

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 155

# REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA İZİNSİZ  
GERÇEKLEŞTİRİLEN  
BİRLEŞME VE DEVRALMALARA  
UYGULANAN YAPTIRIM REJİMİ

MUHAMMED SAFA UYGUR

**REKABET HUKUKUNDA  
İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN  
BİRLEŞME VE  
DEVRALMALARA  
UYGULANAN YAPTIRIM  
REJİMİ**

*MUHAMMED SAFA UYGUR*

Ankara 2017

©Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2017

Baskı, Nisan 2017  
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

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

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

YAYIN NO

333

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	1

### BÖLÜM 1

#### REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

1.1. YOĞUNLAŞMALARIN BİLDİRİMİ SİSTEMLERİ.....	3
1.2. BİLDİRİME İLİŞKİN KURALLAR VE KORUNAN HUKUKİ MENFAAT.....	6
1.3. “GUN JUMPING” KAVRAMI.....	8
1.3.1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma/Bilgi Değişimi Yönü.....	9
1.3.2. Bildirilmeksizin/İzinsiz Gerçekleştirilen İşlem Yönü.....	12

### BÖLÜM 2

#### ABD VE AB HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

2.1. ABD HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ.....	13
2.1.1. Bildirime İlişkin Kuralların Tarihsel Arka planı.....	13
2.1.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler.....	14
2.1.3. Konuya İlişkin Mahkeme Kararları.....	17
2.2. AB HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ.....	22
2.2.1. Bildirime İlişkin Kuralların Tarihsel Arka planı.....	22
2.2.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler.....	23
2.2.3. Konuya İlişkin Komisyon ve Mahkeme Kararları.....	25

### BÖLÜM 3

#### TÜRK HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

3.1. BİLDİRİME İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELER VE KABAHAHATİN YASALLIK UNSURU.....	32
3.1.1. Genel Olarak.....	32

3.1.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Yoğunlaşma İşlemlerinin Tanımı, Eşik Sistemi ve Muafiyet Rejimi.....	34
3.1.3. Yoğunlaşmaların Kurul İzni Olmaksızın Gerçekleştirilmesi.....	36
3.1.3.1. Kurul İzni.....	37
3.1.3.2. Gerçekleştirilme.....	37
3.2. NORMUN MUHATABI (FAİL).....	39
3.3. İDARİ PARA CEZASI YAPTIRIMININ BELİRLENMESİ.....	44
3.3.1. Cezanın Belirlenmesi.....	44
3.3.2. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kapsamında Öneriler.....	46
3.3.2.1. Genel Olarak.....	46
3.3.2.2. Cezalarda Muhtemel İndirim Nedenleri.....	47
3.3.2.2.1. İşlem Taraflarınca Bildirimde Bulunulması.....	47
3.3.2.2.2. Hedef Teşebbüsün Kurul İzni Alınıncaya Değın Ayrı Bir Ekonomik Bütünlük Olarak Korunması (Hold-Seperate)....	48
3.3.2.2.3. Teşebbüsün İhlali Kabul Etmesi ve İncelemeye Yardımcı Olması.....	49
3.3.2.3. Cezalarda Muhtemel Artırım Nedenleri.....	50
3.3.2.3.1. Kabahatin Kasten İşlenmesi/Gizlenmesi.....	50
3.3.2.3.2. İşlem Nedeniyle Rekabetçi Zarar Doğması.....	50
3.3.2.3.3. İhlalin Tekerrürü.....	50
3.4. ZAMANAŞIMI.....	51
<b>SONUÇ.....</b>	<b>53</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>56</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>57</b>
<b>EKLER.....</b>	<b>64</b>

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>BIAC</b>	: Business and Industry Advisory Comitee to the OECD
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>CE</b>	: Conseil d'Etat
<b>Dn.</b>	: Dipnot
<b>DOJ</b>	: U.S. Department of Justice
<b>FTC</b>	: U.S. Federal Trade Commission
<b>Genel Mahkeme</b>	: Avrupa Birliği Genel Mahkemesi
<b>HSR</b>	: Hart-Scott-Rodino Yasası
<b>IBA</b>	: International Bar Association
<b>ICC</b>	: International Chamber of Commerce
<b>ICN</b>	: International Competition Network
<b>İDDK</b>	: İdari Dava Daireleri Kurulu
<b>İMKB</b>	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
<b>Kanun</b>	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Birliği Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>Kurum</b>	: Rekabet Kurumu
<b>m.</b>	: Madde
<b>OECD</b>	: Organisation for Economic Co-operation and Development
<b>para.</b>	: Paragraf
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>v.</b>	: versus
<b>vd.</b>	: ve diğerleri



## GİRİŞ

Yoğunlaşmaların<sup>1</sup> kontrolüne ilişkin rejimler günümüzde birçok hukuk düzeninde endüstri politikalarının amaçları doğrultusunda; arz güvenliğinin sağlanması, ulusal güvenlik, tekelleşmenin önüne geçilmesi ve rekabetçi piyasa yapılarının korunması ya da ulusal şampiyonlar yaratılması gibi çeşitli toplumsal hedeflere ulaşılabilirlik üzere tasarlanmakta ve uygulanmaktadır. Rekabet hukuku bağlamında ise yoğunlaşmaların kontrolü rejimleriyle devralmalar yoluyla piyasalarda tekelleşmenin ve hâkim durum yaratılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Kuşkusuz, rekabet otoritelerinin söz konusu denetimi etkin bir şekilde yürütebilmeleri, esasa ilişkin kuralların yanı sıra, usûli birtakım ilkelerin doğru tasarlanmasına ve işletilmesine bağlıdır (Stockman 1998, 99). Birbirini tamamlayıcı nitelikteki bu kurallardan bildirim ve izin sistemine ilişkin olanlar, rekabet otoritelerinin inceleyeceği işlemler kümesini belirlerken; esasa ilişkin olanlar, bu işlemlerin rekabet hukukuna uygunluğunun veya aykırılığının belirlenmesine yönelik analizleri kapsamaktadır. Bu çerçevede yoğunlaşmaların bildirim ve izin sistemi, rekabet otoritelerinin piyasalarda gerçekleşen devralmalardan makul bir süre içerisinde haberdar olmasını ve gereken hallerde bunlara hızlı bir şekilde müdahale edebilmesini mümkün kılmaktadır.

Yoğunlaşmaların kontrolünde rekabet otoritelerinin büyük bölümü tarafından kullanılan *ex-ante* bildirim ve izin sistemi (OECD 2015, 3) ülkemizde de 1997 yılından bu yana uygulanmaktadır. Öte yandan, gerçekleştirilmesi planlanan işlemlerin Kuruma önceden bildirilmesine dayanan bu sistemde, işlemlerin izinsiz gerçekleştirilmesi

---

<sup>1</sup> Tezin bundan sonraki kısımlarında, birleşme ve devralmalar ile ortak girişimleri kapsayacak şekilde “yoğunlaşma” terimi kullanılacaktır.



bütün sistemin işlerliğini tehlikeye atmaktadır. Bu nedenledir ki, ABD ve AB hukuk düzenlerinde söz konusu ihlaller oldukça ciddi rekabet hukuku ihlallerinden sayılmakta ve ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Ülkemizde ise bu türden ihlaller karşılığında uygulanan yaptırımların başlangıçta oldukça sembolik düzeylerde kalırken, bu hususta 2008 yılında yapılan kanun değişiklikleri sonrasında önemli meblağlara ulaşabildiği görülmektedir.

Öte yandan 2008 yılı Kanun değişiklikleriyle kaldırılan maktu idari para cezası sistemi yerine yürürlüğe konulan nispi idari para cezası sistemi de her bir olay bazında oldukça farklı uygulamaları beraberinde getirmiştir. Özellikle teşebbüs cirosunun belirlenmesinde Kurulun sergilediği farklı yaklaşımlardan kaynaklanan çelişkiler ile yasa koyucu tarafından Kurula cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunda hiçbir takdir yetkisi tanınmaması zaman zaman önemli sorunlara yol açabilmiştir.

Bu kapsamda yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin sistemler ile yaptırım rejimlerinin incelendiği bu tezin birinci bölümünde, yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin kuralların varlık nedenine, türlerine ve önemine değinilmektedir. Bildirim sistemlerinin tasarımı bağlamında çeşitli hukuk düzenlerinde kullanılan farklı yolların da incelendiği bu bölümde, *ex ante* bildirim sistemlerinin koruduğu hukuksal menfaatlere ve ABD hukuk düzeninde sıkça kullanılan *gun jumping* kavramının içeriğine yer verilmektedir. İkinci bölümde ABD ve AB hukuklarındaki kuralların tarihsel gelişimi, hukuksal düzenlemeler ve ihlaller karşılığında uygulanan yaptırımlar ile bu bağlamdaki otorite ve mahkeme kararları incelenmektedir.

Üçüncü bölümde ise Türk hukukunda yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin kurallar ve izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşmaların yaptırım rejimi mercek altına alınmaktadır. Kurul uygulamalarının da incelendiği bu bölümde, düzenlemelerdeki ve uygulamadaki bazı aksaklıkların ve bunların giderilmesine ilişkin önerilerin yanı sıra, -ABD ve AB hukuklarında uygulandığı üzere- teşebbüslere uygulanan yaptırımların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bağlamında çeşitli öneriler sunulmaktadır.

## BÖLÜM 1

# REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

### 1.1. YOĞUNLAŞMALARIN BİLDİRİMİ SİSTEMLERİ

Yoğunlaşma işlemlerinin bildirimine ilişkin kurallar ve bu kuralların koruduğu hukuksal değerler, söz konusu işlemlerin esasının değerlendirilmesine ilişkin kurallardan veya ilgili işlemlerin incelenebilmesine ilişkin yetki kurallarından farklılık arz etmektedir. Bu anlamda, yoğunlaşmaların rekabet hukuku denetimine tabi tutulduğu hukuk düzenlerinde, bu türden işlemler herhangi bir rekabetçi endişeye yol açıp açmadıklarına bakılmaksızın bildirim tâbi tutulabilmektedir. Keza çeşitli ülkelerde, yoğunlaşma işlemlerinin denetlenebilmesine ilişkin yetki kuralları ile bildirim yükümlülüklerinin farklı şekillerde düzenlenebildiği görülmektedir. Bu yönden, bildirim tabi olmayan yoğunlaşma işlemleri de bazı rekabet otoritelerince denetlenebilmektedir.

Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin bildirim sistemleri; i) zorunlu bildirim rejimleri, ii) gönüllü bildirim rejimleri, iii) karma bildirim rejimleri başlıkları altında incelenebilmektedir (OECD 2015, 4-5). Zorunlu bildirim sistemlerinde yapılan bildirimler, yetkili otoritelerin yoğunlaşma işleminden önceden haberdar olmasını, gerekirse bunlara müdahale etmesini mümkün kılmaktadır. Gerçekten de rekabet karşıtı etkiler doğuran yoğunlaşma işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra, bu etkilerin giderilmesine yönelik çözümlerin hayata geçirilmesi, işlemin taraflarınca elde edilen haksız gelirin tüketicilere ve diğer alıcılara iadesinin sağlanması gibi süreçler, hem kamu hem de işlem tarafları açısından oldukça pahalı ve meşakkatli olabilmekte ve genellikle içerisinde birçok olanaksızlıklar barındırabilmektedir (*unscrambling the*

*omelette problem*).<sup>2</sup> Bu nedenle, bir yandan bu türden yüksek maliyetler oluşmasının önüne geçmek, diğer yandan da hukuki güvenliği ve belirliliği sağlamak amaçlarıyla birçok ülkede yoğunlaşma işlemleri, gerçekleştirilmeden önce (*ex ante*) ilgili rekabet otoritesinin onayına sunulmaktadır (OECD 2015, 3)<sup>3</sup>.

Zorunlu bildirim sistemlerinin kendine özgü bazı dezavantajları da bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, bildirilen birçok işlemde yalnızca çok küçük bir kısmının rekabet karşıtı etkilere yol açmasıdır.<sup>4</sup> Bu nedenle, zorunlu bildirim sistemlerinin rekabet otoritelerine ve işlem taraflarına ciddi maliyetler yüklediği, işlemlerin belirlenen süreler boyunca gerçekleştirilememesinin de önemli toplumsal maliyetlere yol açtığı savunulmaktadır (Choe ve Shekhar 2006, 2).

Öte yandan, gönüllü bildirim sistemlerinde rekabet otoriteleri yoğunlaşma işleminin incelemesini *ex-ante* ya da *ex-post* yürütebilmektedir. Bir başka deyişle, rekabet otoriteleri gerçekleştirilmiş olsun ya da olmasın işlemi incelemeye alabilmektedir. Yoğunlaşma işlemlerinin taraflarının bildirim zorunluluklarının bulunmadığı bu sistemlerde, işlem sonrasında gerçekleşebilecek rekabet hukukuna ilişkin risklerin, taraflarca değerlendirilmesi gereken bir unsur olduğu ifade edilmektedir (OECD 2015, 6). Bu nedenle, yapılan bildirimler büyük ölçüde işlem taraflarına hukuksal belirlilik sağlanmasına hizmet etmektedir.

Gönüllü bildirim sistemlerinin en önemli sorunu, rekabet karşıtı etkiler doğurma potansiyeli yüksek olan yoğunlaşma taraflarının işlem öncesinde ilgili otoriteye bildirimde bulunmalarını teşvik etmektir (ICC 2015, 14). Bir başka deyişle, rekabet karşıtı etki doğurma potansiyeli olan birleşme veya devralmaların, yetkili otoritenin denetim alanından uzaklaştırılarak gerçekleştirilmesinin (*midnight mergers*) önüne geçilmesi gönüllü bildirim sisteminin işleyişi bakımından önemli bir problem teşkil

<sup>2</sup> *Unscrambling of the eggs* olarak da kullanılabilen bu kavram, yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinden sonra, işlem öncesindeki duruma geri dönülmesinin zorluğunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

<sup>3</sup> Genellikle, *ex ante* zorunlu bildirim sistemlerinde bildirim tabii işlemin gerçekleştirilebilmesi için taraflara, yetkili otoritenin işleme izin vermesini ya da önceden belirlenen sürelerin geçmesini bekleme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yönüyle, bildirim tabii bir yoğunlaşma işleminin bildirilmeyerek veya bildirilmesine rağmen izin alınmaksızın ya da öngörülen süreler beklenilmeksizin gerçekleştirilmesi, ilgili otoritenin yoğunlaşmaları kontrol etme görevini yerine getirmesini engelleyeceğinden birçok hukuk düzeninde ağır bir ihlal olarak değerlendirilmektedir.

<sup>4</sup> bkz. Grafik-1.

etmektedir. Diğer taraftan, hangi tür işlemlerin tamamlanmadan önce bildirilmesi gerektiği konusunda taraflara sunulan ölçütün ciro veya pazar payı gibi objektif ölçütlere değil de işlemin “*rekabeti sınırlama potansiyeli*” gibi subjektif bir kıstasa dayanması, işlemin bildirimine ve rekabet otoritesi tarafından en az maliyetle bu türden işlemlere müdahale edilebilmesine dair olasılıkları azaltmaktadır (Ohlhausen 2013, 17-18). Bununla birlikte, söz konusu olumsuz etkileri azaltmak ve işlem taraflarını bildirimde bulunmaya teşvik etmek üzere, bazı rekabet otoritelerince rekabet karşıtı yoğunlaşmayı gerçekleştiren taraflara önemli cezalar verilebilmektedir. Ayrıca mahkeme süreçlerinin uzunluğu ve pahalı olması, tümünden yasaklama yerine otorite ile işlem taraflarının önerilen işlemi müzakere ederek çözümler önerilebilmesi, rekabet otoritesinin pazarı çok yakından izlemesi gibi hususlar da bildirimde bulunulması yönünde tarafları ikna edici olabilmektedir (Gonzalez ve Benitez 2009, 3).

Karma bildirim sistemleri, her iki sistemin avantaj ve dezavantajlarından yola çıkarak, belirli bir eşğin üzerindeki işlemlerin zorunlu bildirim, bu eşğin altındaki işlemlerinse gönüllü olarak bildirilmesi esaslarını benimsemektedir. Buna göre, işlem taraflarının işlem nedeniyle sağladıkları özel yararı ağır basan rekabeti kısıtlayıcı işlemler bakımından gönüllü bildirim rejiminin işletilmesi uygun değildir. Bu türden işlemler rekabet otoritesinin dikkatine daha sonradan sunulsa ve konuyla ilgili dava süreçleri başlasa da işlemin gerçekleştirilmesi taraflar açısından kârlı olabilmektedir. Diğer taraftan, bu eşğin altında kalan işlemlerin zorunlu bildirim tabi tutulması halinde de görece küçük işlemler için gereksiz maliyetler yaratılmakta, bu türden toplumsal maliyetlerin rekabet karşıtı yoğunlaşmaların engellenmesi halinde dahi telafi edilemeyeceği savunulmaktadır (Gonzalez ve Benitez 2009, 3,8). Ayrıca, birçok rekabet otoritesinin bu denli büyük bir devralma kümesini inceleyecek kaynağı da bulunmamaktadır.

Gönüllü ve zorunlu bildirim rejimlerinin hangisinin üstün olduğu hususu günümüzde tartışma konusudur. İş dünyasının daha ziyade bir takım maliyetlerin önüne geçilmesi nedeniyle gönüllü bildirim sistemlerini desteklediği görülürken (ICC 2015, 1), ülkeler bu isteğin aksine giderek yaygınlaşan bir biçimde zorunlu bildirim sistemini benimsemektedirler. Yarattığı maliyet avantajlarına rağmen pazar izlemelerinin ve sektör araştırmalarının sistemli bir şekilde yapılamaması ile izlenen pazarlarda dahi fiyat

artışlarının doğrudan devralmalarla ilişkilendirilebilmesinin güçlüğü gibi nedenlerle genellikle gönüllü bildirim sistemlerinin yerine zorunlu bildirim sistemleri kabul edilmektedir (ICC 2015, 13). Hâlihazırda Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Avustralya ve Şili yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin gönüllü bildirim sistemini benimsemişlerdir (OECD 2014, 4-5). Öte yandan, gerek ABD ve AB gibi rekabet hukuku bakımından öncü olarak görülen hukuk sistemlerinin, gerekse de ülkemizin *ex ante* zorunlu bildirim sistemini benimsedikleri göz önüne alındığında, tez kapsamında, gönüllü bildirim sistemleri üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

## **1.2. BİLDİRİME İLİŞKİN KURALLAR VE KORUNAN HUKUKİ MENFAAT**

Yoğunlaşma işlemlerinden rekabet karşıtı etkiler barındıranlarının, esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmadan objektif kriterlerle tespit edilebilmesi ve yalnızca bunların bildirim tabi tutulabilmesi mümkün görülmemektedir (Baer 1996). Öte yandan, bütün birleşme ve devralma işlemlerinin rekabet hukukunun konusunu oluşturmasını haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır. Bu çerçevede ideal bir bildirim rejiminin, rekabet karşıtı etki doğurabilmesi muhtemel yoğunlaşmaları kapsamı, diğerlerini ise dışlaması gereklidir (Karagök ve Rutz 2014, 453). Bu amaçlar arasında kurulacak denge bakımından belirlenmiş herhangi bir formül bulunmasa da, bu dengeyi sağlamada; yoğunlaşma işleminin tanımı, eşik sistemleri ve muafiyetler oldukça büyük önem taşımaktadır.

Yoğunlaşma işleminin tanımı rekabet hukukuna özgü, teknik bir konudur. Bu çerçevede, diğer hukuk dalları bakımından birleşme veya devralma kabul edilmeyen işlemler rekabet hukukunda bu kapsama girebileceği gibi, bu durumun tam tersi de mümkündür. OECD'ye (2013, 2) göre, iyi bir yoğunlaşma tanımı; i) pazarda yapısal ve sürekli bir değişikliğe yol açan ve nihai olarak rekabetçi düzeni tehlikeye atabilecek türden işlemleri hedeflemeli, ii) genellikle rekabet karşıtı etki oluşturmayacakları varsayılan fazla sayıda işlemi kapsamından dışlamalı, iii) ortaya çıkardığı rekabet hukuku problemlerinin farklı rekabet araçlarıyla daha etkin çözülebileceği düşünülen işlemleri bu alanlara bırakmalı, iv) işlemin yoğunlaşma sayılabilmesinin kıstaslarını objektif, açık ve saydam bir şekilde belirliyor olmalıdır.

Öte yandan, yoğunlaşma işleminin iyi bir şekilde tanımlanması ve bu işlemlerin tamamının zorunlu bildirim tabi tutulması, birçok rekabet otoritesi bakımından çok geniş bir kümenin denetime tabi tutulacağı anlamına gelmektedir. Hâlbuki genellikle rekabet otoritelerinin böyle bir imkânları bulunmadığı gibi, bu yönde katlanılan toplumsal maliyetleri haklı gösterecek neden de bulunmamaktadır. Bu sebeple hangi tür yoğunlaşmaların bildirim tabi olduğunu göstermek üzere ciro ve pazar payı eşikleri kullanılmaktadır. *Ciro eşığı*, her ne kadar ilk bakışta ilgisiz ve keyfi görüldüğü düşünülebilirse de (Shekhar ve Williams 2004, 386), birçok hukuk düzeninde en yaygın şekilde kullanılan eşik sistemidir (Solmaz 2010, 8). Gerçekten de kabul edilen bir ciro eşığının üzerindeki işlemler kümesinde rekabet karşıtı olanlarının daha fazla olduğunu öne sürmek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, söz konusu ciro eşığının bir önemi de bu eşığın altında kalan işlemler bakımındandır. Zira rekabet otoriteleri söz konusu işlemlerin zorunlu bildirim tabi tutulmamasını sağlayarak bu teşebbüsler bakımından gereksiz maliyetlerin önüne geçmektedirler (ICC 2015, 3).

Bir diğer eşik sistemi, teşebbüslerin ilgili pazarlardaki paylarına dayanmaktadır. Pazar payı kriteri, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin bir ölçüt olarak ciro eşığına göre daha makul gözükmemektedir. Bununla birlikte, teşebbüsler açısından birçok belirsizlik barındırması nedeniyle söz konusu ölçüte, haklı olarak, çok sayıda eleştiri yöneltilmektedir (ICC 2015, 3). Nitekim bir rekabet politikası tercihindense ziyade teknik bir değerlendirme olsa da, ilgili pazarın belirlenmesinde işlem taraflarıyla rekabet otoriteleri farklı yorumlarda bulunabilmektedir. Diğer yandan, ilgili pazar üzerinde uzlaşılsa da, pazar payının doğru bir şekilde hesaplanabilmesi için rakiplerin satış rakamlarının bilinmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bildirim aşamasından sonra teşebbüslerin bu bilgileri *bir şekilde* elde ettikleri ileri sürülebilirse de, rekabete hassas sayılan bu gizli bilgilerin teşebbüsler arasında paylaşılmasının hukuka aykırı bilgi değişimine yol açabileceği de göz ardı edilmemelidir (ICC 2015, 4). Keza, son dönemde, ülkemiz de dâhil olmak üzere birçok rekabet hukuku düzeninde yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin mevzuatta pazar payı eşığına yer verilmemektedir. Kanaatimizce rekabet otoritelerinin kararları özelinde ilgili pazar değerlendirmelerinin çoğalmasıyla, bu yönde bir belirlilik sağlanabilecek ve pazar payı, ileri aşamada bir ölçüt olarak kabul edilebilecektir.

