

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2012

- ◆ **Ulusal Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler Üzerine Değerlendirmeler**
Seyit Muharrem GÖKMENOĞLU
Prof. Dr. Mustafa AKAL
Prof. Dr. Remzi ALTUNIŞIK
- ◆ **Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended?**
Harun GÜNDÜZ
- ◆ **2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. Öznur İNANILIR
Av. Ceren YILDIZ
Av. Melikşah DUMAN

13. YIL
13th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2012

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Doç. Dr. Tahir SARAÇ
Ali DEMİRÖZ
Dr. Armağan ERDOĞAN
Ömür PAŞAOĞLU

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
Yüksel KAYA
H. Gökşin KEKEVİ
Ali ARIÖZ

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Mutlu ÖZBEK

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:
Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 266 79 11

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:
Sar Matbaacılık Basım Yayın Tic. Ltd. Şti.
Erciyes İşyerleri Sitesi 197. Cad. No: 9 Yenimahalle/ANKARA

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2012

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

1 MAKALELER / ARTICLES

- 3** Ulusal Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler Üzerine Değerlendirmeler / *A Review on Factors Determining National Competitiveness*
Seyit Muharrem GÖKMENOĞLU
Prof. Dr. Mustafa AKAL
Prof. Dr. Remzi ALTUNIŞIK

- 45** **Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended? /**
Türk Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Piyango Bitti mi?
Harun GÜNDÜZ

- 97** **2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi /** *Fundamental Changes on Merger Control Regime with the Introduction of the Communiqué No. 2010/4 on the Mergers and Acquisitions Requiring the Approval of the Competition Board: Impact Assessment*
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. Öznur İNANILIR
Av. Ceren YILDIZ
Av. Melikşah DUMAN

- 157** **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

**2010/4 SAYILI REKABET KURULU'NDAN İZİN ALINMASI
GEREKEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR HAKKINDA
TEBLİĞ UYGULAMASI İLE BİRLEŞME DEVRALMALARIN
KONTROLÜ REJİMİNDE MEYDANA GELEN
YAPISAL DEĞİŞİKLİKLER: ETKİ DEĞERLENDİRMESİ**

*FUNDEMENTAL CHANGES ON MERGER CONTROL REGIME WITH
THE INTRODUCTION OF THE COMMUNIQUÉ NO. 2010/4 ON THE
MERGERS AND ACQUISITIONS REQUIRING THE APPROVAL OF
THE COMPETITION BOARD: IMPACT ASSESSMENT*

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*
Av. Öznur İNANILIR*
Av. Ceren YILDIZ*
Av. Melikşah DUMAN*

Öz

07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 01.01.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş ve aynı konuda 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. İlk bakışta dahi yeni tebliğin birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi bakımından ciddi değişiklikler ve yenilikler getirdiği ve söz konusu yenilik ve değişikliklerle mehz Avrupa Topluluğu rekabet hukukuna oldukça yaklaşıldığı gözlemlenmektedir. Yeni tebliğin tamamı göz önünde bulundurulduğunda iktisadi parametrelere ağırlık verilmiş olduğu da anlaşılmaktadır. Bu kapsamda 01.01.2011 tarihi itibariyle bildirim tabi işlemler açısından birçok yenilik getiren bu tebliğin geçtiğimiz bir sene içerisinde uygulamada nasıl hayata geçirildiğinin incelenmesinin aydınlatıcı olacağı düşünülmektedir. Bu çalışmanın amacı yeni tebliğ ile getirilen başlıca yenilikleri ve değişiklikleri masaya yatırmak ve söz konusu yenilikler ve değişiklikler kapsamında son bir sene boyunca pratikte karşılaşılan sorunları tartışmaya açmaktır.

* ELİG Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

Anahtar Kelimeler: 2010/4 sayılı Tebliğ, Etkilenen Pazar, Ciro Eşiği, Ciro Hesaplanması, Birleşme ve Devralma.

Abstract

The Communiqué No. 2010/4 on the Mergers and Acquisitions Requiring the Approval of the Competition Board, published on the Official Gazette dated 07.10.2010 and numbered 27722, came into effect as of 01.01.2011 and accordingly the Communiqué No 1997/1 on the same subject was abolished. Even at first glance, it can be seen that the new communiqué introduces new regulations and amendments regarding merger control and accordingly shows more parallelism with EC competition law by way of such regulations and amendments. Considering the new communiqué as a whole, it is understood that the communiqué gives weight to economic parameters. In this regard, we believe that an evaluation with respect to the manner through which this communiqué, which brings about major changes in terms of notifiable transactions as of 01.01.2011, has been implemented in practice over the last year will prove to be much informative. In this respect, the purpose of this study is to analyze the major regulations and amendments introduced by the new communiqué and to discuss the problems faced over the last year within the scope of these amendments and new regulations.

Keywords: Communiqué No. 2010/4, Affected Market, Turnover Threshold, Turnover Calculation, Mergers and Acquisitions.

GİRİŞ

Türkiye’de rekabet hukukuna ilişkin uygulanabilir mevzuat, belirli nitelikteki birleşme ve devralma işlemlerini 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“4054 Sayılı Kanun”) 7. maddesi ve ikincil mevzuat çerçevesinde, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşmelerin veya devralmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu düzenleyen bir denetime tabi tutmaktadır. 4054 Sayılı Kanun’un 7. maddesine dayanılarak çıkartılan ve birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin ikincil mevzuat olan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (“1997/1 Sayılı Tebliğ”) ile denetimin kapsamı ve şartları detaylandırılmış olup, bu tebliğ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in (“2010/4 Sayılı Tebliğ”) 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

Türkiye için görece yeni olan rekabet hukuku disiplini, Türkiye’deki gelişimini köklü geçmişe sahip olan Avrupa Birliği rekabet hukuku (“AB

Hukuku”) mevzuatının mehzaz kabul edilmesi ile sürdürmektedir. Bu nedenle gerek mevzuat çalışmalarında gerek uygulamada AB hukuku takip edilmekte ve birçok paralel düzenleme getirilmektedir. Her ne kadar hâlihazırda kadük olsa da 4054 Sayılı Kanun’a¹ yönelik olarak kapsamlı değişikliklerin gündeme getirildiği ve ikincil mevzuat üzerinde kapsamlı bir değişikliğin yapıldığı dikkate alındığında Türk rekabet hukukunun belirli bir reformdan geçiyor olduğu kabul edilmektedir. Bu düzlemde Türk rekabet hukukunda son zamanlarda yapılan en büyük değişiklik 2010/4 Sayılı Tebliğ olarak kabul edilebilir. Söz konusu tebliğ ile uygulamada eksikliği hissedilen birçok husus yine AB Hukuku temel alınarak yeniden düzenlemiştir.

Gerçekten de 2010/4 Sayılı Tebliğ incelendiğinde, etkilenen pazar ve ciroya ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere, gerçekleştirilen büyük çaplı yenilikler vasıtasıyla, mehzaz AB Hukuku uygulamalarına oldukça yaklaşıldığı görülecektir. Bununla birlikte, getirilmiş olan yeniliklerin ve değişikliklerin nasıl hayata geçirildiğinin değerlendirilmesi, düzenlemelerin Türkiye’de pratikte benimsenebilir olup olmadığının tespit edilebilmesi açısından önem teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu değişikliklere yönelik olarak işbu çalışma kapsamında genel bir değerlendirme yapılmasının Türk rekabet hukuku açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Zira rekabet süreçlerinin korunmasının başlı başına bir amaç değil ancak iktisadi etkinliği hedeflemek suretiyle toplumsal refahın ençoklaştırılması amacına hizmet eden bir araç olarak görülmesi gerektiği hususu² göz önünde bulundurulduğunda, örnek alınan prensiplerin uygulamada ne tür olumlu veya olumsuz yankılara ve belki de sıkıntılara yol açacağı değerlendirilmesinde fayda görülmektedir. Bu doğrultuda, 2010/4 Sayılı Tebliğ’de ortaya koyulan yenilikler ve değişiklikler ile bunların uygulamada ne ölçüde ihtiyaçlara cevap verebilir nitelikte olduğunun genel bir fotoğrafının çekilmesinin önemi daha da baskın bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu hedefler çerçevesinde, işbu çalışma kapsamında 2010/4 Sayılı Tebliğ’deki madde sıralamaları ile paralel olarak, söz konusu tebliğ ile öngörülen önemli değişiklik ve yeniliklere yer verilecek olup, bu kapsamda yapılacak değerlendirmeler yer yer mehzaz AB Hukuku ile karşılaştırmalı olarak irdelenecektir. Söz konusu çalışmanın amacına uygun olarak da yapılan değerlendirmeler sırasında gerektiği yerlerde ortaya çıkabilecek olumsuzluklara

¹ Halihazırda hükümsüz olan Rekabet Kurumu tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı adına hazırlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı.

² Bkz. GÜRKAYNAK, G. (2003); *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

değınilecek ve öneriler getirilmeye çalışılacaktır. Çalışma teorik düzlemde gerçekleşen bir tartışmadan çok 2010/4 Sayılı Tebliğ'in uygulanasına yönelecektir. Bu doğrultuda teorik düzlemde açıklamalara sadece gerekli olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu kapsamda ilgili bölümler altında açıklanan olumsuzluklara ilişkin olarak, daha çok 2010/4 Sayılı Tebliğ ve/veya kılavuzlar içindeki ilgili bölümlerde düzenlemelerin aslında nasıl yer almasının daha uygun olacağını düşünöldüğü bir yaklaşımdan hareket edilmiştir. Bir başka deyişle, 2010/4 Sayılı Tebliğ altında hangi hususlar nasıl yer alsaydı hukuki güvenliğin sağlanacağını bir değeriendirilmesi amaçlanmıştır.

1. YOĞUNLAŞMA - BİRLEŞME VE DEVRALMA KAVRAMLARI

2010/4 Sayılı Tebliğ'in tamamında "birleşme ve devralma" kavramına yer verilmiştir. Her ne kadar "Tanımlar" bölümü altında "birleşme ve devralma" tanımına yer verilmemiş olsa da 5. ve 6. maddelerde birleşme veya devralma sayılan haller ile birleşme veya devralma sayılmayan haller gösterilerek "birleşme ve devralma" kavramının sınırları belirlenmiştir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in bu yaklaşımı ile rekabet hukuku terminolojisi bakımından daha uygun olan "yoğunlaşma" kavramının kullanılmasının tercih edilmediğı anlaşılmaktadır. Öte yandan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz ("Kılavuz I") isabetli ancak istikrarlı olmayan bir şekilde "yoğunlaşma" ibaresine yer vermektedir. Ancak zaman zaman "yoğunlaşma" kavramına yer vermek Kılavuz I içerisinde tutarlı bir tavır alınmamasına sebep olmaktadır.

"Yoğunlaşma" kavramı, ilgili teşebbüste kalıcı bir şekilde kontrol değışikliğı yaratan ve dolayısıyla pazar yapısını değıştirebilecek nitelikteki işlemleri kapsamaktadır.³ "Yoğunlaşma" kavramı birleşme ve devralmaların yanı sıra ortak girişimleri de içermesi ile rekabet hukuku açısından yoğunlaşma yaratan bütün işlemleri terminolojik açıdan kapsaması nedeniyle "birleşme ve devralma" kavramından daha isabetlidir. Nitekim mehaz AB Hukuku da bu yaklaşımı benimsemekte ve "yoğunlaşma" terimini kullanmaktadır. 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün⁴ 3. maddesinde yoğunlaşmanın tanımı verilmekte ve yoğunlaşmanın (i) daha evvel bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün veya bir bölümünün birleşmesi veya (ii) hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya birkaç kişi tarafından veya bir veya birkaç teşebbüs tarafından, teminat veya varlıkların satın alınmasıyla, sözleşme veya başka bir yolla, bir veya birkaç teşebbüsün tamamının veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı

³ BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (2008), *European Community of Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 636.

⁴ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

kontrolünün devralınması sonucunda kalıcı şekilde kontrol değişikliği meydana gelmesi halinde ortaya çıkacağı belirtilmektedir.

Bu kapsamda, 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(a) maddesinde yer alan “*daha evvel bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün veya bir bölümünün birleşmesi*” ifadesindeki “birleşme” kavramı 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nde tanımlanmamış olup, kavramın dar anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Zira kavramın geniş yorumlanması halinde 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün aşağıda açıklanan 3(1)(b) maddesi işlevsiz kılınacaktır. Bu kapsamda 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(a) maddesi, işletmelerini birleştiren teşebbüslere (yani iki veya daha fazla teşebbüsün bir işletme haline gelmesi ve bağımsız tüzel kişiliklerine son vermeleri veya bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması ve tamamen içine alması) yöneliktir.⁵

Yoğunlaşmanın tanımına “*hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya birkaç kişi tarafından veya bir veya birkaç teşebbüs tarafından, teminat veya varlıkların satın alınmasıyla, sözleşme veya başka bir yolla, bir veya birkaç teşebbüsün tamamını veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün devralınması*” hususunu da dâhil eden 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(b) maddesi ise teşebbüste kontrol değişikliğine gidildiği durumlarda, örneğin bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün tek başına kontrolünü ele geçirdiği veya iki veya daha fazla teşebbüsün birbirlerinin ortak kontrolünü ele geçirdiği hallerde uygulama alanı bulacaktır.⁶

Son olarak 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesini de değiştiren kadük “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 3. maddesi “Yoğunlaşma İşlemleri” başlığını taşımakta iken 2010/4 Sayılı Tebliğ “birleşme ve devralma” kavramını tercih etmiştir.⁷ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 3. madde gerekçesinde “yoğunlaşma” kavramına yer verilmesinin nedeni maddenin lafzının AB Hukuku'nun ilgili hükümleri ile uyumlaştırılması olarak açıklanmıştır.⁸ Her ne kadar söz konusu kanun tasarısı kadük olsa da

⁵ JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition Oxford University Press, New York, US, s. 868.

⁶ Jones ve Sufrin 2011, s. 868.

⁷ GÜRPINAR, B. (2011), “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gerekçeleri”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 36.

⁸ 3. madde gerekçesi “*Maddede yapılan düzenlemeyle, “yoğunlaşma işlemleri” kavramına yer verilerek ve bu kavram kapsamındaki birleşme ve devralma işlemleri sayılarak, maddenin lafzı AB mevzuatının ilgili hükümleriyle uyumlaştırılmıştır. Ayrıca*

yapılan veya yapılması planlanan mevzuat çalışmalarında amacın AB Hukuku ile paralellik sağlamak olduğu görülmektedir. Hal böyle iken, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in halen "birleşme ve devralma" kavramına yer veriyor olması, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in mehzaz AB Hukuku'ndan ayrıldığı bir noktayı oluşturmaktadır. Halbuki aşağıda da ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in açıkça AB Hukuku'nu temel aldığı ve birçok konuda AB Hukuku'nun içeriğine paralel düzenlemeler getirdiği görülebilmektedir.

Pazarda rekabet hukuku açısından yoğunlaşma yaratan tüm işlemleri kapsayacak şekilde ve yoğunlaşmaya neden olan bütün etkinliklerin birincil ve ikincil mevzuat kapsamında değerlendirilebilmesi için "birleşme ve devralma" yerine "yoğunlaşma" kavramının kullanılması daha isabetlidir.⁹

2.TANIMLAR BAŞLIKLİ HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2.1. Tanımlar Başlığının Kapsamı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında yer verilen tanımlara bakıldığında söz konusu tanımların oldukça sınırlı tutulduğu ve ilgili teşebbüs ile işlem tarafı terimlerinin açıklanmasının ardından Kanun, Kurul ve Kurum gibi genel nitelikte terimlerin açıklanmasına geçtiği görülmektedir. Öncelikle 2010/4 Sayılı Tebliğ ile köklü değişiklikler getirilmesi ve bununla birlikte bildirim formunun da oldukça değişmesi kavramlar üzerinde bir anlam karmaşası yaşanmasını olası kılmaktadır. Her ne kadar "ilgili ürün pazarı", "ilgili coğrafi pazar", "etkilenen pazar", "dikey ilişki" ve "yatay ilişki" kavramlarının tanımlarına bildirim formunun ilgili yerlerinde yer verilmiş olsa da, söz konusu tanımlar da kavramlar üzerinde hukuki belirlilik sağlamak için yeterli açıklıkta değildir. Özellikle "etkilenen pazar" kavramının, geçmiş dönem uygulamalarında tam olarak ne olduğu mevzuat çerçevesinde anlaşılabilen bir kavram olması nedeniyle, 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde mevzuata ithal edilmesi oldukça önem taşımakta olup, bu kavram üzerindeki belirsizlikler uygulamada sıkıntı yaratmaktadır. Bu kavramlar üzerindeki belirsizlikler ileriki bölümlerde daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2. İlgili Teşebbüs - İşlem Tarafı Kavramları

2010/4 Sayılı Tebliğ kavramlar üzerindeki en önemli yeniliklerinden bir tanesini "ilgili teşebbüs" ve "işlem tarafı" kavramlarına yer vererek yapmıştır. Zira her

bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulmasının da yoğunlaşma sayılacağı maddede açıkça belirtilmiştir."

⁹ ERDEM, E. (2011) "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", H. Domaniç, M. Helvacı, A. Kendigelen (der.), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65 Yaş Günü Armağanı* içinde, s. 203.

iki kavram da 1997/1 Sayılı Tebliğ'de yer almayan yeni getirilmiş tanımlardır. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in bütününe bakıldığında söz konusu iki kavram arasındaki ayrımın net bir şekilde yapılması önem arz etmektedir. Ancak, "Tanımlar" bölümü altında yer alsalar da "ilgili teşebbüs" ve "işlem tarafı" terimleri uygulamada zaman zaman yorum sıkıntısı yaşanmasına sebep olmaktadır.

Bilindiği üzere mehz AB Hukuku'nda sadece ilgili teşebbüs kavramına yer verilmektedir. 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'ne ilişkin Komisyon'un konsolide duyurusu¹⁰ ("Konsolide Duyuru") uyarınca ilgili teşebbüs, yoğunlaşma işlemine (yani yukarıda tanımlı olduğu şekilde bir birleşme veya kontrolün devralınması işlemi) katılan teşebbüslere, AB Hukuku uyarınca birleşmelerde "ilgili teşebbüs" her bir birleşen kuruluşu ifade etmekte iken, kontrolün devralınması işlemlerinde, devralan taraf (tek başına veya ortak kontrolü devralan bir veya birden fazla teşebbüs) ve devreden taraf (tam veya kısmi olarak devredilen bir veya birden fazla teşebbüs) ilgili teşebbüs olarak nitelendirilmektedirler.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde ise "ilgili teşebbüs"; birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birim, "işlem tarafı" da birleşme ve devralmaların tarafı olan teşebbüs olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımların doğru şekilde anlaşılması, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in aşağıda da ayrıntılarıyla açıklanacak olan, özellikle bildirim eşiklerinin incelendiği 7. maddesi ve ciro hesaplamasının açıklandığı 8. maddesi kapsamında oldukça önem teşkil etmektedir. Zira 7. madde eşikleri düzenlerken "işlem tarafı" kavramına yer vermiştir. Aynı şekilde, 8. madde ise 7. maddenin uygulanması bakımından her bir "işlem tarafı"nın cirosunun hesaplanmasında dikkate alınacak ciro toplamını kalem kalem açıklamış ve bu açıklamayı "ilgili teşebbüs" kavramı üzerinden yapmıştır. Bu noktada, terimlerin net şekilde anlaşılabilmesi nedeniyle uygulamada özellikle hangi teşebbüslerin cirolarının dikkate alınacağı hususunda sıkıntı çıkabilmekte ve bu hususta yaşanan sıkıntı ciro eşiklerinin geçip geçmediği değerlendirmesinin doğru şekilde yapılamamasına neden olabilmektedir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in kavramlar üzerindeki bu belirsizliği Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Kılavuz I ile giderilmeye çalışılmıştır. Kılavuz I, özellikle "ilgili teşebbüs"ü birleşme veya devralma işleminin doğrudan tarafı olan kişi veya ekonomik birimler olarak "işlem tarafı"nı ise her bir ilgili teşebbüsün dâhil olduğu ekonomik bütünlük olarak açıklamıştır. Ayrıca Kılavuz

¹⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.

I, “ilgili teşebbüs” kavramını her bir olay bazında değerlendirerek açıklamış ve kavram üzerinde belirsizlik bu şekilde gidermeye çalışmıştır.

Şüphesiz bu kavram karmaşasının sıkıntı yarattığı en önemli husus yukarıda da değinildiği üzere ciro hesaplamasıdır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı değerlendirme ciro hesaplanmasına ilişkin bölüm altında yapılacaktır.

