

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 97

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA
EKONOMİK BÜTÜNLÜK KAVRAMI



Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara
<http://www.rekabet.gov.tr>
ISBN 978-975-8936-89-2



AYTÜL TOKATLI

REKABET HUKUKUNDA EKONOMİK BÜTÜNLÜK KAVRAMI

AYTÜL TOKATLI

ANKARA 2009

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2010

İlk Baskı, Ağustos 2010
Rekabet Kurumu-Ankara

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

03/07/2009 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Fevzi ÖZKAN Başkanlığında,
3 No'lu Daire Başkanı S. Barış ÖZER,
Tarkan ERDOĞAN, Haluk ARI, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ'den oluşan Tez
Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve
Rekabet Kurulu'nun 19/08/2009 tarih ve 09-36/908 sayılı toplantısında
"Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-975-8936-89-2

YAYIN NO

0248

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	iv
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

Bölüm 1 ABD UYGULAMASINDA GRUPİÇİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİ

1.1. COPPERWELD KARARI ÖNCESİ GRUPİÇİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİ.....	4
1.1.1. Yüksek Mahkeme Kararları	4
1.1.1.1. Yellow Cab	4
1.1.1.2. Kiefer-Steward	5
1.1.1.3. Perma Life.....	5
1.1.1.4. Sunkist	5
1.1.1.5. Citizens&Southern	6
1.1.2. Dairelerce Geliştirilen Testler	7
1.1.2.1. Ayrı Şirketleşme (<i>Separate Incorporation</i>) veya Mutlak Kural (<i>Absolute Rule</i>) Testi.....	7
1.1.2.2. Kendini Rakip Olarak Konumlandırma (<i> Holding out as Competitors</i>) Testi	8
1.1.2.3. Tek Teşebbüs (<i>Single Entity</i>) Testi.....	8
1.1.2.4. Karar Veren Tekliği (<i>Sole Decision Maker</i>) Testi.....	10
1.1.2.5. Üçüncü Kişilerin Kısıtlanması (<i>Third Party Restraint</i>) Testi.....	11
1.2. COPPERWELD KARARI.....	12
1.2.1. Copperweld Kararı Çıkarımlarının Analizi	13
1.3. GRUPİÇİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİN ELEŞTİRİSİ.....	15
1.3.1. Doktrinin Esasa Değil Yapıya Ağırlık Verdiği Eleştirisi.....	16
1.3.2. Doktrinin Kendisinin Rekabeti Olumsuz Etkilediği Eleştirisi....	16
1.3.3. Doktrinle Sherman Yasası'nın Uygulamasında Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulduğuna Yönelik Görüşün Geçersiz Olduğu Eleştirisi.....	17
1.4. BÖLÜM SONUCU	18

Bölüm 2
ABD UYGULAMASINDA EKONOMİK
BÜTÜNLÜĞÜN TESPİTİ

2.1. EKONOMİK BÜTÜNLÜK TESPİTİNDE	
KULLANILAN TESTLER.....	21
2.1.1. Mülkiyet Kavramının Esas Alındığı Testler.....	21
2.1.1.1. Tam Mülkiyete Dayalı Testler	21
2.1.1.1.1. Kardeş Şirketler	22
2.1.1.1.2. Torun Şirketler	22
2.1.1.1.3. Birden Fazla Kişinin Ortak	
Mülkiyetindeki Şirketler	23
2.1.1.2. Kısmi Mülkiyete Dayalı Testler	24
2.1.1.2.1. De Minimis Testi	25
2.1.1.2.2. Zoraki Birleşme Testi (Forced Merger Test)..	25
2.1.1.2.3. Çoğunluk Mülkiyetine Dayalı Hukuki	
Kontrol Testi	26
2.1.2. Kontrol Kavramının Esas Alındığı Testler.....	28
2.1.2.1. Hukuki Kontrol	29
2.1.2.1.1. Azınlık Çıkarları.....	30
2.1.2.1.2. İçsel ve Dışsal Kısıtlamalar	34
2.1.2.2. Fıili Kontrol.....	35
2.1.2.3. Ana Şirket Tarafından Kontrolün Kullanımı	38
2.1.2.3.1. Gerçek Kontrol (Actual Control).....	38
2.1.2.3.2. Potansiyel Kontrol	39
2.1.2.4. Sözleşmeye Dayalı İlişkilerde Ekonomik Bütünlük	
Tespiti	40
2.1.2.4.1. Franchise Anlaşmaları	41
2.1.2.4.2. Lisans Anlaşmaları	42
2.1.2.4.3. Kredi Anlaşmaları.....	42
2.2. BÖLÜM SONUCU	43

Bölüm 3
AB UYGULAMASI

3.1. TEK EKONOMİK BÜTÜNLÜK DOKTRİNİ	45
3.2. GRUPIÇI İŞBİRLİĞİ ve TEK EKONOMİK	
BİRİM DOKTRİNİ BAKIMINDAN ABD ve	
AB UYGULAMASI KARŞILAŞTIRMASI.....	48
3.3. EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜN TESPİTİ.....	50
3.3.1. Tüzük Bakımından Kontrol Kavramı	50
3.3.1.1. Tek Başına Hukuki Kontrol	53

3.3.1.1.1. Çoğunluk Mülkiyetine Yönelik Karinenin Aksinin İspatlanması.....	53
3.3.1.1.2. Azınlık Hissedarı Bakımından Tek Başına Hukuki Kontrol.....	55
3.3.1.2. Tek Başına Fiili Kontrol	56
3.3.1.2.1. Genel Kurul Toplantılarına Katılım.....	56
3.3.1.2.2. Opsiyon Hakları.....	58
3.3.1.2.3. Sözleşmeye Dayalı İlişkiler.....	59
3.3.1.2.4. Tek Başına Fiili Kontrolü Engelleyen Haller .	62
3.4. BÖLÜM SONUCU	63

Bölüm 4 **TÜRKİYE UYGULAMASI**

4.1. TEŞEBBÜS TANIMI.....	65
4.2. EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜN TESPİT EDİLMESİ	66
4.2.1. İkincil Mevzuattan Çıkarımlar.....	67
4.2.1.1. Ekonomik Bütünlük Kavramına Yönelik Çıkarımlar	67
4.2.1.2. Kontrole Yönelik Çıkarımlar	69
4.2.2. Kararlar Çerçevesinde Ekonomik Bütünlüğün Tespitinde Genel Eğilimin Ortaya Konulması	70
4.2.2.1. Hukuki Kontrol Bakımından	70
4.2.2.2. Fiili Kontrol Bakımından	72
4.2.2.3. Doğrudan ve Dolaylı Kontrol Bakımından	76
4.3. BÖLÜM SONUCU	82
SONUÇ	84
ABSTRACT	87
KAYNAKÇA	88

SUNUŞ

Onu yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yaptığı uygulamalar ile piyasalarda rekabetçi bir işleyiş yönünde önemli gelişmeler sağlamış, kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde başarılı adımlar atmıştır. Bu başarıları sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye’deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otoriteleri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşmış olduğu idari kapasite ve meslek düzey takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli göstergelerinden biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, u yılı açan meslek çalışmalarından elde ettikleri tecrübelerini, bilimsel metodoloji ve araştırma anlayışı ışığında uzmanlık tezine dönüştürmektedirler. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumu mensuplarına gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalara yer verilmektedir. Bu sayede, daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanmasıyan yanı sıra toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasındadır. Bu görev, rekabet savunuculuğunun önemli bir parçasını da teşkil etmektedir. Böylece, Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya birlikte yürütmekte olduğu, konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte de bulunmaktadır.

Bu bağlamda, kaynak olarak kullanılabilecek yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, tebrik ediyor ve başarılar diliyorum.

Rekabet bilgi ve kültürünün gelişmesine, rekabetçi duyarlılığın artmasına önemli katkıları ve ayrıca bilimsel çalışmalar bakımından bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili uzmanlık tezlerini kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AR-GE	: Araştırma Geliştirme
bkz.	: Bakınız
DOJ	: Department of Justice
dpnt.	: Dipnot
E.	: Esas
FTC	: Federal Trade Commission
HSR	: Hart-Scott Rodinho Yasası
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
OJ	: Official Journal
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
Örn.	: Örnek
para	: Paragraf
s.	: Sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vol.	: Volume

GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun) ile teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları ve rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki birleşme/devralmalar yasaklanmaktadır. Söz konusu rekabet ihlallerinin tespitine yönelik incelemelerde teşebbüslerden bilgi istenebilmekte ve teşebbüslerde yerinde inceleme yapılabilmektedir. İncelemeler sonucunda rekabetin ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası uygulanabilmektedir. Hatta rekabetin sınırlanmasından zarar görenler, zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüslerden talep edebilmektedir.

Görüldüğü üzere, Kanun'un uygulanması açısından teşebbüs kavramı merkezi bir öneme sahip olup, rekabet hukuku incelemeleri ilk olarak teşebbüsün tespit edilmesini gerektirmektedir. Ancak modern işletme yapılanmalarında karşılaşılan dikey ve yatay bütünleşik organizasyonlar, en verimli yönetim anlayışı arayışında merkezi yönetimlerden ademi merkezîyetçi yönetimlere geçiş ve bu sürecin bir sonucu olarak görev ve yetki paylaşımı, organizasyonların çok ortaklı bir yapı sergilemesi ve bazı kişisel ve ekonomik ilişkiler çerçevesinde bir şekilde birbirlerine bağımlı olmaları hatta bazı yasal düzenlemeler, teşebbüsün tespit edilmesini giderek zorlaştırmaktadır. Bu zorluk dolayısıyla rekabet otoriteleri bir teşebbüsün nerede başlayıp nerede bittiğini belirleme sorunuyla karşılaşmaktadır.

Teşebbüsün sınırlarını ortaya koyma amacı taşıyan bu tespit rekabet hukuku uygulamalarında “*ekonomik bütünlük*” kavramıyla ifade edilmektedir. Yukarıda bahsedilen karmaşık ekonomik ilişkiler dolayısıyla teşebbüsün tespit edilmesinde merkezi öneme sahip ekonomik bütünlük kavramı, en tartışmalı ve belirlenmesi en zor teşebbüs unsuru olarak nitelendirilmektedir (Sanlı 2000, 30). Rekabet ihlaline yönelik herhangi bir işlemin ilk ayağının taraf teşebbüslerin belirlenmesi olduğu düşünüldüğünde, ekonomik bütünlüğün çok önemli bir inceleme alanı oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle çalışmanın amacı ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edileceği sorununun ele alınması ve çözüme yönelik önerilerin değerlendirilmesidir.

Rekabet hukuku uygulamalarında bir yavru şirketin rekabeti ihlal eder nitelikteki eylemlerinden, içinde bulunduğu ekonomik bütünlüğün hangi ölçüde sorumlu tutulabileceği hususu da önemli bir tartışma alanı oluşturmaktadır. Ancak, bu noktada problemin ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edileceğiyle ilgili değil, bir ihlalden hangi gerçek veya tüzel kişinin sorumlu tutulacağı belirlenmesiyle ilgili olduğu görülmektedir. Zira bu durum para cezalarının atfedilebilirliğiyle ilişkilendirilmektedir¹. Bu doğrultuda ekonomik bütünlüğün tespit edilmesiyle ilgili olmayan ve ayrı bir çalışmada ele alınabilecek cezaların atfedilebilirliği konusu tez kapsamında ele alınmamıştır.

Antitröst uygulamasının başlangıcından beri “işbirliği” tanımının yapılmasındaki çaba, teşebbüs kavramının sınırlarının belirlenmesini gerekli kılmıştır (Williamson 2007, 1; Akıncı 2001, 259). Bu nedenle ekonomik bütünlüğün tespitine yönelik çalışmalar özellikle rekabeti sınırlayıcı işbirlikleri alanında yoğunlaşmıştır. Antitröst hukukunun ilk uygulayıcısı Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) bu konuya özgülenmiş “*grup içi işbirliği doktrini*” ile hukukun bu alanı geniş kapsamda tartışılmıştır. Ekonomik bütünlük kavramının ilk olarak bu çerçevede ele alınması ve öneminin kavranması dolayısıyla tezin ilk bölümünde, ABD uygulamasındaki grup içi işbirliği doktrini incelenmiştir. Ardından ikinci bölümde, grup içi işbirliği doktrininin çıkarımları çerçevesinde, ABD uygulamasında ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edildiği ortaya konulmuştur.

Üçüncü bölümde, Avrupa Birliği (AB) uygulamasında ekonomik bütünlük kavramı incelenmiştir. Bu bölümde ilk olarak Amerika’daki grup içi işbirliği doktrininin karşılığı olan “*ekonomik bütünlük doktrini*” ele alınmış, ardından ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edildiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Dördüncü bölümde özellikle konuya ilişkin örnek kararlar incelenerek, bugüne kadar Türkiye uygulamasında ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edildiğiyle ilgili çıkarımda bulunulmaya çalışılmıştır.

Sonuç bölümünde ise ABD, AB ve Türkiye uygulamasındaki tespitler ışığında ekonomik bütünlük kavramına yönelik genel bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wils 2000; Montesa ve Givaja 2006.

BÖLÜM 1

ABD UYGULAMASINDA GRUPİÇİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİ

Sherman Yasası'nın 1. kısmının amacı, kartel davranışını yasaklamak olup, bu amaca ulaşmak için ticareti sınırlayıcı her türlü birliktelik ihlal kabul edilmektedir. Bu doğrultuda 1. kısım bakımından, pazardaki “bağımsız karar alma merkezleri”nin² (*independent centers of decisionmaking*) piyasaya yönelik eylemlerinde özgürce karar vermeleri beklenmektedir. Sadece farklı taraflar arasındaki işbirliği bağımsız karar alma merkezlerini azaltacağından, bir eylemin 1. kısım kapsamında değerlendirilebilmesi için, birden fazla tarafın olması gerekmekte ve bu gereklilik, “ tarafların çokluğu” (*plurality of actors*) ilkesi olarak adlandırılmaktadır³.

ABD uygulamasında ekonomik bütünlük bünyesindeki eylemlerin tarafların çokluğu ilkesini sağlayarak rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma niteliği taşıyıp taşımadığı, 1980'lerin ortasına kadar muğlak kalmıştır. ABD mahkemeleri grupiçi işbirliği doktrini (*intraenterprise/intracorporate conspiracy*) olarak bilinen uygulamanın etkisinde kalarak bir süre, ana şirket ve yavru şirket ilişkilerini Sherman Yasası 1. kısmı kapsamında değerlendirmiştir.

Grupiçi işbirliği doktrini, aynı mülkiyet ve kontrol altında olan ana şirket ve yavru şirket gibi bağılı ortaklıklar arasında gerçekleştirilen eylemlerde, Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında bir işbirliğinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. İşbirliğinin kurumsal bir grup bünyesindeki işletmeler arasında gerçekleşmesinden hareketle, grupiçi işbirliği olarak nitelendirilen bu doktrin, aynı grup bünyesindeki şirketlerin tarafların çokluğu ilkesini sağladığını kabul etmekte ve bu aktörler arasındaki ticareti kısıtlayan eylemlerin, Sherman Yasası'nın 1. kısmı kapsamında yasaklanabileceğini savunmaktadır.

1980'lerin ikinci yarısına kadar çok tartışılan ve üzerinde uzlaşamayan grupiçi işbirliği doktrini, Yüksek Mahkeme'nin *Copperweld* kararıyla ana şirket

² *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

³ Willis ve Pitofsky 1968, 22; McNamara 1985, 1249; Conspiring Entities 1982, 670.

ve tamamına sahip olduğu yavru řirketi⁴ arasındaki anlaşmalar bakımından tamamen işlevsiz bırakılarak, taraflar arasındaki eylemlerin ekonomik bütünlüğün eylemleri olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu doktrinin ortaya çıkış nedenleri ve problemlerinin açık bir şekilde ortaya konulması için ilk olarak, *Copperweld* kararı öncesindeki durum incelenecektir.

1.1. COPPERWELD KARARI ÖNCESİ GRUPİÇİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİ

Grupiçi işbirliği doktrinine dayanılarak alınan ve ana şirket ve yüzde yüz iştirakleri arasındaki eylemleri yasaklayan ilk karar, 1941 yılındaki *General Motors* kararıdır⁵. Ancak grupiçi işbirliği doktrininin kaynağı olarak nitelendirilen 1947 yılındaki *Yellow Cab* kararıyla⁶ doktrin, Yüksek Mahkeme nezdinde tartışılmaya başlanmış ve Yüksek Mahkeme *Copperweld* kararı öncesi bu doktrine yönelik olarak sekiz karar vermiştir (McNamara 1985, dpnt.30; Samuel 2003). Diğer yandan bölge mahkemelerine ve dairelere, doktrine dayalı olarak birçok kez başvurulmuş ve bu mahkemeler Yüksek Mahkeme kararlarının etkisinde kalarak davalarda sonuca ulaşmıştır. Bu nedenle, *Copperweld* kararı öncesi grupiçi işbirliği doktrininin gelişimi, Yüksek Mahkeme'nin bazı kararları doğrultusunda incelenecektir.

1.1.1. Yüksek Mahkeme Kararları

1.1.1.1. Yellow Cab

Markin adlı bir gerçek kişi ve bağlı ortaklıklarının taksi hizmetleri ve üretimi pazarında tekelleşmeye yönelik işbirliği içerisinde oldukları iddiasının ele alındığı davada, davalılar tek bir şirketler grubu olduklarından hareketle ticareti kısıtlayıcı bir işbirliği içinde olamayacaklarını ileri sürmüştür⁷. Ancak Yüksek Mahkeme bu savunmayı kabul etmeyerek tarafların rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliğiyle, Sherman Yasası'nın 1. ve 2. kısmını ihlal ettiklerine karar vermiştir.

Ayrı hukuki kişiliklere sahip bağlı ortaklıklar arasında gerçekleşen eylemlerin Sherman Yasası'nın 1. kısmı bakımından bir işbirliği olabileceği şeklinde yorumlanan karardaki şu hususlar dikkat çekicidir:

Yasaya göre hukuka aykırılığın testi eyaletlerarası ticaretin makul olmayan ölçüde kısıtlanmasının varlığı ya da yokluğudur. Bu tarz bir kısıtlama bağımsız şirketler

⁴ Tez kapsamında bu kavram için yüzde yüz iştirak tanımlaması kullanılmaktadır.

⁵ *United States v. General Motors*, 121 F.2d 376 (7.Circuit), cert. denied, 314 U.S. 618 (1941).

⁶ *United States v. Yellow Cab*, 332 U.S. 218 (1947).

⁷ Bu savunma tek teşebbüs savunması olarak adlandırılmaktadır (Williamson 2006 ve 2007).

arasındaki işbirliğinde olduğu gibi bağlı ortaklıklar veya ortak bir mülkiyet altındaki şirketler tarafından da gerçekleştirilebilir...işbirlikçilerin grupıçi ilişkileri, yasanın uygulanabilirliğinde belirleyici değildir. Yasa yapıdan ziyade özü amaçlamaktadır.

1.1.1.2. Kiefer-Steward

Seagram of Indiana ve yüzde yüz iştiraklerinin alkollü içkileri için birlikte azami satış fiyatını belirledikleri ve bazı toptancılarla anlaşma yapmayı reddettikleri iddialarına yönelik kararda, Yüksek Mahkeme tarafların yatay seviyede işbirliği içinde olduklarına hükmetmiştir⁸.

Mahkeme, *Yellow Cab* kararına dayanarak davalıların tek teşebbüs savunmasını kabul etmemiş ve ortak mülkiyet ve kontrol altında olma halinin söz konusu şirketleri antitröst yasasının uygulamasından kurtaramayacağını tekrarlamıştır. Hatta Mahkeme, Sherman Yasası'nın 1. kısmının özellikle de tarafların kendilerini rakip olarak konumlandıkları hollere uygulanabileceği görüşünü dile getirmiş ve iştiraklerin rekabet halinde olmalarını grupıçi işbirliği iddialarını destekleyen bir unsur olarak kabul etmiştir.

1.1.1.3. Perma Life

Perma Life ve Midas Inc.'in franchise verdiği şirketler tarafından Midas, ana şirketi, iki yabancı iştiraki ve altı yöneticisinin, ticaretin kısıtlanmasına yönelik bir işbirliğine yol açan franchise anlaşmalarıyla Sherman Yasası'nın 1. kısmını ihlal ettikleri iddiası davanın konusunu oluşturmaktadır⁹. Yüksek Mahkeme önceki kararlarına atıfta bulunarak bu kararında da tek teşebbüs savunmasını reddetmiş ve şöyle bir tespitte bulunmuştur:

Farklı şirketler aracılığıyla faaliyet gösterebilme ayrıcalığından yararlandıklarından, ortak mülkiyet durumu onları yasanın farklı şirketlere uyguladığı yasaklamalardan kurtaramayacaktır.

1.1.1.4. Sunkist

Sunkist Growers Inc. ve yüzde yüz iştiraklerinin meyve suyu üretimi için portakal pazarını kontrol etmek suretiyle, 1. kısmı ihlal ettikleri iddiasının incelendiği davada, Yüksek Mahkeme önceki kararları aksine grupıçi işbirliği iddialarını kabul etmemiştir¹⁰. Daha önceki kararlarına değinmeyen Yüksek Mahkeme kararında şu hususları dile getirmiştir:

⁸ *Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram&Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951).

⁹ *Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).

¹⁰ *Sunkist Growers Inc. v. Winckler&Smith Citrus Products Co.*, 370 U.S. 19 (1962).

Üç ayrı tüzel kişi aracılığıyla faaliyet gösteriyor olmalarına rağmen 12.000 yetiştirici uygulamada ve kanun anlamında tek bir organizasyon veya birliktir. Tersine yönde düşünmek, ... de minimis anlam ve etkisi olan örgütsel farklılıklar üzerine ciddi sonuçlar yükleyecektir.

Sunkist kararında de minimis anlam ve önemi olan örgütsel yapıların bir antitröst meselesi olarak görülmesi mantıklı bulunmayarak, farklı hukuki kişiliklerin varlığı işbirliği iddiaları bakımından yeterli görülmemektedir. Fakat karar doktrini reddetmemekte, sadece emsal kararların aksine doktrinin uygulamasını zayıflatmaktadır.

1.1.1.5. Citizens&Southern

Citizens&Southern National Bank (C&S) yasalar gereği şube bankacılığına izin verilmediğinden, başkalarının banka kurmasını desteklemiştir. C&S'nin her bankada %5'lik hissesi bulunmakta; diğer hisseler yöneticiler, çalışanlar ve C&S'nin "arkadaş"ları tarafından tutulmaktadır. Bankalar düzenli olarak C&S'nin bildirdiği fiyatları uyguladığından taraflar arasındaki ilişki hükümet tarafından Sherman Yasası'nın 1. kısmının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca yasal değişiklikler sonrası C&S'nin fiili şubeleri bütünüyle devralması, Clayton Yasası'nın 7. kısmının ihlali olarak nitelendirilmiş ve dava en son olarak Yüksek Mahkeme önüne getirilmiştir¹¹.

Yüksek Mahkeme *Yellow Cab* kararına atıfta bulunarak, grup içi işbirliği doktrinini kabul ettiği şu tespitte bulunmuştur:

Kendilerini bağımsız şirketlermiş gibi konumlandırırlarsa ortak mülkiyet altındaki şirketler bile birbirlerine karşı rekabet etmek zorundadır...İşbirlikçilerin grup içi ilişkileri yasanın uygulanabilirliğinde belirleyici değildir.

Ancak mahkeme bu tespiti taraflara sorumluluk yüklemek için kullanmamış ve *Sunkist* kararındaki yaklaşımını devam ettirerek, taraflar arasındaki ekonomik gerçekliğe odaklanmıştır. Bu doğrultuda şubelerin hisselerinin "samimi" ellerde bulunması; C&S logogramına erişimleri; kurucu sözleşmelerinde yer alan C&S'nin finansal destekle ilgili teminatı; C&S'nin yöneticiler, çalışanlar ve şubenin konumu üzerindeki kontrolü; faizlerin ve hizmet bedelinin belirlenmesi gibi bankacılık işlemlerine ilişkin şubelere "tavsiye bilgileri" sağlaması; ücretler bakımından şubelerde ve C&S'de çalışanların durumunu dengelemeye yönelik eylemleri dikkate alınmış ve fiili şubelerin ayrı birer şirket olmalarına rağmen, C&S tarafından kontrol edilen ekonomik bütünlüğün birer parçası olduğuna karar verilmiştir. Bu tespitten hareketle C&S ve şubeler arasındaki ilişki Sherman Yasası'nın 1. kısmı ve Clayton Yasası'nın 7. kısmı kapsamı dışına çıkmıştır.

¹¹ *United States v. Citizens&Southern Nat'l Bank*, 422 U.S. 86 (1975).

Mahkeme bu kararında doktrini reddetmese de değerlendirmede ekonomik niteliğe verilen önem artmıştır. Bu yönüyle karar *Copperweld* kararının habercisi niteliğindedir (Assant 1990, 72).

1.1.2. Dairelerce Geliştirilen Testler

Daireler grupiçi işbirliği doktrinini büyük ölçüde Yüksek Mahkeme'nin kararları çerçevesinde uygulamıştır. Fakat Yüksek Mahkeme kararlarında doktrinin uygulanmasına ilişkin belirlilik sağlanamadığından, dairelerin doktrine verdikleri önemin farklılaştığı gözlenmiştir (Assant 1990, 73; Calkins 1995, 347). Zira mahkemeler grupiçi işbirliği doktrinini belirli durumlarda uygulamak istememiş ve bu ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde birbirleriyle tutarlı olmayan beş farklı testin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

1.1.2.1. Ayır Şirketleşme (*Separate Incorporation*) veya Mutlak Kural (*Absolute Rule*) Testi

Perma Life kararının farklı bir şirket olarak kurulmuş bağlı ortaklıklarla ilgili tespitine dayanan bu testin uygulanmasında mahkemeler, örgütlenme şekillerinden başka bir unsur dikkate almamaktadır. Bu çerçevede şirketlerin farklı hukuki kişileri temsil etmeleri, antitröst hukuku bakımından ayır tarafların varlığı konusunda yeterli bulunmaktadır¹².

Bu teste yönelik getirilen en önemli eleştiri, farklı hukuki kişiliklerin varlığının yavru şirketin bağımsızlığıyla ilgili gerçeği yansıtmakta yanıltıcı olduğudur (Jones 1983, 1734-1746). Yapısal bir test olarak nitelendirilen mutlak kural testi, bu özelliğiyle “özün karşısında yapının yüceltildiği”¹³ yönünde eleştirilmektedir.

İşbirliği iddialarında sadece ayır şirketleşmenin belirleyici olmasının bir sonucu olarak test, şirketleşmemiş bölümlere (*unincorporated division*) antitröst hukuku bağlamında güvenli bir alan oluşturmaktadır (Jones 1983, 1746). Bu durum tam olarak *Kiefer-Steward* ve *Hawaiian Oke* kararlarında¹⁴ ulaşılan farklı sonuçlarda görülmektedir. *Kiefer-Steward*'da ana şirket ve iştiraklerinin ayır hukuki kişilikleri dolayısıyla Sherman Yasası'nın 1. kısmını ihlal ettikleri sonucuna ulaşılrken, aynı ana şirket *Hawaiian Oke* ihtilafı öncesi iştiraklerini ayır hukuki kişilikleri olmayan birer bölümü haline getirdiğinden mahkeme, davacının işbirliği iddialarını reddetmiştir. Görüldüğü üzere, bu iki davada aynı nitelikteki eyleme, ana şirketin yavru şirketin örgütsel yapısına dair aldığı karardan dolayı farklı hukuki sonuçlar yüklenmiştir. Bu doğrultuda bu testin

¹²Örn. *H&B Equipment Co. v. International Harvester Co.* 577 F.2d 239 (5.Circuit 1978).

¹³ Handler ve Smart 1981, 44-72; Notes 1977, 727-729.

¹⁴ *Joseph E. Seagram&Sons, Inc. v. Hawaiian Oke&Liquors, Ltd.*, 416 F.2d 71 (9.Circuit 1969).

benimsenmesi halinde, güvenli alanda olmak isteyen teşebbüsler sırf hukuki sorumluluktan kurtulmak için iştiraklerini bünyelerinde tüzel kişiliği olmayan bölümler haline getirmek isteyebilecektir. Bu da kurumsal teşebbüslerin merkezîyetçi bir yapı benimsemelerine yol açabileceğinden (Jones 1983, 1745), meşru amaçlarla farklı bir şirket kuran organizasyonlar cezalandırılmış ve ademi merkezîyetçi yapının sağladığı etkinlikler elde edilmemiş olacaktır.

1.1.2.2. Kendini Rakip Olarak Konumlandırma (*Holding out as Competitors*) Testi

Kiefer-Steward kararı sonrası gündeme gelen bu test, bağlı ortaklıkların rakip olmaları halinde antitröst hukuku bakımından farklı teşebbüslerden bahsedilebileceği mantığına dayanmaktadır. Bu testte aynı grup bünyesinde olmalarına rağmen birbirlerine rakip şirketlerin, kamuoyunda farklı teşebbüslermiş gibi algılandığı ileri sürülmektedir¹⁵.

Söz konusu test, tam olarak hangi hallerde bağlı ortaklıkların kendilerini rakip olarak tanıtmış olacaklarını belirlemede yetersiz kaldığı yönünde eleştirilmektedir (Willis ve Pitofsky 1968, 36). Bağlı ortaklıkların aynı ürünü satmaları yeterli midir? Aynı coğrafi alanda faaliyet göstermeleri gerekli midir? Piyasaya farklı markalar sunmak zorunda mıdırlar? Ayrı reklâmları mı olmalıdır? Bağlı ortaklıklar rekabet etmeyi amaçlamıyor ancak farklı satış ekibi ve reklâmları dolayısıyla rekabet eder gibi görünüyorsa değerlendirme nasıl olacaktır (Handler ve Smart 1981, 55)?

İlgili teste yönelik bir diğer eleştiri de testin antitröst hukuku bakımından sorumluluğun neden ilgili şirketlerin kendilerini rakip olarak konumlandırmalarına bağlandığını açıklamadaki yetersizliğidir¹⁶. Bu yöndeki eleştirilerde testin rekabet etmeyi cezalandırdığı düşünülmektedir (Jones 1983, dpnt.49; Thomson 1984, dpnt.57).

1.1.2.3. Tek Teşebbüs (*Single Entity*) Testi¹⁷

Yüksek Mahkeme'nin *Citizens&Southern* kararında fiili şubeleri asıl olarak davalının yönettiği temelinde sonuca ulaşmasından büyük ölçüde etkilenen daireler tarafından uygulanan tek teşebbüs testine göre, ana şirketin yavru şirketi fiilen kontrol ettiği durumlarda taraflar arasındaki eylemler Sherman Yasası 1. kısmı kapsamı dışına çıkmaktadır.

¹⁵ Örn. *General Bus. Sys. v. North Am. Philips Corp.*, 699 F.2d 965 (9.Circuit 1983).

¹⁶ Handler ve Smart 1981, 53; Willis ve Pitofsky 1968, 37; McNamara 1985, 1253.

¹⁷ Test, tüm gerçekler ve şartlar (*all the facts and circumstances*) testi olarak da anılmaktadır.

Bu testte, farklı tüzel kişiliğe sahip olunmasına bağlı ayrılığın ekonomik açıdan önemli olduğunu veya sadece görünüşte bir durumu ifade ettiğini ortaya koyabilecek tüm ilgili unsurlar dikkate alınmaktadır. Anılan testte her olay kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmekle beraber, genel olarak ana şirketin yavru şirketin günlük işleri üzerinde kontrol uygulayıp uygulamadığıyla ilgili unsurlara yoğunlaşılmaktadır (Thomson 1984, 204). Bu durumun göstergesi olarak sorgulanan bazı unsurlar; örtüşen yönetim kadrosu ve ortaklık yapısı, iki şirketin konsolide finansal tablolar ve vergi beyannamelerine sahip olması ve iki şirketin neden ana şirket ve yavru şirket olarak yapılanmayı seçtiğidir. Örneğin *Knutson* kararında¹⁸ mahkeme, ana şirket ve yavru şirketin aynı kişi tarafından kontrol edilmesini, bu kişinin şirketlerde genel müdür olmasını, yavru şirketin yüzde yüz iştirak niteliğini, şirketler arasındaki ortak üretimi, şirketlerin kendilerini rakip olarak sunmamalarını, paylaşılan iş taleplerini, mekânları ve AR-GE kaynaklarını, işçilerle ortak görüşmeleri, ortak kurumsal logoyu ve personelin şirketler arası değişimini dikkate almıştır.

Tek teşebbüs testi, grupîci işbirliği doktrinini sınırlandırmaya yönelik olarak en sık kullanılan testtir (McNamara 1985, 1254). Yapısal bir bakış açısına sahip mutlak kural testinin aksine fonksiyonel bir test olarak nitelendirilen tek teşebbüs testi, bağlı ortaklıklar arasındaki ekonomik ilişkinin esasına yönelerek, ekonomik bütünlüğün belirlenmesi açısından çok daha analitik bir yapı sergilemektedir.

Ancak test, uygulamasında kullanılan unsurların çoğunun ekonomik bütünlüğün belirlenmesi bakımından yeterli görülmemesi nedeniyle eleştirilmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 228-231; Areeda 1983, 464-465). Örneğin konsolide mali tablolar ve vergi beyannameleri, hesapların grup, şirket veya iş kolu genelinde tutulmasının şirketlerin çıkar birliği paylaşarak bağımsız karar alma merkezi teşkil etmeleriyle ilgili bulunmamıştır. Benzer şekilde, ekonomik bütünlük niteliğinin açık olduğu durumları gösteren bağlı ortaklıkların ortak çalışan, yönetici ve ofislere sahip olmaları unsuru da karmaşık kurumsal yapılanmaları açıklamaktan uzak olduğu şeklinde eleştirilmiştir. Areeda (1983, 465) ekonomik bütünlük tespiti açısından şirketlerin ortak yönetilmelerinin önemli olduğu ancak, ortak yönetim için aynı çalışanların gerekmediği düşüncesindedir. Bu nedenle, bağlı ortaklıklarda örtüşen yönetim kadrosunun olmayışı, ekonomik bütünlükle tutarsız bir durum olarak nitelendirilmemekte ancak, ortak mülkiyet altındaki işletmelerin faaliyetlerini yönlendiren aynı karar mercilerinin varlığı ekonomik bütünlüğe işaret etmektedir. Bir başka deyişle, ekonomik bütünlük tespiti açısından yönetim kurulunun kompozisyonu yol gösterici ancak, kesin surette belirleyici değildir.

¹⁸ *Knutson v. Daily Review Inc.*, 548 F.2d 795 (9.Circuit 1976), cert. denied, 433 U.S. 910 (1977).

Aynı grup bünyesinde yer alan şirketler üzerinde uygulanan ortak kontrolün derecesine önem veren mahkemelerin sayısı da azımsanmayacak kadar azdır¹⁹. Bu nedenle, ana şirket yavru şirketi üzerindeki kontrolünü daha sık kullandıkça, ilişkilerin Sherman Yasası'nın 1. kısmına konu olma ihtimali bu testin uygulamasında o derece azalmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 228). Ancak ademi merkeziyetçi yapının derecesi arttıkça risk artmaktadır (McNamara 1985, 1256). Sonuçta testin bu şekilde uygulanması ana şirketi, yavru şirketi üzerindeki kontrolünü sıkı bir şekilde kullanmaya (Jones, 1752; Notes 1982, 672-673) veya böyle bir kontrol varmış gibi davranmaya (Handler ve Smart 1981, 60) itmektedir. Diğer yandan bu hususu ekonomik bütünlük analizi açısından esaslı bir unsur olarak değerlendiren mahkemeler, tek teşebbüs tespitine yol açacak kontrolün derecesini de açıkça belirlememiştir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 232).

Tek teşebbüs testi ayrıca tutarlı ve kesin olmadığı gerekçeleriyle de eleştirilmektedir (Handler ve Smart 1981, 59-60-61; Notes 1982, 672). Bu yöndeki eleştirilerde, test kapsamında ekonomik bütünlük tespitine imkân verecek asgari kanıtın hukuken belirlenmesinin zor olduğu ileri sürülmekte ve bu belirlemede kullanılan unsurlara önemlerini ortaya koyacak şekilde bir ağırlık atfedilmediği belirtilmektedir²⁰. Bu nedenle her bir olayın sonucunun tahmin edilebilmesi güçleşmekte ve bağlı ortaklıklarıyla ilişkilerinde Sherman Yasası'nın 1. kısmına konu olmaksızın faaliyet gösterme çabası içinde olan kurumsal gruplara hukuki belirlilik sağlanamamaktadır.

1.1.2.4. Karar Veren Tekli (*Sole Decision Maker*) Testi

Bu test, kişinin kendisiyle Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında işbirliği içinde olamayacağı varsayımına dayanarak her iki şirketi de kontrol eden tek karar merciiinin olması halinde, şirketlerin ekonomik bütünlük olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Testin mantığı *Harvey* kararında²¹ bağlı ortaklık ilişkilerinde “iki ya da daha fazla iradenin biraraya gelmesinin söz konusu olmadığı”, *Mid-Atlantic* kararında²² ise “tek bir adamın şovu” şeklinde açıklanmaktadır.

Oysaki çoğu şirket birçok hissedara sahip olup kararları genelde yönetim kurulunca alınmaktadır. Bu nedenle esas itibarıyla kontrol kavramına yönelen ancak uygulanabilirliği sadece tek bir kişinin sahip, kontrol eden veya karar alan konumunda olmasına bağlanan test, sınırlı alanda anlam ifade etmektedir (McNamara 1985, 1253-1254).

¹⁹ Örn. *Island Tobacco Co. v. R.J. Reynolds Indus.*, 513 F. Supp. 726 (D.Haw. 1981).

²⁰ McNamara 1985, 1255-1256; Notes 1982, 672; Handler ve Smart 1981, 60; Areeda ve Hovenkamp 2005, 239.

