

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 178

REKABET KURUMU

AB VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

MEHMET GERÇEK

AB VE TÜR K REKABET HUKUKUNDA TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

MEHMET GERÇEK

Ağustos 2020

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2020

Baskı, Ağustos 2020
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Abdulgani GÜNGÖRDÜ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Kürşat ÜNLÜSOY, III. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Hakan Deniz KARAKOÇ, Prof. Dr. Mahmut YAVAŞI ve Doç. Dr. Fatih Cemil ÖZBUĞDAY'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 19 Eylül 2019 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Mehmet GERÇEK, 24.01.2020 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavında başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 06.02.2020 tarih ve 2252 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

361

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1

ORTAK GİRİŞİMLER: REKABET HUKUKUNUN NERESİNDE?

1.1. ORTAK GİRİŞİMLER: GENEL ÇERÇEVE	4
1.2. AB REKABET HUKUKUNUN ORTAK GİRİŞİMLERE YÖNELİK YAKLAŞIMININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	6
1.2.1. 1966 Memorandumu ve Kısmi Birleşme Testi.....	6
1.2.2. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü ve 1990 Duyurusu	9
1.2.3. 1994 Duyurusu	11
1.2.4. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında Yapılan Değişiklik	12
1.2.5. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde Esasa İlişkin Değerlendirme	12
1.2.6. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü ve Esasa İlişkin Değerlendirme için Öngörülen Değişiklik	13

BÖLÜM 2

AB BİRLEŞME REJİMİNDE TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

2.1. TAM İŞLEVSELLİK	17
2.1.1. Pazarda Bağımsız Faaliyete Yeterli Kaynaklara Sahip Olması	18
2.1.2. Ana Teşebbüslerin Belirli Fonksiyonunun Ötesinde Faaliyette Bulunma	21
2.1.3. Satış ve Tedarik İlişkilerinde Ana Şirketlere Bağımlı Olmama	25
2.1.4. Pazarda Kalıcı Faaliyette Bulunma	26
2.2. ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME.....	27
2.2.1. Hâkim Durum/ SIEC testi	27

2.2.1.1. Hakim Durum/SIEC Testi Kapsamında Pazar Gücünün Tespiti Bakımından Ana Teşebbüslerin Rolü.....	28
2.2.1.2. Birleşme Tüzüğü ile ABİDA 101 arasındaki Fiili Boşluk: Tam İşlevsel Ortak Girişimin Ekonomik Bütünlük Teşkil Edip Etmediği Tartışması	32
2.2.2. Koordinasyon Testi.....	35
2.2.2.1. Koordinasyon Testinin Uygulanma Esasları	38
2.2.2.2. SIEC Testinin Koordinasyon Testini Atıl Hale Getirip Getirmediği Tartışması	41

BÖLÜM 3

TÜRKİYE BİRLEŞME REJİMİNDE TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

3.1. 1997/1 SAYILI TEBLİĞ DÖNEMİ.....	46
3.1.1. Koordinasyon Testi.....	47
3.1.2. Tam İşlevsellik	49
3.1.3. Esasa İlişkin Değerlendirme: Hâkim durum testi.....	51
3.2. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ DÖNEMİ.....	53
3.2.1. Tam işlevsellik.....	54
3.2.2. Esasa İlişkin Değerlendirme.....	55
3.2.2.1. Hâkim Durum Testi	55
3.2.2.1.1. Hakim Durum Testi Kapsamında Pazar Gücünün Tespiti Bakımından Ana Teşebbüslerin Rolü.....	55
3.2.2.1.2. Tam İşlevsel Ortak Girişimin Ekonomik Bütünlük Teşkil Edip Etmediği.....	57
3.2.2.2. Koordinasyon Testi	58
3.3 POLİTİKA ÖNERİLERİ	60
SONUÇ	62
ABSTRACT	66
KAYNAKÇA	67

KISALTMALAR

2010/4 sayılı Tebliğ	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü	: Teşebbüsler arası birleşmeleri düzenleyen mülga 4064/89 sayılı mülga Konsey Tüzüğü
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma
AB	: Avrupa Birliği
A.g.k.	: Adı geçen kaynak/karar
Birleşme Tüzüğü	: Teşebbüsler arası birleşmeleri düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation)
bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Konsolide Duyuru	: Komisyon'un 2008 tarihli toplulaştırılmış duyurusu.
Kurul	: Rekabet Kurulu
para.	: Paragraf
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri

GİRİŞ

Ortak girişimler, rekabet hukuku uygulamasının en tartışmalı konuları arasında yer almaktadır. Bunun temel nedeni ortak girişimlerin, sınırlı bir alanda işbirliğinden başlayıp birleşme-devralma benzeri işlemlere kadar uzanabilen çok geniş bir yelpazede kurulabilmeleri ve bu itibarla hem yapısal hem de davranışsal rekabetçi etkiler doğurabilmeleridir.

AB Rekabet Hukuku uygulaması bakımından ortak girişimlere yönelik yaklaşımın tarihsel gelişim süreci içerisinde karmaşık bir hal aldığı görülmektedir. AB Rekabet Hukuku kurallarını ve uygulamasını mehz alan Türkiye bakımından ise Komisyon uygulamasının geriden takip edilmesinin de etkisiyle tablonun daha karmaşık olduğu ifade edilebilecektir.

AB Rekabet Hukukunun ortak girişimlere yönelik yaklaşımındaki belirsizlik ve tartışmaların temel nedenini, ortak girişimlerin hangi rejime tabi olacağı noktasında kurgulanan kategorik hukuki sınıflandırma oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, uygulamada öncelikli olarak ortak girişimin davranışsal bir problem olarak ele alınıp anlaşmalar rejimine mi (ABİDA 101. madde) yoksa yapısal bir problem olarak görülüp birleşme rejimine mi (Birleşme Tüzüğü) tabi olacağını belirlenmesi gerekliliği ve iki rejimin birçok noktada birbirinden çok farklı analiz öngörmesi ortak girişimlere yönelik kapsayıcı bir rekabet analizi geliştirilmesini engellemiştir.

AB uygulamasındaki kategorik sınıflandırma ihtiyacı ortak girişimlerin ele alınmasına yönelik geliştirilen araç ve testlerin esasa ilişkin değerlendirmeden ziyade sınıflandırma ihtiyacını karşılamak üzere kurgulanmasına neden olmuştur. Bu çerçevede ilk olarak “yoğunlaşma doğurucu” ve “işbirliği doğurucu” ortak girişim ayrımına gidilmiş, bu ayrımın pratikte belirlenmesinin nerdeyse

imkânsız olduğunun tecrübe edilmesiyle yargı testi¹ ayağında yalnızca “tam işlevsellik” kriteri dikkate alınmaya başlamıştır. Böylelikle tam işlevsel ortak girişimler koordinasyon riskinden bağımsız olarak birleşme rejimi dâhilinde değerlendirilmeye başlanmış, koordinasyon testi birleşme prosedürü içerisinde esasa ilişkin değerlendirmenin bir ayağı haline gelmiştir. Bu çerçevede, tam işlevsel ortak girişimin temel olarak yapısal etki doğurduğu ve bu nedenle birleşme kabul edilmesi esasına dayalı olarak, ortak girişim kaynaklı ana teşebbüslerin koordinasyon riskinin yine aynı birleşme prosedürü içerisinde ancak ABİDA 101. madde çerçevesinde değerlendirilmesi kabul edilmiştir.

Günümüzde ortak girişimlere yönelik süregelen tartışmaların odağında, AB ve Türkiye uygulaması bakımından anlaşmalar ve birleşme rejiminin kesişiminde yer alan; “ana teşebbüslerden bağımsız bir iktisadi varlık” niteliği olduğu değerlendirilen ve bu niteliği karşılamak üzere “tam işlevsel” tabir edilen ortak girişimler yer almaktadır. “Tam işlevsellik” kavramı, belirtildiği üzere, işlemin birleşme rejimine tabi olmasında temel belirleyici unsur olarak belirginlik kazanmaktadır.

Tam işlevsel ortak girişimler, birleşme rejimi çerçevesinde üzerinde ortak kontrol sahibi olan ana teşebbüslerden “bağımsız bir iktisadi varlık” (*autonomous full-function entity*) kabul edilmekte ancak söz konusu iktisadi bağımsızlık yalnızca operasyonel anlamda aranmakta, stratejik kararlar bakımından ana teşebbüslere bağımlılık hali “bağımsız iktisadi varlık” durumuna hanel getirmemektedir. Dolayısıyla stratejik kararlar bakımından ana teşebbüslere bağımlı olan ortak girişim, rekabet hukuku bağlamında ana teşebbüslerden ayrı bir “teşebbüs” olarak kabul edilmektedir. Bu çıkarımdaki temel varsayım birleşme rejiminin “bağımsız iktisadi varlık” tanımlamasının anlaşmalar rejiminde “teşebbüs”e denk gelmesidir. Bu kabul ile çıkarımın anlaşmalar rejimindeki yansıması ortak girişimin ana teşebbüslerle olan ilişkisinin AB uygulaması bakımından ABİDA 101, Türk Rekabet Hukuku uygulaması bakımından ise 4. madde kapsamında olmasıdır.

Dava hukuku incelendiğinde ise, uygulayıcıların ve mahkemelerin bu konuda net bir yaklaşım sunmaktan son derece uzakta olduğu görülmektedir. Bu noktadan

¹ Yargı testi (*jurisdictional test*) ortak girişimin hangi rejime (birleşme/anlaşma) tabi olacağına belirlenmesini içermektedir.

hareketle, “tam işlevsel ortak girişimler” bakımından öne çıkan ve birbirini besleyen sorunsallar şu şekilde ortaya konulabilecektir: (i) “teşebbüs” kavramı anlaşmalar rejimi ve birleşme rejimi bakımından aynı anlamda mıdır? Öyleyse bu durum uygulamada iki rejim arasında bir boşluk/tutarsızlık yaratmakta mıdır? (ii) tam işlevsel ortak girişimin ana teşebbüslerle yaptığı anlaşmalar her zaman anlaşmalar rejimi kapsamında mıdır? (iii) birleşmelerin esasa yönelik pazar gücü değerlendirmesinde ana teşebbüsler ortak girişimle birlikte mi ele alınmalıdır yoksa tam işlevsellik itibarıyla tamamen ayrı mı tutulmalıdır? (iv) ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarında veya alt/üst/ilişkili pazarlarında yer alması her halükarda koordinasyon riski yaratacak mıdır? (v) tam işlevsel ortak girişimle birleşme prosedürü içerisinde anlaşmalar rejimi dikkate alınarak yapılan koordinasyon riskinin öncül değerlendirilmesi nasıl yapılmalıdır? (vi) SIEC testi ile birlikte koordinasyon testine olan ihtiyaç ortadan kalkmış mıdır?

İşbu tez çalışması, tam işlevsel ortak girişimler özelinde yukarıda yer verilen sorulara açıklık getirmeyi, tam işlevsel ortak girişimlerin birleşme rejimi dâhilinde ele alınış esaslarını AB ve Türkiye uygulaması üzerinden ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda öncelikle “ortak girişimler” ve “tam işlevsel ortak girişimler” hakkında kavramsal çerçeveye yer yerilecek, ardından ortak girişimlere yönelik AB uygulamasının hangi etkiler altında geliştiği, bu gelişim dâhilinde tam işlevsel ortak girişimlerin AB Rekabet Hukuku uygulamasında ele alınış esasları, ortak girişimlere yönelik esasa ilişkin değerlendirmede ana teşebbüslerin rolü dava örnekleri ile ortaya konulacak ve son olarak tam işlevsel ortak girişimlere yönelik Türkiye uygulaması, politika önerileri eşliğinde aktarılacaktır.

BÖLÜM 1

ORTAK GİRİŞİMLER: REKABET HUKUKUNUN NERESİNDE?

1.1. ORTAK GİRİŞİMLER: GENEL ÇERÇEVE

“Ortak girişim” kavramı hem AB hem de ABD rekabet hukuku uygulamasında yer bulan, en geniş itibarla *“iki veya daha fazla teşebbüsün belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere ortaya koydukları işbirliği”* olarak tanımlanabilmektedir. Bu tanım itibarıyla ortak girişim iki veya daha fazla (bağımsız) teşebbüsün belirli bir amaç için kaynaklarını bir araya getirdikleri belirli bir ölçü ve şekildeki işbirliğidir².

Ortak girişimlere ilişkin yukarıda verilen tanımlama, birbirinden bağımsız ana teşebbüsler arasındaki belirli ölçüdeki işbirliğine odaklanmaktadır. Ancak bu işbirliği rekabet hukuku uygulamasındaki birleşme/devralma işlemlerinden³ ve rekabet kuralları tarafından yasaklanan kartel faaliyetinden farklılaşmaktadır. Bu farklılığa binaen literatürde kartel faaliyetinin teşebbüsler arasında entegrasyon içermeyen işbirliğine, birleşme işlemlerinin ise ana teşebbüsler arasında tam entegrasyon içeren işbirliğine tekabül ettiği, ortak girişimlerin ise bu ikisinin arasında dolayısıyla “kısmi entegrasyon/birleşme” içeren oluşumlar olduğu ifade edilmektedir.

Birleşme işlemlerinin pazarda rekabeti önemli ölçüde olumsuz etkileyecek etkileri –örneğin hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumu

² Ortak girişimlere ilişkin literatürde birbirinden çok farklı tanımlarının bulunduğu, kimi tanımların tüzel kişilik çerçevesinde şekillendiği bununla birlikte rekabet hukuku kurallarının tüzel kişiliğe sahip olursa bile onun arkasındaki ekonomik ilişki ile ilgilenmesi nedeniyle bu hususun bir önem arz etmediği ifade edilmektedir (Aslan 2017, 904-905).

³ Tezin devam eden bölümünde “birleşme” terimi devralmaları da kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

güçlendirmesi⁴- dışında rekabetçi olduğu⁵ ve izin verildiği, kartel oluşumlarının ise etkisine bakılmaya ihtiyaç olmaksızın rekabet karşıtı olduğu ve rekabet kanunlarınca yasaklandığı dikkate alındığında, ortak girişimlerin bu iki uç arasında yer almaları hali rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri olabileceğini ortaya koymaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında özellikle pazarda rakip olarak yer alan ana teşebbüslerin taraf olduğu ortak girişimler; bu bağlamda dikkatleri üzerine çekmekte ve rakiplerin birbirlerini gözlemlemesini kolaylaştırması (Dabbah 2004, 477) gibi rekabetçi endişelerin dile getirildiği bir alan teşkil etmektedir. Ortak girişim taraflarının genellikle komşu/aynı pazarlarda faaliyet gösterdikleri de dikkate alındığında (Russo vd. 2010, 270) bahsedilen endişeler gündemi sıklıkla meşgul etmektedir.

Ortak girişimlerin rekabet hukuku bağlamında kartel ve birleşme arasında bir yerde bulunması (Hawk ve Huser 1996, 35) yalnızca hem rekabetçi hem de rekabet karşıtı etkiler barındırabilecekleri anlamına gelmemekte aynı zamanda pazarda hem davranışsal hem de yapısal etkiler doğurabilecekleri anlamına da gelmektedir (Uluçlar 2017, 1). Dolayısıyla rekabet incelemeleri de bu çerçevede dâhilinde yapılmaktadır.

Ortak girişime ilişkin yapısal etkilere dayalı temel rekabetçi endişe ilgili ortak girişimin pazarda rekabeti olumsuz etkileyecek pazar gücüne sahip olması iken, davranışsal etkilere dayalı rekabetçi endişe ise ana teşebbüslerin etkilenen pazarlarda davranışlarını koordine etmeleridir. Söz konusu ikili etki ortak girişimlerin yapısal mı yoksa davranışsal bir problem mi olarak ele alınması gerektiği konusundaki tartışmaları gündeme getirmektedir. AB Rekabet Hukuku uygulaması bakımından bu durum, ortak girişimlerin birleşme rejimine mi (yapısal problem), yoksa Lizbon Anlaşması uyarınca Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA) 101'in konu edindiği anlaşmalar rejimine mi (davranışsal problem-) tabi olacağına, yansıma bulmaktadır (Askola 2012, 125).

Tezin devamında AB Rekabet Hukukunun ortak girişim problemine yönelik yaklaşımının tarihsel süreç içerisinde nasıl geliştiğine yer verilmektedir.

⁴ Tezin devam eden bölümünde "hâkim durum yaratılması" ifadesi mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ifadesini de kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

⁵ Etkinlik kazanımları için bkz. Çınaroğlu (2003) ve Seyrantepe (2012).

1.2. AB REKABET HUKUKUNUN ORTAK GİRİŞİMLERE YÖNELİK YAKLAŞIMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Bilindiği üzere, AB Rekabet Hukuku kuralları, ilk kez 1957 yılında Roma Anlaşması'nın 85. ve 86. maddelerinde düzenlenmiş, bu maddeler Amsterdam Anlaşması'nda 81. ve 82. maddeler olarak yeniden numaralandırılmış, son olarak ABİDA'da 101. ve 102. maddeler olarak yer bulmuştur. ABİDA 101. madde teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları, ABİDA 102. madde ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu çerçevede, AB Rekabet Hukuku sistemi 1957 yılındaki kuruluşundan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün⁶ yürürlüğe girdiği 1990 yılına gelinceye kadarki dönemde birleşme kontrolünü içermemiştir. Bu anlamda, AB Rekabet Hukuku sisteminin geç gelen bir birleşme rejimi ile karakterize olduğu ifade edilebilir (Askola 2012, 29).

AB Rekabet Hukukunda on yıllar boyunca süren birleşme kontrolüne ilişkin yasal düzenleme boşluğunun temel nedeni, firmaların birleşmeler yoluyla ölçek ekonomisi sağlamaları ve uluslararası arenada güçlenmelerini hedefleyen Topluluk politikasıdır (Kayıhan 2003, 14).

1.2.1. 1966 Memorandumu ve Kısmi Birleşme Testi

ABİDA 101 ve 102. maddeler ile düzenlenen rekabet hukuku kuralları, öncül (*ex-ante*) kontrol gerektiren pazar yoğunlaşmasından ziyade, kurgulanmış ve/veya hayata geçirilmiş rekabet karşıtı anlaşma veya pazar davranışının ardıl (*ex-post*) denetimini konu edinmektedir. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün hayata geçirilmesinden önceki süreçte rekabet kurallarının ABİDA 101. ve 102. maddelere dayalı yapısı nedeniyle birçok birleşme denetime tabi olmadan hayata geçirilmiş olmakla birlikte, birleşme kontrolü boşluğu ise, ABİDA 101. maddenin geniş yorumlanmasını teşvik etmiştir. Şöyle ki, birleşme kontrolüne yönelik araçların olmaması, ABİDA 101'in birleşmelere ve kurumsal yapılanmalara uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu gündeme taşımıştır. Komisyon bu soruya yönelik duruşunu, 1966 tarihli Endüstriyel Yoğunlaşmaya İlişkin Memorandum'da (Memorandum) ABİDA 101'in lafzi olarak, prensipte birleşmeleri de kapsayacağı, zira birleşmelerin de esasen teşebbüsler arası anlaşmalar olduğu şeklinde ortaya

⁶ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, [1989] OJ L395/1

konulmuştur. Ancak, Memorandum ile ABİDA 101'in, anlaşmanın **yürürlüğüyle** birlikte taraf teşebbüslerin bağımsızlıklarının ortadan kalkması –birleşme- halinde uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu tercihin temel nedeni, Memorandum'da ABİDA 101'in öngördüğü kontrollerin (geçersizlik veya belirli bir süre ile muafiyet gibi⁷) önemli yatırım ve kaynak gerektiren, geriye yürütülmesi zor olan birleşmeler bakımından elverişsizliği olarak açıklanmıştır. Memorandum'da kabul edilen bu ayırım doğrultusunda, ABİDA 101 kapsamına, amacı "*sahiplikte sürekli bir değişiklik olmadan, iktisadi olarak bağımsız kalan tarafların pazar davranışında işbirliği*" olan ortak girişimler dâhil edilmiştir. Böylelikle AB Rekabet Hukuku uygulamasında teşebbüsler arası anlaşmalar ve birleşme rejimlerinin sınırlarında belirleyici olan davranışsal ve yapısal oluşum şeklindeki ayırımın da temeli atılmıştır: *yoğunlaşmalar firmaların yapılarını kalıcı olarak değiştirirken, karteller bağımsız teşebbüslerin davranışlarını değiştirir*⁸.

Memorandum'un oluşturulması sürecinde, ortak girişimlerin davranışsal ve yapısal ayırım mantığına nasıl dâhil edilecekleri sorusu ortaya çıkmıştır. Zira, ortak girişimler daha önce de ifade edildiği üzere, hem davranışsal hem de yapısal etkiler doğurabilmektedir. Bu bağlamda 1966 Memorandum'u yoğunlaşma teşkil edecek ortak girişim tanımında bulunmamakla beraber, ortak girişimler bakımından da uygulanabilecek pazar davranışı ve firmaların sahipliğindeki değişim temelinde bir ayırım bulunmuştur:

Yoğunlaşma sonrasında işlem taraflarının pazarda bağımsız olarak kalması durumunda (örneğin ortak girişim durumunda) sahiplikteki değişikliğin yanı sıra bu teşebbüslerin 85. madde (yeni ABİDA 101) kapsamında bir anlaşmaya veya uyumlu eyleme taraf olmadıklarının incelenmesi gerekir...85(1). madde anlaşma sahiplikte kalıcı değişiklik sonucu doğurmaz ve iktisadi olarak bağımsız kalan teşebbüslerin pazar davranışlarının koordinasyonu halinde uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda, 85. maddenin yoğunlaşmalara uygulanmayacağı yönündeki argümanlar dikkate alınmaz. Böyle bir dosyadaki durum gerçekte sahipliğin yeniden organizasyonuna değil kartele ilişkindir.

⁷ 2004 yılına kadarki dönemde ABİDA 101 kapsamındaki anlaşmaların muafiyet alabilmesi için Komisyon'a bildirilmesi zorunlu idi.

⁸ 1966 Memorandum, para. 31

Memorandum'da yer alan bu ifadeler Komisyon'un ortak girişimlere yönelik on yıllar sürecek yaklaşımını özetlemektedir. Bu yaklaşım Komisyon'un *SHV-Chevron* kararında⁹ ortak girişimler bakımından yoğunlaşma-işbirliği ayrımı için ortaya konulan "kısmi birleşme testi" ile somutlaşmıştır. Kısmi birleşme testi uyarınca, bir ortak girişimin yoğunlaşma kabul edilerek ABİDA 101 değerlendirmesinden muaf olmasının kümülatif şartları (i) ana teşebbüslerin faaliyetlerinin tamamını ortak girişime devretmesi (ii) ortak girişimin bağımsız iktisadi bir varlığın sahip olduğu tüm işlevleri kalıcı şekilde yerine getirmesi (iii) ana teşebbüslerin geriye dönüşe imkan verilmeyecek şekilde ortak girişimin faaliyet alanından çekilmesi; (iv) ortak girişimin, ana teşebbüsler arasında diğer alanlarda işbirliğine yol açmaması olarak belirlenmiştir.

