilaçlara benzemektedir.

Yapısal ve davranışsal çözüm ayrımı literatürde genel olarak benimsense de, iki kavram arasındaki sınır kimi zaman belirsiz olabilmektedir. Erişim ve lisanslama gibi çözümlerin bazı durumlarda pazarın yapısını yapısal çözümler gibi etkileyebilmesi mümkün olduğundan “yapısal benzeri” (*quasi-structural*) olarak ayrı bir sınıflandırma yapılabilmektedir (Lindsay 2006, 517; Went 2006, 456; Kokkoris ve Shelanski 2014, 540). Örneğin bir fikri mülkiyet hakkının lisanslanmasına ilişkin çözümler kimi rehber ve kılavuzlarda yapısal⁶ veya yapısal benzeri⁷, kiminde⁸ de davranışsal çözüm olarak değerlendirilebilmektedir. Komisyon’un birleşme çözümlerine ilişkin Duyuru⁹’unda önemli altyapıya veya girdilere erişim sağlanması yapısal çözümlere örnek olarak verilirken¹⁰, Ezrachi (2006a, 460) ile Motta vd. (2007, 618-620)’ya göre yapısal olmayan çözümler kapsamında sayılmalıdır. Şenyücel (2009, 84)’e göre, Duyuru’da net bir sınır çizilmekten kaçınılsa da, denetleme süresi bu farka yönelik önemli bir kriterdir¹¹. Zira

⁵ Başka bir tanıma göre yapısal çözümler mülkiyet haklarında değişikliğe neden olan koşulları; davranışsal çözümler ise mülkiyet haklarının kullanılmasına getirilecek sınırlamaları içermektedir (Motta vd. 2007, 606).

⁶ Örn. CMA’nın birleşme çözümlerine ilişkin rehberi (*Merger Remedies: Competition Commission Guideline 2008*) (CMA Rehber)

⁷ Örn. Kanada rekabet otoritesinin birleşme çözümlerine ilişkin rehberi (*Information Bulletin on Merger Remedies in Canada 2006*).

⁸ Örn. DOJ 2011 Rehberi.

⁹ Commission Notice (2008/C 267/01) on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EC) No:139/2004 and under Commission Regulation (EC) No:802/2004 (Duyuru).

¹⁰ A.g.k., para.17.

¹¹ Benzer bir görüş için bkz. Davies ve Lyons (2008, 16).

Duyuru'ya göre çözüm önerisi orta veya uzun süreli denetim gerektirmiyorsa yapısal niteliktedir¹², aksi takdirde diğer sınıflarda değerlendirilecektir.

Birleşme çözümlerine ilişkin rehber ve kılavuzlarda genel olarak yapısal çözümü belirten ayrıştırma içeren çözümler ile diğer çözümler şeklinde ayrıma gidilmiştir¹³. DOJ 2011 Rehberi'nde ve CMA Rehber'de ise bazı rehberlerde yapısal veya yapısal benzeri olarak sayılan erişim ve lisanslama çözümleri davranışsal çözümler arasında sayılmıştır. Bu tez kapsamında birleşme çözümlerinin yapısal veya davranışsal nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi amaçlanmamış olup yapısal çözümler içerisinde sadece ayrıştırma; davranışsal çözümler içerisinde ise ayrıştırma dışında kalan çözümler değerlendirilecektir.

1.1.1. Yapısal Çözümler¹⁴

Bir birleşme neticesinde pazarda ortaya çıkan rekabet karşıtı etkiler genellikle pazardaki yapısal değişimden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, yapısal değişiklikten kaynaklanan rekabetçi endişeleri gidermede en etkili yol yapısal çözümlerin uygulanmasından geçmektedir (Varol 2009, 3). Yapısal çözümler, gerek yatay gerek dikey birleşmelerden doğan rekabetçi endişeleri gidermede etkili bir araç olarak kullanılmaktadır (DOJ 2011 Rehberi; Duyuru).

Ayrıştırma en yaygın benimsenen yapısal çözüm türüdür (ICN 2005; Kwoka ve Moss 2012, 981). Ayrıştırmayla pazarda yeni bir rakip ortaya çıkarılarak veya var olan bir rakip güçlendirilerek birleşme neticesinde pazarda meydana gelebilecek rekabet karşıtı etkilerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu tür çözümler basit, kesin, kalıcı, görece kolay idare edilebilir ve izleme/denetim maliyetinin görece daha az (DOJ 2011, 6) olması nedeniyle birçok rekabet otoritesi tarafından en tercih edilir çözüm türü olarak kabul edilmektedir¹⁵. Öte yandan, her ne kadar en etkili ve iyi çözüm olarak görülse

¹² Duyuru, para.13, 15, 69.

¹³ Örn. Duyuru, Kılavuz.

¹⁴ Yapısal çözümler bu tezin konusu kapsamında olmayıp uygulamasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Varol (2009), Papon (2009), Davies ve Lyons (2008) ve Wang (2011).

¹⁵ Örn. Duyuru, Kılavuz, CMA Rehber.

de, yapısal çözümlerde de özellikle satıcı, alıcı ve rekabet otoritesi arasındaki bilgi asimetrisinden kaynaklanan sorunlar doğabilmektedir¹⁶.

1.1.2. Davranışsal Çözümler

Bazı durumlarda, yapısal çözümlerin gerçekleştirilmesi imkânsız¹⁷ olabilmekte veya etkin¹⁸ olmayabilmektedir. Böyle durumlarda birleşme işlemine izin verilebilmesi için davranışsal çözümlere ihtiyaç duyulmaktadır (Varol 2009, 15; Motta vd. 2007, 618-619; Ezrachi 2006b, 3). Davranışsal çözümler tek başlarına kullanılabilirliği gibi yapısal çözümlere yardımcı olarak ve/veya yapısal çözümlerin uygulanabilmesi için gerekli olan geçiş döneminde de kullanılabilir. Özellikle dikey ve konglomera birleşmelerden doğan rekabetçi endişeleri gidermede kullanışlı bir araç olabilmektedir (DOJ 2011 Rehberi, 2).

Bunun yanında Lyons (2008, 42) tarafından yapılan çalışmaya göre davranışsal çözümler pazarın küçük olduğu, ayrıştırılacak birimin potansiyel alıcılarının yatırım yapma güdeleri bakımından şüphelerin bulunduğu¹⁹ ve pazardaki rakiplerin veya müşterilerin izlemeyi/denetimi kolaylaştırabildiği durumlarda yapısal çözümlere göre daha kabul edilebilir olmaktadır²⁰.

İhtiyaç duyulan davranışsal çözüm önerisi işlem özelinde birçok farklı yapıya bürünebilecek olmakla birlikte, davranışsal çözümlerin en genel türleri arasında güvenlik duvarları, ayrımcı olmayan davranışlar ve fiyat kontrolleri, erişim çözümleri, misilleme karşıtı hükümler ve belirli tip sözleşmelere kısıtlama getirilmesi sayılabilir.

¹⁶ Yapısal çözümlerde karşılaşılabilecek sorunlar için bkz. Papon (2009, 39), RGM (2005, 124-125), Papandropoulos ve Tajana (2006, 446-447), Motta vd. (2007, 614-615).

¹⁷ COMP/M.877 *Boeing/Mcdonnel Douglas* (1997). Kararda ilgili teşebbüse Boeing'den başka talip olmaması ve pazara yeni giriş yapacak birini bulmanın mümkün olmaması nedeniyle ayrıştırma imkânsız görülmüştür.

¹⁸ COMP/M.737 *Ciba-Sandoz* (1996). Komisyon devam eden AR-GE projelerinin ayrıştırılmasının etkin olmayacak olması nedeniyle lisanslamayı tercih etmiştir (Parker ve Balto 2000).

¹⁹ Küçük pazarlarda talep durağan olduğundan yatırımın geri dönüşü çok daha uzun sürebilmekte; bu da teşebbüslerin yatırım yapma güdüsünü azaltabilmektedir (Paas 2008, 95-100).

²⁰ Küçük ekonomilerde birleşme çözümlerinin nasıl kullanıldığına ilişkin olarak bkz. Svetlicinii ve Lungenberg (2013).

1.1.2.1. Güvenlik Duvarı Hükümleri

Güvenlik duvarları bir teşebbüs içinde bilginin yayılımını engelleme amaçlı tasarlanmaktadır. Bu şekilde ayırıştırmaya konu işkoluyla ana teşebbüs arasındaki iletişim engellenebilmektedir (Varol 2009, 19). Örneğin tekel konumunda bir sağlayıcı, alt pazarda birbiriyle rekabet halinde bulunan üç teşebbüsten biriyle birleşmek istediğinde, tekelin satın alacağı alt pazardaki teşebbüs ile rekabet karşıtı davranışları kolaylaştıracak şekilde bilgi paylaşacağından endişe edilebilir. Düzgün şekilde tasarlanmış bir güvenlik duvarı, birleşme neticesinde ortaya çıkacak bu türden koordinasyon doğurucu endişeleri gidermede etkili olabilir (DOJ 2011 Rehberi, 13-14).

1.1.2.2. Ayrımcı Olmayan Şekilde Davranmayı Öngören Hükümler ve Fiyat Kontrolleri

Ayrımcı olmayan şekilde davranmayı içeren çözümler özet olarak eşit erişim, eşit çaba ve eşit şartları içermektedir. Örneğin, tekel konumunda bir sağlayıcı, alt pazarda birbiriyle rekabet halinde bulunan üç teşebbüsten biriyle birleştiğinde, tekel konumundaki teşebbüsün alt pazardaki diğer teşebbüslere daha kötü şartlar altında teklif sunarak veya anlaşma yapmayı reddederek birleştiği teşebbüs lehine davranabileceğinden endişe edilebilir. Bu tür durumlarda, alt pazardaki tüm teşebbüslere ayrımcı olmayacak şekilde davranılmasını sağlayacak hükümler getirilebilir (DOJ 2011 Rehberi, 15).

Bazı durumlarda birleşen teşebbüsün faaliyetinin içeriğine veya fiyatına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale edilmesi de mümkün olabilmektedir (CMA Rehber, para.4.28).

1.1.2.3. Erişim Çözümleri

Erişim çözümleri genel olarak önemli altyapıya, şebekeye, patent, *know-how* veya diğer fikri haklar gibi teknolojilere ve zorunlu girdilere erişim hakkı tanınmasını içermektedir. Erişim çözümleri özellikle birleşme ile değişen pazar yapısının birleşen teşebbüsün sahip olduğu/olacağı birtakım hakları nedeniyle önemli giriş engeline yol açtığı durumlarda uygun bir çözüm olmaktadır (Paas 2006, 210). Erişim çözümüyle birlikte pazara gerçekten bir girişin muhtemel olacağı ve rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin ortadan kalkacağı açık bir şekilde ortaya konulabilirse, erişim çözümünün pazardaki etkisinin ayırıştırmaya gibi olacağı söylenebilecektir. Bunun yanında

taraf, bu tür hakları üçüncü kişilere ayrımcı olmayan ve şeffaf bir temelde açmalıdır (Duyuru, para.63).

1.1.2.4. Cezalandırma Karşıtı Hükümler

Bu tür çözümler genel olarak birleşik teşebbüsün dışlayıcı/ayrımcı davranışlarını kontrol etmeyi amaçlar ve birçok farklı şekilde ortaya çıkabilir. Örneğin, birleşen teşebbüsün müşterilerinin veya diğer tarafların kendi rakipleriyle iş yapmasını engelleyecek sözleşmeler yapması, böyle bir hükümle yasaklanabilir. Bu tür hükümler ayrıca, birleşen teşebbüsün çözüme uymadığını bildiren teşebbüse karşı ayrımcı davranışta bulunmasını da yasaklayabilecektir (DOJ 2011 Rehberi, 16-17).

1.1.2.5. Belirli Tip Sözleşmelere Kısıtlamalar Getirilmesi

Pazarda birleşmenin yol açtığı değişim, mevcut uzun dönemli arz veya dağıtım anlaşmalarını, kilit müşteriyle otomatik yenileme hükümleri olan sözleşmeleri rekabet üzerinde zararlı etkilere sahip hale getirebilir (Faull ve Nikpay 2014, 781)²¹. Bu özellikle uzun dönemli münhasır arz anlaşmaları alt veya üst pazarda erişimi kısıtlıyorsa geçerlidir. Rekabetçi endişelerin giderilmesi için, birleşik teşebbüsün taraf olduğu bu tür anlaşmaların iptali uygun olabilmektedir (Duyuru, para.67-68). Ancak bunun için birleşen teşebbüsün arz veya dağıtım anlaşması yapabileceği alternatif kanalların bulunması gerekmektedir (Varol 2009, 19).

1.1.2.6. Diğer Davranışsal Çözümler

Yukarıda yer verilen davranışsal çözüm çeşitleri uygulamada en çok karşılaşılan çözüm türleri olsa da işlem özelinde genel uygulamadan çok farklı davranışsal çözümler benimsenebilmektedir.

Fransa'da inşaat-yapı malzemeleri pazarında gerçekleşen *PointP/Ardi* birleşmesi bu duruma örnek olarak sunulabilir²². Kararda pazara girişin teknik bilgi gerektirdiği sonucuna ulaşılmış; Ardi personeline rekabet etmeme şartının uygulanmamasına da

²¹ Örn. birleşik teşebbüsün alt pazardaki teşebbüslerle olan uzun süreli tedarik sözleşmelerin giriş engeli yaratması veya birleşik teşebbüsün tedarik sözleşmelerini işlem sonrasında sonlandırarak alt pazardaki rakiplerin faaliyetini zorlaştırması.

²² Başka örnekleri için bkzn. şeffaflık şartı ve rekabet şartlı ortak girişimden bahsedilen DOJ 2011 Rehberi, s.17-18; işlem taraflarıyla üçüncü kişiler arasında ödül-ceza sistemi öngören Froeb vd. (2005, 3-4).

karar verilmiştir. Böylece, pazara girmek isteyen bir teşebbüsün tecrübeli ve kaliteli personel istihdam edebilmesi sağlanacaktır (Hoehn vd. 2009a, 163-164).

1.2. DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERE İLİŞKİN SORUNLAR

Genellikle karmaşık bir yapıya sahip olan davranışsal çözümlerin etkili bir şekilde işleyebilmeleri için izlemeye ilişkin hükümler içermesi gerekmektedir. İzleme çözümden faydalanacak teşebbüsler tarafından yapılabileceği gibi üçüncü bir taraf aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, izleme mekanizmasının karmaşık şekilde tasarlanmaması, kolay uygulanabilmesi ve maliyetinin yüksek olmaması gerekmektedir (Duyuru, para.66).

Davranışsal çözümlere genel olarak atfedilen iki temel maliyet bulunmaktadır (Ezrachi 2006b, 2-3):

- Çözümün tasarlanması ile birleşen teşebbüsün davranışlarını izleme ve çözüme uygun eylemlerde bulunduğunu temin etmekten kaynaklanan doğrudan maliyetler,
- Birleşen teşebbüsün çözümün yazılı metnine uygun ancak ruhuna aykırı davranmaya çalışmasından kaynaklanan dolaylı maliyetler.

Bu çerçevede tasarım ve izleme aşamalarına ilişkin doğrudan ve dolaylı maliyetlerle bağlantılı sorunlar ile rekabet otoritelerine pazar düzenlemeye benzer görevler yüklenmesinden bahsedilecektir.

1.2.1. Tasarım Aşamasına İlişkin Sorunlar

Birleşme işlemine uygun bir davranışsal çözüm mekanizmasının kısa bir sürede tasarlanması gerektiğinden, rekabet otoriteleri pazarın nitelikleri hakkında detaylı bilgiye her zaman kolayca ulaşamayabilecektir. Böylece, tasarlanan çözüm rekabetçi sorunu gidermede yeterli olmayabilecek veya gereğinden fazla müdahale içerebilecektir (Ezrachi 2006b, 4-7)²³. Ek olarak, taraflar arasındaki bilgi asimetrisi birleşik teşebbüse çözümün metnine uygun, ancak ruhuna uygun olmayan davranışlarda bulunma kabiliyeti

²³ Birleşme çözümleriyle pazarın birleşme öncesi yapısının korunması hedeflenmelidir. Bu nedenle, pazarı daha rekabetçi bir yapıya büründürülecek bir davranışsal çözüm de birtakım sorunlar doğurabilecektir. Örneğin, gereğinden fazla çözüm alınması teşebbüsü daha kırılğan bir yapıya dönüştürebilecektir (Ezrachi 2006a, 464).

verebilecektir. Örneğin fiyat kontrolü getirilen bir teşebbüs, karlılığını ençoklaştırmak için, ürünün kalitesini düşürebilecektir. Daha karmaşık bir yapıya sahip çözüm bile, teşebbüslerin doğal olarak sektör ve işleyişi hakkında daha fazla bilgi sahibi olması nedeniyle kolaylıkla suistimal edilebilecektir.

Bununla birlikte pazara doğrudan müdahalede bulunan davranışsal çözümlerin uzun süreli uygulanması halinde bu çözümler, rekabetin yapısını bozabilecek ve yeni oyunculara pazara giriş engelleri, potansiyel rekabet, karlılık gibi konularda yanlış sinyaller verebilecektir²⁴. Benzer bir şekilde birleşen teşebbüsle üçüncü taraflar arasında işbirliği gerektiren bir davranışsal çözüm, tarafların rekabeti engelleyici şekilde anlaşmalarını da kolaylaştırabilecektir (Ezrachi 2006b, 3).

Uygulanacak çözüm önerisi belirli bir kaynağa erişimi içeriyorsa erişimin hangi şartlarda sağlanacağı, erişimin bedelinin ne olacağı gibi konuların belirlenmesi hem teşebbüsler hem de rekabet otoriteleri için kolay olmayacaktır²⁵. Bunun yanında, erişim çözümünün fiyat ve koşullarının nasıl olacağına yönelik olarak rekabetçi birtakım kıyaslamalar (*benchmark*) belirlenerek sorunun üstesinden gelmek mümkün olabilecektir. Örneğin, ilgili fiyatların belirlenmesinde birleşme öncesindeki fiyat ve koşulların düzeyi veya ilgili ürüne oldukça benzer ürünlerin fiyat ve koşulları temel alınabilir (McFarland 2011, 45). Erişimin içeriğinin belirlenmesinde oluşabilecek riskleri önleme adına içeriğin gelecekteki muhtemel gelişmeleri de içermesine dikkat edilmelidir. Özellikle sık değişen pazarlarda erişim çözümlerinin uygulanması, değişikliklere uyarlanamadığı sürece etkisiz olabilecektir (CMA Çalışma, 17, 138).

Davranışsal çözümlere ilişkin bir diğer sorun ne kadar süreyle uygulanacağını belirlenmesidir. Çözümde pazarın ihtiyacı kalmayacak kadar değişmesine imkân verene dek sürmesi beklenmekle birlikte bunun ne kadar sürede gerçekleşeceği belirleyebilmek oldukça zor, hatta kimi zaman imkânsızdır. Yeterli süre uygulanamaması çözümü etkisiz kılabilir. Nitekim Kanada rekabet otoritesinin çalışmasında “*pazarda çözümün sona ermesinden evvel yapısal bir değişiklik olmadığı müddetçe, birleşen teşebbüsün*

²⁴ Fiyat kontrolleri (özellikle fiyat tavanı) bu yönde problem yaratabilecektir (Ezrachi 2006a, 474).

²⁵ RGM (2005, 165)’de erişim çözümlerinde başarısızlığın ana nedeni olarak erişime ilişkin koşulların izlemenin içerdiği zorluklar gösterilmiştir.

pazar gücünü kullanmasının önünde hiçbir engel yoktur” denilmektedir²⁶. Öte yandan, çözüm için uzun bir süre belirlenmesi de bazı riskleri beraberinde getirmektedir. Çözümün uygulanacağı süre zarfında pazarda birleşme zamanında öngörülemezlikler meydana gelebilir ve oluşan yeni yapı çözümü etkisiz kılabilir. Örneğin Komisyon’un yaptığı çalışmada altyapıya erişim çözümü içeren beş karar incelenmiş, içinde ilgili pazarın birleşme zamanında beklenenden çok farklı bir gelişme sergilediği anlaşılmıştır (RGM 2005, 115). Dolayısıyla çözüm gereksiz kalmıştır. Pazarda gerçekleşen değişiklikler, aynı zamanda, erişimin sağlanmasında birleşme öncesi kıyaslamaların temel alındığı çözüm tasarımlarında da problem teşkil etmektedir. Zaman geçtikçe ve pazar değiştikçe, temel alınan geçmiş veriler rekabetçi fiyatın ne olacağını tahmin etmede kullanışsız kalabilirler (McFarland 2011, 48-49).

Ayrıca, davranışsal çözümlerin yapısal çözümler gibi kalıcı etki yaratamayıp sınırlı bir süre uygulanabilmesi bazı durumlarda sorun yaratabilmektedir. Özellikle durgun pazarlarda davranışsal çözümün geçerli olduğu sürenin sona ermesinin ardından, birleşmenin zararlı etkilerinin gerçekleşebileceği göz önünde bulundurulmalıdır (Paas 2006, 215).

1.2.2. İzleme Aşamasına İlişkin Sorunlar

Davranışsal çözümün uygulanıp uygulanmadığının devamlı izlenme gerekliliği de rekabet otoriteleri için önemli bir maliyet kaynağı olabilecektir. Ancak pazarda hâlihazırda denetleyici bir kurum varsa veya pazardaki rakipler veya müşteriler çözümün denetimini kendileri gerçekleştirme konusunda isteklilerse, çözümün denetimi sorun olmayabilecektir (Weiser 2008, 32; Varol 2009, 5). Bununla birlikte rekabet otoriteleri ile denetleyici ve düzenleyici otoriteler arasında kimi zaman anlaşmazlıklar doğabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır (Kwoka ve Moss 2012, 1005).

Çözümüne tahkim şartının eklenmesi izleme maliyetlerini azaltabilecektir (Paas 2006, 215)²⁷. Duyuru’ya (para.66) göre de çözümlerin uygulanmasında tahkim mekanizmasına yer verilebilmektedir. Çözümlere aykırı davranışlar, tahkim uygulamasıyla desteklendiği takdirde üçüncü kişiler tarafından daha rahat tespit edilebilecektir (Uluç 2012, 62).

²⁶ CCB Birleşme Çözümleri Çalışması (*Merger Remedies Study*) (2011, 8).

²⁷ Birleşme kontrolünde tahkim müessesesinin rolüne ilişkin bkz. Uluç (2012, 30-41).

Bununla birlikte, ne kadar iyi tasarlanırsa tasarlansın, çözümlerin tam olarak izlenmesi her zaman mümkün olmayabilecektir. Örneğin güvenlik duvarı çözümlerinde yayılması istenmeyen bilginin tam olarak nasıl engelleneceği konusu beraberinde birtakım şüpheleri getirmektedir. Motta vd. (2007, 624)'na göre güvenlik duvarı ile aynı bütünlük içinde bulunan iki teşebbüs arasında herhangi bir iletişim olmayacağı veya olduysa bile suistimal edilmeyeceği kesin olarak sağlanamayabilecektir²⁸. Benzer bir şekilde Komisyon da güvenlik duvarlarının fiilen izlenmesinin neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmektedir (OECD 2011, 237).

