

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK VE ABD HUKUKUNDA ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Esmahan ARSLAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Ankara – 2007

ONAY

Esmahan ARSLAN tarafından hazırlanan ‘Türk ve ABD Hukukunda Şirket Birleşmeleri’ adlı bu çalışma, 03.10.2007 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

Prof.Dr. Rıza AYHAN

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof.Dr. Asuman TURANBOY

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

I. BİRLEŞME KAVRAMI	3
A. Ekonomik Tanımlar.....	3
1. Şirket	3
a. Teşebbüs ve İşletme Kavramı	3
b. Ticari Şirket Kavramı	4
2. Birleşme	4
a. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Ekonomik Birim Haline Gelmesi	4
b. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Hukuki Birim Haline Gelmesi	5
c. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Ekonomik ve Hukuki Birim Haline Gelmesi	5
B. Hukuki Tanımlar	5
C. Borçlar Kanunu'ndaki Genel Hükümler	6
1. Genel Olarak	6
2. Şartları	7
a. Aktif ve Pasiflerin Devri	7
b. Sözleşme Yapılması	8
c. Rekabet Kurulu' na Bildirim ve İzin	8
ç. İlan veya İhbar	9
3. Sonuçları	9
4. Türk Ticaret Kanunu Hükümleri ile Birlikte	

Değerlendirme	10
II. BİRLEŞMENİN TEMEL ŞARTLARI	10
A. En Az İki Ticaret Şirketinin Mevcudiyeti	10
1. Birleşmeye Taraf Olabilecek Şirketler	11
2. Birleşecek Şirketlerin Sayısında Alt ve Üst Sınırlar	11
B. Ticaret Şirketlerinin Nevilerinin Aynı Olması Şartı	12
C. Malvarlıkları veya İşletmelerin Birleşmesi	12
Ç. Ortakların Yeni Şirkette Ortak Sıfatını Kazanması	16
1. Ortakların Yeni Şirkette Ortak Sıfatını Kazanmasının Niteliği	16
2. Ortaklar Birleşmesinin Hukuki Anlamı	17
III. BİRLEŞMELERDE İZLENECEK USUL	18
A. Devralma Yolu İle Birleşme İşlemleri	18
B. Yeni Şirket Kurulması Yoluyla Birleşme İşlemleri	21
C. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' da Yer Alan Birleşme Hükümleri	22
1. Kanunun Amacı ve Uygulama Alanı	22
2. Rekabet Hukukunda Şirket Birleşmeleri	24
3. Birleşme ve Devralmalara İlişkin Kontrol Mekanizmaları	26
IV. BİRLEŞMENİN SONUÇLARI	30
A. En Az Bir Şirketin Tasfiyesiz Dağılması ve Tüzelkişiliğin Sona Ermesi	31
B. Tasfiyesiz Dağılma İlkesi	32
1. Tasfiyenin Doğuracağı Problemler	33
2. Borçlu Tarafın Değişmesi Karşısında Alacaklıların Korunması	34
3. Tasfiyesiz Dağılmanın Sonuçları	35
V. KÜLLİ HALEFİYET İLKESİ	35
A. Külli Halefiyet İlkesinin Uygulama Alanı	36
B. Külli Halefiyet İlkesinin Birleşmelere Uygulanması	36

1. Mutlak Malvarlığı Hakları Yönünden	37
2. Alacak ve Borçlar Yönünden	38
3. Sözleşmeler Yönünden	40
4. Davalar Yönünden	41
C. Birleşmede Külli Halefiyet İlkesinin İşlevi	42
VI. YENİ TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI	
UYARINCA ŞİRKET BİRLEŞMELERİ	42
A. Genel Olarak	42
B. Birleşme ve Bölünme Hükümleri Bakımından Mevcut	
TTK ve Yeni TTK Tasarısının Karşılaştırılması	43

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

I. GENEL OLARAK	51
A. Tanımı	51
B. Şirket Devir ve Birleşmelerinin Düzenlendiği Kanunlar	52
1. Menkul Kıymetlere İlişkin Kanunlar	52
2. Antitröst (Rekabeti Koruyucu) Yasalar	53
C. Birleşmelerde Ekonomik Yaklaşımın Rolü	54
Ç. Birleşmelerin Rekabete Etkilerinin Analizi	55
D. Ekonomik Yaklaşımın Yanı Sıra Ek Kriterlerin Rolü ...	56
E. Adalet Bakanlığı' nın Birleşme Rehberleri	57
II. BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ	58
A. Yatay Birleşmeler	58
1. Genel Olarak	58
2. Pazar Gücünü Tayin Eden Temel Faktörler	59
a. Pazara Giriş Engelleri	60
b. Pazar Yapısı	60
3. Yan Faktörler	61

a. Piyasa Dinamikleri	61
b. Birleşen Şirketlerin Finansal Durumları	62
c. Yabancı Şirketleri Etkileyen Özel Faktörler	63
ç. Ürün Yapısı ve Satış Terimleri	64
(1) Homojenlik-Heterojenlik	64
(2) Pazar Tanımının Doğru Değerlendirilmesi	64
d. Özel Ticari Muameleler ve Satın Almalarla İlgili Genel Bilgi	65
e. Küçük Şirketlerin Potansiyeli	66
f. Piyasadaki Şirketlerin Davranışları	66
(1) Önceki Gizli Anlaşmalar	66
(2) Kolaylaştırıcı Uygulamalar	67
(3) Yıkıcı Şirketin Katılma Suretiyle Birleşmesi	67
g. Piyasa Performansı	68
h. Yoğunlaşma Eğilimi	69
ı. Verimlilik	69
i. Batan Şirketler ve Bölünmeler	71
j. Adalet Bakanlığı ve FTC Standartlarına Alternatifler	73
B. Yatay Olmayan Birleşmeler	75
1. Genel Olarak	75
2. Potansiyel Rekabetçi Birleşmeler	76
a. Genel Olarak	76
b. Rehberlerce ve İçtihat Hukuku İle Düzenlenmiş Konular	78
c. Sonuç	81
3. Dikey Birleşmeler	82
a. Genel Olarak	82
b. Rehberler	83
(1) Giriş Engellerinin Artması	83
(2) Gizli Anlaşmalar Yapılması	85

c. Rehberler Dışı Nedenler	86
(1) Diğer Rekabete Aykırı Etkiler	86
(2) Mahkeme Emsal Kararları	87
4. Karma Birleşmeler	88
a. Genel Olarak	88
b. Karşılıklı Pazarlıklar veya Bağlı Satış	89
c. Oligopoller Tarafından Yapılan Muvazaalı İşlemler	90
ç. Aşırı Derecede Büyük Şirketlerin Meydana Gelmesi	91
C. Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures) ve Kısmi Devralmalar	92
1. Genel Olarak	92
2. Müşterek Teşebbüsler ve Rekabet	92
3. Kısmi Devralmalar	94
III. PAZAR TANIMI	94
A. Genel Olarak	94
B. Mahkemelerde Kabul Gören Pazar Tanımı	96
C. Birleşme Rehberleri	98
Ç. Ürün Pazarı Tanımı	98
1. Genel Yaklaşım	98
2. ‘İyi İkame Edilebilen’ Ürünlerin Teşhisi	99
3. Pazarlar ve Alt Pazarlar	101
4. İlgili Ürünü Arz Eden Firmaların Teşhisi	101
D. Coğrafi Pazar Tanımı	102
E. Sonuç	102
SONUÇ	104
KAYNAKÇA	111
ÖZET	117
ABSTRACT	119

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
başk.	: başkaları
BATİDER	: Banka ve Ticaret Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Co.	: Company
Corp.	: Corporation
Der.	: Dergi
E	: Esas
FTC	: Federal Trade Commission
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHI	: Herfindahl-Hirschman Endeksi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar
MINN.	: Minnesota
Nat'l	: National
No.	: Numara
P&G	: Procter and Gamble
PNB	: Philadelphia National Bank
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
US	: United States
UBC	: The University of British Colombia
vd	: ve devamı

GİRİŞ

1950' li yılların başlarından itibaren, sanayi toplumunun yerini bilişim toplumu almaya başlamış ve rekabet artarak ticari işlemler çeşitlilik kazanmıştır. Özellikle 90' ılı yıllara gelinmesiyle birlikte, küreselleşmenin de etkisiyle, şirket birleşmeleri ve satın almaları, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, özellikle çokuluslu şirketlerin tercih ettiği bir şirket stratejisi halini almaya başlamıştır. Nitekim bu yüksek lisans tezinde ABD hukukunda şirket birleşmelerinin ele alınmış olması, şirket birleşme ve devralmalarının ilk olarak ABD' de ortaya çıkması ve yaygınlaşmasından kaynaklanmaktadır.

Bu yüksek lisans tezinin konusunu oluşturan ticaret şirketi birleşmeleri, iki şirketin hukuksal ve ekonomik yönden tek bir işletme altında bir araya gelmesini amaçlamaktadır. Şirket birleşme ve satınalmalarının altında yatan en önemli nedenler, stratejik büyüme, risk azaltma, vergi avantajları sağlama, verimliliği arttırma, rekabet gücünü arttırma, yeni pazarlara girme ve maliyetleri azaltmaktır. Bu nedenlerle, 1990' ılı yıllarda özellikle perakende, finans, gıda, ilaç, otomotiv ve bilişim sektörlerinde birleşme ve satınalmalara sıkça rastlanmaktadır.

Birleşmelerin, birleşen şirketler arasındaki rekabetin ortadan kalkması, müşteri çevrelerinin genişlemesi, pazarlama imkanlarının ve pazar güçlerinin artması gibi faydalarının yanında, monopolleşmelere neden olması gibi olumsuz sonuçları da olabilmektedir. Bu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması için de, başta Rekabet Hukuku düzenlemeleri olmak üzere, yasal önlemler alınmaya çalışılmaktadır. Özellikle ABD' de, birleşme ve satınalmaları denetim altında tutabilmek amacıyla, rekabeti koruyucu kanunlar ve yoğunlaşma kontrolleri ön plana çıkmıştır. Birleşmelerin hızla artması ve bir şirket stratejisi haline gelmesi, bu yüksek lisans tezinin konusunun ticaret şirketi birleşmeleri olarak belirlenmesine neden olmuştur.

Tezimin birinci bölümünde, Türk Hukukunda ticaret şirketi birleşmeleri ele alınmış, temel kavramların kısa açıklamalarına yer verilmiş, birleşmenin şartları, birleşme sırasında izlenecek prosedür ve birleşmenin sonuçları anlatılmıştır. Yine bu bölümde, birleşmelerde önemli bir husus olan külli halefiyet ilkesi ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Son olarak da, Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, şirket birleşme ve bölünmelerine ilişkin olarak getirilmiş maddeler incelenerek, mevcut Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemelerle karşılaştırması yapılmıştır.

Tezin ikinci bölümünü oluşturan ABD Hukukunda Şirket Birleşmelerinde ise, ilk olarak birleşmelere ilişkin düzenlemelerin getirilmiş olduğu kanunlara kısaca değinilmiş ve genel bir açıklama yapılmıştır. Daha sonra birleşme çeşitleri ve piyasa tanımı ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise, her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri'nde ticaret hukukunun kapsamı Türk hukuku ile karşılaştırma yapmaya olanak bırakmayacak kadar farklı olsa da ve birbirinden farklı düzenlemelere yer verse de, genel hatlarıyla her iki hukuktaki benzer düzenlemelere değinilmiştir. Nitekim ABD hukukunda şirket birleşmelerine ilişkin düzenlemeler, Türk hukukundan farklı olarak, antitröst yasalarla şekillenmiş, uygulamada doğan boşluklar ise mahkeme kararlarıyla doldurulmuştur. Bu nedenle her iki hukukun karşılaştırılması, ancak antitröst yasalarla getirilen hükümlerin Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleriyle mukayesesi şeklinde olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TİCARET ŞİRKETİ BİRLEŞMELERİ

I. BİRLEŞME KAVRAMI

A. Ekonomik Tanımlar

Şirket birleşmeleri kavramının ekonomik açıdan tanımını yapabilmek için “şirket” ve “birleşme” kavramlarının ayrı ayrı açıklamasının yapılması yararlı olacaktır.

1. Şirket

Her şeyden önce sözünü ettiğimiz “şirket” kavramından kastımız; “ticari şirketler” kavramı içerisinde sayılan şirketlerdir.

a. Teşebbüs ve İşletme Kavramı

Teşebbüs, mal veya hizmet üretmek üzere, üretim faktörleri olan emek, doğa ve sermayenin girişimci aracılığıyla bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız ekonomik bir birimdir. Bu tanımdan, kuruluşunda belirlenen amacı gerçekleştirmek üzere mal veya hizmet üreten ve fakat kar etme amacı olmayan dernek, vakıf gibi kuruluşların da “teşebbüs” kavramı içerisinde yer alabileceğini söyleyebiliriz. Bu bakımdan teşebbüs, ticari şirketleri de içerisine alan geniş bir kavram olduğundan çalışma konumuz dışında kalmaktadır.

Doğrudan doğruya mal veya hizmet üretimin gerçekleştirildiği teknik birim ise işletmedir. İşletmeler tek başlarına bir hukuki işlemin öznesi olmayan ve bağımsızlığı da olmayan, bir ticari şirkete bağlı birimlerden bir

tanıdır. Her ticari ortaklığın veya teşebbüsün bir veya birden fazla işletmesinin olması da doğaldır. Bu bakımdan, aynı ticari şirket içerisinde yer alan iki işletmenin birleşmesi üretim faaliyetinin yeniden düzenlenmesi olarak tanımlanabilir. İşletme birleşmeleri de, teşebbüs kavramının tam tersine dar bir kavram olduğu için bizim çalışma konumuz dışında bulunmaktadır.

b. Ticari Şirket Kavramı

Yukarıda yaptığımız tanımlamaların ışığında, çalışma konumuzu oluşturan şirketten kastımız, kar elde etmek amacıyla, mal veya hizmet üretmek üzere, teşebbüs tarafından üretim faktörlerinin bir araya getirildiği, hukuki işlemlerin öznesi veya konusu olabilen bağımsız ticari ortaklık veya teşebbüslerdir. Türk Ticaret Kanunu uyarınca; ticaret şirketi olarak belirlenen şirketler; kollektif şirket, komandit şirket (adi ve paylı komandit şirket), anonim şirket ve limited şirketlerle kooperatiflerdir (TTK 136).

2. Birleşme

Birleşme, karşımıza üç değişik şekilde çıkabilir:

a. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Ekonomik Birim Haline Gelmesi

Ekonomik bağımsızlığa, yani yönetim ve muhasebe özerkliğine, plan ve politikalarını amaç ve çıkarları doğrultusunda belirleme gücüne sahip iki şirketin bir araya gelerek, tek bir ekonomik birim haline gelmesi veya ekonomik bağımsızlığa sahip bir şirketin holding gibi bir üst ekonomik birliğe dahil olmasıdır. Bu halde, şirketlerin ekonomik bağımsızlıklarını kaybetmeleri onların hukuki statülerinde herhangi bir değişikliğe yol açmasını gerektirmez. Başka bir deyişle, şirketler bu tarz birleşmelerde hukuki varlıklarını devam ettirmektedirler. Bir anonim şirketin, diğer bir anonim şirketin tüm pay senetlerini alması veya kendi pay senetleri ile değiştirmesi sonucunda bir

holding durumuna gelmesi bu tür birleşmeye örnek olarak gösterilebilir. Ancak bizim çalışma konumuzu oluşturan birleşmelerde, en az bir şirketin hukuki bağımsızlığının sona ermesi gerektiğinden bu tür birleşmeler de bizim çalışma konumuz dışında kalan birleşmelerdir.

b. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Hukuki Birim Haline Gelmesi

Bu tür birleşmelerde, iki veya daha fazla şirketin birleşmesi veya devralınması yoluyla bir şirketin hukuk öznesi olabilme özelliği sona erdirilmektedir. Bu tür birleşmelerde, geriye hukuk öznesi olabilen tek bir şirket kalmaktadır. Bu durumda, genellikle hukuki bağımsızlığını kaybeden şirket ekonomik bağımsızlığını da kaybetse de, kimi zaman belli ölçülerde ekonomik bağımsızlıklarını devam ettirdikleri de görülmektedir.

c. İki veya Daha Çok Şirketin Tek Bir Ekonomik ve Hukuki Birim Durumuna Gelmesi

Burada tek bir şirket yararına tüm ekonomik ve hukuki bağımsızlıkların tamamen yitirilmesi söz konusudur. Bu tür birleşmelerde ortaya bağımsız bambaşka bir şirket çıkar. Bu şirket, diğerini veya diğerlerini devralan başka bir şirket olabileceği gibi, yeni kurulmuş bir şirket de olabilir.

B. Hukuki Tanımlar

Türk Ticaret Kanunu' nun 146. maddesinde şirket birleşmeleri tanımlanmıştır. Bu madde, genel hüküm olarak getirilmiştir ve açıkça iki tip birleşmeden bahsetmektedir. 146. madde uyarınca; birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya bir ya da daha fazla ticaret şirketinin, mevcut başka bir şirket tarafından devralınmasıdır.

Birleşme, en az bir şirketin ortaklarının, başka bir şirketin ortaklığına alınması karşılığında, malvarlığı veya işletmesini, aktif ve pasifleriyle bir

bütün olarak diğer şirkete devretmesi sonucunda, tasfiyesiz olarak dağılması (devralma yoluyla birleşme) veya en az iki şirketin ortaklarının, yeni kurulan başka bir şirketin ortaklığına alınması karşılığında, malvarlıkları veya işletmelerini, aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak yeni şirkete devretmeleri sonucunda tasfiyesiz olarak dağılmaları (yeni bir şirket kurulması yoluyla birleşme) olarak tanımlanabilir ¹. Her iki şekildeki birleşme sonucunda, iki veya daha çok şirket tek bir şirket durumuna gelmektedir.

Birleşmede, esas unsur malvarlıkları veya işletmelerin birleşmesi olsa da, birleşme aynı zamanda ortakların birleşmesini de kapsamaktadır ². Başka bir deyişle, birleşme sonucunda, dağılan şirketin pay sahipleri, devralan veya yeni kurulan şirketin pay sahibi yani ortağı olurlar.

Ticaret Kanunu' nun 147. maddesinde ise, birleşmelere sınırlandırma getirilerek, birleşecek şirketlerin aynı neviden olması gerektiği belirtilmiştir.

Anonim şirketlerin birleşmesi açısından ise, TTK 451. ve 452. maddelerinde özel hükümler getirilmiştir. Ancak kanunumuzda genel hükümler ile özel hükümler arasında uyum yoktur. Genel hükümler eski Ticaret Kanunumuzdan, dolayısıyla İtalyan Ticaret Kanunu' ndan, özel hükümler ise Alman Ticaret Kanunu' ndan gelmektedir ³.

C. Borçlar Kanunu' ndaki Genel Hükümler

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu' nun 179. maddesinde, ticari işletmeler de dahil olmak üzere her tür işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrine, 180. maddede ise işletmelerin birleşmesine ve şeklini değiştirmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Borçlar Kanunu' nun ilgili hükümlerinde, Türk Ticaret Kanunu' ndakinden farklı olarak, yalnızca işletme devralmaları düzenlenmiştir ⁴.

¹ TÜRK, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1986, s. 37.

² YASAMAN, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s. 5.

³ TEKİNALP, Ünal, Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı ve Bazı Problemler, Banka Der. C. VIII, S. 10, 25 vd., s. 26.

⁴ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 39.

BK 179. madde uyarınca; bir malvarlığı veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimsenin, bunu alacaklılara ihbar veya gazeteye ilan ettiği tarihten itibaren, onlara karşı malvarlığı veya işletmenin borçlarından sorumlu olacağı, söz konusu sorumluluğun, muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden itibaren, henüz muaccel olmamış borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağı ve sorumluluğun süresinin iki yıl olduğu, bu süre içerisinde borçluların müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

BK 180. maddede ise; iki işletmenin karşılıklı olarak aktif ve pasiflerini devretmek suretiyle birleşmeleri halinde yeni bir işletmenin meydana geleceği düzenlenmiştir. Söz konusu yeni işletme, alacaklılara karşı birleşme anından itibaren sorumlu olacaktır ve birleşen işletmelerin sahipleri, birleşme dışında kalan malları ile birleşmeden önceki borçlar için alacaklılara karşı, yeni işletmeyle birlikte, iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olacaktır ⁵.

2. Şartları

a. Aktif ve Pasiflerin Devri

BK 179 uyarınca, devrin gerçekleşebilmesi, işletmenin aktif ve pasif malvarlığının devredilmesine bağlıdır. Ancak BK 179. maddenin uygulanabilmesi için, malvarlığı ya da işletmenin tümünün devrolunması gerekmemektedir. İşletmenin devrolunan unsurlarla dahi işletme olarak devamı mümkünse BK 179' un uygulanması mümkündür ⁶. Bununla birlikte, devrin aktiflerle birlikte pasifleri de kapsaması, alacaklıların korunması amacıyla getirilmiş bir emredici düzenleme olduğundan, yalnızca aktiflerin ya da pasiflerin devrini öngören bir sözleşme BK 179. madde uyarınca geçersiz olacaktır ⁷.

⁵ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006, s. 418.

⁶ ARKAN, s. 40.

⁷ YASAMAN, s. 18.

b. Sözleşme Yapılması

Bir malvarlığı veya işletmenin devrinden maksat, malvarlığı veya işletmenin aktifindeki haklar ile pasifindeki borçların tümünün bir sözleşme ile bir taraftan diğer tarafa geçeceği konusunda anlaşma yapılması ve bu sözleşme uyarınca hakların ve borçların nakledilmesidir ⁸. İşletmenin devri için tek bir sözleşme yapılması yeterli olduğu gibi, bu sözleşme herhangi bir şekil şartına da bağlanmamıştır ⁹.

Bununla birlikte, BK 179' da külli halefiyet öngörülmediğinden, ticari işletme içerisinde, devri kanunen özel şekle bağlanmış unsurlar varsa, bunların her birinin devri uygun işlem ile gerçekleştirilmelidir. Örneğin; gayrimenkuller için tapuda tescil, alacaklar için yazılı temlik sözleşmesi, menkullerde zilyetliğin devri gibi. Buna karşılık, borçların devri için ayrı bir işlem yapılmasına gerek yoktur ¹⁰. Tarafların devir konusunda anlaşması, borçların nakli açısından yeterlidir. Yani bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devredilmesi halinde, borçların devralana geçmesi için, genel kuraldan farklı olarak, borcu üstlenen ile alacaklı arasında ayrıca borcun nakli sözleşmesinin yapılmasına gerek yoktur. Borçlar, alacaklıların onayı aranmaksızın, ihbar veya ilan ile nakledilmiş olur ¹¹. Tarafların bilmedikleri borçlar dahi devir sözleşmesinin kapsamı içerisinde olacaktır ¹².

c. Rekabet Kurulu' na Bildirim ve İzin

İşletmenin devralınmasında, devrin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için bazı durumlarda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' un 7. maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu' na bildirim yapılarak izin alınması da gerekebilir.

⁸ ACEMOĞLU, Kevork, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 5.

⁹ ARKAN, s. 40.

¹⁰ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 945.

¹¹ REİSOĞLU, s. 418.

¹² TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 1142.

1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 No.lu Tebliğ' in ¹³ 4. maddesi uyarınca; birleşme veya devralma sonucunda ilgili şirketler, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25' ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını (25 milyon YTL) aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur.

d. İlan veya İhbar

Devir sözleşmesinin tamamlanabilmesi için, ilan edilmesi veya alacaklılara ihbar edilmesi şarttır. Malvarlığı veya işletmenin devrinin ilan mı yoksa ihbar mı edileceği devralanın tercihinin bırakılmıştır ¹⁴. İhbar herhangi bir şekil şartına bağlı olmazken, ilanın gazeteler aracılığıyla yapılması gerekmektedir.

3. Sonuçları

Ticari işletmenin devriyle birlikte, devir sözleşmesinde devrin kapsamı dışında tutulan unsurlar dışındaki, işletmeye daimi şekilde tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer.

Devir sözleşmesinin ihbar veya ilanından itibaren iki yıl süresince, devreden ve devralan işletmenin alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır. Söz konusu sorumluluk, muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden itibaren, henüz muaccel olmamış borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır. İki yıllık süre hak düşürücü süre olup, hakim tarafından resen dikkate alınacaktır ¹⁵.

¹³ 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 No.luTebliğ, <http://www.rekabet.gov.tr/word/teblig1.doc>

¹⁴ OĞUZMAN, s. 945.

¹⁵ ARKAN, s. 44.

Ticari işletmenin devrinde, devreden lehine kefil olan veya rehin veren üçüncü kişinin sorumluluğu da söz konusu iki yıl boyunca devam edecektir ¹⁶.

4. Türk Ticaret Kanunu Hükümleri ile Birlikte Değerlendirme

BK 179. ve 180. maddeleri, genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerdir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanununda ticari şirketlerin birleşmesine ilişkin genel ve özel hükümler getirilmiştir. TTK 146. maddenin 2. fıkrasında da, özel hükümler saklı kalmak şartıyla, ticaret şirketlerine ilişkin birleşmelerde devam maddelerdeki hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, BK 179. ve 180. maddeler, yalnızca Ticaret Kanunundaki birleşme hükümlerinin uygulanamayacağı nitelikteki, TTK'ya göre birleşme sayılmayan veya aktif veya pasifin yalnızca bir kısmının devrinde uygulama alanı bulabilecektir ¹⁷.

II. BİRLEŞMENİN TEMEL ŞARTLARI

A. En Az İki Ticaret Şirketinin Mevcudiyeti

Türk Ticaret Kanunu' nun 451. ve 452. maddelerinde; birleşmede, en az bir ticaret şirketinin malvarlığı veya işletmesinin bütün aktif ve pasifleriyle birlikte başka bir ticaret şirketine devrinden veya en az iki ticaret şirketinin malvarlıkları veya işletmelerinin bütün aktif ve pasifleriyle birlikte yeni kurulacak bir ticari şirkete devredileceğinden bahsedilmektedir. Bu iki maddenin bir arada değerlendirilmesi sonucunda; birleşme öncesinde en az iki şirketin var olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁶ OĞUZMAN, s. 946.

¹⁷ YASAMAN, s.16.

1. Birleşmeye Taraf Olabilecek Şirketler

Ticaret şirketlerinin neler olduğu Türk Ticaret Kanunu' nun 136. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu madde uyarınca; ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir.

Bir birleşmede, birleşmenin tarafları mutlaka ticaret şirketi niteliğinde olmalıdır ¹⁸. Bu kural uyarınca örnek verilirse; bir ticari şirket ile adi şirketin birleşmesi söz konusu değildir. Nitekim adi şirketin herhangi bir tüzelkişiliği bulunmadığından, bir ticari şirketle girişeceği işlemler, adi şirketin ortaklarıyla diğer ticari şirket arasında olacaktır. Yine aynı şekilde, henüz kuruluş işlemleri tamamlanmamış ve ticaret siciline kaydolmamış, dolayısıyla henüz tüzelkişilik kazanmamış bir ticari şirket, adi şirket sayılacağından, böyle bir şirketin de, bir ticari şirketle birleşmesi söz konusu olamaz. Diğer taraftan, tüzelkişiliğe sahip olmakla birlikte, ticaret şirketi niteliği taşımayan kuruluşların da birleşmenin tarafı olması düşünülemez ¹⁹. Bir birleşmenin sadece malvarlıksal değil, ortaklığı da kapsayan bir işlem olması, taraflarının yalnızca ticaret şirketleri olmasını gerektirir.

2. Birleşecek Şirketlerin Sayısında Alt ve Üst Sınırlar

Birleşme öncesinde en az iki ticaret şirketinin varlığı ve bunlardan en az birinin dağılması mecburidir ²⁰. Birleşmeler açısından herhangi bir üst sınır ise kanunda belirlenmemiştir. Hem TTK 146. maddede hem de TTK 452. maddede, şirket birleşmelerine ilişkin üst sınır açık bırakılmıştır. Bu nedenle, her somut olayda mevcut durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

¹⁸ TÜRK, s. 50.

¹⁹ TÜRK, s. 52.

²⁰ YASAMAN, s. 34.

B. Ticaret Şirketlerinin Nevilerinin Aynı Olması Şartı

TTK 147/I uyarınca, birleşme ancak aynı neviden şirketler arasında olabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, hangi şirketlerin aynı neviden sayıldıkları belirtilmiştir. Buna göre; kollektif ile komandit şirketler, anonim ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı neviden sayılmaktadır. Yani örnek olarak vermek gerekirse, bir anonim şirket ile limited şirket veya kollektif şirketin birleşmesi mümkün değildir.

TTK 152. madde uyarınca da; bir ticaret şirketinin nevinin başka bir ticaret şirketi nevine çevrilmesi düzenlenmiştir. Örneğin; bir anonim şirketle, kollektif şirket birleşmek isterse, öncelikli olarak, kollektif şirketin nevi değiştirilerek, anonim şirket veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket haline dönüşmesi gerekir. Aksi takdirde, birleşmenin gerçekleşmesi mümkün değildir.

C. Malvarlıkları veya İşletmelerin Birleşmesi

Birleşmede, iki ticaret şirketinin varlığı dışında, malvarlıkları veya işletmeler birleşmesi ve ortaklar birleşmesinin de olması gerekir. Malvarlıkları veya işletmeler birleşmesi ve ortaklar birleşmesi, iki veya daha çok ticaret şirketinin arasındaki ekonomik toplanmanın birleşme olarak değerlendirilebilmesi için zorunlu iki unsurdur. Bu iki zorunlu unsurdan birinin eksikliği, o toplanmayı birleşme olarak nitelendirmemize engel olur ²¹. Nitekim sadece malvarlığı unsuru ile bir işletmenin devri BK 179. maddeki genel hükümlere tabidir. Buna karşılık, ticaret şirketlerinin birleşmesinde yalnızca malvarlığının değil, ortakların da birleşmesi gerekmektedir.

Malvarlığı, eski mamelek kavramının Türkçeleştirilmiş karşılığıdır ²². Malvarlığı, bir gerçek veya tüzelkişiliğin parayla ölçülebilir hak ve borçlarının,

²¹ TEKİNALP, Ünal/ POROY, Reha/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997, s. 416.

²² AYİTER, Nuşin, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968, s. 97.

yani aktif ve pasiflerinin tamamıdır ²³. Bu kavram, yalnızca hakları değil, borçları da içermektedir. Malvarlığı haklarını diğer haklardan ayırmak için kullanılan ölçü, bu hakların ekonomik değer taşımalarıdır ²⁴. Malvarlığı, gerçek ya da tüzelkişinin mali değere sahip hak ve borçlarından meydana gelen ve onun ekonomik kapasitesini ortaya çıkaran hukuki bir bütündür ²⁵. Bununla birlikte, tek başına tüm teşkil eden bir hak objesi olmadığı için, bütünü üzerinde aynı hak tesis edilemez. Malvarlığı, bu malvarlığını teşkil eden her parçasının kendine özgü devir şekillerine uyulmak suretiyle devredilebilir ²⁶. Mülkiyet ve diğer aynı haklar, tesisat, kiracılık hakkı, konusu para ile değerlendirilebilir alacak hakları, markalar, model ve resimler malvarlığı unsurlarına örnektir. Tesisat, hammadde, işletmeye tahsis olunmuş gayrimenkuller gibi unsurlar işletmenin maddi malvarlığını oluştururken, ticaret ünvanı, marka, patent, fikir ve sanat eserleri gibi unsurlar işletmenin gayrimaddi malvarlığını oluşturmaktadır ²⁷.

Mevzuattaki düzenlemeler göz önünde tutulduğunda, birleşmede, ya bir şirketin malvarlığı başka bir şirket tarafından devralınacak ya da en az iki şirketin malvarlığı yeni kurulan bir şirketçe devralınacaktır.

İşletme, ekonomik bir amacın elde edilmesi için organize edilen maddi ve gayrimaddi değerlerin birleşmesidir ²⁸. Yani emek ve sermayenin ekonomik bir çıkar sağlamak amacıyla, girişimci tarafından bağımsız bir şekilde bir araya getirilmesidir.

TTK' da ticari işletme tanımlanmamış, sadece hangi müesseselerin ticari işletme sayıldığı 11. madde ve devamında gösterilmiştir. Türk Ticaret Kanunu' nun 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme olduğu düzenlenmiş, 12. maddesinde ise, her biri tek tek açıklanmıştır. Bununla birlikte, Ticaret Sicili Tüzüğü' nün 14. maddesinin 2. fıkrasında ticari işletme sayılamayacak haller düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; bir gelir sağlamayı hedef tutmayan

²³ TUNÇOMAĞ, s. 683.

