

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-1-52 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 04-47/611-148
Karar Tarihi : 15.7.2004

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,
Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M.Sıraç ASLAN

B. RAPORTÖRLER : Abdulgani GÜNGÖRDÜ, İ.Yücel ARDIÇ

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Lafarge Beton A.Ş.
Temsilcisi: Av. Gamze ÇİĞDEMTEKİN UYSAL
Piyade Sok. Portakal Çiçeği Apt. No:18 C Blok Kat:3
Çankaya/Ankara

D. TARAFLAR

: - Agretaş Agrega İnşaat San. ve Tic.A.Ş.
Darıca Taşlıman Mevkii Gebze/Kocaeli

- Birtaş Birlik İnşaat San.ve Tic.A.Ş.
Darıca Taşlıman Mevkii Gebze/Kocaeli

- Assan İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Darıca Taşlıman Mevkii Gebze/Kocaeli

- Lafarge Beton A.Ş.
Darıca Taşlıman Mevkii Gebze/Kocaeli

- Yibitaş Holding A.Ş.
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara

- Erdoğan M. AKDAĞ
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara

- Bilal ŞAHİN
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara

- Seyhan Cengiz TURHAN
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara

- Hayri YILDIZ
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara
- Abdurrahman KARAMANLIOĞLU
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara
- Durak ÇELİK
4. Cad. 71. Sok. No:3 A.Öveçler/Ankara

E.DOSYA KONUSU: Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu Şirketlerinin imzaladıkları Ortak Girişim Anlaşması çerçevesinde yapmış oldukları devralma işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.5.2004 tarih, 2498 sayı ile giren ve en son 2.7.2004 tarih, 3534 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 5.7.2004 tarih, 2004-1-52/Öİ-04-AG sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu, 5.7.2004 tarih, REK.0.05.00.00/119 sayılı Başkanlık önergesi ile 04-47 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu arasında kurulan Yibitaş Lafarge Orta Anadolu Çimento San. ve Tic. A.Ş. (YLOAÇ)'nin yoğunlaşma doğurucu bir işlem olduğu; ancak söz konusu işlemin 5.11.1997 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Lafarge Grubu

Lafarge Grubu şirketleri, uluslararası alanda özellikle çimento üretiminde faaliyet gösteren Fransız menşeli Lafarge Coppee S.A. (Lafarge) tarafından kontrol edilmektedir. Halka açık bir teşebbüs olan Lafarge'ın hiçbir hissedarı, Lafarge'ın hisselerinin %5 veya daha fazlasını elinde bulundurmamaktadır.

Lafarge Türkiye'de, çimento üretimi alanında faaliyet gösteren Lafarge Aslan Çimento A.Ş. ve Lafarge Ereğli Çimento San. ve Tic. A.Ş.'yi kontrol etmektedir.

Öte yandan Lafarge, Yibitaş Lafarge Orta Anadolu Çimento'nun ortakları olan, Agretaş Agrega İnşaat San. ve Tic. A.Ş. (Agretaş Agrega İnşaat), Lafarge Beton A.Ş. (Lafarge Beton), Assan İnşaat San. ve Tic. A.Ş. (Assan İnşaat) ve Birtaş Birlik İnşaat San. ve Tic. A.Ş.'yi de (Birtaş İnşaat) kontrol etmektedir.

H.1.2. Yibitaş Holding A.Ş. (Yibitaş Holding)

1981 yılında kurulan Yibitaş Holding'in ortaklık yapısı aşağıdaki şekildedir:

Tablo 1 - Yibitaş Holding'in Ortaklık Yapısı

Ortağın Adı	Ortaklık Oranı (%)
Erdoğan M. Akdağ	14,949
Bilal Şahin	16,524
Seyhan C. Turhan	16,410
Hayri Yıldız	16,588
Abdurrahman Karamanlıoğlu	16,407
Bahri Akdağ	18,414
Diğer	0,708
Toplam	100,00