1.2.3. Pazarı Düzenleme Sonucu Doğurması

Rekabet otoriteleri ile sektörel düzenleyici otoriteler arasındaki uygulama farklılıklarına net bir sınır çizmek her zaman mümkün olmamaktadır (Motta vd. 2007, 626). Genel olarak iki otorite arasında müdahalenin zamanlaması, müdahalenin sıklığı ve şekli bakımından farklılıkların bulunduğu söylenebilir²⁹. Rey (2002, 91-101)'e göre rekabet otoriteleri genelde teşebbüslerin hukuka aykırı hareketlerini kontrol etme ile sınırlıyken, düzenleyici otoriteler teşebbüslerin davranışlarını kontrol etmede (yatırım kararları, çıktı miktarı gibi) daha geniş bir yetkiye sahiptir. Bunun yanında, pazara giriş şartları, faaliyet gösterebilecek teşebbüs sayısı gibi hususları belirleyerek pazarın yapısını da etkileyebilmektedir. Ayrıca, rekabet otoriteleri genellikle *ex-post* ve başvuru veya gereklilik üzerine müdahalede bulunurken, düzenleyiciler sürekli nitelik taşıyan *ex-ante* müdahalelerde bulunmaktadır. Son olarak, rekabet otoriteleri kural olarak tüm sektörlerde müdahale edebilirken, düzenleyiciler belirli bir sektör ile devamlı bir ilişki içerisinde. Bu da düzenleyici otoritelerin belirli bir sektör hakkında daha fazla deneyim ve bilgi sahibi olmasını sağlamaktadır. Ancak Motta vd. (2007, 626-629)'a göre bu ayrımlar bazı uygulamalar bakımından belirsiz olabilmektedir.

Birleşme kontrolünün bu belirsiz alanlardan biri olduğunu söylemek mümkündür. Zira rekabet otoriteleri birleşmeleri *ex-ante* değerlendirmekte ve neticede pazarın yapısını etkilemektedir. Birleşme çözümleri ise müdahalenin düzenleyici niteliğini daha belirgin kılmaktadır (Motta vd. 2007, 627). Keza yapısal çözümlerle pazarın yapısına;

²⁸ Örneğin teşebbüs çalışanlarının öğle yemeğinde buluşmasını veya konuşmalarını kontrol etmek mümkün değildir.

²⁹ Rekabet ve düzenleme politikaları ile rekabet ve düzenleyici otoriteler arasındaki ilişkiler, benzerlikler, farklılıklar hakkında bkz. Carlton ve Picker (2007), Shelanski (2011), Sarıççek (2012).

davranışsal çözümlerle de, sektörel düzenlemelerde olduğu gibi, teşebbüslerin pazardaki davranışlarına müdahalede bulunmaktadır.

Kwoka ve Moss (2012, 997)'a göre davranışsal çözümlerin uygulaması, hedefleri ve yöntemleri büyük ölçüde geleneksel sektör düzenlemelerine benzemektedir. Geleneksel sektör düzenlemelerinin kaynağını pazar gücüne sahip karını ençoklaştırmaya çalışan teşebbüsün davranışlarının, hem iktisadi hem de sosyal olarak daha etkin sonuçlar yaratabilmek adına, bazı kurallar ve idari gözlem altında etkili biçimde kısıtlanabileceği yönündeki inanç oluşturmaktadır. Rekabet uygulamalarındaki davranışsal çözümlerin de benzer varsayımları, hedefleri ve yöntemleri bulunmaktadır. Hatta DOJ'un 2004 tarihli Birleşme Çözümleri Rehberi'nde "davranışsal çözüm aslında birleşik teşebbüsün işlem sonrası davranışlarını kontrol etmekte ve *düzenlemektedir.*" denilmektedir³⁰. Davranışsal çözümlerin yoğun olarak kullanılması, müdahaleciliği ve devamlı izleme gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, rekabet otoritelerinin pazarda sektörel düzenleyici gibi rol almasına yol açabilecektir³¹.

Özellikle ABD'de son dönemde kullanılan davranışsal çözümlerin kapsamı, müdahaleciliği ve devamlı izleme gerekliliği, çözümlerin uygulanabilirliği ve etkinliği bakımından birtakım şüphelere yol açmakta ve bu şüpheler geleneksel sektör düzenlemelerinden doğan endişelerle önemli oranda örtüşmektedir³² (Kwoka ve Moss 2012, 997-1004). Buna göre hem rekabet otoritesi hem de sektörel düzenleyici pazardaki teşebbüslere göre kaçınılmaz olarak daha az bilgi sahibi olduğundan teşebbüslerin davranışlarının etkilerini değerlendirmede başarısız olabilecektir. Bunun yanında her iki otorite için de kısıtlanacak davranışın kapsamını belirlemek oldukça karmaşık olabilmektedir. Ayrıca otoritelerin teşebbüslerle aynı amacı paylaşmaması nedeniyle teşebbüs kısıtlanan davranıştan kaçınma eğilimine girebilmektedir. Son olarak, pazarların değişken yapısı gerek sektörel düzenleyici gerek rekabet otoritesi tarafından kısıtlanan davranışları gereksiz kılabilmekte; kısıtlanan davranışların pazar değişimlerine uyarlanarak sürekli değişmesi ise pazarda belirsizlik yaratabilmektedir.

³⁰ "Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies" (DOJ 2004 Rehberi), s.7.

³¹ Bu da beraberinde rekabet otoritelerinin böyle bir görevinin veya amacının olması gerekip gerekmediği sorusunu getirecektir. Ancak tartışılmaya değer bu soruya yanıt aramanın bu tezin amacının ve kapsamının dışında kaldığı düşünüldüğünden daha fazla ayrıntıya girilmemiştir.

³² Sektörel düzenlemenin piyasalara etkileri hakkında literatürde tam bir görüş birliğinin olduğundan bahsetmek güç olup konu ile görüşlerin ayrıntılı biçimde özetlendiği kaynak için bkz. Oğuz (2011). Ayrıca bkz. Viscusi vd. (2005).

BÖLÜM 2

DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN AB, ABD VE BK UYGULAMASI

Bu bölümde AB, ABD ve BK'nin birleşmelere yönelik mevzuatları çerçevesinde davranışsal çözümlere ilişkin uygulamaları anlatılmaktadır. Bölümün ilk kısmında AB, ikinci kısmında ABD, üçüncü kısmında BK uygulamasına yer verilecek ve son olarak üç ülke uygulaması karşılaştırılacaktır.

2.1. AB UYGULAMASI

Birleşme Tüzüğü'nün 6(2) ve 8(2) maddelerinde Komisyon'un birleşmelere koşullu izin verebileceği düzenlenmektedir³³. Birleşme Tüzüğü'nde kabul edilebilir çözümlerin özellikleri hakkında detaylı bilgi verilmemekte (Ezrachi 2006a, 466), genel olarak çözümlerin rekabetçi endişeleri tamamen ortadan kaldırılabir nitelikte ve orantılı olması gerektiği ifade edilmektedir³⁴.

2.1.1. Duyuru'da Yer Alan Hususlar

Duyuru'da kabul edilebilir birleşme çözümlerinin içermesi gereken genel özellikleri arasında rekabetçi endişeleri tamamen ortadan kaldırması, kapsamlı ve etkin, kısa sürede uygulanabilir³⁵ ve izlenebilir/denetlenebilir olması³⁶ sayılmaktadır.

Duyuru'da çözüm türleri arasında ayırıştırma, diğer yapısal çözümler ve birleşen teşebbüsün gelecek davranışlarına yönelik çözümler olarak genel bir sınıflandırma

³³ 6(2). maddeye göre ilk aşamada, 8(2). maddeye göre ikinci aşamada koşullu izin verilebilmektedir.

³⁴ Birleşme Tüzüğü, para.30.

³⁵ Duyuru, para.9.

³⁶ A.g.k., para.13-14.

yapılabileceği belirtilmiştir. Duyuru'ya göre ayırıştırma, birleşmeden doğan yatay endişeleri gidermede en iyi yöntem olmasının yanı sıra, dikey veya konglomera endişeleri gidermede de en iyi araç olabilecektir. Diğer yapısal çözümler, ayırıştırma kadar etkin olabildiği takdirde, her türde rekabetçi endişeyi giderebilecektir³⁷.

Öte yandan, Duyuru'da davranışsal çözümler tek başına yeterli görülmemekle birlikte tamamen reddedilmemektedir. Nitekim davranışsal çözümlerin konglomera endişeleri giderme gibi oldukça nadir durumlarda kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Fiyat yükseltmeme, ürün gamını azaltma/artırma gibi taahhütler yatay endişeleri gidermede genellikle yeterli olmayacaktır. Bu tür çözümler her durumda çözümün uygulanabilirliği ve izlenebilirliğinden tamamen emin olduğu ve rekabet üzerinde bozucu etki yaratma riski bulunmadığı takdirde³⁸ kabul edilebilecektir³⁹. Bunun yanında, davranışsal çözümlerin çeşitliliği göz önünde bulundurularak türleri ve nasıl uygulanacağı detaylı olarak düzenlenmemiştir.

Duyuru'da davranışsal çözümlerin izlenmesi için denetleyici uzman ve tahkim mekanizmasının kullanılabilmesi belirtilmektedir. Bu tür çözümler için denetleyici uzmanın görevleri sayılmasa da, ayırıştırma için bahsedilen uygulama prensiplerinin diğer çözümlere de uygulanacağı belirtildiğinden⁴⁰, ayırıştırma uzmanı ile kıyas yapılabilecektir. Bu bakımdan denetleyici uzmanın temel görevinin çözümlerin izlenmesi için gerekli bilgi ve belgeye ulaşım düzenli aralıklarla raporlama yapılması olduğu söylenebilir⁴¹.

2.1.2. Komisyon'un Çözüm Tercihi

Komisyon esas olarak, Duyuru'da görüldüğü üzere, yapısal çözümleri tercih etmektedir (Jones ve Sufirin 2014, 1247; Faull ve Nikpay 2014, 754; Kokkoris ve Shelanski 2014, 535). Bu tercihte, yapısal çözümlerin bir kere uygulandığında pazarda doğrudan ve kalıcı etki yaratmakta olup devamlı bir izleme/denetim maliyeti

³⁷ A.g.k., para.17.

³⁸ Örneğin belirli fiyatlama davranışını içeren çözümler (fiyat tavanı gibi) rakipler arasında fiyatların uyumlaştırılmasına yol açabilir.

³⁹ A.g.k., para.17.

⁴⁰ A.g.k., para.129.

⁴¹ İşlem özelinde denetleyici uzmanın nitelikleri ve görevleri değişebilecektir.

bulunmaması gibi tasarım ve uygulama üstünlüğü etkili olmaktadır (Papon 2009, 37; OECD 2011, 234).

Öte yandan, Genel Mahkeme'nin çözümlere ilişkin yaklaşımı Komisyon'dan biraz farklılaşmaktadır. Sunulan çözümün salt davranışsal olması nedeniyle Komisyon tarafından reddedilmesi üzerine görülen *Gencor vs. Commission* davasında Genel Mahkeme çözümlere ilişkin yapısal ve davranışsal ayrımının önemsiz olduğunu vurgulamıştır⁴². Bu bakımdan uygulanacak birleşme çözümünün belirlenmesinde çözümün yapısal veya davranışsal olup olmadığından ziyade yeterli ve etkin olup olmadığına ihtiyaç duyulduğu söylenebilir (Went 2006, 475; Papon 2009, 37; Wang ve Rudango 2012, 563).

Komisyon her ne kadar yapısal çözümlerin tercih edilirliğine vurgu yapsa da, 2000-2010 yılları arasını kapsayan bir çalışma⁴³ davranışsal çözümlerin toplam çözümler içerisindeki payının göz ardı edilmeyecek düzeyde olduğunu göstermektedir. Çalışmaya göre davranışsal çözümlerin toplam çözümler içerisindeki payı 2000-2005 yılları arasında neredeyse yarıyken, 2007 yılından itibaren hızla gerileyerek yaklaşık %15'e inmiştir. Davranışsal çözümler, dikey veya dikeyle birlikte yatay endişelerin olduğu birleşmelerde daha sık görülmektedir⁴⁴.

Duyuru'da birleşme çözümlerinin olay bazlı değerlendirileceği belirtilmekte⁴⁵ ancak hangi tür rekabetçi endişelerin ne tür çözümlerle bertaraf edilebileceği konusunda yeterli bilgi bulunmamaktadır⁴⁶. Wang ve Rudanko (2012) tarafından yapılan çalışmada Komisyon'un 1990-2008 yılları arasında aldığı 87 birleşme kararı incelenmiş; rekabetçi endişelerle çözüm türleri arasındaki ilişki araştırılmıştır⁴⁷. Çalışmaya göre ilgili dönemde kararlarda ele alınan rekabetçi endişelerin %75'i yapısal nitelikteki birleşme çözümleri

⁴² Case T-102/96 *Gencor vs. Commission* (1999) ECR II-753, para.319. Kararda ayrımın önemsiz olduğu belirtilmekle birlikte, yapısal çözümlerin hâkim durumun güçlenmesi veya ortaya çıkmasını tek seferde ve kalıcı olarak veya en azından belli süreliğine engellediği ve buna ilaveten uzun dönem izleme gerektirmediği için, Birleşme Tüzüğü'nün amacı itibarıyla kural olarak tercih edilmesinin doğru olduğu ifade edilmiştir. Benzer bir yaklaşım için bkz. Case C-12/03 *Commission vs. Tetra Laval* (2005), para.79-89.

⁴³ Menezes, J. ve Frot, E. (2012).

⁴⁴ A.g.k., para.7, 13.

⁴⁵ Duyuru, para.16.

⁴⁶ Wang ve Rudanko (2012, 557).

⁴⁷ Çalışmada rekabetçi endişeler yatay tek taraflı, yatay koordinasyon doğurucu, dikey ve konglomera etkiler olarak dört gruba ayrılmış, çözüm türleri ise RGM (2005)'e benzer şekilde sınıflandırılmıştır.

ile giderilmiştir. Yatay tek taraflı etkilerden doğan endişelerin %77'si yapısal çözümle giderilirken, yatay koordinasyon doğrucu etkileri gidermede yapısal çözümlerin ağırlığı %60'a düşmektedir⁴⁸. Tamamen dikey etkilerden doğan endişelerin bulunduğu birleşmelerde ise yapısal çözümlerin ağırlığı %40'a inerken davranışsal çözümlerin ağırlığı %60'a çıkmaktadır. Bu tür birleşmelerde erişim çözümleri ve arz taahhütleri içeren çözümler en sık rastlanılan davranışsal çözümlerdir⁴⁹. Çalışmada konglomera etkilerden doğan endişeleri gidermede kabul edilen çözümlere ilişkin güvenilir sonuçlara ulaşılamamıştır⁵⁰. Sonuç olarak çalışmada, yatay endişelerin olduğu birleşmelerde Komisyon'un davranışsal çözümleri az benimsediği, bununla birlikte tamamen dikey endişelerin bulunduğu birleşmelerde davranışsal çözümlerin kullanılmasının daha muhtemel olduğu belirtilmektedir. Çalışmanın sonuçlarının Duyuru'da yer alan ayırıştırmanın (yapısal çözümün) tüm rekabetçi endişeleri gidermede en etkili araç olduğunun ve davranışsal çözümlerin nadiren kabul edilebileceğine yönelik ifadeleriyle⁵¹ aynı doğrultuda olduğunu söylemek mümkündür.

2.1.3. Erişim/Lisanslama Çözümleri

Daha önce değinildiği üzere, erişim çözümüyle giriş engelini azaltılması pazara yeni bir teşebbüsün kesin olarak gireceği anlamına gelmediği için, çözümle birlikte pazara gerçekten bir girişin muhtemel olacağı ve rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin ortadan kalkacağı açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir (Faull ve Nikpay 2014, 780; Ezrachi 2006a, 472). Örneğin son dönemde alınan *Olympic/Aegean Airlines*⁵² kararında işlem taraflarının Yunan havaalanlarındaki bazı kalabalık/sıkışık olmayan slotlara erişim hakkı tanınmasına ilişkin çözüm önerisi, muhtemel, yeterli ve zamanlı pazara girişe neden olmayacağı sonucuna ulaşıldığından Komisyon tarafından reddedilmiştir. Girişin muhtemel ve yeterli olmayacağı değerlendirmesinde, rakip havayolu taşıyıcılarının erişimine açılması önerilen slotların, havaalanlarında hâlihazırda yeterli slot olması nedeniyle yeterince avantaj sağlamayacağı yönündeki

⁴⁸ Petit (2010) de çalışmasında benzer bir sonuca ulaşmıştır.

⁴⁹ İki çözümün toplam oranı %54'tür.

⁵⁰ İncelenen kararlardaki bu tür endişelerin tümünün yatay tek taraflı etkilerden doğan endişelerle doğrudan ilişkili olması nedeniyle ulaşılan sonuçlar güvenilir değildir.

⁵¹ Duyuru, para.17.

⁵² COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* (2011).

görüşleri göz önünde bulundurulmuştur⁵³. Girişin zamanlı olup olmayacağıın değerlendirilmesindeyse birkaç küçük ölçekli havayolu taşıyıcısı dışında gelecek iki yıl içerisinde herhangi bir teşebbüsün etkilenen rotalara giriş planının olmaması dikkate alınmıştır⁵⁴.

Erişim çözümlerinin nasıl ve ne kadar süre uygulanacağı çözümün etkinliği bakımından önem arz etmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, erişim çözümünün uygulama koşulları belirlenirken birleşme öncesi şartlarla kıyaslama yapılabilmektedir. Örneğin *NewsCorp/Premiere*⁵⁵ kararında Komisyon, üçüncü tarafların uydu altyapısına erişiminin mevcut sözleşme şartlarında sağlanmasını işlemden kaynaklanan endişeleri gidermede yeterli görmüştür. Buna ilaveten, erişim koşullarının belirlenmesinde birleşik teşebbüsün alt/üst pazarda faaliyet gösteren kendi bünyesindeki teşebbüse sunduğu şartlar da temel alınabilmektedir. Örneğin mobil cihazlarda ödeme sistemlerinin geliştirilmesine yönelik ortak girişim kurulmasını konu edinen *ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto*⁵⁶ kararında tarafların ortak girişimin rakiplerine ARM'nin mevcut ve gelecekteki yazılımına erişim sağlanırken ortak girişim ile aynı şartlarda sunulmasını içeren çözümü yeterli görülmüştür.

Enerji⁵⁷, ulaşım⁵⁸, telekom⁵⁹ gibi altyapıya erişimin teşebbüslerin faaliyet gösterebilmeleri bakımından önemli olduğu pazarlarda erişim çözümleri pazara giriş engellerini azaltabildiği için Komisyon tarafından benimsenebilmektedir (Paas 2006, 210)⁶⁰. Örneğin iki mobil şebeke operatörünün birleşmesini konu alan *Hutchison3G/*

⁵³ A.g.k., para.2159-2165.

⁵⁴ A.g.k., para.2228.

⁵⁵ COMP/M.5121 *NewsCorp/Premiere* (2008), para.123-129.

⁵⁶ COMP/M.6564 *ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto* (2012), para.210-212.

⁵⁷ Örn. COMP/M.1853 *EDF/EnBW* (2001); COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz* (2003), COMP/M.2434 *Grupo VillarMir/EnBW/HidroelectricadelCantabrico* (2001), COMP/M.2684 *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico* (2002), COMP/M.4180 *Gaz de France/Suez* (2006).

⁵⁸ Örn. slot erişimi içeren COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airline* (2008), COMP/M.3280 *Air France/KLM* (2004), COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss* (2005) ve demiryolu istasyonlarına, park/bakım gibi servis alanlarına erişimi içeren COMP/M.5655 *SNCF/LCR/Eurostar* (2010).

⁵⁹ Örn. COMP/M.1795 *Vodafone Airtouch/Mannesmann* (2000), COMP/M.6497 *Hutchison3G/Orange* (2012).

⁶⁰ Almanya, Fransa, İtalya, Birleşik Krallık, İspanya ve Hollanda ülkelerini temel alan bir çalışmaya göre toptan ve perakende satış yapılan geleneksel sektörlerde (*wholesale and retail sector*) tamamen yapısal çözümlerin oranı %63 iken bilgi ve iletişim sektörlerinde (*information and communication*) %26'ya düşmektedir (Hoehn vd. 2009b, 260).

*Orange*⁶¹ kararında hâlihazırda yoğun bir pazar olan telekom hizmetleri pazarında sanal mobil şebeke operatörlerinin altyapı imkânlarına erişimine ilişkin endişelerin giderilebilmesi adına Hutchison3G'nin şebeke kapasitesinin %30'una kadarı, 10 yıl boyunca, sanal şebeke operatörlerinin erişimine açılmasına karar verilmiştir⁶². Erişimin nasıl sağlanacağı çözüm paketinde ayrıntılı biçimde detaylandırılmış⁶³; fiyatların herhangi şarta bağlanmayıp çözümde yer alan tarifeler üzerinden uygulanacağı belirtilmiştir.

2.1.4. Belirli Tip Sözleşmeleri Yapmayı, Düzenlemeyi veya İptal Etmeyi İçeren Çözümler

Bazı birleşmelerde işleminden kaynaklanan rekabetçi endişelerin giderilmesi için sözleşme koşullarında değişikliğe gidilebilmektedir. *T-Mobile/Orange*⁶⁴ kararı buna örnek gösterilebilir. Komisyon'a göre, T-Mobile'in rakip bir sanal mobil operatör ile olan erişim sözleşmesinin işlem sonrasında iptal edilme olasılığı rekabetçi endişe yaratmaktadır. Zira böyle bir durumda pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı işlem neticesinde beşten dörde düşmesi gerekirken üçe inecektir. Bunun üzerine çözüm kapsamında, tarafların sanal mobil operatörle olan erişim sözleşmelerinin erken fesih şartları yeniden düzenlenmiş⁶⁵ ve Komisyon'a göre erken fesih haklarının iptal edilmesi sanal mobil operatör için güvenli liman sağlamıştır⁶⁶.

Bazı durumlarda ise, işlem taraflarından birinin üst pazardaki teşebbüs ile münhasıran sözleşmesinin bulunması, birleşik teşebbüsün alt pazardaki konumunu güçlendirebilecektir. Çeşitli madenlerin ticaretini yapan teşebbüslerin birleşmesini konu alan *Glencore/Xstrata*⁶⁷ kararında bu durumla karşılaşılmıştır. İşlemden kaynaklanan endişelerin giderilmesi adına tarafların Avrupa'nın en büyük çinko üreticisi Nystar ile olan uzun dönemli münhasır anlaşmasının sonlandırılmasını, 10 yıl süreyle doğrudan veya dolaylı olarak Nystar'dan çinko alınmamasını ve Nystar'ın Glencore ile rekabet etmesini engelleyecek herhangi bir davranışta bulunmamasını içeren çözüm kabul

⁶¹ bknz. Dipnot.59.

⁶² A.g.k., para.523. Çözüm bir kısım radyo spektrumunun ayrıştırılmasını da içermektedir.

⁶³ A.g.k., s.152-160.

⁶⁴ COMP/M.5650 *T-Mobile/Orange* (2010).

⁶⁵ A.g.k., para.206. Sözleşmenin süresi ticari sır olarak değerlendirilmiştir.

⁶⁶ A.g.k., para.211. Çözüm bazı spektrum alanlarının ayrıştırılmasını da içermektedir.

⁶⁷ COMP/M.6541 *Glencore/Xstrata* (2012).

edilmiştir⁶⁸. Komisyon'a göre birleşik teşebbüs ile Nystar'ın 10 yıl süreyle birbiriyle münhasıran sözleşme yapmayacak olması birleşik teşebbüsün pazar gücünü doğrudan azaltacak; böylelikle pazarda ayrıştırma gibi etki yaratacaktır⁶⁹.

