

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN KONTROLÜNDE
TAAHHÜT MEKANİZMASI**

**DENİZ ÖZKAN
111615017**

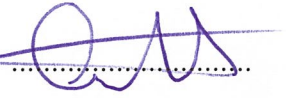
Doç. Dr. Kerem Cem SANLI

**İSTANBUL
2019**

Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Taahhüt Mekanizması
Remedy Mechanism in Merger Control

Deniz Özkan
111615017

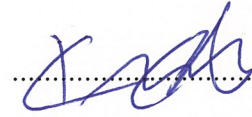
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Yalçın TOSUN
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Dr. Öğr. Üyesi Kadir BAŞ
Marmara Üniversitesi

(İmza) 

Tezin Onaylandığı Tarih : 17 Haziran 2019

Toplam Sayfa Sayısı : 140

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Birleşmeler
- 2) Birleşme Kontrolü
- 3) Taahhütler
- 4) Elden Çıkarma
- 5) Yapısal Taahhütler
- 6) Davranışsal Taahhütler

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Mergers
- 2) Merger Control
- 3) Remedies
- 4) Divestiture
- 5) Structural Remedies
- 6) Behavioural Remedies

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
ABSTRACT	ix
ÖZET	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6
1.1. BİRLEŞMENİN TANIMI VE KAPSAMI.....	6
1.2. BİRLEŞME TÜRLERİ.....	11
1.2.1. Yatay birleşmeler	11
1.2.2. Yatay olmayan birleşmeler.....	12
1.3. BİRLEŞMELERİN DENETLENMESİ	15
1.3.1. İzne tabi birleşmeler	18
1.3.2. Hakim durum testi	23
1.3.3. Pazar payları ve pazar gücü.....	27
1.3.4. Tek taraflı etkiler	29
1.3.5. Koordinasyon doğurucu etkiler	34
1.3.6. Etkinlik savunması.....	35
İKİNCİ BÖLÜM	40
2.1. TAAHHÜT KAVRAMI.....	42
2.1.1. Uzlaşma ve taahhüt ilişkisi bakımından değerlendirme	42
2.1.2. Rekabet hukuku ihlallerinde taahhüt bakımından değerlendirme	44
2.1.3. Birleşmelerde taahhüt.....	47
2.1.4. Koşullu izin, şart ve yükümlülük kavramları	48
2.1.4.1. Koşullu izin kararları	48
2.1.4.2. Şart kavramı.....	51
2.1.4.3. Yükümlülük kavramı	54
2.2. YASAL ÇERÇEVE	55
2.2.1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	55

2.2.2.	2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ	60
2.2.3.	Kurulun kabul edilebilir taahhütlere ilişkin kılavuzu	60
2.3.	TAAHHÜTLERİN SINIFLANDIRILMASI	61
2.3.1.	Taahhüt türleri	62
2.3.2.	Elden çıkarma	66
2.3.3.	Azınlık paylarının veya ortak girişimdeki payların elden çıkartılması	71
2.3.4.	Erişim ve lisans sağlanmasına ilişkin taahhütler	71
2.3.5.	Diğer taahhütler	76
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	81
3.1.	TAAHHÜTLERE İLİŞKİN GENEL İLKELER	81
3.1.1.	Taahhütlerin taraflarca sunulması prensibi.....	81
3.1.2.	Diğer prensipler.....	84
3.2.	BİRLEŞMELERİN BİLDİRİLMESİ	85
3.3.	BİRLEŞMELERİN RE'SEN İNCELENMESİ	89
3.4.	TAAHHÜTLERİN UYGULANMASI.....	91
3.4.1.	Uygun alıcıya devir	91
3.4.2.	Tarafların ara dönemdeki yükümlülükleri	95
3.4.3.	Denetleyici uzman	96
3.4.4.	Bağımsız yönetici	100
3.4.5.	Elden çıkarma uzmanı.....	101
3.4.6.	Taahhütlerde değişiklik yapılması	102
3.4.7.	Uyuşmazlıkların çözümü	105
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	106
4.1.	DIAGEO/MEY İÇKİ KARARI	107
4.2.	AFM/MARS KARARI	109
4.3.	DOSU MAYA KARARI.....	111
4.4.	AEH/MİGROS KARARI.....	115
4.5.	LUXOTTİCA/ESSİLOR KARARI	116
4.6.	TÜRKİYE DIŞINDA VERİLEN TAAHHÜTLER	119

SONUÇ.....	122
KAYNAKÇA.....	125

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AB Birleşme Tüzüğü	: Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü (No: 139/2004)
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Duyuru	: Kabul edilebilir taahhütlere ilişkin Komisyon duyurusu (Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004)
E.C.L.R.	: European Competition Law Review
Mülga Tebliğ	: 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ
HHI	: Herfindahl-Hirschman Endeksi
ICN	: Uluslararası Rekabet Ağı (International Competition Network)
ICN Rehberi	: International Competition Network Merger Working Group Merger Remedies Guide 2016 (Uluslararası Rekabet Ağı Birleşme Taahhütleri Rehberi 2016)
k.	: karşı
Kanun	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Kılavuz	: Birleşme/Devralmalarda Rekabet Kurulunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu

Kurum	: Rekabet Kurumu
L.J.	: Law Journal
m.	: madde
OJ.	: Official Journal
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development)
ÖYK	: Özelleştirme Yüksek Kurulu
para.	: Paragraf
Pişmanlık	
Yönetmeliği	: Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik
RG	: Resmi Gazete
RGM	: Avrupa Birliği Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (European Commission Directorate-General for Competition)
RGM Çalışması	: Avrupa Komisyonu Birleşme Taahhütleri Çalışması 2005 (European Commission Directorate-General for Competition Merger Remedies Study 2005)
S.	: Sayı
s.	: sayfa
t.	: tarih
Tasarı	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
Tebliğ	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ
TMSF	: T.C. Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
v. dğr.	: ve diğerleri

Vol. : volume

Yatay Birleşme

Kılavuzu : Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi
Hakkında Kılavuz

Yatay Olmayan

Birleşme Kılavuzu : Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların
Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz

ABSTRACT

Companies are increasingly involved in concentrations due to quickly changing economies. Some of these mergers carry the risk of limiting competition and would be subject to stricter scrutiny in merger control in one or several countries. Turkish law allows undertakings to offer certain remedies to remove the competition risks identified by the Competition Board. These remedies are sometimes structural such as divestiture and in other cases they might be behavioural such as undertaking not to make a certain conduct or enter into contracts. In some cases, a combination of structural and behavioural remedies can be found sufficient. There are also quasi-structural remedies such as granting licence or access. The Competition Board's merger policies and approach to merger remedies, as well as other competition authorities' worldwide change in parallel with the political and economic conjuncture.

The remedy mechanism explored in this thesis is an important tool in merger control. This mechanism creates a balance between the competition authority's aim to protect competition and undertakings' desire to enter into new mergers or enlarge their business.

As remedies mechanism is a part of merger control, we first explain definition of merger and issues to be reviewed during merger control in our thesis. We have aimed to cast light upon remedies particularly through our explanations in the first section. In the following sections, we clarified the concept of remedies, legal background in Turkish law, types of remedies, choice of remedies and implementation. In this section, we have also explained chosen decisions of the Competition Board in more detail. We tried to explain the importance of the case-by-case choice of remedies and implementation of the remedies.

This thesis is based on Turkish law. However we have also explained the reference laws where appropriate. We have also reviewed and explained certain *ex-post* remedy studies in the European Commission and worldwide. The Competition Board's decisions were helpful to understand the implementation and Turkish competition authority's approach.

Keywords: Concentration, Merger Control, Remedies, Divesture, Structural Remedies, Behavioural Remedies

ÖZET

Hızla değişen ekonomilerde Şirketler giderek daha fazla birleşme işlemine dahil olmaktadır. Bu birleşmelerin bir kısmı rekabeti engelleme riski taşımaktadır ve bir veya birden fazla ũlkede rekabet otoritesinin birleşme kontrolünde daha sıkı denetime tabi olmaktadır. Tũrkiye’de izne tabi birleşmeler iÇin teŐebbũslerin bazı taahhũtlerde bulunarak Rekabet Kurulu’nun rekabetÇi endişelerini ortadan kaldırma imkanı bulunmaktadır. Bu taahhũtler kimi zaman mal varlığının elden őkartılması gibi yapısal olabileceği gibi, bazen de teŐebbũslerin belli bir davranışta bulunmamasına veya sŕzleŐme yapmasına ilişkin davranışsal nitelikte olabilmektedir. Bazı durumlarda yapısal ve davranışsal taahhũtlerden oluşan bir taahhũt paketi yeterli bulunmaktadır. Ayrıca lisans veya erişim sağlanması benzeri yarı yapısal denilen taahhũt tũrleri de bulunmaktadır. Rekabet Kurulu ve dũnyadaki rekabet otoritelerinin birleşme politikaları ve taahhũtlere ilişkin tutumları zaman iÇinde politik ve ekonomik dengeler ile paralel olarak değişmektedir.

Tez őkaiŐmamızda ele aldığımız taahhũt mekanizması birleşmelerin kontrolünde ŕnemli bir araÇtır. Bu mekanizma rekabet otoritelerinin rekabeti koruma amacı ve teŐebbũslerin birleşme yoluyla yeni bir pazara girme veya pazarda bũyũme istekleri arasında bir denge kurulmasını sağlamaktadır.

Taahhũt mekanizmasının birleşme kontrolũnũn bir parÇası olması nedeniyle tez őkaiŐmamızda ŕncelikle birleşmelerin tanımı ve denetlenirken dikkate alan hususları incelemeyi tercih ettik. Özellikle tezin birinci bŕlũmündeki aŐıklamalarımız aracılığıyla taahhũtlere ilişkin incelememize ışık tutmayı amaŐladık. Tezin sonraki bŕlũmũnde taahhũt kavramına, Tũrk Hukuku’nda taahhũtlere ilişkin yasal dũzenlemelere, taahhũt tũrlerine, seŐimine ve uygulamaya ilişkin detaylara yer verdik. Bu bŕlũmde ayrıca seŐtięimiz bazı Rekabet Kurulu kararlarını daha detaylı inceledik. Tez őkaiŐmasında taahhũtlerin her işleme ŕzgũ olarak seŐiminin ve uygulanmasının ŕnemini aŐıklamaya gayret ettik.

Tez őkaiŐmamızda Tũrk Hukuku esas alınarak inceleme yapılmıştır. Ancak mehaz mevzuattan da yeri geldikŐe bahsetmeye gayret ettik. Avrupa Birliği’nde ve uluslararası alanda taahhũtlere ilişkin yapılan bazı *ex-post* őkaiŐmaları da inceledik

ve değerlendirmelerimizde yer verdik. Rekabet Kurulu kararları da uygulamaya ve Türk rekabet otoritesinin yaklaşımına ilişkin yol gösterici olmuştur.

Anahtar kelimeler: Birleşmeler, Birleşmelerin Kontrolü, Taahhütler, Elden Çıkarma, Yapısal Taahhütler, Davranışsal Taahhütler

GİRİŞ

Şirketler kendi kaynaklarını ve imkanlarını kullanarak faaliyet gösterdikleri piyasada büyüyebilir veya yeni piyasalara girebilirler¹. Alternatif olarak başka şirketleri, işletmeleri veya iş kollarını devralmayı, bu şirketler veya işletmeler ile birleşmeyi veya diğer teşebbüsler ile ortaklıklar kurmayı tercih edebilirler. Birleşme² veya yoğunlaşma olarak adlandırılan bu ikinci tip işlemler, ilgili piyasalarda rekabeti etkiledikleri ölçüde Türk rekabet hukukunun ana inceleme konularından birini teşkil etmektedir.

Türkiye ve Dünya cirosu belli büyüklüğün üzerinde olan teşebbüslerin birleşmesi Rekabet Kurumu (“**Kurum**”) tarafından *ex ante* kontrol edilmektedir³. İzne tabi bir birleşme Rekabet Kurulu’nun (“**Kurul**”) iznini almaksızın gerçekleştirilirse işlem geçersiz olmaktadır. Kurul izne tabi bir birleşme hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabeti engelliyorsa işlemi yasaklama yetkisine sahiptir.

İlerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere birleşmelerin piyasalarda kapsam ekonomisi, ölçek ekonomisi sağlaması gibi olumlu etkileri bulunmaktadır. Kimi zaman da Kurulun işlemde kaynaklanan rekabet endişeleri işlemin etkilediği bazı piyasalar ile sınırlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda Türk rekabet mevzuatında Kurula birleşme taraflarının rekabet endişelerini giderecek değişiklikleri yapması halinde birleşmeye koşullu olarak izin verme yetkisi

¹ E. Thomas Sullivan/Jeffrey L. Harrison, Antitrust and Its Economic Implications, LexisNexis, 5th Edition, Kasım 2008, s. 303.

² Birleşme kontrolü sadece dar anlamıyla birleşmeleri veya pay devirlerini kapsamamaktadır; ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere piyasalarda yapısal etki yaratabilecek iş kollarının, işletmelerin el değiştirmesi veya ortak girişim kurulması da belirli şartları sağlaması halinde birleşme kabul edilmektedir. Bu tez çalışması kapsamında, birleşme kavramı, tam işlevsel ortak girişimleri ve devralmaları da kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

³ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ’in 7. maddesi uyarınca, i) işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının 100 milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı 30 milyon TL’yi veya ii) devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun 30 milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun 500 milyon TL’yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

verilmiştir. Bu tez çalışması kapsamında birleşmelerde taahhüt veya çözüm olarak adlandırılan söz konusu mekanizma incelenmiştir.

Terminolojik olarak, Birleşme/Devralmalarda Rekabet Kurulunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz'da⁴ (“**Kılavuz**”) çözüm kelimesi tercih edilmiştir. Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde çözümler (*remedies*) “*Yürütülmekte olan bir inceleme, ön araştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin Kanun'un 4, 6 veya 7. maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermeleri ve bu taahhütlerin Kurul tarafından yeterli bulunması durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmaması, açılmış olan soruşturmaya son verilmesi ya da yoğunlaşmaya izin verilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Burada çözüm kavramının birleşmelerde uygulanan taahhütlerden daha geniş bir anlam ifade ettiği ve tüm rekabet ihlallerinin çözümünü kapsayan şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu itibarla çözüm kavramı rekabet sorununu çözmek için uygulanan adımlar olarak tanımlanabilir.

Kurul rekabet ihlallerini ihlal gerçekleşikten sonra incelemektedir. Bu nedenle, ihlallerde çözümler Kurul tarafından tek taraflı olarak belirlenmektedir. Kurul ilgili teşebbüsün ihlali sona erdirmesine ve koşullar oluşmuşsa teşebbüse ceza verilmesine karar vermektedir. Birleşmelerde taahhüt mekanizmasında ise, taahhütleri teşebbüslerin sunması esastır. Bir başka deyişle, taahhütlerin sunulması ve Kurulun kabul ettiği taahhütlere göre işlemin tamamlanması tarafların takdirindedir. Kurul bu konuda tarafları yönlendirebilir. Taahhütlerin rekabet endişelerini giderip gidermediğine ilişkin kararı vermek nihai olarak Kurulun yetkisi ve görevidir. Taraflar, Kurul izni alınmadan önceki dönemde henüz borçlandırıcı işlem ile bağlı oldukları için aralarındaki sözleşmeye tabi olarak işlemde vazgeçebilirler. Anılan nedenlerden ötürü, bu tez çalışmasında

⁴ Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz (Kabul tarihi: 16.6.2011, Karar sayısı: 11-37/792-RM(5)).

⁵ Rekabet Terimleri Sözlüğü
file:///C:/Users/dozkan/Downloads/Rekabet%20Terimleri%20S%C3%B6zl%C3%BC%C4%9F%C3%BC_3.Bask%C4%B1.pdf) Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2019.

terminolojik olarak çözüm (*remedies*) yerine taahhüt kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Kurulun birleşmelerde taahhüt mekanizmasına ilişkin kararları ve politikasının yakın tarihte hızla gelişim göstermiş olması konuyu bizim açımızdan ilgi çekici kılmıştır. Kurumun kuruluşundan bu yana yasakladığı birleşme sayısının⁶ azlığı dikkate alındığında, Kurulun birleşmelere izin verme eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan Kurulun son on yılda nihai incelemeye aldığı ve taahhütler çerçevesinde koşullu izin verdiği kararların sayısında artış görmekteyiz. Bu durumun iki temel sebebi olduğu kanaatindeyiz. Kurul artık taahhüt mekanizmasına aşınadır ve Avrupa Birliği Komisyonu (“**Komisyon**”) ve Amerika Birleşik Devletleri (“**ABD**”) uygulamasını yakından takip etmektedir. İkinci olarak teşebbüslerin taahhüt sunmaya karar vermeleri halinde Kurulun rekabet endişelerini giderebilecek doğru taahhüdü, şart ve yükümlülükleri ve uygulama hükümlerini tespit etmek için elinde daha fazla kaynak bulunmaktadır. Kurulun yararlandığı başlıca ikincil kaynaklar arasında Kurul kararları, Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz⁷ (“**Yatay Birleşme Kılavuzu**”), Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz⁸ (“**Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu**”) ve Kılavuz bulunmaktadır.

Birleşmelerde taahhüt mekanizması doğru taahhüdün seçilmesi, uygulanması ve izlenmesi aşamalarından oluşmaktadır. Taahhütler bir mal varlığının elden çıkartılması gibi yapısal veya belli şartlar ile müşteriler veya rakipler ile sözleşme yapılması gibi davranışsal nitelikte olabilmektedir. Bazı

⁶ Kurul kuruluşundan bu yana izin vermediği başlıca birleşme kararları arasında Kurulun 03.11.2000 tarihli, 00-43/464-254 sayılı *Toros Gübre Sanayii* özelleştirme kararı; 20.12.2005 tarihli, 05-86/1192-344 sayılı *Van Çimento* kararı, 20.12.2005 tarihli, 05-86/1190-342 sayılı *Gaziantep Çimento* kararı, 20.12.2005 tarihli, 05-86/1188-340 sayılı *Ladik Çimento* kararı, 18.11.2009 tarihli, 09-56/1325-331 sayılı *Burgaz/Mey İçki* kararı, 20.06.2007 tarihli, 07-53/615-204 sayılı *İzmir Limanı Özelleştirmesi* kararı, 09.07.2015 tarihli, 15-29/421-118 sayılı *Setur* kararı; “DO6D-Topik Antiviraller“ ve “NRT” pazarları için yasaklama içeren 29.01.2015 tarihli, 15-05/59-26 sayılı *GlaxoSmithKline* kararı ve 09.11.2017 tarihli, 17-36/595-259 sayılı *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararı sayılabilir.

⁷ Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz (Kabul Tarihi: 04.06.2013, Karar Sayısı: 13-33/448-RM (7)).

⁸ Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz (Kabul Tarihi: 04.06.2013, Karar Sayısı: 13-33/449-RM (8)).

durumlarda yapısal ve davranışsal taahhütlerden oluşan bir taahhüt paketi de sunulabilmektedir. Ayrıca lisans veya erişim sağlanması benzeri yarı yapısal denilen taahhüt türleri de bulunmaktadır. Kılavuz'da yapısal taahhütlere öncelik verilmesine rağmen, davranışsal taahhütler tamamen dışlanmamıştır. Bu çalışmada taahhüt türleri ele alınmış ancak önemli olanın taahhüdün sınıflandırılması değil, doğru taahhüdü tespit etmek olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan, tez çalışması kapsamında teşebbüslerin birleşmeler dışında kalan rekabet ihlalleri için sunduğu veya Kurul tarafından bu ihlallerde belirlenen taahhütler incelenmeyecektir; benzer kurumlar olan uzlaşma, şartlı muafiyet kararları ve yan sınırlamalara ilişkin koşullar içeren Kurul kararları da tez çalışmasının dışında kalmaktadır.