²⁴ AYİTER, s. 97.

²⁵ YASAMAN, s. 6

²⁶ YASAMAN, s. 8.

²⁷ KARAPINAR, Aydın, İşletme Birleşmeleri, Ankara, 2006, s. 185.

²⁸ MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Ankara, 1978, s. 40.

veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu' nun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamayacaktır. Bu düzenleme uyarınca; ticari işletmenin unsurları; gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve esnaf faaliyeti sınırını aşmak olarak belirlenebilmektedir. Bu unsurların yanı sıra, TST' de açıkça gösterilmemiş olsa da, faaliyetin bağımsız bir şekilde yürütülüyor olması da gerekmektedir

²⁹.

Gelir sağlamayı amaçlama, ticari işletme niteliğinin kazanılması için yeterlidir. Bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin önemi olmadığı gibi, mevcut malvarlığındaki muhtemel bir eksilmeyi önlemeye yönelik organizasyonlar da bu amacı göstermektedir ³⁰.

Esnaf faaliyeti sınırlarını aşma ise, bir işletmeye ticari işletme unsurunu kazandıran en temel unsurdur. TTK 17. madde ve 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu' nun 2. maddesi uyarınca; esnaf, ister gezici, ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerinde sabit bulunsun, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan, bu nedenle ticaret sicili ve dolayısıyla sanayi odasına kayıtları gerekmeyen sanat ve ticaret sahibi kişi olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımdaki belirsiz noktaların açığa kavuşabilmesi için, 507 sayılı kanunun değişik 6. maddesi uyarınca kurulan, Esnaf ve Küçük Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından, esnaf ve küçük sanatkar ile tacir ve sanayici ayrımı yapılmıştır ³¹. Buna göre; gelir vergisinden muaf olanlar ile kazançları götürü usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre defter tutanlardan iktisadi faaliyetleri nakdi sermayelerinden ziyade bedeni çalışmalarına dayanan ve kazançları ancak geçimlerini sağlamaya yetecek derecede az olan ve Vergi Usul Kanunu' nun 177. maddesinin 1 ve 3 numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, 2 numaralı bendinde yazılı nakdi limitin ise tamamını aşmayanlar esnaf ve küçük sanatkar; Vergi Usul Kanunu' na göre

²⁹ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku I, Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 160.

³⁰ ARKAN, s. 19.

³¹ ARKAN, s. 22.

birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve yukarıda belirtilenlerin dışında kalanlar tacir ve sanayici sayılacaktır.

Bir ticari işletmede malvarlığı unsuru ile insan unsuru bir arada bulunmaktadır. Yani ticari işletmede maddi ve gayrimaddi unsurlardan oluşan malvarlığı ile bu malvarlığını belli bir amaç doğrultusunda organize eden şahıs unsuru bir aradadır ³².

Bir işletmenin devralınması veya başka bir işletmeyle birleşmesine ilişkin düzenlemelerde, söz konusu işlemin, şirketin aktif ve pasiflerinin baz alınarak açıklandığı görülmektedir. Yani malvarlıksal yönüyle, ticari işletme aktif ve pasiflerden oluşur.

İki veya daha çok ticaret şirketinin birleşmesi, bu şirketlerin malvarlıkları veya işletmelerini içlerinden birine veya yeni kurulacak başka bir şirkete devretmeleridir. Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, diğer malvarlığı işletmelerinden farklı olarak, tüm aktif ve pasiflerin devri söz konusudur ³³. Yani bir ticari işletme, maddi ve gayrimaddi malları, hakları ve alıcı çevresi gibi ekonomik değer yaratan tüm etkenleriyle birlikte devredilecektir. Bu nedenle de, ticari işletmelerin devrinde işlem dışı bırakılabilecek bazı malvarlığı öğeleri sözleşme ile belirlenebilirken, ticari şirketlerin birleşmesinde böyle bir olanak söz konusu değildir. Ticari şirketlerin birleşmesinde, bazı öğelerin devralan veya yeni kurulacak olan şirkete geçmesi istenmiyorsa, bunlar, birleşme öncesinde şirket malvarlığı veya işletmesinden ayrılmış olmalıdır. Çünkü birleşme nedeniyle dağılan şirket veya şirketlerin tüm hak ve borçları, külli halefiyet ilkesi uyarınca devralan veya yeni kurulan şirkete geçecektir (TTK 151/1, 451).

Devralınan malvarlıkları veya işletmeler hukuki bağımsızlıklarını yitirmektedirler. Bununla birlikte, devralınan işletmenin belli sınırlar dahilinde ekonomik bağımsızlığını sürdürmesi bazen ekonomik açıdan bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, anonim, paylı komandit şirket ve kooperatiflerin birleşmesinde, devralınan malvarlığı veya işletmenin bir süre

³² YASAMAN, s. 12.

³³ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Adana, 2003, s. 78.

daha özel malvarlığı olarak ayrı yönetilmesi, devralınan şirketin alacaklılarını korumak amacıyla getirilmiş bir zorunluluktur (TTK 452). Bununla birlikte, kollektif, komandit ve limited şirketlerde, alacaklılarına daha önceden birleşmeye itiraz etme hakkı verildiğinden, bu şirketler açısından herhangi bir geciktirici süre bulunmamaktadır.

Birleşmelerde şirket malvarlığının devralınması karşılığında para veya başka bir ivaz ödenmesi söz konusu değildir. Kısmi devralmalarda da bir birleşmeden söz edilemez ³⁴.

Ç. Ortakların Yeni Şirkette Ortak Sifatını Kazanması

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, malvarlıkları veya işletmeler birleşmesini sağlayan devirler, en az bir şirketin ortaklarının başka bir şirkete veya en az iki şirketin ortaklarının yeni kurulacak bir şirketin ortaklığına alınmaları karşılığında yapılmasıyla gerçekleşir ³⁵.

1. Ortakların Yeni Şirkette Ortak Sifatını Kazanmasının Niteliği

Hukuki bakımdan birleşme, şirketler arası bir işlem olarak gerçekleşmekte, örneğin; birleşme sözleşmesi birleşecek şirketlerce yapılmaktadır. Bununla birlikte, birleşme sonucunda, başka bir şirketin veya yeni kurulacak bir şirketin ortağı durumuna gelecek olan devreden şirket değil, devreden şirketin ortakları olacaktır ³⁶. Bu nedenle, birleşmede, ortakların, ayrı ayrı sermaye koyma veya katılma üstlenimlerinde bulunmaları gerekmemektedir. Zaten birleşme sözleşmesi, toplu sermaye koyma veya katılma şeklindedir. Bu yükümlülükler de, birleşecek şirketlerden birinin malvarlığı veya işletmesinin öbürüne veya her ikisinin malvarlıkları veya işletmelerinin yeni kurulacak bir şirkete devretmeleriyle yerine getirilir. Türk

³⁴ YASAMAN, s. 5.

³⁵ TÜRK, s. 80.

³⁶ DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C: I-II, Ankara 1974, s. 461.

Ticaret Kanunu' nun 452. maddesinin ikinci fıkrasında da anonim şirketler açısından bu durum açıkça düzenlenmiştir.

Birleşme sözleşmesinin konusu olan temel edimlerden biri, en az bir şirketin malvarlığı veya işletmesini devretmesi, diğeri ise bu şirketin ortaklarının başka bir şirketin ortaklığına alınmalarıdır ³⁷. Karşı edimin para, tahvil veya benzeri bir ekonomik değerden oluşuyor olması durumunda ise ortada herhangi bir birleşme yoktur, yapılan işlem satım veya trampadır. Dolayısıyla, bu işlem, şirketin tasfiyesi istenmeden yürütülemeyecektir.

Paylı şirketlerin birleşmesinde, malvarlığı veya işletmesini devreden şirketin pay senetleri ile devralan şirketin pay senetleri arasında değer farkı bulunması durumunda ise, pay sahipleri aradaki eksikliği tamamlamak için ya başka pay senetleri satın almak ya da fazla pay senetlerini satmak zorunda kalabileceklerdir ³⁸.

Ticaret Kanunumuzda, paylı şirketlerin birleşmesi sırasında gündeme gelebilecek olan yan edim niteliğindeki para ödemesi düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, doktrinde birçok yazar tarafından, pay senetlerinin değiştirilmesinde ortaya çıkacak kesirlerin, küçük miktarlarda olması ve birleşmenin niteliğine aykırı düşmemesi halinde, para ile ödenmesinin pratik bir çözüm olacağı kabul edilmektedir ³⁹. Nitekim, TTK 451/8 uyarınca, devralan şirket tarafından, devralınan şirketin pay sahiplerine yeni hisse senetlerinin, birleşme sözleşmesinin hükümlerine göre verilecek olduğu hükme bağlandığından, birleşme sözleşmesinde bu konuya ilişkin düzenlemeler getirilebilecektir.

2. Ortaklar Birleşmesinin Hukuki Anlamı

Anonim şirketlerde ve paylı komandit şirketlerin birleşmesinde, devralan veya yeni kurulan şirketin pay sahipliği sıfatının kazanılabilmesi için

³⁷ TÜRK, s. 87.

³⁸ ÇEVİK, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 3. Baskı, Ankara, 1988, s. 97.

³⁹ TEKİL, Fahman, Şirketler Hukuku, C. I: Genel Bilgiler- Adi Şirket- Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1976; C. II: Anonim Şirketler, İstanbul 1976; C. III: Limited Şirketler ve Kooperatifler, İstanbul 1974, 666; TÜRK, s. 93.

pay senetlerinin fiilen teslim edilmiş olması gerekmemektedir. Devralma yoluyla birleşmede, devreden şirketin dağılması, yeni şirket kurulması şeklindeki birleşmede ise, devreden şirketin dağılarak yeni şirketin ticaret siciline tescili ile pay sahipliği de doğmuş olur. Yani dağılan şirketin ortakları, şirket birleşmesinde anılan tescil işlemiyle birlikte, bütün hak ve borçları ile birlikte, kendiliğinden devralan veya yeni kurulan şirketin ortağı olmaktadır.

Buna karşılık, kollektif, komandit ve limited şirketler açısından birleşme kararının ticaret siciline tescil ve ilanı, ortaklar açısından aynı sonuçları doğurmaya yeterli olmamakta, birleşmenin kesinleşmesi koşulu da gerçekleşmelidir ⁴⁰.

III. BİRLEŞMELERDE İZLENECEK USUL

Birleşme usulü, devralma yoluyla birleşme ve yeni şirket kurulması yoluyla birleşmeler açısından iki farklı şekilde işlemektedir.

A. Devralma Yolu ile Birleşme İşlemleri

Devralma yoluyla birleşmede uyulması gereken usulü şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Birleşme sözleşmesinin hazırlanması. Birleşecek ticaret şirketlerinin yönetim kurulları tarafından, karşılıklı görüşmeler sonucunda birleşme sözleşmesi hazırlanır. Birleşme sözleşmesi yazılı olmalı ve imzalar da noterce onaylanmalıdır ⁴¹. Söz konusu sözleşmede, devralma sonucunda, dağılan şirketin ortaklarına verilecek olan paylar, devralan şirketin ne miktarda sermaye arttıracığı ve gerekli tüm ayrıntılar düzenlenir ⁴².

⁴⁰ TÜRK, s. 102.

⁴¹ PULAŞLI, s. 82.

⁴² YASAMAN, s. 61.

2. Dağılan şirketin malvarlığının tespiti için mahkemece bilirkişi incelemesi yapılması. Devralan şirketin sermayesi, dağılan şirketin malvarlığı oranında artacağından, arttırılacak sermaye miktarının belirlenebilmesi için, devralan şirketin yönetim kurulu, mahkemeye başvurarak, dağılan şirketin malvarlığının, bilirkişi incelemesi ile tespitini talep ederler. Mahkeme, bilirkişilerden birleşecek şirketlerin malvarlığını, devralan şirketin yapması gereken sermaye arttırım tutarını ve birleşmenin hukuken sakıncalı olup olmadığını tespit etmelerini ister ⁴³.
3. Birleşme sözleşmesinin taraf şirketlerce imzalanması.
4. Devralacak şirketin esas sözleşme değişikliği metninin hazırlanması ve bu sebeple Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan sermaye arttırımına yönelik izin alınması. Esas sözleşme değişikliğini yapacak olan devralan şirket, birleşme sözleşmesi ve mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi ile birlikte bakanlığa izin için müracaat eder ⁴⁴.
5. Dağılan şirket ve devralan şirket genel kurullarının ayrı ayrı toplantıya çağırılması
 - a. Dağılan şirket yönünden; birleşmeye karar verilerek, infisah niteliğindeki birleşme sözleşmesinin onaylanması. Dağılan şirketin genel kurul toplantısında, birleşme sözleşmesi ve devralan şirketin birleşme sözleşmesine göre hazırlanmış esas sözleşme tasarısı pay sahiplerinin onayına sunulur. Birleşme sözleşmesinin onaylanması halinde, şirketin feshine ilişkin karar verilir ⁴⁵. Birleşme, şirketin infisahına neden olacağından, kollektif ve komandit şirketlerde ortakların oy birliği, limited şirketlerde, esas sözleşmede daha yüksek bir nisap belirtilmediği takdirde, sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararı, TTK 388. maddenin 2. fıkrası uyarınca; anonim şirketlerde ise toplantı nisabı, sermayenin üçte ikisine

⁴³ PULAŞLI, s. 81.

⁴⁴ YASAMAN, s. 63.

⁴⁵ YASAMAN, s. 64.

sahip pay sahiplerinin katılımı, 4. fıkrası uyarınca; karar nisabı ise, toplantıya katılanların çoğunluğunun oyudur. Birleşme, pay sahiplerinin taahhütlerini arttırmalarını gerektiriyorsa, bu durumda, aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca; pay sahiplerinin oy birliği aranmaktadır. Dağılan şirkette imtiyazlı pay sahiplerinin olması ve devralan şirketin bu imtiyazları tanımaması halinde, imtiyazlar özel genel kurulunun toplanarak bu imtiyazlardan feragat etmeleri gerekmektedir. İmtiyazlı genel kurulunun kararı olmaksızın birleşme kararı da geçerli olmamaktadır. Söz konusu durumda da, TTK 389. madde uyarınca, TTK 388. maddedeki toplantı ve karar nisap sayıları uygulanacaktır.

- b. Devralan şirket yönünden; birleşmeye karar verilmesi ve birleşme sözleşmesinin onaylanması, birleşme sözleşmesine göre esas sözleşme değişikliklerine ve sermaye arttırımına karar verilmesi. Devralan şirketin genel kurulunun birleşme sözleşmesini onaylamasıyla birlikte, esas sözleşme değişikliği ve sermaye arttırımına karar vermesi gerekmektedir. Söz konusu toplantıda, TTK 388. madde uyarınca; toplantı nisabı, sermayenin üçte ikisine sahip pay sahiplerinin katılımı, karar nisabı ise, katılanların çoğunluğunun oyudur. Devralan şirketin, dağılan şirket pay senetlerini elinde bulundurması halinde ise, sermaye arttırımına gitmeye gerek yoktur ⁴⁶. Dağılan şirketin imtiyazlı pay sahiplerine, devralan şirkette de imtiyaz tanınması söz konusu olduğu takdirde, imtiyazlılar genel kurulunun toplanması gerekmektedir. Buradaki toplantı ve karar nisapları, dağılan şirkettekiyle aynıdır.

6. Mahkemenin onayı. Devralan şirket, bakanlığın izin şerhini taşıyan, değişen maddelerin eski ve yeni metinlerini kapsayan sözleşme metni, dağılan şirketin malvarlığını tespit eden mahkemece yaptırılan bilirkişi raporu, birleşme sözleşmesi, genel kurul tutanakları, her iki şirkete ait

⁴⁶ YASAMAN, s. 75.

genel kurul hazırlanacak cetvelleri ve dilekçe ile mahkemeye başvurur. Mahkeme, söz konusu belgeleri inceleyerek, kanuna ve usule uygun bulursa birleşme kararını ve sermaye artırımını onaylar.

7. Birleşme kararının, birleşen şirketlerce tescil ve ilanı. Dağılan şirket, hem genel kurulda birleşme nedeniyle esas sözleşmedeki değişiklik ve birleşme kararını hem de şirketin infisahını tescil ve ilan ettirecektir. Devralan şirket ise, birleşme sözleşmesini, tanzim edilen bilanço ile birleşme gereğince yapılan sözleşme değişikliklerini ve sermaye artırımını tescil ve ilan ettirecektir.

B. Yeni Şirket Kurulması Yoluyla Birleşme İşlemleri

1. Birleşme sözleşmesinin hazırlanması, yeni kurulacak şirketin kuruluş hazırlıklarının yapılması, esas sözleşmesinin imzalanması ve taraflarca imzalanması. Yeni şirket kurulması suretiyle birleşecek olan şirketlerin yönetim kurulları, yeni kurulacak şirketin esaslarını belirler, birleşme sözleşmesini ve yeni kurulacak şirketin taslak esas sözleşmesini hazırlar ve imzalar, birleşme sözleşmesindeki imzaları notere tasdik ettirirler.
2. Yeni kurulacak şirketin esas sözleşmesinin onaylanması için birleşen şirketlerin genel kurullarının toplantıya çağırılması. Şirketlerin genel kurulları ayrı ayrı toplanarak birleşme sözleşmesini ve yeni kurulacak şirketin esas sözleşmesini onaylarlar. Burada da devralma yoluyla birleşmede uygulanan toplantı ve karar nisapları uygulanır.
3. Aynı sermayenin tespiti amacıyla, birleşen şirketlerin malvarlıklarının mahkeme tarafından incelenerek değerlendirilmesi. Yeni kurulacak olan şirketin sermayesi, birleşen şirketlerin sermayelerinin toplamından oluşacağından, birleşmeye katılan şirketler birlikte mahkemeye başvuracaklardır.
4. Yeni kurulacak olan şirketin esas sözleşmesinin noterce tasdiki. Yazılı şekilde hazırlanmış olan esas sözleşmesi, bütün kurucular tarafından imzalanacak ve bu imzalar notere tasdik ettirilecektir.

5. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması.
6. Yeni şirketin kuruluşunun ve birleşen şirketlerin dağılmalarının tescil ve ilan edilmesi. Yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede birleşen şirketlerin tümü infisah edeceklerinden, devralma yoluyla birleşmedeki gibi, şirketlerin bu durumu tescil ve ilan ettirmeleri gerekmektedir. Yeni kurulacak olan şirket için ise, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim kurulları kurucu sıfatı ile ticaret siciline müracaat ederek kuruluşu tescil ve ilan ettireceklerdir ⁴⁷.

Her iki tür birleşmede de, genel kurullarda aranan toplantı ve karar yeter sayılarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dağılan şirket ortakları açısından, genel kurulda alınan kararlar infisah niteliği taşıyacağı için şirketlerin feshinde aranan çoğunluğa; devralan şirket ortakları açısından ise, aynı sermaye konulması yolu ile sermaye arttırımı niteliğinde olacağından sermaye arttırımında aranan çoğunluğa uyulması gerekmektedir.

Birleşme sonucunda, infisah eden şirketin malları, borçları tediye veya temin edilinceye kadar ayrı olarak ve devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu tarafından idare edilecektir. Devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu üyeleri, alacaklılara karşı infisah eden şirketin mallarının ayrı olarak yönetimini sağlamak hususunda şahsen ve müteselsilen sorumludurlar.

C. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan Birleşme Hükümleri

1. Kanunun Amacı ve Uygulama Alanı

Şirket birleşme ve devralmaları piyasadaki rekabet üzerinde doğrudan etkili olmakta ve rekabetten beklenen faydalarla çatışabilmektedir. Piyasa

⁴⁷ YASAMAN, s. 94.

yapısını değiştirmek suretiyle rekabet üzerinde doğrudan etkili olan şirket birleşme ve devralmaları 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7. maddesi ile kontrol altına alınmıştır.

Rekabet Kurulu, birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüslerin ve rakiplerinin pazar payları, ilgili piyasa ve ilgili ürünün özellikleri gibi çeşitli unsurları dikkate alarak, işlemin piyasa üzerinde yaratacağı etkiyi tahmin etmekte ve bu tahmine dayalı olarak karar vermektedir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 1. maddesinde, söz konusu kanunun hangi amaç için düzenlendiği açıklanmıştır. Buna göre; kanun, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

4054 sayılı kanunun 20. maddesi uyarınca, ülkemizde mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içerisinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu kanunun uygulanmasını gözetmek ve kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu oluşturulmuştur. Söz konusu Rekabet Kurumu, Rekabet Kurulu, başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır.

Kanun, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsü kapsamaktadır. Söz konusu teşebbüsün kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının ya da tüzelkişiliğe sahip olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. Merkezleri yurtdişında olup da Türkiye’ de faaliyet göstermekte olan teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır. Teşebbüs ise, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir. Kanunda teşebbüsün tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi

benimsenmiştir. Yani bir şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle beraber değerlendirilecektir ⁴⁸.

2. Rekabet Hukukunda Şirket Birleşmeleri

Rekabet hukukunda birleşmeler, birleşen şirketlerin faaliyet seviyelerine göre üç türe ayrılmıştır. Bunlar, yatay birleşmeler, dikey birleşmeler ve aykırı birleşmelerdir.

Yatay birleşme, aynı ya da yakın ikame malları üreten ve aynı coğrafi pazarda faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesidir ⁴⁹. Yatay birleşmeler doğrudan doğruya rekabet halinde olan şirketlerin birleşmesi olduğundan, piyasadaki rekabeti de en fazla tehdit eden birleşme türüdür. Söz konusu birleşmelerde, şirketler birleşme öncesinde rakip konumdadırlar. Birleşme sonrasında ise, ilgili piyasadaki en az bir şirket eksilmekte ve birleşme sonrasında ortaya çıkan şirket, birleşmeyi gerçekleştiren şirketlerin sahip oldukları pazar payından daha büyük bir pazar payına sahip olmaktadır. Özellikle az sayıda şirketin ve yüksek giriş engellerinin bulunduğu, ürün çeşitliliğinin az olduğu homojen piyasalarda şirketler arasındaki etkileşim büyük önem taşımakta ve birleşmeler yüksek fiyatlarla sonuçlanabilmektedir. Eğer şirketler birbirleriyle rekabet eden iki farklı ikame malı üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle birlikte söz konusu mallardaki rekabet ortadan kalkacak ve birleşmeden sonra ortaya çıkacak şirket her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir.

Dikey birleşmeler, bir mal veya hizmet üretiminin farklı aşamalarında faaliyet göstermekte olan şirketlerin birleşmesidir ⁵⁰. Örneğin; imalatçı ile distribütörün ya da imalatçı ile perakendecinin birleşmesi gibi. Bu tür birleşmeler çoğunlukla bir üretici ile mevcut ya da potansiyel müşteri arasında gerçekleşmektedir. Örneğin; beton üretmekte olan bir şirketin, kum

⁴⁸ 4054 sayılı Kanunun Madde Gerekeçleri, http://www.rekabet.gov.tr/word/madde_gerekce.doc

⁴⁹ KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/sebnemkulaksizoglu.doc>, s. 8.

⁵⁰ ÇINAROĞLU, Serpil, Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/serpilcinaroglu.doc>, s. 8.

üreticisi bir şirketle birleşmesi. Dikey birleşmelerde, birleşen şirketler üretimin başka bir aşamasına dahil olmakta, ancak her iki piyasada da rekabet düzeyi değişmemektedir. Bununla birlikte, dağıtım zincirindeki iki şirketin artık tek bir şirket haline gelmesi, birbirleri açısından bir arz ve talep kaynağı yaratmalarına neden olmakta, dolayısıyla da sağladığı avantajlarla (dağıtım etkinliği, azalan işlem maliyeti gibi) marka içi rekabeti arttırabilmektedirler ⁵¹. Yine bu tür birleşmeler diğer rakipler açısından rekabet imkanını ortadan kaldırıyorsa, rekabete aykırı sonuçlar doğurmaktadırlar. Örneğin; devralan şirket, devralınan şirkete satış yapıyorsa, birleşme sonrasında artık diğer üreticilerin devralınan şirkete satış yapma imkanı kalmayacaktır. Bununla birlikte, her iki piyasanın da rekabetçi olması durumunda, fiyatlar her iki piyasada da marjinal maliyete eşit olacağından, birleşmenin herhangi bir olumsuz etkisi olmayacaktır.

Dikey birleşmeler, piyasaya giriş engelleri açısından da mutlak sermaye gereksinimini arttırmak suretiyle piyasaya girişleri zorlaştırmaktadır ⁵². Nitekim piyasaya yeni girecek olan veya girmeyi planlayan şirketler, mevcut şirketlerden daha yüksek maliyetlere katlanmak zorunda kalabilecek ve her iki aşamada da faaliyet göstermek zorunda olacaklardır.

Aykırı birleşmeler ise, birbiriyle ilgili ancak rekabet halinde olmayan ya da farklı coğrafi bölgelerde faaliyet gösteren veyahut da tamamen farklı piyasalarda faaliyet gösterdiği gibi aralarında hiçbir ilişki olmayan şirketler arasında gerçekleşen birleşmelerdir. Bu tür birleşmeler, potansiyel rakiplerin ortadan kalkması, karşılıklı satın alma, çapraz sübvansiyon ve ekonomik müsamaha nedenlerinden ötürü engellenebilmektedir.

Potansiyel rakiplerin ortadan kalkmasında, deterjan üreticisi bir şirketin çamaşır suyu üreten bir şirketi satın alması örneğinde olduğu gibi, birleşme öncesinde piyasaya girme olasılığı olan ve diğer şirketin uygulayacağı fiyatlar konusunda baskı unsuru oluşturan bir şirketin piyasadan çekilmesi söz konusu olmaktadır.

⁵¹ KULAKSIZOĞLU, s. 9.

⁵² ÇINAROĞLU, s. 32.

Karşılıklı satın alma durumunda ise, örneğin; büyük bir gıda toptancısının, bir baharat imalatçısı ile birleşmesi durumunda, gıda üreticilerinin baharatlarını kendi baharat bölümünden almalarını talep etmesi durumunda, baharat imalatçısının pazar gücü artabilmekte ve küçük ve bağımsız imalatçılar piyasadan çekilmeye zorlanabilmektedir.

Çapraz sübvansiyon durumunda, şirketler başka bir piyasadan elde edilen karları kullanarak, diğer bir piyasada pazar gücü elde etmeye çalışacak ve böylece kısa dönemli kayıpları telafi edeceklerdir. Bu uygulama yoğunlaşma oranını yükselterek uzun dönemde kar ve fiyatların artmasına neden olacak ve piyasadaki rekabeti bozucu sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Ekonomik müsamahada ise, birleşen şirketler, faaliyet gösterdikleri farklı pazarda misillemeyle karşılaşmamak için diğer büyük şirketlerce farklı davranışlara maruz kalabilmektedir. Örneğin; bilgisayar üreticisi bir şirketle birleşen araba üreticisi bir şirket, aynı piyasada hem araba hem de bilgisayar pazarında söz sahibi bir başka şirketle misilleme korkusuyla her iki piyasada da iyi ilişkiler kurma yoluna gidebilmektedir.

3. Birleşme ve Devralmalara İlişkin Kontrol Mekanizmaları

Rekabet Hukuku temel olarak üç konu üzerine kurulmuştur: Teşebbüsler arasında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve davranışlar, hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu durumlarını kötüye kullanmaları ve birleşme ve devralmalar üzerine getirilen kontrol mekanizmalarıdır.

4054 sayılı Kanun ile birleşme ve devralmalara ilişkin kısıtlayıcı ve denetleyici düzenlemeler getirilmiştir.

Söz konusu kanunun, 'Birleşme veya Devralma' başlıklı 7. maddesinin, 1. fıkrası uyarınca; ülkenin tümünde veya bir kısmında, ilgili mal veya hizmet piyasasında, hakim durum yaratmaya veya hakim durumunu daha da güçlendirmeye yönelik olan ve rekabeti önemli ölçüde azaltma amacıyla yapılan birleşmeler hukuka aykırı ve yasaktır. Kanunun 3. maddesi uyarınca; hakim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım

miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüdür. 4054 sayılı yasa, teşebbüslerin kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim duruma gelmesini başlı başına bir yasaklama nedeni olarak görmemekte, ancak teşebbüslerin birleşme veya devralma suretiyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum haline gelmesini yasaklamaktadır ⁵³.

Rekabet Kurulu'nun oyçokluğu ile vermiş olduğu bir kararında, İngiltere' de kurulu New Holland N.V. ünvanlı teşebbüsün, Koç Grubuna ait Trakmak Traktör ve Ziraat Makinaları Ticaret A.Ş. hisselerinin %37,5' ini devralmasına ilişkin işlem 1998 yılında Rekabet Kurulu' nca incelenmiş, Koç Grubu ile New Holland arasında kurulan bu ortaklığın, traktör ve biçerdöver piyasalarını etkileyeceği belirlenmiş, traktör piyasasında sakınca doğurmayacağı, ancak biçerdöver piyasasında arz seviyesinde hakim durumu güçlendirici, dağıtım seviyesinde ise hakim durum yaratıcı etkisi olacağı belirlenmiştir ⁵⁴. İlgili duruma ilişkin kararda, Trakmak Traktör ile aynı koşulları yerine getiren diğer teşebbüslere de, New Holland tarafından, talep ettikleri takdirde distribütörlük vermesi zorunluluğu getirilerek devralma işlemine izin verilmiştir.

Rekabet analizlerinde temel nokta, pazarda halihazırdaki davranışlara veya değişimlere paralel olarak rekabetin bozulma ihtimalinin incelenmesidir. Bunun için ilgili pazar belirlenerek şirketlerin pazar güçleri tespit edilmektedir. Kanunun 4., 6. ve 7. maddelerinde belirtilen ilgili pazar, üzerinde önemli pazar gücü kullanılabilen bir grup ürün ve alan olarak tanımlanmaktadır ⁵⁵. Türk Rekabet Kurumu' nun ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarının tespitinde ele aldığı kriterler, 1997/1 sayılı tebliğde yer almaktadır. Söz konusu tebliğe göre; ilgili coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden kolayca

⁵³ SU, Kemal Tahir, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 12, s. 54.

⁵⁴ 67/517-84 sayılı, 28.05.1998 tarihli, Rekabet Kurulu Kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/word/67-517-84.doc>

⁵⁵ SENYÜCEL, Orçun; AKTAŞ, Cihan, İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi2.doc#ilgili>, s. 40-50, s. 42.

ayrılabilen bölgelerdir. İlgili ürün pazarının tespitinde ise, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amacı ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerin dikkate alınacağı ifade edilmiştir ⁵⁶.

İlgili pazarın tespitinde genelde talep yönlü bir analiz benimsenmiş, arz yönlü analizden ise hiç bahsedilmemiştir. Yalnızca 'diğer unsurlar' şeklinde bir atıf yapılarak talep dışındaki faktörlerin de göz önüne alınacağı ifade edilmiştir. Talep yönlü bir analizde de, özellikle 'ürün fiyatı, ürünün özellikleri ve kullanım amacı' ölçüt olarak kabul edilmiştir. Coğrafi pazarın tespit edilmesinde 'homojen rekabet şartları'ndan bahsedilerek, pazarın sınırları belirlenirken özellikle, ürünün nitelikleri, giriş engeli, pazar payı farklılığı ve fiyat farklılığı gibi unsurların dikkate alınacağı ifade edilmiştir ⁵⁷.

Pazar payı ise, hakim durum analizindeki öncelikli ve önemli parametrelerden biridir ⁵⁸. Türkiye' de rekabet hukukuna ilişkin uygulamalar henüz çok yeni olduğundan, hakim durum davalarında pazar gücünün belirlenmesinde, şartlar elverdiği sürece, Avrupa Birliği uygulamalarına benzer yorumlar yapılmaktadır ⁵⁹. Mutlak ve görelî pazar payları öncelikli olarak belirlenerek, ilgili ürünün özellikleri ve diğer pazar değişkenleri bu kapsamda dikkate alınmaktadır.

7. maddenin 2. fıkrasında ise, hangi tür birleşmelerin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul' a bildirilerek izin alınması gerektiğinin, Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edileceği belirtilmiştir.

1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu' ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 No.lu Tebliğ' in ⁶⁰ 4. maddesi uyarınca;

⁵⁶ SENYÜCEL, s. 53.