Yibitaş Holding, bildirim konusu ortak girişim dışında kontrol ettiği şirketler: Yibitaş Kraft A.Ş., Yemtaş, Un-Gıda, Gentaş, Yibitaş Pazarlama, Müh. Mak. A.Ş., Yibitaş İnşaat A.Ş., Yibitaş Turizm, Yibitaş Sigorta ve Ciasan Ltd.Şti.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, ikame edilemez niteliği ile "çimento" olarak belirlenmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Çimentonun nakliye maliyetinin önemli olması, ilgili teşebbüslerin satış politikaları gibi bilgiler çerçevesinde ilgili coğrafi pazar "Orta Anadolu ve Batı Karadeniz Bölgeleri" olarak belirlenmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. YLOAÇ

Yibitaş Holding ile Lafarge Grubu şirketleri arasında 1.4.1991 tarihinde bir ortak girişim anlaşması imzalanıp, Ankara yakınlarında bir öğütme tesisi kurulması konusunda mutabakata varılmış ve 1992'de %50-%50 ortaklıkla Hasanoğlan öğütme tesisi kurulmuştur. 15.4.1994'te taraflar arasında yeni bir anlaşma yapılmıştır.

15.4.1994 tarihli Ortak Girişim Anlaşması'nda 26.1.1997 tarihinde değişiklik yapılarak tesislerinin isimlerinden olan "Çorum", "Sivas", "YHB", "YL" ve ortak girişimi gösteren "JVC" gibi ibareler kaldırılarak, bunlar Yibitaş Lafarge Orta Anadolu Çimento Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi anlamına gelen "YLOAÇ" ismi altında toplanmıştır.

H.3.2. Rekabet Kurumu'na 5.5.1998'de yapılan başvuru

Rekabet Kurumu'na 5.5.1998'de yapılan başvuruda "YLOAÇ Ortak Girişim Anlaşması'nın ilgili maddelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verilmesi, bunun mümkün olmaması halinde ise söz konusu anlaşmanın, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinden muaf tutulması talep edilmiştir. Rekabet Kurulu; Ortak Girişim Anlaşması'na, üretim zincirinin aynı seviyesinde yer alan rakip teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmiş ve ortak girişim şirketinin de ana işletmelerle aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteriyor olması nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin uygun olmayacağına, ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen koşulların tamamının sağlanması nedeniyle bildirim konusu ortak girişim anlaşmasına, anlaşmanın bildirim tarihi olan 5.5.1998 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

H.3.3. Mevcut Başvuruyla İlişkin Değerlendirme

Kurum kayıtlarına 18.5.2004 tarih ve 2498 sayı ile giren bildirimde; Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu şirketlerinin Ortak Girişim Anlaşması çerçevesinde yapmış oldukları devralma işlemine izin verilmesi talep edilmektedir.

Bildirim konusu işlem, esas olarak Lafarge Grubu ile Yibitaş Holding arasında 15.4.1994 tarihinde imzalanan Ortak Girişim Anlaşması'yla kurulan ve tarafların ortak hisseye sahip oldukları YLOAÇ'ye izin verilmesi hakkındadır. Öncelikle, ortak girişim şirketinin kurulmasına yol açan işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ 2. maddesi kapsamında birleşme ve devralma olarak kabul edilip edilmeyeceğinin ya da yoğunlaşma doğurucu bir işlem sayılıp sayılmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in "*Birleşme ve Devralma Sayılan Haller*" başlıklı 2. maddesinde, "*Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture).*" tanımlaması yer almaktadır. Bu tanımdan hareketle, bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu nitelikte kabul edilmesi ve dolayısıyla söz konusu Tebliğ kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması (ortak girişim),
- Bu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisinin olmaması.