Kısmi birleşme testi uyarınca örneğin pazarda rakip olarak yer alan teşebbüslerin etkilenen tüm pazarlardaki mevcudiyetlerine son verip bir ortak girişim oluşturması yapısal etki, dolayısıyla yoğunlaşma kabul edilirken, rakiplerin pazarda yer almaya devam edip bir kısım faaliyet için ortak girişim kurmaları davranışsal etki kabul edilmiş ve bu ortak girişimler için ABİDA 101 değerlendirmesi öngörülmüştür. Bahsi geçen yaklaşım fiiliyatta, pazarda rakip olarak yer alan teşebbüslerin ortak girişim kurması akabinde kısmi rekabet halinin devam etmesi durumunda öngörülen ABİDA 101 incelemesinden kaçınmak üzere etkilenen pazarlardan tamamen çekilmelerine yol açmıştır. Bu, rakipler arasındaki rekabetin tamamen ortadan kalkması durumunun kısmi rekabet haline tercih edilmesi anlamını taşımaktadır (Askola 2012, 67)¹⁰. Komisyon ve mahkemeler de 1997 yılına kadar aynı yaklaşımı koruma eğiliminde olmuştur. Bu dönemde görülen davalarda, özellikle tam işlevsel ortak girişimlerin ana teşebbüslerin kalan faaliyetlerindeki rekabet ilişkisini etkilemesi durumu (koordinasyon riski) belirsizlik ve tartışmalara neden olmuştur (Askola 2012, 85).

⁹ OJ L38/14 (1975)

¹⁰ Bu yaklaşımın günümüzde önemli ölçüde terkedilmiş olup, bu kapsamda örneğin *Inco/Falconbridge* kararında (COMP/M.4000, 2006) hâkim durum yaratacağı değerlendirilen birleşme işlemi bakımından taraflarca sunulan etkinliklerin daha az sınırlayıcı bir işbirliği anlaşmasıyla temin edilebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, tarafların pazarda rakip olarak yer alması ve belirli bir alanda işbirliği anlaşması yapmaları, birleşmelerinden daha az sınırlayıcı kabul edilmiştir.

1.2.2. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü ve 1990 Duyurusu

Komisyon'un 1966 Memorandumu ile ilk kez ortaya koyduğu yapısal ve davranışsal etki temelli kategorik sınıflandırma, 1990 yılında yürürlüğe giren 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde "yoğunlaşma doğurucu ortak girişim" ve "işbirliği doğurucu ortak girişim" ayrımının benimsenmesi ile yasal zemin kazanmıştır. Bu çerçevede, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü "yoğunlaşma doğurucu" ortak girişimlerin birleşme rejimine, "işbirliği doğurucu" ortak girişimlerin ise ABİDA 101'e tabi olmasını öngörmüştür.

"Yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler" bakımından kısmi birleşme testi ile somutlaştırılan Komisyon yaklaşımı 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'ne de yansımış ve birleşme rejimine tabi olacak (yoğunlaşma doğurucu) ortak girişimler için işbirliği riskini bütünüyle dışlayan oldukça dar bir çerçeve öngörülmüştür. Bu bağlamda, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu olmasını iki kümülatif şartın sağlanmasına bağlamıştır: (1) ortak girişimin pazarda kalıcı olarak faaliyet gösteren bağımsız bir iktisadi varlık olması-tam işlevsel ortak girişim (pozitif şart) (2) ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında işbirliğine yol açmaması (negatif şart). Tüzük uyarınca, ortak girişimin doğası gereği öngörülen üçüncü şart ise ana teşebbüslerin ortak girişimin önemli kararlarını birlikte almalarını sağlayan ortak kontrolün varlığıdır¹¹.

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü, belirtilen şartları sağlayan ortak girişimlerin "yoğunlaşma doğurucu" olduğunu ve Tüzüğün uygulama alanına gireceğini öngörmektedir. Bunun diğer anlamı iki şarttan herhangi birinin sağlanmaması halinde ortak girişimin "işbirliği doğurucu" olduğunun kabulüyle ABİDA 101'e tabi olmasıdır (Bellamy ve Child 1993, 324).

Komisyon 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde yer alan "yoğunlaşma doğurucu" ve "işbirliği doğurucu" ortak girişim ayrımını açıklığa kavuşturmak amacıyla 1990 yılında bir Duyuru¹² (1990 Duyurusu) yayımlamıştır. 1990 Duyurusu, *SHV-Chevron* kararı ile çizilen dar "yoğunlaşma doğurucu ortak

¹¹ 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü m.3(2).

¹² Commission notice regarding the concentrative and cooperative operations under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings OJ 1990 C 203/06 (1990).

girişim” sınırlarının korunduğunun ilanı niteliğindedir. Bu kapsamda, Komisyon’a yöneltilen birçok eleştiriye rağmen, ortak girişimin yoğunlaşma teşkil etmesi bakımından aranan negatif şartın sağlanmasında ana teşebbüslerin ortak girişimin yer aldığı pazar ile alt, üst ve komşu pazarlardan “geri dönüşsüz çıkış” şartı 1990 Duyurusu ile korunmuştur (Askola 2012, 47-48).

Bu yaklaşım, ana teşebbüslerin işlem sonrası öngörülebilir gelecekte ortak girişim dışında kalan faaliyetleri bakımından potansiyel veya fiili olarak rakip olmamaları durumunda herhangi bir işbirliği/koordinasyon riski olmayacağı mantığına dayanmaktadır. Bu şart, Komisyon ve mahkemelerce oldukça sıkı uygulanmış, ana teşebbüslerden birinin dahi ortak girişimin pazarında veya alt, üst, komşu pazarında olmasının işbirliği riski barındırdığı, dolayısıyla ortak girişimin “işbirliği doğurucu” olduğu sonucuna ulaşılmıştır (Jones 2012, 397). Bu kapsamda Komisyon ana teşebbüslerden yalnızca birinin bile ortak girişimin pazarında yer alması ile ana teşebbüs ve ortak girişim arasında işbirliği riski öngörmüş, bunu söz konusu ortak girişimin yoğunlaşma niteliği önünde engel teşkil eder bulmuştur.

Dolayısıyla Komisyon yalnızca ana teşebbüsler arasında bir işbirliği riskini değil, ortak girişim ile ana teşebbüs arasındaki işbirliği riskini de değerlendirmesine dâhil etmiştir. Hâlbuki fiiliyatta ana teşebbüsün karını paylaştığı ortak girişimle rekabet halinde olmayacağı ve diğer ana teşebbüsün de pazarda yer almaması nedeniyle ana teşebbüsler arasında bir işbirliğinin de mümkün olmadığı varsayımında bulunulmasının iktisadi açıdan daha gerçekçi bir yaklaşım olduğu ifade edilebilecektir (Askola 2012,57). Komisyon’un aktarılan bu tutumuna dayanak teşkil eden bir diğer husus ortak girişimin tam işlevsel kabul edilmesinde öngörülen ana teşebbüslerden tamamen bağımsız karar vermesinin 1990 Duyurusu’nda da yer almasıdır.

Yukarıda genel çerçevesi verilen bu yaklaşımın 1994 yılında yayımlanan Duyuru¹³ (1994 Duyurusu) ile birlikte gevşemeye başladığı görülmekte olup, bu gelişmeler tezin devam eden bölümünde ele alınacaktır.

¹³ Notice on the distinction between concentrative and co-operative joint ventures under Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of December 21, 1989, on the control of concentrations between undertakings, [1994] OJ C385/1

1.2.3. 1994 Duyurusu

1990 Duyurusu'nun uygulamadaki belirsizlikleri gidermeyen ve yukarıdaki konulara açıklık getirmeyen yapısı nedeniyle yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ayrımında ortak girişimlere yönelik tartışmalar devam etmiştir. Bunun üzerine Komisyon 1994 yılında “yoğunlaşma doğurucu ortak girişim”- “işbirliği doğurucu ortak girişim” ayrımını yeniden belirlemek üzere bir duyuru daha yayımlamıştır. 1994 Duyurusu “ortak kontrol” ile “tam işlevsellik” arasında gözlemlenen tezatlığa ortak girişimin operasyonel anlamda ana teşebbüslerden bağımsızlığına vurgu yaparak çözüm getirmiş, ayrıca ana teşebbüs ve ortak girişim arasında öngörülen işbirliği riskinin değerlendirme kriteri olma işlevini sonlandırmıştır.

1994 Duyurusu ile yalnızca ana teşebbüslerin ortak girişim ile aynı pazarda veya ortak girişimin alt, üst ve komşu pazarlarında yer alması halinde ortaya çıkan ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riskinin dikkate alınacağını belirtilmiştir. Ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski bakımından ise, ana teşebbüslerden en az ikisinin ortak girişimin olduğu ürün ve coğrafi pazarlardaki varlıklarını fiili veya potansiyel olarak güçlü şekilde devam ettirmesi halinde işbirliği riskinin kuvvetle muhtemel ortaya çıkacağına yer vermiştir¹⁴.

Alt, üst ve komşu pazarlara ilişkin koordinasyon riskini değerlendirdiği *Lucas/Eaton*¹⁵ kararında Komisyon, komşu pazarlardaki rekabet ve teknoloji koşullarının farklı olması nedeniyle ana teşebbüslerin bu pazarlarda işbirliği riskinin olmadığına, dolayısıyla ortak girişimin “yoğunlaşma doğurucu” nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla 1994 Duyurusu, koordinasyon riski bakımından esnemeye başlayan yaklaşımın kalıcılığını teyit eder niteliktedir. Nitekim 1995 yılında 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü kapsamında bildirim yapılan 50 ortak girişimin yalnızca üçü işbirliği riski nedeniyle tüzük kapsamı dışına çıkmıştır (Snelder 1996, 74).

1994 Duyurusu, her ne kadar uygulamadaki belirsizlik ve eleştirilere cevap verme çabasında olsa da ortak girişimin ana teşebbüsler arasında bir koordinasyon riskine neden olup olmayacağı hususu, esaslı bir değerlendirme gerektiren

¹⁴ 1994 Komisyon Duyurusu, para. 18, 19

¹⁵ Case No IV/M.149 (1991)

dolayısıyla ortak girişimin hangi yasal düzenlemeye tabi olacağıının belirlendiği yargı testi aşamasında kullanılması pek de pratik olmayan bir kriter özelliği taşımaktadır(Askola 2012, 49).

Yukarıda bahsedilen eleştiriler ve uygulamada karşılaşılan belirsizliklere çözüm amacıyla 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde yapılan değişiklik tezin devam eden bölümünde ele alınacaktır.

1.2.4. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında Yapılan Değişiklik

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan 1998 yılında yürürlüğe giren değişiklik¹⁶ “yoğunlaşma doğurucu ortak girişim” ile “işbirliği doğurucu ortak girişim” ayırımına son vermiş, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün uygulama alanı bakımından “tam işlevsel ortak girişim” kavramı benimsenmiştir. Böylelikle, uygulamada belirsizliğe yol açan koordinasyon riski, ortak girişimin hangi düzenlemeye tabi olacağı ayırımında bir kriter olmaktan çıkmıştır.

1997 yılında yapılan bu değişiklik AB Rekabet Hukuku uygulamasında ortak girişimlere yönelik kavramsal çerçevedeki son değişikliktir. Bu değişikliğe göre tam işlevsel ortak girişimler koordinasyon riski barındırmalarından bağımsız olarak 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün uygulama alanına girmektedir. Koordinasyon riski ise yine aynı birleşme prosedürü içerisinde ancak ABİDA 101 çerçevesinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, Tüzük'te belirtilen şartları sağlayan “tam işlevsel ortak girişimler” birleşme işlemi kabul edilmekte, ortak girişimin ana teşebbüsler arasında koordinasyon riskine sebebiyet vermesi durumunda ise aynı birleşme prosedürü içerisinde çifte değerlendirme öngörülmektedir.

1.2.5. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde Esasa İlişkin Değerlendirme

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'ne tabi olan ortak girişimler bakımından uygunluk, Tüzüğün 2(3) maddesi¹⁷ uyarınca hâkim durum testi esasına dayanılarak verilirken, diğer bir ifadeyle ilgili ortak girişim dolayısıyla pazarda hâkim durum

¹⁶ Council Regulation (EC) No. 1310/97 of June 30, 1997 amending Regulation (EEC) No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings

¹⁷ 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde, hâkim durum testinin formüle edildiği 2(3) maddeye göre “*etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmalar*” yasaklanmaktadır.

yaratılması ve bunun sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olacağı değerlendirildiğinde ortak girişim yasaklanabilir.

Buna karşılık, ABİDA 101 incelemesine tabi olan bir ortak girişim, hukuka uygunluk bakımından ABİDA 101(3) kapsamında muafiyet değerlendirmesine tabi tutulmaktadır¹⁸. Bu değerlendirme nedeniyle işbirliği doğurucu bir ortak girişim, hakim durumdan çok daha düşük pazar gücü seviyelerinde yasaklanabilen bir işbirliği olarak görülmüştür. ABİDA 101(3)'te yer alan kümülatif muafiyet şartlarından “pazarın önemli bir kısmında rekabetin ortadan kalkmaması” fiiliyatta hakim durum testine benzetmekle birlikte, işbirliği doğurucu bir ortak girişimin muafiyetten faydalanabilmesi için bu şartın yanı sıra diğer üç şartın¹⁹ varlığının da aranıyor olması uygunluk eşiğinin -yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlere nazaran- daha yüksek olduğu anlamına gelmektedir. Muafiyet penceresinden bakıldığında ise bunun anlamı birleşme kabul edilen bir ortak girişimin, diğer üç muafiyet şartını hükmen sağladığıdır (Askola 2012, 51-52)²⁰.

1.2.6. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü ve Esasa İlişkin Değerlendirme için Öngörülen Değişiklik

2004 yılından itibaren uygulamaya alınan 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü²¹ (Birleşme Tüzüğü) ortak girişimlere yönelik 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan değişikliklerle oluşturulan kavramsal çerçeveyi korumuştur. Bu kavramsal çerçeve doğrultusunda, ortak girişimin hangi yasal düzenlemeye tabi olacağı belirlendiği ilk aşamada “tam işlevsellik” esas alınmakta, ortak girişimin ana teşebbüsler arasında bir koordinasyon riski barındırması ölçütü birleşme analizi sürecinde esasa ilişkin değerlendirmenin bir parçasını teşkil etmektedir²².

Birleşme Tüzüğü'nün ortak girişimlere yönelik yaklaşımı da etkileyecek

¹⁸ 2004 yılına kadar anlaşmaların bireysel muafiyet alabilmesi için Komisyon'a bildirilmesi gerekmektedir.

¹⁹ Özetle bu şartlar: (i) iktisadi etkinlik, (ii) tüketicinin bundan fayda sağlaması, (iii) ölçülülük

²⁰ Bu yaklaşımın AB Rekabet Hukukunda 2000'li yıllara kadar uzanan süreçte yoğunlaşmalara ayrıcalık tanıyan Topluluk politikasının bir yansıması olduğu düşünülmektedir.

²¹ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

²² Tam işlevsel ortak girişimlerin AB Birleşme Rejimi dâhilinde ele alınma esasları tezin ikinci bölümünün konusunu oluşturmaktadır.

şekilde getirdiği yenilik ise esasa ilişkin değerlendirmede kullanılan “hâkim durum testinin” yerini “rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin” (SIEC²³) almış olmasıdır. 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü’nde, hâkim durum testinin formüle edildiği 2(3) maddeye göre “*etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmalar*” yasaklanmaktadır. Birleşme Tüzüğü’nde ilgili madde “SIEC testi” karşılamak üzere şu şekilde formüle edilmiştir: “*etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen, özellikle hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmalar yasaktır.*”

Hâkim durum testinin lafzi olarak iki şekilde yorumlanması mümkündür. Bunlardan ilki yasaklama bakımından “hakim durum yaratılmasının” yeterli ve tek kriter olduğudur. Diğer yoruma göre ise, yasaklama bakımından “hâkim durum yaratılmasının” gerekli ancak yeterli olmadığı aynı zamanda yaratılan hâkim durumun sonucu olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması şartının da sağlanması gerektiğidir. Hakim durum şartının tek kriter olması halinde birleşme rejiminin pazardaki rekabet üzerindeki etkilere değil pazar yapısına odaklandığı ifade edilebilecektir. Bu durum uygulamada zaman zaman belirsizliğe yol açsa da, mahkemeler tarafından reddedilmiş, davalarda yasaklama bakımından her iki şartın varlığı birlikte aranmış, dolayısıyla hâkim durum testi iki ayaklı olarak uygulanmıştır²⁴.

SIEC testi yukarıda yer verilen tartışmayı, hâkim durum yaratılmasının yasaklama bakımından gerekli bir şart olarak öngörmemesi dolayısıyla kaldırmıştır. Bunun dolaylı olarak sonucu, hâkim durum şartı nedeniyle birleşen firmalara odaklı yaklaşımın terkedilmesi, pazardaki etkilerin değerlendirmeye

²³ Significant impediment to effective competition.

²⁴ Nitekim Komisyon EDP kararında (Case T-87/05) İlk Derece Mahkemesi tarafından konuya şu şekilde açıklık getirilmiştir “... bazı dosyalarda hakim durum yaratılması veya güçlendirmesi tek başına, pazardaki rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla bu dosyalarda hâkim durum yaratıldığı veya güçlendirdiğini gösteren kanıt aynı zamanda rekabetin önemli ölçüde engellenmediğinin de kanıtı olabilir. Ancak bu yönde bir tespit, hiçbir şekilde ikinci şartın [rekabetin önemli ölçüde engellenmesi] birinci şart [hâkim durum] ile aynı olduğu anlamına gelmez, yalnızca birinin diğerini takip edebileceğini gösterir”. İlk Derece Mahkemesi bu yorumdan yola çıkarak hâkim durum testine yönelik görüşünü “[hakim durum testinin] iki şartı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ikincisi ise hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesi sonucunda pazardaki rekabetin önemli ölçüde engellenmesidir” ifadesiyle yinelemiştir.

alınmasıdır. Zira, hâkim durum şartı nedeniyle analizde birleşme sonucunda ilgili teşebbüsün pazar gücüne odaklanılmakta, bu da haliyle tek firma hakimiyetinin analizde odak haline gelmesine neden olmaktadır (Röller ve De La Mano 2006, 15). Nitekim, Birleşme Tüzüğü'nün yayımlanması akabinde Tüzüğün uygulanmasına yönelik yayımlanan Yatay Birleşme Rehberi²⁵ ve Yatay Olmayan Birleşmeler Rehberi²⁶'nde (Birleşme Rehberleri) SIEC'in koordinasyona bağlı etkiler ve tek taraflı etkiler çerçevesinde ele alınacağı belirtilerek, testin odağının ilgili teşebbüsün işlem sonucunda sahip olacağı pazar gücünün etkilerinin yanı sıra koordinasyona bağlı etkilere genişletildiği beyan edilmiştir.

Birleşme Rehberlerinde birleşme işlemlerinin tek taraflı etki ve/veya koordinasyon etkileri dolayısıyla yasaklanabileceği öngörülmektedir. Bu haliyle ortak girişimlere yönelik değerlendirme bakımından SIEC testinin, 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2(4) maddesinde “ *yoğunlaşma teşkil eden bir ortak girişimin pazarda bağımsız kalan tarafların [ana teşebbüslerin] rekabetçi davranışlarının koordinasyonu amacı veya etkisi olması halinde, işleme izin verilmesini teminen bu koordinasyon ABİDA 101 (1) ve (3) maddeleri çerçevesinde ele alınır*” şeklinde öngörülen koordinasyon testini tezin devam eden bölümünde ele alındığı üzere fiili olarak işlevsiz bıraktığı ifade edilebilecektir.

²⁵ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2004/C 31/03).

²⁶ Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2008/C 265/07)

BÖLÜM 2

AB BİRLEŞME REJİMİNDE TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

AB Rekabet Hukuku uygulamasında ortak girişimlere ilişkin yapısal-davranışsal ikileminin son tahlilde 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğünde 1998 yılında yürürlüğe giren değişiklikle, “tam işlevsel ortak girişim” ve “diğer ortak girişimler” ayırımının benimsenmesi yoluyla çözümlendiği görülmektedir. Bu çerçevede “tam işlevsel” bir ortak girişim pazarda yapısal etki yaratması nedeniyle bir birleşme işlemi olarak görülmeye başlanmıştır. Tam işlevsel ortak girişimin neden olabileceği işbirliği (koordinasyon) etkileri –davranışsal etkiler- ise yine bu tek prosedür içerisinde ancak ABİDA 101 çerçevesinde değerlendirilmektedir. 1997 yılında yapılan değişiklikle kurulan bu kavramsal çerçeve bugün yürürlükte olan Birleşme Tüzüğü ile de korunmaktadır.

Birleşme Tüzüğü'nün 3(1) maddesindeki tanımı üzerine “yoğunlaşma”, kontrolde kalıcı değişiklik yaratacak şekilde (a) iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi veya (b) 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 durumunda ortaya çıkacaktır²⁷.

Komisyon'un 139/2004 sayılı Tüzüğe ilişkin Konsolide Duyurusu²⁸ (Konsolide Duyuru) ile de kontrol tanımı ortak girişimlere genişletilmiş ve ortak kontrolün iki veya daha fazla teşebbüsün/kişinin başka bir teşebbüs (ortak girişim) üzerinde belirleyici etki uygulama imkânına sahip olması halinde söz

²⁷ Birleşme Tüzüğü m.3

²⁸ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01),

konusu olacağı ve tek kontrolde olduğu gibi fiilen veya hukuken kurulabileceği belirtilmiştir.

Birleşme Tüzüğü'nün 4. maddesine göre “*bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini pazarda kalıcı olarak yerine getiren bir ortak girişimin kurulması*” Tüzüğü'nün 3(1)(b) maddesi kapsamında bir yoğunlaşma işlemi teşkil etmektedir.

Bu çerçevede bir ortak girişimin Birleşme Tüzüğü'nün uygulama alanına girebilmesi bakımından üç şartı sağlaması gerekmektedir (i) ortak kontrolün kalıcı şekilde iki veya daha fazla teşebbüs tarafından devralınması (ii) ortak kontrolün bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı şekilde yerine getirmesi-tam işlevsel ortak girişim (iii) Topluluk boyutunun bulunması (ciro eşiklerinin aşılması)

Tezin kapsamı doğrultusunda bu bölümde tam işlevsellik kriterleri akabinde tam işlevsel ortak girişimlere yönelik esasa ilişkin değerlendirmede Komisyon uygulamasına yer verilecek olup “ortak kontrol” şartına bahsi geçen alt bölümlerde tartışmalara sebebiyet verdiği ölçüde değinilecektir.

2.1. TAM İŞLEVSELLİK

Birleşme Tüzüğüne göre “*bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini pazarda kalıcı olarak yerine getiren bir ortak girişimin kurulması*” bir yoğunlaşma işlemi teşkil etmekte ve bu nitelikteki bir ortak girişim “tam işlevsel ortak girişim” olarak tabir edilmektedir. “Tam işlevsel ortak girişimin kurulması” lafzi olarak yeni bir hukuki kişiliğin ortaya çıkmasını çağırırtsa da Komisyon uygulaması bakımından yeni bir hukuki kişiliğin kurulması şartı bulunmamakta, sözleşmesel nitelikteki ortak girişimlerin de tam işlevsel olarak değerlendirilebildiği görülmektedir (Whish 2003, 546 ve 810)²⁹.

Birleşme Tüzüğü “tam işlevsel ortak girişim” tanımına yer veriyor olsa da onun özellik ve niteliklerine ilişkin ilave bilgi sunmamakta, söz konusu bilgiler Konsolide Duyuru'da yer almaktadır. Bir ortak girişim, kendi pazarında yer alan diğer bağımsız teşebbüsler gibi olağan operasyonel fonksiyonlarını ana teşebbüslere bağımlı olmadan kalıcı şekilde yerine getirmesi halinde tam işlevsel kabul edilmektedir. Tam işlevsellik bu bağlamda kendine yeterlilik olarak da ifade edilebilecektir (Rusu 2010, 8).