⁵⁷ ÇETİNKAYA, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler (İlgili Pazar), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/muratcetinkaya.doc>, s. 22.

⁵⁸ KALKAN, Ekrem, Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ekrem_kalkan.doc, s. 8.

⁵⁹ SU, s. 56.

⁶⁰ Rekabet Kurumu' nun 1997/1 No.luTebliğı.

birleşme veya devralma sonucunda ilgili şirketler, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25' ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını (25 milyon YTL) aşması halinde Rekabet Kurulu' ndan izin almaları zorunludur.

Bildirim, Kurul tarafından hazırlanacak olan formların tam ve eksiksiz olarak doldurulması, diğer ilgili tarafı da bu bildirimden haberdar etmek şeklinde olur.

Kurul, birleşme veya devralma anlaşmalarının bildirildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorundadır.

Kurul' un, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacaktır.

11. madde uyarınca; bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemten haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alacaktır. İnceleme sonucunda; birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda, birleşme veya devralmaya izin verecek, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulayacaktır. Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde ise; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine

iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verecektir.

4054 sayılı Kanunda her ne kadar batan şirket öğretisine değinilmemişse de, Rekabet Kurulu' nun 05.03.2002 tarihli ve 24686 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan, 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararında, batan teşebbüs doktrininin açıkça bahsedilmiştir ⁶¹. Uzel Holding A.Ş.' nin, Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.' yi devralmasının incelendiği dosyada, Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.' nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek bir durumda olması nedeniyle 'batan teşebbüsün savunulması' şeklindeki düşünce çerçevesinde incelenmesi gerektiği, buna göre, devralma işlemine izin verilmese dahi şirketin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding' e kayabileceği, devralma işlemi ile atıl duruma düşebilecek makina ve işgücünün pazar dışına çıkmadan pazar içinde değerlendirilebileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının olmadığı da dikkate alınmış ve söz konusu devir işlemine izin verilmiştir.

IV. BİRLEŞMENİN SONUÇLARI

Şirket birleşmelerinde, devreden şirket veya şirketler tasfiyesiz olarak dağılırlar ⁶². Bu şirketlerin malvarlıkları veya işletmeleri, TTK 151/l uyarınca, aktif ve pasiflerini kapsayacak şekilde, yani külli halefiyet ile devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Tasfiyesiz dağılmayı, diğer dağılma çeşitlerinden ayıran unsur, şirket malvarlığı veya işletmesinin parçalanmadan, ekonomik bütünlüğünü

⁶¹ ÇETİNKAYA, s. 39.

⁶² İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 372.

koruyarak gerçekleştirilmesidir. Külli halefiyet ilkesi ise, devralana, malvarlığı veya işletme öğelerinin ayrı ayrı devrine gerek kalmaksızın ekonomik ve hukuki bir bütünlük içerisinde devralma olanağı verir. Tasfiyesiz dağılma ve külli halefiyet ilkesi birbirini tamamlar niteliktedir.

A. En Az Bir Şirketin Tasfiyesiz Dağılması ve Tüzelkişiliğin Sona Ermesi

Devralma yoluyla birleşmede en az bir, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise en az iki şirket ayrı hukuk öznesi olma nedenini yitirir ve birleşme sonucunda ortadan kalkar. Devralma yoluyla birleşmede, devralan şirket hukuki varlığını devam ettirirken, yeni bir şirket kurulması yoluyla birleşmede birleşmeye katılan tüm şirketlerin hukuki varlığı sona erer.

Ancak ticaret şirketinin dağılması ile tüzelkişiliğinin sona ermesi farklı kavramlardır. Ticaret şirketinin tüzelkişiliği, dağılmayı izleyen tasfiye dönemi boyunca, sınırlı bir şekilde de olsa, devam eder. Yani tüzelkişilik, dağılmanın ticaret siciline tesciliyle değil, tasfiye sonrasında şirket kaydının ticaret sicilinden silinmesiyle ortadan kalkar.

Birleşme nedeniyle, dağılan şirketin tasfiyesi söz konusu değildir⁶³. Bu nedenle, dağılan şirketin tüzelkişiliğinin ne zaman sona ereceğine dair, kanunumuzda, şirket türlerine göre farklı iki çözüm getirilmiştir.

Kollektif, komandit ve limited şirketlerin birleşmelerinde, dağılma ve tüzelkişiliğin son bulması aynı zamanda gerçekleşmektedir. Bu birleşmelerde, birleşme ilanı süresince, dağılacak şirket alacaklılarına itiraz etme hakkı tanındığından, birleşmenin kesinleşmesiyle birlikte dağılma ve tüzelkişiliğin sona ermesi de gerçekleşmektedir.

Anonim ve paylı komandit şirketlerle kooperatiflerin birleşmelerinde ise, şirketlerden her birinin ticaret sicilindeki kaydı, o şirketin alacaklıları yararına öngörülen ayrı malvarlığı yönetiminin sona ermesinden sonra

⁶³ TÜRK, s. 123.

silinebilir ⁶⁴. Ancak burada devam etmekte olan sınırlı bir tüzelkişiliktir ve yine devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu tarafından kullanılır. Söz konusu ayrı malvarlığı yönetiminin sona ermesiyle birlikte, dağılan şirketin tüzelkişiliği, ticaret sicilindeki kaydının silinmesiyle ortadan kalkar.

B. Tasfiyesiz Dağılma İlkesi

Tasfiye, bir şirketin aktiflerinin paraya çevrilerek borçlarının ödenmesi, sermaye paylarının geri verilmesi ve sonunda da kalan miktarın şirket ortakları arasında paylaştırılması ⁶⁵, tüm bu işlemlerin tamamlanmasından sonra da şirketin hukuki varlığına son verebilmek için ticaret sicilindeki kaydın silinmesidir. Tasfiye, alacaklılar yararına işleyen bir mekanizmadır. Şahıs şirketlerinde, alacaklılar, alacaklarını şirket malvarlığının yanında ortakların şahsi malvarlıklarından da elde edebilmeleri nedeniyle, tasfiyeye ilişkin yasal hükümler Türk Ticaret Kanunumuzda emredici değil, düzenleyici niteliktedir. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerde ise, alacaklılarının alacaklarını ancak şirket malvarlığından elde edebileceği göz önünde tutularak tasfiyeye ilişkin hükümler emredici nitelikte belirlenmiştir ⁶⁶.

Bir şirketin tasfiye aşamasına girmesiyle birlikte, şirket sona ermekte, ancak hukuk düzenindeki yerini korumaya devam etmektedir. Şirketin tüzelkişiliği tasfiye süresince devam etmesine rağmen, iştigal konusu tasfiye amacıyla sınırlandırılmakta, kazanç sağlama amacı yalnızca tasfiye işlemlerinin sonuçlandırılmasına ve şirketin varlığına hukuken son verilmesine yönelik olarak devam etmektedir. Tasfiye işlemleri, esas sözleşmede ya da genel kurulda belirlenen tasfiye memurları tarafından yürütülür.

Birleşmelerde geçerli olan tasfiyesiz dağılmada ise, dağılmayı izleyen tasfiye sürecine ilişkin emredici yasa hükümleri uygulanmamaktadır.

⁶⁴ EREM, Turgut, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, Ticaret Şirketleri 3. Bası, İstanbul 1969, s. 360.

⁶⁵ DOMANİÇ, Hayri, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 3. Bası, İstanbul, 1970, s. 198.

⁶⁶ DOMANİÇ, s. 199.

Tasfiyesiz dağılma olağandışı bir dağılma biçimi olup, ancak yasada açık bir hüküm olduğu takdirde uygulama bulabilmektedir ⁶⁷.

Tasfiyesiz dağılmada, tasfiye memurlarının görevlerini, devralan ya da yeni kurulan şirketin yönetim kurulu üstlenmektedir.

Anonim şirketler açısından tasfiyesiz dağılmaya ilişkin düzenleme 452. maddenin birinci fıkrasında getirilmiştir. 456. maddenin ikinci fıkrasında yapılan yollama ile de, söz konusu hükmün, paylı komandit şirketler ve kooperatifler için de uygulanacağı ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, tasfiyesiz dağılma işleminin şahıs şirketlerinden çok sermaye şirketleri ve kooperatiflerin alacaklılarını etkileyeceği göz önünde bulundurulursa, bu ilkenin şahıs şirketleri açısından da geçerli olabileceği kabul edilebilmektedir ⁶⁸.

1. Tasfiyenin Doğuracağı Problemler

Tasfiye, bir şirketin iç ve dış tüm ilişkilerini sona erdirmeyi amaçladığından, işletmenin aktif malvarlığı öğelerinin ayrı ayrı satış işlemlerine konu olmasına neden olur ⁶⁹.

Tasfiyenin her öğeye ilişkin devrinin masraflı, zaman alıcı ve külfetli olmasının yanı sıra, işletmenin bir bütün olarak yerine getirdiği ekonomik işlevin de ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Bu da, ortaklar, çalışanlar, alacaklılar, alıcı ve satıcı çevreleri ve dolayısıyla ulusal ekonomi açısından sakıncalı olacaktır.

Bu nedenlerle, tasfiyesiz dağılma ilkesi gündeme gelmiş ve ticaret şirketlerinin birleşmesi başta olmak üzere (TTK 452/I), iki kişilik kollektif veya komandit şirket malvarlığının ortaklardan birine devri (TTK 199), anonim, paylı komandit şirket veya kooperatifin limited şirkete çevrilmesi (TTK 439/I) ve anonim, paylı komandit şirket veya kooperatif malvarlığının kamu

⁶⁷ ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri, BATİDER 1962, C. I, 301-319, s. 306.

⁶⁸ ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku (Şirketler Hukuku), 3. Baskı, Ankara, 2002, s.

63.

⁶⁹ TÜRK, s. 137.

tüzelkişiliğince devralınması durumlarında tasfiyesiz dağılma ilkesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, dağılan şirketin ortakları, malvarlığı veya işletmeleriyle ilgili hukuki ilişkilerini gerçekte sona erdirmek istemediklerinden ve devralan veya yeni kurulan şirketin aracılığıyla bu ilişkiyi devam ettireceklerinden dolayı tasfiyesiz dağılma ilkesinin uygulanması her açıdan yerindedir ⁷⁰.

2. Borçlu Tarafın Değişmesi Karşısında Alacaklıların Korunması

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde ve yasada açıkça düzenlenmiş tasfiyesiz dağılma ilkesinin uygulandığı diğer durumlarda, tasfiye sürecinin işlememesi nedeniyle alacaklıların zarara uğrama ihtimallerini bertaraf edebilmek amacıyla bazı koruyucu özel tedbirler alınmıştır ⁷¹. Söz konusu tedbirler, alacaklıların durumunun tasfiye yapılmaması nedeniyle kötüleşmesini önleyici ya da onları, borçlu değişiminin olumsuz sonuçlarına karşı koruyucu nitelikte olacaktır.

TTK 150 uyarınca, kollektif ve komandit şirketlerle limited şirketlerin birleşmelerinde, birleşme kararının ilanından itibaren üç ay içerisinde, birleşen şirket alacaklılarına, birleşmeye yetkili mahkemede itiraz etme hakkı verilmiştir ⁷². Bu haktan yararlanabilecek olanlar, birleşen tüm şirketlerin alacaklılarıdır. İtiraz hakkından feragat edilmediği veya mahkemece belirlenecek teminat miktarı şirket tarafından tevdi edilmediği veyahut da mahkemece itirazın reddine ilişkin bir karar verilmediği takdirde birleşme hüküm ifade etmeyecektir.

Anonim ve paylı komandit şirketlerle kooperatiflerin birleşmelerinde ise, TTK 451 uyarınca, dağılan şirket malvarlığının, dağılan şirketin alacaklıları yararına belirli bir süre ayrı yönetilmesi zorunluluğu getirilmiştir ⁷³. Burada korunan alacaklılar ise, yalnızca dağılan şirketin alacaklılarıdır. Bu

⁷⁰ TÜRK, s. 139.

⁷¹ YASAMAN, s. 19.

⁷² POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, C. I, s. 84.

⁷³ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, C. II, s. 493.

süreç içerisinde dağılan şirketin malvarlığı, devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilecektir. Devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri, alacaklılara karşı, devralınan şirketin mallarının idaresinden şahsen ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.

3. Tasfiyesiz Dağılmanın Sonuçları

Tasfiyesiz dağılma ilkesi gereğince; devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulunca yönetilen malvarlığının, tasfiye amacıyla öğelerine ayrıştırılması, aktiflerinin paraya çevrilmesi ve borçları ödendikten sonra kalanın ortaklara dağıtılması söz konusu değildir. Nitekim birleşmede, birleşen şirketin amacı kendi varlığını ortadan kaldırmak değil, başka bir şirket bünyesinde malvarlığı ve şahıs varlığını devam ettirmektir. Birleşmede tasfiyenin uygulanmaması ise, tarafların arzu ettikleri ekonomik devamlılıklarını sürdürebilmelerinin tek koşuludur.

Tasfiyesiz dağılma ilkesi gereğince, dağılan şirketin malları, devralma yolu ile birleşmede devralan şirketin, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise yeni kurulan şirketin yönetim kurulu tarafından, borçları tediye veya temin edilinceye kadar ayrı olarak yönetilmekte, dağılan şirketin alacaklıları tatmin edildiği anda da devralan şirketin malvarlığıyla birleştirilmektedir. Bu süreç içerisinde dağılan şirket, devralınan şirket bünyesinde aktif amacını elde etmek için gayret göstermeye devam etmektedir.

V. KÜLLİ HALEFİYET İLKESİ

Birleşmede, TTK 151 uyarınca; tasfiye edilmeksizin dağılan şirket veya şirketlerin malvarlıkları veya işletmeleri, aktif ve pasifleriyle birlikte, bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Cüzi halefiyette, bir hukuk öznesinin hak veya borçları tek tek ve her birine özgü ayrı devir işlemleriyle başka bir hukuk öznesine geçer ⁷⁴. Birleşmelerde söz konusu olan külli halefiyette ise, bir hukuk öznesine ait hak ve borçların tamamı bir bütün olarak ve tek bir hukuki işlemle başka bir hukuk öznesine geçer ⁷⁵. Burada tüm alacaklılar bakımından borçlunun değişmesi söz konusudur. Bununla birlikte, külli halefiyet, devredilebilir hak ve borçların her biri cüzi halefiyetle geçirilmiş gibi sonuç doğurur ⁷⁶. Cüzi halefiyet kural, külli halefiyet ise istisnadır.

A. Külli Halefiyet İlkesinin Uygulama Alanı

Külli halefiyet, yalnızca kanun tarafından açıkça öngörüldüğü durumlarda söz konusu olabilmektedir ⁷⁷. Türk hukukunda külli halefiyet; miras, ticaret şirketleri veya sendikaların birleşmesi, bir anonim, paylı komandit şirket veya kooperatifin limited şirkete çevrilmesi, bir anonim, paylı komandit şirket veya kooperatif malvarlığının bir kamu tüzelkişiliğince devralınması gibi belirli durumlar için düzenlenmiştir ⁷⁸. Bununla birlikte, yasakoyucu, bazı özel durumlar için sadece bir kere uygulanacak olan özel külli halefiyet hükümleri de getirebilmektedir. Bu tarz düzenlemelerde, sona eren kurum veya kuruluşları masraflı, külfetli, zaman alıcı ve değer kaybettirici tasfiye işlemlerinden kurtarmak amaçtır.

B. Külli Halefiyet İlkesinin Birleşmelere Uygulanması

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde, tasfiyesiz dağılma ve külli halefiyet ilkesi, işleyişleriyle olduğu kadar amaçlarıyla da birbirini tamamlayan iki ilkedir. Birleşmede, tasfiyesiz olarak dağılan şirket veya şirketlerin malvarlığı veya işletmesi, külli halefiyet ilkesi uyarınca, aktif ve pasifleriyle, ekonomik ve

⁷⁴ ÇEVİK, (Şirketler Hukuku), s. 891.

⁷⁵ YASAMAN, s. 22.

⁷⁶ TÜRK, s. 152.

⁷⁷ TUNÇOMAĞ, s. 687.

⁷⁸ TÜRK, s. 156.

hukuki bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan şirkete geçer (TTK 151/I). Yargıtay, 1995 yılında vermiş olduğu bir kararında, bu hususa açıkça değinmiş ve şirket devrinin niteliğinin, ticaret sicilinden getirilecek olan dosyasının incelenerek belirlenmesi gerektiğini ve birleşmenin söz konusu olması halinde devralan şirketin, dağılan şirketin borçlarından da sorumlu olacağını belirtmiştir ⁷⁹.

Bunun için, birleşen anonim veya paylı komandit şirketlerle kooperatiflerde, birleşme kararıyla birlikte, devralma yoluyla birleşmede, devreden şirketin dağılmasının, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise, birleşen şirketlerin dağılmalarından başka, yeni şirketin ticaret siciline tescili gerekli ve yeterlidir ⁸⁰. Söz konusu tescil işlemleri, külli halefiyet ilkesinin işlemesi bakımından da kurucu niteliktedir.

Kollektif, komandit ve limited şirketlerde ise, külli halefiyet ilkesinin işlemesi, birleşme kararlarının tescil ve ilanı, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise bunlara ek olarak, yeni şirketin tescili ve birleşmenin kesinleşmesine bağlıdır ⁸¹.

Yasalarda genel olarak halefiyet için konulmuş hükümler, külli halefiyet durumunda da uygulanacaktır.

1. Mutlak Malvarlığı Hakları Yönünden

Birleşmelerde, dağılan şirket veya şirketlerin malvarlığı veya işletmeleri içerisinde yer alan gayrimenkullerin mülkiyeti ile bu gayrimenkuller üzerindeki sınırlı ayni haklar ile yükümlerin devralan veya yeni kurulan şirkete geçmesi için resmi senet düzenlenmesine veya tapu kütüğüne tescil için herhangi bir istemde bulunulmasına, taşınırлар açısından ise, teslim gerek yoktur ⁸². Birleşen anonim veya paylı komandit şirketlerle kooperatiflerde, birleşme kararıyla birlikte, devralma yoluyla birleşmede, devreden şirketin

⁷⁹ Yargıtay H.G.K., 1995/10-588 E- 1995/799 K, 11.10.1995, Kazancı Bilişim Hukuk Otomasyonu, İçtihat Bankası, Yargıtay Kararları

⁸⁰ TÜRK, s. 161.

⁸¹ DOĞANAY, s. 460.

⁸² MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. II, İşletme Hukuku-Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara, 1972, s. 137.

dağılmasının, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise, birleşen şirketlerin dağılmalarından başka, yeni şirketin ticaret siciline tescili mülkiyetin devri için yeterlidir. Kollektif, komandit ve limited şirketlerde ise, mülkiyetin geçişi, birleşme kararlarının tescil ve ilanı, yeni şirket kurulması yoluyla birleşmede ise bunlara ek olarak, yeni şirketin tescili ve birleşmenin kesinleşmesine bağlıdır.

Aynı şekilde, dağılan şirket veya şirketlerin alacaklarını güvence altına almak amacıyla kurulmuş olan çeşitli rehin hakları da, ilgili sicillere tescile gerek olmaksızın devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Yine, dağılan şirket veya şirketlerin zilyetliğinde bulunan bütün mallar, devralan veya yeni kurulan şirkete teslim edilmemiş dahi olsa devralan veya yeni kurulan şirketin mülkiyetine geçer⁸³.

Dağılan şirkete ait fikri ve sınai haklar da (edebiyat ve sanat eserleri, markalar gibi), kendilerine özgü devir biçimlerine uyulmaksızın devralan veya yeni kurulan şirkete geçer⁸⁴.

Kamusal ruhsat ve imtiyazların devrinde, koşulları gereği yetkili makamlarca onaylanması gerekenler veya özel bir yasa ile sağlanmış ayrıcalıklar dışında kalanlar, devir işlemine gerek kalmaksızın devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Söz konusu devirlere ilişkin sicil kayıtlarının değiştirilmesi için ise, devralan veya yeni kurulan şirket tarafından birleşmeye ilişkin ticaret sicili kayıtlarıyla birlikte yazılı istem yapılması gerekli ve yeterlidir⁸⁵.

2. Alacak ve Borçlar Yönünden

Dağılan şirketin alacakları ve bu alacaklara bağlı tüm yan haklar, birleşmeyle birlikte, ayrıca bir alacağın temlik işlemi yapılmasına ve alacaklıların onayına sunulmasına gerek olmaksızın, devralan veya yeni

⁸³ YASAMAN, s. 28.

⁸⁴ TÜRK, s. 184.

⁸⁵ TÜRK, s. 187.

kurulan şirkete geçer ⁸⁶. Yine dağılan şirket lehine verilmiş olan bir teminat mektubu, birleşme sonrasında devralan veya yeni kurulan şirket tarafından kullanılabilir ⁸⁷.

Dağılan şirkete ait kıymetli evraklar da, teslim (hamiline yazılı senetler), ciro (emre yazılı senetler) ve devir bildirimi (nama yazılı senetler) yapılmaksızın, devralan veya yeni kurulan şirkete geçer ⁸⁸. Bu senetler, devralan veya yeni kurulan şirket tarafından, ciro silsilesinde herhangi bir kopukluk olmaksızın, ciro edilebilir.

Yine dağılan şirketin borçları da, TTK 151/I uyarınca, alacaklıların her birinin ayrı ayrı onayının alınmasına gerek olmaksızın, devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Birleşmenin külli halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmesi nedeniyle, borcun nakli için, alacaklının muvafakati aranmamaktadır ⁸⁹. Ancak birleşme dolayısıyla, dağılan şirketin alacaklılarının zarar görme ihtimallerine karşı, devralan veya yeni kurulan şirketin bu borçlardan (kamu borçları ve vergi borçları da dahil olmak üzere) bütün malvarlığıyla sorumlu olur ⁹⁰. Alacakların teminata bağlandığı durumlarda ise, bu teminatlar, devralan veya yeni kurulan şirkette de, külli halefiyet nedeniyle, aynen devam edecektir.

Anonim şirketler tarafından çıkarılan tahviller ve intifa senetleri de, birleşmeyle birlikte, külli halefiyet yoluyla, devralan veya yeni kurulan anonim şirkete geçer. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, dağılan şirketin intifa hakkı sahiplerinin, yeni şirketteki oy haklarına yönelik uyuşmazlıkta, bu konuya açıkça değinilmiştir ⁹¹. Bununla birlikte, tahvil bedellerinin tamamı ödenmeden veya güvenceye bağlanmadan ayrı malvarlığı yönetiminin kaldırılması, tahvil sahipleri genel kurulunca bu durumun kabul edilmesi şartıyla gerçekleşebilir (TTK 430/I). Aynı şekilde, dağılan anonim şirket veya şirketlerce çıkarılmış olan intifa senetlerinin devralan veya yeni kurulan anonim şirket tarafından yeni çıkarılacak intifa senetleriyle değiştirilebilmesi

⁸⁶ KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973, s. 224.

⁸⁷ YASAMAN, s. 31.

⁸⁸ MİMAROĞLU, s. 137.

⁸⁹ YASAMAN, s. 28.

⁹⁰ TÜRK, s. 193.

⁹¹ Yargıtay 11. H.D., 2002/12676 E- 2003/4234 K, 29.04.2003, Kazancı Bilişim Hukuk Otomasyonu.

için devralan şirketin ana sözleşmesinde bu yönde değişiklik yapılması veya yeni kurulacak olan şirketin ana sözleşmesine bu yönde hüküm konulması, bunun da yine intifa senedi sahipleri genel kurulunca kabul edilmesi gereklidir (TTK 402/III).

Dağılan şirket ya da şirketlerin borçlarına ilişkin defi ve itiraz hakları, devralan veya yeni kurulan şirkete geçmekte, bu borçları güvence altına alan kefalet, rehin gibi yan haklar da, diğer borçlu değişmelerinden farklı olarak alacaklılar yararına devam etmektedir.

Yargıtay' ın 13. Hukuk Dairesi' nin vermiş olduğu bir kararda, iktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu devir, birleşme ve diğer intikal hallerinde özel bir hüküm getirilmemiş olması nedeniyle, genel hükümlerin (BK 179-180) uygulanacağını belirterek, dava sırasında Türkiye Elektrik Kurumu' nun aktif ve pasifleriyle TEDAŞ' a devrolunduğunu, TEDAŞ' ın, TEK' in tüm aktif ve pasiflerinden sorumlu olması nedeniyle, davada hasım gösterilebileceğini, davanın husumet yönünden reddinin doğru olmadığını belirtmiştir ⁹².

3. Sözleşmeler Yönünden

Kanunlardan, sözleşmenin hükümlerinden veya işin niteliğinden kaynaklanan bir engelleme söz konusu olmadıkça, devralan veya yeni kurulan şirket, dağılan şirket veya şirketlerin taraf oldukları tüm sözleşmelere taraf olurlar. Bunun doğal sonucu olarak da, bu sözleşmelerdeki hak ve borçlara ilişkin yetkiler, tazminat, takas, cayma, bozma ve seçim hakkı gibi yenilik doğurucu tüm haklar da devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Birleşme, yasada veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, taraflar açısından sözleşmeyi bozma nedeni olamaz.

⁹² Yargıtay 13. H.D., 1994/ 9457 E- 1994/11059 K, 08.12.1994, (CORPUS v. 24).

4. Davalar Yönünden

Külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak, dağılan şirket veya şirketlerin hak ve borçlarıyla birlikte, bunlara ilişkin dava hakları da devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Aynı şekilde, dağılan şirketlerce veya onlara karşı açılmış olan davalar da, külli halefiyet ilkesi gereğince, devralan veya yeni kurulan şirket tarafından veya ona karşı devam ettirilir⁹³. Bu da, birleşmenin, yasa gereğince, bir davada taraflardan birinin değişmesine neden olan bir olay olduğunu göstermektedir.

Birleşme uyarınca taraflardan birinin değişmesi, yetkinin ikametgaha göre belirlendiği durumlarda dahi, yetkinin değişmesine neden olmaz.

Birleşme durumunda uygulanacak olan usul hükümlerine ise Türk hukukunda ayrıca yer verilmemiştir⁹⁴. HUMK uyarınca, ölüme ilişkin olarak getirilmiş hükümler birleşmeler açısından da uygulanabilecektir. Devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu, dağılan şirket veya şirketlerce veya ona karşı açılmış her davayı takip etme yetkisine sahip olacaktır. Anonim ve paylı komandit şirketlerle kooperatiflerin birleşmesinde ise, dağılan şirketin malvarlığının ayrı yönetildiği süre içerisinde devralan veya yeni kurulan şirketin yönetim kurulu, birleşmeye ilişkin ticaret sicili kayıt örneklerini ve yönetim kurulu sıfatına ilişkin belgeleri mahkemeye sunarak dağılan şirketin yasal temsilcisi sayılacaktır. Yargıtay'ın 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketiyle birleşmesi halinde tüzelkişiliğinin sona ereceğini, birleşme veya devralma sonrasında, dağılan şirket aleyhine takip yapılamayacağını, yapıldığı takdirde, başlatılmış olan takibin devralan veya yeni kurulan şirkete karşı sürdürülemeyeceğini belirtmiştir⁹⁵.

İYUK 26/l' e göre ise, özellikle dağılan şirket tarafından açılmış idari davalarda, birleşme sonucunda davayı takip yetkisi kendisine geçen devralan

⁹³ Yargıtay 7. C.D., 2003/12740 E- 2004/2989 K, 04.03.2004, Kazancı Bilişim Hukuk Otomasyonu, 'Sanık şirket yetkilisi, şirketin başka şirketle birleştiğini belirttiğine göre, bu husus araştırılarak, husumetin yeni şirkete yöneltilmesi gerekir...'

⁹⁴ TÜRK, s. 239.

⁹⁵ Yargıtay 12. H.D., 2005/2492 E- 2005/6435 K, 28.03.2005, Kazancı Bilişim Hukuk Otomasyonu.

veya yeni kurulan şirketin, ilgili mahkemeye başvurmasına kadar dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilebilecektir.

Dağılan şirket veya şirketlerce ya da onlara karşı açılan davalarda verilen ve kesinleşen kararların devralan veya yeni kurulan şirketin lehine veya aleyhine olarak hüküm ifade edeceği de tartışmasız olarak kabul edilmektedir.

C. Birleşmede Külli Halefiyet İlkesinin İşlevi

Birleşmede, dağılan şirketlerden her birinin malvarlığı veya işletmesi, içerdiği tüm hak ve borçları da kapsar şekilde, bir bütün olarak devralan veya yeni kurulan şirkete geçer.

Külli halefiyet ilkesinin birleşmedeki işlevi, dağılan şirket veya şirketlerin malvarlığı veya işletmeleri ile ortakları arasındaki dolaylı hukuki ilişkinin devam etmesini ve birleşmeye katılan diğer şirket veya şirketlerin ortakları açısından da bu hukuki ilişkinin doğmasını sağlar⁹⁶.

VI. YENİ TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI⁹⁷ UYARINCA ŞİRKET BİRLEŞME VE BÖLÜNMELERİ

A. Genel Olarak

Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İkinci Kitap, Ticaret Şirketleri, Birinci Kısım, Genel Hükümler, 'F) Birleşme, bölünme ve tür değiştirme' başlığı altında, 134. ve 177. maddeleri arasında şirket birleşme ve bölünmelerine ilişkin olarak düzenlemeler getirilmiştir. Tasarıda yer alan

⁹⁶ TÜRK, s. 248.

⁹⁷ MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 3. Bası, Ankara, 2005, s. 68- 87.

birleşme ve bölünmeye ilişkin düzenlemeler, İsviçre Birleşme Kanunu esas alınarak getirilmiştir.

B. Birleşme ve Bölünme Hükümleri Bakımından Mevcut TTK ve Yeni TTK Tasarısının Karşılaştırılması

Ticaret şirketlerinde birleşme ve bölünmelere ilişkin düzenlemeler açısından, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı arasında şu şekilde bir karşılaştırma yapılabilecektir:

1. Mevcut TTK’ da, birleşme ile ilgili hükümler, ticaret şirketleri için genel hükümler (TTK 146-151) ve anonim şirketler için özel hükümler (TTK 451-454) olmak üzere iki ayrı bölümde düzenlenmiştir.

TTK Tasarısı’ nda ise, birleşme ve bölünme konuları, anonim şirketler açısından farklı düzenlemeler getirilmeksizin, bütün ticaret şirketleri açısından tek bir başlık altında ve 134. ile 177. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

2. Mevcut TTK’ da yalnızca birleşme konusu düzenlenmiş olmasına rağmen; TTK Tasarısı’ nda, birleşmenin yanı sıra, 159. ve 179. maddeleri arasında, ayrı bir başlık altında şirket bölünmelerine ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir.

3. Mevcut TTK 147’ ye göre; birleşme, ancak aynı neviden olan şirketler arasında geçerlidir. Aynı neviden olmayan şirketler ise, birleşme öncesinde nevi değiştirmedikleri takdirde, birleşemeyeceklerdir. Kollektif ile komandit şirketler, anonim şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı neviden sayılmaktadır.

TTK Tasarısı’ nda ise, 137. maddede getirilen düzenleme ile, anonim, limited, kollektif, komandit, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirketlerinin birbiriyle birleşmeleri mümkün kılınarak, birleşecek şirketlerin nevilerinin aynı olması koşulu terk edilmiştir. Sermaye şirketleri; sermaye şirketleriyle, kooperatiflerle, devralan şirket olmaları şartıyla kollektif ve komandit şirketlerle birleşebileceklerdir. Şahıs şirketleri ise; şahıs

şirketleriyle, devralınan şirket olmaları şartıyla sermaye şirketleriyle ve kooperatiflerle birleşebileceklerdir.

4. Tasarıda, tasfiye halinde bulunan fakat malvarlığı henüz dağıtılmaya başlanmamış bir şirketin, devralınan şirket olarak birleşmeye katılabileceği düzenlenmiştir (138. madde).

Mevcut TTK' da ise, bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

5. Tasarının 139. maddesi uyarınca, sermaye kaybına uğramış veya borca batık durumda bulunan bir şirket, ancak yitirilmiş sermayeyi veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek miktarda, serbestçe tasarruf edilen malvarlığına sahip bir şirket ile birleşebilir.

Mevcut TTK' da ise, sermaye kaybı ve borca batıklık düzenlenmesine rağmen, bu durumu bünyesinde barındıran birleşmelere değinilmemiştir.