Bazı hukuk sistemlerinde, bir takım yoğunlaşma işlemleri *ex ante* bildirimden muaf tutulmaktadır. Bu durumda, eşiklerin üzerinde kalan bazı yoğunlaşma işlemlerinin; borsada seri halde gerçekleşen, acele bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken (iflas, haciz vb. haller) ya da yalnızca yatırım amaçlı olduğu için muafiyet tanınan işlemlerden olması gibi nedenlerden birinin varlığında işlemin *ex ante* bildirimden muaf olması söz konusu olabilmektedir.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde, *ex ante* zorunlu bildirim sistemini benimseyen hukuk düzenlerinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin kamusal menfaatlerin<sup>5</sup> gerçekleşebilmesi için oldukça önemli bir rol üstlendiği görülmektedir. Zira rekabet otoriteleri, değerlendirmelerini büyük ölçüde bahse konu bildirimler üzerine inşa etmektedir. Burada asıl amaç, söz konusu yoğunlaşmaların tamamlanmasından önce rekabet otoritesine, işlemin rekabetçi etkilerini değerlendirmek üzere süre tanınması; rekabet otoritelerinin gerçekleşen bir işleme karşı maliyetli ve karmaşık ayırıştırma süreçlerine girmesinin önüne geçilmesidir (Solmaz 2010, 4). Bir diğer önemli neden tüketicilere ve teşebbüslere daha belirli bir piyasa ortamının sağlanmasıdır (BIAC 2014, 3). Bu nedenle, rekabeti önemli ölçüde azaltma ya da hâkim durum yaratma potansiyeline sahip olsun veya olmasın, bildirilmesi zorunlu olan bir yoğunlaşma işleminin bildirilmemiş olması rekabet hukukunda ağır bir ihlâl teşkil etmektedir.

### 1.3. “GUN JUMPING” KAVRAMI

Günlük dilde yarışa başlama anının silah atışıyla belirlendiği spor dallarında -atletizm gibi- yarışan sporcuların, atıştan önce müsabakaya başlamalarını ifade eden bu deyim, rekabet hukukunda yoğunlaşma işlemi öncesinde taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, bilgi değişimi ve hukuka aykırı koordinasyonu da içerecek şekilde, işlemin bildirimde bulunulmaksızın veya izin alınmaksızın gerçekleştirilmesini anlatmak üzere kullanılmaktadır (Udriste 2014, 50).

<sup>5</sup> Rekabet hukuku çerçevesinde bu menfaatleri Whish (2014, 816-817) iki şekilde izah etmektedir. Bunlardan birincisi tüketicinin çıkarına olduğu düşünülen rekabetçi piyasa yapılarının korunabilmesi, ikincisi hâkim duruma ilişkin düzenlemelere aşırı ölçüde bel bağlanmasının etkin olmayan sonuçlar doğurabileceği düşüncesidir.

Gerçekten de, birçok hukuk düzeninde izne tabi yoğunlaşma işlemleri gerçekleştirilinceye değin tarafların ayrı ekonomik bütünlükler olarak varlıklarını devam ettirmeleri gerekmektedir (Liebeskind 2003, 1). Zira yoğunlaşma işlemi taraflarının işlem öncesinde veya işlemin herhangi bir nedenle gerçekleşmemesi halinde işlem sonrasında, rekabeti kısıtlayıcı koordinasyon içerisinde bulunmaları rekabet hukuku problemleri barındırmaktadır (Naughton 2006, 1). Bir başka deyişle, yoğunlaşma adı altında teşebbüslerin, hukuka aykırı anlaşmalar veya bilgi değişimleri yoluyla rekabeti kısıtlamaları da yasaklanmakta, yoğunlaşma işlemlerinden beklenen ekonomik etkinliklerin taraflarca ortadan kaldırılmasının önüne geçilmek istenmektedir.

Öte yandan, bir işlemin ne zaman gerçekleştirilmiş sayılacağı ve taraflar arasındaki bilgi değişiminin hangi düzeye vardığında rekabet hukukuna aykırı olacağı sorularına verilen cevaplar, her olaya uygulanabilecek kesin ve belirli kuralları içermemektedir. Bu yönden, ilgili hukuk düzenindeki kuralların yanı sıra somut olayın özellikleri, yetkili otoritelerin resmi veya gayri resmî açıklamaları, kararları ve mahkeme içtihatları büyük önem kazanmaktadır. Bildirimde bulunulmaksızın veya izinsiz gerçekleştirilen işlemlere ilişkin ihlallerin, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma/bilgi değişimi ihlallerinden en önemli farkı, ilkinde, işlem taraflarının potansiyel ya da mevcut rakip olup olmamalarının bir önem taşımamasıdır (Liebeskind 2003, 7). Diğer taraftan, *gun jumping*'in bu iki yönünün birbirini dışlayıcı özellikte olmadığı önemle belirtilmelidir. Bu çerçevede, bir yoğunlaşma işleminin hem izinsiz gerçekleştirilmiş, hem de teşebbüsler arasında hukuka aykırı bilgi değişimi/anlaşma niteliğine bürünmüş olması mümkündür.

### **1.3.1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma/Bilgi Değişimi Yönü**

Yoğunlaşma işlemleri öncesinde, işlem tarafları arasında belirli bilgilerin değişimi gerekli, hatta zorunludur (Naughton 2006, 1). Dahası, değişilen bu bilgilerin rekabete duyarlı bilgileri içermesi de olağan bir durumdur. Bu durum, alıcının, hedef teşebbüs ya da malvarlığına ilişkin tam bilgi sahibi olmasındaki menfaatten kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, çoğu hukuk düzeni hem yoğunlaşma işleminden beklenen yararların gerçekleşebilmesi, hem de rekabet karşıtı olmayan işlemlerin teşvik edilerek ekonomide etkinlik yaratılması bakımından alıcıların bu menfaatlerini korumaktadır. Bu çerçevede,



birleşme veya devralma şemsiyesi altında gerçekleşen *due diligence*<sup>6</sup> süreçlerinde; devir anlaşmasının imzalanmasından sonra iki ayrı varlığın birleştirilmesine ve geçiş dönemine ilişkin planlama (*transition and integration planning*) dâhilinde yapılan bilgi değişimi, elbette ki, diğer durumlardan farklılık arz etmektedir (IBA 2014, 7). Bu nedenle, bu türden bir ihlal iddiasına ilişkin *per se* yaklaşımların daha az kullanılması gerektiği dile getirilmektedir (Naughton 2006, 6).<sup>7</sup>

Teşebbüsler arasında zamanında ve ölçülü şekilde gerçekleşen koordinasyon ve bilgi değişimi; hem devralma işleminin amaçlanan şekilde gerçekleşmesine, hem de olası rekabet hukuku endişelerinin ortaya çıkmasının önlenmesine hizmet edebilir. Bu yönüyle, taraflar rekabetçi riskleri meşru stratejik iş kararlarından ayırabilmeli (Naughton 2006, 8), yayılma etkilerinin<sup>8</sup> ortaya çıkmasını önlemek üzere tedbirler almalı ve gerektiğinde rekabet otoritelerine danışarak herhangi bir sorunun ortaya çıkmasını önleme yoluna gitmelidirler.

Devralmalar öncesinde taraflar arasında gerçekleşen koordinasyon ve işbirliğinin niteliğine ilişkin henüz Türkiye’de ve AB’de verilmiş bir karar bulunmadığından, ABD hukukunda FTC ve DOJ’nin bu yöndeki kararları aydınlatıcı niteliktedir. Söz konusu kararlar ışığında, teşebbüslerin birleşme veya devralmanın kapanışından önceki eylemleri rekabet hukuku bakımından üç sınıfa ayrılacaktır. Bu kapsamda ilk olarak, teşebbüslerin tamamen iş kararlarıyla alakalı olan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisi bulunmayan eylemler sayılabilir (*safe harbours*). Bu türden uygulamalara örnek olarak; hedef teşebbüsün geçmiş uygulamalarıyla uyumlu bir şekilde olağan işlerine devam etmesine dair sözleşme hükümleri, hedefin işlem değerinde önemli

<sup>6</sup> *Due diligence* daha ziyade ortak hukuk düzeninde alıcının hedef şirketteki incelemelerini anlatmak üzere kullanılmaktadır. Kelime anlamı “hakikati keşfetmek üzere olguların uygun bir analizi” olarak da çevrilebilecek bu analiz; devralınan işin ne olduğu, üretim kapasitesi, ürün geliştirme, sistemler, pazar stratejileri, satış koşulları, pazar gücü, harcamaları, rekabetçi avantajları gibi birçok soruya aranan cevapları kapsayan bir yöntem olarak bilinmektedir (Stirtz 1997, 364-365).

<sup>7</sup> Bkz. US Commentory on Horizontal Merger Guidelines, s.59.

<sup>8</sup> Yayılma etkileri genellikle ana teşebbüsler arasındaki işbirliğinin işleme konu olan ilgili pazar dışındaki pazarlardaki rekabeti etkilemesi anlamında kullanılmaktadır (Rekabet Terimleri Sözlüğü 2014, 202). Kavram, burada, yoğunlaşma işlemi için bir araya gelen tarafların devralma işleminin gerektirdiği işbirliği/bilgi değişiminin kapsamını aşarak rekabetçi faaliyetlerinin de etkilenmesine yol açması durumunu anlatmak üzere kullanılmaktadır (Blumenthal 2005, 10).

olumsuz değişikliklere yol açabilecek eylemlerden kaçınmasına ilişkin hükümler<sup>9</sup> ve bir devralma işlemi olmasaydı dahi rekabet hukuku problemi ortaya çıkarmayacak anlaşma hükümleri verilebilir.

İkinci tür teşebbüs eylemleri, her hâlükârda rekabet hukuku ihlali sayılabilecek anlaşma/bilgi değişimlerinden oluşmaktadır. Bunlar; fiyata ilişkin koordinasyon, yönetim veya önemli günlük işlerin birleştirilmesi, ortak satış ve pazarlama, müşterilerin ve pazarın paylaşılması gibi eylemlerdir (Udriste 2014, 54). Özellikle fiyat, müşteriler ve hammadde vb. hususlara ilişkin olarak, teşebbüsün olağan iş kararlarının devralan teşebbüsün onayına tabi tutulması, yönetim veya önemli günlük işlerin birleştirilmesi gibi haller aynı zamanda hedef şirketin kontrolünün devralan teşebbüse geçişi olarak da yorumlanabilmekte; bu durum iki ayrı ihlale sebebiyet verebilmektedir.

Son olarak, rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi bulunan, ancak rekabeti gereğinden fazla sınırlamadığı takdirde işlemde beklenen meşru yararın sağlanmasına hizmet edebilecek anlaşma ve eylemlerden bahsedilebilir. Bu kategoriye giren eylemlerle ilgili olarak üç soru önem kazanmaktadır: i) devrin amaçları bakımından bu türden bir değişimin zorunlu olup olmadığı, ii) yayılma etkilerinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı, iii) birleşme veya devralmanın kapanışının gerçekleştirilememesi halinde taraflardan birinin bilgi değişimi nedeniyle rekabet gücünün kayda değer şekilde etkilenip etkilenmediği (Naughton 2006, 9). Bu kapsamda, sözgelimi, olağan bir işlem bakımından hedef teşebbüsün değerlemesinin *due diligence* evresinde yapıldığı düşünülürse, devir anlaşmasının imzası aşamasından sonra rekabete duyarlı bilgilerin değişilmesinin rekabet hukuku ihlali olarak görülmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu söylenebilir (Naughton 2006, 10).<sup>10</sup>

Yoğunlaşma işleminin amaçları bakımından zorunlu olsa bile, çeşitli önlemler alınarak belirli hassas verilerin değişilmesinin, teşebbüslerin rekabet stratejilerini etkilemesinin önüne geçilebilir. Örneğin; günlük pazarlama ve satış faaliyetinde bulunan kimselerin yer almadığı devralma takımlarının oluşturulması ve paylaşılan bilgilerin

<sup>9</sup> Söz konusu hükümlerin hedef şirketin rekabet etmesine engel olmaması ve şirket değerini korumak için gerekli olması hususlarına dikkat edilmelidir (Naughton 2006, 12).

<sup>10</sup> Benzer görüş için bkz. (IBA 2014, 5).

bu takımlarla sınırlı tutulması<sup>11</sup>, gizlilik anlaşmaları imzalanması, üçüncü kişilerden hizmet alınması gibi yollarla yayılma etkisinin önüne geçilebilir (Naughton 2006, 68).

Bu kapsamda son olarak belirtilmelidir ki, yoğunlaşma işlemleri dâhilinde gerçekleşen anlaşma ve bilgi değişimleri, alışıldık ihlal türlerinden farklı olarak gizlilik unsuru içermemektedir. Dolayısıyla, pratikte ispat yükünün rekabet otoritesinden ziyade teşebbüslere düşmesi söz konusu olabilecektir (Naughton 2006, 8). Bu nedenle, teşebbüslerin devralma süreçlerinde rekabet hukuku ihlallerine yol açabilecek eylem ve işlemlerden kaçınmalarının önemi bir kat daha artmaktadır.

### 1.3.2. Bildirilmeksizin/İzinsiz Gerçekleştirilen İşlem Yönü

Yoğunlaşma işlemlerinin gerçekleştirilmelerinden önce işlem taraflarınca rekabet otoritelerine bildirimde bulunulmasını ve işleme izin verilinceye veya öngörülen sürelerin tamamlanmasına değin gerçekleştirilmemesini öngören hukuk düzenlerinde, bu kurallara uyulmaması neticesinde teşebbüsler ve gerçek kişiler ağır idari yaptırımlarla karşılaşabilmektedir. Diğer taraftan, bahse konu işlemlerin esasa ilişkin değerlendirilmesi sonucunda yasaklanması ya da belirli çözümlerin hayata geçirilmesi şartıyla bu işlemlere izin verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu durum, teşebbüsler ve kamu otoriteleri bakımından önemli maliyetleri de beraberinde getirmektedir.<sup>12</sup> Bu nedenle, teşebbüsler ve teşebbüsler nezdinde bildirimde bulunması gereken kişiler tarafından bahse konu kuralların iyi bilinmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, ABD ve AB hukuk düzenlerinde yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin kurallara ve bunlara uyulmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırımlara ikinci bölümde ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

<sup>11</sup> Öte yandan KPMG'ye göre (2014, 13) devralma işlemlerinde gündelik operasyonları yürüten takımların *due diligence* süreçlerinde bulunması önemlidir. Zira aksi halde *due diligence* süreçlerinde öğrenilen rekabetçi dinamiklerin bu kimselere aktarılamaması riski bulunmaktadır.

<sup>12</sup> Bkz. Kanun'un 7. maddesi gerekçesi.

## BÖLÜM 2

# ABD VE AB HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

## 2.1. ABD HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

### 2.1.1. Bildirime İlişkin Kuralların Tarihsel Arkaplamı

Rekabet hukuku, yoğunlaşmaların kontrolü ile ilk defa ABD’de 1914 tarihli Clayton Yasası sayesinde tanışmıştır. Öte yandan, yasada rekabet karşıtı yoğunlaşma işlemlerine müdahale edilebilmesi için etkin bir mekanizma öngörülmediğinden, bu yasanın hükümleri uzun bir süre gereği gibi işletilememiştir (Titus 1979, 380). Yapılan bir çalışmada 1914 yılından 1955’e değin yirmi bir dava açıldığı, bunlardan yalnızca ikisinde, 1955-1971 yılları arasında ise açılan 167 davadan ancak 15’inde mahkeme kararıyla işlemin gerçekleştirilmesine mani olunabildiği belirtilmektedir (Lewis 1972, 2). Öte yandan, rekabet karşıtı yoğunlaşma işlemlerinin önlenebilmesi için FTC tarafından yapılan müdahaleler de beraberinde getirdiği önemli maliyetler nedeniyle devletin Pirus zaferleri olarak görülmüştür (Elzinga 1969, 44). 1950 yılında yasalanan Celler-Kefauver düzenlemesi ise otoritelerin rekabeti kısıtlayıcı yoğunlaşmalara müdahale olasılıklarını artırmış ancak işlemlerin gerçekleşmesinden önce bunları tespit edebilecek herhangi bir mekanizma getirmediğinden etkili olamamıştır (Liebeskind 2004, 27). Konuyla ilgili, 1964 yılında açılan *El Paso* davası<sup>13</sup> söz konusu problemin ortaya çıktığı tipik bir dava olmaktan öteye giderek, yoğunlaşmaların *ex ante* bildirimine ilişkin ilk düzenleme olan

<sup>13</sup> United States v. El Paso Natural Gas Co., 1964.

Hart-Scott-Rodino Yasasının (HSR) propaganda malzemesi haline gelmiştir. Dava, yedi yılın sonunda ayırıştırma kararıyla sonuçlanmış, teşebbüsün ayırıştırılmasına ilişkin süreç ise on yıl devam etmiştir. Neticede on yedi yıl sonunda başarıyla (!) sonuçlanan bu davada; yüzlerce avukat, muhasebeci ve diğer personel, mahkemelerin ve El Paso yöneticilerinin zamanı ve emeği, ilgili pazarda devam eden rekabet karşıtı durum gibi olağanüstü maliyetler oluşmuştur (Baer 1996).

Yasalaştığı zaman, rekabet hukukunda Clayton Yasasından o güne değin en önemli rekabet hukuku değişikliklerinden birisi olarak nitelenen HSR (Baer 1996), yoğunlaşmaları bildirim zorunluluğunun yanı sıra ilgili otoritelerin inceleme yetkilerini de önemli ölçüde genişletmiştir.

### **2.1.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler**

*Ex ante* zorunlu bildirim sisteminin kabul edildiği ABD hukukunda; yoğunlaşmaların tanımına, bildirimine ve muafiyetlere ilişkin yasal düzenlemeler kapsamında devralma öncesi bildirim ve bekleme süreleri Clayton Yasası'nın 7A bölümünde yer almaktadır.<sup>14</sup> Öte yandan; bildirilmesi gereken yoğunlaşma işlemleri, eşikler, tanımlar, örnekler, muafiyet, bildirim formu ve prosedürler vb. hususlar FTC tarafından belirlenen “Kapsam Kuralları (*Coverage Rules*)”,<sup>15</sup> “Muafiyet Kuralları (*Exemption Rules*)”<sup>16</sup> ve “Bildirim Kuralları (*Transmittal Rules*)”<sup>17</sup> çerçevesinde detaylandırılmaktadır. Bunların yanı sıra, FTC tarafından söz konusu kuralların resmi<sup>18</sup> ve gayri resmi yorumları<sup>19</sup> da yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin önemli metinlerden sayılabilir. ABD’de yoğunlaşmaların bildirimine ve süreler beklenilmeksizin gerçekleştirilmemesine dair söz konusu kuralların ihlali halinde Clayton yasası<sup>20</sup> ile FTC

<sup>14</sup> § 7A, 15 USC 18a.

<sup>15</sup> 16 CFR 801.

<sup>16</sup> 16 CFR 802.

<sup>17</sup> 16 CFR 803.

<sup>18</sup> <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/statute-rules-and-formal-interpretations/formal>

<sup>19</sup> <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/informal-interpretations>

<sup>20</sup> § 7A(g)(1).

düzenlemeleri<sup>21</sup> çerçevesinde devreden ve devralan teşebbüsler ile bildirimle yükümlü olan kişilere günlük maksimum 16.000 ABD dolarına varan cezalar verilebilmektedir.<sup>22</sup>

Bildirime ilişkin kurallar incelendiğinde; AB, AB üye ülkelerinin birçoğu ve ülkemizdeki rejimden farklı olarak, ABD hukukunda bildirim tabi işlemlerin “*kontrolde kalıcı değişiklik*” gibi bir kıstasa bağlı kılınmadığı görülmektedir. Kural olarak, işlemin bildirim tabi olup olmadığının belirlenmesinde iki kriter kullanılmaktadır<sup>23</sup>: işlem büyüklüğü kriteri (*size of transaction test*) ve kişi büyüklüğü kriteri (*size of person test*) (BIAC 2014, 7). Buna göre, devralma sonrasında, devralan işlem tarafının, hedef teşebbüste;

- 200 milyon dolardan daha fazla değerinde hisse ya da malvarlığına erişmesi veya,
- 50-200 milyon dolar arasındaki bir değerinde hisse ya da malvarlığına erişmesi ve;
  - i) Devredilen tarafın 10 milyon dolardan, devralan tarafınsa 100 milyon dolardan fazla yıllık net satışının veya toplam malvarlığının olması,
  - ii) Devredilen ve üretim gerçekleştirmeyen tarafın 10 milyon dolardan fazla malvarlığının ve devralan tarafın 100 milyon dolardan fazla malvarlığının veya yıllık net satışının olması,veya,
  - iii) 100 milyon dolardan fazla malvarlığı veya yıllık net satışı olan bir teşebbüsün 10 milyon dolardan fazla malvarlığı veya yıllık net satışı olan bir teşebbüs tarafından devralınması

hallerinde FTC ve DOJ nezdinde bildirimde bulunulması<sup>24</sup> gerekmektedir. Bu çerçevede işlemin bildirimine yönelik değerlendirmelerde, öncelikle işlemin değerine bakılmalı;

<sup>21</sup> 16 C.F.R. § 1.98.

<sup>22</sup> Bahse konu rakam, 9 Şubat 2009’dan sonraki ihlaller bakımından uygulanmaktadır. Bu tarihten önceki ihlaller için en yüksek ceza oranı 11.000 \$’dır.

<sup>23</sup> Bu hususta bkz. United States v. Foodmaker, Inc., 1996.

<sup>24</sup> Burada bildirimden kasıt, ilgili otoriteler tarafından istenilen tüm bilgi ve belgelerin teslim edilmesidir. İstenilen bilgi ve belgeler tam ve eksiksiz olarak sunulmadıkça, Türk hukukuna benzer şekilde, bildirim ya-

işlemin dâhil olduğu aralık bulunduktan sonra, gerekiyorsa devralmanın taraflarının büyüklüğü incelenmelidir. Öte yandan, önemle belirtilmelidir ki, işlemin bildirim tabi olup olmadığına yönelik değerlendirmede işlemin değeri incelenirken yalnızca devralınan hisselerinin veya malvarlıklarının değil; işlem sonrasında ilgili teşebbüs nezdinde sahip olunacak hisselerin ve malvarlıklarının değeri ortaya konulmalıdır.<sup>25</sup> Bildirime tabi yoğunlaşma işlemlerinin bildirimine yönelik ana kural olarak ortaya konulan bu ölçütler dışında, başta bir teşebbüsün yüzde ona karar olan hisselerinin *yalnızca yatırım amaçlı* devri olmak üzere, çeşitli istisna ve muafiyetler de bulunuyor olmakla birlikte tezin kapsamı bakımından bunlara ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir.

Yoğunlaşma işlemlerinin bildirimine ilişkin kuralların yanı sıra, HSR’de yer alan bir diğer önemli hüküm bekleme süreleridir. Gerçekten de, bir sonraki bölümde de yer verileceği üzere, teşebbüsler birçok defa yoğunlaşma bildiriminde bulunduktan sonra bekleme sürelerine uymadan işlemi gerçekleştirmelerinden ötürü önemli para cezalarına mahkûm edilebilmektedir. ABD hukukuna göre, bildirimden sonraki süreçte de, bekleme süreleri boyunca<sup>26</sup> teşebbüslerin ayrı ekonomik bütünlükler olarak kalmaları gerekmektedir (Blumenthal 2005, 7).<sup>27</sup> Bu çerçevede AB ve Türk hukukuna benzer şekilde, işlemin gerçekleştirilmesi veya bu anlama gelebilecek şekilde hedef teşebbüs üzerinde operasyonel kontrol uygulanması HSR’nin ihlali anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, *Kapsam Kuralları*’nda<sup>28</sup> yer alan açıklama önemlidir. Buradaki açıklamaya göre, HSR’de yer alan “*elde etmek*”<sup>29</sup> (*hold*) ifadesi “*yararlanma hakkı*”nın (*beneficial ownership*) devralana geçmesi anlamına gelmektedir. Bu durumun en bilindik örneklerinden birisini ise *operasyonel kontrolün* devralana geçmesi oluşturmaktadır.