²⁹ Ayrıca bkz. Komisyon'un *KLM/Alitalia* kararı (COMP/JV.19, 1999)

Ana teşebbüslerden bağımsızlığın operasyonel anlamda bağımsızlık olduğu, stratejik kararlar bakımından ortak girişimin ana teşebbüslerin ortak kontrolünde olacağı belirtilmektedir³⁰. Aksi durumun ortak kontrol ile çelişeceği aşikârdır. Nitekim bu çelişki daha önce de belirtildiği üzere, 1994 Duyurusuyla açığa kavuşturulmuş ve Komisyon'un o döneme kadarki uygulamasında öngördüğü "tam bağımsızlık" koşulunun yarattığı çelişki böylece ortadan kalkmıştır.

Bir ortak girişimin "bağımsız iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirmesi" (tam işlevsel) olması için Duyuru ortak girişimin (i) pazarda bağımsız şekilde faaliyet göstermede yeterli kaynaklara sahip olması (ii) ana teşebbüslerin bir fonksiyonunu yerine getirmenin ötesinde faaliyette bulunması (iii) satış ve tedarik ilişkilerinde ana şirketlere bağımlı olmaması (iv) pazarda kalıcı faaliyette bulunması şartlarını sağlamasını öngörmektedir³¹.

Bu kriterler, temelde ana teşebbüslere girdi sağlama işlevini yerine getiren bu kapsamda üçüncü şahıs teşebbüslerle ticari ilişkisi sınırlı olan, kendisine ait personeli, malvarlığı, sermayesi ve kaynakları olmayan ortak girişimler ile büyük ölçüde pazardaki üçüncü şahıs teşebbüslerle ticari ilişki içerisinde olan ve bu faaliyetleri esnasında ana teşebbüslerine bağımlı olmayan, dolayısıyla pazarda operasyonel anlamda bağımsız bir aktör olarak bulunan ortak girişimler arasında ayırım yapmak üzere getirilmiştir. AB uygulamasında ise birçok ortak girişimin bu iki uç arasında bir yerde olduğu, Komisyon ve mahkemelerin "tam işlevsel" değerlendirmesinde temel olarak ana teşebbüslere sürekli bağımlı olmama halini dikkate aldığı görülmektedir. Dolayısıyla kuruluş aşamasından itibaren pazarda bağımsız olarak yer alma şartı katı şekilde uygulanmamakta, belirli bir takvim dâhilinde³² bağımsızlığın teşkil edilmesi halinde de ilgili ortak girişim tam işlevsel kabul edilebilmektedir (Hawk 2004, 331).

2.1.1. Pazarda Bağımsız Faaliyete Yeterli Kaynaklara Sahip Olması

Bir ortak girişimin faaliyetleri bakımından ana teşebbüslere bağımlı olmaması için pazarında operasyonel faaliyetlerini yerine getirmeyi sağlayacak malvarlığına, personel ve finansal kaynaklara sahip olması gerekmektedir. Kaynaklara ilişkin

³⁰ Konsolide Duyuru, Para.93

³¹ Konsolide Duyuru, Para.94-105

³² İstisnalar dışında üç yıl kabul edilmektedir.

yapılan değerlendirmede temel kıstas ortak girişimin pazarında yer alan diğer bağımsız teşebbüsler gibi faaliyette bulunmak için yeterli kaynaklara erişiminin olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, bu şarta yönelik değerlendirme esasen ortak girişimin operasyonel anlamda kendine yeterli olup olmadığına ilişkindir (Nourry ve Harrison 2019, 15) .

Bir ortak girişimin bu şartı sağlaması bakımından mutlak suretle kuruluş aşamasında operasyonel anlamda bahsi geçen yeterli kaynaklara sahip olması gerekmemektedir. Ortak girişimin kuruluş aşamasından itibaren operasyonel kendine yeterli hale gelmesinin belirli bir zamana yayılması halinde de nihai operasyonel yeterlilik dikkate alınarak bu şart sağlanmış kabul edilebilmektedir. Örneğin Komisyon *Hitachi/Nec-Dram/JV*³³ kararında, kuruluştan itibaren en az iki yıla yayılan üç aşamada gerçekleşecek dönem sonunda bağımsız bir satış kanalına, kendi markasını münhasır kullanma hakkına ve gerekli diğer fikri mülkiyet haklarına sahip olacak ortak girişimin yeterli kaynaklara erişimi olduğu kanaatine ulaşmıştır. *RSB/TENEX/Fuel Logistic*³⁴ kararında ise Komisyon, ana teşebbüslerin ortak girişimin bir noktada kendi malvarlığı ve personeli olacağını beyanı yeterli görmeyerek, bu yönde somut bir plan veya yol haritasının olmadığından bahisle ortak girişimin kendine yeterli olmadığına dolayısıyla tam işlevsel olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Yeterli kaynak değerlendirmesinde ortak girişimin günlük faaliyetleri yürütecek bir yönetime sahip olması da önemli yer tutmaktadır³⁵. Ortak girişimin günlük faaliyetlerini yürütecek bir yönetime sahip olmasındaki esaslı unsur ortak girişimin kendisinin bu faaliyetleri yürütmesi, dolayısıyla ortak girişimin günlük faaliyetlerinin yönetiminin ana teşebbüs(ler)e bırakılmamasıdır (Iversen vd. 2008, 324). Nihayetinde, bir firmanın pazarda bağımsız bir iktisadi aktör olarak bulunması fiyatlar, üretim ve kalitenin tayini gibi kararların o firmanın kendisi tarafından alınması ve kontrol edilmesini gerektirmektedir (Levy 2010, 106).

Bu noktada, ortak kontrol şartıyla tezat oluşturmamak üzere tam işlevsellik bakımından stratejik kararların bütünü bakımından bağımsızlık şartının aranmadığını, bağımsızlığın operasyonel konularla sınırlı olmak üzere arandığı

³³ COMP JV/44 (2000)

³⁴ Case IV/M.904 (1997)

³⁵ Konsolide Duyuru, para.94

tekrar belirtilmelidir. Operasyonel faaliyetlerin ortak girişimce yönetilmesi şartının bir diğer yansıması ticari politikaların da ortak girişimin yönetimince kararlaştırılmasıdır. Dolayısıyla ortak girişimin ticari politikasını kendi menfaatleri doğrultusunda oluşturmada özgür olmalı, ana teşebbüslerin ihtiyaçlarına yönelik veya ticari politikalarının bir ayağı olmamalıdır (Cook ve Kerse 2009, 61). Bu çerçevede örneğin *Carlsberg/Allied Lyons*³⁶ kararında Komisyon Carlsberg ve Allied Lyons'ın bira yapımı ve toptan satışı faaliyetlerini biraraya getirerek kurdukları ortak girişimin, Carlsberg ve Allied Lyons'ın kendi bira markalarına ilişkin hakları ortak girişime devretmemeleri ve ortak girişimin ticari politikalarını onaylama hakkına sahip olmaları dolayısıyla tam işlevsel olmadığına hükmetmiştir.

Konsolide Duyuru, ortak girişimin yönetim dışında operasyonel faaliyetleri yürütecek personele ve malvarlığına da erişiminin olması gerektiğini de öngörmektedir. Personel yönünden yapılan yeterli kaynak değerlendirmesinde ideal olanı ortak girişimin kendi personelinin olması ve bu personeli ana teşebbüslerden bağımsız istihdam etmesi olsa da uygulamada Komisyon'un özellikle endüstrideki standardın bu yönde olması durumunda personel ortak girişimin kendisi tarafından istihdam edilmese de yeterli kaynak erişimine sahip olma haline halel getirmeyeceğini kararlaştırdığı görülmektedir (Balta 2012, 16).

Benzer şekilde personelin ana teşebbüslerce istihdam edilmesi durumu da söz konusu durumun başlangıç dönemi için öngörülmesi, ortak girişimin ana teşebbüsle ticari mesafesini koruması ve ortak girişimin kendi personelinin istihdam etme özgürlüğü olması şartıyla kabul edilebilmektedir³⁷. Örneğin *Hitachi/Nec-Dram/JV*³⁸ kararında Komisyon iki yıllık başlangıç dönemi sonunda ortak girişimin kendi malvarlığı, finansal kaynakları ve personeli olmasının öngörülmesini tam işlevsellik kriteri açısından yeterli bulurken, *Groupe Lagardere/Sncf Participations/JV*³⁹ kararında ortak girişimin finansal kaynak ve personel bakımından ana teşebbüslere bağımlı olacak olması nedeniyle ilgili ortak girişimin tam işlevsel olmadığı sonucuna ulaşmıştır. *Cargill/Vandemoortele*⁴⁰ kararında ise ortak girişimin ürünlerini pazarlamada ana teşebbüslerden birinin

³⁶ Carlsberg/allied Lyons, 22nd Report on Competition policy (1992)

³⁷ Konsolide Duyuru, para.94

³⁸ COMP/JV.44 (2000)

³⁹ COMP/ M.7253 (2014)

⁴⁰ Case IV/M.1227 (1998)

satış teşkilatını kullanacak olması, ana teşebbüsün ortak girişim bakımından acente işlevi göreceği olması ve organizasyon, pazarlama ve fiyatlandırma kararlarının ortak girişim tarafından alınacak olması dikkate alındığında tam işlevselliğe engel teşkil etmemiştir.

Ortak girişimin yeterli kaynağa erişimi olması bakımından yapılan bir diğer değerlendirme, ortak girişimin faaliyetleri için gerekli maddi ve maddi olmayan varlıklara sahip olup olmadığıdır. Maddi varlıklar bakımından ortak girişim ana teşebbüslere bağımlı olsa da, ana teşebbüslerin ortak girişim üzerinde bu varlık dolayısıyla bir baskısı olmaması durumunda ortak girişim pazar koşulları da göz önüne alınarak tam işlevselliğe karar verilebilmektedir (Navarro vd. 2005, para. 3.20). Örneğin *Celanese/Degussa*⁴¹ kararında Komisyon, münhasıran ortak girişim tarafından kullanılacak ancak teknik nedenlerle ana teşebbüslerden birinin sahipliğinde kalması gereken üretim tesisinin tam işlevselliğe engel olmadığına sonucuna ulaşmıştır.

Maddi olmayan varlıklar bakımından ortak girişimin genel olarak kendi fikri mülkiyet haklarına sahip olması beklenmekte, fikri mülkiyet haklarının ana teşebbüslerde kalması durumunda ise ortak girişimin bu haklara yönelik olarak süreli de olsa geri dönüşsüz ve hakkın kullanılmasını önemli ölçüde kısıtlayacak şartlar barındırmayan bir lisansa sahip olması gerekmektedir (Iversen 2008, 324). *Baxter/Nestle/Salvia*⁴² kararında Komisyon, fikri mülkiyet haklarının ortak girişime transfer edilmediğini, buna karşılık ana teşebbüslerce bu haklara yönelik olarak ortak girişime uzun süreli münhasır lisansın verilmesinin kararlaştırıldığını belirtmiş, ancak lisansın geri dönülemez nitelikte olmadığından hareketle ortak girişimin operasyonel anlamda ana teşebbüslere bağımlı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

2.1.2. Ana Teşebbüslerin Belirli Bir Fonksiyonunun Ötesinde Faaliyette Bulunma

Konsolide Duyuru ortak girişimin faaliyetinin ana teşebbüsün AR-GE, üretim veya dağıtım gibi belirli bir fonksiyonu ile sınırlı olması halinde tam işlevsel

⁴¹ COMP/M.3056 (2003)

⁴² Case No IV/M.058 (1991)

olmayacağını belirtmektedir⁴³. Dolayısıyla bir ortak girişimin ana teşebbüslerin faaliyetlerine destek niteliğinde ikincil bir fonksiyon üstlenmesi halinde pazarda bağımsız olarak yer almadığı sonucuna ulaşılmaktadır (Cook ve Kerse 2009, 63). Komisyon'un uygulamada bu şartı çok dar yorumlamadığı, değerlendirmesini ilgili pazardaki olağan faaliyet kapsamını ve ortak girişimin ana teşebbüsle ticari ilişkisinin düzeyini dikkate alarak yaptığı, dolayısıyla faaliyet alanı sınırlı bir ortak girişimin de tam işlevsel olduğu sonucuna ulaşabildiği görülmektedir (Levy 2010, para.5-112). Bu kapsamda örneğin *Eads Ds/Atlas/JV*⁴⁴ kararında Komisyon, ortak girişimin ana teşebbüslerden biri için fason üretim gerçekleştirecek olmasının, bu satışların sınırlı olması ve ortak girişimin ana teşebbüslerle piyasa koşullarında ticaret yapacak olması dikkate alınarak tam işlevselliğe engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. *LSG Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland*⁴⁵ kararında da ortak girişimin ana teşebbüslerle piyasa koşullarında ticaret yapacağı vurgusuyla tam işlevsel olduğuna hükmedilmiştir. Diğer taraftan *Baxter/Nestle/Salvia*⁴⁶, kararında ortak girişimin temel olarak ana teşebbüslerin kendi tescilli ticari markaları altındaki ürünlerinin ortak satış acentesi işlevini göreceğinden hareketle ortak girişimin tam işlevsel olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Benzer şekilde, *Exxon/Shell*⁴⁷ kararında ise Komisyon, ham maddelerin ana teşebbüslerden temin edilmesi ve nihai ürünlerin piyasaya sunulmasında ana teşebbüslerin faaliyette bulunacağını öngörüldüğü ortak girişimin tam işlevsel olmadığına hükmetmiştir.

Komisyon bu şart bakımından da ortak girişimin kuruluş aşamasını istisna tutmakta ve kuruluş döneminde ortak girişimin faaliyetinin sınırlı olması tam işlevsellik bakımından engel teşkil etmemektedir. Örneğin *Toray/Murata/Teijin*⁴⁸ kararında ana teşebbüslerin, kuruluş aşamasında bütün faaliyetlerini ortak girişime devretmemiş olmalarına ve ana teşebbüslerin ortak girişimin yaklaşık bir yıl sonra üretimin devredilmesi akabinde tam işlevsel hale geleceği yönündeki beyanlarına rağmen Komisyon, ana teşebbüslerin kalan faaliyetler bakımından bir devir planında anlaşmış olmalarına dayanarak ortak girişimin tam işlevsel olduğuna kanaat getirmiştir.

⁴³ Konsolide Duyuru, para. 95-96

⁴⁴ COMP/M.5936 (2010)

⁴⁵ COMP/M.4170 (2006)

⁴⁶ Case IV/M.058 (1991)

⁴⁷ Case IV/33.640 (1994)

⁴⁸ COMP/M.2763 (2002)

2.1.3. Satış ve Tedarik İlişkilerinde Ana Şirketlere Bağımlı Olmama

Komisyon'un tam işlevsellik analizinde üzerinde önemle durduğu bir diğer kriter ortak girişimin alt veya üst pazarında yer alan ana teşebbüslerle olan ticari ilişkilerinin düzeyidir. Ticari ilişkinin düzeyi gerek nitelik gerekse nicelik bakımından önem taşımaktadır (Nourry ve Harrison 2019, 18). Bu kapsamda ortak girişimin kuruluş dönemi (kural olarak 3 yıl) haricinde; tedarik veya satışlar bakımından ana teşebbüslere bağımlı olmaması, ana teşebbüslerle iş hacminin sınırlı olması ve ticari ilişkinin piyasa koşullarında gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir.

Kuruluş dönemi pazarın şartlarına göre farklılaşabilmekte ve 3 yılı aşan süreler hatta çok istisnai koşullarda da olsa süresiz olarak satışların ana teşebbüse yapılması hali tam işlevselliğe engel teşkil etmeyebilmektedir. Örneğin *Siemens/Italtel*⁴⁹ kararında ortak girişimin satışlarının tamamını öngörülebilir gelecek dönem için ana teşebbüsün bir iştirakine yapması, ilgili iştirakin İtalya'daki telekom altyapısı bakımından tekel konumda olması nedeniyle, ortak girişimin potansiyel tek alıcısı olduğundan tam işlevsellik bakımından engel teşkil eder bulunmamıştır.

Ana teşebbüslere satışlar bakımından tam işlevsellik ayırımında spesifik bir ciro eşiği bulunmamaktadır. Kuruluş dönemi dışında ortak girişimin cirosu içerisinde ana teşebbüslere gerçekleştirilen satışların payının %50'nin altında olması durumunda bu şart bakımından daha ayrıntılı bir analize ihtiyaç duyulmamaktadır. Ana teşebbüslere yapılan satışların ciro içerisindeki payının daha yüksek olduğu durumlarda ise tahmini satışların en az %20'sinin üçüncü firmalara olması ve ana teşebbüslerle ticari ilişkinin piyasa koşullarında gerçekleştirilmesi şartıyla tam işlevselliğe karar verilebilmektedir (Herman vd. 2017, para. 2)⁵⁰.

Ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki tedarik ilişkileri bakımından ise Komisyon birçok faktörü değerlendirmesinde dikkate almaktadır⁵¹. Bu kapsamda öne çıkan kriter, ortak girişimin tedarik ettiği ürün üzerinde yarattığı katma değerdir. Bir diğer kriter ise satış ilişkilerinde olduğu gibi ana teşebbüsle olan

⁴⁹ Case IV/M.468 (1995)

⁵⁰ Konsolide Duyuru, para. 98.

⁵¹ Konsolide Duyuru, para. 101-102

tedarik hacminin 3. şahıs firmalardan yapılan alım miktarıyla karşılaştırılmasıdır. Değerlendirmede katma değer kriterine tedarik hacmi kriterine nazaran daha fazla önem atfedildiği görülmektedir. Örneğin *BP/Chevron/ENI/Sonangol/Total/JV*⁵² kararında sınıvlaştırılmış doğal gaz üretimi ve satışı alanında kurulan ortak girişim, Komisyon tarafından doğal gaz alımlarının tamamını ana teşebbüslerden birinden yapacak olmasına rağmen, gazın sınıvlaştırılması sürecinde yarattığı katma değer dolayısıyla tam işlevsel bulunmuştur.

Diğer taraftan ortak girişimin kayda değer katma değer yaratmadığı durumda, satış acentesi benzeri bir fonksiyon yürüteceğinden esasen ana teşebbüslerin spesifik bir fonksiyonunu ile sınırlı bir faaliyeti bulunacak, dolayısıyla tam işlevsellik “ana teşebbüslerin belirli fonksiyonunun ötesinde faaliyette bulunma” şartı bakımından da sağlanamayacaktır. Bu kapsamda iki şart birbiri ile paralel ve bağlantılı yorumlanmakta, uygulamada bu doğrultuda şekillenmektedir. Ancak bu noktada, daha önce de belirtildiği üzere, salt ilgili ürünlerin dağıtımını konu alan bir ilgili ürün pazarı bulunuyor ve dolayısıyla ortak girişim bu dağıtım faaliyeti bakımından diğer bağımsız üçüncü şahıs firmalarla rekabet halinde ise ortak girişimin tedarik ettiği ürün üzerinde katkı değer yaratmaması tam işlevselliğe engel teşkil etmemektedir (Nourry ve Harrison 2017, 19).

Komisyon *Agrevo/Marubeni*⁵³ kararında kimyasal tarım ve bahçe bitkileri sektörlerinde dağıtıcıların üreticiler ile entegre olmadığından ve yalnızca dağıtım ile iştigal ettiklerinden hareketle dağıtım faaliyetlerinin ayrı bir ilgili pazar teşkil ettiğini, bildirilen ortak girişimin de bu kapsamda tam işlevsel olduğuna karar vermiştir. Bu durumda haliyle Komisyon ortak girişimin dağıtım için gerekli depo, dağıtım filosu gibi tesis ve malvarlığına sahip olmasını öngörmektedir.

Ana teşebbüslerle ortak girişim arasında dikkate alınan bir diğer husus, ticari ilişkilerin niteliği olup ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki ilişkinin ortak girişimin üçüncü şahıs teşebbüslerle ilişkisinin emsali olması, diğer bir ifadeyle piyasa koşullarında gerçekleştirilmesi tam işlevselliği destekler nitelikte delil teşkil etmektedir. Bu kapsamda *Hydro/SQM/Rotem/JV*⁵⁴ kararında ortak girişimin birtakım hammaddeleri ana teşebbüsten temin edeceği ancak bu ticaretin piyasa

⁵² COMP/M.6477 (2012)

⁵³ Case No IV/M.788 (1996)

⁵⁴ COMP/M.2524 (2001)

koşullarında gerçekleşeceği belirtilerek ortak girişimin tam işlevsel olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Tedarik ilişkilerinde ana teşebbüslerin ortak girişim bakımından “tercih edilen sağlayıcı” veya benzer şekilde ortak girişimin ana teşebbüsler bakımından “tercih edilen müşteri” olması durumu söz konusu ilişki piyasa koşullarında gerçekleştirildiği sürece tam işlevsellik bakımından sorun teşkil etmemektedir. Örneğin *Upm-Kymmene/April*⁵⁵ kararında ortak girişimlerin ana teşebbüsler için “tercih edilen müşteri” ve ana teşebbüslerin ortak girişimler için “tercih edilen sağlayıcı” tayin edilmiş olması, bahsi geçen ticari ilişkinin piyasa koşullarında gerçekleşecek olması ile birlikte dikkate alınarak ortak girişimlerin tam işlevsel oldukları sonucuna ulaşılmıştır. *Smith Nephew/Beierdorf/JV*⁵⁶ kararında da ortak girişimin satışlarının yaklaşık yarısının ana teşebbüslerin satış organizasyonları eliyle yapılacak olması, ana teşebbüslerin bu satışlar bakımından salt acente olması, üretimin ortak girişim tarafından kendi üretim tesislerinde yapılacak olması nedeniyle bu durum tam işlevselliğe engel görülmemiştir.

2.1.4. Pazarda Kalıcı Faaliyette Bulunma

Daha önce de belirtildiği üzere Birleşme Tüzüğü’nün kapsamını pazarda kalıcı yapısal değişiklik yaratan birleşme ve devralma işlemleri oluşturmaktadır. Bu nedenle ortak girişimlerin de ancak bu yönde bir etki doğurması koşuluyla kapsama gireceği öngörüsünde bulunmak mümkündür. Ana teşebbüslerin ortak girişimin feshine veya ortak girişimin başarısızlığı üzerine sonlandırılmasına karar verebilecek olması bu varsayımı geçersiz kılmamaktadır (Iversen vd. 2008, 326)⁵⁷.

Diğer taraftan Komisyon, pazarın ve teşebbüslerin özelliklerine bağlı olarak süreli olarak kurulan ortak girişimlerin de pazarda kalıcı olarak yer aldığına hükmedebilmektedir. Örneğin *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*⁵⁸ kararında 12 yıl, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*⁵⁹ kararında

⁵⁵ Case IV/M.1006 (1998)

⁵⁶ COMP/JV.54 (2001)

⁵⁷ Konsolide Duyuru, para. 103

⁵⁸ COMP/M.2903 (2003)

⁵⁹ COMP/M.2632 (2002)

8 yıl, *British Airways/TAT*⁶⁰ kararında ise 6,5 yıl yeterli bulunmuştur. Bahsi geçen kararlar ışığında Komisyon'un ortak girişimin süreli veya süresiz kurulmuş olmasından ziyade, Pazar koşulları çerçevesinde ilgili pazarda ve teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik yaratacak asgari süreye odaklandığı görülmektedir (Whish 2003, 803).