2.1.5. Güvenlik Duvarı Çözümleri

Güvenlik duvarı çözümleri genellikle tek başına kullanılmamakta, diğer çözümlere yardımcı olarak kullanılmaktadır⁷⁰ (Paas 2006, 213). Bu türden bir çözüm Areva ve Urenco'nun ETC adlı bir ortak girişim kurmasına ilişkin *Areva/Utenco/ETC*⁷¹ kararında benimsenmiştir. Komisyon Areva ve Urenco'nun zenginleştirilmiş uranyum pazarında birlikte hâkim duruma geleceğinden ve ETC'deki ortak kontrolleri vasıtasıyla zenginleştirilmiş uranyum tedarikini koordine edebilecekleri sonucuna ulaşmıştır. Bunun üzerine taraflar gelecekte kapasite artışı yapılmasına ilişkin haklarından vazgeçmiş, ayrıca ETC ile aralarında hassas bilgi akışını engellemek amacıyla güvenlik duvarı kurulmasını kabul etmiştir. Bilgi akışının engellenmesi için taraflar ayrıca ETC'nin günlük işlerine katılmayacaklarını ve ETC'nin tamamen bağımsız idare yapısının olacağını ifade etmiştir⁷². Güvenlik duvarı ortak girişim var olduğu sürece devam edecektir⁷³.

2.1.6. Diğer Davranışsal Çözümler

Komisyon oldukça istisnai durumlarda birleşik teşebbüsün bazı davranışlarda bulunmasını veya bulunmamasını işlemden kaynaklanan rekabetçi endişeleri gidermede çözüm olarak kabul edebilmektedir (Faull ve Nikpay 2014, 782). Örneğin *Deutsche Bahn/EWS*⁷⁴ kararında işlem neticesinde Deutsche Bahn'ın Fransa'da demiryolu yük taşımacılığı pazarına yeni giren EWS kadar rekabet etme güdüsü olmayabileceği

⁶⁸ A.g.k., para.520-521. Çözüm işlem taraflarının Nystar'daki hisselerinin devredilmesini de içermektedir.

⁶⁹ A.g.k., para.528. Uzun dönemli sözleşmelerin sonlandırılmasını içeren başka örnekler için bkz. COMP/M.2822 *ENBW/ENI/GVS* (2002), COMP/M.3658 *Orkla/Chips* (2005), COMP/M.3779 *Pernord Richard/AlliedDomecq* (2005), COMP/M.7220 *Chiquita Brands/Fyffes* (2014). Sözleşme yapılmasını öngören örnekler için bkz. COMP/M.3868 *DONG/Elsam/EnergiE2* (2006), COMP/M.7353 *Airbus/Safran/JV* (2014), tedarik anlaşmasının ayrıştırmaya yardımcı olarak kullanıldığı COMP/M.7115 *Kuraray/GLSV* (2014).

⁷⁰ Örn. COMP/M.2268 *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits* (2001), COMP/M.6844 *GE/Avio* (2013).

⁷¹ COMP/M.3099 *Areva/Utenco/ETC* (2006).

⁷² A.g.k., para.229-232. Güvenlik duvarının oluşturulmasına ilişkin detaylar için a.g.k., s.63-65.

⁷³ A.g.k., s.57.

⁷⁴ COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS* (2007).

değerlendirilmiştir. İşlemden kaynaklanan endişelerin giderilmesi adına Deutsche Bahn'ın beş yıl boyunca EWS'nin Fransa'daki yatırım planlarını sürdürmesini ve potansiyel rakiplerin personel eğitimlerinin sağlanmasını içeren çözüm paketi yeterli görülmüştür⁷⁵. *AirFrance/KLM* kararında⁷⁶ ise işlem taraflarının Paris-Amsterdam hattında yapacağı her indirimi, aynı oranda pazar güçlerinin olduğu Lyon-Amsterdam hattında da yapmasını içeren çözüm kabul edilmiştir⁷⁷.

Daha önce belirtildiği üzere, Komisyon konglomera birleşmelerde yapısal çözümler yerine davranışsal çözümleri tercih edebilmektedir. *Intel/McAfee*⁷⁸ kararında birleşme işleminin konglomera etkileri değerlendirilmiş⁷⁹; doğan endişelerin giderilebilmesi adına McAfee'nin rakiplerinin Intel'in işlemcileri hakkında gerekli tüm teknik bilgiye zamanında ve sürekli ulaşabilmesini, rakiplerin işlemcilerin tüm fonksiyonlarını McAfee'nin kullandığı gibi kullanabilmesini ve rakip güvenlik yazılımlarının Intel işlemcileriyle uyumlu çalışmasını herhangi bir şekilde engellememesini içeren çözüm paketi kabul edilmiştir⁸⁰.

Bunun yanında, *Cisco/Tandberg*⁸¹ kararı Komisyon'un benzer rekabetçi sorunlara pazar yapılarına göre nasıl farklı çözümler getirdiğini ortaya koyabilecek niteliktedir (OECD 2011, 237-238). Yatay nitelikli *Cisco/Tandberg* kararında video-konferans çözümleri pazarında gerçekleşen işleme ilişkin rekabetçi sorun temel olarak, *Intel/McAfee* kararına benzer şekilde, birlikte işlerlik konusu olup birleşik teşebbüs kendi teknolojisini standart olarak dayatarak giriş engeli yaratabilecektir. Buna karşın kararda çok daha karmaşık bir çözüm benimsenmiş olup Cisco'nun sahibi olduğu lisansı bağımsız ayrı bir yapıya devretmesini ve rakiplerin protokole erişiminin sağlanmasını içeren çözümlerle işleme izin verilmiştir⁸². Özünde benzer rekabetçi endişeyi ele alan söz konusu

⁷⁵ A.g.k., para.113.

⁷⁶ COMP/M.3280 *AirFrance/KLM* (2004), 34.

⁷⁷ Ezrachi (2006a, 474)'ye göre ilgili çözüm, yıkıcı fiyatlamaya yönelik davranışın maliyetini iki hat arasındaki ilişki nedeniyle artırarak yıkıcı fiyatlamaya karşı koruma sağlamaktadır.

⁷⁸ COMP/M.5984 *Intel/McAfee* (2011).

⁷⁹ İşlemin Intel işlemcileriyle McAfee güvenlik yazılımları arasında teknik bağlamaya ve Intel işlemcileri ile diğer güvenlik yazılımları arasında birlikte işlerlik (*interoperability*) sorununa yol açabileceği belirtilmiştir (para.264-276).

⁸⁰ A.g.k., para.333-342.

⁸¹ COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg* (2010).

⁸² Klasik bir lisanslama çözümü ilgili teknolojiyi Cisco'nun kontrolü altında bırakacağından ve bu durumda Cisco protokolün geliştirilmesi konusunda yine kendi başına karar verebileceğinden dolayı tercih edilme-

iki karar Komisyon'un davranışsal çözümlere yaklaşımını bir parça ortaya koymaktadır. *Intel/McAfee* kararında kabul edilen çözümlerin bir bölümü klasik erişim çözümlerini içerirken bir bölümü tamamen birleşik teşebbüsün gelecekteki diğer davranışlarına yöneliktir. Söz konusu kararın konglomera niteliği, çözümün açık yükümlülükler içermesi ve denetleyici uzman yoluyla etkin izlenmesinin sağlanması Komisyon'un önerilen çözüm paketinin rekabetçi endişeleri giderdiği sonucuna ulaşmasını sağlamıştır. Buna karşın, yatay bir işlem olan *Cisco/Tandberg* kararında Komisyon tamamen yapısal bir çözüm tercih etmiştir. Bu iki karar kıyaslandığında Komisyon'un gelecekteki davranışlara yönelik çözümleri ancak rekabetçi endişenin gelecekteki davranışın kendisinden kaynaklandığı durumlarda (konglomera birleşmelerde olduğu gibi) kabul edebileceği ortaya çıkmaktadır (OECD 2011, 238-239).

2.1.7. AB'de Davranışsal Çözümlerin Etkisi

RGM (2005)'de birleşme çözümü içeren Komisyon kararlarının *ex-post* analizi yapılmaktadır. Çalışmada daha çok ayrıştırma içeren birleşme kararları incelenmiş olup bu tez kapsamında ele alınan birleşme çözümlerinden yalnızca erişim çözümlerine yer verilmiştir⁸³. Her ne kadar incelenen erişim çözümü içeren birleşme sayısının yalnızca beş olması istatistiksel olarak net çıkarımlar yapmayı engelse de çalışma neticesinde alınan erişim çözümlerinin ikisinin (%40) etkin, ikisinin (%40) kısmen etkin ve birinin (%20) etkisiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁸⁴. Çalışmada, erişim çözümlerinin sınırlı sayıda işlemde etkin olduğu belirtilmiştir⁸⁵.

Çalışmaya göre erişim çözümlerinin uygulanmasında karşılaşılan en önemli sorunlar erişim kapsamının ve şartlarının belirlenmesidir. Erişim çözümlerinin etkili olabilmesi için çalışmada, erişimin yeterli sayıda alıcıya sunulması; kullanım alanının yeterince geniş ve iyi tanımlanması; erişimi sağlayan teşebbüse erişimi alanın satış hacmi vb. gizli ticari bilgileri gibi rekabetçi avantajlar yaratmaması; erişim sağlayan ile alan arasında koordinasyona yol açacak nitelikte olmaması ve Komisyon'un işlem

miştir (OECD 2011, 237).

⁸³ Çalışmada ulaşılan sonuçların özeti için bkz. Varol (2009, 47-55).

⁸⁴ RGM (2005), 134-135.

⁸⁵ A.g.k., 120.

tarafına müdahalesini azaltacak tahkim hükümlerinin bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁸⁶.

2.2. ABD UYGULAMASI

ABD Clayton Kanunu 7. maddesi ve Sherman Kanunu 1. maddesi kapsamında birleşmeleri değerlendirmektedir. 1976 yılında Hart-Scott-Rodino Antitröst Geliştirme Kanununun kabul edilmesiyle antitröst kurumlarına bir birleşmeyi tamamlanmadan önce değerlendirme ve etkili bir çözüm bulabilme yetkisi verilmiştir (Varol 2009, 56).

ABD’de federal düzeyde birleşme incelemeleri FTC ve DOJ Antitröst Dairesi tarafından yürütülmektedir (Loftis ve Moskowitz 2004, 387). DOJ⁸⁷ ve FTC’nin⁸⁸, birbirinden ayrı olarak, birleşmelerden doğan rekabet karşıtı etkilere ilişkin getirilecek çözümlerin tasarlanmasına yol göstermek amacıyla birleşme çözümlerinin esasına ve uygulama usulüne yönelik rehberleri bulunmaktadır. FTC’nin birleşme çözümlerine ilişkin rehberinin yanında ayrıca uzlaşma hükümleri hakkında sıkça sorulan sorular başlıklı bir metni daha vardır⁸⁹.

FTC’nin birleşme çözümlerine ilişkin her iki metninde de daha çok birleşmelere uygulanacak yapısal çözümlere (özellikle ayırıştırma) dair yol gösterilmekte olup yapısal çözümlerin birçok birleşmede işlemin rekabet karşıtı etkilerini gidermede tercih edilecek çözüm türü olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, davranışsal çözümlere ilişkin yalnızca yapısal çözümün başarılı olmasında yardımcı olabileceği ve dikey birleşmelerin yaratabileceği rekabet karşıtı etkileri gidermede gerekli olabileceği yönünde ifadeler bulunmaktadır (FTC 2012, 5). Kılavuzda uygulanacak davranışsal çözümlerin içeriğine ve uygulanmasına yönelik detaylı bilgi bulunmamaktadır.

Bunun yanında, DOJ tarafından ilk defa 2004 yılında çıkarılan birleşme çözümlerine ilişkin rehber 2011 yılında, özellikle davranışsal çözümleri konu alan kısımları bakımından, önemli ölçüde değiştirilmiştir. DOJ yeni çözüm rehberi ile birleşme kontrolünde davranışsal çözümleri uygulama isteğini göstermiş ve davranışsal

⁸⁶ A.g.k., 120, 165.

⁸⁷ DOJ (2011) “*Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*”

⁸⁸ FTC (2012) “*Statement of the Federal Trade Commission’s Bureau of Competition on Negotiating of Merger Remedies*”

⁸⁹ FTC (2003) “*Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions*”.

çözümlere sefine göre daha olumlu bir yaklaşım sergilemiştir (Calsyn ve Bock 2010, 15-18). Başsavcı Yardımcısı Varney yeni rehberin, sayıları artan uluslararası birleşmelerin ve karmaşık dikey işlemlerin bulunduğu iktisadi ortamda, DOJ'in rekabetçi endişeleri giderecek etkin çözümü bulma konusunda daha hazır olmasını sağlayacağını belirtmiştir⁹⁰. Bu kısımda öncelikle DOJ tarafından çıkarılan rehberin davranışsal çözümler bakımından önceki rehberde göre farklılıklarına, ardından davranışsal çözümlerin ABD'deki uygulamasına ve *ex-post* etkisine yer verilecektir.

2.2.1. DOJ'in 2004 ve 2011 Rehberleri Arasında Davranışsal Çözümlere İlişkin Farklar

Yeni rehberde göze çarpan ilk farklılık, hangi tür çözümlerin DOJ tarafından daha tercih edilir olduğuna ilişkindir. 2004 Rehber'inde, yapısal çözümlerin tercih edileceğine⁹¹, davranışsal çözümlerin sadece bazı sınırlı durumlar için uygun olacağına⁹² doğrudan vurgu yapılırken; 2011 Rehber'inde bu tutum terk edilmiştir. Bunun yerine, “*Bazı durumlarda, rekabeti koruyacak en iyi seçenek yapısal çözüm olabilir. Bazı farklı durumlarda ise, davranışsal çözüm en iyi seçenek olabilir.*” ifadelerine yer verilmiştir (DOJ 2011 Rehberi, 4). 2011 Rehberi'nde ayrıca, yatay birleşmelerde yapısal çözümlerin *sıklıkla* rekabet ortamını etkili bir biçimde koruduğu, ayrıca dikey birleşmelerde de uygun olabileceği belirtilmiştir. Davranışsal çözümler ise dikey birleşmelere ilişkin rekabetçi sorunları çözmeye *sıklıkla* etkili olabilecektir. Buna ilaveten yeni rehberde, davranışsal çözümlerin, yapısal çözümlerle birlikte kullanıldığında, kimi zaman yatay birleşmelerde dahi etkili olabileceği vurgulanmıştır (DOJ 2011 Rehberi, 12). Bu bakımdan, yeni rehberde birleşme çözümlerine ilişkin güçlü bir yapısal çözüm vurgusundan, davranışsal

⁹⁰ 17.06.2011 tarihli basın duyurusu. <https://www.justice.gov/opa/pr/antitrust-division-issues-updated-merger-remedies-guide>. Bazı yazarlara göre bu yönde değişikliğe gidilmesinde Başkan Obama'nın seçim programında antitröst uygulamalarının tekrar canlandırılacağıın yer alması etkili olmuştur (Wilson ve Klovers 2014, 2; Shughart ve Thomas 2013, 2-4).

⁹¹ Rehberde iyi tasarlanmış bir yapısal çözümün rekabetin yeniden tesis edilmesinde basit, kesin ve uygulanması görece kolay bir araç olduğu ifade edilirken; davranışsal çözümlerin tasarımının daha zor olduğu, uygulama ve izleme maliyetinin daha fazla olduğu ve yapısal çözümlere göre daha kaçınılabilir olduğu dile getirilmiştir (DOJ 2004 Rehberi, 7-8).

⁹² Bu durumlara örnek olarak rehberde davranışsal çözümün yapısal çözüme yardımcı olarak veya geçiş dönemlerinde kullanılması, işlemin yasaklanması halinde önemli etkinliklerden vazgeçilecek olması ve yapısal çözümün uygulanabilir olmaması gösterilmiştir (DOJ 2004 Rehberi, 17-18). Rehberde ayrıca, birleşme işlemlerinde tek başına davranışsal çözümün kullanılmasının, daha önce bahsedilen maliyetleri nedeniyle, oldukça nadir olduğu ifade edilmiştir (DOJ 2004 Rehberi, 20).

çözümleri de içeren olay bazlı yaklaşıma geçildiğini söylemek mümkündür (Kwoka ve Moss 2012, 983). Davranışsal çözümler, birleşmenin potansiyel etkinliğini korurken, rekabetçi zararlarını ortadan kaldırmada *değerli bir araç* olarak değerlendirilmiştir (DOJ 2011 Rehberi, 6-7). Buna ilaveten, önceki rehberde davranışsal çözümlere ilişkin yaklaşımın temelinde yer alan dört potansiyel maliyete⁹³, 2011 Rehber’inde değişikliğin sebebine dair herhangi bir açıklama olmaksızın yer verilmemiştir (Kwoka ve Moss 2012, 983).

Yeni rehberde DOJ tarafından dikkate alınacağı belirtilen davranışsal çözüm türleri genişletilmiş ve önceki rehberde adları geçen güvenlik duvarı, şeffaflık ve adil ticaret şartlarına ek olarak zorunlu lisanslamanın, cezalandırma karşıtı uygulamaların ve bazı sözleşmelere kısıtlamalar getirilmesinin muhtemel kullanımları da tartışılmıştır (DOJ 2011 Rehberi, 12-18). Bu çözüm türlerinin birleşme çözümleri bakımından geçmiş DOJ uygulamalarının ötesine geçtiği söylenebilir (Kwoka ve Moss 2012, 984).

2.2.2. Erişim/Lisanslama Çözümleri

ABD’de son dönemde alınan erişim/lisanslama çözümü içeren kararlar incelendiğinde, işlemlerin genel olarak dikey nitelikli olduğu görülmektedir. Lisanslama çözümünün getirildiği *Google/ITA*⁹⁴ kararında kendi seyahat/uçuş arama sitesini (InstaSearch) kurmayı planlayan Google’ın işlem neticesinde bu sitelerinin altyapısını oluşturan yazılıma (QPX) sahip olarak pazarı diğer seyahat/uçuş arama sitelerine kapatabileceği değerlendirilmiştir⁹⁵. Endişelerin giderilmesi adına Google’ın hem devraldığı yazılımı hem de kendisinin sonradan geliştireceği yazılımı beş yıl süreyle rakiplerine lisanslamasını içeren çözüm paketi yeterli görülmüştür⁹⁶. Kararda lisans anlaşmalarının birleşme öncesi koşullarda yeniden yapılacağı; eğer daha önceden bir lisanslama anlaşması yapılmamışsa da benzer konumdaki teşebbüslerle aynı şartlar altında yapılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte lisanslanan yazılımın (QPX) aynı nitelikte sürdürülebilmesi adına Google yazılımının güncellenmesi için

⁹³ Bu maliyetler kısaca davranışsal çözümün uygulanmasını temin etmekten kaynaklanan izleme ve denetim maliyetleri, birleşen teşebbüsün çözümün ruhuna aykırı davranışlarda bulunmaya çalışmasından kaynaklanan dolaylı maliyetler, potansiyel rekabetçi davranışların kısıtlanması halinde doğacak maliyetler ve davranışsal çözümlerin değişen pazar koşullarına uyulanamamasından doğan maliyetler olarak sayılabilir.

⁹⁴ US v. Google Inc., & ITA Software Inc., Final Judgments, Case:1:11-cv-00688 (D.C. 05.10, 2011).

⁹⁵ İşlem ve pazar hakkında detaylı bilgi için bkz. Topper vd. (2011)

⁹⁶ Dipnot.94, s.13. Kararda geniş bir çözüm paketi benimsenmiş olup yeri geldikçe değinilecektir.

gerekli desteği vermeye ve AR-GE yatırımını yapmaya devam edecektir⁹⁷. Wilson ve Klovers (2014, 6)'a göre ilgili karar henüz var olmayan bir yazılımın da lisanslamasını içermesi bakımından ilginçtir. Yazarlara göre bir erişimin/lisanslamamın hangi şartlarda yapılacağını belirlemek başlı başına karmaşık bir konuyken, henüz var olmayan bir ürünün lisanslamasının nasıl yapılacağını tartışılması kararı daha karmaşık bir yapıya büründürmüştür.

Dikey nitelikli bir başka işlem olan *Comcast/NBC*⁹⁸ kararında oluşan ortak girişimin, yeni bir pazar olan çevrimiçi video dağıtıcılarının (OVD) gerekli içeriğe ulaşmalarını engelleyerek rekabetçi endişelere yol açabileceği belirtilmiştir⁹⁹. Ancak işleme gerekli içeriğin ve genişbant ağ bağlantısının yedi yıl boyunca OVD'lere sağlanmasını içeren çözüm paketiyle izin verilmiştir¹⁰⁰. Çözümüne göre, OVD'lere sağlanacak erişim geleneksel video dağıtıcılarına (MVPD) sunulan şartlar ile ekonomik olarak denk koşullarda sağlanacaktır¹⁰¹. Kararda “ekonomik olarak denk” kavramı fiyat ve diğer koşulların MVPD'lere uygulanan imkânlarla makul derecede yakın¹⁰² olarak tanımlansa da Kwoka (2015, 136)'ya göre belirsizliği giderememektedir.

Temel olarak konser organizasyonu ve biletleme pazarlarında gerçekleşen *Ticketmaster/Live Nation*¹⁰³ kararında işlemin biletleme pazarına yeni giriş yapmış ve büyüme ihtimali yüksek olan teşebbüsün devralınması nedeniyle yatay anlamda; dikey bütünleşik yapının güçlendirilmesi nedeniyle de dikey anlamda rekabetçi endişe yaratabileceği belirtilmiştir¹⁰⁴. Bunun üzerine işlemde doğan endişelerin giderilebilmesi için¹⁰⁵ birleşik teşebbüsün sahip olduğu biletleme hizmetleri altyapısının

⁹⁷ A.g.k., s.16.

⁹⁸ US and Plaintiff States v. Comcast Corp., *et al.*, Final Judgments, Case:1:11-cv-00106 (D.C. 09.01, 2011).

⁹⁹ İşlem ve pazar hakkında detaylı bilgi için bkz. Rogerson (2011).

¹⁰⁰ Kararda geniş bir çözüm paketi benimsenmiş olup yeri geldikçe değinilecektir.

¹⁰¹ Dipnot.98, s.9-11.

¹⁰² A.g.k., s.9.

¹⁰³ US v. Ticketmaster Entm't, Inc., Final Judgments & Competitive Impact Statement, Case:1:10-cv-00139 (D.C. 07.30, 2010).

¹⁰⁴ İşlem ve pazar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kwoka (2010).

¹⁰⁵ Kararda geniş bir çözüm paketi benimsenmiş olup yeri geldikçe değinilecektir.

bir başka teşebbüse 10 yıllığına lisanslanması uygun görülmüştür¹⁰⁶. Kararda lisanslama anlaşmasının, altyapının/yazılımın lisanslanan tarafından geliştirilmesine imkân verecek şekilde tasarlanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında lisanslanan ürün aracılığıyla satılan bilet başına Ticketmaster'a ödenmesi gereken bedelin birleşme öncesi ortalama seviyenin altında olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁷.