---

pılmış sayılmamakta ve süreler işlememektedir. Bu hususta bkz. United States v. Iconix Brand Group, Inc., 2007; Federal Trade Commission v. Blockbuster, Inc., 2005; United States v. The Hearst Trust et al., 2001.

<sup>25</sup> United States v. ESL Partners, L.P and ZAM Holdings, 2008.

<sup>26</sup> Bildirimden sonraki bekleme süresi kural olarak otuz gündür. Bu süreler her iki otoriteye de birleşme veya devralmanın bildirildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Diğer taraftan, teşebbüsler bireysel taleplerle bu sürelerin kısaltılmasını talep edebilmektedirler.

<sup>27</sup> Bkz. United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc., et al., 2003.

<sup>28</sup> 801(c)(1).

<sup>29</sup> § 7A(c)(2). Maddede yer alan şekline yer vermek bu noktada aydınlatıcı olabilir:

“[...]no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons [...] file notification pursuant to rules under subsection (d)(1) and the waiting period described in subsection (b)(1) has expired, if— [...] as a result of such acquisition, the acquiring person would **hold** an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person: [...]”.

Bu kavram, Türk ve AB hukuklarında yer alan fiili (*de facto*) kontrole benzetilebilir (Liebeskind 2003, 3).<sup>30</sup>

### 2.1.3. Konuya İlişkin Mahkeme Kararları

ABD federal hukuk düzeninde, HSR Yasası çerçevesinde verilen para cezaları doğrudan idari otorite tarafından verilmemekte, bunun yerine devletin<sup>31</sup> dava açma hakkı bulunmaktadır. HSR ihlalleri kapsamında açılan davalar bakımından genellikle taraflar uzlaşarak mahkemeye gitmektedirler.<sup>32</sup> Diğer yandan, FTC'nin dava açma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, FTC tarafından yapılan açıklamalara göre dikkate alınan unsurlar şunlardır:

- İhlalin basit veya anlaşılabilir bir ihmalden kaynaklanması,
- İhlalin görülmesinden sonra derhal başvuruda bulunulması,
- Tarafların ihlal nedeniyle çıkar elde edip etmedikleri ve/veya,
- Tarafların ileride gerçekleşebilecek ihlalleri önleme konusunda yeterli tedbir alıp almadıkları.<sup>33</sup>

Bekleme sürelerinin dolmasından önce kontrolün devralana geçirilmesine ilişkin 2014 yılında verilen *United States v. Flakeboard America Limited, et al.* kararı, aynı zamanda eylemin pazar ve müşteri paylaşımı (*kartel*) olarak nitelendirilmesi ve nihayet Sherman Yasasının birinci bölümünün de ihlali anlamına gelmesi bakımından önemlidir.<sup>34</sup> Kararda devralan teşebbüs Flakeboard'un hedef SierraPine'a ait yonga levha ve orta yoğunlukta lif levha fabrikalarını devralmasına ilişkin yapılan bildirim

<sup>30</sup> Gemstar-TV Guide International Inc., et al. davasında (bkz. dn. 27), Gemstar ve TV Guide'in bekleme sürelerinin dolmasından önce ortak strateji geliştirerek koordinasyon içerisinde hareket etmeleri, kontrolün *de facto* devralınması olarak nitelendirilmiştir.

<sup>31</sup> § 7A(g)(1) çerçevesinde FTC ve DOJ Başsavcı Yardımcısının (*Assistant Attorney General*) bu kapsamda dava açma hakkı bulunmaktadır.

<sup>32</sup> Bu kapsamda verilen mahkeme kararlarının tam listesine ve hükmedilen ceza miktarlarına [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/hsr\\_enforcement\\_actions\\_update\\_12-14.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/hsr-resources/hsr_enforcement_actions_update_12-14.pdf) internet adresinden ulaşılabilir.

<sup>33</sup> Bkz. *United States v. James D. Dondero*, 2007; *United States v. William H. Gates*, 2004.

<sup>34</sup> *United States v. Flakeboard America Limited, et al.*, 2014). Konuyla ilgili yapılan bir yoruma göre HSR ancak bekleme süresinin sonuna kadar uygulama alanı bulabilirken Sherman Yasası işlem izne tabi olsun ya da olmasın işlemin kapanışına değin uygulanabilir. İşlemin kapanışının artık tek bir ekonomik bütünlük doğurması nedeniyle aynı teşebbüsün yasanın birinci kısmı çerçevesinde kendisiyle anlaşma yapması mümkün görülmediği belirtilmektedir (Naughton 2006, 4).



sonrasında otuz günlük süre beklenilmeden işlemin gerçekleştirilmesi *gun jumping* olarak nitelendirilmiştir. Karar içeriği incelendiğinde hedef teşebbüse ait yonga levha fabrikasının tarafların anlaşmaları sonucunda kapatılmasının hem Sherman yasasının hem de HSR'nin ihlali anlamına geldiği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Davada, hedef teşebbüsün operasyonel kontrolünün devralana geçtiğinin kabul edilmesine neden olan olaylar şu şekilde belirlenmiştir: i) Sierrapine'a ait yonga levha fabrikasının tamamen kapatılması, ii) taraflar arasında hassas ticari bilgilerin değişimi, iii) SierraPine müşterilerinin Flakeboard'ın yakın bir satış merkezine yönlendirilmesi.

Somut olayda söz konusu fabrikanın kapatılmasının devralma işleminin şartlarından birisi olarak belirlendiği görülmektedir. Öte yandan işlemin gerçekleştirilememesi halinde, hedef şirketin söz konusu fabrikayı işletmeye devam etmek istemesi nedeniyle anlaşmada yer alan bu yükümlülük taraflarca gizli tutulmuştur. İzleyen süreçte, fabrikanın kapatılacağı bilgisinin sızması sonucunda fabrikada işçi eylemleri başlamış, devralan teşebbüsün de fabrikanın kapatılmasında ısrar etmesi sonucunda hedef şirket tarafından fabrikanın kapatılacağı duyurulmuş ve birkaç hafta sonra ilgili fabrika kapanmıştır.

Her iki tarafa da eşit olarak paylaştırılan toplamda 3,8 milyon dolar cezanın yanı sıra, bu davada devralan teşebbüs Flakeboard, SierraPine'in müşterilerinden işlem tarafları arasındaki hukuka aykırı koordinasyon ve işlemin gerektiğinden erken tamamlanması nedeniyle elde ettiği haksız kazançlara karşılık olarak Devlete 1,15 milyon dolar ödeme yapmıştır.<sup>35</sup>

Mahkeme kararı dâhilinde Flakeboard ve SierraPine'in kaçınması gereken eylemler şöyle sıralanmaktadır:

1. Rakip ürünlerin fiyat ve çıktı miktarını etkileyecek şekilde anlaşma yapılması,
2. Rakip ürünlerin müşterilerinin herhangi bir şekilde paylaşılması,
3. Rakip ürünlerin müşteri, fiyat veya çıktı miktarlarının bilgisinin, kamuya açık olanlar ve istisnası aşağıda belirtilecek haller dışında paylaşılması,

<sup>35</sup> Söz konusu bedelin ödenmesinin dayanağı hukuksal açıdan ABD hukukuna özgü olup, ihlali gerçekleştirenlerin ihlal dolayısıyla elde ettikleri haksız kazançların iadesini öngören bir prosedür olarak bilinmektedir (*disgorgement*) (Baer 1996).

4. Yetkili otoritelere bildirim yapılarak yazılı onay alınmadan birbiriyle rekabet eden herhangi bir üretim tesisinin kapatılması.

Öte yandan, Mahkeme, bu yasaklamaların yanı sıra, hangi hallerin rekabet hukuku açısından güvenli liman niteliği taşıdığını da belirtmektedir;

1. İşlem taraflarından herhangi birisinin normal iş pratiklerini uygulamaya devam etmesi,
2. Hedef teşebbüsün, değerinde önemli kötüleşmelere (*material adverse change*) yol açabilecek işlemlerden kaçınması,
3. [*Yukarıda belirtilen üçüncü durumun istisnası olarak*] Devralan tarafın, hedef teşebbüsün gelirlerini ve geleceğe ilişkin beklentilerini algılayabilmesine yarayacak ve fakat taraflar arasındaki bilgi değişimini *due diligence* süreciyle sınırlandıran ve bu bilgilerin doğrudan pazarlama, fiyatlama ve satıştan sorumlu kişilere verilmesinin yasaklandığı bir gizlilik anlaşması dâhilinde gerçekleşen makul ve olağan *due diligence* süreçleri,
4. Teşebbüslerden herhangi birisinin alıcı/sağlayıcı olduğu bir ürüne ilişkin yoğunlaşma işlemi olmasaydı dahi rekabet hukuku endişeleri doğurmayacak diğer işlemler.<sup>36</sup>

ABD hukukunda hangi türden eylem ve anlaşmaların *gun jumping* anlamına geleceği konusunda herhangi bir kılavuz bulunmamaktadır. Öte yandan, FTC ve mahkeme kararlarının oldukça ayrıntılı yazılması, teşebbüsler bakımından belirlilik sağlanmasında önemli bir etkidir. Bu kapsamda, ihlal oluşturduğu kabul edilen bazı davranışlara aşağıdaki listede yer verilmektedir:

- Hedef teşebbüsün temel iş kararlarını, devralan teşebbüsün yazılı veya sözlü talimatı/onayına bağlayan hükümler<sup>37</sup>,

---

<sup>36</sup> Benzer davalar için bkz. dn. 27; United States v. Computer Associates International, Inc. et al., 2002.

<sup>37</sup> United States v. Qualcomm Inc. and Flarion Techs., Inc., 2006; bkz. dn. 27.

- Teşebbüslerin devralma gerçekleşene değin bağımsız birer ekonomik birim olarak kalmalarını engelleyen olağandışı faaliyet (*conduct of business*) hükümleri<sup>38</sup>,
- Hedef teşebbüsün Ar-Ge faaliyetlerinin anlaşma sonucu durdurulması veya daha ileri aşamalara geçmesinin engellenmesi<sup>39</sup>,
- Hedef teşebbüsün varlıklarının, kapanıştan önce -devrin gerçekleşmemesi halinde bu işlemler geri alınabilecek şekilde tasarlanırsa dahi- devralan teşebbüs tarafından kullanılması ve bunlardan yararlanılması<sup>40</sup>,
- Özellikle müşterilere verilecek teklifleri, indirimleri, fikri hakların lisanslanmasına yönelik stratejileri ve personele ilişkin kararları içerecek şekilde yönetim ve operasyonların devralan teşebbüse bırakılması<sup>41</sup>,
- Müşterilerle yapılacak sözleşmelerin devralan teşebbüs tarafından incelenmesi, gözden geçirilmesi ve onaylanması; fiyat, sözleşme şartları, indirimler vb. hassas bilgilerin paylaşılması<sup>42</sup>,
- Satış ekiplerinin birleştirilmesi<sup>43</sup>,
- Teşebbüslerin, müşterilerine birbirleri adına hareket ettiklerini bildirmeleri ve bu ilişki bağlamında hukuken yalnızca diğer tarafın verebileceği taahhütler altına girmeleri<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> ABD v. Computer Associates International, Inc. et al., davasında (bkz. dn. 36), hedef teşebbüsün otuz günden daha fazla hizmet gerektiren işlerde sabit fiyat üzerinden danışma hizmeti görülmemesi, tarafların üzerinde anlaştıkları standart tip sözleşmeler üzerinden %20'den fazla indirim yapılmaması ve bu sözleşmelerdeki diğer koşulların değiştirilememesi hususlarındaki anlaşma maddeleri bu türden olağandışı hükümler olarak nitelendirilmiştir.

<sup>39</sup> Bkz. dn. 37; bkz. dn. 36.

<sup>40</sup> United States v. Titan Wheel International, Inc., 1996.

<sup>41</sup> Bkz. dn. 37; United States v. Input/Output, Inc., 1999.

<sup>42</sup> Bkz. dn. 27; bkz. dn. 36.

<sup>43</sup> United States v. Input/Output, Inc., 1999.

<sup>44</sup> Bkz. dn. 27; bkz. dn. 43. Bu sonuncu davada; hedef teşebbüsün satış temsilcilerinin devralan teşebbüsün binasına taşınması, bunlar hedef teşebbüste çalışmalarına rağmen devralan teşebbüsün adıyla iş kartları çıkartmaları ve bunları müşterilere dağıtmaları, hedef teşebbüsün telefonlarını devralan teşebbüsün adıyla yanıtlanması, hedef teşebbüsün müdürünün, devralan teşebbüsün müşterisiyle olan bir uyumsuzluğunda devralan teşebbüs adına uzlaşması, devralan teşebbüs yetkililerinin olası bir başka devralmayla ilgili olarak bu kişinin görüş bildirmesini istemesi bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, ABD hukukunda hedef teşebbüs üzerindeki yararlanma hakkının devralan teşebbüse geçip geçmediği her somut olayda ayrı özellikler taşımaktadır. Bu kapsamda, devralana bu yetkileri verebilecek hukuksal araçların yanı sıra, fiili durum da oldukça önem taşımaktadır. Gerçekten de *ABD v. Smithfield Foods, Inc.* davasında<sup>45</sup>, şirket değerini değiştirebilecek ölçüde yüksek meblağlarda yapılan satın almaların devralanın onayına tabi tutulması hukuka uygun görünse de, büyük meblağlı alımların hedef şirketin gündelik işleri kapsamında olması nedeniyle işlemin erken gerçekleştirildiğine karar verilmesi dikkat çekmektedir.

Bugüne değin HSR ihlalleri kapsamında uygulanan bütün yaptırımların uzlaşma süreci sonunda verilmesi nedeniyle, cezaların belirlenmesinde etkili olan faktörlerin detayları FTC ve DOJ kararlarında açıkça yer almamaktadır. Ancak, bazı davalarda söz konusu faktörlere yer verilebilmektedir. *ABD v. Brian L. Roberts* davasında<sup>46</sup>, devralan teşebbüsü nihai olarak kontrol eden Brian L. Roberts isimli gerçek kişinin, daha önce iki defa HSR ihlali gerçekleştirdiğine işaret edilmektedir. Söz konusu ihlallere konu olan her iki kararda da Roberts tarafından bildirim yapılmış ve ihlal kabul edilmiş, ancak bu kişiye ilgili kararlarda herhangi bir ceza verilmemiştir. Bu çerçevede, ihlalin tekerrürünün ağırlaştırıcı bir unsur olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır.<sup>47</sup> Diğer yandan, FTC internet sitesinde yayımlanan dava özetinde, ceza takdirinde, ihlalin taksirle işlenmesi<sup>48</sup>, teşebbüs dışından tutulan danışmanın hatalı tavsiyelerinin ihlalde rolünün olması, Roberts'ın ihlal nedeniyle herhangi bir kazanç elde etmemesi, ihlalin farkına varılır varılmaz derhal bildirilmesinin etkili olduğu belirtilmektedir.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> United States v. Smithfield Foods, Inc., 2004.

<sup>46</sup> United States v. Brian L. Roberts, 2011-2 Trade Cas.(CCH) 77,742(D.D.C.)

<sup>47</sup> Benzer bir dava için bkz. United States v. ValueAct Capital Partners, L.P., 2008-1 Trade Cas.(CCH) 75,998(D.D.C.2008).

<sup>48</sup> Gemstar-TV Guide International Inc., et al. davasında (bkz. dn. 27), FTC tarafından, tarafların gerçekleştirdikleri eylemlerin *gun jumping* olabileceğine dair bir danışman tarafından uyarılmasına rağmen söz konusu eylemlere devam ettikleri özellikle belirtilmektedir. Kararda açıkça belirtilmese de, bu faktörün cezada ağırlaştırıcı bir unsur olarak göz önüne alındığını düşünmekteyiz. Benzer bir durum ABD v. Foodmaker Inc., (bkz. dn. 23) ve ABD v. Sara Lee Corp. davalarında da mevcuttur. Ancak diğer bütün davalar gibi bu davalar da uzlaşmayla sonuçlandığından, cezanın takdirine ilişkin net bir ifade kararlarda bulunmamaktadır. Bkz. United States v. Sara Lee Corporation, 1996 U.S. Dist. LEXIS 21173, 1996-1 Trade Cas. (CCH)71,301(D.D.C.1996).

<sup>49</sup> <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1010034/roberts-brian-1>

## 2.2. AB HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

### 2.2.1. Bildirime İlişkin Kuralların Tarihsel Arkapları

ABD hukukunun aksine, yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin ne tür bir rejimin uygulanması gerektiği AB hukukunda pek tartışma konusu olmamış, Birlik bu kapsamda ilk defa 21 Aralık 1989 tarihli ve 4064/89 sayılı Tüzük kapsamında *ex ante* bildirim rejimini benimsemiştir.<sup>50</sup> Söz konusu Tüzük, yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin ilk düzenleme olarak başarılı bulunmuş, ancak özellikle Komisyonun münhasıran inceleyeceği yoğunlaşmalara<sup>51</sup> ilişkin eşiklerin oldukça yüksek olması ve bu eşikleri yakalayamayan işlemlerin birçok ülkede yine de bildirim tabi olması nedeniyle eleştirilmiştir (Green Paper, 1996). Bahse konu endişeler 1999 yılında 1310/97 sayılı Tüzük ile yapılan değişiklikler çerçevesinde kısmen de olsa karşılanmıştır (Green Paper, 2002). Öte yandan, AB hukukunda yoğunlaşmaların kontrolü ve değerlendirilmesi, 2004 yılında 4064/89 sayılı Tüzüğün yerini 139/2004 Tüzüğün alması sonucunda önemli değişikliklere uğrasa da *ex ante* zorunlu bildirim rejiminin uygulanmasına devam edilmiştir.

Komisyon tarafından “*bildirim yükümlülüğü*” ve “*bekleme yükümlülüğünün*” (*standstill obligation*) ihlaline yönelik ilk para cezası 1998 yılında *Samsung Electronics Co.,Ltd.*'ye verilmiştir.<sup>52</sup> Öte yandan, konuyla ilgili kayda değer denilebilecek ilk para cezası 2009 yılında *Electrabel*'e verilmiştir.<sup>53</sup> Teşebbüse, bildirim yapılmaksızın gerçekleştirilen devralma nedeniyle verilen 20 milyon Euro tutarındaki para cezası, Komisyonun bu türden ihlallere karşı sert bir tutum takınacağını ilk sinyalleri olarak yorumlanmıştır (Carloni 2014, 4). Nitekim 2012 yılında benzer bir ihlalden ötürü *Marine Harvest*'a 10 milyon Euro tutarında para cezası verilmesi<sup>54</sup> bu yorumların ne denli isabetli olduğunu göstermiştir.

<sup>50</sup> AB Hukukunda 1973 yılından 1989 yılına değin yaklaşık 16 yıl süren müzakereler daha ziyade ülkelerle Komisyon arasındaki yetki bölüşümüne ilişkin konularda yoğunlaşmıştır (Wesseling 2000, 45).

<sup>51</sup> Komisyonun münhasıran inceleme yetkisinin bulunduğu bu usul, *one-stop-shop principle* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>52</sup> Case No IV/M.920 *Samsung/AST* [1998]

<sup>53</sup> Case COMP/M.4994 sayılı *Electrabel Compagnie Nationale du Rhone* [2009]

<sup>54</sup> Case COMP/M.7184 *Marine Harvest* [2014]

AB hukukunda bildirim rejimine ilişkin yeni tartışmalar, hâlihazırda, kontrol hakkı vermeyen devralma işlemlerinin bildirim tabi tutulmasının gerekli olup olmadığı üzerinden gelişmektedir. Bu yönden, yoğunlaşma işleminin tanımının değişmesi veya kapsamının genişlemesi ilerleyen dönemlerde söz konusu olabilecektir. Öte yandan, bu tartışmaların söz konusu işlemlerin bildirilmemesine ilişkin yaptırım rejimine çok fazla etkisinin olmayacağı, Komisyonun bu türden ihlalleri ağır yaptırımlarla cezalandırmaya devam edeceği düşünülmektedir.

### 2.2.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler

AB hukukunda yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin en önemli yasal düzenleme olarak 2004 yılında yürürlüğe giren 139/2004 sayılı Tüzük gösterilebilir. Öte yandan, bahse konu Tüzükte yer verilen kuralların açıklanmasına yönelik Komisyonun resmi yorumlarını içeren Kılavuz<sup>55</sup> ile 2006 yılında yürürlüğe giren Cezaların Belirlenmesine İlişkin Rehber, Komisyon ve ABAD kararları ile üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerinin çeşitli kararları konuyla ilgili başvurulabilecek diğer metinlerdir.

Belirtmek gerekir ki, AB hukukunda yoğunlaşma işlemlerinin tanımına ve kapsamına ilişkin düzenlemeler, Türk hukukundaki düzenlemelerle oldukça benzerlik göstermektedir. Bu çerçevede, bu kurallara bir sonraki bölümde daha ayrıntılı olarak yer verileceğinden, bu bölümde izahına gerek duyulmamaktadır. Burada bildirim ve bekleme yükümlülüğüyle alakalı olarak yalnızca, Türk hukukunda yer almadığından ve önemli görüldüğünden, *ex ante* zorunlu bildirim sisteminin istisnaları olarak kabul edilebilecek, Tüzüğün 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına kısaca yer verilecektir. Tüzüğün 7. maddesinin ikinci fıkrası; kamu ihalelerinin tamamlanması ve kontrolün farklı kişilerden elde edildiği, borsada gerçekleşenler de dâhil olmak üzere seri halinde gerçekleşen hisse devri işlemlerinin; (i) Komisyona gecikmeksizin bildirimde bulunulması, (ii) devralanın, -şirketin değerini korumak gayesiyle ve Komisyonun onayını da alarak gerçekleştirdiği işlemler dışında- devralanan hisselerle ilgili oy haklarını kullanmaması şartlarıyla *ex ante* zorunlu bildirim sistemine bir istisna getirmektedir. Benzer şekilde, Tüzüğün 7. maddesinin üçüncü fıkrası, gerekçelerinin belirtilmesi suretiyle yapılacak bir başvuru neticesinde, bildirim ve bekleme yükümlülüklerinin Komisyon tarafından koşullu

<sup>55</sup> Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, (2008/C 95/01).

veya koşulsuz olarak kaldırılabileceğini düzenlemektedir. Tezin üçüncü bölümünde de yer verileceği üzere Türk hukukunda bu yönde düzenlemelerin bulunmaması önemli görülebilecek bir eksikliklerdir.<sup>56</sup>

Komisyon da dâhil olmak üzere birçok rekabet otoritesinin bulunduğu AB hukukunda özellikle yetkiye ve cezalandırmaya ilişkin kurallar Türk hukukundan farklılık arz etmektedir. Üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemeleriyle Komisyon arasındaki yetki bölüşümünün AB Antlaşmasının 5. maddesinde de ifadesini bulan tamamlama-yerellik (*subsidiarity*) ilkesine göre tanzim edildiği 139/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde, AB düzeyindeki yoğunlaşmaların (*concentrations with a Community dimension*) kontrolü, belirli istisnalar dışında<sup>57</sup>, münhasıran Komisyon tarafından yapılabilmektedir. Diğer yoğunlaşma işlemleri ise, kural olarak<sup>58</sup>, üye ülke kuralları çerçevesinde ilgili ülkelerin kurumları tarafından denetlenmektedir. Öte yandan, istisnai olarak, gönderme usûlü (*referral procedure*) dâhilinde AB düzeyinde kabul edilmeyen yoğunlaşmaların kontrolü de Komisyon tarafından yapılabilmektedir. Bu çerçevede Komisyonun yetkilerinin o döneme nazaran önemli ölçüde genişlemesi durumu oldukça önemli olmakla beraber, 4064/89 sayılı Tüzükte de yerini alan *one-stop-shop* ilkesi bugün halen geçerliliğini korumaktadır.