6. Mevcut TTK' da ortaklık payları ve haklarına ilişkin 451/b.8' deki düzenleme, tasarıda da muhafaza edilmiş, ancak ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir. Tasarının 140. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; devralınan şirketin ortakları, mevcut şirket paylarını ve haklarını karşılayacak değerde devralan şirketin payları ve hakları üzerinde talep hakkına sahip olacaklardır.

140. maddenin 2. fıkrasında ise, denkleştirme ödemesi düzenlenmiştir. Buna göre, şirket paylarının değişim oranları belirlenirken, tahsis olunan şirket paylarının, gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, bir denkleştirme ödemesi öngörülebileceği belirtilmiştir. Denkleştirme ödemesi, malvarlıklarının değerlendirilmesinde ortaya çıkan küsuratlar karşısında verilecek nakittir.

Yine 141. maddede, ayrılma akçesi düzenlenmiştir. Birinci fıkra uyarınca, birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirketin, şirket payı ve haklarının kazanımı ile kazanılan şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise, birleşmeye katılan şirketlerin, birleşme sözleşmesinde, sadece ayrılma akçesi verilmesini de öngörebileceği düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, ortak açısından, ortaklıktan çıkma hakkı tanınmıştır. İkinci fıkrada ise, birleşen şirketlere, istenmeyen

ortaklara ayrılma akçesi ödeyerek, onları şirket ortaklığından çıkarma hakkı tanınmıştır.

7. TTK' da sermaye arttırımına ilişkin mevcut bir hüküm bulunmamasına rağmen, tasarının 142. maddesinde, devralma yolu ile birleşmede, devralan şirketin, sermayesini, devralınan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli olan düzeyde arttırmak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

8. Mevcut TTK' da, birleşme sözleşmesinin içeriğine ilişkin yeterli sayıda hüküm bulunmamaktadır. TTK 452/b.1 uyarınca, yeni şirket kurulması yolu ile birleşmede, birleşme sözleşmesinin imzalarının noterce tasdiki gerekmektedir. Devralma yolu ile birleşmede ise birleşme sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Tasarıda, birleşme sözleşmesinin neleri içermesi gerektiği ise 146. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; birleşme sözleşmesinin;

a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukukî türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme halinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini;

b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülümüşse denkleştirme tutarını; devralınan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki ortaklık paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları;

c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları;

d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini;

e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilânço kârına hak kazandığı tarihi ve bu talebe ilişkin bütün özellikleri;

f) Gereğinde 140. madde uyarınca ayrılma akçesini;

g) Devralınan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi;

h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları;

i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini; içermesi zorunludur.

145. madde uyarınca, birleşme sözleşmesi yazılı olarak yapılacak ve birleşmeye katılan şirketlerin yönetim kurulları tarafından imzalanarak genel kurulları tarafından onaylanacaktır.

9. Mevcut TTK' da birleşme raporuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, tasarının 147. maddesinde birleşmeye katılan şirketlerin yönetim kurullarının ayrı ayrı veya birlikte, birleşme hakkında bir rapor hazırlayacakları belirtilmiştir. Söz konusu hükmün amacı, birleşen şirketlerin ortaklarının birleşme hakkında bilgilendirilmesini sağlamaktır.

10. Mevcut TTK' da, ortakların birleşme ile ilgili belgeleri inceleme haklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ortağın bilgi alma hakkına ilişkin hükümler, ortakların birleşme sözleşmesini de incelemesine imkan vermektedir. Ancak bu inceleme hakkı yalnızca ortaklara tanınmıştır.

Tasarıda ise, bu hak, 149. maddede birleşme açısından daha açık ve sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. İnceleme hakkı, yalnızca şirket ortaklarıyla sınırlandırılmamış, menfaati bulunan diğer kişilere ve ilgililere de bu hak tanınmıştır.

11. Birleşme kararının alınması açısından, TTK 148. maddede, ilgili şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilmesi hakkındaki usul ve şartların geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna göre; anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde genel kurul kararı, kolektif ve komandit şirketlerde bütün ortakların muvafakati, limited şirketlerde ise, aksi şirket ana sözleşmesinde kararlaştırılmadığı takdirde, sermayenin 2/3'ünü temsil eden ortakların kararıyla birleşmeye karar verilebilecektir.

Tasarının 151. maddesinde ise, birleşme kararının alınabilmesi için gerekli nisaplar, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin esas ve usullere atıf yapılmaksızın ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

12. TTK' ya göre, birleşmenin hüküm ifade edebilmesi için; anonim şirketlerde, devralınan anonim şirketin birleşmeyi kabul kararının tescili ile birlikte, devralınan şirketin malvarlığı külli halefiyet ilkesi uyarınca, devralan veya yeni kurulan şirkete geçer. Diğer ticaret şirketlerinde ise, birleşme kararının ilan gününden itibaren üç ay sonra birleşme hüküm ifade edecektir.

Yani bu durumda tescili hukuki bir etkisi mevcut değildir.

Tasarının 153/l maddesinde ise, tüm ticaret şirketlerini kapsayan bir düzenleme getirilerek, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanacağı ve tescil anında devralınan şirketin tüm aktif ve pasiflerinin kendiliğinden devralan şirkete geçeceği belirtilmiştir.

13. Kolaylaştırıcı şekilde birleşme konusunda TTK' da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Tasarıda ise, 155. ve 156. maddelerde, yalnızca sermaye şirketleri bakımından geçerli olan kolaylaştırıcı şekilde birleşmeye ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Buna göre; a) devralan sermaye şirketi devralınan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına veya bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları, birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren tüm paylarına sahiplerse, b) devralan sermaye şirketi devralınan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de, en az oy hakkı veren paylarının yüzde doksanına sahipse, azınlıkta kalan pay sahiplerine; devralan şirkette şirket payları yanında 141. maddeye göre şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir karşılık verilmesi tercihinin önerilmesi ve birleşmeden ek ödeme, herhangi bir kişisel edim yükümü ve kişisel sorumluluk doğmaması halinde birleşme kolaylaştırılmış şartlarda gerçekleşebilir. Bu şartlar gerçekleştirildiği takdirde, sermaye şirketleri birleşirken şu kolaylıklardan yararlanabileceklerdir: a) birleşme raporu düzenleme, b) inceleme hakkı sağlama, c) birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına sunma zorunlulukları bulunmayacaktır.

14. Alacaklıların korunması hakkında, TTK 150. maddede alacaklıların birleşmeye itiraz hakları düzenlenmiş ve birleşen şirketlerin alacaklılarından herbirine ilan tarihinden itibaren 3 ay içinde yetkili mahkemeye başvurarak birleşmeye itiraz edebilme hakkı getirilmiştir. Anonim şirketler açısından ise, 451. maddede, devralan şirketin yönetim kurulu üyelerinin, alacaklılara karşı, infisah eden şirket malvarlığının ayrı yönetileceği hususunda şahsen ve müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Tasarının 157/l maddesinde de, birleşmeye katılan şirketin alacaklılarının, birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay

içinde talepte bulunmaları halinde, devralan şirketin, bunların alacaklarını güvence altına alacağı düzenlenmiştir. Ancak bu güvencenin ne şekilde olacağı maddede düzenlenmemiştir. Devralan şirket, alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini ispat ederse güvence gösterme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Hatta diğer alacaklıların zarara uğramayacağını anlaşılmaması halinde, devralan şirket güvence göstermek yerine söz konusu borcu da ödeyebilecektir.

15. Mevcut TTK' da herhangi bir şekilde düzenlenmemiş olmasına rağmen, tasarının 158. maddesinde ortakların şahsi sorumluluklarına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; devralınan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları birleşmeden sonra da devam edecektir. Devralınan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin talepler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren 3 yıl geçince zamanaşımına uğrayacaktır. Böyle bir düzenleme, özellikle bir sermaye şirketinin, bir şahıs şirketini devralması durumunda önem kazanacaktır. Böyle bir durumda, birleşme öncesinde şahsi sorumlulukları bulunan ortakların bu sorumluluğu devir işleminden sonra da 3 yıl boyunca devam edecektir.

16. Bölünme: TTK' da şirket bölünmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu, Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı' nın, 16.09.2003 tarihinde Resmi Gazete' de yayınlanmış olan Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ile düzenlenmiştir.

Tasarıda ise, şirket bölünmeleri, 159 vd. maddelerinde ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. 159. madde uyarınca; bölünmeler, tam ve kısmi bölünme olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilecektir.

Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılacak ve diğer şirketlerce devralınacaktır. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin şirket paylarını ve haklarını elde edeceklerdir. Bölünen şirket ise infisah edecek, unvanı da sicilden silinecektir.

Kısmi bölünmede ise, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devredilecektir. Kısmi bölünme iki şekilde

olabilecektir: a) Bölünen şirketin ortakları devralan şirkette ortak olacak ve bölünen şirket infisah etmeyecektir. b) Bölünen şirket, devretmiş olduğu malvarlığı bölümleri karşılığında devralan şirketin ortağı olacaktır (yavru şirket oluşturma).

Tasarının 160. maddesi uyarınca; yalnızca sermaye şirketleri ve kooperatifler, sermaye şirketleri ve kooperatiflere bölünebileceklerdir. Yani bölünebilecek şirketler sınırlı sayıda belirlenmiştir.

Bölünmelerde ortaklık payları ve hakları, birleşmelerde uygulanan 140. maddeye göre korunacaktır. Devreden şirket ortaklarına, bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında şirket payları (oranın korunduğu bölünme) veya bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre değişiklik yapılarak şirket payları (oranın korunmadığı bölünme) tahsis edilebilecektir.

Tasarının 163. maddesine göre, devralan şirket, sermayesini, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda arttıracaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında getirilen düzenlemeye göre ise, bölünmelerde aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Bir şirket, bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini varolan şirketlere devredecekse, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim kurulları tarafından bir bölünme sözleşmesi yapılacaktır. Şirket, bölünme yoluyla, malvarlığının bölümlerini yeni kurulacak şirketlere devredecekse, yönetim kurulu yazılı bir bölünme planı hazırlayacak ve genel kurulun onayına sunacaktır.

Bölünme sözleşmesi veya bölünme planında tahsisi yapılmayan malvarlığı üzerinde; tam bölünmede, tüm devralan şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya planına göre kendilerine geçecek net aktif malvarlığının oranına göre tüm devralan şirketlerin paylı mülkiyet hakkı düşecek; kısmi bölünmede ise, söz konusu malvarlığı devreden şirkette kalacaktır. Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Bölünme raporunun içeriği konusu, tasarının 169. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bölünme sözleşmesinin veya raporunun denetlenmesine ilişkin olarak

da, birleşmede denetime ilişkin getirilmiş hükümlerin kıyasen bölünmelere de uygulanacağı belirtilmiştir.

171. maddede, bölünme sözleşmesi veya bölünme raporunun, bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarının incelemesine sunulacağı düzenlenmiştir. Tüm ortakların onaylaması durumunda ise, küçük ve orta ölçekli şirketler ilgili maddede düzenlenmiş olan inceleme hakkından vazgeçebileceklerdir.

Bölünen şirket alacaklılarının alacaklarının güvenceye alınmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim kurulları, bölünme sözleşmesi veya bölünme planını genel kurullarının onayına sunacaktır.

Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen birinci derecede sorumlu şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler ikinci derecede sorumlu şirket olarak müteselsilen sorumlu olacaklardır. İkinci derecede sorumlu olan şirketlere karşı takip yapılabilmesi için ise, alacağın güvence altına alınmamış ve birinci derecede sorumlu şirketin, iflas etmiş veya konkordato süresi almış veya aleyhinde yapılmış bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınma şartları doğmuş veya merkezi yurtdışına taşınmış ve Türkiye’ de takip edilemez duruma gelmiş veyahut da yurtdışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu nedenle hukuken takibinin önemli derecede güçleşmiş olması gerekir.

Ortakların kişisel sorumluluğu konusunda da, tasarıda, birleşme hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

179. madde uyarınca, bölünmenin onaylanmasıyla birlikte, yönetim kurulu tescil talebinde bulunacaktır. Kısmi bölünme söz konusuysa ve de devreden şirketin sermayesinin azaltılması gerekiyorsa, buna ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilecektir. Tam bölünmede ise, devreden şirket ticaret siciline tescille birlikte infisah edecektir.

Bölünme, ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır ve devreden şirketin belirtilen tüm aktif ve pasifleri tescil anında devralan şirkete geçer.

İKİNCİ BÖLÜM

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

I. GENEL OLARAK

Özellikle 90' lı yıllarda hız kazanan şirket devir ve birleşmeleri günümüzde en çok ABD' de görülmektedir. Büyük ölçekli şirket birleşmeleri hızla gelişen teknolojiye ayak uydurma ve globalleşme ile şirketlerin gelecekte de varolma olasılığını arttırmaktadır.

ABD' de şirket devir ve birleşmeleri, menkul kıymetler kanunlarında, antitröst (rekabeti koruyucu) yasalarda ve eyalet kurum kanunlarında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, şirketler hukuku ve vergi hukukuna yönelik düzenlemeler federal hükümet tarafından değil, eyaletlerce yapılmıştır. Federal hükümet, yalnızca eyalet yasalarının anayasaya aykırı olması durumunda devreye girmektedir. Eyalet yasalarından ise en önemli olanı Delaware Eyaleti' nin yaptığı düzenlemelerdir. Çünkü Delaware nüfusu toplam nüfusun %1' inden daha az olmasına rağmen büyük şirketlerin yarısı bu eyalettedir.

A. Tanımı

Birleşme (Merger), şirketlerden birinin ismini ve kimliğini devam ettirdiği ve faaliyetine devam ettiği; diğer şirketin, aktif ve pasiflerinin bu şirketçe devralınması sonucu ortadan kalktığı bir durumdur ⁹⁸. Bu tür birleşmeler, Kanuni Birleşme (Statutory Merger) olarak da adlandırılmaktadır

⁹⁸ OESTERLE, Dale A. Mergers and Acquisitions In A Nutshell, St. Paul, MINN., 2001, s. 5.

⁹⁹. Bunun yanı sıra hedef alınan şirket, ana şirketin bağımlı, tali bir şirketi haline geliyorsa Tali Kurum Birleşmesi (Subsidiary Merger) olarak adlandırılan birleşme gerçekleşmektedir ¹⁰⁰. Bir diğer birleşmede de, bunun tam tersi bir durum söz konusu olmakta ve edinimde bulunan şirket, hedef şirketin tali bir şirketi konumuna gelmektedir.

Bütünleşme (Consolidation) ise, iki şirketin bir araya gelerek yeni bir tüzelkişilik oluşturmalarıdır ¹⁰¹. Bu durumda söz konusu şirketlerin eski ortakları yani pay sahipleri yeni şirketin pay sahibi olurlar.

Hem birleşmede hem de bütünleşmede, hisselerin satın alınması gerekmemektedir, ancak her şirketin 2/3 veya daha fazla sayıda hissedarının onayı gerekmektedir ¹⁰².

Ele geçirme (Takeover) ise, hem birleşme hem de bütünleşmeyi kapsayan bir üst kavramdır.

B. Şirket Devir ve Birleşmelerinin Düzenlendiği Kanunlar

1. Menkul Kıymetlere İlişkin Yasalar

Şirket birleşme ve devirlerine yönelik olarak en önemli düzenlemeleri getiren kanun ise 1968 Williams Yasası (Williams Act)' dir. 1960' lardan önceki devralmaların tümü dostça birleşmeler olmuştur. Ancak 1960' larda Kümeleme ya da diğer bir deyişle Karma Birleşmelerin (Conglomerate Mergers) artmasıyla birlikte, düşmanca devralmalar da gündeme gelmiştir. Williams Yasasının amacı, hedefteki şirketin ortaklarını; a) gerekli bilgilerin ifşa edilmesi, b) karşı teklifin açık tutulması gereken süreci minimumda tutma, c) hedefteki şirkete fiyat teklifi yapanları dava etme yetkisi verme gibi

⁹⁹ MOYE, John E., The Law of Business Organizations, Second edition, West Publishing Company, 1982, s. 350.

¹⁰⁰ TUNAL, S. Selman. "Genel Hatları İle ABD'de Şirket Birleşmelerinin Hukuki Yapısı", (Şirket Birleşmelerinin Hukuki Yapısı), Vergi Dünyası (225), 5.200, 54-67 ss. Bibliyografya, s. 54.

¹⁰¹ SOLOMON, Lewis D. And PALMITER, Alan R., Corporations, Examples and Explanations, Little, Brown and Company, 1990, s. 506.

¹⁰² "Mechanics and Regulation of Mergers & Acquisitions", UBC Senior Executive Development Programme, www.finance.sauder.ubc.ca/courses/bafi507/M&Areg.doc, s. 5.

yollarla hızlı ve gizli bir şekilde devralmalardan korumaktır ¹⁰³. Williams Yasası' nın en önemli özelliği, Karşı Teklif (Tender Offer) hususunu düzenlemiş olmasıdır. Bu sayede, hedef şirketin hissedarları birleşme ve devir koşullarının daha avantajsız olduğu düşüncesiyle sahip oldukları hisseleri bir an önce elden çıkarmak yerine, payları karşılığı en uygun fiyatı elde edebilme imkanına sahip olmuşlardır.

2. Antitröst (Rekabeti Koruyucu) Yasalar

Bütün birleşme ve devralmalar, Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC) ve Adalet Bakanlığı' na (Department of Justice) bildirilmek zorundadır. Dolayısıyla, bir şirket ile birleşme ya da bir şirketi devralma imkanına antitröst yasalar ile önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Antitröst yasalar ve bu yasaların getirdiği temel prensipler, ABD ekonomi sisteminin temelini oluşturmaktadır ¹⁰⁴.

Antitröst yasaların en eskisi 1890 Sherman Yasası (Sherman Act)' dır. Bu yasa, monopolleşme ve ticareti kısıtlayıcı tüm girişimlerin kanuna aykırı olduğunu belirtmiş ve federal yasalar çerçevesinde cezai yaptırımlara konu olabilmelerini sağlamıştır. Ancak kanun metninin netlik kazanmamış olması ve ticareti kısıtlayıcı her sözleşmenin geçersiz sayılabileceği ihtimali nedeniyle uygulanma alanı bulamamıştır.

Clayton Kanunu (Clayton Act) ve Federal Ticaret Komisyonu Yasası (Federal Trade Commission Act) Sherman Yasası' nın netlik kazanmamış kısımlarını belirlemek amacıyla 1914 yılında çıkarılmıştır. Clayton Yasası' yla birlikte ticareti kısıtlayıcı ve rekabeti azaltıcı uygulamaların neler olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. FTC Yasası ile de FTC' ye, Clayton Yasası' nın hükümlerinin uygulanmasını takip etme ve gerektiğinde dava açma yetkisi verilmiştir. Clayton Yasası' nın 7. bölümü birleşme ve devralmalara yöneliktir. Clayton Yasası, rekabeti önlemeye yönelik hisse senedi devir işlemlerini

¹⁰³ ‘Mechanics and Regulation of Mergers & Acquisitions’, s. 6.

¹⁰⁴ GRIFFIN, Clare E., An Economic Approach to Antitrust Problems, National Economic Problems Series No. 441, 1951, s. 57.

yasaklamıştır, ancak bunun üzerine bir çok şirket, hedef şirketin hisselerini satın almak yerine yalnızca aktiflerini satın alarak devir işlemlerini tamamlamaya başlamışlardır. Clayton Yasası'nda bu yönde bir boşluk olduğu ortaya çıkmış ve bu boşluk Celler-Kefauver Değişiklikleri ile doldurulmaya çalışılmıştır ¹⁰⁵.

Celler-Kefauver Değişiklikleri 1950' de çıkarılmıştır. Bu yasa ile rekabeti azaltma yönünde etkisi olan aktif kıymet devirleri ve yine rekabeti azaltıcı nitelikteki dikey birleşmeler yasaklanmıştır ¹⁰⁶.

1976 yılında yürürlüğe giren Hart-Scot-Rodino Yasası ise, rekabeti engelleyici nitelikte olabilecek sözleşmelerin yapılmasını engellemek amacıyla FTC ve Adalet Bakanlığı'na önceden inceleme yetkisini vermiştir. Böylece söz konusu inceleme sona ermeden devir ve birleşmelerin tamamlanması mümkün olamamaktadır ¹⁰⁷.

C. Birleşmelerde Ekonomik Yaklaşımın Rolü

Yasa koyucu, ekonomik analizin, özel nitelikteki birleşmelere uygulanan kanunlar açısından bir anahtar rolü oynamasını istemiştir. Ayrıca ekonomik prensipler ve piyasa gerçekleri göz önünde tutulmadan, bir birleşmenin rekabeti önleyici bir amaç taşıdığı veya tekel oluşturmaya yönelik olup olmadığı anlaşılamayacaktır.

Birleşmelerin ekonomik analizi, Clayton Yasası' nın devir ve birleşmelere yönelik olan 7. bölümündeki 'rekabet' ve 'monopol' kavramlarının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır ¹⁰⁸. Rakipler, serbest bir piyasada mal üretimi ve satımı için mükemmel bir şekilde rekabet ettikleri zaman, uzun vadede üretim sonuçları maksimum verimlilik kazanacaktır: mallar, kaynakların minimum düzeyde kullanımıyla ve parça başına en düşük

¹⁰⁵ BRUNNER, Thomas W. ve başk. Mergers In The New Antitrust Era, The Bureau of National Affairs, Washington, D.C., 1985, s. 5.

¹⁰⁶ MARTIN, David Dale, Mergers and Clayton Act, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1959, s. 311.

¹⁰⁷ TUNAL, (Şirket Birleşmelerinin Hukuki Yapısı), s. 64.

¹⁰⁸ BRUNNER, s. 6.

maliyetle üretilcek ve mümkün olan en düşük fiyatla satılacaktır. Diğer taraftan, bir şirketin bir malın üretiminde tekel olması durumunda, bu şirket, en düşük maliyetten üretmek zorunda kalmayacağı gibi, düşük bir fiyata da satmak zorunda olmayacaktır. Sonuç olarak da, daha az mal satılacak ve bazı müşteriler değerinden daha fazlaya satıldığı düşüncesiyle malı almaktan imtina edeceklerdir.

Birçok endüstri dalı mükemmel rekabet ortamından saf monopol ortamına giden bir düzene aittir. Rekabeti korumaya yönelik analizler de göstermektedir ki; birleşmeye ilişkin ticari muameleler ya monopolleşmeye çok yaklaşmakta ya da o pazarı daha rekabetçi bir duruma getirmektedir. Rekabet karşısı bir değişiklik, diğer firmaları etkisiz kılmak ya da fiyatların artmasına neden olmak gibi sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Eğer iki firma birleşerek ekonominin büyük payını oluşturacak duruma geliyorsa, fakat hala sanayinin geri kalanıyla mukayese edildiğinde küçük kalıyorsa ve pazar payının kabul edilemeyecek ölçüde büyük miktarını fiyat arttırmaları ile kaybetme riski taşıyorsa, bu birleşme, rekabeti önleyici nitelikte değildir ¹⁰⁹.

Sonuç olarak, birleşme kurallarının uygulanması birleşen şirketler arasındaki iş ilişkilerinin sınıflandırılmasıyla başlar ve bu birleşmenin rekabet üzerindeki etkilerinin analiziyle devam eder.

Ç. Birleşmelerin Rekabete Etkilerinin Analizi

Birleşmelerin rekabete olan etkileri aşamalar halinde incelenir. İlk inceleme, birleşmeleri, yatay birleşmeler, dikey birleşmeler ve karma birleşmeler olarak sınıflandırma şeklindedir. İlgili ürün piyasası ve coğrafi pazar genel hatlarıyla belirlenir, pazar payları hesaplanır, yoğunlaşma hesabı yapılır ¹¹⁰. Tüm bu çalışmalar da devir ve birleşmelerin rekabete etkilerini ortaya çıkaracaktır. Ancak uzmanlar analizin her devresinde farklı görüşlere

¹⁰⁹ MASSEL, Mark S., Competition and Monopoly, The Brookings Institution, Washington D.C., Second Printing, 1963, s. 230.

¹¹⁰ FLINGSTEN, Neil, The Transformation of Corporate Control, Harvard University Press, London, 1993, s. 105.

sahip olabilmektedirler. Bu hususa, Adalet Bakanlığı Birleşme Rehberleri'nde (The Justice Department's Merger Guidelines) ve FTC' nin Yatay Birleşmelere Yönelik Düzenlemelerinde (FTC's Statement On Horizontal Mergers) de değinilmektedir.

D. Ekonomik Yaklaşımın Yanı Sıra Ek Kriterlerin Rolü

Ekonomik teorinin kendi arasındaki uyumsuzluklarından başka, çelişkili mahkeme kararları ve birbirini tutmayan politik görüşler de birleşmeler üzerinde etkili olmaktadır. Nitekim Clayton Yasası' nın 7. bölümünde ilk yapılan değişiklik de bu yöndedir. 1960' larda Adalet Bakanlığı' nın birçok karma birleşmeyi, kanun ihlali meydana getirecek kadar yeterli bir tehdit olduğu görüşüyle, reddetmesi üzerine Yüksek Mahkeme, bir birleşmenin sosyal ve politik yönden bozulmalara neden olması durumunun, bu birleşmenin ekonomik verimliliğe olan yararlarından daha önemli olabileceğini belirtmiştir ¹¹¹.

Ekonomik olmayan kriterlerin de önemli olmasına rağmen, yine de bir birleşmenin değerlendirilmesinde ilgili piyasanın ve özelliklerinin ekonomik incelemesi başlangıç noktasıdır. Bu değerlendirme de yapılırken özellikle üç önemli soruya cevap bulunması gerekmektedir: a) Birleşmeler nasıl sınıflandırılacaktır ve birleşen şirketler arasındaki ticari ilişkiler nelerdir? Birleşmeler, yatay (horizontal), dikey (vertical), karma (conglomerate) olabileceği gibi, potansiyel rakiplerin biraraya geldiği veya değişik özellikleri içinde barındıran nitelikte de olabilirler. b) Birleşecek her bir şirketin sattığı ilgili ürün ve coğrafi pazar nelerdir? Bu soruya verilecek olan cevaplar rekabet etkilerinin değerlendirileceği alanı belirleyecektir. Ayrıca birleşen şirketler arasındaki ilişkilerin açıklanmasını ve birleşmenin uygun bir şekilde sınıflandırılmasını da sağlayacaktır. Örneğin; bir bira üreticisi ile şarap üreticisi arasında gerçekleşecek olan bir birleşme yatay birleşme olarak değerlendirilecektir, çünkü her iki ürün de aynı ilgili pazarda yer almaktadır. c)

¹¹¹ BRUNNER, s. 9.

İlgili pazarın yapısı ve dinamikleri nelerdir ve birleşen şirketler bu pazar içinde nasıl sıralanmaktadır? Bu pazarda hemen hemen aynı büyüklükte bir çok şirket mi var, yoksa az sayıdaki büyük şirketler bunlara egemen midir? Birleşecek şirketlerden birisi pazara hakim midir? Pazara giriş engelleri yüksek midir, düşük mü?

E. Adalet Bakanlığı' nın Birleşme Rehberleri

Adalet Bakanlığı' nın yayınladığı Birleşme Rehberleri, bakanlığın pazarları nasıl açıkladığını, birleşmeleri nasıl sınıflandırdığını, bu birleşmelerin rekabete etkilerinin nasıl analiz edildiğini ve bu gibi hususları göstermek amacıyla çıkarılmaktadır. İlk birleşme rehberi 1968' de çıkarılmıştır. 1984' te çıkarılan üçüncü rehber ise 1982' de çıkarılanın daha geliştirilmiş halidir ¹¹².

Rehberler bazı önemli ilk incelemeler yapmaktadırlar. Rehberlerde ayrıntılı olarak açıklanmış olan standartlar genel sınıflar içindeki bütün gerçek durumlara uygulanmalıdır. Bu standartlarla ilgili olarak katı uygulamalar, rekabeti koruma amaçlı sorulan ekonomik sorulara yanıltıcı cevaplar verilmesine neden olabilir. Bu nedenle Bakanlık'ın bu standartları, teklif edilen her bir birleşmenin somut özelliklerini ve gerçeklerini göz önünde bulundurarak makul ve esnek bir şekilde uygulaması gerekmektedir. Ayrıca rehberlerde açıkça ifade edilmektedir ki, rehberler öncelikli olarak, Bakanlığın bir birleşmeyi reddedeceği belliyse, bu durumu göstermek için düzenlenmiştir. Yoksa amaç böyle bir durumda açılması düşünülen davalara rehberlik etmek değildir. Diğer bir deyişle, Bakanlık, mahkemede teamüle ve rehberlerle kendisine sağlanmış olan avantajlı unsurlara başvurabilecektir.

Ayrıca rehberlerde, birleşmenin, şirketin pazardaki gücünü arttıracak veya şirketin uygulamalarını kolaylaştıracak nitelikte olması durumunda, bu birleşmeye izin verilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir ¹¹³. Bu düzenleme, açıkça söylemediği ancak ima ettiği durumlar açısından da oldukça önemlidir.

¹¹² FLINGSTEN, s. 110.

¹¹³ BRUNNER, s. 14.

Mahkemelerin ilk zamanlarda verdiği bazı örnek kararlarına rağmen, Adalet Bakanlığı, birleşmeleri, daha sonradan yoğunlaşmış bir pazar oluşturabileceği veya sosyal ve politik değerleri tehdit edebileceği veyahut da herhangi bir ekonomik olmayan kriteri ihlal edebileceği düşüncesiyle reddedemeyecektir. Pazar gücü, tam anlamıyla ekonomik bir kavramdır: Bir veya daha fazla şirketin önemli bir zaman sürecinde, rekabet seviyelerinin üstünde karlı fiyatları devam ettirmeleridir. Bu durumda, bir birleşme, pazar gücü oluşturucu veya bu gücü arttırıcı bir tehdit taşııyorsa sakıncalı da değildir.

Rehberler, rekabeti koruyucu birleşme uygulamalarının tek amacının, uzun zaman süreçleri içinde, rekabet seviyelerinin üzerinde fiyat belirlemelerine yönelik birleşmelere karşı rekabeti korumak amacını güden bir politik görüşü yansıtmakta olduğunu belirtmiştir ¹¹⁴. Bazı birleşmeler, rekabete zarar verici özellikte olsalar da, genellikle rekabete yararlı veya nötr nitelik taşımaktadırlar. Birleşmelerin kendileri rekabet yöntemlerinin parçalarıdır, etkisiz yönetimi cezalandırabilir ve yatırım sermayesinin etkili bir şekilde dolaşımını ve aktiflerin verimli bir şekilde kullanımını sağlayabilirler.

II. BİRLEŞME ÇEŞİTLERİ

A. Yatay Birleşmeler

1. Genel Olarak

Eğer devralan ve devralınan şirketler birbirleriyle doğrudan rekabet halindeyse, örneğin; aynı ürünü, aynı coğrafi pazar içerisinde satıyorlarsa, bunlar arasındaki birleşme, yatay birleşmedir ¹¹⁵. Bu tür birleşmeler, piyasa yapısını doğrudan etkiledikleri için, özellikle rekabeti koruma amacıyla diğer

¹¹⁴ KOLASKY, William J., Six Guiding Principles for Antitrust Agencies, U.S. Department of Justice, March 2002, www.globalpolicy.org/socecon/tncs/mergers/doj.htm.

¹¹⁵ SOKOLOW, Asa D., 'Legality of Mergers Under The Antitrust Laws', Mergers and Acquisitions (Corporate Law and Practice Transcript Series Number 3), New York City, 1969, s. 283.

birleşmelere oranla çok daha ciddi ve dikkatli incelemelere tabi olmaktadır. Adalet Bakanlığının Birleşme Rehberleri de ağırlıklı olarak bu konu üzerine yoğunlaşmıştır.

Hangi durumlarda yatay bir birleşme reddedilecektir? Yatay bir birleşmenin rekabeti azaltıcı etkilerinin olduğu hangi standartlara göre belirlenecektir?

Adalet Bakanlığının Rehberleri uyarınca; bir birleşme, pazarda şirket lehine bir pazar gücü oluşturuyor veya mevcut olan gücünü arttırıyorsa engellenecektir. Çünkü pazar gücü, rekabetin tüm çeşitlerini azaltıcı bir özellik taşımaktadır.