H.3.3.1. Ortak Kontrolün Varlığı

Ortak kontrol, ortak girişimleri diğer birleşme/devralmalardan ayıran bir özelliktir. Ortak kontrol, iki veya daha fazla ana şirketin ortak girişimin karar verme mekanizması üzerinde tek başına etkili olmaması olarak tanımlanabilir. Ortak Girişim Anlaşması'na göre, YLOAÇ'nin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir:

Tablo 2- YLOAÇ'nin Ortaklık Yapısı

Hissedarlar	Hisse Oranı
Yibitaş Holding	49,79
Agretaş Agrega İnşaat	50
Lafarge Beton	0
Assan İnşaat	0
Birtaş İnşaat	0
Erdoğan M. Akdağ	0,04
Bilal Şahin	0,04
Seyhan C.Turhan	0,04
Hayri Yıldız	0,04
Abdurrahman Karamanlıoğlu	0,04
Durak Çelik(Osman Çelik Varisi)	0
Gerçek Kişiler	0

Yukarıdaki tabloda YLOAÇ ortak girişim şirketinde Lafarge Grubu ve Yibitaş Holding'in eşit hisse oranlarına sahip olduğu açıkça görülmektedir. Ayrıca, Ortak Girişim Anlaşması'nın 6.7. maddesinde "...Yönetim Kurulu, tarafların her birinin tayin ettiği beşer üyeden oluşan on üyeye sahip olacaktır."; 6.10 maddesinde "Yönetim Kurulu toplantıları en az altı üyenin hazır bulunmasıyla yapılır. Yönetim Kurulu Kararları, toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğunun olumlu oyuyla alınır. Herhangi bir kararın alınabilmesi için, çoğunluk oyu, Yibitaş'ı temsil eden en az 3 üye ve Alıcıları temsil eden en az iki üyenin oyuyla oluşur..." hükümleri yer almaktadır. Bu hükümlerin varlığı ve tarafların ortak girişimde eşit hisseye sahip olmaları dikkate alındığında, ana teşebbüslerin YLOAÇ üzerinde ortak kontrolünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

H.3.3.2. Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olması

Yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim, ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer işletmelerin yapabildiği tüm fonksiyonları yerine getirebilmelidir. Böyle bir ortak girişim, ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer şirketlerle tam olarak rekabet edebilir. Ortak girişim şirketinin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasına ilişkin Ortak Girişim Anlaşması'nda yer alan düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

- 2.2. maddesi "JVC sermayesinin 1 milyar TL'dan 561milyar TL'na artırılması ve Yibitaş ve Alıcılar'ın eşit oranda hisseyi taahhüt etmesi...",

- 2.3. maddesi "Her iki Taraf da stratejik planı kabul ederler. Stratejik plan, JVC'nin ve ilgili şirketlerin iş hedeflerinin detaylı bir açıklamasını, bir yatırım programı özetini (bunlarla sınırlı kalmaksızın ve fakat Kararlaştırılan Yatırımlar da dahil olmak üzere) ve finansman, insan kaynakları, teknik örgütlenme, yatırım ve sigorta politikalarıyla ilgili bir açıklamayı kapsamaktadır...",

- 5.4. maddesi "Bu Anlaşmadan hemen sonra Taraflar, JVC'nin Lafarge ile bir teknik hizmetler sözleşmesine girmesini kabul etmişlerdir; bu teknik hizmetler sözleşmesiyle, standart Lafarge koşullarına ve tip sözleşmelerin standart koşullarına tabi olarak JVC Lafarge bir ücret ödeyecektir...",

- 9.1. maddesi "*Taraflar Yönetim Kurulundaki temsilcilerinin, 1994-1998 Stratejik Planında gösterilen ve Tarafların prensip olarak kabul ettiği Kararlaştırılmış yatırımlara başlamak için gereken bütün ön kararlar lehinde oy kullanmasını sağlamayı kabul ederler*",

- 9.2. maddesi "*Taraflar, fabrikaları sürdürmek ve geliştirmek için 20 ila 30 \$ tutarında 5 yıllık (1994-1998) bir yatırım programını kabul etmişlerdir. Ayrıca Taraflar 1998 yılından sonra işin devamlılığı için JVC mallarının durumunun muhafaza edilmesi gerektiğini de bilir ve kabul ederler...*".