Mehaz AB Hukuku’nda AB Birleşme Tüzüğü genel bir “tanımlar” başlığına yer vermemiş, sadece yoğunlaşma kavramının tanımını bir başlık altında düzenlemiş, tam işlevsel ortak girişim, bağlantılı işlemler gibi genel kavramların tanımlarına ise metin içerisinde yer vermiştir. Bu kavramlar başta Konsolide Duyuru olmak üzere, yan mevzuatta kendi ilgili başlıkları altında daha sistematik ve detaylı şekilde açıklanmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, her ne kadar Kılavuz I ile bazı kavramlar üzerinde belirli ölçüde açıklık getirilmiş olsa da bütünlük sağlanması ve yaşanabilecek herhangi bir anlam karmaşasının önüne net bir şekilde geçilmesi adına 2010/4 Sayılı Tebliğ’in “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin kapsamlı tutulması veyahut Kılavuz I’in mehaz AB Hukuku’ndaki gibi belirli bir sistematik dâhilinde, tanımlara ve kavramlara dair şüpheye mahal vermeyecek derecede açıklıkla kaleme alınması gerektiği düşünülmektedir.

3. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER BAŞLIKLILIK HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Kontrolde Kalıcı Değişiklik

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 5. maddesi kapsamında birleşme ve devralma sayılan haller “kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde” unsuruyla sınırlanmıştır.

139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün kontrolde “kalıcı değişiklik unsuru” kavramına atfı “kontrolde değişiklik yaratma” unsuru ile beraber “kontrolde kalıcı değişiklik” kavramını da içermektedir. Ancak yine Konsolide Duyuru’nun 28 ila 35 numaralı paragraflarında “kontrolde kalıcı değişiklik yaratan” işlemlerin ancak hedef teşebbüs üzerinde kalıcı kontrol değişikliği yaratan işlemler olması durumunda 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün 3. maddesinin 1. fıkrasında Komisyon’un denetimine tabi tuttuğu işlemlerden biri olabileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, hedef teşebbüs üzerinde geçici kontrol değişikliği yaratan ve bu nedenle de işlemin etkilediği pazarlar üzerinde de kalıcı değişiklik yaratmayan işlemler, yoğunlaşmaların denetlenmesi rejimi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacak işlemler arasında yer almayacaktır.

Konsolide Duyuru¹¹ (i) işlemi düzenleyen anlaşmanın süresiz olması, (ii) süreli ise sürenin kalıcı değişikliğe mahal verecek bir süre olacak şekilde yenilenebilir olması ve (iii) kesin süreli ise o sürenin kalıcı kontrol yaratacak uzunlukta olması gerektiğini belirterek kalıcılık unsurunu açıklamıştır. Kalıcı kontrol yaratacak oranda uzun olması hususunda söz konusu uzunluğun kapsamı ile ilgili olarak Konsolide Duyuru Avrupa Komisyonu'nun kararlarına atıf yaparak bir açıklamada bulunmaktadır. Buna göre *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom*¹² kararında ortak girişimlere ilişkin 12 yıllık bir süreyi; *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*¹³ kararında 8 yıllık bir süreyi kontrolde kalıcı değişiklik için yeterli görmüştür. *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien*¹⁴ kararında ise 10-15 yıllık bir süreyi kalıcı değişiklik için yeterli görürken 3 yıllık süreyi ise yeterli görmemiştir.

Bu yaklaşım, Rekabet Kurulu'nun kontrolde kısa bir süre değişikliğe yol açan işlemlere ilişkin kararlarında benimsenen esaslara da uyum arz etmektedir¹⁵. Rekabet Kurulu kararlarına baktığımızda çimento ve hazır beton sektörüne ilişkin çeşitli kararlardan hazır beton tesisinin kiralanmasına ilişkin olarak sürelerin 3 yıl ve daha fazla olduğu durumlarda¹⁶; çimento tesisinin kiralanması halinde ise 5 yıl ve daha fazla sürenin bir devralma işlemi olarak kabul edileceğinin vurgulandığı görülmüştür¹⁷. Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in getirdiği bu yenilik ışığında her halükarda "kontrolde kalıcı değişiklik yaratma" olgusunun, özellikle kontrolün süresi hakkında bir açıklama içermemesi nedeniyle açıklığa istenildiği ölçüde kavuşturulamamış olduğu belirtilmelidir.

3.2. İşletilebilir Malvarlığı Kavramı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/II maddesi kontrolün meydana getirilmesini açıklayarak, kontrolü doğuran araçları "*bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletmeye müsait kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler*" olarak tanımlamaktadır. Keza işletilebilir nitelikte olmayan ve dolayısıyla ilgili teşebbüsün ciro elde etmesine olanak

¹¹ Konsolide Duyuru madde 1.4., para 28.

¹² Case COMP/M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30 Nisan 2003.

¹³ Case COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11 Şubat 2002.

¹⁴ Case COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20 Temmuz 2005.

¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 05.09.2009 tarih ve 09-34/791-194 sayılı Çimpor - Babil kararı ile 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.

¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.

¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Çimentaş kararı.

vermeyen malvarlıklarına ilişkin devirlerin de hükmün kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir. Ancak söz konusu maddede geçen malvarlığının “işletilebilir” niteliği hakkında 2010/4 Sayılı Tebliğ ile Kılavuz I ve Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz (“Kılavuz II”) herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Madde bu şekliyle boş bir arazi gibi işletilebilir olmayan malvarlıklarına ilişkin devir işlemlerinin de bildirilebilirliği konusunda tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Öte yandan lisans, marka ve patent gibi maddi olmayan varlıkların devralınmasının da bildirilebilir olduğu konusunda tereddüt oluşabilmektedir. Rekabet Kurumu’nun 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamındaki uygulaması işletilebilir malvarlığı kavramına nelerin girdiğini gösterse ve 2010/4 Sayılı Tebliğ uyarınca da önceki uygulamasını devam ettireceği varsayılsa dahi hukuki güvenlik sağlama adına 5. maddede ya da ilgili kılavuzda konu hakkında açıklık getirilmesi daha uygun bir yaklaşım olarak görülmektedir. Rekabet Kurulu’nun geçmiş uygulamalarına göre mağaza¹⁸, marka¹⁹, üretim tesislerinin devri²⁰, münhasır sağlanan bir dağıtım hakkı²¹ “işletilebilir” malvarlığı olarak değerlendirilmiştir. Şu ana kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında da benzer şekilde mağaza, marka ve üretim tesislerinin devrinin işletilebilir malvarlıkları olarak kabul edildiği kararların²² mevcut olduğu gözlemlenmektedir.

3.3. Bağlantılı İşlemler

1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer almayan ve 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen bir diğer yenilik ise bağlantılı işlemlere ilişkindir. Bağlantılı işlemlere (*interrelated transactions*) Birleşme Tüzüğü’nün giriş bölümünde atıfta bulunulmakta olup, bu madde şartla bağlanan veya makul kısa bir süre içerisinde menkul kıymetlerde işlemler serisi halini alan birbirlerine yakın şekilde bağlı olan işlemlerde tek bir yoğunlaşmadan bahsetmenin uygun olacağını belirtmektedir.

¹⁸ Rekabet Kurulu’nun 4.7.2007 tarih ve 07-56/632-214 sayılı Electronic Partner kararı.

¹⁹ Rekabet Kurulu’nun 14.8.2008 tarih ve 08-50/721-281 sayılı Migros kararı.

²⁰ Rekabet Kurulu’nun 9.9.2009 tarih ve 09-41/1003-259 sayılı Traçim kararı, 18.12.2008 tarih ve 08-73/1156-450 sayılı TBS Beton kararı ve 30.10.2008 tarih ve 08-61/998-390 sayılı Babil Yapı kararı, 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Egeçim kararı.

²¹ Rekabet Kurulu’nun 03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı BOTAŞ kararı ve 13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Avrasya Gaz kararı.

²² Rekabet Kurulu’nun 21.4.2011 tarih ve 11-25/484-148 sayılı Makro Market kararı; 14.12.2011 tarih ve 11-61/1583-566 sayılı Shell kararı; 2.6.2011 tarih ve 11-33/711-218 sayılı Birlik kararı ve 12.01.2011 tarih ve 11-03/36-9 sayılı Zentiva Kimyasal Ürünler kararı.

Mehaz AB hukukunda ise birbiri ile ilişkili işlemlere yönelik tutum Komisyon'un içtihadı uygulaması ile şekillenmiş²³ ve Konsolide Duyuru'nun 38 ile 48. paragraflarında konuya ilişkin belirli açıklamalar getirilmiştir. Buna göre bir yoğunlaşma işleminin birbirine bağımlı birden fazla hukuki işlem aracılığı ile yapılandırılmasının tek bir işlem olarak nitelendirilmesi ancak her bir işlemin *de jure* (hukuki) veya *de facto* (fili) olarak akıbetlerinin birbirleri arasında koşullandırılmış olması ve yoğunlaşma işleminin ancak bahsi geçen birbiri ile ilişkili işlemlerin uygulamaya konması ile (birbirlerinin koşulu olması) mümkün olabileceğinin belirtilmesi durumunda kabul edilebilecektir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/4. maddesi ise bu kavramı "şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir" şeklinde açıklamaktadır. Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında söz konusu hükmün uygulamada yer bulduğu rahatlıkla görülebilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu *Integrated*²⁴ kararı, *Matthews International*²⁵ kararı ve *Sofra Yemek*²⁶ kararı bağlı işlemlerin üç farklı uygulamasına örnek olarak verilebilir.

Integrated kararında işlem ASYH'nin tek kontrolüne sahip olan Acıbadem Grubun öncelikle bu iştirakteki %75 hissesini IHH ve Kzanak şirketlerine satmasıdır. İkinci işlem ise Acıbadem Grubun altında yer alan Aplus ve Acıbadem Proje'nin ASYH'nin tek kontrolüne geçmesidir. İşlemden, birinci işlemin konusu olan %75 oranındaki hissenin IHH ve Kzanak şirketlerine kontrol hakkı verip vermediği belli olmamakla birlikte ASYH'nin ortak kontrole geçmesi söz konusu ise bu ortak kontrolün yapısı hakkında herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediği görülmektedir. Öte yandan ciro değerlendirilmesine bakıldığında her iki işlemin de tarafı olan bütün teşebbüslerin cirolarının dikkate alındığı, Acıbadem Grup altında yer alan ASYH, Aplus ve Acıbadem projenin cirosu olarak Acıbadem Grubu'nun konsolide cirosunun verildiği görülmektedir.

Matthews kararında ise *Integrated* kararında olduğu gibi birbirine bağlı iki farklı işlemde ziyade nihai anlamda bir şirketin alınacak hisse miktarının parçalara bölünerek devralınması söz konusudur. *Matthews International*, tamamına sahip olduğu iştiraki *Matthews BV* aracılığıyla, *Kroma*'nın %70 hissesini devralacaktır. *Matthews BV*, öncelikle *Kroma*'nın %61,5 hissesini

²³ T-282/02 sayılı karar ile ilgili hüküm *Cementbouw v Commission* ECR II-319.

²⁴ Rekabet Kurulu'nun 29.12.2011 tarih ve 11-64/1659-589 sayılı *Integrated* kararı.

²⁵ Rekabet Kurulu'nun 06.07.2011 tarih ve 11-41/882-277 sayılı *Matthews International* kararı.

²⁶ Rekabet Kurulu'nun 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı *Sofra Yemek* kararı.

Kapanış'da devralacak; 28.2.2012 tarihinde buna ek olarak %8,5 hisseyi devralacak, böylece Kroma'nın toplam %70 hissesini devralmış olacaktır.

Son olarak Sofra Yemek kararında işlem iki aşamalı olup, ilk etapta Sofra tarafından Obasan'ın belirli oranda bir hissesinin devralınması gerçekleşecek olup; bu başvuruya ilişkin Rekabet Kurulu'nun iznini müteakip ikinci aşamada Aslanoba Ailesi'ne ait Obaş'ın Obasan'a devredilmesi ile izin aşamasında Obasan'da hissedar olarak kalmaya devam edecek olan Emre

Aslanoba'nın payının satın alınması tasarlanmaktadır. Görüldüğü üzere ikinci işlemin gerçekleşmesi ilk işlemin Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasına bağlanmıştır. Bu kapsamda ilk işlem Rekabet Kurumu nezdinde değerlendirilirken ikinci işlem de ilk işlemin Kurul'un iznine bağlı olarak gerçekleşecek olmasına rağmen değerlendirmeye tabi kılınmıştır.

Bağlantılı işlemlere ilişkin olarak ciro hesaplamasına dair getirilen hükümler ise aşağıda ciro hesaplamasına ilişkin başlık altında açıklanacaktır.

3.4. Ortak Girişim Tanımı

2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında ortak girişimlere ilişkin birçok yeni hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükümlere bakıldığında, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in, ortak girişimlerin gerek yeni yatırımlara girilmesini kolaylaştırmak, sinerji yaratmak, fon yaratmak gibi olumlu, gerekse işbirliği doğurucu etkisi, pazar kapama etkisi, şebeke etkisi gibi olumsuz özelliklerini değerlendirmek amacıyla hareket ettiği ve bu doğrultuda ortak girişimlere ilişkin sınırlarını oldukça geniş tuttuğu gözlemlenmektedir. Nitekim ortak girişim konusundaki bu yaklaşıma ilişkin hususlar ilgili her bir başlık altında ayrıca değerlendirilecektir.

Bilindiği üzere 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi ortak girişimlere doğrudan herhangi bir atıf yapmamaktadır. 1997/1 Sayılı Tebliğ ise birleşme ve devralma olarak nitelendirilerek Tebliğ kapsamına giren ortak girişim tanımına "*Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler*" şeklinde yer vermiştir. Görüldüğü üzere 1997/1 Sayılı Tebliğ ortak girişimlerin unsurlarını (i) bağımsız iktisadi varlık olma ve (ii) rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmaması olarak belirlemiştir. "Ortak kontrol" unsuru ise hüküm içerisinde geçmemekle birlikte uygulamada Rekabet Kurulu kararlarında değerlendirilen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu'nun *Summer Investment*²⁷ ve *Statum Investment*²⁸

²⁷ Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1392-361 sayılı Summer Investment kararı.

kararları ilk olarak ortak kontrol unsurunun incelendikten sonra ortak girişimi oluşturan diğer unsurların değerlendirildiğine örnek olarak gösterilebilecek kararlarından bazılarıdır. 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamına girmeyen ortak girişimler ise 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi altında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/3. maddesi ise "*Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b)bendi kapsamında bir devralma işlemidir*" hükmüne yer vermiştir. Buna göre birleşme ve devralma sayılan ortak girişimler için belirlenen koşullar (i) ortak kontrol, (ii) bağımsız iktisadi varlık olma şeklinde sıralanabilir. Ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmamasına yönelik koşul ise yoğunlaşmanın varlığı için aranan bir koşul olmaktan çıkmaktadır. Hüküm bu şekliyle rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyona yol açsın açmasın yoğunlaşma doğuran bütün ortak girişimleri 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu yapmaktadır. Şu halde tam işlevsel ortak girişimlerin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu olduğu muhakkaktır.

Bu şekli ile 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen değişikliğin, temelinde AB Hukuku mevcut mevzuat ve uygulamalarına paralellik ve uyum gösterdiği görülmektedir.²⁹ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü tam işlevsel ortak girişimleri "bağımsız bir iktisadi bütünlüğün bütün işlevlerini sürekli olarak yerine getiren ortak girişim"³⁰ şeklinde tanımlamıştır. Buna göre ortak girişimin ilgili piyasada tamamen bağımsız bir teşebbüs gibi hareket etme imkânına sahip olması gerekmektedir.³¹

Buna paralel olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesi altında açıklandığı üzere rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek olan bir ortak girişim oluşturulması 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ gerekse Kılavuz I tam işlevsel nitelikte olmayan ortak girişimlerin bildirilebilirliği hakkında tam bir açıklık getirilmemekle birlikte, tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin de

²⁸ Rekabet Kurulu'nun 2.12.2010 tarih ve 10-75/1535-589 sayılı Statum Investment kararı.

²⁹ KILIÇ H. (2011), "Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (*Joint-Ventures*) Değerlendirilmesi", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 134.

³⁰ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3/4. maddesi.

³¹ GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, TR, s. 465.

bildirilebileceği düşünülmektedir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesine yönelik açıklamalar Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi başlıklı bölüm altında yapılacaktır.

4. İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR BAŞLIKLILIK HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte Rekabet Kurumu'na bildirilmesi gereken birleşme ve devralma işlemlerinin nasıl belirleneceğini tanımlayan bildirim eşikleri de büyük değişikliklere uğramıştır.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesi bildirim eşiklerini düzenlemektedir.

Buna göre;

“(...) bir birleşme veya devralma işleminde;

a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

b) İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.” (vurgu tarafımızca eklenmiştir)

Bu çerçevede bir birleşme veya devralma işleminin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olması için yukarıda belirtilen ciro eşiklerinden birinin aşılması yeterli olacaktır. Örneğin, bir devralma işleminde, Türkiye'de devralanın otuz milyon TL, devre konu tarafın ise yirmi beş milyon TL ciro elde ettiğini varsaydığımızda, bu işlem yukarıda yer alan ilk ciro eşiğini geçmemektedir. Ancak, devralanın veya devre konu tarafın dünya çapında elde ettiği cironun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde, ilk ciro eşiği sağlanmadığı halde işlem Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olacaktır. Zira bu durumda ikinci ciro eşiği, taraflardan birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi, diğerinin ise Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi aşması nedeniyle aşılmaktadır.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile bildirilebilirlik eşiklerine ilişkin olarak getirilen bu köklü değişiklikler, fiili uygulamada önemli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara aşağıda örneklerle birlikte yer verilecektir.

4.1. Pazar Payı + Ciro Eşiğinden Sadece Ciro Eşiğine Geçilmesi

Bilindiği üzere, 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde “bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar

paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının on trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur" hükmü yer almaktaydı. Söz konusu ciro eşik değerleri 1998 tarihinde değişikliğe uğrayarak yirmi beş trilyon Türk lirasına çıkarılmıştır.³² Bu hüküm çerçevesinde biri ciro diğeri ise pazar payı olmak üzere iki alternatif bildirim eşiği bulunmaktaydı. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden itibaren sadece bir kez değişikliğe uğrayan bu eşikler, ciro eşiklerinin uzun süredir aynı seviyede kalması ve ciro eşığının ilgili ürün pazarı ile ilişkilendirilmesi gibi çeşitli nedenlerle eleştirilere maruz kalmıştır. Benzer eleştiriler hem iş dünyasından hem de OECD, ICN gibi uluslararası örgütlerden pazar payı eşığına ilişkin olarak yöneltilmiş olup, pazar tanımının statik olmayan, dinamik bir unsur olduğundan bahisle tanımların yıllar içinde değişebileceği ve ikame olmayan iki ürünün ikame hale gelmiş olabileceği tartışılmıştır.³³ Özellikle dünya çapındaki birleşme ve devralmaların kontrolü rejimlerinin giderek daha da şeffaflaşması ve basitleşmesi karşısında 1997/1 Sayılı Tebliğ'de yer alan ilgili ürün pazarı temelli ciro ve pazar payı eşiklerinin değiştirilmesi gündeme gelmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile yoğunlaşma işlemlerini denetime tabi kılan diğer ülkelerin rekabet otoritelerinin çoğunun da benimsemiş olduğu gibi pazar payı eşığının kaldırılarak eşiklerin tamamen ciro üzerinden değerlendirilmeye tabi kılınması sağlanmıştır. Bu çerçevede, yukarıda da belirtildiği üzere, bir birleşme veya devralma işleminin bildirilebilir olup olmaması işlem taraflarının toplam ciroları ile ölçülmektedir. 1997/1 Sayılı Tebliğ'de yer alan eşiklerden oldukça farklı olan bu sistemin ortaya çıkmasının arkasında yatan neden olarak ilgili pazar tanımı yapılmasını gerektiren eşiklerde, teşebbüslerce tanım yapılmasının oldukça meşakkatli ve hataya açık olması, hukuki belirsizlikler içermesi ve dünya genelinde trendin toplam ciro bazında bildirilebilirliğin belirlenmesi olarak sayılabilecektir.³⁴ Ancak başka ülkelerin yoğunlaşma kontrolü uygulamalarında tercihlerini ağırlıklı olarak ciro üzerine kurmaları³⁵ kendi rekabet politikalarının tercihleridir.³⁶

³² 26.3.1998 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 1998/2 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ.

³³ SENYÜCEL, O. (2011), "2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 103.

³⁴ Senyücel 2011, s. 103.