Tarafların sundukları taahhütlerin Kurulun birleşmeden kaynaklanan rekabet endişelerini tam olarak gidermesi gerekmektedir⁹. Kurulun bu tespiti yapabilmesi için işlemde kaynaklanan etkileri ve pazarın birleşme öncesi ve sonrası yapısını incelemesi zorunludur. Kurulun birleşen taraflarca sunulan taahhütleri Kılavuz'da öngörülen temel prensipler çerçevesinde birleşme özelinde incelemesi gerekmektedir. Uygun taahhüt ve uygulaması birleşme ve pazarın yapısına göre değişiklik göstermektedir. Kurulun kararında taahhüdün kapsamı, uygulanması, izlenmesi ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin hususlara açıkça yer vermesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Tez çalışmamızda incelenen Kurul kararları ve Komisyon kararlarına ilişkin *ex-post* çalışmalar, söz konusu inceleme ve tespitinin her zaman kolay ve etkili olmadığını ortaya koymuştur.

Taahhüt mekanizması özünde rekabet endişesi doğuran işlemlere değişikliklere tabi olarak izin verilmesini sağlamaktadır. Doğru taahhüdün tespit edilmesi, ilgili piyasada anti-rekabetçi etkinin ortaya çıkmasını engellemek için, hatta başka anti-rekabetçi etkilerin ortaya çıkmaması için, Kurulun elindeki en önemli araçtır. Kurulun taahhütleri uygun bulmaması halinde işlemi yasaklama yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, taahhüt mekanizması teşebbüsler açısından izne tabii büyük yatırımlarını planlarken önem arz etmektedir.

⁹ Kılavuz para. 9.

Tez çalışması, giriş ve sonuç bölümleri hariç dört ana bölümden oluşmaktadır. Tezin birinci bölümünde rekabet hukuku bakımından birleşme kavramı ve birleşmelerin türlerinin yanı sıra birleşmelerin denetlenmesi başlığı altında birleşmelerin piyasalarda ortaya çıkardığı tek taraflı ve koordinasyon doğurucu etkiler incelenmiştir. İkinci bölümde taahhüt ve koşullu izin kavramları ve benzer kurumlar ile olan farklılıkları ve taahhüt türleri açıklanacaktır. Üçüncü bölümde taahhütlerin sunulmasında usul ile ilgili açıklamalar yapılacaktır. Üçüncü bölümde taahhütlere ilişkin genel ilkeler ve taahhütlerin uygulanması ele alınacaktır. Son olarak dördüncü bölümde seçilmiş Kurul kararlarına yer verilmiştir.

Tez çalışması konuyu Türk hukuku açısından incelemektedir. Ancak uluslararası birleşmelerin sayısında görülen artış ve Türk rekabet mevzuatının mehzaz olarak büyük oranda Avrupa Birliği (“**AB**”) mevzuatını esas alması, taahhüt konusunun sadece Türk hukuku bakımından incelenmesini yetersiz kılmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda mehzaz¹⁰ AB rekabet hukuku mevzuatı ve uygulamasının karşılaştırma yapmak amacıyla ve genel olarak gerekli görülen noktalarda açıklanmasına gayret gösterilmiştir.

¹⁰ Mustafa Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 312-315.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞMELERİN KONTROLÜ

Taahhütler birleşme kontrolünün bir parçasıdır. Bu nedenle öncelikle birleşme kavramının açıklanması tercih edilmiştir. Birleşme konusunun detaylı olarak incelenmesi bu tez çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Birleşme kavramı, birleşme türleri ve birleşmelerin denetlenmesi konularına genel hatlarıyla ve taahhütler konusuna ışık tutması amacıyla değinilecektir.

1.1. BİRLEŞMENİN TANIMI VE KAPSAMI

Rekabet hukuku bakımından birleşme, bir teşebbüsün veya onun ekonomik faaliyet yapmaya imkan veren biriminin kontrolünün bir diğer teşebbüsün eline geçmesi olarak tanımlanabilir¹¹. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹² (“**Kanun**”) ve rekabet hukuku mevzuatı uyarınca birleşme kavramı şirketler hukukuna göre daha geniş bir anlam ifade etmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹³ (“**TTK**”) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda¹⁴ (“**TBK**”) birleşmelerin nasıl yapılacağı, menfaat sahiplerinin hakları ve sonuçları düzenlenirken; Kanun piyasalardaki olası olumsuz etkileri nedeniyle birleşmeleri kontrol etmeyi amaçlamaktadır¹⁵. TTK bakımından teknik olarak birleşme sayılmayan¹⁶ pay devri¹⁷, mal varlığının veya ticari işletmenin bir kısmının veya tamamının devri¹⁸ rekabet mevzuatı bakımından birleşme sayılabilir.

¹¹ Tebliğ uyarınca ortak kontrol ve tam işlevsellik kriterlerini sağlayan ortak girişimler de birleşme sayılan hallerden biri olarak düzenlenmektedir.

¹² RG, t. 13.12.1994, S. 22140.

¹³ RG, t. 14.02.2011, S. 27846.

¹⁴ RG, t. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵ Ünal Tekinalp, “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyet’in 75. Yılı Armağanı, İstanbul, 1999, 779-787, s. 779; Orhan Çelik, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Turhan Kitabevi Yayınları, Birinci Bası, Şubat 1999, s. 127.

¹⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara Şubat 2013, Güncellenmiş 2. Baskı, s. 63-64.

¹⁷ Ercüment Erdem, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Rekabet Kurulu Tebliğleri AT Konsey Tüzüğü (4064/89), Beta Basım Yayım, 1. Baskı, Şubat 2003, İstanbul, s. 30-31.

¹⁸ Çelik (1999), s. 128.

Birleşme kavramının öğretide yapılan tanımları pazardaki yapısal değişikliği temel almaktadır. **Poroy/Yasaman** birleşmeleri yöntem ve ulaşılan sonuç bakımından değerlendirmekte ve kontrolün kalıcı olarak el değiştirdiği işlemlerin birleşme olduğunu belirtmektedir¹⁹. **Sanlı** ise, birleşmeyi ekonomik gücün el değiştirmesi yoluyla pazardaki rekabet sükülerinin azalması ve yapısal değişiklik meydana gelmesi olarak tanımlamaktadır²⁰. **Aslan**'a göre birleşmeler, bir işletmenin ekonomik gücünü diğer bir işletmenin ekonomik gücü ile birleştirerek daha büyük bir ekonomik güç elde etmesi ile meydana gelmektedir²¹. Son olarak **Ateş**, birleşmeleri bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün kontrolünü ele geçirmesi; o teşebbüs üzerinde belirleyici etki doğurabilecek güce sahip olması olarak tanımlamaktadır²².

Türk rekabet hukukunda birleşme sayılan haller ve öğretideki birleşme tanımları ışığında, pazarda yapısal değişiklik meydana gelip gelmediğinin tespiti için anahtar unsurun kontrolde kalıcı değişiklik meydana gelmesi olduğu anlaşılmaktadır²³. **Elhague/Geradin** kontrol değişikliğini birleşme öncesinde bağımsız kar motivasyonu olan ekonomik birimlerin ortak bir kar motivasyonuna yol açacak şekilde ortak kontrol altına girmesi olarak tanımlamaktadır²⁴. Tebliğ

¹⁹ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 379.

²⁰ Kerem Cem Sanlı, 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, Yayın No: 0049, Ankara, 2000, s. 317.

²¹ Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama ve Mevzuat Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, 2007, s. 538.

²² Mustafa Ateş, "Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 7, No: 2, 2008 Bahar, 47-76, s. 61.

²³ Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, Giriş Bölümü, 3. Paragraf, s. 1.

²⁴ Einer Elhauge/Damien Geradin, Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, s. 799.

uyarınca kontrol²⁵, birlikte veya ayrı ayrı, hukuken veya fiilen²⁶ (*de facto*) bir teşebbüs veya ekonomik birim üzerinde belirleyici etki uygulama imkanı veren araçlar ile sağlanabilir. Söz konusu araçlar şirket payı, malvarlığı, sözleşme²⁷ veya diğer bir yol olabilir. Kontrolün konusu, bir tüzel kişilik olabileceği gibi, ciro atfedilebilen ve bu nedenle pazarda yapısal değişikliğe neden olabilecek bir iş kolu, ticari işletme veya marka²⁸ gibi bir malvarlığı veya hak da olabilir.

Rekabet hukukunda birleşme kavramı, birleşmelerin kontrolünün çıkış noktası ve amacı ile bağlantılı olarak tanımlanmaktadır. Rekabet, bir piyasadaki teşebbüslerin özellikle arz ve kalite rekabetine ilişkin getirdikleri kısıtlamaları incelemektedir²⁹. Söz konusu kısıtlamaların fiyat artışına ve tüketici refahının

²⁵ Kontrol değişikliği, kontrol eden taraflarda veya kontrolün yapısında (ortak kontrol veya tek başına kontrol) meydana gelebilir. Kontrol doğrudan elde edilebileceği gibi, araç olarak kullanılan bir şirket, finansman kaynağı veya aile bağları aracılığı ile dolaylı olarak da elde edilebilir. Bu nedenle, Kurul, nihai kontrol eden pay sahibine ulaşıncaya kadar, taraf teşebbüslerin pay sahipliği ve kontrol yapılarını incelemektedir. Teşebbüslerin pay sahipliği yapısı her zaman kontrol yapısını yansıtmamaktadır; bu nedenle, oy hakları, pay sahipliği sözleşmeleri de dikkate alınmaktadır. Nitekim oy haklarının çoğunluğu devredilmese bile, teşebbüsün stratejik davranışlarını belirlemesini sağlayan özel haklara sahip imtiyazlı azınlık pay devirleri de kontrolün devrine yol açabilir. Uygulamada çoğunlukla ana pay sahibi atadığı yönetim kurulu üyeleri aracılığı ile şirketi kontrol etmektedir. Nitekim Komisyonun teşebbüsler arası yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin duyurusunun 22. paragrafında, milli hukuklarda şirketlerde kararların, şirketin yönetim organı tarafından şirket lehine alınması gerektiği belirtilmesine rağmen, oy haklarını ellerinde tutarak karar alma gücüne sahip kişilerin şirket üzerinde belirleyici etki uygulama imkanı olduğu belirtilmektedir (Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (2008/C 95/01)).

²⁶ Fiili (*de facto*) kontrole örnek olarak, %50'nin altında kalan azınlık pay devirlerinin hedef teşebbüsü kontrol etme imkanı sağladığı durumlar gösterilebilir. Kurulun 11.05.2006 tarihli, 06-33/410-107 sayılı **Gemplus** kararında, son üç yılda yapılan genel kurullara katılan veya kurulda temsil edilen pay sahibi oranının %80'i geçmemesi nedeniyle, Gemplus'ın %43,7 oranında payının Axalto'ya devredilmesi sonucunda Axalto'nun genel kuruldaki oy çoğunluğunu ve dolayısıyla, Gemplus'ın kontrolünü elde edeceği belirtilmiştir. Kurul, benzer şekilde, 12.10.2010 tarihli, 10-64/1355-498 sayılı kararında, uzun dönemli tedarik anlaşmaları, müşteriler veya tedarikçiler tarafından sağlanan krediler ve yapısal bağların da fiili kontrole yol açabileceğini belirtmiştir. Kurulu fiili kontrole ilişkin diğer kararları için bkz. Kurulun 15.06.2006 tarihli, 06-44/551-149 sayılı; 20.12.2006 tarihli, 06-92/1186-355 sayılı ve 14.04.2006 tarihli, 06-27/319-74 sayılı kararları.

²⁷ Burada iki bağımsız teşebbüs arasındaki herhangi bir konuya ilişkin ve bağımsız konularını değiştirmeyen yani kontrol devrine sebep olmayan anlaşmalar kastedilmemektedir. Hakimiyet sözleşmesi veya kira sözleşmesi gibi bir teşebbüsün kontrol yetkisinin başka bir teşebbüse devredilebileceği halleri ifade etmektedir.

²⁸ Kurulun 15.01.2002 tarihli, 02-02/19-4 sayılı kararı.

²⁹ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise Principle and Execution*, Harvard University Press, Massachusetts, Amerika Birleşik Devletleri (2008), s. 13.

azalmasına sebep olduğu kabul edilmektedir³⁰. Birleşmeler bakımından, piyasada bağımsız faaliyet gösteren teşebbüslerin³¹ bağımsızlıklarını kaybetmelerine sebep olacak şekilde hakimiyetin tek elde toplanması belirtilen kısıtlama riskini taşımaktadır. Kanun, birleşme denetimi ile teşebbüslerin hakim durum yaratarak veya mevcut hakim durumlarını güçlendirerek tüketicileri rekabetin faydalarından mahrum bırakmalarını engellemeyi³² amaçlamaktadır³³.

Rekabet hukukunda birleşmelerin hukuki görünümünden ziyade, ekonomik yönü önemlidir³⁴. İşlem öncesinde bağımsız olan teşebbüslerin hukuki kişiliklerinin değişmesinden bağımsız olarak, aynı ekonomik çatı altında bir araya gelmesi ile sonuçlanan her türlü işlem, sözleşme veya ortak girişim de rekabet hukuku anlamında birleşme sayılmaktadır³⁵. Bu nedenle teknik olarak birleşme sayılan grup içi birleşme işlemleri rekabet mevzuatının dışında kalırken, TTK'da birleşme düzenlemesine dahil olmayan pay devirleri birleşme tanımı kapsamına girmektedir. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ³⁶ ("**Tebliğ**") uyarınca birleşmenin iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi³⁷ veya kontrol değişikliği şeklinde meydana gelebileceği düzenlenmiştir. Rekabet şartlarında yapısal bir değişiklik meydana getirmeyen grup içi işlemler veya kontrolde değişiklik meydana getirmeyen diğer

³⁰ Hovenkamp (2008), 13-14.

³¹ Kanun'un 3. maddesi uyarınca, teşebbüs, ekonomik bir faaliyette bulunan, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim olarak tanımlanmaktadır. Teşebbüs bir gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, özel hukuka veya kamu hukukuna tabi olması mümkündür. Ayrıca, rekabet hukuku bakımından teşebbüs olarak addedilmek için kar elde etme amacı güdülmesi zorunluluğu yoktur, hayır işleri için kurulmuş bir dernek de teşebbüs sayılabilir (Ateş (2013), s. 199-200).

³² Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, para. 10.

³³ Bir başka deyişle Türk rekabet hukuku belli bir piyasadaki pazar gücünün tek elde toplanmasını ve rekabetin engellenmesini önlemeyi amaçlamaktadır (Metin Topçuoğlu/Nilgün Dolmacı, "Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin ve 2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2011, 91-124, s. 94).

³⁴ Sanlı (2000), s. 321; Erdem (2003), s. 315-316.

³⁵ Sanlı (2000), s. 323.

³⁶ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ (RG, t. 07.10.2010, S. 27722).

³⁷ Birleşme, iki farklı teşebbüsün yeni bir çatı altında veya birinin diğerine katılması yoluyla birleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

işlemler birleşme olarak kabul edilmemektedir³⁸. Öte yandan, kontrol hakkının devredildiği bir azınlık pay devri ise, birleşme olarak kabul edilebilmektedir.

Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'da³⁹ ("**Birleşme Sayılan Haller Hakkında Kılavuz**") ekonomik birlik görünümlerinin sadece sözleşmeler ile değil, çapraz hissedarlıklarla da güçlendirilebileceği belirtilerek, karşılıklı azınlık pay devirlerinin de birleşme olarak sayılabileceğine işaret edilmektedir. Bu durumda, çapraz azınlık pay devirlerinin⁴⁰ her iki şirketin de kontrol yapısında değişiklik meydana getirmesi, birleşme öncesinde bağımsız olan en az iki teşebbüsün tek bir ekonomik birlik çatısı altına girmeleri gerekmektedir; aksi halde Tebliğ kapsamında birleşme işlemi sayılmazlar.

AB rekabet hukuku bakımından, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma⁴¹ ("**ABİDA**") birleşmelere ilişkin düzenleme içermemektedir. Birleşmeler, teşebbüsler arası yoğunlaşmaları düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nde⁴² ("**AB Birleşme Tüzüğü**") düzenlenmektedir. AB Birleşme Tüzüğü'nde birleşme kavramı, teknik anlamı ile⁴³ (*amalgamation*), yoğunlaşma (*concentration*) ise, üst kavram olarak kullanılmaktadır⁴⁴. AB rekabet hukukunda birleşmeler, teşebbüslerin kontrolünde ve sonuç olarak pazarın yapısında kalıcı değişiklik meydana getirecek işlemleri kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır⁴⁵.

³⁸ Bkz. Tebliğ md. 5 – 6. Kurulun kontrol değişikliği olmaması nedeniyle birleşme olmadığına karar verdiği kararlarına örnek olarak bkz Kurulun 6.12.2006 tarih, 06-87/1120-325 sayılı kararı ve Kurulun 9.10.2007 tarih, 07-78/960-363 sayılı kararı.

³⁹ 11 Ekim 2013 tarihinde yayınlanan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz.

⁴⁰ Rakipler arası azınlık pay devirlerinin rekabete etkileri hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Selim Ünal, Sanayi İktisadı ve Rekabet Hukuku Açısından Rakipler Arası Azınlık Hisse Devirleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 93, Ankara 2008, s. 8 vd.

⁴¹ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ. C 326 , 26 October 2012 P. 0001 – 0390.

⁴² Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ. of the European Union 29.1.2004, L 24/1. Yoğunlaşmalar, AB Birleşme Tüzüğü'nün 20. paragrafında ilgili teşebbüsün kontrolünde ve dolayısıyla, pazarın yapısında değişiklik meydana getiren işlemler olarak tanımlanmaktadır.

⁴³ Gönenç Gürkaynak v.dğr., "2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi", Rekabet Dergisi 2012, 13(4): 97-155, s. 100-101.

⁴⁴ Erdem (2003), s. 31.

⁴⁵ Edurne Navarro Varona v.dğr., Merger Control in the European Union: Law, Economics and

1.2. BİRLEŞME TÜRLERİ

Birleşme türleri tarafların faaliyetleri arasındaki coğrafi ve ürün veya hizmet örtüşmesine⁴⁶ bağlı olarak yatay, dikey ve aykırı⁴⁷ olarak sınıflandırılmaktadır⁴⁸. Bu sınıflandırma esasen birleşmelerin pazar veya pazarlar üzerindeki etkisi bakımından yapılmaktadır. Bir birleşmenin aynı anda yatay ve dikey etkilerinin olması da mümkündür⁴⁹.

1.2.1. Yatay birleşmeler

Aynı veya ikame ürün veya hizmet üreten ve aynı coğrafi pazarda rekabet eden teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler yatay birleşmeler olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Bir başka deyişle rakip teşebbüsler arasındaki birleşmeler yatay birleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Yatay birleşmeler ilgili pazardaki en az bir oyuncunun azalmasına neden oldukları için rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin diğer birleşme türlerine göre daha yüksek olduğu kabul edilmektedir⁵¹.

Yatay birleşmeler neticesinde teşebbüslerin operasyonları da birleşmektedir. Birleşen teşebbüs kapsam ve ölçek ekonomisinden faydalanarak

Practice, Oxford University Press, Second Edition, 2005, s. 7. AB rekabet uygulamasında kalıcı değişiklik, yapısal değişiklik, yeni ekonomik birimin hukuki ve ekonomik bağımsızlığı kriterleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ae. s. 8 vd.

⁴⁶ Birleşmelerin kontrolünde ilk adım ilgili pazarın tanımlanmasıdır. Bu tanım rekabet analizinin yapılacağı sınırları belirler. İlgili pazarın, ürün pazarı ve coğrafi pazar olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Ürün pazarı, tüketicinin gözünde ikame olarak sayılan ürünlerin oluşturduğu pazar olarak tanımlanırken; coğrafi pazar, teşebbüslerin mal veya hizmetlerini arz ettiği ve diğer bölgelerden ayırt edilebilen homojen bölgeleri ifade etmektedir. İlgili pazarın tanımlanması ile teşebbüsler üzerindeki rekabetçi baskıların inceleneceği alanın ürün ve coğrafi yönden sınırları çizilmektedir. İlgili pazar tanımlandıktan sonra taraflar arasındaki örtüşen pazarlar görülecek, hakim durum ve rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmayacağı analizi söz konusu pazarlar çerçevesinde yapılacaktır.