Buna göre YLOAÇ'nin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere bağımsız bir iktisadi varlığa sahip olduğu anlaşılmaktadır.

H.3.3.3. Ortak Girişimin Taraflar Arasındaki Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etkisinin Olmaması

Bu çerçevede, ortak girişimin kendisini oluşturan teşebbüslerin daha önceki faaliyetlerini devralıp devralmadığının, onların adına yeni faaliyetlere girişip girişmediğinin, şirketlerin ilgili pazarlarda veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında ya da komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Ortak girişim sonrası taraflardan Yibitaş Grubu ilgili pazardan tamamen çekilmiştir. Diğer taraf Lafarge Grubu ise Aslan Çimento ve Ereğli Çimento ile ilgili ürün pazarında faaliyetlerini sürdürmektedir. YLOAÇ ve ortak girişimin taraflarından Lafarge Grubu'nun çimento ve hazır beton tesislerinin kurulu oldukları ve faaliyet gösterdikleri bölgelerin farklı olduğu, ayrıca bu teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri bölgelerde başka teşebbüslerinde bulunduğu görülmektedir.

Ayrıca bu teşebbüsler aynı coğrafi pazarda bulunmamaları sonucu fiili rakip olmamaları nedeniyle Ortak Girişim Anlaşması'nın rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bu bilgiler çerçevesinde bildirim konusu işlemin, yoğunlaşma doğurucu bir işlem ya da ortak girişim olarak kabul edilmesi için gereken koşulları taşıdığı anlaşılmaktadır.

Bildirim konusu işlem için 1998 yılında yapılan menfi tespit/muafiyet talebi başvurusunda, Ortak Girişim Anlaşması'nın üretim zincirinin aynı seviyesinde yer alan rakip teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi ve ortak girişim şirketinin de taraflarla aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteriyor olması nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine karar verilmiştir. Ancak, ortak girişim taraflarından Yibitaş Grubu'nun pazardan tamamen çekilmesi ve diğer taraf olan Lafarge Grubu'nun faaliyet gösterdiği bölgelerin ortak girişimin faaliyet bölgelerinden farklı olması nedeniyle, ortak girişimin taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı etki doğurmayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle söz konusu işlemin yoğunlaşma doğurucu nitelikte olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Ayrıca, söz konusu işlemin izne tabi olup olmadığının da belirlenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere 1997/6 sayılı Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ'in 7. maddesi gereğince 5.11.1997 tarihinden itibaren Tebliğ kapsamındaki birleşme ve devralmaların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi ve izin alınması zorunludur. Yukarıda da ifade edildiği üzere YLAOÇ ortak girişim şirketi 15.4.1994 tarihinde imzalanan Ortak Girişim Anlaşması çerçevesinde kurulmuştur. Bu nedenle bildirim konusu işlem, 5.11.1997 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle izin alınması gerekmeyen bir işlemdir.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu arasında kurulan Yibitaş Lafarge Orta Anadolu Çimento San. ve Tic. A.Ş.'nin yoğunlaşma doğurucu nitelikte bir işlem olduğuna; ancak söz konusu işlemin 5.11.1997 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

(15.07.2004 tarihli 04-47/611-148 sayılı Kurul Kararı'na)

