

REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE  
DEVRALMALAR SEMPOZYUMU

# REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR SEMPOZYUMU

22 NİSAN 2011 İSTANBUL

Üniversiteler Mah. 1597. Cadde No: 9 06800 Bilkent / ANKARA  
ISBN: 978-975-5479-09-1

[www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)



**REKABET HUKUKUNDA  
BİRLEŞME VE DEVRALMALAR  
SEMPOZYUMU**

**Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası  
Rekabet Kurumu**

**Düzenleme Kurulu Üyeleri**

Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİŞİK - Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU  
Fevzi ÖZKAN - Doç. Dr. Tahir SARAÇ - Z. Gonca ÜNDÜL

---

*22 Nisan 2011*  
*İSTANBUL*

---

**Sayfa Düzeni ve Yayına Hazırlama**  
Zerşin AKSU ÜLKER

**Basıldığı Yer**  
Cem Veb - Ofset Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi  
Alinteri Bulvarı No: 29 Ostim/ANKARA

ISBN 978-975-5479-09-1

YAYIN NO

0268

## İÇİNDEKİLER

---

	Sayfa No
<b>AÇILIŞ KONUŞMALARI</b>	
<b>Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİŞİK</b> ..... 5 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı	5
<b>Prof. Dr. Selahattin SARI</b> ..... 9 Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı	9
<b>Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI</b> ..... 11 Rekabet Kurumu Başkanı	11
<b>Nuri TUNA</b> ..... 15 ISO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı	15
<b>I. OTURUM</b>	
<b>İKTİSAT VE HUKUK PERSPEKTİFİNDEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR</b>	
<b>Doç. Dr. Mustafa ATEŞ</b> ..... 21 Rekabet Kurulu İkinci Başkanı (Oturma Yöneticisi)	21
<b>Ali DEMİRÖZ</b> REKABET KURULUNUN GENEL ÇERÇEVESİ ..... 23	23
<b>Hüsnü DİNÇSOY</b> TÜRKİYE’DE BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMİNİN DİNAMİKLERİ ..... 29	29
<b>Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR</b> BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİNİN EKONOMİK VE HUKUKİ GEREKÇELERİ ..... 35	35
<b>SORU ve CEVAPLAR</b> ..... 49	49

## II. OTURUM

### AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ

<b>Prof. Dr. Lerzan YILMAZ</b> .....	52
Maltepe Üniversitesi (Oturum Yöneticisi)	
<b>Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL</b> AT-BİRLEŞME KONTROLÜ- BAZI ELEŞTİREL GÖZLEMLER.....	55
<b>Jose Maria CAPRI BADIA</b> AB (KOMİSYON) UYGULAMASINDA BİLDİRİM EŞİKLERİ.....	67
<b>John IVORY</b> İNGİLTERE'DE BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ.....	81
<b>SORU ve CEVAPLAR</b> .....	99
<b>Orçun SENYÜCEL</b> 2010/4 SAYILI TEBLİĞİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER GENEL ÇERÇEVE .....	103
<b>Salim AYDEMİR</b> 2010/4 SAYILI TEBLİĞE GÖRE İLGİLİ TEŞEBBÜS VE CİRONUN BELİRLENMESİ.....	113
<b>Yrd. Doç. Dr. Harun KILIÇ</b> REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARDAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE ORTAK GİRİŞİMLERİN (JOINT-VENTURES) DEĞERLENDİRİLMESİ .....	121
<b>SORU ve CEVAPLAR</b> .....	137

**REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR  
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011  
İSTANBUL*

---

**AÇILIŞ KONUŞMALARI**

**Prof. Dr. H. Güzin ÜÇİŞİK**  
*Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

**Prof. Dr. Selahattin SARI**  
*Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı*

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
*Rekabet Kurumu Başkanı*

**Nuri TUNA**  
*İSO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı*

**Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)-** Rekabet Kurumunun Sayın Başkanı, değerli üyeleri, değerli İSO üyeleri, Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekanım, sayın öğretim üyelerim, değerli katılımcılar, yabancı konuklarımız; Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesiyle İstanbul Sanayi Odası ve Rekabet Kurumunun iş birliğiyle düzenlenen “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar” konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Rekabet çağında yaşıyoruz. İçinde bulunduğumuz çağın temel özelliklerinin başında galiba rekabetçi olma durumu geliyor. Spordan ticarete, sanayiden bilime, sanattan inovasyona ve reklamcılığa kadar, rekabetin olmadığı alan yok gibi. Başarılı olanlar hep rekabette öne geçenler.

Tabii, rekabet deyince, bizim öğrencilik yıllarımızdan ya da üniversitedeki derslerimizden aklımızda kalan hep tam rekabet piyasası, eksik rekabet, giderek rekabetin haksız rekabet boyutları. İnsan üzerinde düşününce, birden, ne kadar derin bir konu olduğunu, iki kelimeyle geçtiği pek çok kavramın aslında çok derinlere gittiğini zaman içinde görüyor.

Bu önemi giderek artan rekabet olgusu karşısında Türkiye ekonomisinin ve Türk özel sektörünün son yıllarda küresel sistem içinde rekabet alanında büyük deneyimler kazandığını söylememiz mümkün; giderek hızla öğreniyoruz. Bu bilimsel toplantının da söz konusu gelişmelere hem teorik anlamda, kuramsal anlamda, hem de pratikte karar alma mekânizmasına yardımcı olmasını gönülden diliyoruz.

Rekabet olgusu dinamik bir süreç. Günümüzde ekonomik gücün ana kaynağının teknoloji ve iletişim alanındaki küresel dönüşüme dayalı rekabet üstünlüğü olduğu bir gerçek.

Rekabeti biçimlendiren bu yöntemler olarak şirketlerin evlilikleri ve devralmalar konusu şimdi dinamik ekonominin dikkat çekici sektörlerinden biri. Zaten gazetelerdeki ve televizyonlardaki ekonomi programlarında ve sayfalarında hep bu şirket evlilikleri, devralmalar konusunun çok güncel olduğunu görüyoruz. Demek ki bu, tüketicilerin ya da izler kitlenin de çok dikkatini çeken bir konu oluyor.

Şimdi sempozyumun açış konuşmalarına geçmek istiyorum. İlk konuşma için Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Güzin Üçışık'ı mikrofona davet ediyorum; buyurun Sayın Hocam.

## **Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK**

*Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

---

Değerli konuklar, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odasıyla birlikte düzenlediğimiz Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar konulu sempozyuma hoş geldiniz.

Rekabet hukuku alanında yetkin ve çok değerli oturum başkanlarına, konuşmacılara söz vermeden önce, bu sempozyumu düzenleme ihtiyacını neden hissettiğimize dair izninizle birkaç söz söylemek istiyorum.

Bilindiği üzere piyasa ekonomisinin temelini oluşturan serbest rekabet, kendisinden beklenen yararları ancak piyasalarda rekabetin etkin bir şekilde var olabileceği bir rekabet ortamının yaratılması ve sürdürülmesi hâlinde gerçekleştirebilir.

Devletin rekabeti koruma amacıyla ekonomiye müdahale aracı Rekabet kanunlarıdır. Rekabet kanunlarının koruduğu menfaat, rekabetin sağlayacağı umulan yararlar nedeniyle serbest rekabet ortamıdır.

Çağdaş rekabet teorilerinde benimsenen rekabet anlayışına göre rekabet politikalarının amacı, piyasalarda tam rekabetin değil, çalışabilir, etkin rekabet ortamının tesisidir.

Rekabet ortamını korumak için pazarı düzenleyici hiçbir müdahale olmadığı takdirde, serbest rekabet kendini yok ederek yerini, ekonomik güçlerin merkezileştiği yoğun bir tekelleşmeye bırakma eğiliminde olduğundan, piyasadaki rekabeti koruyucu ve teşvik edici düzenlemeleri öngören Rekabet kanunları piyasa ekonomisinin hukuki altyapısını ve güvencesini oluşturur.

Bilindiği üzere birleşme ve devralmalar rekabet ortamı üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler doğurabilmektedir.

Birleşme ve devralmalar; teknolojik gelişmeyi takip edebilen büyük teşebbüslerin oluşması, uluslararası rekabet gücünün artması gibi olumlu ekonomik tesirlerin yanı sıra, birçok durumda da, ilgili teşebbüslerin piyasada hâkim duruma gelmelerine ve bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları sonucu rekabetin etkinliğinin ortadan kalkmasına da yol açabiliyor. Piyasa ekonomilerinde serbest rekabetin sahip olduğu önem dolayısıyla, rekabet ortamını bu tür tehlikelere karşı korumak için birleşme ve devralma işlemlerinin rekabet makamlarınca denetime tabi tutulması zorunludur.



Teşebbüslerarası birleşme ve devralmaların denetimi; özellikle az sayıda teşebbüsün büyük pazar paylarını ellerinde tuttuğu, piyasaya birlikte hâkim oldukları, oligopol piyasaların da yoğun bir şekilde görüldüğü ve dolayısıyla etkin rekabetin fiilen yaşanmadığı Türkiye için, ulusal ekonomi açısından bir zorunluluk olduğu kadar, Türkiye'nin uluslararası taahhütleri bakımından da bir yükümlülüktür.

Türkiye'yle Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliği kararıyla hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla; rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatı Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlaştırma ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama taahhüdü çerçevesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7'nci maddesiyle, hâkim durumu güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki birleşme ve devralma işlemleri yasaklanmaktadır. Aynı maddenin devamında ise, belirli nitelikteki işlemlerin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için önceden Rekabet Kurumuna bildirilerek izin alınması öngörülmüş ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için hangi tür birleşme ve devralmaların Kuruma bildirilerek izin alınması gerektiği, Kurulun çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği düzenlenmiştir. Bunun üzerine, 1997 tarihinde, Rekabet Kurumundan izin alınması gereken birleşme ve izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin neler olduğu açıklanmıştır. Ancak, Rekabet Kurumunun bugüne kadarki uygulama tecrübesi ışığında, mevcut sistemde birtakım eksiklikler ve aksaklıklar görülmüş, söz konusu tebliğ 2010 tarihinde yenilenmiş, 7 Ekim 2010 tarih ve 27.772 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu tebliğde; birleşme ve devralma sayılan hâller ve birleşme ve devralma sayılmayan hâller açıkça belirtilmiş, bildirim hangi hâllerde yapılacağı açıklığa kavuşturulmuş, bildirim usul ve esasları ile değerlendirmeye ilişkin yeni düzenlemelere gidilmiştir. Teşebbüsler açısından bildirim hangi hâllerde yapılacağının bilinmesi, yüksek cezalar ile karşı karşıya kalınmaması açısından çok önemli.

Oldukça detaylı olarak kaleme alınan bu düzenlemede, ciro eşiklerinin hesaplanmasında, sadece birleşme ve devralma işlemine taraf olan teşebbüslerin ciroları değil, bunların bağlantılı oldukları teşebbüslerin de ciroları dikkate alınmıştır. Ayrıca, bildirim usul ve esasları ile ilgili değerlendirmeye ilişkin yeni düzenlemelere gidilmiş, aynı zamanda, tebliğ ekinde yer alan Bildirim Formunda da önemli değişiklikler yapılmış, rekabet açısından sakınca doğurma ihtimali düşük olan birleşme ve devralmalar için Bildirim Formunun bazı bölümlerinin

doldurulması zorunluluğu kaldırılarak teşebbüsler açısından daha kolay başvuru imkânı sağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemenin önemi dolayısıyla, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odasının birlikte düzenlediği bu panele iştiraklerinden dolayı değerli panelistlere, mensubu olduğum Üniversitem adına çok teşekkür ediyorum. Ayrıca, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odası yöneticilerine ve siz değerli konuklarımıza, bu sempozyuma ilgilinizden dolayı çok teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)**- Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Güzin Üçışık'a teşekkür ediyorum.

İkinci konuşmayı yapmak üzere Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Profesör Doktor Selahattin Sarı'yı mikrofonu davet ediyorum; buyurun Hocam.

## **Prof. Dr. Selahattin SARI**

*Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı*

---

Rekabet Kurumunun ve İstanbul Sanayi Odasının çok değerli Başkan ve temsilcileri, gerek yurt dışından, gerek yurt içinden bu Sempozyumu bildirimleriyle destekleyen, katkı veren çok değerli öğretim üyesi dostlarımız ve siz değerli dinleyiciler; öncelikle Üniversitem adına ben de hepinize hoş geldiniz diyorum, teşekkürlerinizden dolayı teşekkürlerimi arz etmek istiyorum.

Serbest piyasa ekonomisi, artık üzerinde tartışması olmayan, tüm dünya tarafından, insanlığın refah payının artırılması noktasından en son bulunan en iyi piyasa modeli olduğu malum.

Piyasa sisteminin işleyişiyle ilgili de biliyorsunuz, “Lese fer, lese pase (bırakın yapımlar, bırakın geçsinler) diye bir slogan var. Ancak, bu sloganla kendisini ortaya koyan sistemin, özellikle küreselleşmenin en üst noktasına gelmiş olduğu çağımızda, günümüzde gerek dünyada, gerekse ülkeler içerisinde tam anlamıyla işlerlik kazandığını da söylemek mümkün değil. Halbuki, serbest piyasa modelinin işleyişinin temel dinamiklerini sağlayan rekabettir. Rekabetin olmadığı yerde kişilerin refah payının artması mümkün değildir. Dolayısıyla bu noktada, gereken gözetlemeyi, denetlemeyi yapacak olan kurumların, müesseselerin de oluşması gerekiyor; bu hem ülkeler boyutunda, hem ülke içerisinde sürekli bir şekilde yerini almasıyla mümkün olabilecek bir yapıyı gerektiriyor. Bu doğrultuda, tabii ki sadece ilgili kurumların görevleri üstlenerek tek başlarına belli bir başarıya ulaşmaları şeklinde düşünülmemelidir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, hatta bu kurumun temel enstrümanlarından olan firmalarımızın, kişilerimizin, şirketlerimizin, üzerlerine düşen görevleri bu noktada da üstlenmeleri gerekir.

Beykent Üniversitesi, üniversite hayatı açısından çok eski Üniversitelerimizden değil. 1997’de kurulmuş olmakla birlikte, gerek öğretim üyesi kadrosuyla, gerek öğrenci kapasitesiyle çok kısa bir zamanda çok mesafe almış, 12 binleri aşan öğrenci sayısına ulaşmış, Türkiye’nin sayılı eğitim müesseselerinden biri hâline gelmiştir.

Dışarıdan bakıldığı zaman üniversitelerin temel görevleri; eğitim alanında hizmet vermek, öğrencilerimize, gençliğimize belirli eğitimleri sağlamak gibi görülmekle birlikte, bir diğer temel görevi de, piyasanın içerisinde bulunun tüm kurum ve kuruluşların, devletin gerekli organlarının ihtiyacı olan fikirlerin üretilmesinde ve yaşatılmasında katkı sağlayacak aktivitelerde de bulunabilmektir. Bu doğrultuda Üniversitemizin tüm birimleri üzerine düşeni yapmaya

çalışmaktadır. Uluslararası organizasyonlar yapılmaktadır; örneğin işletmecilik alanında “Stratejik Management Kongreleri”, ekonomi alanında “Avrasya Ekonomileri Kongreleri” artık gelenekleşmiştir ve ülkemizde olduğu gibi, ülke dışında da, katılımcıların da vermiş olduğu imajlarla uluslararası boyutlara taşınmıştır. Diğer taraftan, çok genç, daha henüz mezun vermemiş olan Hukuk Fakültemiz de, her sene ulusal ve uluslararası boyutta düzenlemiş olduğu Sempozyumlarla katkı sağlamaktadır ve artık Hukuk fakülteleri içerisinde ses getiren Fakültelerden birisi hâline gelmiştir. Bu vesileyle kendilerini kutluyorum.

Tabii ki, üniversitemizin elindeki mevcut imkânlarla tek başına büyük organizasyonları gerçekleştirme şansları zayıftır. Kendilerine diğer kurumlar tarafından da destek verilmeli ki, hep birlikte belirli bir başarıya ulaşılabilir. Bu doğrultuda özellikle iş dünyasına teşekkürlerimi arz etmek istiyorum; her türlü programda bize destek olmuşlardır, katkı sağlamışlardır. Kamu kurumlarına teşekkür etmek istiyorum. Bakın, böylesi güzel bir organizasyonda, serbest piyasanın temel taşlarından olan iş adamlarının temsilcileri de burada, bu işle ilgili denetimi yapacak olan kurumların temsilcileri de burada, fikir boyutunda katkı sağlayacak olan Üniversitemizin temsilcileri de burada yerini almıştır.

Bu tip organizasyonların bundan sonra da el birliği içerisinde devamını temenni ediyoruz, inşallah olacaktır diyoruz ve inanıyoruz.

Bu doğrultuda, bu Sempozyumun oluşmasına katkı sağlayan, destek veren tüm kurum ve kuruluşlara teşekkürlerimi arz ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)-** Beykent Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Profesör Doktor Selahattin Sarı’ya teşekkür ediyorum.

Efendim rekabet, hem ekonomi içinde, hem uluslararası ekonomide son derece geçerli olan ve can alıcı bir kavram. Tabii, genel olarak uluslararası rekabette büyük yarış, sermaye-yoğun üretim yapan, bu tekniği kullanan gelişmiş ülkeler arasında geçiyor. Ekonomik veriler de aslında, rekabet gücü artan bu toplumlarda refah düzeylerinin yükseldiğini işaret ediyor.

Rekabet anlayışı, rekabet kültürünün geliştirilmesi misyonunu üstlenen Rekabet Kurumunun, ekonominin toplam rekabet gücünün artırılması yönündeki çalışmalarını da burada özenle vurgulamamız gerekiyor.

Şimdi Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Profesör Doktor Nurettin Kaldırımçı’yı mikrofonu davet ediyorum; buyurun Hocam.

## **Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**

*Rekabet Kurumu Başkanı*

---

Beykent Üniversitesinin çok değerli Rektör Yardımcısı, değerli Hukuk Fakültesi Dekanı, değerli öğretim üyeleri, İstanbul Sanayi Odasının çok değerli yöneticileri, Rekabet Kurumundan arkadaşlarım ve tabii ki sanayicilerimiz; bu program, Sayın Rektör Yardımcısının da dediği gibi, anlamlı, önemli, esasen güzel bir modelin de somutlaşması anlamına geliyor. Bir tarafta Rekabet Kurumu, bir tarafta Üniversite ve bir tarafta sanayicilerimiz, ekonomide önemli görevler üstlenen aktörlerimiz; bu modelin kalıcı olmasını, bu uygulamaların yaygınlaşmasını, kurumsallaşmasını yürekten temenni ediyorum. Emegi geçen bütün arkadaşlara teşekkür ediyorum, başarılar diliyorum.

Aramızda yabancı misafirlerimiz de var; davetimizi kabul ettiler ve Avrupa Birliği Komisyonundan, İngiltere'den, Almanya'dan teşrif ettiler. Kendilerini öğleden sonra dinleyeceğiz. Kendilerine de çok teşekkür ediyoruz. Bu program onlar için de anlamlı bir iz, bir hatıra olur ümidi içindeyim.

İstanbul Sanayi Odasıyla son zamanlarda başka bir program için görüşmelerimiz sürüyor; inşallah, mutabakat tesis edilirse Sanayi Odamızın üyelerine, 6 ay sürecek, belki de 1 yıla yayılacak bir program teklif edeceğiz. Çeşitli sektörler, gruplar itibarıyla, rekabet hukukunun güncel, aktüel meselelerini ana hatlarıyla, ne olduğunu-ne olmadığını kendileriyle paylaşmak istiyoruz. Oda yönetimi, Sayın Başkan konuyu çok önemsediklerini ifade etti. Görüşmelerimiz sürüyor. Aynı programı İstanbul Ticaret Odası ile de yapacağız. Yüz binlerce üyesi olan İstanbul Ticaret Odasının ve tabii Sanayi Odasının -ki Türkiye ekonomisinde çok önemli ağırlıkları olduğunu biliyorum- bizlerle yaptıkları bu iş birliği bizi heyecanlandırmaktadır.

Geçen yıl, 2010 Rekabet Mektubu'nu 3-5 ay süreyle ana sayfasında ilan eden, bulunduran İstanbul Sanayi Odasına şahsi olarak ve Kurumum adına minnettarlığımızı huzurunuzda ifade etmek istiyorum. Rekabet hukuku, rekabetin kurumsallaşması sadece bir kamu kurumunun misyonu olmamalıdır, başarı için daha fazlasına ihtiyaç var. Eğer rekabet, toplumsal açıdan, ekonomik açıdan önemliyse, anlamlıysa, bütün toplumsal grupların, bütün toplumsal aktörlerin bu sorumlulukta, bu misyonda bir görevlerinin olması lazım. Sanayi Odamızın, yine aynı şekilde Ticaret Odamızın, TOBB yönetiminin, -bu vesileyle onu da ifade edeyim- bu konudaki katkıları bizim için unutulmaz nitelikte.

Rekabet hukukunun toplumsal hayatımızda, ekonomimizde etkin şekilde uygulanması çabasını ısrarla sürdürüyoruz.

Rekabet kurumlarının başarılı olması için, rekabet hukukunun ne olduğunun, neye yaradığının, temel gerekçesinin toplumsal çevre bakımından, herkes tarafından bilinmesi gerekiyor. Rekabet, ülke açısından, ekonomi açısından, teşebbüslerimiz açısından, tüketiciler açısından, eğer modern bir paradigma olarak benimsenmiş ise, takdimci Beyefendi Erkan Beyin ifade ettiği gibi, bunu herkesin bu şekilde anlamasında zorunluluk var. Rekabet, herkesin yararına ise, bundan söz ediyorsak, bütün toplumsal kesimlerin bu yararı arttıracak bir duyarlılık içinde olmasına ihtiyaç var. Hayatın her alanında rekabet o kadar da belki sevimli bir şey değil, bizi zorluyor ama hayatın gerçeği ise, bu gerçeğe dokunmamız lazım, bu gerçekle barışmamız lazım, bu gerçeği yönetmemiz lazım. Sadece toplumsal bir aklın değil, belki uluslararası aklın da desteğini sağlamamız lazım.

Rekabetin etkin şekilde uygulanması, rekabet hukukunun kurumsallaşması çizgisinde, dünyada, gelişmiş ülkelerde tarihi süreç içinde bu konu nasıl anlaşıldı, nasıl uygulandı, ne tür gelişmeler söz konusu oldu ve bugün mevcut durum itibarıyla kimler ne yapıyor; bunu bilmek hepimize vizyon kazandıracaktır, misyonumuzu daha iyi anlamaya yol açacaktır.

Tabii ki, kendi ülkemize dönük bir kısım çıkarımlar, bir kısım sonuçlar da üretmek lazım. Birleşik Devletler’de, İngiltere’de çok iyi uygulanan bir sistem ayrımı planında belki bizim ülkemizde biraz daha dikkatle ele alınmalıdır.

Bunları görmek, bunları ortaya koymak bakımından, kendi toplumsal çevremizde, ekonomimizde etkin olmak bakımından bütün bunları herhâlde konuşmak gerekiyor, tartışmak gerekiyor. Bir bakıma, mevzuatımızı ve organizasyonumuzu da güçlendirmekten söz ediyorum, bunun gerekli olduğundan söz ediyorum.

Biz kamu hizmeti yapıyoruz. Bu kamu hizmetini bir başarıya dönüştürmek gibi bir hedefimiz, bir çabamız var. Gelecekte, bugün icra edeceğimiz programın belki anlamlı bir hatıra, bir iz olarak tarihe geçmesi, bizim için bir başarı göstergesi olacaktır.

Üniversite yöneticilerimize, İstanbul Sanayi Odası yöneticilerine, Rekabet Kurumundan arkadaşlarıma ve çok değerli sanayicilerimize, böyle bir ortamın teşkilindeki katkıları için minnettarlığımı, saygılarımı, sevgilerimi tekrar sunuyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)-** Biz de Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Profesör Doktor Nurettin Kaldırımca'ya teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar, günümüzün zorlu ekonomik koşulları, kısa vadeli acil sorunların ivedi çözümünün yanı sıra, rekabet gücüne dayalı bileşenleri açısından da uzun vadeli bakışın hiç kaybedilmemesi gerektiğini bize hatırlatıyor. Bu temel perspektifin takipçisinin, ülkenin en büyük Sanayi Odası olan İstanbul Sanayi Odasının olmasından daha doğal bir şey yok.

Şimdi, aramıza son anda katılan, -İstanbul'un zorlu trafik koşullarını aşarak geldiler- sempozyumun ortak kuruluşlarından biri olan İstanbul Sanayi Odasının Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı Sayın Nuri Tuna'yı mikrofonu davet ediyorum; buyurun efendim.

## Nuri TUNA

### *İSO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı*

---

Sayın Başkan, çok değerli konuşmacılar, değerli konuklar; İstanbul Sanayi Odası adına sizleri saygıyla selamlıyorum ve hoş geldiniz diyorum.

Beykent Üniversitesi, Rekabet Kurumu ve İstanbul Sanayi Odası iş birliğiyle düzenlenen AB ve Türkiye Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar konulu sempozyuma hoş geldiniz diyorum. Değerli konuklar, küresel rekabet koşulları, sürdürülebilir rekabetçilik ve teknoloji yönetimi gibi pek çok yeni kavramı ve firmalar için de bu yeni kavramlara uyum zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.

Hızla değişen ve yeniden şekillenen ekonomik ortamda ayakta kalabilmek için yeni vizyonlar edinme, iş süreçlerini yeniden tanımlama ve yeniden yapılanma kaçınılmaz hâle gelmiştir. Ancak yeniden yapılanmanın bir maliyeti vardır ve çoğu zaman firmalar, bu maliyeti karşılamaya yetecek özkaynaktan veya gerekli finansal kaynaklara ulaşma imkânından mahrumdurlar.

Şirket birleşmeleri ve devralmaları, finansal anlamda sıkıntı yaşayan, ama buna rağmen rekabet gücünü geliştirmek isteyen firmalar için önemli bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirket birleşmeleri şirketlere daha güçlü bir oyuncu olma fırsatı vermektedir ve bu doğrultuda sektörlerin de ön sırada olmaları için faydalar sağlamaktadır. Ancak şunu da biliyoruz ki; birleşme ve devralmalar kontrolsüz bir şekilde gerçekleştiği takdirde piyasadaki diğer oyuncular açısından sorunlar ve sıkıntılar yaratabilmektedir. Daha küçük oyuncuların ezilmesi, hâkim durumun kötüye kullanılması, kartelleşme veya tekelleşmeye kadar uzanabilecek sorunların önüne geçilebilmesi için, daha en başından önlem alınması ve bazı kontrol mekânizmalarının kurulması gerektiği açıktır.

Değerli konuklar, Türk ticari hayatında oldukça yeni olan birleşme ve devralmalar ülkemizde öncelikle, holdingler bünyesinde benzer şekilde iş yapan grup şirketlerinin birleşmesiyle gündemimize gelmiş, daha sonra bankacılık ve medya sektörlerimizde de uygulanmaya başlamış ve son dönemde de, perakende ve perakende sektörüne hizmet veren sanayi kollarında yaygınlık kazanmaya başlamıştır.

Bu olumlu örneklerle rağmen, ekonomimizin geneline baktığımızda, muhafazakâr yönetim ve iş anlayışı başta olmak üzere çeşitli nedenlerle şirketlerimizin devralma ve birleşmelere mesafeli yaklaştığını görmekteyiz. Ne yazık ki, bu tip yapılanmaların büyük ölçekli gruplarla sınırlı kaldığını



görmekteyiz. Oysa, birleşme ve satın almaların yaygınlaşması, şirketlerimizin ve dolayısıyla ekonomimizin küresel rekabet koşullarına uyum sağlaması açısından büyük önem taşımaktadır. Zira, küresel rekabetin gerektirdiği yeniden yapılanmayı ancak güçlerimizi birleştirerek yakalayabiliriz.

İstanbul Sanayi Odası olarak âdeta slogan hâline getirdiğimiz bir sözü ifade etmek istiyorum: Okyanuslara açılırken büyük ve dayanıklı gemilere ihtiyaç vardır. Küresel pazarları hedefliyorsak, “küçük olsun benim olsun” anlayışını bir kenara bırakmalı ve büyük gemiler yapmak üzere yola çıkmalıyız.

Güçlerimizi birleştirmek, ölçek ekonomisini yakalamak açısından önem taşımaktadır. Diğer taraftan, kaynakları kısıtlı KOBİ’lerimiz, ar-ge ve inovasyon başta olmak üzere küresel rekabetin gerektirdiği yatırımları ancak bir araya gelerek yapabilmektedirler.

Güçlerimizi birleştirmek için, birbirimize güvenmeyi, şeffaf olmayı ve bilgi paylaşmayı öğrenmek durumundayız. Bu noktada, kurumsallaşma ve kayıt altına geçiş de önem taşımaktadır.

Sözlerimi bitirirken şunu söylemek isterim: Evet, birleşme ve devralmalar rekabet gücü açısından çok önemlidir, birleşme ve devralmaları teşvik edici düzenlemeleri hayata geçirmeliyiz; ancak bu süreçte, birleşme ve devralmalar neticesinde doğabilecek komplikasyonları da engellemek ve çok sağlam bir hukuki altyapıya oturtmak da hepimizin görevidir. Bunun için, adaylık sürecinde Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamaları hassasiyetle irdelenmelidir. İşte bu kapsamda, birleşme ve devralmalar konusunun hem sosyal, hem ekonomik, hem de hukuki boyutu ile Avrupa Birliği ve Türkiye perspektifinden ele alınacağı bir etkinliğin çok önemli bir adım olduğunu düşünüyorum.

Sempozyumun organizasyonu nedeniyle Beykent Üniversitesi ve Rekabet Kurumuna tekrar teşekkür ediyorum, sizleri İstanbul Sanayi Odası adına saygıyla selamlıyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Erkan OYAL (Sunucu)-** İSO Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı Sayın Nuri Tuna'ya bu güzel konuşması için teşekkür ediyoruz. Değerli katılımcılar, değerli konuklar; açılış konuşmaları burada sona eriyor.

Gerçekten, Kurum Başkanının da belirttiği gibi, rekabet, bireysel ve toplumsal hayata her bakımdan nüfuz etmesi gereken ve dikkate alınması gereken bir anlayış ve düşünce biçimi olmak gerekiyor. Bireysel özgürlük ve girişimlerin gelişmesi, rekabet olgusu etrafında biçimlenen değerlerin eğitimde, özellikle medyada, iş dünyasında, kamu yönetiminde, toplumsal hayatın her alanında kabul görmesi ve özendirilmesi gerekiyor. Bir taraftan da, Sayın Tuna'nın belirttiği gibi, uluslararası rekabete açılmak için de, bu devralmaları ve "Merger" olayını desteklemek gerekiyor, tabii bunun kurallarına uymak koşuluyla.

Hepinize saygılar sunarken, bundan sonraki ilk oturumumuzun Başkanını buraya davet edeyim ve huzurlarınızdan saygıyla ayrılıyım.

Birinci Oturumumuzun konusu "İktisat ve Hukuk Perspektifinden Birleşme ve Devralmalar", Oturum Başkanı ise, Rekabet Kurulu İkinci Başkanı Sayın Doçent Doktor Mustafa Ateş.

Buyurun Hocam, sözü size bırakıyorum ve sempozyuma başarılar diliyorum.

**REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR  
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011  
İSTANBUL*

---

**I. OTURUM**

**İKTİSAT VE HUKUK PERSPEKTİFİNDEN  
BİRLEŞME VE DEVRALMALAR**

**Doç. Dr. Mustafa ATEŞ**  
*(Oturum Yöneticisi)*  
*Rekabet Kurulu İkinci Başkanı*

**Ali DEMİRÖZ**  
*Rekabet Kurumu*

**Hüsnü DİNÇSOY**  
*Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman*

**Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR**  
*Beykent Üniversitesi*

**Doç. Dr. Mustafa ATEŞ**

*Rekabet Kurulu İkinci Başkanı  
(Oturum Yöneticisi)*

---

Bu organizasyonun düzenlenmesine katkıda buldukları için İstanbul Sanayi Odasına ve Beykent Üniversitesine teşekkür ediyorum.

Rekabet, her alanda olduğu gibi iktisadi hayatta da çok önemli. Dolayısıyla, hukuk düzeni bu alanı düzenlemek için özel bir kanun vazetmiş ve iktisadi arenada faaliyet gösteren teşebbüslerin uyması gereken kuralları, kaideleri bir yasayla belirlemiş ve bu kuralların uygulanması konusunda da çeşitli kurumlar teşkil etmiş; Rekabet Kurumumuz da onlardan biri.

Rekabetin önemini zaten, rekabete ilişkin olarak benden önce açılış konuşmasını yapan değerli başkanlar, Rektör Yardımcımız ve Dekanımız vurguladılar. Ben zamanı etkin kullanma adına daha fazla uzatmadan bu oturumda yer alacak değerli konuşmacılarımızı kürsüye davet etmek istiyorum.

Rekabet Kurumu 2. Daire Başkanı Sayın Ali Demiröz'ü, Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman Ortağı Sayın Hüsnü Dinçsoy'u ve Beykent Üniversitesinden Sayın Yardımcı Doçent Doktor Bünyamin Gürpınar'ı kürsüye davet ediyorum.

İktisadi rekabet alanını düzenleyen 4054 Sayılı Kanunda üç temel prensip vazedilmiş: Bunlardan birisi, iktisadi aktörlerin rekabetçi bir piyasada, iktisadi hayatta, iktisadi parametreleri, arzı, üretimi, faaliyette buldukları alanlarda, pazarlarda anlaşmalarla veya uyumlu eylemlerle belirlemeleri yasaklanmış; diğer ayağı ise, piyasa gücüne sahip teşebbüslerin, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, zayıf durumda olanları piyasa dışına itmelerini veya piyasaya girişleri engellemelerini yasaklıyor; üçüncü prensip ise, şirket birleşme ve devralmalarının denetlenmesi. Kanun koyucu, iktisadi gücün belli ellerde temerküz ederek rekabeti olumsuz yönde etkileme potansiyelini ortadan kaldırmak amacıyla şirketler arasındaki birleşme ve devralmaları kontrol altına almak istemiş. Birleşme ve devralmaların mutlaka müspet tarafları var, yani teknoloji, ar-ge, inovasyon ve uluslararası rekabet gücü açısından çok önemli ama, bu gücün belli ellerde toplanarak, zayıf durumda olanların piyasaya girememeleri veya piyasadaki atılmaları riskini de göz önünde bulundurduğu için birleşme ve devralmaların kontrolü önemli. 4054 Sayılı Kanunun 7'nci maddesinde, birleşme ve devralmaları denetleme yetkisi Rekabet Kuruluna verilmiş ve Rekabet Kurulu da bunu, kanunun uygulanması amacıyla çıkardığı tebliğler vasıtasıyla denetliyor. Bizim Birleşme ve Devralmalarla İlgili tebliğimiz 2010 yılında değişti ve

1 Ocak'ta yürürlüğe girdi. Dolayısıyla, yeni bir sürece girmiş bulunuyoruz. Bu bakımdan, bu sempozyum önemli.

Bu çerçevede sözü önce Rekabet Kurumu 2. Daire Başkanı Sayın Ali Demiröz'e vereceğim. Ali Bey, rekabet hukukunun temel esaslarından bahsedecek. Burada çok değerli rekabet hukukçusu, rekabet iktisatçısı meslektaşlarımız var, aynı zamanda, bu alanda bilgi ihtiyacı olan katılımcıların olduğunu da görüyoruz. O bakımdan, mukaddime (giriş) mahiyetinde olmak üzere rekabet hukukunun temel esaslarından bahsedecek.

## REKABET KURULUNUN GENEL ÇERÇEVESİ

Ali DEMİRÖZ

*Rekabet Kurumu, 2. Daire Başkan Vekili*

---

Sayın Başkanın da söylediği gibi, ben sizlere bu sempozyumun kapsamında olmayan, genel tanıtıcı bir sunum yapmaya çalışacağım; bilenler sıkılacaktır mutlaka. Süreyi de kısa tutmaya çalışacağım, çünkü benim söyleyeceklerimin bir kısmı açılış konuşmalarında söylenmiş durumda. Ben çok hızlı bir şekilde, sistematik bir şekilde, bugün üzerinde konuşacağımız birleşme ve devralmaların içine oturduğu rekabet hukuku sistemini çok genel hatlarıyla anlatmaya çalışacağım.

Biz bu tür sunumlara hep rekabetin öneminden bahsederek, “niçin rekabet” diyerek başlarız; konuşmalarda söylendiği için bu slaydımı atlıyorum. Ekonomik etkinlik, hepimiz için daha ucuz ürünler, daha kaliteli ürünler, seçim özgürlüğü, teknolojik gelişme ve bunların sonucunda da, şirketlerimizin uluslararası alanda rekabet edebilirliğinin artırılmasını rekabetin sağladığı faydalar olarak görüyoruz.

Rekabet bu kadar önemliyse rekabet hukuku niçin gerekli? Gene açılış konuşmalarında söylendi; piyasa ekonomisinin temeli aslında, teşebbüslerin özgürce davranıp piyasada kararlarını kendilerinin almasına dayanıyor. Bu özgürlük zaman zaman, piyasayı kendi başına bıraktığımızda, rekabetçi sürecin bozulmasıyla sonuçlanabiliyor. Bunlar neler? Gene bugün çok tekrarlandı; rekabeti bozucu anlaşmalar yoluyla bu piyasa ekonomisinden ve rekabetten sağladığımız faydalar azalabiliyor, piyasada yüksek pazar gücüne sahip olan firmaların yaptığı birtakım davranışlar rekabeti engelleyebiliyor ve gene bugün üzerinde konuşacağımız, birleşme ve devralmalar, yani piyasalarda yüksek pazar gücü oluşturan işlemler yoluyla da piyasalarda rekabet kısıtlanabiliyor. Dolayısıyla, bu davranışları önlemeye dönük olarak düzenlemelere ihtiyacımız var ve rekabet hukuku da temel olarak bize bunu sağlıyor.

Rekabet hukukunun amacı ne? Tabii ki amaç, “sadece tek başına rekabet olsun” değil, rekabetin sağladığı ekonomik etkinlik yoluyla toplumsal refahın artırılması.

Rekabet hukuku tek başına bir yerde mi dolaşıyor, tek başına bir şeyler mi yapmak istiyor? Hayır. Rekabet hukukunun da, devletin müdahale araçlarının, başka enstrümanlarının da içinde bulunduğu, bir paket hâlinde “rekabet politikası” dediğimiz bir kavrama da ulaşıyoruz. En önemli aracı rekabet hukuku

olan, ama rekabet hukuku dışında, devlet yardımları gibi, münhasır ve özel haklar dediğimiz tekel ve imtiyazlı kuruluşlara yönelik kurallar gibi, piyasalarda rekabetin zor olduğu alanlardaki sektörel düzenlemeler ve dış ticaret gibi konular bir bütün olarak devletlerin, kamunun rekabet politikasını oluşturuyor. Dediğimiz gibi, rekabet hukuku da, bu politikanın en önemli aracı olarak bu politika içerisinde kendisine yer buluyor.

Türkiye'deki rekabet hukuku sistemini anlayabilmek için, çok kısaca, dünyadaki rekabet hukuku nasıl ortaya çıkmış, nasıl gelişmiş diye baktığımız vakit, modern anlamda ilk rekabet hukuku uygulamasının 1890'larda Sherman Yasasıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıktığını görüyoruz. Burada, ticareti sınırlayan anlaşmalar, tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs etme yasaklanıyor. Onun ardından gelen kanunlarla, birleşmelerin denetimi ve buradaki kurumsal yapı ortaya çıkmış durumda. ABD'den sonra dünyadaki en önemli rekabet hukuku sistemi, Roma Anlaşmasında getirilen kurallarla Avrupa Birliği'nin oluşturduğu bir rekabet hukuku sistemi. Burada da, Amerika'daki düzenlemelere benzer şekilde, rekabeti bozucu anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanıyor. Daha sonra, bu kurallarda verilen yetkiler nedeniyle Komisyonun çıkardığı bir Birleşme tüzüğü var ki, bugün konuşacağımız birleşme ve devralma kurallarının kaynağı da buradan geliyor diyebiliriz.

Özellikle 1990'larla birlikte, rekabet hukuku sisteminin yaygınlaşmasına yönelik bir açık eğilim ve yaklaşım tüm dünyada kabul edildi ve şu anda 100'ün üzerinde, UNCTAD verilerine göre 112 civarında ülkede rekabet hukuku sistemi mevcut.

Dünyadaki uygulamaları bu şekilde çok kısa özetleyebiliriz.

Türkiye'de rekabet hukuku sisteminin dayanağı, başlangıcı nasıl diye baktığımız zaman, aslında bizim 1982 Anayasamızın 167'nci maddesi devlete, piyasaların iyi işlemesi için tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme görevi veriyor. Bu önleme görevine rağmen, 1990'ların başına kadar biz aslında Türkiye'de bir Rekabet Kanununun oluşturulamadığını görüyoruz. 1982 Anayasasından önce, 1970'lere dayanan hazırlıklar var ama, bizim için, Türkiye'de bir rekabet hukuku sisteminin benimsenmesinin temel güdüsü Avrupa Birliği'yle ilişkiler ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı, yani Gümrük Birliğine dair anlaşma, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyumlu bir rekabet hukuku sistemi kabul etmesini ve bu kuralları uygulayacak bir kurum kurması taahhüdünü içerdiğinden, 13 Aralık 1994'e geldiğimizde, bu güdüyle bizim bir Rekabet Kanunumuz oluşuyor ve 1997'de Rekabet Kurumunun oluşturulmasıyla da bu kurallar fiili olarak hayata geçirilmiş oluyor.

Sayın Başkan da başta tekrarladı; rekabet hukuku sisteminin en önemli mevzuatı olan 4054 Sayılı Kanun 60 küsür maddeden oluşmasına rağmen temel hükümleri 4 madde altında toplanabilecek durumda. Bugün bunlar çok tekrar edildi. 4'üncü maddesi, anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklayan maddesi. 5'inci maddesi, muafiyet maddesi. Onu birazdan açıklayacağım. 6'ncı maddesi, hâkim durumun kötüye kullanılması. 7'nci maddesi de, bugün üzerinde çok çok konuşacağımız birleşme ve devralmalar maddesi.

Kanunun temelini, kapsamını söylerken, kanun neyi içermiyor, onu da birazcık ifade etmek lazım. Biz, 14'üncü yılımıza geldiğimiz bugünlerde bile hâlâ kanunun çerçevesinin ve fonksiyonunun çok iyi anlaşamadığımız görüyoruz.

4054 Sayılı Kanun haksız rekabete yönelik hükümler içermiyor; yani rakiplerin ürünlerini kötülemek, onları küçük düşürmeye çalışmak gibi uygulamalar, Ticaret Kanununda kendisine yer bulan ve mahkemelerde çözülebilecek hususlar. Gene, tüketici şikâyetleri dediğimiz, faturalarda, ödeme şekillerinde, garantilerde ortaya çıkan sorunlar da gene rekabet hukuku, Rekabet Kanunu kapsamında ele alınamayacak sorunlar olarak gözüküyor. Çok şikâyet aldığımız ama, Rekabet Kanunu kapsamında çok fazla bir şey yapamadığımız kayıt dışı da gene kanun kapsamı dışında kalan, en azından kanunun bize bu konuda araç olarak bir şey sunmadığı konulardan bir tanesi. Yanlış ve yanıltıcı reklamlar da, -Rekabet Kurulu ve Reklam Kurulu şeklinde bir karışıklıktan dolayı çok fazla şikâyet aldığımız bir konu- bir başka mevzuatla düzenlendiğinden Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilmiyor. Gene, ithal ürünlerin standartlarından veya dumping dediğimiz uygulamalardan kaynaklı dış ticarete yönelik şikâyetler de zaman zaman gelebiliyor; bunlar da Rekabet Kanunu kapsamı dışında kalan konular.