²¹ *Harvey v. Fearless Farris Wholesale, Inc.*, 589 F.2d 451 (9.Circuit, 1979).

²² *In Re Mid-Atlantic Toyota Antitrust Litig.*, 560 F. Supp. 760 (D. Md. 1983).

1.1.2.5. Üçüncü Kişilerin Kısıtlanması (*Third Party Restraint*) Testi

Sadece dışsal etkileri olan grupiçi anlaşmaların ticareti kısıtlayıcı bir işbirliği olarak nitelendirilmesi gerektiğinin savunulduğu bu testte, görevlerin içsel dağılımı olarak da nitelendirilen tamamen grupiçi anlaşmalar (*internal agreements*), Sherman Yasası'nın 1. kısmı kapsamı dışında tutulmaktadır²³. Grupiçi ilişkilerin üçüncü kişiler üzerindeki rekabetçi etkilerine odaklanılan bu testte, ticari haksız fiil ve anlaşma yapmanın reddi dışsal kısıtlamalar olarak nitelendirilmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 244).

Bu testin en büyük zaafı dışsal etkileri olan anlaşmaları, görevlerin içsel dağılımına ilişkin anlaşmalardan ayırmanın zorluğundan kaynaklanmakta, mahkemeler de bu durumun belirlenmesinde açık bir yöntem ortaya koymamakla eleştirilmektedir²⁴. Zira amacı görevlerin içsel dağılımı olsun olmasın bağlı ortaklıklar arasındaki her anlaşmanın bir miktar dışsal etkisi olacaktır²⁵. Ana şirketin yavru şirketin sattığı ürünlerde yeniden satış fiyatını belirlemesi veya dağıtım politikasına yönelik kararlar alması, görevlerin içsel dağılımı olmanın yanı sıra bağlı ortaklıkların belirli davranışlardan kaçınmasına neden olan önlemleriyle pazarda üçüncü kişileri de etkilemektedir. Zaten bir grubun görevlerin içsel dağılımı olarak nitelendirilen anlaşmalar yapmaktaki amacı dışsal etki yaratmaktır. Her içsel davranışın dışsal etkileri olduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşım altında hangi grupiçi davranışın yasaklanacağı oldukça belirsiz kalmaktadır. Bu nedenle testin uygulanabilirliği ve sonuçlarının öngörülebilirliği oldukça zordur.

Otoriteler bu testi, tarafların çokluğu ilkesini dikkate almaksızın, ticaretin üçüncü kişiler açısından kısıtlanmasını işbirliği iddiaları için yeterli görmesi nedeniyle de eleştirmektedir. Bu yönüyle test grupiçi işbirliği doktrinini, dışlayıcı etkisine rağmen 2. kısım kapsamına girmeyen tek taraflı eylemlerin, Sherman Yasası kapsamında incelenememesiyle oluşan uygulama boşluğunu dolduran bir araç olarak kullanmaktadır²⁶.

Yukarıda yer verilen testlerin uygulamasında dikkat çeken önemli bir husus, Yüksek Mahkeme'nin emsal kararlarıyla bağlı olan dairelerin, doktrinin uygulanmasını tamamen reddedemese de kapsamını daraltmaya yönelik bir çaba sergilediğidir. Ancak mahkemeler bu çabalarında farklı testler benimsediğinden, içtihatta ekonomik bütünlüğün tespitine yönelik farklı kararlar ortaya çıkmış ve işletmeler bu konuda tutarsız standartlarla karşı karşıya kalmıştır. Bu nedenle

²³Örn. *Penn Cent. Sec. Litig v. Pennsylvania Co.*, 367 F. Supp. 1158 (E.D. Pa. 1973).

²⁴McNamara 1985, 1254; McQuade 1955, 213; Willis ve Pitofsky 1968, 48-49.

²⁵Assant 1990, 77; Handler ve Smart 1981, 50; Willis ve Pitofsky 1968, 49; Keyte 1985, 886; McQuade 1955, 213; Areeda ve Hovenkamp 2005, 244.

²⁶Handler ve Smart 1981, 51; Keyte 1985, 886; McNamara 1985, 1254; Penn 1986, dpnt.81.

Copperweld kararı öncesi teoride ve uygulamada makul bir ekonomik bütünlük tanımını geliştirememiştir (McNamara 1985, 1250).

Üzerine çok tartışılan ve mahkeme kararlarıyla bir türlü açıklığa kavuşturulamayan grupçi işbirliği doktrini, 1984 yılında Yüksek Mahkeme'nin *Copperweld* kararıyla sona erdirilmiştir. Bu yönüyle *Copperweld* kararı, 1984 öncesi bu konuda yaşanan tartışmaları ve belirsizlikleri bertaraf edecek şekilde ekonomik bütünlük tespiti açısından bir kılavuz niteliğindedir.

1.2. COPPERWELD KARARI

Yüksek Mahkeme'nin *Copperweld* kararı, Copperweld Corp. ve yüzde yüz iştiraki Regal Tube Co.'nun, Independence Tube Corp.'un çelik kutu profil pazarına girmesini engelleyici nitelikteki eylemlerinin, Sherman Yasası'nın 1. kısmını ihlal ettiğine hükmedilen daire kararını²⁷ ele almaktadır.

Copperweld kararında Mahkeme, emsal kararlarını grupçi işbirliği doktrininin gerekçelerinin derinlemesine analiz edilmediği ve doktrinin sonuç açısından gerekli olmadığı nedenleriyle eleştirmiştir. Zira hem ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki ilişkiler hem de şirket ve çalışanları/bölümü arasındaki ilişkiler açısından Sherman Yasası'nın 1. kısmının lafzı tarafların çokluğu ilkesinin sağlandığı tespitine imkân vermektedir. Oysaki bir şirketin çalışanları ve bölümleriyle eşgüdümlü davranışlarında, “*daha önceden farklı çıkarlar gözeten ekonomik gücün bağımsız iki kaynağının aniden biraraya gelmesi*” gerçekleşmemektedir. Bu nedenle bu ilişkilerde tarafların çokluğu ilkesinin sağlanmadığına yönelik bir görüş birliği oluşmuştur. Bu mantığı ana şirket ve yüzde yüz iştirak arasındaki ilişkilere genişleten Mahkeme, ana şirket ve yüzde yüz iştirakin tam çıkar birliği içinde oldukları ve aralarındaki işbirliğinin tek teşebbüsün eylemi olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Ayrıca bir işletmenin örgütsel yapısında yönetimde etkinlik sağlanması amaçlandığından, tamamıyla birbirine ikame olan yüzde yüz iştirak ve tüzel kişiliği olmayan bir bölüme, farklı hukuki sorumlulukların yüklenmesi sadece örgütsel yapıdaki biçimsel ayrıma dayanan ve etkinlikleri yok sayan bir uygulama olarak nitelendirilmiştir.

Neticede Yüksek Mahkeme ayrıntılı analizi sonrası, *Copperweld* ve yüzde yüz iştirakinin Sherman Yasası'nın 1. kısmını ihlal ettikleri sonucuna ulaşılan daire kararını bozmuştur.

²⁷ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 691 F.2d 310 (7. Circuit 1982).

1.2.1. Copperweld Kararı Çıkarımlarının Analizi

Antitröst hukuku uygulaması bakımından tek bir aktörün belirlenmesi büyük önem taşımakta, ancak Sherman Yasası ve Clayton Yasası hangi durumlarda tek bir aktör veya birden fazla aktörden bahsedilebileceğini tanımlamamaktadır. Diğer yandan, *Copperweld* kararı antitröst hukukuna konu olacak ekonomik bütünlüğü belirleme çabası sergilemektedir.

Copperweld kararında birlikte eylemlerin tek taraflı eylemlere nazaran rekabeti kısıtlayıcı sonuca daha açık olduğu, dolayısıyla bu eylemlerin Sherman Yasası kapsamında daha sert bir biçimde değerlendirildiği görüşü bildirilmekte ve birlikte eylemlere yönelik şu tespitte bulunmaktadır:

Herhangi bir işbirliğinde, daha önceden kendi faydaları için tek başlarına hareket eden iki veya daha fazla teşebbüs ortak çıkarları doğrultusunda hareket etmek üzere biraraya gelmektedir. Bu sadece ekonomik gücün amaçlandığı farklı tarafları azaltmamakta ayrıca ekonomik gücün birden belirli bir tarafa yönelmesini artırmaktadır.

Mahkeme'ye göre farklı çıkarlara sahip teşebbüslerin birlikte hareket etmek üzere biraraya geldikleri işbirlikleri pazarı, rekabetin gereği olan bağımsız karar alma merkezlerinden yoksun bırakmaktadır. Mahkeme kaynakların bu şekilde biraraya gelmesinin belirli etkinlikleri ortaya çıkarabileceğini kabul etmekte, fakat ekonomik gücü amaçlayan bağımsız tarafların sayısını azaltan ve ekonomik gücün aniden belirli bir tarafa yönelmesine ve rekabeti kısıtlayıcı oluşumlarda toplanmasına neden olan bu birlikteliklerin, rekabeti kısıtlayıcı potansiyellerinin incelenmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu tespitleriyle Mahkeme, Sherman Yasası 1. kısmına konu tarafları ekonomik gücü amaçlayan bağımsız karar alma merkezleri olarak tanımlamaktadır. Bağımsız karar alma merkezleri ise kavram olarak farklı ekonomik çıkarları takip eden birimleri ifade etmektedir.

Bir şirketin çalışanları farklı ekonomik amaçları haiz farklı ekonomik aktörleri ifade etmemekte, ayrı bir şirket olarak kurulmayan bölümleri şirketin organizasyonel işbölümüne yönelik bir karardan ötesini yansıtmamaktadır. Hem çalışanlar hem de bölümler bağlı oldukları şirketten farklı menfaatleri değil tam olarak şirketin ortak menfaatlerini takip etmektedir. Bu nedenle, içsel bir anlaşma aniden daha önceden farklı amaçlar gözeten ekonomik güçleri biraraya getirmemektedir. Dolayısıyla işletmeçi işbirliği rekabeti ortadan kaldırmamakta ve Mahkeme'nin anlatımıyla,

piyasada bir teşebbüsün etkin bir şekilde rekabet edebilmesi için bu birliktelik gereklidir. Bu sebeple aynı şirketin çalışanları ve işverenleri 1. kısım anlamındaki işbirliğinin bir zorunluluğu olan tarafların çokluğu şartını sağlamamaktadır.

Sonuçta, kurumsal bir grubun üyeleri ortak bir ekonomik planın gerçekleştirilmesi için faaliyette bulunan birimler olup, “bağımsız karar alma merkezleri” oluşturmamakta ve teşebbüsün en etkin şekilde faaliyet göstermesinde bir zorunluluk olan işletmei işbirliğinde tarafların çokluğu unsuru sağlanamadığından, 1. kısım incelemesi yapılamamaktadır.

Herhangi bir teşebbüs çalışanlar, bölümler ve bağlı şirketlerin biraraya gelmesinden oluşmakta olup burada kaynakların ilk aşamada biraraya gelişleri Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında bir anlaşma niteliği taşımaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 192). Sherman Yasası 1. kısmında her “kişi” tarafından gerçekleştirilen rekabeti kısıtlayıcı birliktelikler yasaklanmakta ve 8. kısmında “kişi” “şirket ve ortaklıkları içerir” denilmektedir. Bu nedenle yasanın dili karşısında iki şirket arasında gerçekleşen birliktelikler 1. kısma konu olmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 205). Ancak, amaçları ortak olan ana-yavru şirket yapılanmasında genel işletme davranışları, farklı iki kurumsal bilinç tarafından değil tek bir kurumsal bilinç tarafından belirlenmektedir. *Copperweld* kararının diliyle,

onlar tek bir sürücünün kontrolünde bir aracı sürükleyen atlardan oluşmuş birçok takımdan farksızdır... ana şirket yavru şirketin dizginlerini sıkı tutsun tutmasın, kendi menfaatlerini yerine getirmede başarısız olması durumunda her an tam kontrolü kullanabilecek komumdadır.

Bu nedenle aralarında resmi bir anlaşma olsun veya olmasın yavru şirket, ana şirketinin menfaatleri için çalışmaktadır ve dolayısıyla ana şirket ve tamamına sahip olunan yavru şirket arasında “tam çıkar birliği” söz konusu olup, bu birlik ana şirketin yavru şirketin her eylemine müdahale etmesi şartına bağlanmamaktadır.

Yavru şirket farklı çıkarlara sahipse dahi bu çıkarları, antitröst hukukuyla ilgili olacak şekilde ana şirketin çıkarlarıyla çelişemez veya ana şirketin çıkarlarıyla yavru şirketin çıkarları birbiriyle rekabet edemez. Yavru şirketin eylemlerinin planlanması, kontrol edilmesi ve bağlı ortaklıklar içindeki diğer şirketlerle koordinasyonu üzerinde ana şirketin rolü, yavru şirketin kararlarındaki belirleyici etkisinden ve bu etkinin uzantısı olan yönetici ve çalışanların seçilmesindeki gücünden kaynaklanmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 236). Zira ana şirket, yavru şirket yöneticilerine şirketin pazardaki eylem planına yönelik emirler vererek, yavru şirketin yönetici ve yetkililerini değiştirerek hatta yavru şirketi ana şirketin bir bölümü haline getirerek aralarındaki ihtilafı ortadan kaldırabilir ve bu eylemleri antitröst hukukuna konu olamaz. Bu bakımdan, yavru şirket bağımsız iktisadi karar alma özgürlüğünden yoksundur. Yavru şirketin ana şirketten sadece günlük talimatlar alması veya ana şirketin sadece genel önerilerde bulunması hali de ekonomik yapı içerisinde faaliyet gösterdikleri gerçeğini değiştirmemektedir (Assant 1990, 75).

Bağlı ortaklıklar ortak bir eylem planı üzerinde uzlaştıklarında bu daha önceden bağımsız olan ekonomik kaynakların anlaşmayla aniden biraraya gelmesi anlamı taşımamakta ve pazardaki bağımsız aktör sayısında bir azalma yaşanmamaktadır (Thomson 1984, 214). Bu nedenle grupîci işbirlikleri rekabeti kısıtlayıcı işbirliğinin temel unsuru olan “*bağımsız iradelerin biraraya gelmesi*”nden yoksundur.

Tarafların her zaman veya herhangi bir anda, ana şirketin müdahalesiyle veya müdahalesi olmaksızın koordine bir şekilde davranmalarına yol açan çıkar birliği, ana şirket ve yavru şirketin ilk andaki biraraya gelmeleri neticesinde oluşmaktadır. Antitröst hukukunun müdahalesi de tam bu noktada yoğunlaşma analizi veya Sherman Yasası 1. kısmıyla gerçekleştirilmektedir. Bu anda yapılan değerlendirmede bağlı ortaklık durumu hukuki olarak kabul edilmişse bu andan sonraki işbirlikleri farklı çıkarların biraraya gelmesi olarak değerlendirilemeyecektir. Oysaki bir kartelde çıkarların biraraya gelmesi yasadışı bir anlaşmaya dayanmakta olup, anlaşma öncesi taraflar farklı çıkarlara sahip durumdadır. İşbirlikçiler yasadışı bir düzende çıkar birliği, ortak plan, ortak anlayış veya mutabakata sahip olduklarından, bu durumda Sherman Yasası 1. kısmı bakımından bir anlaşmadan bahsedilmektedir.

Copperweld kararı sonrası ana şirket ve yüzde yüz iştiraki farklı hukuki kişilikleri temsil etse de aralarındaki ilişki Sherman Yasası’nın 1. kısmıyla yasaklanamayacaktır. Bu tespitte rol oynayan ve ekonomik bütünlük kavramının esası olarak kabul edilecek unsur, tarafların “tam çıkar birliği” içinde olmalarıdır. Bu unsur dolayısıyla taraflar tek bir bağımsız karar alma merkezi oluşturmaktadır. Bu tespitler ana şirket ve yüzde yüz iştirak çerçevesinde geliştirilmiş olsa da Mahkeme asıl olarak belirlediği unsurlarla her türlü bağlı ortaklık ilişkilerinin değerlendirilmesinde dairelere kılavuzluk etme çabası içindedir (Thomson 1984, 2005-2006).

Ekonomik bütünlüğü belirlemeye yönelik önemli tespitleriyle *Copperweld* kararı asıl olarak grupîci işbirliği doktrininin uygulamasını reddetmiştir. Bu çerçevede aşağıda doktrine yönelik eleştirilere yer verilmektedir.

1.3. GRUPEİCİ İŞBİRLİĞİ DOKTRİNİN ELEŞTİRİSİ

Copperweld kararı öncesi uygulaması tartışmalı bir şekilde devam eden ancak bu kararla uygulamasına son verilen grupîci işbirliği doktrini, hem *Copperweld* kararında hem de otoritelerce karar öncesinde ve sonrasında oldukça eleştirilmiştir. Aşağıda yer verilen eleştirilerin açık bir şekilde işaret ettiği gerçek, *Copperweld* kararının bu doktrini sonlandırarak antitröst uygulamasına çok önemli bir katkıda bulunduğuudur.

1.3.1. Doktrinin Esasa Değil Yapıya Ağırlık Verdiği Eleştirisi

Yüksek Mahkeme'nin doktrine yönelik ana eleştirisi, bağlı ortaklıklar arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesinde ayrı hukuki kişiliğin varlığına verilen aşırı önem üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu önem dolayısıyla mahkemeler ana şirket ve yavru şirketi antitröst hukuku anlamında farklı taraflar olarak değerlendirmiş ve gerçekte tek taraflı eylemleri grupiçi işbirliği doktrinine bağlı kalarak birlikte eylemler olarak yasaklamıştır. Oysaki antitröst hukuku alanında bağımsız ekonomik birimlerin varlığı, ticaret hukuku bakımından farklı şirketlerin varlığına doğrudan dayandırılmamalı, antitröst hukukunun süjesi ticaret hukuku kurallarından farklı olarak belirlenmelidir. Sherman Yasası'nın 1. kısmı açasından farklı hukuki kişiliklerin gerekli ama yeterli bir unsur olmadığının farkına varamayan grupiçi işbirliği doktrini, "*etiket üzerine çok fazla ağırlık*"²⁸ vermiş ve esas karşısında yapıyı yüceltmiş, ekonomik gerçekliği yok saymıştır (Alessandria 1985, dpnt.72).

Sadece farklı hukuki kişiliklere odaklanılması aynı eyleme, farklı örgütsel yapılanmalarda farklı antitröst sonuçlar yüklenmesine sebep olmuştur. Zira eylem ayrı bir şirket olarak kurulmuş iştirak yerine şirket bünyesindeki bir bölüm tarafından gerçekte iştirildiğinde antitröst hukuku karşısında bir sorumluluk doğmamakta aksi takdirde yasaklanmaktadır. Oysaki antitröst sorumluluk birbirleriyle değiştirilebilir örgüt yapılarına bağlı olarak ortaya çıkmamalıdır²⁹. Sherman Yasası'nın 1. kısmı bakımından bir ihlalde, eyleme son verilmesine gerek olmaksızın örgütsel yapıda gerçekte iştirilecek bir değişiklikle ihlalin ortadan kalkacak olması, o eyleme 1. kısım ile müdahale edilmesini gereksiz kılmakta ve doktrinin gerekliliği konusunda şüphe uyandırmaktadır. Bu haliyle grupiçi işbirliği doktrininin uygulaması ayrıca Sherman Yasası'nın 2. kısmının uygulanmasını bile gereksiz kılmaktadır (Steinberg 1985, 560).

1.3.2. Doktrinin Kendisinin Rekabeti Olumsuz Etkilediği Eleştirisi

Bağlı ortaklıklar aracılığıyla faaliyet gösteren tek teşebbüs, dikey bütünleşme, ölçek ekonomileri, yönetimde esneklik gibi rekabetçi unsurlardan faydalanarak etkinliğin artmasını sağlayabilecekken, grupiçi işbirliği doktrini bu etkinliği, etkide değil sözde kalan rekabetçi bir endişeyle ortadan kaldırılabilmektedir. Oysaki bu etkinliklerin elde edilmesi ancak bağlı ortaklıklar arasındaki koordinasyonla söz konusu olabilecektir. Ancak bağlı ortaklıklar

²⁸ *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951).

²⁹ *Copperweld*, 467 U.S. s.772, *Siegel Transfer, Inc. v. Carrier Express, Inc.*, 54 F.3d 1125 s.1131-1132 (3.Circuit 1995); *Areeda ve Hovenkamp* 2005, 209.

sonucu ortaya çıkan bu ekonomik faydalara zarar verilmesiyle doktrin, antitröst hukukunun amaçlarından ayrılmaktadır³⁰.

Daha önce de bahsedildiği üzere doktrin, işletmelerin antitröst sorumluluktan kurtulmak için yavru şirket yerine şirket bünyesinde bölümler kurmasına yol açabilir. Büyük şirketlerin ayrı bir şirket olarak kurulmayan bölümler aracılığıyla faaliyet göstermelerine yol açabilecek bu durum, rekabete hiçbir faydası olmaksızın, kaynakların yanlış tahsis edilmesine, kamunun farklı örgütsel yapılanmalardan mahrum kalmasına ve şirketlerde merkeziyetçi yönetim anlayışının artmasına neden olacaktır³¹.

1.3.3. Doktrinle Sherman Yasası'nın Uygulamasında Ortaya Çıkan Boşluğun Doldurulduğuna Yönelik Görüşün Geçersiz Olduğu Eleştirisi

Doktrini destekleyenler, Sherman Yasası'nın 2. kısmı incelemelerinde gerekli olan koşulların her durumda sağlanamaması ve 1. kısma göre ispat yükünün çok daha ağır olmasından dolayı rekabeti kısıtlayan tek taraflı bir eylemin antitröst incelemesinden kurtulmasından çekinmektedirler. Bu nedenle grupiçi işbirliği doktrini, tekelleşme ve birlikte eylemlere yönelik Sherman Yasası uygulamasından doğan boşluğu doldurmak için kullanılmaktadır³².

Grupiçi işbirliği doktrininin bu yönde desteklenmesinin nedenlerinden biri, tröstlere müdahale etme isteğinden kaynaklanmakta ve bağlı ortaklık hali tröstlerle denk görülmektedir³³. Gerçekten de klasik bir tröstte daha önceden rekabet halinde olan şirketlerin yerini, bunları kontrol eden merkezi bir yönetim almaktadır. Ancak antitröst analizi bakımından tröstler asıl olarak yoğunlaşmaların konusunu oluşturmaktadır. Bu şekilde oluşturulan bağlı ortaklıklar, işlemin gerçekleştiği anda Sherman Yasası'nın 1. kısmı ve Clayton Yasası'nın 7. kısmı bakımından incelenebilmekte ve bağlı ortaklıklar arasında işlem öncesi var olan rekabetin sonlandırılması analiz edilmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 205). İşleme izin verilmesi sonrası grupiçi işbirliğine dayanılarak taraflara sorumluluk yüklenmesi, doktrin bir tutarsızlığı olarak nitelendirilmekte ve bu durum izin verilen bir devralma işleminde olası etkinliklerin ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Tröstlere benzetilen bağlı ortaklık halinin kurulduğu anda antitröst incelemeye konu olacak oluşu, grupiçi

³⁰ Notes 1982, 666-667; *Columbia Metal Culvert Co. v. Kaiser Aluminum&Chemical Corp.* 579 F.2d (3.Circuit), cert. denied, 439 U.S. 876 (1978).

³¹ *Copperweld*, 467 U.S. s.773-774; Assant 1990, 75; Areeda ve Hovenkamp 2005, 209; Areeda, 1983, 454; Keyte 1985, 882; Neri 1985, 964.

³² Willis ve Pitofsky 1968, 22; Handler ve Smart 1981, 67; Notes 1977, 717-719. Bu boşluğun ortadan kalktığına ilişkin karşı görüş için bkz. Gavil (2000-2001, 88).

³³ *Copperweld*, 467 U.S. s.790-791.

işbirliği doktrininin reddedilmesiyle oluşan uygulama boşluğunun kayda değer olmadığı düşüncesine yol açmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 203). Diğer yandan uygulama boşluğunun ciddi olduğu düşünülüyorsa bu boşluğu doldurmanın yolu grupçi işbirliği doktrininin uygulanması değil, Sherman Yasası'nın 2. kısmın kapsamının gözden geçirilmesidir (Assant 1990, 76; Ponsdolt 1995, 511-512).

Grupçi işbirliği doktrinine dayanılarak alınmış kararlar özellikle anlaşma yapmayı reddetme, ticari haksız fiil ve yıkıcı fiyat uygulamalarında yoğunlaşmaktadır. Bu tespit, doktrinin desteklenmesinin diğer bir nedeninin Sherman Yasası 2. kısmının kapsamına girmeyen dışlayıcı nitelikteki tek taraflı bir eylemden şikâyetçi olan davacının mağduriyetini gidermek olduğu izlenimi uyandırmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 194-211). Ancak bu doktrine gerek olmaksızın diğer yasal düzenlemelerle bu mağduriyetin giderilmesi mümkün olduğundan³⁴, grupçi işbirliği doktrininin bu şekilde kullanılması Sherman Yasası'nın sınırlarının gereksiz genişletilmesi olarak nitelendirilmektedir (Areeda 1983, 456). Hatta bu genişlemenin boşluğu ortadan kaldırmadığı, aksine yargılama yetkisinin kanuna aykırı kullanımı anlamına geldiği ileri sürülmektedir (Assant 1990, 76). Bu görüşte olanlar, Sherman Yasası'nın hazırlanmasında bu boşluğun farkında olduğunu, bu boşluğun bırakılmasında teşebbüs bünyesinde etkinliğin artması sağlanarak, rekabeti artıracak eylemlerin teşvik edilmesinin amaçlandığını belirtmektedir³⁵.

Sonuçta, mevcut antitröst hukukuyla müdahalede bulunulamayan tek firma davranışlarına ulaşabilmesi, doktrini haklı göstermek için yeterli görülmemekte, hatta bu davranışların antitröst incelemeye konu olmaması gerektiği düşünülmektedir.

1.4. BÖLÜM SONUCU

Yüksek Mahkeme'nin sınırlı sayıda kararı etrafında gelişen ve daireler tarafından tutarlı bir şekilde uygulanmayan grupçi işbirliği doktrininin kapsamı konusunda *Copperweld* kararı öncesi genel geçer bir tespit yapılması söz konusu olamamıştır. Ancak *Copperweld* kararı doktrinin kapsamını belirginleştirme çabası sergilemiş ve ana şirket ile yüzde yüz iştiraki arasında Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında bir işbirliği olamayacağı gerekçesiyle doktrini reddetmiştir.

Copperweld kararı sonrası ana şirket ve yüzde yüz iştirak ilişkilerini

³⁴ Haksız rekabet kurallarına yönelik Sherman Yasası'nın 2.kısımı ve Federal Ticaret Komisyon'u (*Federal Trade Commission-FTC*) Kanunu'nun 5.kısımı yeterli yetki alanı oluşturmaktadır (Calkins 1995, dpnt.33; Handler ve Smart 1981, 71; Assant 1990, 76).

³⁵ Menz 2002, 67; Thomson 1984, 211; Calkins 1995, 350; Areeda ve Hovenkamp 2005, 212.

konu edinen davalarda 1. kısmın ihlal edildiği ileri sürülemez, hatta kısmen sahip olunan iştiraklerle olan ilişkilerin 1. kısım bakımından analizi, sadece farklı şirket kimliklerine dayandırılmayacaktır. Taraflar arasındaki ilişkinin özüne yönelik *Citizens&Southern* kararı *Copperweld* kararı sonrası da geçerliliğini korumaktadır. Zira *Copperweld* ekonomik bütünlük analizinde sadece mülkiyetin derecesine odaklanılmaması gerektiğini emretmekte, tam mülkiyet halini diğer unsurların incelenmesi gerekliliğini ortadan kaldıran kati bir unsur olarak nitelendirmektedir. Kısmen sahip olunan yavru şirketler bakımından ekonomik bütünlük analizinde *Citizens&Southern* kararı *Copperweld* kararının tamamlayıcısı olarak görülmekte, ancak hem mülkiyetin derecesi hem de tarafların faaliyetlerinin ne ölçüde iç içe geçtiğinin belirlenmesiyle adil ve doğru bir ekonomik bütünlük analizi yapılabileceği ileri sürülmektedir (Thomson 1984, 216).

Grup içi işbirliği doktrinine yönelik getirilen eleştiriler kanaatimizce, Yüksek Mahkeme'nin doktrini reddetmekte ne derece haklı olduğunu göstermektedir. *Copperweld* kararı öncesinde zaten grup içi işbirliği doktrini uygulamakta isteksiz olan daireler de Yüksek Mahkeme'nin hükmünü doğrudan kabul etmiş ve sonrasında bu karara atıfta bulunarak grup içi işbirliği doktrini reddetmiştir³⁶.

Kararın tespitleri ana şirket ve yüzde yüz iştirak arasındaki eylemlerle sınırlanmış ve kısmen sahip olunan bağlı ortaklıkların ne zaman ana şirketiyle ekonomik bütünlük teşkil edeceği sorusu açık bırakılmıştır. Ancak açık bırakılan bu noktada da *Copperweld* kararı bir kılavuz niteliğinde olup ekonomik bütünlüğün tespitinde çok önemli bir yere sahip olduğu düşünülmektedir.

³⁶Örn. *Eichorn v. AT & T Corp.*, 248 F.3d 131 (3.Circuit 2001); *Alvord-Polk, Inc. v. F Schumacher & A & E Products Group, Inc.*, 18 F. Supp. 2d 232 (E.D. N.Y. 1998).

BÖLÜM 2

ABD UYGULAMASINDA EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜN TESPİTİ

Grupçi ilişkiler bakımından *Copperweld* kararı hükümlerinin dar kapsamda yorumlanması, sadece ana şirket ve yüzde yüz iştirakinin ekonomik bütünlük teşkil ettiği çıkarımı yapılmasına neden olabilecektir. Zira davanın konusu ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki anlaşma olup, kararda incelemenin bu kapsamla sınırlı olduğu ve kısmen sahip olunan iştiraklerin değerlendirilmediği açıkça ifade edilmektedir.

Ekonomik bütünlük, farklı şirketlerin tamamen bütünleşik operasyonlarıyla gerçekte tek bir işletmenin bölümleriymiş gibi faaliyet göstermeleri anlamına gelmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 228; Areeda 1983, 464). Ekonomik bütünlüğe yönelik en açık örnek, tek kişi tarafından sahip olunan ve yönetilen bir grup şirkettir³⁷. Ancak ne tek kişinin elinde olan mülkiyet ne de kontrol ekonomik bütünlüğün asli unsurudur. *Copperweld* kararında ekonomik bütünlüğün unsurları olarak “bağımsız karar alma merkezleri”, ana şirket ve yüzde yüz iştirakin “tam çıkar birliği ve ortak yapı” içerisinde olmaları ve “ekonomik gücün bağımsız kaynaklarının aniden biraraya gelmemesi”nden bahsedilmekte, fakat alt mahkemelerin kullanabileceği açık bir kılavuz veya test önerilmemektedir³⁸.

Copperweld kararı antitröst hukuku bakımından ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde, şekli unsurların ötesinde bazı ekonomik araçlar ortaya koyarak, grupçi ilişkilerin özüne nüfuz eden temel bir karardır. Bu nedenle, *Copperweld* kararı hükümlerini sadece ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki kurumsal ilişkilerle sınırlamak kararın esasının gözden kaçmasına neden olacaktır. Kararın esası, Sherman Yasası'nın 1. kısmı bakımından işbirliğinden yoksun ekonomik

³⁷ Örn. *Aaron E. Levine & Co., Inc. v. Calkraft Paper Co.*, 429 F.Supp. 1039 (E.D.Mich. 1976).

³⁸ Mahkeme sadece ana şirketin alt birimlerini yapılandırmakta seçtiği yolu tarif eder nitelikteki kıstaslarıyla tarafların nihai çıkarlarının benzer olduğu gerçeğini çürütmediğini düşündüğü tek teşebbüs testinin uygulanmasını kabul etmemiştir.

bütünlüğün belirlenmesi olup, karardaki tespitleri içeren tüm grupçi ilişkiler bakımından ekonomik bütünlük tespiti yapılarak, söz konusu ilişkilerin 1. kısmın kapsamı dışında tutulması gerekmektedir³⁹. Sonraki döneme ait bir kararda ifade edildiği üzere *Copperweld* kararıyla Yüksek Mahkeme grupçi işbirliği iddialarıyla karşılaşıldığında grupçi ilişkinin yapısının değil, esasının analiz edilmesi yönünde mahkemeleri teşvik etmiştir⁴⁰.

2.1. EKONOMİK BÜTÜNLÜK TESPİTİNDE KULLANILAN TESTLER

Ekonomik bütünlük analizine yönelik olarak alt mahkemeler tek bir test üzerinde uzlaşmamış, *Copperweld*'in sunduğu analitik araçlar çerçevesinde farklı testler geliştirmiştir. Önerilen testlerde *Copperweld* kararı çeşitli şekillerde yorumlanmış ve *Copperweld* kuralı olarak nitelendirilen ekonomik bütünlüğün unsurlarının hangi ilişkiler bakımından geçerli olduğu belirlenmeye çalışılmıştır. Tüm testlerin temeli *Copperweld*'in bahsettiği “tam çıkar birliği”ne dayanmakta olup, mahkemeler dava konusu olaylarda bu tespite imkân verebilecek koşulların varlığını sorgulamaktadır (Meyers 2001, 1407-1408; Williamson 2007, 2).

Uygulanan testlerde ana şirketin yavru şirketi üzerindeki mülkiyeti ve/veya kontrolünün derecesine bağlı olarak ekonomik bütünlük tespiti yapılmaya çalışılmıştır (Wachstock ve Amarante 2003, 10; Williamson 2006, 1-5). Bu nedenle testler, mülkiyetin ve kontrolün esas alındığı testler olarak sınıflandırılabilir.

2.1.1. Mülkiyet Kavramının Esas Alındığı Testler

2.1.1.1. Tam Mülkiyete Dayalı Testler

Konusunun ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki ilişkiler olması dolayısıyla kararı dar yorumlayan mahkemeler ilk anda tam mülkiyete dayalı testler uygulamıştır. Ancak grupçi ilişkiler bakımından tam mülkiyete dayalı testlerde, ana şirket ve yüzde yüz iştirakin tam çıkar birliği içinde olmaları ilk tespit niteliğindedir. Zira grup yapılanmaları genellikle ana şirketin yavru şirketleri ve bunların yavru şirketleri (ana şirket açısından torun şirketler) aracılığıyla faaliyet göstermektedir. Bu çerçevede çıkar birliği unsurunun tam mülkiyete bağlı kalınarak sorgulandığı grupçi ilişkilerden bir diğeri, kardeş şirketler olarak nitelendirilen bir ana şirkete ait iki iştirak arasındaki ilişkilerdir.

³⁹ Miles 2000; Belsley 1996, 740; Areeda ve Hovenkamp 2005, 235; McNamara 1995, dpnt.104; Calkins 1995, 348; *City of Mt. Pleasant v. Associated Elec. Coop.*, 838 F.2d 268, s.274 (8.Circuit 1988).

⁴⁰ *Siegel Transfer*, 54 F.3d 1125, s.1132.

Benzer şekilde ana şirketin yavru şirketi aracılığıyla kontrol ettiği torun şirketlerle olan ilişkileri de ekonomik bütünlük analizine konu olmuştur.

2.1.1.1.1. Kardeş Şirketler

Yüksek Mahkeme'nin kararında belirtildiği üzere kurumsal yapılanmanın özünde tam çıkar birliği bulunmaktadır. İki ayrı yüzde yüz iştiraki bulunan ana şirket, Copperweld kuralına göre her iki iştirakiyle de tam çıkar birliği içindedir. Bir başka deyişle, ilişkilerin kesişim noktasında olan ana şirket, söz konusu ticari yapılanmanın belirleyicisi durumunda olup, her iki yavru şirketin yani kardeş şirketlerin çıkarları ana şirketin çıkarlarıdır. Kardeş şirketler ayrı ayrı ana şirketin çıkarlarına uygun hareket etmek zorundadır ve bunun aksi halinde ana şirket her zaman tam kontrolü ileri sürebilecek durumdadır. O halde söz konusu yapılanmada kardeş şirketler açısından farklı ekonomik çıkarlardan değil, ana şirketin çıkarlarından (kesişen ekonomik çıkarlardan) bahsedilebilmekte dolayısıyla farklı ekonomik çıkarları olan birimleri ifade eden bağımsız karar alma merkezleri kardeş şirketler açısından vuku bulmamaktadır. Bu nedenle, aynı ekonomik çıkarlar etrafında kardeş şirketler, ana şirketle beraber tek bağımsız karar alma merkezi oluşturarak ekonomik bütünlük teşkil etmektedir. Dolayısıyla tıpkı ana şirketleriyle olan ilişkilerinde olduğu gibi kendi aralarındaki ilişkileri de Sherman Yasası 1. kısmı kapsamı dışında kalmaktadır⁴¹.

2.1.1.1.2. Torun Şirketler

Geleneksel kurumsal hiyerarşilerde en alt seviyeden başlayarak bir sahiplik/kontrol zinciri kurulması mümkündür. Torun şirketler yavru şirketlerin sahipliği, yavru şirket de ana şirketin sahipliği altında olup nihayetinde ana şirket sahiplik hiyerarşisinde en üst düzeyde bulunan taraftır⁴². Kardeş şirketler bakımından yukarıda yer alan tespitlerden hareketle, sahiplik hiyerarşisinin en üst düzeyinde bulunan tek bir tarafın doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüz sahipliğinde bulunan şirketlerin hepsi ekonomik bütünlük teşkil etmektedir⁴³.

Bu iki test, sadece ana şirket ve yüzde yüz iştirakinin değil aynı zamanda iki şirketin her biri tarafından tamamına sahip olunan ve bu şirketlerin beraber tamamına sahip oldukları tüm şirketlerin de ekonomik bütünlüğün parçaları

⁴¹ Örn. *Advanced Health-Care Serv., Inc. v. Radford Comm. Hosp.*, 910 F.2d 139 (4.Circuit 1990).