Bir piyasada rekabete aykırı fiyatlandırmalar üç şekilde görülebilir. İlk olarak, bir şirket tek yanlı olarak fiyatları arttırabilir. Bir şirket bunu ancak bir şekilde yapabilir; rakiplerinin alternatif bir düşük fiyatlı ürün kaynağı temin edemeyecek olmaları gerekmektedir. İkinci olarak; pazara hakim şirketler açık bir ortak kararla fiyatları rekabet seviyelerinin altına çekerler. Son olarak da; yine pazara hakim durumda olan şirketler aralarında açık bir anlaşma bulunmaksızın aynı davranışı göstererek fiyatları yükseltirler.

Piyasadaki şirketlerin sayısının azaltılması ve birleşen şirketlerin pazar satışlarındaki payının büyümesiyle, yatay bir birleşme, pazar gücü stratejilerinin her birinin başarıya ulaşması ihtimalini arttıracaktır. Ancak bütün yatay birleşmeler bu sonuçları doğurmamaktadır. Bazıları rekabeti hiç etkilememekte, bazıları ise olumlu etkilemektedir. Bu nedenle rehberler, yatay birleşmeleri pazar gücü oluşturma veya pazardaki işlemlerini artırma amaçlı olma yönlerinden sınıflandırmaktadır.

2. Pazar Gücünü Tayin Eden Temel Faktörler

Pazar gücü yalnızca iki önemli karaktere sahip olan piyasalarda görülebilmektedir. Öncelikle önemli derecede pazara giriş engelleri bulunmalıdır. Aksi takdirde, fiyatları rekabet seviyelerinin üstünde tutma çabaları piyasaya yeni giren ve rekabet ortamında tatmin olmaya çalışan şirketler tarafından engellenecektir. İkinci olarak, sanayi, yeterince

yoğunlaşmış olmalıdır ki sözleşmelerin, koordinasyonun ve keşiflerden sakınmanın maliyeti yükseltilmiş fiyatların artan gelirlerini geçmesin ¹¹⁶. Örneğin; düzenlenmemiş bir pazarda, iki yüz eşit büyüklükteki şirketin, fiyatların rekabet seviyelerinin üzerinde tutulmasına maruz kalabilmeleri imkansızdır. Bu nedenlerle Birleşme Rehberleri, giriş engellerini ve piyasa yoğunlaşmasını yatay birleşmelerin analizinde anahtar faktörler olarak görmektedir ¹¹⁷.

a. Pazara Giriş Engelleri

Rehberlere göre; eğer bir piyasaya giriş çok kolaysa, mevcut rekabetçilerin fiyatları uzun bir süre için arttırmaları mümkün olmayacaktır, aksi takdirde, fiyatların yükseltilmesiyle birlikte yeni şirketler hızla piyasaya girerek mevcut şirketlerle rekabet etmeye başlayacaklardır. Rehberlere göre giriş; şirketlerin ilk defa pazara girişi ya da pazarda olup da etkin olmayan şirketlerin mevcut kapasitelerini büyük bir oranda arttırmaları olarak tanımlanmaktadır. Rehberler, olası ve muhtemel büyük girişleri fiyatlardaki küçük fakat etkili ve kalıcı artışın bir sonucu olarak değerlendirmektedir. Konu oldukça basittir; piyasaya giriş ne kadar zorsa bakanlığın birleşmeye karşı çıkma olasılığı da o kadar fazladır.

Rehberlerdeki ve FTC' nin düzenlemelerindeki giriş engellerine verilen önemin davalarda da desteklendiği görülmektedir.

b. Pazar Yapısı

Adalet Bakanlığı'nın düzenlediği rehberlere göre; bir birleşmeye engel olunabilmesi için iki temel sorunun cevaplandırılması gerekmektedir: 1) Birleşme sonrasında piyasadaki yoğunlaşma nasıl olacaktır? 2) Piyasadaki

¹¹⁶ BRUNNER, s. 18.

¹¹⁷ Merger Standarts Under U.S. Antitrust Laws, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monograph 7, 1981, s. 72.

yoğunlaşmanın değişim oranının ne kadarı birleşmeden kaynaklanmış olacaktır?

Bu araştırmalarda herhangi bir yenilik yoktur. Yenilik bu kuralların farklı bir perspektiften ele alınmasıdır: yoğunlaşma. Örneğin; piyasadaki şirketlerin sayısı ve her birinin piyasadaki payı, bir şirketin veya küçük bir şirketler grubunun piyasa gücüne sahip olma ihtimalini arttırabilir. Küçük şirketler arasındaki birleşmeler rekabete aykırı sonuçlar doğurmaktan daha uzaktır¹¹⁸. Bundan başka, yoğunlaşmış piyasalarda dahi şirketlerin birleşme konusunda biraz hareket serbestliğinin olması arzu edilir ki, bu sayede ekonomide denge sağlanacağı gibi pazardan çıkışlara da olanak verilmektedir.

3. Yan Faktörler

Bakanlık Rehberleri' nin 1984 revizyonundan önce, genel bir anlayış mevcuttu: Birbirinden farklı rolleri olan iki şirketin her ikisi de farklı niteliksel faktörler yaratabilecektir. Örneğin; kullanılmakta olan yoğunlaşma hesaplamalarından, pazar payından ve yoğunlaşma verilerinden daha farklı nedenler ortaya çıkabilecektir. Bakanlığın yayınlamış olduğu 1984 Rehberlerinde yan faktörlerin yalnızca pazar verilerinin yetersiz ve belirsiz sonuçlara teslim olması halinde kullanılmasını önermektedir.

a. Piyasa Dinamikleri

Rehberlerde bildirilmiştir ki, bakanlık, piyasadaki yoğunlaşma ve pazar payları verilerini yorumlarken pazar şartlarındaki yeni veya gerçekleşmekte olan, öngörülebilir makul etkileri de değerlendirecektir. Bir şirketin gelecekte piyasada oynayacağı rol, o günkü pazar payını olduğundan az gösterebileceği gibi, fazla da gösterebilecektir. Örneğin; uzun sürede rekabeti etkileyecek ve tek bir şirket tarafından elde edilemeyecek yeni bir teknoloji

¹¹⁸ BRUNNER, s. 20.

söz konusuysa, bakanlık o şirketin geçmişteki pazar payının gelecekteki rekabet gücünü olduğundan daha fazla göstereceği sonucuna varmalıdır. Rehberler ayrıca, sanayideki teknolojik değişimin süratli olması halinde, rekabet seviyelerinin üzerindeki etkili fiyatlandırmanın daha az muhtemel olacağını da kabul etmektedirler.

FTC' nin düzenlemeleri de piyasa dinamiklerine ağırlık vermektedir: 'Pazar gücü süratli teknolojik değişimler veya talepte önemli artan değişiklikler söz konusu olduğunda daha zor belirlenebilecektir ¹¹⁹.' Bu çeşit nedenler göstermektedir ki; bir birleşmenin rekabete etkisi pazar gücünün olduğundan daha fazla ya da daha az görünmesine neden olacaktır.

Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu bir kararında ¹²⁰, değişikliklerin pazar payı verilerindeki önceden haber verir nitelikteki, yararsız fiyat kırmalarına neden olacağı görüşünden etkilenmiştir. Bu tarz nedenlerin günümüzde şirketlerde ve mahkemelerde daha çok dikkate alındığı görülmektedir.

b. Birleşen Şirketlerin Finansal Durumları

Rehberler, şirketin gelecekte rekabette taşıyacağı önemin analizinde önemli etkiye sahip olduğundan, birleşmeye konu şirketin veya ilgili pazardaki başka bir şirketin finansal durumlarının da bakanlıkça göz önünde tutulması gerektiğini belirtmişlerdir. Genel olarak, bir şirketin finansal sorunları, ancak altında yapısal bir güçsüzlüğün olduğunu yansıtmaması halinde hesaba katılacaktır. Kronik finansal sorunların, piyasada, modası geçmiş üretim olanakları nedeniyle, uzun vadede talepte düşüşten kaynaklanması bu tarz durumların en başta gelen örneklerinden biridir.

FTC ayrıca bir şirketin pazar payının onun rekabetteki önemini olduğundan fazla göstermesi halinde de, o şirketin finansal durumunu değerlendirecektir. Bunun açıklaması şöyledir: Zayıf bir finansal performans, şirketin düşmekte olan rekabet yeteneğinin kanıtı olabilecek ve gelecekte

¹¹⁹ BRUNNER, s. 27.

¹²⁰ BRUNNER, 'United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974)', naklen, s. 28.

başarılı olma ihtimalini eksiltecek teknolojik değişikliklere veya piyasaya yeni girişlere neden olabilecektir.

c. Yabancı Şirketleri Etkileyen Özel Faktörler

İthal edilmiş hisselerin (yabancı şirketler) ortaya çıkmasıyla birlikte, yabancı şirketlerin yeni bir iş kolunda rekabet yetenekleri, piyasanın yoğunlaşma verileri ve pazardaki payları da göz önünde tutularak sınırlandırılmaktadır.

1984 yılında rehberlerde yapılan büyük değişikliklerin en önemli nedenlerinden biri de bakanlığın 1984 Şubat' ında önerilen LTV-Republic Steel birleşmesine muhalefeti nedeniyle doğan uyuşmazlıktır ¹²¹. Amerika' nın çelik piyasasıyla ilgili birleşme ve pazar payı hesaplamalarında, bakanlık, Japonya ve Avrupa' dan gelen çeliği önemsemediği gibi engel olmaya da çalışmamıştır. Çünkü ithalat kotaları bu ülkelerden gelecek olan kaynak artışları sonucu fiyat artışlarına engel olmaktaydı. Ancak hükümetin içindeki ve dışındaki yoğun ve öfkeli tartışmalar sonunda, bakanlık, rehberlerdeki bölümleri tekrar gözden geçirerek, yerel şirketlere uygulanan aynı piyasadaki tanımlama prensiplerinin rekabet halindeki yabancı şirketlere de uygulanacağı konusuna açıklık getirdi. Böylece tüm ithalatlar kotalardan ayrı olarak pazar payı, yoğunlaşma ölçümleri ve diğer kurallara tabi olacaktır.

Yabancı şirketlerin mevcut pazar payları kotalara tabi olabilecektir ve bu yüzden bu şirketlerin rekabet üzerindeki etkileri olduğundan fazla görünebilecek ve aynı pazardaki yerel şirketlerin pazar payları ise olduğundan az görünebilecektir ¹²². Rehberler bu tarz verilerin analizinde gereken ayarlamaların tahsisi yönünde taahhütte bulunmuştur. Halen daha bakanlığın kullanmak zorunda olduğu yabancı kapasitesini ölçen veriler, Amerika pazarlarında fiyatlar arttığı takdirde, muhtemel yabancı

¹²¹ BRUNNER, 'United States v. LTV Corp., 1984-2 Trade Cas. (CCH) ¶66,133 (D.D.C.), başvuru reddedildi, 746 F. 2d 51 (D.C. Cir. 1984)', naklen, s. 29.

¹²² CAVITCH, Zolman, Business Organizations with Tax Planning, Volume 13, Lexis Nexis, Matthew Bender, 2003, s. 162-41.

rekabetçilerin kaynak cevabını eksik olarak dile getirmektedir. Bu nedenle Bakanlık güçlü kanıtları dikkate alacaktır.

ç. Ürün Yapısı ve Satış Terimleri

(1) Homojenlik- Heterojenlik

Rekabet seviyelerinin üzerinde fiyatlandırma, şirketlerin homojen ve farklılaşmamış ürünler üretmeleri halinde daha muhtemeldir. Çünkü gizli veya açık anlaşmaları kolaylıkla düzenleyebileceklerdir. Örneğin; şekerin fiyatı elbise fiyatlarına kıyasen çok daha kolay bir şekilde saptanabilir ¹²³. Bu nedenle, ilgili ürün tamamen homojen ve farklılaşmamış ise, bakanlık bu birleşmeyi büyük olasılıkla reddedecektir. Diğer taraftan, ilgili ürün çok heterojense bakanlığın bu birleşmeyi reddetme olasılığı daha düşük olacaktır.

(2) Pazar Tanımının Doğru Değerlendirilmesi

Rekabet seviyelerinin ölçümü amacıyla başvurulmuş yöntemlerin açık sonuçlar vermemesi halinde, rehberler iki ek faktörün değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bunlardan ilki; piyasaya kabul edilmiş olan son şirket ile piyasaya kabul edilmemiş olan ilk şirket karşılaştırılacaktır. Üründeki veya coğrafi pazardaki boşluk ne kadar büyükse, bakanlığın birleşmeyi reddetme ihtimali o kadar çok olacaktır. Boşluk büyükse, fiyatlar arttığı zaman diğer rekabetçilerin pazara çekilme olasılığı da az olacaktır. Boşluk küçükse, pazar haricindeki şirketler tarafından fiyatlandırmada bazı zorlamalar ortaya çıkacaktır.

¹²³ BRUNNER, s. 30.

United States v. Waste Management Inc. Davası'nda ¹²⁴, mahkeme şöyle bir karara varmıştır: 'Pazar tanımı, mevcut rekabet halindeki şirketlerle sınırlandırıldığı takdirde, mevcut potansiyel rekabetin, mevcut fiyat artışlarına hızla cevap verebildiğinde, pazar hisse istatistikleri doğru olmayan pazar gücüne teslim olur ¹²⁵.'

İkinci olarak; birleşen şirketler arasındaki sona erecek olan rekabet miktarı ile piyasadaki diğer şirketler tarafından halen sağlanmakta olan rekabet miktarı kıyaslanabilecektir. Eğer birleşen şirketlerin ürün ya da fabrikaları birbirinin yerine kolaylıkla geçebilecek nitelikteyse, bakanlık büyük olasılıkla bu birleşmeyi reddedecektir. Örneğin; cumartesi sabahları çocuklar için çizgi film programları hazırlayan iki şirket birleşme kararı aldıklarında, bu birleşmenin rekabet üzerindeki etkisinin olduğundan daha az görünmemesi için ek analizler gerekmektedir.

Fakat bazı zamanlarda pazar tanımlaması, iki şirket arasındaki rekabetin derecesini olduğundan fazla da gösterebilmektedir. Örneğin; değişik tür ve cinsten şaraplar pazarlayan şirketlerin birleşmelerinin reddedildiği davalarda, FTC, ürünlerin tek bir piyasada bulunduğunu belirlemiş, ancak o piyasadaki farklı ürünlerin kendine has karakterlerinin olabileceğini görmemezlikten gelmenin hiçbir mazereti olamayacağını görmüştür ¹²⁶. Daha önceki bir davada ise komisyon, rekabeti önleyici etkilerin analizinde piyasa özelliklerinin mutlaka göz önünde tutulması gerektiği yönünde yükümlülüğünü belirlemiştir ¹²⁷.

d. Özel Ticari Muameleler ve Satın Almalarla İlgili Genel Bilgi

Piyasaya özgü iki özellik, şirketlerin kararlaştırdıkları fiyatlar sayesinde, kendi aleyhlerine ayrılıkları fark edebileceklerini ve önlem

¹²⁴ BRUNNER, 'United States v. Waste Management Inc., 665 F.2d 10, 12 (2d Cir. 1981)', naklen, s. 31.

¹²⁵ BRUNNER, '743 F.2d 976, 982 (2d Cir. 1984)', naklen, s. 31.

¹²⁵ BRUNNER, 'Coca Cola Bottling Co., 93 F.T.C. 110, 206 (1979)', naklen, s. 32.

¹²⁷ BRUNNER, 'RSR Corp., 88 F.T.C. 800, 886 (1976)', naklen, s. 32.

alabileceklerini gösterirse, bakanlık, büyük olasılıkla bu birleşmeyi reddedecektir.

İlk olarak; özel ticari muameleler veya fiyatlar veya üretim seviyeleri diğer rekabetçi şirketler tarafından elde edilebildiği takdirde, rekabet halinde olunan şirketlere karşı kontrol ve misilleme şeklindeki fiyat kesmeler kolaylaşacaktır.

İkinci olarak; eğer menfaatler, piyasadaki tipik bir şirketin toplam üretimiyle düzenli, sık ve küçük ilişkide ise, satıcının kararlaştırılan satış fiyatından ayrılması için küçük bir nedeni olacaktır. Satıcı, fiyat kesmeyi, harcadığı emeğe değecek kadar sık bir şekilde uygularsa, bu durumla ilişkili olarak fark edilmesi de kolay olacaktır.

e. Küçük Şirketlerin Potansiyeli

Küçük şirketler, piyasadaki diğer şirketlerin fiyat yükseltmeleri halinde karlı üretim planları yapabiliyorlarsa, gizli anlaşmalar ihtimali o kadar düşük olacaktır. Küçük şirketler, artan maliyete rağmen satışlarını arttırabiliyorlarsa ve bu satış oranı o anki üretim seviyelerinin artan maliyetine çok yakınsa bakanlığın birleşmeyi reddetme olasılığı daha azdır. Bu faktör ayrıca bakanlığın giriş engellerini belirlemesinde de etkindir. Çünkü 'giriş' küçük şirketlerce büyümeyi de kapsamına alacak şekilde tanımlanmıştır.

f. Piyasadaki Şirketlerin Davranışları

Bir birleşme, rehberlere göre güvenli bölgenin sınırında yer alıyorsa, buna rağmen piyasadaki şirketlerin aşağıdaki üç davranıştan herhangi birini gösteriyor olması halinde yine de reddedilebilir.

(1) Önceki Gizli Anlaşmalar

Bakanlık, her zaman, geçmişte hukuka aykırı şekilde bir araya gelerek gizli anlaşmaların yapıldığı piyasalarda veya şirketler arasındaki birleşmelere

daha çok dikkat ederler. Yönetmelikler, şirketlerin daha önceden fiyat sabitlemek veya satış bölgesi veya müşteri tahsis etmek gibi eylemlerde bulunup bulunmadığını ve eğer bulunmuşsa bu eylemlerden sonra pazar yapısının temel olarak değişip değişmediğini araştırır. Eğer değiştiriyorsa, artmış olan yoğunlaşma açıkça gizli anlaşmaların denetimini zorlaştıracaktır veya gizli anlaşmaların daha muhtemel olmasını sağlayacaktır ¹²⁸.

(2) Kolaylaştırıcı Uygulamalar

Mevcut uygulamalar, gizli anlaşmaları kolaylaştırabilecek veya bu tarz anlaşmaların zaten mevcut olduğunu gösterebilecektir. Birleşmenin reddedilme ihtimali; 1) mecburi/emredici fiyatlandırma, 2) fiyat veya üretim bilgilerindeki, şirketlerin ortak olarak belirlenmiş fiyat koyması veya koymaya zorlamasına neden olan değişiklikler, 3) şirketlerin rekabet edebilecekleri ürün değişikliklerinde toplu standartlaştırma, 4) fiyat korumaya ilişkin özel şartlar belirleme uygulamalarından biri veya birkaçının görülmesi durumunda artmaktadır.

(3) Yıkıcı Şirketin Katılma Suretiyle Birleşmesi

Bakanlık, yatay bir birleşmede, elde edilen şirketin, piyasadaki rekabeti etkileyici ve yıkıcı bir etkiye sahip olması durumunda büyük bir ihtimalle o birleşmeyi reddedecektir. Ancak bakanlık, söz konusu şirketin elenmesinin piyasa performansını bozabileceğini tespit ettiği takdirde, bu faktöre müracaat etmeyecektir ¹²⁹. Pazar gücü analizlerinde kullanılan ilk ve en güçlü gösterge pazar paylarıdır. Bu ilke, Yüksek Mahkeme' nin Alcoa-Rome Cable davasındaki kararını da etkilemiştir ¹³⁰. Nitekim mahkeme, pazar tanımını dar

¹²⁸ BRUNNER, s. 33.

¹²⁹ BRUNNER, s. 34.

¹³⁰ BRUNNER, 'United States v. Aluminum Co. Of America, 377 U.S. 271 (1964)', naklen, s. 34.

yorumlayarak, Alcoa' nın % 90 paya sahip olduğunu, bu durumun da şirketin tekeli güce sahip olduğunu açıkça ortaya koyduğunu belirtmiştir ¹³¹.

g. Piyasa Performansı

ABD' de herhangi bir pazarda tekelleşmeye gidilip gidilmediği Herfindahl-Hirschman (HHI) Endeksi ile ölçülmektedir. HHI endeksi, pazardaki bütün teşebbüslerin pazar paylarının karelerini toplamak suretiyle hesaplanmaktadır ¹³². Söz konusu endeks, pazardaki şirketlerin sayısına bağlı olarak artmaktadır ¹³³.

Bir birleşme, eğer yoğunlaşma ölçümlerinde en üst sınırlarda bulunuyorsa ve birleşen şirketlerin piyasası o an itibariyle rekabete aykırı şekilde işliyorsa, rehberlerdeki düzenlemeler uyarınca, büyük olasılıkla reddedilecektir. Bir piyasadaki birleşmeyle birlikte artan yoğunlaşma, o piyasada zaten mevcut olan gizli anlaşmaları daha da fazla kolaylaştıracaktır.

Piyasa performansının değerlendirilmesi sırasında, ilgili her türlü delil göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bakanlık değerlendirme sırasında özellikle şunlara dikkat edecektir: 1) Önde gelen şirketlerin son yıllardaki pazar paylarının devamlı, sabit ilişkisi (ki bu, o şirketlerin rekabetçi özelliklerini halen devam ettirmekte olduklarını gösterir), 2) Önde gelen şirketlerin son yıllardaki birleşen pazar paylarının azalması (ki bu, fiyatlara duyarlı küçük şirketlerin veya pazara yeni giriş yapan şirketlerin fiyat kırma yöntemiyle pazar payını arttırabildiklerini gösterir), 3) Önde gelen şirketlerin, diğer piyasadaki, mukayese edilebilir sermaye ve riski olan şirketleri önemli ölçüde geçen oranlarda karlılıklarını devam ettirmeleri.

¹³¹ SU, s. 49.

¹³² SELÇUK, İlmütlühan, 'AB ve ABD' de Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması', Rekabet Politikası ve Yoğunlaştırılmaların (Birleşme/Devralmaların) Kontrolü, 4.03.2003, Ankara, s. 102.

¹³³ TUNAL, s. 66.

h. Yoğunlaşma Eğilimi

Rehberlerin en önemli yeniliklerinden birisi de, yoğunlaşma eğiliminin birleşmenin reddedilme olasılığını arttıran bir unsur olmaktan çıkarılmasıdır.

Rehberlerin bu durumu Yüksek Mahkeme' nin 1960' larda vermiş olduğu kararlarla kesin bir şekilde zıtlık göstermektedir. Mahkeme, daha sonrasında 'pazardaki yoğunlaşmaya yönelik eğilimin tarihçesine' kanuna aykırılığın tespiti olarak büyük önem vermiştir.

Son yıllarda rehberlerin düzenlenmesinden hemen önce, mahkemeler çelişkili kararlar vermeye başlamışlardır. Yüksek Mahkeme, *United States v. General Dynamics Corp. Davası*' nda ¹³⁴, yoğunlaşmaya yönelik bir eğilim olduğunu belirlemesine rağmen, söz konusu birleşmenin yasal olduğuna karar vermiştir. Yerel Mahkemeler ve FTC ise, birleşmelerdeki yoğunlaşma eğilimlerini yasaya aykırı bulmalarına rağmen, davalarda (örn; *Marathon Oil Co. v. Mobil Corp.* ¹³⁵) bu tarz eğilimlerin kanıtı olmasına rağmen birleşmeleri onaylamışlardır. Rehberlerin 1982 versiyonu yayınlandıktan sonra, FTC bir davada, yoğunlaşmadaki düşüşü birleşmeyi onaylamak için gereken birçok nedenden biri olarak belirtmiştir ¹³⁶. Genellikle mahkemeler, FTC' nin istemindeki ilk ihtarı tartışırken, Komisyonun kararını kayıyarak, yoğunlaşma eğiliminin varlığını FTC' nin görüşündeki gibi bir unsur olarak değerlendirmişlerdir.

i. Verimlilik

Bakanlık Rehberlerine göre; birleşmelerin ekonomiye en önemli yararı, şirketlerin rekabetlerini arttırıcı ve tüketicilere en düşük fiyatları sunmayı sağlayan potansiyeli arttırıcı nitelikteki yeterlilikleridir. FTC düzenlemelerine göre; birleşmeler, birleşen şirketlerin yönetim, dağıtım ve üretimdeki yeterliliklerini artmasını sağlayabilecektir. En zor ve en çok tartışılabilir soru

¹³⁴ BRUNNER, '415 U.S. 486, 494 (1974)', naklen, s. 35.

¹³⁵ BRUNNER, 'Marathon Oil Co. v. Mobil Corp., 530 F. Supp. 315 (N.D. Ohio)', naklen, s. 35.

¹³⁶ BRUNNER, 'Beatrice Foods Co., 101 F.T.C. 733 (1983)', naklen, s. 36.

ise şu iki gözlemden doğmuştur: verimliliği arttırıcı etkiler, yasal olmayan bir birleşmeye karşı savunma olarak mı değerlendirilecektir, yoksa en azından bir birleşmenin reddedilmesi için mi göz önünde bulundurulacaktır?

Yüksek Mahkeme, iki şirket arasındaki birleşmeyi, onlarla aynı piyasadaki daha büyük şirketlerle daha etkili rekabet etmelerini sağlıyorsa reddetmeyecektir. Bununla birlikte, mahkemeler, bu görüşü, genel bir kar elde etme gücünü arttırma olarak genişletici çabaları reddetmeye devam etmektedir. Bununla birlikte, her iki kurum da birleşme ile ilgili davalarda verimliliğin ayrı bir savunma olabileceği görüşünü reddetmektedirler.

Diğer taraftan, her iki kurum da, tedbir niteliğindeki zorlamalarından doğan verimlilik tartışmalarını git gide daha fazla kavrar görünmektedirler. Bakanlıkça yayınlanan 1982 rehberlerinde, verimlilik yaklaşımının sadece ‘müstesna davalarda’ dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Buradaki belirsizlik, 1984’e kadar yoğun bir şekilde tartışılmıştır. 1984 şubatında bakanlık, LTV-Republic birleşmesine ¹³⁷, bu birleşmenin yaygın bir üretim ekonomisi ve giderlerin azalması sonucunu doğurabilecek olmasına rağmen, karşı olduğunu açıklamıştır. Bu nedenle, 1984 rehberleri, en önemli sorunlardan birisi olan verimlilik bölümüne açıklık getirmiştir; ‘Bakanlık, açık ve ikna edici deliller ortaya koyabilen bütün davalarda, verimlilik taleplerini eşit bir şekilde göz önünde bulundurarak değerlendirir.’ denilmiştir.

Rehberlerdeki mevcut düzenlemeye göre; bakanlığın değişik nedenlerle reddedebileceği bazı birleşmeler, verimlilik sağlanması açısından önemli ve yerinde olabilir ve eğer taraflar birleşmenin bu etkilerini açıkca ortaya koyabilirlerse, bakanlık bu birleşmeyi reddedip etmeyeceğini bir kere daha değerlendirecektir. Kabul edilebilir nedenlere örnek olarak; ekonominin dengesini tamamlamak, üretimde kolaylık sağlamak, daha düşük nakliyat giderleri gösterilebilir. Diğer taraftan, bakanlık, birbirine eşit veya rekabet edilebilir nitelikteki tasarrufların, taraflarca başka şekillerde elde edilmesi olanaklıysa verimliliği arttırıcı talepleri reddedebilir. Bundan başka, taraflar,

¹³⁷ BRUNNER, ‘United States v. LTV Corp.’, naklen, s. 37.

bakanlığın ayrıntılı analizlerinde, beklenen net verimliliğin rekabete yönelik risklerden daha üst seviyelerde olduğunu da kanıtlayabilmelidirler.

General Motors-Toyota küçük araç joint venture anlaşmasında, Komisyon, bu anlaşmanın, General Motors' a Japon üretim teknolojisinde bilgi ve deneyim kazanabilme imkanı vereceği görüşüyle, verimlilik araştırmasına çok önem vermiştir ¹³⁸.

i. Batan Şirketler ve Bölünmeler

Batan şirket öğretisi, ticari işlemin yasaklanması durumunda, şirketlerden birinin büyük olasılıkla başarısız olacağı düşüncesiyle, bazı hukuka aykırı birleşmelere olanak sağlamaktadır. Kongre, 7. bölüm ¹³⁹ davalılarının, batmakta olan bir şirketin savunmasını zorla kabul ettirmeye çalışabileceğini ve mahkemelerin de bu savunmaları kabul edebileceğini ¹⁴⁰ ayrıntılı olarak düşünmüştür.

Bakanlık rehberlerinde ve FTC düzenlemelerinde, olan ve olması muhtemel pazar gücünün değerlendirilmesinde, normal olmayan finansal bir zayıflığın gözlemlenebileceği kabul edilmiştir. Fakat 7. bölümün yalnızca pazar payı oluşturan birleşmelerle ilgili olduğu düşünülürse, batan şirket savunması az çok anormal olacaktır. Çünkü piyasaların değerlendirilerek analiz edildiği durumlarda, bir şirketin rekabet gücü veya zayıflığı zaten hesaba katılacaktır. Eğer birleşme halen rekabete zararlı bir şekilde ortaya çıkıyorsa, batmakta olan şirket savunmasının tek amacı, hissedarlarını, çalışanlarını, alacaklılarını kaybetmemeye çalışmak olacaktır. Sadece pazar gücünün irdelendiği bir analizde, bu tarz etkiler teorik olarak ilgisiz kalacaktır.

Birleşen şirketlerden birisi batmakta olan bir şirketse, bakanlık aşağıdaki dört şartın bulunması halinde birleşmeyi reddetmeyecektir: 1) Batmakta olduğunu iddia eden şirket, yakın bir zamanda finansal

¹³⁸ BRUNNER, 'General Motors Corp., FTC Dosya No: 821- 0159', naklen, s. 37.

¹³⁹ Section 7 of The Clayton Act and The Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 1960, s. 339-47.

¹⁴⁰ BRUNNER, 'Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969), International Shoe Co. v. F.T.C., 280 U.S. 291 (1930)', naklen, s. 38.

yükümlülüklerini muhtemelen yerine getiremeyecekse, 2) Muhtemelen iflastan kurtulamayacak ve yeniden yapılanamayacaksa, 3) Batmakta olan şirketin, teklif edilen birleşme ile karşılaştırıldığında, rekabete daha az etki edebilecek ve batan şirketi piyasada tutmaya yarayacak nitelikte, olması mümkün alternatif bir birleşmeye ilişkin başarısız fakat güven verici çabalarda bulunması durumunda, 4) Devralmanın gerçekleşmemesi halinde batan şirketin malvarlığının ilgili pazarın dışına çıkması halinde.

FTC düzenlemeleri de, bakanlık rehberlerinde olduğu gibi, bu konuda katı davranmaktadır. Fakat, birleşmenin tamamlanmaması halinde, beklentiler karşılanamadığı için ticari başarısızlığın gerçekleşmesi, işlemlerin tamamen durması muhtemelse en az olumsuzluk taşıyan müşteriye satışın yapılmasının biraz daha genişletilmesi gerektiğini önermektedir. Ancak bu duruma, FTC düzenlemelerinde tamamen üstü kapalı bir şekilde değinilmiştir ve davacının basiretine göre göz önünde tutulabilecektir.

Diğer taraftan hem FTC hem de bakanlık, iddiaya göre ‘batmakta’ olan şirket, başarısız olmayan daha büyük bir işletmenin bir parçasıysa, bölünme tartışmalarını da değerlendirecektir. Bakanlık, bölünebilir nitelikteki bir şirketin, belli bir faaliyet kolundaki işletmelerini satabileceği gibi tasfiye edebileceğini de düzenlemiştir. Ayrıca Bakanlık Rehberleri uyarınca; eğer, belli faaliyet kolundaki işletmelerin satılmaması durumunda; tasfiyenin kaçınılmaz olduğu ispatlanabilmiş ve rekabet koşullarına uygun olarak tercih edilebilecek bir müşterinin, batan şirket savunmasına gerek duyulduğu takdirde bu savunmaya rıza göstermiş olması söz konusuysa, bakanlık, bölünmeleri, birleşmelerin olası rekabet etkilerine tesir eden önemli bir faktör olarak göz önünde tutacaktır.