Komisyon, belirli bir süre ile kurulmakla birlikte bu süre sonunda ana teşebbüsler arasındaki anlaşmanın yenilenmesi yoluyla ortak girişimin devam ettirilmesinin söz konusu olduğu durumlar bakımından da pazarda kalıcı faaliyette bulunma şartının sağlandığına hükmedebilmektedir. Örneğin *Smith&Nephew/Beierdorf/JV*⁶¹ kararında başlangıçta yedi yıl üzerinde bir süre ile kurulan ve devam eden dönemde iki yıllık dönemler dâhilinde yenilenmesi öngörülen ortak girişimin “pazarda kalıcı faaliyette bulunma” şartını sağladığına hükmetmiştir. Benzer şekilde *Lazard/Intesabci/JV*⁶² kararında ise başlangıçta beş yıl süre ile kurulan, devamında ana teşebbüslerden birinin feshe ilişkin yazılı bildirimine kadar beş yıl arayla yenilenmesi öngörülen ortak girişimin ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik yaratmaya yeterli süre ile pazarda yer alacağı, dolayısıyla bu şartı sağladığı kararlaştırılmıştır.

Diğer taraftan ortak girişimin faaliyetlerinde önem arz eden ve faaliyete başlamasında bu anlamda belirleyici olan faaliyetler bakımından 3. kişilerin kararlarına ihtiyaç olması halinde, 3. kişilerin davranışlarındaki belirsizlik dolayısıyla pazarda kalıcı bulunma şartı sağlanmayabilmektedir. Bu nitelikte 3. kişi kararları genellikle bir ihalenin ortak girişimde kalması veya birtakım hakların kullanımına ilişkin formalite gereğinin ötesinde önemli kararlar olup, bunlara ilişkin kararlar netleşmeden ortak girişimin faal hale gelmesi şüpheli hale gelmektedir. Bu durumda kalıcı faaliyette bulunma şartı ancak bu kararlar ortak girişimin faaliyete başlamasını sağlayacak şekilde alındığında sağlanabilmektedir⁶³.

Bir ortak girişimin tam işlevsel olduğunun tespiti akabinde Birleşme Tüzüğü uygunluk bakımından bu yoğunlaşmanın esasa ilişkin değerlendirmeye tabi tutulmasını öngörmektedir. Esasa ilişkin test temelde iki aşamayı içermektedir:

⁶⁰ Case IV/M.259 (1992)

⁶¹ COMP/JV.54 (2001)

⁶² COMP/M.2982 (2003)

⁶³ Konsolide Duyuru, para.105

1-Hakim durum/ SIEC testi, 2-Birleşme Tüzüğü 2 (4) maddesi uyarınca yapılan koordinasyon testi. Tezin devamında bu iki aşama, tam işlevsel ortak girişimlere yönelik tartışmalara açıklık getirmek üzere ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.2. ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

2.2.1. Hâkim Durum/ SIEC testi

Ortak girişimler bakımından yoğunlaşmaların esasa ilişkin değerlendirmesi, tek kontrolün devrine ilişkin devralmalardaki esaslar doğrultusunda uygulanmaktadır (Nourry ve Harrison 2019, 27). Bu kapsamda esasa ilişkin değerlendirmede⁶⁴ hâkim durum testi, ortak girişimin hâkim durum dolayısıyla rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığının belirlenmesine odaklanırken⁶⁵; SIEC testinde tek taraflı etkiler ve/veya koordinasyon etkilerine bağlı olarak rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediği, dolayısıyla tek firma hâkimiyeti söz konusu olmasa dahi (gizli) anlaşma (*tacit collusion*) dengesine müsait bir pazar yapısının oluşup oluşmadığı tespit edilmektedir.

SIEC testinin uygulanması 2004 tarihli Yatay Birleşme Rehberi⁶⁶ ve 2007 tarihli Yatay Olmayan Birleşmeler Rehberi⁶⁷ ile açıklanmıştır. Her iki Rehber'de de bir birleşmenin etkilenen pazarlarda tek taraflı veya koordinasyona bağlı etkiler dolayısıyla rekabeti önemli ölçüde azaltabileceği ve rekabet karşıtı bu etkinin hangi şartlarda ortaya çıkabileceği açıklanmaktadır. Dolayısıyla SIEC testi, hem yatay hem dikey etkilenen pazarlarda ortaya çıkabilecek yalnızca tek başına hâkim durum için değil, birlikte hâkim durum bakımından da uygulamaya açıklık getirmiş, koordinasyona bağlı etkilerin birlikte hâkim duruma sebebiyet vermesi durumunda birleşmenin yasaklanabilmesi meşruluk kazanmıştır.

Birleşme rehberlerinde öngörülen çerçeve bakımından SIEC testinin uygulanmasında pazar yapısından ziyade pazarın rekabetçi yapısına odaklanılmasının hedeflendiği, dolayısıyla pazar paylarına dayalı yapısal

⁶⁴ Birleşme Tüzüğü, öncesinde yürürlükte olan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğünde yoğunlaşmaların esasa ilişkin değerlendirmesi bakımından öngörülen hâkim durum testini, SIEC testi ile değiştirmiştir.

⁶⁵ Hakim durum testi bakımından hakim durum şartı arandığından, bu durum uygulamada %40 eşinden itibaren tek başına hâkim durumun yaratılmasına odaklanılmasına neden olmuştur.

⁶⁶ Bkz. Dn. 32.

⁶⁷ Bkz. Dn. 33.

değerlendirme yerine etki temelli bir değerlendirmenin yolunun açıldığı görülmektedir. Bu kapsamda Birleşme Rehberlerinde ele alınan çerçeve dâhilinde Komisyon'un analizlerinde; yüksek pazar payları hala önemli bir rol oynasa da, SIEC testinin kabulüyle birlikte tarafların pazar payları ve oyuncu sayısı gibi yapısal faktörler daha az belirleyici olmaya, bunun yerine pazarın rekabetçi yapısı, birleşme tarafları arasındaki rekabet dinamiği ve bildirim tabi işlemin etkilenen pazarlardaki rekabetçi parametreler üzerindeki etkileri ön plana çıkmaya başlamıştır (Röller ve De La Mano 2006, 14).

2.2.1.1. Hakim Durum/SIEC Testi Kapsamında Pazar Gücünün Tespiti Bakımından Ana Teşebbüslerin Rolü

Tam işlevsel ortak girişimler bakımından bu bölüm altında değerlendirilecek tartışma, esasa ilişkin değerlendirmede -hâkim durum veya SIEC testinde- ana teşebbüslerin dikkate alınıp alınmayacağına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, tam işlevsel ortak girişimin tanımı itibarıyla “ana teşebbüslerden bağımsız iktisadi bir varlık” teşkil etmesi, hâkim durum veya pazar gücü değerlendirmesinde ana teşebbüslerin dikkate alınmamasını mı gerektirir? sorusuna yanıt aranacaktır.

Bu soruya ilişkin belirsizlik esasen ana teşebbüs(ler)in ortak girişimle aynı pazarda kalmaya devam edecek olması halinde ortaya çıkmaktadır. Zira, ana teşebbüslerin ilgili pazardaki faaliyetlerini tamamen ortak girişime devrederek ortak girişimin pazarından çıkmaları, esasen birleşmeye tekabül etmekte, dolayısıyla esasa ilişkin değerlendirmede gerek hâkim durum gerekse SIEC testi bakımından Komisyon'un işlemle oluşacak pazar gücünün ölçülmesinde haliyle ana teşebbüslerin pazar paylarının toplamını dikkate alarak bir değerlendirme yaptığı görülmekte, bu konu yukarıdaki sorunun kapsamına girmemektedir⁶⁸.

Buna karşılık, ana teşebbüs(ler)ün ortak girişimle aynı pazarda kalmaya devam etmesi durumunda testin nasıl uygulanacağı konusu -yukarıdaki soruya karşılık gelecek şekilde- “tam işlevsellik” kavramı itibarıyla belirsizleşmektedir

(Baş 2015, 64). Bu çerçevede; (i) “tam işlevsellik” kriterinin ortak girişimi

⁶⁸ Örneğin Komisyon'un *LSG Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland* kararında (COMP/M.4170, 2006) Avrupa genelinde faaliyette bulunan LSG ve Gate Gourment tarafından Paris bölgesi havaalanlarında yiyecek hizmetleri vermek üzere kurulan ortak girişimi konu almakta, esasa ilişkin değerlendirmede Paris Charles de Gaulle havalanında faaliyetlerini ortak girişime devredecek olan ana teşebbüslerin toplam pazar payı dikkate alınmıştır.

ana teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak konumlandığından yola çıkarak ana teşebbüslerin ortak girişim dolayısıyla ortaya çıkan hâkim/pazar gücü değerlendirmesinde dikkate alınmaması mı, yoksa (ii) “ortak kontrol” kavramı nedeniyle ortak girişimin pazarda ana teşebbüslere “stratejik olarak bağımlı” olduğundan yola çıkılarak, hâkim durum ve pazar gücü değerlendirmesinde ana teşebbüslerin ortak girişimle birlikte değerlendirmeye dâhil edilmesi mi gerektiği kavramsal bir sorun teşkil etmektedir.

Komisyon kararları bu kapsamda ele alındığında öncelikli olarak ikili bir ayırım göze çarpmaktadır: (i) tam işlevsel ortak girişimin ilk kez kurulmasını konu alan kararlar (ii) ortak girişim tarafından kontrolün devralınmasını konu alan kararlar

(i) Tam İşlevsel Ortak Girişimin Kurulmasını Konu Alan Kararlar

Ana teşebbüslerin bir kısım faaliyetlerini/varlıklarını ortak girişime devretmesi suretiyle veya bir işkolu ya da şirketin üçüncü kişilerden devralınması suretiyle ortak girişimin ilk kez kurulmasını konu alan kararlar bakımından Komisyon’un gerek hâkim durum testi gerekse SIEC testi döneminde ana teşebbüsleri ortak girişim ile birlikte ele aldığı görülmektedir. Bu bağlamda örneğin hâkim durum oluşup oluşmadığını değerlendirilirken ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarında kalmaya devam etmeleri durumunda ortak girişim ve ana teşebbüslerin ilgili pazar(lar)daki pazar payları toplamının dikkate alındığı görülmektedir (Baş 2015, 65).

Nitekim ana teşebbüslerin devralmanın tarafı olduğu bu tür işlemlerde Birleşme Tüzüğü kapsamında ana teşebbüsler de ilgili teşebbüs olarak tanımlandığından, pazar gücü değerlendirilirken ana teşebbüslerin de ortak girişimle birlikte ele alınması tutarlı görülmektedir. Bu kapsamda *Telia/Telenor/Schibsted*⁶⁹ kararında ana teşebbüslerden Telia’nın ilgili ürün pazarlarından biri olan “web sitesi üretimi” pazarındaki bir kısım faaliyetini yeni kurulacak NewCoI tam işlevsel ortak girişimine devredeceği ve pazarda yer almaya devam edeceği, bir diğer ana teşebbüs Telenor’un da aynı pazarda yer almaya devam edeceği bilgisi verilmiş; Telia, Telenor ve NewCoI’nin pazar payları dolayısıyla bir hâkim

⁶⁹ Case No JV.1 (1998)

durum yaratılmadığı belirtilmiştir. Benzer şekilde *TF1/TPS/M6/Suez*⁷⁰ kararında da Komisyon ilgili ürün pazarlarında ortak girişim ve ana teşebbüslerin pazar paylarının toplamından hareket ederek hâkim durum yaratılmadığı sonucuna varmıştır.

Yukarıda örneklerine yer verilen yaklaşım çerçevesinde, Komisyon yoğunlaşma hesabını ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasında “stratejik bağımlılık” dolayısıyla etkin rekabetin olmayacağına dayanarak ortak girişim ve ana teşebbüsleri dahil ederek yapıyor olsa da, Baş’a göre (2015, 65) bazı mahkeme kararlarında⁷¹ ortak girişim ve ana teşebbüs arasında gelecek dönemdeki rekabet ihtimalinin de değerlendirmeye alınması gündeme gelebilmektedir. Diğer taraftan Komisyon’un yukarıda yer verilen yaklaşımından yola çıkılarak birleşme rejimi dahilinde ortak girişimin ana teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs teşkil etmediği varsayımının mutlak olmadığı belirtilmelidir. Zira, ortak kontrolden tek kontrole geçişin Birleşme Tüzüğü kapsamında yoğunlaşma kabul ediliyor olması, yukarıdaki varsayımın aksine, birleşme rejiminde dahi ortak girişimin ana teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs teşkil ettiğinin kabul edildiği şeklinde de yorumlanabilecektir.

Komisyon’un yeni kurulan ortak girişimi ana teşebbüslerden tamamen bağımsız konumlamasa da ayrı tuttuğu kararlarına örnek olarak *Wegener/Pcm/JV*⁷² kararı verilebilecektir. PCM’nin ulusal iki günlük gazetesinden birini, yerel günlük gazetelerinin tamamını, Wegener’in ise yerel günlük dört gazetesinden ikisini devrettiği tam işlevsel ortak girişim dolayısıyla, “yerel ve ulusal gazetelerde yer alan ulusal reklam yerleri” pazarında tarafların toplamda %50 pazar payına sahip olacağı belirtilmekle birlikte, devamında tarafların ayrı ayrı işlem sonrasında öngörülen pazar paylarına⁷³ da yer verilmiştir. Taraflarca ana teşebbüsler ve ortak girişim arasında öngörülen stratejik bağımlılığı asgari kılmayı teminen ortak girişim anlaşmasına, ortak girişimin faaliyetlerini denetlemek üzere, ana teşebbüslerden bağımsız bir denetim kurulunun kurulması dâhil edilmiş, işleme bu haliyle izin verilmiştir.

⁷⁰ COMP/JV 57-TPS (2002)

⁷¹ Case T-102/96 *Gencor v. Commission* (1999)

⁷² COMP/M.3817 (2005)

⁷³ Bu kapsamda ortak girişimin %14, ana teşebbüslerden PCM’nin %10-20 bandında, Wegener’in ise %20-30 bandında pazar payına sahip olacağı belirtilmiştir.

(ii) Ortak Girişim Tarafından Kontrolün Devralınmasını Konu Alan Kararlar

Tam işlevsellik dolayısıyla ortak girişimin ana teşebbüslerden ayrı ele alınıp alınmayacağı sorununun ortaya çıktığı bir diğer ayrımı, pazarda faaliyeti bulunan tam işlevsel bir ortak girişimin devam eden süreçte yaptığı devralmaları konu alan kararlar oluşturmaktadır. Komisyon kararları bu kapsamda ele alındığında, Komisyon'un tam işlevsel ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki bağı yeni devralma bakımından da dikkate aldığı, ilgili devralma bakımından ortak girişimin ne ölçüde ana teşebbüslerinden bağımsız hareket ettiğini incelediği görülmektedir. Örneğin, *HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Croatia*⁷⁴ kararında Heidelberg Cement ve Schwenk tarafından ortak kontrol edilen DDC'nin Cemex'in Hırvatistan'da bulunan varlıklarını devralmasına, DDC yanı sıra ana teşebbüs Heidelberg Cement'in Hırvatistan'daki faaliyetleri dikkate alınarak rekabeti önemli ölçüde engeller bulunarak Komisyon tarafından izin verilmemiştir. Heidelberg Cement, Komisyon'un işlemleri nihai incelemeye alması akabinde Genel Mahkeme'ye başvurmuş ve Komisyon'un tam işlevsel DDC yerine DDC'nin ana teşebbüslerini ilgili teşebbüsler olarak belirlemesinin açık hata teşkil ettiğini iddia etmiştir. Genel Mahkeme'nin reddettiği başvuru konusu ile ilgili Komisyon'un yaptığı değerlendirmede Konsolide Duyuru'da⁷⁵ yer alan ortak girişimin ana teşebbüsler tarafından salt devralma aracı olarak kullanılması durumunda “ana teşebbüslerin işlemin arkasındaki esas oyuncular olması nedeniyle ilgili teşebbüsler olarak ele alınabileceği” hükmüne dayandığı görülmektedir.

Konuya ilişkin bir diğer karar olan *PanAgora/DG Bank*'da⁷⁶ ise Nippon Life ve Putnam'ın ortak kontrolünde bulunan tam işlevsel PanAgora, DG Bank ile DG-PanAgora tam işlevsel ortak girişimini kurmaktadır. Komisyon dosya kapsamında tanımlanan “genel malvarlığı yönetimi hizmetleri” pazarında PanAgora, Nippon Life, Putnam ve DG Bank'ın faaliyetinin bulunduğunu belirtmiş, toplam pazar paylarından hareketle hâkim durum yaratılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

⁷⁴ COMP/M.7878 (2016)

⁷⁵ Konsolide Duyuru, para. 147

⁷⁶ Case No IV/JV.14 (1998)

2.2.1.2. Birleşme Tüzüğü ile ABİDA 101 arasındaki Fiili Boşluk: Tam İşlevsel Ortak Girişimin Ekonomik Bütünlük Teşkil Edip Etmediği Tartışması

Yukarıda yer verilen açıklama ve kararlardan yola çıkarak, birleşme rejimi kapsamında yapılan esasa ilişkin değerlendirmede ortak girişimin her ne kadar operasyonel olarak ana teşebbüslerden bağımsız bir iktisadi varlık olsa da, stratejik olarak ana teşebbüslerin ortak kontrolünde olması dolayısıyla ana teşebbüslere bağımlılık halinin ağır bastığı ifade edilebilecektir. Bununla bağlantılı olarak stratejik olarak ana teşebbüslerin ortak kontrolünde olan bir ortak girişimin aynı pazarda yer alan ana teşebbüs(ler)le etkin rekabet içerisinde olmayacağı iktisadi açıdan akla daha yatkın bir varsayım görülmektedir (Askola 2012, 57). Dolayısıyla, her ne kadar AB birleşme rejiminde “tam işlevsel ortak girişim” kavramının tanımı itibarıyla ABİDA 101 kapsamında öngörülen “teşebbüs” kavramına denk geldiği görülse de (Jones 2012, 301-331), sahip olduğu stratejik bağımlılık unsuru nedeniyle “teşebbüs” kavramından ayrıştığı, dolayısıyla iki rejim arasında fiili bir boşluğun bulunduğu öne sürülebilecektir (Jones 2012, 325-326).

Nitekim Birleşme Tüzüğü’nde de tam işlevsel ortak girişimin aynı pazarda yer alan ana teşebbüsleriyle etkin rekabet içerisinde olmayacağı yan sınırlamalara yönelik değerlendirme esasları itibarıyla kabul edildiği görülmektedir. Birleşme Tüzüğü, ortak girişim lehine, ana teşebbüslere getirilen “rekabet etmeme yükümlülüğü”nü veya ortak girişime veya ana teşebbüslere getirilen münhasırlık şartlarını yan sınırlama olarak dikkate alabilmekte, bu sınırlama işlemin içerisinde ve işleminden doğan gerekli bir sınırlama olarak değerlendirebilmektedir (Nourry ve Harrison 2019, 27-28). Bu noktada, her ne kadar ana teşebbüslere yönelik “rekabet etmeme yükümlülüğü” özellikle ana teşebbüslerin ortak girişim alanındaki faaliyetlerini ortak girişime devredip pazardan çıkmaları halinde gündeme gelse de (Cook ve Kerse, 76), ana teşebbüslerin pazarda kalmaya devam etmeleri halinde de bu sınırlamanın, örneğin ortak girişimin faaliyette bulunduğu coğrafi bölge veya satış yaptığı müşteri grubu için öngörülmesi durumunda, yan sınırlama teşkil edebilmektedir.

Esasa ilişkin değerlendirmede de ortak girişimin ana teşebbüslerle birlikte ele alınıyor olması bu açıdan tutarlı görünmekte, işlemle ortaya çıkan pazar gücünün

bütüne ilişkin belirlenmesi, ortak girişimin ana teşebbüslerle pazarında rekabet içerisinde olmayacağı varsayımını desteklemektedir. Bu varsayımın ABİDA 101 uygulamasında beklenen yansımaları, ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki anlaşmaların (yatay veya dikey) ABİDA 101 kapsamına girmemesidir. Nitekim, bu yorum nihai rehberden çıkarılmış olsa da, Komisyon'un kamuoyu görüşüne açtığı yatay işbirliği anlaşmalarına yönelik hazırlanmış olduğu taslak rehber metninde⁷⁷ şu şekilde vücut bulmuştur:

Bir ortak girişim üzerinde belirleyici etki ve etkin kontrol sahibi her bir ana teşebbüsle tek bir teşebbüs oluşturduğundan, ortak girişimin kurulması AB Rekabet Hukukuna aykırılık teşkil etmediği sürece ana teşebbüslerle olan anlaşmalarına ABİDA 101 uygulanmaz. Diğer taraftan, ana teşebbüslerin ortak girişim dışındaki anlaşmaları ve ana teşebbüslerin ortak girişimi kurmaya yönelik anlaşması ABİDA 101 kapsamındadır.

Bahsi geçen metinde ifade edilen ve ortak girişim üzerinde “belirleyici etki sahibi” olunması hususunun kimi Komisyon kararlarında ana teşebbüslere sorumluluk atfetme aracı olarak kullanıldığı da görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, *Dow* kararında⁷⁸ Komisyon'un kararını onaylayan Genel Mahkeme, daha önce birleşme rejimi dâhilinde izin verilen tam işlevsel ortak girişimin ihlalinden dolayı ana teşebbüsleri sorumlu tutmuş ve her bir ana teşebbüsün ortak girişimle aynı ekonomik bütünlük içerisinde olduğuna hükmetmiştir.

Buna karşılık taslak rehberdeki bu paragraf Komisyon'a iletilen ve yalnızca mahkeme değil Komisyon uygulamasının da tam işlevsel ortak girişimler bakımından aksi yönde olduğunu gösteren ve bu nedenle belirsizlik doğurduğunu ifade eden görüşler⁷⁹ doğrultusunda nihai metinden çıkarılmıştır. Bu kapsamda örneğin *IJsselcentrale and others*⁸⁰ kararında Komisyon dosya konusu ortak girişimin, ana teşebbüslerin her biriyle ayrı tek bir teşebbüs teşkil etmediğini,

⁷⁷Commission's draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements (the “Draft Guidelines”) published on 4 May 2010

⁷⁸ Case T-77/08 (2012)

⁷⁹ Örnek görüş için bkz. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/hoganlovells_en.pdf Erişim tarihi: 10.05.2019

⁸⁰ Commission Decision of 16 January 1991 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.732 - IJsselcentrale and others) OJ [1991] L 28 2.2.1991, para. 32.

bu nedenle ana teşebbüslerle arasındaki anlaşmaların ABİDA 101 kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde *Gosme/Martell- DMP*⁸¹ kararında da Komisyon ortak girişim ve ana teşebbüsün ABİDA 101 bağlamında bağımsız teşebbüsler teşkil ettiğini, bu nedenle ortak girişim ve ana teşebbüs arasında kararlaştırılan paralel ithalatın kısıtlanmasına yönelik anlaşmanın ABİDA 101 kapsamında ihlal teşkil ettiğine hükmetmiş, ortak girişim ve ana teşebbüs ayrı ayrı para cezasına çarptırılmıştır.

Komisyon uygulaması bakımından, yukarıda aktarılan kararlardan görüleceği üzere tam işlevsel ortak girişimlerin ABİDA 101 kapsamında tek başlarına teşebbüs olarak ele alındığı görülmektedir. Buna karşılık birleşme rejimi dâhilinde tam işlevsel ortak girişim dolayısıyla oluşan pazar gücü ana teşebbüsler dâhil edilerek belirlenmekte ve ana teşebbüse getirilen ortak girişimle rekabet etmeme yükümlülüğü veya münhasırlık şartları yan sınırlama kabul edilebilmekte, böylece ortak girişim fiili olarak ana teşebbüsle aynı ekonomik bütünlük içerisindeymiş gibi değerlendirilebilmektedir. Ancak, aynı ortak girişim devam eden dönemde bir davanın muhatabı olduğunda, ilgili ortak girişimin ABİDA 101 kapsamında ana teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir.