KARŞI OY GEREKÇESİ

18.05.2004 tarihinde Rekabet Kurumu'na yapılan başvuru, Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu Şirketleri'nin imzaladıkları Ortak Girişim Anlaşması çerçevesinde yapmış oldukları devralma işlemine izin verilmesi talebine ilişkindir. Ayrıca, Rekabet Kurulu tarafından bu anlaşmaya izin verilmediği takdirde başvurunun menfi tespit veya muafiyet başvurusu olarak değerlendirilebileceğide talep edilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgeler ile tetkikinden, aslında Yibitaş Holding A.Ş. ile Lafarge Grubu arasında imzalanan "Ortak Girişim Anlaşması'nın" ilgili maddelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren menfi tespit belgesi verilmesinin, bunun mümkün olmaması halinde ise söz konusu anlaşmanın, ilgili Kanun'un 4. maddesi hükümlerinden muaf tutulmasının yani muafiyet verilmesinin 05.05.1998 tarihinde talep edildiği anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu, 05.05.1998 tarihinde yapılan bu başvuru üzerine 28.04.1999 tarih ve 99-21/173-92 sayılı kararı ile;

"... arasında 15.04.1994 tarihinde akdedilen ortak girişim anlaşmasına, üretim zincirinin aynı seviyesinde yer alan rakip teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmiş ve ortak girişim şirketinin de ana işletmelerle aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösteriyor olması dolayısıyla;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında yer alması nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin uygun olmayacağına,

Ancak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen koşulların tamamını sağlaması nedeniyle bildirim konusu ortak girişim anlaşmasına, anlaşmanın bildirim tarihi olan 05.05.1998 tarihinden geçerli olmak üzere 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına..."

karar vermiştir.

Bu kararın iptali için dava açılmış, Danıştay 10. Dairesinin verdiği karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından bozulmuş ve halen Rekabet Kurulu kararının Danıştay 10. Dairenin incelemesinde olduğu ve neticelenmediği anlaşılmıştır.

05.05.1998 tarihinde Rekabet Kurumu'na yapılan ilk başvuru üzerine yapılan incelemede "Ortak Girişim Anlaşması'nda" 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler bulunması nedeniyle, Rekabet Kurulu menfi tespit belgesi verilmemesini uygun bulmuş ve 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasını kararlaştırmıştır.

Esastan henüz incelemesi yapılmamış olan bu karar, Danıştay 10.Dairesi tarafından iptal edilecek veya onanacaktır. Karar iptal edildiğinde, teşebbüsün açtığı davaya uygun olarak, menfi tespit belgesi verilmesi şeklinde bir durum ortaya çıkabileceğinden, menfi tespit ise bir süreye tabi olmadığından, eğer şimdiki başvuru hakkında (18.05.2004 tarihli başvuru) Rekabet Kurulu'nca bir karar verilirse "Ortak Girişim Anlaşması" hakkında mükerrer bir karar ortaya çıkmış olacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı; 05.05.1998 tarihli başvuru ile 18.05.2004 tarihli başvurunun aynı maliyette olması ve ilk başvuru üzerine Kurulca verilen kararın Danıştay 10. Dairesi tarafından henüz esastan incelenerek neticelenmediği anlaşıldığından;

sayın çoğunluğun kararına katılmıyorum ve talebin reddi görüşümdedir.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

KARŞI OY GEREKÇESİ
(15.07.2004 tarihli ve 04-47/611-148 sayılı Kurul Kararı)

Kurul, Lafarge Grubu ile Yibitaş Grubu şirketlerinin 1994 yılında imzalamış oldukları ve 5 yıl süreyle bireysel muafiyet alan bir anlaşmayla ilgili olarak, bu defa yapılan birleşme-devralma başvurusunu değerlendirmeye alarak, yoğunlaşma doğurucu bir işlem olmakla birlikte; 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Taraflar, 04.05.1998 tarihinde Ortak Girişim Anlaşması nedeniyle Rekabet Kurumu'na başvurarak, bu anlaşmanın ve içerdiği maddelerin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü, 6 ncı ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verilmesi, bunun mümkün olmaması halinde, anlaşmanın 4 üncü madde kapsamında muaf tutulmasını talep etmişlerdir. (Önemle vurgulanması gereken husus, birleşme-devralma taleplerinin o tarihte yapılmamış olmasıdır.)