³⁵ Nitekim Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Bulgaristan, Danimarka, Estonya, Fransa, Romanya, Yunanistan, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Malta, Hollanda, Polonya, Slovakya, Slovenya ve İsveç Avrupa Birliğine üye ülkeler

Her ne kadar pazar payı eşiğinin pazar payı hesaplanmasının beraberinde ürün pazarı tanımlanmasını getirdiği ve işleme taraf teşebbüslerin bir işlemin zorunlu bildirim tabii olup olmayacağını belirlemesi esnasında belirsizliğe itildiği iddia edilebilecek olsa da Rekabet Kurumu'nun internet sitesinde yayınlanan gerekçeli kararlarına bakıldığında, Rekabet Kurulu'nun kuruluşundan bu yana gerekçeli kararını yayınladığı 1.973³⁷ civarında yoğunlaşma işlemini değerlendirdiği ve neredeyse bu işlemlerin çok büyük bir kısmında kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapmakta başarılı olduğunun anımsanması gerekmektedir. Rekabet Kurulu kararlarının yakından takip edilmesi durumunda neredeyse farklı farklı ürün pazarlarını ilgilendiren her işlemin etkilediği ürün pazarlarının ne olduğu ve olası bir bildirimde Rekabet Kurulu'nun ilgili ürün pazarı tanımına yönelik benimseyeceği yaklaşım tahmin edilebilmektedir.

Buna ek olarak günümüzde teşebbüslerin zaten kendi pazar paylarına yönelik olarak fikir sahibi olmaları, rekabet hukuku mevzuatına uyum sağlamak için (örn. Bkz. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülen eşik sistemi) zorunludur. Bu nedenle pazar payı bilgisine erişimin düşünüldüğünün aksine zahmetli bir süreç gerektirmediği söylenebilir.

Bu kapsamda 2010/4 Sayılı Tebliğ ile bildirim eşiklerinde yapılan değişikliklerin kısaca açıklanmasında ve değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile önceden uygulanmakta olan pazar payı eşiği kaldırılmıştır. Buna göre, bir birleşme veya devralma işlemi kapsamında 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde yer alan ciro eşiklerinin aşılması halinde, işlem taraflarının ilgili ürün pazarlarındaki pazar paylarına bakılmaksızın ilgili işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'na bildirilmesi ve Rekabet Kurulu'ndan onay alınması gerekecektir.

İkinci olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte ciro eşiklerinin 1997/1 Sayılı Tebliğ'de olduğu gibi yalnızca ilgili ürün pazarından elde edilen ciro değil, işlem taraflarının toplamda elde ettikleri tüm ciro çerçevesinde hesaplanması hüküm altına alınmıştır.

Bildirim eşiklerinde gerçekleştirilen bu değişiklikler uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu durumun ortaya çıkardığı sıkıntıların

arasında ciro eşiğini benimseyen ve eşik değerlendirmelerinde pazar payına yer vermeyen ülkeler olarak çoğunluğu oluşturmaktadır.

³⁶ Nitekim İspanya, Portekiz ve İngiltere gibi ülkelerde pazar payı eşiği hâlâ korunmaktadır.

³⁷ Rekabet Kurumu resmi internet sayfası www.rekabet.gov.tr 31.05.2012 tarihi itibarıyla

başında bildirim eşiklerinin kolayca aşılması nedeniyle bildirim yükünün artması ve pazar payı eşiği bulunmaması nedeniyle aslında Türkiye’de ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle görece etkisiz sayılabilecek işlemlerin bildirilmesi ve tam tersi durumlarda da görece pazarda etki doğuracak bir işlemin bildirilmemesi gösterilebilecektir.

4.1.1. Salt Ciro Eşiğinin Bildirim Eşiklerinin Kolay Geçilmesine Neden Olması

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen ciro eşikleri, 1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer alan bildirim eşiklerine göre çok daha kolay bir biçimde aşılmaktadır. Zira artık Türkiye’deki ilgili ürün pazarlarından elde edilen cirolar dikkate alınmamakta, işlem taraflarının toplam ciroları bir birleşme veya devralma işleminin bildirim tabi olup olmamasında belirleyici rol oynamaktadır. Kaldı ki ciro hesaplanması bölümünde ayrıntılarıyla yer verildiği üzere, ciro hesaplanmasında dikkate alınacak kalemlerin özellikle devralan taraf açısından oldukça kapsamlı olması, 7. madde altında yer verilen ciro eşiklerinin kolaylıkla aşılmasını sağlamaktadır.

Bu durum özellikle uluslararası alanda faaliyet gösteren çok uluslu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinde daha sık görülmektedir. Bu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen işlemler genel olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ’in 7. maddesinin 1/b bendinde yer alan (yani ikinci) ciro eşiğini genellikle kolaylıkla aşmaktadır. Zira devralan konumundaki çok uluslu teşebbüslerin hemen hemen hepsinin dünya ciroları 8. maddede sayılan ciro kalemleri kapsama alındığında beş yüz milyon TL’yi aşmakta, Türkiye’de devraldıkları çok uluslu olsun ya da olmasın teşebbüslerin de büyük bir çoğunluğu Türkiye’de beş milyon TL’den fazla ciro elde edebilmektedir. Bu nedenle de çok uluslu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinin hemen hemen hepsi, Türkiye’de potansiyel olarak minimal düzeyde bir etki doğuracak olsalar bile bildirim tabi tutulmaktadır. 2010/4 Sayılı Tebliğ’in 8. maddesinde yer alan ciro hesaplamasının yarattığı bu durumun çok uluslu olmayan teşebbüsler açısından dahi işlemi bildirilebilir kılmaya yetebilecek düzeyde kapsamlı olduğu düşünülmektedir.

Bu aşamada her ne kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ’de yer alan ve birleşme veya devralma işlemlerinin, etkilenen pazar bulunmaması halinde ciro eşikleri aşılsa bile bildirilmemesini öngören hükmün bildirim yükünü hafifleteceği öne sürülebilecek olsa da, etkilenen pazarın belirlenmesindeki unsurlar fiiliyatta durumun böyle olmadığını düşündürmektedir. Zira aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında etkilenen pazarlar coğrafi anlamda yalnızca Türkiye’de değil, karma bir şekilde hem Türkiye’de hem de dünya çapında aranmaktadır. Bu durum ise, yine çok uluslu teşebbüsler

açısından bakıldığında, hemen hemen her işlemde, dünyanın bir köşesinde Türkiye ile örtüşen bir pazarın bulunmasını beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, bir işlemin bildirilebilir olması için aranan etkilenen pazar kriteri, bildirim yükünü hissedilebilir bir biçimde azaltmak için yeterli olamamaktadır. Kaldı ki yine aşağıda yer verilen Rekabet Kurumu nezdinde yapılan başvurulara dair rakamlardan da bildirim yükünün hiç de azalmadığı açıkça görülebilmektedir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin son fıkrasındaki maddede yer alan eşiklerin, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden itibaren iki yılda bir Rekabet Kurulu tarafından yeniden belirlenmesi mümkün kılınmaktadır. Ekonomik koşulların değişmesi nedeniyle ciro eşiklerinde yapılacak olan değişiklikler bir tarafa, bu hüküm vasıtasıyla Rekabet Kurulu'nun Türk birleşme ve devralmalar rejiminde oldukça yeni olan bu ciro eşiği sistemini test ederek, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ilk iki senelik uygulamasından elde edilecek tecrübe ile ciro eşiklerini yeniden belirlemesi beklenmektedir.

4.1.2. Somut Veriler Işığında Rekabet Kurumu Nezdinde Yapılan Bildirim Sayısındaki Artış

2010/4 Sayılı Tebliğ ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz ciro eşiklerinin kolayca aşılması hususu hem işlem taraflarının hem de Rekabet Kurulu'nun bildirim yükünü önemli bir oranda artırmaktadır. Rekabet Kurumu'nun 2010 yılına ilişkin faaliyet raporuna³⁸ göre 2010 yılı sonunda, 3 birleşme, 202 devralma ve 5 ortak girişim olmak üzere, toplamda 210 işlem karara bağlanmıştır. Diğer taraftan, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan "2011 Yılı Ocak - Ağustos Dönemi Birleşme - Devralma Kararlarına İlişkin Açıklama"³⁹, 2011 yılı Ağustos ayı sonu itibariyle Rekabet Kurumu'na bildirilen birleşme veya devralma işlemlerinden 163'ünün sonuçlandırıldığı, bu işlemlerden 118'inin devralma, 1'inin birleşme, 44'ünün ise ortak girişim tesis edilmesine yönelik olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ile doğru orantılı olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olan işlemlerin sayısı 2011 yılının Ağustos ayı itibariyle bile çok büyük bir artış göstermiştir. Bu rakamlar arasından en çok dikkat çekenini ise kuşkusuz ortak girişim tesis edilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen işlemlerdir. Gerçekten de 2010 yılında yalnızca

³⁸ Rekabet Kurumu 12. Yıllık Rapor, 2010, sayfa 40. İlgili rapora <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap25.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir. Erişim Tarihi: 20.04.2012.

³⁹ İlgili açıklamaya <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Basin/B%C4%B0RLE%C5%9EME-DEVRALMA-WEB-1.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir. Erişim Tarihi: 20.04.2012.

5 ortak girişim işlemi Rekabet Kurulu nezdinde değerlendirilmeye alınmışken 2011 yılının Ağustos ayı sonu itibariyle bu rakam yaklaşık olarak dokuz kat artarak 44'e ulaşmıştır. Hiç şüphesiz ki ortak girişim işlemlerinin sayısının artmasındaki en büyük etkenlerden biri de aşağıda da ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere ortak girişim işlemlerinde etkilenen pazar aranmamasıdır.

Ayrıca, çok uluslu teşebbüsler ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ile paralel şekilde, Rekabet Kurumu'na bildirilen işlemlerdeki "yabancı" bildirimlerin oranı da azımsanamayacak düzeydedir. Rekabet Kurumu'nun açıklamasına göre, 2011 yılı Ağustos ayı sonu itibariyle Rekabet Kurulu tarafından sonuca bağlanan işlemlerinin %41'i merkezi yurtdışında bulunan yabancı teşebbüsler arasında, %43'ü taraflarından birinin merkezi yurtdışında bulunan yabancı teşebbüsler arasında gerçekleştirilmiştir. Bu rakamlar karşısında aynı süre zarfında gerçekleştirilen işlemlerden yalnızca %16'sı merkezi Türkiye'de bulunan teşebbüsler arasında gerçekleştirilmiştir. Bu rakamlar basitçe yorumlandığı zaman taraflarından en az birini yabancı teşebbüslerin oluşturduğu işlemlerin oranının bu derece yüksek olmasının (2011 yılının Ağustos ayının sonuna kadar karara bağlanan işlemlerin yaklaşık olarak %84'ü) temel sebebi yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız ciro eşikleri ve bu ciro eşiklerinin hesaplanmasında dikkate alınan unsurlardır. Bu işlemlerin büyük bir çoğunluğunda 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin 1/b bendinde yer alan eşiklerin aşılması nedeniyle bildirim tabi buldukları ve aşılma bir kısmının da Türkiye pazarlarında ciddi anlamda bir etki doğurmayan işlemler olabildiği düşünülmektedir. Zira Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde yayınladığı gerekçeli kararlardan da bu durum anlaşılabilir. Gerçekten de Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında yayınladığı gerekçeli kararlar incelendiğinde - her ne kadar bu kararlar eski uygulamaya nazaran oldukça kısa ve detaysız olsa da - söz konusu işlemlerin büyük bir çoğunluğunun 2010/4 Sayılı Tebliğ'in temel hükümleri çerçevesinde yapılan analiz ile değerlendirilmesinin yeterli olabildiği gözlemlenebilmektedir.

4.1.3. Ciro Eşiğinin Yanına Tercihli Bir Pazar Payı Eşiğinin de Getirilmesi Önerisi

Bu zamana kadar başarı ile uygulandığı rahatlıkla ileri sürülebilecek pazar payı eşiğinin topyekün kaldırılmasından ziyade pazar payı eşiğinin aşılması nedeni ile bildirim tabi olan işlemlerin bildiriminde sadece toplam ciro eşiği nedeni ile bildirim tabi olan ve hedef teşebbüs ile alıcının faaliyetleri arasında Türkiye'de örtüşme olmayan işlemlere nazaran daha ayrıntılı bilgiler sunulmasını öngörür bir mekanizmanın getirilmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile kabul edilen yapının pratikte yansımaları ölçek olarak görece küçük pazarları ilgilendiren ve işleme taraf teşebbüsler arasında ciddi

surette yoğunlaşma yaratacak işlemleri bir yerde 4054 Sayılı Kanun hükmünden muaf tutacaktır. Nitekim, İngiltere rekabet otoritesinin benimsediği tedarik payı testinin bir kriter olarak yerleştirilmemesinin sebebi de kısmen ciro eşliği testinin küçük hacimli piyasalardaki şirket birleşmelerini kapsam içine dâhil etmek için yeterli olamaması ve bu tür şirket birleşmelerinin kamuoyunun ve parlamentonun gündemine getirilmesinde yetersiz olması yönündeki kaygılardır.⁴⁰

Basit bir örnekle durumu açıklamak gerekirse;

(i) Türkiye’de x pazarında sadece iki teşebbüsün faaliyet gösterdiğini,

(ii) İşleme taraf olan bir teşebbüsün x pazarındaki pazar payının %51 olduğunu ve tüm cirosunu x pazarından elde ettiğini, bu cironun da 15 milyon TL ve dünya cirosunun da 250 milyon TL olduğunu,

(iii) Pazarda yer alan diğer oyuncunun da yine Türkiye’de sadece x pazarında faal olduğunu, pazar payının %49 olduğunu ve ilgili ürün pazarından elde etmiş olduğu cirosunun da 14 milyon TL ve dünya cirosunun ise 100 milyon TL olduğunu varsayalım.

Bu örnekte %51 pazar payına sahip olan teşebbüsün %49 pazar payına sahip olan teşebbüsün tamamını devralması halinde, devralma sonrası tarafların pazar payı Türkiye’de %100’e ulaşmakta iken işlem 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi bile olmayacaktır.

Öte yandan bu durumun ortaya çıkardığı sıkıntıların başında bildirim eşiklerinin kolayca aşılması nedeniyle bildirim yükünün artması ve pazar payı eşliği bulunmaması nedeniyle aslında Türkiye’deki pazarlarda ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle görece etkisiz sayılabilecek işlemlerin bildirilmesi sonucu da doğabilmektedir.

(i) Türkiye’de y pazarında yaklaşık 8 teşebbüsün faaliyet gösterdiğini,

(ii) İşleme taraf olan bir teşebbüsün (“a” teşebbüsü) y pazarındaki pazar payının %0,5 olduğunu ve Türkiye’de elde ettiği tüm cirosunun da 2 milyon TL ve dünya cirosunun da 550 milyon TL olduğunu,

(iii) Pazarda yer alan diğer oyuncunun da (“b” teşebbüsü) yine Türkiye’de y pazarında faal olduğunu, pazar payının %2 olduğunu ve Türkiye’de elde ettiği cirosunun da 8 milyon TL ve dünya cirosunun ise 100 milyon TL olduğunu

⁴⁰ IVORY, J. (2011), “İngiltere’de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 84.

(iv) “b” teşebbüsünün “a” teşebbüsünün tamamını devraldığını varsayalım.

Böyle bir durumda söz konusu devralma işlemi, taraflardan birinin Türkiye cirosunun 5 milyon TL’yi geçmesi, diğer tarafın da dünya cirosunun 500 milyon TL’yi geçmesi nedeniyle eşikleri aşacak ve y pazarı da aşağıda yer verilecek dinamikler çerçevesinde bir etkilenen pazar olacaktır. Bu durumda işlem bildirilebilir olmakla birlikte işlem sonrası tarafların pazar payı toplamı sadece %2,5 olacaktır. Böylesine düşük bir pazar payının gerek hâkim durum testi gerekse de 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde daha çok dikkate alınan rekabetin önemli ölçüde azalması testi açısından da sıkıntı doğurmasının zor olduğu gözükmektedir.

Bu çerçevede ciro eşığının yanına pazar payı eşinin de eklenmesinin ve tercihli bir eşik sisteminin ortaya koyulmasının halen gelişmekte olan bir ülke olarak adlandırılabilir Türkiye’nin ekonomik dinamiklerine daha uygun bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.

Bu yapıda ise mevcut pazar payı eşığının %25’den daha yüksek bir çığaya konması, bildirim yükünün azaltılması ile görece küçük hacimli pazarlardaki rekabeti kısıtlayacak işlemlerin de denetime muhtaç olması hususu arasında bir denge sağlanabileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede, ciro eşığıyla tercihli olması koşuluyla, İspanya ve Portekiz uygulamasında kullanılan pazar payı eşığı olan %30’luk (veya politika tercihinine bağlı olarak %35 gibi daha yüksek bir pazar payı eşığı) bir eşığın ithal edilmesi de düşünülebilir.

4.2. Etkilenen Pazar

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte getirilen yeni kavramlardan biri de “etkilenen pazar” kavramıdır. Etkilenen pazar kavramı, bir birleşme veya devralma işleminin Rekabet Kurulu’nun onayına tabi olup olmadığının belirlenmesinde ciro eşikleri dışındaki diğer kriteri oluşturmaktadır. Bu nedenle, etkilenen pazarın nasıl tanımlanması gerektiği sorusu, etkilenen pazar aranmayan ortak girişim işlemleri haricinde, her birleşme veya devralma işleminde karşımıza çıkmaktadır. Zira etkilenen pazarın bulunmadığı birleşme veya devralma işlemleri, ciro eşikleri aşılsa bile, 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi olmayacaktır.

4.2.1. Etkilenen Pazar Kavramı

Etkilenen pazar kavramı 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamındaki bildirim formunda yer alan bir kavram olmakla birlikte herhangi bir tanımı mevcut değildi. Bu nedenle oldukça belirsiz olan bu kavram 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanında içi boş kalarak uygulamada da tam anlamıyla kendine bir yer bulamamıştır. 2010/4

Sayı Tebliğ ise etkilenen pazar kavramını Tebliğ'in ana hususlarından bir tanesi haline getirmektedir. Bu doğrultuda, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7/2. maddesi "[O]rtak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez" hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm haricinde 2010/4 Sayılı Tebliğ'de etkilenen pazar kavramına ilişkin olarak herhangi bir tanım veya açıklama bulunmamaktadır.

Etkilenen pazar kavramı asıl olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan Bildirim Formunda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre;

"Bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve

a) Taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu (yatay ilişki),

b) Taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu (dikey ilişki),

ilgili ürün pazarları," etkilenen pazarları oluşturmaktadır.

Buradan da anlaşılacağı üzere, etkilenen pazar kavramı bir nevi "ilgili ürün pazarı"nın işlem özeline indirgenmiş hali olarak kabul edilebilecektir. Zira etkilenen pazarlar, bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve işlem taraflarının faaliyetlerinin yatay ya da dikey olarak örtüştüğü ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde, mehz AB Hukuku uyarınca, tarafların ve rakiplerinin ilgili pazar veya pazarlardaki pazar payları yoğunlaşmanın değerlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu kapsamda Komisyon, pazar tanımının temel amacını birleşen teşebbüsün karşılaşabileceği rekabet kısıtlamalarının sistematik bir şekilde belirlenebilmesi olarak kabul etmektedir.⁴¹ Bu değerlendirmenin de yapılabilmesi amacıyla Form CO dâhilinde bildirimde bulunan tarafların "etkilenen pazar"a ilişkin bilgi sağlaması öngörülmektedir. Bu kapsamda pazarlar, (i) tarafların faaliyetlerinin örtüştüğü (yatay ilişki) veya (ii) tarafların faaliyetlerinin dikey bir tedarik zincirinin bir parçasını oluşturduğu (dikey ilişki) ve belirli pazar paylarının aşıldığı durumlarda "etkilenen pazar" olarak değerlendirilebilecektir.⁴² Bu doğrultuda yatay olarak etkilenen pazarlarda, iki veya daha fazla tarafın aynı ürün pazarında faaliyette bulunması ve bu kapsamda yoğunlaşmanın toplam %15 oranında pazar payına yol açması söz konusu olacaktır. Dikey olarak etkilenen pazarlar ise, bir veya birden fazla tarafın (taraf arasında hâlihazırda bir tedarik/müşteri ilişkisi olup olmadığına bakılmaksızın) diğer tarafın faaliyette bulunduğu ürün

⁴¹ Bellamy ve Child 2008, s. 742

⁴² Bellamy ve Child 2008, s. 742

pazarı zincirinin altında veya üstündeki bir ürün pazarında faaliyet göstermesi ve herhangi birinin bireysel veya toplam pazar payının %25 veya daha fazla olması halinde söz konusu olacaktır.⁴³ Bu kapsamda AB Hukuku, etkilenen pazardan söz edebilmek için pazar payının belirli bir oranı geçmesini öngörmekte olup, bu noktada hâlihazırdaki Türk rekabet hukuku mevzuatından farklılık göstermektedir. Zira 2010/4 Sayılı Tebliğ ve ekinde yer alan Bildirim Formu ile bir pazarın etkilenen pazar olarak nitelendirilebilmesi için pazar payının belirli bir oranı geçiyor olması öngörülmemiştir. Bu kapsamda pazar payının belirli bir oranın altında kalması pazarı etkilenen pazar dâhilinden çıkartmayacak olup, ancak aşağıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere kısa form doldurabilme şansı verebilecektir.