Tüzüğün idari para cezalarına ilişkin 14. maddesinin ikinci fıkrasında, kasten veya taksirli olarak; bir yoğunlaşma işleminin bildirilmemesi, izin alınmaksızın tamamlanması, izin verilmemesine rağmen tamamlanması veya diğer kararların uygulanmaması, şartlara veya yükümlülöklere uyulmaması durumlarında Komisyona, devralan teşebbüslerin bir önceki yıl cirolarının yüzde onuna kadar para cezası uygulama yetkisi tanınmaktadır. Bu çerçevede, Komisyonun, bahse konu ihlalleri gerçekleştiren teşebbüslere para cezası uygulamayabileceği gibi bunları ağır para cezalarına maruz bırakma imkânı da bulunmaktadır.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> *Infra* 3.1.2

<sup>57</sup> 139/2004 sayılı Tüzük, m. 21(3) ve 21(4).

<sup>58</sup> İstisnalar için bkz. 139/2004 sayılı Tüzük m. 4, 9 ve 22.

<sup>59</sup> Önemle belirtmek gerekir ki, bu durum, Komisyonun teşebbüslere idari para cezası uygularken keyfi davranabileceği anlamına gelmemektedir. AB Mahkemelerinin gözetimi altında faaliyette bulunan Komisyonun, AB Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesi çerçevesinde benzer ihlallerde benzer yaptırımlar uygulaması gerektiği açıktır.

Cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, 2006 tarihli Cezaların Belirlenmesine İlişkin Rehber<sup>60</sup> (Ceza Rehberi) önem arz etmektedir. Öte yandan, diğer rekabet ihlallerinin aksine, Komisyon ve AB Mahkemelerinin, Ceza Rehberinin 139/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde uygulanma imkânı bulunmadığı hususunda hemfikir oldukları görülmektedir.<sup>61</sup> Zira Rehber, 1/2003 sayılı Tüzüğün 23. maddesinin ikinci fıkrasının a bendi uyarınca verilen yaptırımlara ilişkindir. Bununla birlikte, her ne kadar Rehberin birebir uygulanma imkânı olmasa da, özellikle para cezasının belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde kullanılan unsurların bu ihlaller bakımından da yol gösterici olduğu düşünülmektedir.

Ceza Rehberinde cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik olarak, ağırlaştırıcı nedenler, hafifletici nedenler, caydırıcılık çarpanı, pişmanlık ile ödeme gücüne ilişkin hallerin sayıldığı görülmektedir. Bu yönde, Rehberde cezaların ağırlaştırılması kapsamında sayılan ihlalin tekerrürü, incelemenin engellenmesi veya incelemeye yardımcı olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hallerinin yoğunlaşmaların bildirilmeksizin gerçekleştirilmesinde de ağırlaştırıcı nedenler olarak kullanılabilceği düşünülmektedir. Öte yandan, hafifletici nedenler arasında sayılan; ihlale son verildiği hususunda teşebbüsçe deliller sunulması, ihlalin ihmal ile işlenmesi, aktif işbirliği gibi nedenlerin de hafifletici neden olarak kullanılabilceği değerlendirilmektedir. Konuyla ilgili Komisyon ve AB mahkemelerinin kararlarından da açıkça görülebileceği üzere, pişmanlık uygulamasının bu ihlaller için geçerliliği bulunmamaktadır.<sup>62</sup>

### 2.2.3. Konuya İlişkin Komisyon ve Mahkeme Kararları

Komisyon 1989 tarihli ve 4064/89 sayılı Tüzük çerçevesinde bildirilmeyen devralsmalara ilişkin sorumlulara ceza uygulama yetkisini ilk defa 18 Şubat 1998 tarihinde *Samsung/AST* dosyasında kullanmıştır. Hedef teşebbüs *AST* üzerinde kontrol uygulanabilmesine yarayacak hukuki araçların Samsung tarafından elde edildiğini tespit eden Komisyon, bu süreçte, ihlâl ve cezalara ilişkin önemli birkaç soruya cevap vermiştir. Bunlardan ilki, Komisyonun söz konusu ihlal bakımından kastın varlığının aranmayacağını, taksirin (*negligence*) yeterli olduğunu ve kastın varlığının ağırlaştırıcı

<sup>60</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003.

<sup>61</sup> Case C-84/13 P *Electrabel v Commission*; Case T-332/09 *Electrabel v Commission* [2012], para.227-28.

<sup>62</sup> *Ibid.*, para.291.



bir unsur olarak dikkate alınabileceğini ilan etmesidir.<sup>63</sup> İkinci olarak, Komisyon bu türden ihlaller bakımından pişmanlık politikasının uygulanmayacağını kesin bir dille ifade etmektedir. Bu türden bir politikanın yokluğunda, teşebbüslerin bildirimde bulunmak yönündeki teşviklerinin ortadan kalkacağına ilişkin savunma karşısında Komisyon, haklı olarak, teşebbüslerin işlemlerini hukuka uygun hale getirmekte her türlü yararlarının bulunduğunu ve kötü niyetle bir işlemin gizlenmesi sonucunda alınabilecek ağır bir cezadansa teşebbüslerin bildirimde bulunarak görece daha hafif cezalara katlanmayı tercih edeceklerini belirtmektedir.<sup>64</sup>

Komisyon, bir işlemin bildirilmemesi eylemi ile izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi eylemlerinin her ikisinin de aynı olayda farklı ihlaller olarak görülemeyeceği savunmalarını da, bu olay bazında reddetmiştir.<sup>65</sup> Öte yandan, her ne kadar bir işlemin bildirildikten sonra izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün olsa da; bildirilmemiş bir işlemin henüz gerçekleştirilmemesi halinde ne tür bir ihlal tespiti yapılabileceğinin izahı zor görünmektedir. Zira 4064/89 sayılı Tüzüğün 7(1) maddesi, yoğunlaşmaların bildirim öncesinde gerçekleştirilmesini yasaklamaktadır. Bu çerçevede, söz konusu maddenin bileşik bir *ihlal* tanımı yaptığı anlaşılmaktadır. Nitekim Komisyonun sonraki kararlarında bu iki eylemin ayrı ayrı ihlal sayılarak cezalandırma yoluna gidilmediği görülmektedir.

Komisyonun *A.P. Møller* kararında<sup>66</sup> bildirimle ilişkin kuralların yoğunlaşmaların kontrolü rejiminin etkinliğinin sağlanmasında bizatihi kilit öneme sahip olduğu ve bunlara uyulmamasının bütün bir sistemin etkinliğine zarar verdiği vurgulanmaktadır. Öte yandan, işlemin rekabet hukuku açısından sorunlu bir işlem olmaması Komisyon tarafından kastın yokluğu şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>67</sup> Kararda dikkati çeken bir diğer husus, Komisyonun işlemle haberdar olmasıyla teşebbüsün bildirimde bulunması arasında geçen sürenin ihlal süresinden sayılmamasıdır. Komisyon, ihlalin süresinin hesaplanmasına yönelik daha önce bir karar olmaması nedeniyle teşebbüsün lehine

<sup>63</sup> Bkz. dn. 52, para. 10-11.

<sup>64</sup> Ibid. para. 18.

<sup>65</sup> Ibid. para. 15.

<sup>66</sup> Case No IV/M.969 *A.P. Møller* [1999], para. 12.

<sup>67</sup> Ibid., para.13.

yorumda bulunarak, makul olandan daha uzun bir sürede bildirim yapıldığını tespit etmesine rağmen, bu süreyi ihlal sürelerinden kabul etmemiştir.<sup>68</sup>

Kararlar birlikte incelendiğinde Komisyonun teşebbüslere uyguladığı cezaların hafifliği dikkati çekmektedir. Buna ilişkin özellikle *Electrabel* ve *Marine Harvest* kararlarında benzeri cezalar talep eden teşebbüslerin bu taleplerinin kabul edilmediği görülmektedir. Komisyon, bahse konu kararların cezaya hükmedilen ilk kararlar olduğunu ve ilgili kararlarda somut olayların özelliklerinin dikkate alındığını ifade etmektedir.<sup>69</sup> Öte yandan, her iki kararda da ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler olarak gösterilen hallerin daha sonraki kararlara emsal teşkil ettiği görülmektedir. Bu bağlamda *A.P. Møller* kararında;

- Teşebbüsün daha önce, konu hakkında uzmanlaşmış danışmanların da desteğini alarak, rekabet incelemelerinde şikâyetçi ve savunma konumunda bulunmuş olmasını,
- Teşebbüsün kendi hukuk departmanının bulunması nedeniyle AB birleşme ve devralmalar hukuku konusunda daha bilinçli olması gerekliliğini,

ihlalin ağırlığının (*gravity of the infringement*) belirlenmesinde kriter olarak kullanılmıştır.<sup>70</sup> Öte yandan, kararda, ağırlaştırıcı neden (*aggravating circumstances*) olarak herhangi bir unsur sayılmamıştır. Hâlbuki çok benzeri nedenler *Samsung* kararında ağırlaştırıcı neden olarak sayılmaktadır. Bu son kararda, ayrıca, yukarıdaki unsurların yanında; “Somut olayda 4064/89 sayılı Tüzük bağlamında kontrolün devralana geçtiğine dönük analizin karmaşık olmayışı” da ağırlaştırıcı nedenler arasında sayılmaktadır.<sup>71</sup> Hâlbuki söz konusu unsur, kabul edileceği üzere son derece subjektiflik içerdiğinden, bu unsurun ağırlaştırıcı neden olarak sayılması kanımızca isabetli değildir. *Samsung* kararında hafifletici nedenler olarak;

- Teşebbüsün ihlali kabul etmesi ve incelemeye yardımcı olması,

<sup>68</sup> Ibid., para.17.

<sup>69</sup> Bkz. dn. 61, para. 285-86.

<sup>70</sup> Bkz. dn. 66, para.14.

<sup>71</sup> Bkz. dn. 52, para. 29.

- Yoğunlaşma işleminin rekabet hukuku bakımından sorun teşkil etmemesi ve herhangi bir rekabetçi zararın oluşmaması,
- Komisyonun haberdar olmasından önce ihlalin gönüllü olarak bildirilmesi,
- İhlalin gerçekleştiği dönemde henüz konuyla ilgili Komisyon kararı bulunmaması

sayılmıştır.<sup>72</sup> Aynı unsurlar *A.P. Møller* kararında da hafifletici neden olarak kabul edilmektedir.<sup>73</sup>

Komisyonun *Haniel/Cementbouw* kararı kusurluluğu etkileyen halleri dikkate alması bakımından önemlidir. Kararda, Hollanda Rekabet Otoritesi tarafından işlem taraflarına dosya konusu işlemin bir yoğunlaşma teşkil etmemesi nedeniyle bildirim tabi olmadığı yönünde gayri resmi görüş gönderilmesinin Komisyonun inceleme yetkisini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmekle birlikte; işlem taraflarına, yoğunlaşmanın bildirilmemesi veya izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle herhangi bir ceza uygulanmadığı görülmektedir.<sup>74</sup>

Benzer şekilde, *Hutchison/RCPM/ECT* kararında Komisyonun 4064/89 sayılı Tüzüğüne hilafına yoğunlaşma işlemini izin alınmaksızın gerçekleştiren işlem taraflarına herhangi bir para cezası uygulamadığı görülmektedir.<sup>75</sup> Kararda bu durumun sebebiyle alakalı açıklama bulunmamakla birlikte, ceza verilmemesinin ana sebebi olarak tarafların işlemi koordinasyon doğurucu bir ortak girişim olarak nitelendirmeleri ve bunun sonucunda işlem öncesinde muafiyet başvurusu yapmış olmaları gösterilebilir. Nitekim Genel Mahkeme de *Electrabel* kararında benzer bir yorumda bulunarak:

*[Hutchison/RCPM/ECT kararında], işlemin karmaşık bir analiz gerektirmesi ... ve Komisyona daha önce yatay işbirliği anlaşması olarak bildirilen bir anlaşmanın daha sonra Komisyon tarafından yoğunlaşma işlemi olarak kabul edilmesi*

ceza verilmemesinin gerekçesi olarak gösterilmektedir. Bu çerçevede teşebbüs eyleminin ihlal oluşturduğu hususunda düşülen hatanın dikkate alınarak cezalandırma yoluna

<sup>72</sup> Ibid., para. 28.

<sup>73</sup> Bkz. dn. 66, para. 21.

<sup>74</sup> Case COMP/M.2650 *Haniel/Cementbouw* [2002]. Karş. *FKK Fon kararı* 06-59/779-228 (b) sayı, 24.8.2006 (Kurul kararı).

<sup>75</sup> Case COMP/JV.55 *Hutchison/RCPM/ECT* [2001].

gidilmediği düşünölmektedir. Son olarak, *Yara/Kemira Growthow* kararında Komisyon tarafından ihlali gerçekleştiren teşebböslere hiçbir ceza verilmediği göze çarpmaktadır.<sup>76</sup> Bununla birlikte, söz konusu karar bazında Komisyonun bu ihlal karşılığında takdir yetkisini kullanarak ilgili teşebböslere ceza vermemesinin sebebi anlaşılammaktadır.

Komisyonun *Electrabel* kararı yoğunlaşmaların bildirilmemesine ve izinsiz gerçekleştirilmesine yönelik verilen cezalarda bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Karar aynı zamanda 139/2004 sayılı Tüzük çerçevesinde izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşmalara ilişkin ilk yaptırım kararı olma özelliğini taşımaktadır. Kararda hedef teşebbüsteki %49,95 oranındaki hisse ve %47,92 oranındaki oy haklarının devralınması suretiyle Komisyonun izni olmaksızın *de facto* devralındığı sonucuna varan Komisyon ilgili teşebbüse 20 milyon Euro tutarında para cezası uygulayarak bahse konu ihlallere ağır yaptırımlar uygulayacağıının ilk sinyallerini vermiştir (Depoortere ve Lelart 2010).

Komisyon, *Electrabel* tarafından *de facto* tam kontrolün devralınması işleminin teşebbüsçe önceden bilinemeyeceğine ve bu nedenle teşebbüsün ihlalin gerçekleşmesinde kusuru bulunmadığı iddialarına karşılık hedef şirketteki dağınmık hisse yapısı, devirden önceki üç yılda genel kurula katılım oranları, yönetim kurulundaki kararların alınışı gibi hususları inceleyerek *Electrabel*'in hedef teşebbüsün fîli (de facto) kontrolünü devraldığını bilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>77</sup> Bu bağlamda, *Hutchison/RCPM/ECT* kararından farklı olarak Komisyon, devralmaya ilişkin analizin karmaşık olduğu savunmalarını reddetmiştir. Dahası Komisyon, analizin sıradışı bir karmaşıklık içermesi durumunda dahi işlem taraflarının her zaman Komisyondan konuyla ilgili değerlendirme ve yorum alabileceklerine vurgu yaparak ileride bu yönde gelecek savunmaların da reddedileceğinin sinyallerini vermiştir. Öte yandan kararda; (i) *Electrabel*'in geniş hukuksal yardım kaynaklarına sahip ve oldukça büyük bir teşebbüs olması, (ii) *Electrabel*'in dâhil olduğu Suez Grubunun söz konusu prosedürler konusunda tecrübeli olması, (iii) kontrolün devralan teşebbüse geçişinin tespitinin oldukça net ve öngörülebilir olması, (iv) konuyla ilgili daha önce verilmiş kararların bulunması ve

<sup>76</sup> Case COMP/M.4730 *Yara/Kemira Growthow* [2007].

<sup>77</sup> Bkz. dn. 53, para. 58.

Komisyonu danişma imkânının bulunması hususlarının değerlendirilmesine rağmen Electrabel'in ihlali taksirle gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmıştır.<sup>78</sup>

Kararın kuşkusuz en önemli yönü, cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran nedenlerden zamanaşımı konusunun tartişılmasıdır. Somut olayda uygulama alanı bulan 2988/74 sayılı Tüzüğün 1. maddesi zamanaşımı sürelerini; (i) teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin başvuru ve bildirimleri, bilgi talepleri ve inceleme yapılması ile ilgili ihlallerde üç yıl, (ii) diğer bütün ihlaller için beş yıl olarak düzenlemektedir. Komisyon, bu madde çerçevesinde yoğunlaşmaların izin alınmaksızın gerçekleştirilmesinin yalnızca bildirmeme ihlalinin ibaret olmadığı; bunun yanı sıra pazarın rekabetçi yapısında değişiklikler meydana getiren sonuçlar ürettiği yorumunda bulunmaktadır. Öte yandan, Tüzükte yoğunlaşmaların bildirilmemesine karşılık öngörülen maktu para cezası yaptırımına karşılık, yoğunlaşmaların izinsiz gerçekleştirilmesi eyleminin karşılığında teşebbüsün bir önceki yıl cirosunun %10'una kadar para cezası yaptırımının öngörülmesinin bu ihlalin **usûli olmaktan ziyade esasa ilişkin bir rekabet ihlali olduğunu** gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>79</sup> Bu erevede Komisyon somut olayda beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirleyerek ihlalin zamanaşımına uğramadığına karar vermiştir.<sup>80</sup>

İhlalin niteliği hususunda Genel Mahkeme de *Electrabel* kararında benzer şekilde, ancak bu kez daha üstü kapalı bir şekilde, yoğunlaşma işleminin izinsiz gerçekleştirilmesinin saf usûli bir ihlal olarak görülemeyeceği yorumunda bulunmaktadır.<sup>81</sup> Dahası Genel Mahkeme zamanaşımı süresinin başlangıcına yönelik oldukça tartişmalı bir açılım getirmektedir. Mahkemeye göre yoğunlaşmaların izinsiz gerçekleştirilmesi fiili sürekli ihlal teşkil etmektedir. Dolayısıyla, Komisyon tarafından söz konusu işleme izin verilene veya devralınan teşebbüs üzerindeki kontrol sona erinceye değin ihlal devam etmektedir (Serre 2013, 327). Bu çerçevede, ihlal sona erinceye değin zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Mahkemenin bu yorumu,

<sup>78</sup> Ibid., para. 196.

<sup>79</sup> İhlalin niteliğinin yaptırımdan yola çıkılarak belirlenmesinin hatalı olduğu iddiası kararın temyizinde ABAD önünde de dile getirilmiş ancak ABAD iddiaların genişletilmesi yasağı kapsamında gördüğü bu argümanı esasını değerlendirmeksizin reddetmiştir. Bkz. Case C-84/13 P *Electrabel v Commission*, para. 60-61.

<sup>80</sup> Ibid, para. 182.

<sup>81</sup> Bkz. dn. 61, para. 106 ve 206.

AB hukukunda izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşmalarda işlem taraflarının yalnızca beş yıl gizlenmek suretiyle cezalardan kurtulamayacaklarına dair bir sinyal olarak değerlendirilmiştir (Serre ve Lagathu 2013, 326-327).

Cezalara ilişkin olarak, Genel Mahkeme, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler konusunda yoğunlaşma işleminin rekabet hukuku endişeleri barındırmasının ihlali daha ciddi kılacağını ifade etmektedir. *Samsung/AST* kararında hafifletici neden olarak sayılmasına rağmen Mahkeme *Electrabel* kararında ihlalin kasten gerçekleştirilmemesi hafifletici neden olarak kabul etmemektedir. Nitekim Mahkeme bu ihlalin kasten işlendiğinin Komisyon tarafından ortaya konulmasının çok zor olduğunun altını çizmektedir.<sup>82</sup> Bununla birlikte kastın varlığının ve ihlalin gizlenmesinin ağırlaştırıcı nedenler olarak sayılabileceği belirtilmektedir.

Burada, son olarak Komisyonun *Marine Harvest* kararına değinmekte yarar görülmektedir. Kararda teşebbüsün hukuki kontrolünün devralınmasına rağmen Komisyondan gerekli izinler alınıncaya kadar fiili kontrolün uygulanmayacağına taraflarca kararlaştırılması ve bu kapsamda devralan Marine Harvest ASA tarafından teşebbüs üzerinde fiilen kontrol uygulanmamasının ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmeye bir etkisinin olmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>83</sup> Öte yandan, bu durum, teşebbüse verilen cezada indirim nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Bkz. dn. 61, para. 274.

<sup>83</sup> Bkz. dn. 54, para.81.

<sup>84</sup> Ibid., para. 158.

## BÖLÜM 3

# TÜRK HUKUKUNDA İZİNSİZ GERÇEKLEŞTİRİLEN YOĞUNLAŞMALARIN YAPTIRIM REJİMİ

## 3.1. BİLDİRİME İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELER VE KABAHAİN YASALLIK UNSURU

### 3.1.1. Genel Olarak

Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların bildirimine ilişkin hukuksal düzenlemeler arasında Kanun, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ), 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (2013/2 sayılı Tebliğ) ile Rekabet Kurulunca kabul edilen çeşitli kılavuzlar gösterilebilir. Bu mevzuatın haricinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 153. maddesinin üçüncü fıkrası, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümleri bu kapsamda sayılabilir. Bildirime ilişkin hukuksal düzenlemelerle kabahaın yasallık unsuru arasında oldukça yakından bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim “izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi” olarak özetlenebilecek tipik fiilin gerçekleşebilmesi için öncelikle ortada izin alınması gereken (bildirime tabi) bir yoğunlaşma işlemi bulunmalıdır.

4054 sayılı Kanun'un kabul edildiği tarihten bugüne değin değişmeden uygulanagelen 7. maddesinin ikinci fıkrasındaki; “Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul,

çıkarcacağı tebliğlerle ilan eder.” hükmüyle Türk hukukunda yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin *ex ante* zorunlu bildirim rejimi benimsenmektedir.

Kabahatin tipik işlenme şeklini düzenleyen Kanun’un 16. maddesinin ilk halinde “birleşme veya devralmanın (...) **süresi içinde bildirilmemesi** halinde elli milyon lira” para cezası verileceğini düzenleyen hüküm, sırasıyla, 02.07.2005 tarihli ve 5388 sayılı Kanun ve 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’la değiştirilerek; “izne tabi birleşme ve devralmaların **Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi**” halinde;

teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında

idari para cezası uygulanacağı kuralı getirilmiştir.

Öte yandan, Kanun’un 11. maddesinde Kurulun “*ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulayacağı*” hükmü bulunmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu hükmün 5728 sayılı Kanun’la getirilen değişiklikler esnasında unutkanlık eseri olarak burada bırakıldığı oldukça barizdir. Nitekim hâlihazırda Kanun’un herhangi bir kısmında ilgililere bildirimde bulunmadıkları için hangi miktarda veya oranda para cezası uygulanacağını gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kanunilik ilkesi gereği idarenin bu hususta herhangi bir yaptırım öngörmesi de mümkün değildir. Bu halde, Türk hukukunda yoğunlaşma işleminin **bildirilmemesinin** kabahat olarak düzenlenmediği, öte yandan, izne tabi yoğunlaşmaların **izinsiz gerçekleştirilmesinin** karşılığında yaptırım öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Kanımızca, Kanun değişikliğiyle varılan bu sonuç isabetlidir. Nitekim AB Komisyonu’nun vardığı sonucun aksine<sup>85</sup>, bildirim tabi bir işlemin gerçekleştirilmesinden önce “bildirmeme” kabahatinin işlenmesi mümkün olmadığından, söz konusu fiilin varlığının işlemin “izinsiz gerçekleştirilmesine” bağlı olduğunu öne sürmek yanlış

<sup>85</sup> Bkz. supra 2.2.3



olmayacaktır. Ayrıca, bu nedenle, işlemin bildirilmemesine ve izinsiz gerçekleştirilmesi ayrı ayrı cezalar öngörülmesi *ne bis in idem* prensibine aykırılık taşıyabilecektir.<sup>86</sup>

### 3.1.2. Bildirime İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Yoğunlaşma İşlemlerinin Tanımı, Eşik Sistemi ve Muafiyet Rejimi

Yoğunlaşma işlemlerinin tanımına ilişkin 4054 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde söz konusu işlemler kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; (i) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da (ii) bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması veya bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması olarak tanımlanmaktadır.