Kurul, 28.04.1999 tarihli ve 99-21/173-92 sayılı kararıyla, menfi tespit talebini reddetmiş, anlaşmaya 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanımıştır. Kurul kararında açıkça işlemin 4 üncü madde kapsamında yer aldığını (bir başka ifadeyle olumsuz alarak yoğunlaştırıcı bir devralma niteliğinde olmadığını) belirterek menfi tespit talebini yerinde görmemiştir.

Taraflar, kararın iptali için Danıştay'da dava açmıştır (Bireysel muafiyet değil, menfi tespit verilmesi gerekçesiyle). Yargı prosedürü devam etmekte olup, henüz esastan inceleme yapıp, dava sonuçlandırılmamıştır.

Muafiyetin süresi 05.05.2003 tarihinde sona ermiş olup, aradan bir yıl geçmesine karşın taraflar 18.05.2004 tarihine kadar Kurul'a herhangi bir başvuru, bildirim yapmamıştır. Anılan tarihte bu kez karar konusu birleşme-devralma talebi yapılmıştır. Gerekçe olarak da, Danıştay'da süregelen davanın kısa bir süre içinde sonuçlanamayacağı, sonuçlansa dahi nihai kararın mevcut hukuki durumu çözmeyeceği hususu ifade edilmektedir.

Taraflar arasındaki işlem, menfi tespit veya muafiyete konu edilmiş, 4 üncü madde kapsamında "işbirlikçi ortak girişim" olarak nitelendirilebilecek bir anlaşma olup, Kurul da 1999 yılında bu nitelendirmeyi tescil etmiş ve karar altına almıştır.

Herşeyden önce Kurul henüz yargıda esastan karara bağlanmamış bir hususta tamamen farklı bir nitelendirmeye, aynı konuda karar almamalıdır. Her ne kadar Kurul Kararı hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmemiş ise de, alınan önceki kararın gereği olarak yeni bir değerlendirme yapılmaması gerekirdi. Yargı davayı sonuçlandırıldığında, anlaşmanın menfi tespit alabileceğine hükmederse, şimdi alınan kararla çelişki doğmuş olacaktır. Dava konusu kararda 4 üncü madde, şimdi ise 7 nci madde bağlantısı kurulmaktadır. Dolayısıyla bu başvurunun değerlendirmeye alınmaması ve reddedilmesi gerekirdi.

Taraflar, tanınan muafiyet süresi dolduğu için, muafiyetin yenilenmesi amacıyla başvurmak durumunda idiler. Ayrıca bir yıl gecikme söz konusu olduğundan, geç bildirim veya bildirmeme cezasının da gündeme getirilmesi gerekirdi. Halbuki, taraflar işlemin farklı şekilde nitelendirilmesine yönelik değişik bir başvuruda bulunmuşlardır.

Kurul'un 1999 yılında almış olduğu bir kararı, karar konusu olayda (anlaşmada) hiçbir unsur, özellik değişmemesine rağmen, başka bir madde kapsamına alarak farklı şekilde sonuçlandırması, Kurul Kararları'nın güvenilirlik ve istikrarlılığıyla, kuralların objektif ve ilkesel uygulanmasıyla bağdaşmaz.

Kurul, bu başvuruyu daha önce karara bağlanan teşebbüs başvurusundan bağımsız ve 5 yıllık sürenin bittiği gerekçesiyle, yargının sonuçlanmasını beklemeksizin, farklı bir nitelendirmeyle sonuçlandırmamalıdır. Aksi halde, 4 üncü madde kapsamında aykırı görülen her anlaşma, yeni bir başvuru sonucu, 7 nci madde kapsamına sokularak mevzuata uygun hale getirilmiş olacaktır.

Yukarıda açıkladığım gerekçelerle başvurunun reddi gerekmesine rağmen, bunu değerlendirmeye alarak "izne tabi olmayan yoğunlaştırıcı nitelikte bir birleşme-devralma" şeklinde nitelendiren çoğunluk görüşüne katılmam mümkün olmamıştır. (19.07.2004)

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi