

**REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA
ORTAK GİRİŞİMLER**

Lerzan KAYIHAN

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

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

09/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 4 No'lu Daire Başkanı Yasemin ERDEM,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-48-9

YAYIN NO

0087

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1 **ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER**

1.1. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI ve TANIMLAR	
1.2. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	
1.3. REKABET HUKUKU UYGULAMALARI BAKIMINDAN ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI	

Bölüm 2 **ORTAK GİRİŞİM OLUŞTURULMASININ İKTİSADİ NEDENLERİ**

2.1. ORTAK GİRİŞİMLERİN VERİMLİLİK ARTIRICI ETKİLERİ	
2.2. ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABETÇİ KONUMU GÜÇLENDİRİCİ ETKİLERİ	

Bölüm 3 **AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ORTAK GİRİŞİM KAVRAMININ GELİŞİMİ**

3.1. KOMİSYON'UN 1996 TARİHLİ MEMORANDUMU	
3.1.1. Madde 81 ve Kısmi Birleşme Testi	
3.1.2. Kısmi Birleşme Sayılan Ortak Girişimlerin Özellikleri	
3.2. 4064/89 SAYILI BİRLEŞME TÜZÜĞÜ'NÜN KABULÜNDEN SONRAKİ DURUM	
3.2.1. Yoğunlaşma Doğurucu-İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayrımı	
3.2.1.1. 1990 Tarihli Komisyon Duyurusu	
3.2.2. Yapısal İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimler	
3.2.2.1. Endüstriyel Lider Doktrini	
3.2.2.2. Hızlandırılmış Yöntem	

- 3.2.2.3. Yeni Bildirim Formu
- 3.2.2.4. 1993 Tarihli İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlere İlişkin Komisyon Duyurusu
- 3.2.2.5. 1994 Tarihli Yoğunlaşma Doğurucu ve İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayrımını Düzenleyen Duyuru
- 3.2.2.6. Yeşil Kitap Önerileri.....
- 3.3. 1310/97 SAYILI “TEŞEBBÜSLER ARASI YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ HAKKINDA 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜNDE DEĞİŞİKLİK YAPAN TÜZÜK”
- 3.4. 1310/97 SAYILI TÜZÜK SONUCU ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN DEĞİŞİKLİKLERİN UYGULAMAYA YANSIYAN ETKİLERİ

Bölüm 4
AVRUPA TOPLULUĞU UYGULAMALARINDA
ORTAK GİRİŞİMLER: ORTAK KONTROL UNSURU İLE
TAM İŞLEVSEL/TAM İŞLEVSEL OLMAYAN
ORTAK GİRİŞİMLER

- 4.1. ORTAK KONTROL UNSURU.....
 - 4.1.1. Eşit Oy Hakkı veya Karar Alma Organlarında Temsilde Eşitlik
 - 4.1.2. Veto Hakları.....
 - 4.1.3. Oylamalarda Ortak Hareket Edilmesi.....
- 4.2. TAM İŞLEVSEL/TAM İŞLEVSEL OLMAYAN ORTAK GİRİŞİMLER ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR.....
 - 4.2.1. Tam İşlevsel Ortak Girişimler (Teşebbüslerin Yapısal Değişikliği)
 - 4.2.1.1. Ortak Girişimin Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olma Ölçütü
 - 4.2.1.2. Ortak Girişimin Uzun Süreli Olarak Kurulma Ölçütü.....
 - 4.2.1.3. Cironun Hesaplanması
 - 4.2.2. Ortak Girişimlerin İşbirliği Doğurucu Etkileri
 - 4.2.2.1. Yan Sınırlamalar
 - 4.2.2.2. Rekabetçi Davranışların Koordinasyonu
 - 4.2.2.3. Diğer İşbirliği Doğurucu Yönler.....
 - 4.2.3. Tam İşlevsel Olmayan (Kısmi İşlevsel) Ortak Girişimler
 - 4.2.3.1. Ar&Ge Ortak Girişimleri.....
 - 4.2.3.2. Üretim Ortak Girişimleri.....
 - 4.2.3.3. Dağıtım/Ticarete İlişkin Ortak Girişimler.....

Bölüm 5
ABD UYGULAMALARINDA
ORTAK GİRİŞİMLERE BİR BAKIŞ

- 5.1. AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKUNDA GENEL OLARAK
ORTAK GİRİŞİMLER
- 5.2. SEÇİLMİŞ KARARLAR.....
- 5.2.1. Penn-Olin Davası
- 5.2.2. Topco Davası
- 5.3. RAKİPLER ARASINDAKİ İŞBİRLİĞİ İÇİN AÇIKLAYICI
ANTİTRÖST REHBERİ.....

Bölüm 6
TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA
ORTAK GİRİŞİMLER

- 6.1. ORTAK GİRİŞİMLERİN TÜRK MEVZUATINDAKİ YERİ
- 6.2. SEÇİLMİŞ KARARLAR.....
- 6.2.1. Metro-Migros
- 6.2.2. Burda-Hürgüç
- 6.2.3. LPG

SONUÇ

ABSTRACT

KAYNAKÇA

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kùltürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perřembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ÷lkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOğLU
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Ar&Ge	: Araştırma Geliştirme
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz	: Bakınız
OJ	: Official Journal
(4054 sayılı) RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Topluluk	: Avrupa Topluluğu

GİRİŞ

Günümüzde iş dünyasında, küreselleşmenin de etkisiyle büyük değişiklikler meydana gelmektedir. Çokuluslu şirketlerin yanısıra ulusal şirketler de giderek daha karmaşık bir hal alan bu yeni iş ortamında başarılı olabilmek için stratejilerini ve örgütsel yapılarını gözden geçirmeye başlamışlardır. Teşebbüslerin bu yeni ortama ayak uydurmak için kullandıkları araçlardan biri de “ortak girişim”dir.

Araştırmalar dilimizde ortak girişim olarak kullanılan “joint venture” teriminin köken olarak İskoç hukukunda mevcut hukuki bir müessesenin adından geldiğini ortaya çıkarmıştır. Ancak ortak girişimlerin esas kök salıp yaygınlaştığı ülke ABD’dir. Avrupa’da ise özellikle AT’nin kurulmasının ardından hızlı bir şekilde yayılmaya başlamıştır.

Ülkemiz, küreselleşen dünya ekonomisine ayak uydurabilmek amacıyla, 1980’li yıllardan itibaren kapsamlı bir ekonomik istikrar ve liberalizasyon programı benimsemiştir. Bu yapısal değişimin temelinde ticarete liberalizasyon ve serbest rekabet ilkelerine dayanan bir ekonomik sistemin varolması yer almaktadır. Bu yönde ticaret ve yatırım rejimlerini gözden geçirmiş olan Türkiye, 1980’li yıllarda iç dinamiklerinde yaşanmaya başlayan gelişmeler neticesinde, ulusal teşebbüslerin artan ilgisinin yanısıra yurtdışında çeşitli alanlarda faaliyetlerini sürdüren çokuluslu şirketlerin de ilgi odağı haline gelmiştir. Bu gelişmeler ışığında, “ortak girişimler” ulusal teşebbüslerin yeni yatırımlarda bulunmaları ya da yabancı sermayenin ülkemize transferi sırasında çok sık tercih edilmeye başlanmıştır.

Ortak girişimler çok çeşitli şekillerde meydana gelmektedir. Günümüzde işbirliği ya da yoğunlaşma şeklinde pek çok iş anlaşmasını kapsayacak şekilde kullanılan bu kavram, bu özelliğinden dolayı rekabet hukuku uygulamalarının da anlaşılması en zor alanlarından birisini oluşturmaktadır. Zira pek çok ülkenin rekabet hukuku düzenlemeleri, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla yoğunlaşmaların kontrolü için farklı kurallara sahiptir. Teoride bu farklılığın sebebi, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların teşebbüslerin davranışlarında, yoğunlaşmaların ise

teşebbüslerin yapılarında etkiler doğurması ile açıklanmaktadır. Rekabet hukuku bakımından ortak girişimler tam olarak ne bir birleşme ne de devralmadır. Öte yandan, bu oluşumlar kendilerini kontrol eden ana teşebbüsler arasında koordinasyon sağlayarak, rekabeti kısıtlayıcı bir amaca da hizmet edebilir. Bu nedenle, ortak girişim anlaşmaları birleşme/devralma ile kartel anlaşmaları arasında bir yerde bulunmaktadır.

Bu çalışmanın temel amacı, çeşitli şekillerde ortaya çıkan ve iş dünyasının sıkça başvurduğu bir yöntem olan ortak girişimleri, rekabet hukuku uygulamaları perspektifinden inceleyerek 4054 sayılı RKHK çerçevesinde Türk hukukundaki yansımalarını değerlendirmektir. Bu çerçevede, çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde sırasıyla, ortak girişime ilişkin tanımlara yer verildikten sonra teşebbüsleri ortak girişim seçimine iten tercihlerin ardında yatan iktisadi gerekçelere değinilmiştir.

Üçüncü bölümde, AT rekabet hukukundaki ortak girişim değerlendirmelerine ilişkin gelişmeler, Birleşme Tüzüğü'nde 1997 yılında yapılan değişiklik dikkate alınarak, kronolojik olarak incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, ortak girişimin Topluluk Hukukunda hangi rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirileceği konusunda yol gösteren;

- ortak kontrol,
- bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyetleri sürdürme,
- uzun süreli olarak kurulma amacı taşıma,
- ana teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonu

unsurlarına yer verilmiş ve bunun sonucunda ortak girişimlerin usul bakımından tabi tutulduğu tam işlevsel-tam işlevsel olmayan şeklindeki ayırım açıklanmıştır.

Beşinci bölümde, Amerikan antitröst hukukunda herhangi bir ayırıma tabi olmayan ortak girişim anlaşmalarına genel olarak değinildikten sonra konu örnek davalar ve 2000 tarihli rakipler arasındaki işbirliğini düzenlemeyi hedefleyen rehber çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Altıncı bölümde ise Türk rekabet hukukunda ortak girişimler, 4054 sayılı RKHK'ya dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Tebliği"ndeki düzenleme çerçevesinde ve 4'üncü madde kapsamında incelenmiştir. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun bu konudaki örnek kararlarına yer verilmiştir.

Sonuç bölümünde konuya ilişkin AT ve ABD yaklaşımları ile Türk mevzuatı bakımından değerlendirme yapılmıştır.

BÖLÜM 1

ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1.1. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI ve TANIMLAR

Ortak girişim ticari hayatta son yıllarda oldukça sık rastlanan bir ortaklık türüdür. Pek çok teşebbüs bakımından stratejik bir seçenek olarak görülen bu ortaklık, iş dünyasının vazgeçilmez araçları arasındaki yerini almıştır. Günümüzde bu kavram geniş olarak farklı amaçlara, yapılarla ve iktisadi etkilere sahip pek çok türde **-işbirliği ya da birleşme/devralma olarak-** anlaşmayı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu ortaklık türü; teşebbüslere yeni yatırım alanlarına girilmesi, teknik, ekonomik ve hukuki engellerin aşılması, yüksek maliyet gerektiren faaliyetlerin birlikte üstlenilmesi ve daha da önemlisi faaliyete konu riskin paylaşılması gibi pek çok konuda büyük avantajlar sağlaması bakımından oldukça rağbet gören bir model olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan türde bir işbirliği ya da birleşme modelinin bu denli yaygın şekilde tercihi, ortak girişime taraf teşebbüsler arasındaki işbirliğinin esnek olmasına, bu modelin çözülme ve tasfiyesinin hukuki birleşmelere nazaran daha kolay olmasına ve ticari hayatın istediği çabukluğu sağlamada oynadığı role dayanmaktadır (Sanlı 2000, 332; Dayınlarlı 1994).

Tüm bu yararlarına ve yaygın kullanımına rağmen, literatüre bakıldığında ortak girişim kavramına ilişkin tek bir tanım yapılmasının çok güç olduğu göze çarpmaktadır (Aslan 1997, 228; Dayınlarlı 1994, 22; Hawk 1992, 303). Bu zorluğun temel nedenleri arasında, ortak girişim işleminin herhangi bir yasal düzenlemenin münhasıran konusunu oluşturmaması ve bu oluşumun çok farklı amaç ve şekillerde ortaya çıkabilmesi gösterilebilir.

Bir ortak girişim en geniş anlamıyla “iki ya da daha fazla sayıda teşebbüsün, aksi durumda ayrı ayrı yerine getirmek durumunda oldukları bir işi birlikte gerçekleştirmek kaydıyla (Karakeçili 1997, 14) ve iktisadi bir amaca ulaşmak için yaptıkları bir anlaşma”, en dar anlamıyla ise “iki ya da daha fazla sayıda teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir teşebbüs” (Bellamy C. ve

Child G 1993, 319) olarak tanımlanabilir. Ortak girişim kavramı, bu iki tanım arasında kalacak şekilde farklı açılardan ama benzer biçimlerde; Faull ve Nikpay (1999, 348) tarafından “iki ya da daha fazla sayıda teşebbüsün katılımıyla oluşan hemen hemen tüm ticari anlaşmalar”, Sherman (1998, 236) tarafından “kısa ya da uzun dönemde bir dizi stratejik ve finansal amaca erişmek için iki ya da daha fazla kişinin katıldığı bir ortaklık veya işbirliği”, Aslan (1997, 229) tarafından ise “iki ya da daha fazla kişi veya işletme tarafından belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir işletme oluşturma hususunda yaptıkları, herhangi bir şekilde bağlı olmayan sözleşmeler” olarak ifade edilmiştir. Yine bu kavram, iki ya da daha fazla sayıda bağımsız teşebbüsün sahip olduğu kaynakların üretim kapasitesinin artırılmasına, yeni bir çeşit teknoloji gelişimine ya da yeni bir pazara girişe olanak verecek biçimde bütünleşmesi olarak da açıklanabilir. Bir ortak girişimin temel unsuru, ortak girişimi oluşturan ana teşebbüslerin ortak girişim üzerinde sahip oldukları ortak kontrol hakkıdır.

Yukarıda yer verilen tanımlardan da görüleceği gibi bir tür ortaklık olarak nitelendirilebilecek bu kavramın tek bir tarifine rastlamak mümkün olmamıştır. Zira ortak girişimler herhangi bir hukuki kişiliğe sahip olmadan kurulabileceği gibi bazen de tüzel kişiliği haiz ticari şirket olarak karşımıza çıkabilir (Dayınlarlı 1994, 22).

1.2. ORTAK GİRİŞİM KAVRAMININ TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Türk Hukuku’nda doğrudan düzenlenmemekle birlikte ortak girişim kavramının dolaylı olarak yer aldığı çeşitli kanun hükümleri bulunmaktadır. Bu kavrama Kurumlar Vergisi Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve son olarak 4054 sayılı RKHK’ya dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de¹ rastlanmaktadır. Adı geçen kanunlar ve tebliğde ortak girişimin hukuki esasından ziyade bazı kanunlar ile ilgisinden bahsedilmektedir.

Türk Hukukunda bu kavram ilk kez 10.06.1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda 12.01.1985 tarih ve 3239 sayı ile yapılan değişiklikle yer almıştır². Bu düzenlemenin değişik 1’nci maddesinin (e) bendinde kurumlar vergisi mükellefi olarak “iş ortaklığı” şeklinde ifade edilen bu terim, mükerrer 6’ncı maddede,

Sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilere belli bir

¹ 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete.

² 11.12.1985 tarih ve 18955 sayılı Resmi Gazete.

işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurduları ortaklıklar, iş ortaklığıdır

olarak tanımlanmıştır. Bazı yazarlar, Kanun'da yer verilen iş ortaklığını ortak girişimin özel bir türü olarak değerlendirmekte ve buna dayanak olarak da, iş ortaklığının sadece belli bir iş ve hatta 31 no'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde³ belirtildiği üzere tek bir iş için oluşturulduğunu ifade etmektedir (Sanlı 2000, 366).

Ortak girişim ilişkisi esasen Borçlar Kanunu'nun 520 ve devamı maddelerinde yer alan Adi Ortaklık hükümlerine tabidir. Ancak ortak girişimler Borçlar Kanunu madde 520'de belirtildiği üzere sadece tüzel kişiliğe haiz olmayan bir adi şirket olarak değil, bir ticaret şirketi kurulması ya da mevcut bir ticaret şirketine katılmak suretiyle de oluşabilmektedir. Buna göre ortak girişimleri "sözleşmeye dayalı ortak girişimler" ve "ticaret şirketi kurmak suretiyle oluşturulan ortak girişimler" olarak ikiye ayırabiliriz (Dayınlarlı 1990, 186):

1- Salt Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişimler

a- İş Ortaklığı: Bu tür ortaklıklar Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yukarıda yer verilen mükerrer 6'ncı maddesinde yer alan unsurları içeren ve ortakları arasında en az bir tane Kurumlar Vergisi mükellefi bulunan (diğer bir anlatımla ortaklarından en az bir tanesinin tüzel kişiliğe sahip olması gereken) ortak girişimlerdir. Ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. İş ortakları tarafından gerçekleştirilecek işin, yıllara yaygın inşaat, onarım, montaj ve teknik hizmetlerden oluşması öngörülmüştür. Müteselsil sorumluluk esastır. Bu tür ortak girişimler Borçlar Kanunu madde 520 ve devamında düzenlenen adi şirket hükümlerine tabidir.

b- İş Ortaklığı Dışındaki Ortak Girişimler: Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan unsurları içermeyen, bünyesinde tüzel kişilik bulundurması gerekmeyen ve bir tek iş için kurulan ortak girişimlerdir. Müteselsil sorumluluk esastır. Bu tür ortak girişimler de Borçlar Kanunu madde 520 ve devamında düzenlenen adi şirket hükümlerine tabidir.

c- Milletlerarası nitelik taşıyan ortak girişimler: Bazı durumlarda yapılacak işin özelliği gereği, uluslararası kuruluşlardan kredi sağlama amaçlı olarak yabancıların ihaleye katılmaları serbest bırakılır. Böylece, Türk firmaları Türkiye'ye yeni girecek teknoloji ve tecrübe ile tanışma imkanı bulabilir. Bu tür yabancı ve Türk teşebbüslerin iştirak edecekleri işler bakımından yabancı teşebbüs, her zaman 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ile 25.05.1986 tarih ve 19117 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'na tabi olmayabilir. Bunun sebepleri vardır. Birincisi, Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkındaki 1 no'lu Tebliğin 2'nci maddesi yabancı

³ 03.04.1986 tarih ve 19067 sayılı Resmi Gazete.

sermayenin iştirak edebileceği ortaklıkların anonim veya limited ortaklık olabileceğini düzenlemektedir. İkincisi, ortak girişimin adi ortaklık olmasıdır. Adi ortaklıklarda ortaklar sermayeyi serbestçe belirleyebilirler. Oysa, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun "ana yabancı sermaye" başlıklı 2'nci maddesi Türkiye'ye getirilecek sermayeyi sınırlı olarak belirtmiştir.

2- Ticaret Şirketi Kurmak Suretiyle Oluşturulan Ortak Girişimler

- a- Yeni bir şirket kurmak suretiyle oluşturulan ortak girişimlerin özellikleri
 - A.Ş. veya Ltd. Şti. Olmalı,
 - Özel teşebbüse açık bir alanda kurulmalı,
 - Tekel veya özel bir imtiyaz ifade etmemeli.
- b- Mevcut bir ticaret şirketine ortak olmak suretiyle kurulan ortak girişimler

1.3. REKABET HUKUKU UYGULAMALARI BAKIMINDAN ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI

Rekabet hukuku uygulamalarında en tartışmalı konularından birini ortak girişim anlaşmalarının değerlendirmesi oluşturmuştur (Hawk 1992, 303). Bu zorluk en başta, ortak girişim kavramının tam ve belirgin bir tanımının yapılamamasına dayanmaktadır. Bir ortak girişim anlaşması rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olarak teşebbüslerin davranışlarında etkiler doğurabileceği gibi, bir yoğunlaşma olarak teşebbüslerin yapılarında kalıcı değişikliklere de sebep olabilir. Pek çok ülke rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile yoğunlaşmaları düzenleyen farklı düzenlemelere sahiptir. Teoride bu farklılık, yoğunlaşmaların teşebbüslerin yapılarında, kısıtlayıcı anlaşmaların ise teşebbüslerin davranışları üzerinde etkilere neden olmaları ile açıklanmaktadır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar davranışsal etkiler doğurur, çünkü bu anlaşmaların esas amacı aksi takdirde bağımsız hareket edebilecek gerçek ya da potansiyel rakiplerin, herhangi bir şekilde kaynaklarının ya da işlemlerinin birleştirilmesi söz konusu olmaksızın, davranışlarını koordine etmektir. Yoğunlaşmalar ise bağımsız iki ya da daha fazla sayıda teşebbüsün kontrollerinin devralınmasını kapsadığından, teşebbüslerin yapılarını etkileyen sonuçlar doğurur. Gerçek ya da potansiyel rakipler arasında yapısal ve davranışsal işlemler bakımından bir köprü işlevi gören ortak girişim anlaşmaları şekil yardımıyla aşağıdaki gibi gösterilebilir (Hawk 1996, 35):

Birleşme/Devralma <---> Ortak Girişimler <---> Karteller

Ortak girişimlerin incelemesinde karşılaşılan temel sorun, bu işlemlerin hukuki olarak nasıl oluşturuldukları değil, bu oluşumlara neden olan ekonomik ilişkilerin yapısı ile bu oluşumların piyasaya etkileridir.

Ortak girişimin rekabet üzerindeki etkileri, ortak girişimin ve ilgili pazarın yapısına bağlıdır. Çok sayıda sağlayıcının olduğu ya da giriş engellerinin olmadığı pazarlarda, ortak girişimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri muhtemel

gözükmemektedir. Tam tersine böyle bir pazarda faaliyette bulunan bir ortak girişim, ana teşebbüslerin pazarda ayrı ayrı faaliyette bulunmalarıyla karşılaştırıldığında, daha etkin bir rakip olarak ortaya çıkar. Öte yandan, giriş engellerinin olduğu oligopolist yapıdaki pazarlarda faaliyette bulunan bir ortak girişim, ana teşebbüsler arasında işbirliğine yol açabilir ya da pazardaki rekabetin belirgin şekilde kısıtlanmasına neden olabilir.

Daha önce de belirtildiği üzere, ortak girişimler birbirinden çok farklı konu ve şekillerde karşımıza çıkabilmekte, anlaşmaya taraf teşebbüslerin çok çeşitli amaçlarına hizmet etmektedirler. Bu noktada ortak girişime ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılması, ilgili ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu mu yoksa işbirliği doğurucu mu olduğunun belirlenmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, bir ortak girişimin hangi rekabet hukuku düzenlemesi çerçevesinde ele alınacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. En basit haliyle birleşme benzeri/yoğunlaşma doğurucu/tam işlevsel ve kartel benzeri/işbirliği doğurucu/tam işlevsel olmayan ortak girişimler şeklinde temel bir ayırıma gidilebilir. Bu ayırımın yapılması uygulamada çok da kolay olmamaktadır; çünkü yoğunlaşma doğurucu kabul edilen bir ortak girişim anlaşması, rekabeti sınırlayıcı etkiler içerebilecektir. Ancak yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler, ana teşebbüslerin organizasyonlarında kalıcı yapısal değişikliklere yol açarken, içerdikleri işbirlikçi yönleri rağmen rekabeti teşvik edici bir rol de üstlenebilecektir. Aynı şekilde işbirliği doğurucu kabul edilen ve rekabeti sınırlayıcı etkisi, yoğunlaşmalara kıyasla daha fazla olacağı düşünülen bir ortak girişim anlaşması, üretim, dağıtım ya da araştırma-geliştirme alanlarında taraf teşebbüslerin etkin faaliyette bulunmalarına yol açabilmektedir.

AB Komisyonu'nun 1985 tarihli XV'inci Rekabet Politikası Raporunun 26'ncı paragrafında ortak girişimlere ilişkin genel bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Buna göre ortak girişimler; ölçek ekonomileri, riskli yatırımların kolaylaştırılması, teknoloji transferi ve buluşların desteklenmesi, yeni pazarların gelişimi, yapısal kapasite fazlalığının bertaraf edilmesi ya da sınır ötesi işbirlikleri aracılığıyla iç pazar bütünleşmesi gibi pek çok iktisadi amaca hizmet edebilir. Ayrıca bu anlaşmalar, anılan iktisadi amaçların yanısıra piyasa gücünün yoğunlaşması veya piyasaya giriş engellerinin artırılması gibi bazı hissedilir ölçüde rekabet karşıtı etki de doğurabilir. Komisyon'un görevi bir ortak girişimin, amaçlanan olumlu etkileri ile rekabet karşıtı etkilerini dengelemek suretiyle, bu oluşumun Topluluk hedefleriyle bağdaşp bağdaşmadığını değerlendirmektir. Topluluğun rekabet hukuku uygulamalarında, ortak girişimler özel düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır.

4054 sayılı RKHK'da ortak girişim kavramına yer verilmemiş olmasına karşın Kanun'un 7'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in

“Birleşme ve Devralmalar Sayılan Haller” başlıklı 2’nci maddesinin (c) bendinde ortak girişimlerden bahsedilmektedir. Söz konusu madde ile

Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture),

şeklinde sınırları çizilen bu oluşumlar, 4054 sayılı RKHK’nın 7’nci maddesi çerçevesinde teşebbüsler arasındaki özel bir birleşme veya devralma hali kabul edilerek anılan Tebliğ kapsamında izne tabi tutulmuştur. Öte yandan, bir ortak girişim anlaşması işbirliği doğurucu yönler içeriyorsa, RKHK’nın rekabeti sınırlayıcı amacı ya da etkisi olan anlaşmaları yasaklayan 4’üncü maddesine tabidir. 1997/1 sayılı Tebliğ’in anılan hükmü, 1994 yılı itibariyle Topluluk uygulamalarının ortak girişimlere ilişkin yaklaşımına paralel niteliktedir. Komisyon’un 1994 yılında yayımladığı işbirliği doğurucu-yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlere ilişkin Duyurusu, doğrudan ülkemiz düzenlemeleri arasına alınmamakla birlikte, ortak girişim dosyalarının incelemeleri esnasında gözönünde tutulmuştur. Topluluk’daki diğer duyurular gibi bağlayıcılığı olmayan bu Duyuru, Komisyon’un ortak girişimlere ilişkin stratejisinin belirlenmesi bakımından yol gösterici niteliktedir.

Komisyon’un ortak girişimlere ilişkin yaklaşımı 1997 yılında değişikliğe uğramıştır. Komisyon bu konuda bir yorum değişikliği yaparak daha fazla ortak girişimi yoğunlaşma doğurucu kabul etmeye başlamıştır. Bu değişikliğe ilişkin gelişmelere daha sonraki bölümlerde yer verilecektir.

BÖLÜM 2

ORTAK GİRİŞİM OLUŞTURULMASININ İKTİSADİ NEDENLERİ

Pek çok teşebbüs pazarda daha güçlü konuma gelmeyi ya da faaliyetlerini daha etkin biçimde gerçekleştirerek maliyetlerini düşürmeyi hedefler. Teşebbüslerin bu yönde birleşme, devralma ya da işbirliği anlaşmaları yerine ortak girişim yolunu tercih etmeleri bir rastlantı değildir. Teşebbüslerin bu seçiminde ana teşebbüslerin yapısı, varılmak istenilen hedef, ilgili pazar gibi bir dizi faktör rol oynamaktadır (OECD 2001, 22).

Rekabet kanunları bakımından daha az sorun teşkil eden, teşebbüslerin tek taraflı davranışlarıdır. Tek taraflı davranışlar tekelleşme ya da tekelciliğe teşebbüs hallerinde yasaklama kapsamına alınır. Rekabet otoritelerinin daha detaylı incelemelerine konu olan çok taraflı ya da “ortak davranışlar” ise pazarda rekabetçi davranışlara yol açtığı sürece makul karşılanır (Hovenkamp 1999, 196).

Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerden çok azı ticari amaçlarına kendi kaynakları ile erişecek sermaye birikimine, teknik bilgiye ve pazar erişimine sahiptir. Gerçekleştirilmek istenen projenin başarılı olması, teşebbüslerin uzun dönemli ve etkili katkılarına bağlı olduğu sürece, taraf teşebbüsler ortak hareketlerini sözleşmeye dayalı basit işbirliği modelleri yerine ortak girişim ile sürdürmeyi tercih edeceklerdir. Ortak girişimler basit işbirliği modelleri ile karşılaştırıldığında, tüm olasılıkları gözönünde bulundurarak taraf teşebbüslerin yükümlülüklerini detaylı bir şekilde ortaya koyduklarından, faaliyetler daha belirli bir ortamda gerçekleşecektir.

Tarafların ortak girişim oluşturma isteklerinin ardında yatan nedenleri, verimlilik arttırıcı etkiler ve rekabetçi konumu güçlendirici etkiler olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz.

2.1. ORTAK GİRİŞİMLERİN VERİMLİLİK ARTTIRICI ETKİLERİ

Gümrük tarifelerinin kademeli indirimi, küreselleşme ve düzenlemeye tabi sektörlerde (havayolları ve telekom gibi) serbestleşmeye gidilmesi olarak sıralanabilecek etkenler, günümüzde pek çok sanayi dalını hem ulusal hem de uluslararası alanda daha rekabetçi bir yapı ile karşı karşıya getirmiştir. Bu gelişmeler, piyasalarda verimliliğin (etkinlik) ve maliyet minimizasyonunun önemini arttırmıştır. Etkinlik ve maliyet minimizasyonu karların maksimize edilmesine yardımcı olmakta, ancak bundan da önemlisi teşebbüslerin piyasalardaki kalıcılığında rol oynamaktadır.

Teşebbüsleri ortak girişim oluşturmaya teşvik eden etkinlik artırıcı sebepleri şöyle sıralayabiliriz (Hewitt 1997, 1; Dodini 1998, 6):

a- Sinerji Yaratma: Ana teşebbüsler ortak girişim aracılığıyla birbirleriyle aynı olan faaliyetlerini birleştirebilir ve bu sayede maliyetlerini azaltarak sinerji elde edebilirler. Özellikle araştırma-geliştirme yoğun sektörler bakımından teşebbüslerin faaliyetlerini ayrı ayrı gerçekleştirmek yerine birlikte yürütmeleri daha etkin sonuçlar doğurabilir.

b- Ölçek ve/veya kapsam ekonomilerinden yararlanma: Ortak girişim oluşturulmasında tarafları harekete geçiren bir diğer etmen, üretim ya da dağıtım miktarlarındaki artış veya farklı ürün dizilerinin birleştirilmesi sonucu birim maliyetlerinde beklenen düşüştür.

c- Rasyonel davranma: Olgunluk aşamasındaki⁴ sektörlerde faaliyette bulunan bir ortak girişim; ilgili pazarda sektörün yapısı itibarıyla aynı anda bütün tarafların kazançlı çıkamayacağı bir tarafın kazancının diğerinin kaybı şeklinde gözlenen rekabetin yerini alarak, taraflar bakımından üretim kapasitesinin makulleştirilmesini sağlar.

Giriş engellerinin bulunmadığı ya da önemli derecede olmadığı ve teşebbüslerin piyasadaki taleple karşılaştırıldığında aşırı kapasite ile faaliyetlerini sürdürdüğü piyasalardaki rekabet, teşebbüsleri sabit bir piyasa dengesine ulaştırmayabilir. Böyle piyasalarda teşebbüslerin kendi aralarında üretim miktarı ya da fiyat eşgüdümüne gitmeleri etkinlik sağlayıcı olabilir. Bu yüzden talebin düştüğü ya da teşebbüslerin zor durumda bulunduğu gerilemeye başlamış piyasalarda kriz kartelleri oluşturulur. Ortak girişimler, aşırı

⁴ Bu aşama aşırı rekabet aşamasıdır. Küçük işletmeler güçlerini yitirirken, çok güçlü işletmeler rekabeti sürdürürler. Ürünün satışları en üst düzeye tırmanır. Bu aşamanın son evreleri bazı yazarlarca “doyunluk” aşaması olarak nitelendirilir, çünkü olgunluk aşamasının sonlarına doğru artan rekabet, fiyat düşüklükleri ve pazara yeni sürülen ürünler, mevcut ürünün satışlarında azalmalara neden olmaktadır (Ayhan 1992, 104).

kapasiteden kurtulmak üzere oluşturulan kriz kartellerinin alternatifidir. Bu tercihte ortak girişim taraflarının, kriz kartellerine taraf teşebbüslerin pasif davranışlarıyla karşılaştırıldığında, çabalarını ve kaynaklarını aynı amaç doğrultusunda kullanma istekleri etkili olmaktadır.

Bir ortak girişim birleşmeye oranla daha kolay, daha hızlı ve daha az maliyetle oluşturulabilir. Ortak girişim aracılığıyla teşebbüslere ait kaynaklar daha esnek ve verimli kullanılabilir. Bu tercihde etkili olan bir diğer sebep, teşebbüslerin yeniden yapılanmaları sırasında, bağımsızlıklarını devam ettirme istekleridir. Bu noktada ortak girişim, taraf teşebbüslere gerekli kaynakların birleştirilmesi yoluyla bağımsızlıklarını koruma imkanı sunar. Teşebbüslerin tercih edecekleri işbirliğinin seçiminde, kendi örgütsel kültürlerinden ve işletme tarzlarından kaynaklanan farklı beklentiler de rol oynar.

d- Teknolojiye ulaşım: Taraf teşebbüsler, ortak girişim aracılığıyla birbirlerinin teknolojilerine erişim kolaylığı elde edebilir, dolayısıyla bir pazara ya da teknolojiye daha hızlı ulaşabilirler.

Araştırma-geliştirme yoğun faaliyetler açısından yeniliklerin teşvik edilmesi çok önemlidir. Bilindiği gibi patentler buluş yapanlara her zaman tam bir koruma sağlayamamaktadır. Bundan dolayı araştırma-geliştirme alanında oluşturulacak bir ortak girişim, çalışanların hareketliliğinden kaynaklanan taklit edilme ve bedavacılık risklerini ortadan kaldırmaya yardımcı olarak, yenilikleri teşvik edici rol oynar. Bir ortak girişim kurulması, teknik standartların oluşumu ve gelişimi bakımından da yararlı olabilir. Bu durum söz konusu standart oluşumunun yavaş yavaş gerçekleşmesinden ötürü, yeni bir ürün veya teknoloji tanıtımını engelleyici veya geciktirici etkilere sahip olduğu hallerde önem kazanır.

e- Risk paylaşımı: Sermaye yoğun projelerin ihtiyaç duyduğu biçimde finansal riski paylaşma amacıyla ortak girişim oluşturulması sıkça başvurulan bir yöntemdir. Teknolojik gelişimlerin giderek masraflı hale geldiği piyasalarda da (örneğin, araştırma yoğun piyasalar), ortak girişimler risk paylaşımı sağlar. Ayrıca teşebbüslerin sahip oldukları mal varlıklarını ayrı ayrı kullanmak yerine müşterek kullanmaları, verimsizliği azaltan bir faktördür.

f- Fon Yaratma: Bir teşebbüs ölçeği ne olursa olsun -küçük, orta ya da büyük- belirli bir projeyi finanse edecek yeterli kaynağı tek başına biraraya getirme gücüne sahip olmayabilir ya da böyle bir durumda tek bir teşebbüsün üstlenmesi gereken risk ağır olabilir. Bu yüzden teşebbüsler kaynaklarını başka teşebbüslerle birleştirerek sermaye yaratabilir ve karşılıklı teminat sağlayarak kredilerini geri ödeyecek kapasiteye ulaşabilirler. Görüleceği üzere, varılmak istenen hedefin büyüklüğü, taşıdığı risk gibi faktörler teşebbüslerin seçimlerinde büyük önem taşımaktadır.

Teşebbüsleri ortak girişime yönelten faktörlerden bir diğeri, birbirlerini tamamlayıcı varlıklara sahip ana teşebbüslerin, ortak girişim aracılığıyla, aksi halde tek tek faaliyette bulunarak elde edecekleri gelirden daha fazlasını -en azından potansiyel olarak- kazanma olasılığıdır. Teşebbüslerin ortak girişim kurmalarında amaç ve menfaatlerinin yanısıra, sahip oldukları kaynakları kalıcı bir süre için paylaşma ve birleştirme istekleri de etkin rol oynamaktadır.

2.2. ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABETÇİ KONUMU GÜÇLENDİRİCİ ETKİLERİ

Piyasalarda daha iyi konuma geçmek isteyen teşebbüslerin bir araç olarak gördükleri ortak girişim anlaşmalarının amaçları arasında; ilgili pazarları dış baskılara karşı korumak, yeni ürün ya da pazarları keşfetmek veya olgunluk aşamasına ulaşmış piyasalarda azami kazanç elde etmek sayılabilir. Bir ortak girişim aşağıda sayılan kriterlerin bir veya birkaçı tarafından harekete geçirilebilir (Hewitt 1997, 1; Dodini 1998, 8):

a- Yatay çeşitlilik: Bir teşebbüs olağan faaliyetlerini yerine getirdikten sonra diğer sanayi dallarına aktarabileceği kaynaklara sahipse, anılan teşebbüsün bu kaynakları farklılaşmış piyasalara girmek için kullanımı karlı olabilir. Bu kaynak aktarımı teşebbüslerin sahip oldukları know-how ve marka gibi her türlü örgütsel kaynağı kapsar. Teşebbüslerin yatırım yaptıkları sahalar, faaliyette buldukları alanlardan tamamen farklı olabilir. Bu durumda ortak girişim, bir teşebbüsün tek başına üstleneceği risklerin azalması, teşebbüslerin yeni pazarlara girişleri yönünden elverişli bir tercihtir.

b- Dikey entegrasyon: Yüksek işlem maliyeti ya da işlem riski taşıyan piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüsler, varlıklarının ve kaynaklarının daha etkin dağılımı için üst ya da alt piyasalarla bütünleşme yolunu seçebilirler. Aynı etkin dağılım, ortak girişim sayesinde dikey entegrasyona gidilmeksizin de sağlanabilir.

c- Yeni coğrafi pazarlara erişim: Yabancı sermayenin yerli ortaklarla ortak girişim kurmaları sonucu, yabancı ortakların yerli ortakların sahip oldukları dağıtım kanalları, pazarlama stratejileri ve ürün dizisinden oluşan kaynakları kullanarak yeni pazarlara girişini kolaylaştırır. Bu tür ortak girişimler teşebbüslerin yeni bir çevre ile tanışmalarında yardımcı olur ve teşebbüsleri yeni fırsatlara yöneltir.

BÖLÜM 3

AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE ORTAK GİRİŞİM KAVRAMININ GELİŞİMİ

AT rekabet hukukunda ortak girişim her zaman ilgi çekici bir konu olmuştur. Bir ortak girişim tamamen yeni bir sahada faaliyet gösterebileceği gibi, ana teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonunu sağlayarak tarafların işbirliği yapmasına da neden olabilir. Değişik amaç ve sonuçları olan bu iki çeşit ortak girişim anlaşması farklı rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bazı ortak girişim anlaşmaları; teşebbüslerin yapılarında değişiklikler yaratan, teknik bilgilerinin gelişimine katkıda bulunan, maliyetlerinin ve risklerinin paylaşımını sağlayan, araştırma-geliştirme faaliyetlerinin birleştirilmesine izin veren, ölçek ekonomilerini arttıran, böylece genel anlamda rekabetin artmasına hizmet eden niteliktedir. Teşebbüsler arasında işbirliğine yol açan, ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki rekabetin koordinasyonu sonucu, piyasaya girişi engelleyen ortak girişim anlaşmaları ise rekabeti azaltır. Bu farklı yaklaşımların dengelenmesi rekabet otoritelerinin görevidir.

Topluluğun ortak girişimlere ilişkin mevcut uygulaması da, kırk yılı aşan tecrübe ve denemeleri sonucu oluşmuştur. Aşağıda bu gelişime yer verilmiştir.

3.1. KOMİSYON'UN 1966 TARİHLİ MEMORANDUMU

3.1.1. Madde 81 ve Kısmi Birleşme Testi

AT rekabet hukuku incelendiğinde, bugünkü AB'nin temelini oluşturan 1958 tarihli Roma Antlaşması'nın rekabete ilişkin düzenlemeleri arasında yoğunlaşmalara ilişkin herhangi bir hükmün yer almadığı göze çarpacaktır⁵.

⁵ Ancak o yıllarda yoğunlaşmaların değerlendirmesine ilişkin bir istisna, AB'nin temel antlaşmalarından bir diğeri olan AKÇT antlaşmasının, kömür çelik sektöründeki yoğunlaşmaların kontrolüne yönelik hükmüdür (66'ncı madde).

Bunun sebebi, teşebbüslerin ölçek ekonomileri çerçevesinde büyüyerek uluslararası arenada yarışır hale gelmelerini hedefleyen Topluluk politikasıdır.

Komisyon 1960'lı yılların ortalarında, Roma Antlaşması'nın teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara uygulanan 81'inci maddesinin⁶, yoğunlaşmalara uygulanabilirliğini araştırmaları için bir grup akademisyeni görevlendirmişti. Akademisyenlerce hazırlanan raporu değerlendiren⁷ Komisyon, Kurucu Antlaşma'da yoğunlaşmalara ilişkin bir hükmün bulunmamasını, yasal bir boşluk olarak nitelendirerek, konuya ilişkin görüşlerini 1966 yılında yayımladığı bir "memorandum" ile duyurmuştur. Buna göre;

Kartel, belirli piyasa koşullarında bağımsız kalan teşebbüsler arasındaki bir anlaşma; yoğunlaşma ise taraf teşebbüslerin iktisadi bağımsızlıkları pahasına tek bir iktisadi yönetim altında kalıcı olarak birleştirilmeleri olarak tanımlanabilir. Kartel uygulamaya yönelik zorunluluk yaratırken, yoğunlaşma teşebbüslerin yapısında değişiklik yaratır. Bu iki yapı arasındaki farkların açıklanması zor olduğu için bir kartel ile bir yoğunlaşmayı birbirinden ayıran çizginin belirlenmesi kolay değildir...

Teşebbüslerin tümünün ya da bir kısmının devralınması, teşebbüslerin mülkiyetinin birleşmeler yoluyla yeniden düzenlenmesi veya mal varlıklarının ya da ortaklık paylarının satın alımını düzenleyen anlaşmalara Madde 81 hükümleri uygulanmayacaktır.

Komisyon özetle, kısıtlayıcı uygulamalar (**davranışsal**) ile yoğunlaşmaları (**yapısal**) birbirinden ayırmıştır. Kısıtlayıcı uygulamalar, bağımsız kalmaya devam eden firmaların davranışlarında düzenlemeler ve etkiler yaratırken, yoğunlaşmalar firmaların yapılarında kalıcı değişiklikler meydana getirmektedir. Komisyon böylece, yoğunlaşmaların yanısıra birleşme benzeri ortak girişim anlaşmalarının da Antlaşmanın 81'inci maddesi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Öte yandan, Komisyon ortak girişim anlaşmalarının "doğasından kaynaklanan zararlı etkileri" dikkate alındığında, 81'inci maddenin "ortak düzenlemelere uygulanabileceği"ni belirtmiştir. Bununla birlikte, yoğunlaşma doğurucu olarak nitelendirdiği birtakım ortak girişim anlaşmalarını, 81'inci madde kapsamı dışına çıkarmak için "kısmi yoğunlaşma" ya da "kısmi birleşme" olarak da adlandırılan bir test geliştirmiştir. Aşağıda belirtilen özellikleri taşıyan ortak girişimler kısmi birleşme olarak nitelendirilmiştir. Uygulamada, sayılan nitelikleri taşıyan ortak girişimlere çok az rastlanmıştır ve pek çok ortak girişim anlaşması, Komisyon tarafından işbirliği doğurucu kabul edilerek 81'inci madde çerçevesinde incelenmek durumunda kalmıştır. Dolayısıyla Komisyon'un ortak

⁶ 1958 tarihli Roma Antlaşması'nda değişiklik yapan Amsterdam Antlaşması, 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girerek, Antlaşma maddelerinin yeniden numaralandırılmasına sebep olmuştur. 85 ve 86'ncı maddeler sırasıyla 81 ve 82'nci maddelere dönüşmüştür.

⁷ Roma Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden yedi yıl sonra.

girişimlere ilişkin ilk tecrübeleri 81'inci madde çerçevesinde şekillenmiştir (Zonnekeyn 1998, 414; Kirkbride ve Xiong 1998, 37, Hawk 1992, 309).

3.1.2. Kısmi Birleşme Sayılan Ortak Girişimlerin Özellikleri

Komisyon bir ortak girişim anlaşmasını 81'inci madde uygulamasının dışında tutabilmek için gerekli gördüğü faktörleri, "kısmi birleşme" olarak değerlendirerek şöyle sıralamıştır:

- a- Ana teşebbüsler faaliyetlerinin tamamını ortak girişime devretmeli;
- b- Ortak girişim iktisadi bir varlığın sahip olduğu tüm işlevleri yerine getirmeli ve ortak girişimin çalışma politikası bağımsız olarak belirlenmeli;
- c- Ana teşebbüsler geriye dönüşe imkan verilmeyecek şekilde ortak girişimin faaliyet alanından çekilmeli;
- d- Ortak girişim, ana teşebbüsler arasında diğer alanlarda işbirliğine yolaçmamalıdır.

Komisyon, belirlemiş olduğu bu kriterleri 1975 yılından itibaren davalarda uygulamıştır (Kirkbride ve Xiong 1998, 39). **SHV/Chevron**⁸ davasında, SHV asgari 50 yıllık bir süre için sahibi olduğu petrol ürünlerinin bir kısmını ve bu ürünlerle ilgili tüm mal varlığını içeren dağıtım şebekesini, kurulan ortak girişim teşebbüsüne devretmiştir. Her iki ana teşebbüs de, anlaşma konusu ürünlerin perakende satış alanından çekilmiş ve karşılıklı olarak piyasada bu etkiyi doğuracak rekabet etmeme taahhüdünde bulunmuştur. Komisyon koşulların tamamını taşıyan bu anlaşmayı kısmi birleşme olarak kabul etmiş ve anlaşmaya menfi tespit vermiştir. **Kaiser/Estel** ve **Himont** davalarında da benzer sonuçlara ulaşılmıştır.

Komisyon diğer olayların çoğunda, bu testin katı uygulamasından kaynaklanan zorluk nedeniyle çok sayıda ortak girişim sözleşmesini reddetmiştir. **De Laval/Stork**⁹ olayında, taraf teşebbüsler kompresör, pompa ve buhar türbinlerinin geliştirme, imalat ve satımını içeren bir ortak girişim oluşturmuştur. Komisyon kısmi birleşme analizi sonucu, olayda ana teşebbüslerin bütünüyle ortak girişimin piyasasından çekildiğine dair bir kanıt ulaşılamaması sebebiyle, yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişimin meydana gelmediğine karar vermiştir. Gerçekten de, De Laval adlı şirket, söz konusu ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazara yakın coğrafi pazarlarda benzer ürünleri üretmeye devam ederken, Stork'da benzer ürünler üretmekteydi. Bunun yanı sıra, her iki ana teşebbüs de ürettikleri benzer ürünleri ortak girişimden bağımsız olarak satabilmekteydi. Komisyon **Ford/Iveco**¹⁰ ve **Enichem/ICI**¹¹

⁸ 20.12.1974, OJ 1975 L 38/14.

⁹ 25.07.1977, OJ 1977 L 215/11.

¹⁰ 20.07.1988, OJ 1988 L 230/39.

¹¹ 22.12.1987, OJ 1988 L 50/18.

davalarında da, benzer analizler eşliğinde, dava konusu ortak girişim anlaşmalarının kısmi birleşme olmadığına karar vermiştir (Kirkbride ve Xiong 1998, 40).

Yukarıda yer verilen son üç davadan da anlaşılacağı üzere, Komisyon ortak girişimlere yönelik değerlendirmelerinde, amaçladığı hukuki belirlilik ve kesinlik ortamını yakalayamamıştır. Bunun sebebi, incelemelerde şekilsel bir yaklaşım benimseyen Komisyon'un, potansiyel rekabetin var olmadığı sonucuna yeterince araştırma yapmadan ulaşmasıdır. Komisyon 1976 tarihli 6'ncı Rekabet Politikası raporunda, kısmi birleşme testinin uygulamasını irdelemiştir. Komisyon raporda, bir anlamda kendi özeleştirisini yaparak, kısmi birleşme analizinin çok istisnai durumlarda tam anlamıyla uygulanabildiğini ve bu analizin şartlarının çok ağır olduğunu ifade etmiştir.

Görüleceği üzere, Komisyon'un ortak girişim değerlendirmesine hukuki belirlilik kazandırılmasına yönelik çabaları yetersiz kalmış ve Komisyon eleştirilerin hedefi olmaya devam etmiştir. Komisyon, 1983 yılında yayımladığı 13'üncü Rekabet Politikası raporunda, "potansiyel rekabet değerlendirmesini, yapılabilecek en gerçekçi şekilde" yapacağını ilan etmiştir. Bu açıklama, bir ortak girişime taraf olan ya da taraf olmayı düşünen teşebbüsler için umut ışığı olmuştur. Bu haberi izleyen birkaç olay "gerçekçi" bir şekilde sonuçlandırılmıştır. Komisyon'un bu "gerçekçi" yaklaşımına tabi davalardan biri **Elopak/Metal-Box Odin**¹² olayıdır. Olayda taraflar, özel bir tür karton tasarımına yönelik ortak girişim oluşturmuşlardır. Komisyon ortak girişim taraflarını, ilgili pazarda gerçek ya da potansiyel olarak birbirlerine rakip görmemiştir. Komisyon'a göre tarafların ortak girişime sağladıkları teknoloji ve diğer kaynaklar birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir. Ayrıca ortak girişime taraf ana teşebbüslerin kendi pazarlarında önemli rakiplerle karşı karşıya olmalarından dolayı, kurulan yeni teşebbüsün herhangi bir şekilde piyasa kapatma etkisinin olmayacağına karar verilmiştir.

Komisyon benzer biçimde; AEG, Alcatel ve Nokia arasındaki ortak girişimin konu olduğu **Konsortium E.C.R. 900**¹³ davasında, faaliyet konusunun yüksek maliyetli olması ve yüksek risk taşımamasından dolayı, taraflardan hiçbirisinin bu faaliyeti tekbaşına yürütebilecek kapasitede olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Bu yüzden, ilgili ortak girişim 81'inci madde kapsamı dışında tutularak menfi tespit almıştır. Potansiyel rekabetin benzer şekilde "gerçekçi" değerlendirildiği -sayısı az olmakla birlikte- başka davalara da rastlanabilir.

Komisyon'un ortak girişimlere yönelik 81'inci madde çerçevesindeki geleneksel yaklaşımı yerini, kısa bir süre için de olsa ortak girişimlerin rekabete olan

¹² 13.07.1990, OJ 1990 L 209/15.

¹³ 27.07.1990, OJ 1990 L 228/31.

etkilerini çok daha gerçekçi ve iktisadi şekilde değerlendiren bu yeni yaklaşıma bırakmıştır. Daha sonraki davalarda, Komisyon şekilsel yaklaşımına geri dönerek, eski ve yetersiz uygulamalarına devam etmiştir. Bu durum Topluluk uygulamalarında, ortak girişimlere uygulanacak kuralların seçiminde ve buna bağlı olarak yapılacak incelemeler yönünden belirsizliğin devam etmesine yol açmıştır.

3.2. 4064/89 SAYILI BİRLEŞME TÜZÜĞÜ'NÜN KABULÜNDEN SONRAKİ DURUM

3.2.1. Yoğunlaşma Doğurucu-İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayrımı

Kirkbride ve Xiong'un da belirttiği gibi (1998, 41), Komisyon'un ortak girişim analizini açıklığa kavuşturma çabaları 21 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren 4064/89 sayılı "Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü" (Birleşme Tüzüğü) çerçevesinde daha da hızlanarak devam etmiştir. Bu Tüzük, 1'inci maddesinde yer alan eşikleri aştıkları için Topluluk boyutunda kabul edilen yoğunlaşmalara uygulanır.

Komisyon'un Tüzük çerçevesindeki yetki alanı o tarihlerde, işbirliği doğurucu etkileri bulunmayan "yoğunlaşma doğurucu" ortak girişim anlaşmaları ile sınırlıydı. Ortak girişimlere ilişkin bu husus, Birleşme Tüzüğü'nün Gereçeklerinden 23'üncüsünde şöyle vurgulanmıştır:

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

Ortak girişimler, Birleşme Tüzüğü'nün uygulama alanına giren yoğunlaşmaların tanımlandığı madde 3(2) altında ele alınmıştır. Bu hüküm ortak girişimleri, işbirliği doğurucu ve yoğunlaşma doğurucu olarak iki ayrı şekilde değerlendirmektedir. Söz konusu hükmün birinci bendi, amacı veya etkisi itibarıyla bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayan ortak girişimleri yoğunlaşma doğurucu kabul etmiştir¹⁴. Aynı hükmün ikinci bendi ise aşağıdaki şartları taşıyan ortak girişimleri yoğunlaşma doğurucu sayar:

¹⁴ Bu madde Birleşme Tüzüğünde değişiklik yapan 30 Haziran 1997 tarih ve 1310 sayılı Konsey Tüzüğü ile değişikliğe uğramıştır. Bu konuya ilerleyen bölümlerde etraflıca yer verilmiştir. O tarihlerde işbirliği doğurucu yönleri olan tüm ortak girişimler, maddi hukuk ve usul kuralları yönünden 81'inci madde çerçevesinde incelenmekteydi.

(a) Bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini yerine getirmek üzere kalıcı bir süre için kurulan (olumlu koşul/tam işlevsel) ortak girişimler: Tam işlevsel bir ortak girişim, ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer teşebbüslerin yapabildiği tüm işlevleri yerine getirebilir. Anılan ortak girişim, anlaşmada belirlenmiş bölgede bağımsız bir teşebbüsün işlevlerini kalıcı bir süre için yerine getirmeli ve günlük işleri sürdürebilecek finansal, personel ve varlıkları da kapsayan kaynaklara ulaşmaya kendini adanmış bir yönetime sahip olmalıdır. Böyle bir teşebbüs ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer şirketlerle tam olarak rekabet edebilir.

(b) Taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayan ortak girişimler (olumsuz koşul): Burada işbirliği doğurucu ortak girişim anlaşmalarına atıfda bulunulmuştur. Bir ortak girişimin işbirlikçi yönlerinin belirlenmesinde; ana teşebbüslerin fiyat, piyasa, üretim ve yenilik konularında işbirliği yolunu seçip seçmedikleri önem taşımaktadır. Bu tür bir işbirliği, ortak girişimin faaliyette bulunduğu üst, alt ya da komşu pazarlarda meydana gelebilir.

3.2.1.1. 1990 tarihli Komisyon Duyurusu

Komisyon, yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ayırımını belirginleştirmek amacıyla 1990 yılında bir Duyuru yayımlamıştır¹⁵. Duyuru “kısmi birleşme” analizinde aranılan kriterlerin hemen hemen aynılarını öne sürdüğünden, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlere ilişkin uygulama geçmişe nazaran daha esnek hale gelmemiş, aksine Tüzük öncesi uygulamalardaki sert yaklaşım devam etmiştir. Örneğin Duyuru ortak girişimin, taraf teşebbüslerden ayrı tam anlamıyla bağımsız olarak karar verme serbestisine çok büyük önem vermektedir. Ancak bu kriterin uygulamaya geçirilmesi çok zordur. Bilindiği üzere bir ortak girişimin en önemli unsuru, ortak girişim üzerinde ana teşebbüslerin sahip olduğu ortak kontrol hakkıdır¹⁶. Bu ise ortak girişimleri bir anlamda ana teşebbüslere bağlı kılmaktadır (Kirkbridge ve Xiong 1998, 42; Hawk ve Huser 1996, 38).

Tüzüğün 3(2)’nci maddesinde, “kısmi birleşme” analizinin özellikleri arasında sayılan, şekilci ve sert olduğu için pek çok eleştiriye maruz kalan, ana teşebbüslerin piyasadan tamamen çekilme şartına -olumsuz koşul- Duyuru’da yer verilmiştir. Duyuru, Birleşme Tüzüğü’nden farklı olarak ortak girişimi oluşturan ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların ayrıntılı analizini düzenlemiştir. Buna göre, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyette bulunduğu ilgili pazardan -ürün ya da coğrafi pazar-, ilgili pazara

¹⁵ 14.08.1990, OJ 1990 C 203/10.

¹⁶ Ortak kontrol unsuru ileren bölümlerde daha etraflıca incelenecektir.

komşu pazarlardan veya ilgili pazarın alt veya üst konumunda bulunan pazarlardan tamamen çekildiği ya da etkinliklerini ortak girişimin coğrafi pazarının dışında sürdürdüğü durumlarda, söz konusu ortak girişim yoğunlaşma doğurucu kabul edilerek Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir anlatımla, Birleşme Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önceki uygulamada olduğu gibi, ana teşebbüslerden biri ile ortak girişim arasında işbirliğine yol açılması halinde, ortak girişim işbirliği doğurucu olarak nitelendirilmeye ve 81'inci madde çerçevesinde incelenmeye devam edilecektir (Bellamy ve Child 1993, 324).

Komisyon'un bu sert ve dar şekilde tanımını yaptığı yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ayırımı, etki bakımından Birleşme Tüzüğü kapsamına girecek ortak girişimleri sıkı kurallara bağlamıştır. Bu yüzden teşebbüslerin üzerinde yapısal farklılaşmalara neden olan pek çok ortak girişim, içerdiği işbirlikçi yönler nedeniyle 81'inci maddeye tabi olacaktır. Bu yaklaşım, Komisyon'un ortak girişimler için geliştirmeye çalıştığı iyileştirme hedefli politikalarıyla bir anlamda tutarsızlık teşkil etmektedir. Görüleceği üzere 1990 Duyurusu, bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu kabul edilmesine hemen hemen hiç olanak vermemekteydi (Burnside ve Mackenzie 1995, 138). Belki de bu yüzden Komisyon ilerleyen dönemlerde, 1990 Duyurusu'nda da devam ettirdiği bu sert tavırdan vazgeçme yolunu benimsemiştir. Bu tavır farklılığına en güzel örnek, Komisyon'un 1990 Duyurusu'nda yer alan "karar verme bağımsızlığı"na yönelik yaklaşımıdır. Komisyon "bağımsızlık" kavramının, ortak girişimin verdiği kararlarda tek başına hareket etmesinden çok bir teşebbüsün iktisadi anlamda kendi kendine yetebilme becerisi olarak algılanması gerektiğini belirtmiştir. Böylece yeterli beşeri ve maddi kaynaklara sahip olan ortak girişimler, "bağımsız" bir iktisadi varlık olarak kabul edilmiştir. Komisyon bu çerçevede Sanofi/Sterling Drug¹⁷ ve Elf Atochem/Rohm Haas¹⁸ olaylarında, ortak girişimlerin işlevlerini yerine getirecek yeterli kaynaklara, varlıklara ve fikri haklara sahip olmalarını, bağımsız olma kriteri için yeterli olduğuna karar vermiş ve daha önce şart koştuğu "karar verme mekanizmasındaki bağımsızlığı" dikkate almamıştır. Nestle/Baxter/Salvia¹⁹ davasında ise, Baxter ve Nestle'nin oluşturulan ortak girişime patentlerin ve ticari markaların münhasır lisanslarını geçiçi bir süre için vermelerinin, işlevsel bağımsızlık ile bağdaşmadığına, bu yüzden anlaşmanın Tüzük kapsamında olmadığı sonucuna ulaşmıştır (Griffin 1999, 15).

¹⁷ 10.06.1991, OJ C 1991 156/10.

¹⁸ 28.07.1992, OJ C 1992 201/27.

¹⁹ 06.02.1991, OJ C 1991 37/11.

3.2.2. Yapısal İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimler²⁰

Yapıları ve/veya amaçları bakımından yoğunlaşma doğurucu olarak nitelendirilemeyen ya da yoğunlaşma doğurucu olmalarına rağmen ana teşebbüsle aralarında rekabetçi davranışların koordinasyonu olan ortak girişimler, Birleşme Tüzüğü değil 81'inci madde çerçevesinde 17/62 sayılı Tüzük hükümlerine göre incelenirdi. Bu yüzden taraflar, daha avantajlı görülen Birleşme Tüzüğü'nden yararlanabilmek için, işlemlerini "yoğunlaşma doğurucu" olarak şekillendirmeye çalışmaktaydı. İşbirlikçi yönere sahip olsun ya da olmasın, iktisadi açıdan büyük farklılıkları bulunmayan tam işlevsel ortak girişimlerin, hukuki açıdan farklı işlem görmeleri eleştiri konusu olmuştur. Diğer bir sorun, işbirliği doğurucu olarak nitelendirilen ortak girişimlerin tabi oldukları hükümler bakımından hukuki kesinliğin olmamasıdır. Bu tür anlaşmalar, muafiyet rejiminden yararlanabilecek olsalar dahi muafiyet işlemi çok uzun zaman almakta ya da taraflar bağlayıcılığı olmayan idari mektuplarla (comfort letter) yetinmek durumunda kalmaktaydı. Komisyon bu eleştirilere, cevap niteliğinde birtakım yöntemler geliştirmeye çalışmıştır (Zonnekeyn 1998, 416). Bunlar:

3.2.2.1. Endüstriyel Lider Doktrini

Komisyon bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu sayılması için 1990 Duyurusu'nda şart koştuğu ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyette bulunduğu piyasadan tamamen çekilmesine ilişkin olarak önce **Thomson/Pilkington**²¹ daha sonra **Del Monte/Royal Food/Anglo American**²² kararlarında; ana teşebbüslerden herhangi birinin ortak girişimin ilgili pazarındaki marjinal varlığının, işbirliği ile sonuçlanma zorunda olmadığı, dolayısıyla bu anlaşmaların Birleşme Tüzüğü'nün uygulama alanı dışına çıkmayacağını karara bağlamıştır. Komisyon, tavrını 1993 yılında ele aldığı davalarda da sürdürmüştür. Ayrıca ana teşebbüslerin pazarındaki varlıklarının önemsiz ya da marjinal olup olmadığının değerlendirmesi için "de minimis" doktrinini benimsemiştir. Daha sonra geliştirilen "endüstriyel lider" doktrini ise Komisyon'un gerçekçiliğinin ileri seviyedeki kanıtıdır. Buna göre; ortak girişimin yönetimindeki esas yetkili teşebbüs, ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarda rakip olmaya devam eden ana teşebbüslerden birisi ise, ana teşebbüs ile ortak girişimin birbirlerinden bağımsız olmadığı ve bu işlemin yoğunlaşma doğurucu olduğu kabul edilmiştir. Ortak girişimin lider teşebbüsün

²⁰Yoğunlaşma doğurucu olmakla birlikte rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilecek hükümler içeren ortak girişimleri içerir. Diğer bir anlatımla işbirlikçi yönleri olan tam işlevsel ortak girişimler.

²¹ 23.10.1991, OJ C 279/19.

²² 09.12.1992, OJ C 331/13.

iktisadi bütünlüğünün bir parçası olarak görüldüğü bu hallerde²³, ana teşebbüs ile ortak girişim arasında, rekabet ortamının gerçekleşmesi küçük bir ihtimaldir. Birleşme Tüzüğüne göre, rekabetçi davranışların koordinasyonu, bağımsız kalan teşebbüsler arasında meydana gelebileceği için, sektörde bir teşebbüsün diğeri üzerinde lider konumuna sahip olduğu hallerde ortak girişim yoğunlaşma doğurucu kabul edilir. Bu doktrin ilk kez **Thomson/Pilkington** kararında ortaya atılmıştır (Kirkbride ve Xiong 1998, 43).

3.2.2.2. Hızlandırılmış Yöntem²⁴

Komisyon 1992 yılının sonunda, 1993 yılı itibariyle “yapısal işbirliği doğurucu” ortak girişimlerin bildirim usulünü hızlandıracak, bağlayıcı olmayan kurallar uygulamaya başlayacağını ilan etmiştir. Bu uygulamaya **hızlandırılmış yöntem** adını vermiştir. Bu açıklama ile yapısal ortak girişimlere ilişkin bildirim yapıldığı tarihten itibaren iki ay içerisinde, taraflara anlaşmalarının 81’inci madde kapsamında olup olmadığı yönünde bilgilendirilecekleri duyurulmuştur²⁵. Söz konusu hızlandırılmış yöntemden 1992 yılında 25 dava, 1994 yılında aralarından 12 adedi iki ay içerisinde sonuçlandırılmış olan 18 dava, 1995 yılında aralarından 7 adedi öngörülen iki aylık süre içerisinde sonuçlandırılan 15 dava, 1996 yılında ise aralarından 5 adedi iki aylık sürede sonuçlandırılan 12 adet dava yararlanmıştır. Komisyon bu yöntem ile bağlı kalmak zorunda değildir. Bu yöntem, “yapısal” ortak girişim davalarının ele alınmasında izlenebilecek ve bağlayıcılığı olmayan dahili bir rehber niteliğindedir.

3.2.2.3. Yeni Bildirim Formu

Komisyon, yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ortak girişimlerin usule yönelik ayırımlarını azaltma amacıyla yenilenen -diğer bir anlatımla yapısal ortak girişimlerin ele alınmasında yararlanılmak üzere yenilenen-, 81’inci maddenin bildirim için doldurulması gereken A/B ve yoğunlaşmaların bildirim için doldurulması gereken CO tipi formları Aralık 1994’de yayımlamıştır. Formlar talep ettikleri benzer bilgilerle, bu iki farklı değerlendirme usulünü birbirlerine yaklaştırmayı amaçlamaktaydı.

²³ Görüleceği üzere, dikey işbirliği kendi başına bir faktör olarak ele alınmaktadır.

²⁴ Fast track procedure

²⁵ Komisyon’un Basın Duyurusu IP (92) 23 Aralık 1992.

3.2.2.4. 1993 tarihli İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlere İlişkin Komisyon Duyurusu

1993 yılında “İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlere İlişkin” bir Komisyon Duyurusu yayımlanmıştır. Bu Duyuru, Komisyon’un ortak girişimlere ilişkin deneyimlerinden yararlanılarak, 81’inci madde kapsamına alınan ortak girişim kategorilerini belirleme yönündeki çabalarını ortaya koyan bir düzenlemedir (Zonnekeyn 1998, 417). Duyuru bu alanda kesinlik sağlamayı ve Topluluk içerisinde yararlı etkileri olabileceğine inanılan ortak girişimleri teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Duyuru’nun en önemli özelliği, işbirlikçi ortak girişimlerin Topluluk üzerinde yararlı etkileri olabileceğini hatırlatmasıdır. Ortak girişimlerin 81’inci madde kapsamında ele alınış biçimi, Birleşme Tüzüğü çerçevesindeki uygulaması ile kıyaslandığında, pek çok teşebbüsü yoğunlaşma doğurucu işlemlere teşvik ediciydi. Bu yüzden Duyuru, taraflara Komisyon’un 81’inci madde çerçevesinde yaptığı incelemesinde, “gerçekçi” davranacağının işaretini vermeye çabalıyordu.

3.2.2.5. 1994 tarihli Yoğunlaşma Doğurucu ve İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayırımını Düzenleyen Duyuru

Komisyon, yoğunlaşma doğurucu ve işbirliği doğurucu ortak girişimlere eşit davranmaya yönelik yukarıda sayılan tüm çabalarına rağmen, yine de eleştirilerin hedefi olmaya devam etmiştir. Zira, işbirliği doğurucu yönleri bulunan ortak girişimler halen 81’inci madde çerçevesinde katı bir yaklaşımla incelenmeye ve sadece sınırlı bir süre için muafiyet şemsiyesinden yararlanmaya devam etmekteydi. Oluşumlarına göre iki farklı rekabet rejimi altında incelemeye tabi olan ortak girişimlerden, 81’inci madde kapsamında olanların daha sert bir yaklaşıma tabi olmasının arkasında yatan gerekçe, işbirliği doğurucu ortak girişimlerin rekabeti bozma etkilerinin daha muhtemel kabul edilmesi gösterilebilir. Ancak piyasada yapısal işbirliği doğurucu ortak girişimlerin de, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlere benzer etkiler doğurduğu görülecektir.

Bu çerçevede yoğunlaşma-işbirliği ayırımını hukuki açıdan belirginleştirmeyi ve daha fazla ortak girişimi Birleşme Tüzüğü çerçevesinde incelemeyi hedefleyen Komisyon, 1994 yılında 1990 tarihli Duyurusu’nu gözden geçirerek “Yoğunlaşma Doğurucu ve İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Ayırımı”nı düzenleyen yeni bir Duyuru yayımlamıştır.

Yeni Duyuru; ortak kontrolün saptanmasının ardından, ortak girişimin yoğunlaşma ya da işbirliği doğurucu olup olmadığını Komisyon’un tanımladığı olumlu ve olumsuz koşullar çerçevesinde belirlenmesini öngörüyordu. Bu koşullara aşağıda “bölüm 3.3”de yer verilmiştir.

Bu Duyuru'da, sayfa 24'de bahsedilen "endüstriyel lider" doktrininden vazgeçilmiş ancak, benzer sonuçlara farklı yöntemlerle ulaşılmaya devam edilmiştir. Buna göre, ana teşebbüslerden birinin ortak girişim ile aynı pazarda faaliyetlerini sürdürmesi halinde söz konusu işlem yoğunlaşma kabul edilmiştir. İşbirliği doğurucu etkiler, her iki ana teşebbüsün de ortak girişimin pazarında faaliyetlerini sürdürmesi halinde değerlendirmeye alınmıştır (Burnside ve Mackenzie Stuart 1995, 141)

3.2.2.6. Yeşil Kitap Önerileri

Komisyon "Birleşme Tüzüğü'nün Gözden Geçirilmesine İlişkin 1996 tarihli Yeşil Kitabı"nda ortak girişimlerin işbirliği ve yoğunlaşma doğurucu olarak, iki ana başlık altındaki değerlendirilmesini irdelemiş, konuya ilişkin görüşlerini şöyle özetlemiştir:

Endüstrinin büyük çoğunluğu ve ulusal ülkelerin çoğu, yapısal değişikliğe neden olan işbirliği doğurucu ve yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin farklı rejimler altında muamele görmesi konusundaki endişelerini dile getirmişler ve bu iki tür işlemin piyasa yapısı üzerindeki etkilerinin benzer karakterli olduğunu ifade etmişlerdir. Bununla beraber mevcut durumda bu iki tür işlem farklı kurallar altında incelenmektedir. Bu uygulama, özellikle teşebbüslerin ihtiyaç duyduğu hukuki belirliliği sağlamadaki yetersizliği ve farklı rejimlere konu benzer işlemlerin farklı sürelerde sonuçlandırılmaları bakımından eleştirilerek geniş çapta yetersiz bulunmuştur (Yeşil Kitap 1996, 24).

Yeşil Kitap sonuç olarak, Birleşme Tüzüğü'nün 3'üncü maddesinde yer alan "yoğunlaşma" kavramının, **tam işlevsel**²⁶ ortak girişimlerin tümünü Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirilebilmesini sağlayacak şekilde genişletilmesini teklif etmiştir (Broberg 1996, 292). Komisyon, teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik yaratan ortak girişimlerin tümünü Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirme hedefiyle, yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu şeklindeki şekilsel ayırmadan uzaklaşmayı amaçlamıştır.

²⁶ Tam işlevsel ortak girişimler, işbirliği doğurucu etkilere sahip olsun ya da olmasın bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini pazarda kalıcı bir süre için yerine getirme amacıyla oluşturulan oluşumlardır.

3.3. 1310/97 SAYILI “TEŞEBBÜSLER ARASI YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ HAKKINDA 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜNDE DEĞİŞİKLİK YAPAN TÜZÜK”

Birleşme Tüzüğü'nün gözden geçirilmesini hedefleyen 1996 tarihli Yeşil Kitap'ın ardından, 1310/97 sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünde Değişiklik Yapan Konsey Tüzüğü” (Değişiklik Tüzüğü) 30.07.1997 tarihinde kabul edilerek, 01.03.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tüzüğün getirdiği başlıca iki yenilik vardır. Birincisi, hangi tür yoğunlaşmaların Birleşme Tüzüğü kapsamında olduğunu belirleyen ciro eşiklerine²⁷; ikincisi ise ortak girişimlerin ayırımına ilişkindir. Burada çalışmanın konusu bakımından sadece ortak girişimlerle ilgili değişikliklere yer verilmiştir.

Birleşme Tüzüğü'nde yapılan bu değişikliğe kadar, bir ortak girişimin hangi rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirileceği olumlu ve olumsuz koşullar çerçevesinde belirlenmekteydi. Bu koşullar, ortak girişimleri yoğunlaşma ya da işbirliği doğurucu olarak birbirlerinden kesin çizgilerle ayırıyordu. Bir ortak girişimin Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirilebilmesi, aşağıdaki koşullara bağlıydı:

- 1- Ortak girişim üzerinde ana teşebbüslerin ortak kontrolünün varlığı,
- 2- Bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini yerine getiren bir ortak girişimin oluşturulması,
- 3- Ortak girişimin devamlılık arz etmesi,
- 4- Bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açılmaması.

Yukarıda sayılan ilk üç olumlu koşulu içerenler tam işlevsel kabul edilir. İşte 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü de bir ortak girişimin Birleşme Tüzüğü çerçevesinde incelenebilmesi için tam işlevsel olmasını yeterli görmektedir. Bilindiği üzere, ortak girişim kavramının sınırları 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 3(2) maddesinde,

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.

²⁷ 1310/97 sayılı Tüzük, getirdiği yeni eşikler ile daha önce Birleşme Tüzüğü kapsamına girmeyen daha küçük, ancak sınır ötesi etkileri önemli ölçüde olan işlemleri kapsamayı öngörmektedir.

şeklinde yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ayırımına yönelik olarak belirlenmişti. Değişiklik Tüzüğü'ne göre ise ortak girişimler bundan böyle tam işlevsel-tam işlevsel olmayan ayırımına tabi tutulmaktadır. Şöyle ki,

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

Görüleceği üzere, Birleşme Tüzüğü'nde yapılan bu değişiklik yoğunlaşma kavramını değiştirmemiş, ancak "yapısal ortak girişimler" bakımından kavramın sınırlarını genişletmiştir. Bu genişleme sayesinde, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin yapısında değişikliklere yol açan ve süreklilik arz eden Topluluk boyutundaki bütün işlemler -rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açsın ya da açmasın- Birleşme Tüzüğü çerçevesinde hakim durum analizine tabi tutulacaktır. Değişiklik Tüzüğü, bir ortak girişimin incelenmesi sırasında "bağımsız kalan teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonu" (olumsuz koşul) hususunun, Birleşme Tüzüğü usul kurallarına uygun olmak kaydıyla dikkate alınacağını düzenlemiştir. Buna göre olumsuz koşul, bir ortak girişimin 81'inci madde anlamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma olarak nitelendirilmesi bakımından halen geçerliliğini korusa da; artık bu koşul yoğunlaşmaların varlığı için değil, uygulanacak maddi hukuk kuralının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır (Zonnekeyn 1998, 418). Diğer bir anlatımla, tam işlevsel bir ortak girişim sonucu (yapısal değişiklik sonucu), "bağımsız kalan teşebbüslerin davranışlarının koordinasyonu" ihtimali söz konusu ise ilgili ortak girişim Birleşme Tüzüğü'nün usul hükümlerine uygun olmak kaydıyla 81(1) ve (3)'üncü madde çerçevesinde değerlendirilecektir²⁸. Bu değerlendirme ortak girişimin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olup olmadığı ve dolayısıyla Ortak Pazar'la uyumlu bir işlem olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için gereklidir. Değişik Birleşme Tüzüğü'nün 2(4)'üncü maddesi bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir:

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

Komisyon bu değerlendirmeyi yaparken özellikle dikkat edeceği hususlara Madde'nin devamında yer vermiştir. Bunlar:

İki ya da daha fazla sayıda ana teşebbüsün, ortak girişimle aynı pazarda veya ortak girişimin yer aldığı pazarın alt ve üst pazarlarında veya bu pazarla yakın bağlantısı

²⁸ Bu değişiklik Komisyon uygulamalarıyla içtihata dönüşmüş olan, taraflardan sadece birinin ortak girişimle aynı pazarda faaliyet göstermesinin, koordinasyon riskine yol açmayacağı hususunu da kuvvetlendirici niteliktedir.

olan komşu bir pazarda önemli ölçüde faaliyetlerini sürdürmekte olup olmadıkları (diğer bir anlatımla ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski (spillover risk)) ve ortak girişim kurulmasının doğrudan sonucu olan işbirliğinin, ilgili teşebbüslere olaya konu mal ya da hizmetlerin önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermekte olup olmadığıdır.

Bu noktada değişik Birleşme Tüzüğü'nün 5 numaralı Gereğesine göz atmakta yarar olacaktır. Anılan Gereğçe hangi tür ortak girişimlerin Tüzük kapsamında değerlendirileceğı noktasında, değişik Birleşme Tüzüğü'nün ortak girişimleri düzenleyen 3(2)'nci maddesine kıyasla çok daha açık ve belirgindir. Bu gereğçe şöyledir:

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

Öte yandan genel kural olarak, bu tür ortak girişimlerin pazardaki etkileri öncelikle yapısal ise bunlara 81(1)'inci madde hükümleri uygulanmaz.

İki ya da daha fazla ana teşebbüsün, ortak girişimin pazarında faaliyet göstermeye devam etmeleri veya ortak girişim yaratmanın amacı ya da etkisinin alt, üst ya da komşu pazarlarda rekabeti engellemesi, bozması ya da sınırlaması muhtemelse 81(1)'inci madde uygulanabilir. Ancak bu çerçevede, ortak girişim yaratmanın rekabet bakımından tüm yönlerinin değerlendirilmesi aynı prosedür içinde yapılmalıdır.

Yapısal ortak girişimlerin işbirlikçi yönlerine ilişkin bu değerlendirme, Birleşme Çalışma Grubu'nun (Merger Task Force-MTF)²⁹ inisiyatifiyle, Rekabet Genel Müdürlüğü'nün sektörlere göre 81'inci madde analizini gerçekleştiren müdürlüklerince yapılmaktadır. Bu değerlendirmede usul hükümleri olarak, Birleşme Tüzüğü'nün olağan bildirimler için öngördüğü birinci aşama inceleme (1 aylık süreye tabi) ya da detaylı inceleme gerektirdiğı düşünülen işlemler için öngördüğü ikinci aşama inceleme (4 aylık süreye tabi) koşulları geçerlidir (Burnside 2000, 2).

3.4. 1310/97 SAYILI TÜZÜK SONUCU ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN

²⁹ Birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin olan bu birim, DG IV'deki diğer müdürlüklere ek olarak, 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1990 yılında yürürlüğe girmesinden sonra oluşturulmuştur.

DEĞİŞİKLİKLERİN UYGULAMAYA YANSIYAN ETKİLERİ

Ortak girişimlere uygulanacak rekabet kurallarının belirlenmesindeki geleneksel yoğunlaşma doğurucu-işbirliği doğurucu ayırımı yeni düzenlemede yerini, tam işlevsel-tam işlevsel olmayan şeklindeki geniş yoruma bırakmıştır. Söz konusu geleneksel ayırım, uygulamada ortak girişimlere uygulanacak kuralları kesin çizgilerle ifade etmekteydi. Buna göre ortak girişimler, Birleşme Tüzüğü ile 17/62 sayılı Tüzüğün farklı uygulamalarına tabi olmaktadır. Bu geleneksel ayırım yeni düzenlemede de, ortak girişimlere uygulanacak rekabet kurallarının belirlenmesinde rol oynamaya devam etmektedir. Ancak Komisyon'un bir politika değişikliğine gittiği açıktır. Komisyon'un hedefi, daha fazla yapısal ortak girişimi Birleşme Tüzüğü usullerine göre incelemek ve bunların Tüzüğün sağladığı avantajlardan yararlanmalarını sağlamaktır. Örneğin, Tüzük kapsamındaki bir işlem belirli bir süre içerisinde açıklığa kavuşturulur. Ayrıca Birleşme Tüzüğü çerçevesinde izin alan bir işlem, 81'inci madde çerçevesinde taraflara sunulan bağlayıcılığı olmayan idari mektuplara oranla yasal belirlilik sağlar.

Yeni düzenleme sonrası, farklı özelliklere sahip Topluluk düzeyindeki ortak girişimlerin, hangi kurallar çerçevesinde değerlendirileceğine göz atacak olursak:

- 1- Tam işlevsel olan ancak işbirliği doğurucu etkilere sahip olmayan ortak girişimler, Birleşme Tüzüğü çerçevesinde "hakim durum" analizine tabi tutulacaktır (Birleşme Tüzüğü'nün 2(3)'üncü maddesine dayanarak).
- 2- İşbirliği doğurucu etkilere sahip tam işlevsel ortak girişimler, Birleşme Tüzüğü çerçevesindeki "hakim durum" analizine tabi tutulurken; işbirliği doğurucu unsurları, yoğunlaşmalara uygulanan usuller çerçevesinde 81(1) kapsamında değerlendirilecektir. Komisyon bu bağlamda öncelikle, ortak girişimin işbirliği doğurucu unsurlarının madde 81(1) anlamındaki yasaklamaya tabi olup olmadığına karar verecektir. Eğer bu soruya yanıt müspet ise, bu defa söz konusu unsurların 81(3) kapsamındaki muafiyet rejiminden yararlanıp yararlanamayacağı incelenecektir. Yoğunlaşma doğurucu etkileri rekabet bakımından sorun yaratmayan bir ortak girişimin, işbirliği doğurucu etkileri muafiyet kapsamında değerlendirilemiyorsa, bu işlem yasaklanabilir.
- 3- Tüzüğün 2(4)'üncü maddesi 5 numaralı Gerekeç paragrafıyla birlikte değerlendirildiğinde, Komisyon'un bir ana teşebbüs ile ortak girişim arasındaki işbirliği riskinden çok, ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riskine önem verdiği görülecektir.
- 4- Tüzüğün 2(4)'üncü maddesinde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Tüzüğün 5 numaralı Gerekeç paragrafında yeralan genel kural, pazardaki etkileri yapısal olan ortak girişimlere, 81(1)'inci maddenin uygulanmayacağı

yönündedir. Bu ifade bildirim yapılmış bir ortak girişimin, öncelikle yapısal olup olmadığının tespit edilmesini öngörmektedir. Anılan işlemin Birleşme Tüzüğü kapsamında incelenmesi için, söz konusu işlemin eşikleri aşmış olup olmadığının analiz edilmesinin ardından, piyasadaki teşebbüslerin yapısında kalıcı bir değişiklik yaratıp yaratmadığı ve eğer yaratıyorsa bu defa bahsi geçen ortak girişimin ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açıp açmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eğer ortak girişim yapısal bir değişikliğe neden oluyor, ancak herhangi bir şekilde ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyona yol açmıyorsa, sadece “hakim durum” analizine tabi tutulur. Aynı anda yapısal ve davranışsal (rekabetçi davranışların koordinasyonu) sonuçlar doğuran etkilere sahip bir ortak girişim işlemi ise hem madde 81(1) hem de “hakim durum” analizi çerçevesinde değerlendirilecektir.

Topluluk düzeyinde olmayan ve işbirliği doğurucu etkilere sahip olmayan “tam işlevsel” ortak girişimler ulusal düzeydeki birleşme düzenlemelerine tabidir.

Topluluk düzeyinde olmamakla birlikte, işbirliği doğurucu etkilere sahip olan ortak girişimler, 81 (1) ve (3)’üncü maddedeki hükümlere tabi olacaklardır³⁰. Aslında MTF, 81’inci madde uygulamasının da, birleşmelere yönelik ulusal mevzuatlar gibi merkezîyetçilikten uzaklaştırılmasını istemektedir (Zonnekeyn 1998, 420). Ulusal otoritelerin, ortak girişimlerin işbirliği doğurucu yönlerini 81’inci madde çerçevesinde değerlendirmemeleri halinde, Komisyon’un bu konuda harekete geçip geçmeyeceği henüz bilinmemektedir.

Bu gelişmeleri takiben 02.03.1998 tarihinde “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Tam İşlevsel Ortak Girişim Kavramının Açıklanmasına İlişkin Komisyon Duyurusu”³¹ (1998 tarihli Ortak Girişim Duyurusu) yayımlanmıştır.

Komisyon bu Duyuru ile ortak girişimlerin, Birleşme Tüzüğü çerçevesinde nasıl yorumlanması gerektiği hususunda rehberlik etmenin amaçlandığını ifade etmektedir (paragraf 1).

Bir işlemin madde 3(2) anlamında yoğunlaşma oluşturması için “ortak kontrol” ve “teşebbüslerin yapısal değişikliği” koşullarını yerine getirmesi gerekir (paragraf 8-16). Bu koşullar Bölüm 4’de incelenmiştir.

BÖLÜM 4

³⁰ Birleşme Tüzüğü’nün 22(1)’inci maddesine dayanarak.

³¹ 02.03.1998, OJ C 66; Komisyon’un bu açıklayıcı tebliği 31.12.1994 tarih ve C 395 sayılı AB Resmi Gazete’sinde (OJ) yayımlanmış olan “Yoğunlaşma Doğurucu-İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimler Arasındaki Farka İlişkin Komisyon Duyurusu”nun yerini almaktadır.

AVRUPA TOPLULUĞU UYGULAMALARINDA ORTAK GİRİŞİMLER: ORTAK KONTROL UNSURU İLE TAM İŐİLEVSEL/TAM İŐİLEVSEL OLMAYAN ORTAK GİRİŞİMLER

Ortak girişim en geniş tanımla, iki ya da daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir teşebbüstür. Görüleceği üzere bir ortak girişimin ilk şartı, ana teşebbüslerin söz konusu ortak girişim üzerinde **ortaklaşa kontrol** hakkına sahip olmasıdır.

1998 tarihli Ortak Girişim Duyurusu'na göre, bir ortak girişim işleminin değişik Birleşme Tüzüğü madde 3(2) anlamında bir **yoğunlaşmaya** yolaçması, ilgili ortak girişimin "ortak kontrol" ve "teşebbüslerin yapısal değişiklik" (tam işlevsel olma) ölçütlerini yerine getirmesine bağlıdır (1998a, paragraf 8-16). Ortak kontrol, bir ortak girişimin olmazsa olmaz koşulu iken; tam işlevsel olan/tam işlevsel olmayan ayırımı, Topluluk rekabet hukukunda ilgili ortak girişimin türünü ve hangi rekabet kuralı çerçevesinde değerlendirileceğini belirleyici bir faktördür.

Değişik Birleşme Tüzüğü'ne göre, iki ya da daha fazla teşebbüs tarafından bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini uzun süreli olarak yerine getirmek üzere kurulan bir ortak girişim, rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açsın ya da açmasın, "tam işlevsel"dir. Buna karşılık ana teşebbüslerin bünyesinde belirli bir alanda, örneğin araştırma-geliştirme, üretim, dağıtım ya da satış alanlarından birinde faaliyet göstermek üzere kurulan bir ortak girişim, tam işlevsel olmayan (kısmi işlevsel) bir oluşumdur. Bu tür ortak girişimler Topluluk uygulamalarında 81'inci madde ve 17/62 sayılı Tüzük çerçevesinde tarafların rekabetçi davranışlarının koordinasyonuna yol açıp açmadığı hususu ile birlikte değerlendirilir (OECD Dokümanı 2001, 128).

Bu koşulları tek tek inceleyecek olursak:

4.1. ORTAK KONTROL UNSURU

Ortak kontrol her türlü ortak girişimin vazgeçilmez unsurudur (Zekos 2000, 39). Bir ortak girişim ana teşebbüslerin müşterek kontrolünde değilse,

zaten o işlem bakımından herhangi bir şekilde ortak girişimin varlığından söz edilemez. Bu durumda eğer ilgili işlem Birleşme Tüzüğü kapsamında ise, bu ya iki ya da daha fazla bağımsız teşebbüsün **birleşmesi** ya da herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün bir kısmı ya da tamamı üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrolü tamamen ya da kısmen ele geçirmesi şeklinde bir **devralma** olarak karşımıza çıkar. **Oysa bir ortak girişim ne bir birleşme ne de tam bir devralma halidir.** Yine 81'inci madde anlamında, tarafların sadece belirli iş alanlarında faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları ortak girişim anlaşmalarında da, ortak kontrol vazgeçilmez bir unsurdur.

Ortak kontrol kısaca, iki ya da daha fazla teşebbüsün bir diğer teşebbüsün karar alma mekanizmasında **belirleyici etkiye** sahip olmasıdır. Ortak kontrol veto haklarının kullanılması, oylamalarda ortak hareket edilmesi ya da fiili kontrole sahip olunması gibi çeşitli yollarla sağlanabilir. Belirleyici etki, ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ya da ticari faaliyetlerini ilgilendiren kararlarını veto etme hakkıdır. Ayrıca ortak kontrolün belirleyici etkiyi doğurması için uzun süreli olması gerekir. **Banco Santander/British Telecom**³² davasında, taraflar İspanya'da yönetsel verilerden oluşan bir hizmet ağı sunmak amacıyla ortak girişim oluşturmuşlardır. Tarafların ortak girişim üzerindeki ortak kontrol hakları, başlangıç aşamasındaki üç yıla sınırlıydı. Komisyon, tarafların ortak girişim üzerindeki müşterek kontrol haklarının, üç yılı aşmamak kaydıyla başlangıç süresi ile sınırlı tutulmasını, "ortak kontrol"ün sağlanması bakımından yeterli görmemiş ve bu işlemi British Telecom tarafından Banco Santander'ın bir kısım varlığının satın alındığı bir devralma olarak nitelendirmiştir (Griffin 1999, 12). Teorik açıdan bakıldığında, yoğunlaşmaya yol açtığı düşünülen bir ortak girişimin gerçekte, tarafların ortak kontrolü devralmaları sonucu gerçekleşen özel bir yoğunlaşma durumu olduğu görülecektir (Sanlı 2000, 335).

Birleşme Tüzüğü'nün³³ 3(3) maddesi kontrol kavramını aşağıdaki gibi düzenlemiştir:

Bu Tüzük bakımından kontrol, ayrı ayrı veya birlikte, fiilen veya hukuken, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan haklar, anlaşmalar veya başka araçlarla; özellikle

- a- Bir teşebbüsün varlığının tamamının veya bir kısmının sahipliği veya kullanım hakkıyla,
- b- Bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar ve anlaşmalarla

³² 05.03.1994, OJ 1994 C 68.

³³ Bu bölümden itibaren "Birleşme Tüzüğü", 1997 yılındaki değişiklikleri de içeren düzenleme olarak kullanılmıştır.

meydana getirilebilir.

Tüzük iki ya da daha fazla teşebbüsün ortaklaşa kontrolü kullanacağı durumların nasıl ele alınacağı konusunda sessiz kalmıştır (Cook ve Kerse 2000, 44). Ayrıca özel bir tür yoğunlaşma olarak görülen ortak girişimlerin düzenlendiği madde 3(2)'de, ortak kontrolden açıkça bahsedilmemektedir.

Komisyon 1998 tarihli Ortak Girişim Duyurusu'nun 9'uncu paragrafında, ortak kontrol unsuruna değinmektedir. Buna göre; kontrol hem hukuki hem de fiili faktörler tarafından tespit edilen, bir teşebbüs üzerindeki belirleyici etkidir.

Ortak kontrolü belirleyen prensipler ise Ortak Girişim Duyurusu'nda değil, detaylı olarak Komisyon'un 1998 tarihli "Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Duyurusu"nun³⁴ 18-39'uncu paragraflarında düzenlenmiştir (1998b).

Anılan Duyuru'nun 19'uncu paragrafında ortak kontrol, iki ya da daha fazla ana teşebbüsün ortak girişim üzerinde belirleyici etkiye sahip olması olarak tanımlanmıştır. Belirleyici etki bir ortak girişimin, teşebbüslerin stratejik ticari faaliyetleri üzerinde söz hakkına sahip olmaları ile açıklanabilir. Başka bir deyişle, ortak kontrol ana teşebbüslerin, ortak girişimin kararlarında söz sahibi olmaları anlamına gelir.

Bu çerçevede, ortak kontrol varlığının anlaşılması için bir kaç kriterle göz atılmalıdır. Bu kriterler; eşit oy hakkı veya karar alma organlarında temsilde eşitlik, veto hakları ve oylamalarda ortak hareket edilmesidir.

4.1.1. Eşit Oy Hakkı veya Karar Alma Organlarında Temsilde Eşitlik

Ortak kontrol en yalın halde, iki ana teşebbüsün ortak girişimde eşit oy hakkına sahip olması ve taraflar arasında bu eşitliği bozacak herhangi bir anlaşmanın varolmaması olarak tanımlanabilir. Taraflar arasında eşitliği bozacak anlaşmaya örnek, tarafların idari kadrolarda eşit sayıda temsilciye sahip olmadığı durumlardır.

Paribas/CDC/Beaufour³⁵ olayında, Gerard Beaufour isimli şahıs ilaç sektöründe bağımsız olarak faaliyetlerini sürdüren Beaufour Grubundaki hisselerini, Mayroy adı altında kurulan yeni bir holdingin üç yatırımcısı ile Albert Beaufour'a satmıştır. Mayroy'un Yönetim Kurulu'nda, önemli kararların alınabilmesi için, nitelikli çoğunluğa ihtiyaç vardır. Komisyon bu davada, pay sahiplerinin her birinin istedikleri yönde oy kullanmalarına engel bir durum olmadığına ve pay sahiplerinin kendi aralarında özel bir anlaşma yapmamış

³⁴ 02.03.1998, OJ 1998 C 66.

³⁵ 09.12.1998, OJ 1999 C 72/6.

olmalarına dikkat çekmiştir. Sonuçta, yeni kurulan holdingin karar alma mekanizmalarında pay sahiplerinin ortak kontrole sahip olmadıkları kararına varılmıştır.

4.1.2. Veto Hakları

Ortak girişimi oluşturan iki ana teşebbüs arasında, oy haklarında ya da karar alma organlarının temsilinde eşitsizliğin olduğu veya ortak girişimde ikiden fazla ana teşebbüsün olduğu durumlarda da ortak kontrolden söz edilebilir. Bu durumlarda ortak kontrol genellikle azınlık pay sahiplerine ek olarak tanınan, ortak girişimin stratejik ticari kararlarını veto etme yetkisi ile sağlanır. Azınlık pay sahiplerine tanınan bu veto etme yetkisi, ortak girişim anlaşmasına ya da taraf teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları anlaşmaya dayanır.

Veto hakları genellikle ortak girişimlerin yönetim kurulu toplantısında, pay sahipleri toplantısında ve danışmanlık kadroları bünyesinde tartışılan kararların kabulünde ya da reddinde rol oynar (Faull ve Nikpay 1999, 214). Veto hakları, mutlaka ortak girişimin işletme politikalarına ilişkin stratejik kararları ile ilgili olmalıdır. Zira azınlık pay sahiplerine, ortak girişimdeki yatırımcı sıfatlarından dolayı ticari çıkarlarını koruyabilmeleri için tanınan diğer veto hakları, işletme üzerinde kontrol imkanı vermez. İşletme üzerinde kontrol imkanı vermeyen diğer grup veto haklarına örnek, ortak girişimin kuruluş sözleşmesinde değişiklik yapılması, sermayenin artırılması veya azaltılması ve feshe ilişkin kararlarda kullanılacak haklardır.

Komisyon bu çerçevede **Eridania/ISI**³⁶ davasında, bir azınlık pay sahibinin ana şirketin başka şirketlerle birleşmesini feshetmeye ve sermayesinde değişiklik yapılmasına ilişkin kararları veto etme yetkisine sahip olmasının, işletme üzerinde ortak kontrol sağlamak için yeterli olmadığına karar vermiştir (Karakeçili 1997, 12). Benzer şekilde **Mediobanca/Generali**³⁷ kararında, Mediobanca'nın Generali'de sahip olduğu %12.84 oranındaki azınlık payının, stratejik ve ticari kararlarda belirleyici etki doğurmadığı için sözü edilen azınlık paylarının ortak kontrole yol açmadığına karar verilmiştir.

Buna karşılık “Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Komisyon Duyurusu”, bütçenin ve işletme çalışma planının onaylanmasına, büyük çaplı yatırım kararlarının alınmasına ve üst düzey yöneticilerin atanmasına ilişkin kararlarda etkili olan veto haklarının, ortak girişim üzerinde ortak kontrol sağlayan en belirgin haklardan olduğunu belirtmektedir. Ancak veto haklarının bir ortak girişim teşebbüsünün günlük işleri üzerinde belirleyici etkisinin olup olmadığı

³⁶ 03.08.1991, OJ 1991 C 204/12.

³⁷ 28.12.1991, OJ 1991 C 334/23.

aranmaz, önemli olan daha önce de belirtildiği gibi bu hakların belirleyici etkisinin, ortak girişim teşebbüsünün stratejik ticari kararları üzerinde yaptırımı olmasıdır. Ortak kontrolün tespiti için, belirleyici etki doğuran veto haklarına sahip olunması yeterlidir (1998b, paragraf 23).

Ortak kontrolün varlığından sözedilmesi yukarıda bahsedilen veto haklarının tamamına sahip olunmasını şart koşmaz. Bu haklardan biri ya da birkaçının varlığı da ortak kontrol için yeterlidir. Bu hak ve/veya hakların, ortak girişim üzerinde ortak kontrole yol açıp açmadığı, bu veto hak ve/veya haklarının içeriğine ve ortak girişimin kuruluşuna neden olan belirli faaliyet alanı bakımından taşıdığı öneme göre belirlenmektedir (1998b, paragraf 24).

Ortak girişimin stratejik ticari kararları üzerinde ortak kontrol sağlayan veto hakları arasında en önemlileri, **üst düzey yöneticilerin atanması** ve **bütçenin onaylanmasında** etkili olanlardır. İdari yönetim kadrolarının atanmasında müşterek söz hakkı veren bu tür veto hakları, ortak girişim teşebbüsünün ticari stratejilerinin belirlenmesinde belirleyici etkide bulunur. Aynı etki benzer şekilde, bütçenin onaylanmasına yönelik kararlar bakımından da önem teşkil etmektedir, çünkü bütçe bir ortak girişimin gerçekleştireceği faaliyetlerin tamamı açısından bağlayıcı etkiye sahiptir (1998b, paragraf 25).

Ortak kontrolün sağlanmasında önemli olan bir diğer etken, bir teşebbüsün hedeflerini ve bu hedeflere ulaşmak için yapılması gerekenleri belirleyen **işletme çalışma programının** kabulünde kullanılan veto haklarıdır. Bu tür bir veto hakkının tek başına varlığı dahi ortak kontrol sağlamada yeterli olabilir. Ancak böyle bir durumda işletmenin çalışma programının genel bir bildiri den öteye gerçekten bağlayıcı nitelikte olması gereklidir. Aksi takdirde, bu genel bildiri niteliğindeki çalışma programının onaylanmasına ilişkin veto hakkı, ortak kontrolün sağlanması bakımından tek başına yeterli olmaz (1998b, paragraf 26).

Bir diğer özel veto hakkı **yatırımlara** ilişkindir. Bu hak ana teşebbüslerin iznine tabi yatırımların miktarı ile ortak girişimin aktif olarak faaliyet gösterdiği piyasanın yatırımlara olan talebine bağlıdır. Birinci durumda, eğer yatırımların seviyesi ağırlıklı olarak ana teşebbüslerin iznine tabi ise azınlık haklarının sahip oldukları veto hakkı, ortak girişimin ticari kararı üzerinde müşterek bir söz hakkından çok azınlık sahiplerinin çıkarlarını korumaya yönelik olarak değerlendirilecektir. İkinci olarak, bir teşebbüsün yatırım politikası ortak kontrolün saptanmasında önemli rol oynar. Ancak bazı piyasalar bakımından yatırımın önemi yoktur. Bu yüzden bu tür piyasalarda faaliyette bulunan ortak girişimlerde, yatırıma ilişkin veto hakkına sahip olunması ortak kontrolü sağlayıcı rol oynamaz (1998b, paragraf 27). Faull ve Nikpay'inde belirttiği gibi, ortak girişim taraflarının pazarda stratejik bir taraf olarak davranabilmek için yatırımların sürekliliğinin ihtiyaç duyulduğunu ispat etmeleri halinde, "ortak

kontrolün” belirlenmesinde tarafların sahip olduğu yatırımların kabulüne ya da reddine ilişkin veto hakkı tek başına yeterli sayılabilir³⁸ (1999, 215).

Yukarıda yer verilmeye çalışılan veto haklarının yanısıra, 1998 tarihli Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Komisyon Duyurusu’nun 28’inci paragrafında yer aldığı üzere, **ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarın yapısına özgü kararların** verilmesinde ortak kontrole yol açan veto hakları da vardır. Duyuru’da buna örnek olarak; ortak girişimin faaliyetlerini sürdürmesinde teknoloji seçiminin etkili olduğu hallerde, bu teknolojinin seçimine yönelik veto hakkı ile ürün farklılaştırması ve yenilik gerektiren pazarlarda geliştirilecek yeni ürün gamının oluşturulmasında etkili olacak veto hakları sayılmıştır.

4.1.3. Oylamalarda Ortak Hareket Edilmesi

İki ya da daha fazla sayıda azınlık pay sahibi, belirli veto haklarına sahip olmaksızın bir teşebbüs üzerinde ortak kontrole sahip olabilir. Gerçekten biraraya geldiklerinde oyların çoğunluğuna sahip olan azınlık pay sahipleri, oylamalarda aynı yönde oy kullanmak suretiyle birlikte hareket ederek, bir teşebbüsü ortaklaşa kontrol edebilirler. Birlikte hareket, hukuken tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma yoluyla ya da fiili olarak herhangi bir anlaşma olmaksızın gerçekleşebilir.

Azınlık pay sahipleri, oyların aynı yönde kullanılmasını hukuken güvence altına alınması bakımından, oylarını oluşturdukları bir şirkete devredebilecekleri gibi aralarında yapacakları karşılıklı anlaşma sonucu da ortak hareket etmeyi taahhüt edebilirler.

Bazı istisnai durumlarda, azınlık pay sahipleri aralarında hukuki anlamda bağlayıcı bir anlaşma bulunmamasına rağmen, ortak girişim üzerindeki haklarını ortak çıkarlarından dolayı birbirlerine karşı kullanmayarak fiilen birlikte hareket edebilirler. Bu noktada önemli olan, pay sahipleri arasında büyük bir çıkar ilişkisinin bulunmasıdır. Ancak taraflar bu karşılıklı çıkar ilişkisini kanıtlamak durumundadır; çünkü azınlık pay sahipleri arasında kuvvetli bir çıkar ilişkisinin bulunmadığı hallerde taraflar farklı oluşum gruplarına yönelebilir. Bu durumda iki ya da daha fazla sayıda azınlık pay sahibi arasında, ortak girişim üzerinde eşit hak ve yetkiler veren bir anlaşmanın yapılması ortak kontrolün varlığı için yeterli bulunmamıştır. Nitekim **Nokia Corp/SP Tyres**³⁹ olayında, Komisyon bu yönde bir karar almıştır. Olayda, Nokia Tyres şirketinin ortakları yalnızca Nokia ve SP Tyres şirketleriydi. Başlangıçta %80’lik pay ile şirketin hakimiyetini Nokia üstlenmişti. Nokia Komisyon’a yaptığı başvuruda, hisselerinin yarısını halka

³⁸ Daha detaylı bilgi için bakınız, Bell Cablemedia/Cable&Wireless/Videotron davası (Case IV/M853) [1996].

³⁹ 14.03.1995, OJ 1995 C 163/9.

açmayı planladığını açıkladı. Başvuruda satış sonrası oluşacak pazarda, Nokia Tyres şirketindeki hisse dağılımının %40 Nokia, %20 SP Tyres ve %40 halka açık hisseler şeklinde oluşacağı ve Nokia ile SP Tyres şirketlerinin birlikte hareket etmek koşuluyla yönetim kurulu kararları üzerinde belirleyici etkiye sahip olacağı belirtilmiştir. Ancak Komisyon incelemeye konu satış bakımından, tarafların karşılıklı iyi niyet çerçevesinde ellerinden gelenin en iyisini yapmak amacıyla olmalarının, tarafların ortak çıkarını destekleyecek ve dolayısıyla ilgili teşebbüs üzerinde ortak kontrol unsurunu sağlamaya yol açacak ölçüde bir taahhüt olmadığına karar vermiştir (Griffin 1999, 12; Faull ve Nikpay 1999, 216).

Ana teşebbüslerin ortak girişime, özel teknoloji, know-how ya da ürün tedarik etme gibi ortak girişimin faaliyetleri açısından büyük önem taşıyan katkılarda bulunmaları durumunda da bir çıkar ilişkisinden söz edilebilir. Bu durumlarda ana teşebbüsler bakımından bir veto hakkının varlığından bahsedilemese bile, stratejik ticari kararlarda etkili olacak şekilde yapılan işbirliği ile ortak girişimin faaliyetlerine etki edilebilir. Bununla beraber, ana teşebbüslerin sayısındaki artış karşılıklı işbirliği olasılığını zayıflatan bir unsurdur.

4.2. TAM İŞLEVSEL/TAM İŞLEVSEL OLMAYAN ORTAK GİRİŞİMLER ARASINDAKİ TEMEL FARKLILIKLAR

4.2.1. Tam İşlevsel Ortak Girişimler (Teşebbüslerin Yapısal Değişikliği)

Bir ortak girişimin tam işlevsel olarak nitelendirilmesi, bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini uzun süreli olarak yerine getirmek üzere kurulmasına ve böylece taraf teşebbüslerin yapısında kalıcı bir değişiklik meydana getirmesine bağlıdır⁴⁰.

Tam işlevsel ortak girişimlere ait bu ölçütler, Komisyon'un 1998 tarihli Ortak Girişim Duyurusu'nun 11-16'ncı paragrafları arasında düzenlenmiştir.

Duyuru'ya göre bir ortak girişimin bağımsız iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini uzun süreli olarak yerine getirmek üzere faaliyette bulunduğu pazar, faaliyetlerin o pazarda bulunan teşebbüsler tarafından yürütüldüğü pazarlardır⁴¹ (1998a, paragraf 12). Ortak girişimin anlaşmada yer aldığı gibi faaliyetlerini sürekli şekilde yürütebilmesi, temelde söz konusu ortak girişimin günlük işlerini yürüten ve faaliyetlerinin devamı için yeterli mali kaynakların yanısıra personel, finansman ve varlıkları da içeren diğer kaynaklara ulaşımını sağlayan bağımsız bir yönetim kadrosunun varlığına bağlıdır.

⁴⁰ 1310/97 sayılı Tüzük ile değişik Birleşme Tüzüğü'nün madde 3(2)'si ve 5 no'lu Gerekçesi

⁴¹ Bakınız Komisyon'un Sanofi/Sterling Drug kararı 14.06.1991, OJ 1991 C 156/10.

RSB/Tenex/Fuel Logistic⁴² olayında, ana teşebbüsler -RSB ve Tenex-nükleer ürünlerin nakliyesini gerçekleştirmek üzere Fuel Logistic adı altında bir ortak girişim oluşturmuştur. Ortak girişimin tarafları olan RSB ve Tenex'in şirketteki payları sırasıyla %20 ve %80'dir. Komisyon, ortak girişimin idari kararları için %80'in üzerinde olumlu oya ihtiyaç olduğunu, dolayısıyla bu işlemin tarafların ortak kontrolünde olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan, ilgili pazarda uzun süreli faaliyette bulunması için gerekli kaynaklara sahip bulunmayan bu ortak girişimin, yoğunlaşma doğurucu olmadığını karara bağlamıştır. Ortak girişimin faaliyetleri için gerekli olan kaynaklar; ürünlerin nakliyesi için gerekli olan özel ekipman, uzmanlaşmış personel ve pazarda hizmetin sunulmasını sağlamaya uygun tesisler olarak belirlenmiştir.

4.2.1.1. Ortak Girişimin Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olma Ölçütü

Yukarıda bahsedildiği üzere, ana teşebbüslerin bünyesinde belirli bir alanda, örneğin araştırma-geliştirme, üretim, dağıtım ya da satış alanlarından birinde faaliyet göstermek üzere kurulan ortak girişimler tam işlevsel olmayan oluşumlardır. Bu tür ortak girişimler, ana teşebbüslerin faaliyet alanları bakımından yardımcı niteliktedir. Bu konum ana teşebbüslere ait ürünlerin sadece dağıtımını ya da satışı ile uğraşan, diğer bir anlatımla, ana teşebbüslerin acentası konumunda çalışan ortak girişimler bakımından da geçerlidir. Bununla beraber, ana teşebbüslerin bir ortak girişimin acentası olduğu durumlarda, ortak girişimin ana teşebbüslerden bir ya da daha fazlasının dağıtım ağından yararlanması veya satış noktalarını kullanması, ilgili ortak girişimin "tam işlevsel" (bağımsız iktisadi bir varlık) olma özelliğini ortadan kaldırmaz (1998a, paragraf 13).

Lucas/Eaton⁴³ olayında, taraf teşebbüsler ağır araçların fren sistemleri pazarındaki faaliyetlerinin tümünü kurulan ortak girişime devretmişlerdir. Ana teşebbüslerin her ikisi de tesislerin, makinaların, çalışanların ve kira sözleşmelerinin devri yoluyla ortak girişime katkıda bulunmuştur. Öte yandan anılan ortak girişim, ana teşebbüslerle fikri haklar alanında ilişkisini sürdürmeye devam etmiştir. Ancak ana teşebbüslerin sağladıkları ticari marka ve patent hakları ortak girişimin süresine bağlı ve geri alınamaz niteliktedir. Dolayısıyla Komisyon anılan ortak girişimin, ilgili pazarda bağımsız bir teşebbüs olarak fren sistemlerinin tasarımını, imalatını ve satışını yapabilmesine olanak tanıyan kaynaklara sahip olduğuna karar vermiştir.

⁴² 02.04.1997, OJ 1997 C 168/5.

⁴³ Bkz. dipnot 22

Baxter/Nestle/Salvia⁴⁴ olayında, Komisyon'un benzer nitelikteki verilerle farklı sonuçlara ulaştığı görülmektedir. Olaya konu ortak girişim, klinik beslenme alanında faaliyet gösteren Salvia-Werk adlı şirketin ticari markalarını, tesislerini, depolarını, çalışanlarını ve diğer lojistiğini de içeren varlıklarının tümünü devralmaktadır. Bununla birlikte anlaşma, ortak girişimin sahip olacağı fikri hakların ana teşebbüslere -Baxter ve Nestle- devrini ve bunu takiben ana teşebbüslerce ortak girişime bu alanda münhasırlık verilmesini öngörmektedir. Komisyon ortak girişimin ağırlıklı olarak ana teşebbüslere bağlı olduğuna, dolayısıyla Birleşme Tüzüğü'nde yer alan bağımsız iktisadi varlık olma kriterini sağlamadığına karar vermiştir.

Yine Duyuru'ya göre, "tam işlevsel" kriterinin belirlenmesinde etkili olan bir diğer unsur, ana teşebbüslerin ilgili ürünün alt ve üst pazarlarında varlıklarını sürdürdüğü durumlarda, ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki ilişkinin mahiyetidir. Bu ilişki özellikle ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki satışların ve satım alımların büyük miktarlara vardığı hallerde önem kazanır. Ancak bir ortak girişimin faaliyetlerine başlaması sırasında, belirli bir dönem, piyasadaki varlığını ağırlıklı olarak ana teşebbüslerle yaptığı alım-satımlara dayandırması, söz konusu ortak girişimin tam işlevsel olma (bağımsız olma) özelliğini etkilemez. Bu süre ilgili piyasanın özelliklerine göre değişim göstermekle birlikte, normal koşullarda üç yılı aşmamalıdır. Komisyon **Philips/Hewlett Packard**⁴⁵ olayında, aydınlatma araçlarında kullanılacak parçaların üretimi için oluşturulan ortak girişimin, faaliyetlere başlama aşamasında belirli ve kısa bir süre, ürettiği ürünleri ana teşebbüslere satmasını tam işlevsel olma ölçütünü bozucu bulmamıştır.

Ortak girişimin bağımsızlığı, ortak girişimin ana teşebbüslere yapacağı satışların uzun süreli olarak tasarlandığı anlaşmalarda, bu satışlar dikkate alınmaksızın, ortak girişimin ilgili piyasada üstlendiği aktif role bağlı olarak değerlendirilir. Bu yönde bağımsız bir iktisadi varlık gibi hareket etme konusundaki önemli göstergelerden birisi, ortak girişimin toplam üretim miktarının, ana teşebbüslere yaptığı satışlarla karşılaştırılması; bir diğeri ise ana teşebbüslere yapılan satışların normal piyasa koşulları altında gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Telia/Ericsson⁴⁶ olayında, İsveç ulusal telekom operatörü Telia ile telekomünikasyon donanımı üreticisi Ericsson arasında danışmanlık hizmeti vermeyi ve Sim kartları, proje hizmetleri, teknoloji güvenlik sistemleri ve

⁴⁴ 06.02.1991, OJ 1991 C 37/11.

⁴⁵ 17.02.1997, OJ 1997 C 110/7.

⁴⁶ 20.02.1997, OJ 1997 C 156/4.

modem ile benzer bilgisayar donanımlarını⁴⁷ geliştirmeyi konu alan bir ortak girişim oluşturulmuştur. Ana teşebbüslerden Telia'nın kurulan ortak girişimin müşterisi olmaya devam etmesi, Komisyon tarafından ortak girişimin tam işlevsel olma ölçütünü etkileyen bir unsur olarak görülmemiş ve yoğunlaşmaya izin verilmiştir. Bu sonuca, söz konusu ortak girişimin ana teşebbüslerden bağımsız olarak piyasada faaliyetlerini sürdürebilmesi, faaliyetlerini sürdürdüğü diğer piyasalarda Telia'nın yanısıra çok sayıda başka müşterisinin olması ve olaya konu ticari ilişkilerin ortak girişimin sadece bir yönünü ilgilendirmesi sebep olmuştur.

Basf/Shell⁴⁸ olayında da vurgulandığı üzere, bir ortak girişim ile ana teşebbüslerden bir ya da birden fazlası arasındaki ilişkinin boyutu, "tam işlevsellik ölçütünü" belirlemede yararlanılan kıstaslardan biridir. Olayda, ana teşebbüsler -Basf ve Shell-, polietilen üretim ve satış faaliyetlerinin tümünü devrettikleri bir ortak girişim kurmuşlardır. Ancak bu ortak girişim, ana teşebbüsler adına çeşitli maddelerin üretimi ile ana teşebbüslerin sanayi alanlarındaki tesislerinin işletmesini de üstlenmişti. Ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki yakın ilişkilere rağmen, ortak girişimin esas konusunu oluşturan polietilen üretimi ve satışına ilişkin faaliyetlerin, toplam faaliyetlerin %70'ini oluşturması sebebiyle, işlem Komisyon tarafından tam işlevsel kabul edilmiştir. Komisyon bununla birlikte, ana teşebbüslerin piyasadaki güçlü konumlarını gözönüne alarak, ilgili işlemin diğer pazarlarda ana teşebbüsler arasındaki davranışların koordinasyonuna yol açıp açmadığını incelemiştir.

Ortak girişimin, satım alımlarını ana teşebbüslerden gerçekleştirdiği durumlarda, tam işlevsellik ölçütü, ortak girişimin satın aldığı bu mal ya da hizmetlere yaptığı katkıyla ölçülür. Bu katkı yeterli değilse, tam işlevsellik ölçütü tartışma konusu olur, çünkü böyle bir durumda ortak girişimin bir satış acentası olduğu kabul edilir. Bu durumun aksine, bir ortak girişimin malların ya da hizmetlerin satım veya dağıtımını ile uzmanlaştığı, ancak dikey bir bütünleşmenin olmadığı piyasalarda faaliyet göstermesi, bağımsız olma özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. Ortak girişimin ana teşebbüslerin yanısıra rakip kaynaklardan da önemli miktarda mal tedarik etmesi, ortak girişimin işlevsel bağımsızlığa sahip olduğuna ilişkin önemli bir göstergedir (1998a, paragraf 14).

Preussag/Voest Alpine⁴⁹ davasında, Preussag ve Voest Alpine şirketleri lazer kaynaklı çelik levhaların üretiminde faaliyette bulunacak bir ortak girişim oluşturmuşlardır. Komisyon kararında; kurulan şirketin, üretimde kullanacağı tüm ham maddeyi ana teşebbüslerden elde etmesinden dolayı fiyatlar üzerinde

⁴⁷ hardware

⁴⁸ 29.11.1997, OJ 1998 C 363.

⁴⁹ 01.10.1997, OJ 1997 C 314/6.

pazarlık yapamadığını, bu sebeple piyasada bağımsız hareket eden bir firma gibi davranamayan bu şirketin yoğunlaşma doğuracak nitelikte tam işlevsel bir teşebbüs olmadığını ifade etmiştir.

Korah'ın da belirttiği gibi, Komisyon'un tam işlevsellik ölçütünün kriterlerinden biri olarak belirlediği ve bu bölümde etraflıca yer verilmeye çalışılan "bağımsız iktisadi varlık" olma, bir bakıma Komisyon'un ortaya attığı bir kurgu olarak da düşünülebilir, çünkü ana teşebbüsler tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir ortak girişimde katıksız bir bağımsızlıktan bahsetmek çok kolay değildir. Ayrıca yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere, Komisyon'un bağımsızlık kavramından kastı, ortak girişimin piyasada bağımsız bir teşebbüs gibi hareket etmesine olanak verecek kaynaklara sahip olmasıdır (1997, 265).

4.2.1.2. Ortak Girişimin Uzun Süreli Olarak Kurulma Ölçütü

1998 tarihli Ortak Girişim Duyurusu'nda da yer verildiği üzere, ortak girişim uzun süreli faaliyette bulunma niyeti ile kurulmalıdır. Bu niyet ana teşebbüslerin ortak girişim için gerekli tüm kaynakları sağlaması olarak ifade edilir. Bu süre kalıcı yapısal bir değişikliği öngörece kadar uzun olmalıdır. Komisyon bu ölçütü değerlendirirken sadece anlaşmanın süresine değil, ana teşebbüslerin yatırımlarının ortak girişimin varlığını ve bağımsızlığını destekleyici nitelikte ve miktarda olup olmadığına da dikkat etmektedir.

Ortak girişimin feshini ya da taraf teşebbüslerin ortak girişimden ayrılmasını düzenleyen şartlar, uzun süreli olarak kurulma ölçütünü bozmaz. Ancak ortak girişim özel bazı durumlar (işletme sermayesinin erimesi, iflas vb.) dışında, "kısa bir süre" sonra ana şirketler tarafından feshedilmemelidir. Benzer şekilde, bir anlaşmada ortak girişimin faaliyet süresine ilişkin bir hükmün yer alması, bu sürenin teşebbüslerin yapılarında kalıcı bir etki doğurmaya yetecek kadar uzun olması, ortak girişimin uzun süreli olarak kurulduğuna işaret eder. Ortak girişimin kısa bir süre için kurulması bu şartı karşılamaz. Örneğin, bir elektrik santralının sadece inşaat dönemi için oluşturulan ve inşaatın tamamlanmasını takip eden dönemde işletmesinde rol almayan bir ortak girişim uzun süreli olarak nitelendirilemez (1998a, paragraf 15).

Komisyon **Go Ahead/VIA/Thameslink**⁵⁰ olayında, demiryoluyla yolcu taşıma hizmetleri pazarındaki Thameslink adlı ortak girişimin, "yedi yıllık" bir süre için yeterli mali, personel, finansman ve varlıklardan oluşan kaynaklara sahip olmasını, "uzun süreli olarak kurulma" ölçütü bakımından yeterli bulmuştur.

⁵⁰ 24.04.1997, OJ C 253/2.

4.2.1.3. Cironun Hesaplanması

Birleşme Tüzüğü'nün 1'inci maddesi bir işlemin Topluluk boyutunda olup olmadığının belirlenmesi için bazı eşikler öngörmektedir⁵¹. Bu noktada yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişimin eşikleri geçip geçmediğinin hesaplanması, tarafların ilgili pazardaki paylarının hesaplanmasının yanında, ciro hesabını gerektirmektedir. Söz konusu değerlendirmede hangi teşebbüslerin cirolarının ele alınması gerektiği önem teşkil etmektedir. Bu çerçevede, öncelikle **tarafların** belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu konuda, 1998 tarihli "İlgili Teşebbüs Kavramına İlişkin Duyuru"nun 21-39'uncu paragrafları yol göstericidir.

Duyuru'ya göre ortak girişim yeni oluşturuluyorsa, yeni kurulan bir şirketin varlığından ya da cirosundan sözedilemez. Bu durumda taraflar, ortak girişim üzerinde ortak kontrol hakkına sahip olacak kurucu teşebbüslerdir (1998c, paragraf 22).

Bir şirketin kontrol hakkının yarısı bir diğer şirkete devrediliyorsa, bu oluşum üzerindeki ortak kontrol sahipleri, devralmaya taraf teşebbüslerle devir işlemine konu teşebbüstür (1998c, paragraf 23).

Ortak girişim sadece devir işlemi için oluşturuluyorsa, bu ortak girişime taraf ana teşebbüslerin her biri ilgili taraftır. Tam işlevsel bir ortak girişimin devralmaya katıldığı durumlarda, taraflar devralınan teşebbüs ile tam işlevsel ortak girişimin kendisidir (1998c, paragraf 27-28).

Tarafların belirlenmesinin ardından **hangi ciroların** değerlendirmeye alınacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Ciro hesaplanmasına yönelik olarak değişik Birleşme Tüzüğü'nün 5'inci maddesi temel kuralları belirlerken, 447/98 sayılı "Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünde Öngörülen Bildirimlere, Sürelere ve Duruşmalara İlişkin Komisyon Tüzüğü"nün ikinci eki bu konuya örnekler eşliğinde rehberlik etmektedir.

Ciro hesabı yapılırken, Birleşme Tüzüğü'nün 5'inci maddesinin 4'üncü ve 5'inci paragrafları birlikte ele alınmalıdır. Madde 5(4), ilgili teşebbüslerin ciroları hesaplanırken, bu teşebbüslerin bağlı oldukları şirket gruplarının cirolarının da hesaba katılması gerektiğini belirtmektedir.

Madde 5(5) ise yoğunlaşmaya taraf iki ya da daha fazla sayıda teşebbüs tarafından, ortaklaşa kontrol edilen teşebbüslerin cirolarının hesaplamasında özel bir şart öngörmektedir. Buna göre, pazarda faaliyette bulunan tam işlevsel bir ortak girişim ile yoğunlaşma işleminin tarafı olan ve bu ortak girişimi ortaklaşa

⁵¹ Bu eşiklerin detaylarının, çalışmanın konusu bakımından tali olduğu düşünüldüğünden ayrıntılara inilmemiştir.

kontrol eden taraf ya da taraflar arasındaki satışlar, çifte hesaplama yoluyla açılmaması için ciro hesabına katılmaz. Sadece ortak girişim ile üçüncü taraflar arasında yapılan satışlar ciro hesabına katılır (Cook ve Kerse 2000, 81).

4.2.2. Ortak Girişimlerin İşbirliği Doğurucu Etkileri

Daha önce de belirtildiği gibi, 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü ortak girişimler bakımından Birleşme Tüzüğü'nün kapsamını genişletici niteliktedir. Değişiklik öncesi "rekabetçi davranışların koordinasyonu" olasılığını taşıyan tam işlevsel ortak girişimler, doğrudan "işbirliği doğurucu" olarak nitelendirilmekteydi. Yeni düzenlemede, bu davranışsal etkiler, maddi hukuk kuralları yönüyle (yasaklayıcı hükümler ve muafiyet) madde 81(1) ve (3)'e tabi olmakla birlikte, usul yönüyle Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Komisyon'un bu değişiklik ile hedefi, iktisadi açıdan birbirine benzer nitelikte sonuçlar doğuran ortak girişimlerin, Birleşme Tüzüğü'nün hızlı ve belirli prosedüründen yararlanmasını sağlamaktır. Uygulamadaki sonuçları itibarıyla, bir ortak girişimin tam bir birleşme ya da devir ile kıyaslandığında rekabeti daha az kısıtladığı görülmektedir. 1994 Duyurusu'nda yer verilenin aksine, işbirliği doğurucu olanlarının da dahil olduğu pek çok sayıda ortak girişimin, piyasa üzerindeki rekabeti kısıtlayıcı etkileri, tam bir birleşme ya da devir ile kıyaslandığında göreceli olarak çok daha azdır. Bunun sebepleri arasında, ortak girişimlerin diğer modellere kıyasla her zaman daha rekabetçi olmaları ve ortak girişimi oluşturan ana teşebbüslerin, ortak girişimin feshedilmesi halinde tekrar potansiyel rakip haline gelecekleri gösterilebilir (Hawk ve Huser 1993, 1158; Opi 1997,32).

Tam işlevsel bir ortak girişimin tarafları arasındaki işbirliği doğurucu etkileri üç grupta inceleyebiliriz:

- Yan sınırlamalar,
- Rekabetçi davranışların koordinasyonu (spillover aspects),
- Diğer işbirliği doğurucu yönler.

Bir ortak girişimin yukarıda sayılan kategoriler içerisinde değerlendirilebilecek işbirlikçi yönlerinin olması, söz konusu ortak girişimin değişik Birleşme Tüzüğü altındaki incelemesini etkilemez. Bir yoğunlaşmanın hayata geçirebilmesi için gerekli olan ve anılan işlemle doğrudan ilgili olarak sınırları çizilen "yan kısıtlamalar" ortak girişimle birlikte incelenecektir. "Rekabetçi davranışların koordinasyonu" olarak nitelendirilen ikinci tür kısıtlama, yoğunlaşmalara uygulanan usul kuralları çerçevesinde ancak yasaklayıcı hükmün niteliği gereği maddi hukuk kuralları bakımından 81(1) ve (3) çerçevesinde incelenecektir. Son olarak, bu iki tür kategori altında

nitelendirilemeyecek olan “diğer işbirlikçi kısıtlamalar”, 81 ve 82’nci maddelerin uygulamasını düzenleyen 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu kategoriler hakkında kısaca bilgi vermek gerekirse:

4.2.2.1. Yan Sınırlamalar

Bu çalışmanın amacı bakımından burada, yan sınırlamalara ilişkin detaylı bilgiye yer verilmeyecek, kısa bir şekilde ortak girişimler yönünden değinilmeye çalışılacaktır.⁵²

Gonzales Diaz, Topluluk uygulamalarında “yan sınırlamalara” ilişkin iki farklı görüş olduğunu vurgulamıştır (1995, 327). Birinci görüş, sözleşmede yer alan ve önemli derecede etkiye sahip olmayan her türlü hüküm ve kısıtlamayı “yan sınırlama” kabul ederek 81(1)’inci maddenin yasaklaması dışında tutar. İkinci görüş, “yan sınırlama” kavramının daha sınırlı kullanılmasını öngörmektedir.

Yan sınırlamalar, yoğunlaşmalar bakımından da önem arz etmektedir. Komisyon yoğunlaşmalar bakımından yan kısıtlamalara ilişkin tavrını 14.08.1990 tarihinde yayımladığı Duyuru’da belirlemiştir. Buna göre, “yan sınırlamalar” yoğunlaşmanın uygulaması için yoğunlaşmayla doğrudan ilgili⁵³ ve gerekli olan⁵⁴ kısıtlamalardır. Yan kısıtlamaların ortak girişimle birlikte değerlendirilebilmesi için; bu kısıtların yoğunlaşmayı meydana getiren anlaşmanın esas amacını oluşturmaması, nedenlerinin haklı gerekçelerle açıklanabilmesi, objektif kriterlere dayanması, söz konusu kısıtlamalar olmadan yoğunlaşma işleminin gerçekleşmeyecek ya da verimli şekilde hayata geçirilemeyecek olması ve bu sınırlamalardan daha az kısıtlama getiren bir çözüm bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca yan sınırlama adı altında yer almakla birlikte sözleşmeden ayrılabilir⁵⁵ nitelikteki hükümler, 81 ve 82’nci madde analizine tabi tutulabilmektedir. Yan kısıtlamaların uygulamada en çok karşılaşılan türü, rekabet etmeme yasağıdır.

⁵² Daha detaylı bilgi için bkz:

- DIAZ, F. (1995), “Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal, Vol:18, s. 325-362.
- FINE, F.L. (1996), Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC, Second Edition-Reprinted, Kluwer Law International, London.
- HOLLEY, D. (1990), “Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures”, Fordham International Law Journal, Vol:13, s. 423-459.

⁵³ Yan kısıtlama, yoğunlaşmayı meydana getiren anlaşmanın esas amacını oluşturmasa da, yoğunlaşma ile arasından doğrudan bir bağlantı olmalıdır.

⁵⁴ Yoğunlaşmanın meydana gelmesi söz konusu sınırlamaya bağlıdır. Bu sınırlamanın olmaması, söz konusu işlemin yüksek maliyet ve belirsizlik koşulları çerçevesinde gerçekleşmesine neden olur. Böyle bir durumda, yoğunlaşmanın başarı ihtimali de çok zayıflar.

⁵⁵ severable

Komisyon'un ortak girişim sözleşmelerinde yer alan ve yan kısıtlama olarak kabul ederek menfi tespit verdiği hükümler şunlardır:

- Ana teşebbüsler için öngörülen rekabet etmeme hükümlerinin, doğrudan ortak girişimin süresine bağlı olması, bu sürenin ortak girişimin feshini takip eden dönemlerde en fazla 1-2 yıl ile sınırlı olması,
- Ana teşebbüsler ya da ortak girişim şirketleri tarafından sadece başlangıç dönemi için kabul edilen münhasır satın alma hükümleri,
- Ana teşebbüslerin ortak girişimin rekabet halinde olacağı ürünleri üretmeme veya bu ürünlerle ilgilenmeme hükümleri,
- Ana şirketlerden ortak girişime aktarılmış olan münhasır know-how lisanslarının, ortak girişimin konusunu oluşturan alanlar dışında kullanılmama yükümlülüğü.

Yukarıda bahsedilen 1990 tarihli Duyuru'nun değişikliğe uğraması amacıyla, yeni bir Duyuru'nun çıkarılması gündeme gelmiş ve hazırlanan taslak metin yayımlanmıştır. Taslak metindeki değişikliklerden biri, ortak girişimin süresine ilişkindir. Buna göre; ana teşebbüsler, ortak girişim ile aralarında ortak girişimin süresi ile sınırlı olan rekabet yasaklarının, yoğunlaşmanın uygulanması için doğrudan ilişkili ve gerekli olduğunu ispatlamalıdır.

4.2.2.2. Rekabetçi Davranışların Koordinasyonu

1997 yılında Birleşme Tüzüğü'nde yapılan değişiklik ile işbirliği doğurucu etkilere sahip tam işlevsel ortak girişimler de, Birleşme Tüzüğü'nün usul kurallarına tabi kılınmıştır. Ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski (spillover risk) olarak da ifade edilen "rekabetçi davranışların koordinasyonu" kolay tanımlanamamakla birlikte yan sınırlamalardan kolayca ayırt edilebilir. Zira yan sınırlamalar sözleşmeye dayalı düzenlemelerden kaynaklanırken, "ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski" ağırlıklı olarak yoğunlaşma sonrası meydana gelen yapısal değişiklikler sonucu meydana gelmektedir.

Daha önce de yer verildiği üzere, madde 2(4) işbirliği etkileri olan yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin, Birleşme Tüzüğü usul kuralları çerçevesinde 81(1)'inci madde analizine tabi tutulabilmesini yasal kılmak için eklenmiştir. Komisyon, Ortak Girişimlere İlişkin 1998 tarihli Duyurusu'nda yeni düzenlemeye yönelik yeterli deneyim elde edilene kadar, madde 2(4)'e ilişkin açıklayıcı bilgi vermenin yerinde olmayacağını belirtmiştir. Faull ve Nikpay de, 1998 tarihli Duyuru'nun Birleşme Tüzüğü'nün ortak girişimlere nasıl uygulanacağı hususunda Komisyon'un yetki alanını düzenlediğini, dolayısıyla Duyuru'da, ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riskinin nasıl değerlendirileceği konusunda detaylı bir açıklamaya yer verilmemiş olmasını mantıklı bulmuştur (1999, 224). Duyuru, ileride işbirliği riskine ilişkin açıklayıcı bilgi verileceğini belirtmektedir. Ayrıca söz konusu açıklayıcı bilginin gecikmesi halinde,

tarafların 1994 tarihli eski Duyuru'nun 17-20'nci paragrafları arasında yer verilen, işbirliğine ilişkin prensiplerden yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Ortak girişimin bulunduğu pazarda ya da bu pazara yakın ilişkili pazarlarda, iki ya da daha fazla ana teşebbüsün önemli ölçüde faaliyetlerine devam etmesi ana teşebbüsler arasında işbirliği riskine yol açar⁵⁶. Bu husus değişik Birleşme Tüzüğü'nün 5 numaralı Gerekeşiyle de desteklenmektedir. Gerekeşe, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarında ya da ortak girişimin alt, üst veya komşu pazarlarında faaliyetlerine devam etmeleri **olasılığı** halinde, 81(1)'inci maddenin **uygulanabileceğini** ifade etmektedir. Bununla birlikte Faull ve Nikpay, ana teşebbüsler arasındaki potansiyel rekabet bakımından önemli olan etkilerin de, bu hüküm kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir (1999, 225).

Komisyon madde 2(4) değerlendirmesini yaparken dikkat edeceği hususlara, maddenin devamında yer vermiştir. Hatırlanacağı üzere bunlardan ikinci paragrafta yer alanı şöyledir:

ortak girişim kurulmasının **doğrudan sonucu** olan işbirliğinin ilgili teşebbüslere, olaya konu ürün ya da hizmetlerin önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermekte olup olmadığı.

Bu kriter muafiyetin koşullarını düzenleyen 81(3)'üncü maddenin (d) bendine benzemektedir. Faull ve Nikpay'e göre bu kriter, ortak girişimin oluşturulması ile ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski arasında bir "nedensellik" bağı kurmaktadır (1999, 225).

Anılan Gerekeşe'de yer almakla birlikte madde 2(4)'de ifade edilmemiş olan husus, ortak girişimin "yapısal etkilerine" ana teşebbüsler arasındaki işbirliği riski olarak görülen ve yapısal olmayan etkilere göre daha fazla önem verileceğidir. Yine Gerekeşe'de "ilgili pazar" yerine sadece "pazar" terimi kullanılmıştır. Bu, ana teşebbüsler arasındaki işbirliği olasılığının, ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı pazarda faaliyette bulunduğu durumlarda daha da arttığını göstermektedir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle Faull ve Nikpay, madde 2(4) çerçevesindeki analizin, işbirliğine konu pazarları, ana teşebbüslerin işbirliği güdülerini ve ortak girişim ile işbirliği arasında nedensellik bağı içerme gerektiğini vurgulamıştır (1999, 226).

Değişiklik sonrası ana teşebbüsler arasındaki işbirliğine yönelik analizin kullanıldığı ilk olay **Telia/Telenor/Schibsted**⁵⁷ dir. Olayın konusu ortak girişim,

⁵⁶ Ortak girişimin pazarında **tek** ana şirketin kalması halinde, işlem içtihat hukuku yoluyla yoğunlaşma yaratıcı olarak kabul edilmiştir.