Kılavuz l'e bakıldığında ise 27. paragraf altında etkilenen pazara ilişkin olarak bir takım açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Esasen Rekabet Kurumu'nun etkilenen pazar kavramının uygulama şeklinin sinyalleri de Kılavuz l'de verilmektedir. Etkilenen pazarın kapsamına dair açıklamalara aşağıda yer verilecek olup bu noktada yatay ve dikey ilişkinin tanımlarına yer verilecektir. Buna göre "*yatay ilişki, taraflardan en az iki tanesinin aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu, aynı seviyedeki çakışmaya; dikey ilişki ise taraflardan en az bir tanesinin, bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu duruma*" işaret etmektedir.

1997/1 Sayılı Tebliğ'de yalnızca yatay örtüşmeler bir birleşme veya devralma işleminin bildirilebilirliği açısından önem taşımaktaydı. Zira 1997/1 Sayılı Tebliğ ile aranan pazar payı eşiği, işlem taraflarının toplam pazar paylarının, ilgili ürün pazarının %25'ini aşması halinde uygulanmaktaydı. 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan etkilenen pazar kavramının içinde ise dikey olarak örtüşen pazarlar da açıkça tanımlanmıştır. Buna göre dikey olarak etkilenen pazarlar, taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, Rekabet Kurulu'nun *EMA - Huntsman* kararında⁴⁴, esnek polioller ve katı polioller pazarları dikey etkilenen pazarlar olarak tanımlanmıştır. Zira hedef şirket olan EMA esnek ve katı poliolleri bileşen olarak kullanmakta, Huntsman ise bu bileşenleri üretmektedir. Dolayısıyla, Huntsman EMA'nın faaliyet gösterdiği

⁴³ Form CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004 Bölüm 6 (III).

⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı EMA - Huntsman kararı.

pazarların üst pazarlarında faaliyet göstermekte, bu nedenle de bu pazarlar dikey etkilenen pazarlar olarak tanımlanmaktadır.

4.2.2. Etkilenen Pazar Değerlendirmesi

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte getirilen etkilenen pazar kavramı ile ilgili olarak tartışılan en önemli husus, etkilenen pazarların belirlenmesinde işlem taraflarının faaliyetlerinin coğrafi alan olarak nerede örtüşmesi gerektiğidir. İşlem taraflarının Türkiye sınırları içerisindeki faaliyetlerinin örtüşmesinin mi yoksa dünya çapındaki faaliyetlerinin örtüşmesinin mi etkilenen pazarların tanımlanması açısından belirleyici olacağı uygulamada tartışmalara yol açmaktadır.

Her ne kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden sonra Rekabet Kurulu'nun bu konu ile ilgili olarak birbirine zıt kararları⁴⁵ bulunsa da, tartışmaların bir kısmı Kılavuz I'nin yayınlanması ile birlikte belirli bir ölçüde sonuçlandırılmıştır.

İlgili Kılavuz'un 27. paragrafı ve devamında etkilenen pazar ve etkilenen pazarın coğrafi kapsamı ile ilgili olarak önemli açıklamalara yer verilmektedir:

“(...) taraflardan en az birinin Türkiye’de faaliyette bulunması kaydıyla, tarafların faaliyetleri arasında yatay ya da dikey çakışma bulunan herhangi bir ilgili ürün pazarı mevcut ise, etkilenen pazar bulunma koşulu sağlanmış olacaktır. Bununla birlikte, yatay ya da dikey çakışmanın bulunduğu ilgili ürün pazarlarına ilişkin olarak taraflardan hiçbirinin Türkiye’de faaliyeti bulunmuyorsa, bu durumda, söz konusu fikranın uygulanması bakımından, etkilenen pazar bulunmadığı söylenebilecektir.”

Kılavuz I’de yer alan bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir ilgili ürün pazarının etkilenen pazar olarak tanımlanabilmesi için taraflardan en az birinin yatay ya da dikey örtüşme bulunan ilgili ürün pazarında Türkiye’de faaliyetinin bulunması gerekmektedir. Böyle bir durumda diğer işlem tarafının söz konusu pazarda Türkiye’de faaliyeti bulunmasa dahi yurtdışında herhangi bir ülkede faaliyetinin bulunması halinde söz konusu pazar etkilenen pazar olarak tanımlanacaktır.

Kılavuz I ile birlikte bu konuya açıklık getirilmesine rağmen, etkilenen pazarın tanımlanmasında işlem taraflarından yalnızca birinin Türkiye’de faaliyetinin bulunmasının yeterli olarak kabul edilmesi yönündeki yaklaşımın uygulamada en doğru sonuçları doğuracağına katılmak mümkün değildir.

⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 28.04.2011 tarih ve 11-26/494-151 sayılı International Petroleum kararı.

Rekabet Kurulu'nun hedef teşebbüsün Türkiye'de faaliyet gösterdiği ama devralanın Türkiye'de bu alanda bir faaliyeti olmadığı; yani örtüşmenin Türkiye'de gerçekleşmemesine karşın işlemin bildirim tabi olduğu sonucuna ulaştığı kararları da mevcuttur.⁴⁶ Öte yandan hedefin Türkiye'de faaliyetinin olmadığı alıcının ise faaliyetinin olduğu ve örtüşmenin dünyada gerçekleştiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda da Rekabet Kurulu'nun dünya çapında bir örtüşmeyi kabul edeceği yönündeki bir yaklaşım ağır basmaktadır. Rekabet Kurulu'nun *International Paper* kararında⁴⁷ hedef şirketin Türkiye'de hiçbir malvarlığı bulunmadığı ve Türkiye'deki müşterilere doğrudan oluklu mukavva veya ürünlerini satmak suretiyle herhangi bir gelir elde etmediği, alıcının ise Türkiye'de oluklu mukavva satışı olduğu belirtilmektedir. Sonuç olarak kararda oluklu mukavva yatay anlamda etkilenen pazar olarak tanımlanmıştır. Rekabet Kurulu'nun kararının hedefin Türkiye'de herhangi bir faaliyeti olmamakla birlikte tarafların faaliyetlerinde dünya çapında örtüşme yaşandığı ve alıcı grubun Türkiye'de yurtdışında örtüşme yaşanan bu pazarda faaliyeti bulunduğu görüşüne dayandığı düşünülmektedir. Nitekim değerlendirmesi sırasında sadece alıcının ve pazardaki rakiplerinin Türkiye'deki pazar payı değerlendirmeye alınmış, hedeften bahsedilmemiştir. Ancak söz konusu gerekçeli karara bakıldığı zaman hedefin doğrudan satışı bulunmadığı ibaresiyle aslında hedefin dolaylı yoldan Türkiye'de bir satışının var olduğu ve bu nedenle de Türkiye'de hedefin faaliyette olduğu kararına mı varıldığı da net anlaşılamamaktadır.

Dünya çapında bir örtüşmenin kabul edilmesi özellikle 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi, coğrafi pazar tanımlanması ve pazar paylarının hesaplanması konularında çelişkiler yaratacaktır. 4054 Sayılı Kanun'un *etki teorisini*⁴⁸ benimseyen ve Türkiye pazarlarında etki doğurmayan işlem, anlaşma, eylem ve kararları kanunun kapsamı dışında bırakan 2. maddesi⁴⁹ uyarınca, bu

⁴⁶ Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Demag kararı.

⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 18.10.2011 tarih ve 11-53/1347-476 sayılı *International Paper* kararı.

⁴⁸ 4054 Sayılı Kanun'un 2. madde gerekçesinde etki teorisi "(...) merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁹ 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi: "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer."

tür işlemlerin Türkiye pazarlarında etki doğurmadığı gerekçesiyle izne de tabi olmayacağı sonucuna varılmasının mümkün ve makul olup olmadığı konusunda çelişki doğduğu düşünülmektedir. Nitekim yukarıda yer verilen etkilenen pazar tanımı içerisinde “bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Zira devre konu teşebbüsün Türkiye’de faaliyeti olmadığı ancak alıcının Türkiye’de faaliyeti olduğu, bu nedenle de alıcının Türkiye’deki faaliyetleri ile devre konu teşebbüsün dünyadaki faaliyetlerinin örtüşmesi ile bir etkilenen pazarın var olduğunun kabul edildiği durumlarda Türkiye’deki pazar açısından “etkilenme ihtimalinin” nasıl söz konusu olduğu anlaşılacaktır, zira Türkiye’deki pazarda bir yoğunlaşma olmadığı gibi pazardaki oyuncuların kimliklerinde dahi bir değişiklik olmamaktadır. Söz konusu etkilenme ihtimalinin, hedefin Türkiye’de faaliyeti olduğu alıcının ise olmadığı durumlarda ise sadece pazardaki oyuncuların kimliklerinin değiştiğinden bahsedilebilecektir. Ancak devralma işlemi sonrası pazardaki oyuncuların ilgili pazardaki Türkiye pazar paylarında bir değişiklik meydana gelmemektedir.

Bunun yanı sıra, pazarın coğrafi kapsamının global olarak tanımlanması Rekabet Kurulu’nun bazı ürün pazarlarında rekabetin ulusaldan ziyade global seviyede gerçekleştiğini ve nitekim bildirim konusu işlemin potansiyel etkileri değerlendirilirken coğrafi pazarın Türkiye sınırlarından daha geniş olduğunu kabul ettiği bazı içtihatlarının⁵⁰ mevcut olmasına rağmen yine 4054 Sayılı Kanun’un 2. maddesi çerçevesinde genel prensibin coğrafi pazarı Türkiye ile sınırlı olarak tanımlanmak olduğu sabittir. Ancak etkilenen pazarın tanımlanmasında dünya çapında örtüşmenin aranması coğrafi pazarın Türkiye olarak tanımlanması ile çelişki doğurmaktadır. Aynı şekilde pazar paylarının hesaplanmasında da benzer bir durum söz konusudur. Dünya çapında örtüşme sonucu bildirilen işlemde yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye’de faaliyet göstermeyen tarafın pazar payı Türkiye için verilemeyecektir. Ayrıca dünya çapında örtüşme nedeniyle yine coğrafi pazarın dünya şeklinde tanımlanması gerekliliği ışığında pazar paylarının da bu coğrafi pazar kapsamında sağlanması gerektiği düşünülebilir.

Buna ek olarak, Kılavuz I’de etkilenen pazarlar ile ilgili olarak benimsenen yaklaşım, birleşme veya devralma işlemlerinin Türkiye’deki etkilerini ölçmek anlamında da yetersiz kalmaktadır. Zira çok sınırlı olsa da, işlem taraflarının dünya çapındaki faaliyetlerinden biri ile diğer işlem taraflarından birinin Türkiye’deki faaliyetlerinin örtüşmesi halinde, söz konusu

⁵⁰ Rekabet Kurulu’nun 27.5.2003 tarihli ve 03-35/424-186 numaralı Eti Gümüş kararı, 21.7.2005 tarihli ve 05-48/689-182 numaralı A.P Moller-Maersk kararı ve 28.05.2002 tarihli ve 02-32/367-153 numaralı Arçelik-Bloomberwerke - Brant Group kararı.

örtüşmenin fiili anlamda Türkiye'deki pazarda herhangi bir etkisinin izlenmesi ihtimali bulunmasa bile, örtüşen faaliyetlerin etkilenen pazar olarak tanımlanmasına ve dolayısıyla da işlemin bildirim tabi olmasına neden olmaktadır. Bizzat Kılavuz I'de belirtilen örnek üzerinden gidecek olursak, yalnızca Brezilya'da faaliyet gösteren bir çimento üreticisi teşebbüsün Türkiye'deki bir çimento fabrikasını devralmayı planladığını ve ciro eşiklerinin de aşıldığını varsayalım. Bu durumda, her ne kadar Brezilya'da faaliyet gösteren alıcının Brezilya'daki çimento faaliyetlerinin Türkiye'deki çimento pazarına, çimento ürününün niteliği itibarıyla, herhangi bir etkisi olmayacak olsa da, Rekabet Kurumu tarafından benimsenen yaklaşım nedeniyle çimento pazarı etkilenen pazar olarak tanımlanacak ve işlem de bildirim tabi olacaktır. Bu yapıdaki bir işlemde, yukarıda da açıklandığı üzere, "bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimalinin" nerede ve nasıl görüldüğü anlaşılammamaktadır. Bildirime tabi olan bu işlem kapsamında Türkiye'deki pazarın yapısı ve pazar paylarında da haliyle herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Keza örneğin Türkiye'de faaliyet gösteren çok uluslu bir bankacılık grubunun, Türkiye'de hiçbir faaliyeti olmayan bir diğer bankanın dünyanın herhangi bir yerindeki işletmesini devralması işleminin dahi, eşiklerin aşılması koşuluna bağlı olarak etkilenen pazar bulunması gerekçesiyle bildirilebilir olduğu sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise uygulamada, örnekte yer verilen işleme benzer nitelikteki birçok işlemin, Türkiye'de herhangi bir rekabetçi endişe doğurmayacak olmasına rağmen bildirim tabi olmasına neden olmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun bu yaklaşımı benimsemiş olması, ciro eşikleri ile ilgili olarak yukarıda bahsettiğimiz bildirim yükünü de artırmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, ciro eşiklerinin düşük olması nedeniyle artacak olan bildirim sayılarının, birleşme veya devralma işlemlerinin bildirilebilir olması için etkilenen pazar bulunması şartı ile bir nebze olsun düşürülmeye çalışılmıştır.⁵¹ Ancak, Rekabet Kurumu'nun Kılavuz I'de benimsediği bu yaklaşım ile etkilenen pazar aranması ile beklenen fayda tersine çevrilmiş ve bildirim yükünde herhangi bir hissedilir değişim gerçekleşmemiştir.

4.2.3. Ortak Girişimler Açısından Etkilenen Pazar Aranmaması

2010/4 Sayılı Tebliğ'in etkilenen pazar kavramı ile ilgili olarak getirdiği bir başka tartışmalı hüküm ise, bir işlemin bildirilebilir olması için etkilenen pazar bulunması şartının ortak girişimlerde uygulama alanı bulmamasıdır. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesi "[O]rtak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez" hükmünü haizdir.

⁵¹ Senyücel 2011, s. 107.

Buradan da anlaşılacağı üzere, ortak girişim tesis edilmesine yönelik bir işlem, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmasına gerek olmaksızın, ciro eşiklerinin aşılması halinde Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olacaktır. Kılavuz I'de bu konuya ilişkin olarak uygulamada karşılaşılan sorunlara ışık tutabilecek nitelikte bir açıklamaya ise rastlanmamaktadır.

Yukarıda ifade edilen hususlarla paralel olarak, Türkiye pazarlarında herhangi bir etki doğurmayacak olan bir ortak girişim işleminin (örneğin Türkiye'de de faaliyette bulunan bir çimento üreticisi ve bir çelik üreticisinin Avustralya'da bir otel işletmek üzere ortak girişim kurması veya söz konusu teşebbüslerin ABD'de Türkiye'ye satış yapmayacak bir kağıt fabrikası kurmak için bir ortak girişim kurması), ilgili eşikler geçildiği gerekçesiyle bildirim tabi olacağı yoksa 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, bu tür bir işlemin Türkiye pazarlarında etki doğurmadığı gerekçesiyle izne de tabi olup olmayacağı hususunda uygulamada çelişki yaşanmaktadır. Söz konusu çelişki Rekabet Kurulu'nun son dönem aldığı kararlar ile bir ölçüde giderilmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu'nun *Loomis*⁵² kararında alıcının Türkiye'de etkilenen pazarda faaliyeti olmasa dahi, işlemi ciro eşikleri kapsamında bildirim tabi tutmuş ve izin vermiştir. Zira karar toplamda üç sayfa olup işlem üzerindeki inceleme ve değerlendirmeye bölümüne sadece yarım sayfada yer verilmiş ve global düzeyde örtüşme var mı yok mu unsuru dahi tartışılmamıştır. O nedenle hangi dinamikler çerçevesinde etkilenen pazarın incelendiği anlaşılmamaktadır. Kararın ilgili olan bölümüne aşağıda yer verilmiştir:

“Bildirim konu işlem, Erk Armored'in %60 oranında hissesinin, Loomis AB (%58), Loomis Sverige AB (%1) ve Loomis Holder Spain SL (%1)'ye devredilmesi işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir. Söz konusu işlem, Erk Armored'in kontrol yapısında değişikliğe neden olacağından, 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralmadır. Bununla birlikte, Tebliğ'in 7. maddesinde düzenlenen ciro eşikleri aşılmakta olup, işlem izne tabidir. Diğer taraftan, devralan şirketlerin Türkiye'de ilgili ürün pazarında faaliyeti bulunmamaktadır. Bu çerçevede, işlem sonrasında ilgili pazarın mevcut yapısında herhangi bir değişikliğin meydana gelmeyeceği ve dolayısıyla bu pazarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir hâkim durumun yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun doğmayacağı kanaatine varılmıştır.” (vurgu tarafımıza aittir)

⁵² Rekabet Kurulu'nun 16.06.2011 tarih ve 11-37/767-235 sayılı Loomis kararı.

Rekabet Kurulu'nun *KKR/Sorgenia*⁵³ kararında ortak girişim işlemine konu pazar elektrik üretimi ve toptan satış pazarıdır. Kurul eşiklerin aşılmasına rağmen işlemin Türkiye'de herhangi bir etki doğurmadığından 4054 Sayılı Kanun kapsamına girmediğine karar vermiştir. Öte yandan *Lur Berri/LBO*⁵⁴ dosyasında da, işlem örgüsü açısından Sorgenia/KKR dosyasıyla birebir benzeyen bir durum söz konusu olup hedef şirketin Türkiye'de hiçbir faaliyeti veya cirosu bulunmamakta ve ortak girişim yurtdışında gerçekleşmektedir. Ancak Sorgenia/KKR dosyasından farklı olarak ortak girişimin ürünleri (şölen yemekleri üretim ve dağıtımı) Türkiye'ye ithal edilebilecek nitelikte ürünlerdir. Rekabet Kurulu Lur Berri kararında Sorgenia/KKR kararından ayrılarak işleme menfi tespit yerine bir etkilenen pazar olmamasına rağmen izin vermiştir. Her ne kadar kararlar oldukça sınırlı bir bilgi verse ve Rekabet Kurulu'nun aldığı pozisyonlar hakkında ancak tahmin yürütmek mümkün olsa da, bu iki karar arasındaki belirleyici unsurun ortak girişimin konusu olan mal ve hizmetlerin Türkiye'ye ithal edilebilir olup olmadığı olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda mal ve/veya hizmetin Türkiye'ye ithal edilebilir nitelikte mallar olması halinde ortak girişimin potansiyel anlamda Türkiye'de etki doğurabilmesi ihtimali bulunması nedeniyle Rekabet Kurulu'nun yine de bu nitelikteki bir işlemi değerlendirmeye tabi tuttuğu tahmin edilmektedir.

Galenica kararında⁵⁵ Rekabet Kurulu taraflar arasında yurtdışında araştırma ve geliştirme faaliyetleri amacıyla kurulacak olan ortak girişim ile taraflardan birinin Türkiye'deki faaliyetleri arasında dikey örtüşme bulunduğu gerekçesiyle işlemi bildirimine tabi bulmuştur. Bu çerçevede ilgili hükmün ortak girişim kurulması ile ortaya çıkabilecek olası bir koordinasyon riskine karşı Rekabet Kurumu'nun söz konusu ortak girişimin kurulmasından "haberdar" olmak istemesi amacına hizmet ettiği düşünülmektedir. Ancak, bu hükmün yurt dışında kurulan ve etkilenen pazar da yaratmayan ortak girişimleri de kapsayacak kadar geniş işletilmesi, Rekabet Kurumu'nun yukarıda da açıklanan 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi ile düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti ile sınırlı olan yetki alanını da aşar nitelikte bir anlamda tüm dünyada kurulacak olan neredeyse bütün ortak girişimlerin Rekabet Kurumu'nun iznine tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen ciro eşiklerinin kolay aşıldığına dair açıklamalarımız da dikkate alındığında Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gereken işlem sayısında ciddi bir artış meydana geleceği de görülmektedir.