⁴⁷ Aykırı birleşmeler, karma veya konglomera birleşmeler olarak da anılmaktadır. Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da ise, aykırı birleşmeleri ifade etmek için çok pazarlı birleşmeler terimi kullanılmıştır. Tez çalışması kapsamında, bu birleşme türü için aykırı birleşme terimi kullanılacaktır.

⁴⁸ Aslan (2007), s. 535-537; Sanlı (2000), s. 318.

⁴⁹ Richard Whish/David Bailey, Competition Law, Seventh Edition, Oxford University Press, 2011, s. 810.

⁵⁰ Sullivan/Harrison (2008), s. 303, Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, West Academic Publishing 2017, s. 466-467.

⁵¹ Sanlı (2000), s. 318; Remzi Özge Arıtürk, Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin

fiyatlarını düşürebilir⁵². Öte yandan birleşen teşebbüsün artan pazar gücü ile doğru orantılı olarak, tüketicilerin talepleri sabit kalsa bile, fiyatlarını artırma kabiliyeti ortaya çıkmaktadır. İlerleyen bölümlerde birleşmelerin denetlenmesi kapsamında yatay birleşmelerin tek taraflı ve koordinasyon yaratıcı rekabet karşıtı etkileri ele alınacaktır.

1.2.2. Yatay olmayan birleşmeler

Birbirleri ile doğrudan rekabet etmeyen teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler yatay olmayan birleşmeler olarak adlandırılmaktadır⁵³. Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu'nda da ele alındığı üzere, yatay olmayan birleşmeler, dikey birleşme veya aykırı birleşme şeklinde ortaya çıkabilir.

Dikey birleşmeler, bir ürüne veya hizmete ilişkin üretim zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında meydana gelir. Dikey birleşmelerde birleşme tarafları genel olarak birbirlerinin üst ve alt pazarlarında faaliyet göstermektedir⁵⁴. Bir üreticinin ham madde tedarikçisi ile birleşmesi üst pazarda birleşme olacaktır. Üreticinin dağıtıcısı ile birleşmesi ise alt pazarda dikey birleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde havayolu işleten bir teşebbüs bir havalimanı ile birleştiğinde, tek bir teşebbüs hem havayolu işletmeciliği pazarında hem de havalimanı işletmeciliği pazarında faaliyet göstermeye başlayacaktır.

Aykırı birleşmeler birbirleri ile ilişkili olmayan farklı mal veya hizmet pazarlarında faaliyet gösteren iki teşebbüs arasında gerçekleşen birleşmelerdir⁵⁵. Bir başka deyişle, aykırı birleşmeler aynı pazarda (yatay) veya bir pazarın alt ve üst pazarlarında (dikey) faaliyet göstermeyen teşebbüsler arasında meydana gelen birleşmelerdir⁵⁶. Aykırı birleşmelerde birleşen tarafların sundukları ürün veya

Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 91, Mayıs 2009, Yayın No: 0225, s. 4.

⁵² Sullivan/Harrison (2008), s. 303.

⁵³ Sullivan/Harrison (2008), s. 303.

⁵⁴ Hovenkamp (2017), s. 359.

⁵⁵ Sullivan/Harrison (2008), s. 305.

⁵⁶ Salim Aydemir, Konglomera Birleşmeler, Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol, Rekabet Kurumu

hizmetler tamamlayıcı nitelikte olabilir veya aynı ürün için farklı coğrafi pazarlarda faaliyet gösteriyor olabilirler veya tamamen farklı, birbiriyle ilgisi olmayan pazarlarda ortaya çıkabilir⁵⁷. Faaliyetleri birbirlerinden tamamen farklı teşebbüsler arasında gerçekleşen aykırı birleşmelere saf aykırı birleşmeler de denilmektedir⁵⁸.

Dikey birleşmelerin genellikle rekabeti olumsuz etkilemediği; maliyet ve dağıtım etkinlikleri meydana getireceği kabul edilmektedir⁵⁹. Doğrudan rekabetin ortadan kaldırılmaması nedeniyle yatay olmayan birleşmelerin rekabeti azaltma riski yatay birleşmelere göre daha düşüktür⁶⁰. Öte yandan rekabet literatüründe ve uygulamasında dikey birleşmelerin piyasalardaki rekabeti nasıl etkilediğine ilişkin görüş farklılıkları vardır⁶¹. Yatay olmayan birleşmeler rekabeti başka şekillerde engelleyebilir, bozabilir veya ortadan kaldırabilir⁶². Yatay olmayan birleşmeler potansiyel rekabeti engelleyebileceği gibi, giriş engeli yaratabilir ve koordinasyonu kolaylaştırabilir.

Kurul yatay olmayan birleşme sonucunda birleşen teşebbüsler ilgili pazarlardan en az birinde hakim durumda olmadıkça birleşmenin rekabeti olumsuz şekilde etkilemeyeceğini kabul etmektedir⁶³. Kurul kararlarında da dikey birleşmelerde rekabet karşıtı uygulamaların etki doğurabilmesi için birleşen tarafların yüksek pazarı payına sahip olmasına gerektiğini kabul etmektedir⁶⁴.

Doktrinde yatay olmayan bir birleşmede rekabetin olumsuz etkilendiği sonucuna varmak için rakibin piyasa dışına çıkması veya satışlarının azalmasının yeterli olmadığı ve işleme özgü olumlu ve olumsuz etkilerin de incelenmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁵. Yatay olmayan bir birleşmenin yasaklanabilmesi için fiyat artışı, araştırma geliştirmenin, ürün çeşitliliğinin ve kalitenin azalması veya

Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, 2005, s. 1-3.

⁵⁷ Aydemir (2005), s. 3-4.

⁵⁸ Aydemir (2005), s. 4.

⁵⁹ Whish/Bailey (2011), s. 819.

⁶⁰ Kurulun 09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı **Migros** kararı.

⁶¹ Kerem Cem Sanlı, "Havayolu Taşımacılığı Piyasasında Dikey Entegrasyon: Rekabet Kurulu'nun THY Hakkında Verdiği Üç Kararın Analizi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 108, 2011, 4661- 4733, s. 4667.

⁶² Sullivan/Harrison (2008), s. 303.

⁶³ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para. 25.

⁶⁴ Kurulun 09.02.2017 tarihli, 17-06/56-22 sayılı **Migros/Tesco Kipa** kararı.

⁶⁵ Sullivan/Harrison (2008), s. 303-304.

potansiyel rekabeti engelleme gibi doğrudan olumsuz etkiler meydana gelme ihtimali piyasa koşulları ve geçmiş uygulamalar da dikkate alınarak olabildiğince somut bir şekilde ortaya konmalıdır⁶⁶. Yatay olmayan birleşmelerin pazar kapama veya teşebbüsler arasında koordinasyonu artırması gibi rekabet karşıtı etkileri detaylı olarak aşağıda açıklanacaktır.

Aykırı birleşmelerin tek başlarına rekabeti bozucu etki yaratmadığı ancak portföy etkileri olabileceği kabul edilmektedir⁶⁷. Kurul uygulamasında portföy etkileri genellikle yatay birleşmeler çerçevesinde ele alınmıştır. Kurul *Diageo/Mey İçki*⁶⁸ kararında, işlemin yatay örtüşme olmayan pazarlarda da etki doğurma olasılığı bulunduğundan portföy etkisini incelemiştir. Kurul portföy etkisini, OECD değerlendirmesine dayanarak, “*hakim durum söz konusu olmasa da, tarafların pazar gücüne sahip olduğu komşu ya da ilişkili pazarlarda satılan ürünleri konu alan birleşmeler sonucu ortaya çıkabilecek rekabetçi ve rekabet karşıtı etkiler*” olarak tanımlamıştır. Kurul kararında birleşen teşebbüsün portföyünün genişleyeceğini ve derinleşeceğini belirtmiştir. Bu kapsamda, etkilenen pazarlardaki pazar gücünü kullanarak perakende satış noktalarında veya otel, kafe gibi açık satış noktalarında yatay veya dikey olarak etkilenmeyen alkollü içecek türlerinin satışını da etkileyebileceği, yani gücünün kaldıraç kuvveti olabileceği belirtilmiştir.

Aykırı birleşmelerin rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin farklı teoriler bulunmaktadır. Karşılıklılık (*reciprocity*) teorisine göre, birleşmeler işlem tarafları arasında belli ürünleri birbirlerinden alma ve diğer rakiplerden almama güdüsünü artırabilir⁶⁹ ve ilgili ürünü sağlayan diğer rakiplerin pazar dışına çıkmasına sebep olabilir. Öte yandan, birleşen teşebbüslerin birbirlerinden ürün tedarik etme potansiyelleri tek başına rekabeti engelleyici bir etken olarak kabul edilmemektedir.

⁶⁶ Pelin Güven, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 226 vd.

⁶⁷ Wei Wang, Merger Remedies in EU: Design under the Entire Competition Law Structure, Aalto University Publication Series, School of Business, Department of Accounting, Doctoral Dissertations 19/2016, Helsinki 2016, s. 43.

⁶⁸ Kurulun 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki/Diageo* kararı. Portföy etkilerini ele alan diğer kararlar için bkz. Kurulun 21.08.2007 tarihli, 07-65/804-299 sayılı *Türk Demirdöküm/Vaillant Saunier* kararı ve Kurulun 08.09.2005 tarihli, 05-55/836-228 sayılı *P&G/Gillette* kararı.

⁶⁹ Sullivan/Harrison (2008), s. 305.

Birleşen teşebbüslerin sahip olacakları pazar gücünü ilgili pazarlardaki müşterilere ve diğer rakip sağlayıcıların aleyhine olacak şekilde kullanacaklarına işaret eden diğer inandırıcı delillerin ortaya konması gerekmektedir⁷⁰. Bir diğer teoriye göre, iki teşebbüsün kendi pazarlarında sahip oldukları gücü birleştirerek hakim şirket olmaları yasaklanmaktadır. Bu teorinin uygulanabilmesi için birleşen teşebbüslerin yüksek pazar gücüne sahip olmaları gerekmektedir. Toplam portföy gücü ilgili pazarlara yeni rakiplerin girmesini engelleyebilir veya rakipler bu gücün karşısında yetersiz kalabilirler⁷¹. Bu konudaki en güncel teoriye göre aykırı birleşmelerin potansiyel rakiplerin kaybına neden olması mümkündür⁷². Potansiyel rakipler birleştiğinde birleşen taraflar doğrudan rakip değildir, ancak pazara giriş yapma potansiyeli bulunmaktadır. Potansiyel rekabetin ortadan kalkması pazardaki teşebbüsler üzerinde arzı artırma ve fiyatı düşürme yönünde baskıyı da kaldırmış olmaktadır. Birleşen teşebbüs pazara yeni giriş yapmak ve daha rekabetçi bir büyüme yolunu tercih etmek yerine, hali hazırda faaliyet gösteren bir teşebbüsü satın almaktadır. Bu analiz modeli genellikle yoğunlaşmanın fazla olduğu pazarlarda yapılan aykırı birleşmeleri incelerken kullanılmaktadır⁷³.

1.3. BİRLEŞMELERİN DENETLENMESİ

Birleşmelerin büyük bir çoğunluğu rekabeti bozmamaktadır. Birçok rekabet hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukuku da birleşmeleri *per se* yasaklamamaktadır. Bu nedenle inceleme konusu birleşme rakip teşebbüsler arasında gerçekleşse bile rekabet hukuku ihlallerinden farklı değerlendirilmektedir. Örneğin iki rakip teşebbüsün bir araya gelip fiyat karteli kurmaları halinde bu davranış *per se* ihlal sayılacak ve yasaklanacaktır. Aynı iki rakip teşebbüsün birleşmesine ise izin verilebilmektedir. Bunun temel sebebi birleşmelerin olumlu

⁷⁰ A.g.e, s. 305.

⁷¹ A.g.e, s. 305.

⁷² A.g.e, s. 306.

⁷³ A.g.e, s. 306.

etkileri olduğunun kabul edilmesidir⁷⁴. Birleşme ile elde edilen ölçek ekonomisi⁷⁵ teşebbüslerin maliyetlerini azaltmasını sağlar ve birleşen teşebbüslerin büyük rakipler ile eşit şartlarda rekabet etmelerine imkan verebilir⁷⁶. Diğer yandan birden fazla ürünün üretimi ve dağıtımının aynı çatı altında yapılması ayrı ayrı yapılmasından daha az maliyetli olacağı için kapsam ekonomisinden de faydalanılmaktadır⁷⁷. Birleşmelerin teknoloji ve araştırma ve geliştirme faaliyetlerine katkı sağlanması, ürün portföyünün veya dağıtım ağının genişlemesi gibi başka olumlu etkileri de bulunmaktadır⁷⁸.

Birleşmeler pazardaki yoğunlaşmayı artırdığı için piyasalarda olumsuz etkileri de olmaktadır. İki teşebbüsün birleşmesi ekonomik gücün tek elde toplanmasına yol açabilir ve bu nedenle ekonomik etkinliği azaltabilir; fiyatların artmasına ve arzın düşmesine sebep olabilir⁷⁹. Teşebbüsler arasındaki rekabetin azalmasının, verimliliğin ve teknolojik gelişmenin azalması gibi başka olumsuz sonuçları da olabilir.

Birleşmelerin denetlenmesine ilişkin politikanın oluşturulması birbiriyle yarışan olumlu ve olumsuz etkilerin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Birleşmenin olumsuz etkileri dikkate alındığında birleşmenin yasaklanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Hakim duruma gelen teşebbüsün arzı artırma ve araştırma geliştirmeye yatırım yapma eğilimi, bu yönde güdüsünü artıracak sebeplerin olmaması halinde, azalacaktır⁸⁰. Teşebbüsün kapsam ekonomisinden faydalanabildiği maksimum bir nokta bulunmaktadır. Bu aşamayı geçtikten sonra kapsam negatifleri ortaya çıkmaya başladığı belirtilmektedir. Örneğin bir işletme belli bir büyüklüğe ulaştıktan sonra daha fazla çalışanı işe alması, yönetici pozisyonları açması ve

⁷⁴ Pelin Güven, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetken Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 66.

⁷⁵ Ölçek ekonomisi malın daha yüksek kapasite ile üretilmesi anlamına gelmektedir.

⁷⁶ Hovenkamp (2008), s. 207.

⁷⁷ A.g.e, s. 207.

⁷⁸ Sanlı (2000), s. 314; Aslan (2007), s. 533-534; ICN Merger Guidelines Workbook, 2006, s. 7 (Çevrimiçi <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf> Erişim Tarihi: 04.09.2013).

⁷⁹ İmren Seyrantepe, Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Savunmasının Rolü: Yatay Birleşmeler Temelinde Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 116, Yayın No: 281, Ankara 2012, s. 5.

⁸⁰ Sullivan/Harrison (2008), s. 22; Hovenkamp (2008), s. 14.

karmaşık iç denetim mekanizmaları oluşturması gerekecektir. Tüm bu çalışmaların büyüme ile gelen kapsam negatifleri olduğu ve verimliliği engellediği savunulmaktadır.⁸¹ Söz konusu artan masraflar büyüyen teşebbüsün fiyatları artırmaya sebep olabilmektedir. Ayrıca pazarda yenilik yapacak rakiplerin büyümesini veya yeni rakiplerin pazara giriş yapmasını engelleme güdeleri ve güçleri ortaya çıkmaktadır⁸². Yoğunlaşmanın fazla olduğu bir pazarda az sayıda teşebbüsün pazarı kontrol ettiği durumlarda da teşebbüslerin mevcut veya potansiyel rakiplere benzer giriş veya büyüme engelleri uygulaması mümkündür⁸³. Öte yandan piyasada birçok bağımsız, görece küçük teşebbüsün faaliyet göstermesi her zaman tüketici refahına katkı sağlamayabilir.

Türk rekabet hukukunda birleşmelerin denetimi Kanun'un 7. maddesinde düzenlenmektedir. Kanun'un yasal dayanağı ise Anayasa'nın⁸⁴ 167. maddesidir. Anılan madde Devlet'e piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevini yüklemektedir.

Kanun'un tam anlamıyla bir antitröst kanunu olarak yorumlanmaması gerekir; zira Kanun teşebbüslerin kendi kaynakları ve pazar koşulları sayesinde hakim duruma gelmelerini yasaklamamıştır. Kanun uyarınca hakim durumun⁸⁵ kötüye kullanılması veya birleşmeler yoluyla hakim duruma gelinerek veya mevcut hakim durum güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu düzenlemenin yer aldığı Kanun'un 7. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde

⁸¹ Tim Wu, The Curse of Bigness Antitrust In The New Gilded Age, Columbia Global Reports, New York, Amerika Birleşik Devletleri, 2008, s. 69-70.

⁸² A.g.e., s. 71-72.

⁸³ A.g.e., s. 72.

⁸⁴ RG, t. 09.11.1982, S. 17863.

⁸⁵ Hakim durum, Kanun'un 3. maddesinde, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır.

birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”

Kanun'un 7. maddesinde birleşmelerin Kurulun iznine tabi olan birleşmelerin hukuki çerçevesinin ikincil mevzuat ile düzenleneceği belirtilmiştir. Kurul bu kapsamda ilk olarak 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ'i⁸⁶ ("**Mülga Tebliğ**") çıkartmıştır. Mülga Tebliğ, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren ve takip eden yıllarda yapılan değişikliklerle halen yürürlükte olan Tebliğ ile ilga olmuştur.

Birleşmelerin denetlenmesi çerçevesinde bu bölümde öncelikle izne tabi birleşmeler ve ciro eşiklerine ilişkin güncel tartışmalar ele alınacaktır. Bölümün devamında hakim durum testi, tek taraflı ve koordinasyon doğurucu etkiler ve etkinlik savunması açıklanacaktır.

1.3.1. İzne tabi birleşmeler

Tüm birleşmelerin Kurulun iznine tabi olması ve yasaklanması gerekmemektedir⁸⁷. Belli büyüklükteki birleşmelerin pazardaki rekabetin azalmasına yol açacağı ve bu nedenle rekabet kuralları ile önlenmek istenen yoğunlaşmayı artırabileceği düşünülmektedir⁸⁸. Türk rekabet hukukunda birleşme taraflarının ciroları belirli eşikleri aşıyorsa ve kontrol değişikliği varsa birleşme izne tabidir. Bu kapsamda, kontrol değişikliği olsa ve hatta rekabeti azaltsa bile

⁸⁶ RG, t. 12.08.1997, S. 23078.

⁸⁷ Poroy/Yasaman (2012), s. 375.

⁸⁸ Sanlı (2000), s. 314; Aslan (2007), s. 533.

Tebliğ’de belirlenen ciro eşiklerinin⁸⁹ altında kalan birleşmeler bildirim ve Kurul’un iznine tabi değildir⁹⁰.

Özelleştirmeler⁹¹ yoluyla devralmalar da birleşme denetimi kapsamında incelenmektedir. Özelleştirmelerin birleşme kontrolüne tabi olmasının önemi özellikle önemli monopollerin özel sektörün kontrolüne geçtiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Örneğin Türk Telekom özelleştirmesinde⁹² altyapı işletimi ve sabit telefon şebekesi üzerinden ses hizmetleri gibi faaliyet gösterdiği alanlarda çok yüksek pazar payına sahip bir kamu teşebbüsünün kontrolü özel sektöre geçmiştir. Kurul, alıcıların ilgili pazarlarda faaliyeti olmaması nedeniyle, yoğunlaşma artışı olmayacağını belirterek işleme izin vermiştir. Bu karar işlem öncesinde fiili tekel olan Türk Telekom’un blok satış yöntemi ile özelleştirilmesi nedeniyle, özel tekel oluşumuna izin verildiği belirtilerek eleştirilmektedir⁹³. Doktrinde ayrıca Kurulun ön görüşünde⁹⁴ belirtilen şartlar yerine getirilmesine rağmen, şartların TTNET ile olan dikey bütünleşik yapının ayrıştırılması düzeyine çıkamadığı belirtilmektedir⁹⁵. Özelleştirme sonrasındaki dönemde Türk Telekom’un hakim durumunu kötüye

⁸⁹ Kural olarak izne tabi birleşmeler için işlem gerçekleşmeden önce Kurulun izninin alınması gerekmektedir. Tebliğ’in 7. maddesi uyarınca, i) işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının 100 milyon Türk Lirası’nı ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı 30 milyon Türk Lirası’nı veya ii) devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun 30 milyon Türk Lirası’nı ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun 500 milyon Türk Lirası’nı aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

⁹⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda Kurul iznine tabi olunmasına ilişkin bir istisna yer almaktadır. Anılan kanunun 19. maddesi uyarınca, birleşme veya devralmaya konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20’yi aşmaması halinde Kanun’un 7. maddesi uygulanmayacaktır (5411 sayılı Bankacılık Kanunu için bkz. RG, t. 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer).