⁴² ABD'de yoğunlaşmaların bildirimini düzenleyen Hart-Scott Rodinho Yasası'na (HSR) yönelik Introductory Guide II'de (Guide II) sahiplik hiyerarşisinin en üst kademesinde yer alan ve kimse tarafından kontrol edilmeyen taraf "nihai ana şirket" (*ultimate parent entity*) olarak tanımlanmakta ve tespiti için kontrol zincirinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁴³ Örn. *Vollrath Co. v. Sami Corp.*, 9 F.3d 1455 (9.Circuit 1993).

olduğunu göstermektedir. Hatta bu çıkarım kontrole dayalı testler için de geçerlidir⁴⁴.

Şu ana kadar anlatılan testler, doğrudan veya dolaylı olarak tek bir gerçek veya tüzel kişinin tam mülkiyeti altında olan şirketler arasındaki ilişkileri ele almaktadır. Ancak günümüzde şirketler parçalı ortaklık yapıları sergilemekte olduğundan hisselerinin tamamı birden fazla kişinin kontrolünde bulunan şirketler de ekonomik bütünlük analizine konu olmuştur.

2.1.1.1.3. Birden Fazla Kişinin Ortak Mülkiyetindeki Şirketler

Copperweld kuralının uygulanabilirliğinin sorgulandığı bu durumda, tek bir kişi ana şirket niteliği taşımamakta, ancak şirketler bütünüyle aynı az sayıda kişinin mülkiyeti altında bulunmaktadır (OECD Policy Roundtables 2008, 181-182). Şirketlerin tamamıyla aynı ortakların mülkiyetinde bulunması durumunda mahkemeler *Copperweld* hükümlerine dayanarak bu şirketlerin, Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında işbirliği içinde olmayacakları sonucuna ulaşmıştır (Calkins 1995, 354).

Mahkeme, aynı zamanda şirketlerde yönetici olan üç ortağın (payları %30-30-40) tam mülkiyeti altındaki iki şirketin birleşmesine ilişkin *Century Oil* kararında⁴⁵ şu tespitte bulunmaktadır:

Copperweld göz önünde tutulursa,...bir şirket tarafından tamamına sahip olunan iki şirket veya tüm gidişatı [şirketin] tamamına sahip olan üç kişi tarafından yönlendirilen iki şirket arasında hiçbir fark görmemekteyiz.

Bu karar ekonomik bütünlüğün ortaklık yapısının parçalı olduğu şirketlere genişletilmesini sağlamış ancak *Fishman* kararında⁴⁶ *Copperweld* hükümlerinin bu tarz ilişkilere genişletilmesi sınırlandırılmıştır. Mahkeme ortak mülkiyet altında olan şirketlerde *Century Oil*'deki gibi hissedarların aynı mülkiyet oranına sahip olmalarını aramış ve hissedarlar bakımından sadece kısmi bir örtüşme olması nedeniyle iki şirketin tam çıkar birliğinden yoksun olduğuna kanaat getirmiştir. Bununla birlikte kararın karşı görüşünde Yargıç Easterbrook, işbirliği kapasitesinin tespitinde hissedarların tamamen örtüşmesinin değil, kontrolün belirleyici olması gerektiğini önermiştir. Benzer şekilde bazı mahkemeler de ortaklık yapısının aynı olmasını aramaksızın, tek bir

⁴⁴ HSR 16 C.F.R. §801.1(a)'da "kişi" tanımı ve tanımı açıklayıcı örnek bu durumu içermektedir. HSR'ye göre kişi nihai ana şirket ve doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği tüm şirketleri içermektedir. Kontrolün araç olarak kullanıldığı bu tanım tüm kurumsal grubu içerecek şekilde ana şirketler, yavru şirketler, bölümler (konsolide-konsolide olmayan, şirketleşmiş-şirketleşmemiş) ve bu şirketlerin ortak kontrolündeki şirketler bakımından ekonomik bütünlüğe işaret etmektedir.

⁴⁵ *Century Oil Tool Inc. v. Production Specialities, Inc.*, 737 F.2d 1317 (5.Circuit 1984)

⁴⁶ *Fishman v. Wirtz*, 807 F.2d 520 (7.Circuit 1986).

kişinin kontrol ettiği iki şirketin aynı ortakların mülkiyetinde olması halinde ekonomik bütünlüğün bulunduğu tespitini yapmıştır⁴⁷.

Bu testin uygulandığı davalarda aile bağları, kişisel ilişkiler ve yöneticilerin hizmetleri de dikkate alınmıştır (Calkins 1995, 354). Örneğin *Orson* kararında⁴⁸ Bölge Mahkemesi aynı kişinin yarı hisselerine sahip ve genel müdür olduğu, kardeşininse diğer hisseleri elinde bulundurduğu iki şirket arasında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği olamayacağına hükmetmiştir.

Copperweld'de ana şirket ve yüzde yüz iştirakinin ekonomik bütünlük oluşturduğunun kabul edilmesi sonrası mahkemeler bu kuralı tam mülkiyetin söz konusu olduğu benzer durumlar için de uygulamıştır. Ancak *Copperweld* ve bu noktaya kadar anlatılan durumlar ekonomik bütünlüğün çok açık olduğu grup içi ilişkileri ele almakta ve şu soruyu cevapsız bırakmaktadır: Hangi durumda bağlı ortaklıklar arasındaki işbirliği Sherman Yasası'nın 1. kısmına konu olabilecektir? Diğer bir deyişle ekonomik bütünlüğün sınırı nerede sona ermektedir? Bu sınırın çizilmesi kısmi mülkiyet halinde ekonomik bütünlük tespitinin sorgulanmasını gerektirmekte ve hem antitröst hukukunun uygulayıcıları hem de iş dünyası açısından çok önemli olan bu konunun açıklığa kavuşturulmasına olan ihtiyaç dile getirilmektedir⁴⁹.

2.1.1.2. Kısmi Mülkiyete Dayalı Testler

Mahkemeler kısmi mülkiyete dayalı grup içi ilişkileri de “tam çıkar birliği” unsuru çerçevesinde değerlendirmiştir. *Copperweld* kararının da ele alındığı bir FTC yuvarlak masa gündeminde, *Copperweld*'de kullanılan mantığın kısmen sahip olunan yavru şirket için de geçerli olması gerektiği yönünde genel bir mutabakattan bahsedilmekteyse de *Copperweld* sonrası alt mahkemeler bu ilişkilerin Sherman Yasası 1. kısmı kapsamındaki durumu üzerinde uzlaşmamıştır (Meyers 2001, 1407).

Bu ilişkiler bakımından ilk olarak ekonomik bütünlük tespitine imkân veren unsurlar açısından tam mülkiyetten farksızlığının arandığı *de minimis* testi uygulanmıştır. Ancak mahkemeler mülkiyete dayalı yaklaşımı kontrole dayalı yaklaşıma yakınlaştıran iki farklı test daha uygulamıştır. Bunlar zoraki birleşme testiyle, çoğunluk mülkiyetine dayalı hukuki kontrol testidir.

⁴⁷ *Gucci v. Gucci Shops, Inc.*, 651 F.Supp. 194 (S.D.N.Y.1986).

⁴⁸ *Orson, Inc. v. Miramax Film Corp.*, 862 F.Supp. 1378 (E.D.Pa. 1994).

⁴⁹ FTC Roundtable Agenda; *Copperweld: The Basics and Beyond* 2003; Assant 1990, 76.

2.1.1.2.1. De Minimis Testi

Bu testte ana şirketin yavru şirket üzerindeki mülkiyeti ancak tam mülkiyetten *de minimis* (küçük ve önemsenemeyecek) farklılıklar içeriyorsa Copperweld kuralı grup içi ilişkilere uygulanmaktadır. Kararlarda %90'nın üzerindeki sahiplikler *de minimis* farklılık olarak değerlendirilirken⁵⁰; %60-80 oranındaki mülkiyet *de minimis* farklılık olarak kabul edilmeyerek⁵¹, grup içi ilişkiler Sherman Yasası'nın 1. kısmı kapsamında değerlendirilmiştir.

Kısmi mülkiyet altındaki şirketlerle olan ilişkilerin ekonomik bütünlük niteliği sergilemesinde kapsamı dar tutan bu testte, hangi mülkiyet oranının tam mülkiyetten *de minimis* farklılık taşıdığı açıkça belirlenmediği gibi *de minimis* farklılık olarak değerlendirilmeyen hallerin neden *Copperweld*'deki unsurları sağlamadığı da açıklanmamaktadır (Meyers 2001, 1409-1411). Bu nedenle test, hem antitröst kurallarını uygulayanlar hem de iş dünyası açısından istenen açıklığı sağlamamıştır.

2.1.1.2.2. Zoraki Birleşme Testi (Forced Merger Test)

Bu teste göre ana şirket istediği zaman yavru şirketi, azınlık hissedarlarının onayı olmaksızın, kendisiyle birleşmeye zorlayacak (*freeze-out merger*) ölçüde yavru şirkette hisse sahipliği ilişkileri, Sherman Yasası 1. kısmı kapsamı dışında kalmaktadır. Bu test, ana şirketin yavru şirketin örgütlenme şeklini değiştirebilme gücüne odaklanarak, yavru şirketin tüzel kişiliğine son verebilecek gücü elinde bulundurmasını ekonomik bütünlük tespiti için yeterli bulmaktadır.

Leaco kararında⁵² ana şirket, yavru şirket yöneticilerinin azınlığını atamakta ve önemli anlaşmalar gerçekleştirmekte yavru şirkete özerklik sağlamaktadır. Mahkeme, söz konusu davada ana şirketin yavru şirketi kendisiyle birleşmeye zorlayacak hisse oranına sahip olmasının ona yavru şirket üzerinde hukuki kontrol sağlayacağından hareketle, tarafları ekonomik bütünlük olarak nitelendirmiştir.

Bu testin uygulandığı davalarda ana şirket bu gücünü gerçekte kullanmış değildir (Davis, Swartz ve Wild 2007, 238). Mahkemeler bağlı ortaklık üzerinde bu gücün kullanılma ihtimalinden hareket etmekte ve ana şirketin menfaatlerine uygun hareket etmemesi nedeniyle yavru şirketin varlığını sonlandırabilecek ve onu kendisiyle birleşmeye zorlayabilecek güce sahip oluşuna dayanarak ana

⁵⁰ *Satellite Financial Planning Corp v First National Bank of Wilmington*, 633 F.Supp 386 (D.Del 1986); *Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477 (D.Or. 1987).

⁵¹ *Tunis Bros. Co. v. Ford Motor Co.*, 763 F.2d 1482 (3.Circuit 1985), cert. denied, 484 U.S. 1060 (1988).

⁵² *Leaco Enterprises, Inc. v. General Elec. Co.*, 737 F.Supp. 605, s.609 (D.Or. 1990).

şirket ve yavru şirket arasında çıkar birliği olduğunu ileri sürmektedir. Bu mantık, Yüksek Mahkeme'nin kurumsal ilişkilerde örgütsel yapının şeklinin değil, esasının incelenmesi gerektiği hükmüyle tutarlı olduğu gibi kontrole dayalı testler için de zemin oluşturmaktadır.

Bu test altında ekonomik bütünlük tespiti için gerekli hissedarlık oranı yavru şirketin şirketleşmesindeki düzenlemeye dayanmakta olup, farklı düzenlemelerle farklı hissedarlık payları yeterli görülebileceğinden ekonomik bütünlük tespiti için tek bir hisse oranından bahsedilememektedir. Ancak test, ekonomik bütünlük tespiti için öngörülebilir bir koşul belirleyerek, bu sorunun çözümünde istenen açıklığı sağlamaktadır.

Şu ana kadar anlatılan testlerde ekonomik bütünlük tespitine imkân veren tek bir mülkiyet oranı eşik olarak belirlenememiştir. Diğer yandan bazı mahkemeler, bu konuda belirgin bir mülkiyet oranının eşik olarak belirlenmesine imkân veren çoğunluk mülkiyetine dayalı hukuki kontrol testini uygulamıştır.

2.1.1.2.3. Çoğunluk Mülkiyetine Dayalı Hukuki Kontrol Testi

Ortaklık payına dayalı olan hukuki kontrol testinde (Meyers 2001, 1414; McNamara 1985, 1264), çoğunluk mülkiyetinin getirdiği kontrol etme gücünün kendi arasında işbirliği kapasitesinden yoksun ekonomik bütünlük yarattığı kabul edilmektedir. Bu testin uygulandığı ilk karar niteliğindeki *Novatel*'de⁵³, ana şirkete yavru şirketi kontrol edebilme imkânı veren çoğunluk mülkiyetinin önemli olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Benzer şekilde, *Bell Atlantic* kararında⁵⁴ mahkeme tarafların çıkar birliği içinde olduklarını tespit etmek için hukuki kontrolün yeterli olduğunu savunan şu tespite bulunmaktadır:

Hukuki kontrolü elinde bulunduran işletme etkin bir şekilde yavru şirketin politikalarını ve idaresini belirlemektedir...menfaatine uygun olarak davranmayı bıraktığı an, ana şirket yavru şirketi üzerinde tam kontrol hakkını ileri sürebilir.

Ekonomik bütünlüğün tutarlı bir biçimde tespit edilmesinde “en ‘doğal’ ayırım çizgisi” olduğu düşünülen çoğunluk mülkiyeti testi uygulanabilirliğinin kolay oluşuyla desteklenirken (Areeda ve Hovenkamp 2005, 236), mahkemelerin ekonomik bütünlük tespitine imkân veren çoğunluk mülkiyeti oranı farklılık göstermiştir. %51-80 arasındaki hissedarlık oranını⁵⁵ ekonomik

⁵³ *Novatel Commun., Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc.*, No. C85-2674A, 1986 WL 15507, s*6, 412 (N.D.Ga. 1986).

⁵⁴ *Bell Atl. Bus. Sys. Services v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 849 F. Supp. 702 (N.D. Cal. 1994).

⁵⁵ *Coast Cities Truck Sales, Inc. v. Navistar International Transportation Co.*, 912 F.Supp. 747 (D.N.J. 1995).

bütünlük tespiti için yeterli bulan mahkemelerin yanı sıra, %60-70 arasındaki mülkiyet oranını⁵⁶ yeterli bulmayan mahkeme kararları da mevcuttur.

Her ne kadar karşı yönde kararlar olsa da genel olarak mahkemeler ve otoriteler %50'den fazla hisse oranının ekonomik bütünlük tespiti yapılabilmesi için yeterli olduğu görüşündedir⁵⁷. Bu nedenle, bu testle ekonomik bütünlük tespitinde geline nokta ana şirket ve çoğunluğuna sahip olduğu yavru şirketin ekonomik bütünlük teşkil etmesi olup aksini ispatlama sorumluluğu davacıya yüklenmiştir⁵⁸. Çoğunluk mülkiyeti testi belirgin kapsamı ile hem uygulayıcılar hem de iş dünyası için istenen belirliliği sağlamaktadır. Fakat testin kapsamındaki bu kesinlik aynı zamanda kapsamının darlığı dolayısıyla, testin zaafi olarak da görülmektedir (McNamara 1985, 1266). Zira test, kısmen sahip olunan yavru şirketlerin ancak çoğunluk mülkiyeti altında olması halinde ekonomik bütünlük tespiti yapılabilmesine imkân vermekte, fakat çoğunluk mülkiyeti olmaksızın bir şirketin başka bir araçla kontrol edilmesi halinde bu test kullanılamamaktadır. Bu nedenle test, farklı ticari yapılanmalar açısından neyin ekonomik bütünlük teşkil ettiğiyle ilgili soruda tamamlanmamış bir cevap olarak nitelendirilmektedir (McNamara 1985, 1266).

Mülkiyete dayalı testlerde ana şirketin kısmen sahip olduğu yavru şirketin hisseleri üzerindeki mülkiyet oranına bağlı olarak şirketlerin çıkar birliği içinde olup olmadıklarına karar verilmiştir. Bu noktada adi hisse senetlerinin mi yoksa oy imtiyazlı hisse senetlerinin mi dikkate alınacağı konusundaki ayırım belirsizdir. Bazı mahkemeler analizlerini adi hisse senetlerine⁵⁹; bazıları oy imtiyazlı hisse senetlerine⁶⁰ bazıları da her iki hisse senedine⁶¹ dayandırmış ancak sonuca ulaşırken hangi tür hisse senetlerini göz önünde bulundurduklarını dile getirmemiştir. Mahkemelerin ekonomik bütünlük analizi açısından hangi tür hissedeki mülkiyetin esas alınmasını açıkça belirlememeleri, böyle bir ayırımın ilgili olayda sonucu değiştirmeyecek oluşuna bağlanmaktadır (Meyers 2001, 1416).

Bu noktaya kadar ele alınan testler mülkiyet odaklı olmalarına rağmen, testlerin kullanıldığı davalarda ana şirketin yavru şirket üzerindeki kontrolüne ilişkin çıkarımlarda da bulunmaktadır. Zaten bütünüyle mülkiyete dayalı bir değerlendirme, *Copperweld* mantığının kısmi mülkiyet altındaki yavru şirketlere uygulanabilmesinde problem yaratmaktadır. Zira ana şirketin yavru şirketindeki hisse oranı azaldıkça mülkiyet temelinde ekonomik bütünlük tespiti yapılması

⁵⁶ *American Vision Centers, Inc. v. Cohen*, 711 F. Supp. 721 (E.D.N.Y. 1989).

⁵⁷ *Areeda ve Hovenkamp* 2005, 236; McNamara 1985, 1265; Meyers 2001, 1414.

⁵⁸ *Direct Media Corp. v. Camden Telephone & Telegraph Co.*, 989 F.Supp. 1211(S.D.Ga. 1997).

⁵⁹ *Leaco Enterprises*, 737 F Supp 605.

⁶⁰ *Coast Cities*, 912 F Supp. 747.

⁶¹ *Viacom Int'l Inc. v. Time Inc.*, 785 F.Supp. 371 (S.D.N.Y. 1992).

imkânı azalmakta, hatta bir noktadan sonra ortadan kalkmaktadır (Thomson 1984, 212-213). Bu haliyle test *Copperweld*'in kurumsal ilişkilerde esasa dayalı bir inceleme gerekliliğini tam olarak yerine getirememekte ve sadece ana şirketin ortaklık payına dayalı bir yaklaşımla sınırlı bir analiz yapılmasına neden olmaktadır. Bu doğrultuda, mülkiyeti esas alan yaklaşımın modern şirketleşme olgusunu ve şirketler arasındaki bağımlılığı açıklamada yetersiz kalması kontrol kriterinin önemini artırmıştır (Akıncı 2001, 268). Bu nedenle bu ilişkilerin değerlendirilmesinde mülkiyete dayalı tespitleriyle *Copperweld* kararının yanı sıra kontrole dayalı gerçekleriyle bu kararın tamamlayıcısı olarak nitelendirilen *Citizens&Southern* kararının tespitleri de göz önünde bulundurulmalıdır (Thomson 1984, 213).

2.1.2. Kontrol Kavramının Esas Alındığı Testler

Kontrol, bir işletmenin eylemlerinin yönlendirilebilmesi ve şirketi yönetme gücünün elde edilmesidir⁶². Kontrolde bahsedilebilmesi için fiyatlandırma, ürün seçimi veya şirket varlıklarının satımı gibi şirketin rekabetçi gücünü etkileyecek eylemlerin belirlenebilmesi gerekmektedir (O'Brien ve Salop 1999-2000, 568-569). Kontrol edilen şirket üzerinde ana şirketin gücü, Areeda ve Hovenkamp (2005, 236) tarafından bağlı ortaklığı sadece bir bölüm haline getirme veya sözleşme ve piyasa işlemlerinin yönünü değiştirme gücü olarak nitelendirilmektedir.

Ana şirketin kontrolünde tek başına bağımsız karar alma merkezi olmayan yavru şirket, ana şirketle rekabet edebilme yeteneğini kaybetmiştir. Bu doğrultuda kurumsal grup bünyesinde potansiyel ve mevcut rekabetin korunması için bu birlikteliğin kurulduğu devralma işleminin değerlendirilmesi çok önemli olup, yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde kontrolün ele geçirilmesine neden olabilecek işlemlerin Clayton Yasası'nın 7. kısmına ve Sherman Yasası'nın 1. kısmına konu olması bu önemi göstermektedir. Kontrolü sağlayan hisse oranının elde edilmesi yoğunlaşma analizinde yasaklanmamışsa, ana şirket ve kontrolüne sahip olduğu yavru şirketin birlikte hareket etmeleri, rekabeti kısıtlayıcı olmaktan ziyade dikey bütünleşme veya ölçek ekonomileriyle elde edilecek etkinlikler dolayısıyla rekabetçi etkiler doğurabilecektir (Meyers 2001, 1422). Ayrıca birleşme analizinde izin verilen ana şirket/yavru şirket yapılanmasındaki birlikte hareket etme durumunun daha sonradan Sherman Yasası'nın 1. kısmı kapsamında değerlendirilmesi hem tutarlı bir antitröst politikası teşkil etmemekte hem de beklenen etkinliklerin elde edilmesini önleyerek antitröst amaçlarıyla çelişmektedir. Bu doğrultuda Areeda ve Hovenkamp (2005, 237) "*birleşme amacı bakımından iki şirketi tek bir şirkete dönüştürmeye yetecek*

⁶² Areeda ve Hovenkamp 2005, 230; Blumberg 1995-1996, dpnt.6; McNamara 1985, dpnt.16.

ölçüde mülkiyet, işbirliği amaçları bakımından tek teşebbüs yaratmaktadır.” tespitinde bulunmuşlardır.

Bu tespitler dolayısıyla kontrol testi, ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde en uygun araç olarak nitelendirilmiştir⁶³. Benzer şekilde Adalet Bakanlığı (*Department of Justice- DOJ*), ana şirketin kısmen sahip olduğu yavru şirketiyle ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadığı hususunu ele aldığı 1988 tarihli mülga “Uluslararası Faaliyetler için Antitröst Kılavuzu”nda⁶⁴ açıkça kontrole dayalı bir anlayış benimsemiştir:

Sherman Yasası'nın altında yatan politika (Copperweld'de tartışıldığı üzere) ana şirketin yavru şirketin %50'den fazla oy imtiyazlı hisselerine sahip olması halinde ana şirket ve yavru şirketin ortak kontrol altında ekonomik bütünlük olduğu, bu nedenle kendi aralarında hukuken 1. kısım bakımından bir işbirliği içinde olamayacakları sonucuna ulaşılmasını desteklemektedir. Ana şirket oy imtiyazlı hisselerin önemli ancak çoğunluğundan az bir kısmına sahipse, Departman ana şirketin yavru şirketin etkin işler kontrolüne sahip olup olmadığıyla ilgili olgusal bir inceleme yapmalıdır.

Kontrole dayalı testlerde “ekonomik bütünlük tespiti yapılmasını sağlayacak kontrol nasıl sağlanır?” sorusu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bahse konu Kılavuz'da da dile getirildiği üzere kontrol bazen hukuki araçlarla elde edilirken bazen fiili durumla ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak literatürde kontrol ilk olarak hukuki (*de jure*) ve fiili (*de facto*) kontrol olarak ikili sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.

2.1.2.1. Hukuki Kontrol

Yönetim kurulunun çoğunluğunu atamak veya stratejik kararları belirlemek gibi hukuki hakları elinde bulundurmak, bir işletme üzerinde hukuki kontrole sahip olmak anlamına gelmektedir. Hart-Scott Rodinho Yasası'nda (HSR) kontrolün oy imtiyazlı hisselerin çoğunluğu veya yöneticilerin %50'sinden fazlasını belirlemek için sözleşmeye dayalı haklar aracılığıyla elde edilebileceği düzenlenmektedir⁶⁵.

⁶³Meyers 2001, 1403-1414; Steinberg 1985, 568; Stewart 1986; 210; Robberson 1985, 790-91; Areeda ve Hovenkamp 2005, 236; Hutchinson 1985, 96; Huie 1988, 325.

⁶⁴ Yeni kılavuzda bu husus ele alınmamıştır. Whitener (2003, 6) iş çevrelerinin “Rakiplerarası İşbirlikleri Kılavuzu”nun hazırlanmasında 1988 kılavuzundaki *Copperweld*'e ilişkin hükümlerin gözden geçirilerek benimsenmesini istediklerini ancak kılavuzla açıklığa kavuşturulamayacak karmaşık olayların kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliğinden dolayı FTC ve DOJ'un bunu yapmadığını belirtmiştir.

⁶⁵ Guide II'deki düzenlemeye göre şirkette oy imtiyazlı hisse senedi yoksa kontrol, şirket kârının veya tasfiye halinde varlıkların %50'sinden fazlasına sahip olma hakkını elinde bulunduran kişidedir.

Hukuki kontrole imkân veren en yaygın durum HSR’de de belirlendiği üzere oy imtiyazlı hisseler üzerinde çoğunluk mülkiyetinin elde edilmesidir⁶⁶. Oy imtiyazlı hisseler üzerindeki kontrolle ana şirket yavru şirketin yöneticilerinin çoğunluğunu atayabilecek ve stratejik kararlara yönelik oylamalarda çoğunluğu elde etmiş olacaktır.

Bazı yazarlar çoğunluk mülkiyetinin her durumda hukuki kontrole yol açmayacağına farkına vararak, ekonomik bütünlük tespiti için çoğunluk mülkiyetiyle birlikte kontrolün aranması gerekliliğini dile getirmiş ve kısmi mülkiyetin birçok güçlüğünü göz önünde bulundurmak için bu testin kati bir test olarak değil karineye dayalı olarak uygulanması gerektiğini savunmuşlardır⁶⁷. Bu nedenle ekonomik bütünlük analizinin olay bazlı olmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir⁶⁸.

Bu analiz için çoğunluk mülkiyetinin ana şirket ve yavru şirketi ekonomik bütünlük kılacak nitelikte hukuki kontrole imkân verdiği karine olarak kabul edilmelidir (Assant 1990, 78; Calkins 1995, 352-53). Ana şirket çoğunluk mülkiyetini elinde bulundurmasına rağmen yavru şirket üzerinde hukuki kontrole sahip değilse, bu karinenin aksi geçerli olacaktır. Karinenin kullanımı ekonomik bütünlük konusunda hatalı tespitleri engellediği gibi çoğunluk mülkiyeti dışında ekonomik bütünlük tespitine imkân veren durumları da kapsayarak, ticari hayatın gerçeklerine duyarlı olabilecek bir esneklik sağlamaktadır (Assant 1990, 78; Stewart 1986, 208).

Çoğunluk mülkiyetine rağmen kontrolün elde edilmesini engelleyen ilk durum azınlık çıkarlarıyla, diğer durum ise içsel ve dışsal kısıtlamalarla açıklanmaktadır.

2.1.2.1.1. Azınlık Çıkarları

Oy imtiyazlı hisselerin çoğunluğuna sahip olunması ana şirket ve yavru şirketi tek bir karar alma merkezi kılmaktadır. Fakat ekonomik bütünlüğün esaslı unsurunun tarafların tam çıkar birliği içinde bulunmaları olmasından hareketle, sadece tarafların tek bir bağımsız karar alma merkezi oluşturmalarına dayalı olarak ekonomik bütünlük tespiti yapılması kabul edilmemektedir (Botti 1998). Bu nedenle kısmen sahip olunan şirketlerle ekonomik bütünlük tespitinde azınlıkların çıkarları belirleyici niteliktedir. Zira azınlık hissedarları ana şirketin

⁶⁶ Belsley 1996, 772-73; Penn 1986, 377; Prell 1986, 1178; Stewart 1986, 210.

⁶⁷ Stewart (1986); Calkins (1995, 353); Assant (1990,78); Akıncı (2001). HSR’de (16 C.F.R. §801.1(b)) objektif ve kolay uygulanabilir bir unsur olduğu düşünülen çoğunluk mülkiyetinin istisna durumlar dışında kontrole imkân verdiği hükmü, çoğunluk mülkiyetinin karineye dayalı olarak tek teşebbüse imkân vermesini haklı çıkarmaktadır.

⁶⁸ Prell 1986, 1178; Stewart 1986, 198-208; McNamara 1985, dpnt.16.

çıkartlarıyla bağdaşmayan bağımsız çıkartlara sahip olabilir⁶⁹. Diğer yandan azınlık çıkartlarına rağmen ekonomik bütünlük tespiti yapılabilmesi, azınlık çıkartlarının varlığının her durumda iki şirketin ekonomik bütünlük teşkil etmesini engellemediğini yani tarafların azınlık çıkartlarına rağmen çıkar birliği içinde olabileceklerini göstermektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 221).

Çoğunluk hissedarlarının azınlık hissedarları açısından bir temsil görevi (*fiduciary duty*) taşıdığı geniş ölçüde kabul edilmekte ve azınlığı zarara sokmama yükümlülüğüne bağlı olarak kontrole sahip olduğu dile getirilmektedir⁷⁰. Azınlık çıkartlarının korunması ana şirket ve yavru şirketin ilgisiz şirketlermiş gibi faaliyet göstermeleriyle kolaylıkla sağlanabilir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 223). Ancak ana şirket ve yavru şirket açısından birleşik karar alma süreciyle kaynaklar paylaşılacak, maliyetler azalacak ve etkinlikler artacak olup bu durum hem ana hem de yavru şirketin karını ençoklaştıracak ve bu, azınlık hissedarlarının da menfaatine olacaktır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 223; Botti 1998). Bu nedenle azınlık çıkartlarının korunması gerekliliği her durumda iki şirketin bağımsız karar almasını gerektirmemektedir.

Şirketler hukukunda yönetim kurulunun çoğunluk hisselerine sahip belirli hissedarlar grubu hesabına değil bir bütün olarak şirket hesabına davranması beklenmekte olup bu da yönetim kurulunun temsil görevi anlamına gelmektedir⁷¹. Bu nedenle azınlık hissedarları değişen çıkartlara sahipse bu yönetim kurulunun göz önünde bulundurması gereken bir durum olup yönetim kurulu bir bütün olarak yavru şirketin çıkartlarının ana şirketten önemli ölçüde ayrıldığını fark ederse, ana şirketin çıkartlarına rağmen yavru şirketin menfaatine hareket etmesi beklenir (Steinberg 1985, 564-65; Calkins 1995, 353). Ana şirket tarafından kontrol edilen yönetim kurulunun önemli ölçüde farklılaşan azınlık çıkartlarını göz ardı etmesi, şirketler hukuku bağlamında temsil görevinin ihlalini ortaya çıkarabilecektir. Ancak Areeda ve Hovenkamp (2005, 225) şirketler hukukunun ihlali olabilecek bu durumda rekabetin kısıtlanması ihtimalinin olmadığını iddia etmektedir. O'Brien ve Salop (1999-2000, 580-581) da azınlık hissedarının temsil görevinin yerine getirilmediğini tespit etmesinin veya kanıtlamasının zor olduğunu, açık bir kanıt olmadıkça mahkemelerin yönetim kurulu kararına uyacağını, bu nedenle temsil görevinin kontrol üzerinde gerçek bir kısıtlama yarattığının kuşkulu olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁹ *Louisiana Power & Light Co. v. United Gas Pipe Line Co.*, 493 So. 2d 1149 (La.1986); Stewart 1986, 206.

⁷⁰ Brown 1985, 802; Meyers 2001, 1425-1426; Steinberg 1985, 564-565; Stewart 1986, 204-211; Areeda ve Hovenkamp 2005, 223.

⁷¹ Steinberg 1985, 564; Stewart 1986, 204-205-211; Meyers 2001, 1424; O'Brien ve Salop 1999-2000, 571.

Genelde çoğunluk hissedarlarıyla aynı çıkarlara sahip olmalarına rağmen (Areeda ve Hovenkamp 2005, 224,) fazlasıyla farklılaşan azınlık çıkarları ana şirketin azınlığı kontrol etmesini engellemekte ve iki şirket arasındaki çıkar birliğini ortadan kaldırmaktadır (Meyers 2001, 1425; Steinberg 1985, dpnt.176). İşbirliği iddiasında bulunan taraf, yavru şirketin çıkarlarının bir bütün olarak farklılaştığını ortaya koyabilirse ekonomik bütünlük lehine olan karinenin aksi ispatlanmış olacaktır (Stewart 1986, 210). Bu noktada azınlık hissedarlarının kimler olduğu ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliği önem kazanmaktadır (Steinberg 1985, 564-65).

İlk olarak, ana şirket ve yavru şirket arasındaki ilişkinin seviyesi çıkar birliği tespitini etkilemektedir. Taraflar arasında yatay seviyede bir ilişki olması halinde fiyat ve ürün hattına yönelik koordinasyon iki tarafın da yararına olacağından iki şirketin çıkarları dolayısıyla azınlık çıkarları ve çoğunluk hissedarının çıkarları muhtemelen aynı olacaktır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 224-226). Diğer yandan ana şirket ve yavru şirket arasında dikey bir ilişki olması halinde, ana şirketle azınlık çıkarları farklılaşabilecektir. Kısmen sahip olunan dağıtım şirketinin karı üzerindeki bazı kısıtlamaları, ana şirketin karını ençoklaştırmak için kabul etmesi halinde şirketlerin çıkarlarının aynı olmayacağı ileri sürülmektedir (Brown 1985, 802). Ancak pazarda dikey seviyede yer alan ana şirket ve kısmen sahip olunan yavru şirket ilişkilerinde, dava konusu edilebilecek bazı durumlarla açıklamaya çalıştıkları üzere Areeda ve Hovenkamp (2005, 225-226), nadiren azınlık çıkarlarının varlığıyla antitröst endişe arasında ilişki kurulabileceği sonucuna ulaşmışlardır.

İkinci olarak azınlık hissedarlarının kimler olduğu çıkar birliği tespitini etkilemektedir. Ana şirketin hissedarları, aynı kurumsal aile içerisindeki diğer şirketler veya ana şirketin yöneticileri azınlık hisselerine sahipse, azınlık çıkarlarının ekonomik bütünlük tespitini engelleyecek ölçüde ana şirketten farklılaştığı ileri sürülemez (Steinberg 1985, 566). Benzer tespit HSR'de bir bakıma gerçek kişiler açısından yapılmaktadır. Zira düzenleme uyarınca eşlerin ve küçük çocuklarının malik veya zilyet sıfatıyla elinde bulundurdukları hisseler aynı zamanda birbirlerinin hisselerine de zilyet oldukları anlamına gelmektedir⁷². Bir başka deyişle A, B ve C kişileri ifade edilen akrabalık bağlarıyla birbirlerine bağlıysa şirketlerde kendi adlarına sahip oldukları hisseler diğerlerinin de sahipliğinde kabul edilecektir⁷³. Aynı ölçüde olmasa da kalan

⁷² 16 C.F.R. §801.1(c) (2).

⁷³ Bu noktada gerçek kişilerle ilgili önemli bir tespiti değinilmelidir. Nihai ana şirketin belirlenmesiyle ilgili olarak HSR 16 C.F.R. §801.1(b)'de gerçek kişilerin kontrolü uygulayabilecekleri ancak kontrol edilemeyecekleri belirtilerek bunun gerçek kişilerin nihai ana şirket olabileceği ancak nihai ana şirket bünyesinde kontrol edilen bir kısım olarak gösterilemeyeceği anlamına geldiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan tek teşebbüs tespitinde çıkar birliğinin varlığının sorgulanmasının isabetli bir tercih olduğu düşünülmektedir. Zira gerçek kişiler

hissedarların hisseleri sadece yatırım amaçlı ellerinde bulundurmaları halinde de çıkarlarının farklılaşmadığı düşünülmektedir⁷⁴. Diğer yandan azınlık hisselerinin bir tarafta yüksek oranda yoğunlaşmasının çoğunluk hissedarının mutlak belirleyici etkisini zorlaştırabileceği düşünülmektedir (Stewart 1986, 211). Özellikle azınlık hissedarının bir rakip, müşteri veya sağlayıcı olması halinde ana şirket ve yavru şirkette farklılaşan çıkarların var olma olasılığı önemli ölçüde artmaktadır (Neri 1985, 965; Stewart 1986, 211). Areeda ve Hovenkamp (2005, 226-227) bu durumda azınlık ve çoğunluk hissedarının biraraya geldiği yavru şirketin kurulması esnasında yapılacak yoğunlaşma analizinin önemli olduğunu ve işbirliğinin ana şirket ve yavru şirket arasında değil ancak azınlık hissedarının şirketiyle ana şirket veya yavru şirket arasında olabileceğini ileri sürmektedir.

American Vision davası farklılaşan azınlık çıkarları konusunda yol gösterici niteliktedir⁷⁵. Cohen soyadlı üç kişi *American Vision*'ın %54 oranındaki çoğunluk hissesine sahip olup hissedarlıklarını kendilerini yönetici ve yetkili kılmak için kullanmışlardır. Diğer yandan bu üç kişi *American Vision*'a rakip olan Cohen Fashions adlı yüzde yüz iştiraklerinde de yönetici ve yetkili olarak görev yapmaktadır. Mahkeme bu üç kişinin Cohen Fashions'ın olduğu eyaletlerde *American Vision*'ın rekabet etmesini engelleyerek, *American Vision*'ın zararına Cohen Fashions'ı desteklediklerini tespit etmiş ve bu çıkar çatışmasına dayanarak, Cohenlerin şirket üzerinde kontrole sahip olmalarına rağmen azınlık hissedarlarıyla çıkar birliği içinde olmadıklarına kanaat getirmiştir. Bu durumda ekonomik bütünlük tespiti yapılırsa davalıların rekabet halindeki işletmeyi kontrol etmelerinden dolayı rekabetin kısıtlanmasına izin verilmiş olacağı görüşünde olan mahkeme, çoğunluğuna sahip olunan şirketin rekabet etmesinin engellenmesine izin vermemiş ve *American Vision* ve Cohen Fashions arasında ekonomik bütünlük tespitinde bulunmamıştır.