Ortak girişimlerin ana teşebbüslerin ortak kontrolünde olması ve buna bağlı olarak stratejik olarak ana teşebbüslere bağımlı olması, ana teşebbüse ortak girişim üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı veriyor olsa da, Komisyon ve mahkemeler önceki dönemlerde istisnaları bulunmakla beraber yalnızca belirleyici etki uygulama imkânını yeterli bulmamakta, sorumluluğu ana teşebbüse genişletmek için somut olarak bu etkinin uygulandığının gösterilmesini gerekli görmektedir (Jones 2012, s.316). Somut belirleyici etki şartının iki rejim arasındaki boşluğu yumuşatma etkisi olmakla birlikte, her hâlükârda ana teşebbüsün ortak girişimle aynı ekonomik bütünlük içindeymiş gibi sorumlu tutulabilmesi ABİDA 101 ve Birleşme Tüzüğü bakımından teşebbüs kavramına yaklaşım açısından fiili bir boşluğun olduğu sonucunu desteklemektedir.

Jones (2012, 319) uygulamadaki bu boşluğun, daha önce birleşme rejimi

⁸¹ Commission Decision of 15 May 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/32186 Gosme/Martell — DMP) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991D0335&from=EN> Erişim tarihi: 20.03.2019

dâhilinde tam işlevsel olduğuna karar verilen ortak girişimin ana teşebbüslerle arasındaki anlaşmalarının faaliyet kapsamı ile sınırlı olmak üzere ABİDA 101 kapsamı dışında bırakılmasıyla yumuşatılabileceğini belirtmektedir. Kanımızca da bu yaklaşım, uygulamadaki boşluğu Komisyon ve mahkeme uygulamaları ile uyumlu şekilde bir miktar daha azaltabilecektir. Ancak burada da, ana teşebbüsle ortak girişim arasındaki anlaşmanın içerdiği sınırlamaların ortak girişimin faaliyetleri için gerekli veya tek bir ekonomik bütünlüğün işleyişine dâhil olup olmadığının belirlenmesi noktasında kolay olmayan bir değerlendirme gerekmektedir (Jones 2012, 319).

2.2.2. Koordinasyon Testi

Koordinasyon testi niteliği ve uygulandığı aşama değişmekle birlikte ortak girişimler bakımından her zaman bir kıstas olarak uygulanmıştır. Bununla birlikte tarihsel süreç içerisinde testin uygulama esasları önemli ölçüde değişmiştir.

Koordinasyon testi, 1966 Memorandumu'nun ortak girişimler bakımından yoğunlaşma-işbirliği ayrımı için ortaya koyduğu prensipler doğrultusunda *SHV-Chevron* kararında⁸² uygulanan “kısmi birleşme testi”nin bir bileşeni olarak ortaya çıkmıştır. Kısmi birleşme testi, bir ortak girişimin birleşme teşkil etmesi bakımından tam işlevsellik şartının yanı sıra (i) ana teşebbüslerin ilgili pazarlardaki faaliyetlerinin tamamını ortak girişime devretmesi, (ii) ana teşebbüslerin geriye dönüşe imkan verilmeyecek şekilde ortak girişimin faaliyet alanından çekilmesi ve (iii) ortak girişimin, ana teşebbüsler arasında diğer alanlarda işbirliğine yol açmaması kümülatif şartlarını öngörmektedir. Kısmi birleşme testinde yer verilen şartlar, Komisyon ve mahkemelerin kararlarına yansıyan uygulama ile birlikte ele alındığında, koordinasyon kıstası bakımından son derece kısıtlayıcı bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Bu dönemde koordinasyon testi, ana teşebbüslerin etkilenen tüm pazarlardan geri dönüşsüz olarak çıkmasını öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle ana teşebbüsler ilgili pazardaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devretmeli, ortak girişimle bağlantılı tüm pazarlardaki mevcudiyetlerine de geri dönüşsüz -potansiyel rekabet dahi yaratmayacak şekilde- son vermelidir. Aksi halde koordinasyonun doğduğu

⁸² OJ L38/14 (1975)

kabul edilmekte, kısmi birleşme testi uyarınca ortak girişim, tam işlevsel olsa dahi işbirliği doğurucu olarak değerlendirilip ABİDA 101 değerlendirmesine tabi tutulmaktadır. Bu çerçevede dâhilinde koordinasyon testi ilgili dönemde, yalnızca ana teşebbüsler arasındaki koordinasyonu değil, ortak girişim ile ana teşebbüs arasındaki yatay veya dikey pazarlardaki koordinasyonu da kapsar şekilde ve etkilenen pazarlarda ana teşebbüslerden yalnızca biri bile yer almaya devam etse hatta bu pazarlardan geri dönüşsüz çıkmadığı değerlendirilirse aşılmayacak bir eşik benimsemiştir. Bu yaklaşım, ana teşebbüslerin işlem sonrası öngörülebilir gelecekte ortak girişim dışında kalan faaliyetleri bakımından potansiyel veya fiili olarak rakip olmamaları durumunda herhangi bir koordinasyon riski olmayacağı mantığına dayanmaktadır.

4064/89 Sayılı Birleşme Tüzüğü 1997 yılındaki değişiklik öncesindeki dönemde ortak girişimin hangi rejime tabi olacağına belirlenmesi noktasında “işbirliği doğurucu- yoğunlaşma doğurucu” ayrımını benimsemekteydi. Bu temelde yapılan testin iki ayağı bulunmaktaydı: tam işlevsellik ve koordinasyon riski. Buna göre koordinasyon riski barındırmayan tam işlevsel ortak girişimler yoğunlaşma doğurucu kabul edilmekte ve birleşme rejimine tabi olurken, koordinasyon riski barındıran ortak girişimler tam işlevsel olsa dahi birleşme rejimi kapsamına girmemekte, ABİDA 101 değerlendirmesine tabi tutulmaktaydı.

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün uygulanmasına açıklık getirmek üzere yayımlanan 1994 Duyurusu, ana teşebbüs ve ortak girişim arasında öngörülen koordinasyon riskinin, koordinasyon testi aşamasında bir kriter olarak kullanılmama fonksiyonunu sonlandırmıştır. Duyuruda yalnızca ana teşebbüslerin ortak girişim ile aynı pazarda veya ortak girişimin alt, üst ve komşu pazarlarında fiili veya potansiyel olarak güçlü şekilde yer alması halinde ortaya çıkması muhtemel olan ana teşebbüsler arasındaki koordinasyon riskinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla Duyuru, kısmi birleşme testinin aksine yalnızca ana teşebbüsler arasındaki koordinasyona odaklanmakla birlikte, bu koordinasyon riskinin ana teşebbüslerin etkilenen pazarlarda yer almaya devam etmesi halinde de mutlak suretle ortaya çıkmayacağını öngörmekte; ana teşebbüslerin bu pazarlarda güçlü şekilde bulunması ölçüsünde muhtemel olacağına vurgu yapmaktadır. Koordinasyon riskine yönelik değişen bu yaklaşımın, koordinasyon testinin

uygulanmasını şekil esaslı olmaktan çıkarıp esasa ilişkin bir hale büründürdüğü ifade edilebilecektir. Bu haliyle de koordinasyon testinin işlemin birleşme olarak değerlendirilmesi noktasındaki fonksiyonu uygulamada belirsizliklere neden olmuş ve eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin de etkisiyle 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan ve koordinasyon testini yargı testinin bir ayağı olmaktan çıkararak temel değişiklik hayata geçirilmiştir.

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan ve güncel Birleşme Tüzüğü'nde de muhafaza edilen değişiklik ile ortak girişimin hangi rejime tabi olacağına belirlenmesi noktasında “tam işlevsellik” ayrımı benimsenmiştir. Böylece koordinasyon testinin -ortak girişimin hangi rejime (birleşme/ anlaşma) tabi olacağı noktasındaki- fonksiyonu sona ermiştir. Buna göre, tam işlevsel ortak girişimler koordinasyon riski barındırmalarından bağımsız olarak birleşme rejimine tabi olmakta, koordinasyon unsuru barındıran tam işlevsel ortak girişimler esas değerlendirmede birleşme testi (hakim durum/SIEC) yanı sıra koordinasyon testine tabi olmaktadır. Koordinasyon testinin esasa ilişkin testin bir ayağı haline gelmesi, hakim durum/SIEC testini geçen bir ortak girişimin koordinasyon testini geçememesi halinde de esas itibarıyla yasaklanabilmesine dayanmaktadır.

Koordinasyon testine ilişkin esaslar Birleşme Tüzüğü'nün 2(4) ve 2(5). maddelerinde düzenlenmiştir. Birleşme Tüzüğü'nün 2(4). maddesi; aynı tüzüğü'nün 2(3). maddesine uygun (SIEC testi uyarınca rekabeti önemli ölçüde engellemeyen) tam işlevsel bir ortak girişimin ana teşebbüsler arasında koordinasyona etki veya amaç yönüyle yol açması halinde Birleşme Tüzüğü kapsamında onaylanmak için ABİDA 101 (1) ve (3) çerçevesinde koordinasyon testine de tabi tutulmasını öngörmektedir. Birleşme Tüzüğü'nün 2(5) maddesi ise bu koordinasyon testine ilişkin değerlendirmede ana teşebbüslerden en az ikisinin ortak girişimin pazarında, alt, üst veya bağlantılı pazarında kayda değer şekilde varlığını korumasını ve ortak girişime bağlı olarak ortaya çıkan bu koordinasyonun ilgili ana teşebbüslere incelenen pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma imkânı vermesinin dikkate alınacağını hüküm altına almaktadır.

Birleşme Tüzüğü'nün koordinasyon testine ilişkin olarak yukarıda yer verilen hükümleri lafzi olarak yoruma açık olup, belirsizlik içermektedir. Bu çerçevede ana teşebbüslerden en az ikisinin etkilenen pazarlarda yer alması halinde

koordinasyon riski var mı kabul edilecektir, yoksa koordinasyon riski ancak bu pazarlardaki ana teşebbüs faaliyetleri kayda değer ölçüde olması halinde mi ortaya çıkacaktır, kayda değer faaliyet ne anlama gelmektedir gibi birçok sorunun yanı sıra uygulama bakımından özellikle SIEC testinin benimsenmesiyle birlikte Tüzüğün 2(4) ve 2(5) maddelerinin atıl hale gelip gelmediği konusu gündeme taşınmıştır.

Nihayetinde SIEC testi uyarınca yalnızca tek taraflı etkiler değil koordinasyona bağlı etkiler dolayısıyla rekabet önemli ölçüde azaltılıyorsa, birleşme rejimi dâhilinde ortak girişime izin verilmeyebilmektedir. Koordinasyona bağlı etkilerin üçüncü taraflarla ortak girişim arasında olması ile ana teşebbüsler arasında olmasının ya da ortak girişimin pazarında olması ile alt/üst/ilişkili pazarlarında olmasının bu anlamda fark yaratıp yaratmadığı konuları da, Tüzüğün 2(4) ve 2(5). maddelerine ihtiyaç olup olmadığının belirlenmesi ve varsa uygulanma esaslarının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla hem bu sorulara cevap bulmak hem de Tüzüğün 2(4) ve (5). madde hükümlerinden kastın ne olduğu noktasında Komisyon ve mahkeme kararları önem arz etmektedir.

2.2.2.1. Koordinasyon Testinin Uygulanma Esasları

Komisyon'un SIEC testine ilişkin 2004 yılındaki değişiklik öncesindeki kararları incelendiğinde Tüzüğün 2(4) ve 2(5). maddelerinin mekanik şekilde uygulandığı görülmektedir. Bu kapsamda Komisyon'un ortak girişimin pazarındaki rekabetin kısıtlanmasını hem hâkim durum testi hem de ABİDA 101 kapsamında dolayısıyla iki ayrı standart ölçüsünde ancak benzer şekilde değerlendirdiği görülmektedir. Örneğin *Telia/Telenor/Schibsted*⁸³ kararında tanımlanan ilgili pazarların birinde ortak girişimin yanı sıra iki ana teşebbüs de faaliyetlerine devam edeceklerdir. Komisyon, bu pazarı öncelikle hâkim durum testi altında analiz etmiş, ortak girişim ve ana teşebbüslerin paylarını birlikte dikkate alarak en dar pazar tanımını altında dahi hâkim durum yaratılmayacağı kanaatine ulaşmıştır. Kararda akabinde koordinasyona aday pazarlar ana teşebbüslerin en az ikisinin ortak girişimle birlikte yer aldığı veya ortak girişimin üst pazarında yer aldığı pazarlar olarak tanımlanmıştır. Ana teşebbüslerin ortak girişimle birlikte yer aldığı ve hakim durum testine tabi tutulan ilgili pazar ve ana teşebbüslerin üçünün

⁸³ Case No JV.1 27 (1998)

de aktif olduğu üst pazar bu kez Tüzüğün 2(4) maddesi uyarınca koordinasyon testine tabi tutulmuştur.

Bahsi geçen kararda ortak girişimin ana teşebbüslerin pazar davranışlarını koordinasyonu amacını taşıdığını gösteren bir emare olmadığı belirtilmiş, ancak bu etkiyi yaratabileceğinden hareketle koordinasyona aday pazarların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Pazarlara ilişkin koordinasyon değerlendirmesinde ABİDA 101'e atıfta bulunulmadan, ana teşebbüslerin ortak girişimle faaliyetinin örtüştüğü pazar bakımından ana teşebbüslerin davranışlarını koordine edecek olsalar dahi ortak girişim ve ana teşebbüslerin pazardaki toplam payının makul düzeyde olduğundan hareketle bu koordinasyonun kayda değer bir rekabet sınırlamasına yol açmayacağına hükmedilmiştir. Her ne kadar kararda açıkça ifade edilmemiş olsa da "kayda değer rekabet sınırlaması" kavramının ABİDA 101 (1) kapsamı bakımından kullanılıyor olması, bahsi geçen koordinasyon riskinin Komisyon tarafından ABİDA 101 (1) kapsamına giren bir sınırlama teşkil etmediği sonucuna ulaşıldığına işaret etmektedir.

Ana teşebbüslerin yer aldığı üst pazar bakımından ise Komisyon kararında yine ABİDA 101'e doğrudan atıfta bulunulmamış, ana teşebbüslerden Telia'nın %25-40 ve Telenor'un BT ve TeleDenmark'la ortak kontrol ettiği Telenordia'nın ise %10-25 aralığında, dolayısıyla kayda değer pazar payına sahip olduklarını belirtmiş, ancak pazarın dinamik ve büyüyen yapısı, düşük giriş engelleri ve geçiş maliyetleri dolayısıyla koordinasyona elverişli olmadığından ve bu pazarın ortak girişimin yer aldığı pazarlara nazaran oldukça büyük olduğundan hareketle ortak girişimin bu pazarda ana teşebbüsler arasında bir koordinasyona sebebiyet verme ihtimalinin düşük olduğu sonucuna ulaşmıştır. Pazarın koordinasyona elverişli olmaması ve ortak girişim ile bu pazarda ana teşebbüsler arasında oluşacak bir koordinasyon arasında nedensellik bağının kurulamamış olması nedeniyle koordinasyon riski öngörülmemiştir.

Aynı dönemde alınan *PanAgora/DG Bank*⁸⁴ kararında da benzer bir yaklaşımla, ilgili pazar ortak girişimin faal olacağı pazar olarak tanımlanmış, rekabet değerlendirmesi başlığı altında hakim durum testi uygulanmış, aynı başlığın devamında ise koordinasyona aday pazarlar, Tüzüğün 2(5) maddesi

⁸⁴ Case IV/JV.14 (1998)

uyarınca ana teşebbüslerin en az ikisinin ortak girişimin pazarında veya alt/üst/ ilişki pazarlarında yer alması esasına bağlı olarak tanımlanmıştır. Tüzüğün 2(4) maddesine ilişkin değerlendirme bölümünde Komisyon öncelikli olarak ortak girişimin ana teşebbüslerin pazardaki davranışlarının koordinasyonu amacını taşıdığına ilişkin bir emare bulunmadığına, dolayısıyla koordinasyon etkisi yönüyle değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde Komisyon, koordinasyona aday pazarların rekabetçi olduğu, düzenlemeye ilişkin şartların sağlanması dışında özel bir giriş engeli olmadığı ve ortak girişimin kurulmasının ana teşebbüslerin pazar davranışının koordinasyonuna neden olmayacağına hükmetmiştir.

2000 yılına ait *Hitachi/Nec-Dram/JV*⁸⁵ kararında ABİDA 101(1) kapsamında bir rekabetin kısıtlanmasından bahsedebilmek için ana teşebbüslerin pazar davranışlarında koordinasyonun muhtemel ve kayda değer (*apprecible*) olması ve bunun ortak girişimin kurulmasının amacı veya etkisinden kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir. Kararda yukarıda yer verilen diğer kararlar gibi koordinasyona aday pazarlar belirlenmiş, ortak girişimin bu pazarlarda ana teşebbüslerin pazar davranışlarının koordinasyonu amacını taşıdığına yönelik bir kanıt olmadığı ancak ortak girişimin etkisinin bu yönde olması yönüyle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu değerlendirmede ana teşebbüslerin koordinasyon adayı pazarlarda çok düşük pazar paylarına sahip olduklarından hareketle, bu durumun ana teşebbüsler arasında bir koordinasyonu olanaksız veya değersiz kıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

SIEC testine yönelik değişiklik öncesi döneme ait yukarıdaki kararlarda gerek hâkim durum testinin gerekse koordinasyon testinin benzer belirteçler (tarafların ilgili pazarlardaki payları, giriş engelleri, pazarın yapısı) ile uygulandığı, etkilenen pazarların rekabetçi yapısının ana teşebbüsler arasında koordinasyon riski bulunmadığı kanaatine dayanak teşkil ettiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen kararlar koordinasyon riskinin, öncül olarak ele alındığı birleşme rejimi kapsamında ancak kayda değer bir koordinasyon riski varsa ABİDA 101(1) kapsamında görüldüğüne işaret etmektedir. Bununla birlikte, ana teşebbüslere yönelik olarak bu risk öncül olarak öngörülmemiş olsa dahi ortak

⁸⁵ COMP JV.44 (2000)

girişimin ilerleyen dönemde ana teşebbüslerin davranışlarını koordine etmesi durumunda ABİDA 101 yaptırımları işletilebilecektir.

2.2.2.2. SIEC Testinin Koordinasyon Testini Atıl Hale Getirip Getirmediği Tartışması

Birleşme Tüzüğü ile birlikte SIEC testinin benimsenmesiyle hem tek taraflı etkiler hem de koordinasyona bağlı etkiler Tüzüğün 2(3) maddesinde düzenlenen esasa ilişkin değerlendirmeye dâhil edilmiştir. Askola (2012, 111-120), SIEC testinin koordinasyona bağlı etkiler ayağının esasen koordinasyon testi ile gerek ortak girişimin pazarı gerekse alt/üst/ilişkili pazarlar bakımından eş sonuçlar yarattığı dolayısıyla ilgili hükmün atıl hale geldiğini ileri sürmektedir. Komisyon'un bu dönemdeki kararları da bu durumu destekler niteliktedir. Bu bağlamda yakın dönem kararlar incelendiğinde SIEC testinin her bir ayağının ve koordinasyon testinin ayrı ayrı ele alındığı kararların yanı sıra koordinasyon testinin SIEC testinden ayrılmadan bir bütün olarak değerlendirildiği kararlar da bulunmaktadır.

SIEC testinin her iki ayağının da incelendiği az sayıdaki karardan biri *LSG Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland*'dir⁸⁶. Havayolu yiyecek hizmetleri pazarında Avrupa genelinde faaliyette bulunan LSG ve Gate Gourment tarafından Paris bölgesi havaalanlarında yiyecek hizmetleri vermek üzere kurulan ortak girişimi konu alan kararda, tek taraflı etkiler başlığında Paris Charles de Gaulle havalanında faaliyetlerini ortak girişime devredecek olan ana teşebbüslerin toplam pazar payının %40-55 seviyesinde olduğu, pazarın işleme birlikte duopol hale geleceği belirtilmekle birlikte, ortak girişimin Servair'in rekabeti ile karşı karşıya kalacağından hareketle tek başına hâkim durum yaratmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda hâkim durum yaratılmıyor olsa da duopol yapı nedeniyle rekabetin önemli ölçüde engellenebileceği ve fiyat artışlarının gerçekleşebileceği belirtilmiş, bu riske ilişkin değerlendirmede havayollarının alıcı gücü ve pazara girişi engellerinin düşük olmasının ortak girişim üzerinde rekabetçi baskı yaratacağı ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Kararın devamında SIEC testi çerçevesinde koordinasyona bağlı etkiler ele alınmış, bu kapsamda ortak girişim ile pazardaki tek rakibi Servair

⁸⁶ COMP/M.4170 (2006)

arasındaki koordinasyon ihtimali değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda ise pazarın gizli anlaşma dengesine elverişli olmaması sebebiyle koordinasyon riski öngörülmemiştir.

İlgili kararda Birleşme Tüzüğü'nün 2(4) maddesi uyarınca ortak girişimin ana teşebbüsleri arasında koordinasyona sebebiyet verip vermeyeceği de değerlendirilmiştir. Bu kapsamda ana teşebbüslerin aldığı hukuki tedbirler doğrultusunda ortak girişimin taraflar arasında rekabetçi parametrelere yönelik bir bilgi değişimine sebebiyet vermeyeceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra ortak girişimin faaliyetlerinin Paris havaalanları ile sınırlı olması ve bu havaalanlarının ana teşebbüslerin faaliyet kapsamının küçük bir kısmını teşkil etmesi nedeniyle, ana teşebbüslerin ortak girişim dışındaki pazarlardaki davranışlarının koordinasyonuna yönelik bir motivasyonları olmayacağı ifade edilmiştir.

Komisyon'un bu kararında SIEC testinin her bir ayağını ve koordinasyon testini ayrı ayrı değerlendirmiş olması her biri bakımından değerlendirme esaslarının ne ölçüde farklılaştığının tespit edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda, SIEC testinde tek taraflı etkiler bakımından ortak girişim dolayısıyla pazarda tek başına hakim durum oluşup oluşmadığı veya hakim durum şartı sağlanmasa bile ortak girişim dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı değerlendirilmektedir. SIEC testinin ikinci ayağı olan koordinasyona bağlı etkiler bakımından ortak girişimin pazarlarında ortak girişim ve diğer teşebbüsler arasındaki koordinasyon ihtimali değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmede pazarın koordinasyona elverişliliği gizli anlaşma dengesinin ortaya çıkıp çıkmayacağı yönüyle ele alınmaktadır.

SIEC'in koordinasyona bağlı etkiler bakımından öngördüğü bu çerçevede esasen Tüzüğün 2(4). maddesindeki koordinasyon testinin ortak girişimin pazarına ilişkin olanını kapsamaktadır. Şöyle ki, gizli anlaşma veya birlikte hâkim durum esasına bağlı yapılan değerlendirmede ortak girişimin pazarında üçüncü şahıs teşebbüs yerine ana teşebbüslerin yer alması arasında fark bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, her iki test de aynı ölçütler doğrultusunda karşılaştırılmaktadır. Bu kapsamda ana teşebbüslerin pazarda kayda değer olmayan toplam pazar payına sahip olması, diğer rakipler ve alıcıların rekabetçi baskısı, düşük giriş engelleri, dinamik yapı, simetrik olmayan maliyet yapısı, ürünün heterojen yapısı gibi faktörler her iki test bakımından da esas oluşturmaktadır.