⁹¹ Özelleştirmeleri düzenleyen tebliğ uyarınca, özelleştirme yoluyla devralma işlemlerinde özelleştirilecek teşebbüs veya mal veya hizmet üretimine yönelik birimin cirosunun 30 milyon Türk Lirası’nı aşması halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Kurulun görüşünün alınması zorunludur. Kurulun ön görüşünün alınmasının zorunlu olduğu özelleştirme yoluyla devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur (Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ; RG, t. 18.04.2013, S. 28622).

⁹² Türk Telekom’un %55 oranındaki payının blok satış yoluyla özelleştirilmesine Kurulun 21.7.2005 tarihli, 05-48/681-175 sayılı kararı ile izin verilmiştir.

⁹³ Bkz. aynı karar için Rıfki Ünal’ın karşı oy gerekçesi.

⁹⁴ Kurulun 2.9.2004 tarihli, 04-57/797 sayılı görüşü.

⁹⁵ Esmâ Temel, Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 135, Ankara, 2012, s. 60.

kullanmasına ilişkin yürütülen soruşturmalar ve Kurul kararları⁹⁶ da piyasanın rekabetçi olmadığını ortaya koymaktadır. Her ne kadar ilgili pazar ve tarifeler Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından düzenlenmekte olsa da birleşme sonrası yapılan şikâyetler ve Kurul değerlendirmeleri Türk Telekom'un faaliyet gösterdiği pazarlarda rekabetin sağlıklı bir şekilde sürmediğine işaret etmektedir.

Kurulun birleşmeleri *ex ante* denetleme yetkisi⁹⁷ Kurulun piyasalardaki rekabeti korumak için elinde bulunan en önemli araçlardan biridir⁹⁸. İlerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere Kurulun izinsiz gerçekleştirilen bir birleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak yapısal değişiklik meydana geldikten sonra değişikliğin fiilen veya hukuken sona erdirilmesi her zaman kolay olmayabilmektedir⁹⁹. Birleşmelerin *ex ante* denetlenmesinin hukuki belirliliği artırdığı belirtilmektedir¹⁰⁰.

Ekonomi ve piyasalardaki dijital dönüşüm ile birlikte ciro eşiği sistemi birleşmelerin kontrolünde efektif denetim sağlamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Özellikle *Facebook/Whatsapp*¹⁰¹ birleşmesinden sonra bu yöndeki eleştiriler yoğunluk kazanmıştır. Tartışmanın ana odağı teknoloji veya dijital pazarlarda faaliyet gösteren ve henüz cirosu olmayan veya cirosu düşük olan teşebbüslerin büyük teknoloji şirketleri tarafından satın alınması halinde, ciro eşikleri nedeniyle Komisyonun denetiminden kaçma riskidir¹⁰². Avrupa

⁹⁶ Kurulun 5.1.2006 tarihli, 06-02/47-8 sayılı kararı; Kurulun 19.11.2008 tarihli, 08-65/1055-411 sayılı kararı; Kurulun 21.10.2009 tarihli, 09-48/1206-306 sayılı kararı; Kurulun 12.1.2010 tarihli, 10-04/36-16 sayılı kararı.

⁹⁷ Tebliğ'in 10/6. maddesi uyarınca borsada seri işlemler aracılığıyla gerçekleştirilen alımlar için işlemler gerçekleşikten sonra Kurula bildirim yapma ve izin alma imkanı getirilmiştir. Bu imkan *ex ante* denetimin istisnasını teşkil etmektedir. Teşebbüsler söz konusu imkandan faydalanabilmek için işlemi gecikme olmaksızın Kurula bildirmelidir ve oy haklarını, yatırımların tam değerinin korunmasını sağlamak amacıyla Kurul kararıyla tanınacak bir istisnaya dayanarak kullanılması hariç, kullanmamalıdır.

⁹⁸ Nazlı Aksoy v.dğr, "Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Kurumu Dergisi, Sayı: 25, 2006, 1-26, s. 2).

⁹⁹ Aksoy v.dğr (2006), s. 2.

¹⁰⁰ Jonathan Faull/Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, Third Edition, 2014, s. 544.

¹⁰¹ Facebook 600 milyon müşterisi olan Whatsapp'ı 19 milyar ABD Doları ödeyerek satın aldı. Whatsapp'ın cirosu nedeniyle işlemin Komisyona bildirilmesi gerekmedi; ancak, Komisyon AB Birleşme Tüzüğü madde 4/5 uyarınca, birleşmeyi incelemeye aldı ve COMP/M. 7217 sayılı, 03.10.2014 tarihli kararı ile izin verdi.

¹⁰² Ecem Süsoy Uygun, "Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü'nde Düzenlenen Ciro Eşiği Sistemi Yoğunlaşmaların Kontrolünde Ne Kadar Etkili?", Rekabet Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Aralık

Parlamentosu da rekabet politikasına ilişkin yıllık raporlarında bu konuya değinmiş ve Komisyon kararlarını eleştirmiştir¹⁰³. Avrupa Parlamentosu 16 Aralık 2015 tarihli raporunda dijital pazarlarda pazar gücü değerlendirmesinin pazar payı ve cirosunun ötesine geçtiğini ve bu pazarlardaki düşük cirolu start-uplardan bir kısmının geniş bir müşteri ve bilgi ağına sahip olduğunu belirtmiştir¹⁰⁴. Komisyon, özellikle dijital pazarlara ilişkin birleşmelerde satın alma bedeli, potansiyel giriş engelleri¹⁰⁵, veri ve veriye erişim, ilintili ağ etkilerinin ve ayrıca ilgili sektörde dünya çapında rekabet olup olmadığının yeni değerlendirme kriterleri olarak birleşme denetimine dahil edilmesi gerektiği görüşünü vermiştir.

Avrupa Parlamentosu 1 Mart 2018 tarihli raporunda da ciro eşiklerinin dijital pazarlar bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. Avrupa Parlamentosu Komisyonun ciro eşiklerini yeniden gözden geçirmesini ve işlemde etkilenecek tüketiciler ve işlemin değeri gibi diğer kriterlerin birleşme değerlendirmesine dahil edilmesini tavsiye etmiştir¹⁰⁶. Komisyonun bu konuda yürüttüğü çalışmada paydaşların çoğunluğu ciro eşiklerini geçmeyen işlemlerin ulusal düzeyde incelendiği ve Komisyona yönlendirildiği ve yeni eşiklerin Komisyona ilave idari yük getireceği gibi gerekçeler ile eşik sisteminin değiştirilmesi gerekmediğini belirtmiştir¹⁰⁷. Öte yandan AB'deki bazı ulusal mevzuat değişiklikleri bu konuda öncü olmuştur. Örneğin Almanya 2017 yılında rekabet kanununu değiştirmiş ve bu kapsamda, işlem değeri 400 milyon Avro'nun üzerinde olan ve hedef şirketin

2018, Ankara, 136-161, s. 154.

¹⁰³ A.g.e., s. 154.

¹⁰⁴ European Parliament, Annual report on EU Competition Policy (2015/2140(INI)) http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0368_EN.pdf. Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

¹⁰⁵ Giriş engelleri ölçek ekonomisi, batık maliyet, müşteri bağımlılığı, pazarlama masrafları veya mevzuattan kaynaklanan lisans zorunlulukları gibi yeni teşebbüslerin makul sürede pazara girip tekeli fiyatları dengelemesine engel olan hususlar olarak tanımlanmaktadır (Hovenkamp, (2017), s. 504-511).

¹⁰⁶ European Parliament, Annual report on EU Competition Policy (2018/2102(INI)) http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0474_EN.pdf. Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

¹⁰⁷ Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (2017) http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf. Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

Almanya’da önemli seviyede faaliyeti olduğu işlemlere izin alma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁸.

RGM’nin akademisyenler aracılığı ile hazırladığı dijital çağda rekabet politikası raporunda da AB birleşme mevzuatının denetiminden kaçan bazı birleşmelerin, özellikle dijital pazarlarda güçlü ağ etkilerinden faydalanan hakim durumdaki platformların yaptıkları birleşmelerin rekabeti olumsuz etkileyebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamdaki birleşmelerde alıcı ve hedef şirket doğrudan rakip olmasalar bile birleşmenin etkileri dikey ve konglomera etkiler ile sınırlı olmamaktadır. Bunlar dijital pazardaki güçlü alıcının hedef şirketin müşterilerini de kendi hizmetlerine çekmesine ve hakim durumunu güçlendirmesine sebep olabilmektedir¹¹⁰. Bahsedilen raporda hali hazırda birleşme kontrol eşiklerini değiştirmeden önce AB Tüzüğü’ndeki eşiklerin altında kalan birleşmeleri Komisyonun denetimine getirmeye imkan veren maddelerin uygulanması¹¹¹ ve Almanya gibi ülkelerdeki işlem değeri eşiklerinin performansının takip edilmesi önerilmektedir¹¹².

RGM raporu birleşmeler açısından zarar teorilerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin değişiklikler önermektedir. Birden fazla ürün veya hizmet içeren bir dijital platformun veya ekosistemin başarılı bir start-up şirketini satın alması halinde ağ etkileri genel olarak etkilenen tüm dijital pazarlara sirayet edebilir ve hakim durumun güçlenmesine, potansiyel rekabetin ve inovasyonun engellenmesine sebep olabilir. Bu yönde bir değerlendirme olması halinde tarafların etkinlik savunması aracılığı ile veya hedef şirketin satın alma olmasaydı

¹⁰⁸ OECD Annual Report on Competition Policy Developments in Germany, 2016, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2017\)30/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2017)30/en/pdf). Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

¹⁰⁹ Competition policy for the digital era, 2019, Jacques Crémer / Yves-Alexandre de Montjoye / Heike Schweitzer, <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Erişim tarihi: 11 Nisan 2019.

¹¹⁰ A.g.k., s. 121-122.

¹¹¹ AB Birleşme Tüzüğü madde 4/5 uyarınca, AB Birleşme Tüzüğü kapsamına giren bir birleşme üç üye ülkenin inceleme yetkisine giriyorsa, birleşme tarafları veya kontrolü devralan teşebbüs birleşmeyi Komisyonun incelemesini talep edebilir. Bu takdirde, Komisyon birleşmenin tamamı üzerinde inceleme yetkisine sahip olmaktadır. AB Birleşme Tüzüğü madde 22/1’de ise, bir veya birden fazla üye ülke birleşmenin üye ülkeler arasında ticareti etkilediğini ve kendi ülkelerindeki rekabeti önemli ölçüde azaltacağını değerlendiriyorlarsa birleşmeyi (sadece talepte bulunan üye ülkeler açısından) Komisyonun incelemesini talep edebilirler.

¹¹² A.g.k., s. 124.

pazar dışına çıkacağı savunularak aksi görüşü kanıtlamaları gerekmektedir¹¹³. Tartışmalar devam etmekte olup yakın zamanda AB seviyesinde birleşme kontrol eşiklerinin değişmeyeceği anlaşılmaktadır. Öte yandan gelişen teknoloji ve pazar dinamikleri kapsamında zaman içinde AB seviyesinde de ciro eşiklerinin değiştirileceği kanaatindeyiz. Kurum mehz AB mevzuatındaki değişiklikleri ve güncel gelişmeleri yakından takip etmektedir. AB mevzuatında ciro eşiklerinde değişiklik olması halinde Kurumun da değişiklikleri inceleyip Türk rekabet mevzuatına yansıtılması için çalışmalara başlayacağını öngörüyoruz.

1.3.2. Hakim durum testi

Kurul izne tabi bir birleşmeyi incelerken birleşme sonucunda hakim durum olarak ifade edilen pazar gücüne ulaşıp ulaşılmadığını veya mevcut hakim durumun güçlenip güçlenmeyeceğini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Birleşmenin pazar üzerindeki etkileri ilgili pazarın sınırlarına ve özelliklerine göre değişiklik gösterebilmektedir¹¹⁴. Kurul öncelikle ilgili ürün ve coğrafi pazarı belirlemektedir; sonrasında teşebbüslerin bu pazardaki gücünü ve birleşmenin rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirmektedir. İlgili coğrafi ve ürün pazarının belirlenmesinin amacı rekabet baskısının sınırlarının; o pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ve pazar koşullarının tespit edilmesidir.

Rekabet hukuklarında birleşmelerin analizinde genel olarak iki tür test kullanılmaktadır. Bunlardan bir tanesi rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi, diğeri ise hakim durum testidir. Rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinde birleşmenin rekabeti azaltıp azaltmayacağı ve fiyatların yükselip yükselmeyeceği önemlidir. Hakim durum testinde ise, birleşme sonrasında hakim durum gücüne ulaşıp ulaşılmadığı veya bu gücün artırılıp artırılmadığı ve bu durumun rekabet üzerindeki etkisi araştırılmaktadır.

¹¹³ A.g.k., s. 121-123.

¹¹⁴ İlgili pazarın detaylı olarak incelenmesinin bu çalışmanın kapsamının dışında olacağı kanaatindeyiz.

Türk rekabet hukukunda birleşmelerin kontrolünde esasa ilişkin test olarak hakim durum testi benimsenmiştir. Birleşmenin yasaklanması için birleşen şirketlerin hakim durum eşiğini aşması ve bu nedenle rekabetin önemli ölçüde azaltıldığına ortaya konması gerekmektedir. Öte yandan Kurulun geçmiş yıllarda verdiği birleşme kararları incelediğinde, hakim durum testinin her zaman iki aşamalı uygulanmadığı ve hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren bir birleşmenin, rekabeti önemli ölçüde azaltacağına varsayıldığı görülmektedir¹¹⁵.

Hakim durum testinin nasıl uygulanması gerektiği doktrinde de tartışmalıdır. **Aslan** hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren bir birleşmenin *per se* rekabeti azaltacağını belirtmekte ve Kanun'da ayrıca rekabetin önemli ölçüde azaltılması kriterinin bulunmasının hatalı olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre hakim durum meydana geldiği veya mevcut hakim durumun güçlendirildiği tespit edildikten sonra, rekabetin azaltılıp azaltılmadığının ayrıca incelenmesi gerekmez¹¹⁶. Hakim durumda olan işletmeler için ise, bir ayırım yapmakta ve hakim durumun güçlenmemesi ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmaması şartıyla, hakim durumda olan bir teşebbüsün birleşmelere taraf olabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmayacağı kriterinin sadece hakim durumda olan bir teşebbüsün birleşme işlemine taraf olması halinde inceleneceğini belirtmektedir¹¹⁷. **Sanlı** hakim durumun rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına karine teşkil etmesini, rekabetin önemli ölçüde azaltılması kriterinin incelenmesi gerektiğini gösteren bir durum olarak savunmuştur. Bu kapsamda, hakim durumun bulunduğu veya güçlendiği tespit edilmesine rağmen bazı işlemlerin rekabetin önemli ölçüde azalmasına neden olmayabileceğini ve bu kriterin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁸. **Erdem**¹¹⁹ ve **Akıncı**¹²⁰ da benzer şekilde, sadece hakim durumun yeterli

¹¹⁵ Sanlı (2000), s. 343-344; Arıtürk (2009), s. 68.

¹¹⁶ Aslan (2007), s. 538-540.

¹¹⁷ Aslan (2007), s. 551.

¹¹⁸ Özellikle, işlem öncesi hakim durumdaki bir teşebbüsün düşük piyasa payı olan bir rakibini alması halinde doğal olarak hakim durum güçlenecektir. Bu durumlarda, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmayacağı ayrıca incelenmelidir (Sanlı (2000), s. 346).

¹¹⁹ Erdem (2003), s. 117.

¹²⁰ Ateş Akıncı, "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, S. 7, Ankara, Nisan 2000, 101-124, s. 104.

olmayacağı; ikinci kriter olan rekabetin önemli ölçüde azalmasının da incelenmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır.

Fikrimizce, Kanun'un açık hükmü uyarınca, Kurulun hakim durum incelemesi yaptıktan sonra, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmayacağını da değerlendirmesi gerekmektedir. Hakim durum tespiti yapılan bir pazarda birleşmenin rekabeti olumsuz etkilemeyeceğini karar vermek çok güçtür ancak iki aşamalı inceleme Kurulun rekabet karşıtı etkileri daha derinlemesine anlamasını sağlayacak ve taraflarca sunulması halinde taahhütlerin doğru değerlendirilmesine katkı sağlayacaktır. Nitekim Tebliğ'in 13. maddesinde, birleşmelerin değerlendirilmesinde hakim durum incelemesi yapılırken pazarın durumu, fiili ve potansiyel rekabet, pazarlara giriş engelleri ve tüketici yararına oluşacak etkinlikler gibi hususların göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Tebliğ'de sayılan bu ölçütler arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Kurulun her bir işlem bakımından somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapması gerektiği kanaatindeyiz¹²¹.

2004 yılındaki değişiklik öncesi AB'de de Türk rekabet hukukunda uygulanmakta olan hakim durum testi uygulanmaktaydı¹²². 2004 yılında AB Birleşme Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile birlikte hakim durum testinin yerini "etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi"¹²³ ("SIEC") testi almıştır¹²⁴. 2004 yılından itibaren hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi birleşmelerin yasaklanması için ön şart olmaktan çıkmıştır ve Komisyona rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşmeleri yasaklama yetkisi verilmiştir¹²⁵. Öte yandan AB Birleşme Tüzüğü etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin özellikle hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi halinde ortaya çıkacağını vurgulamaya devam etmiştir. Dolayısıyla AB rekabet hukukunda hakim durum testinin tamamen göz ardı edilmediğini;

¹²¹ Hakim durum testinin AB rekabet hukukunda 2004 öncesinde uygulanmasına ilişkin benzer bir tartışma için bkz. Luis Ortiz Blanco (Çevirmen: Andrew Read), *Market Power in EU Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, s. 69-75.

¹²² Arıttürk bu değişikliğin ana nedeninin, "hakim durum testinin anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri kapsamadığı yönündeki eleştiriler" olduğunu belirtmektedir. (Arıttürk (2009), s. 20).

¹²³ *Significant impediment to effective competition*.

¹²⁴ Faull/Nikpay (2014), s. 542.

¹²⁵ Varona v.dğr (2005), s. 144.; Blanco (2012), s. 68.

ancak, hakim durum testinin artık esasa ilişkin tek test olarak kabul edilmediğini söylemek mümkündür¹²⁶. Komisyon içtihatları ile belirlenen hakim durum testi de birleşmelerin kontrolünde dayanak noktası olmaya devam etmektedir¹²⁷. Komisyonun 2004 mevzuat değişikliği sonrası yayınladığı yatay birleşmeler kılavuzunda¹²⁸ da, birçok birleşmenin hakim durum nedeniyle yasak kapsamına girmeye devam etmesinin beklendiği ve hakim durumun rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının belirlenmesinde rekabetçi endişe standardı bakımından önemli bir gösterge olacağı açıkça belirtilmektedir.