⁵³ Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarih ve 11-43/919-288 sayılı KKR/Sorgenia kararı.

⁵⁴ Rekabet Kurulu'nun 14.12.2011 tarih ve 11-61/1580-565 sayılı Lur Berri/LBO kararı.

⁵⁵ Rekabet Kurulu'nun 24.11.2011 tarih ve 11-59/1515-540 sayılı Galenica kararı.

Basit bir örnek üzerinden konuyu açıklayacak olursak, Türkiye'ye gerçekleştirdiği meyve ithalatından elde ettiği ciro beş milyon TL'nin üzerinde olan merkezi Avustralya'da bulunan bir teşebbüs ile, dünya cirosu beş yüz milyon TL'nin üzerinde olan fakat Türkiye'de herhangi bir faaliyeti bulunmayan Yeni Zelanda'da yerleşik bir teşebbüsün Papua Yeni Gine'de mobilya üretimi gerçekleştirmek üzere bir ortak girişim şirketi kurduklarını varsayalım. Bu durumda ortak girişim kurulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen işlemlerde herhangi bir etkilenen pazar aranmaması ve mobilyaların Türkiye'ye ithal edilebilir nitelikte olması nedeniyle, örneğimizde yer verilen ve Türkiye'de herhangi bir etki oluşturma olasılığı bulunmayan işlem, ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle Türkiye'de bildirim tabi olacaktır.

Rekabet Kurulu'nun *Ocean*⁵⁶ kararında, kurulan ortak girişimin faaliyet konusunun parabolik oluk teknolojilerine yönelik genel santral yapılandırması olduğu açıklanmış ve Türkiye'de mevcut durumda ve yakın gelecekte parabolik oluk teknolojisine dayalı olarak güneş enerjisi ile elektrik üretimi bulunmaması ve bu teknolojinin ticarileştirilmek üzere oldukça yeni ve henüz gelişme aşamasında olması nedenleriyle Türkiye sınırları içinde etkilenen bir pazarın bulunmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede işlemin Türkiye sınırlarında herhangi bir doğrudan etkiye sahip olmayacağı anlaşılmış ve bir ilgili pazarın tanınlanmasına gerek duyulmamış ve tarafların Türkiye'deki cirolarını başka faaliyetlerden elde ettiği ifade edilmiştir. Öte yandan söz konusu kararda "*mevcut durumda böyle bir pazarın bulunmamasına rağmen mevcut teknolojilerin gelişmesi ile potansiyel olarak Türkiye'de parabolik oluk teknolojisi ile güneş enerjisinden elektrik üretiminin bu devralmadan düşük de olsa etkilenme ihtimalinin bulunması nedeniyle işlem 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmiştir*" ifadelerine yer verilerek, açıkça ilgili pazarda Türkiye'de yakın gelecekte dahi bir faaliyet olmayacağı belirtilse dahi düşük de olsa etkilenme ihtimali bulunduğu belirtilerek işlemin 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak Türkiye'de yakın gelecekte bile faaliyet gözükmeyecek hatta bu alanda Türkiye'de bir teknoloji bulunmasa dahi söz konusu pazar açısından Türkiye'nin "etkilenme ihtimali bulunması" sonucuna hangi dinamikler sonucu varıldığı ve KKR/Sorgenla kararından hangi nedenlerle farklılık gösterdiği anlaşılammaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye'de potansiyel bir etki doğurma ölçüsünün Türkiye'ye ithal edilebilirlik olduğu düşünülmektedir, ancak Türkiye'de bulunmayan ve uzun bir sürede bulunmayacak bir pazar dahi bu kapsama sokulmuş gözükmektedir. Bu durumda yukarıda verilen örnek olayın mobilya gibi halihazırda Türkiye'de oldukça mevcut olan bir üründe gerçekleşeceği

⁵⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.08.2011 tarih ve 11-45/1106-382 sayılı Ocean kararı.

düşünüldüğünde, örnek olayın dahi bildirilmesi gerekeceğine dair inanç artmaktadır.

Bütün bu açıklamalar ışığında “etkilenme ihtimali bulunması” gibi muğlak ifadelerin netleşmesinin ve hangi dinamikleri içereceğinin belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu noktada son değinilmesi gereken husus Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan gerekçeli kararlardır. 2010/4 Sayılı Tebliğ’in yeni olması ve özellikle etkilenen pazara ilişkin belirsiz unsurlarının bulunması gerekçeli kararları en önemli kaynak haline getirmektedir. Kaldı ki gerek eski tebliğ gerekse yeni tebliğ uygulaması altında pazar tanımları açısından dayanak alınan en büyük kaynak şüphesiz ki Rekabet Kurulu kararlarıdır. Bu nedenle kararların özellikle etkilenen pazar ve değerlendirmeler bölümünün detaylı ve net pozisyonlar ile yazılması içtihat oluşması ve temel alınacak hususların anlaşılması açısından önem taşımaktadır. Ancak yukarıda verdiğimiz karar örneklerinden de görülebileceği üzere son dönem gerekçeli kararlar özellikle etkilenen pazara ilişkin oldukça kısa açıklamalar yapmakta ve genel olarak da kararların toplam sayfası 2 – 3 sayfayı geçmemektedir. Böyle bir durumda Rekabet Kurulu’nun 2010/4 Sayılı Tebliğ’in uygulamasını netleştirecek pozisyonlarının neler olduğu anlaşılmamaktadır.

5. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNDE CİRONUN HESAPLANMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

5.1. Ciro Hesaplanmasında Esas Alınacak Kalemler

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 8. maddesi öncelikle cironun hesaplanmasında dikkate alınacak unsurları sıralamıştır. Aslında bu düzenleme bir şekilde ilgili teşebbüsle kontrol bütünlüğü içinde olan teşebbüsleri ifade etmeye çalışmakta; ama “kontrol” kavramını kullanmak yerine aynen AB Komisyonu düzenlemesinde olduğu gibi tek tek sayma suretiyle ilgili teşebbüsle birlikte ele alınması gereken şirketler/birimleri belirtmektedir.⁵⁷ Böylelikle “kontrol” kavramından meydana gelebilecek belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün 5. maddesinin 4. fıkrası incelendiğinde, ilgili maddede düzenlenen cironun hesaplanmasında esas alınacak kişi veya ekonomik birimlerin 2010/4 Sayılı Tebliğ Tebliğ’in 8. maddesinin 1. fıkrasının b., c., ç ve d bentlerinde sayılan kalemler ile birebir aynı olduğu görülecektir.

⁵⁷ AYDEMİR, D. (2011) “2010/Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 114.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin 4. paragrafında ise "ilgili teşebbüsün işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler" ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, aynı bendin diğer paragraflarında detaylandırılan ekonomik birimlerden (i) ilgili teşebbüsün sermayesinin yarısından fazlasına sahip, (ii) oy haklarının yarısından fazlasına sahip ya da (iii) denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip teşebbüsler daha muğlâk bir ifade ile düzenlenmiş olup, bu ifade Kılavuz I'de daha açıklayıcı şekilde ele alınmıştır. Kılavuz I uyarınca "idare etme hakkı", teşebbüsün stratejik davranışının belirlenmesini *de jure* sağlayan haklar olup, bu haklar, oy haklarının elde bulundurulması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kira sözleşmeleri gibi sözleşmelerden de kaynaklanabilecektir. Kılavuz I ilaveten "işleri idare etme hakkı"nın ilgili teşebbüsün, bir şirketin işlerini yönetme hakkına üçüncü kişilerle birlikte sahip olduğu durumları da kapsayacağını belirtmektedir. Bu doğrultuda ortak kontrol sahibi olan teşebbüslerden her biri tek başına, yalnızca negatif anlamda, yani veto hakları biçiminde haklara sahip olsa bile, kontrol edilen şirketin işlerini yönetme hakkına sahip olduğu kabul edilecektir.

Benzer şekilde mevzuatında da "idare etme hakkı"nın teşebbüsün stratejik davranışlarını belirleme gücüne açık bir şekilde hukuki (*de jure*) olarak sahip olunması durumunda geçerli olacağı belirtilmektedir. Konsolide Duyuru'da maddenin ilgili teşebbüsün, bir teşebbüsün işlerini idare etme hakkına üçüncü taraflarla birlikte sahip olduğu durumları kapsadığı, fakat bu durumun ilgili teşebbüs ve üçüncü tarafların işleri idare etme hakkına sahip olduğunun hissedarlık anlaşmasında açık bir şekilde belirtilmiş olması veya eşit oy haklarına sahip oldukları durumlar ile sınırlı olduğu belirtilmektedir.⁵⁸

5.2. İşlem Tarafı - İlgili Teşebbüs Kavramlarının Yarattığı Belirsizlikler

Kılavuz I işlem tarafı ve ilgili teşebbüs kavramlarını her bir işlem türüne göre ayrı ayrı belirlemiştir. Burada belirlenen ilgili teşebbüs ve işlem tarafları kapsamında ciro hesaplaması yapılabilecektir. Yukarıda yer verilen kelimeler her ne kadar belirsizlikleri gidermek için tercih edilse de önceki bölümlerde de açıklandığı üzere "ilgili teşebbüs" ve "işlem tarafı" kavramlarındaki karışıklık ciro hesaplaması konusunda birçok açık ve belirsiz noktaya yol açmaktadır. Nitekim, bu belirsiz noktaların pratikte yol açtığı belirsizliklere aşağıda örneklerle yer verilecektir.

⁵⁸ SOLMAZ, E. (2010) "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri", Rekabet Kurumu (der.), *Uzmanlık Tezleri Serisi No: 105* içinde, s. 45.

(i) Burada dikkat çekilmesi gereken ilk husus, Kılavuz I'de yer alan "ilgili teşebbüs" tanımında geçen "doğrudan" ibaresidir. Bu tanım ışığında birleşme ve devralma işlemlerine doğrudan taraf olan teşebbüslerin ilgili teşebbüs tanımına girdiği anlaşılmakta iken, Kılavuz I'in "Ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesi" başlıklı 15. paragrafında "*ortak girişim şirketinde bir ya da daha fazla hissedarın yeni hissedar olarak ya da mevcut hisselerin bir kısmını devralarak ortak kontrole sonradan dâhil olduğu durumlarda, kontrolde gerçekleşen yapısal değişiklik nedeniyle, işlem sonrasında ortak kontrole sahip olacak tüm eski ve yeni hissedarlar ile ortak girişim şirketinin kendisi ilgili teşebbüs olarak değerlendirilir*" açıklaması yer almaktadır. Bu paragrafta geçen durumda hisselerini satmayan eski hissedarın işleme doğrudan taraf olmadığı açıktır. İşleme doğrudan taraf olanlar hisselerini satan eski hissedar ile alan yeni hissedardır. Nitekim işlemi kuran sözleşmede bu iki taraf arasında imzalanmaktadır. Uygulamada hisselerini satmayan mevcut hissedarın söz konusu devir işleminden haberi bile olmayan durumlar mevcuttur. Şu halde 15. paragraf uyarınca bu hissedarın da kontrolde değişiklik meydana geldiği için ilgili teşebbüs olarak tanımlanması gerektiği belirtilse de Kılavuz I'de ilgili teşebbüs tanımında "doğrudan" ibaresinin geçmesi bu mevcut hissedarın ilgili teşebbüs olarak tanımlanamamasına yönelik yorumlara yol açmaktadır. Söz konusu teşebbüsün ilgili teşebbüs olarak tanımlanması halinde bu teşebbüsün de cirosunun eşik değerlendirmesinde dikkate alınması gerekecektir.

Rekabet Kurumu Baş Uzmanı Sayın Aydemir ise bu durumu aşağıda yer verilecek örnek ile açıklayarak söz konusu pasif teşebbüslerin ciro hesaplamasında dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹

"A,B,C'nin sahip olduğu bir X ortak girişimi var, C hisselerini D'ye satıyor ve ortak girişimin kontrolüne A,B ve D şirketleri sahip oluyor; bu durumda, D'nin yanında, hem A, hem B, hem de ortak girişimin kendisi ilgili teşebbüs oluyor. Aslında burada, pasif komunda olan iki tane oyuncu (A ve B) var, yani daha önce de, işlem sonrasında da kontrolde söz sahibi olan iki teşebbüs var; belki işlemden haberleri bile olmayabilir. Bizim değerlendirmemiz bakımından bunlar da ilgili teşebbüsü oluşturuyor ve bütün ciro hesaplamalarında dikkate alınması gereken teşebbüsler."

(ii) Bu durumun bir benzeri ise ilgili Kılavuzun "Ortak Kontrolün Devralınması" başlıklı 13. paragrafında yer alan senaryoda da meydana gelebilecektir. İlgili paragraf bir veya birden fazla teşebbüsün bir başka şirketi üzerinde ortak kontrol tesis edecek şekilde devraldıkları durumlarda, işlem

⁵⁹ Aydemir 2011, s. 113.

sonrasında ortak kontrole sahip olacak teşebbüslerin her birini ve devralınan şirketi ilgili teşebbüs olarak değerlendirmektedir.

İlgili paragrafta yer alan ifadeler devralınacak ve üzerinde ortak kontrol tesis edilecek şirketin direkt veya dolaylı yoldan devralınması noktasında herhangi bir ayırım yapmamakta ve bu da teşebbüsleri birçok açıdan belirsizliğe yöneltebilmektedir. Zira bu durum doğrudan bir devralma işlemi ile tam kontrolü elde edilen herhangi bir teşebbüsün kontrolünde bulunan bir ortak girişim üzerinde dolaylı yoldan gerçekleştirilecek kontrol değişikliklerinde ortak girişimin pasif tarafının da (yani devralma işleminden herhangi bir surette etkilenmeyen) ilgili teşebbüs olarak değerlendirilebilmesine yol açmaktadır. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse:

A teşebbüsün B teşebbüsünün tam kontrolünü devraldığını ve B teşebbüsünün C şirketi üzerinde D teşebbüsü ile ortaklaşa kontrol ettiği bir ortak girişimi olduğunu düşündüğümüzde, ilgili teşebbüs olarak A (devralan taraf) ve B (hedef taraf) teşebbüsü haricinde C ve D de ilgili teşebbüs olarak değerlendirilebilecek ve ciro hesaplamasında göz önüne alınabilecektir.

Bu durum özellikle portföyünde birden fazla ortak girişim şirketi bulunan konglomera teşebbüslerin herhangi bir işlemde devre konu teşebbüs olmaları durumunda portföylerinde bulunan her bir ortak girişim iştiraklerinin diğer ortaklarının cirosunun da bildirilebilirlik analizlerinde göz önüne alınması gibi son derece zahmetli ve esasa yönelik incelemelere herhangi bir katma değer sağlamayacak değerlendirmelerin işleme taraf olan teşebbüsler tarafından yapılması zorunluluğunu beraberinde getirebilecektir.

(iii) Öte yandan, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8/2. maddesi ile Kılavuz I'nin 26. paragrafında bir devralma işleminde cironun hesaplanmasında devreden bakımından sadece devredilen kısmın cirosunun esas alınacağına dair açıklamalar yer almaktadır. Şu halde 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan eşik değerlendirmesi yapılırken kısmi devir halinde "işlem tarafı" devreden açısından sadece devre konu kısım olarak anlaşılmalıdır. Bu durum Kılavuz I'nin yaptığı "işlem tarafı" açıklamasını bir nevi daraltmaktadır. Zira "işlem tarafı" ilgili teşebbüslerin yer aldığı ekonomik bütünlük olarak açıklanmaktadır. Öte yandan, Kılavuz I'nin 10. paragrafında kısmi devir halinde ilgili teşebbüsün devralan ile devreden şirketin devre konu olan bölümü olacağı açıklanmıştır. Şu halde devre konu olmayan teşebbüslerin ilgili teşebbüs olarak tanımlanmadığı, "işlem tarafı"nın sadece ilgili teşebbüslerin dâhil olduğu ekonomik bütünlüğü ifade ettiği için bu noktada "işlem tarafı"nın sadece devredilen kısmı ifade ettiği bir bakıma "işlem tarafı" ile "ilgili teşebbüs"ün aynı olduğu sonucuna varılabilmektedir. Öte yandan Kılavuz I'nin "Ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesi" başlıklı 15. bölümü altında ortak girişim şirketinde bir

ya da daha fazla hissedarın, yeni hissedar olarak da mevcut hisselerin bir kısmını devralarak ortak kontrole sonradan dâhil olduğu durumlarda, kontrolde değişen yapısal değişiklik nedeniyle, işlem sonrasında ortak kontrole sahip olacak eski ve yeni bütün hissedarlar ile ortak girişimin kendisi ilgili teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Bu açıklama altında aslında ortak girişimdeki hissedarın kendi hisselerini devretmesi kısmi devir olarak değerlendirilmemiş ve ilgili teşebbüs tanımına devre konu olmayan hissedarlar da dâhil edilmiştir.

Görüldüğü üzere kavramların netlik kazanmasında Kılavuz I'deki bazı açıklamalar yardımcı olsa da halen bazı zorluklar meydana gelmektedir.

5.3. Eşit Bölüştürme Kuralı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında "eşit bölüştürme kuralı"ndan bahsedilmektedir. Söz konusu hükümler ile ciro hesaplanması sırasında oluşabilecek çifte hesaplamanın önüne geçilmektedir. Getirilen düzenlemelerden ilki olan 3. fıkra, ilgili teşebbüslerin 8. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu ekonomik birimlerin cirolarının ilgili teşebbüs sayısına göre eşit şekilde hesaplanacağını hükme bağlamıştır. 4. fıkra ise ilgili teşebbüslerin üçüncü kişilerle birlikte işlerini idare etme hakkına sahip olduğu ortak girişimlerin cirolarını bu hak sahiplerinin sayısına göre eşit şekilde bölünerek hesaplanacağını belirtmektedir.

5.4. Bağlantılı İşlemler

2010/4 Sayılı Tebliğ 8. maddenin beşinci fıkrası aynı teşebbüsler ya da kişiler tarafından gerçekleştirilen parçalı işlemleri tek bir bildirim altında toplaması açısından önemli bir adımdır. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesi "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*"ni birleşme devralma sayılan haller arasında tanımlamaktaydı. Görüldüğü üzere ilgili madde bağımsız bir teşebbüsün başka bir bağımsız teşebbüs üzerinde kontrol yetkisi veren araçların devralınmasının mutlaka tek bir hukuki işlemle olması gerektiğine yönelik herhangi bir hüküm içermemektedir. İlgili hükümle öngörülen yapı Rekabet Kurulu'nun 15.03.2007 tarih ve 07-23/209-68 sayılı *Waspel-Elbi* kararında aldığı pozisyonla örtüşmektedir. Zira ilgili işlemde, aynı taraflar arasında gerçekleştirilen nihai bir amaca yönelik birbiri ile ilişkili birden çok hukuki işlemin tek bir işlem olarak nitelendirildiği gözlemlenmiştir.

Kılavuz I ise 35. paragrafta bu şekilde gerçekleşen işlemlerden yalnızca birinin ya da kümülatif olarak tamamının bildirim eşiklerini aşması halinde bu işlemlerin aynı pazara ya da aynı sektöre ilişkin olup olmadığı ve "daha önce bildirilip bildirilmediğine bakılmaksızın", tamamının bildirilmesi gerektiği

belirtilmektedir. Ancak bu düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen eşikleri aşan fakat herhangi bir etkilenen pazara sebebiyet vermeyen işlemlerin bildirilmediği bir düzenleme çerçevesinde, aynı kişiler veya taraflar arasında gerçekleşen yakın tarihli işlemlerden bu sebeple bildirilmeyenler hakkında Rekabet Kurumu'nun haberdar olmak istemesi doğal bir refleks olarak kabul edilebilir. Ancak Kılavuz I'nin yer verdiği düzenleme lafzının, aynı kişi veya şahıslar tarafından gerçekleşen ve daha önce Rekabet Kurumu'na bildirilmiş geçmiş işlemleri tekrar bildirme yükümlülüğü getirdiği söylenebilmektedir. Dahası, bu şekilde gerçekleşecek bir bildirim kapsamı hakkında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, her ne kadar mehz AB Hukuku'nda da benzer şekilde iki yıllık dönemler içerisinde aynı kişiler veya taraflar arasında gerçekleştirilen iki veya daha fazla işlemin, son işlemin gerçekleştiği tarihte ortaya çıkan tek ve aynı yoğunlaşma olarak nitelendirileceği düzenlenmiş olsa da⁶⁰, Konsolide Duyuru'da açıklandığı çerçevede, bu işlemler aynı pazarın parçalarına veya aynı sektöre ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın tek bir yoğunlaşma olarak addedilecektir. Bu kapsamda AB Hukuku'ndaki amaç da aynı kişilerin, Komisyon'a 139/2004 Komisyon Birleşme Tüzüğü tarafından bahsedilen yetkilerden kaçınmak amacıyla, işlemi bir seri halinde varlıkların satışı olarak belirli bir süre içerisinde bölmemesidir⁶¹. Ancak, Konsolide Duyuru, Kılavuz I'de belirtildiği şekilde, işlemin daha önce bildirilip bildirilmediğinin dikkate alınmayacağına işaret etmemekte olup, sadece işlemlerin aynı pazara ya da aynı sektöre ilişkin olup olmadığının göz önünde bulundurulmayacağını belirtmektedir.