Yoğunlaşmaların Kurula bildirilmesi Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmalarının Kurula bildirilmesini takiben Kurulun işleme izin vermesi veya işlemi nihai incelemeye alması gerekmektedir. Bu noktada Kanun'un bahse konu maddesinde yer alan "*birleşme veya devralma anlaşmaları*" ibaresinin rekabet hukuku tekniği bakımından hatalı olduğunun belirtilmesi gereklidir. Zira birleşme veya devralma işlemlerinin her zaman bir anlaşma şeklinde ortaya çıkması gerekli değildir. Örneğin kontrolü devralan tarafın hiçbir anlaşmanın tarafı olmadığı pasif devralmalar, genel kurulda sermaye artırımı, borsadaki işlemler yoluyla devralmalar gibi hallerin de Kanun ve 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde birer yoğunlaşma işlemi oluşturacakları açıktır.<sup>87</sup>

Hangi tür yoğunlaşmaların Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler 2013/2 sayılı Tebliğ<sup>88</sup> ile 2010/4 sayılı Tebliğ'de yer almaktadır. 2010/4

<sup>86</sup> Bu noktada bildirilmiş bir işlemin dahi izinsiz gerçekleştirilebileceğinin hatırlatılmasında yarar görülmektedir. Ancak tezin ilerleyen kısımlarında yer verileceği üzere bir işlemin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra bildirilip bildirilmemesinin cezanın belirlenmesinde bir unsur olarak düşünülmesi daha makul görünmektedir.

<sup>87</sup> Örn. bkz. *CRVD kararı*, 07-11/71-23 sayı, 1.2.2007; *Turyağ kararı*, 08-63/1048-407 sayı, 12.11.2008. Nitekim Kanun'un 11. maddesinde isabetli bir şekilde birleşme ve devralma işlemi ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>88</sup> 2013/2 sayılı Tebliğ'in 2010/4 sayılı Tebliğ'den ayrılan yönü yalnızca belirlenen eşikler ve bildirim usulleri yönündendir. Bunun dışında Tebliğ'in 7. maddesi çerçevesinde bu işlemler bakımından da 2010/4 sayılı

sayılı Tebliğ’de yoğunlaşma işlemlerinin tanımı “kontrolde kalıcı değişiklik” kriterine bağlı kılınmaktadır. Bu kapsamda, kontrolün hukuksal (*de jure*) veya fiili (*de facto*) araçlarla elde edilebileceği hususu da Tebliğ ile düzenlenmektedir (m. 5/1-2).<sup>89</sup>

Yerini aldığı 1997/1 sayılı Tebliğ’in aksine, 2010/4 sayılı Tebliğ’de pazar payı eşliği benimsenmemekte; bunun yerine ciro eşikleri kabul edilmektedir. Öte yandan seri halinde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler ve şartla bağlanan işlemlerin de tek bir işlem olarak kabul edileceği düzenlenerek izne tabi işlemlerin küçük parçalara bölünerek denetimden kaçınılmasının önüne geçilmek istenmektedir. Belirtilmelidir ki, rekabet hukukunda nitelikleri itibarıyla önemli görülen ancak öngörülen ciro eşiklerini aşmayan diğer bazı işlemlerin denetim kapsamına dâhil edilmesini amaçlayan üç farklı yöntem bulunmaktadır. Bunlar; i) toplam değer (aggregation) yöntemi, ii) sektörel yöntem, iii) esaslı pazar gücü yöntemi olarak sıralanabilir (OECD 2015, 16). Bu anlamda 2010/4 sayılı Tebliğ’de benimsenen söz konusu yöntem toplam değer yöntemi olarak adlandırılabilir. Sektörel yöntemde belirli sektörlerde daha düşük seviyede ciro eşiklerinin veya tamamen farklı kriterlerin benimsenmesi (örn. perakende sektöründe eşiklerin metrekaresinden belirlenmesi) söz konusu olabilmektedir. Son olarak esaslı pazar gücü yönteminde belirli bir büyüklükteki pazar gücüne sahip teşebbüslerin bütün yoğunlaşma işlemlerinin bildirilmesi düzenlenebilmektedir. Öte yandan Tebliğ’de sektörel yöntem veya esaslı pazar gücü kriterine dayalı herhangi bir bildirim zorunluluğu bulunmamaktadır. Kurulun ciro eşiklerinin altındaki işlemleri *ex-post* denetleyemediği kabul edilirse<sup>90</sup> söz konusu kriterlerin Tebliğ’de yer almamasının yoğunlaşmaların kontrolünün etkin bir şekilde sağlanabilmesi perspektifinden önemli bir eksiklik olduğu söylenebilir.

Tebliğ’de dikkati çeken bir diğer husus bildirimle ilişkin herhangi bir muafiyet rejimine yer verilmemiş olmasıdır. Kanaatimizce bu durum bildirimle ilişkin düzenlemeler

---

Tebliğ uygulanmaktadır. Tezin kapsamı bakımından 2013/2 sayılı Tebliğ’in bu ayrık düzenlemelerine oldukça sınırlı olarak yer verilmektedir.

<sup>89</sup> Belirtmek gerekir ki kontrolde kalıcı değişiklik kavramının kontrolü eline alan yeni teşebbüsün aldığı kararların niteliği veya bu teşebbüslerin fiilen ne kadarlık bir süreyle kontrolü elinde bulundurduğu gibi hususlarla ilgisi bulunmamaktadır. Bu anlamda, önemli olan devralmanın gerçekleştiği an itibarıyla kontrolde kalıcı bir değişikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin objektif tasavvurdur. Bu hususta bkz. *Sabah kararı*, 01-51/512-125 sayı, 23.10.2001. Karş. *ATG kararı*, 14-24/488-218, 16.07.2014.

<sup>90</sup> Bu hususta bkz. 4054 sayılı Kanun 7. maddesi gerekçesi ve *Beta Marina kararı*, 15-29/421-118 sayı, 09.07.2015, karşı oy gerekçesi, para. 3.

bakımından bir ölçüde önemli görülebilecek bir eksiklikdir. Nitekim Tebliğ ile belirlenen eşiklerin üzerinde olmakla birlikte; borsadan seri halinde gerçekleşen devralmalar veya iflas gibi haklı görülebilecek diğer nedenlerle normal işleyiş dâhilinde izin alınmasının taraflara önemli yükler getirebileceği işlemlerin çeşitli koşullar altında eksiksiz bir ön bildirimden muaf tutulması (ICN 2002, 10) birçok hukuk düzeninde kabul görmektedir. Söz konusu koşulların varlığında teşebbüslerin işlemin gerçekleştirilmesini takiben bildirimde bulunma ve izin alma imkânı bulunmaktadır.<sup>91</sup> Bu yönüyle, bahse konu muafiyet düzenlemeleri *ex ante* zorunlu bildirim sisteminin istisnasını oluşturmaktadır.

Nitekim Kurulun *Van Et* kararında<sup>92</sup> söz konusu işlemlere idari yaptırım uygulanabilmesinin ortaya çıkarabileceği sorunlar gün yüzüne çıkmıştır. Yapılan inceleme sonucunda; "...’ün, Van Et’in yönetimine geçmek üzere İMKB’den şirket hisselerini almaya başladığı dönemde Kurul’dan izin almak üzere başvurması gerekirdi.” yorumunda bulunulan Kurul kararının Danıştay tarafından incelenmesinde;

“Görüldüğü üzere borsa işlemlerinin niteliği bakımından; borsa kotuna alınan hisse senetlerinin borsa yetkilisi tarafından belirlenen seans sürelerinde alım ve satımı gerçekleştirilen işlemler olduğu, bu işlemler açısından önceden izin alınarak birleşme veya devralmaların gerçekleşmesinin olanağı bulunmadığı anlaşılacakla birlikte, işlemin gerçekleştirilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde Kurul’a bildirilmesi ve Kurul’dan izin alınması gerekli bulunmaktadır.”<sup>93</sup>

sonucuna varılmaktadır.<sup>94</sup> Bu yönden, Tebliğ’de söz konusu işlemlerin AB hukukuyla paralel bir şekilde ayrıca düzenlenmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir.

### 3.1.3. Yoğunlaşmaların Kurul İzni Olmaksızın Gerçekleştirilmesi

İzne tabi yoğunlaşmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleşmesi 4054 sayılı Kanun’da öngörülen kabahatin tipik gerçekleştirilme biçimidir. Bu bağlamda, bir yoğunlaşma işleminin varlığı ve bu işlemin izne tabi olması söz konusu kabahatin gerçekleştirilebilmesinin önkoşuludur (Gündüz 2014, 23). Bu koşulların mevcudiyeti

<sup>91</sup> Bkz. supra 2.2.2

<sup>92</sup> *Van Et Kararı*, 06-36/459-121 sayı, 26.05.2006.

<sup>93</sup> Danıştay 13. D., 2006/4192 E. sayı, 29.01.2008. Onama: İDDK, 2008/2191 E. sayı, 14.02.2013. Kararda yaklaşık beş aylık gecikmenin makul bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>94</sup> Benzer bir karar için bkz. Danıştay 13. D., 2007/6432 E. sayı, 16.02.2010. Kararda, iki aylık gecikmenin makul bir gecikme olmadığı sonucuna varılmaktadır.

halinde tipik fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti bakımından “*Kurul izni*” ve “*gerçekleştirilme*”den ne anlaşılacağı oldukça önemlidir.

### 3.1.3.1. Kurul İzni

Kanun’un 10. maddesinde yoğunlaşma işlemlerinin Kurula bildirilmesini müteakiben Kurulun on beş gün içerisinde işleme izin vermesi veya bu süre içerisinde işlemi nihai incelemeye alarak Kanun’un dördüncü ve beşinci kısımlarındaki usullerin işletilmesi suretiyle nihai bir karara ulaşması emredilmektedir. Öte yandan, Kurulun süresi içerisinde bildirim herhangi bir cevap vermemesi veya herhangi bir işlem yapmaması halinde anlaşmaların otuz gün içerisinde yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacağı düzenlenmektedir. Bu noktada maddedeki; “*anlaşmaların yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacağı*” ibaresinin yoğunlaşma işlemlerine izin verilmiş sayılacağı şeklinde anlaşılması kanaatimizce daha isabetlidir.

### 3.1.3.2. Gerçekleştirilme

Birleşme veya devralmanın gerçekleştirilmesi kavramının rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesinde hukuksal olay ve işlemlerin yanı sıra ekonomik ve fiili gerçekliğin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>95</sup> Her ne kadar Kanun’un 16. maddesinde gerçekleştirilme kavramı kullanılsa da Kanun’un çeşitli yerlerinde bu anlama gelebilecek çeşitli ifadeler de yer verilmektedir. Bu çerçevede Kanun’un 7. maddesinin ikinci fıkrasında “*hukuki geçerlilik kazanabilme*”; 10. maddesinde “*yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanma*” ibareleri kullanılmaktadır. Bununla birlikte “*gerçekleştirilme*” kavramının işlemin yürürlüğe girmesi veya hukuksal geçerlilik kazanmasıyla ilgisi bulunmamaktadır. Zira yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi hukuki durumun yanı sıra fiili bir duruma da tekabül edebilmektedir. Nitekim bu durum 2010/4 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan; “Birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi, kontrolün değiştiği tarihtir.” hükmünden de kolayca anlaşılabilir.

Bilindiği üzere herhangi bir teşebbüs üzerinde kontrol uygulanabilmesinden kasıt; ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki

<sup>95</sup> Verifone kararı, 09-14/300-73 sayı, 13.4.2009.

uygulayabilme olanağıdır.<sup>96</sup> Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz kapsamında kontrol üç kısımda incelenmektedir: (i) hukuki tek kontrol, (ii) fiili tek kontrol ve (iii) ortak kontrol.

Kılavuzda yer verilen açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; hedef teşebbüsün hukuki kontrolünün devralınmasının yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi anlamına geldiği söylenebilecektir. Bu yönden hukuki kontrol Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesinde yer verilen hâkim-bağlı şirket ayrımıyla oldukça benzeşmektedir. Bununla birlikte devralan teşebbüs tarafından hukuki kontrolün devralınmamış olması, fiili kontrolün de devralınmadığı anlamına gelmemektedir. Hukuki ya da fiili olarak elde edilen belirleyici etki uygulama olanağının fiilen kullanılıp kullanılmamasının da “gerçekleştirilme” bakımından önemi bulunmamakta; bu imkânın elde bulundurulması da teşebbüs üzerinde kontrol hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir.<sup>97</sup> Bu itibarla, yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinin, “sözleşmenin imzalanması” veya “işlemin kapanışı” gibi hallerle doğrudan ilgisi bulunmamaktadır.<sup>98</sup>

Yoğunlaşma işlemlerinin çoğunda taraflar arasında devam eden *due diligence* sürecinin sonucunda tarafların uzlaşmaya varmalarıyla bir devir anlaşması imzalanmaktadır. Ancak bu anlaşma her zaman kontrolün hukuken veya fiilen devralana geçtiği anlamına gelmemektedir. Anlaşmaların yapılmasını müteakiben özellikle iki ayrı varlığın birleştirilmesine ve geçiş dönemindeki planlamaya ilişkin süreçler başlamaktadır. Bu süreçlerin sonucunda tarafların öngördükleri şekilde işlemin kapanışı gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla işlemin kapanışının gerçekleşmesiyle artık hukuki kontrolün devralanda olduğu söylenebilecek olmakla birlikte<sup>99</sup>, teşebbüsler bilinçli ya da bilinçsiz olarak aradaki süreçte de fiili kontrolü devralmış olabilirler. Burada kritik soru Kurul izninin alınmasından evvel teşebbüsler arasındaki anlaşmaların ve işbirliklerinin rekabet hukukunda hangi dereceye kadar kabul gördüğüdür.<sup>100</sup> Kurul kararları incelendiğinde hedef teşebbüsün fiili kontrolünün devralındığının kabul edildiği hallere aşağıdaki örnekler verilebilir:

<sup>96</sup> Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, para. 7.

<sup>97</sup> Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, para. 11.

<sup>98</sup> *Boynar kararı*, 12-44/1359-M sayı, 20.09.2012.

<sup>99</sup> *Total kararı*, 06-92/1186-355 sayı, 20.12.2006; Danıştay 13. D. 2007/4872 E. sayı, 05.01.2010.

<sup>100</sup> Bu hususta bkz. supra 1.3

- Devralan teşebbüs temsilcilerinin yönetim kurullarında yer alması<sup>101</sup>
- Hedef teşebbüsün müşterilerine devralan tarafından hizmet verilmeye başlanması<sup>102</sup>
- Televizyon programlarının hazırlanması ile reklam yeri satışı ile ilgili faaliyetlerin devralan tarafından yürütülmesi<sup>103</sup>
- Hedef teşebbüsün mallarının devralan teşebbüsün yönetim kurulu tarafından yönetilmesine izin verilmesi<sup>104</sup>
- Hedef teşebbüsün faturalarına ve işlemlerine müdahale edilmesi, çalışanlarına ilişkin sözleşmelerin incelenmesi<sup>105</sup>
- Bankalara olan muaccel borcun devralan teşebbüs tarafından ödenmesi<sup>106</sup>

### 3.2. NORMUN MUHATABI (FAİL)

Suçun tanımladığı tipik fiili hukuka aykırı şekilde gerçekleştiren kişi olarak da tanımlanabilecek (Toroslu 2009, 323) fail kavramının rekabet hukukundaki yansıması hem 4054 sayılı Kanun hem de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde önemli ölçüde kırılmalara uğramaktadır. Bu kapsamda, ceza hukukunda fiili gerçekleştiren kişinin insan olacağı telakkisiyle kabahatler hukukundaki tüzel kişilerin, dahası rekabet hukukunda teşebbüslerin, idari yaptırımın muhatabı kabul edilerek sorumlu tutulmaları düşüncesi çelişki halindedir. Öğretide tüzel kişilerin fiil ve kusur yeteneği olamayacağından tipik fiili gerçekleştiren gerçek kişilerin işledikleri kabahatler karşılığında tüzel kişilere yaptırım uygulanması Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesine dayandırılmaktadır (Kangal 2011, 106). Bununla birlikte, rekabet hukukunda normun muhatabı olarak doğrudan teşebbüsler belirlenmektedir (Gündüz 2010, 13). Teşebbüs kavramı ise bir gerçek veya tüzel kişiye tekabül edebileceği gibi ekonomik çıkar birliği içerisindeki kişi gruplarına da karşılık gelebilmektedir (Öz 2000, 163).

<sup>101</sup> *Sabah kararı*, 01-58/601-156 sayı, 4.12.2001; *Cegedim kararı*, 10-56/1089-411 sayı, 26.8.2010; *Kiri Holding kararı*, 11-33/723-226 sayı, 2.6.2011.

<sup>102</sup> *Superonline kararı*, 03-31/380-167 sayı, 8.5.2003.

<sup>103</sup> *Bilgin Yayıncılık kararı*, 05-78/1053-295 sayı, 10.11.2005.

<sup>104</sup> *Cegedim kararı*, 10-56/1089-411 sayı, 26.8.2010.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Flir Systems kararı*, 10-44/762-246 sayı, 17.6.2010.

Belirtilmelidir ki, kabahatler hukuku kapsamında uygulanan cezaların *gerçek* birer ceza yaptırımı olmadığı, bunların birer idari yaptırım olduğu hususu da öğretilerde genel kabul görmektedir (Özgenç 2007, 192; Toroslu 2009, 373). Bu çerçevede, kabahatler hukuku bağlamında da normun muhatabıyla idari yaptırım uygulanan kişinin/kişilerin aynı olması hususu (Özgenç 2007, 190) gözetilerek teşebbüslere yaptırım uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde normun muhatabı olarak “teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri” gösterilmektedir. Maddenin devamında birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana idari para cezası uygulanabileceği düzenlenmektedir. Bu açıdan birleşen teşebbüslerin veya devralan teşebbüsün Kanun çerçevesinde idari para cezası normunun muhatabı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Normun muhatabının devralan teşebbüs veya birleşen teşebbüsler olarak belirlenmesinden sonra dahi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 3. maddesi çerçevesinde amme borçlusu gerçek veya tüzel kişinin belirlenmesi de özellikle pratik açıdan önem arz etmektedir.<sup>107</sup> Yine de, özellikle ekonomik bütünlüğün tüzel kişilikle örtüşmediği durumlarda ceza makbuzunun kime gönderileceği tartışma konusu olabilmektedir. Örneğin Wils'e göre (2002) çeşitli ihtimaller gözetilerek yapılabilecek bu seçimde otoritenin belirli bir takdir yetkisi bulunmalıdır. Bu kapsamda otorite; ihlale ilişkin delillerin hangi şirkette yoğunlaştığı, ceza uygulanması sonucunda şirketin iflasa sürüklenip sürüklenmeyeceği, ana teşebbüsün merkezinin yurtdışında olması, tahsile ilişkin zorluklar gibi hususları da göz önüne alarak *teşebbüs çatısı altında kalmak kaydıyla* cezanın yavru veya ana şirkete uygulanmasına karar verebilecektir.<sup>108</sup> Bu konudaki bir diğer görüş, ana şirketle yavru şirket arasındaki kontrol ilişkisinin yanında, ana şirketin yavru şirketin ticari davranışları üzerinde belirleyici etki uyguladığının gösterilmesi halinde bu şirketin sorumluluğuna gidilebileceğini savunmaktadır (Kocadağ 2015, 62). Sağlam da (2015, 57-59) benzer

<sup>107</sup> Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin dördüncü fıkrasındaki yollama gereği, bahse konu idari para cezaları 6183 sayılı Kanun çerçevesinde tahsil edilmektedir.

<sup>108</sup> Öte yandan, ihlale ilişkin delillerin özellikle ana şirkete yoğunlaştığı durumlarda, yavru şirketlere ceza uygulanmaması daha adil bir uygulama olacaktır (Wils 2002). Bu hususta örn. bkz. *Total kararı*, 06-92/1186-355 sayı, 20.12.2006; *Mauna kararı*, 06-46/586-159 sayı, 29.6.2006.

şekilde ana şirketin hukuki sorumluluğunun bir *yönlendirme veya iştirak* çerçevesinde ortaya çıkabileceği görüşünü dile getirmektedir. AB hukukunda ise ABAD, ana şirketin yavru şirket hisselerinin tamamına veya tamamına yakınına sahip olması halinde bir belirleyici etki karinesini kabul etmektedir.<sup>109</sup> Buna göre, bu durumdaki bir ana şirketin ihlalde belirleyici etkisi bulunmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği ileri sürülmektedir. Öte yandan, söz konusu karinenin aksinin ispatının neredeyse imkânsız olduğu da çeşitli yazarlar tarafından dile getirilmektedir (Corre ve Daoud 2012, 85).

Kanaatimizce, bu kapsamda, AB hukukunda kabul edildiği üzere tam mülkiyete ilişkin karinenin kabulü makul olacaktır. Özellikle yoğunlaşma işlemleri bakımından herhangi bir gizlilik unsuru da bulunmadığından ana şirketin bu hususta sorumluluktan kurtulması oldukça zor görünmektedir.

Tablo-1’de yer verilen Kurul uygulamaları incelendiğinde Kurulun genellikle devralma işleminin doğrudan tarafı olan teşebbüsü amme borçlusu olarak belirlediği görülmektedir. Keza ana şirket, yavru şirketin hisselerinin tamamına sahip olsa da Kurul yavru şirketi ihlalden sorumlu tutmaktadır. Öte yandan, Kurulun çeşitli kararlarında farklı uygulamalara da rastlanabilmektedir. Örneğin *Ajanspress* kararında<sup>110</sup> devralma işleminin doğrudan tarafı olmamasına rağmen aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilen *Interpress*’in de ihlalden müteselsilen sorumlu tutulması bu bağlamda farklılık göstermektedir. Benzer şekilde *Binbirçiçek* kararında<sup>111</sup> devralma işleminin doğrudan tarafı olan yavru şirketin yanı sıra ana şirketlerin de müteselsilen sorumlu tutulması bu duruma örnek gösterilebilir. Öte yandan, her iki kararın da ortak yönü grup şirketlerinin aynı/benzer pazarlarda faaliyet göstermesidir.

Bununla birlikte Kurulun *TOBB* kararının<sup>112</sup> ana şirketlerin sorumluluğu açısından problemler barındırdığı söylenebilir. Kurul bu kararında;

Dosya konusu devralma işlemine ilişkin sözleşmede her ne kadar sözleşmenin imza kısmı *TOBB*’a açılmışsa da *TOBB-ETÜ A.Ş.*’nin taraf olarak gösterildiği dikkat çekmektedir.

<sup>109</sup> Case T-112/05 Akzo Nobel and Others v Commission, [2007], para. 60; Case C-97/08 *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009].

<sup>110</sup> *Ajanspress kararı*, 10-66/1402-523 sayı 21.10.2010.

<sup>111</sup> *Binbirçiçek kararı*, 10-27/393-146 sayı, 31.03.2010.

<sup>112</sup> *TOBB kararı*, 10-56/1088-408, 26.08.2010.