O'Brien ve Salop (1999-2000, 568-570) tarafından ifade edildiği üzere adi hisse senetlerini elinde bulunduran ortaklar şirketin karı üzerinde hak sahibiyken, oy imtiyazlı hisseleri elinde bulunduranlar stratejik kararların alınmasında etkili olabilmektedir. Farklı hisse sınıfları üzerindeki mülkiyet, ortakların rekabetçi saiklerinin farklılaşmasına yol açmaktadır. Bu nedenle sadece oy imtiyazlı hisse senetlerinin çoğunluğuna sahip olan ana şirket, *American Vision* olayında olduğu gibi çıkarı için yavru şirketin karşısında olma ve onun rekabet edilebilirliğine zarar verme güdüsüne sahip olabilecektir.

arasında kontrole dayalı olarak ekonomik bütünlük tespitinde bulunulamayacağından çıkar birliğinin varlığı kontrolün araç olarak kullanıldığı bir analizle değil başkaca araçlarla ele alınmalıdır. Bu düzenlemede ele alınan aracın aile bağları olduğu açıkça görülmektedir.

⁷⁴ Assant 1990, 79; Areeda ve Hovenkamp 2005, 226. Clayton Yasası'nın 7. kısmının sadece yatırım amaçlı yapılan hisse alımlarına uygulanmaması da bu tespiti desteklemektedir.

⁷⁵ *American Vision*, 711 F.Supp.

Meyers (2001, 1415-20) bu durumu farklı hisse sınıfları olan bir yavru şirkette “stratejik davranma riski” olarak adlandırmakta ve bu riskin önlenmesi için ana şirketin yavru şirket üzerindeki ekonomik çıkarlarından emin olunması gerektiğini savunmaktadır. Adi hisse senetlerindeki çoğunluk ekonomik çıkarları ifade etmekte ve Meyers’a göre ekonomik bütünlük tespiti için ana şirketin oy imtiyazlı hisselerin yanı sıra adi hisse senetlerinin de çoğunluğuna sahip olması gerekmektedir.

Diğer yandan azınlık hissedarı, yavru şirketi yönetmekle yetkili kılındığı yönetim anlaşmaları gibi sözleşmeler aracılığıyla ekonomik bütünlük tespitine imkân verecek şekilde tek başına hukuki kontrole de sahip olabilir (Assant 1990, 78-79).

2.1.2.1.2. İçsel ve Dışsal Kısıtlamalar

Çoğunluk hissedarının kontrolünü azınlık hissedarları kadar içsel ve dışsal olarak dayatılan kısıtlamalar da etkilemektedir (Stewart 1986, 205-206; Belsley 1996, 766-73). Bu tarz içsel kısıtlamalar ilk olarak şirket esas sözleşmesi veya içtüzüğünden kaynaklanmaktadır (Stewart 1986, 205-206).

Genelde basit çoğunluk nisabı stratejik kararlar açısından yeterliyen şirketin ana sözleşmesinde daha yüksek bir yetersayı veya nitelikli çoğunluk koşulu (*supermajority requirement*) öngörülebilir. Bu durumda stratejik kararların belirlenmesi için gereken yetersayıya sahip olamayan, şirket üzerinde kontrolü sağlayamamaktadır (Meyers 2001, 1415; Belsley 1996, 773). Diğer yandan esas sözleşme uyarınca yöneticiler, azınlık hissedarlarına yönetim kurulunda temsil imkânı tanıyan (Mills 1968, dpnt.1; Bhagat ve Brickley 1984, 339) birikimli oylama (*cumulative voting*) metoduyla⁷⁶ da belirlenebilir (Prell 1986, 1178). Bu koşullar altında ana şirket tarafından yönetim kurulunun çoğunluğunun seçilebilmesi için çoğunluk mülkiyetinden daha fazlası gerekmektedir. Ana şirket, çoğunluk mülkiyetini elinde bulundurmasına rağmen yönetim kurulunun çoğunluğunu belirleyemiyorsa, çoğunluk mülkiyetine ilişkin karinenin aksi ispatlanmış olacaktır. Benzer şekilde azınlık hissedarına şirketin stratejik kararları üzerinde tanınan veto hakları da çoğunluk hissedarının kontrol gücünü kısıtlayabilir. Bir diğer içsel kısıtlama da hissedarların yönetim anlaşmalarıyla etkilerini artıradıkları veya azaltabildikleri durumdur (Stewart 1986, 205; Assant 1990, 78).

Ana şirketin kontrolünü sınırlandıran dışsal kısıtlamalarda uzlaşma kararları (*consent decrees*), yasal düzenlemeler ve yabancı hükümetler tarafından dayatılan kısıtlamalardır (Stewart 1986, 205). Örneğin düzenlenen piyasalarda faaliyet gösteren ve düzenleyici otoritenin kurallarına uymak ve

⁷⁶ Yetersayı hesabı için bkz. Mills 1968

kamu yararına hizmet etmek zorunda olan yavru şirketle ana şirketi arasında çıkar birliği tespiti yapılamayabileceği görüşü bulunmaktadır (Fogelman 2003). Federal Enerji Düzenleme Komisyonu'nun "Bağlı Ortaklık Sınırlamaları", bir boru hattının pazarlamasıyla ilgilenen bağlı ortaklık ve onu kontrol eden şirketin, bağlı oldukları ekonomik bütünlükten bağımsız hareket etmelerini beklemektedir⁷⁷. Bu konunun gündeme geldiği bir kararda regüle edilen bağlı ortaklıkla diğer bağlı ortaklıklar arasında bu yönde bir karar alınmış ve tarafların Sherman Yasası'nın 1. kısmı anlamında işbirliği içinde olduklarına hükmedilmiştir⁷⁸.

2.1.2.2. Fiili Kontrol

Çoğunluk mülkiyetinin ekonomik bütünlüğe imkân verdiğine dair karine, ana şirketin azınlığına sahip olduğu yavru şirketiyle ekonomik bütünlük içinde olmadığı anlamı taşımaktadır (Assant 1990, 78; Keyte 1985, 891). Fakat ana şirket, azınlığına sahip olmasına rağmen yavru şirketi kontrol ettiğini kanıtlarsa bu karinenin aksi ispatlanmış olacak ve ana şirket ile yavru şirketin ekonomik bütünlük olduğu kabul edilecektir. Bu durum hukuki kontrolün aksine fiili kontrolle ilgili olup ana şirketin hissedarlık oranının güçlü olmaması halinde taraflar arasında fiili kontrole dayalı bir çıkar birliğinin söz konusu olabileceği düşünülmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 236-37).

Fiili kontrolün ekonomik bütünlük açısından antitröst hukukunda kabul gördüğünü gösteren en önemli husus kontrole imkân veren azınlık hisselerinin devrinin, Clayton Yasası ve Sherman Yasası'na konu edilmesidir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 236). Ayrıca DOJ'un 1988 tarihli kılavuzunda oy imtiyazlı hisselerin önemli ancak çoğunluğundan az bir kısmına sahip ana şirketin, yavru şirketin "*etkin işler kontrolü*"ne (*effective working control*) sahip olup olmadığıyla ilgili olgusal bir inceleme yapılacağı belirtilmektedir. Bu kılavuzda bahsedilen "*etkin işler kontrol*" kavramı, fiili kontrolü ifade etmektedir.

Bir işletmenin hissedarları dağınıksa, yeterli miktardaki azınlık hissedarlığı yavru şirketin yönetim kurulunun çoğunluğunu seçmek ve işletmenin hareket tarzını belirlemek için yeterli olabilmekte ve azınlık hissedarları bu durumda şirketin fiili kontrolünü elde etmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2005, 236; O'Brien ve Salop 1999-2000, 577). Fiili kontrol tarafların ekonomik amaçlarının birbirine bağımlı olmasıyla da ilişkilendirilmekte ve azınlık hissedarı tarafından yavru şirkete faaliyeti

⁷⁷ 18 C.F.R. Section 161.2.

⁷⁸ In re *Natural Gas Antitrust Cases* I, II, III & IV, J.C.C.P. No. 4221 (S.D. Super. Ct. 2002) (ruling on motions), writ denied sub nom, *El Paso Natural Gas Co. v. Superior Court*, D041074 (Cal. App. 2003), rev. denied, S112847 (Cal. 2003) (unpublished orders).

konusunda esaslı bir unsurun temin edilmesi fiili kontrolün varlığına işaret eder nitelikte değerlendirilmektedir⁷⁹.

Bazı ülkelerdeki iştiraklerinde mevzuat gereği yabancı ortaklar ancak azınlık hisselerine yatırım yapabilmektedir. Fakat bazen Amerikan şirketlerinin azınlık hissedarı konumlarına rağmen sözleşmeye dayalı haklar veya müzakere baskısıyla (*bargaining leverage*) fiilen çoğunluk hissedarına nazaran daha çok kontrole sahip olduğu dile getirilmektedir (Calkins 1995, 353; FTC Roundtable Agenda).

Azınlık mülkiyetine rağmen ekonomik bütünlük oluşturduklarını iddia eden taraflar iddialarını ispatlama yükü altındadır (Keyte 1985, 891; McNamara 1985, dpnt.159). Fiili kontrole bağlı olarak ekonomik bütünlük tespiti gerçeklere dayanarak belirlenmeli⁸⁰ ve ana şirket, yavru şirketiyle pazarda ortak bir yol takip ettiklerini, uzun vadeli ticari plan ve hedeflerini birleştirdiklerini ve her iki şirketin yönetim riskine katlandığını ortaya koymalıdır. Yüksek Mahkeme'nin *Citizens&Southern* kararındaki durum tam olarak fiili kontrolü örneklemekte ve bunun tespiti de ana şirket ve yavru şirket arasındaki ilişkinin tüm boyutlarını yansıtan gerçeklere dayanarak yapılmaktadır.

Fiili kontrolle ekonomik bütünlük arasındaki ilişkinin ortaya konulması açısından *Sonitrol of Fresno* kararı⁸¹ örnek olabilir. Bu davada ana şirket iki yavru şirkette %32,6 ve %23,9 oranında hisseye sahiptir. Jüri ana şirketin hissedarlık oranını diğer hissedarların biraraya gelerek ana şirketin isteklerinden bağımsız hareket edecek bir yönetim kurulu seçmelerini engellemekte yeterli bulmuştur. Ancak Bölge Mahkemesi yönetim kurulunun azınlık hissedarlarına karşı temsil yetkisine vurgu yaparak, yavru şirketlerin ana şirketle işbirliği içinde olduklarına hükmetmiştir. Mahkemeye göre temsil yetkisi gereği yönetim kurulu, tüm ortaklar ve şirketin çıkarlarına uygun davranmak zorunda olduğundan hukuken bağımsız hareket edebilme imkânına sahiptir. Bölge Mahkemesi'nin bu tespiti teorik bir duruma dayanarak, grup içi ilişkilerdeki ekonomik gerçekliği yok saymakla eleştirilmektedir (Menz 2002, 145). Fiili kontrol söz konusu olduğu zaman, özellikle de davada olduğu gibi yavru şirketler geçmişte ana şirketin yönlendirmelerini takip etmişlerse, mahkemenin yavru şirket ve ana şirketi ekonomik bütünlük olarak değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Diğer yandan Meyers (2001, 1417-18) dağılık hissedarların kontrole sahip hissedarlara karşı her an birleşebilecekleri ve tek taraflı olarak yavru

⁷⁹ Örn. *Rohlfing v. Manor Care, Inc.*, 172 F.R.D. 330 (N.D.III. 1997).

⁸⁰ Areeda 1983, dpnt.67; Hutchinson 1985, 96; Stewart 1986, 198-207-208; *Copperweld: Basics and Beyond* 2003, 6.

⁸¹ *Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*, No. Civ. A. 83-2324, 1986 WL 953, s.*5 (D.D.C. 1986).

şirketi belirli bir hareket tarzı benimsemesi konusunda zorlayacaklarından hareketle ana şirketin fiilen kontrolünde olan işletmeyle hiçbir zaman çıkar birliği içinde olamayacağı görüşündedir. O'Brien ve Salop (1999-2000, 570-578) da çoğunluk hissedarının olmadığı bir şirkette önemli azınlık hissedarlarının oy koalisyonları kurma konusundaki üstün yeteneklerini kullanarak ellerindeki hisse oranıyla orantısız bir kontrol elde edebileceğini belirtmiştir⁸². Fakat yazarlar diğer hissedarlar hakim hissedarın kararlarını engelleyecek şekilde koalisyon oluşturabilmek için çok küçükse büyük azınlık hissedarının tam kontrolü ele geçirebileceği görüşündedir.

Zaten dağılık hissedarlar açısından ittifak kurmadaki zorlukların bu olasılığı teorik bir durum haline getirdiği düşünülmekte ve ana şirketin kontrolü bir süre sonra kaybedebilme ihtimali nedeniyle hiçbir zaman fiilen kontrol ettiği yavru şirketiyle çıkar birliği içinde olamayacağı iddiası ikna edici bir önerme olarak görülmemektedir (Menz 2002, 144-145). Şöyle ki, dağılık hissedarlar ittifak kurmalarını zorlaştıran farklı çıkarlara sahip olabilir. Üstelik hisselerin küçük bir oranını yatırım amaçlı elinde bulunduranlar şirketin hareket tarzını belirlemek için böyle bir koalisyon oluşturmak yerine hisseleri satmayı daha cazip bulabilir. Hatta O'Brien ve Salop (1999-2000, 571) çoğunluk hissedarlığına bağlı kontrolün dahi mutlak olmadığını eğer öyle olsaydı azınlık hisselerinin çok küçük bir değeri olacağını ve bireylerin bu koşullarda yatırım yapma konusunda isteksiz olacaklarını ifade etmiştir. Assant (1990, 79) tarafından ifade edildiği üzere sürekliliği olan fiili kontrol ekonomik bütünlük tespiti yapılmasına imkân verebilir⁸³. Bu doğrultuda *Fresh Made* kararında⁸⁴ "önemli ve güçlü etki" ile birlikte %20 ortaklığın ekonomik bütünlük için yeterli olduğuna karar verilmiştir.

Hukuki kontrole dayalı test çoğunluk hissedarlığına bağlı olarak açık bir şekilde ekonomik bütünlüğün sınırlarını çizmektedir. Ancak fiili kontrole dayalı test önemli ölçüde hissedarlık oranını dikkate almakta bu bakımdan bu testle ekonomik bütünlük analizinde hissedarlık oranına bağlı bir eşik belirlenmesi güçleşmekte olup, fiili kontrol davaları karmaşıklaştırmaktadır (Areeda ve

⁸² Cubbin ve Leech (1983, 355) olasılıkçı oylama modellerinde kontrolün derecesine dair yaptıkları değerlendirmede, çoğunluk mülkiyeti halinde azınlıkların oylarının sayılmayacağını sadece azınlık hissedarlığıyla kontrolde diğer hissedarların davranışlarının önemli olduğunu ifade etmiş ve salt çoğunluğu elinde bulunduran bir blok yoksa kontrolünün asla mutlak olmayacağını belirtmişlerdir. Ancak yazarlar bu durumda kontrolün elde edilemeyeceği gibi bir çıkarımda bulunmamış aksine parçalı hissedarlık yapısının İngiliz şirketlerde kontrolün derecesine etkilerini ampirik bir çalışmayla araştırmış ve genelde kontrolü elinde bulunduran hissedarın %50'den az hisseye sahip olduğunu tartışmışlardır.

⁸³ En azından üç ardışık yıl yönetim kurulunun çoğunluğunun seçilmesinin aranmasını önermektedir.

⁸⁴ *Fresh Made, Inc. v. Lifeway Foods, Inc.*, No. 01-4252, 2002 WL 31246922, at *7 (E.D.Penn. 2002)

Hovenkamp 2005, 237). Yine de kısmen sahip olunan yavru şirketler açısından farklı tipteki kurumsal gruplara uygun, azınlık çıkarlarını ve fiili kontrolü dikkate alan detaylı ve gerçeklere dayalı bir test uygun olup, bu ekonomik bütünlük tespitinin her olay bakımından incelenmesini gerektirmektedir.

2.1.2.3. Ana Şirket Tarafından Kontrolün Kullanımı

Williamson (2006, 10) kontrolün beklenmedik bir gelişme nedeniyle bir işletmenin üretim planında adaptasyon yapılması gerektiği anda uygulanacağını bunun dışında kontrolün uygulanmasına gerek olmadığını ileri sürmüştür. Yazar (2007, 7) *Copperweld*'de kontrolün aksi takdirde bağımsız olan birimlere yönetsel fonksiyonların devredilmesi gücü ve bu gücün geri alınması olarak tanımlandığını belirtmektedir. Bu tanıma göre kontrol yetki devri gücünü içermektedir ve bu ana şirket tarafından kontrolün nasıl kullanıldığına bağlı olarak uygulanan testlerin temelini oluşturmaktadır.

Bazı gruplarda merkeziyetçi yönetim anlayışı benimsenmekte ve hiyerarşide en üst seviyede olan ana şirket tarafından alınan kararlar yavru şirket tarafından hayata geçirilmektedir. Bir başka deyişle tüm kurumsal grupta ticari politikalar tek bir merkezden belirlenmektedir. Âdemi merkeziyetçi örgütlenmelerdeyse ana şirket yavru şirketlerine stratejik kararlar dâhil birçok alanda özerklik sağlamaktadır. Mahkemeler ve otoriteler de bu noktadan hareketle ana şirketin yavru şirketin kontrolüne sahip olduğunun tespit edilmesinin ardından, ekonomik bütünlük tespiti için kontrolün yavru şirket üzerinde uygulanmış olması gerekliliğini sorgulamış, bu da gerçek ve potansiyel kontrol ayırımına yol açmıştır.

2.1.2.3.1. Gerçek Kontrol (Actual Control)

Ana şirket tarafından uygulanan kontrol, gerçek kontrol olarak adlandırılmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 232). Gerçek kontrolün ekonomik bütünlük tespitinin bir unsuru olması, ana şirketin kontrolü gerçekten uygulamadığı dönemde yavru şirketin bağımsız olduğu anlamı taşımaktadır. Ancak yavru şirketin böyle bir bağımsızlığı aslında yanıltıcıdır. Çünkü gerçek kontrolün yokluğundaki bağımsızlık ana şirketin isteğinden kaynaklanmaktadır (McNamara 1985, 1265; Assant 1990, 77). Sonuçta ana şirket gerçek kontrolü bir gece içerisinde devralabilecek ve görünüşteki bağımsızlığı ortadan kaldıracabilecek güçtedir. Bu bakımdan gerçek kontrole dayalı test makul bulunmamıştır (Assant 1990, 77).

Gerçek kontrol testinde merkeziyetçi yönetim anlayışını benimsemiş kurumsal gruplar, hukuki sorumluluktan kurtulmakta ve merkezi karar alma yapısı desteklenmektedir. Bu durum yavru şirkete bazı kararlarda inisiyatif

tanınmasını engellemektedir⁸⁵. Oysaki iyi yönetilen bir yavru şirket asgari gerçek kontrolle faaliyet gösterebilmektedir. Bu nedenle yavru şirketlere tanınan özerkliğin antitröst amaçlarıyla uyumlu hatta etkinlik doğurucu olduğu düşünülmektedir (Penn 1986, dpnt.79). Ana şirket, kurumsal grubun bir bütün olarak karını çoklaştırmayı uygun bulacağından yavru şirketlerini kurumsal grubun diğer üyeleriyle rekabet etmesi için aynı miktarda bağımsızlık ve güçle örgütleyebilir (McNamara 1985, 1265-1269). Fakat antitröst hukukunun uygulanması yönetim planı ve amaçlarına bağlı olmamalıdır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 233). Ekonomik bütünlükte gerçek kontrolün aranması bir bakıma grup içi işbirliği doktrininin uygulanmasıyla aynı sonuçları doğuracaktır (Assant 1990, 78).

Gerçek kontrole dayalı test, gerçek kontrolün belirlenmesindeki güçlük dolayısıyla da eleştirilmektedir. Ana şirket kontrol yetkisini ne ölçüde kullanırsa gerçek kontrol uygulanmış olacaktır (Areeda ve Hovenkamp 2005, 233)? Bu durumun açıklığa kavuşturulmaması nedeniyle bu testin benimsenmesi halinde kurumsal gruplar öngörülemez sonuçlarla karşı karşıya kalabilir (Areeda 1983, 469). Belirsizliğinin yanı sıra, ana şirket ve yavru şirket arasında işbirliği olarak değerlendirilebilecek her eylem aynı zamanda ana şirketin yavru şirket üzerindeki gerçek kontrolü anlamına gelerek ilişkiyi Sherman Yasası'nın 1. kısmı kapsamı dışına çıkaracağından, gerçek kontrol testi önemli bir çıkmaz da içermektedir⁸⁶. Zaten bu testin eş değeri olarak nitelendirilebilecek tek teşebbüs testi *Copperweld* kararında reddedilmiştir.

Sonuç olarak gerçek kontrol, ekonomik bütünlük tespitinin yapılması için yeterli ölçüde kontrolü gösterirken, tersi ekonomik bütünlük tespiti yapılmasını engellemektedir⁸⁷. Areeda'nın (1983, 466) da ortaya koyduğu üzere “*karar almayı bir yerde toplayabilme gücü bu gücün açık bir şekilde uygulanmasından daha önemlidir.*”

2.1.2.3.2. Potansiyel Kontrol

Assant (1990, 78) tarafından potansiyel kontrol ana şirketin yavru şirketini kurumsal gruptaki diğer şirketlerle rekabet etmesi durumunda cezalandırabilme gücü olarak tanımlanmakta ve bu güç sayesinde ana şirketin yavru şirketin genel kurumsal politikaları çerçevesinde davranmasını sağladığı belirtilmektedir. *Copperweld*'de ekonomik bütünlük tespitinde potansiyel kontrolün yeterli olduğu anlamını taşıyan şu tespitte bulunulmuştur:

⁸⁵ Assant 1990, 78; McNamara 1985, 1256; Stewart 1986, 209; Akıncı 2001, 269.

⁸⁶ Areeda ve Hovenkamp 2005, 233-234; Areeda 1983, 464-467-468; Assant 1990, 77.

⁸⁷ *Caribe BMW, Inc. v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft*, 19 F.3d 745 (1.Circuit, 1994).

ana şirket yavru şirketin dizginlerini sıkı tutsun tutmasın, kendi menfaatlerini yerine getirmede başarısız olması durumunda her an tam kontrolü kullanabilecek konumdadır.

Mahkemeye göre ana şirket ve yavru şirket arasındaki çıkar birliği sadece ana şirketin yavru şirketi kontrol edebilme yetkisinden kaynaklanmaktadır. Bu testte ana şirketin yavru şirket üzerinde “tam kontrolü ileri sürmesi” mümkünse ana şirket ve kısmen sahip olunan yavru şirket ekonomik bütünlük olarak kabul edilmektedir. Williamson (2006, 17) tarafından bu tanım yetki devredebilme gücü olarak nitelendirilmekte ve yetki devrinin kontrolün işler hale getirilmesinde bir araç olduğu ileri sürülmektedir.

Benzer şekilde birçok otorite de doğrudan kontrolün kaynağını değerlendiren potansiyel kontrolü, ekonomik bütünlük tespitinde uygun araç olarak nitelendirmektedir⁸⁸. Ana şirket yavru şirket üzerinde kontrole sahipse, kontrolü kullansın kullanmasın her an tam kontrolü ileri sürme imkânı bulunmakta ve ekonomik bütünlük olmayı sağlayan birliktelik kurulmuş olmaktadır.

Sadece gerçek kontrolün ekonomik bütünlüğe imkân vermesi kontrolün uygulanmadığı ancak potansiyel olarak her zaman uygulanabilme ihtimali olan ademi merkezietçi örgütlenmeleri cezalandıracaktır. Oysaki ademi merkezietçi anlayış organizasyonları hiyerarşik yapının hantallığından kurtararak hızla değişen ticari koşullar karşısında esneklik, bu koşullara uyum sağlama yeteneği, problemlere ve fırsatlara hızlı ve yerinde cevap verebilme imkânı yaratmaktadır. Hatta bir şirketin alması gereken çok fazla karar olduğundan tam bir merkezietçi yapının oluşturulması mümkün olmayıp bir bakıma etkin ve iyi işler bir yapının kurulması açısından ademi merkezietçi yapı bir gerekliliktir (Solo 1961, 161). Bu nedenle potansiyel kontrolün benimsenmesi ademi merkezietçi yapıdan beklenen etkinliklerin elde edilmesini sağlamaktadır (Assant 1990, 78).

2.1.2.4. Sözleşmeye Dayalı İlişkilerde Ekonomik Bütünlük Tespiti

Bu noktaya kadar anlatılan kontrole dayalı testlerde aralarında hissedarlığa dayalı mülkiyet bağı bulunan ilişkilerde ekonomik bütünlük analizi yapılmaktadır. Ancak bazı mahkemeler Copperweld doktrinini herhangi bir mülkiyet bağı olmaksızın bir şirketin başka bir şirketi kontrol ettiği durumlar için de kullanmıştır. Bir mahkeme,

⁸⁸ Assant 1990, 78; Goldman 1989, 795; Belsley 1991, 728; McNamara 1985, 1268; Meyers 2001, 1418; Stewart 1986, 211; Steinberg 1985, 564.

*iki işletmenin tek teşebbüs gibi davranması için birinin diğerine kısmen veya tamamen sahip olması gerekmemektedir...Vurgu uygun bir şekilde işletmelerin çıkar birliği içinde olmalarına ve hakim işletme tarafından uygulanan kontrolün derecesine yapılmıştır*⁸⁹.

tespitinde bulunmuş ve bu doğrultuda franchise, lisans veya kredi anlaşmaları aracılığıyla aralarında sadece sözleşmesel ilişki bulunan şirketler arasında kontrolün varlığı sorgulanmıştır.

2.1.2.4.1. Franchise Anlaşmaları

Williams kararında Bölge Mahkemesi *Copperweld* öncesi kararlara dayanarak Sherman Yasası'nın 1. kısmının ihlali için taraflar arasında rekabet olması gerektiğini ve dava konusu olayda franchise alan ve franchise veren arasında rekabet olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, anlaşma tarafları arasındaki ortak ekonomik amaçlara ve franchise verenin franchise alan üzerindeki önemli ölçüde kontrolüne dayanarak iki tarafın işbirliği kapasitesinden yoksun olduğuna hükmetmiştir.

Search International kararında⁹⁰ ise Bölge Mahkemesi, franchise anlaşması aracılığıyla franchise verenin franchise alan üzerinde “*neredeyse tam kontrol*” sağladığından hareketle tarafların ekonomik bütünlük oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu tespitinde franchise verenin alanla rekabet eder faaliyetlerinden dolayı aralarındaki olası bir çıkar çatışmasından etkilenmemiş ve *Williams* mahkemesi gibi franchise anlaşmasından kaynaklanan kontrolün derecesinden sonuca varmıştır.

Franchise anlaşmasına dayanarak ekonomik bütünlük tespiti yapılan davalar hukuki analizlerinin yeterli olmaması, radikal tespitlerinin potansiyel etkilerinin göz ardı edilmesi, ekonomik bütünlük tespitinde olay bazlı değerlendirme önerilmesine rağmen tüm franchise anlaşmalarına yönelik genellemeler yapılması ve her olayın kendi özelliklerine yönelik değerlendirmelere yer verilmemesi nedenleriyle eleştirilmektedir. Bu nedenle bu ilişkilerde ekonomik bütünlük tespiti yapılırken çok dikkatli olunması gerektiği belirtilmektedir (Wachsstock ve Amarante 2003, 7-11; Calkins 1995, 358).

Bunun yanı sıra mahkemelerin sadece rakiplerin işbirliği içinde olabilecekleri şeklindeki önermeleri de kabul edilmemektedir (Calkins 1995, 357). Zira rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği, rakipler arasındaki anlaşmalarla sınırlı olmayıp ekonomik bütünlük tespitine yol açan ve tarafların rakip olmalarını

⁸⁹ *Williams v. I.B. Fischer Nevada* 794 F.Supp. s.1032 (D.Nev. 1992), aff'd, 992 F.2d 445 (9.Circuit 1993).

⁹⁰ *Search International, Inc. v. Snelling&Snelling, Inc.*, 168 F. Supp. 2d 621 (N.D.Tex 2001).

sonlandıran franchise anlaşmaları tıpkı yoğunlaşmalarda olduğu gibi işlemin tesis edildiği anda antitröst incelemesine konu edilebilir durumdadır.

2.1.2.4.2. Lisans Anlaşmaları

Levi Case kararında⁹¹ Bölge Mahkemesi patent sahibi ve alt lisans sahibinin antitröst hukukuna aykırı bir işbirliği içinde olamayacaklarına hükmetmiştir. Mahkeme “*bir münhasır lisans imtiyazı patent sahibini bile lisans sahibine aktarılan hakları kullanmanın dışında bırakır*” tespitiyle patent sahibi ve lisans alanın rakip olmadıklarına hükmetmiş ve taraflar için “*ekonomik gücün bağımsız kaynakları değildir*” tespitinde bulunmuştur. Oysaki münhasır lisans, patent sahibini lisans alanla bütünüyle rekabet etmekten değil, patenti alınan teknolojinin kullanımı aracılığıyla rekabet etmekten alıkoymaktadır (Calkins 1995, 357). Bu tespitiyle karar *Williams* kararındaki gibi sadece rakiplerin işbirliği içinde olabileceklerini varsaymakta ve haliyle aynı eleştirilere konu olmaktadır.

2.1.2.4.3. Kredi Anlaşmaları

Son olarak *Copperweld* kararı, bir şirketin diğerini özsermaye üzerindeki mülkiyetle değil kredi aracılığıyla kontrol ettiği durumlara da uygulanmıştır. *Aerotech* davasında⁹² bir şirket diğer bir şirketi borçlanarak satın almıştır (*leveraged buyout*) ve bu satın almayı finanse eden şirket satın alınan firmanın faaliyetlerini kontrol etmektedir. Bölge Mahkemesi ana şirketle borç verenin konumlarının “*antitröst hukukunda farksız*” olduğunu beyan etmiş ve borçlu ile borç veren arasında ekonomik bütünlük tespitinde bulunmuştur. Bu noktada kredi verenler ve hissedarlar arasındaki ortak özelliklerden en önemlisi, şirkete varlıklar için gerekli finansman kaynağını sağlamalarıdır.

Benzer durum bazı yazarlar tarafından da dile getirilmekte ve kredi verenin borç verdiği şirket üzerinde en az kontrol sahibi hissedar kadar etkiye sahip olabileceği düşünülerek (Hass 1987, 1322) bu ilişkilerde ekonomik bütünlük tespiti ihtimal dâhilinde görülmektedir (McNamara 1985, 1258-1271). Hass, kredi verenlerin borçlanan şirketle imzaladıkları anlaşmalarla şirketin kontrolüne yönelik veto hakkı kazanabileceklerini belirtmiş ve borçlananın finansal durumunun değişken olmasına rağmen şirkete borç vermeye devam ederek şirketin varlıklarının önemli bir bölümünü finanse etmeleri halinde kontrole sahip hissedar gibi değerlendirilebileceklerini ileri sürmüştür. Özellikle şirket özsermaye borçluluk oranının bire çok yakın ve birin üzerinde olduğu

⁹¹ *Levi Case Co. v. ATS Products, Inc.*, 788 F.Supp. 428 (N.D.Cal. 1992).

⁹² *Aerotech, Inc. V. TCW Capital*, No. 93 Civ. 1987 (CSH), 1994 WL 775439, 616 (S.D.N.Y. 1994).

durumlarda kredi veren, en az kontrol sahibi hissedar kadar şirket üzerinde etkili olabilecektir. Zira şirketin iflası durumunda kredi borçları tamamen veya kısmen karşılıksız hale geleceğinden, şirketin ticari başarısı üzerinde kredi verenin hissedarlara nazaran daha fazla çıkarı bulunmaktadır.

Mahkemelerin bu tespitleri, kontrolün özkaynağa dayalı yapısal bir ilişki haricinde başka ilişkiler aracılığıyla da sağlanabileceği sonucu çıkarılmasına imkân vermektedir (Blumberg 1995-1996, 343; Williamson 2006). Bir başka deyişle ekonomik bütünlük tespiti yapılmasının temelinde yatan çıkar birliğinin sağlanması bakımından mülkiyet ve bazı sözleşmeler birbirleriyle ikamedir. Ancak bu araçlarla kontrolün tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, bir şekilde şirketin stratejik kararlarını etkileyebilme gücü vermeleri gerekliliğidir. Bu durumun olmadığı örneğin sadece borç-alacak ilişkisi olan hallerde ekonomik bütünlük tespiti yapılmasının pek mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Diğer yandan karşı görüşte olanlar kontrolün özkaynağa dayalı yapısal bir ilişkiyle tesis edilmesini önemli görmekte, sadece sözleşmeye dayalı ilişkileri yeterli bulmamakta ve mahkemelerin bu temelde karar vermekten çekinmesi gerektiğini savunmaktadır (Calkins 1995, 358). Zira sözleşmelerin genelde karşıt çıkarlardaki taraflar arasında mütekabiliyet esasında şekil almasının tarafların ekonomik kaynaklarını paylaştıkları ve ortak çıkara sahip oldukları gibi bir anlam taşımadığı düşünülmektedir (Menz 2002, 153). Bu ilişkiler bakımından ekonomik bütünlük tespiti yapılması Sherman Yasası'nın 1. kısmının kapsamını daraltmasının yanı sıra haklı gerekçe analiziyle hukukiliği ortaya konulabilecek ilişkilerde (Wachstock ve Amarante 2003, 12-13) ekonomik bütünlük tespitini haklı gerekçe analizine alternatif bir yaklaşım olarak kullanılmaktadır (Williamson 2006, 17). Bu doğrultuda sözleşmeye dayalı bir ilişkide tarafların işbirliği içinde olamayacakları şeklinde bir tespit yerine mahkemelerin bir anlaşmanın ne zaman rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin olmayacağını belirlenmesinde, haklı gerekçe analizinin esnekliğini kullanmaları önerilmektedir.

2.2. BÖLÜM SONUCU

1982 öncesi ana şirket ve yüzde yüz iştirak arasında dahi ekonomik bütünlük tespiti yapmayan ve şekilci bir yaklaşım sergileyen ABD uygulamasının geldiği nokta, mülkiyete ve kontrole dayalı olarak taraflar arasında ekonomik bütünlük halinin sorgulanmasıdır. Ancak bazı mahkemeler *Copperweld*'in kapsamını dar tutma eğilimi sergilerken bazıları kapsamı oldukça tartışmalı alanlara genişletmiştir. Mahkemeler ekonomik bütünlük tespiti için doğru bir tercihle büyük ölçüde mülkiyetin bir sonucu olan kontrol testini kullanmaktayken, sınırlı sayıda mahkeme kararı ve otorite görüşü kontrolün, mülkiyetten bağımsız olarak başka araçlarla da elde edilebileceğini ileri

sürmektedir. Gelinen noktada ekonomik bütünlük tespitinde, çok açık durumlar dışında genellemeler yapılması pek olası görülmemektedir. Zira iş çevresi bu konuda açıklayıcı bir kılavuza olan ihtiyacını dile getirmesine rağmen bu talep henüz karşılanmış değildir.

ABD uygulamasında hangi test uygulanırsa uygulansın analizde, tarafların çıkar birliği içinde olup olmadıkları sorgulanmaktadır. Bu durum çıkar birliğinin ekonomik bütünlüğün esası olmasından kaynaklanmakta, kontrol ve mülkiyet bu tespitin yapılmasında araç olarak kullanılmaktadır. Çıkar birliği unsuru gerek tüzel kişiler gerekse gerçek kişiler açısından anlam ifade etmektedir. Zira tüzel kişiler açısından kontrol edebilme ve edilebilmekten bahsedilmekteyken, gerçek kişiler sadece kontrol eden konumunda bulunmaktadır⁹³. Bu nedenle bir grup gerçek kişi arasında ekonomik bütünlük tespiti yapılabilmesi ancak bu tespitin özü olan çıkar birliğinin sorgulanmasıyla mümkündür.

⁹³ bkz. dpnt.73.

BÖLÜM 3

AB UYGULAMASI

AB uygulamasında Sherman Yasası'nın 1. kısmının karşılığı olan Roma Antlaşması'nın 81. maddesi, teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları yasaklamaktadır. Ancak Roma Antlaşması'nda teşebbüs tanımlanmamış ve mevzuattaki bu boşluk dolayısıyla bu kavram içtihatla şekillenmiştir. Bu nedenle hem AB Komisyonu (Komisyon) hem mahkemeler teşebbüsün sınırlarını belirleme problemiyle karşı karşıya kalmıştır (Wils 2000, 100).

Sherman Yasası'nın 1. kısmında olduğu gibi 81. madde kapsamına girebilecek ihlallerde de birden fazla tarafın varlığı gerekmektedir. Ancak, Roma Antlaşması'nda teşebbüs tanımının belirlenmemiş olmasının etkisiyle, 81. madde lafzı gereği grupî anlaşmalara uygulanabilecek niteliktedir (Mc Namara 1985, dnt.135). Bu doğrultuda Komisyon, ana şirket ve yavru şirket gibi bağlı ortaklık ilişkilerinin 81. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunuyla karşılaşmıştır.