Filen veya hukuksal nedenlerle birbirlerine bağlı olmaları nedeniyle bütünlük arz eden işlemlerin belirli koşullar altında tek bir birleşme devralma işlemi sayılması sevindirici bir gelişme olmakla beraber, halka açık şirketlerin hisselerin toplanmasında tüm satın almaların mı yoksa kontrolün el değiştirmesine yol açan hisse alımının mı devralma oluşturduğuna yönelik 2010/4 Sayılı Tebliğ'de herhangi bir pozisyon alınmadığı gözlemlenmektedir. Bu noktada, sermaye piyasalarında gerçekleştirilen hisse alım işlemlerinin kontrol değişikliğine yol açacak noktaya gelmesinin makul sayılabilecek derecede kısa zaman içerisinde gerçekleşmesi koşulu ile bütün hisse alımı işlemlerinin tek bir devralma olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bir

⁶⁰ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü madde 5(2)/2.

⁶¹ Konsolide Duyuru para. 49.

hükümün 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer almasının daha sağlıklı bir uygulama olacağı düşünülmektedir.⁶²

5.5. Dikkate Alınacak Ciro ve Mali Yıl

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 6. fıkrasında ciro, tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yılsonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan net satışlardan meydana geldiği düzenlenmektedir. Böylece hangi mali yılın esas alınması gerektiği bildirim tarihinden önce olarak belirlenerek olası bir belirsizliğin önüne geçilmiştir. Ayrıca net satışlar ibaresi ile cironun satış primlerinin, katma değer vergisinin ve ciro ile doğrudan ilgili vergilerin düşülmesinden sonra teşebbüsün olağan faaliyetleri kapsamı dâhilinde ürün satışı ve hizmet sağlanması dolayısıyla elde edilen meblağdan oluşacağını düzenleyen 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nden bu noktada ayrılmaktadır.

Aynı hüküm altında grup içi satışların da ciro hesaplanmasında dikkate alınmamasına yönelik önlemler alınmış görülmektedir. Bu durum Kılavuz'un 30. paragrafı ile de açıklanmıştır. Paragrafın devamında ayrıca ciro hesaplamasına yurt dışı satışların dikkate alınmayacağı da isabetli olarak belirlenmiştir. Ancak bu noktada cironun hangi prensipler çerçevesinde Türkiye'de elde edilmiş kabul edileceğine yönelik daha açıklayıcı prensipler öngörülmelidir. Bu meyanda AB Hukuku'nda yer bulan atfedilecek ciroya ilişkin ayrıntılı açıklamaların bir benzerinin bulunması ciro hesaplaması konusundaki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yardımcı bir uygulama olarak düşünülmektedir. Özellikle arz eden sektörlerde atfedilecek cironun hesaplaması belirsizlikler meydana getirebilmektedir. Havayolu taşımacılığı sektörü özellikle arz eden sektörler için örnek olarak verilebilir. Zira bugün Rekabet Kurulu'nun kararları ile de ciro hesaplama yönteminin farklılık gösterdiği sabittir.⁶³

6. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ BAŞLIKLILIK HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

6.1. Bildirim Formunun Kapsamı

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birleşme ve devralma işlemlerinin bildirilmesi hususunda da oldukça önemli değişiklikler getirilmiştir. Özellikle bildirim formu bu Tebliğ ile çok daha kapsamlı ve uzun hale gelmiş ve sorular, form içinde geçen terimler eski bildirim formuna göre netlik kazanmıştır. 1997/1

⁶² Bu prensibi destekleyen bir görüş için Rekabet Kurulu'nun 26.5.2006 tarih ve 06-36/459-121 sayılı Van Et-Galip Öztürk kararındaki Nurettin Kaldırımcı'nın karşı oy yazısı incelenebilir.

⁶³ Rekabet Kurulu'nun 4.7.2007 tarih ve 07-56/661-230 sayılı Air Berlin-LTU kararı.

Sayıli Tebliğ kapsamındaki bildirim formu oldukça kısa olmasının yanı sıra belirsiz kavramlar içermektedir. Bu değişiklik 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma bildirimlerinin incelenmesi sırasında teşebbüslere dönölüp ek bilgi taleplerinde bulunulmasını beraberinde getiriyordu, bunun sonucunda da dosyaların gecikmesi söz konusu oluyordu.⁶⁴ Gerçekten de uygulamada yeni bildirim formu kapsamında birleşme ve devralma işlemlerinin incelenmelerinin 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanındaki incelemelere göre daha kısa sürebildiği görülmektedir. Bildirim formu yeni hali ile Avrupa Komisyonu'nun formu, Form CO'ya da oldukça benzemektedir.

6.2. Kısa Form Doldurma Olanğı

Bildirim formunun sunduğı bir başka önemli değişiklik ise mehz AB Hukuku'na benzer bir şekilde kısa form doldurabilme özelliğidir. Yeni form kapsamında rekabet açısından sakınca oluşturma ihtimali düşük olan birleşme ve devralmalar için bildirim formunun bazı bölümlerinin zorunluluğı kaldırılarak bu teşebbüsler açısından daha kolay başvuru imkanı sağlanmıştır.⁶⁵ Bu kapsamda bildirim formu Avrupa Komisyonu'nun kısa ve uzun olmak üzere iki ayrı form olması görüşünden ayrılarak tek bir form içerisinde bazı şartların⁶⁶ sağlanması halinde 6, 7 ve 8 numaralı bölümlerin doldurulmasına gerek olmayan bir yapı kurmuştur.

Bu noktada 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan bildirim formunun 1. paragrafından yer alan iki koşuldun birinin gerçekleşmesi halinde bildirim formunun 6., 7. ve 8. maddelerde istenilen bilgilerin verilmesi gerekmemektedir. Ancak 2. paragrafta istisnai olarak Rekabet Kurumu'nun taraflardan bildirim formunun tamamının doldurulmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Hangi durumlarda Rekabet Kurumu'nun söz konusu bölümlerin doldurulmasını isteyebileceği konusunda ise hiçbir açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle belirtilen istisnai durumların neler olduğu veya olabileceğine dair hiçbir sınırlama yapılmamış olduğu görülmektedir. Bu durumun bir belirsizlik içerdiği açıktır.

⁶⁴ Senyitel 2011, s. 103 - 104.

⁶⁵ TOPÇUOĞLU, M., DOLMACI, N. (2011), *Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler*, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Isparta, s.101.

⁶⁶ (a) işlem taraflarından biri, ortak kontrole sahip olduğu bir teşebbüsün tam kontrolünü elde edecekse veya

(b) Türkiye ve ilgili coğrafi pazarlar açısından herhangi bir etkilenen pazarda; yatay ilişkiler için işlem taraflarının pazar payları toplamı yüzde yirmiden, dikey ilişkiler için işlem taraflarından birinin pazar payı yüzde yirmi beşten daha azsa.

6.3. Bildirim Formu Ekinde Sunulan Anlaşmalar

2010/4 Sayılı Tebliğ'in bildirim formu açısından getirdiği en önemli değişikliklerden bir tanesi bildirim formu ekinde sunulan anlaşmaların nihai hallerinin sunulmasının zorunlu olmamasıdır. Bir başka deyişle 2010/4 Sayılı Tebliğ anlaşmaların mevcut hallerinin kopyalarının da sunulabilmesini sağlamaktadır. Bilindiği üzere 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında anlaşmaların nihai hallerinin sunulması zorunlu kabul edilmişti. Nitekim, Rekabet Kurulu *Marzotto* kararı⁶⁷ ve *Carclo Plc* kararında⁶⁸ bildirim düzenleyen anlaşmanın imzalı versiyonunun Rekabet Kurumu'na iletilmemiş olması nedeniyle bildirilen devralma işlemini incelemekten imtina etmiştir. Dolayısıyla, bu düzenleme ile tarafların yoğunlaşma doğuran işlem için anlaşma yapma niyetlerini ve yoğunlaşma için planlarının yeterince somut olduğunu prensip anlaşması, mutabakat anlaşması veya tüm ilgili teşebbüslerce imzalanmış niyet anlaşmasına dayandırmaları mümkün olmamaktaydı. Bu durum uygulamada bildirilen işlemlerin teşebbüsler arasında kurgulanan zaman çizelgesi içinde alınmasında bazı gecikmeler yaşanmasına neden olmaktaydı. Birleşme devralma işlemlerinin tabii olduğu zahmetli süreçlerin yürütülmesinde rekabet otoritelerinin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmelerini sağlayacak makul sürelerin net bir şekilde bildirilmesinin önemi yadsınamaz nitelikte olsa da son derece zahmetli olan işlemlerin mümkün olan en kısa zamanda rekabet otoritelerince sonuçlandırılması için makul kabul edilebilecek normatif düzenlemeler ekseninde yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, yeni düzenleme kapsamında bildirim formunun giriş kısmında ve 11 numaralı bölüm altında anlaşmanın nihai veya mevcut halinin bir kopyasının sunulması gerektiği açıklanmaktadır. Böylece taraflar sözleşmenin taslak halini sunarak da bildirimde bulunabilmektedirler.

Bildirim formunda yer alan ifadelerden Hisse Devir Sözleşmesi, Malvarlığı Devir Sözleşmesi, Birleşme Anlaşması gibi nihai borç doğurucu anlaşmalarda bu durumun geçerli olduğu açıkça anlaşılabilmeyle birlikte niyet mektubu gibi irade ortaya koyan ancak işlemi nihai olarak gerçekleştirmeye ilişkin borç doğurmayan anlaşmaların da kastedilip kastedilmediği net değildir. Nitekim 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu taraflar arasında imzalanmış olan niyet mektubunu bildirim yapılması için yeterli görmeyebilmekteydi.⁶⁹ Ancak uygulamada Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde niyet mektubu ve benzeri dokümanlar ile yapılan

⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun 04.05.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı *Marzotto* kararı.

⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun 17.06.2005 tarih ve 05-40/559-138 sayılı *Carclo Plc* kararı.

⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 4.5.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı *Marzotto* kararı.

bildirimleri incelediği görülmektedir. Rekabet Kurulu *DDB Holding* kararında⁷⁰ da devralma işleminin çerçevesinin taraflar arasında imzalanan ön protokol ile belirlendiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu *Huntsman* kararında⁷¹ bildirim formu içeriğinde işlemi düzenleyen sözleşmenin imzalanmasının ve işlemin kapanmasının Rekabet Kurumu'ndan alınacak onay sonrasında gerçekleşeceği ifade edilmiş olmasını ve işleme dair eklenmiş olan bağlayıcı olmayan ön protokolü bildirim için yeterli görmüştür.

Aynı şekilde mevcut ifadelerden aleni alım tekliflerinin kamuya açıklanmasının bildirim için yeterli görülüp görülmediği de anlaşılabilir. Rekabet Kurulu'nun son dönem kararları⁷² incelendiğinde aleni alım teklifleri ile yapılan bildirimlerin Rekabet Kurulu'na değerlendirmeye alındığı görülmüştür.

6.4. Bildirimlerde Nüsha Sayısı

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birleşme ve devralma işlemlerinin bildirilmesi sırasında Rekabet Kurumu'na sunulan nüsha sayısı da 3 adetten 2 adete indirilmiş ve ayrıca bildirim ve eklerinin bir elektronik kopyasının da Rekabet Kurumu'na sunulması zorunlu hale getirilmiştir. Daha sonra uygulamada sunulan nüsha sayısı 1 adede düşürülmüştür⁷³. Söz konusu değişiklik uygulamada son derece faydalı olmakta ve bildirim yapan taraflar açısından da ciddi pratiklik sağlamaktadır.

6.5. İşlemin Gerçekleştirilme Tarihi

Bu bölüm altında tartışılması gereken bir husus da işlemin gerçekleştirilme tarihidir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 10/7. maddesi birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirme tarihini kontrolün değiştiği tarih olarak belirlemiştir. 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesi altında izne tabi olan birleşme ve devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde Kurul idari para cezasına hükmetmektedir. Bu nedenle işlemin gerçekleşmesinden anlaşılması gereken teşebbüsler için büyük önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu'nun geçmiş kararlarına⁷⁴ bakıldığında Kurul devir işlemlerinde hukuki olarak devrin genellikle taraflar arasında imzalanmış olan

⁷⁰ Rekabet Kurulu'nun 3.8.2011 tarih ve 11-44/1021-347 sayılı DDB Holding kararı.

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 22.9.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı Huntsman kararı.

⁷² Rekabet Kurulu'nun 14.7.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Terex kararı.

⁷³ 30.09.2011 tarih ve 28070 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ.

⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı ve 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.

sözleşmede belirtilmiş kapanış tarihi ile gerçekleştiğini kabul etmektedir. Rekabet Kurulu'nun kapanıştan ne anlamakta olduğunu da yine kararlarından görmekteyiz. Nitekim *ACT 4- Corio*⁷⁵ kararında Rekabet Kurulu kapanışı, işleme ilişkin sözleşme nasıl tanımladıysa o şekilde kabul ederek, "*satın alınan Hisselerin mülkiyetinin tamamen geçerli olacak şekilde Alıcı'ya devredilmesini ve işlemin 29 Nisan 2008 tarihinde madde 6 uyarınca kesinleşmesi*" olarak belirtmiştir.

Rekabet Kurulu geçmiş kararlarında⁷⁶, işlem taraflarının işlemin global olarak kapanışının Türkiye pazarı üzerinde bir etki doğurmayacağına yönelik önlemler alınmasını belirtmiş olmasına rağmen Türkiye'yi veya herhangi bir yetki alanını ayırıştırıcı düzenlemelere itibar etmeyerek ilgili teşebbüsler aleyhine idari para cezası tesis etmiştir. Özellikle uluslararası şirketlerin taraf olduğu yoğunlaşma işlemlerinde işlemin kapanışının Türkiye dışında gerçekleştirilmesi ve söz konusu kapanışın Türkiye pazarlarına etki etmemesi amacıyla gereken önlemlerin (uygulamada "*carve-out*" veya "*hold separate*" düzenlemeleri olarak adlandırılmaktadır) alınmış olması durumda böyle bir kapanışın Türkiye pazarlarına etki etmeyeceği kanımızca açıktır. Bu çerçevede uygulamada çok sık rastlanan ve rekabet otoriteleri tarafından kabul gören sözleşmesel düzenlemelerin veya taahhütlerin Türk rekabet mevzuatınca da kabul edilmesi gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım Rekabet Kurumu'nun 4054 Sayılı Kanun'un uygulama alanını belirleyen ve böylelikle Rekabet Kurumu'nun yetki sınırlarını ortaya koyan 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi⁷⁷ ile ve buna bağlı olarak söz konusu maddede belirlenen etki teorisi⁷⁸ ile de uyumlu olacağı gibi uygulamada çok yüksek masraflara katlanmak sureti ile gerçekleştirilen ve birden çok ülkeyi ilgilendiren işlemlerin kısmi topraksal kapanışlarının geçerliliği ve Türk hukukundaki riskleri konusundaki tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

⁷⁵ Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih ve 08-43/588-221 sayılı ACT 4 - Corio kararı.

⁷⁶ Rekabet Kurulu'nun 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı ve 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.

⁷⁷ 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi: "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer."

⁷⁸ 4054 Sayılı Kanun'un 2. madde gerekçesinde etki teorisi "(...) merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 10/7. maddesi yukarıda da açıklandığı üzere gerçekleşmeden kastın ne olduğuna ilişkin sadece genel hatlarıyla bir açıklama getirmektedir.⁷⁹ Hüküm ile Rekabet Kurumu'nun geçmiş uygulamasından ayrılıp kapanışın Türkiye dışında gerçekleştirilmesi ve söz konusu kapanışın Türk pazarlarına etki etmemesi amacıyla gereken önlemlerin (uygulamada "carve-out" veya "hold separate" düzenlemeleri olarak adlandırılmaktadır) alınmış olması durumunda işleme izin vermeyeceği netlik kazanmıştır.

7. BİLDİRİMİN GEÇERLİLİK TARİHİ BAŞLIKLI HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 11. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarından görüş alınması halinde ilgili sürelerin görüşün Kurul kayıtlarına girdiği tarihte yeniden başladığı öngörülmektedir. Ancak "Bilgi isteme ve yerinde inceleme" başlıklı 15. maddede üçüncü kişilerden bilgi istenmesi halinde sürelerin kesilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu maddede birleşme ve devralama işlemleri değerlendirilirken Rekabet Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde işlem taraflarının yanı sıra birleşme ve devralamayla ilgili diğer kişilerden ve tarafların müşterileri, rakipleri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceklerini belirtilmiştir.

Her ne kadar Rekabet Kurulu'nun bu konuda açık bir kararı bulunmasa da, Rekabet Kurulu'nun, üçüncü kişilere yöneltilen bu tür sorularında da 4054 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin ikinci bendinde öngörülen 30 günlük süreyi kesip kesmediği yönünde henüz net bir uygulama bulunmamaktadır. Ancak böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, bildirim sürecini bildirimde bulunan teşebbüslerin tasarrufu dışındaki etmenlere bağladığından, hukuk güvenliği açısından sakıncalar arz edeceği açıktır. Zira böylelikle bildirim konu işlemin akıbeti, soru yöneltilen kişilerin tasarruf ve keyfine tabi kılınmakta ve işleme taraf olan teşebbüsler açısından işlemin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak bir belirsizlik ortamı oluşmaktadır. Ayrıca böyle bir uygulamanın özellikle yoğunlaşma işlemini gerçekleştiren teşebbüslerin rakipleri tarafından gerçekleştirilebilecek suiniyetli davranışların da önünü açacağı açıktır. Bu nedenle, üçüncü kişilere Kurul tarafından yöneltilen soruların süreyi kesmemesi yönünde bir uygulamanın netlik kazanacak şekilde Kurul kararlarında yer almasının ileride sürelerde meydana gelebilecek bir karışıklığın giderilmesi adına uygun olabileceği düşünülmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarından görüş alınması halinde ise sürenin kesileceği 11. madde ile açık olması sebebiyle yine kurum ve

⁷⁹ Senyücel 2011, s. 108.

kuruluşların yöneltile soruları cevaplamasının kendi tasarruflarına kalmasının önüne geçmek ve işlem taraflarının menfaatini korumak adına yöneltile sorularda Kurul tarafından cevaplanması için bir sürenin de tayin edilmesi yararlı olacaktır.

Rekabet Kurulu'nun son dönem kararlarına bakıldığında *Işık Perde Rayları*⁸⁰ ve *İstanbul Memorial*⁸¹ kararlarında sektördeki diğer bazı teşebbüslerden bilgi talep edildiği görülmekte ancak bu sırada sürenin kesilip kesilmediği anlaşılamamaktadır.

8. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN DUYURULMASI BAŞLIKLIL HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 12. maddesi uyarınca Kurum, bildirilen birleşme ve devralmaları, ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını içerecek şekilde internet sayfasında duyurmaktadır. Söz konusu hüküm 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında yer almayan ve bu Tebliğ ile getirilen yeniliklerden biridir. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan yenilenmiş bildirim formununun 1.2 numaralı bölümünde de bu hüküm uyarınca Rekabet Kurumu'nun internet sayfasında duyurulmasında kullanılmak üzere işlemin ve taraflarının ticari sır niteliğindeki bilgileri içermeyecek şekilde bir özet talep edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacı bildirilen işlemle ilgili üçüncü tarafların özellikle de işlem taraflarının rakiplerinin işlemle ilgili bildirmek istedikleri hususları Rekabet Kurumu'na bildirmesini sağlamak ve normalde işlemin incelenmesi seyrinde rakipten bilgi talebinde bulunulması halinde rakibin bilgi talebine cevap vermesi sırasında geçen süre kaybını engellemek olarak açıklanabilmektedir.⁸² Bu amaç ekseninde, ilgili hükmün özellikle rekabet hukuku sıkıntısı yaratma potansiyeli olan işlemlere yönelik olarak bir şeffaflık yaratıp, bildirilen işlemin yaratacağı etkilere yönelik işlemin gerçekleşmesinden etkilenecek olan gerçek ya da tüzel kişileri (rakipler, müşteriler, tedarikçiler veya tüketiciler) işlemin incelenmesi sürecine dâhil etmesi açısından yerinde olduğu düşünülmektedir. Nitekim getirilen bu hükmün uygulamada yer bulduğu da yine Kurum kararlarından anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun *Sofra Yemek*⁸³ kararında devralma işleminin Rekabet Kurumu'na bildirilmesi akabinde internet sayfasında yayınlanması nedeniyle adı gizli tutulan bir teşebbüs, başvuruda bulunarak işleme konu Sofra Yemek'in pazardaki tedarikçi firmaları başka bir teşebbüse mal vermemesi için uyardığı, mal vermesi halinde kendisinin bu teşebbüslerden

⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 22.09.2011 tarih ve 11-48/1218-431 sayılı Işık Perde kararı.