Bildirim formunda ise daha önce de ifade edildiği üzere TOBB ve TOBB-ETÜ A.Ş.’nin her ikisi de devralan olarak belirtilmektedir. Öte yandan ticaret sicil kayıtlarında devre konu Mesa Hastanesi’nin TOBB’a satıldığı zikredilse de, “hastanenin 31.7.2010 tarihi sonu itibarıyla işyeri olarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca kurulacak TOBB-ETÜ SAĞLIK HİZMETLERİ A.Ş.’ye devredileceği”nin öngörülmesi nedeniyle cezai sorumluluk söz konusu hastaneyi devralan olarak TOBB- ETÜ A.Ş.’ye aittir. Bu bağlamda 23.7.2010 tarihinde kurulmuş bir şirket olan TOBB-ETÜ A.Ş.’nin ne karar tarihinden bir önceki yıl olan 2009’da ne de daha öncesinde bir gayri safi geliri bulunmaktadır. Bu itibarla söz konusu teşebbüse, bahse konu hükümde belirtilen asgari cezanın uygulanması gerekecektir.

sonucuna vararak, kanımızca hatalı bir şekilde kuruluşların hukuksal formlarına ve sözleşmelerde yer alan hukuksal formülasyonlara fazlasıyla önem atfetmektedir. Hâlbuki rekabet hukukunda teşebbüs konsepti esasen ekonomik gerçekliği ön planda tutmaktadır. Yukarıda yer verildiği üzere, TOBB’un hisselerinin neredeyse tamamına sahip olduğu aynı teşebbüs çatısı altındaki bir şirkete de kabahat nedeniyle yaptırım uygulanması mümkün olmakla birlikte, Kurulca, buradan ana teşebbüsün sorumluluğu bulunmadığı sonucuna ulaşması kanaatimizce sorunludur.

Kurulun bu süreçte verdiği diğer birtakım kararlarda da teknik açıdan çeşitli hatalar bulunduğu göze çarpmaktadır. Örneğin Kurulun *Swedish Match* kararında<sup>113</sup> kurulan ortak girişime idari para cezası verilmesi dikkat çekmektedir. Hâlbuki yeni kurulan ortak girişimin tipik fiilin işlenmesi sonucunda ortaya çıktığı göz önüne alınırsa bu hususta ortak girişime ceza uygulanması pek anlaşılır değildir. Öte yandan ciro su bulunmadığından ötürü yeni kurulan ortak girişime ceza uygulanmasının etkisiz bir yaptırım olacağı da söylenebilir.

*Mauna* kararında<sup>114</sup> devre konu şirkete idari para cezası uygulanması da dikkat çeken uygulamalardan birisidir. Hâlbuki devralınan şirket, devrin gerçekleştiği an itibarıyla artık devralan teşebbüsün bünyesine katıldığından bu yaptırımın izahı zor görünmektedir. Üstelik aynı grup bünyesindeki iki şirkete aynı eylem nedeniyle ceza verilmesinin *non bis in idem* ilkesine aykırı düştüğü söylenebilecektir.

<sup>113</sup> *Swedish Match kararı*, 00-29/309-176 sayı, 3.08.2000. Benzer kararlar için bkz. *Kiler kararı*, 06-32/392-102 sayı, 04.05.2006; *Anayurt kararı*, 14-22/422-186 sayı, 25.06.2014.

<sup>114</sup> *Mauna kararı*, 06-46/586-159 sayı, 29.6.2006.

Benzer şekilde, diğer bazı kararlarda da bahse konu ilkeyle bağdaşmayacak şekilde Kurulun şirket ortaklarına ayrı ayrı para cezası verme uygulaması göze çarpmaktadır. Örneğin Kurulun *BNet* kararında<sup>115</sup> hem tüzel kişiye hem de bunun hissedarlarına ayrı ayrı idari para cezası uygulanmıştır. Ortak girişim kurulan bir diğer karar olan *Ereğli Denizcilik* kararında<sup>116</sup> işlem taraflarını oluşturan gerçek kişilerin tamamına ayrı ayrı idari para cezası uygulanmıştır. *Nazar* kararında<sup>117</sup> ise tüzel kişilere yaptırım uygulanmaksızın şirket hissedarlarının tamamına ayrı ayrı idari para cezası verilmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce, isabetli bir şekilde, Kurulun *Turyağ* kararında<sup>118</sup> devralan gerçek kişilere müteselsil sorumlu olmak üzere tek bir ceza verildiği görülmektedir.

Özelleştirmelere ilişkin mevzuat kapsamında, Kurulun *FKK Fon* kararında<sup>119</sup> TMSF'ye idari para cezası uygulanması gündeme gelmiş; ancak TMSF'nin teşebbüs niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılarak ceza uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda yalnızca devralan teşebbüse yaptırım uygulanmıştır. Kanaatimizce kararda bu sonuca ulaşılmakla birlikte, **teşebbüs niteliği taşımayan** TMSF'nin bildirim yükümlülüğü olduğunun kabulü de kendi içinde çelişkili bir durumdur.<sup>120</sup> Kurulun *Tellcom* kararında ise bildirim yükümlülüğünün BOTAS' ta olduğu kabul edilerek, *FKK Fon* kararının aksine devralan teşebbüse idari yaptırım uygulanmamıştır.<sup>121</sup> Hâlbuki karşı oy yazısında da belirtildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi, yoğunlaşmanın izinsiz bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde devralan teşebbüse yaptırım uygulanmasını emretmektedir. Bu bağlamda, bugünkü düzenlemeler bakımından da, -yoğunlaşma işlemlerinin bildirilmemesi Kanun'da kabahat olarak düzenlenmediğinden- gerek 2013/2 sayılı Tebliğ gerekse de 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde bildirim tabi yoğunlaşma işlemlerinin izinsiz gerçekleştirilmesi durumunda yalnızca devralan teşebbüse yaptırım uygulanabilecektir.

<sup>115</sup> *Bnet Kararı*, 02-57/717-286 sayı, 27.09.2002.

<sup>116</sup> *Ereğli Denizcilik kararı*, 04-79/1147-287 sayı, 16.12.2004.

<sup>117</sup> *Nazar kararı*, 07-30/293-110 sayı, 05.04.2007.

<sup>118</sup> *Turyağ kararı*, 08-63/1048-407 sayı, 12.11.2008.

<sup>119</sup> *FKK Fon kararı*, 06-59/779-228 (b) sayı, 24.8.2006.

<sup>120</sup> Kararın karşıoyunda bildirim yükümlülüğünün kime ait olduğu hususunda zıt görüşlerin ortaya konulması ilgi çekici olsa da bugünkü düzenlemeler bakımından idari yaptırımın devralan teşebbüse uygulanacağı düzenlemesi karşısında güncelliğini yitirdiği düşünülmektedir.

<sup>121</sup> *Tellcom kararı*, 10-24/327-115 sayı, 18.3.2010.

### 3.3. İDARİ PARA CEZASI YAPTIRIMININ BELİRLENMESİ

#### 3.3.1. Cezanın Belirlenmesi

Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi karşılığında sorumlulara uygulanan para cezalarının belirlenmesinde Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5-7. maddelerine paralel şekilde temel para cezasının çeşitli unsurlar gözetilerek belirlenmesine ve bireyselleştirilmesine yönelik kurallar yer almamaktadır. Dahası 4054 sayılı Kanun bu hususta Kurulun önüne gelen her ihlalde aynı yaptırımın uygulanmasını emretmektedir. Bu bağlamda ihlalden sorumlu olan teşebbüslere;

teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında

idari para cezası uygulanması gerekmektedir.<sup>122</sup> İncelenen devralmanın Kanun'un 7. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin esas değerlendirmesi bu anlamda önem taşımamaktadır.<sup>123</sup>

Verilecek cezaya esas alınması gereken teşebbüslerin yıllık gayrisafi gelirlerin hesaplanmasında Kurulun farklı yöntemler benimseyebildiği görülmektedir. Öte yandan bu farklılıklar, verilecek cezanın miktarının belirlenmesine oldukça etkili olmasının

<sup>122</sup> Bu noktada, durumun icaplarına göre bildirilmeyen birleşme/devralma işleminin farklı yaptırımlara da kapı aralayabileceği belirtilmelidir. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen para cezası bunlardan bir tanesidir. Buna göre teşebbüsler izin almaksızın 7. maddenin birinci fıkrasına aykırı bir devralma işlemini gerçekleştirdiklerinde cirolarının yüzde onuna kadar para cezasıyla karşılaşabileceklerdir. Bu cezanın bildirim eşiği altında kalan işlemlere uygulanıp uygulanamayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Benzer şekilde hukuka aykırı bilgi değişimi ve anlaşma nedeniyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında idari para cezaları da uygulanabilecektir. Bkz. supra 1.3.1. Bahse konu tartışmalar tezin kapsamını aştığından konu burada tartışılmamaktadır.

<sup>123</sup> 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında 2008 yılında yapılan değişikliklerle maddedeki "Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara" ifadesi "Bu kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışta bulunanlara" olarak değiştirilmiştir. Bu bağlamda 2008 yılı öncesinde Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "para cezası ile birlikte" ifadesinin bu maddeye atıf yaptığı ve dolayısıyla 16. maddenin (b) bendi kapsamında ceza verilemeyeceği ileri sürülebilecekse de; gerek 16. maddenin üçüncü gerekse de birinci fıkrasında yapılan değişiklikler sonrasında bu yorumun isabetsiz olacağı değerlendirilmektedir.

yanı sıra, teşebbüslerce tutarsızlık olarak görülebilecek ve nihayetinde caydırıcılığın azalması sonucunu doğurabilecek niteliktedir (Gündüz 2014, 45-47). Tablo-1'deki kararlar incelendiğinde, teşebbüs cirosunun belirlenmesinde farklı uygulamaların söz konusu olduğu gözlemlenmektedir. Kurul uygulamasında genellikle devralma işleminin doğrudan tarafı olan şirketin cirosunun esas alındığı görülmektedir.<sup>124</sup> Kurulun hangi cironun esas alınacağı konusunda diğer uygulamaları; i) teşebbüsün Türkiye'de elde ettiği toplam ciro<sup>125</sup>, ii) devralma işleminin doğrudan tarafının ilgili pazarda kurulan ortak girişim yoluyla elde ettiği ciro<sup>126</sup>, iii) devralma işleminin doğrudan tarafının ilgili pazar cirosu<sup>127</sup>; iv) devralma işleminin doğrudan tarafının Türkiye'de gerçekleştirdiği ilgili pazar cirosu<sup>128</sup>; v) teşebbüsün toplam cirosu<sup>129</sup>; vi) yeni kurulan ortak girişimin cirosu<sup>130</sup> olarak sıralanabilir.

Teşebbüs cirosunun nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin tartışmalar bu tez kapsamının çok ötesinde olmakla birlikte burada belirli bazı sorunlara değinmek yerinde gözükmemektedir. Bunlardan birisi yeni kurulan ortak girişimin cirosu üzerinden devralan teşebbüslere ceza uygulanmasıdır. Bu uygulamanın iki nedenle hatalı olduğu düşünülmektedir. Bunlardan birincisi yeni kurulan ortak girişimin, yukarıda belirtildiği üzere, normun muhatabı olamayacağıdır. Bu nedenle yeni kurulan ortak girişimin cirosunun ceza verilmesine esas alınması teknik açıdan hatalıdır. Öte yandan, aksi mümkün olmakla beraber, izin alınmaksızın kurulan ortak girişime yaptırım uygulanan tarih itibarıyla ortak girişimin herhangi bir cirosunun bulunmaması pek muhtemeldir. Dolayısıyla, devralan teşebbüslere asgari miktar üzerinden verilen cezanın caydırıcılık bakımından yetersiz olacağı muhakkaktır.

Bu bağlamda ikinci bir sorun ilgili pazar ciroları üzerinden verilen cezalardır. İlgili pazar ciroları üzerinden verilen cezaların esasa ilişkin ihlaller bakımından uygulanması daha makul karşılanabilecek olmakla beraber (Aydemir 2014, 72), tez

<sup>124</sup> Kurulun incelenen on yedi kararından yedisinde bu şekilde idari yaptırım uygulanması göze çarpmaktadır.

<sup>125</sup> *Corio kararı*, 08-43/588-221 sayı, 03.07.2008. Karş. *Simsmetal kararı*, 09-42/1057-269 sayı, 16.09.2009.

<sup>126</sup> *Fina kararı*, 09-02/19-12 sayı, 14.01.2009.

<sup>127</sup> *Selçuklu Holding kararı*, 09-57/1355-348 sayı, 25.11.2009.

<sup>128</sup> *Flir Systems kararı*, 10-44/762-246 sayı, 17.06.2010.

<sup>129</sup> *Binbirçiçek kararı*, 10-27/393-146 sayı, 31.03.2010; *Ajanspress kararı*, 10-66/1402-523 sayı 21.10.2010.

<sup>130</sup> *Anayurt kararı*, 14-22/422-186 sayı, 25.06.2014.

kapsamında incelenen yaptırımlarda ilgili pazar cirosunun esas alınması kanaatimizce izah edilebilirlikten uzaktır. Birçok devralma işlemi bakımından ilgili pazarın tanımlanmaması bir yana; bu uygulamanın istikrar kazanması, örneğin, konglomera ve dikey devralmalar ile ortak girişimleri neredeyse bildirim yükümlülüğünün kapsamı dışına çıkarmak anlamına gelecektir.<sup>131</sup>

Son olarak devralma işlemlerinin doğrudan tarafı olan şirketlerin cirolarının cezaya esas alınmasının ceza adaletinde önemli problemler doğuracağını belirtmek gerekmektedir. Zira bu halde, devralma işlemi bağlı şirketleri aracılığıyla gerçekleştiren teşebbüsler diğerlerine nazaran önemli ölçüde avantaj kazanabileceklerdir. Bu kapsamda örneğin *TOBB* kararında<sup>132</sup> teşebbüse 11.446 TL ceza uygulanırken *Simsmetal* kararında<sup>133</sup> teşebbüse 1.5 milyon lira gibi bu kapsamda verilen en yüksek para cezasının uygulanması hakkaniyet duygularını zedeleyebilecek niteliktedir.

Cezanın belirlenmesinde normun muhatabı bakımından Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesindeki zaman bakımından uygulanma hükümleri dikkat edilmesi gereken bir diğer husustur. Kurul uygulamasında da bu hususun dikkate alınarak fiilin gerçekleştiği dönemde normun muhatabı açısından daha lehe bir hüküm varsa bunun uygulandığı görülmektedir.<sup>134</sup>

### **3.3.2. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi Kapsamında Öneriler**

#### **3.3.2.1. Genel Olarak**

Kabahatler hukukundaki kanunilik ilkesi gereğince kabahat karşılığında öngörülen yaptırımın türü, süresi ve miktarı ancak kanunla belirlenebilmektedir. Bu çerçevede yasa koyucunun cezalar bakımından uygulayıcıya takdir yetkisi tanımadığı hallerde temel cezanın belirlenmesinde bir takım unsurların gözetilmesi ve cezaların bireyselleştirilmesine yönelik herhangi bir karar alınabilmesi de söz konusu değildir.<sup>135</sup>

<sup>131</sup> Öte yandan bu konudaki uygulamaya Danıştay 13. D., 26.03.2013 tarihli ve 2010/762 E. sayılı kararıyla vize vermesi, hatalı olduğunu düşündüğümüz bu uygulamanın yerleşik bir içtihadı dönüşmesine yol açmamalıdır.

<sup>132</sup> Bkz. dn. 112.

<sup>133</sup> *Simsmetal kararı*, 09-42/1057-269 sayı, 16.09.2009.

<sup>134</sup> Örneğin bkz. *Kansai Paint kararı*, 09-34/791-194 sayı, 05.08.2009. Karş. Danıştay 13. D. 2007/6432 E. sayı, 16.02.2010.

<sup>135</sup> *Akzo Nobel kararı*, 10-24/339-123 sayı, 18.03.2010.

Esasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan, "Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir." hükmü bu durumu veciz bir şekilde özetlemektedir.

Öte yandan rekabet politikası bakımından, ihlalden sorumlu olan teşebbüslere uygulanan idari yaptırımların düşük para cezalarından ibaret olması ise teşebbüslerce Kanun'un ihlali yönünde bir teşvik olarak algılanabilecek ve böylece bütün bir yoğunlaşmaların kontrolü rejiminin etkinliğinin tehlikeye girmesi sonucunu doğurabilecektir. Grafik-2 incelendiğinde 2011 yılından bu yana yalnızca bir ihlalin tespit edildiği gözlemlenmektedir. Bu durumun nedeni, elbette ki, uygulanan yaptırım politikasının etkililiği ve teşebbüslerin rekabet hukukuna uyum hususundaki azami dikkatleri olabileceği gibi; pekâlâ yaptırımlara ilişkin belirsizlikler, piyasadaki işlemlerin takibinin yapılamaması ve zamanaşımı süresinin sonunda teşebbüslerin ceza almaksızın kurtulabileceklerine yönelik algıları da olabilecektir.

Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından, AB ve ABD hukuklarında görüldüğü üzere, cezaların belirlenmesinde Kurula takdir yetkisinin yasayla tanınması önemli bir ihtiyaç olarak durmaktadır. Bu yönden caydırıcılığın ve ceza adaletinin etkin bir şekilde sağlanabilmesi amacıyla cezaların belirlenmesinde çeşitli unsurlara yer verilmesinin yaptırım politikası bakımından daha etkili sonuçlar doğurabileceği değerlendirilmektedir.

### **3.3.2.2. Cezalarda Muhtemel İndirim Nedenleri**

#### **3.3.2.2.1. İşlem Taraflarınca Bildirimde Bulunulması**

Yoğunlaşmaların izinsiz gerçekleştirilmesi ihlalleri kapsamında en dikkat çeken tartışma devralma taraflarının işlemi bildirmiş olmalarının uygulanacak para cezası bakımından dikkate alınıp alınmayacağı hususudur. Özellikle 5388 sayılı Kanun'la 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikler öncesinde<sup>136</sup> işlemin Kurulca resen inceleme başlatılmasından önce bildirilmesi halinde sorumlulara idari para cezası uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur.<sup>137</sup> Bahse konu

<sup>136</sup> *Supra* 3.1.1.

<sup>137</sup> Kurulun konuyla ilgili ilk kararlarından 9.1.2001 tarihli ve 01-03/10-03 sayılı *Koç Holding A.Ş.* kararında;

değişiklikler sonrasında ise işlemin taraflarca bildirilmesi hususunun idari para cezasına hükmedilmesinde dikkate alınmadığı görülmektedir. Öte yandan, bu durumun izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşmaların taraf teşebbüslerce bildirilmesine ilişkin teşvikleri önemli ölçüde ortadan kaldıracığı açıktır. Zira 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonrasında bu türden ihlallere yönelik cezaların kayda değer bir şekilde arttığı da göz önünde bulundurulduğunda teşebbüslerin resen incelenme riskini de göze alarak zamanaşımı süresinin geçmesini beklemeleri ekonomik açıdan rasyonel bir davranıştır.

Bu kapsamda, işlemin gerçekleştirilmesinden sonra durumun farkına varılır varılmaz derhal Kurula bildirimde bulunulmasının cezaların bireyselleştirilmesinde dikkate alınabileceği değerlendirilmektedir. Bu yolla teşebbüslerin kasten bir işlemi Kurula bildirmeyerek zamanaşımı sürelerinin dolmasını beklemelerinin önüne geçilmesi muhtemeldir.

### 3.3.2.2.2. Hedef Teşebbüsün Kurul İzni Alıncaya Değın Ayrı Bir Ekonomik Bütünlük Olarak Korunması (Hold-Separate)

Ceza takdirinde bir diğer önemli unsur, devralınan teşebbüs üzerinde her ne kadar hukuksal kontrol imkânı elde edilse de, devralan teşebbüsün, Kurulun iznine kadar ilgili teşebbüs üzerinde fiilen kontrol uygulamaması halidir.<sup>138</sup> Genellikle gönüllü bildirim sistemlerinde daha yaygın uygulama alanı bulan *hold-separate* modeli, otoritenin

---

*"Kurul'un herhangi bir şekilde haberdar olmasıyla mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflarca bildirilmesi zorunlu bir birleşme veya devralma işlemi, süre sınırlaması olmaksızın, Kurul'a bildirildiği takdirde Kanun'un 16. maddesi hükmünün uygulanması söz konusu değildir. Ancak bildirilmesi zorunlu bir birleşme veya devralma işlemi Kurul'a bildirilmemiş fakat Kurul bu işlemden herhangi bir şekilde haberdar olmuşa o takdirde Kanun'un 16. maddesi hükmü uygulanabilecektir."*

ifadeleri dikkat çekmektedir. Bu yorum çerçevesinde *ex ante* bildirim sisteminin varlık nedeninin ve doğru işleyişinin bizzat Kurul tarafından tehlikeye düşürüldüğü söylenebilecektir. Öte yandan Kurulun 27.09.2002 tarihli ve 02-57/717-286 sayılı *BNET* kararında bu yanlış içtihadından vazgeçtiği görülmektedir. Bununla birlikte, Kurulun 15.11.2006 tarihli ve 06-84/1079-312 sayılı *La Dieti Foundation* kararında önceki yanlış içtihadını tekrar, lehe kanun ilkesi çerçevesinde, uygulayarak ilgili teşebbüse ceza uygulamaması anlaşılabilir değildir. Bu hususta Kurul kararlarıyla aynı yöndeki Danıştay kararları için bkz. Danıştay 13. D., 16.12.2004 tarihli ve 2005/7203 E. sayılı; 03.05.2005 tarihli ve 2005/1016 E. sayılı kararları. Öte yandan karşıoyda bulunsa da İDDK'nin 03.11.2011 tarihli ve 2007/1429 E. sayılı kararında yer verilen ifadeler dikkat çekici ve bir o kadar da isabetlidir:

*"Esasen bir işlemin geçerliliği izne tabi tutulmuşsa, bu işlemin yapılacağına dair ilgili makama yapılacak bildirim de en azından bu işlemin yapılma tarihinden önce olması eşyanın tabiatı gereğidir."*

<sup>138</sup> Örn. bkz. *Flir Systems kararı*, 10-44/762-246 sayı, 17.6.2010; *Total kararı*, 06-92/1186-355 sayı, 20.12.2006; *CRVD kararı*, 07-11/71-23 sayı, 1.2.2007.

sonradan müdahale olasılığına karşılık hedef şirketin bir süre devralan teşebbüsten ayrı tutulmasını ifade etmektedir (OECD 2015, 6). Belirtmek gerekir ki, hedef teşebbüsün Kurul izni alınana değin devralan teşebbüsten ayrı bir bütünlük olarak tutulması kabahate konu fiilin gerçekleştirilmediği anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda hem Kurul ve Danıştay hem de AB Komisyonu ve ülkeleri bu hususun ihlalin varlığına ilişkin değerlendirmede dikkate alınamayacağını haklı olarak belirtmektedir.<sup>139</sup> Öte yandan, teşebbüsün devir işleminin gerçekleşmesine rağmen pazarda yapısal değişiklikler ortaya çıkmaması yönündeki çabası ceza takdirinde dikkate alınabilecek bir husustur. Keza AB Komisyonunun çeşitli kararlarında bu durumun hafifletici neden olarak belirlendiği görülmektedir.<sup>140</sup>

### 3.3.2.2.3. Teşebbüsün İhlali Kabul Etmesi ve İncelemeye Yardımcı Olması

AB hukukunda teşebbüslerin ihlali kabul ederek bildirimde bulunmaları pişmanlık başvurusu anlamına gelmemekte ve bu kapsamda bir indirim nedeni olarak algılanmamaktadır. Bilindiği gibi pişmanlık müessesesi gizli kartel anlaşmalarını ortaya çıkarmak üzere oluşturulmuş bir teşvik mekanizmasıdır. Bu nedenle teşebbüslerin bu ihlal kapsamında pişmanlıktan yararlanmaları söz konusu edilmemektedir. Öte yandan, teşebbüslerin ihlali kabul ederek incelemeye yardımcı olmaları kamu otoriteleri bakımından kaynak tasarrufu sağlamaktadır.