AB Birleşme Tüzüğü öncesindeki tartışmalara benzer olarak, Türk rekabet hukukunda hakim durum testi, hakim durum olmadığı durumlarda rekabeti engelleyici etkilerin yasaklanmasına imkan vermemesi nedeniyle eleştirilmektedir. Bu durum özellikle birleşen teşebbüslerin pazarın ikinci ve üçüncü oyuncularını olduğu ve bu teşebbüsler arasındaki rekabetin, pazar lideri ile olan rekabete kıyasen daha fazla olması halinde gündeme gelmektedir¹²⁹. 2004 değişikliği sonrasında, Komisyonun hakim durum ortaya çıkmadığı hallerde de ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde etkileneceğine karar verdiği kararları bulunmaktadır. Komisyon *T-Mobile/tele.ring* kararında¹³⁰ bu yönde hareket etmiş ve birleşmeye taahhütler çerçevesinde izin vermiştir. Anılan kararda, birleşen teşebbüslerden tele.ring'in aykırı teşebbüs olması nedeniyle pazardaki diğer teşebbüsler üzerindeki rekabet baskısının azalacağı ifade edilmiştir.

Hakim durum testi bakımından bir diğer tartışmalı konu Kurulun birlikte hakim durum tespiti yaparak birleşmeleri yasaklayıp yasaklayamayacağıdır. Doktrinde Kanun'un 7. maddesinde birlikte hakim durumun yasal dayanağı olmadığı¹³¹; ancak, Kanun'un 3. maddesindeki hakim durum tanımında yer alan

¹²⁶ Whish/Bailey (2011), s. 864-867.

¹²⁷ A.g.e, s. 145.

¹²⁸ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004], OJ. C31/3.

¹²⁹ Gunnar Niels v.dğr, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 2011, s. 336.

¹³⁰ Komisyonun *T-Mobile/tele.ring* kararı, Case M. 3916, European Commission, [2007] OJ. L88/44 (Aynen alıntı: Ariel Ezrachi, EU Competition Law An Analytical Guide to the Leading Cases, Hart Publishing, Fourth Edition, 2014, s. 408-409).

¹³¹ Bu durumun nedeni, Kanun'un 7. Maddesindeki bir veya birden fazla teşebbüs ifadesinin sadece birleşen tarafları kapsamaması; ancak, birleşmeye taraf olmayan, piyasadaki diğer teşebbüsleri kapsamamasıdır.

“bir veya birden fazla teşebbüs” vurgusunun dayanak olarak düşünülebileceği belirtilmektedir. Bu nedenle Kurulun rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının önüne geçmek adına birlikte hakimiyet halinde, işlemi yasaklayabileceği savunulmaktadır¹³². Öte yandan, Kurulun birlikte hakimiyete dayanarak verdiği bir ret kararı¹³³ hakkında Danıştay, Kanun’da dayanak bulunmadığı gerekçesiyle yürütmeyi durdurma kararı vermiştir¹³⁴. Fikrimizce Danıştay’ın anılan yürütmeyi durdurma kararının, mahkemelerin genel görüşünü yansıttığını söylemek mümkün değildir¹³⁵. Tebliğ’in 13. maddesinin 2. fıkrasında açıkça “...tek başına veya birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye...” ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar birlikte hakim durumun Kanun’da açıkça düzenlendiğini söylemek mümkün olmasa da, mevzuat ve Kurul kararları çerçevesinde¹³⁶, Kurulun birlikte hakim durumu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, Kurulun birleşmelerde birlikte hakim durum incelemesi yapma imkanı olduğu kanaatindeyiz.

1.3.3. Pazar payları ve pazar gücü

Birleşmeler incelenirken öncelikle taraf olan teşebbüslerin ilgili pazardaki toplam pazar paylarına ve pazardaki yoğunlaşma oranına¹³⁷ bakılmaktadır. Pazar payları teşebbüsün pazar gücünü ortaya koymaktadır. Pazar gücü ise satışlarının yüksek fiyatın menfaatini azaltabilecek oranda düşmesine sebep olmayacak şekilde

¹³² Arıtürk (2009) s. 70; Hakan Sabuncu, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Yayın No:0126, Ankara, 2003, s. 58.

¹³³ Kurulun 20.12.2005 tarihli, 05-86/1188-340 sayılı *Ladik Çimento/Akçansa* kararı.

¹³⁴ Danıştay 13. Dairesi’nin 01.03.2006 tarihli, Esas No:2005/10038 sayılı yürütmeyi durdurma kararı. Danıştay 13. Dairesi’nin 09.07.2007 tarihli kararı uyarınca, Akçansa Çimento San. ve Tic. A.Ş. davadan feragat etmiştir.

¹³⁵ TÜSİAD’ın yatay birleşmelerin değerlendirilmesine ilişkin taslak kılavuzlara ilişkin görüşünde de Danıştay’ın söz konusu kararının yürütmeyi durdurma olduğu, nihai bir karar vermediği; ancak, yine de birlikte hakim durumun birleşmelerde uygulanabilir olmadığı belirtilmektedir (TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu Görüşü, 11.01.2013, İstanbul) (http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/YatayveYatayOlmayanBirlesmelerinDegerlendirilmesineiliskinTUSIADGORUSU.pdf Erişim Tarihi: 13.09.2014).

¹³⁶ Kurulun 11.07.2007 tarihli, 07-59/686-241 sayılı *Birleşik Oksijen/Linde Gaz* kararı; Kurulun 18.11.2009 tarihli, 09-56/1338-341 sayılı *Lafarge/Oyak* kararı.

¹³⁷ Birleşme sonrası pazar durumunu ifade etmektedir.

fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çekme imkanına sahip olması olarak tanımlanmaktadır¹³⁸.

Pazar gücü belirlenirken sadece pazar payına dayanılması iki sebeple sakıncalıdır. Öncelikle, pazar payı pazar gücünün tek göstergesi değildir. Pazar gücü aynı zamanda talep ve arz esnekliğine bağlıdır¹³⁹. Talep esnekliği düşükse, fiyatlar yükseldiğinde tüketiciler talebini başka bir ürüne kaydıramayacağı için pazar gücünün yüksek olduğu tespiti yapılabilir. Arz esnekliği ise, rakiplerin fiyat artışı halinde kendi ürünlerinin arzını artırma kapasitesi olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁰. Arz esnekliği ne kadar yüksekse, birleşen teşebbüsün pazar gücü o kadar düşük olacaktır. İkinci olarak ise, pazar payı ilgili ürün ve coğrafi pazarın tanımına göre değişiklik gösterebilir¹⁴¹. Pazarın yapısına, tanımına ve dinamiklerine ilişkin teşebbüsler ile Kurul arasında bilgi asimetrisi bulunmaktadır ve bu nedenle, Kurulun ilgili pazarı doğru tanımlaması her zaman kolay olmamaktadır.

Birleşmelerde rekabet endişesi doğuracak pazar payı ve yoğunlaşma eşikleri birleşmenin türüne göre değerlendirilmektedir. Birleşme neticesinde tarafların pazar payları toplamının %50'nin üzerinde olması hakim durum karinesi olarak kabul edilmektedir¹⁴². Yatay Birleşme Kılavuzu'nda da %50 üzerinde pazar payının hakim durumun göstergesi olabileceği belirtilmektedir. %40 ve %50 arasında rekabetçi kaygılar olabilir ancak pazardaki diğer rakiplerin durumu, kapasite kısıtlamaları ve birleşen teşebbüslerin birbirlerine yakın rakip olup olmadıkları değerlendirilecektir. Pazar payının %40'ın altında olması halinde, benzer kriterler çerçevesinde hakim durum tespiti yapılabilir. Birleşmeye taraf olan teşebbüslerin toplam pazar payının %20'nin altında olması halinde ise, teşebbüsün hakim durumda olmadığı varsayılmaktadır. Kurulun yerleşik uygulamasında %40'ın

¹³⁸ Sullivan/Harrison (2008), s. 23.

¹³⁹ A.g.e., s. 24-25.

¹⁴⁰ A.g.e., s. 24.

¹⁴¹ A.g.e., s. 24.

¹⁴² Yatay olmayan birleşmelerde bu oran %25'tir. Birleşme taraflarının ilgili pazarlardaki pazar paylarının %25'in altında olması halinde, yatay olmayan birleşmelerin rekabeti olumsuz etkileme ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmektedir.

altında pazar payına sahip teşebbüslerin hakim durumda olma ihtimalinin düşük olduğu değerlendirilmektedir¹⁴³.

Birleşme sonrası yoğunlaşma oranları da birleşmenin rekabete etkisi konusuna ışık tutmaktadır. Bu oranları değerlendirmek için bazı ölçütler kullanılmaktadır. Yatay Birleşme Kılavuzu uyarınca, yoğunlaşma oranlarının hesaplanması için CR4 oranı veya Herfindahl-Hirschman Endeksinin (“**HHI**”) kullanılabileceğini belirtmektedir. CR4 oranı, en büyük pazar payına sahip dört teşebbüsün pazar payları toplamını esas alırken; HHI yönteminde, pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının kareleri toplamı esas alınmaktadır. Kurulun bu yöntemlerden birini¹⁴⁴ veya her ikisini birlikte kullandığı kararları bulunmaktadır¹⁴⁵. HHI hesaplanırken önce mevcut pazar paylarının kareleri toplanmakta (pazarın mevcut durumu), sonra birleşme sonrası birleşen teşebbüslerin toplam pazar paylarının karesi diğer teşebbüslerin pazar paylarının karesi ile toplanmakta ve ikinci bir oran elde edilmektedir (birleşme sonrası yoğunlaşma oranı). HHI için belirlenen eşikler ve değişim oranları bu iki oran çerçevesinde incelenmektedir.

1.3.4. Tek taraflı etkiler

Birleşmelerin rekabete olumsuz etkilerini incelemek için kullanılan iki temel teori bulunmaktadır. Bu teoriler birleşme sonrasında pazardaki rekabetin ve teşebbüslerin davranışlarının nasıl olacağına ilişkin tahminlere dayanmaktadır. Birinci teori rakip iki teşebbüsün birleşip fiyatı yükseltebileceğini öngörmektedir. İkinci zarar teorisine göre birleşme sonrasında birleşen teşebbüsün fiyatı artırması neticesinde piyasadaki diğer oyuncular da fiyatı artırabilir¹⁴⁶.

Rakiplerin, fiyatı birleşen teşebbüs ile anlaşmadan artırma kabiliyeti, işbirlikçi olmayan oligopollerdeki tek taraflı etki olarak adlandırılmaktadır. Yatay Birleşmeler Kılavuzu uyarınca, tek taraflı etkiler, tek başına hakim durum yaratarak veya mevcut hakim durumu güçlendirerek ortaya çıkabilecek tek taraflı etkileri

¹⁴³ Örneğin Kurulun 22.01.2015 tarihli, 15-04/52-25 sayılı *Bekaert/Çelikord* kararı.

¹⁴⁴ Kurulun 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki/Diageo* kararı.

¹⁴⁵ Kurulun 03.08.2000 tarihli, 00-29/308-175 sayılı *Glaxo/SmithKline* kararı.

¹⁴⁶ Hovenkamp (2008), s. 211-212.

kapsamaktadır. Birleşme olmasaydı fiyat yükselmesi nedeniyle müşterilerin taleplerinin en azından bir kısmının rakiplerden birine kayabileceği düşünülebilirdi ancak birleşme neticesinde rakip sayısı azaldığı için taleplerden de birleşen teşebbüsün faydalanması ve dolayısıyla rekabetçi baskının ortadan kalkması ihtimali ortaya çıkmaktadır¹⁴⁷.

Yatay birleşmelerde birleşen teşebbüs üzerindeki rekabetçi baskının azalması neticesinde, pazar gücünü tüketici aleyhine kullanabilme imkanı ortaya çıkabilir. Pazar gücü artan teşebbüs fiyatları artırabilir veya arzı, kaliteyi, ürün çeşitliliğini veya yenilikleri azaltabilir¹⁴⁸. Pazar gücünün birleşme sonucunda tek taraflı etki ortaya çıkartacak seviyeye geleceğinin tespiti için pazar paylarının yanı sıra, özellikle giriş engellerine, tarafların yakın rakip olup olmadığına, talep esnekliğine ve diğer rakiplerin durumuna bakılmalıdır.

Dikey birleşmelerin pazar üzerinde iki olumsuz etkisi olabileceği kabul edilmektedir. Birinci olarak dikey birleşmeler pazarı kapamaya yol açarak pazardaki rekabeti olumsuz etkileyebilir. Tek taraflı etkiler olarak adlandırılan pazar kapama güdüsü ve etkisi tedarik kaynaklarına veya müşterilere erişimin kısıtlanması görünümünde ortaya çıkabilir. İkinci tür etkiler birleşme öncesinde davranışlarını uyumlaştırmadan ve bağımsız olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşme neticesinde dikey entegrasyona bağlı olarak koordinasyon yoluyla fiyatları yükseltme ya da rekabeti azaltma ihtimallerinin önemli ölçüde artması şeklinde ifade edilen koordinasyon doğurucu etkilerdir¹⁴⁹.

Pazarı kapama etkisinin birinci görünümü, alt pazardaki rakiplere girdi¹⁵⁰ kaynaklarının kapatılması neticesinde rakiplerin önemli girdilere erişiminin zor veya yüksek maliyetli hale gelmesi¹⁵¹ şeklinde olabilir. İkincisi ise, pazardaki

¹⁴⁷ Whish/Bailey (2011), s. 818.

¹⁴⁸ Whish/Bailey (2011), s. 818.

¹⁴⁹ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para. 21.

¹⁵⁰ Girdi kavramı, alt pazardaki bir teşebbüsün faaliyetini gerçekleştirmek için ihtiyaç duyduğu ve önem arz eden her türlü ham madde, altyapı, teknoloji veya fikri mülkiyet hakkı olabilir.

¹⁵¹ Girdi kısıtlanması mevcut ve potansiyel rakiplere girdilere ulaşma imkanının veya girdilerin kendisinin dezavantajlı hale getirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Birleşen teşebbüsler önemli bir girdinin satış fiyatını yükseltebilir, girdi temin etmeyebilir veya rakiplerin ürünleri ile uyumlu olmayan bir hale getirebilir (Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, para. 36).

rakiplerin müşterilere erişiminin engellenmesi olarak tanımlanan müşteri kısıtlamasıdır.

Girdi kısıtlaması değerlendirilirken söz konusu girdinin alt pazardaki ürün bakımından önemli bir girdi olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Pazarı kapama etkisinin tespiti için ayrıca dikey bütünleşik teşebbüsün üst pazardaki pazar gücü, alt pazarın genelinde girdinin fiyat ve kalite bakımından erişilebilirliği, birleşik teşebbüsün birleşme öncesinde bağımsız girdi sağlayıcılarından yaptığı alımları birleşme sonrasında durdurarak ihtiyacı olan girdileri kendi bünyesinde karşılama ihtimali ve bunlara karşı rakip teşebbüslerin vereceği tepkiler de dikkate alınmalıdır¹⁵². Birleşen teşebbüsün pazar payı ne kadar yüksek olursa girdi kısıtlama güdüsü o kadar yüksek olacaktır¹⁵³. Birleşen teşebbüslerin pazarı rakiplerin müşterilere ulaşmasını engelleyecek şekilde kapatabilmesi için alt pazarda müşteri alternatifi olmaması ve birleşen teşebbüsün pazar gücü yüksek olan önemli bir müşteri olması gerekmektedir. Pazar kapama etkisi potansiyel rakiplerin pazara girişini de engelleyebilir¹⁵⁴.

Kurul Türk Hava Yollarının üst pazarlarda kurduğu ortak girişimlere ilişkin kararlarında¹⁵⁵ havayolu taşımacılığı pazarında güçlü bir teşebbüs olan Türk Hava Yollarının uçak ikram veya yakıt dağıtımını gibi üst pazarlarda kurduğu ortak girişimleri incelemiştir. Bu kararlarda ortak girişimler aracılığıyla yaratılan dikey birleşmenin alt ve üst pazarlarda pazar kapama riski yarattığı değerlendirilmiştir. Kurul kararlarında söz konusu riski belirtmiş ancak maliyet avantajları ve eşit şartlarda hizmet verileceğini dikkate alarak birleşmelere izin vermiştir.

Kurulun *Demirören Medya/Doğan Medya* kararında¹⁵⁶, birleşmenin dikey etkileri de incelenmiştir. Kurul birleşen teşebbüslerin üst ve alt pazarlardaki pazar gücünü ve alt pazarda Demirören Medyanın önemli bir müşteri olup olmadığını incelemiştir. Pazarlardan bazılarında birleşen teşebbüslerin pazar gücünün yüksek olmaması ve üst pazarda faaliyet gösteren birçok teşebbüs olması nedeniyle

¹⁵² Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para. 38-39.

¹⁵³ A.g.k, para. 42-43; Hovenkamp (2008), s. 19-20.

¹⁵⁴ A.g.k, para. 60-62.

¹⁵⁵ Kurulun 29.12.2006 tarihli, 06-96/1224-369 sayılı ve 29.12.2006 tarihli, 06-96/1225-370 sayılı kararları.

¹⁵⁶ Kurulun 03.05.2018 tarihli, 18-13/248-113 sayılı *Demirören Medya/Doğan Medya* kararı.

birleşmenin girdi kısıtlamasına sebep olmayacağına karar verilmiştir. Kurul ayrıca tarafların alt pazardaki alım güçlerini kullanarak, üst pazardaki mevcut ve potansiyel rakiplerin önemli büyüklükteki müşteri tabanına erişimini kısıtlama imkanlarını ve güdülerini araştırmıştır¹⁵⁷. Kurul kararında birleşen tarafların müşteri kapamasına yol açacak şekilde rekabeti bozma imkanına sahip olmadıkları sonucuna varmıştır. Kurul ayrıca, etkilenen pazarlarda çok sayıda teşebbüs bulunması nedeniyle koordinasyonun oluşması ve devam ettirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Kurul kararında dikey pazarlar bakımından dikkat çekici bir konu birleşen teşebbüslerin birleşme öncesi pazar paylarının çoğunun kendi şirketlerine grup içi satışlar aracılığı ile elde edilmesidir. Normal şartlarda grup içi satışlar pazar payının hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Ancak, Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu'nda müşterinin (Demirören Medya) işlem sonrası pazardaki bağımsız teşebbüslerden hizmet satın almayı sonlandırıp tüm alımlarını grup için şirketlerine aktarma olasılığının da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kurul bu kapsamda Demirören Medyanın işlem öncesinde de dikey pazarlardaki hizmetleri kendi şirketlerinden karşıladığı ve dolayısıyla birleşmenin rekabet endişesine yol açmayacağı sonucuna varmıştır. Birleşmeden dikey olarak etkilenen gazete ve dergi dağıtım pazarında ise, Yaysat ve Turkuvaz olmak üzere iki dağıtıcı faaliyet göstermektedir. Yaysat ve Demirören Medyanın birleşmesi neticesinde Demirören Medyanın sahip olduğu ve birleşme sonrası sahip olacağı tüm yayınlar Yaysat tarafından dağıtılmaya başlanacaktır. Yaysatın ve rakip teşebbüsün pazar paylarının büyük bir kısmı grup içi satışlardan oluşmaktadır. Kurul pazar gücünü tespit etmek için grup içi ve grup dışı satışları ayrı değerlendirmiş ve birleşme neticesinde birleşen teşebbüsün dağıtım pazarında hakim duruma gelmeyeceğine karar vermiştir. Öte yandan, dağıtım pazarında iki oyuncu bulunduğu ve pazara yüksek giriş maliyetleri ve pazarın küçülen yapısı nedeniyle giriş engelleri bulunduğu işaret edilmiştir. Basın mevzuatında yer alan ayrımcılık yapmayı yasaklayan

¹⁵⁷ Aynen alıntı: Kurulun 03.05.2018 tarihli, 18-13/248-113 sayılı *Demirören Medya/Doğan Medya* kararı, para. 143.

düzenlemenin varlığı dikkate alınarak işlemin dağıtım seviyesinde pazar kapama veya koordinasyon etkisi doğurmayacağına karar verilmiştir.

Aykırı birleşmelerin genellikle rekabet karşıtı etkilere sebep olmadığı kabul edilmektedir. Birleşen teşebbüslerin faaliyetlerinin yatay veya dikey olarak örtüşmediği aykırı birleşmeler istisnai olarak portföy gücü sonucu hakim durumun güçlenmesi veya yaratılması yoluyla rekabeti önemli ölçüde olumsuz etkileyebilmektedir¹⁵⁸. Rekabet hukuku özellikle birbirleriyle yakın ilişki içinde olan pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmelere dikkat etmektedir¹⁵⁹. Aykırı birleşmeler bakımından, Kurul incelemesinde birleşme taraflarının birbirini tamamlayıcı¹⁶⁰ nitelikte ürün veya hizmet pazarlarında faaliyet gösterip göstermediği üzerinde durmaktadır. Tamamlayıcı veya zayıf ikame ürünler aynı ilgili ürün pazarında yer almasalar bile birbirlerine olan talebi etkileyebilecekleri kabul edilmektedir¹⁶¹. Bu kapsamda Kurul, tarafların ilgili pazarlarda sahip oldukları pazar gücünü, ürünlerinin niteliğini, rakiplerin ve müşterilerin durumunu dikkate alarak inceleme yapmaktadır. Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu'nda birleşen teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarlardan en az birinde pazarı diğer rakiplere kapama imkanının ve pazarı kapama güdüsünün olması gerektiği belirtilmektedir. Birleşen teşebbüslerin pazar kapama imkanı olması için ilgili pazarlardan en az birinde hakim durumda olunması gerekmektedir¹⁶². Pazarı kapama güdüsü olup olmadığı tespit edilirken ise, bu davranışın pazarda mümkün olup olmadığı, rakiplerin olası tepkisi, geçmiş piyasa uygulamaları gibi tahmini ve mevcut bilgiler incelenmektedir.

¹⁵⁸ Kurulun 21.08.2007 tarihli, 07-65/804-299 sayılı kararı.

¹⁵⁹ Yatay ve dikey bir ilişki olmadığı durumlardaki muhtemel etkiler, portföy etkileri olarak da anılmaktadır (Aydemir (2005), s. 32.

¹⁶⁰ Kurul 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Diageo/Mey İçki* kararında tamamlayıcı ürünler ile ilgili Komisyonun görüşlerine atıf yapmıştır. Bu kapsamda, tamamlayıcı ürünler bilgisayar donanımı ve yazılımı gibi teknik tamamlayıcılar, çay ve şeker gibi ekonomik tamamlayıcılar veya alt pazardaki alıcıların mutlaka bulundurması gereken alkollü içecek gibi bir ticari tamamlayıcı olabilir.

¹⁶¹ Kurulun 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Diageo/Mey İçki* kararı.

¹⁶² Bkz. Yatay olmayan birleşmelerin değerlendirilmesine ilişkin kılavuz para. 94.

1.3.5. Koordinasyon doğurucu etkiler

Koordinasyon doğurucu etkiler birleşme neticesinde ortaya çıkan pazar koşullarında teşebbüslerin tüketici aleyhine birlikte hareket edebilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁶³. Birleşen teşebbüsler tek başlarına hakim durumda olmasalar da, birlikte sahip olacakları pazar gücü ve pazarın genel koşulları sayesinde pazarda koordinasyon kolaylaşabilir¹⁶⁴. Pazar payı dışında etki eden koşullar giriş engelleri, bilgi akışı ve müşterilerin davranışları gibi diğer faktörlere bağlıdır¹⁶⁵. Yatay Birleşmeler Kılavuzu uyarınca, bazı birleşmeler hakim durum yaratmadan veya koordinasyona sebep olmadan, piyasanın oligopol yapısı nedeniyle pazar gücü yaratabilir. Yatay Birleşme Kılavuzu bu tür etkileri dışladığını açıkça belirtmiştir.

Teşebbüsler arasında bir anlaşma olmadığı durumlarda oligopol koordinasyonunu tespit etmek oldukça zordur. Bu zorluk birleşme denetim politikalarına yansımaktadır ve daha çok yoğunlaşmanın fazla olduğu pazarlarda birleşmeler yasaklanmaktadır¹⁶⁶.

Birleşme sonrasında ortaya çıkan pazar durumu birleşen teşebbüs ve rakiplerinin tüketici aleyhine koordine edilmiş şekilde hareket etmesine imkan sağlamaktadır. Birleşmenin teşebbüsler (birleşen teşebbüsler ve diğer rakipler) arasında koordinasyona yol açması için pazarın şeffaf olması, caydırıcı mekanizmaların bulunması ve fiili veya potansiyel rekabetçi baskının bulunmaması gerekmektedir. Özellikle, az sayıda ve birbirine yakın pazar paylarına sahip oyuncuların bulunduğu homojen ürün pazarlarında gerçekleşen birleşmeleri birlikte hakim durum meydana getirmeleri nedeniyle Kanun'un 7. maddesindeki yasak kapsamında değerlendirmek mümkündür¹⁶⁷.

Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu'nda dikey birleşmelerin tek taraflı etkilerin yanı sıra koordinasyon doğurucu etkiler yaratabileceği belirtilmektedir. Dikey birleşmelerde alt ve üst pazarlardaki teşebbüs sayısının azalması ya da

¹⁶³ ICN, Merger Guidelines Workbook, s. 11.

¹⁶⁴ Hovenkamp (2008), s. 211-216.

¹⁶⁵ A.g.e., s. 211-212.

¹⁶⁶ A.g.e., s. 211-212.

¹⁶⁷ Sanlı (2000), s. 345.

rakiplerin bilgilerine erişimin kolaylaşması nedeniyle teşebbüsler arasındaki koordinasyon riski rekabeti engelleyebilir veya bozabilir¹⁶⁸.

Dikey birleşme öncesinde pazarda etkin biçimde rekabet eden rakiplerin birleşme neticesinde sayısı azalacaktır. Birleşme sonrasında pazarda kalan diğer teşebbüslerin fiyat anlaşması yapması veya rekabeti etkileyen diğer faktörlerde koordinasyon kurmaları kolaylaşabilir¹⁶⁹. Dikey birleşme ayrıca pazardaki teşebbüsler arası simetriyi ve pazar şeffaflığını da artıracaktır. Az sayıda teşebbüsün pazarın büyük bir kısmını kontrol ettiği pazarlarda koordinasyonun ortaya çıkma ihtimali daha yüksektir¹⁷⁰. Koordinasyonun devam etmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle pazarın koordinasyon içindeki şirketlerin birbirlerini denetlemesine izin verecek düzeyde şeffaf olması gerekmektedir. Fiyatların ilan edildiği veya bilgiye ulaşmanın kolay olduğu pazarların şeffaf olduğu kabul edilmektedir. İkinci olarak, koordinasyonu bozabilecek teşebbüsler için bir caydırma veya cezalandırma mekanizması olmalıdır. Son olarak, koordinasyon dışında kalan tarafların, tüketiciler dahil, koordinasyondan beklenen sonuçları tehlikeye atabilecek konumda olmaması gerekir¹⁷¹.

Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu uyarınca, Kurul aykırı birleşmeleri incelerken de farklı pazarlardaki faaliyetlerin belli bir piyasada olumsuz etki oluşturacak şekilde koordine edilip edilmediğini veya koordinasyon imkanı sağlayacak bir pazar yapısını araştırmakla mükelleftir.

1.3.6. Etkinlik savunması

Birleşmelerin neredeyse tamamı etkinlik meydana getirmektedir. Birleşmeler açısından etkinlik kavramı, birleşen teşebbüslerin birleşme yoluyla mevcut varlıklarından daha fazla fayda sağlamasını ifade etmektedir¹⁷². Bu

¹⁶⁸ Whish/Bailey (2011), s. 877; Kurulun 17.08.2011 tarih ve 11-45/1044-357 sayılı *Yıldız Holding/SOK Marketler* kararı; Kurulun 26.06.2013 tarihli, 13-40/513-223 sayılı *Yıldız Holding/DiaSA* kararı.

¹⁶⁹ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu, para. 79.

¹⁷⁰ A.g.k, para. 86.

¹⁷¹ A.g.k, para. 80.

¹⁷² Seyrantepe (2012), s. 3.

etkinlikler maliyetlerin azalmasına¹⁷³, tedarikçiler ve müşteriler ile daha avantajlı şartlarda anlaşma yapılmasına veya çalışanlar için daha iyi sigorta paketleri alınabilmesine kadar çok çeşitli alanlarda ortaya çıkabilmektedir. Ürün gamının artması gibi talep yönlü veya araştırma geliştirmenin artması veya teknolojik gelişme şeklinde dinamik etkinlikler de ortaya çıkabilir¹⁷⁴. Birleşmelerin rekabetin diğer alanlarına kıyasen daha toleranslı değerlendirilmesinin sebebi de esasen ortaya çıkan bu etkinlikler ve etkinliklerin tüketiciye yansımaya ihtimalidir¹⁷⁵.

Kanun'da etkinlik konusu düzenlenmemiştir. Mülga Tebliğ'de "...rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler..."in göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu dönemde Kurulun etkinlik iddialarını değerlendirdiği kararları bulunmaktadır¹⁷⁶. Ancak Mülga Tebliğ çerçevesinde sunulan bilgi formunda etkinlikler hakkında bilgi talep edilmemesi ve Kurulun etkinliklere yaklaşımına ilişkin belirsizlikler olması¹⁷⁷ nedeniyle etkinlik iddiaları sıklıkla gündeme getirilmemekteydi. Tüketici yararına etkinliklerin Kurulun değerlendirmesinde esas alınacağı açık bir şekilde ilk kez Tebliğ'de belirtilmiştir.

Yatay Birleşme Kılavuzu ve Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu konuya birleşme neticesinde tüketicilerin doğrudan avantaj sağlaması bakış açısından bakmaktadır. Etkinliklerin birleşmeye özgü, zamanlı ve doğrulanabilir (ucuz üretim ve düşük fiyat gibi) olması gerekmektedir. Öncelikle etkinliklerin tüketicilere fiyatların azalması veya yeni ürün aracılığı ile fayda sağlayacağıının ispat edilmesi gerekmektedir¹⁷⁸. Birleşme neticesinde artan pazar gücünün diğer rakipleri de fiyatlarını düşürmeye veya ürün çeşitliliğini artırmaya teşvik etmesi gerekir. İkinci olarak, etkinlikler işleme özgü olmalıdır. Etkinliğin doğrudan birleşmeden kaynaklandığının ve rekabeti daha az kısıtlayacak başka bir işlem ile elde

¹⁷³ Niels v.dğr (2011), s. 372.

¹⁷⁴ A.g.e., s. 372.

¹⁷⁵ Hovenkamp (2008), s. 218-219.

¹⁷⁶ Örneğin Kurul 16.05.2007 tarihli, 07-41/452-174 sayılı *Antalya Hava Limanı* kararında, maliyet tasarrufları gibi birtakım etkinlikleri de dikkate alarak rekabet açısından olumsuzlukların kabul edilebilir seviyede olduğunu belirtmiştir.

¹⁷⁷ Seyrantepe (2012). s. 62.

¹⁷⁸ Kaya v.dğr, "Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi", Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Cilt: 10, Sayı: 2, Nisan 2009, 29-71, s. 38.

edilemeyeceğinin birleşen teşebbüsler tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Kendi kaynakları ile büyüme, ortak girişim anlaşması veya lisans anlaşması gibi alternatif yollar ile elde edilebilecek etkinlikler birleşmeye özgü sayılmamaktadır¹⁷⁹. Son olarak etkinlik artışlarının doğrulanabilir olması gerekmektedir. Kurul dayanaktan yoksun etkinlik iddialarını dikkate alamayacağı için tarafların etkinlik artışlarının gerekli her türlü belge ve çalışma ile açık bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Kurul söz konusu şartların gerçekleşmesi halinde rekabete verilecek zararın telafi edileceğine karar verebilir. Etkinliklerin birleşme işlemine özgü olduğunu ve tüketicilere fayda sağlayacağını ispat etme yükümlülüğü işlem taraflarına aittir.

Birleşmelerin incelenmesinde etkinlik savunması¹⁸⁰ birleşmelerin yasaklanma ihtimali olduğunda gündeme gelmektedir¹⁸¹. Bu nedenle hakim durum eşiği aşılmadıkça etkinliklerin incelenmesi gerekli olmamaktadır¹⁸². Hakim durum testinin etkinlik iddialarının değerlendirilmesine imkan tanımadığına ilişkin görüşler vardır¹⁸³. Ancak Tebliğ'deki ve Yatay Birleşme Kılavuzu'ndaki açık düzenlemeler dikkate alındığında Kurulun etkinlik savunmasını değerlendirmelerinde kullanabileceği kanaatindeyiz. Buna ek olarak, **İmrantepe** Kurulun taahhüt mekanizması ve batan teşebbüs savunması aracılığı ile de etkinlikleri değerlendirmesine dahil etme güdüsünün olduğunu savunmaktadır¹⁸⁴.

Yoğunlaşma arttıkça birleşmeden kaynaklanan etkinliklerin dikkate alınması zorlaşacaktır. Yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarlarda etkinlikler kesin bir şekilde kanıtlanabiliyorsa ve başka şekilde elde edilmeleri mümkün değilse

¹⁷⁹ Kurulun 09.11.2017 tarihli, 17-36/595-259 sayılı *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararı, para. 170.

¹⁸⁰ Etkinlik iddiaları doktrinde etkinlik savunması olarak da ifade edilmektedir. Ancak, Tebliğ'in 13. maddesi uyarınca, etkinlikler rekabet hukuku ihlali tespit edildikten sonra yapılacak bir savunma olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, etkinliklerin rekabetin azaltıldığı tespit edilen bir birleşmede teşebbüsler tarafından sonraki aşamada öne sürülmeyeceğini düşünüyoruz. Bir başka ifade ile, Kurul, hakim durum oluşturarak veya mevcut hakim durumu güçlendirerek rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığını tespit ederken diğer hususlar ile birlikte etkinlik kazanım iddialarını da dikkate alacaktır. AB rekabet hukuku açısından değerlendirmeler için bkz. Robbert Snelders/Simon Genevaz, "Merger Efficiencies and Remedies", ICLG To: Merger Control 2006, Chapter 2, 9-14, s. 11.

¹⁸¹ Varona v.dğr (2005), s. 329.

¹⁸² Arıtürk (2009), s. 27.

¹⁸³ Hakim durum testinin altında etkinlik iddialarının değerlendirilmesi ve SIEC testinin getireceği değişiklikler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Seyrantepe (2012), s. 67-74.

¹⁸⁴ Seyrantepe (2012), s. 61.

dikkate alınabilir¹⁸⁵. Aksi takdirde hakim durum testi uyarınca birleşmenin yasaklanması veya taahhüt mekanizması kapsamında birtakım şart ve yükümlülükler getirilerek koşullu izin verilmesi gerekecektir. Yatay Birleşme Kılavuzu tekele veya tekele yakın bir pazar gücüne yol açabilecek bir birleşmenin rekabet karşıtı etkilerini telafi edebilecek büyüklükte bir etkinlik kazanımının elde edilme ihtimalinin düşük olduğunu belirtmektedir.

Kurulun *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararı¹⁸⁶ etkinlik savunmalarının incelenmesi bakımından iyi bir örnektir. Karardan, tarafların etkinlik savunmalarının üç ana temel üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır. Taraflar öncelikle ilgili limanda sefer sayısının ve çeşitliliğinin artacağını ve bu kapsamda Türkiye'den yapılan ihracat taşımalarının artacağını savunmuştur. İkinci olarak sefer sayısının artması gemilerin doluluk oranlarını artıracak ve araç başına düşen maliyet ve fiyatlar düşecektir. Son olarak işlem sonrasında teşebbüslerin operasyonlarının birleşmesi neticesinde genel olarak maliyetlerin düşeceği ve bunun düşük fiyat olarak müşterilere yansıtacağı belirtilmiştir. Kurul, sadece rekabetçi kaygıların ortaya çıkacağı Ro-Ro taşımacılığı pazarındaki etkinlik savunmalarının dikkate alınacağını, ayrı bir pazar olan liman işletmeciliği pazarındaki etkinliklere değerlendirmesinde yer vermeyeceğini belirtmiştir. Bir diğer önemli husus Kurulun sabit ve yarı sabit maliyet etkinlikleri yerine, değişken ve marjinal maliyet etkinliklerini dikkat almasıdır. İş gücü, bakım onarım ve teknik yönetim ve sigorta maliyetleri gibi değişken ve marjinal maliyetlerin tüketicilere düşük fiyat olarak yansımalarının daha muhtemel olduğu belirtilmiştir. Ancak Kurul bu etkinliklerin işlem neticesinde ortaya çıkacak fiyat artışlarını telafi edecek büyüklükte olmadığı sonucuna varmıştır. Kurul ayrıca ortaya çıkacak etkinliklerin işleme özgü olmadığına ve birleşmeye alternatif yöntemler ile elde edilebileceğine karar vermiştir.

Komisyon da *GE/Honeywell*¹⁸⁷ kararında fiyat etkinliklerinin rakipler üzerindeki olumsuz etkilerini, özellikle pazarın kapanması bakımından dikkate

¹⁸⁵ Hovenkamp (2008), s. 221.

¹⁸⁶ Kurulun 09.11.2017 tarihli, 17-36/595-259 sayılı *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararı.

¹⁸⁷ Komisyonun *GE/Honeywell* kararı, Case M. 2220, European Commission, [2001] (Aynen alıntı: Snelders/ Genevaz (2006), s. 13-14).

almıştır. Komisyon birleşme sonucu ortaya çıkacak ürün gamının birleşen teşebbüsleri rakiplerine kıyasen müşteriler nezdinde avantajlı konuma getireceği gerekçesiyle savunmaları reddetmiştir. Komisyonun kararı düşük fiyatların tüketicilere yansıtılarak rakipleri fiyatları düşürmeye veya ürünlerini geliştirmeye yönlendirebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁸⁸. AB Birleşme Tüzüğü ile getirilen SIEC testi sonrasında, etkinliklerin hakim durum meydana getiren rekabet karşıtı etkileri bile telafi edebileceğini savunan görüşler vardır¹⁸⁹. Ancak, Komisyonun eğilimi hakim durum eşiğini aşan birleşmeleri etkinlik meydana getirmelerine rağmen yasaklama yönündedir¹⁹⁰.

Yaygın olarak kabul edilen bir yaklaşım olmamakla birlikte Kurulun etkinlikleri birleşmenin rekabeti azaltıcı etkisi olabileceği yönünde değerlendirdiği kararları bulunmaktadır. Kurul *Toros Gübre Sanayii* kararında özelleştirme kaynaklı maliyet tasarruflarını hakim durum yaratılmasını destekleyen bir husus olarak ele almıştır¹⁹¹.

Birleşme kaynaklı etkinliklerin incelenmesi gereken diğer yönü tarafların etkinlik iddiaları çerçevesinde, birleşmeye koşulsuz izin verilip verilemeyeceği veya kabul edilebilir taahhütlerin niteliğinin daha hafif olup olmayacağıdır. Etkinlikler ve taahhütler arasındaki bağ nedeniyle etkinliklerin taahhütlere olan ihtiyacı ortadan kaldırması beklenebilir¹⁹². Ancak, rekabet otoriteleri genellikle etkinliklerin rekabet sorunlarını tamamen ortadan kaldırdığına ikna olmamaktadır ve taahhüt mekanizmasına başvurmaktadır¹⁹³. Bu durum özellikle Kurum ve teşebbüsler arasındaki bilgi asimetrisinden ve teşebbüslerin etkinlik kazanımlarını olduğundan fazla gösterme eğiliminden kaynaklanmaktadır¹⁹⁴. Birleşmeden kaynaklı rekabet sorunlarının çözümü belirlenirken birleşmeden kaynaklı

¹⁸⁸ Snelders/Genevaz (2006), s. 13-14.

¹⁸⁹ Varona v.dğr (2005), s. 334.

¹⁹⁰ A.g.e., s. 331.

¹⁹¹ Kurulun 03.11.2000 tarihli, 00-43/464-254 sayılı kararı.

¹⁹² Snelders/Genevaz (2006), s. 12.

¹⁹³ Kaya v.dğr (2009), s. 48-49; Mustafa Okan Alpay, Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No: 0154, Ankara 2004, s. 12.

¹⁹⁴ Aldo Gonzalez, "Divestitures and the Screening of Efficiency Gains in Merger Control", Serie Documentos de Trabajo N 271, Aralık 2007, s. 2, <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/7c74cdc3-9cf9-4166-bd9f-72fc09f7dfe0.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2016.

etkinliklerin ve tüketici refahının¹⁹⁵ en fazla şekilde korunmasına dikkat edilmelidir¹⁹⁶.

Etkinlikler ve taahhütler arasındaki ilişki genellikle elden çıkarma taahhüdü kapsamında gündeme gelmektedir. Birleşen teşebbüslerin kapasitelerini elden çıkarmalarını taahhüt etmeleri halinde, birleşen teşebbüs aynı oranda maliyet azalması etkinliğinden mahrum kalabilir¹⁹⁷. Taahhütlerin doğru seçilmesi ve orantılı olması rekabet sorununun ortadan kaldırılmasına paralel olarak, birleşmenin tarafları üzerine gereğinden fazla maliyet yüklenmemesi ve dolayısıyla, birleşme işleminden beklenen etkinliklerin ortadan kaldırılmaması açısından önem taşımaktadır¹⁹⁸. Bu durum, işlem ve rekabet sorunları ile orantılı ve doğru taahhütlerin seçilmesi için taahhütler ve etkinlikler arasındaki ilişkinin göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır¹⁹⁹.

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞMELERDE TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN UYGULAMASI

Kanun'un 7. maddesine aykırı işlemler, Kurul tarafından yasaklanır. Taahhüt (çözümler) mekanizması, tarafların, Kurulun rekabet endişelerini gidermek için önerdiği değişikliklerdir²⁰⁰. Kurul taahhütleri rekabet endişelerine giderecek düzeyde yeterli bulursa birleşmeye koşullu olarak izin verecek ve izin kararını birtakım şart ve/veya yükümlülüklerle bağlayacaktır²⁰¹. Birleşmeye koşullu

¹⁹⁵ Rekabet politikasının üretici refahını mı, tüketici refahını mı yoksa toplam refahı mı korumayı amaçladığı tartışmalıdır. Son zamanlardaki eğilim tüketici refahının korunması yönündedir. (Kaya v.dğr (2009), s. 32, Snelders/Genevaz (2006), s. 9). Benzer şekilde, Yatay Birleşme Kılavuzu uyarınca, etkinlik iddialarının kabul edilmesinin koşullarından biri tüketicilere fayda sağlamasıdır. Kurulun kararları da tüketici refahı temelli bir standarda vurgu yapmaktadır (Seyrantepe (2012), s. 67). Kurul tüketici refahını esas aldığı kararları için bkz. Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/929-327 sayılı *Novartis/Alcon* kararı ve 03.01.2008 tarihli, 08-01/12-9 sayılı *Canan Kozmetik/Loreal* kararı.

¹⁹⁶ Kaya v.dğr (2009), s. 33.

¹⁹⁷ A.g.e., s. 65.

¹⁹⁸ Penelope Papandropoulos/Alessandro Tajana, "The Merger Remedies Study – In Divestiture We Trust", E.C.L.R., 2006, 443-454, s. 443.

¹⁹⁹ Kaya v.dğr. (2009), s. 45.

²⁰⁰ Faull/Nikpay (2014), s. 754.

²⁰¹ A.g.e., s. 754.

olarak izin verilmiş olacağı için şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde idari para cezası gündeme gelecek ve/veya işlem geçersiz hale gelecektir. Ortaya çıkacak yaptırımlar şart veya yükümlülüklerden hangisinin ihlal edildiğine göre değişmektedir²⁰².

Taahhütler genellikle yapısal ve davranışsal olarak sınıflandırılmaktadır. Yapısal taahhütler iş biriminin elden çıkartılmasını kapsamaktadır; davranışsal taahhütler ise, teşebbüslerin davranışlarına ilişkin kısıtlamalar getirmektedir²⁰³. Kılavuz'da uygulama kolaylığı nedeniyle yapısal taahhütlerin öncelikli olarak tercih edileceği belirtilmektedir²⁰⁴. Kılavuz'da elden çıkarma dışındaki taahhütler tamamen dışlanmamıştır. Olayın özelliklerine göre davranışsal taahhütlerin de kabul edilebileceği belirtilmektedir²⁰⁵.

Birleşmelerde taahhütlerin sunulması, tasarlanması, uygulanması ve izlenmesi çeşitli mevzuatta düzenlenmektedir. Söz konusu mevzuat olan Kanun, Tebliğ ve Kılavuz birleşmelerde taahhütlere ilişkin hükümleri içermektedir. Açıklamalarımızda özellikle bahsedilen Türk rekabet hukuku mevzuatını ve Kurul kararlarını esas almaktayız. Bu kapsamda tezin ikinci bölümünde ilk olarak birleşmelerde taahhüt kavramı, rekabet hukuku ihlallerinde taahhüt ve uzlaşmadan farklı olan yönleri çerçevesinde incelenecektir. Kanun'un Kurula koşullu izin verme yetkisi sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır. Ancak ikincil düzenlemelere ve Kurul kararlarına bakıldığı zaman, Kurulun bu konuda yetkisinin olduğu görülmektedir. Her ne kadar artık teorik bir tartışma olarak kaldığını düşünsek de, bütünlüğü sağlamak amacıyla Kurulun koşullu izin verme yetkisine ilişkin yasal düzenlemelere bu bölümde değinilecektir.

Taahhüt mekanizması uygulanırken en önemli husus rekabet sorunu için en uygun çözümün bulunmasıdır. Her bir birleşmeye ve birleşmeden kaynaklanan rekabet sorunlarına özgü çözüm olabilecek taahhüt türü farklıdır. Taahhüt türleri Kurulun kararları ve düzenlemeleri, doktrindeki tartışmalar ve uluslararası

²⁰² A.g.e, s. 754.

²⁰³ Kılavuz para. 18.

²⁰⁴ Kılavuz para. 18.

²⁰⁵ Kılavuz para. 18.

çalışmalar ışığında ele alınacaktır. Bu bölümde ayrıca taahhütlerin sunulmasında usul ve taahhütlerin uygulanması konuları da incelenecektir.

2.1. TAAHHÜT KAVRAMI

Taahhüt kelimesi bir şey yapmayı üstüne alma veya üstlenme olarak tanımlanmaktadır²⁰⁶. Rekabet hukukunda taahhüt mekanizması yoğunlaşmaların kontrolünde olduğu kadar, rekabet ihlallerinin sonlandırılmasında da kullanılmaktadır²⁰⁷. Bu kapsamda aşağıda benzer bir kurum olan uzlaşma ve rekabet hukuku ihlallerinde taahhüt kavramları ele alınacak ve birleşmelerde taahhütten farkları açıklanacaktır. Takip eden bölümlerde ise, birleşmelerde taahhüt ve koşul ve şart kavramlarını inceleyeceğiz.

2.1.1. Uzlaşma ve taahhüt ilişkisi bakımından değerlendirme

AB rekabet hukuku mevzuatında karteller için kullanılan uzlaşma, ihlali kabul eden teşebbüslere idari para cezasında belli oranlarda indirim yapılarak soruşturmanın sona erdirilmesine imkan veren bir mekanizmadır²⁰⁸. Uzlaşma²⁰⁹ kavramı, taahhüt mekanizmasından farklıdır. Burada soruşturmaya muhatap olan taraf ihlali kabul etmektedir ve ihlali sona erdirmesinin karşılığında cezada belli oranlarda indirim elde etmektedir²¹⁰. Taahhütlerde ise ihlal gerçekleşmeden önce taahhüt verildiği için ihlalin kabulüne ilişkin açık bir beyana gerek bulunmamaktadır. Birleşmelerde teşebbüslerin rekabet endişelerini kabul etmeseler

²⁰⁶ T.C. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu (“**TDK**”) internet sitesi http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=TAAHH%C3%9CT. Erişim tarihi: 30 Mart 2019.

²⁰⁷ Haluk Arı v. dğr, “Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII 17-18 Nisan 2009 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 237, Ankara, 2009, 229-294, s. 229.

²⁰⁸ A.g.e., s. 229.

²⁰⁹ Burada kastedilen uzlaşma Kanun’un 4. maddesi anlamında teşebbüslerin anlaşmasından farklıdır. Kurum ve teşebbüsler arasındaki uzlaşma ifade edilmektedir. Teşebbüslerin anlaşması/uzlaşması tez çalışmasının kapsamı dışında kalmaktadır.

²¹⁰ Metin Pektaş, Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 94, Yayın No: 0228, Ankara 2008, s. 13-15; Ebru İnce/Neyzar Ünübol, “Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk”, Rekabet Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 4, Ekim 2015, 27-73, s. 28.

bile, işleme izin alabilmek için taahhüt sunmayı tercih etmeleri mümkündür. Benzer şekilde rekabet hukuku ihlaline ilişkin sunulan taahhütler açısından mevcut veya potansiyel soruşturma muhatapları rekabet hukuku ihlalini kabul etmeksizin sorunu gidermek için taahhüt sunarak soruşturma açılmasını engelleyebilmekte veya soruşturmanın sona erdirilmesini sağlayabilmektedir²¹¹.

Rekabet hukuku dışında farklı hukuk alanlarında da uzlaşma benzeri düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin vergi otoritesi ile uzlaşan mükellefler vergi cezalarında ve hatta kimi zaman vergi asıllarında belli oranlarda indirim almaktadırlar. Genel olarak uzlaşma muhatapları, bu kuruma başvurmayı uzun inceleme süreçlerinden ve yüksek cezalardan kaçınmak için tercih etmektedirler. İlgili idari otorite ise, usul ekonomisinden faydalanmayı, yargı organlarının iş yükünün azaltılmasını ve cezanın bir an önce tahsilini amaçlamaktadır²¹².

Rekabet hukukunda uzlaşma Kanun’da açıkça düzenlenmemiştir. Karteller bakımından uzlaşma benzeri hükümlere Kanun’un 16. maddesinde ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik²¹³,te (“**Pişmanlık Yönetmeliği**”) yer verilmektedir. Bu düzenlemeler kapsamında kartel iddiası muhataplarının ihlali kabul edip Kurum ile işbirliği yaparak ceza almama veya cezada indirim elde etme imkanı bulunmaktadır. Pişmanlık Yönetmeliği karteller ile sınırlı olarak uygulanmaktadır. Kanun’un ilgili maddelerinde ise, cezadan bağışıklık veya cezada indirim açısından ihlaller arasında bir ayırım yapılmamıştır. Karteller dışındaki ihlaller bakımından Kurum ile işbirliği halinde uzlaşma kurumu olmaması nedeniyle cezayı hafifletici unsur olarak dikkate alınacaktır²¹⁴.

Farklı hukuk alanlarındaki uzlaşma görünümünün ortak özelliklerinden biri inceleme konusu veya ihlal üzerinde uzlaşmaya varılması halinde uzlaşma kararına karşı dava yolunun kapanmasıdır²¹⁵. Türk rekabet hukukunda ise, uzlaşma sonrası yargı yolu açıkça kapatılmamıştır. Öte yandan teşebbüslerin pişmanlıktan

²¹¹ Arı v.dğr. (2009), s. 229.

²¹² A.g.e, s. 263.

²¹³ RG t: 15.02.2009, S: 27142.

²¹⁴ Arı v.dğr. (2009), s. 281.

²¹⁵ A.g.e, s. 263.

faydalanması ihlalin kabulünü içerdği için Kurul kararına karşı dava açılabilir bile davacıların lehe sonuç alma ihtimali düşüktür²¹⁶.

Uzlaşma kurumu Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın²¹⁷ ("Tasarı") 6. maddesinde düzenlenmektedir. Tasarı, Kurulun ihlali kabul eden teşebbüs ile soruşturma raporunun tebliğ tarihine kadar uzlaşabileceğini düzenlemektedir. Tasarı uyarınca uzlaşma muhatabı teşebbüs üzerinde uzlaşılan idari para cezasına ve uzlaşma metninde yer alan hususlara karşı yargı yolu hakkından feragat etmektedir. Kanaatimizce bu öneri uzlaşma ile ihlalin bir an önce sona erdirilmesi ve usul ekonomisi sağlanması amaçları ile örtüşmektedir²¹⁸. Son olarak Tasarı'da uzlaşma yolu sadece karteller için değil, tüm rekabet hukuku ihlallerinde uygulanacak şekilde tasarlanmıştır²¹⁹.

2.1.2. Rekabet hukuku ihlallerinde taahhüt bakımından değerlendirme

Kanun'da rekabet hukuku ihlallerinde taahhüt mekanizmasına yer verilmesine rağmen, bu kavramın Kanun'da ve ikincil mevzuatta açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Öte yandan Kanun'un 9. maddesinin dolaylı da olsa taahhüt kavramına işlerlik kazandırdığı ileri sürülmektedir²²⁰. Buna ilaveten Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde de taahhütlere atıf yapılmaktadır. Bu maddelerde idari para cezasının belirlenmesinde taahhütlere uyulup uyulmadığının dikkate alınacağı ve taahhütlere uyulmaması halinde nispi para cezası uygulanacağı düzenlenmektedir. Tasarı'nın 23. maddesinde taahhütlerin ön araştırma veya soruşturma aşamasında

²¹⁶ A.g.e., s. 281.

²¹⁷ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf> (Erişim tarihi: 03.04.2014).

²¹⁸ Aynı görüş için bkz. Arı v.dğr. (2009), s. 281-282.

²¹⁹ İnce/Ünüböl (2015), s. 53.

²²⁰ Gönenç Gürkaynak, "AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh", Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Sayı: 17, Ocak-Şubat-Mart 2004, 31-72, s. 39, 68; Hatice Odabaş Buba, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Taahhüt Yöntem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 156, Yayın No. 334, Ankara, Nisan 2017, 35-36; Arı v.dğr. (2009), s. 264. Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin farklı yorumlar için bkz. Arı v.dğr. (2009), s. 266.

verilebileceğine açıklık getirilmektedir²²¹. Tasarı yürürlüğe girdiğinde rekabet hukuku ihlallerindeki taahhüt mekanizması düzenlenerek hukuk güvenliği sağlanacaktır.

Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir*" şeklindedir. Anılan madde uyarınca, Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlal edildiği şüphesi olması halinde Kurul teşebbüslere nihai karardan önce ihlali nasıl sona erdireceklerine ilişkin tavsiye niteliğinde yazılı görüş gönderebilir²²². Bu maddenin soruşturma ve nihai inceleme sürecine alternatif olarak Kurula ihlali sona erdirme imkanı sağladığını savunan görüşler bulunmaktadır²²³. Aksi yöndeki görüş, bu madde uyarınca verilen görüşlerin tavsiye niteliğinde olduğunu ve etkili bir sonuç doğurmayacağını savunmaktadır²²⁴. Bu görüşe göre Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası taahhüt mekanizmasının ikamesi değildir. Buna gerekçe olarak ise, tavsiyelerin ihlal tespiti ile birlikte ve hatta kartel dosyalarında kullanılması, görüşe/tavsiyeye uyulmaması halinde doğrudan yaptırım öngörülmemesi ve Kurumun izleme mekanizmalarının bulunmaması ve genel olarak tarafların veya üçüncü kişilerin süreçte aktif rol oynamaması gösterilmektedir²²⁵.

Taahhütlerin devam eden ihlaller bakımından sunulabileceği ancak Kurulun geçmiş yıllara ilişkin ihlaller bakımından soruşturmaya devam edip gerekiyorsa idari para cezası vermesi gerektiği savunulmaktadır²²⁶. Kurulun taahhütlere dayanarak soruşturmayı sona erdirmesi ve soruşturma açmaması halinde kararında ihlalin açıkça yer alıp almayacağı da tartışmalıdır. İhlale ilişkin kesin bir dil kullanmamasının özel hukuk davalarını tetikleyebileceği ve taahhüt mekanizmasını zedeleyebileceği kabul edilmektedir²²⁷.

²²¹ Tasarı'nın taahhütlere ilişkin düzenlemelerine dair detaylı inceleme ve öneriler için bkz. Odabaş Buba (2017), s. 52-58.

²²² Arı v.dğr. (2009), s. 273.

²²³ A.g.e., s. 264.

²²⁴ Odabaş Buba (2017), s. 39.

²²⁵ A.g.e., s. 51-52.

²²⁶ Aslan (2007), s. 924.

²²⁷ Arı v.dğr. (2009), s. 272-273.

Kurul uygulamasına baktığımızda Kurulun ön araştırma aşamasında tavsiyelerde bulunup soruşturma açmadığı kararlarının yanı sıra teşebbüslerin taahhütte bulunduğu kararları da bulunmaktadır²²⁸. Mesela **Türk Telekomünikasyon A.Ş./TTNET** kararında²²⁹ Kurulun öncelikle teşebbüse Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca rekabet hukuku ihlalini ne şekilde sona erdirmesi gerektiği, aksi halde soruşturma açılacağı yönünde yazılı görüş gönderdiği anlaşılmaktadır. İlgili teşebbüsün süresi içinde öngörülen şekilde ihlali sona erdirmeyi taahhüt etmesi sonucu soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

AB ve ABD rekabet uygulamalarından farklı olarak, Kurul taahhüt mekanizmasını kartel unsuru içeren dosyalarda da kullanmaktadır²³⁰. Kurul bu kararlarında anlaşmanın uygulanmamış olması veya teşebbüslerin ekonomik olarak küçük olmaları gibi hususları gerekçe göstererek soruşturmaları sona erdirmiş veya soruşturma açmamıştır. Kurulun kartel dosyalarında uzlaşma yerine taahhüt mekanizmasını kullanması özellikle kartellerin *per se* yasaklanması prensibi ile çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir²³¹.

AB hukukunda, taahhütlere ilişkin detaylı düzenlemelerin uygulamaya ışık tuttuğu ve hukuksal belirlilik sağladığı görülmektedir. Komisyonun ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde ihlalin sona erdirilmesi için teşebbüslerden yapısal ve davranışsal taahhüt talep etmesi mümkündür²³². Komisyon ön inceleme devam ederken teşebbüslerin sunduğu taahhütler çerçevesinde incelemeyi sona erdirme yetkisine de sahiptir²³³. Bu durumda Komisyon teşebbüslerin sundukları taahhütlerin rekabet endişelerini giderip gidermediğini incelemektedir.

²²⁸ Odabuş Buba (2017), s. 42.

²²⁹ Kurulun 8.1.2004 tarihli, 04-01/27-9 sayılı kararı. Kurulun Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasını uyguladığı diğer kararlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Arı v.dğr. (2009), s. 266-280.

²³⁰ Arı v.dğr. (2009), s. 270.

²³¹ A.g.e., s. 271-272.

²³² Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ. of the European Union 4.1.2003, L1/9, Article 7 (Finding and termination of infringement).

²³³ A.g.k, Article 9 (Commitments).

2.1.3. Birleşmelerde taahhüt

Birleşmelerin kontrolünde Kurulun birleşme sonrasındaki pazar yapısını öngörerek rekabeti engelleyen birleşmeleri yasaklama yetkisi bulunmaktadır. Birleşen taraflar işlemde Kurulun rekabet endişelerini giderecek değişiklikler yapabilirler. Kurul teşebbüslerin sundukları taahhütleri inceleyip rekabet sorununu giderip gidermediğine karar vermektedir. Kurul taahhütlerin rekabet endişelerini ortadan kaldırdığına kanaat getirirse işleme izin vermektedir. Bu değişiklik önerilerine, tasarlanmasına ve uygulanmasına birleşmelerde taahhüt mekanizması denilmektedir. Taahhüt mekanizması işlem henüz gerçekleşmemesine rağmen birleşme taraflarının rekabet otoritesi ile işbirliği yapmasını ve taahhütleri rekabet otoritesinin beklentilerini karşılayacak şekilde tasarlamasını sağlamaktadır²³⁴.