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun : 09.02.2011 tarih ve 11-08/148-47 sayılı İstanbul Memorial kararı.

⁸² Senyücel 2011, s. 108 – 109.

⁸³ Rekabet Kurulu'nun 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı Sofra Yemek kararı.

mal tedarik etmeyeceğini söyleyerek tehdit ettiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu bu şikâyeti değerlendirme altına alarak incelemiş ancak sonucunda Sofra Yemek'in böyle bir yapı içerisinde olmadığını kararında belirtmiştir. Ancak zaten gerek 1997/1 Sayılı Tebliğ gerekse 2010/4 Sayılı Tebliğ hükümleri ve hatta 4054 Sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında Rekabet Kurumu'nun üçüncü kişilerden her zaman bilgi ve görüş alma yetkisi bulunmaktadır. Şu halde söz konusu düzenlemenin mevcut olmayan bir hususu düzenlemediği ancak mevcut düzenlemeye başka bir boyut eklediği söylenebilir.

Öte yandan, bu hüküm kapsamında 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanından farklı olarak işlemin bizatihi Rekabet Kurumu'na bildirilmesi ile gizliliği sona ermektedir. Fakat, düşman devralma (*hostile takeover*) gibi işlemler de dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere gizliliğin taraflar için son derece büyük önem arz ettiği bazı birleşme devralma işlemleri bu hüküm çerçevesinde yine de ifşa olmaktadır. Bu nedenle işlemin duyurulması mekanizmasının Avrupa Komisyonu'nun benimsediği şekilde⁸⁴ bir işlemin ancak nihai incelemeye alınması halinde Rekabet Kurumu'nun resmi internet sitesinde duyurulmasının üçüncü kişilerin sürece dâhil edilmesi için daha makul bir zamanlama olduğu düşünülmektedir. Ancak mevcut düzenleme kapsamında da en azından bildirilen işlemin tarafları açısından gizliliğin önemli olduğu durumların gerekçelendirilerek bildirim formunda açıklanması halinde işlemin duyurulmamasını sağlayabilecek biçimde Rekabet Kurumu'na da takdir hakkı bırakılması, tarafların işlemin duyurulmasından meydana gelebilecek olası mağduriyetlerinin önüne geçilmesi açısından faydalı olabilecektir. Mevcut uygulamaya bakıldığında, bildirim formunun 1.2 numaralı bölümü işlem taraflarınca doldurulmadığı hallerde Rekabet Kurumu'nun yine de işlemi resmi internet sayfasında duyurup duyurmadığı, bir başka deyişle bir takdir hakkı olup olmadığı net değildir.

9. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ BAŞLIKLI HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

9.1. Hâkim Durum Testi

Bilindiği üzere Türk rekabet hukukunda birleşme ve devralma işlemlerinin değerlendirilmesinde "hâkim durum" testi uygulanmaktadır. Nitekim 4054

⁸⁴ AB Birleşme Tüzüğü, Madde 4(3): "Komisyon tarafından bildirilen bir yoğunlaşmanın işbu Tüzüğün kapsamında olduğunun tespit edilmesi halinde, Komisyon bildirim verilerini yayınlar, aynı zamanda ilgili teşebbüslerin isimlerini, ülkelerini, yoğunlaşmanın niteliğini ve dâhil olan ekonomik sektörleri belirtir. Komisyon teşebbüslerin ticari sırlarını korumadaki meşru menfaatlerini göz önünde bulundurur"

Sayı Kanun'un 7. maddesi "bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri (...)" yasaklamaktadır.

Birleşme ve devralma işlemlerinin değerlendirilmesi sırasında dikkate alınacak parametreler 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin birinci fıkrasında sayılmaktadır. Buna göre birleşme ve devralma işleminin değerlendirilmesi sırasında özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususların göz önünde tutulacağı belirtilmektedir. Nitekim bu hususların irdelenmesini sağlayacak yapı bildirim formunun özellikle 6, 7 ve 8. bölüm altında yer alan sorular ile kurulmuştur. Maddeden ve bildirim formundan da anlaşılacağı üzere, birleşme ve devralma işlemlerine yönelik yapılacak değerlendirmelerde rekabetçi etki varlığının ön plana çıkacağı anlaşılmaktadır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmeyeceğini hüküm altına almaktadır. Burada ilk dikkati çeken husus "birlikte hâkim durum" ibaresidir. Yukarıda da yer verildiği üzere 4054 Sayılı Kanun ve 1997/1 Sayılı Tebliğ birlikte hâkim durum ifadesinde yer vermemektedir. Bu kapsamda geçmişte Danıştay 13. Dairesi Rekabet Kurulu'nun *Ladik Çimento* kararına⁸⁵ ilişkin olarak 01.03.2006 tarih ve 2005/10038 Esas numaralı kararında 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin birlikte hâkim durum ifadesini içermediğine hükmetmiştir. Her ne kadar 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin aksine 7. maddesinde birlikte hâkim duruma açıkça yer verilmemiş ve yasaklanan hâkim durum, işleme taraf olanlarla sınırlı olacak şekilde tanımlanmış olsa da birlikte hâkim durumun 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan bu düzenleme ile birlikte uygulamaya açısından sahip olunan yasal zeminin daha güçlü olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁶

Tebliğ'in anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere bir birleşme veya devralma işleminin tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim

⁸⁵ Rekabet Kurulu'nun 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Ladik kararı.

⁸⁶ Topçuoğlu ve Dolmacı 2011, s.106.

durumu güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı ya da doğurmayacağı kanaatine ulaşılmada ekonomik parametreler yoğun olarak kullanılacaktır.⁸⁷ Bu durum mevcut hâkim durum testinin korunmasıyla birlikte rekabetin önemli ölçüde azalması testine ağırlık verilen bir görüntü çizmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın da rekabetin önemli ölçüde azalması testine yönelik bir yaklaşım belirlemiş olduğu⁸⁸ düşünüldüğünde Rekabet Kurumu'nun görüşünün zamanla bu teste doğru yoğunlaşacağı düşünülebilir. Bu durum ileride 4054 Sayılı Kanun'un açıkça hâkim durum testini benimsemiş olması nedeniyle 4054 Sayılı Kanun ile uyumsuz bir görüntü çizebilecektir.

9.2. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkisi Olan Ortak Girişimler

Yukarıda da açıklandığı üzere 2010/4 Sayılı Tebliğ 5. madde altında ortak girişim tanımını açıkça tam işlevsellik unsuruna yer vererek yapmıştır. Ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmamasına yönelik koşul ise yoğunlaşmanın varlığı için aranan bir koşul olmaktan çıkmaktadır. Hüküm bu şekilde rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyona yol açsın açmasın yoğunlaşma doğuran bütün ortak girişimleri 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu yapmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında aldığı kararlara bakıldığında ortak girişimin amacı ve etkisinin rekabeti sınırlamamasını da rekabetçi davranışlar arasındaki koordinasyon etkisini değerlendirerek incelediği anlaşılmaktadır. Zira Rekabet Kurulu'nun *Ice Cream Investment*⁸⁹ ve *Evonik*⁹⁰ kararlarından da görüldüğü üzere ortak girişimle aynı pazarda ya da onun alt/üst, komşu pazarlarında faaliyette bulunmaya devam edeceği ihtimali ve doğal olarak bu ana şirketlerin hem ortak girişimle hem de kendi aralarında yapacakları rekabetin bu nedenle olumsuz etkilenebileceğini belirterek, Kurul ana şirketlerin ve ortak girişimin faaliyet alanlarını analizine dâhil etmiştir.

Bu noktada, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesi altında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek olan bir ortak girişim oluşmasının 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve

⁸⁷ Gürpınar 2011, s. 46.

⁸⁸ Kadük Kanun Tasarısı 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan hükmü aynen korumakla beraber "başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri"ni de yasaklamıştır.

⁸⁹ Rekabet Kurulu'nun 23.2.2011 tarih ve 11-10/185-61 sayılı Ice Cream Investment kararı.

⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 07.12.2011 tarih ve 11-60/1564-555 sayılı Evonik kararı.

5. maddeleri çerçevesinde değerlendirileceği hükmü yer almaktadır. Bu hüküm 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün aşağıda yer alan 2/4 – 5. maddesiyle de paralellik arz etmektedir.

“Madde 3 anlamında yoğunlaşma sayılan bir ortak girişim eğer amaçları ya da etkileri bakımından bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu doğuruyorsa, bu tür bir işbirliği, bu işlemin Ortak Pazar'la bağdaşıp, bağdaşmadığının tespit edilmesi bakımından Antlaşma'nın 81/1. ve 81/3. maddelerinde yer alan kısıtlara göre değerlendirilir.

Komisyon bu değerlendirmede özellikle aşağıda sıralananları dikkate almaktadır:

İki ya da daha fazla sayıda ana teşebbüsün, ortak girişimle aynı pazarda veya ortak girişimin yer aldığı pazarın alt ve üst pazarlarında veya bu pazarla yakın bağlantısı olan komşu bir pazarda önemli ölçüde faaliyetlerini sürdürmekte olup olmadıkları (spillover effect) ve ortak girişim kurulmasının doğrudan sonucu olan işbirliğinin, ilgili teşebbüslere olaya konu mal ya da hizmetlerin önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermekte olup olmadığıdır”

Hükme bakıldığında rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyon etkisi olan ortak girişimlerin de yoğunlaşma doğurması halinde Birleşme Tüzüğü'nün kapsamında değerlendirmeye tabi kaldığı ve bu durumda uygulanacak hüküm açısından da Antlaşma'nın⁹¹ 101/1. ve 101/3. maddelerine⁹² yönlendirdiği görülmektedir.

Böylece normalde rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyon etkisi doğuran bir ortak girişimin Rekabet Kurulu'nun 4 ve 5. maddeler altında bir değerlendirme yapılabilmesi için 5. madde kapsamında muafiyet başvurusu yapılması gerekmekte iken 2010/4 Sayılı Tebliğ ile yoğunlaşma doğurucu bu şekildeki ortak girişimlerin muafiyet başvurusu yapmadan birleşme devralma başvurusu ile bu değerlendirmeye tabi olabilmesi mümkün kılınmıştır. Bu mekanizma ile muafiyet başvurusunun uzun süren sürecinden ayrılanarak birleşme ve devralma işlemlerinin tabi olduğu ve daha kısa olan sürelerle tabi

⁹¹ Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma.

⁹² 1 Aralık 2009'dan itibaren Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 81 ve 82. maddeleri Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın sarasıyla 101. ve 102. maddeleri olmuşlardır. Her iki grup madde, lafız itibarıyla aynıdır. Bu metinde 101. ve 102. maddelere yapılan göndermeler, uygun düştüğü ölçüde 81 ve 82. maddeler olarak anlaşılmalıdır.

olunmasının yolu açılmış ve teşebbüsler açısından oldukça lehe bir durum söz konusu olmuştur.

Getirilen bu yeni mekanizma Rekabet Kurulu'nun *Tamiran SA*⁹³ kararında da görülmektedir. Rekabet Kurulu öncelikle işlem konusu ortak girişimin 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde ortak kontrolün varlığı ve ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması unsurlarının varlığını değerlendirmiş, ardından da 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde bir değerlendirme yaparak işlem konusu ortak girişim ve ana teşebbüslerin aynı pazarda faaliyet gösterdiği gerekçesiyle ortak girişiminin kurulması işleminin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu varsayımı altında 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet incelemesine tabi tutulduğunda da işlemin muafiyet koşullarını taşıdığı kanaatine varmıştır. Karardan hareketle işleme muafiyet verildiği anlaşılmaktadır.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir başka husus tam işlevsel olmayan ortak girişimlerdir. Bir ortak girişim, ana teşebbüslerin iş faaliyet alanlarından sadece sınırlı bir bölümünü üstlenmiş ise tam işlevsel olmayan bir ortak girişimdir; AR&GE, üretim, dağıtım ya da satış gibi sadece tek bir faaliyeti gerçekleştirmek için oluşturulan ortak girişimler bu kategoriye girmektedir.⁹⁴

Mehaz AB Hukuku'nda da "tam işlevsel ortak girişim"lerin 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü kapsamı dâhilinde bildirilebilir oldukları kabul edilmekle birlikte, tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda, mevzuatta açık bir ifade bulunmamakla birlikte, bütün tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü dâhilinde olmadığı yorumu çıkabilecektir. Nitekim AB doktrininde de tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin Komisyon'a veya ulusal rekabet otoritelerine bildirilmeyeceğine dair görüşler bulunmaktadır.^{95 96}

Gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ gerekse Kılavuz I'de tam işlevsel nitelikte olmayan ortak girişimlerin bildirilebilirliği hakkında tam bir açıklık getirilmemektedir. Tam işlevsel olmayan ancak yoğunlaşma doğuran bir ortak girişimin Rekabet Kurumu'na 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirilip, bildirim formununun 9. bölümü altında 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca

⁹³ Rekabet Kurulu'nun 12.01.2012 tarih ve 12-01/6-3 sayılı Tamiran SA kararı.

⁹⁴ KAYIHAN, L. (2003) "Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler", Rekabet Kurumu (der.) *Uzmanlık Tezleri No. 87* içinde, s. 53.

⁹⁵ Bellamy ve Child 2008, s. 542.

⁹⁶ WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Pres, New York, US, s.826.

muafiyet değerlendirilmesi yapılmasının talep edilmesi halinde, Rekabet Kurulu'nun nasıl bir uygulamaya başvuracağı belli değildir. Nitekim böyle bir başvuru sonucu Rekabet Kurulu bu işlemi tam işlevsel olmaması gerekçesiyle bildirim tabi bulmayıp muafiyet başvurusu yapılmasına hükmedebilecektir. Böyle bir durumda tarafların yeniden 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir başvuru mu yapması gerekecek yoksa hâlihazırda yapılan başvuru bir muafiyet başvurusu olarak mı değerlendirilecektir? Aynı şekilde böyle bir durumda başvuru hangi sürelerle tabi olacaktır gibi sorulara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Tabi tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin 2010/4 Sayılı Kanun kapsamında bildirilebilir olması da başka bir ihtimaldir.

9.3. Yan Sınırlama Rejimi Kapsamındaki Değerlendirmeler

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13/5. maddesinde yer alan "*birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşmış olmadığı tespitini işlem taraflarının yapması esastır.*" hükmüyle kastedilenin yan sınırlama rejimi çerçevesinde değerlendirilen rekabet etmeme, istihdam etmeme ve gizlilik yükümlülükleri olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında yan sınırlama kavramını, rekabeti kısıtlayıcı bir unsur barındırmakla beraber ana işlevi yönüyle rekabeti sınırlayıcı olmaktan ziyade ana işlemin varlığı için gerekli meşru bir ticari menfaati koruyan ek hükümler olarak tanımlanabilmektedir.⁹⁷

2010/4 Sayılı Tebliğ'den önceki zamanda uygulamada Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamaları yoğunlaşmalarla birlikte değerlendirdiği gözlemlenmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu, incelediği işlemlere yönelik kararını verirken çoğunlukla hüküm kısmında işlem özelinde getirilen kısıtlamaların (rekabet etmeme, istihdam etmeme, ayartınama, gizlilik vb.) yan sınırlama sayılarak işleme izin verilmiş olduğunu açıkça beyan etmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile artık yan sınırlama hususunun ayrıca olay bazında incelenmeyeceği ve teşebbüslerin konu hakkındaki değerlendirmelerini bizzat kendilerinin yapmasının (*self assessment*) gerekeceği görülmektedir. Kendi değerlendirmesi kapsamında taraflar bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığına kendileri karar vereceklerdir. Ancak Kılavuz I'nin 43. paragrafında tarafların talepte bulunması halinde Rekabet Kurulu'nun Kılavuz I'de ya da önceki kararlarında ele alınmamış yeni bir yönü bulunan sınırlamaları

⁹⁷ GÜRKAYNAK, G., H. ÖZGÖKÇEN (2007), "Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli mi?", Rekabet Forumu Dergisi 36. Sayı, Rekabet Derneği, Ankara, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi36.doc, Erişim Tarihi: 20.04.2012, s.12.

kararlarında inceleyeceği anlaşılmaktadır. Bu şekliyle “*self-assessment*” mekanizmasının AB Hukuku’na paralel bir şekilde düzenlendiği açıktır.

Nitekim, mehaz AB Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu’na⁹⁸ (2005/C 56/03) (“2005/C Duyurusu”) bakıldığında, eğer ilgili işlem “belirsizlik yaratan değişik ve çözülemeyen sorular doğruyorsa, tarafların talebi üzerine, Komisyon sınırlamaları değerlendirir. Bu sorular Komisyon tarafından ilgili 2005/C Duyurusu veyahut Komisyon kararı tarafından açıklanmamış unsurları içermesi olarak açıklanmaktadır.

Yukarıda açıklanan yan sınırlama kavramı mehaz 2005/C Duyurusu ile doğrudan paralellik göstermektedir. Kılavuz I yan sınırlama kavramı ve uygulamaya ilişkin genel ilkeler hakkında bir takım açıklamalara yer vermiştir. Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ ve Kılavuz I’deki açıklamalar yan sınırlamanın değerlendirilme kriterleri hakkında ayrıntılı açıklama içermemesi nedeniyle açıklığa istenildiği ölçüde kavuşturulmamıştır.

Kılavuz I’de de açıklandığı üzere süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yasaklarının makul olduğu kabul edilmektedir. Ancak Rekabet Kurumu’nun üç yılı aşan bir süre için öngörülmuş çok sayıda rekabet etmeme kararı da bulunmaktadır. Yapılan açıklamalar üç yıla kadar olan rekabet etmeme hükümlerinin değerlendirilmesinde yeterli olabileceksede üç yıldan fazla olan bir rekabet etmeme yasağında tarafların kendi değerlendirmelerini yapabilmeleri için yeterli olmayabilmektedir. Kılavuz I bu hususa ilişkin olarak müşteri bağımlılığının daha uzun sürmesi ve devredilen *know-how*’ın niteliği gereği gerekli olması durumunda somut olayın gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla üç yılı alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş ve bir takım Rekabet Kurulu kararlarına atıfta bulunmuştur.

Ancak mevcut açıklamalar halen Rekabet Kurulu tarafından zaman zaman kabul edilmiş, zaman zaman da reddedilmiş olan beş yıllık veya daha uzun süreli bir rekabet yasağının değerlendirmesinin nasıl yapılacağını açıklamakta yeterli değildir. Bu durum tarafların kendi değerlendirmelerinin eksik veyahut yanlış olmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan ise değerlendirmesinden emin olamayan teşebbüslerin emin olmak adına bildirim formunda yine de rekabet yasağı hükümlerine yer vermesi mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda yan sınırlamalar üzerinde Kurul’un iş yükünü

⁹⁸ Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations (2005/C 56/03).

ciddi oranda azaltacak bir düzenlemenin uygulamada işletilmesi mümkün olamayacaktır

Rekabet Kurulu'nun son dönem kararlarına bakıldığında da Kurul'un *Jantsa*⁹⁹, *Anadolu Efes*¹⁰⁰ ve *Migros*¹⁰¹ kararlarında yan sınırlamaları incelemeye tabi tuttuğu gözlemlenmektedir. Ancak söz konusu kararlardan yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmenin tarafların başvurusu üzerine mi yoksa Rekabet Kurulu tarafından re'sen mi yapıldığı anlaşılabilir değildir. Rekabet Kurulu *Anadolu Efes* ve *Migros* kararlarında uygulanacak rekabet yasaklarını süre ve koşullar açısından inceleyerek yan sınırlama olarak değerlendirilebileceğine karar verirken *Jantsa* kararında ise taraflar arasında ve taraflarla işlem konusu ortak girişim arasında düzenlenen rekabet yasağını incelemiş ve ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetin yasaklanması, taraflar bakımından yan sınırlama olabileceğinden ana şirketlerin kendi aralarındaki rekabet kısıtlamalarının yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir. Ayrıca işlem konusu ortak girişimin ana taraflarından bir tanesi olan *Jantsa*'ya getirilen rekabet yasağı hissedarlık ilişkisi sona erdikten iki yıl sonrasına kadar tüm dünya için getirilmiştir. Rekabet Kurulu bu yasağı da yan sınırlama olarak kabul etmemiş ve işlemi kuran sözleşmenin tadil edilerek ana şirketler arasında öngörülen rekabet yasağı ile sözleşme bitiminden itibaren *Jantsa*'ya getirilen iki yıllık rekabet yasağının kaldırılması şartıyla işleme izin vermiştir. Söz konusu kararda bir de karşı oy yazısı bulunmakta ve rekabet yasağının tadil edilmesi halinde işlem sonrası piyasada oluşacak rekabet artışının vuku bulmayacağı açıklanmıştır. Görüldüğü üzere Rekabet Kurulu yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerini 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirerek sonuca bağlamaktadır.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun işlem taraflarının kendi değerlendirmeleri sonrası bildirim kapsamında bildirilmesine gerek görülmeyen bir sınırlamanın ileride Rekabet Kurulu tarafından 4054 Sayılı Kanun kapsamında nasıl takip edilip değerlendirileceği net değildir. Zira bilindiği üzere doğru şekilde tanımlanmamış yan sınırlamalar 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında değil, 4. ve 5. maddeleri kapsamında değerlendirilecektir.