2.2.3. Güvenlik Duvarı Çözümleri

İşlem neticesinde dikey bütünleşik hale gelen birleşik teşebbüsün, devraldığı teşebbüs sayesinde alt pazardaki rakiplerinin önemli ticari bilgilerine ulaşabilecek olmasının rekabetçi sorun olarak değerlendirildiği *Google/ITA*¹⁰⁸ ve *PepsiCo*¹⁰⁹ kararlarında birleşik teşebbüse bilgi akışının kısıtlanması için güvenlik duvarlarının oluşturulması sağlanmıştır¹¹⁰. Buna göre birleşik teşebbüsün alt ve üst seviyedeki rakiplerinin bilgilerine ulaşamaması için gerekli prosedürel tedbirler alınacak ve ana teşebbüs çalışanları devralınan teşebbüste görev almayacaktır.

Bilgi erişiminin kısıtlanması *Ticketmaster/Live Nation*¹¹¹ kararında da benzer bir rekabetçi endişe sebebiyle çözümün bir parçası olmuştur. Birleşik teşebbüsün faaliyetlerini yürütmekle görevli personelin 10 yıl süreyle alt pazardaki rakiplerinin önemli ticari bilgilerine erişimi yasaklanmıştır. Ancak kararda ayrıntıya yer verilmediğinden bunun nasıl sağlanacağına yönelik belirsizlik bulunmaktadır. Bu husus DOJ'e iletilen görüşlere de konu olmuş; DOJ tarafından devralınan teşebbüsün teknik kapasitesinin yetkili olmayan kişilerin bilgiye erişmesini engellemeye yeterli olduğu ve çalışanları için bir eğitim programı oluşturduğu belirtilerek yeterli görülmüştür¹¹².

¹⁰⁶ A.g.k., Final Judgments, s.9. Ancak lisanslamanın yapıldığı teşebbüs bir yıl sonra kendi altyapısını oluşturmuştur (Mitchell Peters, "AEG Takes On Ticketmaster With New Service", 22.08.2011 <http://www.hollywoodreporter.com/news/aeg-takes-ticketmaster-new-service-226072> Erişim Tarihi: 01.03.2016).

¹⁰⁷ A.g.k., Competitive Impact Statement, s.14.

¹⁰⁸ Dipnot.94, s.28-31.

¹⁰⁹ FTC, In the Matter of PepsiCo Inc., Docket No: C-4301, File Number: 0910133, 28.09.2010.

¹¹⁰ Başka örnek için bkz. US v. Graftech International and Seadrift Coke L.P., Final Judgments, Case:1:10-cv-02039 (D.C. 03.24, 2011).

¹¹¹ Dipnot.103, s.20.

¹¹² US v. Ticketmaster Entertainment Inc., et al., Plaintiff United States' Response to Public Comments, Case:1:10-cv-00139 (D.C. 06.21, 2010), s.33-34

Hastane birleşmesini konu alan yatay nitelikli *Evanston*¹¹³ kararındaysa işlemin önceden tamamlanmış olması nedeniyle ayırıştırmanın oldukça maliyetli ve riskli olduğu değerlendirilmiştir¹¹⁴. İşlemin rekabete aykırı etkilerini giderebilmek adına¹¹⁵ hastanelerin sigorta şirketleri gibi sağlık planlaması sunan kuruluşlarla yapılan pazarlıklarının iki ayrı ekip tarafından yürütülmesi ve bu ekipler arasında herhangi bir bilgi akışının olmaması için 20 yıl süreyle güvenlik duvarı oluşturulmasına karar verilmiştir¹¹⁶. Ancak oluşturulacak mekanizmanın otoriteye sonradan bildirilmesi öngörüldüğü için nasıl bir mekanizmanın kabul edildiği hakkında detaylı bilgi bulunmamaktadır.

2.2.4. Diğer Davranışsal Çözümler

Daha önce değinildiği üzere davranışsal çözümler çok çeşitli biçimlerde kullanılabilir. Bunlardan biri olan cezalandırma karşıtı hükümler daha önce detaylarına yer verilen *Ticketmaster/Live Nation* ve *Comcast/NBC* kararlarında benimsenmiştir. Kararlarda birleşik teşebbüsün rakipleriyle iş yapan teşebbüslere karşı cezalandırma amaçlı eylemlerde bulunması yasaklanmaktadır¹¹⁷.

Bu tür çözümler tanımlanmasındaki belirsizlikler bakımından eleştirilebilmektedir. Örneğin *Ticketmaster/Live Nation* kararında cezalandırma karşıtı eylem aşağıdaki gibi tanımlanmıştır¹¹⁸:

“İşlem taraflarının dışında bir teşebbüsle sözleşme yapan veya yapma niyetinde olan Mekan Sahibinin cezalandırılması veya disipline edilmesi amacıyla canlı eğlence organizasyonun sağlanmasının reddedilmesi veya daha olumsuz koşullarda sunulması anlamına gelmektedir. Terim rakip Mekan Sahibinden daha avantajlı koşullarda anlaşma yapmaya çalışma anlamına gelmemektedir.”

Bahsi geçen tanım ayrıntılı görünmekle birlikte Kwoka (2015, 135) ile Kwoka ve Moss (2012, 998-999)’e göre belirsizliği tam olarak giderememektedir. Şöyle ki “daha

¹¹³ FTC, In the Matter of *Evanston Northwestern Healthcare Corporation et al.*, Docket No:9315, 24.04.2008 (*Final Order*) ve Opinion of the Commission, In the Matter of *Evanston Northwestern Healthcare Corporation et al.*, 06.08.2007 (*Opinion of the Commission*).

¹¹⁴ A.g.k., “*Opinion of the Commission*”, s.89-90.

¹¹⁵ A.g.k., s.64-78. İşlem neticesinde *Evanston*’ın ulaştığı pazar gücünü sigorta vb. şirketlere karşı fiyatlarını artırarak kullanabileceği belirtilmiştir.

¹¹⁶ A.g.k., “*Final Order*”, s.4-6.

¹¹⁷ *Ticketmaster/Live Nation*, Final Judgments, s.19; *Comcast/NBC*, Final Judgments, s.19.

¹¹⁸ *Ticketmaster/Live Nation*, Final Judgments, s.7.

olumsuz koşulların” ne anlama geldiği veya “amacın” nasıl belirleneceği gibi hususlar uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

Yerel gazetecilik pazarında gerçekleşen yatay nitelikli *Charleston Gazette/Daily Mail*¹¹⁹ işlemindeyse sözleşme değişikliği ve fiyat indirimi içeren farklı bir çözüm benimsenmiştir. Karara göre rekabetçi yapının yeniden tesis edilebilmesi için taraflar ortak yönetim anlaşmasını yeniden yapılandırarak beş yıl boyunca Daily Mail gazetesinin tamamen farklı yönetim ve içerik ile basılmasını sağlayacaktır¹²⁰. Bunun yanında Daily Mail gazetesine gerekli abone sayısının kazandırılması için yeni abonelere altı ay boyunca %50 indirim sunulmasına, bu dönemde diğer gazetenin bu oranda veya daha fazla oranda indirim yapmamasına ve dağıtım, reklam satışları gibi ortak önemli aktivitelerde söz konusu gazete aleyhine ayrımcılık yapılmamasına karar verilmiştir¹²¹.

2.2.5. ABD’de Davranışsal Çözümlerin Etkisi

Yapısal çözümlerin işlem sonrası etkileri kimi çalışmalara konu olurken¹²², davranışsal çözümlerin işlem sonrası etkileri pek incelenmemiştir (Feinstein 2011, 5-7). FTC tarafından yapılan çalışmada da ayrıştırımlara ilişkin tespitlerde bulunulmuş olup davranışsal çözümlere ilişkin herhangi bir tespitte bulunulmamıştır¹²³.

Öte yandan, Kwoka (2015) tarafından yapılan güncel bir çalışmada ABD’de hem yapısal hem davranışsal çözümlerin işlem sonrası etkileri araştırılmıştır. Çalışmada çeşitli pazarlardaki 42 birleşme işlemi ele alınmış¹²⁴, işlemlerin pazarlarda yarattığı etkiler fiyatlar üzerinden incelenmiştir¹²⁵. Fiyat değişiminin olmadığı durumun işlem neticesinde pazardaki rekabetçi yapının değişmediğini temsil ettiği analizden elde

¹¹⁹ US v. Daily Gazette Co. and Medianews Group Inc., Final Judgments, Case:2:07-0329 (S.D.W.V. 07.19, 2010).

¹²⁰ A.g.k., s.5-9.

¹²¹ Başka örnek olarak bkz. üretim/depolama tesislerini geliştirmesini içeren yatay nitelikli US v. George’s Food’s LLC, *et al.*, Final Judgments, Case:5:11-cv-00043 (W.D.V.H. 04.11, 2011); rekabet etmeme yükümlülüğünün kaldırıldığı yatay nitelikli FTC, In the Matter of Renown Health, Docket No: C-4366, 30.12.2012.

¹²² Örn. Vasconcelos (2010), Medvedev (2007), Lyons (2008), Davies ve Olczak (2008), Kwoka (2015).

¹²³ Ayrıştırma Çözümü Çalışması, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf>. Bununla birlikte, 09.01.2015 tarihinde birleşme çözümlerine ilişkin çalışmanın güncelleneceği duyurulmuştur. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/01/ftc-proposes-study-merger-remedies> Erişim Tarihi: 09.06.2015.

¹²⁴ İncelenen işlemler ve pazarlar için bkz. Kwoka (2015, 90-91).

¹²⁵ Analizde “farklardaki farklar” yöntemi kullanılan çalışmalar kullanılmıştır. Yöntem hakkında bilgi için bkz. Kwoka (2015, 57-71), Soydan (2015, 23-25).

edilen sonuçlara Tablo-1’de yer verilmektedir. Tablodan görüldüğü üzere, birleşmeler neticesinde rekabet otoritelerinin davranışı ne olursa olsun, diğer her şey sabitken, fiyat artışı gerçekleşmiştir. İşlem sonrası fiyat artışı ayırıştırma içeren birleşmelerde %7,05; davranışsal çözüm içeren işlemlerdeyse %16,03 oranında gerçekleşmiştir. Bu bakımdan, rekabetçi endişe barındıran işlemlere getirilen çözümlerin işlem sonrası fiyat artışını etkin biçimde kısıtlayamadığı, bunun yanında davranışsal çözümlerin ayırıştırmaya göre iki kat daha zayıf olduğu söylenebilecektir (Kwoka 2015, 120).

Tablo-1: Birleşme İşlemlerinin Fiyat Etkileri (%)

Yasaklanan	1,86
Ayırıştırma İçeren	7,05
Davranış Kısıtlaması İçeren	16,03
Koşulsuz İzin Verilen	6,08

Ayrıntılarına daha önce yer verilen *Evanston* birleşmesini inceleyen başka bir çalışmada hastanelerin sigortacılarla ayrı pazarlık etmesini sağlayan çözümün fiyat artışlarına engel olamadığı sonucuna ulaşılmıştır (Gowrisankaran vd. 2013, 34-35).

2.3. BK UYGULAMASI

BK’de birleşme kontrolü CMA¹²⁶ tarafından yürütülmektedir. CMA birleşmelerde gerek ilk gerek ikinci aşamada çözüm kabul edebilmektedir¹²⁷. Her iki aşamada da hem yapısal hem de davranışsal çözümler kabul edilebilmektedir. İlk aşamada kabul edilebilecek çözümlerin öngörülen rekabetçi sorunu gidermede belirgin ve kesin olması gerekmektedir (Reynolds 2012, 5)¹²⁸. Bu bakımdan bu aşamada daha çok ayırıştırma gibi yapısal çözümler tercih edilmektedir (Ashurst 2015, 6).

2008 yılında çıkarılan rehberde¹²⁹ (CMA Rehber) CMA tarafından kabul edilebilecek çözümlere ve özelliklerine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Bununla birlikte CMA 2015 yılında, birleşme çözümleri içeren kararlarının *ex-post* etki analizinin

¹²⁶ BK’de birleşmeler daha önce iki ayrı kurum tarafından yürütülmekteyken, 2014 yılında bu kurumların yerine CMA oluşturulmuştur. Tez kapsamında CMA kullanılmıştır.

¹²⁷ “*The Enterprise Act 2002*” Bölüm 82-84, ekli Schedule 8.

¹²⁸ İlk aşamada kabul edilen çözümlerin %95’i yapısal çözümlerdir (Reynolds 2012, 9).

¹²⁹ Bknz. Dipnot.6.

yapıldığı bir çalışma (CMA Çalışma) yayınlamıştır¹³⁰. Çalışmada dosyada görevli CMA personeli, işlem tarafları, rakipler, müşteriler, düzenleyiciler, atanan denetleyici/ayırıştırma uzmanları, ticaret/meslek birlikleri gibi işlem neticesinde pazarda gerçekleşen gelişmeler hakkında bilgi sahibi olabilecek gruplarla görüşmeler yapılmış; kabul edilen birleşme çözümleri hakkında birtakım çıkarımlarda bulunulmuştur. Bu bağlamda, CMA'nın davranışsal çözümlere yaklaşımı mezkûr rehber, çalışma ve kararlar ışığında değerlendirilecektir¹³¹.

2.3.1. CMA Rehber'de Davranışsal Çözümlere İlişkin Hususlar

CMA Rehber'de, olay bazında değerlendirme yapılmakla birlikte, genellikle yapısal çözümlerin davranışsal çözümlere tercih edileceği belirtilmektedir. Bu tercihte yapısal çözümlerin pazar yapısına doğrudan etkisinin daha muhtemel ve izleme gereksiniminin daha düşük olması etkili olmaktadır (para.1.4, 2.4)¹³².

Bununla birlikte davranışsal çözümler tamamen dışlanmamış¹³³; yasaklamanın veya ayırıştırmanın uygun olmadığı, rekabetçi sorunun kısa süreli (2-3 yıl) olduğu ve davranışsal çözümle tüketici yararının büyük oranda korunabildiği durumlarda ilk tercih olabileceği belirtilmiştir (CMA Rehber para.2.16; Reynolds 2012, 8). Dikey birleşmelerden kaynaklanan rekabetçi sorunların giderilmesinde ise erişim çözümleri ve güvenlik duvarları yeterli olduğu takdirde, yapısal çözümlere tercih edilebilecektir.

Öte yandan CMA Rehber davranışsal çözümlere ilişkin daha önce bahsedilen tasarım ve izleme aşamasında karşılaşılabilecek birtakım risklerin varlığına dikkat çekmektedir¹³⁴. Ayrıca davranışsal çözümlerin ne kadar süreyle uygulanacağını işlemin niteliğine göre değişebileceğine ve çözümün arzulanan etkiyi doğurmasında etkin izleme mekanizmalarının önemine vurgu yapmaktadır¹³⁵.

¹³⁰ "Understanding Past Merger Remedies, updated July 2015".

¹³¹ CMA Çalışma karar özelinde analizler içerdiğinden yeri geldikçe değinilmiştir. Dolayısıyla bu bölümde AB ve ABD uygulamalarının anlatıldığı kısımlardan farklı başlıklar bulunmaktadır.

¹³² 2003-2012 yılları arasında ikinci aşamada yasaklanan veya ayırıştırma öngörülen birleşmeler çözüm içeren işlemlerin %80'ininden fazlasını oluşturmaktadır (Reynolds 2012, 11). Başka çalışmaya göre BK'de 2000-2008 yılları arasında kabul edilen birleşme çözümlerinin yaklaşık %72'si sadece yapısal, %23'ü sadece davranışsal, geri kalanı her ikisini de içeren çözüm paketlerinden oluşmaktadır (Hoehn 2010, 13).

¹³³ Whish ve Bailey (2012, 947).

¹³⁴ CMA Rehber, para.4.2.

¹³⁵ A.g.k., para.4.7.

CMA Rehber’de çözümlerin izlenmesi için denetleyici uzmanın atanabileceği belirtilmekle birlikte görevleri hakkında bilgiye yer verilmemiştir. Bununla birlikte rehberde davranışsal çözümlerin türlerinin her bir işlem özelinde değişiklik gösterebileceği ifade edilmekle birlikte erişim çözümleri, güvenlik duvarları, fiyat veya çıktı kontrolleri sık karşılaşılan örnekler olarak gösterilmiştir. Erişim¹³⁶ ve güvenlik duvarı¹³⁷ çözümlerinin kabul edildiği CMA kararları incelendiğinde, söz konusu uygulamaların daha önce değinilen AB ve ABD uygulamasından farklılaşmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tez kapsamında erişim ve güvenlik duvarı çözümlerinin uygulamasına değinilmemiş, sadece diğer ülke uygulamalarında sık rastlanmayan fiyat kontrollerine yer verilmiştir.

2.3.2. Fiyat Kontrolü İçeren Çözümler

CMA kimi birleşmelerde işlem neticesinde ortaya çıkan rekabetçi sorunu, başka çözümün uygun olmadığı durumlarda fiyat, miktar vb. çıktı kontrolü ile gidermeyi tercih edebilmektedir. Fiyat kontrolü bu çözümler arasında en sık rastlanılan türdür¹³⁸.

CMA Rehber’de bu tür çözümlerin önemli tasarım sorunlarına sahip olabileceği belirtilmektedir. Buna göre fiyatın dalgalı bir seyir izlediği, farklılaşmış ürünlerin bulunduğu, fiyatların her bir teşebbüs özelinde pazarlıkla belirlendiği pazarlarda fiyat kontrolü içeren bir çözümün karmaşık bir yapıya bürünmesi gerekecek, bu da birtakım uygulama problemlerine yol açabilecektir. Ayrıca fiyatların kontrol edilmesi pazarda faaliyet göstermenin kârlılığı gibi pazara giriş kararını etkileyecek hususlar hakkında yanlış sinyaller verebilecek, pazara girişleri caydırabilecektir. Bu bakımdan bu tür çözümler ancak diğer çözümlerin uygun olmadığı durumlarda kabul edilebilecektir¹³⁹.

Fiyatın nasıl ve ne düzeyde belirleneceği bu çözümün en temel meselesidir. Fiyatlar işlem özelinde benzer pazarlara kıyas yapılarak belirlenebileceği gibi ürün maliyetine veya geçmiş fiyat düzeyi temel alınarak da tespit edilebilecektir¹⁴⁰. Fiyatların geçmiş

¹³⁶ CMA, Nufarm Crop Products Ltd. and AH Marks Holding Ltd., 10.02.2005; *Centrica/Dynegy* (2003) (CMA Çalışma, 60-67), CMA, First Group Plc., & Scotrail Railways Ltd., 28.06.2004; erişim çözümünün içeriğini yetersiz görüldüğü CMA, Deutsche Börse AG, ENV and LSE plc, 01.11.2005.

¹³⁷ *Centrica/Dynegy* (2003).

¹³⁸ CMA Rehber, para.4.28.

¹³⁹ A.g.k., para.4.30-31.

¹⁴⁰ A.g.k., para.4.34.

döneme göre belirlendiği durumlarda, maliyet değişimlerinden doğabilecek kayıpları gidermek adına enflasyon vb. birtakım endekslemeler fiyatlara dâhil edilebilmektedir. Bununla birlikte, CMA uygulanacak fiyat kontrolünden kalitenin düşürülmesi veya arzın kısıtlanması gibi yollarla kaçınılmasını önlemek adına ek önlemler alabilecektir¹⁴¹.

*Draeger/Air Shields*¹⁴² fiyat kontrollerinin geçmiş fiyatlara göre yapıldığı kararlara örnek teşkil etmektedir. Kararda birleşik teşebbüsün yeni doğan bebek bakım üniteleri pazarında işlem neticesinde oluşan pazar gücünün giderilebilmesi için 3 yıllığına (i) tüm mevcut ürün çeşitlerinin ve satış sonrası hizmetlerin sağlamaya devam edilmesi; (ii) 2003 fiyat listesini sürdürülmesi ve hiçbir müşteriye bu fiyatlardan yüksek fiyat uygulanmaması; (iii) liste fiyatından uygulanacak indirim oranlarının 2003 yılı ortalama indirim oranlarından az olmamasını içeren çözüm paketi benimsenmiştir¹⁴³. Uygulanacak fiyat belirlenirken işlemin yaratacağı etkinliklerin kısa dönemde birim maliyet artışlarını karşılayabilecek genişlikte olması nedeniyle, enflasyonla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir (CMA Çalışma, 72). Süre belirlenirken çözümün uzun süre uygulanmasının birleşik teşebbüsün ürün gamını değiştirme kabiliyetini kısıtlayacağı ve yeni ürünlere uygulanacak fiyatların belirlenmesinde zorluklar yaratacağı göz önünde bulundurulmuştur¹⁴⁴.

Fiyat kontrolünün indirimler üzerinden yapıldığı *Macquaire/NGW*¹⁴⁵ kararında işlem tarafları fiyat ve sözleşme hükümlerine yönelik ayrıntılı bir çözüm paketi sunmuştur¹⁴⁶. Buna göre taraflar radyo yayın iletim/erişim sözleşmelerinde %17, TV iletim/erişim sözleşmelerinde %3,25 oranında, tüm dijital karasal yayın sözleşmelerinde

¹⁴¹ A.g.k., para.4.35.

¹⁴² CMA, Drager Medical AG & Co KHaA and Hillenbrand Industries, Final Report, 19.05.2004.

¹⁴³ A.g.k., para.10.26-37. Kararda ayrıca pazara girişin kolaylaştırılması için sağlık otoritelerine görüş gönderilmiştir. Buna göre, sağlık otoriteleri pazar hakkında araştırma yapıp elde ettiği bilgileri potansiyel oyuncularla paylaşarak ve alım süreçlerinde birtakım iyileştirmeler yaparak pazara yeni girişleri sağlayabilecektir.

¹⁴⁴ A.g.k., para.10.38. CMA Çalışma (s.80)'da, işlem özelinde fiyat kontrolünün ürün fiyatlarındaki etkisinin tam olarak ölçülemediği belirtilmekle birlikte; bu çözümle Draeger'in pazar gücünü kullanarak fiyatları yükseltmesi karşısında müşterilerine güvenli bir alan yaratıldığı açık olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Fiyat kontrolünün geçmiş fiyatlara göre belirlendiği başka karar için bkz. *Alanod/Ano-Coil* (1999) (CMA Çalışma, 44-49).

¹⁴⁵ CMA, Macquarie UK Broadcast Ventures Ltd./NGW Group, Final Report, 11.03.2008.

¹⁴⁶ Başka örnek için bkz. tek seferlik fiyat indiriminin benimsendiği CMA, South East Water Ltd. & Mid Kent Water Ltd., 01.05.2007.

ise sabit fiyat indirimi yapacak ve sözleşmelerini mevcut fiyat ve koşullarda yenileyecek; yeni sözleşmeleri ise maliyet bazlı fiyatlayıp ayrımcı olmayacak şekilde yapacaktır. CMA Çalışma'da (2015, 131) karar çerçevesinde yapılan fiyat kontrollerinin işlemden kaynaklanan maliyet faydalarının indirimler yoluyla kısa sürede pazara geçmesini sağladığı, bu bakımdan etkin olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁷.