⁵⁷ 08.04.1998, OJ 1998 C 128/23.

internet kullanımını ilgilendiren çeşitli hizmetlerin sunumuna yönelik pazarda faaliyet göstermekteydi. Söz konusu ortak girişim, öncelikle Birleşme Tüzüğü'nün 2'nci maddesi kapsamında "hakim durum" analizine tabi tutulmuş ve herhangi bir problemle karşılaşmamıştır. Komisyon bu sırada, ana teşebbüsler arasında işbirliğine yol açılabileceğini düşündüğü pazarları madde 2(4) çerçevesinde incelemiştir. Bu pazarlar, ortak girişimin ve ana teşebbüslerden ikisinin aktif olarak faaliyette bulunduğu web sitesi kurmaya yönelik pazar ile ortak girişimin üst pazarını oluşturan ve en azından iki ana teşebbüsün aktif olarak faaliyetlerini sürdürdüğü telefon aracılığıyla internete erişim pazarıdır.

Ana teşebbüsler ile ortak girişimin toplam pazar payları, web sitesi kurmaya yönelik pazarda çok düşüktü. Dolayısıyla Komisyon, ana teşebbüslerin bu pazarda işbirliğine yönelse bile rekabetin önemli ölçüde kısıtlanamayacağını belirtmiştir. Diğer bir anlatımla, tarafların pazar gücü olmaması sebebiyle rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açılmayacağına karar vermiştir (Venit 2000, 15). Bu yüzden ortak girişimin kurulması ile ana teşebbüslerin davranışları arasında bir nedensellik bağı olup olmadığının araştırılmasına gerek görülmemiştir.

Telefon aracılığıyla internete erişim pazarının ise gelişmekte olan ve rekabete açık bir pazar olmasından dolayı, rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açması muhtemel bulunmamıştır. Ayrıca bu pazarın ortak girişimin esas olarak faaliyette bulunduğu pazarla karşılaştırıldığında çok daha geniş olması da, işbirliği riskini azaltıcı bir diğer faktördür. Sonuç olarak, bu pazarda da ana teşebbüslerin koordinasyon doğurucu faaliyetlerine rastlanamamıştır.

Madde 2(4) analizine başvuru olan diğer olaylarda da, Komisyon benzer şekilde davranmıştır. Tüm bu olayların ağırlıklı olarak telekomünikasyon alanındaki yeni teknoloji pazarlarda meydana gelmesi dikkat çekicidir. İşbirliği yönleri olan işlemler bakımından büyük avantajlar sağlamakla birlikte, bu maddenin gelişimi uygulamalar ışığında gerçekleşecektir (Faull ve Nikpay 1999, 227).

Madde 2(4)'e ilişkin bir eleştiri Venit'den gelmiştir. Venit, bu hükümde bahsedilen "koordinasyon" teriminin açıkça tanımlanmamış olduğunu belirtmektedir. Venit, Komisyon'un madde 2(4) kapsamında ele aldığı olaylarda, koordinasyon riskinin varlığını, tarafların hissedilir ölçüde işbirliğine yol açacak belirli bir pazar gücüne sahip olduğu durumlarda kabul ettiğini ifade etmektedir. Bu analizde kullanılan eşik, 81'inci madde kapsamında uygulanan "hissedilir derecede etki" prensibine göre daha yüksektir. Bu durum temelde madde 81 analizi ile Birleşme Tüzüğü çerçevesindeki analizin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Tüzük "hakim durum" analizi yaparken, madde 81

rekabeti “önemli derecede” etkileyen rekabet kısıtlamalarını yasaklamaktadır. Bu yüzden söz konusu esnek yaklaşımın, madde 2(4)’ün lafzıyla tutarlı olmadığı ve bu hükmün uygulama sınırlarının, işbirlikçi ortak girişimlere 81’inci madde kapsamında uygulanan eski analizin Birleşme Tüzüğü’ne aktarılması ile belirlenmesi gerektiği iddia edilebilir. Ancak iktisadi bakış açısından Komisyon’un ve ATAD’ın bu iki farklı analizi birbirlerine yaklaştıracak şekilde uyguladıkları görülecektir. Bu yüzden davalarda, “hakim durum” olduğu ölçüde işbirliği analizi değerlendirmeye alınmaktadır (2000, 15).

Madde 2(4) analizine yönelik olarak, bu analizin madde 2(1)’de çerçevesinde “birlikte hakimiyet” unsurunun değerlendirmesinde uygulanan analiz ile aynı olması gerektiği yönünde görüşler vardır. İktisadi açıdan bakıldığında “birlikte hakimiyet” ve “işbirliği” konularının birbirlerine benzemekte olduğu görülecektir. Gerçekten iki durumda da, iktisadi ve hukuki yönden bağımsız iki ya da daha fazla sayıda teşebbüsün ilgili pazarda işbirliğine gidip gitmedikleri analiz edilmektedir (Venit 2000, 15). Ancak bu husus halen tartışmalıdır.

4.2.2.3. Diğer İşbirliği Doğurucu Yönler

Yan kısıtlama ya da rekabetçi davranışların koordinasyonu kategorilerinden herhangi biri çerçevesinde değerlendirilemeyen işbirlikçi davranışlar -tam işlevsel olmayan ortak girişimler gibi- 17/62 sayılı Genel Rekabet Kurallarının Uygulamasını Düzenleyen Konsey Tüzüğü çerçevesinde incelenecektir.

4.2.3. Tam İşlevsel Olmayan (Kısmi İşlevsel) Ortak Girişimler

Bir ortak girişim, ana teşebbüslerin iş faaliyet alanlarından sadece sınırlı bir bölümünü üstlenmiş ise tam işlevsel olmayan (kısmi işlevsel) bir ortak girişimdir. Araştırma-geliştirme, üretim, dağıtım ya da satış gibi sadece tek bir faaliyeti gerçekleştirmek için oluşturulan ortak girişimler bu kategoriye girer. Burada amaç ana teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerine destek olmaktır. Bu durum ana teşebbüsler arasında koordinasyon olasılığını artırır. Söz konusu ortak girişimler Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirmeye alınmaz, tarafların işbirliği sonucu rekabetçi davranışlarının koordinasyonuna yol açıp açmadığı konusu ile birlikte 81’inci madde ve 17/62 sayılı Tüzük çerçevesinde incelenir (OECD Dokümanı 2001, 130).

Ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında koordinasyona yol açan kısmi işlevsel ortak girişimler 81’inci maddenin ihlaline sebep olabilir. Bu tür anlaşmalar arasında rekabeti kısıtlayıcı etkileri, piyasadaki olumlu etkilerine oranla daha az olanlar, bireysel muafiyetten ya da grup

muafiyeti düzenlemelerinden yararlanabilirler. Söz konusu grup muafiyetleri 2659/2000 sayılı Ar&Ge, 2658/2000 sayılı Uzmanlaşma⁵⁸ ve 240/96 sayılı Teknoloji Transferi anlaşmalarına ilişkin olarak hazırlanmış düzenlemelerdir.

06.01.2001 tarihinde, Komisyon'un **yatay kısıtlamalara** ilişkin yaklaşımını ortaya koyan "Yatay İşbirliği Anlaşmalarına AT Antlaşmasının 81'inci maddesinin Uygulamasını İçeren Rehber"i yayımlanmıştır⁵⁹. Rehber'in 8'inci paragrafı açıkça, bu Rehberin 1993 tarihli "İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlere Yönelik Duyuru"nun yerini aldığını belirtmektedir. Rehber, pazarda aynı seviyede faaliyetlerini sürdüren iki ya da daha fazla sayıda teşebbüs arasındaki etkinlik artırıcı etkileri olan anlaşmaları ya da uyumlu eylemleri kapsamaktadır. Rehber, anlaşma konusu ürünler olarak mal ve hizmetleri içermektedir. Bunlar başlıca araştırma-geliştirme, üretim, satınalma, standardizasyon, çevresel ve dağıtım/ticarete ilişkin anlaşmalardır.

Yoğunlaşmış piyasalardaki giriş engelleri, rakipler arasında koordinasyon olasılığını güçlendirir. Komisyon'un yayımlanmış kararlarının pek çoğu, yoğunlaşmış piyasalardaki Ar&Ge anlaşmaları ile ilgilidir. Yoğunlaşma oranının düşük olduğu piyasalarda, Komisyon, kısıtlı kaynaklarından tasarruf etmek için idari mektup yayımlayarak, anlaşmaların 81'inci maddedeki yasaklamadan muaf tutulduklarını bildirir. Komisyon ortak girişimin hukuki yapısı ile ilgilenmez. İşbirliği doğurucu ortak girişim anlaşmaları, tarafların ortaklaşa kontrol ettiği bağlı bir teşebbüs olabileceği gibi, bir ortaklık olarak ya da taraf teşebbüslerin sadece gerekli kaynakları sağladıkları müşterek komite şeklinde de ortaya çıkabilir (Korah 1997, 284).

Korah'ın da belirttiği gibi, ortak girişimlerin 81'inci madde çerçevesindeki değerlendirmesi, Birleşme Tüzüğü altındaki inceleme usullerine oranla çok daha sıklıdır. 81'inci madde çerçevesindeki incelemelerde ortak girişim anlaşmalarının çoğu muafiyetten yararlanırken, az sayıda anlaşma menfi tespitten yararlanabilmiştir⁶⁰. Sınırlı bir alanda faaliyet göstermek üzere oluşturulmuş bu tür ortak girişimlere taraf teşebbüslerin, pazardaki varlıklarını korumak için ortak girişimin genişlemesine yönelik kararları veto etmeleri ve çıkarlarından dolayı ortak girişimle rekabet etmekten kaçınmaları dikkat çekicidir (1997, 284).

⁵⁸ Bu yeni Tüzükler Komisyon'un 418/85 sayılı Ar&Ge ve 417/85 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına yönelik grup muafiyeti tüzüklerinin yerini almıştır. Yeni Tüzük metinleri için bakınız:

- Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Tüzük OJ L 304, 05.12.2000, s.3
- Ar&Ge Anlaşmalarına İlişkin Tüzük OJ L 304, 05.12.2000, s.7

⁵⁹ Bu Rehber Duyuru, yatay işbirliği çeşitlerinden olan Ar&Ge, üretim ve satım alma anlaşmalarına ilişkin hükümler içermektedir.

⁶⁰ 1986 yılına kadar ise hiçbir ortak girişim anlaşması menfi tespit almamıştır.

4.2.3.1. Ar&Ge Ortak Girişimleri

Ekonomik rekabetin önemli ölçüde teknolojik yeniliklere bağlı olduğu günümüzde, yeni teknolojilerle üretilen ürünler büyük bir hızla eski ürünlerin yerine geçmekte, yeni buluşlarla üretilen bu daha kaliteli ve ucuz ürünler dünya pazarlarında üstünlük kazanmaktadır. Söz konusu teknolojik gelişmeler büyük ölçüde araştırma-geliştirme faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu faaliyetlerin yürütülmesi finansal kaynakların varlığına ve devamlılığına bağlıdır. Özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin gerektirdiği kaynakları tek başlarına karşılamaları ve bu yatırımların sonuçlarının kısa dönemde alınamaması sonucunda doğabilecek risklere katlanmaları kolay gözükmemektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin bu alanda işbirliğine gitmeleri kaçınılmazdır (Aslan 1992, 162). Ar&Ge alanındaki anlaşmaların, ortak girişim şeklinde meydana gelmesi mümkündür.

Araştırma-geliştirme faaliyetleri için oluşturulan ve rekabeti kısıtlayıcı etkileri olan ortak girişimler, Ar&Ge anlaşmaları için düzenlenen grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Ar&Ge anlaşmalarına ilişkin 2659/2000 sayılı yeni tüzük, belirtilen şartları taşıyan Ar&Ge anlaşmalarını 81'inci maddenin yasaklamasından muaf tutmaktadır. Tüzüğün 2'nci maddesi, araştırma sonuçlarına taraf teşebbüslerin müşterek ulaşım sağlamalarını; 3'üncü maddesi ise ilgili pazarda, taraf teşebbüslerin pazar payı toplamının %25'i aşmadığı sürece grup muafiyetinin geçerli olduğunu düzenlemektedir. Tüzük fiyat belirleme ile üretim miktarı ya da satışların kısıtlanması gibi sınırlamaları, ağır sınırlama olarak nitelendirerek grup muafiyeti kapsamına almamıştır (madde 5). Yeni Tüzük, teşebbüslerin neleri yapmaması gerektiğini belirten bir kara liste sunarak, eski düzenlemeye kıyasla teşebbüslere daha fazla hukuki belirlilik sağlarken, daha anlaşılır ve basit bir şekle dönüşmüştür.

Komisyon "Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber"inde, Ar&Ge anlaşmalarının büyük çoğunluğunun madde 81(1) kapsamında olmadığını belirtmektedir (2001, paragraf 55).

Yine Rehber'e göre (2001, paragraf 56);

Taraf teşebbüsler arasındaki Ar&Ge anlaşmaları bakımından rekabetçi ilişkiler, etkilenen pazarlar ile yenilikler çerçevesinde şekillenecektir. Taraf teşebbüslerin ihtiyaç duydukları Ar&Ge'yi, bağımsız olarak gerçekleştirememeleri sonucu birlikte faaliyet göstermeleri rekabeti kısıtlayıcı bir durum olarak görülmez...Potansiyel rekabet meselesi gerçekçi bir şekilde ele alınmalıdır. İşbirliği sonucu Ar&Ge faaliyetlerini birarada yürütmek durumunda kalan teşebbüsleri birbirlerinin rakibi olarak görmek doğru olmayacaktır. Potansiyel rakip olma, taraf teşebbüslerin bağımsız olarak varlıklara, know-how'a ve diğer kaynaklara erişiminin olup olmamasına bağlıdır.

Komisyon OECD'ye sunduğu raporunda, Ar&Ge anlaşmalarının lisans verme, üretim ve/veya pazarlama gibi araçlar yoluyla kötüye kullanılmadığı

sürece 81(1)'inci madde anlamında bir yasaklama yaratmayacağını ve bu tür Ar&Ge anlaşmalarının ancak buluşlara yönelik etkin rekabeti kısıtladığı ölçüde sorun yaratacağını ifade etmiştir (2001, 131).

Komisyon **BP/Kellogg**⁶¹ kararında, bir Ar&Ge ortak girişimine 81(3) çerçevesinde muafiyet tanımıştır. Söz konusu anlaşma, Ar&Ge'ye ilişkin grup muafiyeti tüzüğünün kabulü öncesinde değerlendirildiği için bireysel muafiyete tabi tutulmuştur.

4.2.3.2. Üretim Ortak Girişimleri

Üretim yapma amacıyla oluşturulan ortak girişimler tam işlevsel değildir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi üretim ortak girişimlerinin, ana teşebbüslerin hammadde kaynaklarından ve teknik bilgilerinden yararlanmalarından dolayı, piyasalarda bağımsız olarak davranamamasıdır. Diğer sebep ise bahse konu teşebbüsün, üretilen ürünlerin satışını taraf teşebbüslere ya da taraf teşebbüslerin isteği doğrultusunda gerçekleştirmesidir. Dolayısıyla, söz konusu kısmi işlevsel ortak girişimler bağımsız iktisadi bir varlık gibi davranamaz.

Öte yandan, “AT Antlaşması'nın 81 ve 82'nci maddelerini Uygulayan Kuralların Modernizasyonu Hakkındaki Beyaz Kitap”ta, üretim ortak girişimlerinin Birleşme Tüzüğü çerçevesinde değerlendirilmesi için yapılan teklif dikkat çekicidir. Düzenlemenin 79-81'in paragrafları bu konuda şunları ifade etmektedir:

Kısmi işlevsel üretim ortak girişimler...genellikle yatırım ve faaliyetlerin önemli ölçüde birleştirilmesini gerektirir, bu durum daha sonra bir rekabet otoritesinin talimatıyla bu faaliyetlerin birbirinden ayrılmasını güçleştirmektedir. Bu yüzden bu tür bir işlem bakımından etkili denetim, zorunlu bir ön bildirim sistemiyle muhtemelen daha iyi sağlanacaktır...

Birleşme Tüzüğü tarafından uygulanan yöntemler hızlı ve etkili bir ön kontrole imkan tanımaktadır. Komisyon buna uygun olarak kısmi işlevli üretim ortak girişimlerini içerecek şekilde söz konusu Tüzüğün kapsamını genişletmeyi öngörmekte olup, bu tür ortak girişimler hem Tüzüğün 2(3)'üncü maddesi kapsamında hakim durum analizine hem de 2(4)'üncü madde kapsamında 81'inci madde analizine tabi tutulacaktır.

Bununla beraber Komisyon “17/62 sayılı Tüzüğün Gözden Geçirilmesine Dair Teklifi”nde⁶² bu tartışmayı daha ileri bir tarihe ertelemiştir.

⁶¹ 02.12.1985, OJ 1985 L 369/6.

⁶² 27.09.2000 tarihinde ilan edilmiştir. Bu teklifin amacı kırk yılı aşkın süredir Roma Antlaşması'nın 81 ve 82'nci maddelerinin uygulama tüzüğü olan 17/62 sayılı Tüzük'te değişiklik yapılmasıdır.

Bu konu muhtemelen, Birleşme Tüzüğü'nde yapılacak olası değişiklikler sırasında ele alınacaktır.

Üretime ilişkin yapılan uzmanlaşma anlaşmaları, ilgili teşebbüslerin malların üretiminde yoğunlaşmalarına ve böylece daha etkin çalışarak daha ucuza ürün sağlamalarına sebep olacağından, genellikle malların üretiminde veya dağıtımında iyileşme sağlar. Taraf teşebbüslerin üretimde uzmanlaşmasını hedefleyen ortak girişimler, bu konudaki grup muafiyeti düzenlemesinden yararlanabilecektir. Uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin 2658/2000 sayılı yeni Tüzük de, 2659/2000 sayılı yeni Ar&Ge Tüzüğü gibi, nelerin yapılmaması gerektiğini düzenleyerek (kara liste) tarafların daha belirgin koşullarda çalışmasını hedeflemiştir. Tüzüğün 3'üncü maddesi ilgili pazarda pazar payları toplamı %20'yi aşmayan teşebbüslerin, 4'üncü madde de sayılan fiyat belirleme ve pazar paylaşımı gibi ağır sınırlamaları içermedikleri sürece, bu düzenlemeden faydalanabileceklerini belirtmektedir. Komisyon'un yatay işbirliği anlaşmaları rehberi, üretim ve uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin de hükümler içermektedir.

Komisyon'a göre üretim anlaşmalarının neden olacağı en önemli rekabet sorunu, sağlayıcı konumundaki taraf teşebbüslerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonudur. Bu sorun, taraf teşebbüslerin ilgili pazar ya da anlaşma ile doğrudan ilişkili alt, üst ya da komşu pazarların en azından birisinde, gerçek ya da potansiyel anlamda birbirlerine rakip olmaları halinde ortaya çıkar. Üretim anlaşmalarının seyrek olmakla birlikte üçüncü taraflar açısından neden olduğu bir başka sorun, pazarın kapatılma riskidir⁶³. Bununla birlikte tarafların rakip olmaları, bu teşebbüsleri otomatik olarak davranışlarını koordine etmeye itmez.

4.2.3.3. Dağıtım/Ticarete İlişkin Ortak Girişimler

Aynı seviyede faaliyetlerini sürdüren rakipler arasında, ürünlerin sadece dağıtımını içerecek şekilde meydana getirilen ortak girişimler, ilgili pazarda fiyatın belirlenmesine ve bağımsız sağlayıcıların sayısının azalmasına neden olduklarından 81(1)'inci madde anlamında rekabeti kısıtlar. Ayrıca bu tür ortak girişimler genellikle madde 81(3)'deki muafiyetten de yararlanamaz. Bununla birlikte rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan ortak satım anlaşmaları rekabeti kısıtlamaz. Komisyon'un 2001 tarihli yatay kısıtlamalara ilişkin rehberi, aynı seviyedeki rakipler arasında dağıtıma ilişkin yapılan anlaşmalara da yol gösterici niteliktedir⁶⁴.

⁶³ foreclosure effect

⁶⁴ Üretim ya da dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyette bulunan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar 2790/1999 sayılı "Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü" çerçevesinde değerlendirilecektir. Buradaki dağıtım anlaşmalarından kasıt, aynı seviyede

Ortak girişime taraf teşebbüslerin dikey bütünleşmiş piyasalarda faaliyette bulunmaları, bu teşebbüslerin 81'inci maddeye aykırı rekabetçi davranışlarının koordinasyonunu artırır. Ayrıca özellikle pazarda güçlü konuma sahip ana teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ortak girişim anlaşmaları, dikey kısıtlamalar aracılığıyla ilgili pazarları rakiplere kapatma etkisi taşıyabilir (Reynolds 1997, 188).

WANO Schwarzpulver⁶⁵ kararında, ICI ve Bohlen şirketlerinin barut üretimi ve satışı amacını taşıyan bir ortak girişim kurması engellenmiştir. Davaya taraf olan ana teşebbüslerin ikisi de, başta patlayıcıların üretimi ve dağıtımının yapıldığı alt pazar olmak üzere tüm ilişkili pazarlarda faaliyette bulunuyordu. Ana teşebbüslerden ICI'nin barut ihtiyacına ilişkin ihtiyacının tümünü ortak girişimden sağlaması ve böylece İngiliz pazarını İtalyan ve Fransız rakiplere kapatması ortak girişimin engellenmesine sebep olan faktörlerdir.

Gec-Weir Sodium Circulators⁶⁶ davasında, sodyum taşıyıcıların⁶⁷ ortaklaşa geliştirilmesi, üretilmesi ve satışa sunulması için bir ortak girişim oluşturulmuştur. Bu davada taraf teşebbüslerin sadece yatay faaliyetler bakımından değil aynı zamanda dikey anlamda birbirleriyle ilişkili sektörlerde de rakip oldukları kabul edilmiştir. Komisyon kararında, tarafların rekabetçi davranışlarının sınırlanmasının, sadece ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarda değil aynı zamanda yatay ya da dikey anlamda bütünleşmiş pazarlarda da geçerli olduğunu belirtmiştir (Fine 1992, 207).

Elopak/Metal Box-Odin⁶⁸ davasında, Elopak ve Metal Box şirketleri gıda ürünlerinin uzun süreli korunacağı yeni bir ambalaj türünün geliştirme, üretim ve dağıtımını üstlenmek üzere ortaklaşa kontrol edilecek bir şirket -Odin-kurmaya karar vermiştir. Komisyon, bu yeni ürünün üreticilerinin birbirleriyle gerçek ya da potansiyel rakip olmayan teşebbüsler olduğunu ifade etmiş; ayrıca bu ürünün tamamen yeni olması ve kullanım alanının diğer ambalajlardan farklı olması sebebiyle, herhangi bir pazarda "piyasa kapatma" sonucuna yolaçılmayacağını belirtmiştir. Komisyon 81'inci madde anlamında bir yasaklama doğurmadığına karar verdiği ortak girişime menfi tespit vermiştir (Fine 1992, 208).

faaliyetlerini sürdüren teşebbüslerin dağıtımını birlikte yerine getirmek üzere yaptıkları anlaşmalardır.

⁶⁵ 20.10.1978, OJ 1978 L 322/26.

⁶⁶ 23.11.1977, OJ 1977 L 327/26.

⁶⁷ Nükleer reaktörlerin çevresindeki haznelere sıvı halde soğutucu pompalamaya yarar.

⁶⁸ Bkz. dipnot 15.

BÖLÜM 5

ABD UYGULAMALARINDA ORTAK GİRİŞİMLERE BİR BAKIŞ

5.1. AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKUNDA GENEL OLARAK ORTAK GİRİŞİMLER

Amerikan antitröst hukuku⁶⁹ yüzyılı aşkın bir sürede çeşitli kanunlar çerçevesinde şekillenmiştir. Bunlar arasında ilk federal yasal düzenleme olan Sherman Antitröst Kanunu 1890'da sanayi devrimini takip eden yıllarda yürürlüğe girmiştir. Sherman Kanunu'nun 1'inci bölümü ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan her türlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışları yasaklamaktadır⁷⁰. "Ticareti kısıtlayan" terimi; fiyat belirlemesi, pazar paylaşımı gibi ağır rekabet sınırlamalarının yanısıra, rekabetçi açıdan daha az sınırlayıcı kabul edilmekle birlikte rekabet karşıtı etkilerinin olması halinde yasaklama kapsamına alınabilen münhasırlık anlaşmaları ve ortak girişim anlaşmalarını da içerir (Fox ve Pitofsky 1997, 240). Aynı Kanun'un 2'nci bölümü ise tekelleşmeyi ve tekelleşmeyi teşebbüsü ya da bu yöndeki birliktelikleri yasaklamaktadır⁷¹.

Amerikan antitröst kanunları arasında birleşme ve devralmalarla ilgili olan düzenleme 1914 yılında yürürlüğe girmiş ve 1950'de değişikliğe uğramış olan⁷² Clayton Kanunu'nun 7'nci bölümüdür. Bölüm 7, etki bakımından rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilecek ya da tekele yol açabilecek olan varlıkların ya da hisselerin devralınmasını yasaklamaktadır. Bu tür işlemler aynı zamanda Sherman Kanunu'nun 1 ve 2'nci Bölümleri çerçevesinde, ticareti gereğinden fazla kısıtlayan ya da tekelleşmeyi amaçlayan sonuçlara yol açıp açmadıkları konusunda da değerlendirmeye tabi tutulabilir.

1976 tarihli Hart-Scott-Rodino Geliştirme Kanunu (HSR Kanunu) ile federal kuruluşlara (Adalet Bakanlığı'nın Rekabetten Sorumlu Dairesi ile Federal Ticaret Komisyonu), birleşme ve devralmaların yürürlüğe girmesinden önce bu düzenlemelerin antitröst hususlarını gözden geçirme imkanı verilmiştir. Federal Ticaret Komisyonu, Kongre'nin iznini takiben HSR Kanunu çerçevesinde birleşme öncesi bildirimle yönelik detaylı ve kapsamlı bir kurallar dizisi belirlemiştir.

Adalet Bakanlığı'nın Antitröst Dairesi, Sherman Kanunu'nun uygulaması bakımından tek yetkili kuruluştur. Federal Ticaret Komisyonu ise Clayton Kanunu'nun uygulamasında Adalet Bakanlığı ile ortak sorumluluğa sahip olan bağımsız idari bir kuruluştur. Görüleceği üzere, bu iki kuruluş da Clayton

⁶⁹ Amerika'da bu hukuk dalı, tröstlerin hakimiyetine son vermek amacıyla ortaya çıktığı için ilk önce "antitröst hukuku" olarak adlandırılmış ancak zaman içerisinde bu yaklaşım yerini etkin rekabetin sağlanması ve korunması şeklindeki daha geniş bir amaca bırakmıştır (Öz 2000, 26).

⁷⁰ Bu bölümün Roma Antlaşmasının 81'inci maddesi ile benzer yanları vardır.

⁷¹ Bu bölüm Roma Antlaşmasının hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 82'nci maddesi ile karşılaştırılabilir.

⁷² 1950 yılındaki bu değişiklik Celler-Kefauver Birleşme Kanunu sayesinde gerçekleşmiştir.

Kanunu'nun uygulamasından sorumludur. Ancak bir birleşme ya da devralma incelemesi genellikle tek bir kuruluş tarafından yapılmaktadır. Söz konusu incelemenin hangi kuruluş tarafından yapılacağı kuruluşlar arasındaki resmi olmayan karşılıklı görüşmeler sonucu, bu kuruluşların daha önce incelemede buldukları sektörler ve firmalar gözönüne alınarak belirlenir (Harty 2001, 196).

Ortak girişimler bakımından Amerikan uygulamaları genellikle esnekler. Amerikan uygulamalarında, ortak girişimlerin bir birleşme mi yoksa anlaşma mı olduğunu belirlemek için Topluluk'da olduğu gibi sınırlar getirilmemiştir. İnceleme ortak girişimin yapısına göre *rule of reason*⁷³ (haklı sebep) ilkesi çerçevesinde yapılır.

Bir pazara girişi aksi takdirde mümkün olmayan iki teşebbüsün güçlerini birleştirerek, söz konusu pazara erişim sağlamalarına yol açan ortak girişimler federal kuruluşlarca yasal kabul edilir. Sorun yaratan, ilgili pazarda faaliyette bulunan iki teşebbüsün etkinliği ileri sürerek birleştirdikleri güçlerini rekabeti kısıtlayıcı yönde kullanmaları ve bunu "ortak girişim" olarak nitelendirmeleridir. Amerikan antitröst hukukunun ilgilendiği de bu tür ortak girişimlerdir.

Amerikan antitröst hukukunda ortak girişimler, sözleşmelere dayalı işlemler ya da adi ortaklık şeklinde meydana gelen oluşumlar şeklinde değerlendirilmektedir. Taraflar belirli bir ürün ya da coğrafi pazarda kaynakların birleştirilmesinde sıkça ortak girişimlerden yararlanır. Teşebbüsler arasındaki herhangi bir işbirliği anlaşması ortak girişim şeklinde olabilir. Bu anlamda ortak girişim, tarafların genellikle tek başlarına üstesinden gelemeyecekleri işleri başarmak için birleştikleri ve riskleri paylaştıkları oluşumlardır. Basit ortaklığa dayanan ortak girişimler, hem Clayton Kanunu'nun 7'nci bölümüne hem de Sherman Kanunu'na tabi olabilir. Bu yüzden bir ortak girişimin bir birleşme mi bir anlaşma mı olduğu önemli değildir⁷⁴ (Fox 1997, 349).

Görüreceği üzere, Amerikan antitröst hukuku Topluluk rekabet hukukundaki şekilsel yaklaşımdan farklı olarak, ortak girişim işleminin piyasa üzerindeki etkilerine önem vermektedir. Bununla beraber, Topluluğun da 1997 yılında yapılan değişiklik ile Amerikan uygulamalarında olduğu gibi şekilsellikten uzak ve esnek bir yaklaşıma yöneldiği göze çarpmaktadır.

5.2. SEÇİLMİŞ KARARLAR

Amerikan antitröst hukukunda ortak girişimlere ilişkin yaklaşımı ortaya koyabilmek bakımından bazı Yüksek Mahkeme kararlarına değinmekte fayda

⁷³ Bu ilke söz konusu anlaşma ya da eylemin, rekabet üzerindeki etkileri araştırıldıktan ve ekonomik analizi yapıldıktan sonra karara bağlanmasını öngörür.

⁷⁴ Detaylı bilgi için bakınız, Tenneco, Inc. v. FTC, 689 davası.

olacaktır. Bu bölümde Chavez (1999, 984-988) ve Hovenkamp'ın (1999, 192-212) görüşlerinden yararlanılmıştır:

5.2.1. Penn-Olin Davası⁷⁵

1960 yılında %50'si Pennsalt, %50'si Olin-Mathieson Şirketine ait olan Penn-Olin Kimyasal Şirketi (ortak girişim) kurulmuştur. 6 yılı aşan ve Yüksek Mahkemeye kadar uzanan bir dava süreci sonunda, davalı lehine karar alınmıştır.

Penn-Olin 1961'de Kentucky'de (Güneydoğu Amerika) sodyum klorat⁷⁶ üretmeye başlamıştır. Ortak girişim oluşturulmadan önce, ana teşebbüslerden Pennsalt firması Kuzeybatı Pasifik'de sodyum klorat üretimi ile uğraşmaktaydı. Bu firmanın, Adalet Bakanlığı'nın coğrafi pazar olarak belirlediği Güneydoğu Amerika'da herhangi bir faaliyeti bulunmamaktaydı. Güneydoğu Amerika'da potasyum klorat üretimi ile uğraşan, pazar payı %49.5 olan Hooker Kimyasal ve pazar payı % 41.6 olan Potash Kimyasal firmaları, Üst Mahkeme tarafından toplamda % 90'ın üzerinde pazar payı ile tam bir tekelci güce sahip bulunmuşlardır. Pennsalt şirketi, Olin firması ile yaptığı satış anlaşması sonucu Kuzeybatı Pasifik'de ürettiği ürünleri ilgili coğrafi pazarda pazarlamaya başlamıştır. Böylece Pennsalt'ın bölgedeki satışları % 8.9'a çıkmıştır. Olin ise ilk defa sodyum kloratın ticari üretimi ile ilgilenmiştir. Görüleceği üzere, olayda ilgili pazarda faaliyet göstermeyi düşünen iki teşebbüs, anılan pazara ayrı ayrı girmek yerine bir ortak girişim oluşturmak suretiyle girmeyi tercih etmiştir.

Adalet Bakanlığı, 1961 yılında Penn-Olin ortak girişimini Clayton Kanunu'nun 7'inci bölümü ve Sherman Kanunu'nun 1'inci bölümü çerçevesinde incelemeye almıştır. Adalet Bakanlığı, pazardan potansiyel bir rakibin elenmesini, aynı pazarda pazar payları toplamı % 91 olan iki teşebbüs karşısında % 9 pazar payına sahip olacak bir ortak girişimin rekabet etmesi ile kıyaslandığında rekabeti daha fazla kısıtlayıcı olduğunu iddia etmiştir.

Bölge mahkemesi; ana teşebbüslerin, Penn-Olin ortak girişim şirketini ilgili coğrafi pazarda üretim yapmak için kurmuş olduklarını ifade etmiştir. Bu sebeple bölge mahkemesi, anılan ortak girişimin rekabeti önemli derecede engelleyecek etkiye sahip olmadığına karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme sonucu reddederek, Bölge Mahkemesinin Clayton Kanunu'nun 7'nci bölümünü yanlış yorumladığını öne sürmüştür. Doğru yaklaşımın,

Bu iki teşebbüsten herhangi birisinin tek başına ilgili pazara yatırımda bulunması halinde diğerinin bu pazarda potansiyel bir rakip olarak faaliyette bulunma olasılığının olup olmadığı

⁷⁵ 378 U.S. 158 (1964).

⁷⁶ Tahta hamurunu beyazlatmak için kullanılan bir tür kimyasal bileşim.

noktasının açıklığa kavuşturulması olduğunu belirtmiştir. 6 yılı aşan bir süreç sonunda hükümet davayı kaybetmiştir.

5.2.2. Topco Davası⁷⁷

Ortak girişimlerin halen uygulamada karşılaştıkları sorunlara bir başka örnek olarak 29 yıllık Topco davası gösterilebilir. Bu davanın konusu, 25 adet küçük ya da orta ölçekli bölgesel süpermarket zincirinin biraraya gelerek oluşturduğu birliğin uyguladığı bölgesel kısıtlamalardır. Topco, 1940 yılında küçük süpermarket zinciri sahipleri tarafından ulusal ve bölgesel zincir marketlere karşı rekabet edebilmek için kurulmuştur. Birlik üyeleri, Topco markasını sadece kendilerine münhasıran verilen bölgelerde satmaya yetkili kılınmışlardı. Bu yüzden üyelerin pazar payları % 6 ile sınırlanmaktaydı. Davada, tarafların “ortak faaliyetlerinde” yardımcı role sahip pazar paylaşımının, bedavacılık sorununu azaltırken üretim miktarının artmasına sebep olup olmadığı tartışılmaktadır.

Bölge mahkemesi, yaptığı değerlendirme sonucunda Topco'ya izin vermiştir. Ancak dava Yüksek Mahkemeye temyiz edilmiştir. İddia da Topco'nun uyguladığı bölgesel kısıtlamaların rekabet kanunlarını **per se**⁷⁸ (yalnız başına) ihlal ettiği ifade edilmiştir. Topco, bölgesel kısıtlamalar olmadan büyük zincirlerle rekabet edilemeyeceğini tekrarlamıştır. Bölge mahkemesi büyük zincirlerle rekabetin, Topco üyeleri arasındaki rekabetin kısıtlaması ile sağlanabileceğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme ise anılan kısıtlamanın, Topco üyeleri arasında yatay olarak rekabeti kısıtladığını ifade ederek bu savunmayı reddetmiş ve söz konusu ortak faaliyeti, Sherman Kanunu'nun 1'inci bölümü çerçevesinde **per se** ihlal kabul etmiştir.

Günümüzde, Topco davasının **rule of reason** analizine göre incelenmiş olmasının doğru olacağını savunan çok sayıda eleştirinin varlığına rağmen, bu tür bir etkinliğin neden mutlaka bölgesel koruma ile elde edilmesi gerektiğini sorgulayan aksi görüşler de geçerliliğini korumaktadır.

Yüksek Mahkeme, Topco davasından sonra üç ayrı davada, ortak girişimlerde yer verilen kısıtlamaların **rule of reason** analizi çerçevesinde değerlendirilmesinin yerinde olacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu davalar şunlardır: Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System⁷⁹, NCAA v. Board of

⁷⁷ 405 U.S. 596 (1972).

⁷⁸ Bu ilke terminolojide “rekabete aykırılığı açık ve tartışmasız olan eylem ve işlemlerin inceleme yapılmaksızın yasak olduğunu” ifade etmek için kullanılır.

⁷⁹ 441 U.S. 1, 19 (1979).

Regents of the University of Oklahoma⁸⁰ ve Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co⁸¹.

Bu davalardan NCAA, ortak girişimlere **per se** yasak analizi yerine **rule of reason** ilkesinin uygulanabileceğini, ancak bu durumda bile ortak girişimlerin yasaklama kapsamına alınabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

5.3. RAKİPLER ARASINDAKİ İŞBİRLİĞİ İÇİN AÇIKLAYICI ANTİTRÖST REHBERİ

Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanan “rakipler arasındaki işbirliklerini” düzenleyen açıklayıcı nitelikteki rehber, 2000 yılının Nisan ayında yayımlanmıştır. Rehberin önsözünde, Amerika’da son yirmi yılda rakipler arasındaki işbirliğini düzenleyen çok az sayıda anlaşmanın federal kuruluşlarca dava konusu yapılmış olduğu belirtilmektedir. Rehber bununla birlikte, antitröst kanunlarının gerçek ya da potansiyel rakipler arasındaki anlaşmalara kuşkuyla yaklaştıklarını, dolayısıyla rekabeti arttırıcı etkileri olabilecek işbirliği anlaşmalarının gelişiminin engellenebileceğini belirtmektedir.

Rehber, rakip teşebbüsler arasındaki işbirliğine ilişkin hususlara çeşitli örnekler vererek, iş hayatını bilgilendirmeyi hedeflemektedir. Rehber, federal kuruluşların rakipler arasındaki işbirliklerini nasıl bir analize tabi tuttıklarını açıklamaya çalışmaktadır.

Rehberde göre işbirliği, birleşme anlaşmalarından farklı olarak, rakipler arasında bir iktisadi faaliyeti yerine getirmek üzere yapılan bir ya da birden fazla anlaşmayı içerir.

Ayrıca, Kongre’nin 1984 yılında yürürlüğe koyduğu, bazı işbirliği anlaşmalarının rekabet yasalarının yükümlülüklerinden korunmasını sağlayan, “Ulusal İşbirliği Araştırma Kanunu” 1993 yılında değişikliğe uğrayarak “Ulusal İşbirliği Araştırma ve Üretim Kanunu”na dönüşmüştür.

Amerikan antitröst hukuku, ortak girişimlerin analizinde Topluluğa göre çok ileridedir. Amerikan uygulamalarında, kaynakların geleneksel anlamda birleştirilmesine gerek kalmadan, işbirliği sonucu da teşebbüslerin gerçek ve tatmin edici yarar sağlayabilecekleri kabul edilmiştir. Asıl dikkat edilmesi gereken, bir ortak girişim sonucu yeni ürünlerin üretilmesi, fiyatların düşürülmesi ya da üretim miktarının arttırılması aracılığıyla toplumun fayda sağlayıp sağlamadığıdır.

⁸⁰ 472 U.S. 85, 100 (1984).

⁸¹ 472 U.S. 284, 298 (1985).

Görüleceği üzere; Amerikan antitröst hukuku düzenlemelerinde ortak girişimler, işbirliği doğurucu ya da yoğunlaşma doğurucu olarak kesin bir ayırma tabi tutulmamakta, piyasa üzerindeki etkilerine göre değerlendirilmektedir. Ortak girişimler uygulamada, ister “rakipler arasında işbirliği doğurucu anlaşma” isterse “birleşme” olsun, farklı rekabet düzenlemelerine dava konusu yapılabilmektedir.

BÖLÜM 6

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA ORTAK GİRİŞİMLER

6.1. ORTAK GİRİŞİMLERİN TÜRK REKABET HUKUKU MEVZUATINDAKİ YERİ

4054 sayılı RKHK'da, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile birleşme ve devralma sayılan haller ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bunların bildirim yükümlülükleri, geçerlilikleri, değerlendirilmeleri ve yaptırımları birbirlerinden farklıdır (Aslan 1997, 240). 4054 sayılı RKHK'da rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4'üncü madde ile düzenlenirken, birleşme ve devralmalar 7'nci madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde düzenlenmektedir.

Mevcut uygulamada, ortak girişim sözleşmeleri rekabeti sınırlayıcı anlaşma kabul edilerek 4054 sayılı RKHK'nın 4'üncü maddesindeki yasaklama kapsamında değerlendirilebilir. Bunun yanısıra çalışmanın ortak girişimlere ilişkin genel bilgilerin verildiği 1'inci bölümünde değinildiği üzere, 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2'nci maddesinin (c) bendinde, ortak girişim tanımı yer almaktadır. Ortak girişimler, bu şekliyle yoğunlaşma doğurucu kabul edilerek Kanun'un 7'nci maddesine tabidir. Türk rekabet hukukundaki işbirliği doğurucu-yoğunlaşma doğurucu şeklindeki bu ayırım, Topluluk uygulamalarının 1997 yılında yapılan değişiklik öncesi düzenlemeleri ile paralellik arz etmektedir. Ülkemiz uygulamalarında geçerliliğini koruyan, Topluluğun değişiklik öncesi uyguladığı bu ayırım, Amerikan antitröst hukukunda yer almayan bir uygulamadır. Amerikan federal kuruluşları, bir ortak girişimi gerektiği zaman bir birleşme ya da anlaşma olarak ya da her iki düzenleme çerçevesinde de inceleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

Türk rekabet hukukunda, bir ortak girişim anlaşmasının Kanun'un 4'üncü maddesine göre yasaklanabilmesi için; ortak girişimin en az iki ya da daha fazla ana teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol ediliyor olması, ortak girişimin ana teşebbüslerden bağımsız olarak çalışmasını sağlayacak yeterli beşeri ve mali kaynaklara sahip olması ve ortaklar arasındaki rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olması (Aslan 1997, 235) ya da ortak girişimin, piyasada tek işlevle sınırlı -üretim, dağıtım, ar-ge gibi- bulunduğu faaliyetler sonucunda rekabeti bozucu etkilere sahip olması gerekir. Ortak girişim davalarının, 4'üncü madde çerçevesindeki değerlendirmesinde, genellikle ana teşebbüsler arasında ya da ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki potansiyel rekabetin koordinasyonu irdelenmektedir. Potansiyel rekabetin ne zaman kısıtlanmış sayılacağı konusunda objektif kıstaslar bulunmuş değildir. Değerlendirme, her olayın içinde bulunduğu koşullara göre yapılmaktadır. Ortak girişimin bulunduğu

pazarda tek bir ana teşebbüsün faaliyetlerine devam etmesi, bu oluşumu 4'üncü madde kapsamına almamakta, aksine yoğunlaşma doğurucu kabul etmektedir⁸²

Ortak girişim anlaşmaları hemen her konuda düzenlenebilir. Bu yüzden çok çeşitli ve geniş bir alana yayılmıştır. Bu anlaşmalar her zaman rekabeti sınırlayıcı değildir. Rekabeti sınırlayıcı olanların arasında ise olumlu iktisadi etkiler doğuranlar bulunmaktadır. Bu tür anlaşmalar bir yandan rekabeti sınırlayarak sonuçlar doğururken, diğer yandan üretimde, dağıtımda, teknolojide iyileşmeler yaratarak ekonomiye katkıda bulunabilirler.

Bu çerçevede 4'üncü maddeye aykırı bir anlaşmanın; olumlu yönlerinin bulunduğu, bu olumlu yönlerden tüketicinin yararlandığı, bunlara ulaşmak için rekabet sınırlamasının kaçınılmaz olduğu ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığı durumlarda, yasak kapsamından çıkarılması daha adil ve ekonomik bakımından yararlı olacaktır. Bu görüş, 4054 sayılı RKHK'nın muafiyet koşullarının belirtildiği 5'inci maddesine yansımıştır. Ortak girişim anlaşmaları, yeni bir ürünün üretim veya dağıtımını, teknoloji gelişimi, know-how ve uzmanlık kullanımı, teknik zorlukların aşılması, ilgili pazarda yeni bir rakip ortaya çıkarma, Ar&Ge faaliyetlerinin uzun süreli ve tek bir teşebbüs tarafından finanse edilemeyecek kadar yüksek olduğu hallerde riski paylaşma, satış sonrası hizmetleri geliştirme, güçlü rakiplere karşı oluşturulmuş olma, atıl kapasiteyi ortadan kaldırarak kapasitenin etkin kullanımını sağlama, üretimin etkin hale getirilmesi, pazara girişi kolaylaştırma ve yeni ürün gelişimi gibi hallerde kullanıldıklarında, olumlu yönleri kabul edilir (Aslan 1997, 239).

Bu olumlu yönler sonucu ortaya çıkan faydalar tüketiciye yansıtılmalıdır. Söz konusu yansıma maliyetlerin ve fiyatların düşmesi, kalitenin artması, ürüne daha kolay ulaşılabilme gibi şekillerde gösterilebilir. Ayrıca ortak girişim anlaşmasına rağmen, ilgili pazarda rekabetin tamamen ortadan kalkmamış olması ve rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmamış olması gerekmektedir.

Topluluk uygulamalarının anlatıldığı yukarıdaki bölümlerde yer verildiği üzere, çeşitli ortak girişim anlaşmaları, 4054 sayılı RKHK'nın 4'üncü maddesinin karşılığı olan, Roma Antlaşması'nın 81(1)'inci maddesindeki yasaklamadan grup muafiyetleri yoluyla ya da bireysel olarak muaf tutulmuştur. Mevcut düzenlemelerde yer almamakla birlikte, yakın bir gelecekte ülkemiz uygulamalarında da benzer grup muafiyeti düzenlemelerine yer verilmesi beklenilmektedir⁸³.

Bir ortak girişim anlaşmasının 1997/1 sayılı Tebliğ'in madde 2(c) kapsamında yoğunlaşma doğurucu bir işlem oluşturması için bu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması, taraflar arasındaki veya

⁸² Topluluk da olduğu gibi.

⁸³ Araştırma-geliştirme ve uzmanlaşma alanındaki grup muafiyetleri gibi.

tarafarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması ve anılan hükümde açıkça ifade edilmese de ortaklaşa kontrol ediliyor olması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, “ortak kontrol” bir ortak girişimin ayırt edici unsurudur. Yoğunlaşmalar bakımından, tek kontrolün olduğu hallerde zaten birleşme söz konusudur. Azınlık hissedarlarının ortak girişimin kilit kararlarında oy hakkına sahip olmaması sonucunda, bir ortak girişimin kontrolü tamamen bir hissedarın eline geçerse işlem ortak girişim olarak değil bir devir olarak nitelendirilir. Yoğunlaşma yaratan ortak girişimler ile birleşme ve devralmalara aynı hükümler uygulanmaktadır. Bu yüzden pratikte, bir işlemin ortak girişim ya da birleşme/devralma olup olmamasının önemi yok gibi görünmektedir. Ancak gerçekte bu ayırım, ciroların hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Kontrolün ortak ya da tek olması ciro hesabını etkiler, bu durum ise bir ortak girişimin 1997/1 sayılı Tebliğ’in kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesinde rol oynar⁸⁴. Örneğin, bir teşebbüs işletmelerinden birisinin hisselerini bir başka teşebbüse satar ve bu teşebbüs üzerinde söz konusu alıcı teşebbüsle birlikte ortak kontrole sahip olacak olursa, ciro hesaplanırken hem alıcı hem de satıcı teşebbüsün cirolarının bütünü gözönüne alınacaktır (Aslan 1997, 241).

Yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişimin yasaklanma ihtimali çok daha zayıftır, çünkü Kanun’un 4’üncü maddesinin yasaklama kriterlerinin, yoğunlaşmaların düzenlendiği 7’nci maddedeki yasaklama kriterlerine göre karşılanma olasılığı daha yüksektir. Öte yandan, bildirim açısından da bu iki sistem arasında farklılıklar vardır. 4054 sayılı RKHK’nın 10’uncu maddesine göre rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar –konumuz bakımından ortak girişim anlaşmaları-, anlaşma yapıldıktan sonra bir ay içerisinde Kurul’a bildirilmelidir. Anlaşmanın yürürlüğe girmesi için bildirim yapılmış olması ve Rekabet Kurulu’ndan izin alınmış olması gerekmez. Bu bildirim, rekabeti sınırlayıcı etkiler içeren bir anlaşmanın Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan kriterleri sağlaması halinde muafiyet koşullarından yararlanması bakımından gereklidir.

Yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin yürürlüğe girmeleri için Kanun’un 10’uncu maddesi 2’nci paragrafına göre, işleminin Rekabet Kurulu’na bildirilmiş olması ve Kurul’un da bu işleme izin vermiş olması gerekir. Kurul, bildirim yapıldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde yapacağı “ön inceleme” sonucunda, bu işleme ya izin vermek durumunda ya da işlemi daha detaylı olarak gözden geçirmek üzere “nihai incelemeye” almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte söz konusu işlemin nihai karara kadar

⁸⁴ 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde teşebbüslerin ülkenin tamamı ya da bir bölümünde ilgili ürün pazarındaki pazar paylarının %25’i aşması ya da toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin almaları gerekir.

askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını ilgililere tebliğ etmek zorundadır. Bu durumda, 4054 sayılı RKHK'nın "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarındaki Usul" esaslarının düzenlendiği 40-59'uncu madde hükümleri uygulanır. Madde 10(3)'e göre, Kurul süresi içinde söz konusu işleme herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, anlaşmaya bildirim tarihinden itibaren 30 gün içerisinde izin vermiş sayılır.

Yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlere izin süresiz olarak verilir. 4'üncü madde kapsamındaki işbirliği yaratıcı ortak girişimler ise süreli olarak muafiyet alırlar. Bu yüzden anılan anlaşmaların ileride tekrar incelemeye tabi olmaları kaçınılmazdır.

6.2. SEÇİLMİŞ KARARLAR

Rekabet Kurumu'nun faaliyetlerine başladığı günden beri geçen yaklaşık dört yıllık Rekabet Hukuku uygulamalarına bakıldığında, pek çok ortak girişim davasıyla karşılaşıldığı göze çarpmaktadır. Mevzuatımızda, Topluluk'da olduğu gibi ortak girişimler bakımından çok detaylı düzenlemeler yer almamakla birlikte, yapılan incelemelerde bu düzenlemelerden faydalanıldığı görülmektedir. Bu noktada, Kurul kararı yayımlanmış bir kaç örnek davaya göz atmakta yarar vardır.

6.2.1. Metro-Migros⁸⁵

Bu olayın konusunu Migros Türk T.A.Ş. ve Metro AG tarafından oluşturulacak 5 ayrı ortak girişim oluşturmaktadır. Ana teşebbüslerin daha sonra bu ortak girişimden vazgeçmelerine rağmen, karar, Türk rekabet hukukunda ortak girişimlerin incelenmesi açısından önemli bir yere sahiptir.

Kararda bu ortak girişimlerden; gıda ağırlıklı perakende ticaret pazarında faaliyet göstermek (Şok Ucuzluk A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Bakırköy Ltd. Şti). üzere oluşturulacak 3 ayrı ortak girişimin, ilgili ürün piyasasındaki toplam ciroları ve pazar payları yönüyle, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birer ortak girişim (yoğunlaşma) olduğu; ancak gıda ağırlıklı perakende ticaret piyasasında fiili durumda yaşanan yoğun rekabet, pazara giriş engellerinin önemsenmeyecek seviyelerde olması ve bu pazardan büyük ölçekli perakendeci kuruluşların aldıkları payın gittikçe artan bir eğilim göstermesinin getirdiği potansiyel rekabet olanakları nedeniyle, bahse konu ortak girişimler neticesinde, gerek tarafların beraber buldukları iller bazında gerekse tüm Türkiye ölçeğinde, 4054 sayılı RKHK'nın 7'nci maddesinde belirtilen rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı; öte yandan, her iki ana şirketin (Metro AG-

⁸⁵ 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı Resmi Gazete.

Migros Türk T.A.Ş.), Şok Ucuzluk A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Bakırköy Ltd. Şti. üzerinde oluşturacakları 3 ayrı ortak girişimle aynı coğrafi pazarda yer almasının, bu ortak girişimi rekabeti sınırlayan, işbirliği doğurucu bir anlaşmaya dönüştüreceği ifade edilmiştir.

Bu nedenle METRO AG-MİGROS TÜRK T.A.Ş. ortak girişim işlemlerine; 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, her iki ana şirketten yalnızca birinin ortak girişimle Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi koşuluyla izin verilmiştir.

Bu olayda, söz konusu ortak girişimler yoğunlaşma doğurucu olup olmadıkları yönünde tüm unsurları gözetilerek bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Olayda tam işlevsel bir ortak girişimde bulunması gereken unsurların yanısıra, teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu hususu da sağlıklı bir şekilde irdelenmiştir. Ana teşebbüslerden birisinin ortak girişimle aynı pazarda varlığı halinde de ilgili ortak girişim -Topluluk'da olduğu gibi- yoğunlaşma doğurucu kabul edilmeye devam edilmiştir.

6.2.2. Burda-Hürgüç⁸⁶

Dosyanın konusunu, Burda Holding tarafından Hür-Güç Gazetecilik Ticaret ve Turizm Org. A.Ş.'nin % 40 hissesinin Doğan Grubu'ndan devralınmasıyla oluşturulacak ortak girişim oluşturmaktadır. Anılan olay, ortak kontrolün eşit oranda bir hisse dağılımı olmadan gerçekleştiği, yoğunlaşma doğurucu ortak girişim işlemine örnek teşkil etmektedir. Bildirime konu işlem, tarafların ilgili ürün pazarındaki pazar payları bakımından 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişimdir. Bu işleme, ilgili pazarda 4054 sayılı RKHK'nın 7'nci maddesinde belirtilen şekilde bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı tespit edilerek izin verilmiştir.

6.2.3. LPG⁸⁷

Dosya konusunu, likit petrol gazı (LPG) tedarik etme amacı ile bu pazarda faaliyet gösteren 39 şirketin birleşerek kurmayı hedeflediği ortak girişim şirketine izin verilmesi talebi oluşturmaktadır. Dosya nihai inceleme sonucunda karara bağlanmıştır.

⁸⁶ 15.12.1998 tarih ve 23554 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁷ 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete.