FTC zımni olarak şu dört unsuru inceleyecektir: 1) Şirketin finansal problemleri, 2) Tüm kuruluş prosedürlerinin takip edilip edilmediği, 3) Daha iyi bir müşteri bulabilmek için yeterli ve tatmin edici çabaların gösterilip gösterilmediği, 4) Bölünme sonucunda, söz konusu işletmeyi devralacak müşterinin, piyasadaki rekabeti koruyabilecek en iyi aday olup olmadığı.

j. Adalet Bakanlığı ve FTC Standartlarına Alternatifler

FTC düzenlemeleri de, Bakanlık Rehberleri de, mahkemelerin uymak zorunda olduğu yasal kurallar değildir ve sonradan gelecek yönetimlerin bu kurallara bağlı kalması yönünde zorlamalar da söz konusu olamaz. Bununla birlikte, rehberler, federal mahkemelerin 7. bölüme ilişkin davalarda karar vermesini sağlayan en güçlü kriterleri belirtmektedir. rehberler, araştırmaların başlama noktasını oluşturur.

Bu yatay birleşmeler için tamamen geçerlidir. Yüksek Mahkeme' ye göre; pazara özgü tanımları aşan, rehberlerin standartlarını ihlal eden yapay bir birleşme, aynı zamanda kanunun 7. bölümünü de ihlal etmiş olarak yorumlanmaktadır. Aksini ispat eden, yani rehberler uyarınca; reddedilmesi gereken bir yatay birleşmenin mahkemelerce kabul edileceğini belirten bir madde bulunmamaktadır.

Rehberlerce izin verilen birleşmelerin ise, mahkemelerce neden reddedildiği çok daha farklı bir sorudur. Yüksek mahkemelerin ve yerel mahkemelerin görüşleri bir çok üstü kapalı, açık olmayan söylemlerle doludur. Von's Grocery Davası ¹⁴¹ nda verilen karar ise açıklayıcı, hatta nihai karar gibidir.

1966' da Yüksek Mahkeme, bir bölge mahkemesinin Von's Grocery Company' nin Shopping Bag Food Stores şirketini devralmasının 7. bölümü ihlal ettiği gerekçesiyle hükümet tarafından yapılan şikayetini reddettiği davada, birleşmeyi red kararı ile aksi yönde bir karar vermiştir. Devralmanın gerçekleştiği tarihte, Von's Grocery Company ve Shopping Bag şirketi, faaliyet alanında sırasıyla, Los Angeles' taki biri en büyük üçüncü, diğeri ise en büyük altıncı şirkettir. Her iki şirketin birlikte Los Angeles' taki payı ise % 7,5' tur. Yüksek Mahkeme, 6-2 çoğunlukla, söz konusu birleşmenin 7. bölümü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, belli ki, Von's Grocery Davası'nda, rehberlerce gösterilen kriterlere uygun karar vermemiştir. Nitekim, rehberlerdeki kriterler

¹⁴¹ BRUNNER, 'United States v. Von' s Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966)', naklen, s. 40.

irdelendiği takdirde, birleşmenin engellenmesi söz konusu değildir. Mahkeme, 1950 Celler-Kefauver Yasası' nın temel amacının, piyasada rekabet halindeki küçük şirketlerin sayısının mümkün olduğunca yüksek olmasını sağlayarak Amerikan ekonomisindeki ekonomik yoğunlaşmaların engellenmesi olduğuna ikna edilmiştir. Mahkemenin görüşüne göre; her iki şirket de hayli başarılı ve rekabetçi olup, böyle bir birleşme, % 7,5 pazar payıyla Los Angeles' ın en büyük ikinci market zincirini meydana getirecektir. Mahkeme, Kongre' nin, piyasadaki küçük şirketlerin rekabet etmeye devam edebilmesini sağlamak için, piyasanın, birkaç büyük şirketin pençesine düşmesinden önce, en başında piyasadaki yoğunlaşmaları tespit edip engellemesi gerektiğini belirtmiştir. Kısacası, Yüksek Mahkeme, rehberlerin belirttiği kriterlere farklı olarak karar vermiş ve söz konusu birleşmeyi reddetmiştir.

Günümüzde Yüksek Mahkeme, Von's Grocery davasında verilmiş olan kararın belirsiz ve şüpheli olduğunu doğrulamaktadır. Söz konusu davadaki yaklaşımın yerini, Yüksek Mahkeme' nin 1974 yılında vermiş olduğu United States v. General Dynamics Corp. kararı ¹⁴² almıştır. Von's Grocery' den sonra Yüksek Mahkeme' nin bakmış olduğu en önemli yatay birleşme davası olan General Dynamics davasında, hükümet, her ikisi de kömür üreticisi olan General Dynamics ile United Electric Coal şirketlerinin birleşmesini engellemeye çalışmış, ancak başarısız olmuştur. Hükümet tarafından yapılmış olan analizler göstermiştir ki, piyasada, o anki kömür satışları baz alındığında her iki şirketin toplam pazar payı % 23 gibi yüksek bir rakam çıkmaktadır. Mahkemeye göre, basit bir değerlendime yapıldığı takdirde, bu dava da Von's Grocery davasındaki gibi kanuna aykırı değerlendirilebilecektir. Hükümetin, kanıt olarak pazar payını sunmasına rağmen, Yüksek Mahkeme bu birleşmeye izin vermiştir. Şöyle ki; karşı taraf, neredeyse tüm kömürün, kömür piyasasında en büyük pazar olan kamu hizmeti gören şirketlere satılmakta olduğunu ve bu satışlara yönelik anlaşmaların çok uzun dönemli olduğunu, United Electric şirketinin de yeni

¹⁴² BRUNNER, 'United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974)', naklen, s. 42.

bir uzun dönemli sözleşme aktederek rekabet ortamına katılmasının söz konusu olmadığını, çünkü elinde herhangi bir taahhüt altına girmemiş çok az rezervinin olduğunu ve daha fazlasını da elde etmesinin mümkün olmadığını ispat etmiştir.

Bu karar, her ne kadar Mahkeme' nin aldığı kararlar açısından bir dönüm noktası olsa da, yeterince açık değildir. Nitekim, şirketlerin mevcut olan veya geçmişteki pazar paylarının, gelecekteki rekabet güçlerini gösterebilme açısından güvenilir olmayan bir etken olduğunu göstermektedir. Bu da hükümetçe yapılmış olan istatistiklerin, Yüksek Mahkeme' nin 7. bölüme ilişkin nihai kararında, yersiz olduğu sonucunun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Diğer bakımlardan General Dynamics Davası, Von's Grocery Davası' ndan sonra keskin bir değişiklik olmuştur. En önemlisi, birleşmenin rekabet ortamına olan gerçek etkilerinin ölçüleri belirlenmeye çalışılmış, bir birleşmenin yasallığı değerlendirilirken ekonomik gerçekliklerin ve market dinamiklerinin hepsinin bir arada değerlendirilmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Bu karar, aynı zamanda Adalet Bakanlığının 1982 ve 1984 Birleşme Rehberleri' ne de yön vermiştir.

Özet olarak, yatay birleşmelere ilişkin yasal kurallar direk olarak düzenlenmemişse de, daha önceki yıllara ait belirsizlik büyük ölçüde bertaraf edilmiştir. Birçok konuya ilişkin alternatif yaklaşımlar, mahkemelerde, hükümette ve akademilerde kabul görmeye başlamıştır. Adalet Bakanlığı tarafından yeni düzenlemeler yapılacak olmasına rağmen, temel prensipler ve uygulamalar belirlenmiştir.

B. Yatay Olmayan Birleşmeler

1. Genel Olarak

Yatay olmayan birleşmeler, birbirleriyle rekabet halinde olmayan şirketlerin birleşmesi olarak açıklanmaktadır. Bu tarz birleşmeler, monopol veya gizli anlaşmalar açısından direk risk doğurmamakla birlikte, rekabeti

başka şekillerde etkileyebilmektedirler. Yatay olmayan birleşmeler; potansiyel rekabetçi birleşmeleri, dikey birleşmeleri ve karma birleşmeleri kapsamaktadır.

Adalet Bakanlığının Birleşme Rehberleri, yatay olmayan birleşmelerde de, yatay birleşmelerdeki esasları uygulamaktadır: yalnızca pazar gücü oluşturma veya arttırmaya yönelik amaç içeren birleşmeler reddedilecektir. Rekabet karşıtı yatay olmayan birleşmeler, yine rekabet karşıtı yatay birleşmelerde olduğu gibi tanımlanacaktır. İlk değerlendirme, birleşmenin pazar yoğunluğunu etkileyip etkilemeyeceği üzerine yapılacaktır.

2. Potansiyel Rekabetçi Birleşmeler

a. Genel Olarak

Potansiyel rekabetçi birleşmeler, birbirleriyle rekabet halinde olmayan, ancak birinin diğerinin pazarına girmesi her an mümkün olabilecek şirketler arasında gerçekleşen birleşmelerdir. Bu tarz birleşmeler, rekabete etki eden çok önemli sonuçlar doğurabilmektedir.

Örneğin; beyazlatıcı ürünler üreten bir üreticiyle, çamaşır deterjanı işinde olan başka bir şirketin birleşmesi ¹⁴³ ele alındığında; söz konusu olan yatay bir birleşme değildir, çünkü iki şirket de birbiriyle rekabet halinde olmayan, farklı pazarlarda faaliyet gösteren şirketlerdir. Birleşme sonrasında, beyazlatıcı üreten şirketlerin sayısında bir değişiklik olmayacağı gibi, hiçbir şirketin maliyetlerinde veya satışında büyük bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Beyazlatıcı üretimi ve fiyatlandırmasındaki rekabet söz konusu birleşmeden sonra da devam edecektir.

Bununla birlikte, eğer deterjan üreticisi, beyazlatıcı pazarına girebilecek potansiyele sahip olan bir şirketse, bu takdirde, birleşme iki nedenden dolayı rekabete aykırı olabilir: İlk olarak; beyazlatıcı pazarındaki

¹⁴³ BRUNNER, 'FTC v. Procter and Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967)', naklen, s. 45.

mevcut şirketler, fiyatları arttırdıkları takdirde, söz konusu deterjan üreticisinin, kendiliğinden pazara girebileceğini düşünebilirler. Söz konusu birleşme, beyazlatıcı piyasasındaki şirketler tarafından rekabet seviyelerinin üzerinde belirlenmiş olan fiyat zorlamalarını, yatay bir birleşmenin değiştirebileceği kadar değiştirecektir.

İkincisi; deterjan üreticisi, beyazlatıcı piyasasındaki şirketler tarafından potansiyel bir rekabetçi olarak fark edilmese dahi, bu şirket birleşme olmasa da bu piyasaya girebilecektir. Bu şirket zaten gerçek potansiyel bir rekabetçidir. Bu gerçeğin fark edilmemiş olması, söz konusu şirketin beyazlatıcı piyasasına olacak etkilerinin diğer beyazlatıcı şirketler tarafından değerlendirilmemesi nedeniyle, mevcut fiyatları ve üretimi etkilemeyecektir. Fakat birleşme rekabete aykırı olabilecektir, çünkü beyazlatıcı pazarı gelecekteki bir rekabetçisini kaybetmiştir. Alternatif olarak, deterjan üreticisi, birleşmeyi planladığı şirketle değil de, daha küçük bir şirketle birleşerek piyasa girebilecektir. Böylece bu küçük şirketin gelecekte, piyasada rekabet edebilme gücüne sahip olması da engellenecektir.

Procter & Gamble Davası'nda, Mahkeme, birleşme ile tarafların belirli etkinlikler elde edeceğini ortaya koymuş, ancak elde edilen bu etkinliklerin birleşen firmayı rakiplerine göre daha avantajlı hale getireceği gerekçesiyle birleşmenin pazardaki rekabet üzerinde olumsuz etki doğuracağı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu dava, bir birleşmenin yarattığı etkinlikler nedeniyle yasaklanması şeklindeki olumsuz yaklaşımın en belirginleştiği somut örnektir

144

Uygulama makamları ve mahkemeler, çoğunlukla, mevcut veya farkedilen potansiyel yeni girişleri kapsayan birleşmeleri rekabete aykırı olarak değerlendirmekte ve reddetmekteydiler. Zaman içinde, yasal olmamanın sınırları git gide daraltılmıştır. Şirketin potansiyel bir yeni giriş olduğunun fark edildiği durumlarda, piyasa yüksek giriş engelleri ile yüksek derecede yoğunlaştırılmalıdır. Ancak mevcut bir potansiyel yeni girişin

¹⁴⁴ SELÇUK, s. 99.

bulunduğu durumlarda, mahkemeler, birleşmenin yasal olmadığı iddialarına karşı daha kuşkucu yaklaşmaktadır.

1984 Bakanlık Rehberleri ise, içtihat hukukundaki uygulamaları gözardı ederek, mevcut ve olması muhtemel potansiyel rekabeti birbirinden ayrı tutmamış ve her ikisine de aynı kuralları uygulamıştır.

b. Rehberlerce ve İçtihat Hukuku ile Düzenlenmiş Konular

Rehberlerin temel amacı, birleşme ve devralmaların analizinde yetkili makamların takip edecekleri inceleme yöntemini ortaya koymaktır ¹⁴⁵.

Rehberler, potansiyel piyasaya girişlerin engellenebilmesi için, Bakanlığın değerlendirme sırasında, aşağıdaki beş noktayı irdelemesi gerektiğini düzenlemiştir:

1) Birleşme olmasa dahi, devralan şirketin, devralınan şirketin pazarına girmesi büyük olasılıkla muhtemel midir? Büyük olasılıkla piyasaya girmesi halinde, birleşmenin engellenmesi ile hiçbir şey kazanılmamış olacaktır.

Rehberler, özellikle, bu sorunun cevaplandırılmasında belirsizdir. Ayrıntılı olarak tanımlanmış şirket geçmişi, projeleri ve müşterileri ile kıyaslandığında, yapılacak olan araştırmalar tamamen soyut kalacak ve objektif gerçekleri göstermeyecektir. Aslında tüm potansiyel yeni giriş içeren birleşme davaları, öznel amaçları ve objektif olasılıklara ilişkin ayrıntılı ve eksiksiz deliller gerektirmektedir.

Rehberlerdeki piyasa tanımına ilişkin bölümlerde, mahkemelerin potansiyel yeni giriş olarak kabul ettikleri, ancak Bakanlığın zaten piyasanın içinde bulunduğu hükmettiği üç şirket kategorisi düzenlenmiştir: a) Yeni bir üretim veya dağıtım faaliyeti gerçekleştirmemesine rağmen, devralınan şirketin faaliyet gösterdiği pazarda % 5 oranında fiyat artışı yapıldıktan sonra, bir yıl içerisinde rekabet edebilecek bir ürün üreten şirket; b) Piyasadaki % 5 oranındaki fiyat artışından sonra, zaten aynı alanda, fakat farklı bir coğrafi

¹⁴⁵ SELÇUK, s. 101.

bölgede üretim yapan, ancak devralınan şirketin coğrafi bölgesine girerek bu pazarda önemli satışlar yapacak olan şirket; c) Muhtemel mevcut bir girişin olduğuna ilişkin güçlü deliller olan bir şirket, örneğin, düşünüp karar verme evresini çoktan geçmiş ve pazara giriş yapma kararını almış olduğunu gösteren önemli yatırımlar yapmış olan şirket. Bu tarz davalarda, Bakanlık, olası girişi değerlendirecek ve bundan sonra birleşmeyi yatay bir birleşme gibi değerlendirecektir.

Mahkemeler, potansiyel yeni giriş konularında, rehberlerden daha anlayışlı davranmaktadırlar. Procter and Gamble (P&G) Davası' nda, P&G yönetiminin ısrarla Clorox şirketiyle birleşmesi dışında beyazlatıcı pazarına girmeyeceğini beyan etmesine rağmen, Yüksek Mahkeme, P&G' nin gerçekte muhtemel bir pazara yeni giriş olduğunu belirlemiştir. Bu sonuç, P&G' nin diğer pazarlardaki mevcut faaliyetlerinden, esnek tanıtım ve satış yöntemlerinden, sıvı beyazlatıcının P&G ürünleriyle bağdaşılabilirliğinden çıkarılmıştır.

2) Devralınan şirketin pazarında zaten bulunan diğer rekabetçiler, devralan şirketi potansiyel bir yeni giriş olarak mı değerlendireceklerdir? Eğer bu şekilde bir değerlendirme söz konusu değilse, birleşmenin gerçekleşmemesi halinde gelecekte rekabetin daha güçlü olacağının ileri sürülmesi birleşmenin reddedilebilmesinin tek yoludur.

3) Söz konusu pazarda geçerli olan rekabet ne düzeydedir? Söz konusu pazardaki rekabet seviyesi, pazar gücü oluşturma yönündeki teşebbüsleri bertaraf edebilecek kadar güçlü olabilmektedir. Böyle bir durumda, potansiyel bir yeni giriş, piyasadaki şirketleri, ancak bu şirketlerin de gizli anlaşmalar yapması ya da monopolleşmesi durumunda etkileyebilecektir. Marine Bancorporation Davası' nda ¹⁴⁶, Yüksek Mahkeme, herhangi bir potansiyel yeni girişin söz konusu olduğu birleşme davasında, etkilenen pazarın yoğunlaşmış olması gerektiğinin zorunlu bir unsur olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte mahkeme, bir piyasanın ne zaman

¹⁴⁶ BRUNNER, 'United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S. , 602 (1974)', naklen, s. 49.

yoğunlaşmış sayılabileceğini veya yoğunlaşmanın nasıl ölçülebileceğini belirlememiştir.

Rehberler HHI indeksini kullanmaktadırlar. Bakanlık, devralınan şirketin piyasasının yoğunlaşma derecesinin 1800 HHI' in üzerinde olmadığı birleşmelerde söz konusu birleşmeleri reddetme eğiliminde değildir. Bununla birlikte, iki durum söz konusudur: a) Pazar yapısı gizli anlaşmaların mümkün olduğunu gösteriyorsa, 1800 HHI' in altında bir yoğunlaşma da reddetmek için yeterlidir. b) Yoğunlaşma, 1800 HHI' in altında olmasına rağmen, pazarda lider olan şirketin pazar payı çok yüksekse ve pazar yatay birleşmeler açısından değerlendirildiğinde yüksek derecede yoğunlaşmış görünüyorsa, aynı şekilde potansiyel yeni giriş davalarında da bu şekilde değerlendirilecektir.

4) Potansiyel yeni girişin piyasaya girmede özel bir kolaylığı mevcut mu?

Piyasayı koruyan giriş engelleri, rehberler ışığında değerlendirilecektir. Eğer bu engeller çok düşükse, başka şirketler de piyasaya girme şansına sahipse ve bu durumda piyasada bulunan ve rekabet halinde olan mevcut şirketler önemli bir zaman dilimi süresince fiyat artışı yapamıyorsa, piyasaya yeni giriş birleşmeleri bakanlık tarafından büyük olasılıkla engellenmeyecektir.

Devralan şirketin egemen olacağı piyasaya giriş avantajları da ayrıca değerlendirilecektir. Diğer benzer rekabet halindeki şirketlerin sayısı üçün altına inerse ve giriş avantajlarının büyüklüğü, avantajsız şirketlere oranla artarsa, bakanlığın söz konusu birleşmeyi engelleme olasılığı da artacaktır.

5) Devralınan şirket küçük bir şirket midir, yoksa piyasaya hakim olacak büyüklükte bir şirket midir? Küçük bir şirketin devralınması şeklindeki birleşmelerde, piyasaya yeni girmekte olan devralan şirket, piyasada etkili olabilecektir, ancak çok da büyük bir güce sahip olamayacaktır. Piyasaya hakim durumdaki bir şirketin devralınması durumunda ise, devralan şirket, devralınan şirketin yönetiminde ön plana geçecekse, bu durumda piyasada çok daha önemli bir kontrol mekanizması kuracaktır.

Rehberler, yalnızca pazar payını irdelemektedirler. Devralınan şirket, %5 veya daha az bir pazar payına sahipse, bakanlık büyük olasılıkla bu birleşmeyi reddetmeyecektir. Bu sınırın üzerindeki oranlar söz konusu olduğu takdirde, bakanlığın birleşmeyi reddetme olasılığı artacağı gibi, %20 veya daha fazla pazar payının söz konusu olduğu durumlarda birleşme büyük bir olasılıkla reddedilecektir.

Uygulamada başı çeken piyasaya yeni giriş birleşmelerinin çoğunda, devralınan şirketin pazar payı %20' nin üzerinde olmakta ve de pazarda birinci veya ikinci sırada yer almaktadır. Federal Ticaret Komisyonu, ilgili pazarın %10' nun üzerinde bir egemenliği olmayan piyasaya yeni giriş birleşmelerini kanuna aykırı olarak değerlendirmedeğini bildirmiştir. Buradan rehberlerin, içtihat hukukuna göre daha kısıtlayıcı bir pozisyonu benimsediği anlaşılmaktadır.

c. Sonuç

Rehberler, devralan şirketin, piyasaya potansiyel bir yeni giriş olup olmadığının değerlendirilmesine yönelik olarak kesin bir formül getirmemektedir.

İlk olarak; bakanlığın, şu dört durumdan birinin mevcudiyeti durumunda, birleşmeyi reddetme olasılığı çok düşüktür: 1) devralınan şirketin bulunduğu pazarda HHI oranının 1800 veya daha az olması durumunda, 2) devralınan şirketin pazar payının %5 veya daha az olması durumunda, 3) devralınan şirketin pazar giriş engellerinin düşük olması durumunda, 4) devralan şirket dışında üç veya daha fazla şirketin daha pazara girmesi söz konusu olduğu durumda.

İkinci olarak; birleşmenin reddedilme olasılığının arttığı 5 durum ise şunlardır: 1) devralınan şirketin bulunduğu pazarda HHI oranının 1800' den fazla olması durumunda, 2) devralınan şirketin pazar payının %5'i geçmesi durumunda, 3) ilgili pazar giriş engellerinin yüksek olması durumunda, 4) devralan şirketle rekabet edebilecek piyasaya yeni giriş şirketlerin sayısının üçün altına düşmesi durumunda, 5) devralan şirketin piyasaya giriş

avantajlarının derecesinin avantajsız şirketlerden daha fazla olması durumunda. Karara bağlanmış olan içtihatlarda bu faktörlerin ilgili olduğu görülmektedir, ancak direk olarak rehberlerin desteklendiği veya reddedildiği görülmemektedir.

3. Dikey Birleşmeler

a. Genel Olarak

Dikey bir birleşmede, herhangi bir pazardan mal almakta olan bir şirket, aynı pazarda mal üretilip satan bir şirketle birleşmektedir ¹⁴⁷. Örneğin; bir bilgisayar üreticisiyle silikon çip üreticisinin birleşmesinde olduğu gibi.

Dikey terimi, üretim ve dağıtımdaki farklı aşamaları, hammaddenin alınıp işlenmesinden, ürünün nihai alacaklısına kadar geçen farklı aşamaları tasvir etmektedir.

Bu bölümde birleşmenin yalnızca rekabete olan dikey etkilerinden bahsedilecektir. Nitekim aynı birleşmenin, yatay veya yeni giriş şeklindeki rekabet etkileri de söz konusu olabilmektedir. Örneğin; bilgisayar üreticisi zaten bir çip fabrikasına sahipse, başka bir çip fabrikasıyla birleşme, şartlarına göre yatay birleşme olarak da değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, bilgisayar üreticisi çip pazarına potansiyel yeni giriş ise, ya da çip üreticisi bilgisayar pazarına potansiyel yeni giriş ise, birleşme piyasaya potansiyel yeni giriş olarak da değerlendirilebilecektir.

Hükümetin dikey birleşmelere karşı tavrı halen tam olarak belirlenememektedir. Bu da, dikey birleşmeler konusunda mevcut olan iki farklı görüş arasındaki tansiyonun yükselmesine neden olmaktadır. Bir görüşe göre; satıcı ve alıcının birleşmesi her ikisinin pazarında rekabet açısından herhangi bir değişiklik yapmayacaktır. Birleşmeden sonra da aynı sayıda şirket, yine aynı pazar payı ve sıralamasına sahip olarak üretimlerine devam edecektir.

¹⁴⁷ MARTIN, s. 324.

Diğer görüşe göre ise; birbiriyle ilgisi olmayan iki farklı şirketin birleşmesi, bu iki şirketin birbirini tamamlaması sonucunu doğuracaktır. Böylece her ikisi de üretim kaynaklarını ve ürünlerini garanti altına almış olacaklar, diğer rekabet halindeki şirketlere göre daha iyi şartlara sahip olacaklardır. Bu da rekabete aykırı bir durumun ortaya çıkmasına neden olacaktır.

b. Rehberler

Rehberlerin dikey birleşmelere bakış açısı çok karışık ve anlaşılması güçtür. 1982 rehberlerinin uygulanması göstermiştir ki, bakanlığın dikey birleşmeleri yasaklama niyetini desteklemektedir. Rehberler iki durumda bu birleşmelere engel olmaktadır: 1) Giriş engellerinin yükselmesi sonucu pazarın yoğunlaşmış bir pazara dönüşmesi, 2) Satıcı firmanın pazarında gizli anlaşmaların ortaya çıkması.

(1) Giriş Engellerinin Artması

Şu koşullar gerçekleştiği takdirde, dikey bir birleşme pazara giriş engellerinin artması sonucunu doğurabilecektir: a) Birleşme sonrasında, alıcı şirket ve satıcı şirketin pazarlarının, başka bir rekabetçi firmanın bu pazarlardan birine girebilmesi için diğerine de girmesi gereksinimini doğuracak şekilde birbirini tamamlaması. b) Her iki pazara giriş de o kadar zor olmalıdır ki, başka şirketler bu pazarlara girmeyi dahi denememektedirler. c) İlk pazar zaten rekabete uygun değildir ve bu yüzden daha yüksek giriş engelleri pazar performansını etkileyecektir. Tüm bu koşullar bir araya geldiğinde, bakanlık, söz konusu birleşmeyi büyük ihtimalle reddedecektir.

Rehberler şu üç soru karşısında Bakanlığın nasıl hareket edeceğini göstermektedirler:

1) İki aşamalı giriş gerekli midir? Örnekle açıklamak gerekirse; silikon çip üreticisi A, bu çipleri bilgisayar üreticisi B' ye satmaktadır. B, A ile birleşmeyi planlamaktadır ve Bakanlığın bu birleşmeyi reddedip etmeyeceğini

bilmek istemektedir. Silikon ip pazarı ilk pazar olarak farzedildiğinde, bu birleşme, iplere olan talebi azaltarak, potansiyel ip üreticilerinin bu piyasaya girişine engel olacak mıdır? Bu durumda bakanlık, birleşme sonrasında, diğer bilgisayar üreticilerince bu iplere yönelik hala yeterli talebin olup olmadığını, bilgisayar-ip şirketlerinin birleşmesi şeklindeki bir oluşumda bulunmadan da yeni ip üretici şirketlerin ortaya çıkıp çıkamayacağını araştıracaktır.

Yine, bilgisayar pazarı ilk pazar olarak farzedildiğinde, böyle bir oluşum içinde bulunmayan ip üretici şirketler, birleşme sonrasında da, bilgisayar üreticilerinin, ki kendi ip üretim kapasitesi olmayan yeni bilgisayar üreticileri bilgisayar pazarına giriş yapabilir, ip taleplerini karşılayabilecek kadar ip üretim kapasitesine sahip olabilecek midir?

Yeni bilgisayar şirketleri, yeterli ip tedarikini sadece ip üreticilerinden değil, başka bir pazarda bilgisayar şirketlerine ip tedarik etmekte olan bütünleşmiş ip-bilgisayar şirketlerinden de yapabilirler. Bu durumda bakanlık, ip kapasitesinin, bilgisayar piyasasına ip üretmeksizin yeni giriş yapan bilgisayar üreticilerince yeterince elde edilebilir olup olmadığını araştıracaktır.

Rehberler bu araştırmalarda, mevcut teknolojiyi kullanarak ürünü en verimli şekilde (ürün başına en az maliyetle) üretebilecek en küçük işletme fikrini vurgulayarak katı bir tutum sergilemektedir. Bakanlığın, ikincil pazardaki diğer şirketlerce yapılan, birleşme öncesi satışların ilk pazardaki en küçük etkili iki işletmeye yeter derecede üretim yapması durumunda, giriş engellerini yükseltecek nitelikteki birleşmeleri büyük olasılıkla engellemeyecektir. Diğer şirketlerin, ilk pazardaki en küçük etkili iki işletmeye sundukları hizmette verimlilik kapasitesindeki düşüş ise Bakanlığın birleşmeyi reddetme olasılığını arttıracaktır.

Bununla birlikte, rehberler, en küçük etkili iki işletme testini, bilgisayar üreticisi B' nin, bilgisayar pazarındaki giriş engellerini yeterince düşük tutması durumunda, B ile A' nın birleşmesi bakanlığı endişeye düşürmediği takdirde, ip satıcılarına uygulamayabilecektir. Rehberler, sadece bakanlığın, yeni bilgisayar üreticilerinin ip pazarına eş zamanlı olarak giriş yapmaksızın

pazara katılımını sağlayabilecek kadar dış piyasanın yeterince büyük ve farklı olup olmadığını araştırması gerektiğini bildirmektedir. ‘Büyük’, ‘farklı’ ve ‘katılım’ kelimelerinin ise tanımlaması yapılmamış ve bir boşluk bırakılmıştır.

Bu iki aşamalı giriş, ancak iki testin bir araya geldiği durumlarda gereklidir. İlki, birleşme sonrasında ikinci pazardaki diğer şirketler, ilk pazarda iki minimum verimli fabrikayı destekleyecek kadar büyük olmaması durumudur. İkincisi ise, birleşen şirketlerin ticari işlemlerinin, başka yeni girişlerin başka bir pazara eş zamanlı giriş yapmaksızın ilk pazara katılımına izin verecek kadar yeterli olmaması durumudur.

2) Her iki pazara birden giriş maliyeti, yalnızca ilk pazara giriş maliyetini aşmakta mıdır? Eğer bir şirket, her iki pazara da yalnızca birine olduğu kadar kolay girebiliyorsa, iki aşamalı giriş zorunluluğu rekabet açısından bir engel teşkil etmemektedir. Rehberlerin giriş maliyetlerine değer biçilmesine yönelik kuralları belirsizdir. Sadece, ikinci pazara eşzamanlı giriş gereksiniminin, yalnızca ilk pazara girişle kıyaslandığında, esaslı bir zorluk artışına neden olup olmadığını araştırılmaktadır. Eğer ikinci pazara giriş zorluğu artmaktaysa, birleşmenin reddedilme olasılığı da aynı şekilde artmaktadır.

3) İlk pazar yoğunlaşmış mıdır? Eğer iki aşamalı giriş gerekliyse ve yalnızca ilk pazara girişe göre maliyeti daha çoksa, rehberler, ilk pazarın çok yoğunlaşmış olup olmadığını, ve daha yüksek giriş engellerinin rekabeti olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini araştıracaktır. Rehberler bu soruların cevabını HHI verilerine göre bulacaktır. Bakanlığın, dikey birleşmeyi reddetme ihtimali, ilk pazardaki giriş engellerinin artmasına rağmen HHI’ ın 1800 veya daha altında olması durumunda oldukça düşüktür.

(2) Gizli Anlaşmalar Yapılması

Rehberler, dikey bir birleşmede satıcı şirketlerce yapılabilecek gizli anlaşmalarla ilgili olarak iki özel dava tanımlamıştır. Her iki durumda da, başlangıç kuralları sadece birleşmenin bireysel bir değerlendirmesini başlatacaktır, yoksa birleşmenin reddedileceğine karine oluşturmamaktadır.

1) Perakende satış aşamasında dikey birleşme. Perakendecilere satış yapan şirketlerin fiyatlar konusunda gizli anlaşmalar yapabilmeleri diğerlerine göre daha kolaydır. Çünkü perakende fiyatlar çok daha kolay hesaplanabilmektedir. Satıcının pazarındaki HHI' ın 1800' ün üzerine çıkması veya satıcı piyasasındaki ürünün büyük çoğunluğunun dikey birleşme sonucu ortaya çıkan şirkete satılması durumunda, bakanlık büyük olasılıkla bu birleşmeyi reddedecektir.

2) Satıcı şirketler, belirli bir alıcı şirkete önemli miktarda satış yapıldığını fark ederlerse, bu iş ilişkisini güven altına almak için yapılmış olan gizli anlaşmalara aykırı hareket edebilirler. Satıcı şirketlerden biri ile bir alıcının birleşerek rekabeti ortadan kaldırabilmeleri, satıcı firmaların daha kolay ve etkili şekilde gizli anlaşmalar yapabilmelerini sağlamaktadır. Bu durumda da bakanlık, satıcı pazarındaki HHI' ın 1800' ü geçmemesi ve söz konusu şirketin kendi pazarındaki diğer şirketlerden satış kapasitesi ve diğer özellikler bakımından çok farklı olmaması durumunda bu birleşmeyi büyük olasılıkla reddetmeyecektir.

c. Rehberler Dışı Nedenler

FTC dikey birleşmelere yönelik herhangi bir düzenleme getirmemekle birlikte, uygulamalarında bakanlık rehberlerine de kesinlikle sadıktır. Dikey birleşmeler, yatay birleşmelere oranla rekabet üzerinde daha az tehlike taşımakta ve rehberler ve diğer alternatif kurallarda belirtildiği gibi daha az uygulama bulmaktadır.