2.4. DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN İZLENMESİ

Yukarıda yer verilen ülke uygulamalarına incelendiğinde davranışsal çözümlerin izlenmesinin tamamen pazardaki diğer oyunculara bırakılmadığı ve genellikle denetleyici uzman atandığı¹⁴⁸ görülmektedir¹⁴⁹. Hatta Komisyon'a göre pazardaki diğer teşebbüsler tarafından kolaylıkla gözlenebildiği için devamlı izleme gerektirmeyen¹⁵⁰ sözleşme düzenlemeyi içeren çözümlerde bile çoğunlukla denetleyici uzman atanmıştır¹⁵¹. Benzer şekilde, Komisyon tarafından fiilen izlenmesinin neredeyse imkânsız olduğu ifade edilen güvenlik duvarı çözümleri (OECD 2011, 237) için de izleme mekanizmalarının oluşturulduğu görülmektedir¹⁵². Bununla birlikte denetleyici uzmanın yanında çoğu kez taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hızlı biçimde giderilmesi için tahkim mekanizması

¹⁴⁷ Kararda ayrıştırmanın işlemin yaratacağı etkinlikleri ortadan kaldıracak nitelikte olabileceği değerlendirilmiştir (para.10.21-10.67). Çözüm hakkında görüşleri alınan müşteriler, ilgili pazarda yaşanan dijitalleşme sürecinin önemli değişikliklere yol açtığını, bu bakımdan ayrıştırmanın sorun yaratabileceğini, birleşmeden kaynaklanan etkinliklerin kendilerine yansıyabileceğini ve sektörün hâlihazırda düzenleyici bir otorite tarafından izleniyor olmasını belirterek davranışsal çözümlerin uygun olabileceğini ifade etmiştir (para.10.72).

¹⁴⁸ Örn. *News Corp/Premiere, Hutchison3G/Orange, ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto, SNCF/LCR/Eurostar, Areva/Utenco/ETC, Nufam/AH Marks, Draeger/Air Shields, Alanod/Ano-Coil ve Macquaire/NGW, PepsiCo, Deutsche Bahn/EWS, Intel/McAfee*. Denetleyici uzmanın atanmadığı örnekler için bkz. *Friesland Foods/Campina, Ticketmaster/Live Nation, Evanston, Charleston Gazette/Daily Mail, Graftech/Seadrift*. İzleme için *Friesland Foods/Campina* kararında tahkim öngörülürken, diğer kararlarda teşebbüslerden sağlanacak bilgiler yeterli görülmüştür.

¹⁴⁹ *Google/ITA* kararında çözümün izlenmesi için farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre, Google müşteri ve rakip firma şikâyetleri için internet sitesi oluşturacak ve bu siteye gelen şikâyetleri 6 aylık raporlarla DOJ'e bildirecektir.

¹⁵⁰ *Glencore/Xstrata*, para.530.

¹⁵¹ Denetleyici uzmanın atanmadığı duruma örnek olarak bkz. *Piaggio/Aprilia*; denetleyici uzmanın atandığı kararlara örnek olarak bkz. *Orkla/Chips, Glencore/Xstrata, T-Mobile/Orange, Chiquita Brands/Fyffes*.

¹⁵² Örn. *Areva/Utenco/ETC* kararında çözümün izlenmesi için sektörel düzenleyiciye; *GE/Avio* kararında bağımsız denetleyici uzmana bırakılmıştır.

da oluşturulmuştur¹⁵³. Sektörel düzenleyicilerin bulunduğu pazarlarda ise kimi zaman sektörel düzenleyiciler izleme mekanizmasına dâhil edilmiştir¹⁵⁴.

Anılan kararlara bakıldığında, taraflardan tamamen bağımsız ve çıkar çatışması bulunmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilen denetleyici uzmanın görev ve yetkileri arasında, işlem özelinde değişebilmekle birlikte¹⁵⁵, genel olarak aşağıdaki hususlar sayılmıştır:

- İzlemenin nasıl yapılacağına ilişkin çalışma planının otoritenin onayına sunulması (1-4 hafta arasında),
- İzleme için gerekli her türlü bilgi ve belgeye, dürüstlük kuralları çerçevesinde, erişiminin ve idari/operasyonel desteğin sağlanması,
- Düzenli aralıklarla otoriteye rapor sunulması (aylık, 6 aylık, yıllık gibi)
- Gerektiği durumlarda otoritenin istediği ek raporların hazırlanması veya çözüm hakkında görüşlerinin otoriteye iletilmesi ve çözümün daha iyi uygulanması konusunda taraflara görüş verilmesi.

Kararlarda öngörülen tahkim mekanizmasının işleyişi de karar özelinde değişmektedir. Örneğin *Hutchison3G/Orange* kararında taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözmek üzere birleşik teşebbüsün, sanal mobil şebeke operatörünün ve taraflarca atanacak bağımsız bir temsilcinin bulunduğu kurul oluşturulup doğrudan başvurulabilecekken; *ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto* kararında önce denetleyici uzman gözetiminde anlaşmazlık çözülmeye çalışılacak, çözümediği takdirde taraflarca oluşturulacak kurula gidilecektir.

¹⁵³ Tahkim mekanizmasının denetleyici uzmanla birlikte kullanıldığı örnekler için bkz. *News Corp/Premiere, Hutchison3G/Orange, ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto, SNCF/LCR/Eurostar, T-Mobile/Orange, Deutsche Bahn/EWS, Intel/McAfee*. Sadece tahkim mekanizmasının öngörüldüğü örnekler için bkz. *Piaggio/Aprilia, Friesland Foods/Campina, Comcast/NBC*.

¹⁵⁴ Örn. *Areva/Utenco/ETC, Gaz de France/Suez, Centrica/Dynegy, Macquaire/NGW*.

¹⁵⁵ Örn. Tahkime danışmanlık etmek (*T-Mobile/Orange*).

2.5. AB, ABD VE BK UYGULAMALARININ KIYASLANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

AB, ABD ve BK’de birleşme çözümlerine ilişkin kılavuz, rehber ve kararlar incelendiğinde otoritelerin davranışsal çözümlere yaklaşımının birbirinden farklılaştığı anlaşılmaktadır.

Komisyon, anılan üç otorite arasında davranışsal çözümlere en şüpheli yaklaşandır. Duyuru’da davranışsal çözümler tamamen reddedilmemekle birlikte genellikle yeterli görülmemektedir. Nitekim davranışsal çözümlerin konglomera endişeleri giderme gibi oldukça nadir durumlarda kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Fiyat yükseltmeme, ürün gamını azaltma/artırma gibi çözümler yatay endişeleri gidermede genellikle yeterli görülmemektedir. Bu tür çözümler her durumda çözümün uygulanabilirliği ve izlenebilirliğinden tamamen emin olduğu¹⁵⁶ ve rekabet üzerinde bozucu etki yaratma riski bulunmadığı takdirde kabul edilebilmektedir¹⁵⁷. Ayrıca Komisyon fiyat kontrollerinin kullanılmasının pazara aşırı müdahale gerektirdiği ve bunun rekabet otoritelerinin görevlerinin kapsamı dışında olduğu görüşündedir (OECD 2011, 237).

CMA’nın rehberinde ise davranışsal çözümlerin iyi tasarlandığı ve izlendiği takdirde, birleşmeden kaynaklanan hem dikey hem de yatay endişeleri giderebileceği değerlendirilmektedir¹⁵⁸. CMA Rehber’de yapısal çözümlerin daha tercih edilir olduğu vurgulanmakla birlikte davranışsal çözümlerin, yapısal çözümlerin mümkün veya işlemle orantılı olmadığı gibi durumlarda tercih edilebileceği belirtilmektedir¹⁵⁹. CMA Rehber’de, Komisyon’dan farklı olarak fiyat kontrollerinin de yeri geldiğinde etkili bir çözüm olabileceği değerlendirilmektedir.

CMA ve Komisyon’un birleşme çözümlerine ilişkin yaptıkları *ex-post* çalışmalarda iki otoritenin davranışsal çözümlere ilişkin çıkarımlarının farklılaştığı görülmektedir. Komisyon’un yaptığı çalışmada davranışsal çözümler içerisinde sadece

¹⁵⁶ Komisyon’a göre davranışsal çözümler için çözümün pazardaki diğer oyuncular veya sektörel düzenleyiciler tarafından izlenebilmesi önemli bir gereksinimdir (OECD 2011, 237).

¹⁵⁷ Duyuru, para.17.

¹⁵⁸ CMA Rehber, para.4.8.

¹⁵⁹ A.g.k., para.2.14-16.

erişim çözümleri incelenmiş, bu tür çözümlerin çoğunlukla tam etkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁶⁰. CMA Çalışma (2015, 32)'da ise incelenen birleşmelerde uygulanan davranışsal çözümlerin, işleme özgü koşullar altında iyi tasarlanması, uygulanması ve izlenmesi nedeniyle, çoğunlukla etkin olduğu belirtilmektedir. CMA'ya göre (2015, 32) iki otorite arasındaki böyle bir farkın oluşmasında, birleşme kontrol mekanizmalarındaki farklılıkların yanında¹⁶¹, CMA'nın davranışsal çözümler bakımından Komisyon'a göre daha tecrübeli olması, izleme için görece daha fazla kaynağının bulunması ve özellikle düzenlenen sektörlerde izleme için diğer otoritelerden etkin şekilde yararlanabilmesi etkili olmuştur¹⁶².

Çalışmada yer verilen üç otorite arasında davranışsal çözümlere karşı en ılımlı yaklaşım DOJ'in 2011 Rehberi'ndedir. İlgili rehberde herhangi bir çözüm türünün daha tercih edilir olduğuna yönelik açık bir vurgu yapılmazken, davranışsal çözümlerin değerli bir araç olduğu¹⁶³ ve gerek yatay gerek dikey birleşmelerden doğan rekabetçi endişeleri gidermede etkili bir yol olabileceği¹⁶⁴ belirtilmiştir. İlgili rehberde davranışsal ve yapısal çözümler arasında tercih yapılmamasının, daha önce değinilen iki çözüm arasında ayırım yapılmasının gereksiz olduğu belirten Genel Mahkeme kararlarıyla paralel olduğu düşünülmektedir. Ancak Wilson ve Klovers (2014, 8-9), ABD'de davranışsal çözümlerin yapısal çözümlere göre, dikey işlemlerde dahi daha tercih edilir olduğuna ilişkin çıkarım yapmanın çok mümkün olmadığını belirtmektedir. Zira ABD'de son dönemde temelinde ayırıştırmanın bulunduğu çözüme başvurulmuş dikey nitelikli birleşmeler de bulunmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Bknz. "2.1.7. AB'de Davranışsal Çözümlerin Etkisi"

¹⁶¹ BK'de AB ve ABD'den farklı olarak zorunlu bildirim sisteminin olmayışının birleşme çözümleri bakımından bazı etkileri olmaktadır. Buna göre işlem tamamlandıktan sonra ayırıştırma gibi çözümlerin uygulanması kimi zaman mümkün olmamakta, bu da davranışsal çözümlerin daha sık kabulüne yol açabilmektedir. Ayrıca CMA'ya göre Komisyon'un yalnızca taraflardan gelen çözüm paketlerini dikkate alabilmesi, Komisyon'un yetersiz çözüm paketleriyle karşılaşmasını daha muhtemel kılmaktadır (CMA Çalışma 2015, 30-31). Benzer bir tespit Botta (2011, 329) tarafından Brezilya için yapılmıştır. Buna göre Brezilya'da birleşme kontrolünün *ex-post* yapılması davranışsal çözümlerin daha sık kabulüne yol açmaktadır.

¹⁶² Benzer bir görüş için bknz. Hoehn ve Rab (2009, 88).

¹⁶³ DOJ 2011 Rehber, s.6.

¹⁶⁴ A.g.k., s.2.

¹⁶⁵ US v. UTC&Goodrich Inc., Final Judgments, Case:1:12-CV-01230-KBJ (D.C. 05.29, 2013); FTC, In the Matter of General Electric Co, Docket No:C-4411, 30.08.2013.

Davranışsal çözümlerin bazı durumlarda etkili olabileceğini belirten CMA Çalışma'dan farklı olarak, Kwoka (2015, 120) tarafından birleşme çözümlerinin *ex-post* etkisine ilişkin yapılan çalışmada ABD'de davranışsal çözümlerin işlemde kaynaklanan rekabetçi sorunları gidermede oldukça yetersiz kaldığı, hatta yapısal çözümlere kıyasla en az iki kat daha etkisiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu iki çalışma kıyaslanırken çalışmaların yöntemlerinin farklı olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶⁶.

AB, ABD ve BK uygulamaları¹⁶⁷ ışığında, işlem özelinde çözüm paketinin kapsamı, tasarımı ve uygulaması değişecek olmakla birlikte, davranışsal çözümlere ilişkin genel birtakım çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Buna göre;

- Davranışsal çözümler yapısal çözümlerin mümkün olmadığı veya işlemin yasaklanmasıyla birlikte önemli etkinlik kayıplarının yaşanacağı durumlarda etkin bir çözüm olabilmektedir (Kwoka 2015, 140; Duyuru 2008, CMA Rehber 2008; Motta vd. 2007, 618-619; Ezrachi 2006a, 462; OECD 2011, 20).
- Davranışsal çözümlerin karmaşık tasarlanmaması ve etkili biçimde izlenebilmesi etkin biçimde uygulanabilmesini sağlayacaktır (Kwoka 2015, 141). Bağımsız denetleyici uzmanlar, sektörel düzenleyiciler ve tahkim mekanizmaları etkin izlemenin sağlanmasında yardımcı olacaktır (Ezrachi 2006a, 477; CMA Çalışma 2015, 19; OECD 2011, 24-25).
- Davranışsal çözümler değişim hızının düşük olduğu görece durağan pazarlarda kısa süreli uygulandığı takdirde daha etkin olabilecektir (Heyer 2012, 28; Kwoka 2015, 140; CMA Çalışma 2015, 17, 138)¹⁶⁸.

¹⁶⁶ CMA Çalışma mülakat ve gözlemlere dayanırken Kwoka (2015)'de iktisadi modeller kullanılmıştır.

¹⁶⁷ Ülkelerin birleşme çözümlerine yaklaşımı için bkz. OECD (2011).

¹⁶⁸ Jenny (2002, 169) ve Ezrachi (2006b, 4)'ye göre davranışsal çözümlerin geçici niteliği bu tür çözümleri hızlı değişen pazarlara uygun kılmaktadır.

BÖLÜM 3

DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERİN TÜRKİYE UYGULAMASI

Türkiye’de rekabet hukuku bağlamında birleşmelerin kontrolü 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (4054 sayılı Kanun) 7. maddesi çerçevesinde yapılmaktadır. İlgili maddeye göre hâkim durum yaratan veya hâkim durumu güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğuran birleşmeler yasaklanmaktadır.

4054 sayılı Kanun’da rekabeti sınırlayıcı etkileri olan birleşmelere çözümler çerçevesinde izin verilebileceğine dair açık bir ifade bulunmamaktadır. Birleşmeler kapsamında ele alınan çözümler yasal dayanağını 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in (2010/4 sayılı Tebliğ) “Taahhüt” başlıklı 14. maddesinden almaktadır¹⁶⁹. Buna göre teşebbüsler, gerek ön inceleme gerek nihai inceleme aşamasında, birleşmeye ilişkin rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla çözüm sunabilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre

¹⁶⁹ Çözüm mekanizmasına dair herhangi bir hükmün 4054 sayılı Kanun’da açıkça yer almaması Kurul’un bu konudaki yetkisi bakımından bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir. Tan (1999, 36-37) ve Bolatoğlu (2004, 35)’na göre kanunda açıkça yer almadığı için Kurul’un yetkisi tartışmalıyken Ulu (2004, 59), Aksoy vd. (2006, 23), Aslan (2007, 582-583), Badur ve Ertem (2008, 18) ve Varol (2009, 76)’a göre Kurul’un bu konuda yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte İDDK tarafından onanan (E:2010/2445, K:2014/56) Danıştay 13. Dairesinin E:2008/13171, K:2010/2225 sayılı kararının da Kurul’un 7. maddeye aykırılığı tamamen ortadan kaldıracak açık koşullar öngörerek birleşmelere izin verebileceği şeklinde yorumlanması mümkündür. Öte yandan 4054 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarısında birleşme kararlarında şart ve yükümlülük öngörerek izin verilebileceğinin düzenlendiği göz önüne alındığında bu tez kapsamında söz konusu tartışmaya yer verilmesine gerek görülmemiştir. İlgili kanun tasarısı için bknz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>. Erişim tarihi: 18.03.2016.

Rekabet Kurulu (Kurul) çözümün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilmektedir¹⁷⁰.

Kurul tarafından 2011 yılında birleşmelerde kabul edilebilecek çözümlere dair temel prensiplerin yer aldığı “Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz” (Kılavuz) çıkarılmıştır. Bu bölümde önce Kılavuz ele alınacak, ardından davranışsal çözümlerin ele alındığı Kurul kararlarına yer verilecektir.

3.1. KILAVUZ'DA BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNE İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER

Kılavuz'a göre çözüm önerip önermemek tarafların takdirindedir. Kurul geçmişte tek taraflı uygulamalarda bulunmuş olsa da¹⁷¹, güncel uygulamaların doğrultusunda, birleşmelere tek taraflı olarak belirli bir çözümü taraflara şart olarak getirmeyecek; tarafların çözüm önerilerini de tek taraflı değiştirmeyecektir. Bunun yanında, önerilen çözümün yeterli olmadığı değerlendirilirse taraflara değişiklik yapma olanağı tanınabilecektir¹⁷².

Kılavuz'da ayrıca kabul edilebilir birleşme çözümlerinin içermesi gereken bazı temel şartlar sıralanmıştır. Bunlar arasında çözümün açık ve net biçimde tasarlanması, mümkün olan en kısa zamanda etkili biçimde uygulanabilmesi ve rekabetçi sorunları tereddüde yer bırakmayacak ve sürdürülebilir şekilde gidermesi yer almaktadır. Son olarak, çözüm önerilerinden temel beklenti rekabetin işlem öncesindeki seviyesinin korunması olup çözümün pazarı daha rekabetçi bir yapıyabüründürmesi beklenmemektedir¹⁷³.

3.2. KILAVUZ'DA DAVRANIŞSAL ÇÖZÜMLERE İLİŞKİN HUSUSLAR

Kılavuz'da birleşmelerin yarattığı rekabet sorunlarını ortadan kaldırmaya yönelik çözüm önerilerinin yapısal veya davranışsal nitelikte olabileceği belirtilmiştir. Davranışsal çözümler tarafların gelecekteki pazar davranışlarının düzenlenmesini içeren çözümler şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁰ Çözümün esasa ilişkin kısımları şart, uygulanmasına ilişkin yan kısımlarıysa yükümlülük olarak belirlenmektedir (Varol 2009, 77). Kılavuz'a (para.92) göre şart ve yükümlülüklere aykırı davranmanın 4054 sayılı Kanun bakımından hüküm ve sonuçları farklı olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy vd. (2006).

¹⁷¹ Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. Şenyücel (2009, 95-100).

¹⁷² Kılavuz, para.8.

¹⁷³ A.g.k., para.12-13

Kılavuz'da yapısal çözümlerin (özellikle ayrıştırmanın) rekabetçi sorunların giderilmesinde en etkili yol olduğu özellikle vurgulanmakla birlikte davranışsal çözümlerin iki durumda kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, davranışsal çözümler ancak yapısal çözümlerle benzer etkinliğe sahip olduğu ve eş etkili bir yapısal çözümün bulunmadığı durumlarda uygun bir çözüm olabilecektir. Davranışsal çözümlerin kabul edilebilirliği için etkin bir uygulama ve denetim/izleme mekanizmasının kurulması yoluyla çözümün işlerliğinden bütünüyle emin olunması gerekmektedir. Örneğin sıkı düzenlemeye tabi ve sürekli izlenen bir pazarda bu türden çözümlerin denetimi ve uygulanması daha kolay olabilmektedir¹⁷⁴.

Davranışsal çözümlerin çeşitliliği göz önüne alınarak Kılavuz'da bu çözümlerin uygulanmasına ilişkin genel ilkeler koyulmamış, her olayın özellikleri çerçevesinde ayrı değerlendirme yapılmasının uygun olacağı belirtilmiştir. Yine de, Kılavuz'da ayrıştırma çözümlerine ilişkin uygulama usullerinin uygun düştükçe davranışsal çözümler bakımından da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, davranışsal çözümler için önemli olan denetleyici uzmanın belirlenmesi ve görevleri için Kılavuz'da yer verilen elden çıkarma uzmanı¹⁷⁵ temel alınabilecektir. Buna göre Kurul tarafından onaylanan denetleyici uzmanın görevinin temel olarak izleme için gerekli bilgi ve belgeye ulaşarak düzenli aralıklarla rapor sunması olduğu söylenebilir¹⁷⁶.

Bunun yanında Kılavuz'a göre Kurul, davranışsal çözümlerin izlenmesi için denetleyici uzman atanmasının yanı sıra işlem tarafları ile üçüncü kişiler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların hızla çözümü için bir tahkim mekanizması kurulmasını isteyebilmektedir¹⁷⁷.

Erişim çözümleri ve uzun dönemli münhasır anlaşmaların değiştirilmesini içeren çözümler Kılavuz'da davranışsal çözümlere örnek olarak sayılmıştır. Bu çözümlere dair Kılavuz'da yer verilen hususlara, aşağıda konuya ilişkin Kurul kararları anlatılırken yeri geldikçe değinilecektir.

¹⁷⁴ A.g.k., para.19, 73, 75.

¹⁷⁵ A.g.k., para.63-69.

¹⁷⁶ Davranışsal çözümlerin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda denetleyici uzmanın özellikleri, görevleri ve yetkilerinin işlem özelinde değişebileceği düşünülmektedir.

¹⁷⁷ Kılavuz, para.82.

3.3. REKABET KURULU KARARLARI

Kurul'un bugüne kadar aldığı kararlar incelendiğinde genellikle, özellikle ilk dönemlerde, işlem taraflarınca bir çözüm önerilmeden Kurul tarafından çözüm benimsenen veya Komisyon'a sunulan çözümlerin Kurul tarafından da kabul edildiği kararlar olduğu görülmektedir¹⁷⁸. Bununla birlikte, özellikle 2008 yılından itibaren bu yaklaşım değişmiş, Komisyon uygulamasına benzer şekilde işlem taraflarının sunduğu çözümler değerlendirilmiştir.

Türkiye'de çözüm içeren birleşme kararları incelendiğinde¹⁷⁹ yapısal çözümlerin davranışsal çözümlere göre daha sık kullanıldığı anlaşılmaktadır. İşlemden kaynaklanan rekabetçi endişelere göre bir tasnif yapıldığında, yatay tek taraflı etkilerin bulunduğu birleşmelerde, diğer ülke uygulamalarına paralel olarak, yapısal çözümlerin ağırlıklı olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır (Tablo-2). Bununla birlikte, yatay koordinasyon doğurucu veya dikey etkilerin bulunduğu birleşmelerin çoğunluğunda davranışsal çözümler yeterli görülmüştür. Komisyon uygulamasıyla kıyaslandığında Kurul uygulamasının yatay birleşmeler bakımından benzeştiği, ancak dikey birleşmelerde davranışsal çözümlerin daha sık benimsendiği söylenebilir.

Tablo-2: Rekabetçi Endişe Niteliğine Göre Birleşme Çözümü İçeren Kararların Dağılımı

Endişe Niteliği	Davranışsal Çözüm	Yapısal Çözüm	Yapısal & Davranışsal Çözüm	Genel Toplam
Yatay tek taraflı etkiler	3	17	1	21
Yatay koordinasyon doğurucu etkiler	2	-	1	3
Dikey etkiler	6	1	-	7
Yatay tek taraflı & Dikey etkiler	1	-	-	1
Genel Toplam	12	18	2	32

¹⁷⁸ Şenyücel (2009, 95-105).

¹⁷⁹ Kararlar için bkz. Ek. Düzenli bilgi verilmesi istenen, yan sınırlama içeren ve kanımızca çözüm niteliği şüpheli olan kararlar dâhil edilmemiştir.