4 tane temel hüküm var demiştik. Bu temel hükümlerin belki de en önemlisi, anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaklanması. Eğer teşebbüsler arasındaki anlaşmalar rekabeti bozucu amaç içeriyorsa ya da böyle bir amaç içermese bile etkileri rekabeti bozuyorsa bunlar Rekabet Kanunu tarafından yasaklanıyor.

Ne tür anlaşmalardan bahsediyoruz? Yatay dediğimiz anlaşmalar özellikle karteller; yani, aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, fiyat gibi, üretim miktarı gibi konularda oturup birlikte karar veriyorlar. Rekabet Kurulunun son dönemdeki kararlarına da konu olmuş örneklerden kısaca bahsederek burayı geçeyim. Mesela beyaz ette üreticilerin arz miktarını belirlemeye yönelik anlaşmaları, diyaliz sektöründe kamu ihalelerine yönelik anlaşmalar, yakın zamanda banka ve otomotivle ilgili alınmış olan kararlar, rakiplerarası yatay anlaşmalara örnek olarak verebileceğimiz uygulamalar.



Anlaşmalar sadece rakipler arasında olmuyor; dikey anlaşmalar dediğimiz bayilik anlaşmaları da zaman zaman rekabeti kısıtlayıcı hükümler içerebiliyor. Bu anlaşmalar da, eğer içinde rekabeti kısıtlayıcı hükümler varsa yasağa konu olabiliyor.

Kanunumuzda bir uyumlu eylem karinesi var; müsaade ederseniz bu konuyu atlamak istiyorum. Başkan Bey süremi kısalttığı için buna girmeye gerek yok.

Bu çerçevede teşebbüs birliği kararları da yasaklanabiliyor. Teşebbüs birliği dediğimiz; teşebbüslerin bir araya gelerek kurdukları, tüzel kişiliği olan ya da olmayan birlikler, odalar, dernekler. Bunlar, eğer açık bir kanuni dayanağı yoksa, asgari ücret tarifesi yayınlamak gibi, boykot gibi kararları da rekabeti kısıtlayıcı olarak bulunabiliyor.

Tüm anlaşmalar, uyumlu eylemler ya da kararlar yasağa tabi; genel bir yasak var. Zaman zaman görüyoruz ki, bu anlaşmaların, rekabeti kısıtladığı kadar tüketicilere ve piyasalara olan birtakım yararları da söz konusu olabiliyor. Dolayısıyla, kanun bize, anlaşmaların rekabeti bozucu yanlarının yanında faydalı yönlerini de ele almamızı sağlayacak bir muafiyet sistemi getiriyor. Eğer anlaşmalar teknik gelişmeyi, iyileşmeyi sağlıyorsa, tüketiciler bundan fayda buluyorlarsa ve bu piyasalarda rekabet de önemli ölçüde azalmıyorsa, -dört tane şartımız var- anlaşmalar muaf tutulabiliyor; böyle bir sistemimiz var. İki tür muafiyetten bahsetmek mümkün. “Grup muafiyeti” dediğimiz, Kurulun belli tür anlaşmalara yönelik olarak çıkardığı grup muafiyetleri. Bu kapsamda olan anlaşmalar doğrudan grup muafiyeti çerçevesinde değerlendiriliyor ve 4’üncü maddenin uygulamasından muaf tutuluyor. Mevzuatımızda yer bulan, “dikey anlaşmalar” dediğimiz; en geniş uygulama şekliyle, bayilik ve dağıtım anlaşmaları, motorlu taşıtlar, araştırma-geliştirme anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları. Sigorta sektörüne yönelik olarak da bizim grup muafiyeti tebliğlerimiz var. Bu tebliğler kapsamında olmasa da, bireysel olarak, her bir anlaşmanın tek başına bu dediğimiz şartlar çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün.

Kanunda yer alan ikinci önemli yasak, hâkim durumun kötüye kullanılması. Hâkim durum kanunda tanımlanmış durumda; rakiplerden, müşterilerden bağımsız olarak ekonomik parametreleri (fiyat gibi) belirleyebilme gücü olarak tanımlayabiliriz. Hâkim durumda olmak yasak değil, ama hâkim durumu kötüye kullanılmak yasak. Teşebbüsler kendi çalışmalarıyla pazarda güçlü bir pozisyona gelebilir, bunda bir sıkıntı yok ama, bu güçlerini dışlayıcı ve sömürücü bir şekilde kötüye kullanırlarsa, -kanunda bunların örnekleri veriliyor- bu da yasak kapsamında.

Son dönemde aldığımız kararlara ilişkin ne tür uygulamalar olabilir? Mesela; Türk Telekom ve TTNET'in, internet piyasasında rakiplerine, faaliyetlerini zorlaştırıcı fiyat sıkıştırması uygulaması, yakın zamanda aldığımız, gazetecilik piyasasında rakipleri dışlayıcı indirim ve prim uygulamaları, gene telekom sektöründe münhasırlık uygulamaları, ilaç sektöründe mal vermeyi ret ya da ayrımcılık diyebileceğimiz uygulamalar ve aşırı fiyat diyebileceğimiz, hâkim olan ya da tekel diyebileceğimiz durumdaki firmaların çok yüksek fiyat uygulamaları bu kapsamda değerlendirilebilecek konular.

Birleşme ve devralmalar üçüncü önemli yasağımız ve rekabet hukukunun önemli sac ayaklarından birisini oluşturan maddemiz. Bugün çok fazla konuşulacak ama şunları satır başlarıyla, bir bütün olarak söylemek istiyorum:

Birleşme ve devralmalar, bizim en son değiştirdiğimiz tebliğ çerçevesinde denetimi gerçekleştirilen işlemler. Ciro eşiklerini aşan işlemlerin Rekabet Kurumuna bildirim zorunlu. Bildirilen bu işlemleri Rekabet Kurumu neye göre değerlendiriyor? Kanunda öngörülmuş, "Hâkim durum testi" olarak söyleyeceğimiz bir test var. Hâkim durum yaratan ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar yasak.

Yasaklama bakımından; Kurumun genel eğiliminin izin verme yönünde olduğunu, yasaklama kararının çok az olduğunu ve taahhütlere uyma yükümlülüğü çerçevesinde de zaman zaman şartlı izne başvurduğunu söylemem yeterli. Özelleştirmelerin de Türkiye'ye özgü bir şekilde birleşme ve devralma kontrolüne tabi olduğunu ve ayrı bir tebliği kapsamında değerlendirildiğini bütünlük açısından söylemek gerekiyor.

Rekabet Kurumu/Kurulu bu yasakları uygularken ne tür yetkiler kullanıyor; onları kısaca, satır başlarıyla söylemek istiyorum.

Eğer bir ihlal tespit ederse, bu ihlale son verilmesi için tedbir alma yetkisine sahip. Gene, incelemeleri sırasında telafi olunamayacak zararların ortaya çıkacağını düşünüyorsa geçici tedbiri alma yetkisi var. İncelemelerini sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmek için tüm kamu kuruluşlarından ve teşebbüslerden bilgi isteme yetkisine sahip. Gerektiği durumlarda teşebbüslerde yerinde incelemeler yapma yetkisine kanunen sahip.

Rekabet Kurulunun ne tür müeyyideleri var diye baktığımızda, kanunun, temel olarak idari para cezası esasına dayalı bir müeyyide sistemi getirdiğini görüyoruz.

Temel yasaklamalara aykırılık dediğimiz; anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve yasak olacak nitelikli bir birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslere cirolarının yüzde 10'una kadar ceza veriliyor. Gene

benzer bir şekilde, bu ihlalde belirleyici etkisi bulunan yöneticilere de bu cezanın yüzde 5'i oranında idari para cezası uygulanıyor. Ayrıca, bilgi vermeme gibi, yerinde inceleme yaptırmama gibi, usulü diyebileceğimiz ihlallere yönelik olarak da ciroya dayalı oranlı para cezaları öngörölmüş durumda.

Cezaların nasıl verileceğine ilişkin bir yönetmeliğimiz, düzenlememiz var. Gene, karteller bakımından, kartele katılanlar eğer karteli Rekabet Kuruluna bildirirlerse cezadan muafiyet sağlamaları ya da indirim sağlamaları mümkün olabilir. Rekabet Kurulunun doğrudan kullanabileceği bir yetki olmamakla birlikte, kanun özel hukuk müeyyideleri de öngörüyor; yani kanuna aykırı olarak yapılmış işlemlerin ve anlaşmaların hukuken yok sayılması ve bundan zarar görenlerin de 3 katı kadar tazminata başvurmaları mümkün.

Rekabet Kurumu incelemelerinde nasıl bir usul izliyor? Kanun detaylı bir idari usul getiriyor (detaylarına girmeyeceğim.) İncelemeyi kimlerin yapacağı, süreler belirtiliyor. Soruşturması yürütölen teşebbüslerin savunma hakları, -ki soruşturmaya giderse teşebbüslere inceleme sürecinde üç yazılı, bir sözlü savunma hakkı veriliyor- dosyaya erişim hakları bulunuyor. Kanunda, gerekçeli kararlarda nelerin bulunacağı çok ayrıntılı, detaylı bir şekilde belirtilmiş. Kurulun nasıl toplanacağı, nasıl karar alacağı ve bu kararı nasıl yayınlayacağı da belirlenmiş konular.

Rekabet Kurulu kararlarının da idari kararlar olduğunu ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da temyiz imkânının bulunduğunu da bu çerçevede söylemek gerekiyor.

İdari yapısı nasıldır?

Rekabet Kurumunun karar alma organı olan 7 üyeli bir Rekabet Kurulu var. Bu 7 üye değişik kurumların aday göstermesiyle Bakanlar Kurulu tarafından atanıyor. Bir Başkanlık ve hizmet birimleri var. Başkanlık, İkinci Başkan ve Başkan Yardımcısı yönetiminde Kurum hizmet birimleri faaliyetlerini sürdürüyor.

Temel olarak bizim söylediğimiz bu incelemeleri yapan mesleki daireler de, sektörel ayrıma, değişik sektörlerdeki uzmanlığa dayalı olarak inceleme, araştırma ve soruşturma faaliyetlerini yürütüyorlar.

Umarım bu kadar kısa sürede Türkiye'deki rekabet hukuku sistemi konusunda derli toplu bir sunum yapabilmişimdir. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

## TÜRKİYE'DE BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMİNİN DİNAMİKLERİ

**Hüsnü DİNÇSOY**

*Pricewaterhouse Coopers Kurumsal Finansman Ortağı ve  
M&A Grup Lideri*

---

Bugünün ajandasına baktığım zaman genelde hukukçuların olduğunu gördüm. Ben, hukukçu olmayan ender konuşmacılardanım, finansçıyım. Price'ye 1988 girişliyim; bunun 4 yılı Almanya'da geçti. 20 yılı aşkın süredir PricewaterhouseCoopers'in Danışmanlık Grubunun ortağı olarak çalışıyorum. Kendimi böyle kısaca tanıttikten sonra, Türkiye'deki, "M&A" diye nitelendirdiğimiz birleşme ve satın almalar konusunda biraz bilgi vermek istiyorum.

Konuşmanın içinde, bir kısmı Türkçeye çevrilmiş, bir kısmı Türkçede olan-olmayan bazı İngilizce terimler olacak. Dolayısıyla şimdiden, bu İngilizce terimleri kullandığım için özür diliyorum.

Kısaca birleşme ve satın almalar dediğimiz zaman, Türkiye piyasasında son yıllarda önemli bir hareketlilik görülüyor. Biliyorsunuz, 2004 yılının başına kadar ortalama yabancı yatırım 1 milyar dolar seviyesindeyken, 2004'ten 2008'e olan süreç içinde, özellikle büyük özelleştirme işleri, büyük banka işlemleri dolayısıyla yabancı yatırım tutarı zaman zaman 20 milyar dolarlar seviyesine geldi, bugünlerde de yine 10 milyar dolarların üzerinde rakamlardan bahsediyoruz. Türkiye'ye gelen yabancı yatırım inanılmaz boyutlara ulaştı. Geçmiş dönem ile karşılaştırdığımız zaman ülkemize çok büyük bir ilgi var. Bu ilgi 2008 yılının ortasından 2009 yılının ortasına kadar önemli ölçüde yavaşladı; ben yaklaşık 1995 yılından beri M&A danışmanlığı yaptığım için bunu rahatlıkla gözlemleyebiliyorum. O dönemde, dünyadaki kriz dolayısıyla yabancı girişinin ya durduğunu, ya o sürecin yavaşladığını gördük; ama ondan sonra tekrar bir hızlanma var ve bugün M&A işleri yine aynı hızda devam ediyor.

Ne tür bir süreçte danışmanlık yapıyoruz; isterseniz kısaca bu süreçten bahsedeyim. M&A dediğimiz zaman ne anlıyoruz, nedir; biraz o dinamiklerden bahsedeceğim. En son olarak da, bu süreçte rekabet nereye oturuyor, biraz ondan bahsetmek istiyorum.

M&A uzun bir süreç. İşlemin yaklaşık 6 ayla 2 sene arasında bitmesini normal karşılamak lazım. Daha kısa olmaz mı? Olur. Geçmişte 3 aylık bir süre içinde de bitirdiğim bir iş vardır. O, elektronik perakende işiydi. Bir Alman Grubu

olan EP (Electronic Partner), Türkiye'deki 5 tane mağazasını satarak Türkiye'den çekilmek kararı almıştı. O işlem, Teknosa'nın satın almasıyla 3 ayda bitti ama buna, inanılmaz bir istisna diyebiliriz. Normalde 6 aydan daha kısa sürede biten bir işlemi son zamanlarda görmedim. Buna karşılık, 2 yıl çalıştığımız, buna rağmen bitmeyen bir sürü işlem oldu. O anlamda M&A aslında zahmetli, yorucu da bir süreç, işi sonlandırmak için gece-gündüz çalışılması gereken bir süreç. Yine, M&A süreci bol müzakereli bir süreç, danışman kullanılmasını şiddetle tavsiye ettiğimiz bir süreç. Bu süreç içinde, Danışman kullanmayan bazı iş adamlarımızın maalesef ne kadar zor durumlara düştüğünü, özellikle yabancı tarafta bulunduğumuz zamanlarda gördük. Yabancı yatırımcıların genelde bir M&A takımları olduğu için, bu işin profesyonelleriyle geldikleri için, bizim iş adamlarımızla masada çok daha rahat, ne istediklerini bilerek karşı karşıya oluyorlar. Ancak, bizim iş adamlarımız, tabii ki kendi işlerini çok iyi bilmelerine rağmen, eğer daha önce bir şirket satmamışlarsa epeyce zorlanıyorlar. Tabii, bu da bir taraftan bol müzakereli ve yıpratıcı bir süreç. Bunun sonucunda iş adamlarımızın da yıprandığını görüyoruz. Halbuki, yanında ciddi bir satış danışmanı buldurması durumunda, son sözü söylemesi hâlinde şirketini çok daha kolaylıkla bir ortaklığa götürebilir. Aynı zamanda duygusal da bir süreç; yılların emeğiyle büyütülen, bir yere getirilen bir şirketin satılmasından ya da bu şirkete ortak bulunmasından bahsediyoruz. Hepsinden önemlisi, M&A süreci rekabetçi bir süreç.

Yatırımcıları da, stratejik ve finansal yatırımcılar olarak ikiye ayırmamız lazım. Stratejik yatırımcılar, Türkiye'de faaliyette bulunmasalar dahi, sektörü çok iyi bildikleri için, birtakım bilgi alışverişinde bulunmaya başladıkları andan itibaren şirketle ilgili çok önemli bilgilere sahip oluyorlar. O anlamda biz her zaman, "NDA (Non-disclosure agreement)" dediğimiz bir gizlilik anlaşmasının imzalanmasından yanayız. Bu anlaşma imzalanırsa dahi bu ortaklık bir şekilde tamamlanmayabilir, bitmeyebilir. Bitmediği zaman da, siz bir sürü finansal bilgiyi, bir sürü gizli bilgiyi paylaşmış olabilirsiniz ve bunun da, geri dönüşü olmayan bir durum olduğunu söylemekte yarar var. Bu gizlilik konusuna rekabet anlamında sonunda bir daha değinmek istiyorum, çünkü Rekabet Kurulundan alınan onay aşamasında gizliliğin de önem kazandığını tekrar göreceğiz.

Satış danışmanlığı dediğimizde, satış danışmanlığının çeşitli evreleri var; kısaca bu evrelerden bahsetmek isterim. Biz danışman olduğumuz zaman ilk yaptığımız iş; bir şirkete gidip o şirketi bir hazırlık aşamasından geçirmek, şirketi bir ortaklığa hazırlamak (bunu, bayram öncesi ev temizliği gibi düşünebilirsiniz), mali tabloların yabancı yatırımcılar tarafından anlaşılır hâle getirilmesini sağlamak. Herhangi bir ortaklığa girmeden önce kendi şirketimizin değerini çok iyi anlamış olmamız ve ona göre müzakereye giriyor olmamızda büyük yarar var.

Bu, üzerinde titizlikle durulması gereken bir süreç. Değişik değerlendirme yöntemleri var. Bu değerlendirme yöntemlerinin her birinin farklı anlamı var. Alıcının kullandığı değerlendirme yöntemleri var, satıcının tercih ettiği yöntemler var. Biz satıcı tarafındaysak, hangi satıcı tarafının değerini, potansiyelini en uygun şekilde ortaya çıkarıyor, bunun şirket yöneticileriyle, şirket sahipleriyle uzun uzun çalışılması gerekiyor.

Bu evrede bir başka önemli konu, “stratejik Fit” diye nitelendirdiğimiz, bizim şirkete en uyacak olan potansiyel alıcıyı belirlemek. Bu ne demek? Eğer bir potansiyel alıcılar listesi yaparsak, o listeye kimler hangi sebeplerden dahil olmalı çalışmasının yapılması gerekiyor; potansiyel alıcılar kimlerdir diye bir uzun liste oluşturulması, ondan sonra da kısa listeye dönüştürülmesi beklenen bir durum. Bu kısa liste oluşturulurken, bütün potansiyel alıcıların belli kriterler açısından tek tek incelenmesi ve “hakikaten bizim için doğru firma mıdır, stratejik anlamda bizim için en uygun firma mıdır”, bunun tespit edilmesi gerekiyor.

Bir başka evre de, bu kısa listedeki şirketlere erişim. Tabii bu da öyle kolay bir evre değil ve çoğu zaman mail yoluyla yapılacak bir şey de değil. “Neden” dersanız, her ülkenin değişik karakterli yatırımcıları var, bir mail yoluyla her zaman doğru kişiye ulaşamayabiliyorsunuz ya da ülkenin karakteri gereği mail kullanamayabiliyorsunuz. Mesela Japonya’daki bir yatırımcıya mail yoluyla ulaşamayacağınızı görüyorsunuz, çünkü Japonya’da mail paylaşımı kişisel güvenlik anlamında yasak. Dolayısıyla, ancak ilgili kişiyle bir toplantıda bir araya gelip Türkiye’de böyle bir potansiyel fırsat var diye anlatabilirsiniz. Bunu da biz çoğunlukla Japonya’daki arkadaşlarımız aracılığıyla yapıyoruz. Aynı zamanda Japonlar karşılarında birini de görmek istiyorlar, yani herhangi bir yazıyı mail yoluyla almaktansa, karşısındaki kişinin Türkiye’yi anlatmasını, o şirketi tanıtmalarını bekliyorlar; böylesi daha bir güven veriyor. Yine bir başka örnek vermek gerekirse: Amerika’da, direkt mail attığımız zaman suç işlemiş oluyorsunuz. Amerika’da da, Broker kanunları gereği, bu işi bir Amerikan broker üstünden yapmanız gerekiyor. Her ülkenin böyle değişik şartları var.

Peki kısa listedeki potansiyel alıcılara ulaştıktan sonraki evre nedir? Bundan sonrası, yatırımcıların Türkiye’ye getirilmesi ve tanışma aşaması. Tabii, burada kimyanın uyuşması çok önemli. Burada en önemli konulardan bir tanesi, ortaklık anlamında tarafların masaya ne koydukları. Yüzde yüz satış düşünüyorsanız, burada tabii farklı bir durum var. Bu durumda, şirketin geleceği ne olur diye çoğu iş adamımızın uzun uzun düşündüğünü biliyorum. Çoğu iş adamımız, “ben bu şirketi kurdum, buraya getirdim, yüzde yüz satıyor bile olsam bu şirketin gelecekte de devam etmesini garanti altına almak isterim” şeklinde konuya

yaklaşıyor. Daha sonraki aşama tabii ki müzakereler, müzakereler, uzun uzun pazarlıklar. M&A için, bol pazarlıklı bir süreç demiştik.

Bir de; “LOI, Term Sheet”, Memorandum of Understanding” (MoU) gibi değişik kavramlar var: LOI’den kastımız “Letter of intent (niyet mektubu)”. Kısaca hepsini “önanlaşma” diye tarif edersek, bunların bazıları bağlayıcı, bazıları bağlayıcı olmayan anlaşmalar. Alıcının ön çalışmasını yaptıktan sonra teklifinin yaklaşık 3 hafta - 1 ay içinde göndermesini bekliyoruz. Daha sonra şirket değeri üzerine sıkı pazarlıklar oluyor. Bizim iş adamlarımız genelde sıkı pazarlıkçı olmalarına rağmen, bu süreç aslında sadece fiyat pazarlığı konusu da değil; belirsiz bir sürü yönü var. Bu sürecin tümüne hâkim olmak gerekiyor. Mesela satma zorunluluğu, ileride birlikte satma mecburiyeti, beraber satma hakkı, Ebitda yani faiz-amortisman-vergi öncesi kârlılık nedir, çalışma sermayesi ihtiyacı nedir, net borçluluk nedir; bunların hepsi değeri etkileyen konular ve fiyatı konuşurken bile bunların detayda bilinmesi, müzakere edilmesi gerekiyor.

Biz, ilk başta bütün bu şart ve koşulların (ileride yönetim kurulunda hangi gruptan kaç üye olacak gibi) beraber müzakere edilmesini ve bütün konuların anlaşılması gerektiğini tavsiye ediyoruz.

Term Sheets imzalandıktan sonra “Due Diligence” (özel ihtimam araştırması)” aşamasına geçiliyor. Bu kelimeyi belki, “çok özel amaçlı bir satın alma incelemesi” diye çevirebiliriz. Due Diligence’in da çeşitleri var. Finansal, vergisel, hukuksal, ticari vb. “Commercial Due Diligence” dediğimiz bir nevi “ticari inceleme”, piyasanın, pazarın, şirketin rekabetçi gücünün incelenmesi gibi birçok detayda yapılabilir. Stratejik yatırımcılar çoğu zaman kendi teknik elemanlarını getirip (Operational Due Diligence) yaptırıyorlar. Bu Due Diligence hem Finansal yatırımcılar hem de Stratejik yatırımcılar tarafından yaptırılabilir: Operasyonu tanıma anlamında, dünyanın o sektörde sayılı şirketlerinden, guru diye nitelendirilebilecek eski CEO’ları bu Due Diligence işinin içine sokabiliyorlar. Daha sonra, -tabii pazarlıklar her zaman oluyor- SPA (Sales and Purchase Agreement) dediğimiz satın alma anlaşmasının imzalanmasına kadar geçen bir süreç var. Bu imzalanma sürecinden sonra da kapanışın olması beklenir. İmzalanma süreciyle kapanış süreci içinde yerine getirilmesi gereken birtakım şartlar olabilir (bunlara “Conditions precedent” diyoruz). Bunlardan bir tanesi de, Rekabet Kurumundan alınması gereken onay.

Eğer böyle kısaca tarif ettiğimiz gibi bir süreç yaşıyorsa, uzun bir süreç içinde son noktaya geliniyorsa, her iki tarafta da ciddi bir istek, ilgi var demektir ve bu bir şekilde bir anlaşmaya dökülmüş, imzalanmış demektir. Bu işlem (deal) büyük ihtimalle kapanacak demektir. Ancak alıcı veya satıcı herhangi bir sebepten hala cayabilir, vazgeçebilir, belli sebepleri ileri sürerek bu işlemden

çıkabilir. Dolayısıyla, böyle bir ortaklık için imza bile aslında yüzde yüz bir garanti değil; kapanışın gerçekleşmesi gerekiyor. Hatta, kapanıştan sonra bir denetim şirketinin gelip denetim yapması ve satış anlaşmasındaki satış fiyatını düzeltecek herhangi bir düzeltme olup olmadığına dair konularda taraflarca mutabık kalınması gerekiyor. Bizim tecrübemiz; satış anlaşması, işin bitmesine yüzde 70-80 oranında sebebiyet veriyor ama tersi de görülebiliyor. Alıcılar genelde, vazgeçmek için, caymak için, bir ceza, bir yükümlülük altına da girmek istemiyorlar; bu da tabii önemli bir konu.

Buradan nereye geleceğim? Buradan, başta söylediğim, hem gizlilik konusuna geleceğim, hem de Rekabet Kurulunun onayına geleceğim. Rekabet Kurulu onayı dediğimiz zaman, alıcı ve satıcılarda, acaba Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu gerekmiyor mu gibi birtakım sorular oluşuyor. Özellikle bir yabancı şirket, stratejik bir yatırımcı Türkiye’de bir yatırım yapmaya gelmiş, ancak şu ana kadar Türkiye’de herhangi bir faaliyet konusu olmamış, herhangi bir satışı da olmamış, bir şirket, Türk şirketine ortak olurken ya da satın alırken, yeni tebliğ açısından, acaba Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu; bize bu tip sorular geliyor. Ben de bunları şimdi seslendiriyorum. Biz bunları genelde hukukçulara yönlendiriyoruz ve onların cevapları doğrultusunda satıcılarımızın ve alıcılarımızın karar vermelerini istiyoruz. Örtüşen, kesişen bir pazarın olmaması hâlinde bile Rekabet Kurulu onayı gerekiyor mu? Biliyorsunuz, tebliğde etkilenen pazar konusu var; acaba bu etkilenen pazara giriyor mu? Ciro eşikleri dikkate alınmalı mı? Biliyorsunuz, yabancı bir şirketin 500 milyonun çok üzerinde cirosu olabilir, çok rahatlıkla girebilir ya da Türkiye’de 5 milyon TL’nin üzerinde çok fazla sayıda şirket var. Bu, böyle bir ortaklıkta şirketlerin Rekabet Kurulu onayına tabi olması anlamını mı taşıyor? Bir de “Private Equity (özel sermaye fonları)” var. Biliyorsunuz, özel sermaye fonları, finansal yatırımcılar; yatırım yapıp 3 yıl, 5 yıl, bazen 7 yıl içinde çıkıyorlar. Bunların şirkete ortak olarak kalmaları ortalama 4-5 yıldır. Bunların ilgili sektörde herhangi bir faaliyetleri olmayabilir. Bu yeni tebliğe göre, bir Türk şirketine ortak oldukları zaman Rekabet Kurulu onayı onlar için de acaba gerekiyor mu? Ben bu soruları hukukçulara, -onlar en doğru şekilde, en iyi şekilde cevaplandıracaklardır- yönlendirmek istiyorum.

Bir de, sorumluluk anlamında son bir konu var. Rekabet Kurulu onayının alınması alıcının mı, yoksa satıcının mı sorumluluğudur? Alıcının sorumluluğu gibi görünse de, aslında satıcının da alıcıya yardımcı olması gerekiyor, çünkü bu formlar doldurulurken önemli bilgilerin hepsinin satıcı tarafından hazırlanması gerekiyor. Yurt dışından stratejik bir yabancı yatırımcı, Türkiye’de faaliyeti olmamasına rağmen Brüksel’deki ofisinden, Avrupa Birliği danışmanından, avukatından görüş aldı, Türk şirketinin Ukrayna, Macaristan, Rusya gibi ülkelere satışları vardı, “bizim de o ülkelerde faaliyetimiz var, dolayısıyla, o ülkelerin



Rekabet kurullarından da onay almamız gerekiyor” dedi. Bu, çok da sık karşımıza çıkan bir durum değil. Bu durum, imzadan sonra bir an önce kapanışın tamamlanmasını istediği için bizim Türk şirketinin bayağı canını sıktı ve “bu benim sorumluluğum değildir” diye baskı yapmak istedi; buna karşılık o yabancı şirket de, “kanun kanundur, kural kuraldır, biz bu ülkelerden de onay almak zorundayız, ancak bu onaylar gerçekleşirse, tamamen bu onaylar alınırsa kapanış gerçekleştirilebilir” diye diretti. Bunu da ilginç bir anekdot olarak anlatmak istedim.

Son bir konudan daha bahsetmek isterim. Bazı Türk şirketlerimiz, anlaşma imzalanmış olsa dahi, bu konunun piyasada, gündemde olmamasını tercih ediyorlar, çünkü, anlaşma olsa bile, bunun kapanış anlamına gelmediğini biliyorlar. İmzadan sonra, kapanış öncesi Rekabet Kuruluna başvurulduğu takdirde, başvuru Rekabet Kurulunun internet sitesinden yayımlanıyor ki, ben bunu destekliyorum, şeffaflık anlamında olumlu bir yaklaşım. Bu durumda, Türk şirketleri biraz tedirgin olabiliyorlar, çünkü bu, bütün piyasada satışın yada ortaklığın duyuluyor olması demek. İmza atılmış olsa dahi, “son anda bir cayma olursa konu bütün piyasada duyulacak, böyle bir ortaklık olmaz ise ben açığa çıkacağım, ifşa olacağım” gibi düşünen işadamlarımız da var.

Ben konuşmamı burada bitirmek istiyorum. Konuyla ilgili birtakım gözlemlerimi paylaşmak istedim. Beni dinleyen herkese teşekkür ederim.

**Oturum Yöneticisi-** Sayın Hüsnü Dinçsoy’a ben de teşekkür ediyorum. Bize şirket birleşme ve devralmalarının iç dinamiklerinden bahsetti, bu süreçleri anlattı. Gerçekten şirket birleşme ve devralmaları insanlar arasındaki evlilikler gibi ama öyle olmadığını biliyoruz. Evlilik öncesinde belki 3-5 yıl nişanlı kalabilirsiniz, flört edebilirsiniz ama şirket birleşme ve devralmalarında bu kadar uzun zamanınız yok, çok iyi düşünmemiz gerekiyor ve bunu kısa süre içinde yapmanız gerekiyor. Biz de Rekabet Kurulu olarak, ekonomide evliliklerin önemini idrak ettiğimiz için, bu işlemlerin mümkün olduğunca en hızlı şekilde sonuçlandırılması çabası içindeyiz. Bu bakımdan, teşebbüslerin Rekabet Kuruluna müracaattan evvel tüm eksiklikleri tamamlayarak müracaat etmelerinde büyük fayda var, yoksa zaman kaybı olabiliyor.

Hüsnü Beyin sorduğu soruların cevapları esasen öğleden sonraki oturumda yer alacak. Çok değerli yabancı konuklarımız, Kurumumuz uzmanları var. Yürürlüğe yeni giren tebliğle ilgili açıklamalarda bu sorulan soruların cevapları olacak. Şimdi diğer konuşmacımıza söz vereceğim. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Sayın Yardımcı Doçent Doktor Bünyamin Gürpınar bize “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin İktisadi ve Hukuki Gerekçeleri”ni anlatacak.

# BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİNİN EKONOMİK VE HUKUKİ GEREKÇELERİ

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR

*Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## Giriş

Teşebbüslerin, karlarını artırmak, uzun vadede daha verimli hale gelmek veya mevcut ve potansiyel rakipleri karşısında piyasadaki konumlarını güçlendirmek, uluslararası çaptaki rakipleriyle başa çıkabilmek, yeni ve yüksek teknolojiler geliştirebilmek gibi anlaşılabilir meşru amaçlarla, başka bir teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı şekilde bir araya gelmeleri veya güç birliği yapmaları ekonomik açıdan olağan sayılabilecek bir durumdur. Özellikle küresel ekonomi ve küresel rekabet olgusu, teşebbüsleri, dış piyasaların çetin rekabet koşullarına dayanabilmek amacıyla bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, şirket evlilikleri ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır<sup>1</sup>. İlgili piyasanın tek hakimi olmak ve ilerleyen zamanda monopol fiyatını tüketiciye dayatmak gibi meşru sayılmayacak gizli amaç güdüsüyle bir araya gelme veya başka teşebbüs/teşebbüsleri devralma işlemleri de görülebilmektedir.

Bu bağlamda ekonomi politikası açısından bazı birleşme ve devralmaların konjonktürel nedenlerle ya da kalıcı şekilde desteklenmesi, bazılarının ise rekabeti bozucu niteliği dolayısıyla engellenmesi söz konusu olabilir. Hangilerinin denetim kapsamına alınacağı ve gerektiğinde engelleneceği, hangilerinin denetim kapsamı dışında tutulacağı sorunu, buna ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken sahip olduğunuz ekonomi politikası amaçları ile doğrudan bağlantılıdır. Yoğunlaşmanın olumlu ve olumsuz etkilerinin neler olduğu ve dolayısıyla yoğunlaşmanın denetiminin ekonomik ve hukuksal gerekçeleri konusunu tartışmaya geçmeden önce birleşme ve devralma kavramından iktisadi ve hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

## Birleşme ve Devralma Kavramı

Birleşme ve devralma veya yoğunlaşma ya da konsantrasyon terimlerinin uygulamada birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu durum uygulama ve doktrinde bir terim birliğinin henüz oluşmadığına işaret etmekle beraber,

<sup>1</sup> SEZEN, A., “Birleşme ve Devralmalar”, Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği (URTEB), Bursa, 2007, s. 2., [www.urteb.org](http://www.urteb.org) (Giriş tarihi, 10.04.2011).

terimlerin hangisi kullanılırsa kullanılsın “maksada matuf anlamlandırma” sağlanmaktadır. Ancak yaklaşık onbeş yıllık Türk Rekabet Hukuku uygulama ve tecrübesinden sonra terimlerde ayrıntıyı ifade etme ve berraklaşma zamanının gelmiş olduğu söylenebilir.

Birleşme ve devralma kavramını tek bir sözcükle ifade etmek üzere “yoğunlaşma” kavramının yerleşik hale geldiği söylenebilir. Nitekim 4054 sayılı Kanunun 7. maddesini de değiştiren “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 3. maddesi “*Yoğunlaşma İşlemleri*” başlığını taşımaktadır<sup>2</sup>. Buna karşın mevcut 4054 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” “birleşme ve devralma” kavramını tercih etmiştir.

Gerek RKKH gerekse 2010/4 numaralı tebliğ “birleşme ve devralma” kavramını tanımlamamış, buna karşın “birleşme veya devralma sayılan haller” ile “birleşme veya devralma sayılmayan haller” gösterilmiştir. Tanım açısından doktrinde birleşme ve devralma için “ekonomik gücün ve karar verme gücünün,

---

<sup>2</sup> 31.07.2008 tarihli “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın üçüncü madde gerekçesindeki “*Maddede yapılan düzenlemeyle, “yoğunlaşma işlemleri” kavramına yer verilerek ve bu kavram kapsamındaki birleşme ve devralma işlemleri sayılarak, maddenin lafzı AB mevzuatının ilgili hükümleriyle uyumlulaştırılmıştır. Ayrıca bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulmasının da yoğunlaşma sayılacağı maddede açıkça belirtilmiştir*” şeklindeki görüş, bundan böyle yoğunlaşmanın genel kapsayıcı bir kavram olarak kullanılacağına işaret etmektedir. Ancak “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” (Tebliğ No: 2010/4, 07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı RG) anılan tasarıdan daha sonra hazırlanıp yürürlüğe konulmasına karşın burada “yoğunlaşma” kavramı tercih edilmemiştir.

Tasarı ile getirilmek istenen önemli bir değişiklik, “hakim durum” testinin yerine AB’nin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü’nde kabul ettiği testin getirilmesidir. Bu sayede, yoğunlaşma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek olan tek taraflı etkilerin ve işbirliği etkilerinin ekonomik analizler kullanılması yoluyla daha sağlıklı değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan, “hâkim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi” rekabetin önemli ölçüde azaltıldığı yolların başında gösterilerek birleşme ve devralmalara ilişkin geçmiş dönem uygulama tecrübesinden yararlanılması ve hukuki belirlilik sağlanması amaçlanmaktadır. Söz konusu değerlendirme testiyle, “hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi” sonucunu doğuran işlemler dışında oligopolistik pazarlarda tek taraflı etkiler yoluyla rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek işlemler de yasaklanabilecektir.

azalan sayıdaki teşebbüsler arasında yeniden paylaşımı”<sup>3</sup>, “ekonomik merkezi yoğunlaşma”<sup>4</sup> ifadeleri kullanılmaktadır. AB rekabet hukuku düzenlemelerinde ise genel olarak “ekonomik konsantrasyon” terimi tercih edilmektedir<sup>5</sup>. Konu ile ilgili Avrupa Birliği tarafından yapılan düzenleme “Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük”te (139/2004 sayılı Tüzük) de yoğunlaşma kavramına yer verilmiştir. Ancak yoğunlaşma sadece birleşme ve devralma yoluyla değil, örneğin ortak girişimlerle de gerçekleşebilir. Merkezi yoğunlaşmaya neden olan bütün etkinliklerin RKHK kapsamında değerlendirilebilmesi için “birleşme ve devralma” yerine “yoğunlaşma” kavramının kullanılması daha isabetli olabilir<sup>6</sup>. Kanımızca iktisadi yoğunlaşmanın bütün türlerini kapsayacak şekilde ve bu anlama gelmek üzere “ekonomik yoğunlaşma” terimini, RKHK ve 2010/4 numaralı tebliğ kapsamında denetime tabi tutulmak istenen, teşebbüsler arasındaki kalıcı nitelikte yapısal ve kurumsal birliktelikleri (ortak girişim dahil) ifade etmek üzere “yoğunlaşma” terimini kullanmak daha isabetli olacaktır.

Kavramın içeriğine ilişkin bir yoruma gidilecek olursa yoğunlaşma, ekonomik karar alma ve sevk etme gücünün, başka bir deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet halinde bulunan aktörlerin sayısını azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması şeklinde tanımlanabilir<sup>7</sup>. Daha farklı bir ifadeyle, teşebbüsler arasındaki birlikteliklerin sürekli, bağımsız ve kurumsal nitelik göstermesi ve bunun piyasadaki aktüel ve potansiyel rekabetin azalması sonucunu doğurması halinde, 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi ve 2010/4 numaralı Tüzük anlamında bir yoğunlaşmadan söz edilebilir.

### **Yoğunlaşmanın Ekonomik Nedenleri**

Teşebbüs kavramını rekabet otoriteleri (AB Komisyonu, ATAD ve Türk Rekabet Kurumu) ekonomik yaklaşımla değerlendirmektedirler. Konsey Tüzüğü’nün 23 no’lu gerekçesi “...yoğunlaşma kavramının ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklikler meydana getiren faaliyetleri kapsayacak şekilde

<sup>3</sup> ASLAN, İ.Y., Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992, s. 265.

<sup>4</sup> ÖZSUNAY, E., Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, s. 5.

<sup>5</sup> ROSNER, F., Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, s. 67.

<sup>6</sup> ERDEM, E., “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65 Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 203.

<sup>7</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

tanımlanmasının uygun” olacağından söz etmektedir<sup>8</sup>. Bu durum hukuksal bir faaliyet olan denetimin ekonomik gerekçelere dayanmasını zorunlu kılmaktadır. Tam bu noktada 2010/4 no’lu Tüzük’ün ekonomik arka planı irdelemeye matuf hazırlandığını ifade etmek yerinde olur. Denetim ekonomik gerekçelere dayalı olarak yapılacak ise, yoğunlaşmayı ortaya çıkaran ekonomik nedenleri öncelikle analiz etmeyi gerektirir. Bu yola hem genel düzenleyici kuralların oluşturulduğu aşamada hem de somut vakaların inceleme ve soruşturma aşamalarında başvurmak icap eder.

Yoğunlaşmanın nedenleri çeşitlidir ve çoğu durumda yoğunlaşma olgusuna birden çok neden bir arada etki etmektedir. Yoğunlaşmanın tarafları gerçek saiklerini her zaman açığa vurmadıklarından her durumda objektif değerlendirme yapmak güç olabilir. Genel olarak yoğunlaşmanın maliyet avantajı, rekabet avantajı, finansal avantaj sağladığı ileri sürülmekle birlikte, bireylerin güç ve iktidar sahibi olma hırsları veya toplumda itibar görme arzusu gibi kişisel motiflerin de yoğunlaşmada rol oynadığı söylenebilir<sup>9</sup>. Bu demektir ki teşebbüsleri kurumsal bir yapı içerisinde kalıcı olarak bir araya gelmeye teşvik eden ve hatta bazen zorlayan, pek çok ekonomik ve sosyal neden bulunabilir<sup>10</sup>.

Teşebbüsler teknik nedenlerle de yoğunlaşmaya yönelebilirler. Üretim ve imalat yöntemlerinin, endüstriyel tasarım ve patentlerin teşebbüsler arasında karşılıklı olarak kullanıma açılması ekonomik avantaj sağlayabilir. Bunun yansırı bilgi alış-verişi, markalar, tasarımlar, telifler, modeller, yazılımlar, unvanlar ve know-how gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarının çok yönlü kullanılması imkanına erişmek saikıyla teşebbüsler bir araya gelebilirler<sup>11</sup>.

Ekonomik açıdan birleşme, genel olarak daha fazla güç ve rekabet avantajı anlamına gelmektedir. Birleşme sonrasında yaşanan kapasite artışı, bazı mallar açısından en verimli üretim biçimini ifade eden ölçek ekonomisine ulaşılmasını ve bu sayede birim başına düşen maliyeti en aza indiren etkin üretimin yapılmasını sağlar<sup>12</sup>. Yoğunlaşmalar ölçek ekonomisine neden oldukları durumlarda ekonomik verimliliği arttırırlar<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> ROSNER, a.g.e., s. 72.

<sup>9</sup> ROSNER, a.g.e., s. 78.

<sup>10</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>11</sup> POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1997, s. 933.

<sup>12</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>13</sup> GÜVEN, P., Rekabet Hukuku-Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 219.

Bilindiği üzere teşebbüsler arasındaki araştırma ve geliştirme faaliyetleri, ekonomik hayata olumlu katkıları nedeniyle desteklenmektedir<sup>14</sup>. Araştırma ve geliştirme (ar-ge) çalışmalarına ciddi yatırımlar yapılmasını gerektiren teknolojik ilerlemelere öncülük yapmak ve bu şekilde amaca en uygun sonuçların etkin ve verimli bir şekilde elde edilmesi hedefi, merkezi bir sevk ve idareyi gerekli kılabilmektedir. Bunun sonucunda artan teknik bilgi ve finans olanakları, farklı yatırım alanlarına ve özellikle yüksek yatırım harcamaları gerektiren sektörlere girişleri kolaylaştırır<sup>15</sup>.

Yine bir ürünün üretim hazırlıkları, üretimi, ambalajlanması, taşıma ve dağıtımı, tanıtımı, pazarlanması ve sigortalanması gibi çeşitli aşamalarının bağımsız teşebbüsler yerine bir bütünlük içinde ele alınması işlem ve organizasyon maliyetlerini düşürdüğü gibi daha etkin bir ekonomik sonucu da doğurur. Bu suretle maliyet avantajları ve üretim kaynaklarının optimal kullanımı sağlanırken, birbirini tamamlayan ürünler arasında uyum sağlanması kolaylaşır<sup>16</sup>.

Yoğunlaşmaların ulusal veya uluslararası çapta gerçekleşmesinin de, makro boyutta farklı etki ve yararları bulunmaktadır. Ulusal çapta gerçekleştirilen birleşmeler, yerli teşebbüslere dış piyasalarda daha iyi rekabet edebilme imkân sağlarken; uluslararası platformda gerçekleşen birleşmelerin ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanları yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi çeşitli faydaları bulunmaktadır<sup>17</sup>.

Teşebbüsleri yoğunlaşmaya sevk eden bir diğer neden riskin paylaşılması düşüncesidir. Özellikle çok büyük parasal kaynak gerektiren projelerde rizikonun paylaşılması hayati önemi haizdir. Enerji santralleri, petrol boru hatları, otoyol, köprü, baraj gibi devasa yatırımlar hem uzun zamanda sonuçlandırılmakta hem de büyük finansal kaynağı gerektirmektedir. Zaman ve finans riski birleşme yoluyla taraflar arasında paylaşılmaktadır<sup>18</sup>.

Ayrıca kriz dönemlerinin yarattığı ekonomik durgunluk ve buna bağlı şirket iflaslarının önüne geçilmesinde, birleşme ve devralmalar önemli bir vasıta olarak görülmektedir. Bu faktörlerin, rekabet politikasının belirlenmesinde ve bu

---

<sup>14</sup> AKINCI, A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No: 0062, Ankara, 2001, s. 235.

<sup>15</sup> POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., a.g.e., 1997, s. 933; SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>16</sup> ROSNER, a.g.e., s. 78.

<sup>17</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>18</sup> POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., a.g.e., 1997, s. 933.

bağlamda yoğunlaşmalara karşı izlenecek politikanın tercihinde etkili olduğunu söylenebiler<sup>19</sup>.

Yine büyük ve güçlü ekonomik aktörlere karşı rekabet edebilme şansını korumak ve piyasadaki varlıklarını sürdürürebilmek için küçük ve orta ölçekli işletmeler birleşme yoluna gidebilirler<sup>20</sup>. Ayrıca teşebbüslerin satın alınmasını avantajlı hale getiren vergi kolaylıkları da yasal çerçevedeki birleşme nedeni olarak sayılabilir.

### **Yoğunlaşmanın Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuksal Gerekçeleri**

Rekabet hukukunun temel amacı doğal olarak rekabetin korunmasıdır<sup>21</sup>. Herhangi bir piyasada rekabetçi ortam, birleşme ve devralmalar sonucu ortaya çıkan yapının piyasayı olumsuz etkilememesi ile devam edebilir. Rekabet, rekabetçi yapıya zarar verecek davranışlar başlamadan (ex ante) alınan önlemlerle, başlamışsa da rekabetçi ortamı yeniden oluşturacak müdahalelerle (ex post) korunur.<sup>22</sup>

Geleneksel iktisadın firma teorisine göre, piyasadaki bütün firmalar tekelleşmek için faaliyet gösterirler. Çünkü tek el konumundaki bir firma fiyat, miktar ve teknoloji gibi ürünle ilgili çok çeşitli değişkenleri, tek el olmayan diğer yapılara nispeten daha rahat belirleyebilir. Daha çok ve daha kolay kazanma güdüsüyle hareket eden firmalar, başlangıçta tam rekabet piyasalarında faaliyete başlamış olsalar bile, bir süre sonra “rekabeti engelleyici” yönde örgütlenme eğilimi gösterebilmektedirler.<sup>23</sup>

Teşebbüsler yeni örgütlenme yönünde başarı sağlayabildikleri zaman, faktör piyasasında veya mal ve hizmet piyasasında ya da her üçünde birden çok avantajlı duruma geçebilmekte; dolayısıyla rakiplerini daha kolay eleme olanağına kavuşmaktadırlar. Böylece, daha iyi rekabet edebilme gerekçesiyle yapılan birleşmeler, bir süre sonra piyasada rekabeti tümüyle ortadan kaldırmaya

---

<sup>19</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>20</sup> ROSNER, a.g.e., s. 79.

<sup>21</sup> CANENBLEY, C., “The Geogrphic Market Definition under European Merger Control Law”, (Der.) E.H. Barry, The Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy, Juris Publishing Inc., 1997, s. 308.; Canenbley’e göre, bu amaç Avrupa Birliği’nde iki başlıdır. AB’de rekabet kurallarının, rekabetin korunmasının yanı sıra, bir ortak pazar yaratma amacı da vardır.

<sup>22</sup> SU, K.T., Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 3.

<sup>23</sup> ÜSTÜNEL, B., Ekonominin Temelleri, Yedinci Baskı, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 250.

dönüşebilmektedir.<sup>24</sup> Söz konusu değişkenleri, rekabetçi durumdakine göre daha karlı olacak şekilde belirlemek isteyen teşebbüsler birleşmek suretiyle rekabeti bozucu, azaltıcı veya ortadan kaldırıcı davranışlar gösterebilmektedirler.<sup>25</sup>

### **Pazar Gücü**

Birleşme veya devralmanın temel amacı “pazar gücüne” erişmek olabilir. Bu nedenle pazar gücü, iktisadi niteliğe sahip, rekabet hukukunun ekonomik analizi ile ilgili uygulamalarda anahtar bir kavram konumundadır. Bir teşebbüs ürününü, marjinal maliyetin önemli bir miktar üzerindeki fiyatla satabildiği durumda pazar gücüne sahiptir.<sup>26</sup> Rekabet iktisadı literatüründe, zaman zaman tekel gücü ve pazar gücü aynı anlamda kullanılmaktadır. Örneğin Carlton ve Perloff, pazar gücü ve tekel gücünün, fiyatların kârlı olacak şekilde, marjinal maliyetin üstünde yani rekabetçi seviyenin üzerinde belirlenmesini ifade etmek üzere, birbirinin yerine kullanıldığını belirtmektedirler.<sup>27-28</sup>

Teşebbüslerin denetlenmesi gereken bir başka birleşme nedeni, pazar gücü elde etmek suretiyle, rakip bir teşebbüs ya da bir grup teşebbüsün üretimini sınırlamak suretiyle kendi fiyatını, rekabetçi şartlar altında olması gereken

---

<sup>24</sup> ÜSTÜNEL, a.g.e., s. 251.

<sup>25</sup> SU, a.g.e., s. 3.

<sup>26</sup> BAYE, M.R., Managerial Economics and Business Strategy, Second Edition, Irwin/McGraw-Hill, USA, 1997, s. 481.

<sup>27</sup> CARLTON, D.W. ve J.M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Third Ed., Addison Wesley Longman, USA, 2000, s. 92.

<sup>28</sup> ABD Yatay Birleşmeler Rehberi'ne göre pazar gücü, bir ya da daha fazla sayıda firmanın fiyatlarını, rekabetçi bir seviyenin üstünde, anlamlı bir zaman dilimi içerisinde, kârlı olacak şekilde sürdürebilme yeteneğidir. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE and FEDERAL TRADE COMMISSION, 1992 Horizontal Merger Guidelines, (8 Nisan 1997'de 4. Bölüm revize edilmiştir.); Yeni ABD Yatay Birleşmeler Rehberi, 19 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla ABD'de yürürlüğe girmiştir ve Dünya çapındaki birçok rekabet hukuku rejimini ciddi şekilde etkileme potansiyeline sahip olduğu belirtilmektedir. 1992 yılından günümüze kadar olan ABD yoğunlaşma rejimi uygulamasında karşılaşılan zorluklar ve yenilikleri yansıtan bu yeni rehber, eski rehberle oranla birçok alanda ciddi değişikliklere gitmektedir. Yeni rehberin tamamına bakıldığında, iktisadi analizin yoğunlaşma değerlendirmelerinde daha da önemli bir rol oynayacağına yönelik olarak açık sinyaller gözlemlenmektedir. Yoğunlaşma kontrolü bakımından bazı ciddi yenilikler getiren söz konusu rehberin incelenmesinin, Rekabet Kurumu'nun gelecekte karşılaşılabileceği birtakım hususlar bakımından aydınlatıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. (GÜRKAYNAK, G., İ.S. DALKIR, M.H. ÖZGÖKÇEN, A.B. AYDIN ve C. YILDIZ, “ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler”, Rekabet Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, Ocak-2011, s. 123).



seviyenin üstüne çıkarma ve sonuçta yüksek kârlar elde etme isteğidir.<sup>29</sup> Ayrıca yoğunlaşma sonucu yeni teşebbüs elde ettiği pazar gücü sayesinde, müşterilerini diğer satıcılara kaptırmaktan uzaklaşma konumuna erişebilir.<sup>30</sup>

Klasik pazar gücü yanında birleşen teşebbüsün 'dışlayıcı piyasa gücü'nü (exclusionary market power) kullanması da muhtemeldir. Örneğin birleşme sonrası teşebbüs, rakip firmaların maliyetlerini arttıracak şekilde davranarak onların arzlarına sınırlama getirip, fiyatların düşmesini engeller, böylece kendi fiyatlarını kârlı olacak şekilde rekabetçi seviyenin üstünde tutmayı başarabilir.<sup>31</sup>

Klasik piyasa gücünde sadece üretimi sınırlayarak kârların arttırılması söz konusu iken, dışlayıcı piyasa gücünde bazı firmalar sadece üretimlerini kısarak kârlarını arttıramadığı için, maliyet yükseltici stratejiler izleyerek rekabeti dışlamaktadır. Bu yolla dışlayıcı piyasa gücüne sahip firmalar, rakiplerinin maliyetlerini arttırmaya ya da rakiplerini arzlarını kısmaya zorlamaktadırlar.<sup>32</sup>

Özellikle yatay birleşmeler söz konusu olduğunda rekabet otoriteleri iki muhtemel amaçla ilgilenmektedir: Pazar gücünün artıp artmaması veya iktisadi etkinliğin ne yönde etkileneceği ya da her ikisindeki değişimlerin nereye varacağı sorunu. Bu iki amacın birlikte irdelenmesi kendi içinde yasal ve teknik güçlükler barındırmaktadır. Fakat bu noktada, tekelleşme oluşumuna karşı çıkan rekabet mevzuatının, bazı durumlarda birleşme veya devralma yoluyla tekel düzeyine varacak yoğunlaşma oluşumunun içselleştirilebileceğinden hareketle bu oluşumların kontrolünü de kendi koşullarında değerlendirme yoluna gidebilir.<sup>33</sup>

Yatay birleşmeler sonucu oluşacak pazar gücünün kontrol edilmesi konusunda iki görüş vardır: *Yapısal görüş* ve *maliyet-kâr görüşü*. Pazar yapısı ve ticari davranış arasında çok net ayrımlar yapılamasa da, yapısal görüş, birleşme sonrası yoğunlaşmanın artması neticesinde rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmayacağına dair bir takım testler uygular. Bu görüş, büyük teşebbüsler tarafından rekabeti engelleyici davranışların, belli pazar payı veya eşiklerin

---

<sup>29</sup> BISHOP, S. ve M. WALKER, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 27.

<sup>30</sup> LIPSEY, R.G., P.O. STEINER ve D.D. PURVIS, İktisat 1, (Çev.: Ö.Faruk Batirel ve diğerleri), Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 239.

<sup>31</sup> ÇAĞLAYAN, A.İ., Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 4.

<sup>32</sup> ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 4.

<sup>33</sup> WORLD BANK/OECD A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, World Bank, Washington DC, 1999, s. 7.

üzerindeki birleşmeleri engelleyerek yoğunlaşmayan pazar yapısı sağlamakta mümkün olacağını iddia etmektedir<sup>34</sup>.

Maliyet-kâr görüşü ise, teşebbüsler arasında yoğunlaşmaya karşı bir duruş geliştirmeyip temel olarak tarafsızdır. Birleşme sonrası muhtemel pazar gücü olay bazında incelenir ve birleşme neticesinde ortaya çıkabilecek etkinlik ve diğer faydalar göz önüne alınır. Bu durum, maliyet-kâr görüşünün, yapısal görüşün iddialarına ilgisiz kaldığı anlamına gelmez. Ancak, yoğunlaşma pazar payı bilgisi, giriş engelleri, dış rekabet gibi diğer bilgilerle değerlendirilerek, birleşme sonrası firmaların piyasada fiyatları, üretimi veya diğer faktörleri kontrol edip, rekabeti kısıtlayabileceği veya engelleyebileceği sonucuna varılmalıdır. Diğer bir deyişle, bu görüş, birleşen firmaların birleşme sonrasında oluşacak pazar gücünden ziyade, muhtemel piyasa davranışlarına yoğunlaşır.<sup>35</sup>

Yatay birleşmelerde firmalar birleşme öncesinde rakip konumundadırlar. Bu tür birleşmeler, aynı piyasada yer alan iki firmayı içerdiğinden dikey ve aykırı birleşmelerde görülmeyen iki sonuca yol açarlar. 1- Birleşmeden sonra ilgili piyasadan öncekine kıyasla en az bir firma eksilmektedir. 2- Birleşme sonrası ortaya çıkan yeni teşebbüs birleşmeyi gerçekleştiren firmaların sahip oldukları piyasa paylarından daha büyük bir paya sahip olabilmektedir. Piyasada zaten az firma varsa, rekabet sınırlıysa ve birleşen firmanın piyasa payı önemliyse bu endişe daha da artmaktadır<sup>36</sup>.

Yatay birleşmeler değerlendirilirken ilgili piyasa yapısı önemli olmakla birlikte, bugün artık piyasa yapısı rekabet otoritelerince dikkate alınan faktörlerden sadece birisidir. Bu nedenle, birleşmelerin olası etkileri değerlendirilirken, pazar payı dışındaki faktörlere de bakılmaktadır. Pazar payı dışındaki bu faktörler, teşebbüsler tarafından genellikle birleşmenin piyasada düşünüldüğü gibi bir antirekabetçi etki yaratmayacağı konusunda savunma veya kanıt olarak kullanılmaktadır. Yatay birleşmelerin, koordine edilmiş (coordinated) etkiler ve tek-tarafli (unilateral) etkiler olmak üzere iki temel antirekabetçi etkisi vardır<sup>37</sup>.

### **Koordine Edilmiş Etkiler**

Yatay birleşmeler firmaların karı arttırmak amacıyla fiyat tespiti ve üretim kısıtlamasına yönelik açık (explicit) ya da zımni (tacit) anlaşmalar

<sup>34</sup> WORLD BANK/OECD, 1999, a.g.e., s. 7.

<sup>35</sup> WORLD BANK/OECD, 1999, a.g.e., s. 7.

<sup>36</sup> KULAKSIZOĞLU, Ş., Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma Ve Yararlar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 19.

<sup>37</sup> KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s.19.

yapmalarına yol açabilir. 1992 Amerikan Birleşme Rehberi bu davranışları “koordine edilmiş etkileşim” terimiyle ifade etmiştir<sup>38</sup>. Bu etkiler bireysel firmaların davranışlarından ziyade piyasadaki bütün firmaların davranışının bir sonucudur.

Koordine edilmiş etkiler kapsamında yoğunlaşma sonrası teşebbüsler, fiyatın belirlenmesinin yanı sıra ürün kalitesi, hizmet ya da teknolojik gelişme konusunda ortak bir tavır belirlenmesi şeklinde bir işbirliğine de gidebilirler<sup>39</sup>.

19 Ağustos 2010 tarihli Yeni Rehber uyarınca piyasadaki teşebbüslerin tamamının işbirliği doğurucu davranışlara katılması gerekmemekle birlikte, bu davranışların önemli bir zarar verebilmesi için pazarın esaslı bir kısmının söz konusu davranışlara açık olması gerekmektedir. Burada önemli olan işbirliği doğurucu davranışların içinde bulunan teşebbüslerin kolektif olarak ellerinde herhangi bir pazar gücünü bulundurmasıdır. Koordine edilmiş (veya işbirliğine dayanan) etkiler daha ziyade homojen mal piyasalarında (ürün farklılaştırması olmayan) görülmektedir. Ürünlerin farklılaşmadığı yani homojen olduğu bu tür piyasalarda gizli veya açık bir şekilde işbirliği doğurucu etkilerin oluşmasının daha kolay olduğu gözlemlenmektedir<sup>40</sup>.

### **Tek Taraflı Etkiler**

Tek taraflı (unilateral) etkiler kavramına göre firmalar birbiriyle rekabet eden iki farklı ikame malını (yani farklılaştırılmış mallar) üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle söz konusu mallardaki rekabet baskısı ortadan kalkacak ve birleşmeden sonra ortaya çıkan firma her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir. Bu durumda teşebbüsün rakipleriyle işbirliği yapma ihtiyacı ortadan kalkmış olacaktır<sup>41</sup>. Tek taraflı anti-rekabetçi etkiler kavramına ilk olarak 1992 ABD Yatay Birleşmeler Rehberinde değinilmiştir<sup>42</sup>.

2010 tarihli Yeni Rehber’in tek taraflı etkiler bakımından iki temel yenilik getirdiği söylenebilir: (i) pazar paylarına atfedilen değerin azalması ve (ii) sapmaya uğrayan satışların değeri. Bu bağlamda Yeni Rehber sapma oranları ile piyasa payları arasında herhangi bir bağlantı kurmamaktadır. Her ne kadar piyasa payları sapma oranlarının hesaplanması bakımından önemli bir veri olarak kabul edilse de yetkili makamlar normal olarak daha doğrudan delillere bakmaktadır. Bu

---

<sup>38</sup> KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s. 20.

<sup>39</sup> GÜVEN, a.g.e., 221.

<sup>40</sup> GÜRKAYNAK ve diğerleri, a.g.m., s. 154.

<sup>41</sup> GÜVEN, a.g.e., s. 220.

<sup>42</sup> KULAKSIZOĞLU, a.g.e., s. 20.

bakımdan tek taraflı fiyat etkilerinin değerlendirmesinde pazarın yoğunlaşma seviyesi daha az önem arz edebilecektir<sup>43</sup>.

Sonuç olarak teşebbüsler arasında kurulan yapısal birliktelikler, daha önce ifade edilen yararlarına karşılık, piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz birtakım etkiler doğurabilirler. Zira birleşme sonrasında genellikle herhangi bir kapasite artışı olmamakta, buna karşılık, piyasada ekonomik faaliyet yürüten aktör sayısı azalmakta dolayısıyla rekabet olumsuz etkilenmekte ise iktisadi yoğunlaşma istenmeyen şekilde artmış demektir. Özellikle ilgili piyasadaki payı yüksek olan (rakip) teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına yol açabilmektedir<sup>44</sup>.

Anılan nedenlerle, rekabet hukuku kuralları piyasada rekabetin azalması sonucunu doğuran teşebbüsler arasındaki kalıcı birlikteliklerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün (veya daha fazla teşebbüsün) başka bir teşebbüsü ele geçirmesi, iki bağımsız teşebbüsün yeni bir teşebbüs bünyesinde birleşmesi veya ortak girişim (joint venture) benzeri başka türlü kurumsal birliktelikler meydana getirilmesi, rekabet makamlarınca denetim altında tutulmaktadır. Bu tip yoğunlaşmalar, yukarıda sayılan yararları dolayısıyla, per se yasaklanmamakta, ancak belirli pazar gücü analizleri sonucu rekabet açısından zararlı etkiler doğurduğu veya doğuracağı anlaşıldığı takdirde, esnek düzenlemelerle kontrol edilmektedir<sup>45</sup>.

Bu amaca yönelik olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da öngörülen hüküm, 7. maddede birleşme ve devralmalar başlığı altında yer almaktadır. Bu hükme göre, “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 veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasak” olarak kabul edilmiştir.

Birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7. madde hükmü en genel anlamıyla piyasa yapısını kontrol etmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin altında yatan temel niyet, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında

---

<sup>43</sup> GÜRKAYNAK ve diğerleri, a.g.m., s. 152.

<sup>44</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2.

<sup>45</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 2-3.

toplanmasının önüne geçilmesi ve piyasada yapısal değişime neden olan iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesidir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, piyasalarda çok sesliliğin korunması ve ekonomik kararlar alma konusunda öncelik ve üstünlüğün belirli merkezlerde toplanmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir<sup>46</sup>.

Kanun'un 7. maddesi hükmü yakından incelendiğinde, bu amaca yönelik olarak iki farklı düzenlemeye bir arada yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, diğeri ise bir teşebbüsün, bir başka teşebbüsü kontrol altına alacak şekilde devralmasıdır. Bunların dışında, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ'de, ortak girişimler (joint-ventures) de yoğunlaşma kapsamında değerlendirilmiştir<sup>47</sup>.

Tebliğin (2010/4) "birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi" başlıklı 13. maddesi 1. fıkrası birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde özellikle; ilgili pazarın yapısının, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabetinin, teşebbüslerin pazardaki durumunun, ekonomik ve mali güçlerinin, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatiflerinin, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânlarının, pazarlara giriş engellerinin, arz ve talep eğilimlerinin, tüketicilerin menfaatlerinin, tüketici yararına olan etkinliklerin ve diğer hususların göz önünde tutulacağını hüküm altına almıştır.

Tebliğin anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere, bir birleşme veya devralma işleminin tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı ya da doğurmayacağı kanaatine ulaşılmasında ekonomik parametreler yoğun olarak kullanılacaktır.

---

<sup>46</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 3.

<sup>47</sup> SEZEN, A., a.g.e., s. 3.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No: 0062, Ankara, 2001.
- ASLAN, İ.Y., Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992.
- BAYE, M.R., Managerial Economics and Business Strategy, Second Edition, Irwin/McGraw-Hill, USA, 1997.
- BISHOP, S. ve M. WALKER, Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, London, 1999.
- CANENBLEY, C., "The Geographic Market Definition under European Merger Control Law", (Der.) E.H. Barry, The Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy, Juris Publishing Inc., 1997.
- CARLTON, D.W. ve J.M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Third Ed., Addison Wesley Longman, USA, 2000.
- ÇAĞLAYAN, A.İ., Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- ERDEM, E., "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65 Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- GÜRKAYNAK, G., İ.S. DALKIR, M.H. ÖZGÖKÇEN, A.B. AYDIN ve C. YILDIZ, "ABD'deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler", Rekabet Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, Ocak-2011.
- GÜVEN, P., Rekabet Hukuku-Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- KULAKSIZOĞLU, Ş., Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler İle Öne Sürülen Savunma Ve Yararlar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- LIPSEY, R.G., P.O. STEINER ve D.D. PURVIS, İktisat 1, (Çev.: Ö.Faruk Batırel ve diğerleri), Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1990.
- ÖZSUNAY, E., Kartel Hukuku, İstanbul, 1985.
- POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E., Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1997.
- ROSNER, F., Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme

ve Devralmaların Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001.

SEZEN, A., “Birleşme ve Devralmalar”, Uluslararası Rekabet ve Teknoloji Birliği (URTEB), Bursa, 2007, [www.urteb.org](http://www.urteb.org) (Giriş tarihi, 10.04.2011).

SU, K.T., Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.

ÜSTÜNEL, B., Ekonominin Temelleri, Yedinci Baskı, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1997.

WORLD BANK/OECD A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, World Bank, Washington DC, 1999.

**Oturum Yöneticisi-** Bünyamin Gürpınar’a, bu kısa süre içinde bizimle paylaştığı değerli bilgileri için çok teşekkür ediyoruz. Bize, birleşme ve devralmaların, rekabet hukuku yanında, 2012 Temmuz’unda yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunumuz bakımından ne anlama geldiği konusunda da bilgi verdi. Bu iki kanun arasında kavram birlikteliğinin sağlanmış olması gerçekten hoş bir şey. Aynı zamanda, bizim de şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan bir Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarımız var. Bu kanunun da yürürlüğe girmesiyle birlikte yoğunlaşmalar konusunda daha iyi bir yerde olacağız.

## SORU ve CEVAPLAR

---

**Tekin YILDIRIM (Mali Müşavir)-** Aslında sorularım biraz detay, çok fazla rekabetle de ilgili olmayabilir, daha çok ticaret hukukuna düşüyor ama belki buradaki insanları da ilgilendirir. Birleşmelerde benim karşılaştığım, daha fazla orta boy işletmelerin birleşmesi ve bu prosesler çok fazla zaman alıyor, yorgunluk verici bir şey. Türk Ticaret Kanununda acaba şöyle bir yol var mıdır; mahkemelerin, şirketlerin değer tespitine yönelik bilirkişi ataması süreci aşılabilir mi? Rekabet Kurulunda bir rakam sınırı var, o sınırın altında kaldığımızda ona başvuramayabiliyoruz; orasını biliyorum.

Yönetim kuruluna bir birleşme sözleşmesi yapma yetkisi veriyoruz, bunun için bir genel kurul toplanıyor, sonra bir daha genel kurul topluyoruz, orada da bu sözleşmeyi onaylıyoruz gibi bir prosedür var; acaba burada da uygulayabileceğimiz bir baypas yöntemi var mıdır? Ortaklık yapısı birebir aynı olursa, bu birleşme değerini, değiştirme değerini istediğimiz gibi saptayabilir miyiz?

**Oturum Yöneticisi-** Galiba soruyu Bünyamin Beye yönelttiniz.

**Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR-** Yeni kanunda bu dediğiniz konularla ilgili düzenlemeler var, fakat izniniz olursa, bu toplantı kapsamında o konulara girmenin çok uygun olmayacağını düşünüyorum, çünkü tamamen ayrı bir mevzu, ticaret hukuku, şirketler hukukuyla ilgili bir sempozyum konusu.

**Şefik ŞENYÜREK (Sinnotech Mühendislik Danışmanlık Şirketi Temsilcisi)-** Son yıllarda rekabet hukukuna aykırı davranışları nedeniyle en büyük davalar Microsoft Şirketine açıldı. Aslında kamuoyundan duyduğumuz birtakım bilgiler var ama, bunu çok net bilmiyoruz. Dolayısıyla, eğer sizde bu konuda bilgi varsa, Bill Gates burada yenilgiyi neden kabul etti, kabul ettiği konu neydi?

Rekabet hukukuna uygun hareket eden şirketlerimize bir ödüllendirme sistemi düşünülüyor mu veya böyle bir mekanizma var da ben mi bilmiyorum? Türkiye’de artık iyi ve namuslu, rekabete uyan vatandaş, kanuna uyan vatandaş uyduyuyla kalmamalı, ödül almalı, sadece ceza değil, biraz da ödül mekanizması çalışmalı. Bu konuda çalışmalarınız var mı?

**Oturum Yöneticisi-** Soruyu kime yönelttiniz bilmiyorum ama Microsoft kısmına Ali Bey cevap versin. İkinci sorunuz, rekabet hukukuna uymanın ödüllendirilmesi meselesi. Esasen rekabet hukukuna uymak başlı başına bir



ödülüdür. Uymamanın sonuçlarını, son zamanlarda Rekabet Kurulunun vermiş olduğu kararlar gösteriyor. Zannediyorum bu kadar açıklama yeter.

**Ali DEMİRÖZ-** Microsoft konusunda da herhâlde dünyada ortaya çıkan kararları soruyorsunuz. Türkiye’de, Microsoft aleyhine ciddi bir inceleme ve yaptırım uygulanmadı. Amerika Birleşik Devletleri’nde, 2000’li yılların başlarında devam eden süreç uzlaşmayla sonuçlandı. Avrupa Birliği’nde ise, iki nedenle ciddi cezalara varan karar alındı. Detaylarına girecek vaktimiz yok ama şunu söyleyebiliriz: Komisyonun aldığı kararlardan bir tanesi “Server yazılımları”yla ilgili, diğeri de, “Media Player”in “Windows”a bağlanmasıyla ilgili ihlal tespit etti. Buna yönelik olarak Microsoft aleyhine ciddi cezalar verdi ki, o dönemin en rekor cezası Microsoft’a yönelik olarak verildi ve Microsoft’un uyması gereken davranışlar tespit edildi. Daha sonra, Microsoft bu davranışlara da uymadığı için ciddi cezalarla karşı karşıya kaldı. En sonunda da, Komisyonun kararı Üst Mahkeme tarafından onaylanınca ve Microsoft, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından ciddi bir uygulama görünce, Avrupa Birliği Komisyonunun kararlarına uymayı kabul etti. Bundan sonraki problemler de genelde uzlaşmayla sonuçlanıyor.

Dolayısıyla şunu söyleyebiliriz: Amerika’da uzlaşmayla sonuçlanan ve Microsoft’un yükümlülükler kabul ettiği bir dava var, Avrupa Birliği’nde de, gene ciddi cezayla karşılaştığı ve yükümlülükler kabul ettiği bir karar var. Bunun anlamı, rekabet kuralları etkili ve istikrarlı bir şekilde uygulanırsa, yaptırımlar ciddi bir şekilde takip edilirse en büyük şirketler bile bu kurallara uyma konusunda eninde sonunda doğru noktaya geliyorlar. Bunu söyleyebiliriz.

**Erden Ziya GÖKAY (Altuğ Sigorta Temsilcisi)-** Sorum Ali Beye. Geçen ay bankacılara uygulanan rekabet cezalarıyla ilgili bir soru sormak istiyorum; bayağı tartışmalara neden oldu. Halka açık şirketler olduğu için de borsada onların bayağı fiyat oynamaları söz konusu oldu. Özellikle büyük bir bankanın sahibi, “hisse senetleri fiyatlarımı düşürürüm” diye borsayı ve yatırımcıları tehdit etti. Bankacıların, itibar müessesesi olan bu kurumların, mahkeme gibi sorgulanıp cezalarının uygulanması usul yönünden doğru bir uygulama mıdır? Piyasada çok büyük ceza beklentileri vardı ama, sonra nasıl olduysa çok küçük rakamlar kesildi. Bu konuda aydınlanmak istiyorum.

**Oturum Yöneticisi-** Bankacılarla ilgili karar yeni bir karar, henüz yargı aşamasında olan da bir karar, onun detayına çok fazla girmemiz doğru olmaz.

**Erden Ziya GÖKAY-** O zaman sadece usul yönünden sorayım. Mahkeme gibi, toplanıp özellikle halka açık şirket hakkında bir karar verilmesi görüntü açısından doğru bir uygulama mıdır?

**Oturum Yöneticisi-** Şöyle: Sözlü savunmanın ne şekilde yapılacağı bizim mevzuatımızda, kanunumuzda ve kanuna dayanılarak çıkarılan bir tebliğimizde açıklanmış durumda. Teşebbüsler eğer sözlü savunmanın gizli olarak yapılmasını, yani kamuya açılmamasını, aleni olmamasını talep ettikleri takdirde Kurul sözlü savunmanın gizli yapılmasına karar verebiliyor. Bizim tebliğe uygun bir başvuru olmadığı için sözlü savunma aleni yapılmış oldu. Dolayısıyla, ilgili teşebbüslerin, sözlü savunmanın gizli yapılmasına ilişkin başvurusu olmadığı için açık yapılmış oldu, o savunma süreci öyle tamamlandı.

**Ali DEMİRÖZ-** Bu konuda bir şey ekleyebiliriz. Medyaya yansıma şeklinin Kurum açısından doğru olmadığını düşünüyorum. Medyaya, sanki bankaların genel müdürleri Rekabet Kurumu tarafından zorla çağırılmış, orada ifadeleri alınmış gibi yansıdı. Bizim sözlü savunma usulümüz çerçevesinde teşebbüsler dilerlerse kendileri, yöneticileri, dilerlerse avukatları ve temsilcileri aracılığıyla oralarda temsil edilebilirler. Dolayısıyla, oraya gelmeleri, üst düzeyde katılmaları ve orada kimlerin konuşacağı kendi takdirlerindedir. Medyada da sanki, Rekabet Kurulu, en tepe yöneticileri önüne çağırıyor ve sorguya çekiyor gibi bir yansıma oldu; bunun böyle olmadığını, usulü açıdan böyle bir zorunluluk bulunmadığını söylemek lazım.

**Oturum Yöneticisi-** Ali Beyin dediği doğru. Biz, genel müdür katılısın, toplantıda bulunsun diye bir çağrıda bulunmadık; teşebbüsler bir avukatı vasıtasıyla veya bir üst yöneticisi vasıtasıyla, her mercideki çalışanı vasıtasıyla bu tür savunmalara katılabilir, yeter ki yetkili olduğunu gösteren bir belgeyi ibraz etsinler. Dolayısıyla, hakiki durum basına yansıyan şekilde değil.

**Arzu ALPAGUT (Tüketici Derneği Telekom Sektör Başkanı)-** Microsoft'la ilgili yorum yapmak istiyorum.

İki hafta önce Profesör Doktor Slot buradaydı, o konuya da değindi. Teknik bazlı olduğum için, Microsoft hakkında alınan karar benim ufkumu inanılmaz açtı. Özellikle telekomünikasyon sektöründe, ICT'de konuşulan yakınsamanın (Convergence), bu kararla önü açılmış oldu ve ekonomik kriterler de göz önüne alınarak, rekabet ortamında birbiriyle uyuşabilen farklı şirketler tarafından teknolojilerin verilmesini sağladı. Türkiye'de teknoloji transferi olduğu için, Türk Telekom da "Unbundle" edilmeden özelleştiği için, TTNET ve Türk Telekom örneğinde verildiği gibi, maalesef tam rekabet sağlanamıyor. Şebeke ve kullanıcı fonksiyonlarının Unbundle edilerek rekabete açılması gerekiyor; onu bildirmek istedim.

**Doç. Dr. Pelin GÜVEN-** Belki dikkatlerden kaçmış olabilir diye son derece önemli bir değişiklikten kısaca bahsetmek istiyorum. Torba Yasa ile bir

sürü kanunlarda değişiklik yapıldı: Bunlardan bir tanesi de, Türk Ticaret Kanununun 401'inci maddesinde getirilen iki yeni fıkra. Kontrolün devralınması konusunda sıklıkla geçiyor; imtiyazlar ile kontrol sağlanabilir. Bunun da Türk hukukundaki dayanağı, 401'inci maddeye göre, ana sözleşmede öngörülen hükümle, oy hakkında, belki yöneticileri belirleme hakkında çeşitli imtiyazların sağlanması. Yeni getirilen iki fıkrada şu söyleniyor: Ortaklarının arasında kamu tüzel kişileri, belediyeler, İl Özel idareleri, vakıflar, dernekler, kooperatifler gibi kişilerin olduğu, örneğin anonim şirketlerde artık imtiyazlar öngörülemez, bunun istisnası, kamuya yararlı dernek, vakıf (kamu tüzel kişiliği hariç.) İmtiyazlar öngörülemez gibi, mevcut imtiyazlar söz konusu ise, ana sözleşmelerin 6 ay içerisinde değiştirilmesi, bu değişikliklerin uyarlanması gerekiyor, aksi hâlde hükümsüz olacak.

Türkiye'de birçok şirketin ana sözleşmesinde A grubu, B grubu gibi hisseler olup çeşitli imtiyazlar var; ikincisi, halka açık şirketler var. Siz kapalı şirketlerde bunun kontrolünü belki birleşme ve devralmalar yoluyla sağlayabilirsiniz ama halka açık ortaklıklarda kimin nasıl alacağını nereden bileceksiniz; bu da herhâlde büyük bir risktir diye düşünüyorum.

Rekabet Kurulunun yapacağı incelemelerde, kontrolün değiştirilmesi aşamasında, şimdi, "bu kanun ile artık hükümsüzdür" dediği için, önüne gelen işlemlerde ana sözleşmeleri bir de bu açıdan değerlendirmesi gerekecektir diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Lerzan YILMAZ** (*Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/Oturum Yöneticisi*)-  
Toplantımızın İkinci Oturumunu açıyorum. Bu oturumun ilk yarısında "Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi" konusu anlatılacak. İlk konuşmacı olarak da, Tübingen Üniversitesinden Sayın Profesör Doktor Wernhard Möschel söz alacaklar. Kendisi bize "AT-Birleşme Kontrolü-Bazı Eleştirel Gözlemler" konusunu anlatacak. İkinci konuşmacımız Sayın Jose Maria Carpi Badia, AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğünden gelen bir konuğumuz. O da, AB Komisyonunda Vaka Sorumlusu olarak çalıştığı için size "AB (Komisyon) Uygulamasında Bildirim Eşikleri" konusunu anlatacak. Üçüncü konuşmacımız ise, İngiltere'den Bay John Ivory. O da size "İngiltere'de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi"ni anlatacak.

**REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALAR  
SEMPOZYUMU**

*22 Nisan 2011  
İSTANBUL*

---

**II. OTURUM**

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA  
BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ**

**Prof. Dr. Lerzan YILMAZ**  
*(Oturum Yöneticisi)*  
*Maltepe Üniversitesi*

**Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL**  
*Tübingen Üniversitesi*

**Jose Maria CARPI BADIA**  
*AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü*

**John IVORY**  
*OFT Birleşmeler Grubu*

**Orçun SENYÜCEL**  
*Rekabet Kurumu*

**Salim AYDEMİR**  
*Rekabet Kurumu*

**Yrd. Doç. Dr. Harun KILIÇ**  
*Beykent Üniversitesi*

## AT-BİRLEŞME KONTROLÜ BAZI ELEŞTİREL GÖZLEMLER

**Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL**

*Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

---

Bayanlar ve Baylar benim anadilim İngilizce değil, ama sunumumun sonunda aynı izlenimi verebilmeyi umuyorum. Amerikalı yazar Mark Twain Richard Wagner'in müziği ile olarak söylediği gibi, "çalındığından çok daha iyi". Avrupa'daki birleşme kontrol kuralları hakkında konuşacağım ve bazı kritik gözlemlerimi paylaşacağım. Avrupa'daki birleşme kontrolünün amaçlarına ilişkin sorular kontrolün uygulanmaya başladığı 1989-1990 yılından bu yana sürmektedir. İlk başta "içgüdü" duygusu fikri hakimdi. Ulusal birleşme kontrolü rejimlerindeki düzenleme boşluklarını bu paha biçilmez rejim dolduracaktı. Bu hedef bugün itibariyle terk edilmiş ve yürürlükten kalkmıştır. Ardından işlem maliyetlerinden tasarruf argümanı gündeme gelmiştir. Bir hizmet sürecinin tümünün tek bir müessese tarafından üstlenilmesi prensibi. Ancak, çeşitli ulusal kanunlara ve rejimlere yoğunlaşmaya ilişkin vakalar özellikle çok sayıda değildir. Ayrıca doğru kanun arayışı içine olmanın ikinci sınıf kanun arayışına içine girmekten daha önemli olduğu dikkate alınmalıdır. Bu herkes için eşit şartlar oluşturma konseptiydi. Her yerde oyun aynı kurallarla oynanacaktı. Birbirinden farklı düzenleyici sistemler arasındaki bu titiz rekabet seviyesi; bu yalnızca komisyonun münhasır yargılama yetkisine sahip olduğu bölge için geçerli değildir.

Brüksel'deki uygulama ulusal kanunlar üzerinde önemli ölçüde yankı uyandırmıştır. Bu, üye ülkedeki küçük çaplı işlemlerle uğraşanlara Brüksel'de önemli işlemlerle iştirak edenlerden daha sert muameleyi öngören politik olarak sürdürülebilir bir pozisyon değildir. Bu gibi durumlarda bu yalnızca sistemlerde fikir rekabetinin kaybolması değil aynı zamanda çarpan etkisi yaratan risk öğelerini de beraberinde taşıyan kararların merkezileştirilmesidir.

Buna tipik örnekler olarak elektrik sektöründeki mega birleşmeler verilebilir. Daha küçük bir vakada komisyon tarafından karar verilen FIBA, FIAC'tır. ABE kararı Bundeskatelland tarafından eş zamanlı olarak ve komisyonla yakın işbirliği içinde verilmiştir.

Rekabet kanunlarının uygulamalarında sürekli iyileştirme yapılmasının otomatik olarak garanti edildiğini ve söz konusu iyileştirmelerin Brüksel seviyesinde üye ülke seviyesinden daha yüksek bir derecede sağlanabildiğini varsaymak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Avrupa'daki rekabete daha

ekonomik bir yaklaşım konusunda halen koparılmakta olan yaygara, örneğin bundan bir kaç yıl önce akla dahi gelmezdi. Aynı şey Fenine davasında ilk derece mahkemesi ve aynı zamanda Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen kararlar için de geçerlidir. Bu davada mahkemeler, aşağı yönlü iş ilişkilerini, işlemlerini sigortalılarla birlikte yürütmeyen ve üstlenmeyen ulusal sağlık sisteminin işletilmesinden sorumlu olan bakanlıkların yukarı yönlü iktisap, satın alma faaliyetlerini söz konusu faaliyet tamamen farklı pazarları ve menfaatleri içerse dahi üstlenemeyeceği yönünde geleneksel en uygun hukuk sistemi çerçevesinde karar vermiştir.

Kısaca, üye ülkelerin rekabet yasaları pahasına Avrupa Rekabet Yasasının genişlemesi konusunda şüphelerim var. Birleşme kontrolü piyasa yapılarının kontrolü olarak tasarlanmıştır. Kesin ve kati rekabet risklerinin önlenmesine yöneliktir. Birleşme kontrolü Birleşme, hakim pozisyonların istismarını kontrol etme ihtiyacının azaltılmasında önemli bir rol oynamaktadır. 2004 yılında uygulamaya konan yeni birleşme yönetmeliğinin 2. Maddesi kapsamındaki maddi doğruluk testinin yeniden şekillendirilmesi potansiyel olarak çok geniş kapsamlı bir değişiklik getirmiştir. Bismarck'ın da bir zamanlar dikkat çektiği gibi, kanunların ve sosislerin nasıl yapıldığını bilen bir kişi artık geceleri rahat uyuyamaz.

Bu durum özellikle Brüksel'de taslakları hazırlanan mevzuat için geçerlidir. Karar verici organ olan konseye müeyyide uygulanamaz. Seçimde aleyhinde oy kullanılamaz. Oy üstünlüğüne sahip olan ulusal hükümete karşı oy verenin hukuki bir çözüm hakkı da bulunmamaktadır. Mevzuat sürecine dahil olan Avrupa Parlamentosu Avrupalı insanları temsil etmemektedir. Avrupalı insanlar mevcut değildir. Brüksel bürokrasisi sahip olduğu talepkar roller konusunda ısrarcı olduğundan oldukça güçlü ve yetkindir. En saygın, en muteber rol kanun koyucu rolüdür. John Stuart tarafından bundan 150 yıl önce ortaya konduğu gibi, kanun koyucunun kararlarının doğruluk olasılığını arttıran ve gerçeğe mümkün olduğunca yaklaşmasını sağlayan Avrupa kamuoyu mevcut değildir.