Öte yandan teşebbüslerin yalnızca devralma bildiriminde bulunmaları ihlalin kabulü anlamına gelmemektedir. Bu yönde, bildirimde bulunularak devralma başvurusunda bulunan taraflar Kurulun idari tasarruflarına karşı dava haklarını kaybetmeyecekleri gibi; yalnızca bildirimde bulunmuş olmak nedeniyle cezadan indirim de talep edememeleri gerekir.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Danıştay 13. D., 2007/4872 E. sayı, 05.01.2010. Örneğin Alman Rekabet Otoritesi Bundeskartellamt 2008 yılında Mars Inc.'ye verdiği 4.5 milyon Euro cezada teşebbüsün devralmanın Almanya'da etkilerini doğurmaması için dağıtım ağının kontrolünün henüz fiilen devralınmadığına (*carve-out*) ilişkin savunmasını yalnızca indirim sebebi olarak dikkate almıştır (OECD 2014, 5). Karş. *Batıçım kararı*, 10-38/641-217 sayı, 27.05.2010.

<sup>140</sup> Supra 2.2.3

<sup>141</sup> Bu yönde bkz. dn. 61, para.30,35.



### **3.3.2.3. Cezalarda Muhtemel Artırım Nedenleri**

#### **3.3.2.3.1. Kabahatin Kasten İşlenmesi/Gizlenmesi**

İhlalin kasten gerçekleştirilmesi halinde cezaların artırılmasına ilişkin AB Komisyonunun çelişkili kararları mevcut ise de genellikle ihlalin taksirle işlenmiş olmasının bir indirim sebebi sayılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, ihlalin kastla işlendiğinin tespiti durumunda bunun ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Gerçekten de söz konusu kabahat bakımından, kabahatin kasten işlendiğinin tespiti oldukça meşakkatli, çoğu zaman imkânsız bir iştir. Bu nedenle ihlalin kastla işlendiğinin Kurulca ispat edilmesi durumunda cezalarda artırıma gidilmesi daha makul gözükmemektedir.

#### **3.3.2.3.2. İşlem Nedeniyle Rekabetçi Zarar Doğması**

Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin bildirim ve izin sisteminin ana amacı rekabet karşıtı yoğunlaşmalarda yapısal değişiklikler gerçekleşmeden önce *ex ante* denetim yapılabilmesini ve çözümler bulunabilmesini teminen rekabet otoritelerinin işlemin gerçekleşmesinden önce haberdar edilmelerini ve öngörülen süreler içerisinde işlemi değerlendirmelerini sağlamaktır. Bu bağlamda, kamunun yoğunlaşma işlemlerinin denetlenmesindeki menfaatlerini ihlal etmesinin yanı sıra, işlemin rekabet karşıtı etkiler barındırmasına rağmen gerçekleştirilmesi halinde ilgili pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin ve tüketicilerin hukuka aykırı olarak zarara uğratıldıkları ve işlem nedeniyle devralan teşebbüsün haksız kazanç elde ettiği muhakkaktır. Bu nedenle, Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*ihlalin haksızlık içeriği*”ne ilişkin değerlendirme bağlamında, rekabet hukuku problemleri barındıran işlemin izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle sorumlulara verilecek idari para cezalarının da diğerlerine nazaran daha yüksek olması doğaldır.

#### **3.3.2.3.3. İhlalin Tekerrürü**

Yoğunlaşmaların kontrolü mevzuatı bağlamında teşebbüslerin her bir ihlali kamunun meşru menfaatlerinin korunmasına hizmet eden *ex ante* bildirim sisteminin

etkin işleyişini tehlikeye atmaktadır. Bu bakımdan tekerrür hallerinde ihlalden sorumlu teşebbüslere artırılmış cezaların verilmesinde kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur.<sup>142</sup>

### 3.4. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, ceza teorisi bağlamında, ceza ilişkisini ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir (Centel vd. 2010, 742 vd.). Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun'da 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler çerçevesinde Kanun'daki zamanaşımı sürelerine ilişkin hüküm ilga edilmiş; bu çerçevede Kabahatler Kanunu'nda yer alan zamanaşımı hükümleri rekabet ihlalleri bakımından da uygulama alanı bulmuştur.

AB ve ABD hukuklarında *gun jumping* ihlalleri sürekli ihlaller olarak görülmekte; bu nedenle hedef teşebbüs üzerindeki kontrol sona erinceye veya ilgili otoritelerden izin alınıncaya değin zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamayacağı kabul edilmektedir. Fransız hukukunda ise söz konusu ihlaller etkisi devam eden anlık ihlaller olarak değerlendirilmektedir.<sup>143</sup> Konuya ilişkin Kurul kararları incelendiğinde ise bu hususun tartışma konusu olmadığı; ihlallerin anlık ihlal kabul edilerek kontrolün devralan teşebbüse geçtiği tarihten itibaren zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.<sup>144</sup>

Fransız Rekabet Otoritesi ve Danıştay<sup>145</sup> *Colruyt* kararında, etkileri belirli bir süre devam eden anlık ihlallerle kesintisiz ihlaller arasında ayırım yapılmaktadır.<sup>146</sup> Bu çerçevede, örneğin, yapı ruhsatı alınmayan bir binanın inşa edilmesi, etkileri belirli süre devam eden anlık ihlallerden sayılmakta; bildirim yapılmadan önce yoğunlaşma işleminin

<sup>142</sup> Konuya ilişkin idari para cezalarının oldukça düşük olmasının ve tekerrürün önleyici etkisinin bulunmamasının ortaya koyduğu çarpıcı bir örnek 10.11.2005 tarihli ve 05-78/1053-295 sayılı *Bilgin Yayıncılık* kararıdır. Teşebbüse henüz 4.12.2001 tarihli ve 01-58/601-156 sayılı *Sabah kararıyla* uygulanan para cezasının etkili olmadığı kararın üzerinden daha on ay geçmeden teşebbüsün yeniden benzer bir ihlal gerçekleşmesinden anlaşılabilir. Benzer bir vaka için bkz. *Kiler kararı*, 09-33/728-168 sayı, 15.7.2009. Tekerrür kurumunun ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler bu tez kapsamının dışındadır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. (Sağlam 2015).

<sup>143</sup> Supra 2.2.3

<sup>144</sup> Zamanaşımına uğraması nedeniyle idari para cezası yaptırımını uygulanmayan kararlara Tablo-2'de yer verilmektedir.

<sup>145</sup> Fransız Ticaret Kanunu'nun L.430-8 maddesinin birinci fıkrasına göre; bir yoğunlaşma işleminin bildirilmeksizin gerçekleştirilmesi halinde sorumlulara Fransa'da gerçekleştirilen bir önceki yıl cirolarının %5'ine kadar para cezası uygulanabilmektedir.

<sup>146</sup> Fransız Rekabet Otoritesi'nin 11 Mayıs 2012 tarihli ve 12-D-12 sayılı *Colruyt* kararı. Fransız Danıştay'ın 24 Haziran 2013 tarihli ve n°360949 sayılı *Société Colruyt France et Établissement Fr. Colruyt* kararı.

gerçekleştirilmesinin de, her ne kadar pazardaki etkileri devam etse de, aynı tür anlık ihlallerden olduğu savunulmaktadır. Kanaatimizce de bu yaklaşım yerindedir. Zira her ne kadar izin alınmaksızın gerçekleştirilen devralmalar bakımından pazarda bir yapısal değişiklik meydana getiriliyor olsa da, bu yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinin kesintisiz bir ihlal sayılabilmesi için fiilin süregelen bir şekilde devam ettiğinin ortaya konulması gerektiği açıktır. Hâlbuki yoğunlaşma işlemi tek seferde gerçekleştirilmekte, bu da kontrolün devralan tarafa geçmesiyle tamamlanmaktadır.

Kanaatimizce, Türk hukuku bağlamında, Kurulun konuya yaklaşımı isabetlidir. Gerçekten de Fransız Danıştay ve Fransız Rekabet Otoritesinin de ortaya koyduğu üzere mal ve hizmet piyasalarında yapısal değişiklikler ortaya çıkarmak suretiyle her ne kadar etkisi devam etse de; gerek AB hukukunda yer alan uygulamaya geçirme (*implement*) gerekse de Türk ve Fransız hukuklarındaki gerçekleştirme (*être réalisée*) kavramı anlık bir ihlale işaret etmektedir. Bu bağlamda, kabahat kontrolün devralana geçişiyle gerçekleşmekte ve tamamlanmaktadır. Mal ve hizmet piyasalarında yapısal değişiklikler ortaya çıkarılması (*kontrolde kalıcı değişiklik*) ise kabahatin neticesidir.

Bununla birlikte, söz konusu yorum farklılığının, ihlalin AB-ABD hukukunda düzenleniş şekliyle Fransız ve Türk hukuklarındaki düzenleniş şekilleri arasındaki farklılıktan kaynaklandığı da ileri sürülebilir. Tezin ikinci bölümünde belirtildiği üzere ihlalin bekleme sürelerine uyulmaması olarak da tanımlanabileceği ABD hukukunda bu süreler tam ve doğru bir bildirim olmadan başlamayacağından ihlal sürekli ihlal haline dönüşebilmektedir. Benzer şekilde bekleme yükümlülüğünün düzenlendiği AB hukukunda da aynı sonuca varılabilecektir. Öte yandan ihlalin “devralma işleminin izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi” olarak tanımlandığı Türk ve Fransız hukuklarında ihlalin anlık bir ihlal olarak görülmesi doğal karşılanmalıdır.

## SONUÇ

Yoğunlaşmaların kontrolünün etkin bir şekilde yapılabilmesi, esasa ilişkin kuralların yanı sıra usûl kurallarının da doğru tasarlanması ve işletilmesine bağlıdır. Piyasalarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açabilecek yoğunlaşma işlemlerinin rekabet otoritelerinin denetiminden azade gerçekleştirilememesi amacıyla çeşitli hukuk düzenlerinde farklı yöntemler uygulanabilmektedir. Bu bakımdan gönüllü bildirim sistemlerinde bu türden işlemlerin işlem taraflarınca değerlendirilerek gerçekleştirilmeden önce rekabet otoritelerine bildiri teşvik edilmektedir. Bu şekilde rekabet otoritelerinin ve işlem tarafların gereksiz maliyetlere katlanmasının önüne geçilmekte; ancak bazı işlemlere sonradan müdahale edilmesi riski artmaktadır. *Ex-ante* zorunlu bildirim sistemlerinde ise bu olasılık ortadan kaldırılarak işlemlerin gerçekleşmeden önce otoritenin denetimine tabi tutulması temin edilmektedir. Bu nedenle işlemin gerçekleşmesinden sonra yapılabilecek bir müdahalenin doğurabileceği etkisizliklerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Öte yandan *ex-ante* zorunlu bildirim sistemi neredeyse tamamen teşebbüslerin belirlenen kurallar dâhilinde yaptıkları bildirimlere dayanmaktadır. Bu nedenle teşebbüslerin izin almaksızın gerçekleştirdikleri devralmalar sistemin bütünü tehlikeye atabilmektedir. Dolayısıyla, bu sistemlerde devralmalara ilişkin bildirim ve izin sistemleri ile izinsiz gerçekleştirilen devralmalara uygulanan yaptırım rejimi arasında oldukça sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

*Ex ante* zorunlu bildirim sisteminin kabul edildiği AB ve ABD hukuk düzenlerinde söz konusu kuralların önemine bütün mahkeme ve otorite kararlarında istisnasız değinildiği görülmektedir. Keza bu ihlaller, bahse konu otoriteler tarafından oldukça ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Dahası AB ve ABD hukuk düzenlerinde

söz konusu ihlallerin kesintisiz ihlallerden sayılarak teşebbüs üzerinde kontrol uygulanmasına son verilmedikçe veya rekabet otoritesinden izin alınmadıkça ihlalin sürdüğü kabul edilmektedir. Bu düşünce, teşebbüslerin zamanasını sürelerinin sona ermesini beklemek suretiyle yaptırımlardan kaçınması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan, bu iki hukuk düzeninin önemli görülebilecek bir diğer ortak özelliği, cezaların bireyselleştirilmesi esasını benimsemeleridir. Bu uygulamanın, Türk hukukuna da yerleşmesi halinde teşebbüslerin bildirimde bulunma yönündeki teşviklerini artıracığı düşünülmektedir.

Türk hukukunda da benimsenen *ex-ante* zorunlu bildirim sisteminin doğru bir şekilde uygulanabilmesinin önündeki ilk engeli, kanaatimizce, Danıştay ve Kurulun bu husustaki ilk kararları oluşturmuştur. Gerçekten de, teşebbüslerin işlemin gerçekleşmesinden sonra bildirimde bulunsalar dahi herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacaklarını öngören bir dizi karar bu hususta bildirim ve izin sisteminin esasını tehlikeye düşürmüştür. Öte yandan 2005 yılında yapılan kanun değişiklikleriyle bu husus yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuştur.

Yaptırım rejimi incelendiğinde, başlangıçta teşebbüslere ve ihlalde etkisi bulunanlara uygulanan yaptırımların oldukça sembolik düzeylerde kaldığı görülmektedir. Öte yandan 2008 yılındaki Kanun değişiklikleriyle bu sorun yerini uygulamaya ilişkin başka sorunlara bırakmıştır. Bu kapsamda, özellikle cezaya esas alınması gereken teşebbüs cirosunun belirlenmesinde ortaya konulan yaklaşımlar her bir olay bazında oldukça farklı uygulamaları beraberinde getirmiştir. Teşebbüs cirosunun belirlenmesinde Kurulun sergilediği bu farklı yaklaşımlardan kaynaklanan çelişkilerin yanı sıra yasa koyucu tarafından Kurula cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunda hiçbir takdir yetkisi tanınmamasının da benzer ve fakat daha önemli çelişkilere yol açtığı düşünülmektedir.

Bu yönüyle değerlendirildiğinde; izin alınmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin işlem taraflarınca bildirilmesi, hedef teşebbüs üzerinde izin alınmıyca değin kontrolün fiilen uygulanmaması, teşebbüsün ihlali kabul ederek incelemeye yardımcı olması gibi hallerin hafifletici nedenler sayılması teşebbüsler bakımından bildirimde bulunma yönünde bir teşvik olarak algılanabilecektir. Öte yandan; ihlalin tekerrürü, işlem nedeniyle rekabetçi zararların doğması, kabahatin kasten işlenmesi gibi hallerin

ağırlaştırıcı nedenler olarak belirlenmesinin caydırıcılığın daha etkili bir şekilde sağlanabilmesi bakımından kabul edilebileceği değerlendirilmektedir.

Zamanaşımına ilişkin olarak Türk hukukunda bugüne değin benimsenen “anlık ihlal” yaklaşımının yerinde olduğu düşünölmektedir. Söz konusu yaklaşım teşebbüsler nezdinde sürelerin geçirilerek yaptırımdan kaçınılabileceği şeklinde anlaşılabilirsekse de, otoritenin kuralları iyi uygulamasının ve cezalara ilişkin şöhretinin teşebbüslerin caydırılmasında önemli bir etken olacağı düşünölmektedir.

## **ABSTRACT**

Effective implementation of substantive merger control rules relies strongly on notification regimes. Numerous legal systems adopt different notification rules in order to prevent anti-competitive mergers, usually, by way of disincentivizing implementation of this type of transactions before the competition authority's consent. In that regard, where voluntary notification systems are adopted, authorities encourage notifications from parties to a problematic transaction while mandatory systems enforce all undertakings whose transactions fall within the scope of regulations.

In the mandatory notification context, there is a strong relationship between the sanctions imposed on undertakings and the healthy implementation of merger control rules since the system relies heavily upon self-revelation. This model also requires more attentive and cautious approach on the part of undertakings so as to avoid gun jumping violations. This paper primarily focuses on US, EU and Turkish laws; where notification is mandatory. By analyzing those jurisdictions, it aims to provide a framework about how Turkish enforcement could be organized in a more appropriate way.

## KAYNAKÇA

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

AYDEMİR, S. (2014), *Rekabet Hukuku Dünyası Tartışıyor: Rekabet Kanunu Tasarısı ve Ceza Yönetmeliği Taslağının Getirdiği Yenilik ve Tartışmalar Paneli*, İstanbul Çağlayan Adliyesi Konferans Salonu, İstanbul.

BAER, W.J. (1996), “Reflections on 20 years of Merger Enforcement Under the Hart-Scott-Rodino Act”, <https://www.ftc.gov/public-statements/1996/10/reflections-20-years-merger-enforcement-under-hart-scott-rodino-act>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

BIAC (2014), Roundtable on Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers, [http://biac.org/wp-content/uploads/2014/05/4-Final02-2014\\_BIAC\\_WP3\\_Mergers\\_Sub-Threshold\\_and\\_Consummated\\_Deals.pdf](http://biac.org/wp-content/uploads/2014/05/4-Final02-2014_BIAC_WP3_Mergers_Sub-Threshold_and_Consummated_Deals.pdf), Erişim Tarihi: 17.02.2016.

BLUMENTHAL, W. (2005), “The Rhetoric of Gun-Jumping”, <https://www.ftc.gov/public-statements/2005/11/rhetoric-gun-jumping>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

CARLONI, F. (2014), “Electrabel v Commission & COMP M.7184 Marine Harvest/Morpol: Gun-jumping and Violation of the Merger Standstill Obligation in Europe”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 5 Issue: 10, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2014/08/16/jeclap.lpu085.full.pdf+html>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

CENTEL, N., H. ZAFER ve Ö. ÇAKMUT. (2011), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul.

CHOE C. ve C. SHEKHAR (2006), “Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? A Theoretical and Empirical Analysis”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol: 28, s. 10-20.

DEPOORTERE F. ve S. LELART (2010), “The Standstill Obligation in the ECMR”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol: 33, Issue: 1, s.103-120.

ELZINGA, K.G. (1969), “The Anti-Merger Law: Pyrrhic Victories?”, *The Journal of*



*Law & Economics*, Vol: 12, Issue: 1, s. 43-78.

European Commission (1996), “Green Paper on the Review of the Merger Control”, Brüksel, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0019&from=EN>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

European Commission (2001), “Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89”, Brüksel, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0745&from=EN>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

GONZALEZA. ve D. BENÍTEZ (2009), “Optimal Pre-merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, Dünya Bankası, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/4130>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

GÜNDÜZ, H. (2010), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

GÜNDÜZ, H. (2014), *Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları: Yüksek Lisans Tezi*, Rekabet Kurumu, Ankara.

IBA (2014), “Working Group Submission To The Israel Antitrust Authority In Response To Its Consultation On Proposed Draft Opinion Regarding Disclosure Of Information Pursuant To Due Diligence Prior To A Transaction Between Competitors”, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3F1C1AA8-63B2-462A-A217-0035A531CEE2>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

ICC (2015), “ICC Recommendations on Pre-merger Notification Regimes”, <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2015/ICC-recommendations-on-pre-merger-notification-regimes/>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

ICN (2002), “Recommended Practices for Merger Notification Procedures”, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

KANGAL, Z.T. (2011), *Kabahatler Hukuku*, 12 Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.

KARAGÖK Y. ve S. RUTZ (2014), “Towards Optimal Merger Notification Regimes: Evidence from Switzerland”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol: 3, Issue: 2, s.451-483.

KOCADAĞ, N. (2015), *Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirketin İhlallerinden Doğan Sorumluluğu*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

KPMG (2014), “Buy Right: A Roadmap for Successful Acquisitions”, <http://www.kpmg.com/au/en/issuesandinsights/articlespublications/pages/buy-right-roadmap-successful-acquisitions.aspx>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

LE CORRE C. ve E. DAOUD (2012), “La Présomption d’Influence Déterminante: L’Imputabilité à la Société Mère des Pratiques Anticoncurrentielles de sa Filiale”, *Revue Lamy Droit des Affaires*, No: 76.

LEWIS, G.S. (1972), “Preliminary Injunctions In Government Section 7 Litigation”, *Antitrust Bulletin*, Vol: 17, Issue: 1, s. 1-18.

LIEBESKIND, R. (2003), “Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger”, *ABA Section of Business Law, Antitrust Committee Sunumu, California, ABD*, <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

LIEBESKIND, R. (2004), “Challenges to Consummated Mergers: Making the Game Worth the Candle”, *Mergers and Acquisitions Newsletter*, Vol: 4, Issue: 2, <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/B450B4CACE817B6F080788617EB46DAF.pdf>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

NAUGHTON, M. (2006), “Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counselling Harder Questions”, *Antitrust*, Vol: 20, Issue: 3 (Summer 2006), pp. 66-73 <http://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/pub566.pdf?sfvrsn=2>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

OECD (2014), “Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers-Germany”, *DAF/COMP/WP3/WD(2014)20*, <https://www.oecd.int/olis/>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

OECD (2015), “Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers”, *DAF/COMP/WP3(2014)1*, <https://www.oecd.int/olis/>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

OHLHAUSEN, M.K. (2013), “An Ounce of Antitrust Prevention Is Worth A Pound Of Consumer Welfare: The Importance Of Competition Advocacy And Premerger Notification”, <https://www.ftc.gov/public-statements/2013/11/ounce-antitrust-prevention-worth-pound-consumer-welfare-importance>, Erişim Tarihi: 17.02.2016.

ÖZGENÇ, İ. (2007), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara.

SAĞLAM, N. (2015), *Rekabet Hukuku Uygulamasında Tekerrür*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

SERRE E. ve E. LAGATHU (2013), “The Law on Fines Imposed In EU Proceedings: Faster, Higher, Harsher”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol: 4 Issue: 4, s.325-344.

SHEKHAR C. ve WILLIAMS P.L. (2004), “Should the Pre-Notification of Mergers Be Compulsory in Australia?”, *Australian Economic Review*, Vol: 37, Issue: 4, s. 383-390.

SOLMAZ, E. (2010), *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

STIRTZ, L.E. (1997), “Due Diligence Process for Buyers: Discovering the Truth”, *Mergers and Acquisitions Handbook for Small and Midsized Companies* içinde, John Wiley & Sons, Inc., ABD, s. 364-378.

STOCKMAN, K. (1998), *Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Etkinlik Yayınları, İstanbul.

TITUS, J.W. (1979), “Stop, Look And Listen: Premerger Notification Under The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act”, *Duke Law Journal*, Vol: 1979, Issue: 1, s. 355-381.

TOROSLU, N. (2009), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 13. Baskı, Ankara.

UDRİSTE, A.M. (2014), “What is Gun-Jumping and How Can We Avoid It?”, *Rom. Competition J.*, Vol: 1, Issue: 2, s.50.

WESSELING, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon.

WHISH R. ve D. BAILEY (2012), *Competition Law*, 7th Edition, Oxford University Press, New York.

WILS, W.P.J. (2002), “The Undertaking as Subject of EC Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons”, içinde *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law and Economics*, European Monographs Series, Sayı: 33, s.163-187.

### **Kurul Kararları**

*Ajanspress kararı*, 10-66/1402-523 sayı 21.10.2010.

*Akzo Nobel kararı*, 10-24/339-123 sayı, 18.03.2010.

*Anayurt kararı*, 14-22/422-186 sayı, 25.06.2014.

*ATG kararı*, 14-24/488-218, 16.07.2014.

*Batıçim kararı*, 10-38/641-217 sayı, 27.05.2010.

*Beta Marina kararı*, 15-29/421-118 sayı, 09.07.2015.

*Bilgin Yayıncılık kararı*, 05-78/1053-295 sayı, 10.11.2005.

*Binbirçiçek kararı*, 10-27/393-146 sayı, 31.03.2010.

*BNET kararı*, 02-57/717-286 sayı, 27.09.2002.

*Boynner kararı*, 12-44/1359-M sayı, 20.09.2012.