Kurul kararlarında birçok farklı davranışsal çözüme rastlanılmaktadır. Bu bağlamda önce Kılavuz'da örnek olarak yer verilen erişim çözümleri ve uzun dönemli sözleşmelerin yapılmasını/değiştirilmesi içeren kararlar; sonrasında bu çözümler dışında kalan uygulamalar incelenecektir. Yakın bir tarihte alınan *Lasaffre/Dosu Maya*¹⁸⁰ ve *AEH/Migros*¹⁸¹ kararları oldukça geniş davranışsal çözüm içermesi nedeniyle ayrıca değerlendirilecektir.

3.3.1. Erişim Çözümleri

Türkiye'de erişim çözümlerinin gündeme geldiği ilk karar *P&G/Gillette*¹⁸² kararıdır. Kararda işlemin yatay tek taraflı etkiler dolayısıyla pilli diş fırçaları pazarında hâkim durum yarattığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁸³. Taraflar Komisyon'a sundukları Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde bir pilli diş fırçasını markasını elden çıkarmayı ve bu markada kullanılan bazı haklarını iki yıllığına lisanslamayı içeren çözüm paketini Kurul'a da sunmuş; çözüm yeterli görülerek işleme izin verilmiştir.

Erişim çözümlerinin ele alındığı ikinci karar *Tüpraş/Koç-Shell*¹⁸⁴ kararıdır. Kararda işlemin rafinaj pazarında TÜPRAŞ'ın mevcut hâkim durumu güçlendireceği belirtilmiş¹⁸⁵ ve ithalatın LPG tedarikinde meydana gelen olumsuz etkileri giderebileceği ifade edilmiştir¹⁸⁶. Bu bakımdan, İzmir ilindeki tesislerin üç yıl boyunca dağıtım şirketlerinin doğrudan LPG ithalatı yapmasına imkân tanıyacak şekilde kullanıma açılması halinde işleme izin verilebileceği sonucuna ulaşılmıştır¹⁸⁷.

Bu iki kararda göze çarpan husus çözümlerin tasarımına dair hiçbir detay bulunmamasıdır. Kılavuz'da belirtildiği üzere, erişim çözümlerinin etkili olabilmeleri için koşullarının açıkça belirlenmesi ve izleme yöntemi ile araçlarının tanımlanması gerekmektedir¹⁸⁸. Bu bakımdan bu iki kararda erişimin koşulları hakkında bilgi verilmemesi belirsizlik yaratmaktadır. İzlemeye ilişkin *Tüpraş/Koç-Shell* kararında

¹⁸⁰ 12.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı.

¹⁸¹ 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı.

¹⁸² 08.09.2005 tarih ve 05-55/836-228 sayılı.

¹⁸³ A.g.k., 9.

¹⁸⁴ 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı.

¹⁸⁵ A.g.k., 22.

¹⁸⁶ A.g.k., 25-26.

¹⁸⁷ A.g.k., 27. Kararda çözüm taraflarca sunulmamıştır.

¹⁸⁸ Kılavuz, para.77-80.

herhangi bir hüküm yer almazken, *P&G/Gillette* kararında sadece çözümün yerine getirildiğinin bildirilmesi yeterli görülmüştür. Şenyücel (2009, 98)'e göre *Tüpraş/Koç-Shell* kararında izleme sorunu dikkat çekici olup üçüncü taraflarla doğabilecek uyumsuzlukların giderilebilmesi için tahkim mekanizması gereklidir. Bunun yanında söz konusu karardan üç yıllık süre sonunda dağıtım şirketlerinin bu tesise ihtiyacının kalıp kalmayacağı anlaşılmasında, bu sebeple kararın rekabeti sağlayıcı olup olmadığı belirsizleşmektedir¹⁸⁹ (Şenyücel 2009, 100).

Yerel ve yurtdışı çıkışlı fiber optik kablolar üzerinden sağlanan altyapı hizmetleri pazarlarında Türk Telekom'a rakip olarak faaliyet gösteren iki teşebbüsten biri olan Memorex ile birleşmesinin, Türk Telekom'un ilgili pazarlardaki mevcut hâkim durumunu güçlendireceği sonucuna ulaşılan *Türk Telekom/Invitel*¹⁹⁰ kararında benimsenen erişim çözümü yukarıda açıklanan iki örnekten farklılaşmaktadır. İşlem tarafları, ayırıştırma benimsenebilen “önce belirle” yöntemine benzer şekilde¹⁹¹, başvuruya birlikte Vodafone'un altyapıya 18 yıl süreyle erişmesini sağlayan çözüm sunmuştur¹⁹². Erişimin süresi belirlenirken kabloların 15-20 yıl arasında olan kullanım ömrü dikkate alınmıştır¹⁹³. Kararda çözümün içeriğinin ve Vodafone'un belli bir müşteri tabanına sahip olmasının, pazarda etkili bir oyuncu olmasını sağlayabileceği vurgulanmıştır¹⁹⁴. Bu bakımdan, ilgili kararda çözümle pazara yeni ve etkili bir rakibin girişinin sağlanması açıkça hedeflendiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kılavuz'da da erişim çözümlerinin kısa sürede pazara yeni girişi sağlaması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁵. Bunun yanında kararda izlemeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanımızca çözümün içeriğinin detaylıca açıklanmış olması ve tarafının tek teşebbüsle

¹⁸⁹ 20.06.2008 tarih ve 08-40/537-202 sayılı *Milangaz/Tüpraş* kararında, *Tüpraş/Koç-Shell* kararında sürenin 3 yıl olarak belirlenmesinin nedeni olarak Ege Bölgesi'nde ithalata yönelik iki ayrı alt yapı kurma çalışmalarının devam etmesi ve bunun 3 yıla kadar bitirilmesinin öngörülmüş olması ifade edilmektedir. Bunun yanında, ilgili kararlar birlikte *Tüpraş/Koç-Shell* kararıyla getirilen koşula ilişkin 3 yıllık sürenin, “altyapı inşaat çalışmaları tamamlanıp tesisler kullanılabilir hale gelinceye kadar” uzatılmasına karar verilmiştir. *Tüpraş/Koç-Shell* kararıyla getirilen çözümün süresinin, *Milangaz/Tüpraş* kararıyla tesislerin kullanılabilir hale gelmesine kadar gibi muğlak bir süre uzatılması kanımızca çözümün etkinliğini daha da belirsizleştirmektedir.

¹⁹⁰ 16.09.2010 tarih ve 10-59/1195-451 sayılı.

¹⁹¹ Kılavuz, para. 40. Bilgi için bkz. Varol (2009, 35).

¹⁹² Dipnot.190, 13-14.

¹⁹³ A.g.k., 13.

¹⁹⁴ A.g.k., 15.

¹⁹⁵ Kılavuz, para.77.

sınırlı olması, izlemenin erişim sağlanan teşebbüs tarafından yapılmasını mümkün kılmaktadır.

Erişim çözümü içeren son kararlar yakın tarihli *SGH/THY Opet*¹⁹⁶ ve *Mobil/THY Opet*¹⁹⁷ kararlarıdır. Her ikisi de havacılık yakıtları pazarında gerçekleşen işlemler neticesinde doğan rekabetçi endişeler temelde rakip teşebbüslerin depolama faaliyetlerine erişiminin kapanması/sınırlanmasıdır. *SGH/THY Opet* kararında tarafların beş yıl süreyle üçüncü kişilerin depolama hizmetlerine erişim talebinin arz güvenliği ve kapasite oranları dikkate alınarak kabul edileceği, erişim ücretinin EPDK tarafından onaylanan tarifeler üzerinden uygulanacağı ve ayrımcılık yapılmayacağı yönündeki çözüm paketi yeterli görülmüştür¹⁹⁸. Her ne kadar kararda taraflara ait kurulu kapasitenin mevcut talebi fazlasıyla karşıladığı ve ihtiyaç duyulduğunda fiziki kapasitenin artırılmasının önünde engel olmadığı belirtilse de¹⁹⁹, kanımızca erişimin arz güvenliği ve kapasite oranları dikkate alınarak sağlanması şeklinde muğlak bir şarta bağlanması çözümün uygulanabilirliğini şüpheye düşürebilecektir. Nitekim *Mobil/THY Opet* kararında işlem taraflarının aynı ifadeleri taşıyan çözümü yeterli görülmeyle reddedilmiştir. Çözümün yeterli görülmemesindeki ana gerekçe erişimin arz güvenliği ve kapasite oranlarının izin verdiği ölçüde sağlanacağı belirtilmesi olmuştur²⁰⁰. Bunun üzerine taraflar erişime açılacak kapasitenin açıkça belirtildiği, üçüncü kişilerin erişimine hiçbir surette engel olunmamasını ve fiyatın EPDK tarafından onaylanacak tarifeler üzerinden sağlanacağını içeren daha ayrıntılı çözüm sunmuştur²⁰¹. Böylelikle birleşik teşebbüsün kapasite kısıtını öne sürerek erişim sağlamamasının önüne geçilmiştir. Kararda erişime açılacak kapasitenin yeni girişler için kısa dönemde yeterli olduğu belirtilmiş; fiyatların EPDK tarafından onaylanan tarifeler üzerinden belirlenmesi nedeniyle rekabetçi endişe doğurmadığı değerlendirilmiştir²⁰².

Mobil/THY Opet kararında söz konusu çözümün ne kadar süreyle uygulanacağı belirlenmemiş ancak pazarın değişken yapısı nedeniyle üç yıl sonra yeniden gözden

¹⁹⁶ 26.02.2014 tarih ve 14-08/155-66 sayılı.

¹⁹⁷ 16.07.2014 tarih ve 14-24/482-213 sayılı.

¹⁹⁸ Dipnot. 196, para.62.

¹⁹⁹ A.g.k., para.63.

²⁰⁰ Dipnot.197, para.26-27.

²⁰¹ A.g.k., para.28-30.

²⁰² A.g.k., para.38-39.

geçirileceği belirtilmiştir²⁰³. Şenyücel (2009, 100)'in belirttiği gibi bu türden bir kısıtlama birleşik teşebbüs açısından belirsizlik yaratsa da, kanımızca değişken yapıda olduğu vurgulanan pazarda uygulanması için süre öngörülmeleyen bir çözümün belirli bir süre sonra yeniden değerlendirilmesi, pazarın olumlu yönde gelişmesi durumunda tarafları ihtiyaç duyulmayacak kısıtlamalardan kurtarabilecektir. Son olarak, ele alınan iki kararda da izlemeye ilişkin herhangi bir hüküm olmadığı göze çarpmaktadır. Erişim çözümlerinin pazar oyuncuları tarafından izlenmesinin mümkün olduğu söylenebilse bile yapılan çalışmalar izleme için bağımsız denetleyici uzmanın, tahkim mekanizmalarının ve bulunduğu takdirde sektörel düzenleyicilerin kullanılmasının çözümün etkinliğini artırdığını göstermektedir. Bu bakımdan, bu tür kararlar bağlamında izleme için bu mekanizmalardan bir veya birkaçının uygulanmasıyla öngörülen çözümün daha etkin olmasının sağlanabileceği düşünülmektedir.

3.3.2. Belirli Tip Sözleşmeleri Yapmayı, Düzenlemeyi veya İptal Etmeyi İçeren Çözümler

Sözleşmelere yönelik çözümler bugüne kadar Kurul'un gündemine, her ikisinde de dikey endişelerin doğduğu iki kararda gelmiştir. Bunların ilki yer hizmetleri pazarında önemli bir alıcı olan Türk Havayolları A.O.'nun (THY) havaalanlarında yer hizmetleri sağlayan teşebbüste (TGS) beş yıllığına ortak kontrol tesis etmesini konu edinen *THY/Havaş/TGS*²⁰⁴ kararıdır. İşlem neticesinde bazı havaalanlarında hakim durum yaratılacağı sonucuna ulaşılması²⁰⁵ üzerine taraflar, ilk sözleşmede yer alan "*beş yıllık sözleşme süresinin hitamında ... beş yıl daha uzatılabileceği*" ifadesini kaldırarak sözleşme süresinin beş yıl olarak düzenlenmesi ve sözleşme süresinin sonunda THY'nin alımlarının ilgili havaalanındaki toplam alımlarının %40'ını aşması durumunda, doğrudan TGS'den hizmet almak yerine, belirli prosedürleri yerine getirerek rekabetçi koşullarda tüm teşebbüslere açık alım gerçekleştireceği yönünde çözüm sunmuştur²⁰⁶. Sunulan çözüm önerisi, yapılacak hizmet alımında teklif yapacak teşebbüslere yeterli süre ve eşit imkânlar tanınmasıyla çözümün sadece sorunlu havaalanlarını değil tüm havaalanlarını kapsamaya dikkate alınarak yeterli görülmüştür²⁰⁷. Bununla birlikte,

²⁰³ A.g.k., para.42.

²⁰⁴ 27.08.2009 tarih ve 09-40/986-248 sayılı.

²⁰⁵ A.g.k., 30.

²⁰⁶ A.g.k., 30-31.

²⁰⁷ A.g.k., 31-32.

havaalanlarında yapılacak uzun süreli anlaşmanın pazarı kapayarak rekabeti önemli ölçüde sınırlandırabileceği belirtilerek THY'nin üç yıldan uzun süreli alım anlaşması yapmak için görüş alması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır²⁰⁸.

Bu türden bir çözümün benimsendiği ikinci karar olan *Bekaert/Pirelli*²⁰⁹ kararında birleşik teşebbüsün çelik lastik kordu pazarında önemli pazar gücü elde edeceği²¹⁰, tarafların mevcut sözleşmelerinin rakiplerin müşterilere erişimini engelleyerek giriş engeli yaratabileceği²¹¹ değerlendirilmiştir. Bunun üzerine taraflar, yerel müşterileriyle üç yıllığına tedarik sözleşmesi imzalamayı öneren çözüm sunmuştur. Buna göre taraflar müşterilerine rekabetçi fiyattan talep edildiği miktarda ürün sağlayacak ve sözleşmeler münhasırlık hükmü içermeyecektir²¹². Kararda ilgili çözümün mal arzının kısılması ve tek taraflı fiyat dayatılması gibi riskleri gidereceği ve üç yıllık sürenin müşterilerin sağlayıcı değiştirmeleri için yeterli olduğu belirtilmiştir²¹³. Çözümün muhatabı olacak yerel teşebbüsler de çözüm hakkında genel olarak olumlu görüş beyan etmiştir²¹⁴.

Benzer nitelikli çözüm içeren iki karar incelendiğinde *Bekaert/Pirelli* kararının uygulama bakımından çok daha açık düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Kararda çözümün kapsamı, endişeyi nasıl gidereceği, uygulama süresinin nasıl belirlendiği gibi konular açıkça ifade edilmiş; bunun yanında çözümün muhatabı olan pazardaki teşebbüslerin çözüm hakkındaki görüşlerine yer verilmiştir. Bununla birlikte, kararda yer alan rekabetçi fiyat kavramından ne anlaşılması gerektiğinin kararda açıkça yazılmaması ve muğlak biçimde bırakılması kanımızca bir eksiklik oluşturmaktadır. Şöyle ki “rekabetçi fiyat”ın ne anlama geldiği veya nasıl belirleneceği gibi hususlar uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

Bekaert/Pirelli kararında daha açık şekilde ele alınmakla birlikte *THY/Havaş/TGS* kararında ele alınan çözümün rekabetçi endişeleri tam olarak nasıl gidereceği ve uygulanacağı konusunda birtakım belirsizlikler bulunmaktadır. Örneğin kararda ortak

²⁰⁸ A.g.k., 32.

²⁰⁹ 22.01.2015 tarih ve 15-04/52-25 sayılı.

²¹⁰ A.g.k., para.32.

²¹¹ A.g.k., para.37.

²¹² A.g.k., para.47-48. Kararda fiyata ilişkin hükümler ticari sır olarak değerlendirilmiş, ayrıntı verilmiştir.

²¹³ A.g.k., para.50-54.

²¹⁴ A.g.k., para.53.

girişim sözleşmesinin ilk düzenlendiği haliyle (5+5 yıl) bazı havaalanlarında rekabetçi endişe doğuracağı sonucuna ulaşılrken, ilk sözleşmenin sadece uzatma dönemine ilişkin çözüm getirilmiştir. Bunun yanında, kararda ilk beş yıl için havaalanlarında söz konusu rekabetçi endişenin neden geçerli olmadığına veya kabul edilen çözümün bu dönem için nasıl yeterli olacağına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Oysa etkili bir çözümden beklenen, Kılavuz'da belirtildiği üzere, rekabetçi sorunları gidermede açık ve anlaşılabilir olmasıdır. Bununla birlikte çözümün izlenmesi için herhangi bir mekanizmanın öngörülmemiş olması da uygulama açısından sorun yaratabilecektir.

3.3.3. *Lesaffre/Dosu Maya Kararı*

*Lesaffre/Dosu Maya*²¹⁵ kararı hem yatay nitelikli olması hem de çözüm paketinin kapsamı bakımından davranışsal çözüm içeren önceki kararlardan farklılaşmaktadır. Kararda işlem neticesinde birleşik teşebbüsün yaş maya pazarında hâkim duruma gelmesinin olası olmadığı belirtilmiş ancak pazarın yapısı nedeniyle birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim duruma geçmesinin olası olduğu sonucuna ulaşılmıştır²¹⁶. Bu sonuca ulaşılmasında pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının yanında pazara ilişkin giriş engelleri, üretici-dağıtıcı ilişkilerin önemi, durağan yapısı, ürünün homojen olması, alıcı gücünün yetersizliği, talep esnekliğinin katı olması gibi hususlar da etkili olmuştur.

İşlemden kaynaklanan endişeleri gidermede yeterli görülen çözüm paketi işlem tarafına ait dağıtım şirketinin elden çıkarılmasının yanında aşağıdaki çözümleri içermektedir²¹⁷:

- Devre konu Dosu Maya markalarının, pazardaki varlıklarının, fiyat konumlarının, bağımsız ayrı dağıtım ağlarının en az beş yıl boyunca korunması ve coğrafi varlıklarının genişletilmesi,
- Bayilik sözleşmelerinden aktif satış yapılmasını engelleyen bölgesel münhasırlık ve rakip markaların satılmasını engelleyen sağlayıcı münhasırlığı hükmünün kaldırılması,
- Düzenli ve etkili rekabet uyum programının en az üç yıl boyunca yürütülmesi,

²¹⁵ 15.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı.

²¹⁶ A.g.k., para.53, 59.

²¹⁷ Ayrıştırılacak birimle belirli süre için dağıtım anlaşması imzalanmasının ayrıştırılan birimin pazardaki varlığının korunmasına yönelik olduğu düşünüldüğünden ayrıca değerlendirilmemiştir.

- İşlem taraflarının yaş ekmek mayası markaları için dört farklı fiyat tavanı belirlenerek fiyatlarının beş yıl boyunca sınırlandırılması,
- Akmaya'ya ait tesislerin beş yıl boyunca devralınmaması.

Koordinasyon riskinin bulunduğu birleşmelerde pazar oyuncuları arasındaki asimetriyi artıran çözümlerin etkili sonuçlar doğurabildiği kabul edilmektedir (Filippelli 2013, 174-175)²¹⁸. Çözüm çerçevesinde getirilen fiyat tavanıyla işlem sonrasında yaş maya fiyatlarının makul olmayan biçimde artırılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir²¹⁹. Ancak kanımızca temel rekabetçi endişenin koordinasyon olduğu işlemde fiyat tavanı içeren bir çözüm kullanılması endişenin nasıl giderileceği konusunda belirsizlik yaratabilecektir. Zira Duyuru'da da fiyat tavanı gibi çözümlerin rakiplerin eylemlerinin uyumlaştırılmasına yol açabileceği belirtilmektedir²²⁰.

Daha önce yer verilen fiyat kontrollerinin benimsendiği CMA kararlarında temel rekabetçi endişe koordinasyon doğurucu etkiler olmayıp tek taraflı etkilerdir. Bunun yanında kararlarda fiyat kontrollerinin birtakım hususlarla birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin *Macquaire/NGW* kararında fiyat kontrolleri pazarın teknolojik değişim nedeniyle geçiş döneminde olmasıyla birlikte değerlendirilmiştir. Böylelikle pazarda yaşanan değişimlerle birleşik teşebbüsün çözümün sona ermesinden sonra fiyatları artırma kabiliyeti sınırlandırılacaktır. Oysa *Lesaffre/Dosu Maya* kararından ilgili pazarda uzun süredir değişiklik yaşanmadığı ve yaşanmasının beklenmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla çözümün uygulamasının sona ermesinin ardından fiyatların koordine edilip yükselmemesinin nasıl sağlanabileceği kanımızca belirsiz kalmaktadır.

Benzer belirsizlikler kanımızca diğer çözümler için de bulunmaktadır. Karara göre devre konu Dosu Maya markasının görece fiyat düzeyinin korunarak daha önce faaliyetinin bulunmadığı coğrafi pazarlara genişletilmesinin bu pazarlarda düşük fiyat/kalite spektrumunda rekabeti artıracaktır²²¹. Ancak kararda, devre konu markanın satışının ne ölçüde genişletilmesinin yeterli olduğu, koordinasyon riskini nasıl

²¹⁸ Koordinasyon doğurucu etkilerde kabul edilen çözümlerde yaşanabilecek sorunlar için bkz. Petit (2010).

²¹⁹ A.g.k., para.82. Yapılan iktisadi analizlerde maliyet etkinliği kazanılsa dahi tarafların fiyatları artırabileceği tespit edilmiştir (s.20-21).

²²⁰ Duyuru, para.17.

²²¹ A.g.k., para.69-73.

azaltacağı gibi konulara açıkça yer verilmemiştir. Ayrıca çözüm süresinin sonunda genişletilen satışların durdurulması durumunda pazar yine sorunlu olduğu belirtilen haline dönebilecektir. Bunun yanında çözüm taraflar için de belirsizlik yaratabilecektir. Örneğin satışların genişletildiği pazarlarda daha sonra ticari açıdan makul bulunmaması durumunda tarafların faaliyet göstermeye devam edip etmeyeceği muğlaktır. Zira bu durumda çözüme uyulmadığı değerlendirilmesi yapılabilecektir.

Öte yandan, bu tür çözümler bakımından önemli olan izleme mekanizması için sadece taraflarca yapılacak bildirim yeterli görülmesi de çözümün etkin şekilde uygulanabilirliğini zorlaştırabilecektir. Dolayısıyla benimsenen çözümün işlemden kaynaklanan endişeleri, Kılavuz'da da belirtildiği üzere, açık ve net şekilde giderebildiğine dair şüpheler doğduğu söylenebilir.

3.3.4. AEH/Migros Kararı

Tamamen davranışsal çözümlerin benimsendiği *AEH/Migros*²²² kararında işlemin dikey yönlü etkileri incelenmiştir. Birden fazla üst pazarın değerlendirildiği kararda AEH'nin bira pazarında, müşteri kısıtlaması yoluyla pazardaki hâkim durumunu güçlendirebileceği sonucuna ulaşılmıştır²²³. Bunun yanında Migros bünyesinde bulunan AEH'in rakiplerine ait bilgilerin AEH tarafından edinildiği takdirde pazarın şeffaflaşacağı ve koordinasyon riskinin artacağı belirtilmiştir²²⁴.

İşlemden doğan endişelerin giderilebilmesi için tarafların sunduğu üç yıl boyunca:

- Migros'un AEH'in rakipleriyle mevcut ticari ilişkilerini sürdürmesini²²⁵,
- Migros'un bira pazarına yeni giriş yapacak teşebbüslerle objektif ticari şartlar altında ilişkiler kurmasını,
- Migros'un AEH'in rakiplerinin ürünlerinin satışını engellememesi; bira kategorisinde sunulan ürünlerin raf paylarını ve teşhirlerini devam ettirmesini,

²²² 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı.