Avrupa'daki Birleşme Yönetmeliğinin 2. Maddesinin 4 no.lu paragrafının yeniden düzenlenmesini tetikleyen olay İngiltere'deki mevzuat reformudur. 2002 yılında İngiltere'de Teşebbüs/İşletme Kanunu önemli ölçüdeki rekabet konusunda Amerika'dan alınan dersin yerine ikame edilmiştir; İngiltere'de belirli bir ölçüde tarihlendirilen karar verme noktasından önceki kamu menfaati testi için meşhur Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması (SLC) testi. Reform konusunda ısrarcı baskılar Londra'dan gelmiştir. Buna karşılık, Brüksel ofislerinin kollarını açıp candan ve coşkuyla destekledikleri Amerikan hukuku konusunda komisyon ve

konsey beklenmedik bir şekilde müzakerelerin nihai aşamasında, esasa ilişkin konulardaki testin formülasyonunun uzlaşmayla varılan bir çözüm olarak kabul edildiği hususunu benimsemiştir. Yoğunlaşmış oligopol piyasa üzerindeki tek taraflı etkiler şeklinde ortaya çıkan yasal boşlukların doldurulması yönünde algılanan ihtiyaç sağlam temellere dayanmamaktadır.

Literatürde, tipik bir örnek 2001 yılında Birleşik Devletlerde DC bölge sulh hukuk mahkemesinde görülen bebek maması davasıdır. Halen sahip olduğumuz Komisyonun içtihat hukuku 2006 T-Mobile Avusturya Davasına dayanmaktadır. Bu dava geleneksel birlikte hakimiyet konsepti çerçevesinde çözülebilirdi. Hatta bu dava, Almanya’da tek taraflı etki konseptinin hükümetle bağlantılı olmasını gerektiren 35 yıllık göreceli yoğun birleşme kontrolü sırasında böyle tek bir vakanın dahi var olmadığının düşünülmesine yol açmalıdır. Yeni Avrupa mevzuatı şimdi bunu birleşme kontrolünü merkezi aşamasına taşımaktadır. Bir kez daha Bismarck’ın şu sözleriyle teselli bulmak gerekir; insan kanunların ve iyi, adil hakimlerin olduğu yerde yaşayabilir ancak tersi doğru değildir.

Avrupa Rekabet Kanunların yeni şekli oldukça entelektüel bir çerçeveye oturtulmuştur. Ancak dayandığı temeller kırılığandır. Komisyonun kılavuz ilkelerine göre, birleşme kontrolünün amacı tüketici refahı üzerinde olumsuz etkileri olan yoğunlaşmaları önlemektir. Refah teorisi, piyasa katılımcısı gruplarından birisi olan tüketicilerin diğer piyasa katılımcısı grubu olan üreticiler karşısında imtiyazlı bir konuma getirilmesinin gerekçesini vermemektedir. Verimlilik bakış açısından, tüketici ve üretici refahının toplam olarak dikkate alınması gerekir. Bu iyi bilinen toplam refah standardıdır.

Bunun yanı sıra, tüketici refahı konseptleri dağıtım problemleriyle birlikte verimliliği daha da kötüleştirmektedir. Fabrika fiyatlarını sabitleyen ve tüketicileri istismar eden bir kartel durumunda karın nereye kadar uzandığını açıkça bilebilmek mümkün değildir. Alıcı adayları rekabet koşulları altında daha iyi olabilecek olan teşebbüsün hissedarları, çalışanları, tedarikçileri, alacaklıları ancak aynı zamanda hazine ve kamu yararına çalışan kurumlardır. Connor’s American Museums tablolarında rekabete yabancı olmayan isimlerle sıkça karşılaşılır.

Ekonomik refah bakış açısından, ilk öncelik bölüşülecek olan pastanın mümkün olduğu kadar büyütülmesi olmalıdır. Avrupa Adalet Divanı burada kritik edilen görüşü paylaşmamaktadır. Ancak 2007 tarihinde British Airways davasında verilen kararlar birlikte, havayolu bilet işlemlerinde istismara varan, yolsuz indirim davasında Antlaşmanın 102 no.lu Maddesinin ihlal edildiğine dair bulguları gösteren yeterli rekabet olduğu ortaya konmuştur. Yasa tüketicinin

gördüğü zararın ayrıca araştırılmasını gerekli görmemiştir. 1973 yılındaki Continental Can kararına atıf yapmıştır. Bu muhtemelen mahkemenin dava yükü tarihinde verdiği en aşırı formdaki yapısal karardır; kararda 102 no'lu madde uyarınca ve esas itibarıyla birleşmeleri kontrol etme düşüncesiyle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklanmıştır. Simülasyon modelleri de dahil olmak üzere ekonomik modellerin giderek artan kullanımına itiraz edilmemektedir. Eğer ekonomik model kullanıyorsanız yarı yolda vazgeçmemelisiniz. Burada problem bahsetmeyi unuttuğum doğasında olan sınırlamalardır.

Bu metotların tümü mükemmel rekabet paradigmasına dayanmaktadır. Bu paradigmanın doğru olmadığı hatta yasal uygulamalar amacıyla gerçekçi olmadığı, doğrudan uygulanmadığı durumlar için dahi böyledir. Kullanılmasının nedeni aksi takdirde ekonominin en azından doğru ve hassas şekilde hesaplanamamasıdır. Model kullanıcıları model kullanımının realiteyi tam olarak yeterince yansıtıp yansıtmadığını kendilerine her zaman sormalıdır. Rakiplerin, müşterilerin, piyasaya yeni girenlerin verdikleri reaksiyonların dinamik yönlerini yansıtıp yansıtmadığını sorgulamalıdır. Bu alandaki yasal uygulamanın özelliği olan derece ve muğlaklıkla ilgili sorular genellikle geriye atılır. En tehlikeli yönlerin birleşme kontrolünün hassas ayarlarının yapılması trendi olduğu görülmektedir, ancak hepsi bundan ibaret değildir.

Bu riskler hukukun üstünlüğü kuralının yerini vaka bazında keyfi uygulamaların almasına yol açmaktadır. Buna bir örnek olarak, çeşitli işitsel medya konularında Sony ve Bertlesman arasında kurulan ortak girişime verilen izin gösterilebilir. Bu karar aynı zamanda Impala kararı olarak da bilinmektedir. Bu isim kararı temyiz eden bağımsız işçilerin birlik olmalarından sonra verilmiştir. Bu aynı zamanda yeni tayin edilmiş olan baş ekonomistin karar üzerinde rol oynayan etkisi altında hüküm verilen ilk karar olma özelliğini de taşımaktadır. Birinci derece mahkeme kararı iptal etmiş ve komisyonu muğlak tahsisler ve üstünkörü, yüzeyler açıklamalar yapmakla ağır şekilde suçlamıştır. Komisyon kararı temyiz etse de 2007 yılının Ekim ayında karar ikinci kez onanmıştır. Bu amaçla, çeşitli işitsel medya pazarlarındaki milyonlarca başlama noktası ve ilgili lisans araştırılmıştır. Bu komisyonun geçmişten günümüze gelen tüm tarihi boyunca yapılmış en kapsamlı araştırmadır. Eleştiri yalnızca ilk adımdır. Daha iyi bir alternatifin sunulması gerekir. Öğrenilen derslere atıfta bulunularak, rekabet kanununun uygulaması ile ilgili olarak kazanılan deneyimlerle birlikte ikinci en iyi tavsiye avukatlar tarafından her zaman yapıla geldiği üzere başvuru temel prensipten çok da uzak değildir. Friederich August Von Heicht tarafından beşeri eylemler sonucunda formüle edilen kurallar piyasa ile değil daha ziyade piyasanın düzenlenmesi ile ilgilidir. Bu kulağa biraz daha iyi gelmektedir. Bunun ekonomik verimlilik örneği ile göstermek istiyorum. Hakim



teşebbüsün maliyet avantajlarını müşterilerine fiyat indirimi şeklinde aktaran bir teşvik sistemini uyguladığı modeller tahlil edilebilir. Ancak bu nadir görülen bir durumdur.

Kanunun uygulanması açısından, deneyimler rekabet baskısının olmadığı durumlarda bunun olmadığını göstermektedir. Ve hakim pozisyonun olduğu durumlarda doğası gereği bu rekabet baskıları dışlanmaktadır. Bu durum, komisyonun uygulamalarında fiili veya algılanan verimlilik artışı nedeniyle aşık bir hakim pozisyona yol açan yoğunlaşmanın şimdiye değin hiç meydana gelmediği olgusuna karşılık gelmektedir. Aynı şey, daha önce sözü edilen bebek maması davası dışında Amerikan içtihat hukuku için de söz konusudur. Ancak bu davada bölge mahkemesinin verdiği karar sulh mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ezoterizmden (belirli bir insan topluluğunun dışında kimseye bildirilmeyen, yalnızca sınırlı, dar bir çevreye aktarılan her türlü bilgi, öğreti) kaçınmak gerekir.

Burada anlatılan gerginlik ve gerilim Ohio Eyalet Temyiz Mahkemesi tarafından daha 1892’lerde Rockefeller Standard Oil Trust aleyhine bir davada tartışılmıştır. Mahkemenin görüşüne göre, “Standard Oil Trust’ın ayrıcalıklı etkileri ve başarıyla gerçekleştirdikleri hususlar üzerine çok şey söylenmiştir. Benzinin ve tüketiciye sundukları ürünlerin kalitesini yükselttikleri ve maliyetini düşürdükleri doğru olabilir. Ancak, bunlar monopolün olağan ve genel sonuçlarından birisi değildir. Ve hukukun genel kuralı olabilecekleri değil çoğunlukla olanları dikkate almaktır. Deneyimler, başkaları pahasına üzerine katma fırsatı olduğunda insanın açgözlülüğüne ve hırsına güvenmenin çok akıllıca olmadığını göstermektedir”. Ben şahsen, bu sözleri yargı aklı olarak kabul ediyorum.

Benden sunumumun sonuna Almanya’daki birleşme kontrolünün bildirim eşikleri hakkında bazı açıklamalar eklemem istendi. Tabi ki bunu yapacağım. 2 veya 3 dakika sürecek. Birleşme kontrolü genellikle 2 adımda yürütülür. Bu adımlardan ilki resmi bir bildirimdir ve ikincisi de birleşmenin rekabet üzerindeki etkileri değerlendiriliyorsa uygulanır. Bildirimin amacı eğer mümkünse, belirli bir yerde kayda değer rekabet etkilerine yol açabilecek olası tüm birleşmeleri toparlamak ve aynı zamanda rekabet sorunları yaratabilecek olan tüm işlemleri elemektir. Uygun harcama limiti ilk olarak birleşmelerin gözden geçirilme bildirimini ile bağlantılı kamu ve özel kaynakları değerlendirir.

Sonuç olarak basit bir şekilde uygulanabilecek olan kriterlere yönlendirir. Bu, önemli gecikmelerin muhtemel olduğu durumlarda birçok zorluğun meydana gelmesine yol açabilecek olan pazar paylarına karşılık elde edilen gelirler gibi objektif sonuçları gerektirir. Burada ikili bir bağlantıya riayet edilmesi gerekir.

Birincisi, birleşme bildiriminin gerek şartları ne kadar basitse ve işlemler ne kadar hızlı yürütülüyorsa sürece dahil olan firma ve kuruluşların üzerindeki yük o denli az olacaktır. İkincisi, önceki eşik değerlerin sağlanmamış olması koşuluyla esasa ilişkin bir birleşme kontrolü hariç bırakılmışsa, doğru sonuçlar daha da önemli hale gelir. Bu, ABD, Kanada veya Avustralya gibi birleşme sonrası kontrolün mümkün olduğu yerlerde farklıdır. Özel bir durum da, miktara dayalı olarak (kantitatif) 2004 tarihli AB birleşme yönetmeliğinin 1 no.lu Maddesinin gerek şartlarına dayanılmasıdır. Bu, Avrupa mahkemelerinin birleşme kontrolü üzerindeki azalan yetki sınırlarını ve münferit üye ülkelerin yetki ve yetkiyetlerini belirlemektedir. Bu tartışılmaz bir husustur, bu başka bir şeydir.

Almanya 3 bildirim eşiğini kabul etmiştir. Bu eşiklerin kümülatif olarak sağlanması gerekir. Sürece dahil olan şirketlerin dünya çapındaki yıllık gelirlerinin 500 milyon Euro'nun üzerinde olması gerekmektedir. Burada şirketin büyüklüğü ile rekabet güdüsü arasında bir bağlantı olduğu varsayılmaktadır. Bir diğer seçenek de, yalnızca yurt içi gelirlerin dikkate alınmasıdır. Örneğin, İtalya'daki rejimde eşik değeri olarak 427 milyon Euro ve İspanya'da da 240 milyon Euro belirlenmiştir. Sürece dahil olan şirketlerden en az birisinin yurt içi gelirleri 25 milyon Euronun üzerinde olmalıdır. Bu ön koşulun amacı şirket birleşmesi ile ilgili yargılama yeri arasında bir bağlantı kurmaktır. Alman birleşme kontrol sistemi dünyanın başka bir yerindeki değil yalnızca bu ülkedeki rekabeti korumaktadır. Bu kriterler İtalya'daki rejimden farklı değildir ve şirketin büyüklüğünü yansıtmaktadır. Üçüncüsü, son yıllarda Almanya ile ilgili olarak, kabaca 1500 birleşme bildiriminde bulunulmuştur.

2009 yılının Mart ayında yasama organı tarafından yurt içi gelirlere ilave ikinci bir eşik getirilmiştir. Buna göre, birleşme sürecine dahil olan şirketlerden en az birisinin Almanya'daki gelirlerinin 5 milyon Euro'nun üzerinde olması gerekmektedir. Çok sayıdaki talebe rağmen, yeni bildirim sayısı 2009 yılına göre 2010 yılında 1000 azalmıştır. Üçüncü düzenleme ile ilgili kritikler rekabetin korunmasındaki boşlukların yarattığı tehlikelere atıfta bulunmaktadır. Özellikle de, üçüncü rejimde potansiyel rekabet modellenmemiştir. Birleşme sonrasında da kontrolün devam ettiği Amerikan sistemi yaklaşımı bir cevap olabilir. Ancak bu da yasal belirsizlik sorunlarını beraberinde getirebilir. Ben şahsen, düzenlemede bir yanda bir kriteri dünya çapındaki gelirler ve bir diğer kriteri de yurt içi gelirler olan nispeten daha basit bildirim eşiklerini bir yandan da muhtemelen 5 yıllık bir deneme süresini içeren bir rejimi dikkate alan daha esnek bir yaklaşımı tercih ediyorum. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

## EC MERGER CONTROL-SOME CRITICAL OBSERVATIONS

**Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL**

---

Ladies and Gentlemen, I am not a native English speaker, but I hope at the end of my presentation to have the same impression. As Mark Twain, the American writer once said with regard to Richard Wagner's music, he said, "it is much better than it sounds". I shall speak about European merger control and make some critical observations.

The question of the objectives of European merger control, is that it remains relevant even after implementation as it did in the years 1989-1990. Originally the idea of "gut" feeling prevailed. The priceless regime was to fill regulatory lacuna in national merger control regimes. This objective has become obsolete in the meantime. Then there was the argument of saving transaction costs. One stop shop principle. Cases related to concentrations of several national laws and regimes are however not particularly numerous. One should also consider that the quest for the right law is more important than the one for the cheaper law. It was the concept of the level playing field that dominated.

The same rules of play were to apply everywhere. This vigorous level of competition between varying regulatory systems; this does not only apply to the area in which the commission has exclusive jurisdiction. To a significant extent, practice in Brussels has repercussions on national laws. It is not a politically sustainable position to treat small fry concentrations in the member state more harshly than concentrations involving big business in Brussels. In these cases it is not only the systems's competition of ideas that is lost, the centralization of decisions resides in a risk of multiplying elements. Cases in point are the mega mergers in the electricity industry.

FIBA, FIAC decided by the commission in the smaller case. ABE, decided simultaneously by the Bundeskatelland in close cooperation with the commission. It would be wrong to assume that continuous improvement in the application of competition laws was automatically guaranteed, that such an improvement could be ensured to a greater degree on the Brussels level than on the member state's level. The current ado about the more economic approach to the European competition was thought for example to have been unthinkable a few years back. The same applies to decisions of both the court of first instance and the European Court of Justice, in the case Fenine. In this case the courts decided in the best tradition of the juris prudence concept that the ministries running the national health system which are not undertaking in their downstream

dealings with the insured, could not be undertaking in their upstream activity of acquisition, even though this activity constitutes completely different markets and interests.

In short I am sceptical of the expansion of the European Competition Law at the expense of the competition laws of the member states. Merger control is conceived as a control of market structures. It is the prevention of competitive risks that is decisive. Merger control plays a significant role in reducing the need for the control of abuses of dominant positions. The reform of the substantive test of Article 2 of the new merger regulation in 2004 has brought the potentially furthest reaching change. Bismarck once remarked that he who knows how laws and sausages are made, can no longer sleep soundly at night. This is particularly true of legislation drafted in Brussels. The council as the deciding body cannot be sanctioned.

It cannot be voted down in an election. Nor has the voter any remedy against a national government that has been outvoted. The European Parliament which is involved in the legislative process does not represent a European people. The latter does not exist. The Brussels bureaucracy highly qualifies as it is persistently looking for the demanding roles which it has occupied. The most highly regarded role is that of the legislator.

The European public opinion which could increase the probability of the correctness of the legislator's decision, and which could bring it as close to the truth as possible as John Stuart put it more than 150 years ago, does not exist. The triggering event for the reform of Article 2, paragraph 4 of the European Merger Regulations, was a legislative reform in the United Kingdom. In 2002 the UK Enterprise Act had substituted the American lesson of substantial competition, the famous SLC test for its somewhat dated predecisive public interest test in the UK. A persistent pressure for the reform emanated from London. Whereas American law as Brussels offices welcomed it with open arms commission and counsel unexpectedly embraced that in the final phases of deliberations, the formulation of the substantive test was considered to be a compromise solution.

The perceived need to close legislative lacuna in the form of unilateral effects on the tight oligopoly is not well founded. In the literature, a single case in point is discussed the 2001 baby food case of the DC's circuit court of peace in the United States. The commission's case law we now have the 2006 T-Mobile Austria Tailoring Case. It could have been solved under the traditional concept of collective dominance. It should even give pause for thought that there had not been a single case in the 35 years of relatively intensive merger control in

Germany that required the concept of unilateral effects of being tied to a government. The new European legislation now moves this outland to the center stage of merger control. Once more, one has to seek consolation in Bismarck, one can live where the laws and good judges are, but not vice versa. The new economization of European Competition Laws comes clothed in a highly intellectual framework.

Its foundations are however, fragile. According to the guidelines of the commission, the objective of merger control is the prevention of concentrations that have negative effects on consumer welfare. Welfare theory does not provide a reason for conferring a privileged position on one group of market's participants, the consumers as opposed to another group the producers. From an efficiency point of view it is the sum of consumer producer welfare that should be relevant. This is the well known total welfare standard. What is more the consumer welfare concepts confound efficiency with problems of distribution. Even in a run of the mill price fixing cartel which exploits consumers, it is not exactly clear where the profits end up. Candidates for recipients are the undertaking's shareholders, employees, suppliers, creditors which can be better under conditions of competition, but also the state's treasury or the philanthropic courses. On the tables of Connor's American Museums one often encounters names that are not unfamiliar to the competition. From a welfare economic point of view, first priority should be to increase the pie to be divided to the greatest extent possible.

The European Court of Justice does not share the view that is criticized here. As late as the decision from the British Airways case dated 2007, the case of abusive rebates in airline ticket transactions there is a demonstration of competition sufficient for finding an infringement of Article 102 of the Treaty. The code did not consider it necessary to investigate separately the existence of a separate consumer detriment. It referred back to its 1973 Continental Can decision. This was arguably the most extreme form of a structured decision in the history of the court's case load in which it had prohibition against abuses of dominant position under Article 102 in principle concerning the control of mergers.

There are no objection to an increased use of economic methods including simulation models. If one uses economic models, one should not stop halfway. Instead, the problem is the inherent limitations I've forgotten along the way. These methods are all based on the paradigm of perfect competition. This is true even though this paradigm is neither realistic nor for purpose of direct legal practice, directly applicable. The reason for its use is that otherwise, one could

calculate economics any more, at least not with any precision. One always has to ask the question whether the use models reflect reality sufficiently exactly. Whether they can reflect the dynamic aspects of a case reactions of competitors, of customers, of newcomers on the market. Usually one is thrown back the questions of degree and imprecision that are characteristic of the legal practice in this area. The most dangerous aspects seems to be the trend in fine tuning the merger control, but not only there. This risks substituting an arbitrary case by case realization for the rule of law. An example is the clearance of the joint venture of Sony and Bertlesman in relation to various sound media. The decision is also known as the Impala decision, named after the association of independent laborers that appealed the decision. At the same time, it was the first decision that was handed down under the decisive influence of the newly appointed chief economist. The court of first instance vacated the decision and blamed the commission severely of making vague allocations and superficial comments. The commission appealed the decision but cleared the decision a second time October 2007.

For this purpose millions of starter points on the various markets for sound media and the respective licenses were investigated. This was the most extensive investigation in this entire history of the commission's legacy. Criticism is only a first step. One has to supply a better alternative. Referring to the lessons learned with the experience of the competition law of practice the second best advice, not far from the fundamental principle invoked by lawyers, that has how it always has been done. In the formulation by Friederich August Von Heicht rules as the result of human actions not of the market, instead the design of it. This sounds slightly better.

I would like to demonstrate this using the example of economic efficiency. One can indeed construe models in which a dominant undertaking has an incentive to pass on cost advantages in the form of price decreases to its customers. But this is the rare exception. For the application of law it is efficient that experience shows that it will not happen in the absence of the pressures of competition. And these pressures of competition are excluded by definition where there is a dominant position. This corresponds with the fact that in the commission's practice, there has never yet been a concentration which led to a dominant position which was clear because of an actual or perceived efficiency increase.

The same is true for the US American case law with the exception of the baby foods decision mentioned before. But in this case the decision of the district court was negated by the court of peace. One should avoid esotericism. The tension described here and was discussed by the Supreme Court of the State of

Ohio as early as 1892 in an earlier case against Rockefeller Standard Oil Trust. The Court opinion, “much has been said for the favored effects of the Standard Oil Trust and what it has accomplished. It may be true that it has improved the quality and cheapened the cost of petroleum and its products to the consumer. But such is not one of the usual or general results of monopoly. And it is the general policy of the law to regard not what may but usually happens.

Experience shows that it is not wise to trust human culpidity where it has the opportunity to add to it at the expense of others”. I consider these words to reflect judicial wisdom. Then I was asked to add to the end of my presentation some remarks on the notification thresholds in German merger control. Of course I will do it. It takes about 2 or 3 minutes. Merger control is usually carried out in 2 steps. First, formal one notification and the second material one if the effects of merger on competition are evaluated. The purpose of notification is to pick up if possible all mergers that might result in appreciable competitive effects in a given jurisdiction and at the same time to screen out all transactions that are unlikely to raise any competition concerns. Appropriate expenditure limit first evaluate the public and private resources in connection with the notification of a review of mergers. This finally leads to a criteria that can be handled in a simple manner. This requires objective results like the revenues in contrast to market shares that would pose many difficulties considerably in the possibility of substantial delays.

Here a double connection is to be observed. First the simpler requirements of a merger notification are, and the faster the procedure is carried out, the smaller the burdens are for the companies and the agencies involved. Secondly, the significance of the correct results is particularly important if a substantive merger control is excluded provided the former thresholds are not fulfilled. That is different in jurisdictions like USA, Canada or Australia where an ex-post control of the merger remains possible. A specific case is the quantitative decline of the requirements of the Article 1 of the EC merger regulations of 2004. These mark the demarcation of the decreasing competence of the European courts for the merger control and the competence of the individual member states. This is unargued, this is another thing. Germany knows 3 notification thresholds.

They must be fulfilled cumulatively. The companies involved must have some annual revenues over 500 million euro worldwide. Here is a presumed connection between the size of a company and between the competition instinct. A different option would be to rely solely on domestic revenues. This is for instance the regime in Italy 472 million euro as threshold and in Spain 240 million euro as threshold. The domestic revenues of at least one company involved must exceed

25 million euro. The purpose of this prerequisite is to establish a relation between the merger and the jurisdiction concerned. The German merger control does not protect competition elsewhere in the world, but only competition in this country. The criteria do not differ in the regime in Italy and reflect a specific size of the company. Thirdly, as it relates in Germany in the last years, roughly 1500 merger notifications were made. In March 2009 the legislature has introduced an additional a second threshold of domestic revenues. At least one of the companies involved must have more than 5 million euros revenues in Germany.

Despite the multitude of demands, the emanation of new notifications fell down in 2009 and 2010 to 1000 respectively. Critics of third regulation referred to the risks of gaps in the protection of competition. Especially potential competition is not modelled under third regime. One answer would be an approach to the American system remaining control to a merger ex-post. But that could create problems of legal uncertainty. I prefer more a regulative flexibility to realize on the one hand rather simple notification thresholds, one criterion of worldwide revenues, one criterion of domestic revenues and to consider on the other hand a regime of test period of perhaps 5 years. Thank you for your kind attention.



## **AB (KOMİSYON) UYGULAMASINDA BİLDİRİM EŞİKLERİ**

**Jose Maria CAPRI BADIA**

*AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, Vaka Sorumlusu*

---

Konuşmama, öncelikle bu sempozyuma katılmam için beni davet eden Türk Rekabet Kurumuna, İstanbul Ticaret Odasına ve şehir yetkililerine teşekkür ederek başlamak istiyorum. Bu davet bana, bu çok ama çok motive edici sempozyuma katılma fırsatının yanı sıra ayrıca çok utanarak itiraf etmek zorundayım ki daha önce hiç görmediğim, ziyaret etmediğim bu muhteşem kente, İstanbul'a gelme ve görme fırsatını vermesinden dolayı en samimi dileklerle teşekkür ediyorum. Gerçekten de çok teşekkür ederim. Bu sabah mükemmel bir iş çıkartan tercümanlara da teşekkür etmek isterim. Bu sempozyumda ortaya koyduğunuz çalışma ve performansınız için kesinlikle müteşekkirim. Çok teşekkür ederiz. Tarafımdan bu konudaki hukuk ve yargılama yetkisini açıklamam istendi. Avrupa Birliği işlemlerin yapılması, gerçekleştirilmesi konusunda yargılama yetkisini ne şekilde ele alıyor, ne şekilde değerlendiriyor, yargılama yetkisinin ölçü ve kapsamı ne şekilde değerlendiriliyor.

Öncelikle, yargılama yetkisini, yargılama yetkisinin kapsamını değerlendirebilmek için kullandığımız başlıca araçlardan bahsetmek isterim. Sabah da değinildiği ve üzerinde durulduğu gibi problemin önemli bir bölümünü vakanın kapsamı, alt ve üst sınırı, bir başka deyişle bildirim eşikleri oluşturduğu için konuya başka bir perspektif açısı da getirmeye çalışacağım. Yukarıda da belirtildiği üzere çözümün bir parçası da konuyla ilgili olarak karara varmadan önce belirli bir işlem konusunda gerçekten de yargılama, hüküm verme, karar verme yetkimizin olup olmadığını göz önünde bulundurmanızdır. Bir önceki konuşmada yapılan bazı mütalaaları çok ilginç bulduğumu söylemek isterim. Ve kendi cephemden bu mütalaalara ekleyecek bir takım görüş, düşünce, gözlem ve mütalaalarım var.

Ancak bu görüş, düşünce ve mütalaalarımı sempozyumun tartışma bölümüne saklamam belki de daha iyi olur. Şimdi, sizlere öncelikle Avrupa Birliğinde sistemin ve dolayısıyla Avrupa Komisyonunda yargılama yetkisinin değerlendirilmesine ilişkin başlıca ilkeleri açıklamakla bu ilkeleri anlatmakla başlayacağım. Başlangıç olarak hepinizin bu ilkelerin büyük bir çoğunluğunu bildiğinizi söylemek isterim. Açık ve net olarak söylemek istediğim husus Avrupa Birliğinde, daha önceden de bahsedildiği gibi Avrupa Topluluğu ülkelerinde iktisadi gücün yoğunlaşması ve yoğunlaşmaların kontrol altına alınmasına yönelik

yasa ve yönetmeliklerin ve bu yasa ve yönetmeliklere dayanan yargılama yetkisinin mevcut olduğudur. Bu yoğunlaşmanın Avrupa Birliği seviyesinde ele alınmadığı, ele alınamadığı zamanlar üye ülkelerin kendi rekabet kurumları bu işlemler hakkındaki yetkilerini kullanmakta ve karar vermektedir. Daha önce de üzerinde durulan ve atıfta bulunulan tek bir kaynaktan ulaşmak istediğiniz her türlü sonuç ve amaca ulaşma ilkesi böylece bu spesifik konuda belirli bir şirket birleşmesi işleminin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinin yapılması için bu konuda karar verme, hükme varma, yargılama yetkisi olan daha iyi bir yerin bulunması anlamına gelmektedir.

Biraz önce dile getirdiğim bu ilkenin uygulamaya geçirilebilmesi için sınır ötesi etkisi olabilecek vakaların Avrupa Komisyonu tarafından ve ağırlıklı olarak daha fazla yerel, ulusal veya bölgesel etkiye sahip olan vakaların da Avrupa Komisyonu tarafından değil de ulusal rekabet kurumları tarafından ele alındığı bir sistemin kurulması yönünde çaba gösterilmesi gereklidir. Bunu yapabilmeyen yolu da daha önce de belirtmiş olduğum gibi bildirim eşikleridir. Bu hususu belirtmiş olmama rağmen, sistemin yapısından kaynaklanan bir esnekliğin olduğunu ve bu esneklik sayesinde Avrupa Birliği seviyesinde görülmeye başlayan vakaların sonucunda ulusal rekabet kurumlarına havale edilerek ulusal rekabet kurumları tarafından değerlendirildiği veya tam tersine ulusal seviyede başlayıp bilahare Avrupa Birliği seviyesinde değerlendirilen ve karara bağlanan birçok vakanın mevcut olduğunu da vurgulamak isterim.

Gerek bildirim yapılmasından önce gerekse bildirim yapılmasından sonra belirli bir takım davalarda ve bu vakalara ilişkin durum ve koşullara bağlı olarak ilgili vakanın değerlendirilmesi ve karara bağlanması için vakanın konusuna ulusal yargılama sisteminden daha hâkim ve daha iyi bilen bir yargılama sistemine başvurulmasını, vakanın bu yargılama sistemine havale edilmesi esnekliğini sağlayan çok sayıda başvuru ve yönlendirme mekanizması mevcuttur. Sistemin önemli diğer iki ilkesi, bu iki ilkeyi de gayet iyi bildiğinizi sanıyorum.

Bu ilkelerden birincisi yüksek yoğunlaşmanın birleşme işlemine başlanmasından ve uygulamaya geçirilmesinden önce bildirimde bulunma zorunluluğu ikincisi ise ilk ilke ile bağlantılı olan mevcut durumun aynen korunması ve yoğunlaşmanın karar alınıncaya kadar durdurulması hükümleridir, bir başka ifadeyle komisyon konuyla ilgili olarak durumu açıklığa kavuşturup karar verinceye kadar tarafların birleşmeyi gerçekleştiremeyecekleri ve yoğunlaşmayı sağlayamayacakları anlamına gelmektedir. Şu anda sözünü ettiğim bu değişik hususları ve konuları düzenleyen değişik kurallar ve yönetmelikler, yoğunlaşma mefhumu olarak tanımlanan şirket birleşme yönetmeliği ve hâlihazır

durum itibariyle yürürlükte bulunan dört farklı bildirim fiilen bir tek belgede birleştiren Konsolide Duyuru şu an itibariyle elinizde tuttuğunuz slâytlarda yer alan metinlerde bulunmaktadır. Diğer bir ve belki de en fazla kaygı duyulan husus da rol ve işlevlerin değerlendirilmesidir. Şimdi tüm bu kuralların tümü bu konsolide duyuruda bir araya getirilmiş bulunmaktadır. Son derece açık ve aşikârdır ki bu konuda Avrupa Adalet Divanının hukuk ilkelerini dikkate aldık. Hukuki ve yargılama yetkisine ilişkin birçok ilginç vaka ortaya çıktı.

Bu konuda son olarak belirtmek istediğim yukarıda açıkladığım hukuki konularla doğrudan ilgili olmayan ancak dikkate alınması gereken iki duyurumuzun daha bulunduğu. Bunlardan birincisi vakanın yetkili ulusal makamlara havale edilmesini düzenlemekte diğeri ise belirli şirket birleşmelerini kapsayan basitleştirilmiş prosedürü açıklamaktadır. Kolaylıkla görebileceğiniz gibi ciro eşiklerini tanımlarken sadece rakamları dikkate aldık ve bu rakamları piyasa gücünün bir göstergesi anlamında dikkate almadık.

Ancak bu rakamlar piyasa gücünün bir göstergesi niteliğinde de olabilir ve saptadığımız bu eşik rakamların altında kalan işlemlerin genel olarak rekabete ilişkin herhangi bir sorun yaratmadığını göz önünde bulundurduğumuzda da çoğu zaman piyasa gücünün bir göstergesi mahiyetinde olduğunu da söyleyebiliriz. Faaliyette bulunan piyasaların türünü ve özelliklerini bilmeye ihtiyacımız olmadığı gibi tarafların pazar payları ve ne yatay ne de dikey ilişkiler ve komşu ülke pazarlarına ilişkin ayrıntılı bilgilere de ihtiyacımız bulunmamaktadır.

Bu durum tamamen yıllar önce oluşturduğumuz ve bu gibi konuları ve vakaları pazar araştırması yapılmasına gerek duyulmaksızın ve bildirimde bulunan pazarlardan çok daha az bilgi talep etmek suretiyle ele alabilmemizi ve değerlendirebilmemizi mümkün kılan basitleştirilmiş prosedürlerdir. Bu oturumda ele alacağım konulardan birisi de birbirinden çok farklı şirket birleşme, devir ve satın alma işlemlerinin kontrol edilmesi ve birleşme kontrol rejimidir. Bugün benden önce konuşma yapan meslektaşımın belirttiği, dile getirdiği sorunları biz de yaşadık. Diğer taraftan mevzuatta bu konulara ilişkin bir takım düzenlemeler ve kurallar mevcuttur.

Daha önce de söylediğim gibi yoğunlaşma konusunda ciro eşikleri sistemini uyguluyoruz. Mevzuat ve ilgili yönetmelik hükümlerini uygulamaya koymamız için yeterli ölçüde yoğunlaşma olduğundan emin olmamız gereklidir. Bu yukarıda belirtilen iki kategoriden biri olabilir. Sabah oturumunda açıkladığımız gibi bazı konular Avrupa Birliği şirket birleşmesi yönetmeliğinde kapsamlı bir şekilde ele alınmış olduğu için bu alanları bu oturumda gündemimize almıyoruz.

Genel olarak topluluk boyutu olarak tanımladığımız Avrupa Birliği boyutuna Lizbon Antlaşmasından sonra artık birlik boyutu olarak atıfta bulunacağız veya birlik boyutu olarak anımsayacağız. Ciro eşikleri, vakayı teşkil eden olayın iktisadi sonuçlarıyla ilgili olarak tarafımıza bir yetki bir karar verme yetkisi tanımaktadır. Birincisi şirket birleşme yönetmeliğinin 102 no.lu maddesinde diğeri de 13 no.lu maddesinde belirtilen ve gösterge niteliğinde işlev gören iki ayrı grup iktisadi sonuç bulunmaktadır. Klasik olan ve önemi en fazla olan işte sizin de elinizde bulunan bu slâyтта görülmektedir.

Dünya çapında olması gerekli ciro eşiği, yoğunlaşmayı oluşturan tüm tarafların ciroları birlikte hesaplandığı zaman, en az 5 milyar Euro'dur. Diğer taraftan Avrupa Topluluğu içinde belirli bir ticari faaliyetin olması da gereklidir. En azından iki şirketin ve en büyük işletmenin Avrupa Topluluğu içinde en az 150 milyon Euro dolayında bir ciroları olması gerekmektedir. Üçüncü ve önceki iki kuralı tamamlayan bir kural da işleme konu olan işletmelerin toplam cirolarının üçte ikisinden fazlasını tek ve aynı üye ülkede gerçekleştirmemesi veya tek ve aynı üye ülkeden kaynaklanmaması gerekliliğidir. Bu üç ciro eşiğini incelediğimiz zaman, ilk ciro eşiği vasıtasıyla belirli bir iş hacminin olması zorunlu hale gelmektedir. İkinci ciro eşiği ise birleşmenin büyük bir birleşme olması durumunda bile bu birleşme sonucu ortaya çıkan şirketin veya kuruluşun işinin en azından belirli bir bölümünün Avrupa Topluluğu içinde gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Üçüncü ciro eşiği vasıtasıyla ise ilk iki kritere uygun olmakla birlikte üye ülkelerden herhangi birisinde yoğunlaşma etkisinin meydana gelme riski önlenmeye çalışılmaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen bu üçüncü kural kapsamına giren yoğunlaşmaların sınır ötesinde veya komşu ülkelerde önemli nitelikte etkisinin bulunup bulunmadığı konusunda uzun bir süredir süren yoğun tartışmalar mevcuttur. Bu konuda size bir rakam vermek istiyorum. 1989 yılından bu yana ilk iki kriteri karşılayan ancak üçüncü kriter kapsamına giren yaklaşık olarak 160 dolayında vaka bulunmaktadır.

Daha önce de söylediğim gibi ayrıca ikinci bir grup ciro eşiğimiz daha bulunmakta. Bu ciro eşiklerini şirket birleşmesi yönetmeliğinin 1 no.lu maddesinin 3 no.lu fıkrasında görebilirsiniz. İlgili mevzuat ve yönetmeliğin oldukça karmaşık ve girift bir şekilde kaleme alındığı aşikâr. Bu ikinci grup ciro eşikleriyle nelerin yapılmak ve elde edilmek istediği oldukça karmaşık bir şekilde açıklanmış bulunmakta. Bu ikinci grup ciro eşiklerinin amacı en azından üç üye ülkede etkisi olabilecek vakaları yönetmeliğin kapsamı içine dâhil edebilmek. Bu vakalar size daha önce tanımını yaptığım ciro eşiklerinden daha düşük ciro eşikleri olan

vakalar. Bu nedenle yasama organının esasen yapması gereken Avrupa Birliğinin mevzuatı ve yargılama yetkisi çerçevesinde yapılması gerekenleri yapmak.

Şimdi bu konudaki bir kaygımı gündeme getiriyorum. Hangi şirketlerin rekabet mevzuatı çerçevesinde yoğunlaşma içinde bulduklarını tespit edebilmek için çok sayıda kuralımız mevcut. Bunu tespit edebilmek bazen çok kolay olabiliyor. Örneğin, bir şirket birleşmesi söz konusu olduğunda, aşikârdır ki rekabet yasası çerçevesinde yoğunlaşma içinde bulunanlar birleşme işlemini yapan şirketlerdir.

Diğer taraftan, bir şirketin kontrolünün çok sayıda şirket tarafından iktisap edildiğini, satın alındığını düşünelim, bu durumda hedef şirketi, çoğunluk hisselerini satın almak suretiyle kontrol eden şirketler ve hedef şirket değerlendirme kapsamına girmektedir. Maaşlar, ücretler de bu konuda değerlendirilmesi gereken unsurlar olarak ön plana çıkmakta. Ortak Girişimler söz konusu olduğunda ise durum biraz daha karmaşık olabilir. Özellikle, Ortak Girişimlerde taraflardan birisi şirketin kontrol hakkını elinde tutuyorsa veya satın alıyorsa durum daha da karmaşık bir hal alabiliyor. Yoğunlaşmanın, özellikle çok sayıda şirket tarafından satın alma işlemini gerçekleştirebilmek amacıyla bir satın alma/iktisap aracı olarak kullanılması halinde, arkasında bulunan gerçek oyuncularını tespit edebilmek için çok sayıda kuralımız mevcut.

Şimdi bizzat cironun hesaplanması konusuna gelelim. Yargılama yetkisinin olup olmadığı değerlendirilebilmek amacıyla en etkin, en amaca yönelik ve uygulanması en kolay unsur olarak daha önce de belirttiğimiz gibi ciro kriterini tercih ettik. Yukarıda sayılan tüm bu özellik ve niteliklerine rağmen değerlendirmeye tabii tutulan çok sayıda işletmenin cirolarının kesin olarak saptanabilmesi zaman zaman çok kolay olmayabilir. Bu konuda da çok sayıda kuralımız mevcut. Bu gibi durumlarda esasen değerlendirmeye konu olan işletmelerin sattığı ürünler ve verdiği hizmetlerden gelen meblağlar üzerinde odaklanıyoruz.

Olağandışı faaliyetleri, örneğin duyuru tarihi itibarıyla veya daha önce yapılmış olan demirbaş satışlarını dikkate almıyoruz. Ciroyu hesaplarırken özellikle satış indirim ve iskontolarını ve vergileri mahsup ediyoruz. Mükerrer kayıtlardan kaçınabilmek amacıyla grup içi işlemlerden kaynaklanan rakamları da arındırıyoruz. Bu noktada belirtmek istediğim çok önemli bir husus da ekonomik realiteyi en iyi şekilde yansıtabilecek rakamları dikkate almamız. Dikkate aldığımız rakamlar ise bir önceki mali yılın denetimden geçmiş hesaplarıdır. Tüm bu faktörlere rağmen bazı vakalarda şirketlerin denetimden geçmiş rakamları üzerinde bir takım düzeltmeler yapmasına izin verdik. Bu hesapların denetimden geçirilmesinden sonra kayda değer önemde olayların olduğu durumlardır. Örneğin

bir bağılı şirketin satılması gibi, bu durumda şirketlerin hacmi hesaplara yansıtılmış olan hacimlerine göre daha küçük olabilmekte. Yoğunlaşmanın değerlendirileceği tarih olarak bildirim tarihi veya sözleşmenin akdedilme tarihi veya çoğunluk hisselerin satışına yönelik kamuoyu duyuru tarihinden hangisi daha önce ise önce gelen tarihi dikkate alıyoruz.

Yukarıda belirtilen bu olaylar yoğunlaşma olup olmadığını konusunda değerlendirme yapılmasını gerektiren olaylardır. Eskiden, şirketler için, sözleşmenin sonuçlandırılmasından en az bir hafta önce bildirim yapmaları zorunluluğu vardı. Bu zorunluluk yeni şirket birleşmesi yönetmelikleri vasıtasıyla kaldırıldı. Bankacılık, sigorta, vb. gibi kendisine özgü sektörler için de bir izin kuralımız mevcut ancak bu kuralları şimdilik ayrı ayrı ele almayacağım.

Yukarıda belirtilenlere ilaveten, farklı şirketlerin denetlenmiş bilançolarından sonuçların açık ve net bir şekilde ortaya çıkarılamaması durumunda değişik üye ülkelerde ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin de kurallarımız var. Ciro eşiklerinin hesaplanmasına dair olarak bahsetmek istediğim son konu ise değerlendirmeye konu olan işletmeleri oluşturan değişik şirketlerin ve işletmelerin cirolarının hesaplanmasında dikkate aldığımız çok sayıda kuralın mevcut olduğu. Bu kuralların kaleme alınışları ve metinleri de göreceli olarak oldukça karmaşıktır. Bununla birlikte, tüm bu kurallar vasıtasıyla yapmaya çalıştığımız husus değişik konularla ilgili doğru değerlendirme yapabilmek için ana şirketin ve iştiraklerinin ve bağılı şirketlerinin ve kardeş şirketlerinin cirolarının doğru ve gerekli şekilde dikkate alınmasının sağlanmasıdır.