SIEC testinin koordinasyona bağı etkiler ayağının Birleşme Tüzüğü'nün 2(4). maddesinde yer alan ortak girişimin pazarına yönelik koordinasyon testini kapsadığını destekleyen husus Komisyon'un günümüzde yaklaşan süreçte birçok kararında bu testleri ayrı başlıklar halinde ele almayı bırakmış olmasıdır. Örneğin, *Wegener/PCM/JV*⁸⁷ kararında esasa ilişkin değerlendirme tek başlık altında ve spesifik Tüzük hükümlerine atıf yapılmadan topluca yapılmıştır. Ortak girişim ve ana teşebbüslerin pazar payı, rakibin ve alıcıların rekabetçi baskısı, pazarın yapısal özellikleri, ortak girişimin ana teşebbüslerin faaliyetleri bakımından önemi gibi hususlar doğrultusunda işlemin hâkim durum yaratılması ve koordinasyon etkileri dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde sınırlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ortak girişimin pazarı dışına yayılan ana teşebbüsler arasındaki koordinasyonun SIEC testi ile kapsam kapsamadığı noktasında ise öncelikle belirtilen husus 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2(5). maddesi uyarınca bu koordinasyon riskinin ortak girişimin alt/üst ve ilişkili pazarlarında öngörüldüğüdür. Bu pazarlar tarafların faaliyetleri dikkate alınarak dikey etkilenen pazarlar olarak belirlenmektedir. SIEC testi işlemin bu pazarlardaki (dikey) etkilerini de değerlendirmeye almakta, haliyle bu pazarlarda ortaya çıkacak koordinasyon riski de bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Nitekim, Komisyon kararları da incelendiğinde SIEC ve koordinasyon testinin aynı belirteçlere bağı olarak dikey etkileri ele aldığı görülmektedir.

Bu kapsamda Komisyon ortak girişim kararlarında, SIEC testi ile ortak girişimin alt/üst/ilişkili pazarlarında yer alan ana teşebbüslerin işleme oluşturacakları dikey yapının tek taraflı etki bakımından özellikle hâkim durum yaratmak suretiyle dikey kapama etkisine sahip olup olmayacağını, koordinasyona bağı etkiler dolayısıyla gizli anlaşma dengesine müsait pazar yapısı yaratıp yaratmayacağını değerlendirmektedir. Bu çerçevede Komisyon'un dikey etkiler bakımından %25 toplam pazar payını eşik olarak kullandığı, ana teşebbüslerin dikey pazarlarda bu pazar payının altında yer alması detaylı inceleme yapılmaksızın işleme rekabetçi endişe doğmadığı sonucuna ulaştığı görülmektedir (Askola 2012, 104).

⁸⁷ Case M.3817 (2005)

*Carlyle/Ineos/JV*⁸⁸ kararında ana teşebbüslerin faaliyetlerinin kimyasal madde üretiminde kesiştiği ve ortak girişimin bu pazarların alt pazarlarında faaliyeti olduğu belirtilmiş, söz konusu kimyasal üretim pazarları dikey etkilenen pazarlar olarak tanımlanmıştır. Bu pazarlara yönelik rekabet değerlendirmesinde ana teşebbüslerin bu pazarlarda en fazla %30-40 bandında toplam pazar payı olduğu ve alt pazarlarda bu ürünlere yönelik toplam talebin ana teşebbüslerin üretiminin %2'sine denk geldiği belirtilerek ortak girişim dolayısıyla ortak girişimlerin rakiplerine yönelik girdi kısıtlamasının muhtemel olmadığı değerlendirilmiştir. Bu kararda da esasa ilişkin değerlendirme bir bütün olarak yapılmıştır⁸⁹.

Yukarıda yer verilen değerlendirme esasları SIEC testinin uygulamaya alınması ile birlikte Komisyon tarafından tek taraflı ve koordinasyona bağlı etkilerinin yatay ve dikey etkilenen pazarlar bakımından ele alındığını ve ana teşebbüslerin ortak girişimle birlikte ele alınmasıyla ortaya çıkan pazar gücünün esasa ilişkin değerlendirmede temel kıstas olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda Komisyon'un zaman içerisinde esasa ilişkin değerlendirme bakımından SIEC ve koordinasyon testini ayrı ayrı değerlendirmek yerine bir bütün olarak ele almaya başladığı görülmektedir. Bu durum, Birleşme Tüzüğü'nün 2(4). maddesinde öngörülen ana teşebbüsler arasındaki koordinasyon testinin gerek ortak girişimin pazarı gerekse ortak girişim dışındaki pazarlar bakımından SIEC testi değerlendirmesinden farklılaşmadığını dolayısıyla fiili olarak uygulama alanının kaybolduğunu göstermektedir. Nihayetinde ana teşebbüslerin ilgili etkilenen pazarda çoğu kez toplam pazar payları dikkate alınarak bir pazar gücü bulunmadığı değerlendiriliyorsa hem SIEC hem de koordinasyon testi öngörülebilir/kayda değer bir koordinasyon riskinin/etkisinin bulunmadığı ve işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına sebebiyet vermediği dolayısıyla birleşme rejimine uygun olduğu sonucuna varılmaktadır.

⁸⁸ COMP/M.4927 (2007)

⁸⁹ Benzer sonuca ulaşılan bir diğer karar için bkz. Komisyon'un *Airbus/Safran/JV* kararı (COM-P/M.7353) (2014)

BÖLÜM 3

TÜRKİYE BİRLEŞME REJİMİNDE TAM İŞLEVSEL ORTAK GİRİŞİMLER

Türk Rekabet Hukuku uygulaması; 1994 yılında yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun), Rekabet Kurumu'nun 1997 yılındaki kuruluşunu takiben fiili olarak yürürlüğe alınmasıyla başlamıştır. Rekabet Kurumu'nun ihdasının ardından Rekabet Kurulu tarafından yayımlanan ilk tebliğ, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi hükmünün uygulanmasını göstermek üzere hazırlanmış 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ⁹⁰ (1997/1 sayılı Tebliğ) olmuştur.

1997/1 sayılı Tebliğ ilgili dönemde AB Komisyonu tarafından uygulanmakta olan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü mehzaz alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ'de, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1997 yılındaki değişiklik öncesi halinde olduğu gibi ortak girişimler bakımından “işbirliği doğurucu- yoğunlaşma doğurucu” ayrımı benimsenmiş, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin 1997/1 Tebliğ kapsamında ele alınması öngörülmüştür. 1997/1 sayılı Tebliğ, ortak girişimlere ilişkin bir değişikliğe uğramadan yaklaşık 13 yıl boyunca, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) yayımına kadar yürürlükte kalmıştır.

2010/4 sayılı Tebliğ, mehzazı olan 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nden yaklaşık altı yıl sonra yürürlüğe alınmıştır. Söz konusu Tebliğ, 139/2004 sayılı Tebliğ'de olduğu gibi ortak girişimler bakımından “tam işlevsellik” ayrımını birleşme rejimi kapsamı bakımından esas almış, koordinasyon testi böylelikle

⁹⁰ İlgili tebliğin yayımlandığı resmi gazete için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23078.pdf>
Erişim tarihi: 17.05.2019.

koordinasyon unsuru barındıran tam işlevsel ortak girişimler bakımından esasa ilişkin değerlendirmenin bir ayağı haline gelmiştir. Diğer taraftan 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün aksine 2010/4 sayılı Tebliğ birleşme testi olarak SIEC testini değil, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen hâkim durum testine dayanmaktadır. Ancak, her ne kadar 4054 sayılı Kanun uyarınca 2010/4 sayılı Tebliğ "hâkim durum testi" esasına dayanıyor olsa da, SIEC testinin uygulanma esaslarını içeren AB Komisyonu Birleşme rehberleri mehz alınarak hazırlanan ve 2013 yılında yürürlüğe alınan "Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesine Hakkında Kılavuz" ve "Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesine Hakkında Kılavuz" dolayısıyla fiiliyatta, hakim durumun (tek başına veya birlikte hakim durum) ortaya çıktığının gösterilmesi şartı dışında SIEC testi uygulamasını içermektedir.

Yukarıda yer verilen düzenleme geçmişi doğrultusunda, Rekabet Kurulu uygulamasının 1997/1 sayılı Tebliğ ve 2010/4 sayılı Tebliğ uygulama dönemleri ayrımında ele alınacaktır.

3.1. 1997/1 SAYILI TEBLİĞ DÖNEMİ

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ "Birleşme ve Devralmalar Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinde ortak girişimlere ilişkin olarak; amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimleri birleşme/devralma kabul ederek izne tabi tutmuştur⁹¹. İlgili düzenlemenin Komisyon'un 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğünde ortaya konulan "yoğunlaşma doğurucu ortak girişim" ve "işbirliği doğurucu ortak girişim" ayrımını benimseyen düzenlemeyle paralel kaleme alındığı görülmektedir⁹².

⁹¹ İlgili dönemde izne tabi birleşme/devralmalar bakımından aynı tebliğin 4. Maddesi çerçevesinde öngörülen pazar payı ve ciro eşikleri öngörülmektedir.

⁹² Komisyon'un 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 3(2) maddesi, "*Taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayan, bağımsız bir iktisadi birimin bütün işlevlerini sürekli bir şekilde gerçekleştirecek bir ortak girişim oluşumu paragraf 1(b) çerçevesinde yoğunlaşma doğurur.*" hükmünü içermektedir.

Bu çerçevede bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu kabul edilmesi ve dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olması için; (i) ortak kontrol altında bir teşebbüs bulunması (ortak girişim) (ii)bu ortak girişimin “bağımsız bir iktisadi varlık” olarak ortaya çıkması, (iii) taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı ve etkisi olmaması şartlarının kümülatif varlığının arandığı görülmektedir.

Öte yandan Kurul kararlarının anlaşılması bakımından yukarıda yer verildiği üzere 1997/1 sayılı Tebliğ’in yürürlükte kaldığı yaklaşık 13 yıl boyunca esasen Komisyon’un 1989 ila 1994 yılları arasındaki uygulamasını esas aldığı bu durumun özellikle “koordinasyona” ilişkin değerlendirmelerde tebliğin lafzının veya Komisyon’un güncel uygulamasının - 1994 Duyurusu sonrası- esas alınmasına göre ciddi farklılıklara neden olduğu görülmektedir. Koordinasyon testinin 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde ortak girişimin birleşme rejimine mi yoksa 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine mi tabi olduğunun belirlenmesinde -yargı testi ayağında- kullanılmasından dolayı tezin bu bölümüne koordinasyon testine yönelik ilgili dönemdeki Kurul yaklaşımının ortaya konulması ile başlanmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

3.1.1. Koordinasyon Testi

1997/1 sayılı Tebliğ’in 13 yıllık uygulanma döneminde mehz AB uygulamasını koordinasyon testine ilişkin yaklaşımının önemli ölçüde değişmesine de bağlı olarak Kurul kararlarının yeknesak bir değerlendirme içermediğinin bu bölümün başlangıcı itibarıyla yinelenmesinde fayda görülmektedir. Bu temel husus hatırd tutularak 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde ortak girişimin birleşme rejimine tabi olup olmadığının belirlenmesi amacıyla kullanılan koordinasyon testine ilişkin karar örnekleri aşağıda sunulmaktadır.

1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükte kaldığı süre boyunca “...*taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler.*” hükmü ile bir ortak girişimin birleşme/devralma rejimine tabi olması bakımından negatif bir koşul öngörmektedir⁹³. Tebliğin

⁹³ Türk Rekabet Mevzuatı açısından bu durum 2010/4 sayılı Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2011 tarihine kadar devam edecek olmakla birlikte fiili durumun - Komisyon mevzuatının kararlarda yer bulduğu ölçüde- 1997 yılına kadar geriye gittiği söylenebilir.

bu lafzı; ortak girişim ile ana teşebbüsün örtüşen faaliyetleri dolayısıyla bir koordinasyon riskinin mevcut olacağını yorumlamaya müsait görünmektedir. Nitekim benzer düzenlemeleri içeren 4064/89 sayılı Komisyon Tüzüğü'ne yönelik 1990 Duyurusunda da bu negatif şartın sağlanması bakımından “geri dönüşsüz çıkış” şartının bulunması bu görüşü desteklemektedir.

Bu bağlamda *Sonoco/Alcore*⁹⁴ kararında ortak girişimin faaliyete geçmesiyle birlikte ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından tamamen çekilmiş olmaları nedeniyle bir koordinasyon riskinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. *Titan/Jantsa*⁹⁵ ve *Teknik Plastik*⁹⁶ kararlarında da benzer bir yorum yapılarak ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ticaret alanında rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunmaları nedeniyle rekabetçi davranışların koordinasyonu riskinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. *Erdemir*⁹⁷ özelleştirmesi kararında da sözü edilen negatif koşulun sağlanması bakımından ana teşebbüslerin birbirleriyle veya ortak girişimle rakip olmamaları gerektiği ancak mevcut dosya bakımından ana teşebbüslerin birbirlerinin ve ortak girişimin rakibi oldukları; ortak girişim ile ana teşebbüslerin bir bölümü arasında alt/ üst pazar ilişkisi nedeniyle ana teşebbüsler ile Ereğli Ortak Girişim Grubu arasında koordinasyon etkisinin olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü üzere, anılan kararlarda ortak girişimler ile ana teşebbüslerden birinin dahi ilişkili pazarlarda faaliyet göstermesi, Komisyon uygulaması bu yaklaşımı 1994 yılından itibaren terk etmiş olmasına rağmen, tebliğin lafzına uygun şekilde koordinasyon doğurucu olarak değerlendirilmiştir.

*Anten A.Ş.*⁹⁸ kararında ise Komisyonu'nun koordinasyon testinin içeriğini büyük ölçüde belirginleştirdiği uygulamasına atıf yapılmasına rağmen ana teşebbüslerin biri veya birkaçının gelecekte ortak girişimle rakip hale gelmesi durumunda önemli rekabet sorunlarının ortaya çıkacağına atıfla işlemin 7. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁹⁹. *Migros T.A.Ş./Metro A.G*¹⁰⁰ kararında ise Komisyon yaklaşımı işlemin koordinasyon testi aşamasında

⁹⁴ 17.6.2004 tarih ve 04-42/489-117 sayılı Kurul kararı.

⁹⁵ 09.02.2006 tarih ve 06-11/127-5 sayılı Kurul kararı.

⁹⁶ 06.09.2007 tarih ve -69/841-317 sayılı Kurul kararı.

⁹⁷ 15.9.2006 tarih ve 06-64/882-254 sayılı Kurul kararı.

⁹⁸ 08.01.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı.

⁹⁹ Anılan kararda ortak girişimin tam işlevsel olmadığı değerlendirilmekle birlikte teşebbüsün tam işlevsel olduğunun kabul edilmesi ihtimali altında koordinasyon değerlendirilmesi yapılmıştır.

¹⁰⁰ 19.3.1998 tarih ve 98-57/424-52 sayılı Kurul kararı

kullanılmamış, başvuru konusu işlemin ilgili Tebliğ kapsamında bir ortak girişim olarak değerlendirilmesi ve işleme izin verilebilmesi için taraflardan en fazla birinin ilgili pazarda faaliyetinin bulunması koşulu getirilmiştir. *P&W-THYT*¹⁰¹ kararında ise koordinasyon riskinin ana teşebbüs faaliyetleri ile ortak girişim arasında da ortaya çıkabileceği 1997/1 sayılı Tebliğ'in lafzına uygun olarak ifade edilmesine rağmen aynı kararda ana teşebbüslerden sadece birisinin faaliyetine devam etmesi durumunda koordinasyon riskinin bulunmadığı ifade edilerek bu kez aynı karar içerisinde 1997/1 Tebliğ'in lafzen uygulaması ile Komisyon uygulamasının çelişkisi yaşanmıştır.

*İnter Tanıtım*¹⁰² kararında ise ilgili ürün pazarında yalnızca tek bir ana teşebbüsün aktif olarak yer almasını, "...gerek Komisyon'un gerekse Rekabet Kurulu'nun uygulamalarında risk faktörü olarak görülmemektedir." ifadesi ile tebliğin lafzı karşısında Komisyon uygulaması dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmıştır¹⁰³. *Aküçev*¹⁰⁴ soruşturmasında da her ne kadar *Aküçev*'in koordinasyona neden olacağı ifade edilmiş olsa da, Komisyon değerlendirmesine benzer şekilde ana teşebbüslerden sadece birinin faaliyeti ile ortak girişimin faaliyetleri arasında örtüşme olması durumunda koordinasyon riskinin gündeme gelmeyeceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere koordinasyon riskinin değerlendirilmesi bakımından 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde Kurul uygulamasında bir yeknesaklık bulunmadığı, hatta *P&W-THYT* kararında olduğu gibi aynı karar içerisinde bile tutarlılığın sağlanamadığı ifade edilebilecektir.

3.1.2. Tam İşlevsellik

Bir önceki bölümde ifade edildiği üzere, 1997/1 sayılı Tebliğ'in ortak girişimlere ilişkin düzenlemesindeki "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan" ifadesi ile tam işlevselliğe yönelik temel unsurları ortaya koymaktadır. Tebliğin ilgili hükmü dışında tam işlevselliğe yönelik bir mevzuat hükmü bulunmamakla

¹⁰¹ 5.6.2008 tarih ve 08-37/503-183 sayılı Kurul kararı.

¹⁰² 27.6.2008 tarih ve 08-41/558-211 sayılı Kurul kararı.

¹⁰³ Anılan kararda Kurul uygulamalarına örnek olarak 19.3.1998 tarih ve 98-57/424-52 sayılı *Migros T.A.Ş/Metro A.G.* kararı gösterilmiştir.

¹⁰⁴ 20.05.2008 tarih ve 08-34/456-161 sayılı Kurul kararı.

birlikte ilgili dönemde Komisyon duyurularının dikkate alındığı görülmektedir¹⁰⁵. Bu noktada mehz Komisyon mevzuat ve uygulaması paralelinde tam işlevsellik değerlendirmesi bakımından bir yaklaşım değişikliğinin gündeme gelmediği dolayısıyla Türkiye’de tam işlevsellik değerlendirmesine ilişkin yaklaşımının gerek 1997/1 sayılı Tebliğ gerekse 2010/4 sayılı Tebliğ bakımından benzer esaslara dayalı olarak incelendiği belirtilmelidir.

Tam işlevsellik bakımından Komisyon’un duyurusuna paralel olarak; yeterli kaynaklara sahip olmak, ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesinde faaliyet göstermek, ana teşebbüslerle olan alım/satım ilişkileri ve sınırlı bir süre ile kurulup kurulmadığı ilgili dönemde alınan kararlarda incelenen hususlar olmuştur.

*Çimento*¹⁰⁶ kararında ortak girişimin sadece araştırma-geliştirme faaliyetinde bulunacağı, ortak girişimin ihracatını yapacağı ürünlerin de münhasıran ana teşebbüslerin ürünü olmasının ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasına engel olduğu ifade edilmiştir. *Çekisan*¹⁰⁷ kararında ortak girişimin piyasada bir akaryakıt dağıtım firmasının fonksiyonlarını yerine getirmekten ziyade ana teşebbüslere depolama hizmeti veren bir yapıda olduğundan bahisle tam işlevsel bir ortak girişim olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. *Anten A.Ş.*¹⁰⁸ kararında ise ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesinde faaliyet gösterip göstermediği hususunda yapılan değerlendirmede mevcut durumda her bir ana teşebbüsün kendi bünyesinde verdiği hizmeti yayıncılara sağlayacak olan ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. *Aküçev*¹⁰⁹ soruşturmasında Aküçev’in akü üreticisi hissedarlarından aldığı atık aküleri yine hissedarı olan geri dönüşüm tesislerine sattığı ve bu suretle organizasyonun ana teşebbüslerin bayiliklerine dayalı olduğundan bahisle Aküçev’in bağımsız bir iktisadi varlık niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹¹⁰. *Ayaş*¹¹¹ kararında ortak girişimin piyasada doğrudan aktif

¹⁰⁵ 8.1.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı, 05.08.2009 tarih ve 09-34/839-204 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁶ 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁷ 22.08.2007 tarih ve 07-66/812-307 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁸ 08.01.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁹ 20.05.2008 tarih ve 08-34/456-161 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁰ Benzer nitelikte diğer kararlar için bkz. 27.10.2005 tarih ve 05-74/1000-280 sayılı Kurul kararı, 06.12.2006 tarihli ve 06-87/1125-328 sayılı Kurul kararı.04.11.2009 tarih ve 09-52/1250-317 sayılı Kurul kararı.

¹¹¹ 05.08.2009 tarih ve 09-34/839-204 sayılı Kurul kararı.

olmayacağı üretilen elektriğin ana teşebbüsler tarafından üçüncü taraflara arz edileceğine işaret eden sözleşme hükümleri nedeniyle ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. *Fayda A.Ş.*¹¹² kararında ise hissedarı olan yerel perakendecilere ürün temin edilecek olmasının bir ortak satın alma anlaşması niteliğinde olduğundan bahisle tam işlevsellik kriterinin karşılanmadığı sonucuna ulaşılmıştır. *İzgep A.Ş.*¹¹³ ön araştırma kararında ortak girişimin kuruluşundan itibaren üçüncü kişilere satış yapmadığı, bu durumun nedeninin ortak girişimin gerekli altyapı olanaklarına sahip olmamasından kaynaklandığı tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde ortak girişimin bağımsız iktisadi varlık olarak ortaya çıkma koşulunu karşılamadığı sonucuna ulaşılmıştır. *Erdemir*¹¹⁴ özelleştirmesi kararında Ereğli Ortak Girişim Grubunu oluşturan dokuz ana teşebbüsten bazılarının ortak girişimle aynı pazarda veya alt/üst pazarlarda faaliyetlerine devam etmeleri sebebiyle ortak girişimin kendi ticari politikasını belirleme imkânının bulunmadığı ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde tam işlevsellik kriterlerine yönelik değerlendirmelerin ilgili mevzuatın mehz mevzuattan farklılaşmamasının da etkisiyle Komisyon uygulamasına paralel olduğu görülmektedir.

3.1.3. Esasa İlişkin Değerlendirme: Hâkim durum testi

1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında ortak girişimin koordinasyon riski içermemesi ve ortak kontrole tabi tam işlevsel nitelikte olmasının tespiti ardından, esasa ilişkin değerlendirmede bu kez işlemin ilgili piyasada hâkim duruma yol açıp açmadığı tespitinin yapılması öngörülmüştür. 1997/1 sayılı Tebliğ tıpkı mehz aldığı 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü gibi ortak girişimin hâkim durum dolayısıyla rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığına odaklanmaktadır.

1997/1 sayılı Tebliğ döneminde koordinasyon testinin birçok karar bakımından ana teşebbüslerin etkilenen pazarlardan çıkışını öngörecektir şekilde uygulanmış olmasından ve buna bağlı olarak birleşme rejimi dâhilinde ele alınan ortak girişim dosyalarında ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarında ve/veya alt/üst/ilişkili pazarlarında yer almamasından dolayı hâkim durum değerlendirmesi faaliyetlerini

¹¹² 11.11.2009 tarih ve 09-54/1291-325 sayılı Kurul kararı.