²²³ A.g.k., para.217-257.

²²⁴ A.g.k., para.281-289.

²²⁵ Mevcut durumunun tespiti için başlangıç kriteri olarak kararın tebliğinden önceki üç ayın ortalaması esas alınacak; sonraki her dönem için bir önceki dönem itibarıyla yapılacaktır (a.g.k., para.332).

- AEH'nin, Migros'un AEH'nin bira pazarındaki rakipleriyle olan ticari ilişkilerine herhangi bir yöntemle (toplantı, talimat verme vs.) müdahil olmamasını,
- Yukarıda anılan çözümlerin takibi için denetleyici uzman atanmasını,

Ayrıca koordinasyon risklerini giderme adına;

- Migros ile AEH ve iştiraklerinin organizasyonel yapısının, yönetiminin, personelinin ayrı tutulmasını,
- Migros, AEH ve iştiraklerinin rakipleri hakkında ticari açıdan hassas hiçbir bilgiyi birbiriyle paylaşmamasını; bu kapsamda bahsi geçen organizasyonlar arasında gerekli erişim kısıtlamaların sağlanmasını,
- Üç yıllık süre sonunda çözüm ve uygulanma süresinin Kurul tarafından yeniden gözden geçirilebileceğini

içeren çözüm paketi yeterli görülerek işleme izin verilmiştir.

Karar davranışsal çözümler bakımından denetçi uzmanın atandığı ve güvenlik duvarının öngörüldüğü ilk karar olarak göze çarpmaktadır. Denetçi uzman atanırken, Kılavuz'da yer verildiği üzere, kıyasen elden çıkarma uzmanı esas alınmıştır. Denetleyici uzman yukarıda ilk üç maddede yer verilen çözümlerin uygulanmasını düzenli olarak takip ederek altı ayda bir, gerekirse görüşlerini de sunarak, rapor hazırlayacaktır²²⁶. Güvenlik duvarı kurulmasına ilişkin detayların taraflarca sonra bildirilmesi uygun görüldüğünden²²⁷ nasıl bir mekanizmanın yeterli görüldüğüne dair net bir bilgi edinilememektedir.

Kararda çözüm paketinde yer alan ifadelerin her birinin ne anlama geldiğinin ayrıntılı olarak açıklanmış olması²²⁸ kanımızca çözümün açık ve anlaşılır olmasını sağlamıştır. Çözüm paketinin yukarıda yer verilen ilk dördünün şart, kalanının yükümlülük olarak tanımlanması da çözüme uyulmaması durumunda kararın hukuki niteliğinin ne olacağı hakkında belirlilik kazandırmıştır. Ayrıca çözüm hakkında

²²⁶ Taraflar denetleyici uzmana gerekli her türlü desteği sağlayacaktır.

²²⁷ bkz. Dipnot.222, para.361.

²²⁸ A.g.k., para.346-361.

rakiplerin görüşlerinin değerlendirilmesi, izlenme için denetleyici uzmanın atanması ve süre sonunda yeniden gözden geçirilecek olması da çözümün etkinliğini artıracaktır. Bununla birlikte, güvenlik duvarının izlenmesinin denetleyici uzmana bırakılmayıp raporlama yapılmasıyla yetinilmesi daha önce yer verilen ülke uygulamalarından farklılaşmaktadır. Kanımızca güvenlik duvarının izlenmesinin denetleyici uzmana bırakılması çözümün daha etkin olmasını sağlayacaktır.

3.3.5. Davranışsal Çözüm İçeren Diğer Kurul Kararları

Kurul özellikle 2008 yılı ve öncesindeki kararlarında genellikle taraflardan gelen bir çözümü değerlendirmekten ziyade kendi bazı koşullar öne sürmüştür. Bu durum da kararlarda uygulanan çözümlerin içeriğinin yeterlilik, uygulanabilirlik, orantılılık gibi konularda bazı sorunlara yol açmıştır (Şenyücel 2009, 97-98; Varol 2009, 83). Örneğin *Toros Tarım/Sümer Holding*²²⁹ kararında birleşik teşebbüsün fosforik asit kapasitesinin, 3 yıl sonra tekrar değerlendirilmek üzere, sınırlandırılmasını içeren çözümle izin verilmiştir²³⁰. Şenyücel (2009, 97-98)'e göre taraflardan gelmeden kapasite sınırlandırılması içeren çözüme başvurulması, tarafların ihracatlarındaki olası bir artışı da engelleyici nitelik taşıyabilecektir. Bununla birlikte kararda izlemeye ilişkin herhangi bir hüküm yer almaması çözümün uygulanıp uygulanmadığının kontrolünü imkânsız hale getirmiştir.

Ulusal karasal yayın hakkının devredilmesini içeren *Lapis/Anadolu İletişim*²³¹ kararında işleme devralınan yayın hakkının haber yayını yapan CNN Türk tarafından kullanılmasını içeren çözümle izin verilmiştir. İlgili karar kapsamında dikkat çeken ilk husus çözümün hangi rekabetçi sorunu gidermesine karşılık alındığıdır²³². Zira kararda ilgili pazarda işlem sonucunda rekabetin önemli ölçüde azalmayacağı vurgulanmaktadır²³³. Bunun yanında, kararda çözümün içeriğine ve uygulamasına dair detay bulunmaması birtakım sorunlar doğurabilecektir. İlk olarak, örneğin, ilgili kanalın haber kanalı niteliğini yitirmesi durumunda ne olacağına ilişkin detay bulunmaması

²²⁹ 21.02.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı.

²³⁰ Kararda madenin bölünerek satılması veya diğer üreticilerin faydalandırılması gibi seçenekler değerlendirilmiş ancak bu seçeneklerin önünde birçok teknik ve fiili engel olduğu belirtilmiştir (a.g.k., 10).

²³¹ 17.07.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı.

²³² Kararın sonucuna yazılan karşı görüşte de bu husus dile getirilmiştir (a.g.k., 22-23).

²³³ A.g.k., 16.

çözümün etkinliğini şüpheye düşürebilecektir (Şenyücel 2009, 102). İkinci olarak çözümde yayın hakkının gerçekten CNN Türk tarafından kullanılıp kullanılmadığının takibine dair hiçbir hüküm bulunmaması uygulamaya ilişkin sorunlar doğurabilecektir.

Bu kararların dışında Kurul'un ilk uygulamalarında eşit şartlarda distribütörlük sağlanmasını²³⁴, ihalelere birlikte girmemeyi²³⁵, kurulan ortak girişimle aynı pazarda faaliyet göstermemeyi²³⁶ içeren kararları da bulunmaktadır²³⁷. Bu kararlarda yer alan çözümler gerek kapsamı gerek tasarımı bakımından ayrıntı içermemektedir.

3.4. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Davranışsal çözümler, yapısal çözümler kadar olmasa da Kurul kararlarına konu olmuştur. Bu tür çözümlerin ilk uygulamaları, büyük ölçüde Kurul tarafından getirilmeleri nedeniyle²³⁸, ayrıntı içermeyen, uygulama ve izlenmesi muğlak kararlardır. Bununla birlikte, taraflarca sunulan çözümün ele alındığı kararlarda da genellikle çözümün kapsamı, uygulanması ve izlenmesine ilişkin belirsizlikler olduğu görülmektedir.

Erişim çözümleri bakımından son uygulama olan *Mobil/THY Opet* kararında, diğer Kurul kararlarından farklı olarak erişimin kapsamı, fiyatı gibi hususlara detaylıca yer verilmiştir. Erişimin kapsamının ve içeriğinin detaylıca tanımlanması kararı tez kapsamında ele alınan ülke uygulamalarına yaklaştırmakla birlikte, bu uygulamalara benzer şekilde izleme mekanizmasına yer verilmemesi kanımızca çözümün etkinliğini azaltabilecek niteliktedir. Kurul'un davranışsal çözümlere yer verdiği son karar olan *AEH/Migros* ise hem içerik hem de izleme bakımından diğer kararlardan oldukça farklılaşmaktadır. Bu kararda çözümün işlem özelindeki rekabetçi sorunları nasıl gidereceği, içeriğinin ne olduğu, nasıl uygulanması gerektiği gibi ayrıntılara açıkça yer verilmiş ve bu tür çözümlerin izlenmesi bakımından ilk defa denetleyici uzman atanmıştır. Bu bakımdan, yapılan bu son uygulamada daha önceki uygulamalarda rastlanılan sorunların büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Kanımızca davranışsal

²³⁴ 28.05.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New Holland/Trakmak* kararı.

²³⁵ 03.08.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı *Garanti Koza/Balfour* kararı.

²³⁶ 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı *Metro/Migros* kararı.

²³⁷ Özelleştirme kapsamında bazı imtiyazların kaldırılması düzenleyen kararlar için bkz. 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı *TEAŞ*, 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı *TEDAŞ*, 18.02.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı *POAŞ* kararları.

²³⁸ Çözümün taraflardan gelmeyip Kurul tarafından uygulanmasının doğurduğu sakıncalar için bkz. Ulu (2004, 63), Şenyücel (2009, 97), Varol (2009, 83).

çözüm içeren kararlarda *AEH/Migros* kararına benzer bir yol izlenmesi çözümlerin etkinliğini artırabilecektir. Bu bağlamda, davranışsal çözümlerin değerlendirilirken rekabetçi sorunun nasıl giderileceğinin gerekçelendirilmesine, içeriğinin detaylı ve açık olmasına, bilgi asimetrisinin giderilebilmesi için rakip teşebbüslerin bulgularla desteklenen görüşlerine yer verilmesine, etkin izleme mekanizmasının oluşturulmasına ve çözüme uyulmaması durumunda hukuki yaptırımın belirlenebilmesi bakımından şart ve yükümlülük ayırımının yapılmasına dikkat edildiği takdirde daha etkin sonuçlar elde edilebilecektir.

Kurul kararlarında göze çarpan bir başka husus, birleşme çözümlerinin uygulama ve izleme etkinliğini artırdığı kabul edilen tahkim mekanizmasının veya varsa sektörel düzenleyicinin yardımının henüz alınmamasıdır. Hâlbuki bu tür yardımcı mekanizmalar çözümün etkinliğini artırmasının yanında hem Kurul'un izleme yükünü hem de potansiyel uyuşmazlıkların bazılarının Kurul'un önüne gelmeden çözülmesini sağlayarak iş yükünü azaltabilecektir. Keza Kılavuz'da da Kurul'un davranışsal çözümler için tahkim mekanizmasını isteyebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kurul'un ilerleyen dönemlerde bu tür mekanizmaların nasıl kullanılabileceği yönünde pratik geliştirmesi yol gösterici olacaktır.

Daha önce yer verilen ülke uygulamalarında otoritelerin çözüm içeren birleşme kararlarının *ex-post* analizinin yapıldığı çalışmalar bulunmaktadır. Yapılan bu çalışmalar neticesinde otoriteler uygulanan çözümlere ilişkin çıkarımlarda bulunmakta ve uygulamayı geliştirmek adına dersler çıkarmaktadır. Kurul'un bugüne kadar verdiği çözüm içeren birleşme kararlarının sayısı göz önünde bulundurulduğunda bu yönde bir çalışma yapılması için gerekli zeminin olduğu söylenebilir²³⁹. Davranışsal çözümler özelinde Kurul'un ilk uygulamalarının bu yönde bir çalışmaya konu olacak yeterlilikte olmadığı düşünülmeyle birlikte son dönemde alınan *Mobil/THY Opet, Lesaffre/Dosu Maya* ve *AEH/Migros* kararlarının etkilerinin ileride incelenebileceği düşünülmektedir. Böyle bir çalışmayla birlikte edinilen tecrübeler kararlara ve mevzuata yansıtılabilecektir.

²³⁹ Bu yönde yapılacak bir çalışmada ne gibi yöntemlerin kullanılabileceğine dair bkz. Soydan (2015)

SONUÇ

Rekabet otoritelerinin esnek bir birleşme kontrol mekanizmasına sahip olması işlemde kaynaklanan rekabetçi endişelerin giderilirken olası etkinliklerin de önüne geçilmemesini sağlayacaktır. Birleşme çözümleri bu noktada rekabet otoriteleri tarafından kullanılan önemli bir araçtır. Birleşme çözümleri genel olarak pazarın yapısına yönelik değişiklikleri içeren yapısal çözümler ile birleşik teşebbüsün davranışlarına yönelik değişiklikleri içeren davranışsal çözümler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Davranışsal çözümlerin belli bir imkâna erişimin sağlanması, güvenlik duvarı oluşturulması, sözleşmelere kısıtlamalar getirilmesi, fiyat kontrolü gibi işlem özelinde birçok farklı uygulaması olabilmektedir. Literatürde bu tür çözümlerin genellikle tasarım ve izleme aşamalarında birtakım sorunlar yaratabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca davranışsal çözümlerin müdahaleciliği, sürekliliği ve izleme gerekliliği arttıkça rekabet otoritesinin, sektörel düzenleyici otoriteye dönüşebileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan, bu tür çözümlere ayrıştırmalara nazaran daha temkinli yaklaşıldığını söylemek mümkündür.

Tez kapsamında incelenen uygulamalar arasında davranışsal çözümlere ilişkin en temkinli yaklaşıma Komisyon'da rastlanılmaktadır. Komisyon'un ilgili rehberinde tasarım ve izleme aşamasındaki maliyetleri nedeniyle davranışsal çözümlerin nadiren tercih edileceği vurgulanmıştır. Komisyon'un birleşme çözümü içeren kararları ve yapılan çalışmalar incelendiğinde de davranışsal çözümlere nadiren başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşın BK uygulamasında, yine yapısal çözümler tercih edilmekle birlikte, davranışsal çözümlere daha olumlu bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Örneğin BK'de Komisyon'un pazara aşırı müdahale içerdiği gerekçesiyle karşı çıktığı fiyat

kontrolleri gerek görüldüğü takdirde kullanılmaktadır. Rekabet otoritesi CMA'ya göre (2015, 32) iki otorite arasında böyle bir farkın oluşmasında, birleşme kontrol mekanizmalarındaki farklılıkların yanında, CMA'nın davranışsal çözümler bakımından Komisyon'a göre daha tecrübeli olması, izleme için görece daha fazla kaynağının bulunması ve özellikle düzenlenen sektörlerde izleme için diğer otoritelerden etkin şekilde yararlanabilmesi etkili olmuştur.

ABD'nin davranışsal çözümlere yaklaşımıysa üç otorite arasında en ılımlı olanıdır. 2011 yılında değiştirilen birleşme çözümleri rehberinde davranışsal çözümlerin özellikle dikey nitelikli birleşmeler bakımından etkili bir araç olacağı belirtilmektedir. ABD'de son dönemde alınan kararlar incelendiğinde geniş davranışsal çözüm paketlerinin benimsendiği görülmektedir. Ancak ABD'de bazı dikey birleşmelerde temelinde ayrıştırmanın bulunduğu çözümlerin kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, davranışsal çözümlerin yapısal çözümlere göre, dikey işlemlerde dahi daha tercih edilir olduğuna ilişkin çıkarım yapmak çok mümkün değildir (Wilson ve Klovers 2014, 8-9).

Bunun yanında, davranışsal çözümlerin etkisine ilişkin yapılan az sayıda *ex-post* analizde ulaşılan sonuçlarda benzerlik olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Yukarıda değinilen AB ve ABD'ye yönelik çalışmalarda davranışsal çözümlerin etkisinin sınırlı olduğu sonucuna ulaşılrken BK uygulamasına yönelik çalışmada iyi tasarlandığı ve izlendiği takdirde davranışsal çözümlerin de etkili olabileceği belirtilmiştir. Günümüzde birleşmelerin kapsamının giderek genişlediği ve karmaşıklaştığı göz önüne alındığında, davranışsal çözümler de iyi tasarlanıp izlenebildiği takdirde rekabet otoritelerince kullanılabilir araçlardan biri olabilecektir. Ancak davranışsal çözümlerin *ex-post* etkisi konusunda henüz belirlilik olmadığından bu tür çözümlere temkinli yaklaşılması faydalı olabilecektir.

Davranışsal çözümlerin Türkiye uygulamasına bakıldığında ilk uygulamalarda detaylı çözümlerin bulunmadığı, ancak son yıllarda alınan kararlarda geniş davranışsal çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Bu kararlarda, *AEH/Migros* kararına kadar, diğer ülke uygulamalarından en belirgin farklılık kanımızca izleme mekanizmasının yetersizliği veya yokluğudur. Davranışsal çözümlerin benimsendiği kararlarda, *AEH/Migros* kararına benzer şekilde izleme mekanizmasına yer verilmesi çözümün etkinliğini artıracaktır. Bununla birlikte, kararlarda *Mobil/THY Opet* ve *AEH/*

Migros kararlarına benzer şekilde çözümün işleyişinin detayına ayrıntılı biçimde yer verilmesi, Kurul tarafından kabul edilebilir davranışsal çözümlerin içeriğine ilişkin yol gösterici olacaktır. Ayrıca, ilerleyen dönemlerde Türkiye’de uygulanan gerek yapısal gerek davranışsal çözümlerin etkisine ilişkin bir çalışmasının yapılması, karşılaşılan sorunları ortaya çıkararak uygulamanın geliştirilmesine imkân tanıyacaktır.

ABSTRACT

Effects of mergers get sophisticated as the activities of undertakings diversify. In that sense, conventional/traditional remedies such as divestiture may be incapable of providing feasible solutions. Thus, competition authorities occasionally resort to behavioral/conduct remedies restricting specific functions of undertakings. Adding that, behavioral/conduct remedies have been deemed with caution for the problems they inherently contain in the phase of design and implementation.

This study basically aims at determining the problems of design and monitoring phases within the implementation process of behavioral/conduct remedies. In that regard, policy implementations stemming from legislations, decisions and *ex-post* studies of EU, US and UK were considered in details. It can be argued that problems of behavioral/conduct remedies are generally based on design and monitoring problems in Turkey. Nonetheless, as the case *AEH/Migros* demonstrates, positive developments have been registered in Turkey about the aforementioned problem.

KAYNAKÇA

- AKSOY, N., H. BOLATOĞLU ve Ş. YAVUZ (2006), “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:25, s.3-28
- ASHURST (2015), “Quick Guides: UK Merger Control”, https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Resource=4633. Erişim Tarihi: 10.01.2016
- ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama, Mevzuat*, Dördüncü Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa
- BADUR, E. ve B. ERTEM (2008), “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:33, s.3-59
- BOLATOĞLU, H. (2004), *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- BOTTA, M. (2011), “Merger Remedies Imposed by the Competition Authorities of the Emerging Economies”, *World Competition*, Vol:34, Issue:2, s.321-338
- CALSYN, J. J. ve P. R. BOCK (2010), “Merger Control Remedies: A More Flexible Administration?”, *Antitrust Magazine*, Vol:24, No:3, s.15-18
- CARLTON, D. W. ve R. C. PICKER (2007), “Antitrust and Regulation”, NBER Working Paper No:12902
- Canada Competition Bureau (2006), “Information Bulletin on Merger Remedies in Canada 2006”
- Canada Competition Bureau (2011), “Competition Bureau Merger Remedies Study”
- COOK, C., S. FRISCH ve V. NOVAK (2015), “Recent Developments in EU Merger Remedies”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:6, No:5, s.351-364
- DAVIES, S. ve B. LYONS (2008), *Mergers and Merger Remedies in EU*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom
- DAVIES, S. ve M. OLCZAK (2008), “Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?” CCP Working Paper No:08-28
- DRAUZ, G., P. McGEOWN ve B. RECORD (2013), “Recent Developments in EU Merger Control”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:4, No:2, s.146-161

- DRAUZ, G., P. McGEOWN ve B. RECORD (2014), “Recent Developments in EU Merger Control”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:5, No:5, s.314-328
- DRAUZ, G., S. MAVROGHENIS ve S. ASHALL (2011), “Recent Developments in EU Merger Control: 01.09.2009-31.08.2010”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:2, No:1, s.46-61
- DRAUZ, G., S. MAVROGHENIS ve S. ASHALL (2012), “Recent Developments in EU Merger Control”, *Journal of European Law & Practice*, Vol:3, No:1, s.52-75
- EZRACHI, A. (2006a), “Behavioral Remedies in EU Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No:29(3), s.459-479
- EZRACHI, A. (2006b), “Under (and Over) Prescribing of Behavioral Remedies”, The University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 13/05, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913773
- FAULL, J. ve A. NIKPAY (2014), *The EU Law of Competition*, Third Edition, Oxford University Press, New York
- FEINSTEIN, D. L. (2011), “Conduct Merger Remedies: Tried But Not Tested”, *Antitrust Magazine*, Vol:26, No:1, s.5-7
- FILIPPELLI, M. (2013), *Collective Dominance and Collusion: Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom
- GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A. G. YENİARAS (2009), “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları”, Yayımlanmamış Tebliğ, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri
- GOWRISANKARAN, G., A. NEVO, R. TOWN (2013), “Mergers When Prices Are Negotiated: Evidence From Hospital Industry”, NBER Working Paper No:18875
- HEYER, K. (2012), “Optimal Remedies for Anticompetitive Mergers”, *Antitrust Magazine*, Vol:26, No:2, s.26-31
- HOEHN, T. (2010), “Structure versus Conduct – A Comparison of the National Merger Remedies Practice in Seven European Countries”, *International Journal of the Economic of Business*, Vol:17, No:1, s.9-32
- HOEHN, T. ve S. RAB (2009), “UK Merger Remedies: Convergence or Conflict With Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK Mergers”, *European Competition Law Review*, Issue:2, s.74-94
- HOEHN, T., S. RAB ve G. SAGGERS (2009a), “Retail Therapy: A Cross-Country Comparison of Merger Control Remedies Practice and Experience in the Wholesaling and Retailing Sectors of France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain and the United Kingdom”, *European Competition Law Review*, Issue:4, s.153-175

HOEHN, T., S. RAB ve G. SAGGERS (2009b), “Breaking Up Is Hard To Do: National Merger Remedies in the Information and Communication Industries”, *European Competition Law Review*, Issue:5, s.255-276

International Competition Network (ICN) Merger Working Group (2005), “Merger Remedies Review Project” <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>

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

JONES, A ve B. SUFRIN (2014), *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York

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

KELLEZI, P. ve C. RAPIN (2012), “Merger Remedies and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law”, <http://www.concurrences.com/Bulletin/Special-Issues/Merger-Remedies/Merger-remedies-and-competition?lang=en>

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

KOKKORIS, I. (2015), “Merger Remedies: An Overview of EU and National Case Law”, <http://www.concurrences.com/Bulletin/Special-Issues/Merger-Remedies/Merger-Remedies-An-overview-of-EU-74992?lang=en>. Erişim Tarihi: 14.05.2015

KWOKA, J. (2010), “Rockonomics: The Ticketmaster-Live Nation Merger and Rock Concert Business”, J. Kwoka ve L. J. White (der.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Sixth Edition, Oxford University Press, s.62-91

KWOKA, J. ve D. MOSS (2012), “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”, *Antitrust Bulletin*, No:57(4), s.979-1011

KWOKA, J. ve L. J. WHITE (2014), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York

KWOKA, J. (2015), *Mergers, Merger Control and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy*”, The MIT Press, London