3.1. TEK EKONOMİK BÜTÜNLÜK DOKTRİNİ

Komisyon'un ilk kararlarında ABD ile benzer şekilde, ayrı tüzel kişiliklere sahip ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki anlaşmalar, 81. madde uygulamasından muaf tutulmamıştır (Assant 1990, 67). Ancak grupî anlaşmalar açısından 81. madde kapsamını sınırlandıran, *Christiani&Nielsen* kararında⁹⁴, sadece farklı hukuki kişiliklere sahip olunması yeterli bulunmamıştır. Kararda grupî eylemler bakımından her olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmiş ve yavru şirketin ekonomik olarak ana şirketten bağımsız hareket edip etmediği tespit edilmeye çalışılmıştır. Değerlendirme neticesinde, yavru şirketin bağımsız bir teşebbüs değil, ana şirketin bir parçası olduğu kabul edilmiş ve aralarındaki anlaşma aynı

⁹⁴ *Christiani&Nielsen*, OJ L165/12 (1969).

ekonomik bütünlük içerisinde işbölümü olarak nitelendirilerek, 81. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Bu doğrultuda 81. maddenin kapsamının belirlenmesinde ekonomik bütünlük doktrini (*single economic entity*) ortaya çıkmıştır (Öz 2000, 63). Bu doktrine göre 81. madde, ekonomik bütünlük bünyesindeki anlaşmalara uygulanamamaktadır. Zira ana şirketin kontrolü altında faaliyet gösteren yavru şirketin pazardaki eylemlerinde bağımsızlığından söz edilememekte, bu nedenle ana şirketten ayrı bir teşebbüs olarak kabul edilmesinin iktisaden rasyonel olmadığı düşünülmektedir.

AB uygulamasındaki ekonomik bütünlük doktrini, ABD uygulamasındaki grupiçi işbirliği doktrininin eşdeğeri niteliğindedir. Ancak grupiçi işbirliği doktrini rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak yasaklanabilecek grupiçi ilişkilere yönelmekteyken; ekonomik bütünlük doktrini rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak değerlendirilemeyecek grupiçi ilişkileri belirleme çabasıdır. Bu bakımdan ABD yaklaşımının rekabet hukuku mantığına daha uygun olduğu söylenebilecektir.

81. maddenin grupiçi ilişkiler bakımından uygulanabilirliği ve ekonomik bütünlük doktrininin kapsamı konusunda, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) içtihadı tutarlı bir yaklaşım sergilememektedir. Bu konudaki erken kararlardan *Consten&Grundig* kararı⁹⁵, 81. maddenin asla aynı kontrol altındaki şirketler arasındaki anlaşmalara uygulanamayacağına işaret etmekteyken, sonraki kararlarda grupiçi ilişkilerin 81. maddenin kapsamı dışında kalması konusunda bazı koşullar öngörülmüştür (Wils 2000, 107).

Beguelin kararında⁹⁶, yavru şirketin ekonomik bağımsızlığının olmaması halinde taraflar arasında rekabetin varlığından bahsedilemeyeceğinden hareketle, 81. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiş ve anlaşma “*ana şirketin içsel yeniden örgütlenmesi*” olarak nitelendirilmiştir. Bu kararda grupiçi ilişkilere 81. maddenin uygulanabilmesinde, yavru şirketin ana şirketten ekonomik olarak bağımsız hareket etmesi bir koşul olarak öngörülmektedir.

Centrafarm kararında⁹⁷ ise, aynı ekonomik birime ait ve ana şirket/yavru şirket statüsüne sahip teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, yavru şirketin pazardaki hareket tarzını belirlemeye yönelik bir özgürlüğünün olmaması veya sadece grup bünyesinde görevlerin içsel dağılımına yönelik olması hallerinde, 81. madde kapsamı dışında kalacağına hükmedilmiştir. Bu kararda grupiçi ilişkiler bakımından ekonomik bütünlük doktrininin kapsamında yer almak için, *Beguelin* kararında öngörülen ekonomik bağımsızlık koşulunun

⁹⁵ Cases 56 ve 58-64 *Consten and Grundig v. Commission* (1966).

⁹⁶ Case 22-71 *Béguelin Import Co. v. S.A.G.L. Import Export* (1971).

⁹⁷ Case 15-74 *Centrafarm v. Sterling Drug* (1974).

yanı sıra, grupıçi eylemin görevlerin içsel dağılımı niteliği de bir koşul olarak getirilmiştir.

Sonuçta, her ne kadar *Consten&Grundig* kararında grupıçi ilişkiler bakımından, herhangi bir koşula bağlı olarak ekonomik bütünlük tespiti yapılması öngörölmemişse de sonraki kararlar, ana şirket ve özerk yavru şirket arasındaki ilişkilerle, görevlerin içsel dağılımı niteliğinde olmayan ilişkiler bakımından ekonomik bütünlük tespiti yapılamayacağını ortaya koymuştur. Bu nedenle, söz konusu iki koşulu karşılamayan grupıçi ilişkilere, 81. maddenin uygulanabilmesi imkân dahilinde bırakılmıştır.

Ana şirket ve yavru şirketlerin 81. maddeyi ihlal ettiği iddiasının ele alındığı *Viho* kararında⁹⁸ grupıçi ilişkiler bir kez daha ATAD değerlendirmesine konu olmuştur. Bu karar, konusunun ana şirket ve yüzde yüz iştiraki arasındaki ilişkiler olmasının yanı sıra sonuçlarıyla da *Copperweld* kararının dengi niteliğindedir (Menz 2002, 80).

Viho kararında emsal kararlara atıfta bulunan ATAD, pazardaki hareket tarzının belirlenmesinde bağımsız olmayan ve kontrole sahip ana şirketten gelen talimatları yerine getiren yavru şirketlerin, ekonomik bütünlük oluşturduğuna hükmederek, ilk derece mahkemelerinin ekonomik bütünlük doktrinine bağlı olarak aldıkları kararı onaylamıştır. Hatta ATAD, ana şirket politikasının üçüncü kişilerin rekabetçi pozisyonuna zarar verebileceğini kabul etmesine rağmen, tek taraflı eylemlerin 82. maddeye konu olabileceğine dikkat çekmiştir. Diğer yandan anlaşmaların görevlerin içsel dağılımı niteliği taşıması koşulu, açık bir şekilde ele alınmamış (Menz 2002, 78) olmakla beraber bu tespitin gereksiz olduğu yönündeki ilk derece mahkemesi değerlendirmesi zımnen desteklenmiştir (Stothers 2007, 143). Bir bakıma ATAD bu kararında, ekonomik bütünlük teşkil etmekte bir gereklilik olarak görölen görevlerin içsel dağılımıyla ilgili ikinci koşuldan vazgeçmiştir (Wils 2000, 107).

Sonuç olarak, ekonomik bütünlük doktrini uygulamasında ana şirketin yavru şirketin hukuki kontrolüne sahip olması ve ana şirket tarafından yavru şirket üzerinde kontrolün uygulanması değerlendirmenin merkezindedir. Bu uygulama doğrultusunda, pazardaki eylemlerinde gerçek özerkliğe sahip yavru şirketle ana şirketi arasında, 81. madde kapsamında değerlendirilebilecek rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olabileceği düşünölmektedir⁹⁹.

Bu durum Komisyon'un, ana şirket ve yavru şirket ilişkilerinin 81. madde kapsamı dışında kalması için gerçek kontrol kıstasını aradığı ve ABD'deki tek teşebbüs testini uyguladığı izlenimini yaratmaktadır (McNamara 1985, 1264). Fakat tespit edilmesi zor bir unsur olması dolayısıyla (Bael ve Belis

⁹⁸ Case C-73/95 P, *Viho Europe BV v. Commission* (1996).

⁹⁹ Tayara 2003, 553; Bael ve Bellis 2005, 37; Stothers 2007, 144.

2005, 37) gerçek kontrolün ekonomik bütünlük tespitinde bir kıstas olarak benimsenmesi halinde, grupiçi anlaşmaların büyük olasılıkla 81. madde kapsamı dışında kalacağı düşünülmektedir (Stothers 2007, 143). Zaten Wils (2000, 103-107) tarafından da belirtildiği üzere, ana şirketin yavru şirkete faaliyetleri konusunda tanıdığı özerklik, ana şirket tarafından kontrolün uygulanmasının bir diğer yolu olup, kontrole imkân veren araçlara sahip olduğu sürece yavru şirketin özerkliği sadece ana şirketin isteğine bağlıdır. Bu nedenle, ekonomik bütünlük doktrininin, ana şirketin, yavru şirketi üzerindeki kontrolünü uygulamada iki farklı yol olan, yavru şirkete özerklik tanınması ya da faaliyetlerini doğrudan yönetmesine bağlanmaması gerekmektedir. Kontrolün gerçekten uygulanmış olması koşulu bağlı ortaklıklar arasındaki anlaşmaların hukukiliğini, anlaşmanın ana şirketin merkezi emri doğrultusunda gerçekleştirilmesine bağlamaktadır. Fakat bu koşul, anlaşılabilir hiçbir rekabet politikası amacına hizmet etmemekle eleştirilmektedir. 81. madde kapsamında bu tarz bir koşulun öngörülmesi, sadece açık emirlerin yer aldığı kâğıt işi yaratarak, grupların içsel örgütlenmeleri üzerinde bir yük olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle Wils rekabet hukukunun içsel tutarlılığı bakımından, ana şirketin yavru şirket üzerindeki kontrolü uygulayabilme imkânının, tarafların ekonomik bütünlük oluşturmada yeterli olması gerektiğini savunmaktadır.

3.2. GRUPIÇİ İŞBİRLİĞİ ve TEK EKONOMİK BİRİM DOKTRİNİ BAKIMINDAN ABD ve AB UYGULAMASI KARŞILAŞTIRMASI

ABD’de grupiçi işbirliği doktrininin kabul gördüğü dönemde, fonksiyonel ve şekilsel bazı testler aracılığıyla ekonomik bütünlük tespiti yapılmaya çalışılmıştır. Hatta *Copperweld* kararı sonrası bile, mülkiyet ve kontrol temelinde farklı testler uygulanmaya devam etmiştir. *Copperweld* kararı, ekonomik bütünlüğün özünde yatan unsurları ortaya koyması ve tartışmalı olan bazı konulara açıklık getirmesi bakımından, bu alandaki ABD uygulamasında dönüm noktası niteliğindedir. Söz konusu karara göre ekonomik bütünlüğün özü, tarafların paylaştıkları tam çıkar birliğidir. Bu çıkar birliği sayesinde taraflar ayrı birer bağımsız karar alma merkezi oluşturmamakta ve aralarındaki anlaşmalarda ekonomik gücün bağımsız kaynaklarının aniden biraraya gelmesi söz konusu olamamaktadır. ABD mahkemeleri, ekonomik bütünlüğün özü olarak nitelendirilen taraflar arasındaki çıkar birliğini mülkiyet ya da kontrolün derecesi ve uygulanış şeklini esas alan testlerle belirlemeye çalışmaktadır. Bu bakımından kontrol veya mülkiyet, ekonomik bütünlüğün tespit edilmesinde bir araçken, ilişkili bir grup şirketi ekonomik bütünlük bünyesinde biraraya getiren nokta paylaştıkları çıkar birliğidir.

Diğer yandan AB uygulamasında ekonomik bütünlüğün tespitinde farklı testlerden bahsetmek mümkün değildir. Komisyon, genel itibarıyla ekonomik bütünlüğün unsurlarını belirlemeye çalışmış ve *Copperweld* kararının eş değeri olan *Viho* ile de perçinlendiği üzere ekonomik bütünlük bünyesindeki parçaların, kontrolünde buldukları ana şirketten bağımsız hareket edemedikleri gerçeği, ekonomik bütünlüğün esasını oluşturmuştur. Bir başka deyişle, Komisyon'a göre ekonomik bütünlük bünyesinde yer alan tüzel kişiliği haiz her şirket, pazardaki eylemleri konusunda kontrolünde bulunduğu tek bir tarafça yönlendirilebilmekte, bu nedenle hukuken ayrı kişilikler olmalarına rağmen iktisaden bu şirketler arasında bir ayrılık değil bir bütünlükten bahsedilmektedir. Bu doğrultuda, Komisyon tarafından benimsenen ekonomik bütünlük doktrininin temelinde, şirketlerin pazardaki eylemlerinde bağımsız hareket edip etmedikleri hususu yatmaktadır. Pazardaki faaliyetlerinde bir şirketin bağımsız hareket etme kabiliyeti ise kontrol kavramıyla ilişkilendirilerek ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Ekonomik bütünlüğün belirlenmesine yönelik olarak, ABD'de çok sayıda bölge mahkemesi, daire ve Yüksek Mahkeme kararı bulunmaktayken, AB'de bu konuda esaslı bir içtihat yoktur. AB uygulamasında şirketlerin ne zaman aynı ekonomik bütünlük içerisinde olacağıyla ilgili sorunu açıklığa kavuşturacak yeterlilikte içtihat oluşmaması dolayısıyla tutarlı bir yaklaşımın benimsenmesi konusunda söylenecek çok şey olduğu ileri sürülmektedir (Jones ve Suffrin 2008, 144). Ancak ABD'nin aksine AB'de etkinlik doğurucu yavru şirket oluşumunun engellenmemesi gerekliliğinin farkına varılarak (Alexis 2003, 6), grup içi ilişkiler kısıtlı bir alanda yasaklanmıştır. Hatta ABD uygulamasında doktrininin daha şekilci bir yaklaşımla (McNamara 1985, 1263; Akıncı 2001, 266) daha geniş kapsamda uygulandığı ve aynı zamanda AB uygulamasına göre daha muğlak kaldığı düşünülmektedir (Assant 1990, 69-79).

ABD ve AB uygulamaları, ekonomik bütünlüğün esasının ne olduğu konusunda da farklı unsurlara odaklanmıştır. ABD, çıkar birliği içinde olan tarafların birbirinden bağımsız hareket edemeyeceğini ileri sürmüş, AB şirketlerin pazardaki eylemlerinde bağımsız hareket edip etmediklerini tespit etmeye çalışmıştır. Oysaki yavru şirketin ana şirketinden bağımsız hareket edememesinin ekonomik bütünlüğün bir unsuru değil bir sonucu olduğu belirtilmelidir. ABD uygulaması bu konuda ekonomik bütünlüğün özüne inmiş ve çıkar birliği nedeniyle tarafların bağımsız hareket edemediklerine karar vermiştir. Diğer yandan AB, doğrudan yavru şirketlerin bağımsızlığına odaklanmış bir bakıma ekonomik bütünlüğü sonuçlarından tespit etmeye çalışmıştır. Ancak her iki uygulama da kontrol unsurunu bu tespit için kullanılabilecek bir araç olarak görmüştür. Bu çerçevede aşağıdaki bölümde AB uygulamasında ekonomik bütünlüğün nasıl tespit edildiği ortaya konulacaktır.

3.3. EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜN TESPİTİ

AB uygulamasında açık bir şekilde ekonomik bütünlük tespitinde kontrolün belirleyici olduğu görülmektedir¹⁰⁰. 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Tüzüğü'nün (Tüzük) 3(2) maddesi, kontrol kavramını tanımlamakta, “Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 No’lu Komisyon Tüzüğü Bakımından Konsolide Kılavuz” (Kılavuz) bu kavrama ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Ancak içtihat hukuku Tüzük’teki kontrol kavramının, 81. maddedeki ekonomik bütünlük doktrinine uygulanabilirliğini ve kavramın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve yoğunlaşmalar bakımından farklılaşıp farklılaşmadığını, henüz açıklığa kavuşturmamıştır (Whish 2005, 89; Bael ve Bellis 2005, 37).

Diğer yandan birbirlerine bir şekilde bağlı olan şirketlerce, bu bağlantıların Tüzük bakımından tek başına kontrolün devralınması veya birleşme anlamına gelecek şekilde oluşturulması halinde, ilgili şirketler arasındaki anlaşmalara 81. maddenin uygulanmaması gerektiği görüşü söz konusudur (Wils 2000, 106-108; Whish 2005, 88-89). Bu nedenle Tüzük bakımından kontrol kavramının ve bu alanda alınmış kararların 81. madde bakımından da göz önünde bulundurulabileceği ve sınırlarının belirlenmesi önemli bir zorluk olan (Jones ve Suffrin 2008, 143) ekonomik bütünlüğün tespitine yardımcı olacağı ileri sürülmektedir (Bael ve Bellis 2005, 37).

3.3.1. Tüzük Bakımından Kontrol Kavramı

Tüzük’ün 3(2) maddesinde kontrol, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı olarak tanımlanmıştır. Kontrolün varlığı bakımından belirleyici etkinin gerçekte uygulandığının veya uygulanacağını gösterilmesine gerek olmayıp, kontrol hisse/varlıkların devralınması, sözleşmesel haklar ve diğer araçlar aracılığıyla elde edilmektedir¹⁰¹. ABD uygulamasına benzer şekilde Kılavuz’da da kontrolün hukuki ya da fiili olarak elde edilebileceği ifade edilmektedir.

Tüzük’ün 3(3)(a) maddesinde düzenlendiği üzere normalde, kontrole imkân veren araçları elinde bulunduran veya hakları kullanmaya yetkili kılınan kişi, kontrole sahip taraf olarak değerlendirilir. Ancak bazı durumlarda, kontrole imkân veren araçları elinde bulunduran kişiler, gerçekte bu araçtan doğan hakları kullanan kişilerden farklılaşabilir. Tüzük’ün 3(3)(b) maddesi bu durumun bilincinde olarak düzenlenmiş ve böyle bir durumda kontrolün gerçekte işlemin arkasında olan ve şirketi kontrol etme gücünden yararlanan kişi tarafından elde

¹⁰⁰ Whish 2005, 88; Jones ve Suffrin 2008, 143; Bael ve Bellis 2005, 37

¹⁰¹ Kılavuz para.16.

edilmiş olduğu hükme bağlanmıştır. İlk derece mahkemesi bu hükümden, ticari şirketlerin sahip oldukları kontrolün, münhasır hissedarlarına, çoğunluk hissedarlarına veya şirketleri ortak olarak kontrol eden hissedarlara isnat edilebileceği sonucunu çıkarmıştır¹⁰². Bu nedenle bir gruptaki farklı şirketler tarafından kontrole imkân veren hissedarlığın elde edilmesi halinde söz konusu kontrol, şirketleri kontrol eden ana şirkete isnat edilebilmektedir. Bir bakıma, Tüzük'teki bu düzenlemeyle kontrole doğrudan yahut dolaylı olarak sahip olunması arasında fark görülmemektedir (Sanlı 2000, 330). Grup şirketleri haricinde bu tarz dolaylı kontrol; hissedarlık, sözleşmeye dayalı ilişkiler, ilgili işlemin finansman kaynağı veya aile bağları gibi unsurlara yönelik olarak olay bazında yapılan incelemede ortaya çıkarılabilir¹⁰³.

81. madde uygulamasının aksine, gerçek kontrolün bir işlemin yoğunlaşma olarak kabul edilmesinde gerekliliği, Tüzük'te açıklığa kavuşturulmuş durumdadır. Şöyle ki, belirli istisnalar¹⁰⁴ dışında belirleyici etkinin uygulanması değil, açık bir şekilde uygulanma ihtimali kontrol için yeterli görülmektedir. Zaten Tüzük'te, kontrol tanımında belirleyici etkinin gerçekte uygulanmasının değil, uygulanma ihtimalinin tanımlayıcı unsur olarak seçilmesi tercihi oldukça isabetli bulunmaktadır. Zira yoğunlaşmalarda belirleyici etkinin gerçekte uygulanmış olması koşulunun aranması halinde, teşebbüsler tarafından bu durumun belirleyici etkinin uygulanması ihtimaline göre kolayca gizlenebilmesi mümkün olduğundan, birleşmelerin kontrolü çok daha zor ve maliyetli olabilecektir (Wils 2000, 107). ABD uygulamasındaki

¹⁰² Case T-282/02 *Cementbouw Handel&Industrie v Commission* (2006), para.72.

¹⁰³ Kılavuz para.13. Case M.754-*Anglo American Corporation/Lonrho* (1997) kararı bu konuda önemli bir örnektir. Anglo American Corporation (AAC) şirketini kontrol eden aile aynı zamanda De Beers Consolidated Mines Limited (DBMC) adlı bir şirkette de hissedar konumunda olup taraflar arasında önemli ölçüde çapraz hissedarlıklar bulunmaktadır. AAC'nin ana hissedarının DBMC'de %38,4, AAC'nin de %32,5 oranında hissesi bulunmaktadır. İki şirketin yönetim kurulları da büyük ölçüde örtüşmektedir. AAC'nin en büyük üçüncü hissedarı, Central Holdings International Limited (CHIL)'in yüzde yüz iştirakidir. İlgili iştirakin yönetim kurulunda AAC ve/veya DBMC'nin üyeleri yer almaktadır. Komisyon, AAC'yi kontrol eden şirketin CHIL'de belirleyici etki uygulayabilme ihtimaline ilişkin olarak taraflara sorular yöneltilmiş ancak bu sorular cevaplanmayıp sadece CHIL'in Lonrho'da sahip olduğu hisselerle tanınan oy haklarında, AAC ile birlikte hareket edeceği bir anlaşma imzalandığından bahsedilmiştir. The Southern Life Association Limited (Southern) şirketi ise AAC'nin bir bağlı şirketi (*associate*) olarak belirtilmiştir. AAC ayrıca Southern'de %40,1 oranında doğrudan paya da sahiptir ve 17 üyeli yönetim kurulunun üçü kilit görevlere sahip dört üyesini atayabilmektedir. Southern'in son üç yılki genel kurul toplantılarının oy kullanım yapısı, AAC'nin çoğunluğu elde edebilecek hisseye sahip olduğunu göstermiştir. Bununla birlikte, AAC ve DBMC Southern'in diğer ortaklarında da hissedarlıklara sahiptir. Komisyon bu tespitlerinden hareketle, Lonrho'da ayrı ayrı paylara sahip AAC, DBMC, CHIL ve Southern'in hisselerini AAC'ye isnat etmiş ve işlemlerle AAC'nin gerçekte %27,47'lik bir payı devraldığına karar vermiştir.

¹⁰⁴ Bu durumun istisnası Tüzük'ün 3(5) (a) ve (c) maddeleri bakımından finansal kuruluşlar ve holding şirketler tarafından gerçekleştirilen menkul kıymetler ticaretidir.

gerçek-potansiyel kontrol tartışmaları düşünüldüğünde, AB uygulamasının yoğunlaşmalar bakımından açıkça potansiyel kontrol kistasını benimsediği görülmektedir.

Bu değerlendirmenin yanı sıra Kılavuz'un 9. dipnotunda da daha önceden bağımsız olan teşebbüslerin belirlenmesinin, kontrol meselesiyle ilgili olduğu ve bu kapsamdaki değerlendirmenin, Kılavuz'daki genel kavramları takip ettiği ve hukuki ve fiili kontrolü içerdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, Komisyon uygulamasında ekonomik bütünlüğün belirlenmesi bakımından yoğunlaşmalara ilişkin kontrol hükümlerinin bu çerçevede incelenmesi gerekmektedir.

Wils (2000, 101) tarafından da ifade edildiği üzere teşebbüsü oluşturan ekonomik birimler, tek bir hukuki kişilikten oluşabileceği gibi grup şirketlerinde olduğu gibi birden fazla gerçek ya da tüzel kişiden veya bir gerçek kişi ve bu kişi tarafından kontrol edilen şirketlerden de oluşabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere birbirlerine bir şekilde bağlı olan şirketlerce, bu bağlantıların Tüzük bakımından tek başına kontrolün devralınması veya birleşme anlamına gelecek şekilde oluşturulması halinde, ilgili şirketler ekonomik bütünlük oluşturmaktadır. Bu nedenle tek başına kontrole ilişkin Kılavuz'da yer alan hükümler doğrudan ekonomik bütünlükle ilişkilendirilmektedir.

Diğer yandan ortak kontrole ilişkin hükümler ekonomik bütünlük tespitini etkilemekle beraber, ilgili olunmayan bir teşebbüsle ortak olarak kontrol edilen şirketler, her iki teşebbüsün de ekonomik bütünlüğü içinde yer almamaktadır. Bu yönde bir değerlendirme yapılmasının sebebinin, ortak kontrolün ilgili olmayan taraflar arasında ekonomik bütünlüğe yol açacak süregelen bir çıkar birliği yaratmamasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Zira ortak kontrol, iki veya daha fazla sayıda bağımsız teşebbüsü, ortaklaşa kontrol ettiği bir teşebbüs üzerindeki karşılıklı ticari çıkarlarını dengeye getirmeye zorlayarak, ekonomik bütünlük şeklinde davranmalarını sağlayan bir özelliğe sahiptir (Güngördü ve Kayar 2001, 78). Yani bağımsız ve birbirleriyle aynı ekonomik bütünlük içinde olmalarını gerektiren herhangi bağları olmayan teşebbüsler, farklı ticari çıkarlarla faaliyet göstermekte ve ortak kontrol altında biraraya geldikleri yapılanmada farklı çıkarlarını koruyarak sadece yapının faaliyet gösterebilmesi bakımından dengeye getirmeye çalışmaktadır. Bu düzende biraraya gelen tarafların hepsi, aynı ekonomik bütünlük içinde yer almamakta, ortak kontrol altındaki şirket ana şirketlerinden bağımsız ekonomik bütünlük oluşturmaktadır.

Sonuçta tek başına kontrol altındaki şirketler kontrole sahip kişinin ekonomik bütünlüğünde yer almaktayken, ortak kontrol altındaki şirketler için bu değerlendirmenin yapılması mümkün değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda Kılavuz'da tek başına kontrol ve ortak kontrol hükümleri ekonomik bütünlükle

ilişkilendirilecek şekilde ele alınmış olup kavramlar bu çerçevede değerlendirilmiştir.

3.3.1.1. Tek Başına Hukuki Kontrol

Tek başına hukuki kontrol normalde, oy imtiyazlı hisselerde çoğunluğun elde edilmesiyle sağlanmaktadır. ABD uygulamasında olduğu gibi AB’de de oy hakkına sahip hisselerde çoğunluğun tek başına kontrole imkân verdiği şeklinde bir karinenin varlığından bahsedilebilir¹⁰⁵. Karinenin aksinin ispatlanması mümkün olduğundan, her olayda belirli paydaki hissedarlık, şirket esas sözleşmesi ve diğer düzenlemeler uyarınca hisseye tanınan oy hakları ve diğer haklarla birlikte incelenmelidir (Cook ve Kerse 2005, 47).

3.3.1.1.1. Çoğunluk Mülkiyetine Yönelik Karinenin Aksinin İspatlanması

Komisyon, ana şirketin tek başına veya kontrol ettiği yavru şirketlerle ortak olarak kontrol ettiği şirketleri ekonomik bütünlük içinde kabul ederken, daha önceden de değinildiği üzere ana şirketin ekonomik bütünlük dışındaki üçüncü kişilerle ortak kontrol ettiği şirketleri, ekonomik bütünlüğün parçası olarak görmemektedir¹⁰⁶. Bu nedenle ortak kontrolün nasıl sağlandığıyla ilgili düzenlemelerin, çoğunluk hissedarlığına ilişkin karinenin hangi durumlarda geçerli olmadığına dair ipuçları içerdiği düşünülmektedir.

Oy imtiyazlı hisselerde çoğunluk mülkiyeti olmasına rağmen kontrolün elde edilememesinde, azınlık hissedarlarına tanınan veto hakları belirleyicidir. Veto haklarının kontrole imkân vermesi için stratejik kararların belirlenmesinde etkili olması gerekmekte olup, azınlık hissedarının şirketteki finansal haklarını korumasına yönelik hakları yeterli görülmemektedir. Kontrolün elde edilmesi için tüm veto haklarına sahip olunmasına gerek olmayıp, kapsamına ve önemine bağlı olarak bir tane veto hakkı bile yeterli görülebilmektedir¹⁰⁷. Bu bağlamda, veto haklarının en önemlileri, üst yönetimin veya bütçenin belirlenmesiyle ilgili kararlar üzerinedir. İş planının belirlenmesi ve pazara özgü haklarla, seviyesi ve niteliğine bağlı olarak yatırımlar üzerindeki veto hakları da ortak kontrole imkân verebilir¹⁰⁸.

Şirket tüzüğüne stratejik kararlar bakımından basit çoğunluktan farklı özel bir yetersayı öngörmesi halinde de çoğunluk hissedarı tek başına kontrole sahip olamayabilir. Bir bakıma bu durumda da azınlık hissedarı açısından bir

¹⁰⁵ Case C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission* (2000), para.29.

¹⁰⁶ *Gosmè/Martell-DMP* OJ (1991) L 185/23, para.30.

¹⁰⁷ Kılavuz para.65-73.

¹⁰⁸ Veto hakları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Güngördü 2003.

veto hakkı olduğu düşünölmektedir (Lübking ve Dittert 2006, 60; Cook ve Kerse 2005, 55). Bu doğrultuda, stratejik kararlar bakımından farklı bir yetersayı öngörölmesi halinde belirlenen yetersayı tek başına elde edemeyen çoğunluk hissedarının kontrolü bakımından karinenin aksi ispatlanmaktadır¹⁰⁹.

Veto hakları, şirket esas sözleşmesinden veya hissedarlar arasındaki anlaşmalardan kaynaklanabilir. Hissedarlık anlaşmalarıyla tanınan veto hakları ile kontrolün elde edilebilmesinde, hissedarlık oranının ölçüsü önemli değildir (Cook ve Kerse 2005, 55; Güngördü ve Kayar 2001, 81). Hatta bu durumda hiçbir hissedarlık hakkı olmaksızın dahi veto hakları kontrole imkân verebilir¹¹⁰. Bu tarz veto haklarında, ortak kontrole yol açacak nitelikte herhangi bir hissedarlık oranının eşik olarak belirlenmesi mümkün olmadığından (Lübking ve Dittert 2006, 61), kontrolde çoğunluk mülkiyetine yönelik karinenin aksini ispatlayacak, azınlık hissedarlığı oranı da farklılık gösterebilmektedir.

Çoğunluk hissedarının, azınlık hissedarlarına finansal ve ekonomik olarak yüksek ölçüde bağımlı olması halinde de çoğunluk hissedarının tek başına kontrolünden değil, azınlık hissedarları açısından fiili ortak kontrolden söz edilebilecek¹¹¹ ve karinenin aksi ispatlanmış olacaktır. KLM'nin Air UK'nin tek başına kontrolünü devralmasıyla ilgili işlem bu yönüyle önem arz etmektedir¹¹².

KLM işlem öncesinde Air UK'deki %14,9 hissesine rağmen çoğunluk hissedarı BATH'a ait hisselerin bir alım opsiyonuyla teminat gösterildiği kredi anlaşması aracılığıyla, Air UK üzerinde belirleyici etki kullanmıştır. Anlaşmada KLM'ye, Air UK'nin anlaşmanın imzalandığı dönemde yaptığı işten farklı bir işle ilgilenmeye başlaması; mevcut işin bir kısmını sonlandırması yahut yeniden örgütleme kararı alması veya finansal yükümlüklerini karşılayamaması halinde, teminat gösterilen hisseler üzerinde erken alım opsiyonu tanınmaktadır. BATH, stratejik kararlarda KLM'nin isteklerine aykırı hareket etmesi halinde, erken alım opsiyonunun kullanılacağına veya KLM'den gelen finansal desteğin tehlikeye gireceğinin farkında olduğundan ve Air UK'nin işlerinin büyük kısmını KLM ağına gerçekleştirilen seferler oluşturduğundan KLM, Air UK üzerinde fiili olarak belirleyici etkiye sahiptir. Komisyon karardaki bu analizi doğrultusunda, işlem öncesi KLM'nin Air UK'nin fiili ortak kontrolüne sahip olduğuna karar vermiş ve çoğunluk hissedarı BATH, tek başına kontrole sahip olamamıştır.

Benzer bir durum, azınlık hissedarı şirkete *know-how* sağlarken, çoğunluk hissedarı sadece finansal yatırımcıysa da söz konusu olabilecektir. Komisyon'un Arcelor'un Ereğli'yi devralmak için kurulan şirketin %41

¹⁰⁹ Case IV/M.0010-*Conagra/Idea* (1991); Case T-2/93 *Air France v Commission* (1994).

¹¹⁰ Case COMP/M.3858-*Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien* (2005).

¹¹¹ Kılavuz para.78.

¹¹² Case IV/M. 967-*KLM/Air UK* (1997).

hisselerini Oyak'tan devralmasıyla ilgili kararında¹¹³, şirketin çoğunluk hisseleri Oyak elinde tutulmaktadır. Ancak Oyak ve Arcelor arasında güçlü ekonomik çıkarların varlığı, tarafların birbirlerine karşı hareket etmelerini engellemektedir. Zira Arcelor, Ereğli'nin faaliyetleri için vazgeçilmez olan pazara özgü önemli bilgiler sağlarken, Oyak sadece finansal yatırımcı konumundadır. Ayrıca Oyak ve Arcelor, Erdemir ve Arcelor'un ticari operasyonlarının entegre olması konusunda anlaşmış ve bunun taraflar arasındaki çıkar birlikteliğini artırdığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Bu doğrultuda Arcelor'un fiili olarak Oyak'la beraber Erdemir üzerinde ortak kontrole sahip olduğuna karar verilmiş ve Oyak çoğunluk hissedarı olmasına rağmen tek başına kontrole sahip değerlendirilmemiştir.

ABD uygulamasında, temsil görevinin çoğunluk mülkiyetine sahip hissedar açısından kontrolü uygulama gücünü kısıtlayacağı hususu tartışmalı olmakla beraber, Kılavuz'da yer alan bir hükümle Komisyon bu konuya açıklık getirmektedir. Zira kararların şirket organları tarafından, şirket çıkarına uygun olarak alınmasını gerektiren ulusal hukuk hükümlerine rağmen oy imtiyazlı hisseleri elinde bulunduranların, şirket üzerinde belirleyici etkiyi uygulayabilme gücüne sahip olduklarından bahsedilerek bir bakıma, temsil görevinin çoğunluk hissedarının kontrol gücünü kısıtlamadığı görüşü belirtilmektedir¹¹⁴.

Buraya kadar, azınlık hissedarının çeşitli şekillerde, çoğunluk hissedarının tek başına hukuki kontrolü elde etmesini engellemesi anlatılmıştır. Ancak azınlık hissedarı şirketin kontrolü üzerinde bu yönde bir etkisinin dışında, tek başına hukuki kontrole de sahip olabilir.

3.3.1.1.2. Azınlık Hissedarı Bakımından Tek Başına Hukuki Kontrol

Azınlık hissedarı hissedarlığa iliştilmiş özel haklar sayesinde hukuki olarak tek başına kontrole sahip olabilir¹¹⁵. Bu haklar, azınlık hissedarının şirketin stratejik ticari kararlarını belirlemesine imkân veren imtiyazlı hisselerle sağlanabilir. Benzer şekilde, şirketin eylemlerini yönetme hakkına sahip ve örgütsel yapı temelinde (örneğin genelde hissedarı bile olmayan limited ortaklıkta genel ortak olarak) şirketin ticari politikalarını belirleyebilen azınlık hissedarı tarafından da tek başına hukuki kontrol elde edilebilir¹¹⁶.

¹¹³ Case COMP/M.4085-Arcelor/Oyak/Erdemir (2006).

¹¹⁴ Örn. Case T-282/02 *Cementbouw v Commission* para.79.

¹¹⁵ Tek başına kontrole sahip azınlık hissedarı nitelikli azınlık hissedarı olarak adlandırılmaktadır (Lübking ve Dittert 2006, 56; Cook ve Kerse 2005, 47).

¹¹⁶ Kılavuz para.57. bkz. Case COMP/M.3785-TPG/APAX/TIM HELLAS (2005).

Bunun yanı sıra “negatif tam kontrol” olarak da adlandırılan sadece bir hissedarın teşebbüsün stratejik kararlarını veto etmesi halinde de hem çoğunluk hem de azınlık hissedarı bakımından, tek başına hukuki kontrol söz konusu olabilir¹¹⁷. Bu durumdaki hissedar, pozitif tek başına kontrolde olduğu gibi stratejik kararları belirleyerek değil, bir çözümsüzlük yaratarak kontrolü elde etmektedir.

Tek başına hukuki kontrol vasıtasıyla çoğunluk hissedarının yanı sıra nadiren azınlık hissedarı da ekonomik bütünlük tespitine imkân verir bir bağlı ortaklık ilişkisine sahip olabilir. Ancak hukuki kontrolün dışında tek başına fiili kontrol de aynı durumu ortaya çıkarabilir.

3.3.1.2. Tek Başına Fiili Kontrol

Nasıl ki hukuki kontrol ekonomik bütünlük analizini tek başına veya ortak kontrol ortaya çıkarmak suretiyle etkiliyorsa, fiili kontrol de ekonomik bütünlük tespitini iki şekilde etkilemektedir. Fiilen tek başına kontrol edilen şirket, kontrol eden tarafla aynı ekonomik bütünlük içinde bulunmaktayken, fiili ortak kontrol bu tespitini yapılmasını engellemektedir.

Azınlık hissedarı hukuki olarak bir şirketi tek başına kontrol edebileceği gibi bu durum fiilen de gerçekleşebilir¹¹⁸. Bu değerlendirmede ilk olarak göz önünde bulundurulması gereken faktör genel kurul toplantılarına ilişkin bulgulardır.

3.3.1.2.1. Genel Kurul Toplantılarına Katılım

Bir şirketin geçmiş yıllardaki genel kurul toplantılarında hissedarların katılımlarına ilişkin bulgular göz önünde bulundurulduğunda, azınlık hissedarının payı büyük olasılıkla genel kurul toplantılarında çoğunluk elde edecek nitelikteyse, azınlık hissedarının tek başına fiili kontrolünden bahsedilebilir. Geçmiş üç yıldaki genel kurul toplantılarına katılım ve oy kullanım yapısı incelenerek bu tespit yapılabilir (Cook ve Kerse 2005, 48)¹¹⁹. Komisyon bu konuda, genel kurullardaki oylama yapısına dair eldeki verilere dayanarak ileriye yönelik bir analiz gerçekleştirmekte ve hissedarların katılımında işlem sonrası olası öngörülebilir değişiklikleri de dikkate almaktadır¹²⁰.

¹¹⁷ Ibid para.54.

¹¹⁸ Ibid para.59.

¹¹⁹ bkz. Case COMP/M.3330-RTL/M6 (2004).

¹²⁰ bkz. Case COMP/M.4336-MAN/Scania (2007).

Komisyon, fiili kontrolün varlığına ilişkin değerlendirmesinde ayrıca, diğer hissedarların konumunu ve rollerini de incelemektedir. Bu analizde dikkate alınacak ilk unsur diğer hisselerin büyük ölçüde parçalanmış olmasıdır. Zira bu durumda küçük hissedarların genel kurullara katılmaları ve temsil edilmeleri veya süregelen ortak çıkarlar çerçevesinde tutarlı bir şekilde oylamalarda birlikte hareket etmeleri olası görülmemektedir (Cook ve Kerse 2005, 48). Bu doğrultuda, *Arjomari/Wiggins Teape* kararında¹²¹ hisselerin 107.000 hissedar arasında büyük ölçüde dağılmış olması nedeniyle Arjomari, oy imtiyazlı hisselerdeki %39'luk payıyla tek başına kontrole sahip değerlendirilmiştir.

Ancak incelemeye konu şirkette az sayıda ortak olması halinde, hissedarların büyük azınlık hissedarıyla yapısal, ekonomik ve ailesel bağları bulunması veya diğer hissedarların stratejik veya sadece finansal çıkarlarının varlığı, tek başına fiili kontrolün tespitinde etkili olmakta ve bu unsurlar olay bazında ele alınmaktadır. Cook ve Kerse (2005, 50) genel kurulda çoğunluğu elde edemeyen azınlık hissedarının bu unsurlara bağlı olarak fiili kontrolü tek başına elde edebileceğini belirtmişlerdir. Hatta pazara özgü önemli bilgiye sahip olunmasının sonucu olan endüstriyel liderlik kavramına, birkaç olayda dayanıldığı vurgulanmıştır. Komisyon bu doğrultuda *Renault/Nissan* kararında¹²², genel kurullardaki oy kullanım yapısının yanı sıra birçok unsuru dikkate almıştır.

Nissan'ın işlem öncesindeki üç yıldaki genel kurul toplantıları göz önünde bulundurulduğunda, devraldığı payla çoğunluğa sahip olamayan Renault'nun, işlem sonrası Nissan'ın tek başına kontrolünü şu unsurlara bağlı olarak elde edebileceği ortaya konulmuştur: Nissan'da tek endüstriyel hissedar olan Renault, %36,8 payla açık ara en büyük ortaktır. Bu pay, Japon hukukuna göre bazı stratejik kararlarda üçte iki çoğunluk gerektiren bir veto hakkı sağlamaktadır. Renault, Nissan'ın sadece günlük yönetimi değil ticari davranışları üzerinde de önemli bir etkiye sahip olacak şekilde 37 üyeli yönetim kurulunda üç kilit temsilciyi atamakta yetkili olup, kurulda temsil edilen tek hissedardır. Ayrıca Nissan ve Renault, çoğunluğu Renault yetkililerinden oluşan ve stratejik problemlerin çözülmesinden sorumlu bir yapı ve sinerjinin maksimizasyonu için bazı takımlar oluşturmayı planlamaktadır. Bu unsurlara dayanan Komisyon, genel kurul toplantılarında çoğunluğu elde edemese de Renault'nun Nissan'ın fiilen tek başına kontrolüne sahip olduğuna karar vermiştir¹²³.

Komisyon, AAC'nin Lohrno'nun %27,47'lik hissesini devralarak genel kurul toplantılarında çoğunluğu elde edeceğini ortaya koyduğu *Anglo*

¹²¹ Case IV/M.025-*Arjomari/Wiggins Teape* (1990).

¹²² Case IV/M.1519-*Renault/Nissan* (1999).

¹²³ Benzer bir karar için bkz. Case COMP/M.2532-*Fiat/Italenergia/Montedison* (2001).

American/Lohrno kararında ise yukarıda sıralanan unsurları¹²⁴ fiili kontrolü güçlendirir nitelikte değerlendirmeye katmıştır.

Genel kurul toplantılarındaki oy kullanım yapısının olay bazında farklılaşması ve dikkate alınan başkaca unsurların varlığı, fiili tek başına kontrole yol açacak net bir hissedarlık oranının eşik olarak belirlenmesini engellemektedir. Lübking ve Dittert (2006, 57) Komisyon kararlarında %20'nin çok altındaki hissedarlıklarda fiili kontrol tespiti yapılmadığını ifade ederek¹²⁵, %20-49 arasındaki paylarda fiili kontrol tespitinde bulunan birçok karardan bahsetmektedir. Diğer yandan Cook ve Kerse (2006, 48), Komisyon'un %35-%50 arasındaki hissedarlık oranlarında düzenli olarak tek başına fiili kontrol tespiti yaptığını ifade etmişler¹²⁶ fakat bunun altındaki hissedarlıklarda da bu yönde sonuca ulaşılan çok az karar olduğundan bahsetmişlerdir¹²⁷. Bu nedenle fiili kontrole ilişkin her olay kendi özellikleri çerçevesinde dikkatle incelenmelidir.

Azınlık hissedarının şirket üzerinde fiili tek başına kontrolü elde etmesinde etkili olan bir başka durum da hisseleri satın alma veya dönüştürme opsiyonudur.

3.3.1.2.2. Opsiyon Hakları

Hisseleri satın alma veya dönüştürme opsiyonu hukuki olarak bağlayıcı anlaşmalar uyarınca yakın zamanda kullanılmayacaksa, bu haklarla tek başına kontrol elde edilememekte¹²⁸, haklar kullanıldıkları dönemde bildirim tabi olabilecek bir yoğunlaşmaya yol açmaktadır (Güngördü ve Kayar 2001, 91). Diğer yandan, istisnai durumlarda bir opsiyon diğer unsurlarla birlikte fiili tek başına kontrole imkân verebilmektedir¹²⁹. Zira hakların gelecekte uygulanabilmesi "gölge etkisi" denilen bir etki yaratmakta ve mevcut ilişkilerin esasının değerlendirilmesinde önemli olabilmektedir (Cook ve Kerse 2005, 42).

¹²⁴ Endüstriyel ortaklık ve yönetim kurulunda temsil unsurlarının yanısıra diğer hissedarlarla olan ilişki de dikkate alınmıştır. Şöyle ki AAC'den sonra %3'lük payla en büyük hissedar SA Mutual'ın, AAC'de, yavru şirketlerinde ve bağlı şirketlerinde önemli hissedarlıkları bulunmaktadır. Komisyon bu durumun taraflar arasında ticari çıkar birliği yarattığını dolayısıyla SA Mutual'ın, Lonrho'da AAC ile aynı yönde oy kullanacağını belirtmiştir.

¹²⁵ Örn. Case IV/M.159-Mediobanca/Generali (1991).

¹²⁶ Örn. Case No IV/M.557-Alfred C. Toepfer/Champagne Céréales (1995), Case No IV/M.558-La Rinascente/Cedis Migliarini (1995); Case No IV/M.504-Avesta (III) (1994).

¹²⁷ Örn. Case IV/M.343-Société Générale de Belgique/Générale de Banque, (1993); Case COMP/M.2474-Pirelli/Edizione/Olivetti/Telekom Italia (2001); Case COMP/M.2404-Elkem/Sapa (2001).

¹²⁸ Örn. Case COMP/M.3696-E.ON/MOL (2005).

¹²⁹ Kılavuz para.60.

Ford/Hertz kararında¹³⁰, Hertz yönetim kurulunun %49'luk payla hukuki kontrole sahip olmayan Ford'un çıkarlarına aykırı bir karar alması halinde, farklı sınıf hisseler arasında değişim hakkı bulunan Ford'un, çok kısa sürede ve herhangi bir maliyete katlanmaksızın, bu hakkını kullanarak kurulun çoğunluğunu belirleyebilme imkânı bulunduğu belirtilmiştir. Bu nedenle Komisyon, söz konusu değişim hakkının etkisiyle, Ford'un Hertz'in fiili kontrolüne sahip olduğuna karar vermiştir. Gerçekte, Komisyon Ford'un sahip olduğu ancak kullanmayı tercih etmediği hakların mevcut etkisini dikkate almaktadır. Ancak gelecekteki hakların yapısı ve kullanımına yol açan durumlar olay bazında dikkatli incelenmelidir.

Opsiyon hakkının kontrole imkân verip vermediği kapsamına, uygulanabilme tarzına ve olasılığına bağlıdır (Cook ve Kerse 2005, 42). Örneğin *Ford/Hertz* kararındaki gibi hisseleri değiştirme opsiyonu, tarafa yönetim kurulunda çoğunluğu elde etmekte koşulsuz bir hak vermektedir. Ayrıca bu hak çok kısa sürede, ilave bir maliyete katlanmaksızın uygulanabilmektedir. Bu doğrultuda opsiyonun uygulanması konusunda bir belirsizlik varsa, tek başına opsiyon hakkının kontrole imkân vermeyeceği düşünülmektedir (Lübking ve Dittert 2006, 51-52).

Fiili tek başına kontrol, taraflardan birini diğerine ekonomik olarak bağımlı kılan çeşitli sözleşmelerde de ortaya çıkabilmektedir.

3.3.1.2.3. Sözleşmeye Dayalı İlişkiler

Tüzük'te hisse/varlıkların yanı sıra sözleşmeler aracılığıyla da kontrolün elde edilebileceği düzenlenmektedir. Sözleşmeye dayalı olarak kontrolün elde edilebilmesi için, sözleşmenin hisse ve varlıkların devralınmasında olduğu gibi girişimcilik kaynakları olarak nitelendirilen, şirketin yönetimi ve varlıkları üzerinde kontrole imkân vermesi ve uzun süreli olması gerekmektedir¹³¹. Kontrolün dört yıldan az bir süre için devralınması içtihatla kontrolde uzun süreli değişiklik olarak kabul görmemiştir (Cook ve Kerse 2005, 38).

Sözleşmeye dayalı ilişkilerin yapısal bağlar olmaksızın, yoğunlaşma olarak değerlendirilebilecek süreklilikte devam eden ilişkiler yaratamamasından dolayı, sadece bu ilişkilerle belirleyici etkinin ortaya çıkmasının, nadir olduğu ileri sürülmektedir (Cook ve Kerse 2005, 53). Hatta Lübking ve Dittert'in (2006, 51) belirttiği gibi, Komisyon içtihadında diğer bağlantılar olmaksızın sadece ekonomik ilişkiler temelinde yoğunlaşmanın gerçekleştiği bir karardan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle bu tarz anlaşmaların Komisyon tarafından, azınlık hissedarlığı gibi yapısal bir ilişki aracılığıyla fiili kontrolün

¹³⁰ Case IV/M.397-*Ford/Hertz* (1994).

¹³¹ Kılavuz para.20.

elde edilmesinde ilave unsurlar olarak kullanıldığı düşünülmektedir. Bu doğrultuda, böyle bir durumda Komisyon diğer bağlantılarla birlikte bu tarz ekonomik bağlantıların, kontrolde uzun süreli değişikliğe imkân vermekte yeterliliğini dikkatlice incelemektedir.

Sözleşmeye dayalı ilişkilerin bir sonucu olan ekonomik bağımlılık halinin fiili kontrole yol açtığı durumlar, yapısal bağlarla birlikte çok önemli uzun süreli arz anlaşmaları veya sağlayıcılar ya da müşterilerden gelen krediler¹³² ile örneklenmektedir¹³³.

Komisyon *CCIE/GTE* kararında¹³⁴, Siemens'in EDIL'in fiili kontrolünü elde etmesinde taraflar arasındaki finansman ilişkisinin ve fikri haklara, malzemelere ve AR-GE'ye yönelik anlaşmaların yeterliliğini sorgulamıştır. Neticede, EDIL'e Siemens tarafından kısa süreli finansman sağlanması, taraflar arasında hiçbir hissedarlık ilişkisi olmaması, Siemens'e kontrolle ilişkilendirilebilecek haklar tanınmaması ve sağlanan finansman miktarının, EDIL tarafından devralınan faaliyetlerin borç-özsermaye oranını kötüleştirmemesi gibi faktörlere dayanılarak, kontrolde sürdürülebilir bir değişikliğe yol açmadığına karar verilmiştir. İlgili anlaşmalar bakımından da benzer bir analiz yapılarak kısa süreli olan, sadece tek taraflı bilgi akışı içeren ve EDIL'i alternatif kaynaklar geliştirmesi için teşvik eden anlaşmaların da kontrol değişikliğine neden olmadığına karar verilmiştir¹³⁵.

Komisyon'da franchise anlaşmaları da bu hususlar çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kılavuz'un ilgili kısımlarında, franchise anlaşmalarının franchise verene, franchise alanın işleri üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı sağlayacak şekilde kontrol vermediği açıkça belirtilmektedir¹³⁶. Komisyon'a göre, genelde franchise alanın varlıklarının esaslı bir kısmı franchise verene ait olsa da franchise veren, franchise alanın girişimcilik kaynaklarından kendi adına yararlanmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar franchise alan ekonomik olarak franchise verene bağımlı olsa da, onun üzerinde kontrole sahip taraf olarak değerlendirilmemiş ve franchise anlaşmaları 81. madde kapsamında incelenmiştir.

Bu çerçevede UBS'nin Mister Minit'in tek başına kontrolünü devralmasıyla ilgili kararda¹³⁷ Komisyon, franchise alan ve verenin katlandıkları riskleri konularına uygun olarak nitelendirmiştir. Zira franchise veren,

¹³² Case IV/M.625-*Nordic Capital/Transpool* (1995) yatırımcılar değiştirilebilir tali kredi karşılığında yönetim kurulunun yarısını belirleme hakkı kazanmaktadır.

¹³³ Kılavuz para.20.

¹³⁴ Case IV/M.258-*CCIE/GTE* (1992).

¹³⁵ Benzer bir karar için bkz. Case IV/M.697-*Lockheed Martin/Loral Corporation* (1996).

¹³⁶ Kılavuz para.19.

¹³⁷ Case M.940-*UBS/Mister Minit* (1997).

franchise alanın işlerini ve ona kiraladığı varlıklarını kontrol etmemekte sadece franchise anlaşması uyarınca sağladığı ve kiraladığı ekipmanı korumaya yönelik normal haklar elde etmektedir. Kararda Mister Minit'in franchise alanların işlerini yönetmediğinden de hareketle, franchise verenler üzerinde fiili kontrol olmadığına karar verilmiştir.

Ancak Komisyon istisnai durumlarda, uzun dönemli münhasır arz anlaşmalarını yeterli ekonomik bağımlılık içermesi dolayısıyla kontrole imkân verir nitelikte değerlendirmiştir. *GE/Agfa NDT* kararında¹³⁸, GE ve Agfa arasında Agfa'nın NDT film ürünlerine ilişkin münhasır bir alım-satım anlaşması imzalanmıştır. Kararda söz konusu arz anlaşmasıyla GE'nin, Agfa'nın NDT işi üzerinde güçlü ve kalıcı bir etki elde ettiğinden hareketle, pazardaki pozisyonunu devralacağı belirtilmiştir. İşlemin yoğunlaşma niteliğinin sorgulanmasında, anlaşmanın şu hükümleri etkili olmuştur: (i) anlaşmanın süresi ve kendiliğinden yenilenmesi; (ii) GE'nin Agfa'nın NDT işini devralma çabasını üretime ilişkin bazı zorunlulukların engellemesi nedeniyle işlemin münhasır anlaşma aracılığıyla gerçekleştirilmesi; (iii) anlaşma aracılığıyla GE'nin Agfa'nın pazardaki varlığını devralması ve Agfa'nın satışlarını tamamen pazardan çekmesi; (iv) GE'nin Agfa'dan üretimini durdurmasını isteyebilmesi; (v) ürünlerin satışında Agfa'nın asla kar elde etmemesi, (vi) GE'nin maliyet hesaplanma yöntemini denetlemede önemli araçlarının olması, (viii) GE'nin Agfa'ya sözleşme konusu ürünler için servis sağlama veya yeni ürünler geliştirmesi konusunda teklifte bulunabilmesi, (ix) anlaşmanın uygulanmasının denetlenmesinde, temsilcileri GE tarafından belirlenecek bir yönlendirme komitesi kurulması, (x) GE tarafından peşin ödeme ve Agfa'nın maddi ihlallerinde zarar tazminatı hakkı bulunması. Son iki unsur Agfa'ya GE'nin yönlendirmelerine uymakta, GE'ye ise kontrolü uygulamakta çok güçlü bir saik verir yönünde değerlendirilmiş ve anlaşmayla ortaya çıkan ekonomik bağımlılığın yoğunlaşmaya neden olduğu dile getirilmiştir.

Komisyon'un önceden önemli ticari ve finansal ilişkileri olan taraflar arasındaki yoğunlaşmalarda, bu ilişkileri kontrole imkân verir nitelikte değerlendirmedeği olaylar da bulunmaktadır. *Magna/Donnelly* kararında hedef şirket devralanın ürünlerinin Avrupa'daki montajcısı, *Ricoh/Lanier Worldwide* kararında dağıtıcısı, *Philip Morris/Papastratos* kararında önceden lisans verdiği şirket, *Bertelsmann/Zomba* kararında ise Avrupa'da pazarlama için devredene bağımlı bir şirkettir¹³⁹.

¹³⁸ Case COMP/M.3136-GE/AGFA NDT (2003).

¹³⁹ Case COMP/M.2901-Magna/Donnelly (2002); Case COMP/M.2265-Ricoh/Lanier Worldwide (2001); Case COMP/M.3191-Philip Morris/Papastratos (2003); Case No COMP/M.2883-Bertelsmann/Zomba (2002).

Sonuçta genel kurul toplantılarına katılım yapısı, diğer hissedarların konumu, opsiyon hakları ve yapısal bağlarla desteklenen sözleşmesel ilişkiler temelinde, nitelikli azınlık hissedarı ekonomik bütünlük tespitine imkân verecek şekilde tek başına fiili kontrole sahip olabilir. Ancak diğer azınlık hissedarlarına tanınan haklar veya bu hissedarların çeşitli araçlarla birlikte hareket etmeye karar vermeleri, büyük azınlık hissedarının tek başına fiili kontrolü ele geçirmesini engelleyebilir. Bu doğrultuda, en büyük azınlık hissedarının fiili tek başına kontrolü ele geçirmesini engelleyen durumların, diğer azınlık hissedarlarının fiili ortak kontrole sahip olmasına yol açan durumlarla ilgili olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle ekonomik bütünlük analizine konu ilişkide, fiili ortak kontrole yol açabilecek hükümler de incelenmeli ve bu yönde bir kontrol yapısı tespit edilirse ilgili şirketin kontrole sahip hissedarların hiçbirinin ekonomik bütünlüğünde yer almayacağı kabul edilmelidir.

3.3.1.2.4. Tek Başına Fiili Kontrolü Engelleyen Haller

Azınlık hissedarlarının hukuken bağlayıcı bir anlaşma aracılığıyla veya fiilen oy haklarının kullanımında birlikte hareket etmeleri, hedef şirkette birden fazla azınlık hissedarının ortak kontrolüne neden olabilir¹⁴⁰. Oy hakkının birlikte kullanımındaki hukuki araçlardan ilki, hissedarların haklarını bir holding şirkete devretmeleri¹⁴¹, diğeri oy hakkının kullanımında birlikte hareket etmeyi amaçlayan havuzlama (*pooling agreements*)¹⁴² veya blok olarak oy kullanma (*block holding agreements*) gibi anlaşmalardır¹⁴³. Bu durumda en büyük azınlık hissedarı karşısında bu anlaşmalara taraf olan diğer hissedarlar beraber hareket edebilecek ve kalan hisselerin parçalı olmasından bahsedilemeyeceğinden, en büyük azınlık hissedarının fiilen genel kurul toplantılarında çoğunluğu elde etmesi söz konusu olamayabilecektir.

Sıklıkla olmamakla beraber, azınlık hissedarları arasında güçlü ortak çıkarların varlığı da fiili ortak kontrole yol açabilir (Cook ve Kerse 2005, 58; Güngördü ve Kayar 2001, 88-89)¹⁴⁴. Zira hissedarlar arasında güçlü ortak çıkarlar oy haklarının kullanımında birbirlerine karşı hareket edememelerine yol

¹⁴⁰ Kılavuz para.74-75.

¹⁴¹ Örn. Case IV/M.141-UAP/Transatlantic/Sun Life (1991).

¹⁴² Örn. Case T-282/02 *Cementbouw v Commission*.

¹⁴³ Örn. Case IV/M.116-Kelt/American Express (1991).

¹⁴⁴ Kılavuz para.76. Ortak çıkarların varlığının çıkar birliğinden farklı bir durum olduğu düşünülmektedir. Çıkar birliği tarafların tam bir ortak bilinç içinde olmalarını gerektirmekte bu nedenle taraflar aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilmektedir. Diğer yandan, ortak çıkarlarda tarafların tüm çıkarları açısından bir birliktelik söz konusu değildir. Ortak çıkarların varlığı, sadece tarafların biraraya geldikleri yapılanma açısından geçerli olup sahip oldukları diğer ekonomik birimler için böyle bir tespit mümkün görülmemektedir.

açabilir. Ancak Cook ve Kerse (2005, 58) Komisyon'un bu konudaki yaklaşımını tutarlı bulmamaktadır.

Bu tarz ortak çıkarların göstergesi, ortak girişimin stratejik amaçlarına ulaşmasında ana şirketler arasında yüksek ölçüde karşılıklı bağımlılıktır¹⁴⁵. Bu özellikle her ana şirketin ortak girişime özel teknolojiler, *know-how* ve arz anlaşmaları gibi faaliyeti konusunda esaslı bir unsurla katkıda buldukları durumda söz konusudur¹⁴⁶. Ayrıca azınlık hissedarları arasında daha önceden var olan bağlantılar ve birlikte gerçekleştirilen devralmalar da ortak çıkarları işaret eder unsurlar olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁷. Hatta ana teşebbüslerin kar-zarar paylaşımını ne şekilde yaptıklarının da incelenbildiği dile getirilmiştir (Güngördü ve Kayar 2001, 89)¹⁴⁸. Ancak ortak girişimdeki ana şirket sayısı arttıkça bu temelde fiili ortak kontrol tespiti yapılması ihtimali azalmaktadır.

3.4. BÖLÜM SONUCU

ABD ve AB uygulamasında ekonomik bütünlüğün tespit edilmesinde örtüşen bazı durumların yanı sıra birbirinden ayrılan noktalar da mevcut olup bunlara yukarıda yer verilmiştir. AB uygulaması ekonomik bütünlük tespitinde içtihat bakımından ABD uygulamasının gerisinde kalmıştır. Her ne kadar Tüzük'ün ve Kılavuz'un bu konuda yol gösterici olduğu ve tutarlı bir uygulama için tüm maddeler bakımından geçerli olması gerektiği (Wils 2000, 106) düşünülse de bu düzenlemelerdeki hükümlerin 81. maddeye uygulanabilirliği içtihatla açıklığa kavuşturulmamıştır.

Diğer yandan iş çevrelerinin ABD'de ekonomik bütünlük tespiti konusunda açıklayıcı bir kılavuza olan ihtiyaçları dile getirilmiş olsa da böyle bir kılavuz hazırlanmamıştır. Oysaki AB Tüzük ve Kılavuz ile bir bakıma bu açıklığı sağlamaktadır. ABD ekonomik bütünlük tespitinde hem çok şekilci hem de çok liberal bir yaklaşıma sahiptir. Bir yanda yüzde yüz mülkiyeti veya ondan *de minimis* ayrılmaları ancak ekonomik bütünlükle ilişkilendiren kararlar varken, bir yanda franchise anlaşmalarını ekonomik bütünlüğe yol açan bir durum olarak gören radikal kararlar da bulunmaktadır. Oysaki AB belki de bu alanda çok sayıda kararı olmamasından dolayı, bu denli uç noktalarda değerlendirmeler yapılmamış sadece kontrol kavramına yönelinmiştir.

Bu doğrultuda Komisyon'da iki şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde yer almaları konusunda belirleyici olan, birinin diğerini fiili ya da hukuki olarak

¹⁴⁵ Ibid para.77.

¹⁴⁶ Örn. Case COMP/JV.55-Hutchinson/RCPM/ECT (2001); Case IV/M.553-RTL/Veronica/Endemol (1995).

¹⁴⁷ Kılavuz para.79.

¹⁴⁸ Case IV/M4-Renault/Volvo (1990).

tek başına kontrol edebilme hakkına sahip olup olmadığıdır. Tek başına hukuki kontrol açık bir durumken, fiili kontrol muğlak ve belirli durumlarda çok istisnai halleri kapsayan bir alanı oluşturmaktadır. Ancak her iki durum altında da sonucu değiştirecek nitelikteki olaya özgü durumların iyi irdelenmesi gerekmektedir.

BÖLÜM 4

TÜRKİYE UYGULAMASI

4.1. TEŞEBBÜS TANIMI

Kanun'un 3. maddesinde düzenlendiği üzere teşebbüs, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir. Kanun gerekçesinde teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesinin benimsendiği; bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirileceği dile getirilmektedir.

Kanun, açıkça iktisadi faaliyette bulunan bir birimin teşebbüs olabilmesi için bağımsız karar verebilmesini ve ekonomik olarak bir bütün oluşturmasını aramaktadır. Bu nedenle bağımsız karar veremeyen birimler, ayrı hukuki kişilikleri olmasına rağmen kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa, bu teşebbüsle ekonomik bütünlük oluşturmakta ve rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüsle birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi beklenmektedir¹⁴⁹. Bu bakımdan Kanun'daki teşebbüs tanımının hukukun diğer alanlarında ve disiplinlerinde yapılmış olan tanımlardan farklılaştığı da düşünülmektedir (Sanlı 2000, 29; Aslan 2005, 38)¹⁵⁰.

ABD ve AB uygulamasından farklı olarak mevzuat kapsamında teşebbüs tanımına yer veren Türkiye uygulamasında, 4. madde ekonomik bütünlük ilkesi gereği bu ilişkilere uygulanabilecek nitelikte değildir. Zira bağlı ortaklıklar arasındaki ilişkilerde irade uyuşmasından değil üstün bir iradeye uyulmasından söz etmek daha doğru olduğundan, rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarını yasaklayan 4. madde bu ilişkilere uygulanma kabiliyetine sahip değildir (Sanlı 2000, 35).

Rekabet Kurulu'nun (Kurul) bağlı ortaklıklar arasındaki anlaşmaların 4. madde kapsamındaki durumunu ele aldığı kararlarının çok büyük bir kısmında

¹⁴⁹ 12.10.1999 tarihli, 99-47/506-322 sayılı karar.

¹⁵⁰ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. 14.5.2007 tarihli, 07-40/444-169 sayılı karar.

bu doğrultuda sonuca ulaşıldığı görülmektedir (Aslan 2005, 41)¹⁵¹. Bu konunun ele alındığı *Gübretaş/TKKMB* kararı¹⁵² Danıştay'ın konuya bakışının öğrenilmesi dolayısıyla önemlidir. Kararda ekonomik bütünlük içinde tek bir teşebbüs olan taraflar arasındaki anlaşmaların tarafların çokluğu ilkesini karşılamadığı, bu nedenle 4. madde anlamında bir ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁵³. Danıştay da ekonomik bütünlük tespitinde iktisadi bağımsızlığın önemli olduğundan hareketle 4. maddenin ana-yavru şirket ilişkilerine uygulanma yeteneğine sahip olmadığına karar vermiştir¹⁵⁴.

4.2. EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜN TESPİT EDİLMESİ

Kurul'un 13.3.2001 tarihli, 01-12/114-29 sayılı kararında ekonomik bütünlük tespitinde önem arz eden bağımsız karar verme halinin, teşebbüsün aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmaması anlamına geldiği belirtilerek; bu tespitite hukuki değil, ekonomik bağımsızlığın esas alındığına dikkat çekilmektedir. Söz konusu karar ekonomik bağımsızlığı ise şu şekilde tanımlamaktadır:

Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlemesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir.

Bu tanımın dikkat çeken unsuru, ekonomik bağımsızlığa sahip tarafın ekonomik kararlarını kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda aldığıdır. O halde birden fazla şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilmesinin sebebi ortak bir çıkar ve amaç çerçevesinde ekonomik kararlarının şekillenmesidir. Bu durum tam olarak *Copperweld* kararında ifade edilen ekonomik bütünlüğün özünün "çıkar birliği" olduğu tespitiyle örtüşmektedir. Bu karar ekonomik bütünlüğün özüne yönelik tespitite bulunurken, ikincil mevzuattaki bazı düzenlemeler ekonomik bütünlüğün tespitinde kullanılacak araca işaret etmektedir.

¹⁵¹Güzel (2003, 60-61) grupçi anlaşmaların Kurul kararlarına fazla konu olmadığını dile getirmektedir. Ancak 17.7.2000 tarihli, 00-26/291-161 sayılı gazetelerin fiyatlarının tespitine yönelik kararda, aynı gruba ait şirketlerin ayrı taraflar olarak değerlendirilmesi ve ana teşebbüslerin ihlallerdeki konumuna hiç girilmemesi eleştirilmektedir. Kararda, gerçekten de ekonomik bütünlüğe yönelik savunmanın ayrıntılı cevaplanmaması ve Hürriyet ve Milliyet gazeteleri arasındaki fiyat korelasyonunun bir veri olarak kullanılması, Hürriyet A.Ş. ve Milliyet A.Ş. arasındaki grup ilişkisinin değerlendirilmediği izlenimini yaratmaktadır.

¹⁵² 17.7.2001 tarihli, 01-33/331-94 sayılı karar.

¹⁵³ Benzer kararlar için bkz. 20.6.2007, 07-53/614-203; 24.7.2008, 08-47/666-260 tarihli ve sayılı kararlar.

¹⁵⁴ 12.11.2003 tarihli, E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı karar.

4.2.1. İkincil Mevzuattan Çıkarımlar

4.2.1.1. Ekonomik Bütünlük Kavramına Yönelik Çıkarımlar

Kanun her ne kadar teşebbüsü ekonomik bütünlük unsurunu içerecek şekilde tanımlasa da bu unsurun nasıl tespit edileceğine yönelik herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak ikincil mevzuata ilişkin düzenlemelerde teşebbüsün tespitinde yol gösterici bazı hükümler yer almaktadır.

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (1997/1 sayılı Tebliğ) pazar payının ve cironun hesaplanmasında dikkate alınacak teşebbüslere ilişkin 4. maddesindeki şu hüküm ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde en önemli düzenleme olarak nitelendirilebilir:

- a) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları,*
- b) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,*
- c) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,*
- d) (c) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,*
- e) (a)-(d) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları.*

Bu düzenlemeye göre işlemi gerçekleştiren teşebbüslerin yanı sıra bu teşebbüse belirli hak ve yetkilerle bağlı teşebbüsler de eşik analizine dahil edilmektedir. Söz konusu hüküm bir T teşebbüsü açısından şu şekilde bir bağlı ortaklık tablosu ortaya çıkarmaktadır. (b) bendi, T'nin tek başına kontrol ettiği yavru şirketlerini; (c) bendi T'yi tek başına kontrol eden ana şirketi, (d) bendi T'nin ana şirketini tek başına kontrol eden ana şirketi, (e) bendi ise a-d'deki teşebbüsleri ortak olarak kontrol eden tarafları ifade etmektedir.

(b)-(d) bentleri ayrıca işlerini idare etme hakkına sahip olunması kriterinin getirilmesiyle tarafın üçüncü kişilerle ortak kontrol ettiği şirketleri de

kapsamaktadır¹⁵⁵. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere ekonomik bütünlükle ilişkilendirilemeyecek üçüncü bir tarafla ortak kontrol edilen şirket, ekonomik bütünlüğün bir parçası niteliği arz etmemektedir. Benzer durum (e) bendi açısından da geçerlidir. Bu nedenle bu iki durum dışında kalan ortaklıkların, T ile ekonomik bütünlükte olan tarafları ifade eder şekilde düzenlendiği düşünülmektedir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in yukarıdaki hükmünün yanı sıra diğer ikincil mevzuattaki bazı teşebbüs tanımları da ekonomik bütünlüğün tespitinde dikkate alınabilecek niteliktedir. 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nde, "katılımcı teşebbüsler" tanımı; 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde, teşebbüs, sağlayıcı, alıcı, dağıtıcı ve yetkili servis kavramlarının bunların bağlı teşebbüslerini kapsadığı hükmü ve 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde bu hükme benzer bir hüküm bu bağlamda değerlendirilebilecektir. İlgili düzenlemelerde bağlı teşebbüslerden bahsedilmekte ve bağlı teşebbüslerin belirlenmesinde 1997/1 sayılı Tebliğ'in ilgili hükümlerinin dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Bu durum ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde 1997/1 sayılı Tebliğ'in en önemli düzenleme olduğu tespitimizi doğrular niteliktedir.

Bu konuda 1997/1 sayılı Tebliğ'den sonra en ayrıntılı düzenleme 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan ayrıntılı bağlantılı teşebbüs tanımıdır. Bu tanım 1997/1 sayılı Tebliğ'de pazar payının ve cironun hesaplanmasıyla ilgili düzenlemeyle bir miktar örtüşmekle birlikte daha geniş kapsamda düzenlenmiştir. Tanım çerçevesinde bir T teşebbüsünün bağlantılı teşebbüsleri, (a) bendinde tek başına kontrol ettiği yavru şirketleri; (b) bendinde T'yi tek başına kontrol eden ana şirketi ve ana şirketin ana şirketleri; (c) bendinde ana şirketler tarafından tek başına kontrol edilen T şirketine kardeş şirketleri; (ç) bendinde T, ana şirketler ve yavru şirketlerin veya ana şirketler veya yavru şirketlerin ortaklaşa kontrol ettikleri şirketleri; (d) bendinde T ile diğer anlaşma tarafının veya bunların (a)-(ç)'de sıralanan bağlantılı teşebbüslerinin ortak kontrolü altındaki şirketleri ya da bunların bir üçüncü kişiyle ortak kontrol ettikleri şirketleri ifade etmektedir. Ayrıca Tebliğ'in ilk dört bendi işleri idare etme hakkı kriteri dolayısıyla tarafın üçüncü kişilerle ortak kontrol ettiği şirketleri içerse de daha önce de ifade edildiği üzere bağlantılı teşebbüs tanımını karşılayan bu durumlar dışında kalan hallerin T ile ekonomik bütünlükte olan tarafları ifade eder şekilde düzenlendiği düşünülmektedir.

¹⁵⁵ Bu kriterle ilgili benzer değerlendirme için bkz. 11.9.2008 tarihli, 08-52/797-325 sayılı karar, para.320.

Son olarak, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz ekinde yer alan Form-1’de de formun amaçları bakımından grup ilişkisi 1997/1 sayılı Tebliğ’in 4. maddesiyle benzer şekilde tanımlanmaktadır.

Bu bilgiler ışığında, bağlı teşebbüsler/grup ilişkisi genel itibariyle bir T şirketiyle aynı ekonomik bütünlük içinde olan tarafları ve bunun yanı sıra T şirketinin ekonomik bütünlüğünde yer almamakla birlikte üçüncü kişilerle ortak kontrol ettiği şirketleri de kapsamaktadır. Bağlı teşebbüslerin belirlenmesinde ise 1997/1 sayılı Tebliğ esas alınmaktadır. Bu çıkarımlar doğrultusunda ekonomik bütünlüğün tespit edilmesinde 1997/1 sayılı Tebliğ’in yol gösterici nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada 1997/1 sayılı Tebliğ’in ekonomik bütünlüğün tespitinde etkili olan hükümleri kontrole ilişkin düzenlemeleridir. Benzer şekilde Sanlı (2000, 61) da ekonomik bağımsızlığın tespitinde 1997/1 sayılı Tebliğ’in kontrole ilişkin hükümlerinin ipuçları verdiğini ifade etmektedir.

4.2.1.2. Kontrole Yönelik Çıkarımlar

1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinde kontrole ilişkin şu hükümler yer almaktadır.

ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir.

Kontrol hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir¹⁵⁶.

Türkiye uygulamasında kontrol hükümlerinin AB’ye benzer şekilde düzenlendiği söylenebilecektir. Bu bakımdan hukuki kontrolün yanı sıra fiili kontrol de ekonomik bütünlük tespiti yapılmasını mümkün kılmakta ve ekonomik bütünlük açısından kontrolün uygulanmış olması değil uygulanabilir oluşu bir başka deyişle gerçek kontrol değil potansiyel kontrol önem arz etmektedir. Güven’in (2003, 217-218) belirttiği üzere Türk rekabet hukuku uygulamasında gerek Kanun’da gerekse 1997/1 sayılı Tebliğ’de tek başına kontrol ve ortak kontrolle ilgili ayrıntılı düzenleme olmadığından, bu konuda Komisyon’un yayımlanmış olduğu kılavuzlar dikkate alınmalıdır.

¹⁵⁶ TTK Tasarısı 195. maddede, hâkimiyet ve bağlı şirket tanımı 1997/1 sayılı Tebliğ’dekine benzer kontrol hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır.

4.2.2. Kararlar Çerçevesinde Ekonomik Bütünlüğün Tespitinde Genel Eğilimin Ortaya Konulması

4.2.2.1. Hukuki Kontrol Bakımından

Kurul'un hangi gerekçeyle tarafları aynı ekonomik bütünlüğe dahil ettiğine ilişkin kararları incelendiğinde çoğunluk mülkiyetine sahip olma¹⁵⁷ ve yönetim kurulunun çoğunluğunu belirleyebilme halinin¹⁵⁸ ayrıntılı bir inceleme gerektirmeksizin tarafların tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesinde yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır¹⁵⁹. Bu doğrultuda yukarıda bahsedilen *Gübretaş/TKKMB* kararında Gübretaş'ın hisselerinin çoğunluğunun TKKMB'ye ait olması ve yönetim kurulunun çoğunluğunu birliğin yöneticilerinin oluşturması nedenleriyle taraflar aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilmiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere, hukuki kontrolün ekonomik bütünlüğe imkân verir nitelikte olması için ortak olarak değil tek başına gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak azınlığın sahip olduğu kontrole imkân veren haklar çoğunluk hissedarının kontrol yetkisini sınırlandırdığından, bağlı teşebbüs durumunun gerçekleşmesine de engel olacaktır (Güven 2003, 211; Kayar 2003, 163). Bu noktada azınlık hissedarının sahip olduğu hisselerle tanınan imtiyazlar sayesinde tek başına hukuki kontrole de sahip olabileceği dile getirilmelidir. Bu nedenle önceki bölümlerde belirtildiği üzere ekonomik bütünlük tespitinde azınlık hakları büyük önem arz etmektedir.