Dosya, bildirim konu ortak girişimin 4054 sayılı RKHK'nın 7'nci maddesi kapsamında yoğunlaşma yaratıcı bir birleşme mi, yoksa aynı Kanun'un 4'üncü maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek işbirliği yaratıcı bir anlaşma mı olduğunun açıklığa kavuşturulması ve tevziat pazarında birbirleriyle rakip olan çok sayıdaki firmanın tedarik pazarında birleşmesinin, tevziat pazarında yansımalarının olabileceği ve tedarik pazarının yapısını önemli ölçüde değiştirebileceği hususlarının açıklığa kavuşturulması için nihai incelemeye alınmıştır.

Nihai kararda, "ortak kontrol"ün 1997/1 sayılı Tebliğ'in madde 2(c)'sinde açıkça ifade edilmemekle birlikte, bir ortak girişimin başlıca unsuru olduğu vurgulanarak detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu çerçevede ortak kontrolün sağlanabilmesi bakımından, tüm tarafların eşit sermaye payına ya da oy hakkına sahip olmasının gerekmediği, dikkat edilmesi gereken hususun başvuru konusu anlaşmalarda, azınlık hissesine sahip olan taraf ya da taraflara stratejik kararlarda güçlendirilmiş bir oy hakkı veya veto hakkı vermiş olması ya da karar alma nisabının ortak kontrolü sağlayacak nitelikte düzenlenmesi olduğu belirtilmiştir.

Dosya konusu ortak girişimin idaresine yönelik karar alma nisabı, azınlık hisselerine sahip 29 LPG dağıtım şirketinin, stratejik kararlarda söz sahibi olacağı şekilde düzenlenmemiştir. Pay sahipleri sözleşmesinde de, bu şirketlere veto hakkı sağlamaya yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede söz konusu ortak girişim üzerinde bir ortak kontrolden, bir başka deyişle, tek tek ilgili tarafların iradesinden bağımsız yeni bir iradenin olduğundan söz etmek mümkün olmamıştır.

Kararda; işlemin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmadığına ve rekabeti sınırlandırıcı etkileri bulunduğundan 1997/1 sayılı Tebliğ'in çerçevesinde yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim değil, 4'üncü madde kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bildirim formundaki talep doğrultusunda yapılan menfi tespit/muafiyet değerlendirmesinde, rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunmasından dolayı, anlaşmaya menfi tespit verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Ortak yatırımların, taraflara fiziksel ve ekonomik açıdan bazı avantajlar getirmesi nedeniyle söz konusu anlaşmanın ekonomik bir gelişme sağlayabilecek nitelikte olduğu, ancak bu ekonomik yararın tüketiciye yansımaması ve anlaşmanın, rekabeti ilgili pazarın önemli bir bölümünde ve gereğinden fazla sınırlandırıyor olması nedenleriyle 5'inci madde de yeralan muafiyet koşullarını taşımadığı belirtilerek, söz konusu ortak girişimin kurulmasına izin verilmemiştir.

Bu kararlar ÷lkemiz rekabet hukukunda, ortak girişimlere ilişkin yaklaşımın anlaşılması için yararlı örneklerdir. Olaylarda T÷rk mevzuatında detaylı olarak yer almayan, Topluluğun ‘‘Duyuru’’larla ortaya koyduğu ve içtihat hukukuyla geliştirdiği yaklaşıma benzer nitelikte analizlere yer verilmiştir.

SONUÇ

Bu çalışmada Topluluk, ABD ve Türk rekabet hukuku uygulamalarında ortak girişimlerin nasıl değerlendirildiği örnekler eşliğinde anlatılmaya çalışılmıştır. Ortak girişimler farklı şekillerde ortaya çıkabilmeleri nedeniyle iş dünyasının vazgeçilmez araçlarından birini oluştururken, rekabet hukuku uygulamalarının ise anlaşılması en zor konularından olmuştur.

Ortak girişimlerin Topluluk rekabet hukuku uygulamalarındaki gelişimine bakıldığında, bu zorluğun esas sebebinin kimi zaman kartel anlaşmalarına (**davranışsal**) kimi zaman ise yoğunlaşmalara (**yapısal**) benzer şekilde ortaya çıkan ortak girişimlerin, farklı değerlendirmelere tabi tutulmalarından kaynaklandığı görülmektedir. Bu iki sistem, ilk olarak farklı bildirim yükümlülüklerine tabidir. Topluluk’da bir anlaşmanın yürürlüğe girmesi için bildirim zorunluluğu yoktur. Bildirim Madde 81 anlamında rekabeti sınırlayıcı etkiler ve sonuçlar doğurabilecek anlaşmaların, bireysel ya da grup muafiyeti düzenlenmelerinden yararlanabilmeleri bakımından anlam ifade etmektedir. Bir yoğunlaşma işlemi ise Komisyon’a bildirilmesinin ardından tabi tutulduğu hakim durum analizi sonucu, piyasada rekabeti sınırlama etkisi olmayan ya da piyasaya giriş engelleri yaratmayan bir işlem olduğuna karar verilmesi halinde yürürlüğe girmektedir. Bu iki sistemin öngördüğü izin süreleri de birbirinden farklıdır. Madde 81 çerçevesinde bir anlaşma, muafiyete ilişkin etkinlik koşullarını sağladığı takdirde ancak süreli olarak muafiyetten yararlanabilirken, bir yoğunlaşma işlemi süresiz olarak izin alabilmektedir. Ayrıca Birleşme Tüzüğü kapsamındaki bir işlem belirli sürelerde sonuca bağlanmakta, dolayısıyla taraf teşebbüsler için hukuki belirlilik sağlanmaktadır. Oysa madde 81’e göre incelenen anlaşmalara çoğu zaman bağlayıcılığı olmayan idari mektuplar verilmekte ya da söz konusu inceleme kısa sürede sonuçlandırılmamaktadır.

Görüleceği üzere, işbirliği doğurucu-yoğunlaşma doğurucu ayırımı, ortak girişim işlemlerine hem hangi rekabet kurallarının uygulanacağını belirleyen yetkisel bir değerlendirme hem de çeşitli durumlara farklı yasaklama eşikleri öngören bir düzenlemedir. Bu ayırım uzun süre eleştirilmiştir. Eleştiriler özetle, etkileri bakımından piyasada benzer sonuçlar doğuran davranışsal ortak girişimler ile yoğunlaşma doğurucu ortak girişim işlemlerinin “şekilsel” ayırıma tabi oldukları ve bunun sonucunda söz konusu işlemlerin bildirim yükümlülükleri, geçerlilikleri, değerlendirilmeleri ve yaptırımları birbirinden farklı düzenlemeler (madde 81 ve Birleşme Tüzüğü) çerçevesinde ele alınmalarından oluşmaktadır.

Ortak girişimler, yüzyılı aşkın bir geçmişe sahip Amerikan antitröst hukuku düzenlemelerinde, işbirliği doğurucu ya da yoğunlaşma doğurucu şeklinde kesin bir ayırımla değil, bu işlemin piyasa üzerindeki etkilerine göre değerlendirilmektedir. Böylece söz konusu işlemlere yapılarından öteye iktisadi

etkileri bakımından yaklaşılmaktadır. Federal kuruluşların yetki alanları bu konuda oldukça geniştir. Ortak girişimler, yoğunlaşmaları düzenleyen Clayton Kanunu'nun 7'nci bölümünün yanısıra kısıtlayıcı anlaşmaları düzenleyen Sherman Kanunu'na da tabi olabilmektedir. Federal kuruluşlar 2000 yılının Nisan ayında, iş dünyasından gelen şikayetleri de gözönüne alarak "rakipler arasındaki işbirliklerini" düzenleyen açıklayıcı nitelikteki bir rehber yayımlamışlardır. Amaç, federal kuruluşların incelemelerini sürdürürken dikkat ettikleri kriterler hakkında teşebbüsleri aydınlatmaktır.

Topluluk, 1997 yılında yorum değişikliğine giderek "tam işlevsel" ortak girişimleri Birleşme Tüzüğü'nün usul hükümlerine tabi tutmaya başlamıştır. Böylece öncelikle yapısal ortak girişimlerin tümünü, şekilsellikten uzak tek bir sistem içerisinde incelemeyi hedeflemiştir. Bununla, iktisadi açıdan benzer nitelikteki işlemlere eşit davranmayı ve işlemleri etkinlik yaratıp yaratmadıklarına göre değerlendirmeyi hedeflemektedir. Madde 81 analizini Birleşme Tüzüğü'ne taşıyan bu yeni ayırım, işbirliği doğurucu etkileri olan yapısal işlemler bakımından eşiği "pazar gücü" ile belirlemektedir. Komisyon'un değişiklikten sonraki son üç yıllık uygulaması da bu yönde gerçekleşmiştir. Komisyon 2001 yılında yatay anlaşmalara ilişkin yayınladığı Rehber ile de işbirliği doğurucu etkileri olan ortak girişim anlaşmalarına taraf olan teşebbüslere, hukuki belirlilik sağlamayı ve tarafları yoğunlaşma doğurucu işlemlerin yanısıra bu tür işlemlere de yöneltmeyi amaçlamaktadır.

Bu noktada, Topluluğun Amerikan uygulamalarında olduğu gibi şekilsellikten uzak, esnek, daha iktisadi ve taraflara daha fazla hukuki belirlilik sağlayan bir yaklaşıma yöneldiği göze çarpmaktadır. Bu yaklaşım, Komisyon'un son yıllarda rekabet hukuku uygulamalarında başlatmış olduğu, etkinliği ön plana çıkaran reform süreci ile de uyumludur.

Ortak girişimler ülkemiz düzenlemelerinde, Topluluğun değişiklik öncesi uygulamalarına paralel bir ayırım göstermektedir. Türk rekabet mevzuatında ortak girişimlere ilişkin tek düzenleme 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2'nci maddesinin (c) bendidir. Ülkemizde bugüne kadar yapılan ortak girişim incelemelerine bakıldığında, Türk mevzuatında detaylı olarak yer almamasına rağmen, Topluluğun çeşitli duyurularla ortaya koyduğu ve içtihat hukuku yoluyla geliştirdiği kriterlerden yararlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, 1997/1 sayılı Birleşme Tebliği'nde yapılacak olası bir değişiklik sırasında ortak girişim işlemlerinin piyasa üzerindeki etkilerini dikkate alan bu yaklaşımın, mevzuatımıza alınması ve taraflara yol gösterecek açıklayıcı tebliğlerin düzenlenmesi yararlı olacaktır. Ancak bu değişikliğin, Topluluk'da söz konusu sistemin işleyişine yönelik herhangi bir aksama olup olmadığı hususunun değerlendirilerek yapılması son derece önemlidir.

İşbirliği doğurucu ya da tam işlevsel olmayan ortak girişim anlaşmalarının 4054 sayılı RKHK'nın 4'üncü maddesindeki yasaklamaya tabi olmaları durumunda, bu anlaşmalardan olumlu yönleri sahip bulunanların 5'inci maddeye dayanarak bireysel muafiyet almaları her zaman mümkündür. Öte yandan, söz konusu anlaşmalar gerekli düzenlemelerin yapılması halinde grup olarak da muafiyetten yararlanabilecektir. Bu çerçevede yatay işbirliği anlaşmalarının, grup olarak muafiyetten yararlanmasını sağlayacak grup muafiyeti düzenlemelerine -araştırma-geliştirme ve uzmanlaşma anlaşmalarına yönelik- ülkemiz uygulamalarında yer verilmesi, taraf teşebbüslerin aralarındaki ortak aktiviteler bakımından da faydalı olacaktır.

ABSTRACT

This paper is intended to give a general overview of the policy of the European Commission, Federal Agencies of the US and the Turkish Competition Authority on the joint venture analysis under related competition laws.

The competition analysis of joint ventures is one of the most difficult areas in competition law. The term itself is loosely used and covers a wide variety of business arrangements. Being a competition policy growth area, complex tradeoffs must be made between pro- and anti-competitive effects and among various enforcement approaches while dealing with the joint ventures.

The vast majority of the world's competition laws have different statutes and substantive rules dealing with mergers and cartels. The difference rests on the theory that mergers have to do with structure while cartels have to do with behaviour. As joint ventures could have both behavioral and structural aspects, the merger laws and cartel laws are both applied to them.

Today in EC law of competition, a distinction is made between full function and non-full function joint ventures. A full function joint venture performs on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity. Prior to the Council Regulation 1310/97 which amended Merger Regulation, joint ventures are defined as concentrative or cooperative. After the amendment, Merger Regulation now applies to all "full function" joint ventures with a community dimension. Full-function joint ventures are assessed in accordance with the procedures of the Merger Regulation, although different substantive tests will apply (either Article 81 or Merger Regulation rules). Commission also published a "Notice" on the concept of full function joint ventures.

On the other hand, a joint venture is non-full function (partial function) if it assumes only limited functions within the business activities of its parent companies. For example, joint ventures limited to R&D, production, distribution or sales. They will be assessed under Article 81 of the Treaty and Regulation 17/62. Also group exemptions for specialization, R&D and technology transfer agreements could be used by parties in those areas.

In US antitrust law section 1 of the Sherman Act, the approximate counterpart of Article 81 of the EC Treaty and section 7 of the Clayton Act, the Merger Regulation counterpart can be applied to a joint venture. In US, unlike the situation in EC, both statutes could apply to a joint venture whether it is a merger or cartel. In April 2000, Federal Trade Commission and Department of Justice issued together "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors". This new guidelines are intended to explain how the Agencies analyze certain antitrust issues raised by collaborations among competitors. It could be said that EC competition policy comes closer to US antitrust law's non-formalistic and more economic based approach related to joint ventures.

In Turkish competition law, joint venture distinction is parallel to the EC's ex-regime related to the joint ventures. That is, during investigations distinction is made as concentrative and cooperative joint ventures. Article 7 of the Act on Protection of Competition No: 4054 regulates mergers and acquisitions. Based on this article, Communiqué 1997/1 related to mergers and acquisitions was issued. The only regulation related to joint ventures is found in Article 2 (c) of this Communiqué. However in the new Communiqué which is supposed to take place in near future, it is probable that such progress about joint ventures will be taken into account to cover more full-function joint ventures as concentrations. For cooperative joint ventures which are assessed according to the prohibition rules for restrictive agreements under Article 4 of the Act No: 4054, there is always the possibility of individual or group exemptions under Article 5 of the same act as long as the efficiency effects of such agreements on the market are more than their anti-competitive effects. If group exemptions related to horizontal agreements such as specialization and R&D would come into force in Turkish competition legislation, they could be used by competitors who are engaged in joint activities. Thus provide legal certainty for those who engage in joint activities in the form of an agreement.

KAYNAKÇA

AHLBORN, C. ve V. TURNER (1998), "Expanding Success? Reform of the EC Merger Regulation", *European Competition Law Review*, issue: 4, s. 249-262

ASLAN, Y. (1992), *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci, Ankara

ASLAN, Y. (1997), *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa

ARPACI, T., Y. AYHAN, E.BÖGE, D. TUNCER, ve M. ÜNER (1994), *Pazarlama*, İkinci Baskı, Gazi Yayınları, Ankara

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

BROBERG, M.P. (1996), “The EC Comission’s Green Paper on the Review of the Merger Regulation”, *European Competition Law Review*, issue: 5, s. 289-294

BROWN, A. (1996), “Distinguishing Between Concentrative and Co-operative Joint Ventures: Is it Getting Any Easier?”, *European Competition Law Review*, issue: 4, s. 240-249

BURNSIDE, A. (2000), “Joint Ventures in EC Competition Law”, *IBC Advanced Competition Law Conference 9 May 2000*, IBC Conferences UK

BURNSIDE, A. ve J. MACKENZIE STUART (1995), “Joint Venture Analysis: The Latest Chapter”, *European Competition Law Review*, issue: 3, s.138-146

CANENBLEY, C., H. HÖLZLER ve G. WIEDEMANN (1999), *EC Merger Control Monitor- Case Summaries, Comments and Legal Texts*, Dr. Otto Schmidt KG, Köln

CHAVEZ, J.A. (1999), “Joint Ventures in the European Union and the US”, *The Antitrust Bulletin*, vol. XLIV, no. 4, s. 959-1005

COOK, C.J. ve C.S. KERSE (2000), *E.C. Merger Control*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London

DAYINLARLI, K. (1989), *Joint Venture Sözleşmesi*, Kadioğlu Matbaası, Ankara

DODINI, M. (1998), “The Economics of Joint Ventures and Impact of EC Competition Policy” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges

EUROPEAN COMMISSION, “XXIXth Report on Competition Policy 1999”, Brussels-Luxembourg, s. 196-202

EUROPEAN COMMISSION, “XXVIIIth Report on Competition Policy 1998”, Brussels-Luxembourg, s. 196-198

EUROPEAN COMMISSION, “XXVIIth Report on Competition Policy 1997”, Brussels-Luxembourg, s. 67-69

EUROPEAN COMMISSION, “XVth Report on Competition Policy 1985”, Brussels-Luxembourg, s. 40-42

ERYÜREKLİ, P. (1999), *AB Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi*, 1, Baskı, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı AT Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın no. 50, Ankara

FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, First Edition, Oxford University Press, Oxford

FINE, F.L. (1996), *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*, Second Edition-Reprinted, Kluwer Law International, London

FINE, F.L. (1994), “Revised Notice on the Distinction Between Concentrative and Co-operative Joint Ventures”, *European Competition Law Review*, issue: 6, s. 291-295

FINE, F.L. (1992), “EEC Anti-trust Aspects of Production Joint Ventures”, *European Competition Law Review*, issue: 5, s. 206-214

FOX, E.M. (1997), “US and EU Competition Law: A Comparison”, E. M. Graham ve J. D. Richardson (der.), *Global Competition Policy* içinde, Institute for International Economics, Washington D.C., s. 339-354

FOX, E.M. ve R. PITOFSKY (1997), “United States”, E. M. Graham ve J. D. Richardson (der.), *Global Competition Policy* içinde, Institute for International Economics, Washington D.C., s. 235-269

GLOBAL COMPETITION REVIEW SPECIAL (2001), “Merger Control 2001”, R. P. Harty (der.), *United States* içinde, Law Business Research, London, s. 196-203

GOEBEL, R.J., O. AXSTER, J. FAULL ve B.E. HAWK-Panel Discussion (1992), "Joint Ventures Under EEC Law", *1991-1992 Fordham Law Journal*, s. 611-622

GONZALEZ DIAZ, F.E. (1995), "Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law", *International Law and Policy-1995 Fordham Corporate Law Institute*, s. 325-362

GRIFFIN, J.P. (1999), "Concentrative and Cooperative Joint Ventures", *Advanced EC Competition Law*, Brussels

HAWK, B. (1992), "Joint Ventures Under EC Law", *1991-1992 Fordham Law Journal*, s. 303-365

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

HEWITT, I. (1997), *Joint Ventures*, First Edition, Sweet&Maxwell, London

HILDEBRAND, D. (1998), *The Role of Economic Analysis in EC Competition Rules*, Kluwer Law International, The Netherlands

HOVENKAMP, H. (1999), *Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and Its Practice*, Second Edition, West Group, USA

KARAKEÇİLİ, F. (1997), *Avrupa Topluluğu'nda Piyasalarda Yoğunlaşmaların Denetimi*, İKV yayını, İstanbul

KIRKBRIDE, J. ve T. XIONG, (1998), "The European Control of Joint Ventures: An Historic Opportunity or a Mere Continuation of Existing Practice?", *European Law Review*, issue:8, Sweet&Maxwell, s. 37-49

KORAH, V. (1997), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford Publishing, Oxford

OECD (2001), *Competition Issues in Joint Ventures* (Paris, OECD)

OKTAY, M. (1997), *Şirketler İçin Sinerjik Bir İşbirliği Yolu: Ortak Girişimler*, İstanbul Sanayi Odası yayını, İstanbul

OPI, S.B. (1997), "US/EU Merger Control: How Should the US Experience Influence the Enforcement of Council Regulation 4064/89 on the Control of Concentrations Between Undertakings?", Leuven University Press, Leuven

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

REYNOLDS, M.J. (1997), "Mergers and Joint Ventures: The Vertical Dimension", *1997 Fordham Corporate Law Institute*, s. 153-199

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SHENEFIELD, J. (2000), "A Review of the Year's Developments in US Antitrust Law", *IBC Advanced Competition Law Conference 9 May 2000*, IBC Conferences UK

SHERMAN, A.J. (1998), *Mergers and Acquisitions from A to Z*, American Management Association, New York

VENIT, J.S. (2000), "The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger Regulation- Almost through the Ticket", *UK Conferences*, IBC Conferences, UK

ZEKOS, G.I. (2000), "The New EU Approach to Mergers and Market Integration", *European Competition Law Review*, issue: 1, s. 37-44

ZONNEKEYN, G.A. (1998), "The Treatment of Joint Ventures under the Amended EC Merger Regulation", *European Competition Law Review*, issue: 7, s. 414-421

Mevzuat

"European Commission (1990a) Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 395, 30.12.1989, p.1; corrected version OJ L 257, 21.09.1990, p.13 (atıf şekli: Birleşme Tüzüğü, 1990a).

"European Commission (1990b) Commission Notice *regarding restrictions ancilliary to concentrations*, OJ C 203, 14.08.1990, p.5 (atıf şekli: Yan Kısıtlamalara İlişkin Duyuru, 1990b).

"European Commission (1993) Commission Notice *concerning the assessment of cooperative joint ventures* pursuant to Article 85 of the EEC Treaty, OJ C 43, 16.2.1993, p. 2 (atıf şekli: İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Anlaşmalara Yönelik Duyuru, 1993).

“European Commission (1996) Commission Regulation (EC) No 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements OJ L 031, 09.02.1996 p.2 (atıf şekli: Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Yönelik Grup Muafiyeti Tüzüğü, 1996).

“European Commission (1997) Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 180, 09.07.1997, p.1 (atıf şekli: 1310/97 sayılı Değişiklik Tüzüğü, 1997).

“European Commission (1998a) Commission Notice on *the concept of full-function joint ventures* under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66, 02.03.1998, p.1 (atıf şekli: Ortak Girişim Duyurusu, 1998a).

“European Commission (1998b) Commission Notice on *the concept of a concentration* under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66, 02.03.1998, p.5 (atıf şekli: Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Duyuru, 1998b).

“European Commission (1998c) Commission Notice on *the concept of undertakings concerned* under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66, 02.03.1998, p.14 (atıf şekli: Teşebbüs Kavramına İlişkin Duyuru, 1998c).

“European Commission Regulation (2000a)(EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements OJ L 304, 05.12.2000, p. 3 (atıf şekli: Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü, 2000a).

“European Commission Regulation (2000b) (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements Official Journal L 304, 05.12.2000, p. 7 (atıf şekli: Ar&Ge Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü, 2000b).

“European Commission (2001) Commission Notice Guidelines on the Applicability of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements, OJ C 3, 06.01.2001, p.2 (atıf şekli: Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Rehber, 2001).

“Federal Trade Commission and Department of Justice (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, (atıf şekli: Rakipler Arasındaki İşbirliği İçin Açıklayıcı Antitröst Rehberi, 2000).
<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>

“Green Paper on the review of the Merger Regulation- Commission Programme No.96/19- approved on 31.01.1996 (atıf şekli: Birleşme Tüzüğü'nün Gözden Geçirilmesine İlişkin Yeşil Kitap, 1996).

“White paper on modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 [now 81 and 82] of the EC Treaty - Commission Programme No. 99/027 - approved on 28.04.1999 (atıf şekli: AT Antlaşması'nın 81 ve 82'nci maddelerini Uygulayan Kuralların Modernizasyonu Hakkındaki Beyaz Kitap, 1999).

“1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”, 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete.

Komisyon Kararları

“Banco Santander/British Telecom, 05.03.1994, OJ 1994 C 68, Case No.IV/M.425.

“BASF/Shell, 29.11.1997, OJ 1998 C 363, Case No.IV/M.1041.

“BP/Kellogg, 02.12.1985, OJ 1985 L 369/6, [1986] 2 CMLR 619.

“De Laval/Stork (No.1), 25.07.1977, OJ 1977 L 215/11, [1977] 2 CMLR D69.

“Del Monte/Royal Food/Anglo American, 09.12.1992, OJ 1992 C 331/13, Case No.IV/M.277.

“Elf Atochem/Rohm Haas, 28.07.1992, OJ 1992 C 201/27, Case No.IV/M.160.

“Elopak/Metal-Box Odin, 13.07.1990, OJ 1990 L 209/15, [1991] 4 CMLR 832.

“Enichem/ICI, 22.12.1987, OJ 1988 L 50/18, [1988] 4 CMLR 54.

“Eridania/ISI, 30.07.1991, OJ 1991 C 204/12, Case No.IV/M.062.

“Ford/Iveco, 20.07.1988, OJ 1988 L 230/39, [1989] 4 CMLR 30.

“Gec-Weir Sodium Circulators, 23.11.1977, OJ 1977 L 327/26, [1978] 1 CMLR D42.

“Go Ahead/VIA/Thameslink, 24.04.1997, OJ 1997 C 253/2, Case No.IV/M.901.

“Konsortium E.C.R. 900, 27.07.1990, OJ 1990 L 228/31, [1992] 4 CMLR 54.

“Lucas/Eaton, 09.12.1991 OJ 1991, C 328/15, Case No.IV/M.149.

“Mediobanca/Generali, 19.12.1991, OJ 1991 C 334/23, Case No.IV/M.159.

“Mitsubishi/UCAR, 04.01.1991, OJ 1991 C 5/7, Case No.IV/M.024.

“Nestle/Baxter/Salvia, 06.02.1991, OJ 1991 C 37/11, Case No.IV/M.058.

“Nokia Corp/SP Tyres, 14.03.1995, OJ 1995 C 163/9, Case IV/M548.

“Paribas/CDC/Beaufour, 09.12.1998, OJ 1999 C 72/6, Case No.IV/M.1366.

“Philips/Hewlett Packard, 17.02.1997, OJ 1997 C 110/7, Case No.IV/M.846.

“Preussag/Voest Alpine, 01.10.1997, OJ 1997 C 314/6, Case No.IV/M.979.

“RSB/Tenex/Fuel Logistic, 02.04.1997, OJ 1997 C 168/5, Case No.IV/M.904.
“Sanofi/Sterling Drug, 10.06.1991, OJ 1991 C 156/10, Case No.IV/M.072.
“SHV/Chevron, 20.12.1974, OJ 1975 L 38/14, [1975] 1 CMLR D68.
“Telia/Ericsson, 20.02.1997, OJ 1997 C 156/4, Case No.IV/M.876.
“Telia/Telenor/Schibsted, 08.04.1998, OJ 1998 C 128/23, Case No.IV/JV.1.
“Thomson/Pilkington, 23.10.1991, OJ 1991 C 279/19, Case No.IV/M.086.
“WANO Schwarzpulver, 20.10.1978, OJ 1978 L 322/26, [1979] 1 CMLR 403.

ABD Kararları

“Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1, 19 (1979).
“NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 472 U.S. 85, 100 (1984).
“Northwest Wholesale Stationers Inc.v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284, 298 (1985).
“Topco, 405 U.S. 596 (1972).
“United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158 (1964).

Rekabet Kurulu Kararları

“Burda-Hürgüç, 19.03.1998 tarih ve 57/425-53 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, 15.12.1998 tarih ve 23554 sayılı Resmi Gazete.
“LPG, 27.05.1999 tarih ve 99-26/230-138 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete.
“Metro-Migros, 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı Resmi Gazete.