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

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

- LOFTIS, III J.R. ve D.K. MOSKOWITZ (2004), “United States Federal Antitrust Merger “Solutions”, Not “Remedies””, Barry Hawk *International Antitrust Law & Policy* içinde Chapter 18, Fordham Corporate Law
- LYONS, B.R. (2008), “An Econometric Assesment of EC Merger Control: 1957-2007”, *CCP Working Paper*, No:08-17
- MAVROGHENIS, C. ve S. ASHALL (2014), “Merger Remedies: An Overview of EU and National Case Law”, <http://www.concurrences.com/Bulletin/Special-Issues/Merger-Remedies/Merger-Remedies-An-overview-of-EU?lang=en>. Erişim Tarihi: 20.05.2015
- McFARLAND, H. B. (2011), “The Role of Conduct Remedies in Addressing Merger Competitive Effects”, *The Threshold*, Vol:XII, No:1, s.40-51
- MEDVEDEV, A. (2007), “Structural Remedies in Merger Regulation in Cournot Framework”, CCP Working Paper No:07-16
- Menezes, J. ve Frot, E. (2012) “Les remèdes en Europe: Une analyse statistique sur la pé- riode 2005-2011”, *Concurrences* N° 3-2012, http://www.microeconomix.fr/sites/default/files/_concurrences_3-2012_colloque_remedes_et_controle-2.pdf. Erişim Tarihi: 20.08.2015
- MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, *The Antitrust Bulletin*, Vol:52, No:3&4, s.603-631
- OECD (2011), “Remedies in Merger Cases 2011” <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>
- OĞUZ, F (2011), *Devlet ve Piyasa: Regülasyon Ekonomisine Giriş*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- PAAS, K. (2006), “Non-structural Remedies in EU Merger Control”, *European Competition Law Review*, Vol:27, No:5, s.209-216
- PAAS, K. (2008), “Implications of the Smallness of an Economy for Merger Remedies”, *Juridica International*, No:XV, s.94-103
- PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedy Study – In Divestiture We Trust?”, *European Competition Law Review*, Vol:27, Issue:8, s.443-454
- PAPON, S. (2009), “Structural versus Behavioral Remedies in Merger Control: A Case by Case Analysis”, *European Competition Law Review*, Issue:1, s.36-48
- PARKER R. G. ve D. BALTO (2000), “The Evolving Approach to Merger Remedies”, *Antitrust Report*, Washington DC
- PETIT, N. (2010), “Remedies for Coordinated Effects Under the European Union Merger Regulation”, *Competition Law International*, Vol:6, No:2, s.29-37

- REY, P. (2002), “Towards a Theory of Competition Policy”, IDEI Working Paper, No:121
- REYNOLDS, G. (2012), “Merger Remedies in the UK”, <http://www.euchinacomp.org/attachments/article/214/Graeme%20Reynolds-Merger%20remedies%20in%20the%20UK.pdf>. Erişim Tarihi: 22.12.2015
- ROGERSON, W. P. (2011), “Vertical Mergers in the Video Programming and Distribution Industry: Comcast NBCU”, J. Kwoka ve L. J. White (der.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Sixth Edition, Oxford University Press, s.534-575
- SARIÇİÇEK, C. (2012), *Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- SHELANSKI, H. (2011), “The Case For Rebalancing Antitrust and Regulation”, *Michigan Law Review*, Vol:109, Issue:5, s.683-732
- SHUGHART W. F. ve D. W. THOMAS (2013), “Antitrust Enforcement in the Obama Administration’s First Term: A Regulatory Approach”, CATO Institute Policy Analysis, No:739
- SOYDAN, M. (2015), *Yoğunlaşma Kararlarının Ex-post Analizi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- STAKHEYEVA, H. (2009), “Merger Remedies Under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, s.115-149
- SVETLICINII, A. ve K. LUGENBERG (2013), “Merger Remedies in a Small Market Economy: Empirical Evidence From the Baltic States”, *Baltic Journal of Law & Politics*, Vol:6, No:1, s.1-26
- ŞENYÜCEL, O. (2009), “AT Komisyonunun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar”, *Rekabet Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, s.73-114
- TAN, T. (1999), “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumunun Yeri”, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, Ankara
- TOPPER, M. D., S. WATT ve J. M. YAN (2011), “Google-ITA: Creating a New Flight Search Competitor”, J. Kwoka ve L. J. White (der.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*, Sixth Edition, Oxford University Press, s.385-412
- ULU, H. (2004), *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- ULUÇ, D. (2012), *Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

- VAROL, N (2009), *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- VASCONCELOS, H. (2010), “Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control”, *Journal of Industrial Economics*, No: 58(4), s.742-766
- VISCUSI, W.K., J. HARRINGTON ve J.M. VERNON (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, Fourth Edition, The MIT Press, London
- WANG, W. (2011), “Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control”, *World Competition*, Vol:34, No:4, s.571-596
- WANG, W. ve M. RUDANKO (2012), “EU Merger Remedies and Competition Concerns: An Empirical Assessment”, *European Law Journal*, Vol:18, No:4, s.555-576
- WEISER, P.J. (2008), “Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and the FCC”, *Federal Communications Law Journal*, Vol:61, No:1, s.167-198
- WENT, D. (2006), “The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation”, *European Competition Law Review*, Vol:27, Issue:8, s.455-475
- WHISH, R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York
- WILSON, C. ve K. KLOVERS (2014), “Yes We Can, But Should We? Merger Remedies During the First Obama Administration”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol:12

Türk Rekabet Mevzuatı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

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

Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz

23.01.2014 tarihli 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

AB Mevzuatı ve Çalışmaları

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

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

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

ABD Mevzuatı ve Çalışmaları

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

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

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

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

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

BK Mevzuatı ve Çalışmaları

CMA (2008) “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, November 2008” (CMA Rehber)

CMA (2015) “Understanding Past Merger Remedies, updated July 2015” (CMA Çalışma)

AB Komisyonu ve Genel Mahkeme Kararları

Case C-12/03 *Commission vs. Tetra Laval* (2005)

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

COMP/M.737 *Ciba-Sandoz* (1996)

COMP/M.877 *Boeing/Mcdonnel Douglas* (1997)

COMP/M.1795 *Vodafone Airtouch/Mannesmann* (2000)

COMP/M.1853 *EDF/EnBW* (2001)

COMP/M.2268 *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits* (2001)

COMP/M.2434 *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroelectricadel Cantabrico* (2001)

COMP/M.2684 *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico* (2002)

COMP/M.2822 *ENBW/ENI/GVS* (2002)

COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz* (2003)

COMP/M.3099 *Areva/Utenco/ETC* (2006)

COMP/M.3280 *Air France/KLM* (2004)

COMP/M.3280 *AirFrance/KLM* (2004)

- COMP/M.3658 *Orkla/Chips* (2005)
COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss* (2005)
COMP/M.3779 *Pernord Richard/AlliedDomecq* (2005)
COMP/M.3868 *DONG/Elsam/EnergiE2* (2006)
COMP/M.4180 *Gaz de France/Suez* (2006)
COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS* (2007)
COMP/M.5121 *NewsCorp/Premiere* (2008)
COMP/M.5440 *Lufhansa/Austrian Airline* (2008)
COMP/M.5650 *T-Mobile/Orange* (2010)
COMP/M.5655 *SNCF/LCR/Eurostar* (2010)
COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg* (2010)
COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines* (2011)
COMP/M.5984 *Intel/McAfee* (2011)
COMP/M.6497 *Hutchison3G/Orange* (2012)
COMP/M.6541 *Glencore/Xstrata* (2012)
COMP/M.6564 *ARM/Giesecke&Devrient/Gemalto* (2012)
COMP/M.6844 *GE/Avio* (2013)
COMP/M.7115 *Kuraray/GLSV* (2014)
COMP/M.7220 *Chiquita Brands/Fyffes* (2014)
COMP/M.7353 *Airbus/Safran/JV* (2014)

ABD Mahkeme ve FTC Kararları

- US v. Google Inc., & ITA Software Inc., Final Judgment, Case No: 1:11-cv-00688 (D.C. 05.10, 2011)
- US and Plaintiff States v. Comcast Corp., *et al.*, Final Judgment, Case No: 1:11-cv-00106 (D.C. 09.01, 2011)
- US v. Ticketmaster Entm't, Inc., Final Judgment & Competitive Impact Statement, Case No: 1:10-cv-00139 (D.C. 07.30,2010)
- FTC, In the Matter of PepsiCo Inc., Docket No: C-4301, File Number: 0910133, 28.09.2010
- US v. Graftech International and Seadrift Coke L.P., Final Judgment, Case No: 1:10-cv-02039 (D.C. 03.24, 2011)

FTC, In the Matter of Evanston Northwestern Healthcare Corporation *et al.*, Docket No: 9315, 24.04.2008

US v. Daily Gazette Co. and Medianews Group Inc., Final Judgment, Case No :2:07-0329 (S.D.W.V. 07.19, 2010)

US v. George's Food's LLC, *et al.*, Final Judgment, Case No: 5:11-cv-00043 (W.D.V.H. 04.11, 2011)

FTC, In the Matter of Renown Health, Docket No: C-4366, 30.12.2012

BK Kararları

CMA, Nufarm Crop Products Ltd. and AH Marks Holding Ltd., Final Report, 10.02.2005

CMA, Deutsche Börse AG, ENV and LSE plc, Final Report, 01.11.2005

CMA, Drager Medical AG & Co KHAA and Hillenbrand Industries, Final Report, 19.05.2004

CMA, Macquarie UK Broadcast Ventures Ltd. & National Grid Wireless Group, Final Report, 11.03.2008

CMA, First Group Plc., & Scotrail Railways Ltd., Final Report, 28.06.2004

CMA, South East Water Ltd. & Mid Kent Water Ltd., Final Report, 01.05.2007

Rekabet Kurulu Kararları

19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı *Metro/Migros* kararı

28.05.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New Holland/Trakmak* kararı

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

08.09.2005 tarih ve 05-55/836-228 sayılı *P&G/Gillette* kararı

21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı *Tüpraş/Koç-Shell* kararı

21.02.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı *Toros Tarım/Sümer Holding* kararı

17.07.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı *Lapis/Anadolu İletişim* kararı

27.08.2009 tarih ve 09-40/986-248 sayılı *THY/Havaş/TGS* kararı

16.09.2010 tarih ve 10-59/1195-451 sayılı *Türk Telekom/Invitel* kararı

26.02.2014 tarih ve 14-08/155-66 sayılı *SGH/THY Opet* kararı

16.07.2014 tarih ve 14-24/482-213 sayılı *Mobil/THY* kararı

12.12.2014 tarih ve 14-52/903-411 sayılı *Lasaffre/Dosu Maya* kararı

22.01.2015 tarih ve 15-04/52-25 sayılı *Bekaert/Pirelli* kararı

09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı *AEH/Migros* kararı

EK: Birleşme Çözümü İçeren Kurul Kararları Listesi

	Tarih; Sayı	Karar	Pazar	Rekabetçi Endişe	Endişe Niteliği	Çözüm	Çözüm Niteliği	İzleme Mekanizması
1	19.3.1998; 57/424-52	Metro/ Migros	Gıda ağırlıklı perakende ticaret pazarı	Ortak girişim ve tarafların aynı pazarda faaliyet göstermesi nedeniyle işbirliği doğurucu etkiler	Yatay koordinasyon doğurucu	Taraflardan yalnızca birinin ortak girişim ile Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi	Davranışsal	Hüküm yok
2	28.5.1998; 67/517-84	New Holland/ Trakmak	Traktör pazarı & biçerdöver pazarı	Biçerdöver pazarı bakımından sağlayıcı seviyesinde HD* güçlendirici, dağıtım seviyesinde HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki & Dikey	Eşit şartlarda distribütörlük tesis edilmesi	Davranışsal	Hüküm yok
3	3.8.2000; 00-29/307-174	Balfour/ Garanti Koza	İnşaat ve taahhüt işleri pazarı	Tarafların aynı pazarda faaliyet göstermesi nedeniyle koordinasyon riski yaratılması	Yatay koordinasyon doğurucu	Taraflardan en az birinin, ilgili ürün pazarında ortak girişimin katıldığı ihalelere birlikte girmemesi	Davranışsal	Hüküm yok
4	3.8.2000; 00-29/308-175	Glaxo/ Smithkline	İlaç pazarı	Alt pazarın birinde HD yaratılarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Taraflardan pazar payı yüksek olanın payının aşılmasını sağlayacak şekilde gerekli süresiz lisans devirlerinin yapılması	Yapısal	Gerçekleştirildiğinde Kurum'a tevsiik edilmesi
5	11.9.2003; 03-60/730-342	DSM/ Roche	Yem enzimleri	Yüksek pazar payı nedeniyle rekabet koşullarının olumsuz etkilenmesi	Yatay tek taraflı etki	Komisyona verilmiş elden çıkarma çözümü	Yapısal	Hüküm yok
6	16.10.2003; 03-68/812-360	Promatech/ Sülzer	Dokuma tezgahı (rapierli vs. projektilli)	İlgili pazarda HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyona verilmiş elden çıkarma çözümü	Yapısal	Hüküm yok

Cihan BİLAÇLI

7	29.7.2004; 04-49/673-171	Sygenta/ Advanta	Şeker pancarı tohumu & ayçiçeği tohumu & mısır tohumu pazarları	Ayçiçeği tohumu pazarında HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyon'a verilmiş elden çıkarma çözümü	Yapısal	Hüküm yok
8	8.9.2005; 05-55/836-228	PG/Gillette	Diş macunu pazarı & manuel diş fırçası & pilli diş fırçası pazarı	Pilli diş fırçası pazarında HD yaratıldığı ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyon'a sunulan taahhütler çerçevesinde elden çıkarma; pilli diş fırçalarında kullanılan ortak markalara ilişkin 2 yıllık münhasır lisans verilmesi; sonrasında en az 4 yıl süre içinde bunların verildiği ülkelere lisanslı markaların sokulmaması	Yapısal & Davranışsal	Çözümün yerine getirildiğinin her aşamada Rekabet Kurumuna bildirilmesi
9	21.10.2005; 05-71/981-270	Tüpraş/ Koç-Shell	Rafinaj pazarı	Rafinaj pazarında HD güçlendirilmesi (LPG bakımından özellikle İzmir rafinerisi çerçevesinde)	Dikey	İzmir rafinerisinde yer alan LPG ithaline yönelik tesislerin 3 yıl boyunca diğer teşebbüslerin doğrudan ithalat yapabilmesine imkân tanıyacak şekilde kullanıma açılması	Davranışsal	Hüküm yok
10	23.8.2007; 07-67/836-314	Green-castle/İntergum	Sakız pazarı (şekerli & tatlandırıcılı & şekersiz)	Şekersiz sakız pazarında HD yaratılması ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Nazar markasını diğer işlerinden ayırıştırarak süresiz elden çıkarma	Yapısal	Denetleyici uzman
11	13.12.2007; 07-90/1153-446	Owens/ St.Go-bain	bileşik fitil pazarı & sonsuz flamanlı keçe pazarı	Sonsuz flamanlı keçe pazarında HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyon'a verilmiş elden çıkarma çözümü	Yapısal	Hüküm yok

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

12	7.2.2008; 08-12/130-46	MGS/ Gıdasa	Margarin pazarı (endüstriyel, tüketici)	Endüstriyel margarin pazarında HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Bazı ticari markalarının münhasıran ve süresiz olarak lisans devri	Yapısal	Denetleyici uzman
13	21.2.2008; 08-16/189-62	Toros Tarım/ Sümer	Kompoze gübre pazarı	Kompoze gübre pazarında HD yaratılması ve rekabeti önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Toros'un fosforik asit üretimini sınırlandırılması	Davranışsal	Hüküm yok
14	20.3.2008; 08-25/254-83	Cookson/ Foseco	Refakter pazarı & Sünger filtreleri pazarı	İlgili pazarlarda HD yaratılarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyona verilmiş ayrıştırma çözümü	Yapısal	Gerçekleştirildiğinde Kurum'a tevsik edilmesi
15	8.5.2008; 08-32/397-134	Aydem Güneybatı	Elektrik dağıtım hizmeti pazarı & perakende elektrik satış ve hizmeti pazarı	Elektrik değer üretim zincirinde dikey bütünlükleşik yapının rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek nitelikte olması	Dikey	Elden çıkarma	Yapısal	Hüküm yok
16	2.6.2008; 08-36/481-169	Çimsa/ Bilecik HB	Hazır beton	İlgili coğrafi pazarlarda HD yaratılması ve güçlendirilmesi	Yatay tek taraflı etki	Bilecik'teki üretim tesisinin elden çıkarılması	Yapısal	Hüküm yok
17	27.6.2008; 08-41/554-207	Hexion	Kimyasallar pazarı (genel olarak)	Elektrik Uygulamalarına Yönelik Hazır Karışımli Sistemler alt pazarında var olan yüksek pazar payı nedeniyle HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyona sunulan elden çıkarma çözümü	Yapısal	Gerçekleştirildiğinde Kurum'a tevsik edilmesi
18	17.7.2008; 08-45/638-242	Lapis/ Anadolu İletişim	Ulusal televizyon yayıncılığı pazarı	Rekabetin önemli ölçüde azalmayacağı belirtilmiş; ancak olası olumsuz etkileri olabileceği değerlendirilmiş	Yatay tek taraflı etki	Devredilen yayın izninin sadece haber yayıncıları yapan CNN Türk kanalının yayınında kullanılması	Davranışsal	Hüküm yok
19	18.9.2008; 08-54/854-341	MTW/ Edonis	Buz makineleri pazarı	İlgili pazarda yüksek pazar payına ulaşılması	Yatay tek taraflı etki	Komisyona sunulan elden çıkarma çözümü	Yapısal	Hüküm yok

Cihan BİLAÇLI

20	27.8.2009; 09-40/986-248	THY/ Havaş	Havaalanı yer hizmetleri pazarı & havayolu ile kargo ve yolcu taşımacılığı pazarı	Giriş engelle-ri, THY'nin yüksek alım gücü nedeniyle TGS'nin yüksek yazar payına ulaşarak HD'a gelmesi	Dikey	Sözleşme hükümlerinin ve alım prosedürünün değiştirilmesi	Davranışsal	Hüküm yok
21	18.11.2009; 09-56/1338-341	Lafarge/ Oyak	Çimento & hazır beton & agrega & liman işletmeciliği	Çimento pazarında Oyak'ın Zonduldak'ta HD'a gelmesi, Bolu ve Düzce'de HD güçlendirilmesi	Yatay tek taraflı etki	Tesislerden birinin işlem kapsamından çıkarılması (elden çıkarma gibi değerlendirilebilir)	Yapısal	Hüküm yok
22	8.7.2010; 10-49/929-327	Novartis/ Nestle	İlaç pazarı	Tanımlanan alt pazarların üçünde HD yaratılması ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması	Yatay tek taraflı etki	Elden çıkarma	Yapısal	Hüküm yok
23	8.7.2010; 10-49/900-314	TMSF/ Mey-2	Rakı pazarı & votka pazarı & cin pazarı & likör pazarı & viski pazarı	Rakı ve cin pazarlarında HD güçlendirilmesi & votka pazarında HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Elden çıkarma	Yapısal	Denetleyici ve elden çıkarma uzmanı
24	16.9.2010; 10-59/1195-451	Türk Telekom/ Invitel	fiber optik kablolar üzerinden sağlanan altyapı hizmetleri & yurtdışı çıkışlı fiber optik kablolar üzerinden sağlanan altyapı hizmetleri	Mevcut HD'un güçlendirilmesi	Yatay tek taraflı etki	Vodafone'a 18 yıl süreyle intifa hakkı tanınması	Davranışsal	Hüküm yok
25	17.8.2011; 11-45/1043-356	Diego/ Mey	Rakı pazarı & votka pazarı & cin pazarı & likör pazarı & viski pazarı	Cin pazarında HD güçlendirilmesi & likör pazarında HD yaratılması	Yatay tek taraflı etki	Elden çıkarma	Yapısal	Denetleyici uzman

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

26	17.11.2011; 11-57/1473-539	Mars/ AFM Sinema	Sinema salonu hizmetleri	Bazı mikro pazarlarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması	Yatay tek taraflı etki	Elden çıkarma ve kapama & ortalama bilet fiyatlarının bildirilmesi	Yapısal	Elden çıkarma uzmanı
27	26.2.2014; 14-08/155-66	SGH/ THY Opet	Havacılık yakıtları pazarı	THY Opet HD'da, işlem neticesinde alt/üst pazarda rakiplerin girişinin engellenmesi ve/veya fiyatların artmasına yol açabilecek konuma gelinmesi	Dikey	Erişim sağlama, erişim ücreti EPDK tarifesine bağlı & ayrımcılık yapmama & hizmete ilişkin miktar kısıtlamasını kaldırma ve süreyi azaltma	Davranışsal	Hüküm yok
28	16.7.2014; 14-24/482-213	Mobil/ THY Opet	Havacılık yakıtları pazarı	THY Opet HD'da, işlem neticesinde alt/üst pazarda rakiplerin girişinin engellenmesi ve/veya fiyatların artmasına yol açabilecek konuma gelinmesi	Dikey	Detaylı erişim sağlama, erişim ücreti tarifeye bağlı & ayrımcılık yapmama	Davranışsal	Hüküm yok
29	15.12.2014; 14-52/903-411	Lesaffre/ Dosu Maya	Yaş ekme mayası & kuru ekme mayası	Yaş ekme mayası pazarında birlikte HD'a gelinerek rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması	Yatay koordinasyon doğurucu	Elden çıkarma ve alıcı kişi ile anlaşması imzalanması & Dosu mayanın markalarının korunması (en az 5 yıl); fiyat kontrolü; mevcut dağıtım anlaşmalarının sürdürülmesi; yeni coğrafi pazarlara açılım	Yapısal & Davranışsal	Düzenli aralıklarla raporlama yapılması

Cihan BİLAÇLI

30	22.1.2015; 15-04/52-25	Bekaert/ Pirelli	Çelik lastik kordu & hortum takviye teli & lastik topuk teli	Yüksek pazar gücü; uzun dönemli tedarik sözleşmeler giriş engeli yaratılması	Dikey	Yerli lastik üreticileri ile üç yıllık bir süreyle sınırlı kalmak kaydıyla tedarik sözleşmesi; tedarik rekabetçi fiyatlardan sağlanacak; münhasırlık yok; istenen miktarda ürün tedarik edilecek (arz kısıtlaması yok)	Davranışsal	Hüküm yok
31	29.1.2015; 15-05/59-26	GlaxoSmithkline	İlaç pazarı (genel olarak)	Bazı alt pazarlarda HD yaratılacağı ve güçlendirilmesi	Yatay tek taraflı etki	Komisyon'a sunulmuş taahhütler çerçevesinde ayırıştırma	Yapısal	Gerçekleştirildiğinde Kurum'a tevsik edilmesi
32	9.7.2015; 15-29/420-117	AEH/ Migros	Perakende pazarı (genel olarak)	Bira pazarı özelinde müşteri kısıtlamasına yol açılabilir & işlem sonrası Migros bünyesinde sahip olunan tüketici bilgileri nedeniyle koordinasyon riski	Dikey	3 yıl süre boyunca Migros'un AEH'in rakiplerine ticari açıdan ayrımcılık yapmayacağı ve Migros'un AEH rakipleriyle yapacağı toplantılara müdahil olmayacağı & koordinasyon konusunda ise AEH bünyesinde görev yapan yöneticiler Migrosta yönetici olmayacak; bilgi duvarları kurulacak	Davranışsal	Denetçi uzman

*Hakim Durum



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