Güven (2003, 211) stratejik kararlar üzerinde belirleyici etki uygulayabilecek nitelikte olmadığından Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yer alan kanuni azınlık haklarının bir teşebbüs üzerinde kontrol yetkisi vermediğini dile getirmektedir. Ancak ana sözleşmeyle azınlığa tanınacak haklar kontrole

¹⁵⁷ TTK 373. maddesine göre her payın en az bir oy hakkı bulunduğundan çoğunluk hissedarı şirketi tek başına kontrol edebilmektedir. Ancak bu madde emredici bir hüküm olmadığından ana sözleşmede farklı bir düzenleme öngörülerek pay sahiplerine farklı oy hakkı tanınabilir ve bu durumda teşebbüste çoğunluk paylara sahip olanlar değil, oy imtiyazlı paylarda çoğunluğa sahip olanlar kontrolü elinde bulundurabilir (Güven 2003, 198-203).

¹⁵⁸ Güven (2003, 204) ilgili şirket organlarının yönetim ve denetim kurulunun yanı sıra TTK'da zorunlu organ olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen gözetim kurulunu da kapsadığını belirtmiştir. Gözetim kurulunun üyelerinin belirlenmesindeki hakkın kontrol üzerindeki etkisine ilişkin bkz. 26.9.2000 tarihli, 00-36/399-225 sayılı karar.

¹⁵⁹ Güven (2003, 186-187) tarafından ifade edildiği üzere ilk kararlarda ekonomik bütünlük dikkate alınmamış ve örneğin 10.12.1997 tarihli, 42/278-23 sayılı kararda Doğan Grubu'nun kontrolünde bulunan ayrı tüzel kişiliği olan taraflar, bağımsız teşebbüsler olarak değerlendirilerek aralarındaki devralma işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında kabul edilmiştir. Ancak sonraki kararlarda bu görüş değişmiş ve teşebbüsün tespitinde ekonomik bütünlük teorisi istikrarlı bir biçimde uygulanmıştır. Örn. için bkz. 3.3.1999, 99-12/93-35; 27.6.2002, 02-41/471-197; 12.6.2008, 08-39/520-193 tarihli, sayılı kararlar.

imkân verebilir. Sanlı (2000, 363) “oyda imtiyaz”, “veto hakkı kullanmada imtiyaz” veya “yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı”, gibi hakların¹⁶⁰ azınlık paya rağmen kontrole imkân verebileceğini belirtmiştir. Kayar ise (2003, 163) bu hakları veto/onay hakları ve ağırlaştırılmış yetersayılarla örneklemektedir. Nitekim Kurul’un *Opet/Enron* kararında¹⁶¹, %16,67’lik pay hissedarlık anlaşmasındaki bir adet imtiyazlı hisseyle Enron’a Opet üzerinde kontrole imkân verir nitelikte değerlendirilmiş ve çoğunluk hissedarı tek başına kontrole sahip olamamıştır.

Kurul’un hukuki kontrole imkân veren haklar (çoğunluk mülkiyeti, imtiyazlı hisseler, veto hakkı gibi) konusunda istikrarlı bir yaklaşımı söz konusudur¹⁶². Bu nedenle tek başına hukuki kontrole imkân veren haklara sahip olan tarafla ilgili şirket ayrıntılı bir inceleme gerektirmeksizin ekonomik bütünlük olarak kabul edilmektedir.

Ancak kontrol sözleşmeler aracılığıyla da elde edilebilir. Bu noktada yönetim ve oy sözleşmeleri kontrole imkân veren sözleşmeler olarak örneklenmektedir (Güven 2003, 212; Kayar 2003, 178). Yönetim sözleşmelerinin kontrole imkân verebilmesi için sadece günlük işleri değil stratejik kararları da yönetme hakkını içermesi gerekmektedir (Güven 2003, 213). Sanlı (2000, 361) özellikle yöneticinin ticari itibarının ve imajının öne çıktığı uzun süreli sözleşmelerde kontrolün sağlanabileceğini ifade etmektedir.

Fako-Abfar/Kaya Turgut Kararı¹⁶³

Azınlık hissedarıyla imzalanan yönetim anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi talebinde bulunulan bu karar sözleşmesel haklara yönelik olarak Kurul yaklaşımının tespitinde ele alınabilecek niteliktedir. İlgili kararda Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi A.Ş. ile bu şirketlerin azınlık hissedarlarından olan Kaya Turgut, süresi en az iki yıl olan ve Kaya Turgut’un şirketlerin yönetim kurulu başkanı olarak yetkilendirildiği bir yönetim anlaşması imzalamıştır. İlgili menfi tespit başvurusu Fako İlaçları A.Ş. sermayesinin %88,89’u ile Abfar İlaç ve Sanayi ve Ticaret A.Ş. sermayesinin %88,97’sini temsil eden hisselerin Pharmaco h.f. tarafından devralınması işleminin¹⁶⁴, ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Devralma kararında bu işlemlerle Pharmaco’nun Fako ve Abfar’ın tek başına kontrolünü devraldığı sonucuna ulaşılmış ve azınlık

¹⁶⁰ TTK madde 401.

¹⁶¹ 30.5.2000 tarihli, 00-20/201-110 sayılı karar.

¹⁶² Ciro ve pazar payının tespit edilmesinde esas alınan şirketlerle ilgili olarak yapılan tanımlamada hukuki kontrole ilişkin hükümler dikkat çekmektedir.

¹⁶³ 6.5.2005 tarihli, 05-31/391-95 sayılı karar.

¹⁶⁴ 13.2.2004 tarihli, 04-11/99-23 sayılı karar.

hissedarıyla imzalanan yönetim sözleşmesinin kontrol üzerindeki etkisi değerlendirme konusu yapılmamıştır¹⁶⁵.

Yönetim ve oy sözleşmelerinin kontrole etkisinin Türk rekabet hukuku uygulamasında nasıl değerlendirildiği yönünde genel bir çıkarım yapılması mümkün görülmemektedir. Zira kararlarda oy sözleşmelerine ilişkin bir duruma rastlanmamış, yönetim sözleşmeleri de çok az sayıda kararda gündeme gelmiştir. Ancak yönetim sözleşmeleriyle ilgili örnek verilen kararda şirketi yönetmekle yetkilendirilen tarafın aynı zamanda şirketle azınlık hissedarlığı gibi yapısal bir bağı bulunduğu dikkat çekmektedir. Bu kararda yönetimle yetkilendirilmiş azınlık hissedarının şirket üzerindeki kontrolüne ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamasının, 1997/1 sayılı Tebliğ'in kontrole ilişkin hükümleriyle örtüşmediği ve anlaşmanın süresi, kapsamı, yöneticinin hakları gibi olaya özgü durumlar etrafında kontrol yapısının analiz edilebileceği düşünülmektedir.

4.2.2.2. Fiili Kontrol Bakımından

Hukuki kontrolün yanı sıra fiili kontrolün de ekonomik bütünlük tespitine imkân verdiği önceki bölümlerde ifade edilmiştir. Kurul kararları bu çerçevede incelendiğinde bu yönde çok sayıda karardan bahsedilmesi mümkün görülmemektedir. Ancak bu bölümde bu yönde değerlendirilebilecek kararlar, fiili kontrolde özellikle olaya özgü durumların belirleyici olması dolayısıyla ayrıntılarıyla ele alınmıştır.

*Tivmaş/Çağdaş Kararı*¹⁶⁶

Tivmaş'ın %49 oranındaki hissesinin Çağdaş tarafından devralınmasına ilişkin kararda, çoğunluk hissedarı olmamasına ve yönetim kurulunun çoğunluğunu belirleyememesine rağmen Çağdaş'ın, Tivmaş genel kurulunun minimum sayıyla toplanması halinde dilediği kararı veto edebilmesi, diğer paydaşların oldukça düşük oranlarda hisselerine sahip olması ve bunun bütün paydaşların genel kurula ilgi göstermemesi sonucuna yol açacağı beklentisi¹⁶⁷ ve TTK hükümlerine göre toplanacak genel kurulun ilk toplantısında olmasa bile ikinci toplantısında Çağdaş'ın gerekli görülen %25'lik oyu her durumda sağlayacağı hususları dikkate alınmıştır. Bu doğrultuda Çağdaş'ın yönetimde

¹⁶⁵ Benzer bir karar için bkz. 30.10.2008 tarihli, 08-61/999-391 sayılı karar.

¹⁶⁶ 17.4.2008 tarihli, 08-29/359-118 sayılı karar.

¹⁶⁷ Sanlı (2000, 362) uygulamada genel kurulun gerektiği ölçüde toplanmadığını veya toplansa dahi, paydaşların bilgi ve tecrübe eksikliği neticesinde idarenin tecrübeli bir azınlığın eline geçtiğini Ticaret Hukuku doktrinde "güç boşluğu" olarak adlandırılan bu durumun, kontrolün aidiyetinin belirlenmesi bakımından önemli olduğunu ifade etmektedir. Güven (2003, 200) anonim şirketlerde genel kurula asgari katılım olduğu varsayımı altında, kontrolün elde edilmesini sağlayacak oranın %13-19 arasında değiştiğini ifade etmektedir.

belirleyici olacağına hatta fiili durumda tek başına kontrole uzanan bir yetkiye sahip olabileceğine karar verilmiştir¹⁶⁸.

Bu işlemde Çağdaş tek başına hukuki kontrolü değil, fiili kontrolü devralmakta ve Tivmaş'ı bu yolla ekonomik bütünlüğüne dahil etmektedir. Ancak kararda Tivmaş'ın geçmiş genel kurul toplantılarındaki oy kullanım yapısı ve diğer hissedarların şirketteki çıkarları ele alınmamış, bazı varsayımlardan ve genel kabullerden hareket edilmiştir. Oysaki bu değişkenlerin dikkate alınması genel varsayımlardan ayrılan özel durumların tespitinde önemlidir ve özellikle fiili kontrol olaya özgü unsurların değerlendirilmesini gerektirmektedir. Her şeye rağmen bu kararda varsayımsal temelde de olsa fiili kontrolün ele alınması, Kurul'un fiili kontrolün varlığına yönelik hiç inceleme yapmadığı aşağıdaki kararın aksine teşebbüsün ekonomik nosyonuna uygun bir değerlendirmedir.

Lüks Kadife/Küçükçalık Mefruşat Kararı¹⁶⁹

Birlik Mensucat A.Ş.'nin Lüks Kadife A.Ş.'deki %62,18 oranında hissesinin, Küçükçalık Mefruşat A.Ş. tarafından devralınması işlemine ilişkin kararda, devralan Küçükçalık Mefruşat A.Ş.'nin Küçükçalık Ailesi tarafından kontrol edildiği ifade edilmektedir. Diğer yandan çok ortaklı bir şirket olan Birlik Mensucat'ta önemli oranda hisseye sahip Küçükçalık Ailesi dahil hiçbir hissedarın Birlik Mensucat'ı kontrol etmediği sonucuna varılan kararda, bu bağlamda Birlik Mensucat'ın kontrolünde olan Lüks Kadife'nin, Küçükçalık Ailesi'nin kontrolündeki Küçükçalık Mefruşat'a devredilecek olması, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmiştir.

Ortaklık payları ticari sır olarak karartılan ve Birlik Mensucat'ta hiçbir ortağın imtiyazlı hissesi bulunmadığı ifade edilen kararda, Küçükçalık Ailesi'nin önemli bir hissedarlığı olması ve ailenin iki bireyinin şirketin yönetim kurulunda yer alması dikkat çekmektedir. Bu veriler, çok ortaklı bir şirket olduğu bilgisi verilen Birlik Mensucat'ta, işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkaracak şekilde Küçükçalık Ailesi'nin fiili kontrole sahip hissedar olup olmadığının tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu değerlendirmede son üç yıla ait genel kurul toplantılarındaki oy kullanım yapısı ve diğer ortakların finansal ortak mı yoksa endüstriyel bilgisi olan ortaklar mı olduğu dikkate alınabilecek niteliktedir. Zira tekstil sektöründe endüstriyel tecrübeye sahip Küçükçalık Ailesi, Birlik Mensucat'ta hem önemli bir payla hissedar konumundadır hem de beş yıllık yönetim kurulunda iki üye bulundurmaktadır.

Fiili kontrol devralma işlemlerinin yanı sıra bir 4. madde incelemesinde de ele alınmıştır.

¹⁶⁸ Benzer bir karar için bkz. 28.2.2008 tarihli, 08-19/194-65 sayılı karar.

¹⁶⁹ 24.7.2008 tarihli, 08-47/658-253 sayılı karar.

Ro-ro Karteli Kararı¹⁷⁰

Ro-Ro gemi işletmecilerinin kartel oluşturmalarına ilişkin kararda ihlali gerçekleştiren UN Ro-Ro ile Ulusoy Ro-Ro Grubu şu nedenlerle ekonomik bütünlük içinde olduklarını iddia etmektedir: (i) Ulusoy, UN Grubu'nda % 28,8 payla en büyük hissedardır ve ikinci ve üçüncü büyük hissedarlar %14,6 ve %8 oranında paya sahiptir; (ii) toplam ortak sayısı 42'yi bulmaktadır; (iii) genel kurulda önemli oranda söz sahibi olan Saffet Ulusoy ve Erol Soylu, UN Ro-Ro yönetim kurulunda sürekli olarak görev almaktadır ve Saffet Ulusoy'un yönetim kurulunda bulunan pek çok kişiyle geçmişe dayanan ilişkileri bulunduğundan bu kişilere sözü geçmektedir. Tarafların ekonomik bütünlüğe yol açan unsurlara yönelik iddiaları, Ulusoy Ro-Ro'nun Un Ro-Ro'yu fiilen kontrol ettiğine dayanmaktadır.

Kararda geçmişe dayanan ilişkiler, kişisel ilişkiler, yönetim kurulunda görev alınması nedeniyle üstlenilen stratejik karar alma imkânlarının tanıdığı kontrol gücü, aralarında sadece %28,8'lik bir hisse ilişkisi olan iki teşebbüsün ekonomik birlik halinde kabul edilmeleri için yeterli bulunmamıştır. Zira hisselerin dağılımı dikkate alındığında, Ulusoy Grubu'nun büyük ortak olmakla birlikte hakim ortak olmadığı, hisselerin çok sayıda ortak arasında dağılmakla birlikte bu dağılımın, Ulusoy Grubu'na %28,8 hisse oranıyla tek kontrole sahip olma imkânı verecek nitelikte olmadığı, UN Ro-Ro'nun Ulusoy'dan sonra en büyük üç ortağının hisse oranları toplamının, Ulusoy kontrolündeki hisselerden daha büyük olduğu ve iki teşebbüsün rakip olarak faaliyet gösterdikleri kanaati hakim olmuştur.

Olaya özgü durumların ayrıntılı değerlendirilmesini gerektiren fiili kontrol iddialarının sınırlı bir incelemeyle kabul edilmediği kararda, daha ayrıntılı bir inceleme yapılmış olmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir. Ayrıca kararda yer alan "*yönetim kurulunda görev alınması nedeniyle üstlenilen stratejik karar alma imkânlarının tanıdığı kontrol gücü*" ifadesinin eksik olduğu düşünülmektedir. Zira ekonomik bütünlük tartışması yapılan bir olayda bu kontrol gücünün ortak kontrole mi yoksa tek başına kontrole mi yol açacak nitelikte olduğunun açıkça belirtilmesi daha uygun olacaktır. Diğer yandan kararda tarafların rakip olmalarına dayanılmasının doğru bir tespit olmadığı düşünülmektedir. 1. Bölüm'de anlatıldığı üzere ekonomik bütünlük tespitinin rakip olma haline bağlanması rekabet etmenin cezalandırılması hatta rekabet etmenin engellenmesi sonucunu ortaya çıkararak antitröst hukukunun amaçlarıyla çelişmektedir¹⁷¹. Ancak kararda Ulusoy'dan sonra gelen üç büyük ortağın payları toplamının Ulusoy'dan büyük olması (bu ortakların Ulusoy Grubu ile çıkar birliği içinde olmadığı varsayımı altında) Ulusoy'un genel

¹⁷⁰ 13.7.2005 tarihli, 05-46/668-170 sayılı karar.

¹⁷¹ bkz. "Kendini Rakip Olarak Konumlandırma Testi".

kurullarda çoğunluğu elde edemeyeceğine işaret ederek, olayda fiili kontrolün olmadığı sonucunu desteklemektedir.

AB'de ve ABD'de uzun dönemli arz anlaşmaları ve kredi anlaşmaları nadiren fiili kontrole imkân verir nitelikte değerlendirilmiştir. Ancak özellikle AB'de bu ilişkiler temelinde fiili kontrol tespitinde bulunmak için taraflar arasında yapısal bağların varlığı aranmaktadır. Bu çerçevede çeşitli ticari ilişkilerle oluşan ekonomik bağımlılık haline yönelik iki Kurul kararı aşağıda ele alınmaktadır.

Serlog/McDonalds Kararı¹⁷²

Aralarında uzun dönemli bir ticari ilişki olan Serlog Ltd. Şti. ve McDonald's A.Ş.'nin aynı ekonomik bütünlük içerisinde olup olmadığının değerlendirildiği kararda, ilgili ticari ilişki ekonomik bütünlük tespiti için yeterli bulunmamıştır. Bu sonuca ulaşılmasında taraflar arasında herhangi bir ortaklık ilişkisi olmamasının yanı sıra, McDonald's A.Ş.'nin Serlog Ltd. Şti. üzerinde fiili kontrolü bulunmaması belirleyici olmuştur. Dolayısıyla Kurul da AB'ye benzer şekilde uzun dönemli ticari ilişkilerle ekonomik bütünlük tespiti yapılmasında ortaklık gibi yapısal bağ¹⁷³ arama eğilimi sergilemektedir.

Vatan Kararı¹⁷⁴

Vatan Gazetesi'nin Doğan Gazetecilik A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine ilişkin kararda olaya özgü şu durumlar Vatan Gazetesi'ni çıkaran grubu Doğan Grubu'na ekonomik olarak bağımlı kılmaktadır:

- (i) Vatan Gazetesi'nin bağlı olduğu Bağımsız Gazeteciler, kuruluşundan bugüne Doğan Grubu'nun desteğiyle faaliyetini sürdürebilmekte, gazetenin dağıtım, kâğıt ve baskı işleri Doğan Grubu'na borç karşılığı yaptırılmaktadır.
- (ii) Gelineen noktada alacak miktarı önemli bir orana ulaşmış hatta pasifleri aktiflerinden daha fazla olan gazetenin mevcut borçlarının büyük çoğunluğu Doğan Grubu'ndan sağlanmıştır.
- (iii) Doğan Grubu yetkilisi, belirli bir aşamadan sonra biriken borcun talep edilmesi durumunda Bağımsız Gazeteciler'in iflas edeceği ve borçlarını tahsil edemeyeceklerini anladıklarını bu nedenle Vatan Gazetesi'nin kâra geçeceğini ve borçlarını tahsil edeceklerini düşünerek gazeteyi bir sonraki dönem de destekleme kararı

¹⁷² 24.2.2000 tarihli, 00-8/70-32 sayılı karar.

¹⁷³ 20.12.2005 tarihli, 05-86/1191-340 sayılı kararda hissedarlık ve yönetim kurulu ve denetim kurulu üyeliği yapısal bağ olarak değerlendirilmiştir.

¹⁷⁴ 10.3.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı karar.

aldıklarını fakat bunun bir sarmal haline geldiğini ve gelinen noktada ancak yeni sermaye girişiyle Bağımsız Gazeteciler'in orta vadede kâra geçebileceğine inandıklarını bu sebeple Deutsche Bank aracılığıyla yeni sermaye sağlamaya çalıştıklarını ifade etmiştir.

- (iv) Rakiplerle yapılan görüşmelerde gazetenin verilerine, kuruluş tarihine ve Doğan Grubu ile arasındaki ticari ve mali ilişkilere bakıldığında tamamen Doğan Grubu desteğiyle kurulduğunun ve faaliyetlerini idame ettirdiğinin görüleceği, işlemin inorganik bir şekilde Doğan'a bağımlı olan gazetenin organik olarak bağlanmasından ibaret olacağı; sektördeki genel kanının Vatan Gazetesi'nin zaten Doğan Grubu'na bağlı bir şirket olduğu belirtilmiştir.

Doğan Grubu'nun şirketin kuruluşuna destek vermesi ve kuruluşundan bu yana şirketi desteklemeye devam etmesi, şirketin sermayesiyle karşılanması mümkün olmayan borç stoku ve bunun önemli bir kısmının Doğan Grubu'na karşı olan borçlardan oluşması ve Doğan Grubu'nun alacaklarını temin için şirketin karlılığı üzerindeki çıkarı düşünüldüğünde, Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi üzerinde fiili kontrole sahip olup olmadığı irdelenebilecek niteliktedir. 2. Bölüm'deki kredi anlaşmalarına yönelik değerlendirmeler dikkate alındığında, şirketin varlıkları için gerekli finansman kaynağının özsermaye ve kredilerle sağlandığı gerçeği ışığında şirketin birin üzerindeki özsermaye borçluluk oranı, iflası durumunda kredi borçları tamamen ya da kısmen karşılıksız hale gelecek bir alacaklının, şirketin ticari başarısı üzerinde hissedarlara nazaran daha fazla çıkarı bulunması bu olay bakımından değerlendirilmesi gereken durumlardır. Her ne kadar üçüncü kişilerin şirketin bağımsızlığıyla ilgili görüşlerinin ekonomik bütünlük tespitinde önemli olmaması gerektiği yönünde bir görüş (Menz 2002, 117-118) olsa da bu kararda tarafların Vatan Gazetesi'ni fiilen Doğan Grubu'nun bir parçası olarak görmeleri de ilginç ve dikkate alınması gereken bir durumdur. Zira bu durum, Vatan Gazetesi'nin Doğan Grubu'na olan ekonomik bağımlılığının süregelen ve bilinen bir gerçek olduğunu göstermektedir. Eldeki bu verilerle kararda Vatan Gazetesi ve Doğan Grubu arasında ekonomik bütünlük tespiti yapıp yapılamayacağı kuşkuyla birlikte beraber, ekonomik bağımlılık halinin ekonomik bütünlük açısından ele alınmasının rekabet hukuku bakımından teşebbüsün ekonomik olarak tanımlanması gerekliliğine uygun olacağı düşünülmektedir.

4.2.2.3. Doğrudan ve Dolaylı Kontrol Bakımından

Sanlı'nın (2000, 329) belirttiği üzere devralmayı gerçekleştirenle kontrol eden teşebbüsün aynı olması esastır. Ancak günümüzde karmaşık şirket yapılanmaları ve bu yapılar içindeki bağımlı ekonomik ilişkiler karşısında,

kontrolün aidiyeti gittikçe belirsizleşmektedir. Bu nedenle 1997/1 sayılı Tebliğ’de doğrudan kontrolün yanı sıra dolaylı kontrole ilişkin düzenlemeye de yer verilmiştir.

Kontrolün aidiyetinin doğrudan ve dolaylı olmasının arasında fark görmeyen Kurul, kontrolün aidiyetinin tek bir gerçek veya tüzel kişinin elinde olmasını da ekonomik bütünlük açısından zorunlu görmemiştir. Bu noktada Türkiye’de bir bakıma ABD’nin “Birden Fazla Kişinin Ortak Mülkiyetindeki Şirketler” testinin uygulandığı görülmektedir. Bu doğrultuda az sayıda tüzel kişinin veya aile bağları ile birbirine bağlı olan gerçek kişilerin ortak kontrol ettiği şirketler aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilmiştir.

TÜVTURK Kararı¹⁷⁵

TÜVTURK ve TÜVTURK İstanbul arasında imzalanan “Alt İşletim Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilmesi talebine ilişkin kararda tarafların aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirmelerine yol açan ortaklık yapıları şu şekildedir:

Ortaklar	TÜVTURK	TÜVTURK İstanbul
Doğuş Grubu	%33,3	
Akfen Grubu	%33,3	
TÜV Grubu	%33,4	
Doğuş Otomotiv A.Ş.		%31,666
Akfen Altyapı A.Ş.		%31,666
TÜVSÜD AG		%31,664
TÜVSÜD Teknik Ltd. Şti.		%0,0019
Westway Investment UK Limited		%5

Kararda TÜVTURK ve TÜVTURK İstanbul’un Doğuş, Akfen ve TÜV gruplarının ortak kontrolünde olması nedeniyle aynı ekonomik bütünlük içinde yer alan tek bir teşebbüs oluşturduklarına hükmedilmiştir. Kurul, Doğuş Grubu, Akfen Grubu ve TÜV Grubu tarafından farklılaşan paylarda da olsa ortak kontrol edilen şirketleri bu üç gruptan bağımsız ayrı bir ekonomik bütünlük olarak görmektedir. Bu kararda iki şirketi de kontrol eden taraf tek bir kişilikten değil aynı üç kişilikten oluşmaktadır.

Ekonomik bütünlük tespiti sadece TÜVTURK ve TÜVTURK İstanbul açısından yapılmakta, tarafları kontrol eden ve tek başlarına birer ekonomik bütünlük oluşturan grupların kendi aralarında ekonomik bütünlük tespiti

¹⁷⁵ 25.9.2008 tarihli, 08-56/897-357 sayılı karar.

yapılmamaktadır. Bu nedenle TÜVTURK ve TÜVTURK İstanbul ne Doğuş Grubu'nun ne Akfen Grubu'nun ne de Tuv Grubu'nun ekonomik bütünlüğüne dahil görülmektedir. Zira böyle bir tespit aynı zamanda Doğuş, Tuv ve Afken Grubu'nu aynı ekonomik bütünlüğün parçaları olarak görmeyi gerektirmektedir. *Copperweld* kararı dili ile bu üç grubun ekonomik bütünlük içinde kabul edilmesi için çıkar birliği içinde olmaları gerekmektedir. Ancak bu üç grup kendi kontrolleri altındaki şirketler bakımından değil ortak olarak kontrol ettikleri iki şirket bakımından bir çıkar birliği paylaşmaktadır.

Kontrolün aidiyetiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu da aile bağlarına yönelik değerlendirmelerdir. Kararlarda aynı aileye mensup bireylerin farklı paylardaki bireysel hisseleriyle ortak oldukları şirketler de ekonomik bütünlük altında kabul edilmiştir.

Yücel Gaz/Yeni Yücel Gaz Kararı¹⁷⁶

Yeni Yücel Gaz'ın, Yücel Gaz Sanayi'ye devredilmesi işlemine ilişkin kararda devralan ve devredilen şirketin ortaklık yapıları şu şekildedir:

Ortaklar	Yücel Gaz	Yeni Yücel Gaz
Sinan Yücel	%19	%31
Nuriye Yücel	%1	%3
Abdurrahman Yücel	%19	%31
Zeynal Yücel	%19	%31
Mustafa Yücel	%42	%4

Kararda her iki şirketin Yücel Ailesi tarafından kontrol edilmek suretiyle tek teşebbüs oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁷⁷. Bu şirketlerde herhangi bir gerçek kişi tek başına şirketi kontrol etmemekte, şirketin kontrolü şirketteki ortakların ismi zikredilmeksizin aileye atfedilmektedir. Bu durumun sebebi aile bireylerinin farklılaşan çıkarlarla değil ekonomik çıkar doğrultusunda kararlarını almalarında yatmaktadır. Kararlarda her ne kadar bu durum ifade edilmese de *Copperweld* diliyle aile bireyleri tam çıkar birliği içindedir. Bu nedenle bireylerin şirketlerde farklı paylara sahip olmaları ekonomik bütünlük tespitini etkilememektedir. Aşağıda bu tespiti güçlendiren bir başka karara yer verilmektedir.

¹⁷⁶ 12.6.2008 tarihli, 08-39/520-193 sayılı karar.

¹⁷⁷ Benzer kararlar için bkz. 4.12.2008, 08-69/1118-435; 18.9.2008, 08-54/856-343 tarihli ve sayılı kararlar.

Misbis Kararı¹⁷⁸

Misbis A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin İbrahim Halit Çizmeci tarafından devralınması işlemine ilişkin karar, aile bireylerinin çıkar birliği içinde hareket ettikleri tespitini daha da kuvvetlendirmektedir. Kararda İbrahim Halit Çizmeci'nin Çizmeci Gıda A.Ş.'nin yönetim kurulunda yer almamasına rağmen hissedarları arasında olduğu belirtilmiş ve şirketin ortaklık yapısı verilmiştir.

Ortaklar	Pay
Mehmet Sabri Çizmeci	%20
Recep Uğur Çizmeci	%20
Adnan Çizmeci	%20
İbrahim Halit Çizmeci	%20
Mehmet Remzi Çizmeci	%20

Kurul, Çizmeci Gıda'nın Çizmeci Ailesi tarafından kontrol edildiği dolayısıyla, inceleme konusu devralma işleminde devralan taraf bakımından Çizmeci Gıda'nın esas alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda bu durum, İbrahim Halit Çizmeci'nin kontrolünde yer alan herhangi bir şirketin Çizmeci Gıda ile aynı ekonomik bütünlük içinde yer alacağı ve tek bir teşebbüs olarak kabul edileceği tespitine bağlanmıştır¹⁷⁹.

Bu kararın tespitleri ekonomik bütünlüğün özüne yönelmektedir. Çizmeci Gıda'daki diğer hissedarların aile bireyleri olmaması halinde işlem sonrası Misbis ve Çizmeci Gıda açısından ekonomik bütünlük tespiti yapılması söz konusu olmayacaktır. Zira İbrahim Halit Çizmeci, Çizmeci Gıda'da kendisine tek başına şirketi kontrol etme gücü vermeyen %20 paya sahipken, Misbis'in tam kontrolüne sahip durumdadır. Ancak aile bağlarının varlığı ekonomik bütünlük tespitini gerektirmiştir. O halde bu durumda ekonomik bütünlük halini sadece kontrol kavramı açıklamamakta ailesel ilişki de tespiti etkilemektedir. Kurul Çizmeci Ailesi bireylerinin kontrol ettikleri şirketlerin birbirinden bağımsız hareket etmeyeceği düşüncesiyle İbrahim Halit Çizmeci'nin %100 hissedarlığı bulunan Misbis'i, Çizmeci Ailesi'nin ekonomik bütünlüğüne dahil etmiştir. Kararda her ne kadar yine bahsedilmemiş olsa da aile bireyleri *Copperweld* kararında ifade edilen çıkar birliğini paylaşmakta ve bu çıkar birliği dolayısıyla taraflar birbirinden bağımsız hareket eden ekonomik birimleri temsil etmemektedir. Yani aile bireylerini ekonomik bütünlük çatısı altında toplayan kavram kontrol kavramı değil, çıkar birliği kavramıdır.

Bu konuda benzer ve dikkat çeken bir başka karar da şu şekildedir.

¹⁷⁸ 8.11.2007 tarihli, 07-85/1039-401 sayılı karar.

¹⁷⁹ Benzer şekilde eşlere ait ayrı payların tek bir pay olarak kabul edildiği bir karar için bkz. 11.9.2008 tarihli, 08-52/785-314 sayılı karar.

Bilkom Kararı¹⁸⁰

Koçnet, Temel Ticaret, Nazar Pazarlama ve Zer Madencilik'in, Bilkom Bilişim'i devralmasına ilişkin kararda devralan konumundaki şirketlerin ortaklık yapıları şu şekildedir:

Ortaklar	Temel Tic.	Zer Madencilik	Nazar Pazarlama
R.M. Koç	%24,61	%12,75	%22,5
S.Arsel	%24,61	%12,75	%25
S.Kıraç	%24,61	%12,75	%25
S.Gönül	%24,61	%12,75	%25
M.Koç	%0,13		
Ö. Koç	%0,13		
Y.A. Koç	%0,13		%2,5
İ. Kıraç	%0,13		
Diğer	%1,05		
Temel Tic.		%39	
V. Koç Vakfı		%10	

Kararda Temel Ticaret, Zer Madencilik ve Nazar Pazarlama, Koç Grubu şirketleri olarak değerlendirmiş ve ekonomik bütünlük içinde oldukları tespiti yapılmıştır. Bu üç şirkette de tek başına bir gerçek veya tüzel kişinin kontrolünden bahsedilememektedir. Ancak şirketlerin ortaklık yapısı tamamen Koç Ailesi bireylerinden ve bu bireylerin ortak olduğu şirketlerden oluşmaktadır. Hatta hissedarlık yapısından görüldüğü üzere üç şirketin ortakları tamamen örtüşmemektedir. Ancak Kurul doğru bir tespitle bu şirketlerin Koç Grubu'nun kontrolünde olduğunu belirtmiştir.

Son iki karar Kurul'un gerçek kişiler bakımından ekonomik bütünlük tespiti yaparken illa ki aynı aile bireylerinin şirketleri kontrol etmesini aramadığını ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda üç farklı şirkette aynı soyadını taşımamalarına rağmen ailesel bağlarla birbirine bağlı olmanın dışında örtüşmeyen çoğunluk hissedarlığı hali şirketlerin ilgili ailenin kontrolünde kabul edilmesinde yeterli görülmüş ve taraflar tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmiştir¹⁸¹.

Bu noktada taraflar arasındaki ekonomik, ticari ve ailesel bağların ekonomik bütünlük açısından dikkate alındığı Kurul'un güncel bir kararına değinilecektir.

¹⁸⁰ 9.1.2001 tarihli, 01-03/10-3 sayılı karar.

¹⁸¹ Benzer bir karar için bkz. 9.7.2008 tarihli, 08-44/601-228 sayılı karar.

Gıdasa Kararı¹⁸²

Gıdasa A.Ş.'nin Marmara Gıda A.Ş (MGS) tarafından devralınmasına ilişkin kararda, MGS'yi kontrol eden Mustafa Latif Topbaş'ın değişik alanlarda faaliyeti olan birçok farklı şirketin hissedarı ve/veya yöneticisi olması nedeniyle, bağlantılı olduğu şirketlerle nasıl bir ekonomik yapılanma içinde olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Tüzel kişiler arasındaki ilişkilerde ekonomik bütünlüğün tespit edilmesinde kontrol testinin doğru ve geçerli bir test olduğu bildirilen kararda, MGS'yi kontrol eden Mustafa Latif Topbaş'ın bir gerçek kişi olması dolayısıyla kontrole dayalı testin Topbaş'ın içinde bulunduğu ekonomik bütünlüğün sınırlarını belirlemekte uygun bir araç olmadığı ve gerçek kişiler açısından ekonomik bütünlük olgusunun tespitinde şu üç kriterin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir: (i) kişiler ve/veya gruplar arasında ekonomik ve ailesel bağların bulunup bulunmadığı; (ii) ekonomik bağların temelleri, niteliği, büyüklüğü ve bunların -varsa- bağımsız, faaliyetlerle karşılaştırılması; (iii) kişilerin çıkar birliği içinde olup olmadıkları. Hatta emsal kararlarda gerçek kişiler arasındaki ilişkilerin ekonomik bütünlük tespitinde en önemli kriterlerin aile bağları ve ekonomik çıkar birliği olduğu sonucuna ulaşılmış ve çıkar birliği rekabet motivasyonunu ortadan kaldıran bir durum olarak nitelendirilmiştir.

Kararda şu hususlara dayanarak Topbaş Ailesi ve Ülker Grubu'nun ortak bir çıkar birliği içinde ekonomik bütünlük oluşturdukları sonucuna ulaşılmıştır: (i) Mustafa Latif Topbaş kişisel paylarla ve kontrol ettiği şirketler vasıtasıyla Ülker Grubu'nun gıda sektöründeki şirketlerinde pay sahibi olup birçoğunda yönetici konumundadır; (ii) MGS'nin ortaklarından Yalçın Öner, Ülker Grubu şirketlerinden Ak Gıda'nın ortağı ve BIM'in yönetim kurulu üyesidir; (iii) Topbaş Ailesi'nin Ülker Grubu ile bağlantısı olmayan faaliyetlerinin bulunduğu şirketlerin toplam ciro büyüklüğü, Ülker Grubu ile bağlantısı olan şirketlerin toplam ciroları karşısında çok küçük kalmaktadır; (iv) Topbaş Ailesi'nin kontrolünde olan veya ailenin iştirak ettiği teşebbüslerden Ülker Grubu şirketleriyle rekabet eden herhangi bir teşebbüs bulunmamaktadır. Bu hususlar MGS'yi kontrol eden Topbaş Ailesi'nin Ülker Grubu ile güçlü ekonomik bağlarını gösterir nitelikte değerlendirilmiştir. Bu bağların yanı sıra Topbaş Ailesi'yle Ülker Ailesi arasında ailesel bağlar da ekonomik bütünlük tespitini etkilemiştir.

Gıdasa kararı ekonomik bütünlüğün esasına yönelmesi bakımından çok önemli bir karardır ve doğru bir tespitle ekonomik bütünlüğün özünde çıkar birliği olduğu, kontrolün ise sadece ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde bir

¹⁸² 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı karar.

araç niteliği taşıdığı ortaya konulmuştur. Kararda bir gerçek kişinin ekonomik ilişkileri ele alındığından kontrol testinin bu alanda anlamlı sonuç vermeyeceği ifade edilerek, 2. Bölüm'de belirtilen gerçek kişilerin kontrol edilen değil eden olduğu tespitine dayanılmıştır¹⁸³. Karar antitröst hukukunun ilişkilerin özüne ekonomik açıdan yaklaşması gerektiği görüşüyle de tutarlıdır.

Ancak *Ro-ro* kararıyla benzer şekilde ekonomik bütünlük açısından Topbaş Grubu ve Ülker Grubu'nun rakip olmamasına dayanılması aynı eleştirilere konu olabilecek durumdadır.