Şimdi bu sistemin uygulamada ne şekilde çalıştığını bu slâyttaki bildirim sayıları bakımından görebilirsiniz. Bildirim sayılarının geçtiğimiz son birkaç yıl itibarıyla nasıl geliştiği bu slâyтта görülmektedir. Slâyтта da görüldüğü gibi en hızlı artış 2003 yılında olmuş. 2007 yılı ise vakaların sayısı bakımından yıllık revizyonun yapıldığı yıldır. 2007 yılında, Komisyonun hizmetleri konusunda oldukça yüksek bir seviyede baskı altında kaldık, zira anılan sene içersinde ele alınan ve değerlendirilen konular arasında çok sayıda karmaşık ve girift vaka vardı. 2007 yılından itibaren vaka sayısı azaldı. Bildirim sayısında görülen bu azalmada esasen Avrupa Birliğinin rekabeti düzenleyen mevzuatının doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bu azalma finansal kriz nedeniyle, özellikle yatırımcıları ilgilendiren faaliyetlerin azalması meydana gelmiştir. Son iki sene içersinde azalma olmasına rağmen 2010 yılından itibaren tekrar artış trendinde olduğunu görebilirsiniz. Bu artış trendi 2011 yılında da benzer şekilde süreceği benziyor.

Bununla birlikte sizler ve özellikle Türk Rekabet Kurumunda çalışanlar bildirim rakamlarının resmin, özellikle kurumlar üzerindeki iş yükü açısından

sadece belirli bir bölümünü gösterdiğini gayet iyi bilmektesiniz. Oysa günün sonunda bildirim sayısının çokluğundan ziyade belirli bir zaman dilimi içindeki karmaşık vakaların sayısı önemlidir. Bu slâyтта size şirket birleşmelerinin kontrolü konusunda komisyonun müdahale oranının yıllar itibariyle gelişimini sunmak istiyorum. Sarı renkli olarak gördükleriniz komisyonunun vakaya hukuki yönden müdahale ettiği veya tarafların yoğunlaşmasını önlediği veya tarafların işleminden çekildiği veya işlemi iptal ettikleri ve komisyonun ikinci aşama sırasında işlemi sona erdirdiği tüm vakaları göstermektedir. Slâyтта da görebileceğiniz gibi en yüksek müdahale oranı 2001 yılında gerçekleşmiştir. 2000-2001 yılları arasında bu oran % 14 seviyesinde seyretti. Daha sonra düşmeye başladı. Ve son 7 yıl boyunca adeta sabit bir trend izledi. 2003 yılından başlayarak 2010 yılına kadar müdahale oranının sürekli olarak %4 ile %6 bandında seyrettiğini görebilirsiniz. Testteki değişikliği yayınlamadan önce üzerinde tartıştık.

Açıkça söylemek gerekirse test kriterlerinde yapılan değişikliğin müdahale oranları üzerinde önemli bir etkisi bulunmamaktadır. Müdahale oranları vaka sayısı ve vakaların niteliği ve mahiyetiyle bağlantılı olarak değişmektedir. Tespitimiz bu yöndedir. Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da vakanın yasalar nezdinde yasal ve geçerli bir işlem olup olmadığıdır. Uygulamada çok sayıda vaka değerlendirdik. İşin aslına bakarsak, piyasa hâkimiyetine ilişkin eski test kriterleri uyarınca değerlendirme yapıldığı zaman şirket birleşmesinin ve sonucunda ortaya çıkan yoğunlaşmanın rekabete zarar verip vermediğine karar verilmesi hayli güç olabilirdi.

Bu şemada gördüğünüz diğer hatlar ve trendlerle ilgili olarak da bilgi vermek isterim. Şemanın en altında belli belirsiz olarak gördüğünüz çizgiler tarafımızca yasaklanan şirket birleşmesi işlemlerinin sayılarıdır. Çok az sayıda işlemi yasakladık. 1989 yılından bu yana sadece 23 adet şirket birleşmesi vakasını yasakladık. Birleşme konusunda verdiğimiz son yasaklama kararı ise yakın bir tarihte alındı. Bu vaka 2 Yunan Havayolu Taşıma Şirketinin birleşmesine yönelik bir işlemdi. Bir önceki yasaklama kararı da yanılmıyorsam 2004 yılında alındı ve yine havayolu taşımacılığı ile ilgiliydi. Konuşmamı burada sonlandırıyorum. Şimdiye kadar bahsettiğim vaka ve rakamlara ilişkin olarak bu işlemlerin arkasında bulunan isimleri belirtmek gerekirse işte bu son birkaç slaytta son iki yılda ele aldığımız en önemli vakalar yer almakta, bu vakalarla ilgili olarak bazı çok bilinen ve ünlü şirketleri ve size hiç de yabancı olmayan bazı şirketlerin dahil olduğu vakaları görebileceksiniz.

## **NOTIFICATION THRESHOLDS IN THE EU (COMMISSION) PRACTICE**

**Jose Maria CAPRI BADIA**

---

Good afternoon. Let me start by thanking the Turkish Competition Authority, the Istanbul Chamber of Industry and the city for inviting me to participate in this symposium. I am sincerely thankful, not only because it gives me the chance of participating in what has been so far a very stimulating symposium, but it also allows me to finally visit Istanbul, a city which to my shame I had never visited before, so I am very thankful for that as well. I would like to thank the interpreters as well, who have done an excellent job this morning only for three customers, and these are the three customers that benefited from it. We are certainly very grateful for your work during this symposium.

I have been asked to describe the jurisdiction. How European Union assesses jurisdiction in order to get transactions. And in order to get notifications for those transactions I would like to discuss the main tools that we use in order to assess jurisdiction. I am going to try to put this a bit into perspective because as has been discussed this morning, the threshold has just been part of the problem. And therefore, as part of the solution there are other things that we have to take into account for getting to a conclusion that we indeed have jurisdiction over a particular transaction. I have found pretty interesting some of the remarks that were made in the previous dissertation. And I have some things to add from my side for those remarks. But probably it's better that I keep that for the debate. Now, if I can start by simply presenting to you what are the main principles for the system in order for the European Union, therefore the European Commission to assess jurisdiction. In advance you are familiar with most of these principles.

First thing to say obviously is that there is a system where we have jurisdiction in the European Union, for all those concentrations that were described that have community union as mentioned. And whenever that does not happen, member states of different competition authorities might have jurisdiction over those transactions. So, the principle of the one-stop-shop that was referred to before, relates to the idea of finding a better place authority to deal with the assessment of a particular merger. The way to try to put that into practice as I said was to try to create a system where those cases that were most likely to have cross border effects were treated by the European Commission and other cases that might have more local, more national, more regional effects were dealt with by the national competition authorities, and not by the commission. As I said the



way to do that was through the notification thresholds. I will describe them to you in a minute.

Having said so, there is some inbred flexibility in the system that allows that cases that start at the level of the European Union might end up being assessed by national authorities or vice versa. There are a number of referral mechanisms both before the notification and after the notification that try, as I said, to give this flexibility in order to under the particular cases and the relevant circumstances to allow for a better place authority to know a case than the one that had national jurisdiction authority.

The other two main principles of the system, I think you are familiar with them as well, is on the one hand obligation to notify high concentration prior to its implementation, and related to that the standstill clause plus the suspension of the concentrations, meaning that for as long as the commission has not cleared this section, the parties cannot implement the concentration. The different rules that regulate these different aspects that I am speaking about can be found most notably in the text, the different texts that you have on these slides obviously, the merger regulation and the consolidated jurisdictions that actually puts into a single document four different notices that we had at the time, one called the notion of concentration.

Another one and the biggest concern and the calculation of the role. All the rules are now together in this consolidated jurisdictional notice. This is obviously the jurisprudence of the European Court of Justice that we take into account. There have been interesting cases on jurisdictional issues. And finally we have two notices that do not deal with jurisdiction strictly speaking, but are important to be taken into account as well as long as one regulates the system of referral to national authorities and the other one is a simplified procedure for certain kinds of mergers. As you will see when we describe the number of turnover thresholds, to know the figures in themselves, are certainly not indicative of market power. It might well be, and it is the case most of the time, that cases that fall under the thresholds do not raise any kind of competition issue at all. In so far as we do not require the types of markets, we do not require particular market shares for the parties, either horizontal or vertical relationships, or in neighboring markets.

It is precisely because of that under this system, many notifications do not raise any problem at all, we created a number of years ago simplified procedures that allow us to deal with these cases without the market investigation and requiring less information from the notifying markets. Now, one of the things I will discuss in this session today was the control of many different kinds of

mergers and acquisitions and a typical merger control regime. We have faced the same problems that my colleague today was describing, and there are a number of rules in the jurisdiction about these issues. As I said, before we apply the turnover thresholds, we have to be sure that we have enough concentration for the purposes of the regulation. It can be either one of these categories.

We are not going to be dealing with that because some of the areas that we explained this morning are applicable as well as far as the European Union merger regulation. Now, for the European dimension that we typically used to call the community dimension, that after the treaty of Lisbon we will refer or we will remember as the union dimension. What the turnover thresholds are meant to accomplish, is to try to give us a proxy for the economic results that are involved in the happening. We have two sets of results, one in article 102 and another one in the article 13 of the merger regulation.

The classical one and the most important one is the one you have in this slide. The thresholds that require a certain worldwide turnover, combined with all the parties' concentration i.e. at least 5 billion euros. On the other hand, a certain amount of business in the European Community. At least two of them and the biggest concern have to account for at least 150 million euros in the European Community. And there is a third rule that implements the previous two that is that not all the undertakings concerned have to generate at least two thirds of the respective turnover in one and the same member states. If you look at these three thresholds, what we try to find out is with the first one to require a certain size of the operation, with the second one to require that, even if it is a big merger, to be sure that at least part of the business happens within the European Community, and therefore we have some of the transaction. And with the third one to try to eliminate those transactions that meet the previous two criteria, but whose effects are likely to be felt in one particular member state.

Although through it all there has always been some debate about whether or not some of the concentrations that meet this third rule do not have in any event important cross border effects. Just to give you a figure, since 1989 we have had approximately 160 cases that met the first and second criteria that fall under this two thirds rule. As I said, we have a second set of thresholds, those you have in article 1 paragraph 3 of the merger regulation. You will see that the drafting is relatively complicated. What these thresholds try to accomplish is as I said, relatively complex language. To get those cases that have significant effects at least in three member states. Those are the cases that the thresholds are lower than the ones I described can have cross border effects. Therefore, the legislature must do originally what was in the jurisdiction of the European Union.

Now I have been talking about undertaking a concern, we have a number of rules to see which companies are considered as such. Sometimes it is very easy, when it is a merger, it is obviously the merging companies. When it is an acquisition of control by one company or by several companies, on the one hand, several companies acquiring control and the target company upon which control is acquired. The salaries is another matter of concern for these matters. It might be a bit more complicated for joint ventures. Particularly when in a joint venture, one is acquiring control over a company. We have a number of rules to identify who are the real players behind a concentration, particularly in a case when an acquisition vehicle used by several companies in order to use for one acquisition. Now, as for the calculation of the turnover itself, if we choose to have as an element of turnover to assess jurisdiction it is because the principle is the element as we said before, which is the most objective, the most efficient and normally the easiest to apply.

Having said so, there are a number of cases where it is not that easy to calculate precisely the turnover of the different undertakings concerned for the purposes of the assessment. And we do have a number of rules as well of that regard. We focus obviously on the amount that comes from the sales or services provided by the undertakings concerned. We do not take into account extraordinary activities like for instance the sale of fixed assets or just before notification.

With that a number of things before the turnover, notably rebates and taxes we deduct as well. Intragroup figures also are looked at to avoid duplicating the items. A very important point is that we always took into account those figures that reflect better the economic reality. And those figures are the audited accounts of the preceding fiscal year. Although in a number of cases we allow the companies to introduce adjustments, if for instance important things happen in the meantime. For instance, one subsidiary has been sold and therefore, the perimeter of the companies is smaller than reflected in the accounts. As for the date taken into account, whichever of these two comes first, the date of notification or the date of the conclusion of the agreement, the announcement of a public bid for the acquisition of the controlling interest. These things are typical triggering events for the assessing of jurisdiction. In the past we had the obligation for companies to notify one week after the completion of the agreement. This is something that was eliminated with the new merger regulations.

It makes perfect sense because at that point in time, what matters is that notification points that the concentration is notified is sooner rather than later. We have a number of rules as well that I am not going to describe here about

particular sectors like banking, insurance, etc. We have as well a number of rules on how to attribute for instance in different member states, which is something that may not be clear from the audited accounts of the different companies. The last thing I am going to mention regarding the calculation of the thresholds, we have as well a number of rules to try to take into account all the different undertakings that form part of the group of the undertakings concerned. With these rules, then again the drafting of the language is relatively complex. But basically, what we try to do is to be sure that the turnover the parent company and the subsidiaries and the sister companies of the undertakings concerned are taken into account in order to calculate the different issues. Now what this system translates in practice in terms of numbers of notification is shown by this slide. You see the evolution of a number of notifications over the last few years.

The most steep increase was during the last years was in 2003. 2007 was the annual revision in terms of a number of cases. There was certainly a lot of pressure on the services of the commission because of a number of notifications that we had that year with complex cases. Since then, 2007 it has gone down. This decrease in the number of notifications has obviously nothing to do with the changes in the regulatory regime of the European Union. It is due to the financial crisis, particularly operation involving finance investors have certainly gone down during the last two years. Although it has been up recently, 2010 as you can see the tendency has started to rise.

It seems this is going to be the case as well, in 2011. In any case, as many of you know, particularly those who work in the Turkish Competition Authority, by themselves the figures of a notification only explain part of the picture, especially concerning the workload of the different agencies. At the end of the day, what matters more is the number of complex cases that happen at a certain point in time. What I have put in this slide, in order to show you a little bit this issue, is the evolution of intervention rate in the commission decisions for merger control. What you have in yellow is all the cases, why the commission either cleared the cases with remedies, if it is one or if it is two, or prohibited the concentration or the parties withdraw the transaction and after the commission ends the transaction during phase two of the proceedings. As you see, the peak here was in 2001. It was in 2000-2001 that it was around 14%. Since then, it has first declined. And then for the last 7 years kept itself quite stable. You see the evolution from 2003 until 2010 the intervention rate is always between 4 and 6%. We were discussing before the issue of the change of the test.

I think that it comes from the numbers, speaking that it has not made much of an influence in the intervention rate. That is certainly the case. Another

thing is whether or not in particular a case is valid. There are a number of cases in our practice. Indeed, it might have been more difficult with the previous test based on dominance to try to find an element of harm in the significant impairment of competition. Just to explain to you the rest of the lines in the diagram, the one that you almost do not see at the bottom of the graph is the number of prohibitions. We have very few prohibitions. We have prohibited 23 mergers since 1989. We prohibited the last one not so long ago. A case involving 2 Greek airline transporters. The previous one, if I am not mistaken in 2004 was another airline case. I am going to end here. Just to put some names behind the figures, we have in these last few slides a number of the most important cases that we have run for the last two years. You will see some famous names and you will see some cases with companies that are probably not unknown that have put in any event interesting issues. Thank you.

## İNGİLTERE'DE BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ

**John IVORY**

*OFT Birleşmeler Grubu İktisadi Danışmanı ve  
ICN Birleşme Çalışma Grubu OFT Temsilcisi*

---

Her şeyden önce, Türk Rekabet Kurumuna, İstanbul sanayi odasına ve Beykent Üniversitesine beni bu sempozyuma davet ettikleri için teşekkür etmek istiyorum. Bugün size İngiltere'deki birleşme rejiminden söz etmek istiyorum. Özellikle de, İngiltere'deki ilk birleşme rejimi olan OFT'nin (Adil Ticaret Ofisinin) yapısına ve yönetimine değineceğim. Birleşme rejiminin ikinci aşamasındaki vakalara ve yargı sürecine atıf yapan test. Birleşme ile ilgili bir problemle karşılaştığımızda, o problemi ikinci aşamaya havale etmemeye karar verdik ve halen İngiltere hükümeti tarafından rejimde bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikleri tanımlayacağım ve biraz daha ayrıntılı olarak izah edeceğim. Evet yapı, hemen hemen buna benzemektedir. Bildiğiniz gibi, her şeyden önce İngiltere'de birleşmelerle ilgilenen birbirinden ayrı iki kurum bulunmaktadır. Birinci aşamada, benim de çalışmakta olduğum OFT ikinci aşamada da rekabet kurumu devrededir. Ayrıca davaların incelendiği rekabet temyiz mahkemesi de bulunmaktadır. OFT ve rekabet kurumu tarafından verilen kararlar tekrar gözden geçirilebilir. OFT ile ilgili olarak dikkatinizi çekmek istediğim ilk husus bildirimde isteğe bağlı, ihtiyari olduğudur. Dolayısıyla firmalar birleşmekte olduklarını OFT'ye bildirmek zorunda değildir. Bununla birlikte, OFT kendisine bildirimde bulunmamış olan ve OFT'nin yargılama yetkisine sahip olduğunu düşündüğü birleşme süresindeki firmaları çağırma yetkisine sahiptir.

Dikkat edilmesi gereken ikinci husus, anahatları ile daha önce belirtilmiş olan önemli miktarda yerleşik rekabet testlerine sahip oluşumuzdur. İlk aşamada hukuki çözümleri uygulama seçeneğine sahibiz. Daha sonra bunlara ilişkin kabul kriterlerinden bahsedeceğim. Bu tür bir karar mekanizması ve SLC için asgari kriterler bulunmakta, ancak, ilgili yetkili makamlardan araştırmanın ikinci aşamasını talep edilebilmesi için pazarın yeterli ölçüde büyük olmadığını düşünüyorum.

Üçüncü istisna da teşebbüs yasasının kabulünden buyana geçtiğimiz dokuz yılda kabul edilmiş olan ilgili müşteridir. OFT, CC ve kast dışında, ulusal güvenliği, medyanın çoğulculuğunu veya finansal sistemin istikrarını ilgilendiren konular söz konusu olduğunda belirli davalara devlet bakanı da müdahale edebilir. Finansal sistemin istikrarı, İngiltere'de son birkaç yılda meydana gelen

belirli olaylarda eklenmiştir. Bu kurumlar dışında, Jose'nin de ifade ettiği gibi DD COMP ile işbirliği içindeyiz. İnaniyorum ve umuyorum ki Jose de komisyonla çok iyi iş ilişkilerimizin olduğu görüşüne katılacaktır. Davaları komisyona havale etme fırsatı bulduğumuz gibi komisyondan da davalar bize geri gönderilebilmektedir. Genel olarak dava ekipleri ile büyük bir uyum içinde çalışıyoruz. Onlar bize zaman ayırıyorlar ve biz de gerekli olduğuna inandığımız konularda kendilerine eleştirilerimizi bildiriyoruz. Komisyonla aramızdaki ilişkiyi gösteren son vakalardan birisi, birleşmeden en çok etkilenen yerin İngiltere olduğu mobil telekomünikasyon birleşmesidir.

OFT ile İngiltere'de iletişimi düzenleyen kurumla iletişim halinde çalışan komisyon, davanın karmaşıklığı göz önüne alındığında bize göre son derece etkileyici olduğunu düşündüğümüz hukuki çözümleri birinci aşamada uygulayabilmiştir. Jose bu konuya daha fazla değindiğinden benim bu hususta söyleyeceklerim bunlar. Evet, OFT böyle bir organizasyon, 25 kişi çalışıyoruz ve vaka ekipleri Türkiye'deki Rekabet kurumunda da olduğu gibi oluşturuluyor. Bu ekipler genellikle bir avukat ve bir ekonomistten oluşuyor. Vaka yüküne bağlı olarak, vaka ekibi ilk on beş günlük süre zarfında vakayı ele alır ve inceler ve ardından üst düzey yöneticilerden oluşan ekiple birlikte vakanın bir problem teşkil edip etmediği müzakere edilir ve bu noktada vaka direktörü ile birlikte bir toplantı yapılarak vakanın daha kapsamlı vaka inceleme toplantılarına ihtiyaç duyup duymadığı belirlenir. Sorunlar çok daha ayrıntılı olarak görüşülür. Nihai karar üst düzey yöneticimiz tarafından verilir. Evvelce, birleşmelerden sorumlu olan tam zamanlı bir üst düzey yöneticimiz vardı. Son zamanlarda Daha sonraları yarı zamanlı bir üst düzey yönetici getirildi ve halen de görev paylaşılarak yürütülmektedir. Fraklı vakalara bakan ve birleşme vakaları konusunda karar veren iki üst düzey yöneticimiz bulunmaktadır. OFT'nin referans testinde her ikisi de bulunmaktadır. Karar verme yetkimizin olduğu ilgili acil durum yaratılmıştır ve testte birleşmenin rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açıp açmayacağı belirlenir. Bu vakada rekabetin önemli ölçüde azalmasının kuvvetle muhtemel olduğuna ilişkin bir yorum yapılmıştı.

Rekabet mahkemesinin kararına karşı çıkmak, itiraz etmek için rekabetin önemli ölçüde azalacağına test sonuçlarına göre gerçekçi ve güçlü bir ihtimal olması veya vakaya ilişkin olguların değerlendirilmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde azalacağına yönelik ihtimalin %50'den daha fazla olmasının gerekli olduğu kararlaştırmıştı. Şimdiye kadar elde ettiğimiz bilgi ve deneyimler, rekabetin önemli ölçüde azalacağına dair gerçekçi ve güçlü beklentiler ve ihtimaller olması halinde vakayı ele almamız gerektiği yönünde bizi yönlendirmektedir. Hemen yakın bir tarihte, vakaya ilişkin davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması amacıyla kat edilmesi gereken en hızlı ve kestirme yol için ilk

başvuru kaynağımızı oluşturduk. Gerçekçi ihtimal testindeki kriterleri karşılayabileceklerine inandıkları zaman bir dava ile ilgili olarak hızlı ve kestirme yöntemi kullanarak birinci aşamasından ikinci aşamasına geçilmesini talep edebilme yetkinliğimiz ile ilgili ilk seviye kılavuz ilkeleri uygulamaya koyduğumuzdan bu yana bu başvuru kaynağımız bizim için önemli bir hale geldi. Testin geriye kalan bölümleri için tarafımızdan hızlı bir tahkikat yapılmasını talep edebileceklerine inanıyoruz ve biz de söz konusu tahkikatı yaklaşık olarak 15 iş gününde tamamlamayı taahhüt ediyoruz.

Böylece tarafımıza piyasayı rakip müşteriler bakımından test etmek ve bir karara varmak ve kararı kaleme almak için yeterli bir zaman kalmaktadır. Bu yıl seyahat acentelerinin dâhil olduğu ve bu değerlendirme ikilisini kullandığımız bir vakayı ele aldık. Katıldığım tek panel olan bugünkü oturumda Jose'nin ayrıntılı ve kapsamlı bir sunum yapmasından ve sunumunda sıklıkla sayılara yer vermesinden dolayı çok memnunum. Son üç yıl süresince ve son günlerdeki uygulamalarımız dile getirildi ve hepiniz görüyorsunuz ki asgari rakamlar ve ölçütler giderek daha fazla önem kazanıyor. Bu husus bizim tarafımızdan belirlenen bir insiyatif haline gelmeli. Konuşmamın daha sonraki bölümlerinde aslında tarafımızın yargılama yetki kapsamı içine girdiği kanısında olmamıza rağmen tarafımızın muhatap olarak alınmadığı vaka ve davalardan bahsedeceğim. Bazı vakalar ve konuya ilişkin davalar çok önemli olmayan piyasalarda cereyan etti. Rakamlarda çok fazla bir değişikliğin olmadığını göreceksiniz.

Yetki alanımızın sınırlarının belirlenmesinde iki önemli kriter bulunmakta. İlk kriter ciro eşiği kriteridir ve ciro eşiğimizi 70 milyon pound olarak belirledik. İkinci kriterimiz ise ürün ve hizmet tedarik payındaki eşiklerdir. Bu tedarik payı eşiği testi vasıtasıyla ölçülmektedir. Bu kriterlerin ne şekilde sonuçlar verdiği Şimdi bu hususları açıklamaya çalışacağım: Birleşik Krallığın ağırlıklı pazarlarında Birleşik Krallık için ürünlerin tedarik edilmesinde en az % 25 oranında bir pay alınması. Bu ibareye baktığımız zaman iki ayrı hususa vurgu yapılmakta. İlk vurgu yapılan husus tedarik payı testini ifade ediyor ve bu tanımlanmış bir iktisadi pazar testiyle aynı anlamı ifade etmiyor ve kabul etmemiz gerekir ki çok geniş bir kapsamı ifade ediyor. Tedarik payı kavramı benzer nitelikte, özdeş nitelikte olan malların tedarik edilmesiyle ilgili. Bu tanımın açılımında bir takım çelişkilerimiz hatta ihtilaflarımız olabilir. Hangi malları, hangi ürünleri bu tanım kapsamına almamız gerekli. Bu konuda belirli bir ölçüde takdir yetkimizi kullanmamız gerekli hale geliyor. Biraz önce gündeme getirdiğim bu ibarede üzerinde durulması gereken ikinci husus ise tanımlanan piyasanın Birleşik Krallık mı yoksa Birleşik Krallığın önemli/ağırlıklı bölümlerinin piyasaları mı olduğunun saptanması. Burada tekrar vurgulamak istiyorum ki Birleşik Krallık ayrı bir kavram Birleşik Krallığın önemli bölümleri ayrı bir



kavram ve bu kavramları açık ve net bir şekilde tanımlamamız gerekli. Bu her bir vaka bazında ayrı ve bağımsız bir şekilde değerlendirilmeli, zira önemli/ağırlıklı tabirinin belirli bir nüfus büyüklüğünü mü yoksa belirli bir coğrafi alanı mı ifade ettiği net ve açık değil. Dolayısıyla bu hususu vakalarla karşılaştıkça, vaka bazında ayrı ve bağımsız olarak yorumluyoruz.

Tedarik payı testini bir kriter olarak yerleştirmemizin nedeni kısmen ciro eşliği testinin küçük hacimli piyasalardaki şirket birleşmelerini kapsam içine dahil etmek için yeterli olamayacağı bu nedenle bu tür şirket birleşmelerinin kamuoyunun ve parlamentonun gündemine getirilmesinde yetersiz olabileceği yönünde duyulan kaygılardan kaynaklanmaktadır ve bu kaygıları giderebilmek için tedarik payı kriterinin kullanılmasının rekabet kurumu yetkilileri için pazar tanımı türü testinin kullanılmasından daha uygun olabileceği kararlaştırıldı.

Diğer taraftan, küçük piyasaları veya ilgili tarafların oldukça küçük hacme sahip olduğu piyasalarla ilgili olarak rekabet mevzuatı bakımından yoğun inceleme ve araştırmaların yapılması bu inceleme ve araştırmalar nedeniyle artan kamu harcamalarından dolayı kamuoyunda önemli kaygıların doğmasına ve tartışmalara sebep olmaktadır. İşte bu biraz önce açıkladığım nedenlerden dolayı bir hacim/büyüklik testi geliştirdik böylece yeterli hacme sahip olmayan ve araştırma için katlanılan maliyetlerin araştırma sonucu elde edilecek yararlarından daha az olabileceğini düşündüğümüz vakaları rekabet kurumuna veya ikinci aşamaya havale etmiyoruz. Zaman içerisinde tedarik payı testi yaptığımız araştırma ve değerlendirmeler bakımından giderek daha önemli olmaya başladı. Tedarik payının öneminde özellikle son iki yıl içerisinde çok çarpıcı bir artış oldu.

Vakaların incelenmesindeki inceleme süre sonumuz tarafımıza yeterli belgelerin verilmesi koşuluyla bu belgelerin verilmesinden itibaren kırk gündür. Diğer taraftan konuya bildirim yapılması açısından bakıldığında daha önce de söylediğim gibi bu husus ihtiyari ve isteğe bağlıdır. Bu şekilde bir sistemi benimsediğinizde taraflar kendileri değerlendirme yapabilmekte ve karar verebilmektedir. Rekabet kurumundan tarafından üç yıl önce bazı yoğunlaşma vakalarını yakalayamadığımız yönünde. Gerçekten de yetki kapsamımız içine girdiği halde maalesef ele alıp değerlendiremediğimiz vakalar bulunmaktadır. Hatta rekabet yasası ve mevzuatı bakımından problemi olan ancak tarafımıza bildirimde bulunulmadığı için veya test sonuçlarına göre bizim tespit edemediğimiz vakalar da mevcuttur. Bu nedenle ihtiyari ve isteğe bağlı bir sistemde başvuru mekanizması aynen bir boks eldiveni gibidir. Her gün piyasayı izleyerek tarafımızca tespit edilmeyen şirket birleşmeleri olup olmadığını kontrol eden kişiler ve kurumlar var.

Diğer taraftan bildirim ihtiyari ve isteğe bağlı olması durumunda taraflar birleşmeyi gerçekleştirmek için tarafımıza herhangi bir bildirim yapma zorunluluğu altında bulunmamaktadır.

Böylece tarafımıza hiçbir bildirim yapılmaksızın gerçekleşen, sonuçlanan şirket birleşmeleri ile de karşı karşıya kalabiliyoruz. Günümüz itibariyle tarafımızca inceleme ve değerlendirmesi yapılan şirket birleşmelerinin yaklaşık olarak üçte birisi sonuçlanmış veya tamamlanmış birleşmelerdir. Bu durum bir kişinin yumurtaları kırıp birbirine karıştırarak yağda pişirdikten sonra yumurtaların birbirinden ayrılması veya birleşmiş tarafların birbirinden ayrılması gibi bir sorun yaratmaktadır ki böyle bir vakada bizzat görev aldım ve birleşen taraflar da danışmanlık şirketleri idi.

Özetlemek gerekirse şirket birleşmeleri kişileri, iletişim içinde oldukları kişileri ve teknik bilgileri bir araya getirmektedir. Şirket birleşmesi tamamlandıktan sonra, birleşmeyi yapan şirket ve kişileri ayrı binalarda konuşlandırmadıkça bu şirketleri ayırmak ve ayrı kalmalarını sağlamak mümkün değildir. Şirket birleşmesi bir kez yapıldıktan sonra şirketler artık entegre bir bünye haline gelir ve birleşmelerinden kaynaklanan ve bir araya getirdikleri müşteri portföylerine satış yapmaya başlarlar ve entegre olmuş ve birbirinin içine geçmiş bu ilişkileri birbirinden ayırabilmek gerçekten çok ama çok zordur. Böylece ikinci aşamada ele alınıp değerlendirmesi yapılabilecek konular ortaya çıkar. Hâlihazır durum itibariyle şirket birleşmeleri istihbarat biriminde çalışan beş çalışmamız var. Bu birimde Pat ve dört yardımcısı çalışıyor. Konuları günlük olarak izliyor ve değerlendiriyorlar. Bir kişi de günlük olarak finans piyasası haberlerini ve gazete ve dergilerini izleyecek. Günlük olarak izlemeye değer yaklaşık olarak beş yoğunlaşma veya şirket birleşmesi vakasını izlemekte ve incelemektedirler. Bu yaklaşık olarak haftada 25 vaka ve yılda yaklaşık olarak 1000 vaka ediyor. Sunulan rakamlardan da görebileceğiniz gibi bu incelemelerden fiilen bir sonraki aşamaya taşıdığımız vaka sayısı çok değildir.

Yine gördüğümüz gibi ikinci, üçüncü ve dördüncü aşamalara taşıdığımız vakalar ya rekabet kurumuna havale edilmesi veya özellikle karmaşık olan ve incelememiz gereken veya henüz emin olmadığımız ve rekabet inceleme ve gözden geçirme toplantısı yapmamız gereken vakalardır. Bu rakamları incelediğimiz zaman doğru vakaları ele aldığımız veya istihbarat biriminin uygun ve doğru vakaları inceleme ve değerlendirme kapsamına aldığı ve bu incelemeler yapılmadığı zaman aslında rekabet hukuku bakımından incelenmesi ve değerlendirme kapsamında olduğu halde bildirim yapılmamış vakaları doğru tespit ettiğimiz anlaşılmaktadır. Uyguladığımız ilk istisna ve ilk aşamadaki hukuki yöntem ve çözümlerden bahsetmek istiyorum. Bu yöntemi vakayı ilgili kuruma

havale etme yerine taahhüdün kabul edilmesi olarak tanımlıyoruz. Bu yöntem hem işletmeler hem de kamu bakımından maliyet ve giderlerin azaltılması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. İlk aşamada davranışsal hukuki çözüm ve çarelerinden ziyade yapısal çözüm ve çarelerle ilgileniyoruz. Bu yöntem bir taraftan maliyet tasarrufu sağlarken diğer taraftan rekabet yasasından kaynaklanan haklarımızı vakanın gerçekleşmesinden sonra değil de vakanın gerçekleşmesinden önce kullanma konusunda odaklanıyoruz. Örneğin fiyatları izleme ve kontrol etme, sektörü ve kaynakları kullananları fiyatları izlemek ve kontrol etmek suretiyle yönetip, yönlendirebilirsiniz. Bununla birlikte kullanılan hukuki çözüm ve çarelerin açık ve net olması gereklidir. Bu yorum yine tarafımızdan yapılan öznel bir yorum ve bizler rejimi ve kuralları tüm tarafların kabul edebileceği ve benimseyebileceği bir şekilde şeffaf ve açık yapmaya çalışıyoruz. Bu konuda duyulan en büyük kaygı hukuki yol ve yöntemleri uygulamak için çok fazla kaynak kullanmamamı rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açması. Sürecimizi ele alırsak, şirket birleşmesini yasaklama veya yol verme konusundaki karar verme toplantısına kıdemli 3 üyemiz veya en kıdemli üyemiz katılmaktadır.

Karar verme toplantısında eğer şirket birleşmesinin tarafları konuya ilişkin olarak bir takım taahhütler üstlenmeyi önerdikleri zaman her türlü veri, bilgi ve belge sunulmadıkça konu tam olarak açıklığa kavuşmamakta ve karar verilmesi oldukça zor olmaktadır. Tarafların avukatlarının tarafımıza çözüm önerilerini kapalı bir zarf içinde sunmaları gereklidir. Avukatlar kapalı zarfı imzalarlar ve karar vericiler birleşme işleminin rekabetin azalmasına önemli ölçüde yol açıp açmayacağına karar vermeden önce kapalı zarf açılmaz ve tarafımıza nelerin önerildiği bilinmez. Bu uygulamamız beraberinde bir takım endişeleri ve tartışmaları da getirmektedir. Karar vericinin kararını vermeden önce birleşmenin taraflarınca tarafımıza çözüm önerisi olarak nelerin sunulduğunun bilinmesinde ve bu çözüm önerilerini dikkate almak suretiyle karar verilmesinde yarar olduğunu savunan çok sayıda kişi var.

Diğer taraftan, tarafların avukatları birden fazla sayıda zarf da verebilirler, bu durumda zarfları 1'den başlayarak 5'e veya 6'ya kadar veya istedikleri herhangi bir başka şekilde numaralandırabilirler. Biz bu zarfları verilen numara sırasına uygun bir şekilde açmaktayız ve rekabetin önemli ölçüde azalabileceği yönünde gerçekçi ve güçlü bir ihtimal olmadığı yönünde karar almamız durumunda ise bu zarfları açmadan iade etmekteyiz. Avukatlar, bu süreci baştan sona sürdürdüğümüz halde zaman zaman zarfları hiç açmamıza ve tarafımıza çözüm olarak nelerin önerildiğini hiç okumamamıza çok ama çok şaşırmaktadır.

Konuşmamın daha önceki bölümlerinde büyüklük testinden ve yeterli ölçüde büyük bulunmayan işlemlerin inceleme ve değerlendirme kapsamı dışında bırakıldığı hususundan biraz bahsetmiştim. Bu rekabet açısından incelenmesi için yetkili makamlara havale edilmesi veya konu üzerinde ayrıca araştırma yapılması amacıyla iki aşamada tekrar ele alınması için yeterli öneme haiz olmayan piyasalar için geçerlidir.

İkinci aşamada araştırma ve inceleme yapılmasının hâlihazır durumdaki maliyeti yaklaşık olarak 400 bin pound dolayındadır. Bu maliyet azımsanmayacak kadar yüksek bir maliyettir. Biz burada limitimizi 10 milyon pound olarak saptamış bulunuyoruz. İlkelerimiz çok açık ve net. Hem yargılama konusundaki yetki alanımız ve sınırlarımız hem de prosedürel işlemler konusunda kılavuz ilkelerimiz ve rehber kitabımız mevcut. Diğer taraftan, yaptığımız inceleme, araştırma ve değerlendirmelerin sonuçlarını yayınlıyoruz. 1 milyon ile 10 milyon pound arasındaki yelpazede yer alan taraflar için konuşmamın daha önceki bölümlerinde bahsettiğim büyüklük kriterinin uygulanacağını ve bu işlemlerin inceleme ve değerlendirme kapsamı dışında tutulabileceğini düşünmeniz çok normal. Bununla birlikte, şu hususu belirtmem gerekli 10 milyon pound tutarına yakın pazarlar aynı zamanda büyüyen pazarlar olabilir.

Pazarın hacim ve büyüklüğü konusundan daha önce söz etmiştim. Kriterlerimizi uygularken pazarın büyüme eğiliminde olup olmadığını ve 10 milyon pound eşiğine yakın olup olmadığını da göz önünde bulunduruyoruz. İşte bu noktada OFT'nin duyduğu kaygıların ne kadar güçlü olduğu önemli. OFT, rekabetin azalmasına yönelik olarak güçlü ihtimalin ötesinde ciddi kaygılar duyuyor olabilir. Bu şirket birleşmesinin problem yaratabileceğini yaratma ihtimalinin çok kuvvetli olduğunu düşünebiliriz. Bu birleşmenin rekabetin önemli ölçüde azalmasına ve fiyatların yükselmesine yol açıp açmayacağı konuları üzerinde odaklanabiliriz. İşte tüm bu kaygılar, düşünceler ve odaklandığımız konu ve hususlar tarafımızca yapılan araştırmanın ve değerlendirmenin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır ve elimizde bulunan bilgileri en son aşamada tekrar kullanırız. Birleşmenin yaratacağı etkinin süresi ve sürekliliği de üzerinde durduğumuz ayrı bir husus. Bu nedenle değerlendirme yaparken birleşmenin zamanlamasını, yaratabileceği etkinin süresini ve sürekliliğini dikkate alırız. Belki de değerlendirme yapabilmek için elimizde yeterli done bulunmamaktadır veya şirket birleşmesinin yapıldığı anda değil de daha sonraki dönemlerde rekabetin azalmasına yol açabileceğini veya tam tersini düşünürüz ve bu nedenle 2 yıllık süreyi içeren testimizi uygularız.

Bu testi uyguladığımız zaman birleşmenin etkisinin süresini daha iyi görebiliriz. Belki de birleşme başlangıçta rekabeti etkilemekle birlikte zaman

içersinde rekabet üzerindeki etkisi azalabilecektir. Ayrıca, incelediğimiz vakayla ilgili olarak belki de ilgili piyasada bizim henüz bilgi sahibi olmadığımız bir takım değişiklikler planlanmaktadır ve bu değişiklikler problemin boyutunun azalmasına veya çoğalmasına yol açacaktır.

Dün akşam Türk Rekabet Kurumunun bir yetkilisiyle okuduğumuz kitaplar hakkında sohbet ediyordum. Dublin’de yaşayan biri olarak, Türk Rekabet Kurumunun yetkilisinin James Joyce tarafından yazılmış olan Ulysees kitabını okuduğunu öğrenince çok ilgilendim. Ulysees isimli kitabı hatırlayacaksınız bu kitap şair Homeros tarafından yazılmış olan destanlarla ilgilidir. Ulysees’in Truva savaşından Ithica’da bulunan evine dönmesi 10 yılını almıştır. Birleşik Krallıkta şu an için yürürlükte olan rejim, bir başka ifadeyle Şirketler Yasası yaklaşık 10 yıl önce kabul edildi. Ulysees’in evine dönmesi 10 yılını almıştı ve Birleşik Krallıkta ise rejimin kabul edilmesinin üzerinden yaklaşık olarak 10 yıl geçti, ama biz hala evimize geri dönemedik. Bu rejimde bir takım değişikliklerin de yapılması gerekiyor. Yapılması gereken bu değişikliklerin bir kaçını burada liste halinde sıraladım. Bu konuda sizi ayrıntılara boğmak istemiyorum.

Bununla birlikte yapılması gerektiğini düşündüğüm değişiklikler üzerinde durulmaya değer konuları kapsıyor. Bunlardan birincisi Adil Ticaret Ofisi ile Rekabet Kurulunun birleştirilmesi. İki ayrı organın mevcut olmasının başlıca nedeni tarihsel olgulardır. Şirket Birleşmesi komisyonu tekelleşme ve şirket birleşmesi komisyonu olarak 1940’larda kuruldu. 1970’li yıllarda Şirketler Yasası imzalandı ve bu tarihte bu iki organ birbirinden ayrı iki kuruluş olarak faaliyet göstermekteydi ve bu şekilde devam etmesine karar verildi. Hükümet tek bir kurumun daha münasip olup olmadığını düşünüyor. Bu verimlilik ve etkinliğin artması ve sürecin hızlandırılması bakımından iyi olabilir. Kanaatime göre böyle bir birleştirmenin yapılması kuvvetle muhtemel. Hâlihazır durum itibariyle şirket birleşmelerini incelediğimiz zaman ilgili taraflara entegrasyonu durdurmaları ve ayrı birer şirket olarak devam etmelerini söyleme yetkimiz bulunmakta.

Hükümet, tarafların şirket birleşmesini yapmadan önce bu işlemi bildirmelerini zorunlu hale getirmeyi veya tarafların birleşmeleri ve bu birleşmenin rekabetin azalmasına yol açması durumunda veya bildirim zorunlu olduğu bir sistemde tarafların bildirim yükümlülüğüne uymamaları durumunda cezai yaptırımların uygulanmasını düşünüyor. Bildirimde bulunmanızı gerektiği halde bildirim yapmazsanız bir cezai yaptırım söz konusu olacak.

Eğer birleşme işlemi tamamlamışsanız bu da sizin için bir problem yaratacak. Bu nedenle hakkınızda cezai yaptırımlar uygulanabilecek Hükümetin planları arasında hem zorunlu hem de ihtiyari bildirim kapsayan bir sistem var. Diğer taraftan, hükümet şu an yürürlükte olan ihtiyari bildirim sistemini

değiştirmeyi de planlıyor. Size henüz bahsetmediğim ancak üzerinde önemle durulması gereken bir husus daha var. Bilgi toplama konusunda herhangi bir gücümüz veya cezai yaptırım uygulamamız bulunmamakta. OFT, herhangi bir vakayla ilgili olarak zorunlu sürelerin işlemlerini durdurabilir. Taraflar gereken bilgileri tarafımıza vermedikleri takdirde 40 iş günü olan süremizin işlemlerini durdurabiliriz. Bununla birlikte, üçüncü şahısları ve rakiplerin müşterilerini konuya ilişkin bilgi vermeleri veya tarafımızca sorulan soruları yanıtlamaları konularında zorlama yetkimiz bulunmamakta. Hükümet 40 iş günlük inceleme süremizin 30 iş gününe çekilmesini önerdi. Bu öneri, üçüncü şahısları ve rakiplerin müşterilerini konuya ilişkin bilgi vermeleri veya tarafımızca sorulan soruları yanıtlamaları konusunda tarafımıza yetki verilmesi tartışmalarını da beraberinde getirdi. Burada sunumumu sonlandırıyorum.

## **CONTROL OF MERGERS AND ACQUISITIONS IN THE UNITED KINGDOM**

**John IVORY**

---

First of all, I would like to thank the Turkish Competition Authority and the Istanbul Chamber of Industry and Beykent University for inviting me to today's symposium. Today, I am going to talk a little about the UK merger regime. In particular I am going to talk about the structure and governance and the OFT which is the UK's first case merger regime. The test that refers cases to the second phase of the merger regime and the jurisdictional process. In the event that we find a problem with a merger we decide not to refer it to the second phase and currently the UK government have posed some changes to the regime. I am going to identify those and describe them with a little more detail. So, this is what the structure looks like. You know first of all that the UK has two distinct bodies that look after mergers.

At the first phase, it is the OFT where I work and the second phase is the competition division. And there is also the competition's appeal tribunal where cases can be reviewed. Decisions by the OFT and the competition authority can be reviewed. The first thing to notice about the OFT is that the notification is voluntary. So the firms are not obliged to notify the OFT that they are merging.

Although the OFT has the power to call in mergers that have not notified and where the OFT thinks that we have jurisdiction. The second thing to notice is that we have got a substantial nesting of competition tests that were outlined earlier. We have the option to take first phase remedies. I will explain later on the criteria for accepting those. The minimum exception to qualify for the jurisdiction in which you find and SLC but we think that the market is insufficiently large to warrant a second phase of investigation by these relevant authorities. And the third exception we got is the relevant customer accepted in the past nine years since the enterprise act has been enacted. Apart from the OFT and the CC and the cast, the secretary of state can intervene in certain particular cases and they are where the issue at stake is national security, media plurality or the stability of the financial system.

The stability of the financial system was only added in the last couple of years given events in the UK. Apart from those bodies we have cooperation with DD COMP as Jose has mentioned. I believe and hope Jose would agree that we have a very good working relationship with the commission. There are opportunities for us to refer cases upwards to the commission and those where the

commission refers cases back to us. We generally get along very well with the case teams.

They make themselves available to us and we provide criticism where we think it is appropriate. One recent case where our relationship with the commission was demonstrated was mobile telecommunications merger in which the UK was the jurisdiction that was mostly affected by the merger. Through communications with the OFT and with the UK's communications regulator, the commission was able to get first phase remedies which we thought was quite impressive, given the complexity of the case. That is all I will say about that since Jose has spoken quite a bit about that.

So this is what the OFT looks like, we are 25 people and case teams are usually made up as they are in the Turkish Competition Authorities. They are usually one lawyer and one economist. As far as the case load, the case team will handle the case for around the first 15 days then we will have a discussion with the senior team whether this case is a problem or not. And at that point we will have a meeting with the case director about whether this case warrants a more substantive case review meeting.

The issues are talked about in much greater detail. The ultimate decision is made by our senior director. Formerly, we had a full-time senior director applied to mergers. More recently we had a part-time senior director and now we have a shared role. We have two senior directors working on different cases and who make the decisions in our merger cases. The OFT's reference test has both. It has the relevant emergency situation that has been created so we have jurisdiction and the test is whether it is or may be the case that the merger will result in a substantial lessening of competition. In this case it was interpreted that there was a significant likelihood. On challenge the competition tribunal's court ruling decided that the test was there will be a realistic prospect or whether there was a fact for less than 50% of the case will result in a substantial lessening of competition.

Our guidance now reflects that and it says that we shall refer a case in which there is a realistic prospect that there will be a substantial lessening of competition. Recently we had our first ever fast-track reference. Since the inception of our first level guidelines in terms of our ability to request a case as a fast track of a second case. In the event that they believe that they will meet the realistic prospect test. We believe that in the balance of the test they can request that we do a very quick investigation and we commit to doing the investigation in about 15 working days. So that gives us sufficient time to test the market with competitive customers to draft and make a decision. We had a case this year



involving travel agents in which we used that pair. I am glad that Jose had some brass and sophistication in his presentation where the only panel I was in that only had any numbers. This is what our practices look like for the past 3 years and more recently. And you can see that the minimum is becoming more important.

That has to be an initiative that we set up, I will discuss later in terms of calling in cases in which we believed that we had jurisdiction over which were not being notified. A number of these cases happened to be cases where the markets were of insufficient importance. You can see that there are no great changes in the other numbers. Our jurisdiction test has two parts. The first part is the turnover threshold. And the turnover threshold is 70 million pounds. The second part is the share of supply thresholds.

That is the share of supply test. And that is... what results... I'll read it: Resulting in creation of enhancement of at least a 25% share of supply of goods in the UK in the substantial market of the UK so that sentence has two parts. The first part shows that it is a share of supply test, which is not the same as an economic market defined test, so it has got a wide scope that we can assume. Share of supply relates to goods that are reasonably associated as being goods that are similar. So we have got some discrepancy. We have got some margin of appreciation in terms of how we define that. And the second is in the UK or in substantial parts of the UK. And again in substantial parts of the UK there is something that we have got to describe. And again that is evaluated on a case by case basis because it is not clear whether that pertains to a particular population size or a particular geographic area which could be considered substantial. So that is interpreted as we go.

Part of the reason for including a share of supply test was that there was a concern the turnover threshold test that would not capture mergers in small markets, which would never raise concerns and particularly a debate in Parliament decided that it would also be appropriate to use the share of supply test because it was more useful for the competition authorities than the market definition type test. That said, capturing small markets or markets where the parties are quite small, raises concerns in terms of the public costs of investigations. So we have a diminutive test which helps us to not refer cases to competition authorities or to the second phase in the event that we think that the costs of the reference are going to outweigh the benefits.

Over time the share of supply test has been more important in terms of cases that we investigate. There has been a dramatic increase in the last couple of years in terms of how important it is. Our investigative deadline for investigating

cases is currently forty days from the time that we have a satisfactory submission. In terms of notification, as I said it is voluntary. So having a voluntary system is one where the parties can assess and decide. We received feedback from the competition three years ago that we were missing cases.

There were cases we had jurisdiction for that we were missing. Even cases where we had a problem and we were not capturing them or they were not being notified. So if a voluntary system is having referrals is like a boxing glove. There were guys who were monitoring the market every day to see if there are mergers that are happening that we were not picking up. It also leaves an issue that there is voluntary notification and the parties are not compelled to wait until they have notified us to merge. So we can have complete mergers too. Currently around one third of the mergers we investigate are already completed. That raises issues about one scrambling the eggs or of the merger problematic how to separate out the parties and that is an issue, particularly in a case I worked on where the parties are consultants. So the merger involves bringing together people and their contacts and their know-how.

Once the merger is completed it is very hard to hold those separate, unless you keep the people in separate buildings and if it already happened, they have joined the integrated firm and they have started to sell to clients based on their affiliation, separating out that is very difficult to do. So it raises issues particularly at the second phase. Currently we have five members in our mergers intelligence. We have Pat at the mergers and intelligence and four assistants.

They take it on a daily basis. One person will take it on a daily basis to review the financial press and so on. They turn up about five cases a day which I think is worth pursuing. That is about 25 per week. They look at around 1000 a year. As you can see from the statistics, very few of those we actually take forward. You can see that from the ones that we do take forward, those in the second, third and fourth rows are cases that warrant either a reference to the competition commission or they go to a competition review meeting which is a meeting that we have got to investigate cases which are particularly complex or where we are not sure yet whether there are going to be issues. So it looks like we are calling in the correct cases, or the intelligence is calling in the correct cases to investigate, case that would otherwise have gone unnotified. I am going to talk about our first exception and that is accept remedies at phase one. This is what we call undertakings in lieu of reference.

The idea is we can minimize costs of the system to the business and the public by accepting remedies. We are particularly interested in the first phase of the remedies that are structural rather than behavioral. That goes to the point

about cost savings but it also goes to the point about of being more keen on ex ante competition powers rather going for ex post powers. If you accept the, for example, the price remedy, you end up regulating the industry by monitoring prices over time and that uses resources but is again the force of the system. The remedies have to be what we call clear cut. That is again a subjective interpretation on our part and we try to make the regime as transparent and the rules as clear as we can that we would be willing to accept. The biggest concern as to whether it is going to go the substantive lessening of the competition, that we do not get tangled in using lots of resources to monitor the remedy. On a point of process when we do come to our decision meeting, when our grade 3 or most senior member comes to the meeting to decide whether they are likely to prohibit or refer the merger, they are not clear if the parties offered to take undertakings in lieu. The parties lawyers must provide us with an envelope and the remedies inside. The lawyer will sign the closed envelope and it is not until the decision maker has decided that there is a substantial lessening of competition, is the envelope opened and we can see what they have offered. That goes to our concern in letting the bias that might be introduced and the decision maker knows what the remedy is and then has to determine whether there is a problem.

The parties' lawyer can also submit several envelopes and they can be number from 1 to 5-6 or whatever they wish. We will open them on order and in the event that we do not find the prospect of a realistic substantial lessening of competition we will return the envelope unopened. The lawyers are quite surprised that we go through this process that the envelope actually does come back unopened that we were not too keen to find out what they have offered as a remedy. I have talked a little bit about the diminutive exception. This is about the markets of insufficient importance to reference or investigation at the second phase. The current cost of second phase investigation is 400 thousand pounds. That is not insignificant. We have set the offer limit for whether we would apply to the minimum succession act at 10 million pounds. Our principles are quite clear.

We have got jurisdictional or procedural guidance and we publish the results of our investigation at the end as well. And it is clear to the parties where along this spectrum between 1 and 10 million pounds is likely to get you to the diminutive exception will be invoked. Needless to say, close to 10 million pounds in a growing market is likely to be the exception involved. I mentioned the size of the market. We do also take into account whether the market is growing or not and how close it is to the 10 million threshold. In terms of the strengths of the OFT's concerns and the OFT might feel that we have gone beyond the prospect of a substantial lessening of competition and we are in fact beyond or closer to

balance probabilities. We think it is very likely that this merger will result in problems. We are concerned about how closely the practice will compete against the other closeness of competition and the incentive to raise prices. That will form part of the investigation and then we can again use the information at the final stage. Durability of the merger's impact. So in terms of our assessment we will have considered whether that is timely, likely and sufficient. Maybe we do not have enough evidence or we think that the entry is not going to be very timely but it is going to be very likely to go beyond our typical timely 2 year test. In that case we may think that the impact of the merger may not be durable.

It may also be the cases that there are changes planned in the market that we are aware of which will reduce the ability of the problem. I was discussing yesterday evening with a member of the Turkish Competition Authority about the books we read. Being from Dublin I was quite interested to hear that he had read Ulysses by James Joyce. If you remember Ulysses the title of the book is because it relates to a poem by Homer. Ulysses takes ten years to travel from the battle of Troy to home in Ithica. We had our current regime in the UK, the enterprise act was formed about 10 years ago. It took Ulysses 10 years to travel home and it took 10 years for the UK government that we are probably not home after 10 years. There might be some changes that might be warranted to the regime. I have just listed a couple here. I am not going to go into detail. These are all the changes that are most worth highlighting. The first is that they merged the Office of Fair Trading and the Competition Commission. The reason why we have two bodies is largely because of history.

The mergers commission was formed as the monopolies and mergers commission in the 1940's. In the 1970's the Enterprises Act was signed and these two bodies were separate so it was agreed to keep them separate. The government was thinking about whether a single body would be more appropriate. That would be about speeding up the process and in terms of efficiencies. That, in my opinion is very likely to happen. Reading the language in the consultation document it is probably eminent. Currently when we investigate mergers we have the power to tell the parties to hold separate, to stop integration where it is. The government is currently considering making it mandatory to notify before they merge or to have penalties in the event that the parties merge and there is a problem or if the parties fail to notify when there is a mandatory system to notify. There will be a penalty for not notifying when you should. If you complete the deal, there is a problem. You would also be penalized for that.

There is also a system that involves both the mandatory and voluntary system or changes to the current voluntary system. One thing that I have not

discussed is that we have no information gathering powers. The OFT can stop the clock on a case. We can stop our 40 working day deadline for a number of days if the parties have not submitted information. But we have no power to compel third parties, customers and competitors to submit information or to provide a response. The government has proposed that if we reduce the number of days to 30 working days that would raise the investigative power to compel the customers of competitors to provide information to us. That concludes my presentation.

## SORU ve CEVAPLAR

---

**Av. Erkan DANIŞ-** Sorumu Avrupa Birliği Temsilcisi Bay Carpi Badia'ya yöneltmek istiyorum.

Aslında birazcık anlattığınız konuların dışında olacak ama, konuşulmadığı için, Türkiye açısından önemli olduğu için sormak istiyorum. 2004 öncesinde uygulanan hâkim durum testinin bazı eksikleri olduğu düşünülerek 2004 yılında rekabet testine geçiş yapıldı. 2004 yılı sonrasında uyguladığınız ya da baktığımız kararlarda, bu testte, hâkim durum testiyle çözülemeyecek ya da o boşluklar nedeniyle sorun çıkacak belli olaylarda çözüm üretebildiniz mi ya da o sorunlar artık yaşanmıyor mu? Hâkim durum testiyle yasaklayamayacağınız, ancak şimdi yasaklayabildiğiniz karar var mı? Sayın Möschel “T-Mobile Austria/Tele.Ring davası”ndan bahsetti; belki sizin vereceğiniz başka örnekler vardır.

Almanya hâlâ hâkim durum testini uygulamaya devam ediyor, onlar hâkim durum testinin boşluklarıyla karşılaşmıyorlar mı, orada böyle bir sorun yok mu, varsa bunu nasıl çözüyorlar; Sayın Möschel'e sormak istiyorum. Zira, Türkiye de hâkim durum testini uyguluyor ve rekabet testine geçişle ilgili olarak kanunla ilgili bir tasarı hazırlanmış durumda. Bu anlamda verilecek cevaplar bizim için yol gösterici olacaktır.

**Jose Maria CARPI BADIA-** Belirttiğiniz gibi yeni şirket birleşmesi yönetmeliğinde testi değiştirdik. Hepinizin gayet iyi bildiği gibi etkin rekabetin engellenmesini azaltan piyasa (pazar) hâkimiyeti testini tamamen kaldırmayı düşündük. Ancak daha sonra, vakaların çoğunda bu piyasa hâkimiyeti testinin önemli olabileceğini gündeme getirdik. Rakamlara dayanarak konuyu ele alırsak testleri değiştirmemizin çok önemli bir etkisi olmadı. Bazı vakaların, klasik piyasa hâkimiyeti kavramımızın ötesinde başka unsurların da olduğunu gördük. Bazı vakalarda konuyu belirli bazı çözüm önerilerini dikkate alarak karar verdik, bir kısmında ise çözüm önerilerini dikkate almadık ancak bir değerlendirme mantığı çerçevesinde karar aldık. Bu, değerlendirme yaparken başlangıçta kaygı duyduğumuz vakaların karara bağlanmasının ardında yatan sihirli çözüm oldu. İzah etmeye çalıştığım tür çok vaka olmadı. Ancak bu kriterlere bağlı olarak bazı değerlendirmeler yaptık. Kimya sektöründe faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesine rağmen sektörün en büyüğü olamadığı vakalar gördük. Hatta birleşmenin bizzat sektörde duyulan ve tarafımızca müdahale edilmesi istenen bir takım rekabet sorunlarını ortadan kaldırdığı durumları da yaşadık. Bu gibi konular için çok önemli nitelikte sayılmayacak bazı hukuki çözüm yol ve

yöntemlerimiz var. Temel hareket noktamız şirketlerin, pazar hâkimiyetini ele geçirerek rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açmadan bağımsız hareket edebilmeleri. Şu an itibariyle bu konuda çok fazla örnek yok. Ancak, bu konsept düşünce sistemimizin içine yerleştirilmeli. Bu hususları tekelci piyasa yapılarıyla karşılaştığımız zaman dikkate alıyoruz. Şirket birleşmesinin pazarda hakim bir konumun oluşmasına neden olmaması gerektiği çok açık. Bu konuda belki de son olarak bahsetmem gereken pazar hâkimiyeti konsepti. Yeni şirket birleşmesi yönetmeliğinden önce de pazar hâkimiyeti konseptini iktisadi bir yaklaşımla tanımlamış ve açıklamıştık. Pazar hakimiyeti konseptimiz, yeni yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce de vakaları incelerken kullandığımız iktisadi kriterleri yansıtan çok dinamik bir konsept idi.

As you said we changed the test in the new merger regulation. We thought to completely abandon the dominance test as you perfectly know will reduce impediment to effective competition. We say later on that in most of the cases this is going to be a test of dominance. Statistically speaking, it has not produced a major impact. In some cases it certainly went beyond our classical concept of dominance. We clear some cases with particular remedies or we did not consider remedies but under a logic for the assessment, that was the magic of the cap cases that we were concerned at the beginning. There are not that many cases. There was some assessment under these criteria. We found some chemical cases where the merging entity might not be number 1 in the market. Even then we found that the merger itself eliminated competitive constraints in those markets that asked us to intervene. We have had some small remedies addressing these kinds of issues. Independence without creation certainly of dominance in the market. For the time being there are not that many examples. It is certainly something that has been integrated into our way of thinking. We do consider these when we face oligopolistic market structures. It might not be clear that the merger creates a dominant position. Just one final mention maybe in the concept of dominance. We had already even before the new merger regulation interpreted the concept of dominance in a very economic approach manner. Even our concept of dominance before we modified the regulation was a dynamic concept that incorporated much of the economic thinking that lately we have been using for gap cases.

**Oturum Başkanı-** Teşekkür ederim. Sayın Möschel buyurun.

**Prof. Dr. Wernhard MÖSCHEL-** Bildirim prosedüründe yer alan ayrıntıların çok önemli olmadığı durumda bile çok sayıda tercih hakkı ve alternatif çözüm yöntemleri bulunmaktadır. Burada en önemli olan husus bu süreçte uyguladığımız ilkelerdir. Bu konunun daha önemli olduğunu düşünüyorum.

Örneğin daha önceki standartlarla maddi büyüklük ve önem kontrol ilişkisi bakımından ABD, Avustralya ve Kanada'da olduğu gibi birleşmeden sonra bir kontrol mekanizmanız varsa karşılaştığımız problemler oldukça küçük ölçekli olabilecektir. Eğer böyle bir imkânınız yoksa bu kez kanun koyucu/yasama organı bakımından bu çözülmesi gereken kesin bir problem halini almaktadır. Uyguladığımız muhtelif eşikler bakımından bu iki sistem eşdeğer niteliktedir. Bu konuda İtalya veya İspanya örneklerini ve bu örneklerin işlemlerini örnek olarak alabilir ve uygulayabilirsiniz. Diğer taraftan Almanya'nın uygulamakta olduğu sistemi örnek olarak alabilirsiniz. Bununla birlikte, yönetmeliğin, vakalarla ilgili olarak, oldukça kısa bir süre içerisinde ve çok fazla sayıda kriterle değerlendirme yapılmasına gerek duyulmaksızın vakanın içine dahil olan kuruluşlar, şirketler ve taraflarla birlikte karar verilmesini sağlamak üzere yalın bir şekilde hazırlanması konusunda odaklanılmalıdır. İşte bu hususun konuyu çözüme götürebilecek unsur olduğunu düşünüyorum.

When perhaps the details in the notification procedure are not so important, here you have always a lot of options and alternatives. Fundamentally important are the principles you are following in this context. I think this is more important. For instance the relation between the former standards and a substantive and material control if you have the possibility of ex post control like the USA, Australia or Canada, the problem is a fairly small one. If you do not have this possibility then for the legislative body this is a decisive question. For the sense of the various thresholds you are carrying out, these two systems are equivalent. You can follow the example of Italy or Spain and its functioning. You can follow an example like Germany, perhaps one should focus on the point that the whole regulation remains easy to handle that you can carry out in a fairly short time and with criteria that can be handled with the companies involved and the agencies. I think this is a decisive part.



## 2010/4 SAYILI TEBLİĞİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER: GENEL ÇERÇEVE

Orçun SENYÜCEL

*Rekabet Kurumu, IV. Daire Başkan Vekili*

---

Öncelikle, niçin yeni bir tebliğ ihtiyacı ortaya çıktı, onunla başlamak istiyorum.

1997/1 Sayılı Tebliğ'in uzun bir süredir değiştirilmesi düşünülüyordu ve ne yazık ki ancak 2010 yılında değiştirildi. 1997/1 Sayılı tebliğ açısından en temel eleştirilerden bir tanesi, tebliğin pazar payı eşiği içermesiydi; hukuki belirsizlik oluşturduğu yönünde eleştiriler vardı. Bu yönde hem iş dünyasından, hem de OECD, ICN gibi uluslararası örgütlerden gelen eleştiriler vardı. Bunda temel nokta şuydu:

Teşebbüslerin ilgili pazarın nasıl tanımlanacağını bilmeleri normalde çok mümkün değildir. Hatta ilgili pazar tanımı, statik olmayan, dinamik bir unsur olduğu için, Kurul, 5 yıl önce yaptığı bir tanımı 5 yıl sonra farklı bir şekilde yapabilir ve bu da aslında Kurulun bir çelişkisi değil, pazardaki değişimlerin bir gereği olabilir; teknolojik gelişmeler veya bazı başka faktörlerden dolayı pazarda çeşitli şeyler değişmiş ve ikame olmayan iki ürün ikame hâle gelmiş olabilir.

İlgili pazar tanımlandıktan sonra teşebbüslerin pazar payına ulaşma imkânları çok zor değil ama bazı sektörlerde, ilgili pazarı bilseler bile pazar payı verisine, rakiplerinin ne kadar sattıklarına ulaşmaları sorun oluşturuordu.

Siz, bildirilmesi gereken bir birleşme ve devralma işlemi bildirilmemesi durumunda ciro bazlı ceza öngördüğünüz zaman, teşebbüsler de doğal olarak önlerini daha net görmek istediler. Bu anlamda genelde bir eleştiri geliyordu. Zaten pazar payı eşiğine baktığımızda, dünya uygulama sayısı çok az kalmış durumda, örnek alınabilecek ülke sayısı çok az kaldı; bildiğim kadarıyla şu an uygulayan İspanya, Portekiz, İsrail, Rusya. Genel anlamda, dünyanın büyük bir genelinde pazar payı eşiği bırakılmış durumda; bir kısmı ciro eşiğinde, bir kısmı başka eşikleri (satış fiyatı vesaire) kullanıyorlar.

Bir temel neden pazar payı eşiğiydi, İkinci bir neden, Bildirim Formunun yetersiz olması, ifadelerinin anlaşılmasını. Şimdiki Bildirim Formu, -birazdan anlatacağım- çok daha uzun ve detaylı. Bunu bazen teşebbüsler için yük gibi görenler de olabilir ama bence bu yaklaşım da çok doğru değil, çünkü yetersiz bir Bildirim Formu, raporların düzenli olarak teşebbüslere dönüp bazı bilgileri

istemmesini beraberinde getiriyordu, bunun sonucunda da dosyaların gecikmesi söz konusu oluyordu. Bizim 1997/1'deki Bildirim Formuna bakarsanız, Komisyonun kısa formundan bile kısa, hemen hemen hiçbir şey istenmiyor gibi bir Bildirim Formuydu ve bazı ifadeler anlaşılıyordu, bazılarının tanımları yoktu.

Diğer bir nokta; çok gelen eleştirilerden bir tanesi, anlaşmaların nihai imzalı hâlinin istenmesiydi. Uluslararası hemen hemen tüm kurumlar, anlaşmaların son hâlini istemek gibi bir mecburiyet getirmiyor. Şöyle bir sıkıntıyla karşılaşılıyordu: Örneğin teşebbüs işlem izni almak için Amerika'da başvurabiliyor, ancak Türkiye'ye geldiğinde, "işlemin son hâlini, anlaşmanın nihai hâlini görmek istiyorum" dendiği için başvuruda çok ciddi sıkıntı yaşıyordu ve özellikle avukatlar, bence haklı olarak bunu çok eleştiriyorlardı.

Diğeri ise, etkilenen pazar. 1997/1'deki Bildirim Formunda geçiyordu, fakat bunun tanımı yoktu, ne olduğu belirsizdi ve bu da başka bir sıkıntıyı beraberinde getiriyordu.

Benzer şekilde, yan sınırlamalara, -bu, eski tebliğle ilgili bir sorun değil-fazla önem verildiği yönünde bazı eleştiriler vardı. Kurulun, yan sınırlamayı 5 yıldan 3 yıla indiren çok kararı var. Artık Komisyonun da yaklaşımını, "bu konularda biraz daha esnek olunmalı" çerçevesinde görebiliyoruz. Bu, bazı noktalarda dava açma sebebi bile olabiliyor. Örneğin, "ben 5 yıllık bir yan sınırlama öngörmüştüm, Rekabet Kurumu 3 yıla indirdi, benim sana verdiğim para fazla oldu, -atıyorum- birkaç milyon doları geri istiyorum" deyip mahkemeye gidenler oldu.

Bunun dışında, eski 1997/1 kapsamında, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler birleşme ve devralma kapsamına alınmıyordu, ancak iş birliği doğurucular alınmıyordu. Bunun en temel sıkıntısı da, süreyle ilgili olan sıkıntıydı. Raportörün bunu 5-6 ayda inceleme imkânı vardı. İş birliği doğurucu bile olsa, ortak girişimler genelde, teşebbüslerin kısa sürede olumlu veya olumsuz yanıt almak istedikleri konulardan birisi olarak geliyor.

Diğer bir nokta; cironun hesaplanmasıyla ilgili bazı soru işaretleri vardı. Örneğin, bir devir işleminde, devreden tarafın bütün olarak, teşebbüs olarak mı cirosu alınacak, yoksa devredilen kısmın cirosu mu alınacak, bununla ilgili bazı kararlar vardı. Onun dışında, bütün grubun ciro hesaplaması nasıl belirlenecek, onunla ilgili bazı soru işareti olan kısımlar vardı ve bunların netleşmesi gerekiyordu.

Yine, "diğer" başlığı altında ele aldığım kısımlar var. Örneğin Kurumda taahhüt mekânizması son birkaç yıldır detaylı olarak incelenmeye başlandı, ancak tebliğde bununla ilgili hiçbir ifade geçmiyordu. Gene, kur hesabının nasıl

yapılacağı belli değildi; bazen ortalama döviz kuru alınıyordu, bazen 31 Aralıktaki döviz kuru alınıyordu, bunun alış kuru mu satış kuru mu olduğu belli değildi. Türkçe tercüme yeminli mütercim tarafından mı yapılacak, nasıl yapılacak gibi diğer konularda belirsizlikler vardı.

Tebliğdeki önemli değişiklikleri sırasıyla vermeye çalışacağım: Bunlardan birincisi, 4'üncü maddedeki "ilgili teşebbüs" tanımı. Bu tanım daha önceden yoktu. Komisyonun "Undertaking concerned" tanımıyla paralel olan bir yaklaşım. Ben tanımı buraya verdim. Birazdan arkadaşım ilgili teşebbüsle ilgili daha detaylı bilgi anlatacak, tanıma çok girmek istemiyorum. "İlgili teşebbüs" kelimesi veya kavramı kanunun 9, 13 ve 17'nci maddelerinde de yer almakta. 17'nci maddede, "İlgili teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde 5'i oranında idari para cezası verir" ifadesi geçiyor. Gene, "işlem tarafı" yeni olarak gelen bir cümleydi. İki arasındaki ayrımı şöyle çok basit şekilde yapalım: Bir holdingin A şirketi B şirketini devralıyorsa, normalde A şirketi ilgili teşebbüs oluyor, holdingin tamamı ise işlem tarafı olarak tanımlanıyor. Tabii, bu işlem tarafına bakarken bizim "kontrol" kavramı çerçevesinde gidiyor. Ben çok genel hatlarıyla özetledim; yani holding "işlem tarafı" ama şirket "ilgili teşebbüs" olabiliyor. Dediğim gibi, holdingin tamamı mı, bütün şirketler dahil mi değil mi, kontrol kavramı çerçevesinde detaylı incelenmesi lazım.

Bu iki kavramdaki en temel nokta, ciro hesaplaması, çünkü eşikler tamamen işlem taraflarının cirosu üzerine kurulmuş durumda. O yüzden, bildirim yapacak mısınız yapmayacak mısınız, bu, ilgili teşebbüsün nasıl belirlendiğine, işlem taraflarının kim olduğuna bağlı olarak değişecek bir nokta.

Gene esaslı bir nokta, Bildirim Formunun doldurulması. Bildirim Formunda; ilgili teşebbüsün kontrol ettiği şirketler, ilgili teşebbüsü kontrol eden şirketler ve etkilenen pazarda işlem taraflarının bulunduğu şirketler soruluyor. O yüzden Bildirim Formunun doldurulması açısından da bu iki kavram önemli.

Diğer bir değişiklik, 5'inci maddedeki kontrolde kalıcı değişiklik. "Kalıcı değişiklik" kavramı eklendi. Biraz önce bahsettiğim, ortak girişimle ilgili eleştirilerin geldiği nokta; iş birliği doğurucu ortak girişimler artık Birleşme ve Devralma tebliği kapsamında sayıldı. Tam işlevsel tüm ortak girişimlerin artık Kuruma bildirilmesi ortaya çıktı. Şu anda bu, teşebbüsler açısından, süre açısından lehe olan bir yorum, çünkü birleşme ve devralmanın tabi olduğu süreler açısından incelenmesi gerekecek.

"Interrelated transactions" denilen "bağlantılı işlemler" daha önceki tebliğde geçmiyordu, tebliğe yeni alındı. Bunlarda tek bir bildirim yapılması gerekiyor. Bu da, Adalet Divanının yaklaşımı çerçevesinde, benzer, paralel bir şekilde ele alındı. Örneğin, A şirketi hem B şirketini, hem C şirketini alacak ama

C şirketini alması aynı zamanda B şirketini almasına bağlı; yani bunlar, birkaç safhada gerçekleşecek tek bir işlem. Örneğin, A şirketi, B şirketini almaması durumunda C şirketini de almaktan vazgeçecek; yani bunlar tamamen birbirine bağlı işlemlerse tek bir işlem olarak kabul ediliyor ve bunlarda tek bir bildirim gerekiyor. Benzer şekilde, menkul kıymetlerle yapılacak olan işlemde aynı geçerli. Örneğin kısa bir zaman dilimi içerisinde borsadan arka arkaya hisse alarak şirkette önce veto etme hakkını elde ettiniz ve zamanla şirketin kontrolü elinize geçti; bunlarda, her seferinde tek tek başvuru yapmaktansa, tek bir başvuruyla tamamı için izin alma hakkınız ortaya çıkmış durumda.

Şimdi, en temel değişiklik olan, 7'nci maddedeki ciro eşiğine biraz bakalım. Burada, 1997/1'de önceden şu soru işareti vardı: "İlgili pazardaki ciro mu, yoksa toplam ciro mu alınacak?" Hatta şu yorumlar da vardı: "Kurul ilk yıllarda toplam ciroyu aldı, sonradan ilgili pazardaki ciroyu alarak, eşikle bir şekilde oynadı." Kurulun son uygulaması "ilgili pazardaki ciro"ydü ama yine de tebliğdeki ifade bu net gözüküyordu. Şimdi 7'nci maddede zaten pazar eşiği ortadan kaldığı için böyle bir soru da ortadan kalkmış oldu.

Maddenin lafzını buraya koydum; "işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının 100 milyon lirayı veya işlem taraflarından en az 2'inin Türkiye cirolarının ayrı ayrı 30 milyon lirayı geçmesi durumunda veya işlem taraflarından birinin dünya cirosunun 500 milyon lirayı ve diğer işlem taraflarından en az 1'inin Türkiye cirosunun 5 milyon lirayı geçmesi hâlinde yoğunlaşma işlemleri izne tabi olacaktır."

Daha basitleştirmek için buraya bir örnek tablo koydum. Burada, A ve B şirketlerinin olduğunu farz ediyoruz. "AT", A şirketinin Türkiye cirosu. "AD", dünya cirosu. "BT", Türkiye cirosu. "BD" de dünya cirosu. İlk işleme baktığımızda, Türkiye ve dünya cirosu ağı 400 milyon, -belli ki, Türkiye'de de var olan bir şirket- diğer tarafın cirosu 20 milyon. Burada eşik aşılmıyor. Eşiğin aşılmamasının nedeni, "30 milyonluk şartı sağlamamış durumda, dünya cirosu da 500 milyonu geçmiyor" şeklinde yan tarafta yazıyor.

Gene bir benzer örnek olarak belki en son örneği alabiliriz; 100 milyona 800 milyon. Örneğin dünya cirosu çok yüksek, 500 milyonluk eşiği aşıyor, ancak devraldığı şirketin cirosu 5 milyonluk Türkiye cirosunu geçmiyor; bu durumda, eşikler aşılmıyor.

Amaç, ikinci eşikte, özellikle dünya cirosu 500 milyona 5 milyonda, büyük şirketlerin hareketlerini takip edebilmektir. Zaten bilindiği üzere bildirim eşiğiyle değerlendirme arasında fark var. Bizim, Kurum olarak görmek istememizle izin verip vermememiz arasında fark var. İzin verme işlemi daha çok pazar payı esaslı bir inceleme ama, tabii başka kriterler de göz önüne alınıyor. Bu

bildirim eşiği, bir yönüyle bu ikinci eşik herhâlde Almanya'ya biraz benzedi, çünkü onlar da 500 milyon avroya 5 milyon avro şeklinde bir eşik var; kısmen onu andıran bir eşik oldu.

Şöyle bir istisnamız var: Gene burada eşik sistemi aşılnca, izin almak için Kurula başvurması gerekiyor, ancak etkilenen pazar yoksa başvuru şartı zorunlu değil; eşik aşılsa da, etkilenen pazar yoksa izne gerek yok. Bunu basit bir örnekle açıklamaya çalıştım. Örneğin bir çimento şirketi bisküvi şirketini devraldığında, -doğal olarak ikisi aynı pazarda değil, etkilenen pazar için sadece ilgili ürün pazarına bakıyoruz- cirolara hiç bakılmaksızın “başvuruya gerek yok” noktasına ulaşıyoruz. Fakat şu nokta gözden kaçmasın: Burada işlem taraflarına bakıyoruz. Bu çimento şirketinin kontrol ettiği bir tane bisküvi şirketi varsa, tabii ki o zaman etkilenen pazar olacaktır. İşlemi, “iki taraf (çimento şirketi ve bisküvi şirketi) imza attı” şeklinde değerlendirmeyip “grup içerisinde bir kesişme var mı” diye bakmak gerekiyor.

Bu etkilenen pazar doğal olarak işlem sayısını azaltacak bir unsur. Burada tek istisna, ortak girişimler. Eğer yeni bir ortak girişim oluşturuluyorsa, yani iki şirket bir araya gelip bir ortak girişim kuruyorlarsa ya da örneğin bir şirket başka bir şirketin yüzde 50'sini almış, onu da bir ortak girişim hâline çevirmişse, bu şekilde bir ortak girişim oluşturulmuşsa, bu durumda, etkilenen pazar var veya yok'a bakılmaksızın, otomatik olarak ciro eşiğinin geçilip geçilmediği incelenecek, sadece ciroya bakılacak, ciro eşiği geçiliyorsa bildirim mecburiyeti ortaya çıkıyor. Bu etkilenen pazar eşiği dünya uygulamasında çok var olan bir eşik değil. Kurul bu şekilde bir eşik sistemi öngördü.

Ciro eşiğine niçin geçtik; hukuki belirliliğin sağlanması için (bunu daha önceden söylemiştim.) Şu soru da akla gelebilir: “100/30 ve 500/5 eşiği niye geldi?” Bununla ilgili çeşitli görüşler de aldık; TÜSİAD'dan, herkesten değişik fikirler geldi. Ancak, bu eşik sisteminde altın bir oran yok. Gayri safi milli hasılaya ya da gayri safi yurt içi hasılaya bağlı şekilde baktığımızda, eşik sistemleri gene tutarlı bir şekilde çıkmıyor.

Almanya'dan gelen Hocamız da biraz önce anlattı; Almanya'nın eşik sistemi var ve Almanya'ya çok sayıda başvuru var. Rekabet Kurumu ister eşiği düşük tutar, “bana çok sayıda başvuru olsun, ben bunları görmek istiyorum, doğal olarak bu oran da, izin vermeyeceğim sayı düşecektir” der, isterse, “ben eşiği yukarı çıkartacağım, bana, sorunlu olma ihtimali daha yüksek olanlar gelsin” der; bu aslında bu bir tercih, tamamen kendi politik tercihi noktasında ortaya çıkan bir şey. Dünyaya baktığımızda, mesela Kore'de 300 milyona 30 milyonluk bir eşik var. Ben bunları TL'ye çevirdim; mesela Almanya'ya “1 milyar” dedim (aslında dünya cirosu 500 milyon avro.) Kimileri burada dünya

cirosunu, kimileri de yurt içi ciroları esas alıyor; dünyada da bir tutarlılık yok, herkes kendi pazar yapısını göz önüne alarak bir şeyler yapıyor.

Cironun hesaplanmasıyla ilgili gene bazı önemli değişiklikler oldu: Bir tanesi, pazar payı eşiği kalktığı için, 2 yılda aynı taraflar arasında yapılan işlemler tek bir işlem olarak kabul ediliyor. Burada bir örnek verdim. Mesela Migros Tansaş'ı parça parça alsaydı, her işlemde Tansaş'ın bir yerdeki şubesini alıp eşik altı kalacaktı, daha sonra gidip öbür şubeyi alıp eşik altı kalacaktı ve bu şekilde, bize bildirmeden bütün Tansaş'ı alması gibi bir durum söz konusu olabilecekti. Tabii, böyle bir işlem olmadı, yanlış anlaşılmasın. Bu tarz, 2 yılda aynı taraflar arasında olan işlemler tek bir işlem sayılıyor ve bunlar toplanarak yapılıyor. Böyle bir işlem bir noktadan sonra doğal olarak eşiği geçecektir. Komisyonun yaklaşımına paralel bir yaklaşım benimsendi.

Bazen soru işareti oluşturan bir kısım; devir işlemlerinde devredilen kısmın cirosu alınacak. A holdingi C holdinginin B şirketini aldıysa, C holdinginin cirosu göz önüne alınmayacak, sadece devredilen C'nin cirosu esas alınacak; bu da bildirim açısından önemli bir kriter.

Gene, daha önceki tebliğle uyumlu bir şekilde, grup içi satışlar dahil değil. A şirketi B şirketini kontrol ediyorsa, bunların birbirine yaptığı satışların ciro hesaplamasından çıkarılması gerekiyor.

Döviz kuruyla ilgili, daha önce bahsettiğim soru işaretleri oluşuyordu; bunu da netleştirdik. Eğer mali tablolar Türk Lirası üzerinden hesaplanmıyorsa Merkez Bankasının döviz alış kuru ortalamasının alınacağı söylendi. Bu da, Merkez Bankasının web sitesinde grafik olarak bulunabilecek bir veri; Merkez Bankası bunu detaylı olarak veriyor.

Diğer bir nokta, "işlem ne zaman gerçekleşti" sorusuydu. Kanundaki 16'ncı madde, birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleşmesi durumunda bir ceza öngörüyor. Doğal olarak, "gerçekleşmekten kasıt nedir" şeklinde bir soru işareti vardı. Bununla ilgili de, çok net olmasa da, genel hatlarıyla bir şey verildi. Tabii ki, bu netlikler daha çok kılavuzlarla ortaya çıkacak noktalar.

Kontrol değişikliği gerçekleşmesinin, işlemin gerçekleşmesinde esas unsur olarak göz önüne alındığı tebliğiyle belirlenmiş oldu. Gene 12'nci madde de, dünyada genelde uygulaması yapılan şekilde, birleşme ve devralmaların duyurulması. Bundaki amaç, üçüncü tarafların bu işlemle ilgili görüşleri varsa bunları bize iletmeleri. Örneğin bir tane işlemle ilgili bir şirketten görüş istemiştik ve bize bayağı bir geç gelmişti, rapor Kurula çıktıktan sonra gelmişti. Bize bildirimde bulunan kişi belki pazarı daha değişik bir şekilde tanımlamıştır ve

hâkim durum yoktur gibi gözüküyordur ama işlemin web sayfasına konması ve bütün rakiplerin bundan haberdar olması sayesinde, rakiplerden gelecek bilgiyle, aslında pazarın daha farklı olduğu ve ortaya bir hâkim durumun çıkabileceği, buna Kurumun izin vermemesi gerektiği noktasında bilgilere ulaşılabilme ihtimali var. Şu anda web sitesine koyuyoruz ama, bunlara çok sayıda yanıt gelmiyor; zaten çok sayıda bir yanıt beklemiyoruz. Bunlara, az sayıda, ama esaslı yanıt gelmesini bekliyoruz. Eğer web sitemize girilirse, şu an, mevcut hâlde, hâlâ inceleme aşamasındaki devralma işlemleri görülebilir; Kurula çıktıktan sonra bu işlemler web sitesinden kaldırılıyor.

Diğer önemli bir nokta, başlangıçta da bahsettiğim, yan sınırlamalarla ilgiliydi. Tebliğ şunu öngörüyor: “Kurulun verdiği izin yan sınırlamaları kapsar, bu kapsamı aşırıp aşmadığını taraflar değerlendirmeli.” Aslında burada, Kurul üstü kapalı bir şekilde, -gene kişisel yorumum olarak söyleyeyim- yan sınırlamaların üzerinde o kadar fazla durmayacağına yönelik bir sinyal veriyor. Tabii ki, birileri 30 yıllık bir yan sınırlama öngörürse ne olur, o noktaya yorum yapmıyorum. Genel anlamda aşırı müdahaleci olmayacağını sinyalini burada vermiş oldu.

Diğer bir nokta, tebliğin 13’üncü maddenin 2’nci fıkrasında “birlikte hâkim durum” tebliğde yer aldı; “tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratan birleşme ve devralmalar yasak” şeklinde söylendi. Tabii, Danıştay’ın bu konuda yaklaşımı biraz soru işaret oluşturuyor. “Ladik” dosyasında, “kanunda birlikte hâkim durum geçmiyor” şeklinde bazı ifadeler var ama, Danıştay’ın orada ne dediği birazcık daha yorumlanması gereken bir nokta. Bununla birlikte, birlikte hâkim durum kavramı tebliğe ilk defa girmiş oldu.

Gene iktisadi açıdan önemli olacak diğer bir nokta, “etkinlik” artık tebliğde yer aldı; birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde tüketici yararına olan etkinliklerin göz önüne alınacağı noktası ortaya çıkmış oldu. Bence bu, iktisadın daha önplana çıkacağı, Kurulun, çok şekli bir şekilde “hâkim durum vardır” şeklinde bir analizden ziyade, “etkinlik var mı yok mu” kısmına da girmek istediğinin somut bir göstergesi.

Dediğim gibi, iş birliği doğurucu ortak girişimler daha önceden birleşme ve devralma sayılmıyordu ama artık bunlar bu kapsama girdi, süre açısından özellikle teşebbüslerin lehine bir noktaya geldi. Ancak, burada doğal olarak, kanunun 4’üncü ve 5’inci maddeleri açısından da, yani muafiyet verilip verilemeyeceği noktasından da değerlendirileceği tebliğde ele alınan bir diğer nokta.

Dediğim gibi, taahhüt mekânizması, herhâlde 3 yıldır falan daha esaslı bir şekilde incelenmeye başladı. Şu anda da bir taslak görüşe açıldı. Belki yakında taahhüdün kılavuzu da çıkacak. 1997/1’de bununla ilgili bir açıklama, herhangi

bir şey yoktu. Artık, tarafların taahhüt verebileceğine yönelik bir noktaya da gelindi. Bu taahhütlerin rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırması gerektiği de belirtildi.

Şart ve yükümlülükle ilgili ayrım da tebliğde gözükebiliyor, ancak bunun detayı belli değil. Dediğim gibi, bu da kılavuzda yer alacak bir nokta. Taahhütlerde verilen şart nedir, yükümlülük nedir, Kurulun öne sürebileceği şart ve yükümlülük ayrımı nelerdir, şart yerine gelmezse ne gibi sonuç olur, yükümlülük yerine getirilmezse ne gibi sonuç olur; bunlar kılavuzla gelecek noktalar. Tebliğde bunların en azından özlerinin ele alınması gerekiyordu; şu an mevcut durumda da bu şekilde.

Bir önemli nokta; biliyorsunuz, öninceleme safhası süre olarak çok kısıtlı. Burada şöyle bir şey oldu: Öninceleme safhasında bir taahhüt geldiği zaman sürenin yeniden başlatılacağına yönelik olarak tebliğin 14'üncü maddesinde bir açıklama var. Bunun da nedeni şu: Raportörlerin süresi 15 gün ve 12'nci, 13'üncü günde bir taahhüt geldiği zaman raportörün bütün raporu yeniden ele alması, hatta taahhüdü incelemesi gerekebilecek. Taahhüt detaylı bir şekilde gelirse (yurt dışındaki örneklerde olduğu gibi), atanacak, elden çıkaracak uzmanın, görevlerin detaylı bir şekilde incelenmesi lazım. Bu anlamda raportörler ve Kurulun incelemesi için bir süre gerekiyor. Bu kısa öninceleme safhasında Kurulun süreyi yeniden başlatacağı 14'üncü maddeye yazılmış oldu.

Bildirim Formunu genel hatlarıyla ele alırsak, burada istenen bilgiler, 1997/1'e göre oldukça fazla oldu. Şöyle bir nokta var: Kısa ve uzun form diyebileceğimiz bir ayrımı var. Yurt dışındaki örneklerde, bazı yerlerde, Komisyonda da, kısa ve uzun form ayrı ayrı formlar. Biz iki ayrı form yapmadık, tek bir form yaptık. Ancak, bazı şartları taşıması durumunda belli kısımların (6'ncı, 7'nci, 8'inci maddelerin) doldurulmasına gerek yok dedik, böylece form kendi çapında kısalmış oldu.

Kısa form iki noktada doldurulabilecek: Birincisi, eğer bir ortak kontrolden tam kontrole geçiş varsa. Örneğin ben bir şirketin yüzde 50'sine sahibim, kalan yüzde 50'yi de alacağım ve şirket ortak kontrolden tek bir kontrole geçecek; bu durumda kısa form doldurulabilecek. Diğeri de, şirketlerin etkilenen pazarlarda pazar paylarının yatayda yüzde 20'den, dikeyde de yüzde 25'ten az olması. İşlem sonrasında ortaya yüksek bir pazar payı çıkmayacak. Yoğunlaşma işlemi rekabet hukuku açısından çok da önemli olmayan bir noktadaysa, bu durumda, Bildirim Formunun üç tane bölümünün doldurulması gerekmiyor.

Gene, giriş kısmında, yapılan anlaşmaların yeminli mütercim tarafından tercümesinin yapılmasının gerekmediği de belirtilmiş durumda. Bu da, gelen



eleştiriler arasındaydı. Bazen yeminli mütercim tercümesi isteniyordu ki, bazı sözleşmeler çok uzun olduğu için bunlar şirketler için vakit alıyordu.

Diğer bir nokta, “etkilenen pazar” tanımı. Bu, şu noktadan önemli: Hem eşikte etkilenen pazar kavramı var, hem içerde istenen bilgilerde etkilenen pazar geçiyor, hem de Bildirim Formu kısa mı uzun mu olacak derken, pazar paylarının hesaplanması için etkilenen pazarın ne olduğunun bilinmesi gerekiyor. Bu tanım, bir yerdeki ufak bir ekleme hariç Komisyonla hemen hemen aynı. Özetlersek şu şekilde bir tanım var: “Şirketler arasında veya teşebbüsler arasında, bildirim konusu işlemde etkilene ihtimali olan ve yatay ya da dikey ilişkinin bulunduğu ilgili ürün pazarları etkilenen pazarı oluşturmaktadır.” Ben lafzımı, “tarafardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunması ya da alt veya üst pazarlarda ticari faaliyette bulunması” diye buraya da koydum. Öz olarak, yatay ya da dikey ilişki olan ilgili ürün pazarları, -coğrafi pazar değil, bu nokta önemli- etkilenen pazarı oluşturuyor. Örnek verirsek, az önceki örnekteki gibi, çimento şirketi bisküvi şirketini devralırsa etkilenen pazar yok. Bir devralma işlemi olduğu için burada cironun ne olduğuna bakmamız gerekmiyor. Bu iki teşebbüs yatay anlamda örtüşmüyor. Biraz önce de vurguladığım gibi, eğer çimento şirketinin kontrol ettiği ya da çimento şirketini kontrol eden bir bisküvi şirketi varsa, -grup olarak bakmak lazım- o zaman tabii ki bir kesişme olacaktır. Eğer çimento şirketi bir hazır beton tesisini alırsa, bu durumda etkilenen pazar (dikey ilişki) var. Dikey ilişkinin olduğu durumlarda da gene bir etkilenen pazar söz konusu. Bu durumda, devralma işlemi için etkilenen pazar olduğu için, ciro eşliğinin aşılmış aşılmadığına bakılması gerekiyor. Tabii, şirketlerin etkilenen pazarı her zaman net olarak görmeleri zor. Bazı sektörlerde tanımlanması gerçekten bazı sıkıntılar oluşturabilir ama bazı noktalarda (örneğin çimento, bisküvi gibi) şirket çok net olarak, burada bir etkilenen pazarın olup olmadığını görebilmekte.

Gördüğünüz gibi, “bildirim konusu işlemde etkilene ihtimali olan” ifadesini koyduk. Oradan kastımız şu: İki grubun da aynı ürün pazarında şirketi olabilir ama işlemde etkilenecek mi? Basit bir örnek verelim. Örneğin A grubunun bilgisayar ve çimento şirketleri, B grubunun bilgisayar ve bisküvi şirketi var ve çimento şirketi bisküvi şirketini alıyor. Normalde her iki grubun da yatayda kesişen şirketleri var, çünkü ikisi de bilgisayar şirketi. Buradaki tanımda, “iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunması” diyoruz. Aslında iki taraf da bilgisayar ilgili ürün pazarında faaliyette bulunuyor. Bilgisayar pazarının etkilene ihtimali yok, çünkü burada çimento şirketi bisküvi şirketini alıyor; bu bağlamda, etkilenen pazar kavramı burada bilgisayarları kapsamayacak ve etkilenen pazarın olmadığı noktaya gelinecek.

Bildirim Formunun diğerk maddelerine baktığımızda, özellikle uzun formda, arz ve talep yapısına yönelik detaylı bilgiler isteniyor. Zaten uzun forma baktığınız zaman, pazar payı belli bir eşiğin üzerine çıkmış olan şirketler olacak; doğal olarak bu şirketlerle ilgili ithalat rakamları, sektörde arzla ilgili sözleşmeler vesaireler ve bunlarla ilgili münhasır sözleşmenin olup olmadığı gibi detaylı bilgiler isteniyor.

Daha önce bahsettim; etkinlik yeni Forma, tebliğegirdi. 13'üncü maddede zaten, bunun değerlendirme kriteri etkinliğinin olduğu söyleniyor. 8'inci maddede de, eğer şirket etkinlikle ilgili bir kazanım olduğunu düşünüyorsa 8'inci maddeyi dolduruyor. Yalnız, 8'inci maddeyi dolduracak olan teşebbüs, doğal olarak hâkim duruma gelmesi beklenen teşebbüstür, çünkü hâkim duruma gelmiyorsa zaten Kuruldan izin alacaktır. Örneğin teşebbüs yüzde 70 veya yüzde 80 pazar payına ulaşıyordur ama, burada bir etkinliğinin olacağını ve bunun tüketiciye yansıtacağını düşünüyorsa, detaylı olarak bilgi vererek, izin verilmeyecek bir işleme belki izin verilmesi noktasına getirme imkânı da söz konusu.

Bildirim Formunun 10'uncu maddesinde, anlaşmanın mevcut veya nihai hâlinin kopyası isteniyor; eski hâlinde nihai hâli isteniyordu ve dediğim gibi, bu ciddi sıkıntı oluşturunuyordu. Şu an teşebbüsler, bir prensip anlaşmasıyla, bir taslak anlaşmayla Kuruma başvurarak izin alabilirler. Doğal olarak sonradan bazı değişiklikler olacaktır. Bu değişiklikler eğer rekabet hukuku açısından önem arz eden bir noktaysa o tabii tarafın sorumluluğu altına girecek. Örneğin, kontrolün yalnız A şirketinde olduğu bir devralma işlemi yapıldı, ama sonradan değişiklik yapıldı ve B şirketi de veto haklarını elde etti. Tabii, Kurulun yaptığı değerlendirmeye başvurudaki durum farklı olacak. O durumda teşebbüsün yeniden başvurması gerekiyor, ama Kurumu hiç ilgilendirmeyecek, detayla ilgili bir noktada (satış bedeliyle ilgili rakamda bir değişiklik olması gibi) teşebbüsün tekrar Kuruma gelmesi gerekmiyor.

Bu kapsamda, şu an tebliğ aleni alım tekliflerini kapsıyor gibi gözüküyor, fakat Kurulun buna esnek bir yaklaşımı var. Bunu hazırlarken biz bile bile kanunda "anlaşma" ibaresi geçtiği için, aleni alımlar veya tek taraflı olan işlemleri bu kapsama sokmadık. Ancak Kurul bunlara genel anlamda sıcak yaklaşıyor; bununla ilgili birkaç kararı var, tek taraflı bile olsa bu tip şeylere daha önce izin verdi.

Vakitten dolayı benim diyeceklerim bu kadar. Kavramlara girersek daha detaylı bir tartışma çıkar. Ben genel hatlarıyla bir çerçeve çizmeye çalıştım.

## 2010/4 SAYILI TEBLİĞE GÖRE İLGİLİ TEŞEBBÜS VE CİRONUN BELİRLENMESİ

**Salim AYDEMİR**

*Rekabet Kurumu Baş Uzmanı*

---

Yoğunca bir programın sondan bir önceki konuşmacısı olduğumu bilerek, biraz da detay bir konuyu olabildiğince özetlemeye, çok detaylarına girmemeye çalışacağım.

Aslında bu sunumun konusu “İlgili Teşebbüs ve Ciro” idi. Ancak Ciro konusunu Orçun Bey oldukça detaylı bir şekilde anlatmış oldu. Bu nedenle ciro meselesinin belki kısa bir tekrarı ile yetinerek “ilgili teşebbüs” kavramı üzerinde biraz daha detaylı bir şekilde durabiliriz. Dolayısıyla, sizleri çok daha kısa bir sunum bekliyor.

Sunum planı şöyle olacaktır:

- 2010/4 Sayılı tebliğde ilgili teşebbüs ve ciroya ilişkin hükümler neler?
- Birleşme ve devralma ve ortak girişim başlıkları altında ilgili teşebbüsleri nasıl belirliyoruz?
- Son olarak da ciro başlığı var ama, ciro başlığını hakikaten Orçun Bey oldukça ayrıntılı bir şekilde anlattı.

Öncelikle, tebliğimizin 7’nci maddesinde eşikler düzenliyor. Orçun Bey eşiklerin neler olduğunu ifade etti.

Burada “işlem tarafları” kavramı var. Bazı kavramlara vurgu yaparak devam etmek istiyorum. Birinci eşliğimiz 100 milyonluk ve 30 milyonluk eşikler ama, “işlem tarafları” kavramı burada önemli. “İşlem tarafı”, daha önceki, 1997/1 sayılı tebliğimizde yer almayan bir ifade.

İşlem tarafı nedir, işlem tarafı kimlerdir; ciroların hesaplanabilmesi bakımından önemli.

İkinci eşliğimiz 500’e 5; bunlar ifade edildi. Bir etkilen pazar istisnamız var. İstisnanın da bir istisnası var; o da ortak girişimler. Bunlardan zaten bahsedildi.

Tebliğimizin 8’inci maddesi, cironun hesaplanmasına ilişkin. 8’inci maddenin 1’inci fıkrasında, “her işlem tarafının (az önce geçen ‘işlem tarafı’ kavramı burada da var) cirosunun hesaplanmasında şunlar dikkate alınır: “a)

İlgili teşebbüs” deniliyor. Demek ki, ciroyu hesaplayabilmemiz için ilgili teşebbüs ile işlem tarafı kavramlarını bilmemiz ve o çerçevede de ciroları hesaplayabilmemiz gerekiyor. Dolayısıyla, bu kavramların, -mademki bizim amacımız hukuki belirlilik- net bir şekilde ortaya konuluyor olması lazım.

İlgili fıkarda, sermayesinin yarıdan fazlasına sahip, oy haklarının yarıdan fazlasına sahip ya da ilgili teşebbüsün temsile yetkili organlarının yarıdan fazlasını atama yetkisine sahip teşebbüsler, ilgili teşebbüsle bağlantılı olan teşebbüsler olarak ifade ediliyor. Aslında bu düzenleme bir şekilde, ilgili teşebbüsle kontrol bütünlüğü içinde olan teşebbüsleri, şirketleri ifade etmeye çalışıyor; ama “kontrol” kavramını kullanmak yerine, aynen Komisyon düzenlemesinde olduğu gibi, tek tek sayma suretiyle ilgili teşebbüsle birlikte ele alınması gereken şirketleri/birimleri belirliyor. Gerekçesi ise, yine az önce de ifade edildiği gibi, hukuki belirliliği olabildiğince sağlamak. Zira kontrol kavramı, malumunuz belirli bir değerlendirmeyi gerektirebilen, bu yönüyle belirsizlik doğurmaya daha müsait bir kavram.

“İlgili teşebbüsün işlerini idare etme hakkına sahip olduğu” diye bir ifade daha var; bu diğerlerinden biraz daha ayrı. “Sermaye, oy hakları, temsile yetkili organların yarısından fazlasını atama yetkisi”, çok net anlaşılır, çok kolay, somut, niteliksel kriterler diyebiliriz. 8’inci maddenin 1’inci fıkrasında sayılan teşebbüsler ile “kontrol” arasındaki fark aslında, “işlerini idare etme hakkı” ifadesi dolayısıyla karşımıza çıkıyor. Zannedirim konuşmamın sonunda, nasıl bir fark olduğuna dair kısa bir değerlendirme yapma fırsatı bulabileceğiz.

Cironun hesaplanmasına ilişkin 8’inci maddenin 2 ila 6’ncı fıkraları arasında düzenlemeler var (hangi teşebbüslerin ciroları esas alınır, hangi yıl cirosu esas alınır, hangi ciro alınır gibi); Orçun Bey bunlardan uzun uzun bahsetti.

Tebliğ’in 9’uncu maddesinde,, mali kurumlarda cirolar; ayrıntılı olarak düzenlenmiş durumda. Ciro hesaplaması bakımından mali kurumlarda hangi kalemlerin esas alınması gerektiği hususu 1997/1 sayılı tebliğimizde de ayrıntılı olarak düzenlenmişti; 2010/4 sayılı Tebliğ’de bunlar güncellenmiş oldu, bu konudaki yeni düzenlemelere atıf yapıldı. Dolayısıyla, Tebliğimizin 9’uncu maddesinde çok ayrıntılı bir şekilde, kalem kalem, mali kurumlar için (bankalar, diğer finansal kurumlar, sigorta şirketleri, aracı kurumlar), hangi kalemlerin ciro hesaplamasında esas alınacağı sayılmış oldu.

Şimdi ilgili teşebbüs ve işlem tarafı kavramlarına dönecek olursak, Tebliğimizin 4’üncü maddesinde ilgili teşebbüs çok açık, net tanımlanmış durumda. “Birleşme işlemlerinde birleşen taraflar, devralma işlemlerinde ise, devralan veya devre konu taraflar, teşebbüsler ilgili teşebbüsümüz oluyor;

zannedirim herkes, herhangi bir tereddüde, şüpheye düşmeden anlayabilecek durumda. Ancak, benim kanaatimce işlem tarafı kavramı o kadar da net bir şekilde tanımlanmış değil. “Birleşme veya devralmanın tarafı olan teşebbüs” olarak ifade edilen bu tanım, farklı şekillerde düşünmeye yol açabilecek bir tarif gibi duruyor.

Bu açıklamalarımı, bizim belli bir dönemde yayınlanan kılavuz taslağımız vardı, -inşallah yakın tarihte Kurulumuz da kabul ederse düzenleme hâline de dönüşmüş olacak- oradaki açıklamalara atıfla yapıyorum. Orada işlem tarafı kavramı şu şekilde netleştirilmiş durumda: İlgili teşebbüs benzer şekilde ifade ediliyor (çok önemli değil); işlem tarafı ise, “her bir ilgili teşebbüsün dahil olduğu ekonomik bütünlüğü ifade eder” şeklinde daha açık bir ve anlaşılır bir şekilde belirtiliyor.

Buna göre, her bir işlem türü için bahse konu kavramları irdeleyebiliriz. Birleşmelerde birleşen taraflar; devralmalarda, devralan ve devre konu teşebbüsler ilgili teşebbüs, bu ilgili teşebbüslerin dahil olduğu gruplar bir anlamda da işlem tarafını oluşturmuş oluyor. İşlem tarafı; büyük gruplar, daha büyük yapılar. İlgili teşebbüs; daha küçük, işlemin doğrudan tarafı olan kişi ya da ekonomik birimler olarak ifade edilebilir.

Aslında ortak girişimleri belki ayrı saymamak lazım, zira tebliğimizde ortak girişimler, devralmaların bir parçası olarak sayılıyor Malumunuz, kanunumuzun 7’nci maddesinde, birleşme ve devralmalardan bahseder, ortak girişim diye ayrı bir başlık yoktur. Maalesef önceki tebliğimizde, sanki birleşme ve devralmanın yanında, üçüncü bir kategori olarak bir de ortak girişim varmış gibi bir ifade vardı; yeni tebliğimizde o ifade bozukluğu düzeltilmiş diyebiliriz. Şimdi, ortak girişimlerin, devralmaların bir parçası olduğunu net bir şekilde söylemiş oluyoruz.

Birleşmelerde hiçbir problem yok diyebiliriz. Gerçi bu noktada da problem şurada: Hangi işlem birleşmedir, hangi işlem devralmadır, belki burası biraz karışık olabilir. O benim tebliğimin, sunuşumun dışında bir konu. Ancak, onu belirledikten sonra, bir işlemi birleşme olarak ifade ettikten sonra, birleşen tarafların her birisi ilgili teşebbüs olmuş oluyor.

Devralmalar birleşmelere göre biraz daha karmaşık bir yapıya sahip diyebiliriz. Bir işlemde tabii ki birden fazla devralan ve devre konu teşebbüs olabilir. Genel kural; bunların her birisi ilgili teşebbüsü oluşturuyor, yani her birisi için ayrı bir ilgili teşebbüs olduğunu söylüyoruz.

Örneklere, alt başlıklara gelecek olursak, çeşitli durumlara göre değerlendirecek, birinci ihtimalimiz, tam kontrolün devralınması. Bu da iki

şekilde olabilir: Bir; teşebbüs, -“teşebbüs” derken, bir holding şirketi değil de, belki küçük bir şirket, küçük bir grup, ama tek bir teşebbüs şeklinde düşünüyoruz- başka bir teşebbüsü devralıyorsa, o zaman kolay bir durum söz konusu; devralan ve devre konu teşebbüs ilgili teşebbüsler olacaktır. Ancak, bir holding şirketi, bir gruba dahil olan bir şirket, sahip olduğu bir yavru şirket vasıtasıyla başka bir teşebbüsü devralıyorsa, bu durumda, o grubun tamamı değil, o yavru şirket ilgili teşebbüs oluyor. Az önce verdiğim tanımlar çerçevesinde, grubun tamamı işlem tarafı ve devraldığı teşebbüs de ilgili teşebbüs olmuş olacak. Eğer bir teşebbüsün tamamı değil de, belli bir bölümü devralınıyorsa, -belli bir bölümü, tüzel kişiliğe sahip olan bir şirket de olabilir, bir gruba bağlı büyük bir anonim şirketi de olabilir ya da herhangi bir şirketin, ticari faaliyeti bulunan, kendisine ciro atfedilebilen bir bölümü de olabilir, örneğin iki fabrikası olan bir şirketin fabrikalarından bir tanesini de devralıyor olabilirsiniz, yani “bir bölümünün devralınması” tabiri, ikisini de kapsayan bir tabir- bu durumlarda, devralan teşebbüs veya şirket ilgili teşebbüsü, devredilen şirketin de, sadece devre konu bölümü ilgili teşebbüsü oluşturuyor. Bu durum zaten tebliğimizin 8’inci maddesinin 2’nci fıkrasında belirtilmiş durumda.

Belki karışıklık yaratabilecek bir senaryo da şu: Gerçek kişi tarafından bir devralma yapılması durumunda, acaba gerçek kişi ilgili teşebbüs olur mu olmaz mı? Tabii ki, gerçek kişi hiçbir zaman devre konu taraf olamaz, ama devralan olabilir. Gerçek kişiler, kontrol ettikleri teşebbüsler vasıtasıyla ya da bir teşebbüsü kontrol etmeksizin doğrudan ticari faaliyet yürütüyorlarsa, onlar da bizim için bir teşebbüstür. Piyasada böyle bir faaliyeti olan gerçek kişi eğer bir devralma gerçekleştiriyorsa, o da bizim için bir ilgili teşebbüstür.

Ortak girişimler devralmalardan biraz daha karışık, belki de en çok sorunların ortaya çıktığı alan. Ortak girişimin ne olduğunu dahi farklı şekillerde tanımlayabiliyoruz. Bu hususta Kurulun farklı kararları olduğunu kabul etmek lazım; belli işlemlere bazen “ortak girişim” dediği, bazen, yine aynı tür bir işleme “ortak girişim değil, devralmadır” denildiği oldu.

Peki ortak girişimden ne anlamalıyız? Taslak kılavuzda ifade edilen şekliyle, -bu düzenleme henüz kabul edilmiş değil, ayrıca Kurulun farklı kararlarının da olduğunu bilerek söylüyorum- eğer işlem sonrasında, bir iktisadi bütünlük üzerinde ortak kontrol oluşuyorsa, ortada ortak kontrole yol açan bir işlem varsa, bu durumda bir ortak girişim olduğunu söylüyoruz; bu tür işlemler bazen bir devralmaya da benzeyebiliyor ama bizim buradaki değerlendirmemiz veya en azından şimdi söyleyeceğim değerlendirmeler bu tanıma bağlı.

Bu çerçevede, yine çeşitli senaryolara göre değerlendirecek olursak, ortak kontrolden tam kontrole geçişte devralan ve ortak girişimin kendisi ilgili teşebbüs oluyor.

Ortak kontrolün devralınması birkaç şekilde olabilir: Bir; birden fazla teşebbüs birlikte yeni bir ortak girişim kurabilirler, bu durumda, ortak girişimin kendisi henüz piyasada faaliyet gösteren bir şirket olmadığı için, sadece, ortak girişimi kontrol eden teşebbüsler ilgili teşebbüs olarak kabul ediliyor.

İkinci bir alternatif; mevcut bir teşebbüsün devralınması suretiyle ortak girişim oluşturulabilir. Piyasada faaliyet gösteren mevcut bir teşebbüs var, iki tane başka teşebbüs geldi, üzerinde ortak kontrol kuracak şekilde bu teşebbüsü devraldılar da diyebiliriz, az önce açıklanan çerçevede bu da bizim için bir ortak girişim halidir. Bu durumda, işlemten sonra ortak girişimin kontrolünde söz sahibi olan teşebbüsler yanında, piyasada zaten faaliyet gösteren bir teşebbüs olduğu için ortak girişimin kendisi de ilgili teşebbüs sayılıyor. Bu itibarla, böyle bir ortak girişim kurulması durumunda en az üç tane ilgili teşebbüs olmuş olacak. Dolayısıyla, ciro eşiklerini değerlendirirken de, en iki tarafın örneğin 30 milyon TL'lik ciro eşiklerini aşmış olmasına bakarken bu üç teşebbüsü de ayrı ayrı değerlendirmiş olacağız.

Üçüncü bir senaryo; varlıklarının kısa sürede paylaşılması amacıyla bir teşebbüsün devralınması halidir. Tipik örneği şurada karşımıza çıkabilir: Teşebbüsler bir konsorsiyum hâlinde özelleştirme ihalelerine girebiliyorlar. Bu iki şekilde olabilir. Amaçları, eğer işlemten sonra ihaleyi kazanırlarsa, o işletmeyi birlikte yürütmek (o zaman bir ortak girişim olduğu doğru), ya da ihaleye birlikte girip ihaleden sonra kısa bir süre içinde (3 ay, 6 ay, belki 1 yıl) o teşebbüsün, şirketin varlıklarını kendi aralarında bölüşmek olabilir. Dolayısıyla, eğer böyle bir durum mevcutsa, işlemi bir ortak kontrolün devri olarak değil, o ortak girişimi oluşturan, o konsorsiyumu oluşturan her bir teşebbüs için, ayrı bir kontrol devri varmışçasına değerlendirmemiz gerekiyor.

Ortak girişimlerle ilgili olarak karşımıza çıkabilecek diğer bir senaryo ise, ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesi durumudur. Bu durumda, işlem sonrasında ortak kontrole sahip olacak tüm hissedarlar ilgili teşebbüs olarak kabul edilmelidir. Aslında burada da bir nüans var ve bazen akla yatkın bile görünmeyebiliyor; hatta birisi bana açıkça, “ama bu saçma” demişti. Örneğin üç teşebbüsün sahip olduğu bir ortak girişim şirketi var, o üç teşebbüsten birisi hisselerini dışarıdan başka bir teşebbüse devrederek ortak girişimden çıkıyor. Yani, 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 konumda olan iki tane oyuncu (A ve B) var, yani daha önce de, işlem sonrasında da kontrolde söz sahibi olan iki teşebbüs var; belki işlemde haberleri bile olmayabilir. Bizim değerlendirmemiz bakımından bunlar da ilgili teşebbüsü oluşturuyor ve bütün ciro hesaplamalarında dikkate alınması gereken teşebbüsler.

Ortak girişimlerle ilgili bir diğer senaryo da, kontrolün ortak girişim tarafından devralınması durumudur (Komisyondan gelen Sayın Konuşmacı da biraz vurguladı.). Bu durumda, işlemin iktisadi niteliğine göre karar veriliyor. İktisadi nitelik şu demek: Zaten pazarda faaliyet gösteren, tam fonksiyonel olan bir ortak girişim var ve işlemi hakikaten o ortak girişim gerçekleştiriyorsa, yani mevcut bir ortak girişim başka bir şirketi devralıyorsa, bu durumda, ilgili teşebbüs o ortak girişimin kendisi ve devraldığı şirket olacak; ancak, işlemin arkasında o ortak girişim değil de, ana teşebbüsler varsa, ortak girişim piyasada faaliyet göstermeyen bir teşebbüs olabilir ya da piyasada faaliyet göstermesine rağmen burada bir aracı rolü oynamış olabilir, işlemin arkasında ana teşebbüsler vardır, böyle bir durumda ortak girişimin kendisi değil, ana teşebbüslerin her birisi ilgili teşebbüs olmuş olacak. Bunun önemi nedir? Bunun önemi yine ciro hesaplamasında. “En az iki tarafın cirosunun şu olması gerekir ya da taraflardan birisinin cirosunun bu olması gerekir” dediğimiz zaman hangi tarafa bakıyoruz; ana teşebbüslere bakıyorsak, sayısı birden fazla olacak, eğer ortak girişime bakıyorsak, tabii ki 8’inci maddedeki o bütünsel yapı içinde ana teşebbüslere de gidilecek ama o zaman ortada tek bir teşebbüs olmuş olacak, böyle bir fark ortaya çıkıyor.

Son bir senaryo olarak da, ortak girişimin dağılması ve buna benzer şekilde, karşılıklı olarak mal varlıklarının ya da ticari faaliyetlerin değiştirilmesi durumu ifade edilebilir. Bu durumda da, ortada tek bir işlem değil, her bir kontrol değişikliği için ayrı bir işlem olduğu kabul ediliyor. Yani, karşılıklı bir değiş tokuşunuz olması ya da iki teşebbüsün aralarında bir ortak girişimi paylaşması halinde, hangi teşebbüs ortak girişimin hangi kısmını devralıyorsa, tabii ki ortada bir ticari faaliyet bulunması ve buna ilişkin olarak kontrol değişikliği olması kaydıyla, o kısım ile ilgili olarak ayrı kontrol devri, ayrı bir işlem, diğer teşebbüs için de ayrı bir devralma işlemi varmış gibi değerlendirme yapılması gerekiyor.

Cironun üzerinde çok fazla durmak istemiyorum, çünkü Orçun Bey üzerinde uzun uzun durdu.

Kısaca değinmek gerekirse, hangi ciro esas alınmalı? Tekdüzen hesap planına atıf var. Bildirim tarihinden bir önceki, -Komisyonda bu düzenleme biraz daha ayrıntılı, Sayın Konuşmacı da bunu ifade etti, çeşitli farklı durumlara göre farklı cirolar söz konusu olabilir, ama bizde bildirim tarihi tek önemli tarih- mali



yıl cirosu esas alınıyor. Eğer bu yıla ait ciro hesaplanamazsa, hesaplanabilen en yakın tarihe gidiyoruz.

Net satışlar; bu da açık. Komisyondaki gibi, “vergileri düşürelim, dolaylı satışlara bakmayalım” gibi ayrıntılarımız yok. Tekdüzen hesap planındaki net satış rakamı ne ise, bizim için ciro rakamı o.

Başlangıçta da ifade ettim; mali kurumlar Tebliğin 9’uncu maddesinde ayrıntılı olarak, kalem kalem sayılmış durumda.

Döviz kurundan Orçun Bey bahsetti.

Grup içi satışlardan bahsedildi.

Çifte hesaplamadan kaçınılmasından bahsedildi.

“Eşit bölüştürme kuralı”ndan bahsetmem lazım. Tebliğimizin 8’inci maddesinin 3’üncü ve 4’üncü fıkralarında, aslında Komisyon düzenlemesinde de olan, ancak bizim Tebliğimizde biraz daha geniş bir şekilde yazılan iki tane fıkramız var: Birisi, eğer ilgili teşebbüsler, başlarda bahsettik, 8’inci maddenin 1’inci fıkrasının a ile d bentlerinde bahsedilen, -sermayesinin yarısından fazlasına sahip olunması, oy haklarının yarısından fazlasına sahip olunması, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasını atama hakkına sahip olunması ve işlerini idare etme hakkına sahip olunması- bu haklara herhangi bir teşebbüs üzerinde, herhangi bir şirket üzerinde birlikte sahiplerse, bu şirketlere ait cirolar ilgili teşebbüs sayısına göre eşit şekilde bölünür deniliyor (çifte hesaplamadan kaçınılması için.).

Zannedirim Orçun Bey bahsetti ama tekrar etmek gerekirse, ortak girişimlerde yine bir çifte hesaplama sorunu karşımıza çıkabiliyor, çünkü ortak girişimler ve ortak girişimleri kontrol eden ana teşebbüsler ilgili teşebbüs olarak kabul ediliyor birçok durumda. Eğer bunların her birisi ilgili teşebbüsse, 8’inci maddenin 1’inci fıkrasına göre baktığımızda, sanki ortak girişim ve ana teşebbüslerden her birisinin cirosunu hesaplarken, diğerini de dikkate almamız gerekmiş gibi görünüyor. Ancak, bu tür durumlarda, ortak girişimle ana teşebbüsleri sanki birbirinden bağımsız teşebbüslermiş gibi ele almamız gerekiyor. Bu, tebliğde yazan bir husus değil, ancak, eğer kılavuz kabul edilirse muhtemelen bu hususa kılavuzda yer verilmiş olacak.

2 yıllık dönem içinde gerçekleştirilen işlemlerden bahsedildi, tekrar üzerinde durmak istemiyorum.

Başlangıçta ifade edeceğimi söylemiştim; işleri idare etme hakkı nedir? İşleri idare etme hakkının kontrolden farkı şudur: Stratejik davranışların belirlenmesini hukuken “de jure” olarak sağlayan haklar. Yani, burada bir şeyi

dışlamış oluyoruz; kontrolden farklı o. Dışladığımız, fiili kontrol durumu. Bir teşebbüs üzerinde hukuki kontrol hakkınız olmasa dahi bazen fiilen de kontrol edebilirsiniz. Örneğin yüzde 20-25 oy hakkına sahipsinizdir, aslında şirket ana sözleşmesi gereğince bu size hukuken kontrol hakkı vermiyordur, ama fiilen öyle bir yapı olabilir ki, -borsaya açık bir şirket düşünelim, bunlar kuvvetle muhtemel, olabilir- şirketi siz senelerce yönetiyor olabilirsiniz; bu aslında, rekabet hukuku bakımından kontrolü gösterir. Ancak, orada “hak” ifadesi olduğu için, bu durum, işleri idare etme hakkı olarak değerlendirilmemiş oluyor.

**REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE  
DEVRALMALARDAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE  
ORTAK GİRİŞİMLERİN (JOINT-VENTURES)  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Yrd. Doç. Dr. Harun KILIÇ**

*Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

---

**I. Genel Olarak**

Ortak girişimler (Joint-Ventures), globalleşme ve liberalleşme süreci ile birlikte gerek uluslararası gerekse ulusal iş ve ticaret hayatında çok sık rastlanan bir ortaklık türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortak girişimler çok çeşitli hukuki nitelikte, şekillerde ve konularda ortaya çıkabilmektedir. Bunun sonucu olarak, tüm ortak girişimleri kapsayan ne tek bir hukuki düzenleme bulunmakta ne de tek bir hukuki kavram ve tanımlama bulunmaktadır. Bu nedenle, ortak girişimlerin doktrinde farklı tanımlamaları yapılmaktadır.<sup>1</sup> En geniş anlamda ortak girişimi,

---

<sup>1</sup> Bkz. Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 22 vd.; Akyol, Şener, Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkisi), II. Fasikül, İstanbul 1997, s. 59; Bellamy, C./Child, G.D. , Common Market Law of Competition, Fourth Edition, London 1993, s. 319; Emmerich, Volker, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, s. 228; München 2007; Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmaecker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2 Kommentar zum Europaischen Kartellrecht, 4. Auflage, s. 507; Lindemann, in: Loewenheim /Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Europaisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009, s. 1358; Faull, J./A. Nikpay, The EC Law of Competition, First Edition, Oxford 1999, s. 348; Kaplan, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, Joint-Venture, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 4; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 149 vd.; Aslan, İ. Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 61; Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997, s. 229; Öztürk, Pınar, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 28; Rosner, Fisun, Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s. 229 vd.; Kayıhan, Lerzan, Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesi, Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez5.pdf>, Bölüm 1.1.; Kayar, Mehmet Akif, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/>

birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, belli bir iktisadi amaca ulaşmak için, müştereken kontrol etmek üzere, adi veya tüzelkişiliğe sahip ortaklık olarak oluşturdukları her türlü teşebbüsler olarak ifade etme mümkün olacaktır.

Ortak girişimler, satın alma, üretim, dağıtım, pazarlama, araştırma ve geliştirme amaçlarından biri, birkaçı veya bu amaçların tamamında faaliyet göstermek üzere oluşturulabilir. Ortak girişimler, teşebbüslerin yeni yatırım ve pazar alanlarına girmesini kolaylaştırmak, sinerji yaratmak, fon sağlamak, risklerin ve maliyetin paylaşılmasını sağlamak, know-how paylaşımlarını sağlamak, teknolojiye ulaşmak, araştırma ve geliştirme çalışmalarını kolaylaştırmak gibi pek çok konuda büyük faydalar sağlamaktadır. Buna karşın ortak girişimlerin potansiyel rekabetin ortadan kaldırma etkisi, işbirliği doğurucu etkisi, şebeke etkisi ve pazarların kapatılması riskleri nedeniyle rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabilirler.<sup>2</sup> Bir tarafta birleşme ve devralma (yoğunlaşma) nitelikleri, diğer tarafta ise rekabeti sınırlayıcı nitelikleri ortak girişimlerin rekabet hukuku bakımından denetlenmesi zorunlu kılmakta ve bu nitelikleri gereği denetlenmeleri özellik arz etmektedir. Gerek Avrupa Birliği (AB) gerekse Türk Rekabet Hukuku düzenlemeleri, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla birleşme ve devralmaların (yoğunlaşmaların) denetlenmesi farklı düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Çünkü rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların teşebbüslerin davranışlarında, birleşme ve devralmaların ise teşebbüslerin yapılarında etkiler doğurduğu kabul edilmektedir. Ortak girişimlerin rekabet hukuku bakımından denetlenmesi ise, birleşme ve devralmalar ile sınırlayıcı anlaşmaların yani kartellerin denetlenmesi arasında kalmaktadır.

Bu çalışmanın kapsamı nedeniyle, aşağıda sadece birleşme ve devralmalar kapsamında kabul edilen ortak girişimler değerlendirilecektir. Türk Rekabet Hukuku'ndaki ortak girişimlere ilişkin son dönemde meydana gelen değişimin anlaşılabilmesi için, aşağıda önce mehz AB Rekabet Hukuku bu kapsamdaki günümüze kadar olan gelişmeler kısaca değerlendirilecektir. Ardından, ortak girişimler, Türk Rekabet Hukuku'ndaki birleşme ve devralmalar alanındaki son gelişmeler perspektifinden incelenecektir.

---

[dosyalar/tezler/tez46.pdf](#), Bölüm 1.1.; Güven, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002, s. 182 vd.

<sup>2</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Güven, s. 183 vd.; Rosner, s. 235 vd.; Kayar, Bölüm 2 ve 3.1. ; Kayıhan, Bölüm 2.

## II. AB Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

AB Rekabet Hukuku mevzuat ve uygulamalarında, ortak girişimler Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesi (eski ATA 81. madde) çerçevesinde davranışsal ve birleşme ve devralma (yoğunlaşma) kapsamında ise yapısal boyutları çerçevesinde incelenmektedir. İlk Birleşme Tüzüğü öncesinde, AB Komisyonu ortak girişimlerin denetimini ATA 81. madde kapsamında denetlemiştir.<sup>3</sup> Buna karşın, ana teşebbüslerin faaliyetlerinin tamamını ortak girişime devredip ortak girişimin konusu ilgili piyasadan kesin olarak çekildikleri ve bunun sonucunda ortak girişimin ilgili piyasada tek başına ve bağımsız iktisadi bir bütün olarak faaliyet içinde olmasını sağlayan gerçek bir yoğunlaşma oluşturan ortak girişimler bu denetlemeden istisna tutulmuştur.<sup>4</sup> Bu yaklaşım, ortak girişimin kurulmasının ilgili piyasada ana teşebbüsler ile ilişkisi rekabet sınırlayıcı etkileriyle birlikte ana teşebbüslerin ilgili piyasada aktüel veya potansiyel rakiplerin karşısına çıktıkları sürece (spillover-effect), ortak girişimlerin kartel yasağı kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur. Bu yaklaşım birleşme ve devralmaların denetlenmesine ilişkin çıkarılan 4064/89 sayılı ilk Birleşme Tüzüğü'nün ilk halinde de kendisini göstermiştir. Bu nedenle, aşağıda birleşme ve devralmaların denetlenmesine ilişkin çıkarılan 4064/89 sayılı ilk Birleşme Tüzüğü'nün ortak girişimlere yaklaşımı değerlendirilecek ardından ise günümüzde birleşme ve devralmaların denetlenmesinde uygulanan 139/2004 sayılı Tüzüğü'nün yaklaşımları incelenecektir.

### A. 4064/89 Sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzük Açısından Değerlendirilmesi

Birleşme ve devralmaların (yoğunlaşmaların) nitelikleri ve ATA 81. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde yaşanan zorluklar nedeniyle, birleşme ve devralmaların denetlenmesine ilişkin olarak 4064/89 sayılı "Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü" (4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü) 21 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>5</sup> Bu Tüzük, Tüzüğü'nün 1. maddesinde yer alan ciro eşikleri aşan ve AB boyutunda kabul edilen yoğunlaşmaların denetlenmesinde uygulanmıştır. 4064/89 sayılı Birleşme

<sup>3</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 230 vd.; Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmaecker, Wettbewerbsrecht EG/Teil2 Kommentar zum Europaischen Kartellrecht, 4. Auflage, s. 194 vd.; Simon, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Europaisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009, s.1259 vd.

<sup>4</sup> Bkz. örn. AB Komisyon SHV/Chevron Kararı, 20.12.1974, ABl. 1975 nr. L 38/14.

<sup>5</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 192 vd.; Immenga/Körber, s. 194 vd.; Simon, s.1259 vd.

Tüzüğü'nün ortak girişimlerin denetlenmesine ilişkin yaklaşımı, bu Tüzüğün Gerekçelerinden 23. maddesinde şöyle vurgulanmıştır:

*“Yoğunlaşma kavramının ilgili teşebbüslerin yapısında nihai değişiklikler meydana getiren faaliyetleri kapsayacak şekilde tanımlanması uygun olacaktır; bu nedenle bağımsız kalan teşebbüslerin rekabetçi davranışlarını koordine etme amaçlı veya etkili faaliyetlerin, bu Tüzüğün uygulama alanı dışında bırakılması gerekmektedir. Çünkü bunların Antlaşmanın 81. ve 82. maddelerinin uygulama alanlarını düzenleyen Tüzük hükümlerine göre incelenmesi gerekmektedir. Bu ayırımın özellikle ortak girişim yaratılması halinde gözönünde tutulması yerinde olacaktır.”*

Bu kapsamda yapılan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2/4. maddesi düzenlemesine göre:

*“Bağımsız kalan teşebbüslerin rekabetçi davranışlarını koordine etme amaçlı veya etkili bir ortak girişim oluşturulması, Tüzüğün 3. maddesine göre bir yoğunlaşma sayıldığı takdirde, böyle bir işbirliği, operasyonun Ortak Pazar'la bağdaşıp bağdaşmadığının tespit edilmesi bakımından Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında yer alan kısıtlara göre değerlendirilir.”*

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 3/2. maddesi ise yoğunlaşma sayılan ortak girişimleri şu şekilde ifade etmiştir:

*“Taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayan, bağımsız bir iktisadi birimin bütün işlevlerini sürekli bir şekilde gerçekleştirecek bir ortak girişim oluşumu paragraf 1(b) çerçevesinde yoğunlaşma meydana getirir.”*

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün Gerekçelerinden 23. maddesi ile 2/4. ve 3/2. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, tam işlevsel ortak girişim ve diğer ortak girişim ayırımı yanından ortak girişimleri işbirliği doğurucu ve yoğunlaşma doğurucu olarak iki ayrıldığı görülmektedir. Ancak sadece yoğunlaştırıcı tam fonksiyonlu ortak girişimler 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü kapsamında denetlenirken; diğer ortak girişimler ATA 81. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>6</sup> Bu nedenle AB Komisyon'un 4064/89 sayılı Birleşme

---

<sup>6</sup> Bkz. Emmerich, s. 234; , Immenga/Körber, s. 508 vd.; Lindemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009, s.1358.

Tüzüğü çerçevesindeki yetki alanı, işbirliği doğurucu etkileri bulunmayan yoğunlaşma doğurucu tam fonksiyonlu ortak girişim anlaşmaları ile sınırlanmıştır. Bu düzenleme, uygulamada ortak girişimlerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi zorluklarına neden olmuştur. AB Komisyonu bu sorunları ortadan kaldırmak amacıyla çok çeşitli Duyurular<sup>7</sup> yayınlamıştır.

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün gözden geçirilmesini hedefleyen AB Komisyonu'nun 1996 tarihli Yeşil Kitap'ın ardından, 1310/97 sayılı "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünde Değişiklik Yapan Konsey Tüzüğü" (1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü) 30.07.1997 tarihinde kabul edilmiş ve 01.03.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>8</sup> Bu Tüzüğün getirdiği başlıca iki yenilik vardır. Birincisi, hangi tür yoğunlaşmaların Birleşme Tüzüğü kapsamında olduğunu belirleyen ciro eşiklerine; ikincisi ise ortak girişimlerin ayırımına ilişkindir. Çalışmanın konusu bakımından, sadece ortak girişimlerle ilgili değişiklikler üzerinde durulacaktır. 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü'nün 5 numaralı Gereğesinde ortak girişimlere ve denetlenmesine ilişkin yaklaşım şu şekilde ifade edilmiştir:

*"Yoğunlaşma kavramının, ilgili teşebbüslerin yapılarında kalıcı değişiklikler meydana getiren işlemleri kapsayacak şekilde tanımlanması uygun olacaktır. Ortak girişimlerle ilgili özel durumlarda, bütün tam işlevsel ortak girişimlerin 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü kapsam ve usulü içine alınması uygun olacaktır. Söz konusu ortak girişimlerin oluşturulmasının bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabeti önemli ölçüde sınırlayıcı etkiler doğurduğu hallerde, bu tür ortak girişimlere, Tüzüğün 2. maddesinde yer alan hakim durum testine ek olarak, Komisyon'un 81/1 ve 81/3. maddelerdeki kıstasları uygulaması sağlanmalıdır.*

*Öte yandan genel kural olarak, bu tür ortak girişimlerin pazardaki etkileri öncelikle yapısal ise bunlara 81/1. madde hükümleri uygulanmaz.*

*İki ya da daha fazla ana teşebbüsün, ortak girişimin pazarında faaliyet göstermeye devam etmeleri veya ortak girişim yaratmanın amacı ya da*

---

<sup>7</sup> AB Komisyonu, yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ortak girişime ilişkin ilk 1990 yılında Duyuru (14.08.1990, OJ 1990 C 203/10) yayınlamıştır. Ardından 1993 yılında "İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlere İlişkin" bir Komisyon Duyurusu yayımlanmıştır. Daha sonra ise 1994 tarihli "Yoğunlaşma Doğurucu ve İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayırımını Düzenleyen Duyuru" (31.12.1994, OJ 1994 C 385) yayımlanmıştır.

<sup>8</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Immenga/Körber, s. 195 vd.

*etkisinin alt, üst ya da komşu pazarlarda rekabeti engellemesi, bozması ya da sınırlaması muhtemelse 81/1. madde uygulanabilir. Ancak bu çerçevede, ortak girişim yaratmanın rekabet bakımından tüm yönlerinin değerlendirilmesi aynı prosedür içinde yapılmalıdır.”*

1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü'nün 3/4. maddesi ortak girişimleri şu şekilde düzenlemektedir:

*“Bağımsız bir iktisadi bütünlüğün bütün işlevlerini sürekli şekilde gerçekleştirmek üzere meydana getirilen bir ortak girişim paragraf 1(b) çerçevesinde yoğunlaşma oluşturur.”*

Bu kapsamda 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü'nün 2/4. ve 2/5. maddesi ortak girişimleri denetlenmesinde özel yaklaşımı ise şu şekilde düzenlemektedir:

*“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.*

*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.”*

1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü'nün bu düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, ortak girişimler tam işlevsel ve tam işlevsel olmayan ayırımına tabi tutulduğu görülmektedir.<sup>9</sup> Yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin yapısında değişikliklere yol açan ve süreklilik arz eden AB boyutundaki bütün işlemler -rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açsın ya da açmasın- Birleşme Tüzüğü çerçevesinde denetlenerek, hakim durum analizine tabi tutulmuştur.

---

<sup>9</sup> Bkz. Emmerich, s. 234 vd.; Immenga/Körber, s. 508 vd.; Lindemann, s.1359.



## **B. 139/2004 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzük Açısından Değerlendirilmesi**

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda 2004 yılında önemli reformlar ve gelişmeler olmuştur. Reform paketinin en önemli kısmını, 17 sayılı Konsey Uygulama Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıran 1/2003 sayılı Konsey Uygulama Tüzüğü<sup>10</sup> ile teşebbüsler arası yoğunlaşmaların denetimine ilişkin yeni düzenlemeler getiren 139/2004 sayılı Konsey Birleşme Tüzüğü<sup>11</sup> 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmesi oluşturmaktadır. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü, 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü'nde olduğu gibi, ortak girişimleri tam işlevsel ve tam işlevsel olmayan ayırımına tabi tutmaktadır.<sup>12</sup> 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü 3/4. maddesinde tam işlevsel ortak girişimlere ilişkin olarak şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır:

*“Bağımsız bir iktisadî bütünlüğün/varlığın tüm işlevlerini sürekli şekilde yerine getiren bir ortak girişim kurulması birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir yoğunlaşma oluşturur.”*

139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2/4. ve 2/5. maddesi tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin denetlenmesini ise şu şekilde düzenlemiştir:

*“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 şunları göz önüne alır:*

*-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)*

<sup>10</sup> ABl 2003 Nr. L 1/1. Daha detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 39 vd.; Schmidt, in: Immenga/Mestmaecker, Wettbewerbsrecht EG/Teil2 Kommentar zum Europaischen Kartellrecht, 4. Auflage, s. 883 vd.; Ost in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, s. 889 vd.

<sup>11</sup> ABl 2003 Nr. L 24/1. Daha detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 200 vd.; Immenga/Körber, s. 196 vd.; Simon, s.1248 vd.

<sup>12</sup> Bkz. Emmerich, s. 235 vd.; Immenga/Körber, s. 509 vd.; Lindemann, s.1359 vd.

*-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.”*

Bu nedenle, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin yapısında değişikliklere yol açan ve süreklilik arz eden AB boyutundaki bütün işlemler, rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açsın ya da açmasın, Birleşme Tüzüğü çerçevesinde denetlenerek, hakim durum analizine tabi tutulmaktadır. Ancak tam işlevselliğin tesbiti için, ortak girişimleri denetlemesinde, ortak girişimin ortak kontrol altında olup olmadığı; ortak girişimin ilgili piyasada bağımsız kalması için yeterince kaynağının olup olmadığı; ortak girişimin kendisini kuran ana teşebbüsler için sadece belli faaliyetleri yerine getirmek için kurulup kurulmadığı ve için ortak girişimin iktisadi varlığının süreklilik arz edip arzetmeyeceği husuları incelenmektedir. Buna karşın, 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü, bir ortak girişimin incelenmesi sırasında, bağımsız kalan teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonu hususunun, Birleşme Tüzüğü usul kurallarına uygun olmak kaydıyla dikkate alınmaktadır. Bunun sonucu olarak, bu koşul, bir ortak girişimin Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesi (eski ATA 81. Maddesi) anlamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma olarak nitelendirilmesi bakımından halen geçerliliğini korusa da; artık bu koşul yoğunlaşmaların varlığı için değil, uygulanacak maddi hukuk kuralının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Tam işlevsel bir ortak girişim sonucu, bağımsız kalan teşebbüslerin davranışlarının koordinasyonu ihtimali söz konusu ise, ilgili ortak girişim Birleşme Tüzüğü'nün usul hükümlerine uygun olmak kaydıyla Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme ortak girişimin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olup olmadığı ve dolayısıyla AB Ortak Pazarı ile uyumlu bir işlem olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için gerekli kabul edilmektedir.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 237 vd.; Immenga/Körber, s. 509 vd.; Lindemann, s.1361 vd. Ayrıca AB Komisyonun örneğin bkz. COMP/M.6050-DSM/Dupont/Actamax JV ve 21/02/2011 tarihli, COMP/M. 5846-SHELL/COSAN/JV ve 03/01/2011 tarihli, COMP/M.6023-SCHWEIZERISCHE POST/ÖSTERREICHISCHE POST/JV ve 30/11/2010 tarihli, COMP/M.5992-SUD-CHEMIE/ASHLAND/ASK JV ve 29/11/2010 tarihli, COMP/M.5880-SHELL/TOPAZ/JV ve 04/11/2010 tarihli, Case No COMP/M.5936-EADS DS/ATLAS/JV ve 28/10/2010 tarihli, COMP/M.5881-ProSiebenSat.1/ RTLinteractive/JV ve 24/09/2010 tarihli, COMP/M.5676-SEVENONE MEDIA/G+J ELECTRONIC MEDIA SERVICE/TOMORROW FOCUS PORTAL/IP DEUTSCHLAND/JV ve 27/07/2010 tarihli Kararları (Tüm kararlara <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/> linkinden ulaşılabilir.)

### III. Türk Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Türk Rekabet Hukukunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun<sup>14</sup> (RKHK)'da, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4. madde ile düzenlenirken, teşebbüsler arasındaki birleşme ve devralmaların kontrolü 7. maddede düzenlenmiştir. Bunların geçerlilikleri, değerlendirilmeleri ve denetlenmeleri, bildirim yükümlülükleri ve yaptırımları birbirlerinden farklılık arz etmektedir. RKHK'nun 7. maddesi uyarınca:

*“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 veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*

*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”*

Bu çerçevede Rekabet Kurulu, hangi tür birleşme ve devralmaların Kurul'a bildirilip izin alınacağı konusunda önce 1997 yılında 1997/1 sayılı “Rekabet Kurumu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”<sup>15</sup> ile ardından ise 1997/1 sayılı tebliği yürürlükten kaldıran ve 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 2010/4 sayılı Tebliğ<sup>16</sup> ile ikincil mevzuat olarak, birleşme ve devralmaları rekabet hukuku açısından düzenlenmiştir. Türk Rekabet Hukuku mevzuat ve uygulamalarında da, mehzaz AB Rekabet Hukuku mevzuat ve uygulamalarına paralel olarak, RKHK'nın hem 7. maddesi yukarıda yer verilen Kanun ve Tebliğ hükümleri çerçevesinde ortak girişimlere yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu nedenle aşağıda, önce eski 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında ortak girişimlerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler incelenecek; ardından ise yeni 2010/4 sayılı Tebliğ ile getirilen yeni düzenleme değerlendirilecektir.

<sup>14</sup> 13/12/1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>15</sup> 12/08/1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>16</sup> 07/10/2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

### A. 1997/1 Tebliğ Açısından Değerlendirilmesi

Ortak girişim kavramına RKHK’da doğrudan değinilmemiş olmasına karşın, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2/1c. maddesinde ortak girişim kavramı tanımlanarak bu tanıma giren ortak girişimlerin bu Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılan hallerden birisi olarak kabul edilmiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2/1c. maddesine göre;

*“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 (joint venture) ”*

1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma olarak kabul edilmiş olup; bu Tebliğ’in 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu’ndan izin alması gerekmiştir. Bu kapsama girmeyen ortak girişimler ise, RKHK 4. maddesi kapsamında değerlendirilecek ve tıpkı teşebbüsler arası anlaşmalarında olduğu gibi aynı denetlemeye tabi olacaktır.

1997/1 sayılı Tebliğ’in 2/1c. maddesindeki düzenleme ve tanımlama AB Rekabet Hukuku’nun 4064/89 sayılı Tüzük’teki 1310/97 sayılı Tüzük ile yapılan değişiklik öncesindeki düzenleme ile paralellik arz etmiştir. Türk Rekabet Hukuku’nda, mehz AB Rekabet Hukuku mevzuat ve uygulamalarının 1997 yılında yapılan değişiklik öncesi düzenlemeler de olduğu gibi, tam işlevsel ortak girişim kavramı yanında işbirliği doğurucu ve yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler şeklinde ayırım kabul edilmiştir.<sup>17</sup> 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2/1c. maddesinde ortak girişimlerin, 1997 yılı öncesi AB uygulamalarına paralel bir biçimde, “bağımsız iktisadi varlık olarak ortaya çıkması” ve “işbirliği doğurucu etkiye yol açmamaları” kriterleri altında bir birleşme veya devralma olarak kabul edileceği belirtilmiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ “ortak kontrol” unsuruna direkt olarak yer vermemiştir. Ancak, ortak girişimlerin ayırıcı unsuru olan bu kriter, Rekabet Kurulu’nun uygulamasında görülebileceği üzere,<sup>18</sup> ortak girişimlere yönelik değerlendirmelerin başlangıç noktalarından birini oluşturmaktadır.

<sup>17</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Güven, s. 189 vd.; Rosner, s. 236 vd.; Kayar, Bölüm 4 ;Kayıhan, Bölüm 6.

<sup>18</sup> Bkz. Rekabet Kurulu’nun örn. 10-75/1535-589 sayı ve 2.12.2010 tarihli Kararı, 10-47/869-30 sayı ve 1.7.201 tarihli Kararı, 10-38/657-22 sayı ve 27.05.2010 tarihli Kararı, 10-08/66-3 sayı ve 21.1.2010 tarihli Kararı, 10-01/7-5 sayı ve 6.1.2010 tarihli Kararı.

## B. 2010/4 Tebliğ Açısından Değerlendirilmesi

Rekabet Kurulu, 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 2010/4 sayılı 'Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ' ile 1997/1 sayılı Tebliği yürürlükten kaldırmıştır. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5/3. maddesinde ortak girişim kavramı şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir.”*

2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin (3) bendine göre; *“Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim oluşturulması”* birleşme veya devralma sayılan hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. Bu tanım çerçevesinde bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılabilmesi için, ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması ile ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması (tam işlevsellik) şeklinde iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu yeni düzenleme, yukarıda kısaca izah edilen mehz AB Rekabet Hukuku ve özellikle 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü mevcut mevzuat paralellik arz etmektedir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in ortak girişime ilişkin düzenlemeleri ve Rekabet Kurulu'nun bu Tebliğ kapsamında 2011 yılı içinde verdiği kararlar birlikte değerlendirildiğinde, birleşme ve devralma sayılan ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilmesi için taşınması gereken temel unsurların şunların olduğunu tespit edilmektedir:

**i. Ortak Kontrol:** “Ortak kontrol” bir ortak girişimin ayırt edici unsuru olmaya devam etmektedir. Kontrol kavramı ise, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. Maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde tanımlanmaktadır:

*“Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu*

*hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.”*

Rekabet Kurulu, Garanti Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Orhan Özokur, MKSMarmara Entegre Kimya Sanayi A.Ş., Ömer Hulusi Topbaş, Yıldız Holding A.Ş. ve Zeki Ziya'nın hissedarı olduğu Natura Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sermaye arttırımı yoluyla çıkaracağı hisselerin Ice Cream Investment B.V. tarafından iktisap edilmesi işlemine izin verilmesi talebine ilişkin kararında<sup>19</sup> (Ülker Grubu-Topbaş Grubu/Ice Cream Investment Kararı), pay oranları ticari sır kapsamında belirtilmemiş olmakla birlikte, hissedarlar sözleşmesi'nin yönetim kurulunun karar alma sürecine ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, ana teşebbüslerin herhangi birinin ortak girişimin (Natura) yönetimine ve kritik kararlara ilişkin karar alma sürecine tek başına etki edemeyeceği, bu nedenle de Natura üzerinde, Ülker Grubu-Topbaş Grubu ekonomik bütünlüğü ve Ice Cream Investment'ın ortak kontrole sahip olduğu kabul etmiştir.

Rekabet Kurulu, AES Mont Blanc Holdings B.V. (AES BV)'nin Aygaz A.Ş. (Aygaz)'nin elinde bulunan % 49,6159 oranındaki Entek Elektrik Üretimi A.Ş. (Entek) hissesini devralması suretiyle kurulacak ortak girişime izin verilmesi talebinde, ortak kontrol şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir. (AES BV/Aygaz Kararı)<sup>20</sup>

**ii. Bağımsız İktisadi Varlık Olma:** Ortak girişimin iktisadi bağımsızlığının en temel ölçütü, faaliyet gösterdiği pazarda bağımsız davranıp davranmadığıdır. Eğer ortak girişim ar-ge, satış, üretim gibi ana teşebbüslerinin sadece bazı fonksiyonlarını yerine getiriyorsa bağımsız bir iktisadi varlık, bir başka deyişle tam işlevsel olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca ortak girişimin, ticari faaliyetlerini sürekli bir biçimde yürütebilmesi için, günlük faaliyetlerini sürdüren bir yönetime; mali, personel, taşınır ve taşınmaz malvarlıklarını da içeren yeterli kaynaklara sahip olması gereklidir.

Rekabet Kurulu, Ülker Grubu-Topbaş Grubu/Ice Cream Investment kararında, bildirim konu işlemle tek kontrolden ortak kontrole geçecek olan Natura, hali hazırda Ülker-Golf markalı dondurma ürünlerinin üretim, satış ve dağıtımını gerçekleştirdiği tesbit etmiştir. Ayrıca Natura'nın söz konusu ticari faaliyetleri yürütebilmesini sağlayan günlük faaliyetlerini sürdüren bir yönetime; mali, personel, taşınır ve taşınmaz malvarlıkları da içeren yeterli kaynaklara sahip

<sup>19</sup> Bkz. Rekabet Kurulu'nun 11-10/185-61 sayı ve 23.2.2011 tarihli Kararı, s. 5, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3948.pdf>

<sup>20</sup> Bkz. Rekabet Kurulu'nun 11-02/5-3 sayı ve 06.01.201 tarihli Kararı, s. 2, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar3925.pdf>

olduğuna kanaat getirmiştir. Taraflarca işlem sonrası Natura'nın işleyişinde bu bağlamda herhangi bir değişiklik gerçekleşmeyeceği de beyan edilmiştir. Buna karşın Őlker Grubu-Topbaş Grubu ekonomik bütünlüğünde yer alan bazı şirketlerin Natura ürünlerinin bazı bölgelerde dağıtımını gerçekleştirmesinin ya da Natura'ya birtakım hammaddeler sağlamasının mümkün olduğu anlaşılmakla birlikte; ancak bu durumun Natura'nın tam işlevsel ortak girişim niteliğini ortadan kaldıracak boyutta olmadığı kanaati oluşmuştur. İşlem sonrası, Őlker Grubu- Topbaş Grubu ekonomik bütünlüğü ve Ice Cream Investment'ın ortak kontrolüne geçecek Natura'nın bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet göstereceği kanaatine varılmıştır.<sup>21</sup> Bu nedenle de bu ortak girişime izin vermiştir.

Rekabet Kurulu, AES BV/Aygaz Kararında, AES BV'nin Aygaz'ın elinde bulunan % 49,6159 oranındaki Entek hissesini devralması suretiyle Entek bünyesinde elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermek üzere kurulacak ortak girişime izin verilmesi talebinde, herhangi bir açıklama yapmaksızın, bağımsız iktisadi varlık şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir.<sup>22</sup>

**iii. İşlemin Rekabet Őzerine Etkilerine İlişkin Değerlendirme:** Ortak girişimlerin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin bulunması bir başka deyişle rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilmesi ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Tarafların ortak girişimin faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında aktif olmamaları, ana teşebbüslerden sadece birinin ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerine devam etmesi ya da ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili ürün pazarındaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devretmeleri hallerinde bağımsız teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu riski bulunmadığı kabul edilmektedir.

Rekabet Kurulu AES BV/Aygaz Kararında, işlem neticesinde tarafların elektrik üretimi ve satışı pazarında kayda değer bir pazar gücüne ulaşmadığı, AES Grubu'nun Türkiye'de elektrik üretimi ve satışı pazarlarında faaliyetlerinin sınırlı olduğu, Koç Grubu'nun Entek ve Eltek dışında elektrik üretimi ve satışı pazarında yer almadığı, Ortak Girişim Sözleşmesi ile Koç Grubu ve AES ana teşebbüslerine koordinasyon riskini azaltacak nitelikte rekabet yasağı getirildiği göz önüne alınarak, bildirim konu işlemin ilgili pazarda yoğunlaşma doğurucu bir etkisinin bulunmayacağı, ayrıca Aygaz'ın elinde bulunan %49,6159 oranındaki Entek hissesinin AES BV tarafından alınması ve Entek bünyesinde ortak girişim kurulması işlemi sonucunda, hâkim durum yaratılması veya var olan

<sup>21</sup> Bkz. yukarıda dipnot 19.

<sup>22</sup> Bkz. yukarıda dipnot 20.

bir hâkim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmayacağı kanaatine ulaşmıştır.<sup>23</sup>

Rekabet Kurulu Ülker Grubu-Topbaş Grubu/Ice Cream Investment Kararında, Ice Cream Investment'ın ya da Ülker Grubu -Topbaş Grubu ekonomik bütünlüğünün Natura ile aynı pazarda ya da tamamlayıcı ürün pazarlarında herhangi başka bir faaliyette bulunmadığını tespit etmiştir. Bu bağlamda ana teşebbüsler arasında ya da ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında koordinasyon riskinin ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bir rekabetçi endişenin söz konusu olmadığı kanaatine varmıştır. Ayrıca devralan Ice Cream Investment ve onun hissedarlarının Türkiye'de doğrudan ya da hissedarı buldukları iştirakler vasıtasıyla dolaylı olarak, ilgili ürün pazarında faaliyetinin olmaması nedeniyle herhangi bir pazar payı bulunmamaktadır. Bildirim konusu işlemde, taraflar arasında yatay ya da dikey örtüşme ortaya çıkmadığı anlaşıldığından inceleme konusu işlem sonucu bir yoğunlaşma meydana gelmeyeceği kanaatine varmıştır.<sup>24</sup>

#### IV. Sonuç

Türk Rekabet Hukuku birleşme ve devralmalar kapsamında değerlendirilen ortak girişimlere ilişkin yeni 2010/4 sayılı Tebliğ ile getirilen değişikliğin temelinde AB Rekabet Hukuku mevcut mevzuat ve uygulamalarında 1997 yılından bugüne gerçekleşen değişim yatmaktadır. Yeni düzenleme AB Rekabet Hukuku mevcut mevzuat ve uygulamalarına paralellik ve uyum arz etmektedir. Zira, 139/2004 sayılı AB Birleşme Tüzüğü'nde olduğu gibi, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin (3) bendine göre; "Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim oluşturulması" birleşme veya devralma sayılan hallerden kabul edilmektedir. Bu tanım çerçevesinde bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılabilmesi için ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması ve ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması (tam işlevsellik) unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

---

<sup>23</sup> Bkz. yukarıda dipnot 20.

<sup>24</sup> Bkz. yukarıda dipnot 19.



## KAYNAKÇA

- Akyol**, Şener, Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkisi), II. Fasikül, İstanbul 1997
- Aslan**, İ. Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992
- Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997
- Bellamy**, C./**Child**, G.D. , Common Market Law of Competition, Fourth Edition, London 1993
- Dayınlarlı**, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989
- Emmerich**, Volker, Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008, s. 228; München 2007
- Faull**, J./A. **Nikpay**, The EC Law of Competition, First Edition, Oxford 1999
- Güven**, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2002,
- Immenga/Mestmaecker**, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2 Kommentar zum Europaeischen Kartellrecht, 4. Auflage
- Kaplan**, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, Joint-Venture, 2. Baskı, Ankara 2007
- Kayar**, Mehmet Akif, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez46.pdf>,
- Kayhan**, Lerzan, Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesi, Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez5.pdf>,
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff**, Kartellrecht, Europaeisches und Deutsches Recht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009
- Rosner**, Fisun, Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001
- Öztürk**, Pınar, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001

**Tekinalp**, Gülören/**Tekinalp**, Ünal, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988,

**AB Komisyonu Kararları:**

- COMP/M.6050 – DSM/Dupont/Actamax JV ve 21/02/2011 tarihli Karar
- COMP/M.5846-SHELL/COSAN/JV ve 03/01/2011 tarihli Karar
- COMP/M.6023–SCHWEIZERISCHE POST/ÖSTERREICHISCHE POST/JV ve 30/11/2010 tarihli Karar
- COMP/M.5992-SUD-CHEMIE/ASHLAND/ASK JV ve 29/11/2010 tarihli Karar
- COMP/M.5880-SHELL/TOPAZ/JV ve 04/11/2010 tarihli Karar
- COMP/M.5936-EADS DS/ATLAS/JV ve 28/10/2010 tarihli Karar
- COMP/M.5881-ProSiebenSat.1/ RTLinteractive/JV ve 24/09/2010 tarihli,
- COMP/M.5676-SEVENONE MEDIA/G+J ELECTRONIC MEDIA SERVICE/TOMORROW FOCUS PORTAL/IP DEUTSCHLAND/ JV ve 27/07/2010 tarihli Karar
- SHV/Chevron Kararı, 20.12.1974, ABl. 1975 nr. L 38/14.  
<http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>

**Rekabet Kurulu Kararları:**

- 10-75/1535-589 sayı ve 2.12.2010 tarihli Karar
- 10-47/869-30 sayı ve 1.7.2010 tarihli Karar
- 10-38/657-22 sayı ve 27.05.2010 tarihli Karar
- 10-08/66-3 sayı ve 21.1.2010 tarihli Kararı, 10-01/7-5 sayı ve 6.1.2010 tarihli Karar
- 11-10/185-61 sayı ve 23.2.2011 tarihli Karar
- 11-02/5-3 sayı ve 06.01.201 tarihli Karar  
<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=kararliste&Lang=TR>

## SORU ve CEVAPLAR

---

**Av. Erkan DANIŞ-** Sorum Orçun Beye olacak. Tebliğiniz sırasında bahsettiniz; birlikte hâkim durum, 2010/4 Sayılı tebliğ kapsamına alınmış oldu. Ancak, yine bahsettiğiniz gibi, Danıştay'ın bir "Ladik kararı" var. Danıştay bu kararında, birlikte hâkim durumun Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7'nci maddesi kapsamında olmadığını çok açıkça belirtti. Danıştay esasa ilişkin bir değerlendirme yapmadı, birlikte hâkim durum nedir diye detaylı incelemedi, ancak kanunu bu şekilde yorumladı. Buna rağmen Kurul da herhâlde, "maddeyi biz böyle yorumluyoruz" diyerek tebliğde böyle bir düzenlemeye gitti. Siz, önünüze böyle bir birlikte hâkim durum içeren bir olay geldiğinde nasıl bir karar vereceksiniz? Danıştay'ın açık kararına mı bakacaksınız, yoksa artık tebliğe koyduk, biz buna göre davranıyoruz mu diyeceksiniz?

**Orçun SENYÜCEL-** Dediğiniz kararları detaylı incelemiştiniz. Orada şöyle bir tartışma da oldu: Tebliği hazırlayan grupta ben de vardım, 4 kişiydik. Aynı zamanda, o Ladik kararları, TMSF'ye satış yaptığı çimento kararlarında da vardım ve birlikte hâkim durum argümanını da kullanmıştım. Tabii, Ladik kararı bizim için sürpriz oldu, Danıştay'dan bu şekilde bir şey beklemiyorduk. Hem onda vardım, hem tebliğde vardım.

Benim kişisel görüşüm, Danıştay'ın o kararının net yorumlanabileceği noktasındaydı, çünkü kanunda zikredilmeyen birlikte hâkim durum ifadesi vardı. Ama farklı yorumlayanlar da var. Tebliğin hazırlanması aşamasında, bunun konulamayacağını söylemişim, yani kişisel görüşümü o yönde beyan etmişim ama diğer arkadaşlar bu görüşe çok katılmadı. Salim Bey belki o yönde bir açıklama yapar.

**Salim AYDEMİR-** Doğru, karşı görüşte olan birisi olarak şunu ifade etmek isterim: Kanunda zikredilmeyen bir kavram olduğu söyleniyor. Ancak, kanunda bir kavramın açıkça zikredilmemesi, olmadığı anlamına gelir mi? Sizin söylediğiniz gibi, bu konuda detaylı bir değerlendirme de yok. Dolayısıyla, ben Danıştay'ın Ladik kararının, birlikte hâkim durum yorumu yapılamaz, 7'nci maddeden çıkarılamaz şeklinde okunmayacağını, okunmaması gerektiğini ve okunmayacağını düşünüyorum. Çok açık bir değerlendirme yapıp "hayır, birlikte hâkimiyet 7'nci madde kapsamında yoktur, sadece tek başına hâkimiyet düzenlenmiştir" demiş olsaydı Danıştay, o zaman yapacağımız bir şey yoktu. Dolayısıyla bu hususta bir açıklık bulunduğunu düşünüyorum. O açıklığın da bir şekilde doldurulması gerektiğini, hiç olmazsa tebliğ ile bunun ifade edilmesin uygun olacağını düşündüm, çünkü olması gereken bir kavram, ikincisi, sabahki

tartışmalarda geçti, birlikte hâkim durum kavramı olmazsa eğer 7'nci madde kapsamındaki değerlendirme bakımından çok büyük bir eksiklik olacaktır.

**Av. Erkan DANIŞ-** Bir cümle söyleyebilir miyim?

**Salim AYDEMİR-** Tabii ki.

**Oturum Yöneticisi-** Buyurun.

**Av. Erkan DANIŞ-** Ben de kanunun maddesinin o şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyorum. Ancak, kanunu yorumlamak hakkı maalesef size ya da bize ait değil. Danıştay böyle yorumladıktan sonra...

**Salim AYDEMİR-** Ama "böyle yorumladı" diyorsunuz; ben öyle yorumlamadım diyorum. Hayır, o yorum açık değil.

**Av. Erkan DANIŞ-** Şöyle olacak herhâlde: Bir sonraki karar Danıştay'a gidecek ve netleşecek.

**Salim AYDEMİR-** Evet, aynen öyle, haklısın.

**Oturum Yöneticisi-** Peki efendim. Başka sorusu olan var mı? Buyurunuz.

**Şefik ŞENYÜREK-** Açıklamalar için gerçekten teşekkür ederiz. Ben, sanayiden gelen bir kişi olarak ve şu anda da danışmanlık yapan bir şirketin sahibi olarak bütün konuşmaları dikkatle dinledim ama belki kaçırdığım şey olabilir.

Sanayimizin % 99'u KOBİ. Şirket birleşme ve devralmalarını ana ve büyük sanayimize göre kurguladığımızda ortaya çıkan şeyler KOBİ'lerin altından kalkacağı kadar basit değil. Dolayısıyla, KOBİ'lerdeki birleşme, -bizim politikamızda olduğuna göre, KOBİ'ler birleşsin güçlensinler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı da bunu öne sürüyor, bütün sanayicilerimiz de aynı görüşte- olayını biraz daha pratik hâle getirme şansımız yok mu? Ana sanayi sektöründeki birleşmelerle KOBİ'lerin birleşmelerini iki farklı klasta değerlendirmek mümkün değil miydi? KOBİ'lerimizin, bunun altından kalkabilecek hukuksal altyapıları yok. Avrupa Birliği'nde de KOBİ ayrımı var mı, ana sanayi sektörü birleşmeleri birbirinden farklı mı, yoksa aynı sistem hepsine uygulanıyor mu, onu bilmiyorum. En azından bizde bu farklı yapılamaz mı?

**Oturum Yöneticisi-** Efendim sorunuzu kime yönelttiniz?

**Şefik ŞENYÜREK-** Sorumu Salim Bey'e yönelttim.

**Salim AYDEMİR-** Aslında yeni tebliğimize bakarsanız, getirilen eşikler ciro tabanlı eşikler; yani en az iki tarafın cirolarının toplamı 100 milyon olacak ve

en az iki taraf Türkiye’de 30 milyonluk ciroya sahip olacak. Dolayısıyla, bu anlamda belli bir büyüklüğe zaten işaret ediyor. Adı KOBİ olabilir-olmayabilir ama zaten belli bir büyüklüğün üstündeki teşebbüsler bakımından uygulama alanı bulacak bir düzenleme.

Haklısınız, KOBİ’lere özel bir düzenleme yok; olabilir mi olmayabilir mi, tartışılabilir. Ama düzenlemenin kendisi bizatihi bir büyüklük eşiği getiriyor.

**Şefik ŞENYÜREK-** Peki, küçükler farklı bir kategoriye göre mi?

**Salim AYDEMİR-** Küçükler zaten izne tabi değil. Eğer 30 milyonluk bir cironun altında bir teşebbüsten bahsediyorsak zaten izne tabi olmayacak.

**Şefik ŞENYÜREK-** “Küçükler buna tabi değildir” diye bir ifade görmedim.

**Salim AYDEMİR-** Haklısınız, ifade öyle yazılmamış zaten. İfade, “belli bir ciro eşiğinin üstündeyse, ancak bu durumda başvurulması gerekir, izne sadece şunlar tabidir” diye yazılmış. O eşikler de ciro rakamıyla belirlenmiş, 100 milyona 30-30 ya da 500 milyona 5 milyon gibi iki eşiğimiz var.

**Şefik ŞENYÜREK-** Genellikle mevzuatı yakın takip eden kişiler olarak onu okuduğumuz zaman, “o eşiğin altında kalanlar serbesttir” yorumunu hiçbir zaman çıkartmayız, demek ki, bu altında kalanlar da başka bir şekle tabidir diye düşünürüz.

**Salim AYDEMİR-** En azından tebliğ kapsamında değil; onu söyleyebilirim. Daha fazlasını söyleyebilecek durumda değilim.

**Bir Katılımcı-** Benim sorum Orçun Beye olacak. Yeni tebliğde getirilen etkilen pazar, “ilgili ürün pazarı” yerine gelmiş bir kavram mıdır?

**Orçun SENYÜCEL-** Etkilen pazar, “ilgili ürün pazarı” yerine değil de, “ilgili ürün pazarları”ndan oluşan bir kavram. Tanımda da en sonunda diyoruz ki, “şu şu şu dikey ya da yatay ilişki olan ilgili ürün pazarları etkilenen pazarlar.” Örneğin bir şirketin bilgisayar, bisküvi, çimento, -gene basit örnekler oldu- alanlarında faaliyeti olsun. Burada ilgili ürün pazarı üç tane olabiliyor; bilgisayar, bisküvi, çimento, aslında üç tane alan var. Etkilenen pazar, işlemi etkileme ihtimali olan pazar. Örneğin, buradaki çimento şirketi başka bir çimento şirketini alsa, benim üç tane ilgili ürün pazarını incelememe gerek yok, etkilenen pazara bakmam lazım. Burada bir yatay ilişki var, iki tane çimento şirketi arasında bir ilişki var. Bu durumda benim, üç tane ilgili ürün pazarı var, bu üç taneden etkilenen işte budur diyeceğim noktaya gelen bir şey. Bu, Komisyonla uyumlu

hâle getirilmiş olan bir şey. İlgili ürün pazarları içerisinde işlem den etkilenme ihtimali olan pazar şeklinde tanımlayabiliriz.

**Seçil ABALI (Cerrahoğlu Hukuk Bürosu Temsilcisi)-** Benim sorum da Orçun Beye. Peki, etkilenen pazarı belirlerken dünya çapındaki faaliyetler mi dikkate alınacak, yoksa Türkiye'deki faaliyetler mi?

**Orçun SENYÜCEL-** O soru hep gündemimizde olan bir soru. Aslında bu soruya doğrudan yanıt vermek istemiyorum, çünkü kılavuzda bununla ilgili bir açıklama yapıldı. Kurulumuzun ne diyeceğini öğrendikten sonra, kılavuz çıktıktan sonra net söyleyebilirim. Çok da tartıştığımız bir konu.

Normalde, coğrafi pazar, etkilenen pazarda göz önüne alınan bir husus değil. Eşik açısından bakıldığında, örneğin Türkiye'de hiç faaliyeti olmayan bir çimento şirketi Türkiye'deki bir çimento şirketini devraldı, o zaman, etkilenen pazar var mı diyeceğiz, yoksa Türkiye'de faaliyeti yoksa yok mu diyeceğiz, bu durumda bildirim gerekiyor mu gerekmiyor mu; soru işareti, kılavuzun da en esaslı noktalarından biri. Kılavuz şu an çıkmadığı için buna cevap verme noktasında olmadığımı düşünüyorum.

**Ceyda TABAK (Güner Hukuk Bürosu Temsilcisi)-** Bu konuyla ilgili olarak, tebliğ yürürlüğe girdikten sonra çıkan kararlarda, Kurulun, Türkiye'nin dikkate alındığı yönünde bir görüşünü görüyoruz. Dolayısıyla, kılavuzun da bu paralelde çıkacağını anlayabilir miyiz, -çünkü buna güvenerek bazı kararlar alıyoruz- yoksa bu görüş değişecek mi?

**Orçun SENYÜCEL-** Mecburen bazı kararlar çıktı, çünkü kılavuz çıkmamıştı. Geçmişteki birkaç kararda, -zaten çok fazla karar yok- yorum ne olursa olsun, Kurul kılavuzda farklı bir şey de diyebilir. Ben, Kurulun o anlamda mutlak bir sınırlama içerisinde olduğunu düşünmüyorum. O yüzden, kılavuz çıkmıyor olsaydı geçmiş kararlar çerçevesinde bir yorum yapardım ama, kılavuz çıkacağı için şu aşamada yorum yapmamamın daha doğru olduğunu düşünüyorum. Kılavuz orada farklı bir şey de diyebilir. Farklı bir şey derse, bundan sonraki kararlar o şekilde yer alacaktır.

**Oturum Yöneticisi-** Buyurun.

**Av. Alev BAYRAKTAR-** Tebliğin 7'nci maddesi ve 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasıyla ilgili bir sorum olacak, çünkü kafamda çok net değil.

Diyelim ki, A holdingi ve B holdingi olduğunu düşünürsek, A holdinginin X yavru şirketi, B holdinginin Y yavru şirketini eğer yüzde 100 devralıyorsa, işlem taraflarının cirosunu biz hesaba kadarken A holdinginin (devralanın) bütün cirosunu alacağız, ama B için, sadece devredilen kısmın cirosunu hesaba

katacağız, yani işlem tarafı olarak B'yi bir bütün olarak kabul etmeyeceğiz diye anladım. Birincisi, bunu doğru mu anladım diye soracağım. Eğer yüzde 100'ünü değil de belli bir bölümünü devralıyorsa ve bunun sonucunda bir "Joint venture" oluşacaksa, o zaman, devreden taraf, B açısından baktığımızda, sadece devredilen kısmı değil, B holdinginin bütün cirosunu hesaba katmamız gerekiyor diye bir şey anladım. Aydınlatılabilirseniz sevinirim.

**Salim AYDEMİR-** Doğru anlamışsınız.

**Oturum Başkanı-** Buyurun efendim.

**İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)-** Öncelikle tebliğ sahiplerine çok teşekkür ediyorum.

Bugün dinlediğimiz tüm tebliğ sahiplerine ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Sağ olun. Benim için çok verimli bir toplantı oldu.

Bugün tartışılan konularla kıyaslandığında çok çok önemsiz bir konuda bu salonda bulunan herkesin yardımını talep edeceğim; o da, grup içi birleşme ve devralmalar.

Aynı gruptaki birleşme ve devralmalar, -elimde rakamsal veriler yok- maalesef hâlâ, -neredeyse ayda 1, 2, 3- gelmeye devam ediyor (14'üncü yılımızdayız); ne bize, ne burada bulunan masanın öbür tarafında olanlara, bu işlemleri yürütenlere, ne de Türkiye'ye yakışan bir durum.

Salonda neyin üstüne konuştuğumuz yüzde 99 oranında biliniyordur ama bilmeyen bir-iki kişi varsa onlar için şunu söyleyelim: Saygıdeğer hanımefendiler, beyefendiler; örneğin Koç Grubunun veya başka bir grubun 100 şirketi varsa, 100 şirketin 100'ü de birleşse rekabet hukukunu, Rekabet Kurumunu ilgilendiren hiçbir şey yoktur. Oysa ki bu durumu ticaret hukukunu ilgilendiren çok uzun işlemleri gerektiren bir şeydir. Rekabet hukukunu ilgilendiren hiçbir şey yoktur, fakat hâlâ bize izin için geliyor. Bu bize iki sebeple geliyor: Bir, Sermaye Piyasası Kurulumuz maalesef yanlış bir biçimde işletmelerimizi buna yönlendiriyor. Teşebbüs, "biz grup içi bir birleşme ve devralma yapıyoruz, Rekabet Kurulundan izin almamıza gerek yok" dese bile, "hayır, ben anlamam, gidin bunu Rekabet Kurumuna söyleyin, ora söylesin" diyor. Evet, burada teşebbüslerimizin ve temsilcilerinin bir sorumluluğu yok ama orada da onlardan bir istirhamımız var. Bize form doldurup izin için gelmesinler. Sadece, Rekabet Kurumu Başkanlığına, yani idareye, bu durumlarını tevsik etmek istediklerini, belgelemek istediklerini bildirsinler, -"biz grup içiyiz", biz o beyana inanıyoruz- idaremiz rahatlıkla cevaplayabilsin.

İkincisi SPK'nun yönlendirmesi olmaksızın yapılanlar. Hiç değilse bunları yapmayalım. Rekabet Kurumu'nun 14 yıllık bir çalışanı olarak özel olarak sizden rica ediyorum; lütfen bugünden itibaren, herhangi bir yerde birleşme ve devralmalarla ilgili konuştuğunuzda, kontrol değişikliğine yol açmayan işlemlerin Rekabet Kurumuna bildirilmesine gerek olmadığını söyleyerek söze başlayın. Bulduğunuz ortamda bunu zaten bilenler vardır, onlar açısından belki komik bir duruma düşeceksiniz ama lütfen düşün, bir kişi bile bilmiyorsa anlatın, az önce verdiğim örneği verin. Eczacıbaşı'nın 100 şirketinin 100'ü de birleşse, Ankara Bilkentdeki Rekabet Kurulunu, Rekabet Kurumunu ve Rekabet Hukukunu ilgilendiren birşey yoktur, hiçbir şekilde ilgilendirmez. Lütfen, her birinizden ayrı ayrı istirham ediyorum. Zamanınızı aldığım için teşekkür ediyorum.