¹¹³ 11.11.2009 tarih ve 09-54/1298-329 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁴ 15.9.2006 tarih ve 06-64/882-254 sayılı Kurul kararı.

ortak girişime devreden ana teşebbüslerin pazar paylarının toplanması suretiyle yapılmıştır. Bu kapsamda örneğin *Titan/Jantsa*¹¹⁵ kararında rakip konumdaki ana teşebbüslerin ilgili pazardaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devredeceği ve bu pazarlardan çekileceği belirtilmiş, ana teşebbüslerin pazar payları toplamından hareketle ortak girişimin hâkim durum yaratmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

1997/1 sayılı Tebliğ döneminde ana teşebbüslerden birinin ortak girişimin pazarında yer almaya devam edecek olmasının koordinasyon doğurucu bulunmamasıyla ortak girişimin birleşme rejimi içerisinde değerlendirildiği kararlarda ise hâkim durum testinde ortak girişimin pazarında kalacak ana teşebbüsün pazar payının yoğunlaşma hesabına dâhil edilip edilmeyeceği noktasında farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda *TOYOTA/Martur*¹¹⁶ kararında ana teşebbüslerden biri ortak girişimin pazarında faaliyetlerine devam edecektir. Esasa ilişkin değerlendirmede ortak girişimin tam işlevsel olduğuna dayanılarak pazarda faaliyetlerine devam edecek ana teşebbüs, ortak girişim dolayısıyla yaratılacak yoğunlaşmada değerlendirmeye alınmamış, işlemin ilgili pazarda yoğunlaşma doğurucu bir etkisinin bulunmadığına hükmedilmiştir. *K-DOW*¹¹⁷ kararında ise aksi yönde bir değerlendirme ile ana teşebbüslerin faaliyetlerinin kesiştiği ilgili pazarda, ortak girişimin kurulması sonrasında ana teşebbüslerden birinin faaliyetine devam edeceği belirtilmiş, işlemlerle yaratılan yoğunlaşmada ana teşebbüsün pazar payı da dikkate alınarak hâkim durum oluşmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü üzere her iki kararda da tam işlevsel bir ortak girişim ile ana teşebbüslerden birinin faaliyeti kesişmekte olup somut olay bu yönüyle bir farklılık arz etmemektedir. Buna karşın *TOYOTA/Martur* kararında ana teşebbüsün pazar payı hakim durumun tespiti bakımından dikkate alınmazken; *K-DOW* kararında dikkate alınarak esasa ilişkin değerlendirmede ciddi bir farklılık ortaya çıkmıştır.

Yukarıda koordinasyon testi ve hakim durum testi bakımından örneklerine yer verilen kararlar, 1997/1 sayılı Tebliğ'in Komisyon'un 1994 yılından itibaren koordinasyon testine yönelik değişen yaklaşımı dikkate alınmadan 1989 yılına ait 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü mehz alınarak hazırlanmış olmasının da

¹¹⁵ 09.02.2006 tarih ve 06-11/127-5 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁶ 15.11.2006 tarih ve 06-84/1063-310 sayılı Kurul kararı

¹¹⁷ 25.12.2008 tarih ve 08-75/1195-460 sayılı Kurul kararı

etkisiyle Türkiye uygulamasında kimi tutarsızlıkların mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çerçevede aynı döneme ait bazı kararlarda ana teşebbüslerden birinin dahi ortak girişimin pazarında veya alt/üst/ilişkili pazarlarda yer alması koordinasyon riski nedeniyle işlemi birleşme rejimi kapsamı dışına çıkarırken; kimi kararlarda ise bu durum işlemin birleşme rejimi dâhilinde ele alınmasına engel teşkil etmemiştir. Ana teşebbüslerden birinin ortak girişimin pazarında yer almasının ortak girişimin birleşme rejimi dâhilinde ele alınmasına engel olmadığı kararlarda ise ilgili pazarda faaliyetine devam edecek ana teşebbüs bazı kararda hâkim durum testinde yoğunlaşma hesaplamasına dâhil edilirken (ortak girişim ana teşebbüslerle birlikte ele alınırken), bazı kararlarda ise tam işlevsellik nedeniyle ana teşebbüsün pazar payı ortak girişimin neden olacağı yoğunlaşma hesaplamasında dikkate alınmamıştır.

Tezin devam eden bölümünde 2010/4 sayılı Tebliğ dönemi uygulaması ele alınacak olup, akabinde politika önerilerine yer verilecektir.

3.2. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ DÖNEMİ

2010/4 sayılı Tebliğ, Komisyon'un mehz Birleşme Tüzüğü'nde olduğu gibi koordinasyon testini yargı testinin bir ayağı olmaktan çıkararak esasa ilişkin değerlendirmenin bir parçası haline getirmiş ve bir ortak girişimin birleşme rejimine tabi olması bakımından yalnızca "tam işlevsellik" kriterini esas almıştır. Bu kapsamda 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5(3). maddesi tam işlevsel ortak girişimlerin birleşme rejimi dâhilinde ele alınacağını öngörmekte, aynı tebliğin 13(3). maddesinde ise tam işlevsel ortak girişimin "*rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olması halinde*" ise 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü ve 5 inci maddeleri çerçevesinde de değerlendirileceği belirtilmektedir.

Diğer taraftan 2010/4 sayılı Tebliğ, mehz AB Birleşme Tüzüğü'nün esasa ilişkin değerlendirme bakımından öngördüğü SIEC testini benimsememiş, esasa ilişkin değerlendirmede hâkim durum testinin kullanılacağını hüküm altına almıştır¹¹⁸. 2010/4 sayılı Tebliğ'in uygulanmasını göstermek üzere hazırlanan

¹¹⁸ Hakim durum testi 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13(2). maddesinde "*Tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez.*" hükmüyle ortaya konulmaktadır.

kılavuzlarda ise Komisyon'un Birleşme Tüzüğü, dolayısıyla SIEC testini dikkate alarak hazırladığı duyuru ve rehberler esas alındığından, bu döneme ait esasa ilişkin değerlendirmeler hâkim durum şartı aranıyor olması dışında SIEC testi uygulamasının yansımalarını içermektedir.

Yukarıda yer verilen çerçeve dâhilinde, 2010/4 sayılı Tebliğ dönemindeki ortak girişim kararları incelendiğinde, en radikal değişikliğin koordinasyon testi ayağında yaşandığı görülmektedir. Bu bağlamda kararlarda tam işlevsellik kriteri tutarlı şekilde yargı testi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ancak geçmiş dönem Kurul kararlarının da etkisiyle, esasa ilişkin değerlendirmede; hem hakim durum testi hem de koordinasyon testi açısından kimi belirsizliklerin devam ettiği görülmektedir.

Tezin devam eden bölümünde öncelikle tam işlevsellik akabinde esasa ilişkin değerlendirme başlığı altında sırasıyla hakim durum ve koordinasyon testine yönelik 2010/4 sayılı Tebliğ dönemi Türkiye uygulaması ele alınacaktır.

3.2.1. Tam işlevsellik

2010/4 sayılı Tebliğ tam işlevsellik bakımından 1997/1 sayılı Tebliğ'den ayırmamaktadır. Bu dönemdeki kararlarda da tam işlevsellik bakımından Komisyon uygulamasına büyük oranda paralel bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

Kurulun *MDH*¹¹⁹ kararında; ortak girişimin akaryakıt depolama hizmetleri pazarında faaliyet göstereceği, akaryakıt dağıtım pazarında faaliyeti bulunan ana teşebbüslerin ise ortak girişim sözleşmesiyle bu depolama hizmetinden payları ile ilişkili münhasır bir kapasitesinin bulunacağı, üçüncü taraflara yapılacak satışlarda kapasite sahibi ana teşebbüsün talebi ve ortak girişimin onayının talep edileceği tespitleri yapılarak söz konusu ortak girişimin ana teşebbüslerine yönelik faaliyet gösterecek olması nedeniyle tam işlevsellik kriterini karşılamadığı ifade edilmiştir¹²⁰. Kurulun *Karadeniz RORO*¹²¹ kararında ise ortak girişimin personel ihtiyacının ana teşebbüslerden karşılanmış olması ve bağımsız bir malvarlığının

¹¹⁹ 05.06.2014 tarih ve 14-20/382-166 sayılı Kurul kararı.

¹²⁰ Benzer nitelikteki diğer Kurul kararları için bkz. 12.09.2013 tarih ve 13-52/734-307 sayılı karar, 04.07.2012 tarih ve 12-36/1041-329 sayılı kararı.

¹²¹ 21.05.2013 tarih ve 13-29/402-179 sayılı Kurul kararı

da bulunmaması nedenleriyle tam işlevsel kriterinin karşılanmadığına hükmedilmiştir. *Dsm/Evonik*¹²² kararında ise ortak girişimin ana teşebbüsten alacağı ürüne herhangi bir katma değer sağlamayacağı, üretim tesisine sahip olsa dahi bu tesisin fiilen ana teşebbüs tarafından kullanılacağından bahisle tam işlevsellik kriterinin karşılanmayacağı sonucuna varılmıştır.

Akdeniz Elektrik'in özelleştirme süreci içerisinde ortak kontrolünün devralınması ihtimalinin incelendiği *Akdeniz Elektrik*¹²³ kararında ana teşebbüslerin ortak girişimin tam işlevselliğini garanti etmek üzere, ortak girişimin faaliyetlerini “*ortaklardan bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getiren bir organizasyon ve yönetim yapısı içinde yürütme*” taahhüdünde buldukları görülmektedir. Karar kapsamında bu taahhüt de dikkate alınarak ortak girişimin tam işlevsel olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

3.2.2. Esasa İlişkin Değerlendirme

3.2.2.1. Hâkim Durum Testi

3.2.2.1.1. Hakim Durum Testi Kapsamında Pazar Gücünün Tespiti Bakımından Ana Teşebbüslerin Rolü

2010/4 sayılı Tebliğ dönemine ait tam işlevsel ortak girişimler ile birlikte ana teşebbüslerin de ilgili piyasada faaliyet gösterecek olmasını konu alan kararlarda hâkim durum testi kapsamında pazar gücüne yönelik yapılan değerlendirmelerde genel olarak ana teşebbüslerin de dâhil edildiği görülmekle birlikte, kimi Kurul kararlarında yaklaşım farklılıkları göze çarpmaktadır.

*Tav Havalimanları*¹²⁴ kararında Antalya Havalimanının ortak kontrolünün devri amacıyla izin başvurusunda bulunulmuştur. Kararda; ilgili coğrafi pazar olarak belirlenen Antalya ili sınırları içerisinde iki adet havalimanı bulunduğu, ana teşebbüslerden TAV HAVALİMANLARI'nın Alanya Gazipaşa Havalimanı terminalini tek başına işletmekte olduğu buna karşılık “*Antalya Havalimanı'nın tam işlevsel bir ortak girişim eliyle bağımsız bir teşebbüs olarak işletilecek olması ve TAV HAVALİMANLARI'nın da bu teşebbüs üzerinde tek başına belirleyici etki uygulama imkânına sahip olmaması....*” nedeniyle bir yoğunlaşma meydana

¹²² 26.10.2017 tarih ve 17-35/573-248 sayılı Kurul kararı.

¹²³ 6.12.2012 tarih ve 12-62/1632-597 sayılı Kurul kararı.

¹²⁴ 29.03.2018 tarih ve 18-09/165-83 sayılı Kurul kararı.

gelmediği dolayısıyla ilgili pazarda hakim durumun yaratılması sonucunun ortaya çıkmayacağı ifade edilmiştir. *Setur*¹²⁵ soruşturmasında da tam işlevsel ortak girişimlerin ana teşebbüslerin pazar gücünün değerlendirilmesi esnasında hesaba dâhil edilmediği ifade edilmiştir. Benzer yaklaşımın ileri sürüldüğü *Infinity*¹²⁶ kararında da tam işlevsel bir ortak girişim olan Caffè Nero'nun ana teşebbüsü olan Infinity ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğinden yola çıkılarak işlemin yoğunlaşma doğurmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. *Tav Havalimanları, Setur ve Infinity* kararlarında ortaya konulan yaklaşımın Türk Rekabet Hukuku uygulamasındaki ortak girişimlere yönelik yapılan hakim durum değerlendirmelerindeki genel uygulamanın dışında olduğu görülmektedir.

Kurulun hakim durum testindeki genel yaklaşımını yansıtan *Borealis/Nova/Total*¹²⁷ kararında OG'nin polietilen üretimi ve satışı faaliyetinde bulunacağı, kurucuların satış pazarındaki toplam pazar paylarının düşük, piyasada çok sayıda rakibinin bulunması nedeniyle işlemin rekabetçi endişe doğurmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Benzer şekilde *Cargill/ADM/Cargill Egypt*¹²⁸ kararında ortak girişimin faaliyet göstereceği alanlarda ana teşebbüslerin toplam pazar paylarının yüksek olmaması nedeniyle rekabetçi bir endişenin gündeme gelmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. *Boğaziçi*¹²⁹ özelleştirme kararında ise muhtemel alıcılardan Cengiz-Kolin-Limak OGG grubuna ilişkin yapılan değerlendirmede hâkim durumun tespiti bakımından ana teşebbüslerden birinin ortak kontrolünde bulunan tam işlevsel ortak girişim olan Meram'ın aynı pazardaki faaliyetleri de dikkate alınarak işlem sonucunda rekabetçi bir endişenin ortaya çıkmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. *Kalyon/ Türkerler*¹³⁰ kararında ortak girişimin ve ana teşebbüslerin elektrik üretimi alanında faaliyet göstermesi nedeniyle yatay, ana teşebbüslerden birinin elektrik dağıtımı ve perakende satışı alanında faaliyet göstermesi nedeniyle dikey örtüşmenin yaşandığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, işlemin yatay etkilenen elektrik üretimi pazarında ana teşebbüslerin ve ortak girişimin toplam pazar payının rekabetçi endişe uyandırabilecek seviyede olmadığı, dikey

¹²⁵ 09.07.2015 tarih ve 15-29/421-118 sayılı Kurul kararı.

¹²⁶ 07.08.2014 tarih ve 14-26/518-229 sayılı Kurul kararı.

¹²⁷ 15.03.2018 tarih ve 18-08/134-56 sayılı Kurul kararı.

¹²⁸ 18.04.2018 tarih ve 18-11/208-98 sayılı Kurul kararı.

¹²⁹ 10.01.2013 tarih ve 13-03/21-13 sayılı Kurul kararı.

¹³⁰ 18.01.2018 tarih ve 18-03/22-11 sayılı Kurul kararı

etkilenen pazarlara ilişkin olarak yapılan değerlendirmede ise; tarafların elektrik üretimindeki toplam paylarının düşük olması nedeniyle girdi kapama riskinin, toplam tüketim miktarı ve sayaç sayısı sebebiyle de müşteri kapama riskinin bulunmadığı değerlendirilmiştir¹³¹.

Görüldüğü üzere ortak girişimlere yönelik hakim durum testinde Kurul kararlarında bir yeknesaklık bulunmamakla birlikte genel yaklaşımın, Komisyon yaklaşımına paralellik arz ettiği, bu kapsamda işlemin yaratacağı pazar gücünde tam işlevsel ortak girişim ile birlikte ana teşebbüslerinin de dikkate alındığı görülmektedir.

3.2.2.1.2. Tam İşlevsel Ortak Girişimin Ekonomik Bütünlük Teşkil Edip Etmediği

Tezin ikinci bölümünde ortaya konulan tam işlevsel ortak girişimler özelinde “birleşme” ve “anlaşma” rejimi arasındaki fiili boşluğun da kimi Kurul kararlarında tartışma konusu olarak gündeme geldiği görülmektedir. *Doğadan/Coca Cola*¹³² kararında “...mevcut dosya kapsamında TCCC'nin doğrudan sahibi olduğu Doğadan ile ortak girişimi CCI aracılığıyla sahip olduğu Fuse Tea markaları arasında bir rekabetten söz edilemeyecektir. Bu markalar gerçek anlamda ancak üçüncü taraflara karşı rekabet etmektedir. Dolayısıyla, “mevcut dosya konusu kapsamında” TCCC ile CCI'nin bir ekonomik bütünlük teşkil ettiği, bahsi geçen iki marka arasındaki satış-dağıtım sözleşmesinin 4. madde kapsamında teşebbüsler arası bir anlaşma sayılamayacağı, bu sebeple 4. madde kapsamında bulunmadığı kanaatine varılmıştır.” Karardan görüleceği üzere aslında yoğunlaşma denetimi bakımından dikkate alınan “stratejik” bağımlılığın ortak girişimlerin doğası gereği 4. madde bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bir yaklaşım ortaya konmaktadır¹³³.

Doğadan/Coca Cola kararı ile varılan sonuç Kurulun konu ile ilgili genel yaklaşımının dışında kalmaktadır. Nitekim *Opet/Tüpraş*¹³⁴ kararında daha

¹³¹ Konuya ilişkin benzer diğer kararlar için bkz. 12.06.2018 tarih ve 18-19/324-159 sayılı Kurul kararı. 18.01.2018 tarih ve 18-03/42-23 sayılı Kurul kararı.

¹³² 24.09.2014 tarih ve 14-35/698-305 sayılı Kurul kararı.

¹³³ Karara ilişkin yazılan karşı görüşte bu yönde bir yaklaşımın tam işlevsel ortak girişim tanımına aykırı olduğu ve içtihat değişikliği anlamına geleceği hususları ifade edilmiştir.

¹³⁴ 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Kurul kararı.

önce Kurul kararı ile tam işlevsel olduğu tespit edilen ortak girişimin ve ana teşebbüslerinden birinin tek kontrolüne sahip olduğu teşebbüsün rekabeti pazar paylaşımı içerisinde olup olmadığına yönelik incelemede bulunulmuştur. Benzer şekilde *Yemek Çeki*¹³⁵ kararında da daha önce tam işlevsel ortak girişim olduğuna karar verilen teşebbüs ve ana teşebbüsleri ayrı ayrı cezalandırılmıştır.

Esasen yoğunlaşmaların denetimi bakımından yukarıda ifade edilen yaygın görüş her ne kadar “tam işlevsel” bir ortak girişimin ana teşebbüslerine olan “stratejik bağımlılığı” dolayısıyla dikkate alınması olsa da anlaşma rejimi bakımından tam işlevsel ortak girişimlerin ana teşebbüslerinden bağımsız hareket etmesi beklenmekte ve ortak girişim ile ana teşebbüsleri arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar kural olarak¹³⁶ 4. madde kapsamında cezai yaptırımla karşı karşıya kalabilmektedir.

3.2.2.2. Koordinasyon Testi

2010/4 sayılı Tebliğ ’de koordinasyon testi temel olarak 13 (3) maddesinde tam işlevsel bir ortak girişimin “...rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olması halinde 4054 sayılı Kanununun 4 üncü ve 5 inci maddeleri çerçevesinde değerlendirileceği...” hükmü ile düzenlenmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ’in ekinde yer alan “Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu (Bildirim Formu)’nda ise ortak girişimler başlığı altında **ana teşebbüslerden en az ikisinin ortak girişimle aynı pazarda veya bu pazarın alt veya üst pazarında ya da bu pazarla yakından ilgili komşu pazarlarda** faaliyet göstermesi halinde; ortak girişimin işbirliği riski ve muafiyet değerlendirilmesi bakımından bildirimde bulunan taraflardan görüş talebinde bulunmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar 2010/4 sayılı Tebliğ’de koordinasyon riskinin nasıl ele alınacağına ilişkin açık bir hüküm yer almasa da Bildirim Formu’nda yer alan bu ifadelerden koordinasyon riski testinin esasen ortak girişim dolayısıyla ana teşebbüsler arasındaki koordinasyon riskini konu almak üzere öngörüldüğü sonucuna ulaşılabilir. Nitekim, mehz Komisyon uygulaması 1994 Duyurusu’ndan bu yana koordinasyon riskini ana teşebbüsler

¹³⁵ 15.11.2018 tarih ve 18-43/694-339 sayılı Kurul kararı.

¹³⁶ Komisyon uygulamasına paralel olarak ana teşebbüslere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü birleşme rejimi dahilinde alınan ortak girişim kararlarında yan sınırlama olarak kabul görebilmektedir.

arasında ele almakta, Birleşme Tüzüğü'nde de koordinasyon testinin bu temelde ele alınacağı Tüzüğün 2(5) maddesinde açık şekilde ortaya konulmaktadır.

Koordinasyon unsuru bakımından 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 2011 yılından itibaren Türk Rekabet Hukuku uygulamasında alınan kararlara bakıldığında ise koordinasyon riskinin kapsamı ve tarafları arasında bir takım farklılıklar göze çarpmaktadır. Kurulun koordinasyon testi bakımından Komisyon uygulamasına paralel değerlendirme içeren kararları arasında *Borealis/Nova/Total*¹³⁷ yer almaktadır. Bu kararda koordinasyon testi ortak girişimin pazarında yer alan ana teşebbüslere yönelik olarak uygulanmış, tarafların pazar paylarının düşük olması nedeniyle koordinasyon riski öngörülmemiştir. Ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet alanı dışındaki faaliyetleri arasındaki örtüşme ise ortak girişim ile ilişkisi bulunmaması nedeniyle koordinasyon riski barındırmaz bulunmuştur. Diğer taraftan, *Shaya Park Bravo*¹³⁸ kararında ise, ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı ilgili ürün pazarlarında faaliyete devam edecek olması rekabetçi davranışların koordinasyonuna yönelik önemli bir risk unsuru olarak değerlendirilmiş ve ortak girişim muafiyet değerlendirmesine tabi tutulmuştur.

Kurulun *Mitsui/Kansai*¹³⁹ kararında da Komisyon uygulaması paralelinde ana teşebbüslerden yalnızca birinin ortak girişim ile aynı pazarda faaliyet göstermesi nedeniyle koordinasyon riskinin bulunmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kurulun *Kalyon/Hanwha*¹⁴⁰ kararında ise güneş modülü üretimi pazarında ortak girişimin yanı sıra ana teşebbüslerden yalnızca birinin faaliyet göstermesinin koordinasyon riskini *minimize* ettiği ifade edilmiş, koordinasyon riski öngörülmemiştir. *GlobalLogic Holdings*¹⁴¹ kararında da benzer şekilde ortak girişimle taraflardan yalnızca birinin faaliyetleri arasındaki örtüşme dolayısıyla koordinasyon riskinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

Kurul kararlarının koordinasyon testinde Komisyon uygulaması ile paralel şekilde ortak girişim ve koordinasyon riski arasındaki nedensellik bağımlı da

¹³⁷ 15.03.2018 tarih ve 18-08/134-56 sayılı Kurul kararı.

¹³⁸ 03.08.2011 tarih ve 11-44/984-331 sayılı Kurul kararı

¹³⁹ 12.06.2018 tarih ve 18-19/324-159 sayılı Kurul kararı.

¹⁴⁰ 21.12.2017 tarih ve 17-42/658-290 sayılı Kurul kararı.

¹⁴¹ 05.07.2018 tarih ve 18-22/375-183 sayılı Kurul kararı

incelediği görülmektedir. Bu kapsamda *Bantaş*¹⁴² kararında, koordinasyon riskine ilişkin değerlendirmede işbirliğinin görece kapsamı dikkate alınarak, ortak girişimin sunacağı hizmetlerin ana teşebbüslerin kesişen faaliyetleri içerisinde önemsiz bir paya sahip olduğundan bahisle kurulacak olan ortak girişim dolayısıyla ana teşebbüsler arasında koordinasyon riski doğurmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıdaki kararlar doğrultusunda koordinasyon testine yönelik Kurul uygulamasının Komisyon uygulaması paralelinde geliştiği görülmekle birlikte, özellikle ana teşebbüslerin ortak girişim ile aynı pazarda faaliyetlerine devam edecek olmaları halinde tarafların bu pazarlarda güçlü olarak bulunmaları şartının aranmayabildiği görülmektedir. Anılan kararlar bu kez muafiyet değerlendirmesine tabi tutulmuş ve çoğu kez tarafların pazarlardaki konumundan yola çıkılarak işlemin muafiyetten faydalanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

3.3. POLİTİKA ÖNERİLERİ

Türkiye'nin güncel birleşme tebliği olan 2010/4 sayılı Tebliğ, Birleşme Tüzüğü esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak Birleşme Tüzüğünden farklı olarak SIEC testini değil hâkim durum testini benimsemektedir. Diğer taraftan, uygulamayı gösteren kılavuzlarda Komisyon'un SIEC uygulamasını açıkladığı rehber ve duyurular dikkate alındığından esasa ilişkin değerlendirme hâkim durum şartı aranması dışında SIEC uygulamasıdır. Türkiye'de bu dönemde alınan kararlarda geçmişten taşınan belirsizliklerin hale yeknesaklığı engellediği görülmekle birlikte, uygulamanın Komisyon uygulamasına yaklaştığı görülmektedir.