(1) Diğer Rekabete Aykırı Etkiler

Teorik olarak, rehberlerdeki anlaşmaya aykırı davranan satıcı şirket gibi anlaşmaya aykırı davranan alıcı şirketler de olabilir. Satıcı şirketler arasındaki gizli anlaşmalar işe yaramayabilir, çünkü anlaşma için önemli olan şirketlerden biri anlaşmayı reddedebilir. Anlaşmaya aykırı davranan satıcı şirket, alıcı şirketlerden biriyle birleşirse ve iç nakliye maliyetlerini düşük

tutmayı başarabilirse, bu durumda diğer satıcı firmalarla alıcı pazarındaki rakiplerinin maliyetlerini yükseltecek anlaşmalar yapma yoluna gidebilir.

Veya alıcı pazarındaki müşteriler sadece kendi pazarlarında satışlarını arttırabilecek nitelikte karışık bir yapıda olabilir. Rehberler, satıcı pazarındaki birçok dikey birleşmenin olabileceğini ve alıcı pazarındaki gelişmenin birleşen şirketlere gelişen bir pazarda avantaj sağlayabileceğini hesaba katmamıştır.

Rehberler, bakanlığın, rekabette zorluk çıkaran veya kaynakların denetiminin pek zayıf olduğu durumlara önem vermesi gerektiğini önermektedirler. Rehberler ayrıca yargıçların hakkaniyetine bağlı ve gelecekteki yönetimlerce veya mahkemelerce benimsenmeyecek durumların sınırlarını belirlemiştir. Örneğin, ikinci pazarın küçük ve etkili iki işletmeyi, birleşerek birbirini bütünlemiş şirketlerden, ödeme olmaksızın desteklemesi kıstasında sadece iki şirketten bahsedilmiş olması önemlidir.

(2) Mahkeme Emsal Kararları

Rehberlerdeki dikey birleşmelerin işleyişi, bakanlıktaki içtihat hukukundan en çok ayrılan bölümüdür. Brown Shoe Co. v. United States Davası'nda ¹⁴⁸, Yüksek Mahkeme, Brown Shoe Company ile G.R. Kinney Company birleşmesini hem yatay hem de dikey birleşmeler açısından kanuna aykırı bulmuş ve durdurmuştur. Dikey birleşme açısından, Brown şirketi, perakende ayakkabı satış mağazaları zinciri olan Kinney şirketinin ayakkabı üreticisidir. Amerika' da ayakkabı pazarında yüzlerce ayakkabı üreticisi ve yüzlerce ayakkabı mağazası vardır. Hem ayakkabı üretim pazarına (satıcı pazar) hem de ayakkabı satış pazarına (alıcı pazar) girmek çok kolaydır. Brown, toplam senelik üretimin yaklaşık %4' ünü, Kinney ise, senelik perakende satışın %2' den daha azını yapmaktadır. Bu yönlerden değerlendirildiği zaman, söz konusu birleşme görünüşe göre şirketlerin ayakkabı dağıtımında önemli verim artışı ortaya çıkaracaktı. Buna rağmen Mahkeme, Bakanlık Rehberleri' nde mevcut hiçbir dayanak olmamasına

¹⁴⁸ SOKOLOW, 'Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962)', naklen, s. 278.

rağmen, söz konusu birleşmeyi reddetti. Kararın gerekçesinde; ayakkabı pazarındaki dikey birleşmelere yönelik eğilimin, Brown' ın, kendi perakende satış şirketlerinde kendi ürettiği ayakkabıların satışını mecburi kılmasının da eklenmesiyle birlikte, ayakkabı pazarının esaslı bir payında rekabeti herhangi bir karşı rekabet, ekonomik veya sosyal avantaj doğurmaksızın engelleyeceği belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme' nin bir diğer tespitine göre de; söz konusu birleşme, ayakkabı üreticileri ile perakende satıcıları arasındaki birleşmelerin son dalgasıydı. Kinney, dikey birleşme sonucu bütünleşmemiş en büyük ulusal perakende satış markasıydı. Bu nedenle, markalaşmamış ve dikey birleşme sonucu ayakkabı üreticisi bir şirketle birleşmemiş diğer perakende satıcılar açısından bu birleşme dezavantajlar doğuracaktı.

Bir başka mahkeme kararı, bu alandaki uygulanabilir standartlara ışık tutmuştur ¹⁴⁹. Ford Motor davasında, Yüksek Mahkeme, kısa bir açıklamayla, Ford' un, buji üreticisi bir şirketi devralmasına yönelik birleşmenin, buji pazarının %10' unu mahrum edeceği ve 7. bölümü ihlal ettiği yönündeki tespitleri desteklemiştir. Mahkemeler ayrıca, daha büyük pazar paylarının engellendiği durumlarda da birleşmeleri durdurmuşlardır.

4. Karma Birleşmeler

a. Genel Olarak

Karma birleşmelerde, devralan şirket, devralınan şirketin mevcut veya potansiyel rekabetçisi olmadığı gibi, alıcısı veya satıcısı da değildir ¹⁵⁰. Sadece pazarda mevcut olan şirketlerin kimliklerini değiştirmektedir. Bu nedenle, Bakanlık Rehberleri, karma birleşmeleri tamamen görmezden gelirler. Karma birleşmelerin en önemli özelliği, karma pazar gücü ile pazar

¹⁴⁹ BRUNNER, 'Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562 (1972)', naklen, s. 60.

¹⁵⁰ MARTIN, s. 325.

yapısını etkileyecek olmasıdır ¹⁵¹. Örnek mahkeme kararları ise, rehberlere oranla daha az kesindir. 1960' larda Yüksek Mahkeme, karma birleşmelere karşı bir çeşit saldırı başlatmıştır. Rehberlerin bu örnek kararları reddetmesine rağmen, mahkemeler, halen bu tarz birleşmeleri engelleme eğilimini devam ettirmektedir.

Pazarın yoğunlaşma seviyelerini ve giriş engellerini yükseltecek herhangi bir karma birleşme, rekabeti azaltıcı etkiler doğurabilecektir ¹⁵². Karma bir birleşme, büyük bir karma pazar gücü meydana getiriyorsa, devralınan şirketin pazar payı elde etmesini sağlayabilir. İlgili pazar zaten yüksek oranlarda yoğunlaşmışsa ve devralınan şirket kendi pazarında zaten büyük bir şirketse, büyük bir karma pazar gücü, ilgili pazarın yoğunlaşma seviyelerini arttıracak ve rekabet seviyelerini düşürecek ¹⁵³. İlgili pazarda, yoğunlaşma seviyelerinin veya giriş engellerinin yükselmesi durumunda, rekabet seviyelerinde değişiklik meydana geleceği tüm ekonomistler tarafından kabul edilmektedir ¹⁵⁴.

b. Karşılıklı Pazarlıklar veya Bağlı Satış

İki farklı şirket birbiriyle karşılıklı mal alışverişinde bulunduğunda, aralarındaki ticareti kolaylaştırıcı karşılıklı pazarlıklar ve anlaşmaların yapılması gündeme gelecektir. Örneğin; dış lastik üreticisi bir şirket, tüm kamyon filosunu kendinden dış lastik almakta olan kamyon üreticisinden satın alır. Bu uygulama, üreticiye, gücünü kamyon üreticisiyle birleştirmesi nedeniyle, ona dış lastik satımında pazarda bir avantaj sağlayacağından, rekabete aykırı olarak değerlendirilir. Bu durumda diğer rekabetçi şirketler, dış lastik pazarından mahrum edilmiş olur.

Bağlı satış ise, bir şirketin, bir ürünü sadece başka bir ürünü de aynı oranda alan alıcıya satması durumunda söz konusu olur. Örneğin; elektrik

¹⁵¹ NARVER, John C., Conglomerate Mergers and Market Competition, Publications of The Institute of Business and Economic, Berkeley and Los Angeles, 1967, s. 122.

¹⁵² SINGER, Eugene M., Antitrust Economics Selected Legal Cases and Economic Models, Prentice Hall, New Jersey, 1968, s. 261.

¹⁵³ NARVER, s. 125.

¹⁵⁴ NARVER, s. 135.

kabloları satan bir üreticinin, yine kendi ürettiği elektrik düğmelerini alıcının almaması halinde, ona elektrik kablosu satmayı reddetmesi durumunda olduğu gibi. Bağlı satışlar da, kolaylaştırıcı karşılıklı pazarlıklarla aynı sonucu doğuracağından rekabete aykırı bir potansiyel taşımaktadır ¹⁵⁵.

Hem kolaylaştırıcı nitelikteki karşılıklı pazarlıklar hem de bağlı satışlar, tek ve yapay bir pazarlık gücü doğurma riski taşımalarından dolayı, Sherman Yasası' nın 1. bölümü ve Clayton Yasası' nın 3. bölümü uyarınca kanuna aykırı bulunmuşlardır. Günümüzde ise, hükümet ve rekabeti denetleyen kurumlara göre, kolaylaştırıcı karşılıklı pazarlıklar ve bağlı satışların rekabete aykırı etkileri nadiren görülebilmektedir ve bu durumda birleşmeye müdahale edilmeden, Sherman ve Clayton Yasalarına dayanarak değerlendirilebilecektir.

c. Oligopoller Tarafından Yapılan Muvazaalı İşlemler

Ekonomi analistlerinin en çok çekindiği şeylerden biri, birleşmelerin, pazar yapısında aleni veya zımni nitelikte kolaylaştırıcı fiyat anlaşmalarını doğurmasıdır. Teorik olarak, karma birleşmelerde bu etki meydana çıkabilmektedir.

Örneğin; çamaşır deterjanı pazarının yüksek oranlarda yoğunlaştığını ve monopolleşmeye doğru gittiğini farz edelim. Yine zemin cilası pazarının da yüksek oranlarda yoğunlaştığını ancak önemli bir cila üreticisi şirketin (X) diğer cila üreten şirketlerin fiyat artışına geçmesi durumunda fiyatları aşağı çekerek pazarın monopolleşmesine engel olduğunu farz edelim. En son olarak da A firmasının hem deterjan pazarında hem de cila pazarında önemli bir konuma sahip olduğunu ve fiyat anlaşmaları için eğilimli olduğunu farz edelim.

Eğer başka bir büyük deterjan üreticisi B, X şirketini devralırsa, cila pazarındaki oligopolistik gizli anlaşmaların yapılma ihtimali daha çok

¹⁵⁵ HUBBARD, R. Glenn and PALIA, Darius, A Re-examination of The Conglomerate Merger Wave In The 1960s: An Internal Capital Markets View, Working Paper Series, 6539, National Bureau of Economic Research, www.nber.org.

artacaktır. A, büyük bir ihtimalle X firmasını cila fiyatları konusunda anlaşma yapmaya ikna edemeyecektir. Bu durumda A ve B firmaları deterjan ve cila pazarında karşı karşıya gelecektir. B, cila pazarında fiyat anlaşmasına gitmemesinin, birleşme öncesinde A ile B arasında deterjan pazarında mevcut olmayan, deterjan satışlarında A' nın misillemesiyle karşılaşmasına neden olabileceğini fark edecektir. A ve B firmasının deterjan fiyatlarındaki birbirine bağlılığı, cila pazarına da yansiyacaktır.

ç. Aşırı Derecede Büyük Şirketlerin Meydana Gelmesi

Karma bir birleşme, bir şirketin toplam aktiflerini, satışlarını giderlerini vs. çok büyük oranlarda arttırabilmektedir. Örneğin; Procter&Gamble, Clorox'ı devraldığında; aktifleri 12 milyon dolardan 512 milyon dolara, yıllık satışları ise 40 milyon dolardan 1 milyar dolara çıkmıştır ¹⁵⁶.

Birleşen bir şirket, kaynak alımı, dağıtım servisleri gibi yönlerden, küçük bir şirkete uygun olamayacak kadar büyük bir şirket olabilir. Yüksek Mahkeme, Procter&Gamble' ın reklam, tanıtım bütçesinin etkisinin Amerika'dakilerin en büyüğü olduğunu belirtmiş, Clorox'un bu birleşme ile diğer rekabetçilere oranla çok daha avatajlı durumuna geçeceğini belirtmiştir. Giderlerde sağlanan bu tasarruf, Clorox'un pazardaki yerini sağlamlaştıracak ve giriş engellerinin yükselmesine neden olacaktır. Yüksek Mahkeme bu davada, muhtemel ekonomilerin kanuna aykırılığın savunmasında kullanılamayacağını kabul etmiştir. Günümüzdeki yaklaşım ise biraz farklıdır. FTC, artan verimliliğin, rekabete aykırı görünmediği sürece, bir birleşmenin reddi için yeterli neden olmadığını belirtmiştir.

Yine birleşen şirket, fiyatları diğer rekabetçilere oranla daha aşağılara çekebilecek veya maliyetlerini diğerlerine göre çok daha uzun süre aşağılarda tutabilecek kadar büyük ve zengin bir şirket olabilir. Procter&Gamble' ın Clorox' u devralması olayı, daha küçük boyutlardaki

¹⁵⁶ BRUNNER, 'FTC v. Procter&Gamble Co., 386 U.S. 568, 571-72 (1967)', naklen, s. 64.

şirketlerin sıkı koşullar altında rekabete devam etmelerine engel olmuştur ¹⁵⁷. Birçok yerel mahkeme, bir şirketin, diğerlerinden daha büyük bir bütçeye sahip olması durumunda yıkıcı bir etken olabileceğini belirtmişlerdir. Ancak bu davalardaki tartışmalar, bugün itibarıyla, hem uygulayıcılar hem de birçok ekonomist tarafından reddedilmektedir.

Karma birleşmelere yönelik teoriler, zaman içinde kaybolmuştur. Bu teoriler, birleşmelerin muhtemelen kötü olacağı görüşü gibi önemini kaybetmiş bir görüşün uzantıları olarak ortaya çıkmıştır. Değerinin azalmış olmasına rağmen, bazı düşmanca teklifler doğurabileceği ihtimali az da olsa vardır.

C. Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures) ve Kısmi Devralmalar

1. Genel Olarak

Clayton Yasası'nın 7. bölümü, müşterek teşebbüslerin (joint ventures) de çoğuna uygulanmaktadır. Müşterek teşebbüsler, genel olarak, iki veya daha fazla şirketin, bir işi gerçekleştirmek amacıyla kaynaklarını biraraya getirmesi olarak tanımlanmaktadır. Tanım, son derece farklı bir iş ilişkisini kapsamaktadır. Ne Adalet Bakanlığı, ne de FTC tarafından, müşterek teşebbüslere uygulanacak kuralları genişçe düzenleyen ve Bakanlık Birleşme Rehberleri'yle mukayese edilebilir bir düzenleme yapılmamıştır.

7. bölüm aynı zamanda, sermaye veya aktif malvarlıklarının kısmen devralımlarına da uygulanmaktadır. Birleşme Rehberleri ve FTC düzenlemeleri bu konuda da sessiz kalmıştır.

2. Müşterek Teşebbüsler ve Rekabet

Müşterek teşebbüsler, genellikle yeni bir oluşum olarak ortaya çıkabilmektedir, ancak bu zorunlu bir sonuç değildir. Her bir şirket,

¹⁵⁷ SOKOLOW, s. 297.

teşebbüse, üretim kolaylıkları, personel, teknoloji, müşteri çevresi, finansman açısından katılır ve sonuçtan da hissedar gibi paya sahiptir. Eğer teşebbüs sermaye veya aktif malvarlığı aktarımı isterse, bu, 7. bölümün konusuna girecektir.

Müşterek teşebbüsler, iş anlamında çok verimli olabilmektedirler. Tarafların, kaynaklarını bir araya getirerek yeni ürünler meydana getirebilmelerini, kazancı veya zararı paylaşabilmelerini sağlamaktadır. Böylece taraflar, tek başlarına yapmaları mümkün olmayan projeler gerçekleştirebilecek, en büyük şirketlerin dahi cesaret edemeyecekleri riskler alabileceklerdir.

Yararlarının yanı sıra, müşterek teşebbüsler, rekabete aykırı durumlar da doğurabilmektedir. Teşebbüsün bulunduğu pazarda, tarafların birbirleriyle rekabet etmemeleri, diğer rekabetçilere karşı birlikte hareket etmeleri, yeni girişlere engel olunması ve kendi aralarında yasal olmayan anlaşmalar yapmaları gibi durumların ortaya çıkmasına neden olabileceklerdir. Bununla birlikte, müşterek teşebbüslerin rekabete aykırı olup olmadıklarının analizi çoğu zaman diğer birleşmelere göre daha karmaşıktır. Tarafların, birbirleriyle olan ilişkiler kimi zaman yatay, kimi zaman dikey, kimi zaman da potansiyel rekabetçi olarak ortaya çıkmaktadır.

Müşterek teşebbüslerin rekabet açısından analizinde şu sorular sorulmaktadır: 1) Teşebbüsün taraflarının birleşmesi olanak dahilinde midir? 2) İlk soruya verilen cevap olumsuzsa, buna rağmen kaynakların daha fazla sınırlandırılmış birleşimine müsaade edilebilir mi? 3) Teşebbüsün şartları, tarafları gereksiz yere bağımsız rekabet yeteneğinden mahrum ediyor mu? 4) Taraflar çok büyük bir kaynağı mı idare etmekte? İlk iki soruya birleşme rehberlerinden, diğerlerine ise Sherman Yasası' nın 1. bölümünden cevaplar bulunacaktır. Cevaplar genellikle nettir. Müşterek teşebbüsün reddedilmesi halinde, taraflar arasındaki rekabeti sınırlandırıcı hükümler veya sebepsiz yere engellenen rekabetçiler genellikle hedeftir. Genellikle bu sorunların çözümü, rahatsız edici hükümlerin gözden geçirilerek değiştirilmesi ve teşebbüsün bu şekliyle faaliyetine devam etmesine izin verilmesi şeklindedir.

3. Kısmi Devralmalar

1950 Celler-Kefauver değişikliklerinden sonra, 7. bölümdeki, bir şirketin, başka bir şirketin hisseleri yerine *aktif malvarlığını* devralarak birleşebileceği yönündeki boşluk kapatılmıştır ¹⁵⁸. 7. bölüm değişiklikleri, bir şirketin, diğer şirketin *aktif malvarlığını* devralarak rekabeti azaltıcı nitelikte etkiler doğurmasını yasaklamıştır. Bununla birlikte, *aktif malvarlığını* devralmalara yönelik engellemeler oldukça az görülmektedir.

Aktif malvarlığı devralmalarının aksine, *azınlık hisselerinin* devralınması genellikle reddedilmektedir ¹⁵⁹. Azınlık veya çoğunluk hisselerinin devralınması, birleşmelere uygulanan kriterlere göre değerlendirilmektedir. Nitekim, Clayton Yasası'nı ihlal edecek şekilde, bir şirketin, diğer bir şirketin kontrolünü ele alması ihtiyaç dahilinde değildir. Buradaki kritik soru, şirket kontrolünü ele geçirme amacı gütmeyen devralmaların yine de rekabeti azaltacak etkisinin olup olmadığıdır ¹⁶⁰.

Mahkemeler, 7. bölüm standartlarının, azınlık hisse devralımlarına daha titizlikle uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.

III. PAZAR TANIMI

A. Genel Olarak

7. bölüm, rekabetin, ülkenin her yerinde ve ticaretin her alanında korunacağını düzenlemiştir ¹⁶¹. Bu da rekabet analizleri yönünden ilgili pazardır.

İlgili pazarın tanımı en kapsamlı şekilde ABD Hukukunda, Birleşme Rehberlerinde yapılmıştır. Rehberlere göre, antitröst pazar, bir ürün (ya da

¹⁵⁸ OESTERLE, s. 10.

¹⁵⁹ OESTERLE, s. 11.

¹⁶⁰ SOLOMON, s. 506.

¹⁶¹ SOKOLOW, s. 289.

ürün grubu) ve bunların üretildiği veya satıldığı bir coğrafi alan olarak tanımlanır. İlgili pazarın belirlenmesinde ‘Small but Significant and Non-transitory Increase in Price’ (SSNIP) Testi uygulanmaktadır ¹⁶². SSNIP testine dayalı pazar tanımı da, Türk Hukukunda olduğu gibi, talep ikamesini göz önüne alan bir tanımdır. SSNIP testine göre, tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün, belli bir ürünün fiyatında küçük, önemli ve kalıcı bir artış uygulaması, tüketicilerin başka ürünlere yönelmelerine yol açıyorsa ve bu durum sonucunda da yapılan fiyat artışı kârlı olmuyorsa, firmanın ürettiği ürünle tüketicilerin yöneldiği ürünler aynı ürün pazarında yer alıyor demektir. Şöyle ki; fiyat düzenlemesine tabi olmayan, kârını maksimize eden ve o alanda bahsedilen ürünün şimdiki ve gelecekteki tek üreticisi veya satıcısı olan bir şirket, piyasadaki diğer ürünlerin satış koşulları sabitken, kendi ürün fiyatında “küçük ama önemli ve kalıcı” bir artış uygularsa ve bu durumda eğer şirketin müşterileri diğer ikame ürünlere kayarsa, bu ikame ürünler de ürün grubuna dahil edilerek şirketin fiyatları artıramayacağı noktada bu analize son verilir. İlgili pazar, bu test sonucunda, tüketicilerin tercihlerini yönlendirdikleri diğer bütün ikame ürünleri kapsayacak şekilde sınırları çizilen en küçük bir ürün grubu veya coğrafi alandan oluşur.

İlgili pazarın hem ürün yönünden hem de coğrafi boyutları vardır. Örneğin; eğer müşteriler hem tükenmez kalem hem de kurşun kalem alıyorsa, bu durumda her ikisi de tek bir ilgili ürün pazarında rekabet ederler. Ancak bu, tüm tükenmez kalem üreticilerinin tüm kurşun kalem üreticileriyle rekabet halinde olacağı anlamına gelmemektedir. Tükenmez ve kurşun kalemlerin yarısı, Mississippi’ nin doğusunda, diğer yarısı ise batısında üretilip satılıyorsa, bu durumda iki farklı coğrafi pazardan söz edilir.

Pazar tanımlamasında araştırılması gereken; aynı bölgede satılan farklı ürünler arasında ikame edilebilirlik ne orandadır veya farklı bölgelerde satılan aynı ürün arasında bir üreticinin fiyat değişikliğine diğeri nasıl cevap verecektir. Örneğin; portakal fiyatlarındaki küçük bir artış, greyluft satışlarını önemli derecede arttırıyorsa, portakal ve greyluft ikame edilebilir ürünlerdir

¹⁶² ÇETİNKAYA, (İlgili Pazar), s. 10.

(yüksek çapraz esneklik). Her iki ürün de aynı ilgili ürün pazarında bulunmaktadır. Eğer bir ürünün satışı, diğerinin fiyat dalgalanmalarından etkilenmiyor olsaydı, bu, ürünlerin pazarının farklı olduğu sonucunu doğururdu. Olması gerektiği gibi tanımlanmış bir pazar, yüksek çapraz esnekliği bulunan şirketleri kapsayacaktır ve düşük çapraz esnekliği olanları kabul etmeyecektir.

B. Mahkemelerde Kabul Gören Pazar Tanımı

İlgili pazar tanımı, 7. bölüme ilişkin davaların özüdür. Birçok değişiklik ve Yüksek Mahkeme' nin verdiği çelişkili kararlar zaman içinde yerini değişik görüşlerdeki tartışmalara bırakmıştır.

Bir tekelleşme davası olan, Du Pont selofan kararında ¹⁶³, pazar tanımının araştırılması sonucunda, mahkeme, çapraz esnekliğin olduğu sonucuna varmıştır. Brown Shoe Davası' nda ise, mahkeme, rekabeti nerede olduğunu belirlemede, pazar sınırlarının geniş bir şekilde belirlenmesi gerektiğini eklemiştir. Continental Can Davası' nda ¹⁶⁴ ise, mahkeme, bu iki prensibi daha da genişleterek uygulamış, teneke kutuları ve cam kavanozları bazı durumlarda ikame edilebilir olarak değerlendirmiş ve tek bir pazar meydana getirmiştir. Her ikisinin de bebek mamaları, içecekler, bira ve diğer ürünler açısından kullanıldığını belirtmiştir ¹⁶⁵.

Brown Shoe Davası' nda, Mahkeme, bir pazarda tanımlanmış başka tali pazarların olabileceğini ve bu pazarların kendi içinde rekabete aykırı amaçlar oluşturabileceğini, tali pazarda 7. bölümü ihlal eden ve rekabeti azaltıcı nitelikteki birleşmelerin de olabileceğini belirtmiştir ¹⁶⁶. Mahkeme, tali pazarda bulunabilecek yedi kullanılabilir belirtiyi tek tek saymıştır: tali pazarın ayrı bir ekonomik varlık olduğuna dair sanayi veya halk arasında yapılan tanımlama/ kabul, ürünün kendine has özellikleri ve yararları, üretim

¹⁶³ BRUNNER, 'United States v. du Pont de Nemours and Co., 351 U.S., 379-81', naklen, s. 85.

¹⁶⁴ BRUNNER, 'United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441, 449-58 (1964)', naklen, s. 85.

¹⁶⁵ SINGER, s. 248.

¹⁶⁶ SOKOLOW, s. 293.

avantajları, belli müşterileri, belli fiyatları, fiyat değişikliklerine duyarlılığı ve uzman satıcılar ¹⁶⁷. Bu kriterler uzun yıllar pazar tanımlamasında önemli sınırlar olarak kabul edilmiştir.

Alcoe-Rome Davası' nın ¹⁶⁸, tali pazarların kurulabileceğini ve buradaki birleşmelerin rekabete aykırı olabileceğini ispatlamasıyla birlikte, Brown Shoe kriterlerine dahi uyulmadan birleşme reddedilmiştir. Mahkeme, yalıtılmış alüminyum ve bakır elektrik kablolarına yönelik ayrı tali pazarların olduğunu belirlemiştir. Mahkeme, her iki kablo çeşidinin de uygulamaya hakim olduğunu ve her iki ürünün fiyatlarının birbirine karşılık verici nitelikte olduğunu belirtmiştir. Her iki ürün de birbiri yerine ikame edilebilir niteliktedir ve ürünler farklı müşterilere veya dağıtım kanallarına ihtiyaç duymaktadır.

Philadelphia National Bank (PNB) Davası ¹⁶⁹, pazar tanımına farklı bir boyut eklemiştir. Yüksek Mahkeme, hesap kontrolleri gibi bazı banka hizmetlerinin, diğerlerinden, ürünlerin veya diğer finansal kurumların rekabet etkilerinden bütünüyle bağımsız olduğunu belirlemiştir. Söz konusu dava, mahkemelerin coğrafi pazar tanımını olumlu yönde şekillendirmiştir. Mahkeme, kendi coğrafi pazar tanımını, savunulamaz ve aşırı uç durumları önleyen, biraz doğru, orta düzeyde bir açıklama olarak tanımlamıştır ¹⁷⁰.

Hatalı pazar tanımlamaları, Pabst Brewing Davası' nda ¹⁷¹, daha çok çözüme yönelik bir hal almıştır. Mahkeme, coğrafi pazarın ölçülerle veya sınırlarla tanımlanamayacağını belirtmiştir.

1960' ların ortasında yerleşmiş olan pazar tanımı, temel analiz olarak çapraz esnekliği baz alan, genel ürün pazarının daha küçük tali pazarları kuşattığı, ürün ve hizmet gruplarının subjektif tasvir edildiği tanımlardır. Bu tanım, birçok farklı pazarın oluşmasına ve kendine has tekniklerle, kesin olmayan onaylamaların yapılmasına neden olmuştur. Davacılar, pazar paylarını arttırmak veya yoğunlaşma oranlarını yükseltmek için haksız

¹⁶⁷ SINGER, s. 245.

¹⁶⁸ BRUNNER, 'United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964)', naklen, s. 85.

¹⁶⁹ SOKOLOW, 'United States v. Philadelphia Nat'l Bank, 374 U.S. 321, 356-57 (1963)', naklen, s. 295.

¹⁷⁰ PITOFKY, Robert, FTC, Fordham Corporate Law Institute, New York City, 1999, s. 7.

¹⁷¹ BRUNNER, 'United States v. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546 (1966)', naklen, s. 86.

ayarlamalar yapabilmekte veya ikamesi mümkün olmayan ürünleri rekabetçi olarak tasvir edebilmekteydiler.

1974' te, Yüksek Mahkeme, iki farklı banka birleşmesi davasında ¹⁷², önceki on yıl boyunca devam eden sonuç odaklı hukuki saçmalığı etkili olarak reddetmiştir. Halen daha yerel mahkemelerde bu konuda tartışmalar ve çelişkili kararlar son bulmuş değildir. Birçok mahkeme, pazar tanımını ad hoc kurullar tarafından ve kendi kararları doğrultusunda oluşmuş bazı kurallar uyarınca yapmaktadırlar.

C. Birleşme Rehberleri

Rehberler ışığında pazar tanımlaması, şirketlerin teşhis edilmesi yöntemidir. Fiyatlardaki herhangi bir artışın belirlenmesi, müşterilerden gelecek muhtemel talep tepkilerini ve diğer şirketlerden gelecek muhtemel kaynak tepkilerini en kazançlı şekilde değerlendirmeyi gerektirir. Rehberler, şu dört tepkinin değerlendirilmesini gerektirir: a) diğer ürünlere yönelen müşteriler, b) başka bölgelerdeki şirketler tarafından üretilen aynı ürüne yönelen müşteriler, c) o ürünün üretimindeki mevcut yararlarla yönelen diğer ürün üreticileri, d) mevcut yararları önemli derecede geliştirerek o ürünün üretimine başlayan üreticiler.

FTC de, yatay birleşmelere yönelik düzenlemelerinde, rehberlerdeki pazar tanımının analitik yaklaşımını benimsemektedir.

Ç. Ürün Pazarı Tanımı

1. Genel Yaklaşım

Rehberler ışığında, ürün pazarı tanımının başlangıç noktası, birleşmenin tarafı her bir şirket tarafından üretilen ya da satılan her bir ürün

¹⁷² BRUNNER, 'United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S. 602 (1974); United States v. Connecticut Nat'l Bank, 418 U.S. 656 (1974)', naklen, s. 87.

şu soruya cevap bulunarak teşhis edilmesidir: Eğer, varsayıma dayanan tekelci, küçük, fakat önemli ve geçici olmayan fiyat artışını zorla kabul ettirirse ne olacaktır? Eğer birçok alıcı başka ürünlere yönelirse ve fiyat artışı kazanç sağlayıcı olmaktan uzaklaşırsa, bakanlık, birleşen şirketlerin ürününün yerine geçen bir sonraki ürünü ekler ve soruyu tekrar sorar. Bu uygulama, ürün grubunun sınırlarının, varsayılan fiyatı kazançlı hale getirmeye yetecek ve %5 fiyat artışına rağmen başka bir ürüne yönelme yaşanmayacak ana kadar devam eder. İlgili ürün pazarı, bu testi tatmin edecek en küçük ürün grubudur.

Örnekle açıklamak gerekirse; bir kahve üreticisinin birleşen şirketlerden bir olduğunu farz edelim. Analiz, ilk olarak kahvenin yerine ikame edilebilecek bir ürünün olup olmadığını tespit etmekle başlar. Eğer böyle bir ürün bulunmamaktaysa pazar, kahvedir. Kahvenin ikame edilebilir ürünü olup olmadığını bulmak için araştırmacı, tüm kahve üreticilerinin birleşmesi durumunda ne olacağı sorusunun cevabını bulmakla başlar. Bir yıl içerisinde, yeterli düzeyde alıcının çaya yönelmesi nedeniyle kazanç kaybı yaşanmaya başlarsa, pazar kahve kadar çayı da kapsayacak kadar genişlemiş olmalıdır. Araştırmacı, pazarın diğer alkolsüz içecekleri de kapsayıp kapsamayacağını öğrenebilmek için aynı süreci baştan tekrar eder. Bu durum, %5 artışa rağmen diğer ürünlere önemli oranda bir yöneliş yaşanmamasına kadar devam eder.