10. TAAHHÜT BAŞLIKLİ MADDEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Gerek Türk rekabet hukuku gerekse AB Hukuku tecrübesi ışığında, yoğunlaşma sonucunda normal şartlarda doğacak olan rekabet hukuku kaygılarını yapısal

⁹⁹ Rekabet Kurulu'nun 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı *Jantsa* kararı.

¹⁰⁰ Rekabet Kurulu'nun 29.12.2011 tarih ve 11-64/1691-598 sayılı *Anadolu Efes* kararı.

¹⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 09.02.2012 tarih ve 12-06/185-47 sayılı *Migros* kararı.

yahut davranışsal tedbirlerle ıslah ettikten sonra işlemin ilgili pazar üzerindeki sonuçlarını serbest bırakan bir mekanizma olarak tanımlanabilecek olan koşullu izin, rekabet otoritesinin uygun gördüğü değişikliklerden sonra işlemin hayata geçirilebilmesi olarak uygulanmaktadır.¹⁰²

4054 Sayılı Kanun'da yoğunlaşma işlemlerine koşullu izin verilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. 1997/1 Sayılı Tebliğ'de ise "(...) gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklere uyulması koşuluyla izin verilebilir." hükmüne yer verilerek koşullu izin verilebileceği açıklanmıştır. Ancak burada yer verilen hüküm dışında konu hakkında başka hiçbir açıklama yer almamaktadır. Geçmişte Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararlarında şartlı izin mekanizması işletilmiş ve hatta işlem taraflarınca bildirilen işlem dolayısıyla ortaya çıkabilecek rekabet endişelerini gidermek amacıyla Rekabet Kurumu'na taahhütte bulunulmuştur¹⁰³.

Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte işlem taraflarınca Rekabet Kurumu'na taahhütte bulunulması yasal zemine oturtulmuştur. Öncelikle 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13/4. maddesi Rekabet Kurulu'nun izin kararını şart ve yükümlülüğe bağlayabileceğini belirtmiştir. Taahhüt konusu ise 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 14. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, taraflar 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, ön inceleme veya nihai inceleme safhasında birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilecektir. Ancak bu taahhütlerin rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldıracı nitelikte olması gerekmektedir. Taraflarca sunulan taahhütlere ek olarak Rekabet Kurulu'nun da izin kararlarında taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülükler öngörmesi mümkündür. Bu noktada bildirim safhasında da taahhüt sunulabilmesi gerçekten de baştan taahhütte bulunması gerektiği bilinecek yapıdaki işlemler için süreci kısaltıcı bir uygulamadır.

¹⁰² GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A. G. YENİARAS (2009) "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, s.175.

¹⁰³ Rekabet Kurulu'nun 11.9.2003 tarihli ve 03-60/730-342 sayılı DSM kararı, Rekabet Kurulu'nun 29.7.2004 tarihli ve 04-49/673-171 sayılı Syngenta kararı, Rekabet Kurulu'nun 8.9.2005 tarihli ve 05-55/836-228 sayılı Gillette kararı, Rekabet Kurulu'nun 11.4.2007 tarihli ve 07-31/323-119 sayılı Güneş Express kararı, Rekabet Kurulu'nun 23.8.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı Intergum kararı, Rekabet Kurulu'nun 21.2.2008 tarihli ve 08-16/189-62 sayılı Toros Tarım kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.3.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı Cookson Foseco kararı, Rekabet Kurulu'nun 7.2.2008 tarihli ve 08-12/130-46 sayılı MGS kararı, Rekabet Kurulu'nun 10.3.2008 tarihli ve 08- 23/237-75 sayılı Vatan kararı.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 14. maddesinin uygulama esaslarını içeren Kılavuz II incelendiğinde ise genel olarak Tebliğ'in AB Komisyonu tarafından ihdas edilmiş olan düzenlemenin¹⁰⁴ hemen hemen tamamının benimsenmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Kılavuz II ile birlikte taahhütlerin nasıl sunulacağına ilişkin olarak oldukça detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca, Kılavuz II'nin ekinde yer alan "Taahhüt Formu" ile tarafların taahhütlerine ilişkin olarak Rekabet Kurumu'na sunması gereken bilgilerin kapsamı da net bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu açıdan, Kılavuz I'in aksine, uygulama bakımından Kılavuz II çok daha net ve belirli bir sistematığı olan bir zemine oturtulmuştur.

Rekabet Kurulu'nun kararlarına bakıldığında ise Kılavuz II'nin bugüne kadar uygulama alanı bulduğu bir karar dikkati çekmektedir. *Mars/AFM* kararında¹⁰⁵, Türkiye'deki en büyük iki sinema salonu işletmesinin birleşmesi işlemi değerlendirmeye alınmıştır. İşlem sonrasında "sinema salonu hizmetleri" pazarında tarafların pazar paylarının oldukça yüksek bir düzeye ulaşması öngörülmüştür. Bu çerçevede taraflarca Kılavuz II esas alınarak bir taahhüt paketi oluşturulmuş ve söz konusu paket taahhüt formu ile birlikte ikinci yazılı savunma kapsamında sunulmuştur. Taahhüt paketi kapsamında ilk olarak 10 adet sinemanın elden çıkarılması ve 2 adet sinemanın da kapatılması teklif edilmiştir. Rekabet Kurulu, bu taahhüt paketini oldukça detaylı bir biçimde inceleyerek, taahhüt kapsamında değişecek olan HHI oranlarını da değerlendirmek suretiyle kapsamlı bir ekonomik analiz gerçekleştirmiştir. Nihai olarak Rekabet Kurulu, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, bu paket öncesi duruma ilişkin olarak ulaşılan rekabetçi endişeleri gidermek için yeterli olduğu kanaatine varmış ve işleme bu taahhütler çerçevesinde izin vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun *Mey İçki* kararında¹⁰⁶ da taraflarca çeşitli taahhütler teklif edilmiş ve elden çıkarma süresi, uygun alıcı, ayrıştırma uzmanı, denetleyici uzman gibi kavramlar kullanılmıştır. Kararda Kılavuz II'den de bahsedilmiş olması taahhüt teklifinin Kılavuz II'de yer verilen açıklamalara uygun bir şekilde yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

Her ne kadar uygulamada taahhüt mekanizmasının henüz sıkça uygulandığı bir düzlem oluşmamış olsa da, *Mars/AFM* kararından anlaşıldığı kadarıyla, 2010/4 Sayılı Tebliğ ve Kılavuz II ile birlikte getirilen taahhüt mekanizması düzgün bir şekilde işletilebilmiş ve tek bir taahhüt paketi

¹⁰⁴ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

¹⁰⁵ Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı *Mars/AFM* kararı.

¹⁰⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.8.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki* kararı.

kapsamında işlem neticesinde ortaya çıkabilecek olan rekabet hukuku endişeleri ortadan kaldırılabilmektedir. Tabii ki taahhüt mekanizmasının uygulanışı ve karşılaşılabilecek olası sıkıntıların değerlendirilebilmesi için taahhüt mekanizmasının gelecekteki uygulamalarının da yakından takip edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

1.1.2011 tarihinden beri yürürlükte olan 2010/4 Sayılı Tebliğ'in genel olarak getirdiği düzenlemelere ve bu süre içerisinde uygulama alanı bulmuş yeniliklerine bakıldığında Türk rekabet hukuku üzerinde gerçekleşen bu reformun oldukça olumlu bir adım olduğu belirtilmelidir. Yeni, ancak günden güne gelişen Türk rekabet hukukunun gerçekleşen bu reform ile ivme kazandığı ve özellikle birleşme devralma işlemlerinin denetlenmesi alanında karşılaşılan bazı sorunların giderilmesi açısından önemli yol kat edildiği muhakkaktır. Yapılan bu değişikliklerin temeli mehz AB hukukuna paralel uygulamaları sağlamak ve ikincil mevzuatı daha kapsamlı hale getirmektedir. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ardından belirsizlikleri ve boşlukları gidermek adına iki adet kılavuz yayımlanmış ve önemli bazı konular üzerinde belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu noktada belirlenmesi gereken ilk hususlardan biri Rekabet Kurumu'nun bu Tebliğ ile amacının Kurum'a yapılacak bildirim sayısını azaltacak bir yapı kurmak mı yoksa daha denetleyici bir kimliğe bürünerek daha fazla işlemi kontrol edebilmek mi olmasının belirlenmesidir. Bu çalışmada da görüleceği üzere ortak girişimler gibi belli hususlarda daha denetleyici olma isteği olduğu düşünülmekle birlikte çalışmanın bütününde Rekabet Kurumu'nun daha çok bu yeni rejim ile önüne gelecek bildirim sayısını azaltacak bir yapıyı amaçladığı düşünülmektedir. Ancak yeni rejimin uygulamasının bildirim sayısını hiç de azaltmayarak aksine oldukça fazla bir sayıya katladığı somut verilerden de görülmektedir. Şu halde amacın bildirim sayısını azaltmak olması halinde bu amacı sağlayacak önlemlerin alınması gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan amacın daha denetleyici bir kimlik olması halinde ise bildirim sayısındaki artışın arzu edilen bir yapı olduğu anlaşılacakla beraber belli bazı kavramlar ve uygulamalar üzerinde tam ve sağlıklı bir rekabet hukukunun ne kadar uygulanabildiği konusunda çelişkiler olduğu görülmektedir. Nitekim bu yapı içerisinde bildirilebilirlik eşiklerinin sade ve basite indirgenmesi amacıyla düzenlenen salt ciro eşikleri ve etkilenen pazar kavramı temelli bildirilebilirlik analizi, getirilen ciro hesaplanması ve etkilenen pazar belirlenmesi gibi kavramlar üzerindeki karmaşık yapı nedeniyle olduğundan daha da karmaşık hale bürünmüştür. Nitekim çeşitli örnek olaylarla da açıklandığı üzere yapının basit bir birleşme veya devralma işleminden bir basamak daha kompleks hale

gelmesi 2010/4 Sayılı Tebliğ ve kılavuzlardaki kavramların uygulanmasını karmaşıktır.

Her halükarda birleşme ve devralma rejiminde gerek Tebliğ gerekse kılavuzlarla oluşturulan bu yeni düzenin kavşak noktası olan bazı hususları üzerinde hukuki belirliliğin sağlanması önem arz etmektedir. Nitekim yaklaşık bu bir yılı aşkın geçen sürede uygulamada karşılaşılan sorunlar göstermiştir ki belirsizliklerin giderilmesi ve belirli alanlarda hukuki güvenliğin sağlanmasına ciddi ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışma kapsamında olumsuzluklar üzerinde durulan birçok yerde, önerilen yapı 2010/4 Sayılı Tebliğ ve/veya kılavuzlarının ilgili yerlerinin belirliliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğine yöneliktir. Bu şekilde sorunların hangi noktalarda belirdiği ve hangi adımlarla giderilebileceğinin daha somut bir şekilde ortaya koyulması amaçlanmıştır. Ancak tabii ki de hâlihazırda yürüten yapıda bu çalışmada da belirlenmeye çalışılan olumsuzluklara yönelik en önemli ve faydalı çözüm, Rekabet Kurumu'nun bundan sonraki uygulamasını belli, somut ve açık adımlarla ve pozisyonunu kamuoyu ile paylaşarak, sürekli bir etkileşim içerisinde bulunması ile sağlamasıdır.

Bu yapıyı sağlayacak en önemli kaynak tabii ki de Rekabet Kurulu'nun gerekçeli kararlardır. Gerekçeli kararların ayrıntılı ve Kurul'un pozisyonunu net şekilde gösterecek bir dille kaleme alınması önem arz etmektedir. Ancak bu çalışmada da ilgili yerlerde açıklandığı üzere Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesiyle birlikte oluşan gerekçeli kararlara bakıldığında, kararların oldukça kısa ve hangi gerekçeyle alındığına dair Kurul'un pozisyonunu yansıtmayacak şekilde kaleme alındığı gözlemlenmektedir. Hukuki güvenliğin sağlanması açısından Kurul kararları üzerinden bir içtihadın oluşması gerekmektedir. Hatta içtihadta bir birliğin sağlanması adına Rekabet Kurulu'nun aynı temellere dayalı benzer olaylarda aynı pozisyonunu koruması ve bunu açıklaması da önem arz etmektedir.

Son olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile başlayan bu yenileme ve gelişme sürecinin ileride devam etmesi ve mehz AB Hukuku prensiplerine iyice yaklaşması arzu edilmektedir. Bu kapsamda ileriki zamanlarda 4054 Sayılı Kanun'unda da değişiklik meydana gelerek ana mevzuat ile ikincil mevzuat arasında tam bir uyumun sağlanacağı beklenmektedir. Nitekim daha önce bir kanun tasarısı üzerinde çalışılmış hatta T.B.M.M'ye bile girmiş fakat daha sonra bu kanun tasarısı kadük olmuştur. Benzer çalışmaların Türk rekabet hukukunda son yıllarda devam eden reform süreci içerisinde bir an önce başlaması temenni edilmektedir.

KAYNAKÇA

AYDEMİR, S. (2011), "2010/Sayı 1 Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 113-114.

BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (2008), *European Community of Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

ERDEM, E. (2011), "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", H. Domaniç, M. Helvacı, A. Kendigelen (der.), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65 Yaş Günü Armağanı* içinde, s. 203.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS (2009), "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII.

GÜRKAYNAK, G. ve H. ÖZGÖKÇEN (2007), "Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli mi?", Rekabet Forumu Dergisi 36. Sayı, Rekabet Derneği, Ankara, http://www.rekabetderneği.org/trk_bulten/sayi36.doc, Erişim Tarihi: 20.04.2012.

GÜRPINAR, B. (2011), "Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gereklileri", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 36-46.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

IVORY, J. (2011), "İngiltere'de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 84.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, US.

KAYIHAN, L. (2003), "Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler", Rekabet Kurumu (der.) *Uzmanlık Tezleri No. 87* içinde, s. 53.

KILIÇ, H. (2011), "Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (Joint-Ventures) Değerlendirilmesi", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 134.

SENYÜCEL, O. (2011), "2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve", Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 103-109.

SOLMAZ, E. (2010), "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri", Rekabet Kurumu (der.), *Uzmanlık Tezleri Serisi No: 105* içinde, s. 45.

TOPÇUOĞLU, M. ve N. DOLMACI (2011), *Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler*, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Isparta.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Pres, New York, US.

REKABET KURULU KARARLARI

- 28.05.2002 tarihli ve 02-32/367-153 numaralı Arçelik-Bloomberwerke - Brant Group kararı.
- 27.5.2003 tarihli ve 03-35/424-186 numaralı Eti Gümüş kararı.
- 11.9.2003 tarihli ve 03-60/730-342 sayılı DSM kararı.
- 29.7.2004 tarihli ve 04-49/673-171 sayılı Syngenta kararı.
- 04.05.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı Marzatto kararı.
- 17.06.2005 tarih ve 05-40/559-138 sayılı Carclo Plc kararı.
- 21.7.2005 tarihli ve 05-48/689-182 numaralı A.P Moller-Maersk kararı.
- 8.9.2005 tarihli ve 05-55/836-228 sayılı Gillette kararı.
- 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Ladik kararı.
- 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.
- 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı.
- 11.4.2007 tarihli ve 07-31/323-119 sayılı Güneş Express kararı.
- 03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı BOTAŞ kararı.
- 4.7.2007 tarih ve 07-56/632-214 sayılı Electronic Partner kararı.
- 4.7.2007 tarih ve 07-56/661-230 sayılı Air Berlin-LTU kararı.
- 23.8.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı Intergum kararı.
- 13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Avrasya Gaz kararı.
- 21.2.2008 tarihli ve 08-16/189-62 sayılı Toros Tarım kararı.
- 7.2.2008 tarihli ve 08-12/130-46 sayılı MGS kararı.
- 10.3.2008 tarihli ve 08- 23/237-75 sayılı Vatan kararı.

- 20.3.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı Cookson Foseco kararı.
- 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.
- 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Çimentaş kararı.
- 3.7.2008 tarih ve 08-43/588-221 sayılı ACT 4 - Corio kararı.
- 14.8.2008 tarih ve 08-50/721-281 sayılı Migros kararı.
- 30.10.2008 tarih ve 08-61/998-390 sayılı Babil Yapı kararı.
- 18.12.2008 tarih ve 08-73/1156-450 sayılı TBS Beton kararı.
- 05.09.2009 tarih ve 09-34/791-194 sayılı Çimpor - Babil kararı.
- 9.9.2009 tarih ve 09-41/1003-259 sayılı Traçim kararı.
- 25.11.2009 tarih ve 09-57/1392-361 sayılı Summer Investment kararı.
- 2.12.2010 tarih ve 10-75/1535-589 sayılı Statum Investment kararı.
- 12.01.2011 tarih ve 11-03/36-9 sayılı Zentiva Kimyasal Ürünler kararı.
- 09.02.2011 tarih ve 11-08/148-47 sayılı İstanbul Memorial kararı.
- 23.2.2011 tarih ve 11-10/185-61 sayılı Ice Cream Investment kararı.
- 21.4.2011 tarih ve 11-25/484-148 sayılı Makro Market kararı.
- 28.04.2011 tarih ve 11-26/494-151 sayılı International Petroleum kararı.
- 2.6.2011 tarih ve 11-33/711-218 sayılı Birlik kararı.
- 06.07.2011 tarih ve 11-41/882-277 sayılı Matthews International kararı.
- 16.06.2011 tarih ve 11-37/767-235 sayılı Loomis kararı.
- 14.07.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Demag kararı.
- 14.07.2011 tarih ve 11-43/919-288 sayılı KKR/Sorgenica kararı.
- 3.8.2011 tarih ve 11-44/1021-347 sayılı DDB Holding kararı.
- 17.08.2011 tarih ve 11-45/1106-382 sayılı Ocean kararı.
- 17.8.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı Mey İçki kararı.
- 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı Sofra Yemek kararı.
- 22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı EMA - Huntsman kararı.
- 22.09.2011 tarih ve 11-48/1218-431 sayılı Işık Perde kararı.
- 18.10.2011 tarih ve 11-53/1347-476 sayılı International Paper kararı.
- 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı Mars/AFM kararı.
- 24.11.2011 tarih ve 11-59/1515-540 sayılı Galenica kararı.
- 07.12.2011 tarih ve 11-60/1564-555 sayılı Evonik kararı.

- 14.12.2011 tarih ve 11-61/1583-566 sayılı Shell kararı .
- 14.12.2011 tarih ve 11-61/1580-565 sayılı Lur Berri/LBO kararı.
- 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı Jantsa kararı.
- 29.12.2011 tarih ve 11-64/1659-589 sayılı Integrated kararı.
- 29.12.2011 tarih ve 11-64/1691-598 sayılı Anadolu Efes kararı.
- 12.01.2012 tarih ve 12-01/6-3 sayılı Tamiran SA kararı.
- 09.02.2012 tarih ve 12-06/185-47 sayılı Migros kararı.

KOMİSYON KARARLARI

- Case COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11 Şubat 2002.
- Case COMP/M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30 Nisan 2003.
- Case COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20 Temmuz 2005.