Türkiye uygulaması bakımından tam işlevsel ortak girişimlere yönelik uygulamada yeknesaklığın ve Komisyon uygulamasına uyumun temini bakımından 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ve bununla bağlantılı olarak Tebliğ'in esasa ilişkin olarak SIEC testine ilişkin değişikliğin yapılması önem arz etmektedir. Böylelikle Komisyon'un da benimsemiş olduğu etki temelli değerlendirmeye bütünüyle geçiş sağlanabilecektir.

SIEC testinin uygulamaya alınmasıyla birlikte koordinasyon testine ihtiyaç kalmayacağı tarafımızca düşünülmekle birlikte, koordinasyon testi Komisyon'da

¹⁴² 16.07.2014 tarih ve 14-24/489-219 sayılı Kurul kararı.

olduğu gibi korunmaya devam edilecekse de koordinasyon riskinin iki veya daha fazla ana teŖebbüsün güçlü şekilde etkilenen pazarlarda kalması halinde ortaya çıkacağına ilişkin hükmün açık şekilde Tebliğ’de yer almasının fayda sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Ortak girişim ve ana teŖebbüsleri arasındaki anlaşmaların ise oluşabilecek rekabetçi riski engellemek adına 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında yer almaya devam etmesi gerektiği, ancak bu nitelikteki sınırlamalara yönelik olarak daha önce birleşme denetimine tabi tutulan ortak girişimin faaliyet kapsamı ile açıklanabilecek olması halinde katı bir yaklaşım sergilenmemesi gerektiği düşünölmektedir.

SONUÇ

Ortak girişimlere yönelik AB rekabet hukuku yaklaşımı, tarihsel süreçte uygulamada belirsizliklere neden olan önemli değişiklikler geçirmiş, rekabet hukuku alanında kendisine Komisyon mevzuat ve uygulamalarını mehzaz alan Türkiye bakımından ise Komisyon uygulamasının özellikle mevzuat ayağının geriden takip edilmesi ile durum daha da karmaşık bir hal almıştır.

Komisyon, temel olarak, ilgili ortak girişimin yapısal etkiler doğurması halinde birleşme rejimine, davranışsal etkiler doğurması halinde ise anlaşmalar rejimine tabi olması gerektiğine kanaat getirerek, bu ayrımı yapmak üzere 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde "işbirliği doğurucu ortak girişim-yoğunlaşma doğurucu ortak girişim" kırımını benimseyen yargı testini uygulamaya almıştır. Buna göre bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu olarak kabul edilmesi iki kümülatif şartın sağlanmasına bağlanmıştır: (1) ortak girişimin pazarda kalıcı olarak faaliyet gösteren bağımsız bir iktisadi varlık olması-tam işlevsel ortak girişim (pozitif şart) (2) ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında işbirliğine yol açmaması (negatif şart).

Komisyon'un bu yaklaşımı çerçevesinde ortak girişimin pazarında veya alt/üst/ilişkili pazarında ana teşebbüslerden biri bile kalsa, işlem koordinasyon riski doğurur bulunabilmiş, buna bağlı olarak ortak girişim birleşme tüzüğü kapsamı dışına çıkmıştır. Komisyon 1994 Duyurusu ile ana teşebbüs ve ortak girişim arasında öngörülen işbirliği riskinin değerlendirme kriteri olma işlevini sonlandırmıştır. Böylece koordinasyon testi yalnızca ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riskine yönelik olarak yapılmaya başlanmıştır. Ancak bu değişiklik ile birlikte koordinasyon testinin ortak girişimin birleşme rejimi/anlaşma rejimi ayrımındaki değerlendirmede belirleyici bir rol üstlenmesi uygulamada belirsizlik ve tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Komisyon'un tam işlevsel ortak girişimlere yönelik yukarıda özetlenen yaklaşım çerçevesi, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan değişiklik ve akabinde Birleşme Tüzüğü ile getirilen değişiklikler ile nihai halini almıştır. Böylece koordinasyon testinin, yargı testi aşamasında kullanılmasından vazgeçilerek bu husus esasa ilişkin değerlendirmenin bir ayağı haline gelmiş, dolayısıyla “işbirliği doğurucu-yoğunlaşma doğurucu” ayrımı terkedilmiştir. Böylelikle yargı testi olarak tam işlevsellik kriterini sağlayan ortak girişimler birleşme rejimi dâhilinde ele alınmaya başlanmıştır. Böylece koordinasyon testi, hakim durum testi ile birlikte esasa ilişkin değerlendirmenin bir parçası olarak ele alınmaya başlamıştır. Bu tutum 2004 yılında yürürlüğe giren güncel Birleşme Tüzüğü ile de korunmuştur.

Birleşme Tüzüğü'nde tezin konusu ile ilgili en önemli değişiklik hakim durum testinin SIEC testi ile değiştirilmesi olmuştur. SIEC testi, işleme izin verilmemesi noktasında hakim durum yaratılması şartını aramamakta, işlemin yarattığı tek taraflı ve/veya koordinasyona bağlı etkiler nedeniyle rekabeti önemli ölçüde azaltması halinde yasaklanmasını mümkün kılmaktadır. Haliyle bu durum, koordinasyon testine ihtiyacın kalmadığı, ana teşebbüslerin arasındaki koordinasyon riskinin SIEC değerlendirmesi dâhilinde ele alınabileceği görüşünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Nitekim Komisyon kararlarında da koordinasyon riski değerlendirmesinin ayrıca yapıldığı kararlarda koordinasyon amacı taşıyan tek bir tam işlevsel ortak girişim kararı bulunmamaktadır. Ana teşebbüslerin davranışlarının koordinasyonu etkisini yaratma bakımından ise ister SIEC ister koordinasyon testinde olsun bu risk ancak ana teşebbüslerin ve ortak girişimin pazar gücü varsa muhtemel görülmektedir. Aynı faktörlere bağlı ve aynı sonuca ulaşabilecek değerlendirmenin iki test ile ortaya konması kanımızca gerekli değildir.

Türkiye birleşme rejimi ise Komisyon'un 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü esas alınarak hazırlanan 1997/1 sayılı Tebliğ ile başlamıştır. Komisyon'un 1994 Duyurusu'nun öngördüğü ve koordinasyon testini yalnızca ana teşebbüsler arasındaki koordinasyon riskini belirlemeye yönelik olarak değiştirdiği yaklaşımı lafzi olarak Tebliğ'de yansıma bulmamış bu nedenle Tebliğ'in lafzını uygulayan Kurul kararları ile Komisyon'un uygulamasını takip eden Kurul kararları

arasında bir tutarsızlık meydana gelmiştir. Komisyon uygulamasında, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan değişiklikle birlikte yargı testi aşamasında koordinasyon testi kullanılmamaya başlamış, bu durum Türk Rekabet Hukuku mevzuatında 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile kendine yer bulmuştur. 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile Türk Rekabet Hukuku mevzuatının büyük ölçüde AB mevzuatına paralel hale geldiği ifade edilebilecektir. Mevzuattaki temel farklılık, esasa ilişkin değerlendirmede hakim durum testi dolayısıyla hakim durum şartının aranmaya devam edilmesidir. Bu durum ise kanımızca Komisyon uygulaması bakımından SIEC testi ile birlikte koordinasyon testinin fiili olarak işlevsiz kaldığı yönündeki görüşe Türk Rekabet Hukuku uygulaması bakımından hanel getirmeyecektir. Dolayısıyla bu görüşün Türk Rekabet Hukuku uygulaması bakımından da geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

Tezin kapsamında incelenen bir diğer husus tam işlevsel ortak girişimlere yönelik “bağımsız iktisadi varlık” nitelemesinin, birleşme rejimi/anlaşma rejimi ayırımında bir boşluk oluşturup oluşturmadığına ilişkin olmuştur.

Birleşme rejimi dahilinde ana teşebbüslerin ortak girişimin yanı sıra işlem ile oluşacak pazar gücü hesaplamasına dâhil ediliyor olması, yine aynı birleşme prosedürü içerisinde ilgili ortak girişimin “pazarda ana teşebbüslerinden bağımsız iktisadi varlık” olduğuna dayanan, yani ortak girişimi ayrı teşebbüs olarak niteleyen “tam işlevsellik” kavramı ile çelişki yaratmaktadır. Bu durum tam işlevselliğin öngördüğü “bağımsız iktisadi varlık” nitelemesinin ABİDA 101'in öngördüğü teşebbüs kavramına denk gelmediği belirsizliğini yaratmaktadır. Nitekim gerek Komisyon gerekse Türkiye uygulamasında ana teşebbüslere getirilen ortak girişimle rekabet etmeme yükümlülüğünün de yine aynı birleşme prosedürü içerisinde yan sınırlama olarak kabul edilebiliyor olması da bunu desteklemektedir. Haliyle “birleşme” ve “anlaşmalar” rejimi arasında tam işlevsel ortak girişimler bakımından fiili bir boşluğun olduğu iddia edilebilecektir. Komisyon'un da bu konuya ilişkin kafa karışıklığı yaşadığı mevzuat hazırlıkları ve kararlar üzerinden görülmektedir.

Diğer taraftan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde yer alan günümüzde de korunan (i) “ortak kontrolden tek kontrole geçişin” yoğunlaşma teşkil ediyor olması ve (ii) tam işlevsel ortak girişimin yaptığı devralmalar da kural olarak

İlgili teşebbüsün ana teşebbüsler değil devralmayı yapan ortak girişim olarak belirlenmesi tam işlevsel ortak girişimin birleşme rejimi bakımından da ana teşebbüslerden ayrı teşebbüs teşkil edebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla AB birleşme rejimi bakımından tam işlevsel ortak girişimin her hâlükârda ana teşebbüslere bağımlı görülmediği de anlaşılmaktadır.

AB ve Türkiye uygulaması özellikle anlaşmalar rejimi bakımından tam işlevsel ortak girişimi kural olarak ana teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak ele alma eğilimindedir. Bunun sonucu olarak ortak girişim ve ana teşebbüs(ler) arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar Komisyon'da ABİDA (101) , Türkiye'de ise 4. madde kapsamına girmektedir.

Yukarıda yer verilen “tam işlevsel ortak girişim” ve “teşebbüs” sorunsalı bakımından Komisyon'un fiili boşluğu yumuşatmaya ve rekabetçi endişeleri asgari kılmaya çalışan bir yaklaşım benimsediği, bu kapsamda öncül değerlendirme içeren birleşme rejimi dâhilinde genel olarak dosya gerçeklerini de gözeterek işlemle oluşabilecek azami pazar gücünü ortaya koymayı teminen ana teşebbüsleri de yoğunlaşma hesabına dâhil ettiği yani “velev ki birleşmiş olsunlar senaryosundan hareket ettiği”, tam işlevsel ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları ise kural olarak ABİDA 101 kapsamına girecek olsa dahi ortak girişimin kapsamı ve faaliyet alanını dikkate alarak değerlendirdiği görülmektedir.

Türkiye uygulaması bakımından ise günümüzde de devam etmekle birlikte özellikle 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde “tam işlevsel ortak girişim” ve “ana teşebbüsler” arasındaki ilişkilerin nasıl ele alınması gerektiği noktasında Komisyon'un yaşadığı çelişkilerin yanı sıra mevzuat ve uygulamaların geriden takip edilmesi ile de oluşan daha fazla belirsizlik ve karışıklığın kararlara yansıdığı görülmektedir.

ABSTRACT

Joint ventures is one of the most controversial issues in the competition law enforcement. Not only the framework in which they should be reviewed but also the jurisdictional classification need in EU and Turkey's competition law regimes have created uncertainties in the approach towards joint ventures.

In merger regime of EU and Turkey, the initial jurisdictional test to define the scope of the corresponding merger regulations contained "full-functionality" criteria along with "the coordination test". The coordination test component in EU underwent tremendous change during the enforcement period, which was not reflected in Turkey's then corresponding merger regulation. This further contributed to uncertainties in Turkey case law.

The latter merger regulations in both jurisdictions, which are still valid, have removed the coordination test from the jurisdictional test to the substantial analysis. This is a welcomed change, since the coordination risk is difficult to assess at the stage of jurisdictional divide.

Another complication with regards to full-function joint ventures considers whether a full- function joint venture, which by definition constitutes "autonomous economic entity" is indeed constitute a separate undertaking. EU merger case-law on general have a tendency to treat joint venture and its parents together to assess the market power created by the formation of the joint venture. However, in Turkey this is not the general rule, apart from the case facts, the mere rest upon full-functionality could lead to a conclusion in merger decisions that they should be treated separately.

KAYNAKÇA

ASLAN, Y. (2017), *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, 5.baskı. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.

ASKOLA, E. (2012), “Joint Ventures at the Intersection of Collaboration and Consolidation: Conceptualisation of Joint Ventures in EU Competition Law as Compared to the Approach in the United States”, European University Institute Department of Law, Florence , s. 29-125

BALTA, Z. (2012), “Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation”

<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=2861740&fileOid=2861741> Erişim Tarihi: 05.08.2018

BAŞ, K. (2015), *The Substantive Appraisal of Joint Ventures under the EU Merger Control Regime*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn

BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London.

COOK, C.J ve C. S. KERSE (2009), *EC Merger Control*, Fifth Edition, Sweet&Maxwell, London

ÇINAROĞLU, S. (2003), *Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet*, Uzmanlık Tezleri Serisi No:25, Rekabet Kurumu, Ankara.

DABBAH, M. (2004), “EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials, Cambridge University Press, Cambridge.

GOYDER, J ve A. ALBORS-LORENS (2009), *Goyder’s EC Competition Law*, 5th Ed., Oxford University Press, s.461

HAWK, B.E. ve H.L. HUSER (1996), *European Community Merger Control: A Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, The Hague

HAWK, B. (2004), “Mergers and Acquisitions/Joint Ventures”, Fordham Corporate Law Institute, s. 331

HERMAN, S., V.M. MİRJAM ve N.V. NAUTADUTİLH (2017), “EU Compe-

tion Law Treatment of Joint Ventures” [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-7098?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-010-7098?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) Erişim Tarihi: 22.02.2019

IVERSEN, B., B.O.G. MORTENSEN, M. STEİNİCKE, K.E. RENSEN ve P.W. JESSEN (2008), *Regulating Competition in the EU*, DJOF Publishing, p.324

JESSEN, P.W. B.O.G. MORTENSEN, M. STEİNİCKE ve K.E. RENSEN (2016), *“Regulating Competition in the EU”* Kluwer Law International B.V

JONES, A. (2012) *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, European Competition Journal, 8(2), 301-331

KAYIHAN, L. (2003), *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 87, Rekabet Kurumu, Ankara.

LEVY, N. (2010), *The control of concentrations between undertakings in competition law of the European Community*, ed. Valentine Korah (Matthew Bender &Co:2010), pp.5-87/89, p.5-112)

NAVARRO, E., A. FONT, J. FOLGUERA ve J. BRIONES J (2005), *Merger Control in the EU*, Oxford University Press, para.2.37 ve para.3.20

NOURRY A. ve D. HARRISON (2019), “Transactions and Practices: EU Joint Ventures” [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-107-3702?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) Erişim Tarihi: 14.03.2019

RÖLLER L. H. ve M.DE LA MANO (2006), “The Impact of the New Substantive Test in Eropcan Merger Control”, European Competition Journal, Vol:6, No:9

RUSSO, F., M. SCHİNKEL, P.A. GÜNSTER ve M. CARREE (2010), *European Commission Decisions on Competition Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge University Press, New York.

RUSU, C.S. (2010), *European Merger Control: The Challenges Raised By Twenty Years of Enforcement Experience*, Kluwer Law International, Vol:7 s.18

SEYRANTEPE, İ. (2012), *Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Savunmasının Rolü: Yatay Birleşmeler Temelinde Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 116, Ankara.

SNELDER, R. (1996), *Development in E.C Merger Control in 1995* 21 E.L. Rev. Checklist No 2, p.66, at 74

ULUÇLAR, Ö.S. (2017), *Yoğunlaşmalarda Tam İşlevsellik Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Kapsamında*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

WHISH R. (2003), *Competition Law*, 5th edition, Butterworth, s. 546, 803 ve 810

Türk Rekabet Mevzuatı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

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

Hakkında Tebliğ

Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkına Kılavuz

Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz

Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz

AB Mevzuatı ve Çalışmaları

1966 Memorandum

Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, [1989] OJ L395/1 (4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü)

Commission notice regarding the concentrative and cooperative operations under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1990] (90/C 203/06) (1990 Duyurusu)

Notice on the distinction between concentrative and co-operative joint ventures under Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of December 21, 1989, on the control of concentrations between undertakings, [1994] OJ C385/1. (1994 Duyurusu)

Council Regulation (EC) No. 1310/97 of June 30, 1997 amending Regulation (EEC) No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (the EC Merger Regulation – Birleşme Tüzüğü)

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01) (Konsolide Duyuru)

AB Komisyonu ve Genel Mahkeme Kararları

OJ L38/14 *SHV-Chevron* (1975)

- Case No IV/M.149 *Lucas/Eaton* (1991)
- Case No IV/M.058 *Baxter/Nestle/Salvia* (1991)
- Commission Decision of 16 January 1991 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.732 - IJsselcentrale and others) OJ [1991] L 28 2.2.1991, p.32.
- Commission Decision of 15 May 1991 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/32186 Gosme/Martell — DMP)
- MMC-Cm 2029 *Carlsberg/Allied Lyons Carlsberg/allied Lyons*, 22nd Report on Competition policy (1992)
- Case IV/M.259 *British Airways/TAT* (1992)
- Case IV/33.640 *Exxon/Shell* (1994)
- Case IV/M.468 *Siemens/Italtel*, (1995)
- Case IV/M.788 *AgrEvo/Marubeni*, (1996)
- Case No IV/M.904 *Rsb/Tenex/Fuel Logistic* (1997)
- Case IV/M.1227 *Cargill/Vandemoortele* (1998)
- Case IV/M.1006 *Upm-Kymmene/April*, (1998)
- Case No JV.1 *Telia/Telenor/Schibsted* (1998)
- Case No IV/JV.14 *PanAgora/DG Bank*, (1998)
- Case T-102/96 *Gencor v. Commission* (1999)
- COMP/JV.19 *KLM/Alitalia* (1999)
- COMP/JV.44 *Hitachi/Nec-Dram/JV* (2000)
- COMP/JV.54 *Smith & Nephew/Beierdorf/JV* Case (2001)
- COMP/M.2524 *Hydro/Sqm/Rotem/JV* (2001)
- COMP/JV 57-TPS *TF1/TPS/M6/Suez* (2002)
- COMP/M. 2632 *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*, (2002)
- COMP/M.2763 *Toray/Murata/ Teijin* (2002)
- COMP/M.2982 *Lazard/Intesabci/JV* (2003)
- COMP/M.3056 *Celanese/Degussa* (2003)
- COMP/M.2903 *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV* (2003)

- Case T-87/05 *EDP vs. Commission* (2005)
COMP/M.3817 *Wegener/Pcm/ JV* (2005)
COMP/M.4000 *Inco/Falconbridge* (2006)
COMP/M.4170 *Lsg Lufthansa Service Holding/Gate Gourmet Switzerland* (2006)
COMP/M.4927 *Carlyle/Ineos/JV* (2007)
COMP/M.5936 *Eads DS/Atlas/JV* (2010)
COMP/M.6477 *BP/Chevron/Eni/Sonangol/Total/JV* (2012)
Case T-77/08, *The Dow Chemical Company v Commission* (2012)
COMP/M.7253 *Groupe Lagardere/SNCF Participations/JV* (2014)
COMP/M.7353 *Airbus/Safran/JV* (2014)
COMP/M.7878 *Heidelberg Cement/Schwenk/Cemex Hungary/Cemex Croatia* (2016)

Rekabet Kurulu Kararları

- 19.03.1998 tarih ve 98-57/424-52 sayılı Kurul kararı.
23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı Kurul kararı.
17.06.2004 tarih ve 04-42/489-117 sayılı Kurul kararı
27.10.2005 tarih ve 05-74/1000-280 sayılı Kurul kararı.
06.12.2006 tarihli ve 06-87/1125-328 sayılı Kurul kararı.
09.02.2006 tarih ve 06-11/127-5 sayılı Kurul kararı.
15.09.2006 tarih ve 06-64/882-254 sayılı Kurul kararı.
15.11.2006 tarih ve 06-84/1063-310 sayılı Kurul kararı
22.08.2007 tarih ve 07-66/812-307 sayılı Kurul kararı.
06.09.2007 tarih ve -69/841-317 sayılı Kurul kararı.
08.01.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı.
20.05.2008 tarih ve 08-34/456-161 sayılı Kurul kararı.
05.06.2008 tarih ve 08-37/503-183 sayılı Kurul kararı.
27.06.2008 tarih ve 08-41/558-211 sayılı Kurul kararı.
25.12.2008 tarih ve 08-75/1195-460 sayılı Kurul kararı

- 05.08.2009 tarih ve 09-34/839-204 sayılı Kurul kararı.
04.11.2009 tarih ve 09-52/1250-317 sayılı Kurul kararı.
11.11.2009 tarih ve 09-54/1298-329 sayılı Kurul kararı.
03.08.2011 tarih ve 11-44/984-331 sayılı Kurul kararı.
04.07.2012 tarih ve 12-36/1041-329 sayılı Kurul kararı.
6.12.2012 tarih ve 12-62/1632-597 sayılı Kurul kararı.
21.05.2013 tarih ve 13-29/402-179 sayılı Kurul kararı.
10.01.2013 tarih ve 13-03/21-13 sayılı Kurul kararı.
12.09.2013 tarih ve 13-52/734-307 sayılı Kurul kararı.
17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı Kurul kararı.
05.06.2014 tarih ve 14-20/382-166 sayılı Kurul kararı.
16.07.2014 tarih ve 14-24/489-219 sayılı Kurul kararı.
07.08.2014 tarih ve 14-26/518-229 sayılı Kurul kararı.
24.09.2014 tarih ve 14-35/698-305 sayılı Kurul kararı.
09.07.2015 tarih ve 15-29/421-118 sayılı Kurul kararı.
26.10.2017 tarih ve 17-35/573-248 sayılı Kurul kararı.
21.12.2017 tarih ve 17-42/658-290 sayılı Kurul kararı.
18.01.2018 tarih ve 18-03/42-23 sayılı Kurul kararı.
18.01.2018 tarih ve 18-03/22-11 sayılı Kurul kararı.
15.03.2018 tarih ve 18-08/134-56 sayılı Kurul kararı.
29.03.2018 tarih ve 18-09/165-83 sayılı Kurul kararı.
18.04.2018 tarih ve 18-11/208-98 sayılı Kurul kararı.
12.06.2018 tarih ve 18-19/324-159 sayılı Kurul kararı.
05.07.2018 tarih ve 18-22/375-183 sayılı Kurul kararı.
15.11.2018 tarih ve 18-43/694-339 sayılı Kurul kararı.



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