- Cegedim kararı*, 10-56/1089-411 sayı, 26.8.2010.  
*Corio kararı*, 08-43/588-221 sayı, 03.07.2008.  
*CRVD kararı*, 07-11/71-23 sayı, 1.2.2007.  
*Fina kararı*, 09-02/19-12 sayı, 14.01.2009.  
*FKK Fon kararı*, 06-59/779-228 (b) sayı, 24.8.2006.  
*Flir Systems kararı*, 10-44/762-246 sayı, 17.6.2010.  
*Kansai Paint kararı*, 09-34/791-194 sayı, 05.08.2009.  
*Kiler kararı*, 06-32/392-102 sayı, 04.05.2006.  
*Kiler kararı*, 09-33/728-168 sayı, 15.7.2009.  
*Kiri Holding kararı*, 11-33/723-226 sayı, 2.6.2011.  
*Koç Holding A.Ş. kararı*, 01-03/10-03 sayı, 9.1.2011.  
*La Dieti Foundation kararı*, 06-84/1079-312 sayı, 15.11.2006.  
*Mauna kararı*, 06-46/586-159 sayı, 29.6.2006.  
*Sabah kararı*, 01-51/512-125 sayı, 23.10.2001.  
*Sabah kararı*, 01-58/601-156 sayı, 4.12.2001.  
*Selçuklu Holding kararı*, 09-57/1355-348 sayı, 25.11.2009.  
*Simsmetal kararı*, 09-42/1057-269 sayı, 16.09.2009.  
*Superonline kararı*, 03-31/380-167 sayı, 8.5.2003.  
*Tellcom kararı*, 10-24/327-115 sayı, 18.3.2010.  
*Total kararı*, 06-92/1186-355 sayı, 20.12.2006.  
*Turyağ kararı*, 08-63/1048-407 sayı, 12.11.2008.  
*Van Et Kararı*, 06-36/459-121 sayı, 26.05.2006.  
*Verifone kararı*, 09-14/300-73 sayı, 13.4.2009.

### **Danıştay Kararları**

- Danıştay 13. D., 2005/7203 E. sayı, 16.12.2004.  
Danıştay 13. D., 2005/1016 E. sayı, 03.05.2005.  
Danıştay 13. D., 2006/4192 E. sayı, 29.01.2008.

Danıştay 13. D. 2007/4872 E. sayı, 05.01.2010.

Danıştay 13. D., 2007/6432 E. sayı, 16.02.2010.

Danıştay 13. D., 2010/762 E. sayı, 26.03.2013.

### **İDDK Kararları**

İDDK, 2007/1429 E. sayı, 03.11.2011.

İDDK, 2008/2191 E. sayı, 14.02.2013.

### **Komisyon Kararları**

Case No IV/.920 *Samsung/AST* [1998].

Case No IV/M.969 *A.P. Møller* [1999].

Case COMP/JV.55 *Hutchison/RCPM/ECT* [2001].

Case COMP/M.2650 *Haniel/Cementbouw* [2002].

Case COMP/M.4730 *Yara/Kemira Growhow* [2007].

Case COMP/M.4994 sayılı *Electrabel Compagnie Nationale du Rhone* [2009].

Case COMP/M.7184 *Marine Harvest* [2014].

### **Genel Mahkeme Kararı**

Case C-84/13 P *Electrabel v Commission*; Case T-332/09 *Electrabel v Commission* [2012].

### **AB Divanı Kararları**

Case C-97/08 *Akzo Nobel NV and Others v Commission* [2009].

Case C-84/13 P *Electrabel v Commission* [2014].

### **ABD Mahkeme Kararları**

Federal Trade Commission v. Blockbuster, Inc., Civ. No. 1:05CV00463 (D.D.C. filed March 11, 2005).

United States v. Brian L. Roberts, 2011-2 Trade Cas. (CCH) 77,742 (D.D.C.).

United States v. Computer Associates International, Inc. et al., 2002 U.S. Dist. LEXIS 23039, 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73,883 (D.D.C. 2002).

United States v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 [1964].

United States v. ESL Partners, L.P and ZAM Holdings, L.P., 2008 U.S. Dist. LEXIS

106213, 2008-2 Trade Cas. (CCH) 76,421 (D.D.C. 2008).

United States v. Foodmaker, Inc., 1996 WL 585294, 1996-2 Trade Cas. (CCH) 71,555 (D.D.C. 1996).

United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc., et al., 2003 U.S. Dist. LEXIS 12494, 2003-2 Trade Cas. (CCH) 74,082 (D.D.C. 2003).

United States v. Iconix Brand Group, Inc., 2007-2 Trade Cas. (CCH) 75,900 (D.D.C. 2007).

United States v. Input/Output, Inc., 1999 U.S. Dist. LEXIS 10222, 1999-1 Trade Cas. (CCH) 72,528 (D.D.C. 1999).

United States v. James D. Dondero, 2007-1 Trade Cas. (CCH) 75,710 (D.D.C. 2007).

United States v. Qualcomm Inc. and Flarion Techs., Inc., 2006-1 Trade Cas. (CCH) 75,195 (D.D.C. 2006).

United States v. Sara Lee Corporation, 1996 U.S. Dist. LEXIS 21173, 1996-1 Trade Cas. (CCH) 71,301 (D.D.C. 1996).

United States v. Smithfield Foods, Inc., 2004 U.S. Dist. LEXIS 24425, 2004-2 Trade Cas. (CCH) 74,614 (D.D.C. 2004).

United States v. The Hearst Trust et al., 2001 WL 148814, 2001-2 Trade Cas. (CCH) 73,451 (D.D.C. 2001).

United States v. Titan Wheel International, Inc., 1996 U.S. Dist. LEXIS 21161, 1996-1 Trade Cas. (CCH) 71,406 (D.D.C. 1996).

United States v. ValueAct Capital Partners, L.P., 2008-1 Trade Cas. (CCH) 75,998 (D.D.C. 2008).

United States v. William H. Gates, 2004 U.S. Dist. LEXIS 9485, 2004-1 Trade Cas. (CCH) 74,417 (D.D.C. 2004).

### **Fransız Rekabet Otoritesi Kararı**

11 Mayıs 2012 tarihli ve 12-D-12 sayılı *Colruyt* kararı.

### **Fransız Danıştay Kararı**

CE, 24 Haziran 2013, n°360949, *Société Colruyt France et Établissement Fr. Colruyt*.

**EKLER**
**Tablo-1:** Kurulun bildirmeme veya izinsiz gerçekleştirme fiilleri karşılığında teşebbüslere ve ihlalden sorumlu gerçek kişilere uygulanan cezalar

#	Karar Tarihi ve Sayısı	Karar Adı	Teşebbüse Uygulanan İdari Para Cezası (□)		Gerçek Kişiyeye Verilen Ceza	Yapıtırma Esas Alınan Ciro/ Kişi/ –Yarşa- Ana Teşebbüs Hisse Oranı	Resen/ Bildirim Üzerine
			Devralan/ Birleşen/ Ortak Girişim Devralan Teşebbüs	Devreden/ Birleşen/ Ortak Girişim Devralan Teşebbüs			
1	3.8.2000 00-29/309-176	Swedish Match Kav Kıbrıt ve Çakmak Endüstri A.Ş. (Ortak Girişim)	608.400.000 (608,4)		30.420.000 (30,42) (%5) YK Üyeleri	-/Ortak Girişimin kendisi	Resen
2	12.12.2000 00-49/519-284	Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. (Ortak Girişim)	608.400.000 (608,4)	608.400.000 (608,4)	30.420.000 (30,42) (%5) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan gerçek-tüzel kişiler/ ~%80-Yok	Resen
3	4.12.2001 01-58/601-156	Sabah-II Kararı (Devralma)	949.104.000 (949,104)	949.104.000 (949,104)	-	-/Kontrolü nihai olarak elinde bulunduran gerçek kişiler/KB*2	Resen
4	27.9.2002 02-57/717-286	BNET İletişim Hizmetleri A.Ş. (Devralma) <sup>3</sup>	1.454.027.000 TL (1.454,027)	1.454.027.000 TL (1.454,027)	145.402.700 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler ile bu şirketlerin pay sahipleri/Yok	Bildirim
5	27.9.2002 02-57/719-288	Decodo Bilgisayar Dağıtım ve Ticaret A.Ş. (Ortak Girişim) <sup>4</sup>	1.454.027.000 (1.454,027)	1.454.027.000 (1.454,027)	145.402.700 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/KB	Bildirim

6	23.10.2003 03-69/831-361	Comsat (Devralma) <sup>5</sup>	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	115.595.100 (115,595) (%5) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/%100- %100-Yok-%100	Bildirim
7	20.11.2003 03-75/921-387	Sebit Eğitim ve Bilgi Teknolojileri A.Ş. (Devralma)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	231.190.200 (231,190) (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/~%100- ~%100	Bildirim
8	8.5.2003 03-31/380-167	Superonline- Vestelnet II (Devralma)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	231.190.200 (231,190) (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/KB	Resen
9	9.10.2003 03-66/796-357	R.L. Lojistik Dağıtım Kurye A.Ş. (Devralma)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	-	-/Kontrolü nihai olarak elinde bulunduran gerçek kişiler (Doğrudan taraf)/Yok	Bildirim
10	19.6.2003 03-44/502-222	Vestelnet (Devralma)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	2.311.902.000 (2.311,902)	231.190.200 (231,190) (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/~%100- Yok	Bildirim
11	20.5.2004 04-36/408-101	Horoz Kargo Hizmetleri ve Ticaret A.Ş. (Devralma)	2.970.794.000 (2.970,794)	2.970.794.000 (2.970,794)	2.970.794.000 (2.970,794)	148.539.700 (148,539) (%65) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı/Yok- Yok	Bildirim
12	16.12.2004 04-79/1147-287	Ereğli Denizcilik A.Ş. (Ortak Girişim) <sup>6</sup>	2.970.794.000 (2.970,794)	2.970.794.000 (2.970,794)	2.970.794.000 (2.970,794)	-	-/ Kontrolü nihai olarak elinde bulunduran gerçek kişiler/Yok	Bildirim



<b>13</b>	10.11.2005 05-78/1053-295	ATV-Sabah- Takvim (Devralma)	1.450	1.450	1.450	145 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/-%100- %44,7-~%100-Yok	Resen
<b>14</b>	21.7.2005 05-48/682-176	Teryay-Tercüman (Devralma)	1.450	1.450	1.450	145 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/KB-%65	Resen
<b>15</b>	15.12.2005 05-84/1149-329	Dinter Gmbh (Devralma)	1.450	1.450	1.450	145 (%10) YK Üyeleri	-/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/%100-KB	Bildirim
<b>16</b>	24.8.2006 06-59/779-228 (b)	FKK Fon Finansal Kiralama A.Ş. (Devralma-TMSF aracılığıyla)	1.592	-	1.592	159,20	-/KB/KB	Resen
<b>17</b>	4.1.2006 06-01/5-2	Bugün Gazetesi (Devralma)	1.592	1.592	1.592	159,20 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/%100-%65	Bildirim
<b>18</b>	26.5.2006 06-36/459-121	Van Et Entegre Et San. ve Tic. A.Ş. (Devralma)	1.592	1.592	1.592	-	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan gerçek kişi/Yok	Bildirim
<b>19</b>	4.5.2006 06-32/392-102	Kiler Alışveriş Hizmetleri Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Ortak Girişim)	1.592	1.592	1.592	159,20 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi-Ortak girişimin kendisi/Yok	Bildirim
<b>20</b>	20.12.2006 06-92/1186-355	Total S.A. (Devralma)	1.592	1.592	1.592	159,2 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/Yok-Yok	Bildirim

<b>21</b>	29.6.2006 06-46/586-159	Mauna (Devralma)	1.592	1.592	1.592	1.592	159,2 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler-Devre konu şirket/%100- KB	Bildirim
<b>22</b>	22.3.2007 07-27/245-80	Borçelik San. ve Tic. A.Ş. (Devralma)	1.716	1.716	1.716	1.716	85 (%5) (YK Üyeleri)	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/Yok-Yok	Bildirim
<b>23</b>	24.4.2007 07-34/355-133	Deva Holding A.Ş. (Devralma)	1.716	1.716	1.716	1.716	171,6 (%10) YK Üyeleri	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/Yok-Yok	Bildirim
<b>24</b>	22.8.2007 07-66/813-308	Katalonya Oto Servis ve Tic. A.Ş. (Devralma)	1.592	(lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	1.592	1.592	79,6 (%5)	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı tüzel kişi/KB	Bildirim
<b>25</b>	1.2.2007 07-11/71-23	CVRD Canada Inc. <sup>7</sup> (Borsadan alım- devralma)	1.716	1.716	1.716	1.716	171,6	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/%53,3	Bildirim
<b>26</b>	5.4.2007 07-30/293-110	Nazar	1.716	1.716	1.716	1.716	-	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan gerçek kişiler (Bütün gerçek kişilere ayrı ayrı)/Yok	Bildirim
<b>27</b>	24.4.2007 07-34/351-131	Ströer/Akademi	1.716	1.716	1.716	1.716	85,8	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/%100-%100	Resen

2008 yılı Kanun Değişikliği						
<b>28</b>	12.11.2008 08-63/1048-407	Turyağ Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Devralma)	1.716 (lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	-	-	Resen -/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan gerçek kişiler (müşterek ve müteselsil sorumluluk)/Yok
<b>29</b>	3.7.2008 08-43/588-221	Corio NV	KB (Teşebbüs cirosunun binde biri oranında)	-	-	Bildirim Grup Türkiye cirosu/ Ana şirket/%100
<b>30</b>	24.1.2008 08-08/92-32	Fresenius Medical Care	1.716	-	171,6	Bildirim -/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/%100
<b>31</b>	29.4.2009 09-20/434-105	Accentiv Hediye ve Damışmanlık Ltd. Şti. (Devralma)	23.862,91	-	-	Bildirim Yapıtım Uygulanan Şirketin Cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB
<b>32</b>	15.7.2009 09-33/728-168	Kiler Alışveriş Hizmetleri Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Devralma)	419.187,94	-	-	Resen Yapıtım Uygulanan Şirketin Cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB
<b>33</b>	14.1.2009 09-02/19-12	Fina Holding A.Ş. (Ortak Girişim)	35.079,62	-	-	Bildirim Yapıtım Uygulanan Şirketin Türkiye'de İlgili Pazarda Kurulan Ortak Girişim Yoluyla Elde Ettiği Ciro/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/ KB

<b>34</b>	25.11.2009 09-57/1355-348	Selçuklu Holding A.Ş. (Devralma)	KB (<10.000)	-	-	-	Yapırım Uygulanan Şirketin İlgili Ürün Pazarı Cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/Yok	Bildirim
<b>35</b>	5.8.2009 09-34/791-194	Kansai Paint Co. Ltd. (Devralma)	1.716 (lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	-	-	-	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/Yok	Bildirim
<b>36</b>	13.4.2009 09-14/300-73	Verifone Elektronik ve Danışmanlık Ltd. Şti. (Devralma)	1.592 (lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	-	-	-	-/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/ Yok	Resen
<b>37</b>	6.5.2009 09-21/439-107	Mudurnu Tavuk (Devralma)	1.716x2 (iki ayrı devralma işlemi için ve lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	-	-	-	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişiler/Yok-KB	Resen
<b>38</b>	16.9.2009 09-42/1057-269	Simsmetal East LLC	1.501.430,97	-	-	-	Yapırım uygulanan şirketin cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/%100	Bildirim
<b>39</b>	26.8.2010 10-56/1089-411	Cegecim Bilişim ve Danışmanlık Tic. A.Ş. (Devralma)	11.446,4 1.716 (Farklı zamanlarda gerçekleşen iki ayrı devralma işlemi için)	-	-	-	Yapırım uygulanan şirketin cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/Yok	Resen/ Şikayet

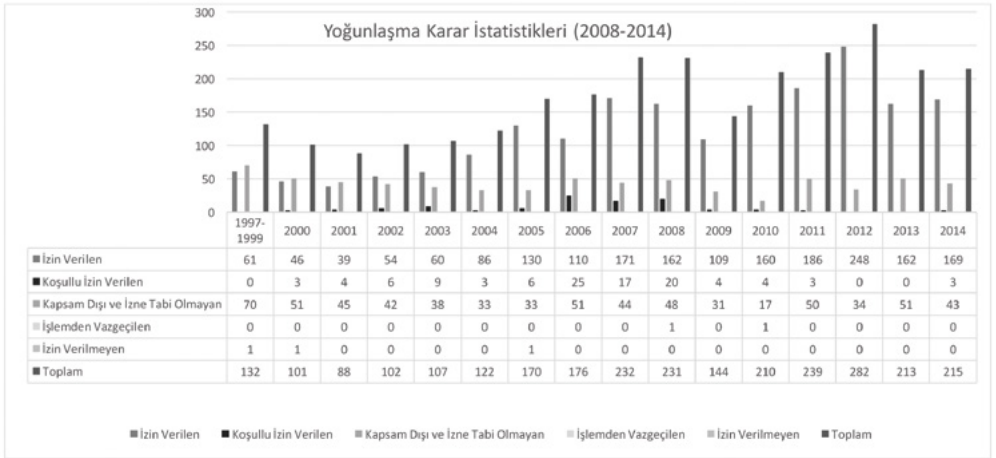
<b>40</b>	17.6.2010 10-44/762-246	Flir Systems Holding AB (Devralma)	11.446,4	-	-	Yapıtım uygulanan şirketin Türkiye'deki ilgili pazar cirosu/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/%100	Bildirim
<b>41</b>	15.4.2010 10-31/471-175	Sarten Ambalaj ve San. Tic. A.Ş. (Devralma)	46.075,91	-	-	Yapıtım uygulanan şirketin cirosu/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB	Bildirim
<b>42</b>	31.3.2010 10-27/393-146	Binbirçiçek (Devralma)	KB	-	-	Grup Şirketlerinin Toplam Cirosu/Grup Şirketleri (müteselsil sorumluluk)/%100	Resen
<b>43</b>	27.5.2010 10-38/641-217	Batıçım Enerji Elektrik Üretim A.Ş. (Devralma)	KB	-	-	KB/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB	Bildirim
<b>44</b>	31.3.2010 10-27/391-144	Samsonite Europe NV (Devralma)	1.716 (lehe düzenlemenin uygulanması nedeniyle)	-	-	-/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB	Bildirim
<b>45</b>	26.8.2010 10-56/1088-408	TOBB ETÜ Sağlık Hizmetleri A.Ş. (Devralma)	11.446,4	-	-	Yapıtım uygulanan şirketin cirosu/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/-/%100	Bildirim
<b>46</b>	21.10.2010 10-66/1402-523	Ajanspress-Interpress (Devralma)	11.732,5	-	-	Grup şirketlerinin toplam cirosu/Grup şirketleri (müteselsil sorumluluk)/Yok	Bildirim

<b>47</b>	2.6.2011 11-33/723-226	Zhejiang Longseng Group (Devralma)	1.697,92	-	-	KB/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/ KB	Bildirim
<b>48</b>	23.2.2012 12-08/224-55	Tekno Ray Solar Enerji Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. (Ortak Girişim)	KB	KB	-	KB/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi- Ana Şirket/Yok-KB	Bildirim
<b>49</b>	5.9.2013 13-50/717-304	Electro World (Devralma) <sup>8</sup>	242.813,48	-	-	Yapıtım uygulanan şirketin cirosu/ Devralma işleminin doğrudan tarafı olan tüzel kişi/KB	Bildirim
<b>50</b>	25.06.2014 14-22/ 422-186	Anayurt Kömür Madencilik San. ve Tic. A.Ş. (Ortak Girişim)	15.226	15.226	-	Ortak Girişim Cirosu/Devralma işleminin doğrudan tarafı olan gerçek kişiler/Yok	Resen

**Tablo-2: Zamaşımı Süresinin Dolması Nedeniyle Yaptırım Uygulanamayan İhlaller**

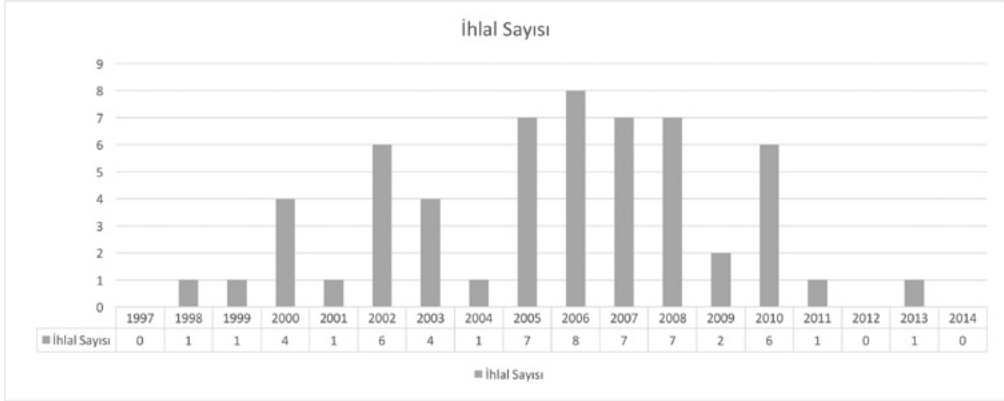
#	Karar Tarih/Sayısı	Karar Adı	Resen/Bildirim Üzerine
1	29.12.2005 05-88/1219-352	Georgia Pacific Corp.	Bildirim
2	17.03.2005 05-15/186-63	Özgimat Gıda	Bildirim
3	29.12.2011 11-64/1663-593	Opet	Bildirim
4	27.12.2012 12-68/1684-619	Uzel Distribution	Resen/Şikayet
5	27.01.2011 11-06/101-34	Kardemir Karabük	Resen/Şikayet
6	29.07.2004 04-49/669-169	Schneider Electric	Resen
7	04.05.2011 11-28/537-160	Huzur TV	Resen
8	14.02.2008 08-15/148-50	Bilgin Grubu	Resen

**Grafik-1: Yoğunlaşma Karar İstatistikleri**



**Kaynak:** Rekabet Kurumu Yıllık Faaliyet Raporları.

**Grafik-2:** Gerçekleştirilme tarihleri itibarıyla ihlallere ilişkin istatistikler (Zamanaşımı nedeniyle ceza verilmeyenler ve işlemin gerçekleştirilmesinden sonra bildirilmesi nedeniyle iptal edilen kararlar dâhil)





### **Son Not**

<sup>1</sup> Danıştay 13. Dairesinin 06.06.2012 tarihli ve 2011/1747 E. sayılı kararıyla iptal edilmiş; anılan karar İDDK'nin 16.10.2014 tarihli ve 2012/2157 E. sayılı kararıyla onanmıştır.

<sup>2</sup> Kararda belirtilmemektedir.

<sup>3</sup> Kararda, devreden ve devralan şirketlerin yanı sıra bunların pay sahiplerine de şirketlere uygulanan miktarda idari para cezası uygulanması ilginçtir. Öte yandan, bu durumu açıklayıcı herhangi bir hususa kararda rastlanılmamıştır.

<sup>4</sup> Danıştay 13. Dairesinin 03.05.2005 tarihli ve 2005/1016 E. sayılı kararıyla iptal edilmiş; anılan karar İDDK'nin 18.12.2008 tarihli ve 2005/2247 E. sayılı kararıyla onanmıştır.

<sup>5</sup> Danıştay 13. Dairesinin 30.06.2005 tarihli ve 2005/1689 E. sayılı kararıyla iptal edilmiş; anılan karar İDDK'nin 18.12.2008 tarihli ve 2005/2189 E. sayılı kararıyla onanmıştır.

<sup>6</sup> Danıştay 13. Dairesinin 05.12.2006 tarihli ve 2005/7203 E. sayılı kararıyla iptal edilmiş; anılan karar İDDK'nin 03.11.2011 tarihli ve 2007/1429 E. sayılı kararıyla onanmıştır.

<sup>7</sup> Danıştay 13. Dairesinin 16.02.2010 tarihli ve 2007/6432 E. sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

<sup>8</sup> Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 26.11.2014 tarihli ve 2013/1811 E. sayılı kararıyla iptal edilmiş; anılan karar Danıştay 13. Dairesi'nin 05.06.2015 tarihli ve 2015/698 E. sayılı kararıyla onanmıştır.



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