Kararın farklı gerekçesinde ekonomik bütünlük ilkesinin geniş yorumlandığı ve bu yaklaşımda gruba bağlı bir gerçek kişinin gruptaki hissedarlığı sürdükçe bağımsız bir ticari faaliyeti olamayacağı ve faaliyetin grubun faaliyeti olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir. Hatta ortak girişimlerin ana teşebbüslerden bağımsız ayrı teşebbüsler olarak kabul edilmesine dayanılarak kontrole sahip olmayan hissedarlık ölçüsüyle ekonomik bütünlük tespiti yapılamayacağı belirtilmiştir. Ancak kararda zaten kontrol ilişkisine dayalı olarak ekonomik bütünlük tespiti yapılmamakta, Topbaş Grubu'nun ekonomik olarak Ülker Grubu'na bağımlı olduğu, ekonomik bağımlılığın yanı sıra aile bağlarıyla de güçlenen ilişki de Topbaş Grubu'nun Ülker Grubu'ndan bağımsız hareket etmeyeceği ve çıkarlarının farklılaşmadığı savunulmaktadır. Bu nedenle kararda ekonomik bütünlüğün özüne yönelik önemli ve doğru değerlendirmelerde bulunulduğu düşünülmektedir.

4.3. BÖLÜM SONUCU

Kanun'da yer alan tanım gereği Türkiye uygulamasında teşebbüsün tespitinde ekonomik bütünlük ilkesi dikkate alınmaktadır. Her ne kadar sınırlı sayıda erken kararda ekonomik bütünlük halinin sadece hukuki bağımsızlıkla ilgili olduğu ileri sürülmüşse de bu kavramın ekonomik bağımsızlıkla ilişkili olduğu yönünde Türk rekabet hukuku uygulamasında tutarlı bir yaklaşım olduğu görülmektedir.

Türkiye'de ekonomik bağımsızlığın tespitinde, AB'ye benzer şekilde yoğunlaşmalara ilişkin kontrol hükümleri belirleyici niteliktedir. Bu bakımdan teşebbüsün sınırlarının belirlenmesinde, 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde kontrol testinin uygulandığı söylenebilecektir. Kontrol testinde, hukuki ve fiili kontrol ekonomik bütünlüğe imkân verebilmekte, kontrolün uygulanmış olması bu tespiti etkilemediğinden potansiyel kontrol yeterli kabul edilmekte, doğrudan ve dolaylı kontrol arasında bir fark görülmemektedir.

¹⁸³ bkz. dpnt. 73.

Hukuki kontrole imkân veren çoğunluk mülkiyeti ve yönetim kurulunun çoğunluğunu belirleyebilme gibi hakların ayrıntılı bir analize ihtiyaç duyulmaksızın ekonomik bütünlüğe imkân verdiği konusunda kararlarda tutarlı bir yaklaşım sergilenmektedir. Ancak Türk rekabet hukukunda, bu alanda çok sayıda kararın da olmamasının etkisiyle, sözleşme aracılığıyla hukuki kontrol ve fiili kontrol bakımından henüz yerleşmiş bir uygulama olmadığı görülmektedir. Oysa ABD ve AB’de bu konuda çok sayıda karar dikkat çekmekte ve bu kararlara yönelik tartışmalar ekonomik bütünlük kavramını geliştirmektedir. Bu nedenle Türk rekabet hukukunda ekonomik bütünlük kavramının gelişime ve tartışmaya açık bir alan olduğu söylenebilecektir. Diğer yandan, ekonomik bütünlük tespitinde hukuki değil ekonomik bağımsızlığın öneminin farkında olunmasına rağmen, sözleşme aracılığıyla hukuki kontrol ve fiili kontrolün varlığının ele alınabileceği sınırlı sayıda kararda, bu yönde bir değerlendirme olmaması, teşebbüsün ekonomik bağımsızlık çerçevesinde belirlenmesi yaklaşımıyla tutarlılık sergilememektedir.

Ekonomik bütünlüğün özüne yönelen *Gıdasa* kararı karmaşık ilişkilerde ekonomik bütünlük analizinde ayrıntılı değerlendirmesi ve ele aldığı kriterleriyle dikkat çekmektedir. Henüz çok yeni olan bu kararın Kurul’un sonraki kararlarına etkisi ve otoritelerce bu karara yönelik yapılacak eleştiriler, Türk rekabet hukuku bakımından ekonomik bütünlük kavramının nasıl değerlendirildiği açısından önemli olacaktır.

ABD ve AB uygulaması ışığında, Türk rekabet otoritesinin bugüne değin karşılaşmamış olmasına rağmen yakın gelecekte giderek karmaşıklaşan grup yapılanmaları ve kişisel ilişkilerin ekonomik bütünlüğe etkisini ayrıntıları ile ele alması gerekeceği düşünülmektedir. Bu nedenle böyle bir durumla karşılaşılması halinde ekonomik bütünlüğün özünde çıkar birliği bulunduğunun farkında olunarak, taraflar arasında ekonomik bağımsızlığın varlığı irdelenmelidir. Bu analizde hukuki araçların ötesinde birçok unsur da dikkat alınabilecek durumdadır. Ayrıca her olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, rekabet hukukumuz açısından şu an hukuki kontrol sağlayan hakların varlığına dayanan ve iş dünyası açısından belirlilik sağlayan ekonomik bütünlük tespitinin, istisnai hallerde kafaları karıştırabileceği ve ekonomik bütünlük tespitinde belirsizlik ortaya çıkarabileceği söylenebilecektir. Bu nedenle bu istisnai hallerde değerlendirmenin sadece olaya özgü durumla sınırlı olduğu tespiti, iş dünyasına ekonomik bütünlük kılıfı arkasına saklanarak rekabeti kısıtlayıcı bir eylemde bulunmaması sinyali verebilir. Zira olaya özgü durumlarda meydana gelebilecek bir değişiklik tarafların ekonomik bütünlük içinde olmaları tespitini de ortadan kaldıracak niteliktedir.

SONUÇ

Antitöst/rekabet hukuku uygulamalarında teşebbüs tanımı merkezi bir öneme sahiptir. Zira rekabet kuralları ekonomik bütünlük sergileyen iktisadi birimlerin faaliyetlerine yönelmekte bu nedenle bu alandaki incelemeler ilk olarak teşebbüsün tespit edilmesini gerektirmektedir. Ancak ekonomik bütünlük kavramının tespitinde kullanılabilecek tutarlı ve genel geçer bir testin geliştirilmesi veya kriterlerin belirlenmesi büyük bir zorluk teşkil etmektedir.

Antitöst hukukunda yüzyılı aşkın bir geçmişi olan ABD uygulaması, hem ekonomik bütünlüğün tespiti konusundaki yoğun tecrübesiyle hem de ekonomik bütünlüğün özüne nüfuz etme çabasıyla bu konuda ön plana çıkmaktadır. ABD’de, ekonomik bütünlüğün tespiti konusunda 1984 yılında alınmış Yüksek Mahkeme’nin *Copperweld* kararı bir dönüm noktası niteliğindedir. *Copperweld* kararı öncesi ana şirket ve yüzde yüz iştiraki tek bir ekonomik bütünlük olarak görülmemiş ve taraflar arasındaki işbirliği, grup içi işbirliği doktrini olarak bilinen uygulamanın etkisinde kalınarak yasaklanmıştır. Ancak bu doktrin şekilci yaklaşımı ve aslında kendisinin rekabeti kısıtlaması nedenleriyle büyük eleştirilere konu olmuştur. *Copperweld* kararı bu doktrinin aksine ana şirket ve yüzde yüz iştirak arasında “tam çıkar birliği” olduğu sonucuna ulaşarak, taraflar arasındaki eylemlerin Sherman Yasası 1. kısmı kapsamında yasaklanamayacağına hükmetmiş ve tartışmalı grup içi işbirliği doktrinini sonlandırmıştır. Bunun yanı sıra karar, ekonomik bütünlüğün neyi ifade ettiğine ilişkin önemli tespitlerde de bulunmuştur. Karar, incelendiğinde akılda kalan en önemli kavram ekonomik bütünlük içinde olan tarafların “tam çıkar birliği” içinde olduklarıdır.

Çıkar birliği tarafları sadece tek bir bağımsız karar alma merkezi kılmakta dolayısıyla bu durumda ekonomik olarak tek bir taraftan bahsedilebilmektedir. ABD *Copperweld* kararından bu yana, yaklaşık 25 yıldır ekonomik bütünlüğün tespitini çıkar birliği unsuru çerçevesinde belirlemeye ve bu konuda testler geliştirmeye çalışmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak mülkiyet kavramı, çıkar birliğinin ortaya konulmasında araç olarak kullanılmıştır. Ancak mülkiyet unsurunun ekonomik bütünlüğün tespitinde beklenen ekonomik yaklaşımı sergilemekte yetersiz kalması nedeniyle mahkemeler, kontrol testine daha sıklıkla başvurmaya başlamıştır. Kontrol kavramı da içinde mülkiyet

kavramını barındırmaktadır. Zira kontrol sağlayan durumlar belirli haklar üzerindeki mülkiyetten kaynaklanmaktadır. Kontrol bazen hukuken gerçekleşebilmekte ve bu durumlarda ekonomik bütünlük tespiti ayrıntılı bir analiz gerektirmeksizin kolaylıkla yapılabilir. Ancak bazen hukuki araçlar olmaksızın da fiili durum kontrole imkân verebilmektedir. İşte bu noktada ekonomik bütünlük tespiti karmaşıklaşmakta, ayrıntılı bir analize ihtiyaç duyulmakta ve bu çerçevede birçok faktör dikkate alınmaktadır. Ekonomik bütünlük konusunda hukuki kontrol, iş çevrelerine hukuki bir belirlilik sağlarken, fiili kontrol kafaları karıştırılabilmektedir. Ancak yine de ekonomik gerçekliğe odaklanan rekabet hukukunun doğası gereği fiili kontrolün dikkate alınması kaçınılmaz olmaktadır.

Copperweld kararı sonrası mahkemelerin ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde mülkiyet oranından bağımsız olarak çıkar birliği tespitinde bulunduğu dahi gözlenmektedir. Bu çerçevede franchise, lisans ve kredi anlaşmaları, çıkar birliği yaratarak tarafları ekonomik bütünlük kılmıştır. Ancak bu noktada ekonomik bağımlılık hali ile ekonomik bütünlük hali tamamen birbirine denk görülmemelidir.

AB uygulamasında ise bu alanda bir içtihat zenginliği olmadığı gibi ekonomik bütünlüğün özüne yönelik esaslı bir değerlendirmede bulunulmadığı da dikkat çekmektedir. AB’de ekonomik bütünlüğün tespitinde kontrol testi uygulanmakta ve hukuki ve fiili tek başına kontrolün varlığı, bu tespit için yeterli kabul edilmektedir. AB, ABD’den farklı olarak yoğunlaşmalara ilişkin düzenlemelerinde yayımlanmış olduğu kılavuzlarla, ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde dikkate alınacak faktörler konusunda, kamuoyunu bilgilendirici ve yol gösterici bir duruş sergilemektedir. Oysa ABD bu konuyu kararları ile ele almış, iş çevrelerinin talebine rağmen bu konuda henüz bir kılavuz yayımlamamıştır.

Diğer yandan Türkiye uygulaması bu alandaki içtihadı bakımından her iki uygulamanın da arkasında kalmıştır. Bunda karmaşık ilişkilere yönelik ekonomik bütünlük analizinin çok fazla Kurul gündemine gelmemiş olmasının etkili olduğu düşünülmektedir. Türkiye’de ekonomik bütünlük tespitinin genellikle çoğunluk mülkiyeti ve imtiyazlı hisseler gibi hukuki haklar etrafında ayrıntılı analiz yapılmaksızın şekillendiği görülmektedir. Böyle bir yaklaşım bir bakıma iş çevrelerine ekonomik bütünlük tespitinde hukuki belirlilik sağlamaktadır. Ancak rekabet hukukunun doğası, bu sınırlı alanın dışında ekonomik ilişkilerin gündeme getirdiği fiili durumların da ekonomik bütünlük penceresinde ele alınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan Rekabet Kurulu’nun güncel sayılabilecek *Gıdasa* kararının, ABD uygulamasındaki *Copperweld* kararı gibi bir etki yaratacağı düşünülmektedir. ABD ve AB kararları ile bu alandaki tartışmalar, Türkiye uygulaması için yol gösterici olabilecek

niteliktedir. *Gıdasa* kararında ekonomik bütünlüğün “ tam çıkar birliği” unsuru çerçevesinde ele alınması son derece önemli bir gelişmedir.

Tez kapsamında varılan en önemli sonuç ekonomik bütünlük sergileyen tarafların çıkar birliği içinde olduklarıdır. Ancak ekonomik bütünlük tespitinde tutarlı ve genel geçer bir test tespit edilememiştir. Mülkiyet odaklı test sadece çoğunluk mülkiyeti ile sınırlı kalıp azınlık hissedarlığı ile tek başına kontrolü yok saymakta bu nedenle kontrol testi mülkiyet odaklı test karşısında üstün bir nitelik sergilemektedir. Kontrol odaklı testlerde ise hukuki kontrol tek başına yeterli olmadığında devreye fiili kontrol kavramı girebilmektedir. Fakat tüzel kişiler açısından oldukça tatminkâr olan kontrol testi, gerçek kişiler açısından yetersiz kalabilmekte ve bu noktada *Gıdasa* kararında ifade edildiği üzere çıkar birliği ön plana çıkmaktadır. Bir bakıma gerçek kişilerin ekonomik bütünlük sergileyip sergilemedikleri, ekonomik bütünlüğün özüne inmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle çıkar birliğinin tespitinde araç olarak kullanılan ve aslen iş çevrelerine kılavuzluk etmek isteyen mülkiyet ve kontrol testlerinin yetersiz kaldığı yerde, ekonomik bütünlük analizinin çıkar birliğine odaklanması gerektiği düşünülmektedir.

ABSTRACT

The antitrust/competition laws prohibit conspiracy between independent entities that restrains trade/competition. The effort trying to find a sound definition for the conspiracy term reveals the need for an independent entity concept. Traditionally both USA and EU held that parents and subsidiaries are independent entities capable of violating Sherman Act Section 1 and Rome Treaty Article 81. However, these holdings have mostly criticized by commentators and this led to determination of entity in economic terms.

The economic notion of an entity implies all the related companies that lack of independent decision making capability form a single economic unit. But the modern business environment sometimes makes the determination of a single economic unit difficult. Therefore, this thesis aims the determination of single economic unit by exploring USA, EU and Turkey approaches.

In this context, firstly the intra-enterprise conspiracy doctrine for USA is examined. In USA a touchstone case Copperweld held that a parent and a wholly owned subsidiary always have a unity of interest that makes them a single economic unit. So, US approach in the field of single economic unit is mostly affected by this case and ownership and control oriented tests have been created. On the other hand EU dealt with single economic unit doctrine and in control based tests determined the single economic unit. Lastly Turkey determined a single economic unit similar to the EU.

KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara.

ALESSANDRIA, P. J. (1985), "Comment, Intra-Enterprise Conspiracies and Section 1 of the Sherman Act: Filling the 'Gap' After Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.", *Buff. Law Rev.*, Vol:34, s.551-594.

ALEXIS, G. (2003), "Copperweld: The Basics and Beyond" Çalıştayı, ABA Section of Antitrust Law "Brown Bag" Program, <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/03/03/copperweld.pdf>

AREEDA, P. (1983), "Intraenterprise Conspiracy in Decline", *Harvard Law Rev.*, Vol:97, No:2, s.451-473.

AREEDA P. ve H. HOVENKAMP (2005), *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application Volume VII*, 2. Edition, Aspen Law and Business, New York.

ASLAN, Y. (2005), *Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Ankara.

ASSANT, G. (1990), "Anti-trust Intracorporate Conspiracies: A Comparative Study of French, EEC and American Laws", *European Competition Law Rev.*, Vol:11, No:2, s.65-79.

BAEL V. I. ve BELLIS (2005); *Competition Law of the European Community*, 4. Edition, *Kluwer Law International*.

BELSLEY, M. D. (1995-1996), "Comment, The Vatican Merger Defense-Should Two Catholic Hospitals Seeking to Merge be Considered a Single Entity For Purposes of Antitrust Merger Analysis?", *Northwestern University Law Rev.*, Vol:90, s.720-787.

BHAGAT S. ve J. A. BRICKLEY (1984), "Cumulative Voting: The Value of Minority Shareholder Voting Rights", *Journal of Law and Economics*, Vol:27, No:2, s.339-365.

- BLUMBERG, P. I. (1995-1996), "The Increasing Recognition of Enterprise Principles in Determining Parent and Subsidiary Corporation Liabilities", *Connecticut Law Rev.*, Vol:28, s.295-346.
- BOTTI, M. J. (1998), "Comments on the Antitrust Aspects of Hospital Virtual Mergers", <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1827.htm>
- BROWN, D. J. (1984-1985), "Comment Antitrust Law- The Demise of Intraenterprise Conspiracy Doctrine: Copperweld Corp. V. Independence Tube Corp.", *Journal of Corporation Law Rev.*, Vol:10, s.785-803.
- CALKINS, S. (1995), "Copperweld in the Courts: The Road to Caribe", *Antitrust Law Journal*, Vol:63, s.345-397.
- "CONSPIRING ENTITIES" under Section I of the Sherman Act (1982), *Harvard Law Rev.*, Vol:95, No:3, s.661-682.
- COOK C. J. ve C. S. KERSE (2005), *EC Merger Control*, 4.Edition, Sweet&Maxwell, London.
- "COPPERWELD: The Basics and Beyond" Çalıştayı (2003), Editör BARNETT M. R., ABA Section of Antitrust Law "Brown Bag" Program, <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/03/03/copperweld.pdf>.
- CUBBIN J. ve D. LEECH (1983), "The Effect of Shareholding Dispersion on the Degree of Control in British Companies: Theory and Measurement", *The Economic Journal*, Vol:93, No:370, s.351-369.
- DAVIS H. S., M. E. SWARTZ, M. S. WILD (2007), "Private Equity Groups Under Common Legal Control Constitute A Single Enterprise Under The Antitrust Laws", *NewYork University Journal of Law and Business*, Vol:3, s.231-242.
- FOGELMAN M. (2003), "Antitrust Defense May Not Apply to Subsidiary That Is Heavily Regulated", <http://library.findlaw.com/2003/Sep/13/133629.html>.
- FTC Roundtable Agenda, "Implications of *Copperweld Corp. v. Independence Tube* for Single Firm Treatment of Some Competitor Collaborations", <http://www.ftc.gov/bc/adops/index/agenda2.shtm>.
- GAVIL, A. I. (2000-2001), "Copperweld 2000: The Vanishing Gap Between Section 1 and 2 of the Sherman Act", *Antitrust Law Journal*, Vol:68, No:87, s.87-110.
- GOLDMAN, L. (1989), "Sports, Antitrust and the Single Entity Theory", *Tulane Law Rev.*, Vol:63, s.751-797.

- GÜNGÖRDÜ, A. (2003), AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tez Serisi No:45, Ankara.
- GÜNGÖRDÜ A. ve M. A. KAYAR (2002), “AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi”, Rekabet Dergisi, Sayı.11, s.76-99.
- GÜVEN, P. (2003), *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, 2.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÜZEL, O. (2003), Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tez Serisi No:30, Ankara.
- HANDLER M. ve T. A. SMART (1981), “The Present Status of the Intracorporate Conspiracy Doctrine”, *Cardozo Law Rev.*, Vol:3, No:23, s.23-75.
- HASS, J. J. (1987), “Insights into Lender Liability: An Argument for Treating Controlling Creditors as Controlling Shareholders”, *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol:135, No:5, s.1321-1363.
- HUIE, M. C. (1988), “The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in United States and European Economic Community”, *American Journal of Comparative Law*, Vol:36, No:2, s.307-327.
- HUTCHINSON, D. W. (1985), “Antitrust 1984: Five Decisions in Search of a Theory”, *Supreme Court Rev.*, Vol:1984, s.69-148.
- JONES, A. I. (1983), “Intraenterprise Antitrust Conspiracy: A Decision Making Approach”, *California Law Rev.*, Vol:71, No:6, s.1732-1760.
- JONES A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press New York.
- KAYAR, İ. (2003), Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, s.151-194.
- KEYTE, J. A. (1985), “Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: Has The Supreme Court Pulled the Plug on the ‘Bathtub Conspiracy’?”, *Loyola Los Angeles Law Rev.*, Vol:18, s.857-894.
- LÜBLING J. ve D. DITTERT (2006), D. GÖTZ ve C. W. JONES (der.) *EU Competition Law Vol II Mergers and Acquisitions* içinde, , Claeys ve Castels.
- MCNAMARA, T. W. (1985), “Defining A Single Entity For Purposes of Section 1 of the Sherman Act Post Copperweld: A Suggested Approach”, *San Diego Law Rev.*, Vol:22, s.1245-1273.
- MCQUADE, L. C. (1955), “Conspiracy, Multicorporate Enterprises and Section 1 of the Sherman Act”, *Virginia Law Rev.*, Vol:41, No:2, s.183-216.

- MENZ, M. B. (2002), "The Intra-enterprise Conspiracy Doctrine as Applied to Affiliated Corporations under Section 1 of the Sherman Act" University of Georgia School of Law LLM thesis, http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=s_tu_llm.
- MEYERS, R. P. (2001), "Partial Ownership of Subsidiaries, Unity of Purpose, and Antitrust Liability", *The University of Chicago Law Rev.*, Vol.68, No.4, s.1401-1427.
- MILES, J. J. (2000), "A Conceptual and Practical Approach to the Antitrust Analysis of Health Care Virtual Mergers", http://www.ober.com/shared_resources/news/published/health/pub_health_020100b.html.
- MILLS, L. R. (1968), "The Mathematics of Cumulative Voting", *Duke Law Journal*, Vol:1968, No:1, s.28-43.
- MONTESA A. ve A. GIVAJA (2006), "When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios", *World Competition*, Vol:29, No:4, s.555-574.
- NERI, J. M. (1985), "Note, Antitrust - Sherman Act - Parent Corporation and Its Wholly Owned Subsidiary Incapable of Conspiring in Violation of Section One of Sherman Act", *Seton Hall Law Rev.*, Vol:15, s.943-966.
- NOTES (1982), "Conspiring Entities under Section 1 of the Sherman Act", *Harvard Law Rev.*, Vol:95, No:3, s.661-682.
- NOTES (1977), "Intra-Enterprise Conspiracy under Section 1 of the Sherman Act: A Suggested Standard", *Michigan Law Rev.*, Vol:85, s.717-744.
- O'BRIEN D. P. ve S. C. SALOP (1999-2000), "Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control", *Antitrust Law Journal*, Vol:67, s.559-614.
- OECD Policy Roundtables (2008), "Antitrust Issues Involving Minority Shareholding And Interlocking Directorates", DAF/COMP(2008)30.
- ÖZ, G. A. (2000), "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:4.
- PENN, L. T. (1986), "Antitrust-Parent Corporation and Its Wholly Owned Subsidiary Are Incapable of Conspiring with Each Other under Section One of the Sherman Act-Copperweld Corp, v. Independence Tube Corp. Casenote", *University of Baltimore Law Rev.*, Vol:15, s.366-378.

PONSDOLT, J. F. (1995), "Refusals to deal in "locked-in" Health Care Markets Under Section 2 of the Sherman Act After Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services", *Utah Law Rev.*, Vol:1995, s.503-536.

PRELL, O. T. (1986), "Antitrust- Parent Corporation and Its Wholly Owned Subsidiary Are Incapable of Conspiring with Each Other Under Section One of the Sherman Act. Copperweld Corp v. Independence Tube Corp., 104 S. Ct. 2731 (1984)." *University of Baltimore Law Rev.*, Vol:15. s.366-378.

ROBERRRSON, J. K. (1985), "Notes" *Tulane Law Rev.*, Vol:59, s.781-844.

SAMUEL G. (2003), "Copperweld: 'What to do with stepchildren of parent corporations?'" <http://www.kentlaw.edu/honorsscholars/2003students/writings/Samuel.html>.

SANLI, K. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara.

STEINBERG, J. M. (1985), "Note, The Long Awaited Death Knell of the Intra-Enterprise Doctrine", *Villanova Law Rev.*, Vol:30, s.521-570.

STEWART, J. (1986), "Comment, The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine after Copperweld Corp. v. Independence Corp.", *Columbia Law Rev.*, Vol:86, s.198-212.

SOLO, R. (1961), "Intra-Enterprise Conspiracy and the Theory of the Firm", *The Journal of Business*, Vol:34, No:2, s.153-166.

STOTHERS C. (2007); *Paralel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing.

TAYARA, M. T. (2003), "Holding on to the 'holding out doctrine': the French approach towards intra-group conspiracy", *European Competition Law Rev.*, Vol:24, s.553-556.

THOMSON, J. A. (1984), "Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: The Changing Complexion Of Intra-Enterprise Conspiracy Under The Sherman Antitrust Act", *Georgia Law Rev.*, Vol.19, s.189-220.

WACHSSTOCK S. E. ve E. L. AMARANTE (2003), "Antitrust and Franchising: Conspiracies Between Franchisors and Franchisees Under Section 1", *Franchise Law Journal*, Vol:23, No:1, s.7-17.

WHISH R. (2005), *Competition Law*, Oxford University Press, New York.

WHITENER, M. (2003), "Copperweld: The Basics and Beyond" Çalıştayı, ABA Section of Antitrust Law "Brown Bag" Program, <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/03/03/copperweld.pdf>.

WILLIAMSON, D.V. (2007), "Organization, Control and the Single Entity Defense in Antitrust: Part 1", <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1895&context=alea>, s.1-19.

WILLIAMSON, D.V. (2006), "Organization, Control and the Single Entity Defense in Antitrust", *DOJ Economic Analysis Group Discussion Paper*, EAG 06-4, s.1-32.

WILLIS E. I. ve R. PITOFSKY (1968), "Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries", *New York University Law Rev.*, Vol:43, s.20-52.

WILS, W. P. J. (2000), "The undertakings as subject of EC competition law and imputation of infringements to natural and legal persons", *European Law Rev.*, Vol:25, s.99-116.

ABD KARARLARI

YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram&Sons, Inc., 340 U.S. 211 (1951).

Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp., 392 U.S. 134 (1968).

Sunkist Growers Inc. v. Winckler&Smith Citrus Products Co., 370 U.S. 19 (1962).

Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951).

United States v. Citizens&Southern Nat'l Bank, 422 U.S. 86 (1975).

United States v. Yellow Cab, 332 U.S. 218 (1947).

BÖLGE MAHKEMESİ VE DAİRE KARARLARI

Aaron E. Levine & Co., Inc. v. Calkraft Paper Co., 429 F.Supp. 1039 (E.D.Mich. 1976).

Advanced Health-Care Serv., Inc. v. Radford Comm. Hosp., 910 F.2d 139 (4.Circuit 1990).

Aerotech, Inc. V. TCW Capital, No. 93 Civ. 1987 (CSH), 1994 WL 775439, 616 (S.D.N.Y. 1994).

Alvord-Polk, Inc. v. F Schumacher & A & E Products Group, Inc., 18 F. Supp. 2d 232 (E.D. N.Y. 1998).

American Vision Centers, Inc. v. Cohen, 711 F. Supp. 721 (E.D.N.Y. 1989).

- Aspen Title & Escrow, Inc. v. Jeld-Wen, Inc.*, 677 F. Supp. 1477 (D.Or. 1987).
- Bell Atl. Bus. Sys. Services v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 849 F. Supp. 702 (N.D. Cal. 1994).
- Caribe BMW, Inc. v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft*, 19 F.3d 745 (1.Circuit 1994).
- Century Oil Tool Inc. v. Production Specialities, Inc.*, 737 F.2d 1317 (5.Circuit 1984)
- City of Mt. Pleasant v. Associated Elec. Coop.*, 838 F.2d 268 (8.Circuit 1988).
- Coast Cities Truck Sales, Inc. v. Navistar International Transportation Co.*, 912 F.Supp. 747 (D.N.J. 1995).
- Columbia Metal Culvert Co. v. Kaiser Aluminum&Chemical Corp.* 579 F.2d 20 (3.Circuit), cert. denied, 439 U.S. 876 (1978).
- Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*,691 F.2d 310 (7. Circuit 1982).
- Direct Media Corp. v. Camden Telephone & Telegraph Co.*, 989 F.Supp. 1211(S.D.Ga. 1997). *Viacom Int'l Inc. v. Time Inc.*, 785 F.Supp. 371 (S.D.N.Y. 1992).
- Eichorn v. AT & T Corp.*, 248 F.3d 131 (3.Circuit 2001).
- Fishman v. Wirtz*, 807 F.2d 520 (7.Circuit 1986).
- Fresh Made, Inc. v. Lifeway Foods, Inc.*, No. 01-4252, 2002 WL 31246922, at *7 (E.D.Penn. 2002).
- General Bus. Sys. v. North Am. Philips Corp.*, 699 F.2d 965 (9.Circuit 1983).
- Gucci v. Gucci Shops, Inc.*, 651 F.Supp. 194 (S.D.N.Y.1986).
- H&B Equipment Co. v. International Harvester Co.*577 F.2d 239, (5.Circuit 1978).
- Harvey v. Fearless Farris Wholesale, Inc.*, 589 F.2d 451 (9.Circuit, 1979).
- In Re Mid-Atlantic Toyota Antitrust Litig.*, 560 F. Supp. 760 (D. Md. 1983).
- In re Natural Gas Antitrust Cases I, II, III & IV*, J.C.C.P. No. 4221 (S.D. Super. Ct. 2002) (ruling on motions), writ denied sub nom, *El Paso Natural Gas Co. v. Superior Court*, D041074 (Cal. App. 2003), rev. denied, S112847 (Cal. 2003) (unpublished orders).
- Island Tobacco Co. v. R.J. Reynolds Indus.*, 513 F. Supp. 726 (D.Haw. 1981).
- Joseph E. Seagram&Sons, Inc. v. Hawaiian Oke&Liquors, Ltd.*, 416 F.2d 71 (9.Circuit 1969).

Knutson v. Daily Review Inc., 548 F.2d 795, 802 (9.Circuit 1976), cert. denied, 433 U.S. 910 (1977).

Leaco Enterprises, Inc. v. General Elec. Co., 737 F.Supp. 605 (D.Or. 1990).

Levi Case Co. v. ATS Products, Inc., 788 F.Supp. 428 (N.D.Cal. 1992).

Louisiana Power & Light Co. v. United Gas Pipe Line Co., 493 So. 2d 1149 (La.1986).

Novatel Commun., Inc. v. Cellular Tel. Supply, Inc., No. C85-2674A, 1986 WL 15507, s*6, 412 (N.D.Ga. 1986).

Orson, Inc. v. Miramax Film Corp., 862 F.Supp. 1378 (E.D.Pa. 1994).

Penn Cent. Sec. Litig v. Pennsylvania Co., 367 F. Supp. 1158 (E.D. Pa. 1973).

Rohlfing v. Manor Care, Inc., 172 F.R.D. 330 (N.D.III. 1997).

Satellite Financial Planning Corp v First National Bank of Wilmington, 633 F.Supp 386 (D.Del 1986).

Search International, Inc. v. Snelling&Snelling, Inc., 168 F. Supp. 2d 621 (N.D.Tex 2001).

Siegel Transfer, Inc. v. Carrier Express, Inc., 54 F.3d 1125 (3.Circuit 1995).

Sonitrol of Fresno, Inc. v. American Tel. & Tel. Co., No. Civ. A. 83-2324, 1986 WL 953, s.*5 (D.D.C. 1986).

Tunis Bros. Co. v. Ford Motor Co., 763 F.2d 1482 (3.Circuit 1985), cert. denied, 484 U.S. 1060 (1988).

United States v. General Motors, 121 F.2d 376 (7.Circuit), cert. denied, 314 U.S. 618 (1941).

Vollrath Co. v. Sami Corp., 9 F.3d 1455 (9.Circuit 1993).

Williams v. I.B. Fischer Nevada 794 F.Supp. 1032 (D.Nev. 1992), aff'd, 992 F.2d 445 (9.Circuit 1993).

AB KARARLARI

KOMİSYON KARARLARI

Case IV/M.557-Alfred C. Toepfer/Champagne Céréales (1995).

Case M.754-Anglo American Corporation/Lonrho (1997).

Case COMP/M.4085-Arcelor/Oyak/Erdemir (2006).

Case IV/M.025-Arjomari/Wiggins Teape (1990).

- Case IV/M.504-*Avesta (III)* (1994).
Case COMP/M.2883-*Bertelsmann/Zomba* (2002).
Case IV/M.258-*CCIE/GTE* (1992).
Christiani&Nielsen, OJ L165/12 (1969).
Case IV/M.0010-*Conagra/Idea* (1991).
Case COMP/M.3696-*E.ON/MOL* (2005).
Case COMP/M.2404-*Elkem/Sapa* (2001).
Case COMP/M.2532-*Fiat/Italenergia/Montedison* (2001).
Case IV/M.397-*Ford/Hertz* (1994).
Case COMP/M.3136-*GE/AGFA NDT* (2003).
Gosmè/Martell-DMP OJ (1991) L 185/23.
Case COMP/JV.55-*Hutchinson/RCPM/ECT* (2001).
Case IV/M.116-*Kelt/American Express* (1991).
Case IV/M. 967-*KLM/Air UK* (1997).
Case IV/M.558-*La Rinascente/Cedis Migliarini* (1995).
Case COMP/M.3858-*Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien* (2005).
Case IV/M.697-*Lockheed Martin/Loral Corporation* (1996).
Case COMP/M.2901-*Magna/Donnelly* (2002).
Case COMP/M.4336-*MAN/Scania* (2007).
Case IV/M.159-*Mediobanca/Generali* (1991).
Case IV/M.625-*Nordic Capital/Transpool* (1995).
Case COMP/M.3191-*Philip Morris/Papastratos* (2003).
Case COMP/M.2474-*Pirelli/Edizione/Olivetti/Telekom Italia* (2001).
Case IV/M.1519-*Renault/Nissan* (1999).
Case IV/M4-*Renault/Volvo* (1990).
Case COMP/M.2265-*Ricoh/Lanier Worldwide* (2001).
Case COMP/M.3330-*RTL/M6* (2004).
Case IV/M.553-*RTL/Veronica/Endemol* (1995).

Case IV/M.343-*Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, (1993)

Case COMP/M.3785-*TPG/APAX/TIM HELLAS* (2005).

Case IV/M.141-*UAP/Transatlantic/Sun Life* (1991).

Case M.940-*UBS/Mister Minit* (1997).

AB MAHKEME KARARLARI

Case T-2/93 *Air France v Commission* (1994).

Case 22-71 *Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export* (1971).

Case T-282/02 *Cementbouw Handel&Industrie v Commission* (2006).

Case 15-74 *Centrafarm v Sterling Drug* (1974).

Cases 56 ve 58-64 *Consten and Grundig v. Commission* (1966).

Case C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission* (2000).

Case C-73/95 P, *Viho Europe BV v. Commission* (1996).

TÜRKİYE KARARLARI

REKABET KURULU KARARLARI

10.12.1997 tarihli, 42/278-23 sayılı karar.

3.3.1999 tarihli, 99-12/93-35 sayılı karar.

12.10.1999 tarihli, 99-47/506-322 sayılı karar.

24.2.2000 tarihli, 00-8/70-32 sayılı karar.

30.5.2000 tarihli, 00-20/201-110 sayılı karar.

17.7.2000 tarihli, 00-26/291-161 sayılı karar.

26.9.2000 tarihli, 00-36/399-225 sayılı karar.

9.1.2001 tarihli, 01-03/10-3 sayılı karar.

17.7.2001 tarihli, 01-33/331-94 sayılı karar.

27.6.2002 tarihli, 02-41/471-197 sayılı karar.

13.2.2004 tarihli, 04-11/99-23 sayılı karar.

6.5.2005 tarihli, 05-31/391-95 sayılı karar.

13.7.2005 tarihli, 05-46/668-170 sayılı karar.

20.12.2005 tarihli, 05-86/1191-340 sayılı karar.

- 14.5.2007 tarihli, 07-40/444-169 sayılı karar.
20.6.2007 tarihli, 07-53/614-203 sayılı karar.
8.11.2007 tarihli, 07-85/1039-401 sayılı karar.
7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı karar.
28.2.2008 tarihli, 08-19/194-65 sayılı karar.
10.3.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı karar.
17.4.2008 tarihli, 08-29/359-118 sayılı karar.
12.6.2008 tarihli, 08-39/520-193 sayılı karar.
9.7.2008 tarihli, 08-44/601-228 sayılı karar.
24.7.2008 tarihli, 08-47/658-253 sayılı karar.
24.7.2008 tarihli, 08-47/666-260 sayılı karar.
11.9.2008 tarihli, 08-52/785-314 sayılı karar.
11.9.2008 tarihli, 08-52/797-325 sayılı karar.
18.9.2008 tarihli, 08-54/856-343 sayılı karar.
25.09.2008 tarihli, 08-56/897-357 sayılı karar.
30.10.2008 tarihli, 08-61/999-391 sayılı karar.
4.12.2008 tarihli, 08-69/1118-435 sayılı karar.

DANIŞTAY KARARI

- 12.11.2003 tarihli, E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı karar.

İLGİLİ MEVZUAT

Title 16-Commercial Practices; Chapter I-Federal Trade Commission; Subchapter H-Rules, Regulations, Statements and Interpretations Under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, Premerger Notification; Reporting and Waiting Period Requirements; <http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsr-sbp.pdf>.

Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Program Introductory Guide II; <http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide2.pdf>.

The United States Department of Justice 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (repealed).

Federal Energy Regulatory Commission; Affiliate Restrictions (formerly the Codes of Conduct); <http://www.ferc.gov/enforcement/stand-conduct/affiliates-restrictions.pdf>.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:EN:PDF>.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, (2008/C 95/01). <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>.

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ.

2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği.

2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği.

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Esas No: (1/1138), Karar No:123 Adalet Komisyonunun Kabul Ettiği Metin, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmgk/ttpk.pdf>.