2. 'İyi İkame Edilebilen' Ürünlerin Teşhisi

Rehberler, bu %5 oran testinin yanı sıra, bir malın diğerinin en iyi alternatifi olup olmadığının belirlenmesinde, bakanlığın dört faktörü daha incelemesi gerektiğini belirtmiştir:

1) Alıcılar ürünleri bir diğerinin alternatifi olarak mı görmektedirler? Eğer bu anlayışla hareket ediyorlarsa, delillere daha çok önem verilecektir, ancak yanıltıcı olabilecekleri de unutulmayacaktır. Ayrıca, örneğin, camın fiyatındaki artış plastikle bağlantılıysa, birçok alıcı plastiğe yönelebilecektir. Halen cam alımına devam edilmesi ise, plastiğin teknolojik açıdan kabul

edilemez oluşu veya hükümetçe yasaklanması gibi uygulamalardan kaynaklanıyor olabilecektir. Bu durumda plastik, camın fiyatını sınırlandıracak etkiye sahip olamayacaktır.

2) Ürünlerin fiyatları, yıllar içerisinde, beraberce mi, yoksa ayrı ayrı mı artıp azalmaktadır? Bir ürünün fiyatı düşerken diğer ürünün fiyatı yükseliyorsa, alıcılar, muhtemelen bu ürünleri birbirinin yerine ikame edilebilir görmemektedir. Fakat paralel fiyat hareketleri aldatıcı olabilmektedir. Tüm ekonominin başarısındaki benzer maliyet yapıları ya da değişikliklere olan duyarlılık, pazarlarla ilgili hiçbir şey göstermeksizin benzer fiyat hareketlerini açıklayabilir. Örneğin; kimse, mısırın buğdayın yerine geçebileceğini düşünmüyorsa, bu ürünlerin fiyatları hasatın durumuna göre artıp azalacaktır.

Rehberlerin, sadece fiyat değişikliklerini değil, fiyatlar arası ilişkileri de, değişiklikleri belirlerken göz önünde tuttuğunu belirtmekte yarar vardır. Ürünlerin fiyatları birbirinden çok farklı olmasına rağmen, birbirleri arasındaki rekabet çok yüksek seviyelerde olabilir. Örneğin; alıcılar, hesap makinelerini mini bilgisayarların alternatifi olarak görebilirler. Böyle bir durumda, pahalı olmayan hesap makineleri, bazı bilgisayar fiyatlarının kontrol altında tutulmasını sağlayabilir.

3) Ürünler, kullanım, tasarım veya diğer teknik özellikler bakımından birbirine benzer midir? Bu faktörler de değerlendirilecektir, ancak benzerlik, ikame edilebilirlik değildir. Örneğin; kadınlar, pantolonların fiyatlarında önemli bir artış söz konusu olduğunda, erkek pantolonlarına yönelmeyecek, daha fazla kullanım açısından benzer ancak tasarım bakımından farklı bir ürün olan etek almaya başlayacaklardır. Aslında bayan ve erkek pantolonları tasarım olarak birbirlerine benzerdir, ancak ikame edilebilirliği yoktur.

4) Satıcılar, ürünlerin alternatiflerini değerlendirmekteler midir? Bu duruma, ticari kararların alınmasında bu tarz anlayışlar esas alınıyorsa ağırlık verilecektir.

3. Pazarlar ve Alt Pazarlar

Rehberler, bazı marketlerdeki farklı müşteri grupları arasındaki fiyat ayrımları ihtimallerini değerlendirebilmek için, içtihat hukukunda alt pazar olarak geçen, daha dar sınırdaki ilgili ürün pazarlarını da incelemektedir. Genellikle, bir ürünü satan şirketler, o ürünün fiyatını, ürüne çok bağlı olmayan müşteri gruplarını elde tutabilmek için kontrol altında tutarlar. Bu tarz müşteriler açısından, o ürün ve o ürünün alternatifleri ilgili pazarı oluşturur. Alt pazarlar, ayrıca, iyi bir alternatifi bulunmayan ve ürüne esnek olmayan bir talep gösteren müşterilerin olduğu durumlarda da ortaya çıkabilir. Satıcılar, bu grup müşterilere diğerlerinden daha yüksek bir fiyata ürünü satabilirler. Bu durumun söz konusu olabilmesi için, aynı ürünü daha ucuza alan müşterilerin, esnekliği olmayan müşteri grubuna aldıkları ürünü satamamaları gerekir. Eğer satın alınan ürünü başka bir pazarda üzerine kar koyarak satma durumu mümkünse, bu durumda herhangi bir fiyat farkı söz konusu olmayacağından alt pazarlar da oluşmayacaktır. Aksi değerlendirme ile, ürünü ucuza satın alan müşterilerin, alternatif ürünleri kullanma esnekliği olmayan diğer alıcılara satmalarının önüne geçilebilirse, alt pazarlar ortaya çıkacaktır.

Örnekle açıklamak gerekirse; reklam vermek isteyen şirketler genellikle gazeteler, dergiler, radyo ve televizyona yöneleceklerdir. Seçim yaparken her birinin reklam oranlarını arttırıcı güçlerini kontrol edeceklerdir. Fakat yerel, günlük gazeteler, bakkallar için en uygun reklam araçları olacaktır. Çünkü gazete ilan alanlarının alınıp tekrar satılması çoğu zaman muhtemel değildir. Bu nedenle, rehberler, muhtemelen bakkallara reklam veren şirketlerin fiyat artışı yapmalarını sağlayan alt pazarın oluşmasına izin vereceklerdir.

4. İlgili Ürünü Arz Eden Firmaların Teşhisi

İlgili ürünü, ilgili coğrafi pazarda üreten ve satan tüm şirketler, birleşmelerin tüm etkilerinin değerlendirildiği bir sanayide bulunurlar.

Rehberler, bununla beraber, göz önünde bulundurulabilecek üç ayrı kategori üretici ve satıcılardan bahseder: 1) kullanılan veya tekrar işlenen ürünlerin tedarikçileri, 2) ürünleri kendileri tüketen şirketler, 3) fiyatların artması durumunda, süratle, söz konusu ürünü üretmeye başlayabilecek şirketler.

D. Coğrafi Pazar Tanımı

Coğrafi pazar tanımı, birleşen her bir şirketin bulunduğu yerden veya çoklu bir işletme söz konusuysa, her bir işletmenin bulunduğu yerden başlar¹⁷³. Bakanlık, o yerdeki ilgili ürünü üreten tek elci yaklaşımda bir şirketin, küçük, fakat önemli ve geçici olmayan bir fiyat artışını kabul ettirmeye çalışması durumunda, ki birçok davada bu artış %5 oranında olmaktadır, ne olacağını araştırmalıdır. Eğer fiyat artışı, birçok alıcının başka bir bölgede üretilen ürünlere yönelmesine neden oluyorsa, bakanlık, birleşen şirketlerin bulunduğu üretim alanında en iyi alternatif ürünün ne olduğunu sorusuna ekleyecek ve aynı soruyu tekrar soracaktır. Bu süreç, coğrafi pazarın genişlemesi ve bunun sonucu olarak da fiyat artışının kazançlı duruma gelmesi aşamasına kadar devam eder.

Örneğin; Philadelphia' yı elma suyunun coğrafi pazarının tanımlanmasında başlangıç noktası olarak ele alalım. Söz konusu pazar, elma suyu fiyatlarının %5 oranında artması durumunda, şehre gelebilecek ek şirketlerle genişleyecektir. Genişleme, pazarın, %5 oranında fiyat artışının diğer rekabetçiler açısından kazançlı olmaktan çıkmasına kadar devam edecektir.

E. Sonuç

Bir birleşmenin rekabet üzerindeki etkileri sadece, ilgili ürün ve coğrafi pazarın değerlendirilmesiyle ortaya çıkabilir. İlgili pazar, birleşen şirketlerin ürünleri ve bulundukları yer başlangıç noktası alınarak, birleşen şirketlerin

¹⁷³ SINGER, s. 252.

pazar gücünü önemli derecede sınırlandırabilecek tüm üreticilerin fiyat ve çıktılarının değerlendirilerek dışa doğru genişleme ile tespit edilebilir.

Rehberlerce her zaman en temel soru, şirketler geçici olarak fiyat artışında bulunduğu, pazara yeni tedarikçiler girerse ne olacaktır. Ürün pazar tanımı, birleşen şirketlerin ürünleriyle rekabet etmekte olan veya herhangi bir önemli fiyat artışında rekabete başlayabilecek olan ürünlerin belirlenmesini sağlar. Coğrafi pazar tanımı ise, birleşen şirketlerle rekabet halinde olan veya önemli bir fiyat artışı söz konusu olduğunda rekabete hazır bulunan ve aynı ürünleri satan şirket veya işletmelerin belirlenmesini sağlar. Bu şekilde ürünlerin ve satıcılarının bir araya getirilmesi ise ilgili pazarı belirler.

Toplam pazar hacmi ise, pazarda rekabet halinde olan tüm satıcıların ve önemli bir fiyat artışında pazara dahil olabilecek diğer şirketlerin üretimlerinin eklenmesi sonucunda hesaplanır. Her bir şirketin üretiminin, toplam pazar hacmine bölünmesiyle de o şirketin pazar payı elde edilir. Önerilen birleşmenin öncesindeki ve sonrasındaki pazar payları, birleşmelerde rekabete yönelik iddiaları değerlendirme açısından başlıca verileri sağlar.

Son yıllarda, ABD antitröst yasalarında daha az düzenlemeler yapılmaya başlamıştır. Verimlilik savunmalarının kabulünden yana olan bazı istisna düşünceler hariç, genel olarak, global rekabete öncelik tanıyan gelişmeler olmaktadır. Son yıllardaki en önemli farklılık ise, uluslararası ticarete artan duyarlılıktır. İthalatın büyük ölçüde artmasının yanı sıra, mahkemelerin de kendi değerlerine duyarlılığı artmaktadır. Buna rağmen, ABD Hukukundaki birleşmelere ve rekabete yönelik kanunlar geliştirilmemekte ve sabit bir şekilde durmaktadır.

SONUÇ

ABD hukukunda şirket birleşme ve devralmaları, Türk hukukundan farklı olarak, menkul kıymetler kanunlarında, antitröst (rekabeti koruyucu) yasalarda, Adalet Bakanlığı Rehberlerinde ve eyalet kurum kanunlarında düzenlenmiş, uygulamadaki boşluklar ise mahkeme içtihatları ile doldurulmuştur. Antitröst yasalar ve bu yasaların getirdiği temel prensipler, ABD ekonomi sisteminin temelini oluşturmaktadır. Söz konusu durum nedeniyle, birleşme ve devralmalara ilişkin ayrıntılı düzenlemelere ancak antitröst yasalar ve onların ışığında hazırlanmış eserlerde ulaşılabilmektedir.

Türkiye ise, ABD ve Avrupa Birliği ile karşılaştırıldığında, henüz çok yeni bir rekabet hukuku kültürüne sahiptir. Rekabet hukuku alanında birleşme ve devralmalara ve bunların kontrollerine ilişkin en temel yasal düzenleme, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' dur. İçtihatlar ise, henüz uygulamaya ışık tutacak nitelikte ve sayıda değildir.

Türk Ticaret Kanunu' nun birleşme konusuna ilişkin hükümleri incelendiği takdirde, birleşmenin yeterince ayrıntılı olarak düzenlenmediği görülmektedir. Nitekim birleşmeye ilişkin genel hükümler (TTK 146 vd.) İtalyan hukuk sisteminden, anonim şirketlerin birleşmesini düzenleyen özel hükümler ise (TTK 451- 452) Alman hukuk sisteminden alınmıştır. Bu maddeler arasındaki farklılıklar ise uygulamada karışıklık ve zorluklara neden olabilmektedir.

Her ne kadar bu tezin konusu Türk ve ABD Hukukunda Şirket Birleşmeleri olsa da, iki hukuk sisteminin birbirinden farklılığı, ayrı bölümlerde incelenmiş olan Türk Hukukunda Şirket Birleşmeleri ve ABD Hukukunda Şirket Birleşmeleri konularının karşılaştırmasını yapmaya olanak bırakmamaktadır. Bununla birlikte, ABD antitröst yasalarıyla getirilen düzenlemelerin ve kurumların, Türk Rekabet Hukuku ile bazı benzerlikleri mevcut bulunmaktadır.

Şöyle ki; her iki hukuk sisteminde de şirket birleşme ve devralmalarının hukuki denetlemelerini yapmak, gerekli izinleri vermek amacıyla birbirine benzer nitelikte kurumlar oluşturulmuştur.

4054 sayılı kanunun 20. maddesi uyarınca, ülkemizde mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içerisinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile, bu kanunun uygulanmasını gözetmek ve kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu oluşturulmuştur. Söz konusu Rekabet Kurumu, Rekabet Kurulu, başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır.

4054 sayılı kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında başvuru üzerine veya resen inceleme, soruşturma ve araştırma yapmak, kanun hükümlerinin ihlalini tespit ederek bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak ve sorumlulara idari para cezaları uygulamak ve birleşme ve devralmalara izin vermek Rekabet Kurulunun görevleri arasındadır.

ABD Hukukunda da, tüm birleşme ve devralmalar Federal Ticaret Komisyonu (FTC) ve Adalet Bakanlığının denetimine tabi tutulmuştur. Federal Ticaret Komisyonu Yasası (Federal Trade Commission Act) ile de, FTC' ye, antitröst yasaların hükümlerini takip etme ve gerektiğinde dava açma ve rekabeti engelleyici nitelikte olabilecek sözleşmelerin yapılmasını engellemek amacıyla önceden inceleme yetkisi verilmiştir.

Her iki hukuk sisteminde de, söz konusu kurulların birleşme ve devralmalara yönelik incelemeleri karara bağlamasına kadar, birleşme ve devralmalar tamamlanamamakta ve askıda kalmaktadır.

Yine her iki hukuk sisteminde de, söz konusu yetkili kurum ve kurulların birleşme ve devralmaları inceleyip izne tabi tutabilmesi için sınırlar getirilmiştir.

Türk Hukukunda, birleşme veya devralma sonucunda ilgili şirketlerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının, piyasanın %25' ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını (25 milyon YTL) aşması halinde Rekabet Kurulu' ndan izin almaları zorunludur.

ABD Hukukunda ise, FTC' nin denetimine ve iznine tabi olacak birleşmeler Herfindahl-Hirschman Endeksi (HHI) ile belirlenmektedir. Söz

konusu endeks, ilgili pazardaki tüm teşebbüslerin pazar paylarının karelerini toplamak suretiyle hesaplanmaktadır. Çıkan sonucun HHI endeksinin 1000 puan seviyesinin altında kalması ve birleşme sonrasında HHI değişiminin 50 puandan az olması, birleşmenin daha ileri aşamada değerlendirilmesine gerek bulunmadığını göstermektedir.

Batan şirket öğretisi, birleşmeye yönelik ticari işlemin yasaklanması durumunda, şirketlerden birinin büyük olasılıkla başarısız olarak iflas edeceği düşüncesiyle, bazı hukuka aykırı birleşmelere, belirli etkinlik kazanımları nedeniyle, olanak sağlayan öğretimdir.

Türk Hukukunda ne 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' da ne de 1997/1 sayılı Rekabet Kurumundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ' de batan teşebbüs açıklamasına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu' nun 05.03.2002 tarihli ve 24686 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan, 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararında, batan teşebbüs doktrininden açıkça bahsedilmiştir. Uzel Holding A.Ş.' nin, Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.' yi devralmasının incelendiği dosyada, Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.' nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek bir durumda olması nedeniyle 'batan teşebbüsün savunulması' şeklindeki düşünce çerçevesinde incelenmesi gerektiği, buna göre, devralma işlemine izin verilmese dahi şirketin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding' e kayabileceği, devralma işlemi ile atıl duruma düşebilecek makina ve işgücünün pazar dışına çıkmadan pazar içinde değerlendirilebileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının olmadığı da dikkate alınmış ve söz konusu devir işlemine izin verilmiştir.

ABD Hukukunda ise ilk kez International Shoe vs. US (1930) davasında kullanılarak, daha sonra Citizens Publishing Co. vs. US (1969) ve 1974' teki General Dynamics davaları ile daha da geliştirilmiş ¹⁷⁴ olan batan teşebbüs savunması, birleşmelere yönelik rehberlerde, açıkça yer almakta ve

¹⁷⁴ ÇETİNKAYA, s. 37.

mutlak bir şekilde uygulanmaktadır¹⁷⁵. Rehberlere göre, birleşen şirketlerden birisi batmakta olan bir şirketse, bakanlık aşağıdaki dört şartın bulunması halinde birleşmeyi reddetmemektir: 1) Batmakta olduğunu iddia eden şirket, yakın bir zamanda finansal yükümlülüklerini muhtemelen yerine getiremeyecekse, 2) Muhtemelen iflastan kurtulamayacak ve yeniden yapılanamayacaksa, 3) Batmakta olan şirketin, teklif edilen birleşme ile karşılaştırıldığında, rekabete daha az etki edebilecek ve batan şirketi piyasada tutmaya yarayacak nitelikte, olması mümkün alternatif bir birleşmeye ilişkin başarısız fakat güven verici çabalarda bulunması durumunda, 4) Devralmanın gerçekleşmemesi halinde batan şirketin malvarlığının ilgili pazarın dışına çıkması halinde.

FTC düzenlemeleri de, bakanlık rehberlerinde olduğu gibi, bu konuda katı davranmaktadır. Fakat birleşmenin tamamlanmaması halinde, beklentiler karşılanamadığı için ticari başarısızlığın gerçekleşmesi ve işlemlerin tamamen durması muhtemelse en az olumsuzluk taşıyan müşteriye satışın yapılmasının biraz daha genişletilmesi gerektiği önerilmektedir.

İlgili Pazarın nasıl tanımlanacağı konusunda ise, 4054 sayılı Kanun'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1997/1 sayılı Tebliğ' de (Birleşme Tebliği) pazar tanımının nasıl yapılacağına yönelik bazı çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Söz konusu tebliğin 4. maddesi uyarınca; ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen olduğu ve özellikle de komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır.

¹⁷⁵ ÇETİNKAYA, s. 36.

İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal ve hizmetlerle, tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar ve tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da göz önüne alınır.

İlgili pazarın tespitinde genelde talep yönlü bir analiz benimsenmiş, arz yönlü analizden ise hiç bahsedilmemiştir. Yalnızca 'diğer unsurlar' şeklinde bir atıf yapılarak talep dışındaki faktörlerin de göz önüne alınacağı ifade edilmiştir. Talep yönlü bir analizde de, özellikle 'ürün fiyatı, ürünün özellikleri ve kullanım amacı' ölçüt olarak kabul edilmiştir. Coğrafi pazarın tespit edilmesinde 'homojen rekabet şartları'ndan bahsedilerek, pazarın sınırları belirlenirken özellikle, ürünün nitelikleri, giriş engeli, pazar payı farklılığı ve fiyat farklılığı gibi unsurların dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

İlgili pazarın tanımı en kapsamlı şekilde ABD Hukukunda, Birleşme Rehberlerinde yapılmıştır. Rehberlere göre, antitröst pazar, bir ürün (ya da ürün grubu) ve bunların üretildiği veya satıldığı bir coğrafi alan olarak tanımlanır. İlgili pazarın belirlenmesinde 'Small but Significant and Non-transitory Increase in Price' (SSNIP) Testi uygulanmaktadır. SSNIP testine dayalı pazar tanımı da, Türk Hukukunda olduğu gibi, talep ikamesini göz önüne alan bir tanımdır. SSNIP testine göre, tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün, belli bir ürünün fiyatında küçük, önemli ve kalıcı bir artış uygulaması, tüketicilerin başka ürünlere yönelmelerine yol açıyorsa ve bu durum sonucunda da yapılan fiyat artışı kârlı olmuyorsa, firmanın ürettiği ürünle tüketicilerin yöneldiği ürünler aynı ürün pazarında yer alıyor demektir. Şöyle ki; fiyat düzenlemesine tabi olmayan, kârını maksimize eden ve o alanda bahsedilen ürünün şimdiki ve gelecekteki tek üreticisi veya satıcısı olan bir şirket, piyasadaki diğer ürünlerin satış koşulları sabitken, kendi ürün fiyatında "küçük ama önemli ve kalıcı" bir artış uygularsa ve bu durumda eğer şirketin müşterileri diğer ikame ürünlere kayarsa, bu ikame ürünler de ürün grubuna dahil edilerek şirketin fiyatları artıramayacağı noktada bu analize son verilir. İlgili pazar, bu test sonucunda, tüketicilerin tercihlerini

yönlendirdikleri diğer bütün ikame ürünleri kapsayacak şekilde sınırları çizilen en küçük bir ürün grubu veya coğrafi alandan oluşur.

TTK' nın şirket birleşmelerine ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiği takdirde görülmektedir ki, birleşme sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması konuları düzenlenmemiştir. Alacaklıların korunması hususunda düzenleme yapılmış olmasına rağmen, pay sahiplerinin korunmasına da yer verilmemiştir. Yine başarısız birleşmeler ve ekonomik zorlukların neden olduğu şirket bölünmeleri de TTK' da yer almamıştır. Kanunumuzdaki eksiklikler ve vergi kanunlarında birleşmelerin teşvik edilmemesi gibi nedenler uygulamada birleşmelerin yaygınlaşmasına engel olmakta ve gerçekleşen birleşmelerin de uzun vadeli olmamasına neden olmaktadır.

Globalleşen rekabet ve ticaret ortamına ayak uydurabilmek ve daha sağlıklı birleşmelerin gerçekleşmesini sağlayabilmek, aynı zamanda da rekabet ortamını güvenceye alabilmek amacıyla yeni bir Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanarak Resmi Gazete' de yayınlanmış olmasına rağmen, halen daha kanunlaşarak yürürlüğe girmemiştir. Söz konusu tasarıda, birleşmelerin yanı sıra bölünmeler de ayrıntılı olarak ele alınmış, mevcut TTK' daki genel hükümler ile özel hükümler arasındaki uyumsuzluklar büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise, Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve bu nedenle rekabet mevzuatı da Avrupa Birliği mevzuatına uyumlu tarzda hazırlanmış ve hazırlanmaktadır. Öte yandan, ülkemizde rekabet hukuku uygulamaları henüz gelişme sürecinde olduğundan, uygulamalarda kullanılan araçlar da henüz sistematize edilmiş değildir. Gelişmiş ülkelerin uygulamalarındaki zenginliğe karşın, ülkemiz uygulamaları henüz bu yolun başlarındadır.

ABD Hukukunda ise, şirket birleşme ve devralmaları Rekabet Hukuku açısından ağırlıklı olarak incelenmiştir. Mahkemeler, zaman içerisinde aynı konuya ilişkin olarak çelişkili kararlar almış, uzun süre istikrar sağlayamadığı gibi, son yıllarda birleşmelere ilişkin yeni düzenlemeler de yapılmamıştır. Bu da hızla değişen ticaret ortamında şirketlerin, mahkemelerin verdiği çelişkili

kararlarla mücadele etmek zorunda kalmasına ve Rekabet Hukukunda getirilmiş olan sıkı denetim ve engellemeler nedeniyle başarısız birleşmeler gerçekleştirmelerine, bunun sonucunda da birleşen şirketlerin bir süre sonra bölünmelerine neden olmaktadır.

KAYNAKÇA

1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 No.luTebliğ, <http://www.rekabet.gov.tr/word/teblig1.doc>.

4054 Sayılı Kanunun Madde Gerekçeleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>.

ACEMOĞLU, Kevork, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Beşinci Baskı, Ankara, 1999.

ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri, BATİDER 1962, C. I, 301-319.

AYİTER, Nuşin, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968.

BRUNNER, Thomas W. ve başk., Mergers In The New Antitrust Era, The Bureau of National Affairs, Washington, D.C., 1985.

CAVITCH, Zolman, Business Organizations with Tax Planning, Volume 13, Lexis Nexis, Matthew Bender, 2003.

CORPUS v. 24, Mevzuat ve İçtihat Programı, Ced Dağıtım Medya , Ced Dağıtım Medya Yazılım Ltd. Şti., Ankara, Nisan 2006.

ÇETİNKAYA, Murat, 'Batmakta Olan Bir Teşebbüsün Devralınması', Rekabet Dergisi, Sayı 13, 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi13/5muratcetinkaya.doc>.

ÇETİNKAYA, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler (İlgili Pazar), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/muratcetinkaya.doc>.

ÇEVİK, Orhan Nuri, Anonim Şirketler (Anonim Şirketler), 3. Baskı, Ankara, 1988.

ÇEVİK, Orhan Nuri, Uygulamada Şirketler Hukuku (Şirketler Hukuku), 3. Baskı, Ankara, 2002.

ÇINAROĞLU, Serpil, Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/serpilcinaroglu.doc>.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C: I-II, Ankara, 1974.

DOMANIÇ, Hayri, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, 3. Bası, İstanbul, 1970.

EREM, Turgut, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, C. II, Ticaret Şirketleri 3. Bası, İstanbul, 1969.

FLINGSTEN, Neil, The Transformation of Corporate Control, Harvard University Press, London, 1993.

GRIFFIN, Clare E., An Economic Approach to Antitrust Problems, National Economic Problems Series No. 441 (New York: American Enterprise Association), Inc. (1951).

HUBBARD, R. Glenn and PALIA, Darius, A Re-examination of The Conglomerate Merger Wave In The 1960s: An Internal Capital Markets View, Working Paper Series, 6539, National Bureau of Economic Research, www.nber.org.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul, 1989.

KALKAN, Ekrem, Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, [http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ekrem kalkan.doc](http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ekrem%20kalkan.doc).

KARAPINAR, Aydın, İşletme Birleşmeleri, Ankara, 2006.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku I, Ticari İşletme, Ankara, 1968.

KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973.

Kazancı Hukuk Otomasyonu, İçtihat Bankası, Yargıtay Kararları.

KOLASKY, William J., Six Guiding Principles for Antitrust Agencies, U.S. Department of Justice, March 2002, www.globalpolicy.org/socecon/tncs/mergers/doj.htm.

KULAKSIZOĞLU, Şebnem, Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, <http://www.rekabetgov.tr/word/tezler/sebnemkulaksizoglu.doc>.

MARTIN, David Dale, Mergers and Clayton Act, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1959.

MASSEL, Mark S., Competition and Monopoly, The Brookings Institution, Washington D.C., Second Printing, 1963.

“Mechanics and Regulation of Mergers & Acquisitions”, UBC Senior Executive Development Programme, www.finance.sauder.ubc.ca/courses/bafi507/M&Areg.doc.

Merger Standarts Under U.S. Antitrust Laws, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monograph 7, 1981.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. I, İşletme Hukuku, Ankara, 1978.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. II, İşletme Hukuku-Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara, 1972.

MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 3.Bası, Ankara, 2005.

MOYE, John E., The Law of Business Organizations, Second edition, West Publishing Company, 1982.

NARVER, John C., Conglomerate Mergers and Market Competition, Publications of The Institute of Business and Economic, Berkeley and Los Angeles, 1967.

OESTERLE, Dale A., Mergers and Acquisitions In A Nutshell, St. Paul, MINN., 2001.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998.

PITOFISKY, Robert, FTC, Fordham Corporate Law Institute, New York City, 1999.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Adana, 2003.

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006.

Rekabet Kurulu Kararları, <http://www.rekabet.gov.tr/>.

Section 7 of The Clayton Act and The Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 339-47, 1960.

SELÇUK, İlmütlühan, 'AB ve ABD' de Yoğunlaşmaların Kontrolü Mekanizmalarının Karşılaştırılması', Rekabet Politikası ve Yoğunlaştırılmaların (Birleşme/Devralmaların) Kontrolü, 04.03.2003, Ankara.

SENYÜCEL, Orçun; AKTAŞ, Cihan, İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi2.doc#ilgili>, s. 40-50.

SINGER, Eugene M., Antitrust Economics Selected Legal Cases and Economic Models, Prentice Hall, New Jersey, 1968.

SOLOMON, Lewis D. And PALMITER, Alan R., Corporations, Examples and Explanations, Little, Brown and Company, 1990.

SOKOLOW, Asa D., 'Legality of Mergers Under The Antitrust Laws', Mergers and Acquisitions (Corporate Law and Practice Transcript Series Number 3), New York City, 1969.

SU, Kemal Tahir, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 12.

TEKİL, Fahman, Şirketler Hukuku C. I: Genel Bilgiler- Adi Şirket- Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Bası, İstanbul 1976; C. II: Anonim Şirketler, İstanbul 1976; C. III: Limited Şirketler ve Kooperatifler, İstanbul, 1974.

TEKİNALP, Ünal, Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı ve Bazı Problemler, Banka Der. C. VIII, S. 10, 25 vd.

TEKİNALP, Ünal/ POROY, Reha/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1997.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976.

TÜNAL, S. Selman, 'Genel Hatları İle ABD' de Şirket Birleşmelerinin Hukuki Yapısı', Vergi Dünyası (225), 5.200, 54-67 ss. Bibliyografya.

TÜRK, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.

YASAMAN, Hamdi, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987.

ÖZET

Esmahan Arslan, Türk ve ABD Hukukunda Şirket Birleşmeleri, Master Tezi, Ankara, 2007.

Şirket birleşme ve devralmaları, 90' lı yıllarda şirketlerin rekabeti azaltma, müşteri çevrelerini genişletme, pazar paylarını ve pazar güçlerini artırma, risk azaltma ve vergi avantajları sağlama gibi ekonomik kaygıları nedeniyle başta ABD olmak üzere tüm dünya genelinde hızla tercih etmeye başladığı bir uygulamadır.

Türk hukukunda şirket birleşme ve devralmaları Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' da düzenlenmiştir. Borçlar Kanunundaki hükümler genel hüküm niteliğinde olup, Türk Ticaret Kanununun uygulama alanına girmeyen işletme birleşme ve devralmalarına ilişkin olarak getirilmiş hükümlerdir. Rekabet hukuku alanında birleşme ve devralmalara ve bunların kontrollerine ilişkin en temel yasal düzenleme ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' dur. İçtihatlar ise, Rekabet Hukukunun ülkemizde henüz çok yeni olması nedeniyle uygulamaya ışık tutacak nitelikte ve sayıda değildir.

ABD hukukunda ise antitröst yasalar ve bu yasaların getirdiği temel prensipler, ABD ekonomi sisteminin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle şirket birleşme ve devralmaları, Türk hukukundan farklı olarak, menkul kıymetler kanunlarında, antitröst (rekabeti koruyucu) yasalarda, Adalet Bakanlığı Rehberlerinde ve eyalet kurum kanunlarında düzenlenmiş, uygulamadaki boşluklar ise mahkeme içtihatları ile doldurulmuştur.

Tezimde öncelikli olarak Türk Hukukunda şirket birleşme ve devralmaları ele alınmış, temel kavramların kısa açıklamalarına yer verilmiş, birleşmenin şartları, birleşme sırasında izlenecek usul ve birleşmenin sonuçları anlatılmıştır. İkinci bölümde ise ABD Hukukunda şirket birleşme ve devralmaları rekabeti koruyucu düzenlemeler ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

1) Birleşme

- 2) Şirket
- 3) Devralma
- 4) Ticaret
- 5) Hukuk

ABSTRACT

Esmahan Arslan, Corporation Mergers in Turkish and USA Law, Master Thesis, Ankara, 2007.

Corporation Mergers and Acquisitions are the preferred applications all around the world and in USA, because of the economic concerns of the companies like dampening the competition, extension of the circle of customers, redouble market shares and market powers, risk improvement and to make tax advantages.

In Turkish law, corporation mergers and acquisitions are put in order in Code of Obligations, Turkish Commercial Code and Law on the Protection of Competition. The clauses in Code of Obligations are general clauses and they are created for the corporation mergers and acquisitions which are not in the practice area of Turkish Commercial Code. The main legal arrangement about mergers and acquisitions and their practice area in competition law is Law No. 4054 on the Protection of Competition. Because of the competition law in our country is so new, the case law is not enough to show the way to the enforcement.

Antitrust laws and their principles are the basic of USA economic system. Because of this, mergers and acquisitions in USA law are put in order in Code of Securities, Antitrust laws, Guidelines of Department of Justice and state foundations laws, differently from Turkish law. Spaces in practice are filled by the case laws.

In my thesis, corporation mergers and acquisitions in Turkish law, short comments of basic concepts, terms of mergers, procedure and results of mergers are explained in the first section. In the second section corporation mergers and acquisitions in USA are taken in hand with the help of Competition law.

Key Words:

- 1) Merger
- 2) Corporation

3) Acquisition

4) Company

5) Law