Örneğin Kurul *Novartis/Alcon* kararında²³⁵ bir birleşmenin sadece belli pazarlarda rekabet sorunu doğurduğu ancak tamamının tüketici refahına hizmet edeceği hallerde taahhütler aracılığı ile rekabet sorunlarını çözülebileceğini belirtmiştir. Bu hallerde birleşmenin tamamını yasaklamak yerine işlemin yapısında yapılacak değişiklikler veya tarafların bazı davranışlarında değişiklikler yapılması yoluyla rekabet sorununun çözülmesi rekabet hukukunun amacı ile daha uyumlu görülmektedir²³⁶.

Birleşmelerde taahhütleri rekabet hukuku ihlallerindeki taahhütlerden ayıran unsurlardan biri Kurulun birleşmelerin kontrolündeki görece avantajlı ve *ex ante* denetleyici pozisyonudur. Diğer taahhütlerde ise, Kurul gerçekleşmiş ve devam eden bir rekabet hukuku ihlalini incelemektedir ve ihlali ortaya koyması gerekmektedir²³⁷. Bu nedenle, rekabet otoritesi çoğu durumda ihlal iddiasına konu olan işlemi veya davranışı durdurma avantajına sahip olmamaktadır²³⁸.

Diğer yandan Uluslararası Rekabet Ağı Birleşme Taahhütleri Rehberi 2016 (*International Competition Network Merger Working Group Merger Remedies*

²³⁴ Wang (2016), s. 46-47.

²³⁵ Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/929-327 sayılı kararı.

²³⁶ Papandropoulos/Tajana (2006), s. 443.

²³⁷ Wang (2016), s. 46.

²³⁸ A.g.e, s. 47.

Guide 2016) (“**ICN Rehberi**”) uyarınca birleşmelerdeki taahhüt mekanizmasında, birleşme neticesinde ortaya çıkabilecek etkinlikler ve diğer faydalar korunarak rekabet karşıtı etkilerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır²³⁹. Birleşmelerde taahhütün tespit edilmesi rekabet ihlallerine göre daha zor ve çoğunlukla tahminlere dayanan bir analiz gerektirmektedir²⁴⁰.

2.1.4. Koşullu izin, şart ve yükümlülük kavramları

Taahhütler taraflarca sunulan birleşmenin yapısına ilişkin bir mal varlığını elden çıkarma veya sözleşme yapma gibi çözüm önerilerini ifade etmektedir. Kurulun taahhütlerin gerçekleştirilmesi şartına bağlı olarak verdiği izin kararı “koşullu izin” olarak anılmaktadır ve herhangi bir şarta tabi olmadan verilen birleşme izin kararlarından ayrılmaktadır. Kurul birleşmelere ilişkin koşullu izin kararlarında tarafların sunduğu taahhütlerin yerine getirilmesi için birtakım şart ve yükümlülükler belirlemektedir. Bu şart ve yükümlülükler taahhütlerin teşebbüsler açısından bağlayıcı olmasını sağlamaktadır²⁴¹.

Şart, elden çıkarmanın tamamlanması gibi taahhüdün esasına ve ifasına ilişkindir. Yükümlülükler genellikle taahhütlerin uygulanma sürecine ilişkindir. Örneğin elden çıkarma uzmanının atanması yükümlülük olarak belirlenmektedir. Birleşmelerde taahhütler bakımından şart ve yükümlülük kavramlarını birbirinden ayıran en önemli unsur ihlal edilmeleri halinde birleşme üzerindeki etkileri ve öngörülen yaptırımlardır.

2.1.4.1. Koşullu izin kararları

“Koşullu izin” kavramı literatürde Kurulun verdiği tüm koşullu izin kararlarını ifade etmek için kullanılmaktadır²⁴². Bu itibarla, birleşmelerin esasına ilişkin olmayan ve yan sınırlamalara ilişkin sözleşme hükümlerini düzenleyen izin

²³⁹ ICN Rehberi, s. 2.

²⁴⁰ Wang (2011), s. 578.

²⁴¹ Faull/Nikpay (2014), s. 757.

²⁴² Güven (2009), s. 371; Gürkaynak v.dğr. (2012), s. 147-148.

kararları da bu tanımın içinde yer almaktadır²⁴³. Dar anlamda koşullu izin kararı ise, Kurulun rekabet sorunlarının çözülmesine ilişkin taahhütlerin gerçekleşmesi için belirlediği şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlı olarak verdiği birleşme izin kararlarını kapsamaktadır²⁴⁴. Tez çalışmasında koşullu izin kavramı dar anlamıyla kullanılmıştır.

Kurulun geniş anlamda bir koşula bağlı olarak verdiği izin kararları genellikle rekabet etmeme yükümlülüklerinin süresinin²⁴⁵ veya coğrafi bölgesinin²⁴⁶ sınırlanması yükümlülük olarak belirlenmiştir²⁴⁷. Kurulun ayrıca rekabet etmeme yükümlülüğünün başlangıç tarihinin işlemin gerçekleştiği tarih olarak değiştirilmesi ve birinci derece akrabalara yönelik yasağın rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamından çıkartılması koşuluna bağladığı izin kararları da bulunmaktadır²⁴⁸. Bu kararlardaki yükümlülükler Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren rekabet sınırlamalarını düzenlemek için getirilmektedir.

Kurul diğer kararlarında ortak girişimlere ilişkin olarak 4. maddenin şartlarını yükümlülük olarak belirlemiştir. Örneğin Kurul **Metro-Migros** kararında Kanun'un 7. maddesine aykırılık bulunmadığını belirtmiş; ancak, ortak girişim taraflarından sadece birinin ortak girişim ile aynı ilgili pazarda faaliyet göstermesi şartı ile işleme izin vermiştir. Kurul, getirilen şarta uyulmaması halinde ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı anlaşma kabul edilip, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde inceleneceğini belirtmiştir²⁴⁹. Kurul bu kararında rekabet endişesini

²⁴³ Örneğin Kurulun 20.07.2000 tarihli, 00-27/294-164 sayılı **Uzel Holding/Efe Otomotiv** kararı; Kurulun 04.07.2001 tarihli, 01-30/299-89 sayılı **Yaşar Holding/Carlsberg** kararı; Kurulun 05.09.2002 tarihli, 02-52/662-269 sayılı **Rental Tedavi Sistemleri** kararı.

²⁴⁴ Aksoy/Yavuz (2009), s. 14-15; Gönenç Gürkaynak v.dğr, "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 17-18 Nisan 2009, 171-227, s. 175; H. Ercüment Erdem, "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S. 4, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Aralık 2009, s. 137; Gürkaynak v.dğr. (2012), s. 147-148; Arı v.dğr. (2009), s. 229.

²⁴⁵ Kurulun 02.03.2006 tarihli, 06-16/188-48 sayılı **DaimlerChrysler/EQT IV Fund** kararı.

²⁴⁶ Kurulun 28.04.2006 tarihli, 06-31/373-95 sayılı **Mars Sinema** kararı.

²⁴⁷ Rekabet etmeme yükümlülüğünü de içeren bir üst kavram olan yan sınırlamalar, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar olarak tanımlanmaktadır.

²⁴⁸ Kurulun 24.08.2006 tarihli, 06-59/774-227 sayılı **Erikli Su/Nestle Waters** kararı.

²⁴⁹ Kurulun 19.03.1998 tarihli, 57/424-52 sayılı **Metro-Migros** kararı. Aynı şekilde bkz. Kurulun 03.08.2000 tarihli, 00-29/307-174 sayılı **Garanti Koza** kararı.

ortadan kaldıran taahhütler çerçevesinde koşullu izin kararı vermemiş olup, ortak girişimlere ilişkin bir şart getirmiştir. Kurul başka bir kararında²⁵⁰ ilgili pazarlarda hakim durum yaratmayan veya hakim durumu güçlendirmeyen bir işleme potansiyel etkisi nedeniyle beş yıl süre ile altı ayda bir düzenli pazar bilgisi sağlama şartı ile izin vermiştir. 7. maddeye aykırılık tespit edilmemesi nedeniyle anılan kararda yer alan pazar bilgisi sağlama şartının birleşmenin esasına ilişkin bir koşul olmadığı kanaatindeyiz.

Kurulun yukarıda belirtilen kararlarda belirlediği ve işlemin esasına ilişkin olmayan şart ve yükümlülükler Kanun'un 7. maddesinin genişletilmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Birleşmenin geçerliliğinin sözleşmenin tadiline veya ortak girişime ilişkin bir şarta bağlı olmaması gerektiği belirtilmektedir²⁵¹. Yan sınırlamaların veya ortak girişime ilişkin şartların birleşme işlemi ile birlikte değerlendirilmesi veya gerekiyorsa Kanun'un 4. maddesi kapsamında ayrı bir incelemeye tabi tutulması önerilmektedir²⁵². Kanun koyucunun bu konuyu gündemine aldığı anlaşılmaktadır. Tasarı'da izin kararında belirtilen şart ve yükümlülüklerin sadece Kanun'un 7. maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla tarafların vereceği taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabileceğine ilişkin açık düzenleme yer almaktadır.

Son olarak birleşmelerde verilen koşullu izinlere ilişkin doktrinde yapılan bir öneriye de bu bölümde değinmek isteriz. **Wang** birleşmelerde karar verilen bazı taahhütlerin birleşme sonrası bazı şartların gerçekleşmesi halinde yürürlüğe girmesini önermektedir²⁵³. Bu şartlar rekabet endişesinin meydana gelmesi örneğin hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşebilir. Bu uygulama koşullu taahhüt olarak ifade edilmektedir.

Wang koşullu taahhüdün elden çıkarmanın mümkün olmadığı veya elden çıkarma taahhüdünü tasarlayıp uygulamanın idari masraf ve zaman alacağı veya davranışsal taahhüdü takip etmenin ve denetlemenin zor olacağı ve benzeri

²⁵⁰ Kurulun 20.08.1998 tarihli, 80/617-119 sayılı **Borusan/Mannesmann** kararı.

²⁵¹ Aksoy v.dğr (2006), s. 22.

²⁵² Aksoy v.dğr (2006), s. 25.

²⁵³ Wang (2016), s. 56.

durumlarda uygulanabileceğini savunmaktadır²⁵⁴. Bu mekanizma aracılığı ile bir taraftan taahhüdü tasarlamak, uygulamak ve denetlemek için gereken zaman, masraf ve insan gücünden tasarruf edilirken, aynı zamanda birleşen teşebbüslerin rekabet kurallarına aykırı davranma güdüsünün de önüne geçilebileceği belirtilmektedir. Koşullu taahhüt birleşmeyi belli bir deneme süresine tabi tutacak ve sürenin sonunda herhangi bir ihlal olmazsa taahhüt ortadan kalkacaktır. Birleşen tarafların koşullu taahhütleri veya rekabet kurallarını ihlal etmeleri halinde ise, taahhütler yürürlüğe girecektir.

Koşullu taahhüt önerisinin her halükarda rekabet otoritesinin denetim ve takibini gerektireceğini düşünüyoruz. Bu mekanizma birleşmelerin *ex ante* denetim kolaylıklarını bir ölçüde bertaraf edecek ve rekabet otoritesinin avantajlı durumuna zarar verebilecektir. Birleşen tarafların rekabeti ihlal edip etmediğinin tespiti işlem sonrasında kolay olmamaktadır. Anılan sebeplerden ötürü koşullu taahhüt mekanizmasının, özellikle yapısal taahhüt gerektiren rekabet sorunlarında, rekabet otoriteleri tarafından kabul görmeyeceği kanaatindeyiz.

2.1.4.2. Şart kavramı

Şart türüne göre bir hukuki işlemin gerçekleşmesine veya ortadan kalkmasına, bir başka ifade ile işlemin hukuki sonuçlarına etki edecek ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hukuki işlem yapıldığı sırada bilinmeyen bir olay veya davranış olarak tanımlanmaktadır²⁵⁵. Şartın ne zaman gerçekleşeceği, hatta gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmemektedir, bu nedenle vade veya süreden farklıdır. Hukuki olayın sonuçlarını gelecekte gerçekleşeceği şüpheli bir olaya bağlamak şart ile mümkün olmaktadır²⁵⁶. TBK'nın 170-176. maddelerinde sözleşmenin şarta (koşul) bağlanabileceği belirtilmekle birlikte, 4721 sayılı Türk

²⁵⁴ A.g.e., s. 56-57.

²⁵⁵ A. Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 254, Ankara 1992, s. 30; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 478; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 1161.

²⁵⁶ Sirmen (1992), s 1.

Medeni Kanunu'nun²⁵⁷ ("TMK") 5. maddesindeki atf uyarınca TBK'daki ilgili maddelerin diğer hukuki işlemlere de uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁵⁸. Burada belirtilen şart, hukuki işlemi tamamlayıcı olgu niteliğini tarafların iradesi ile kazanmaktadır²⁵⁹.

Kurulun koşullu izin kararları bakımından, şart, pazarın yapısını değiştiren taahhütlere ilişkindir; yükümlülük ise, taahhütlerin uygulanması için izlenmesi gereken usule ilişkin aşamalıdır²⁶⁰. Örneğin, bir iş biriminin elden çıkartılması şart olarak ifade edilirken, Kuruma gerekli raporların sunulması ise yükümlülük olarak belirlenir. Şartın, Kurulun koşullu²⁶¹ izin kararlarının ana unsuru olduğu söylenebilir. Kurulun belirlediği şart ve yükümlülükler arasındaki en önemli fark yerine getirilmemeleri halinde ortaya çıkan hukuki sonuçtur ve işlem üzerindeki etkileridir. Kılavuz'da Kurulun belirlediği şarta uyulmaması halinde iznin kendiliğinden geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu halde birleşme Kurulun izni alınmadan gerçekleştirilmiş olacağı için Kurulun Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verme hakkı saklıdır²⁶².

Şart kavramı, şart olarak belirlenen olayın veya sonuçlarının hukuki işlem üzerindeki etkisine göre geciktirici ve bozucu şart olarak sınıflandırılmaktadır²⁶³. Geciktirici (veya erteleyici) şart²⁶⁴ belirlenen hallerde hukuki işlem, geciktirici şart

²⁵⁷ RG t. 08.12.2001, S. 24607.

²⁵⁸ Sirmen (1992), s. 4-5.

²⁵⁹ Topçuoğlu/Dolmacı (2011), s. 109.

²⁶⁰ Nazlı Varol, Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Tez No: 101, Yayın No: 0252, Ankara 2009, s. 86.

²⁶¹ Koşul ve şart eş anlamlı kelimelerdir (TDK internet sitesi http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cd09492011548.34337183) Erişim Tarihi: 6 Mayıs 2019.

²⁶² Kılavuz'un atfı uyarınca, burada kastedilen idari para cezası Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen izne tabi bir birleşmenin Kurulun izni olmadan gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak para cezasıdır.

²⁶³ Eren (2012), s. 1171. Öte yandan, **Sirmen**'e göre, şart teorik olarak bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasının gelecekte gerçekleşme ihtimali olan bir olaya bağlanmasına ilişkin bir kayıttır ve bu nedenle, sadece geciktirici şart bu anlamda şart olarak kabul edilebilir. Buna karşın, yazar, hem geciktirici hem bozucu şartın işlemin sonucuna etki etmeleri ve belirsiz olmaları nedeniyle şartın türleri olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir (Bkz. Sirmen (1992), s. 59-60).

²⁶⁴ TBK'nın 170. maddesinin birinci fıkrasına göre, erteleyici koşul bir sözleşmenin hüküm ifade etmesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılması olarak ifade edilmiştir.

gerçekleştiği takdirde geçerli olur²⁶⁵. Bozucu şart belirlenmesi halinde hukuki işlem baştan itibaren geçerli olur ama bozucu şartın²⁶⁶ gerçekleşmesi halinde geriye etkili olarak sona erer²⁶⁷. Bir başka deyişle, geciktirici şart belirlendiğinde hukuki işlemin geçerliliği bu şart gerçekleşene kadar askıda olacaktır; bozucu şart belirlendiğinde ise, hukuki işlem yapıldığı anda geçerli olarak hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacak; ancak, bozucu şart gerçekleştiği takdirde, işlem hukuki sonuçları ile birlikte yürürlükten kalkacaktır²⁶⁸.

Kurulun koşullu izin kararlarında belirlenen şartın geciktirici mi yoksa bozucu mu olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Kurulun koşullu izin kararlarında belirlenecek şartların geciktirici şart olması gerektiğini savunan görüşler olduğu kadar²⁶⁹, bozucu şart olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır. Geciktirici şart olması gerektiğini savunan görüşe göre, bozucu şart olarak kabul edilmesi halinde işlem hükümlerini doğurmaya başladıktan sonra şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi halinde taraflar açısından işlemi sonlandırmak hukuki ve ekonomik yönden çok zor olacaktır. Bu nedenle, işlemin geciktirici şarta bağlanmasının ve iznin hükümlerini şart gerçekleştikten sonra doğurmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır²⁷⁰.

Birleşmelerde belirlenecek şartın bozucu şart olması gerektiğini değerlendiren diğer görüşe göre, erteleyici şart verilmesi halinde şart gerçekleşene kadar Kurulun izin kararının geçerliliği şüpheli olacaktır ve bu hukuki belirsizlik ekonomik belirsizliğe de yol açacaktır²⁷¹.

Kanaatimizce Kurul kararlarında öngörülen şartlar bozucu şart niteliğindedir; Kurul kararı ile işleme izin verilmekte olup, kararda belirtilen şartlar yerine getirilmediğinde izin geçersiz hale gelmektedir. Aksi görüş kabul edildiği takdirde, Kurul kararından şart gerçekleşinceye kadar devam edecek ve süresi belli

²⁶⁵ Sirmen (1992), s. 53; Eren (2012), s. 1171.

²⁶⁶ TBK'nın 173. maddesinin birinci fıkrasında, bir sözleşmenin sona ermesinin, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmasının bozucu koşula bağlanması anlamına geldiği düzenlenmiştir.

²⁶⁷ Sirmen (1992), s. 54; Eren (2012), s. 1171.

²⁶⁸ Sirmen (1992), s. 53-54; Eren (2012), s. 1176.

²⁶⁹ Topçuoğlu/Dolmacı (2011), s. 113.

²⁷⁰ A.g.e., s. 113.

²⁷¹ Aksoy v.dğr (2006), s. 21-22.

olmayan bir belirsizlik söz konusu olacaktır ki bu durumun piyasaların işleyişi ve birleşmelerin amacı bakımından kabul edilmesi güçtür. Tasarı'da şartın bozucu veya erteleyici olacağına dair açık bir hüküm yer almamaktadır. Öte yandan şarta uyulmaması halinde iznin ortadan kalkacağı belirtilerek bozucu şarta işaret edilmektedir.

2.1.4.3. Yükümlülük kavramı

Yükümlülük, geniş anlamıyla belli bir şekilde davranma veya davranmama zorunluluğudur²⁷². Bir hukuki ilişkide yükümlülük belirlenmesi halinde taraflara belli bir şekilde davranma veya davranmama edimi yüklenmektedir; ancak, yükümlülüğe uyulmaması hukuki işlemin hüküm doğurmasına veya hükümlerinin ortadan kalkmasına etki etmemektedir²⁷³. Öte yandan yükümlülüğe uyulmaması halinde, yükümlülük borçlusu ifaya zorlanabilecektir²⁷⁴. Şart ve yükümlülük arasındaki fark, Savigny tarafından “*Şart geciktirir, fakat yükümlülük altına sokmaz. Mükellefiyet yükümlülük altına sokar, fakat geciktirmez*” şeklinde ifade edilmiştir²⁷⁵.

Kılavuz'a göre yükümlülüklerin ihlali halinde Kanun'un 17. maddesi uyarınca idari para cezası verilebileceği belirtilmektedir. Yükümlülüklerin ihlali halinde idare hukukunun genel prensipleri çerçevesinde Kurulun izin kararını geri alması mümkündür²⁷⁶. Ancak Kanun'da açık hüküm olmaması nedeniyle Kurulun izin kararını geri alma yetkisine sahip olmadığı iddia edilebilir. Tasarı yükümlülüklerin ihlali halinde Kurula kararı geri alma yetkisi de vermektedir.

²⁷² Eren (2012), s. 1164; Aksoy v.dğr (2006), s. 3.

²⁷³ Oğuzman/Öz (2012), s. 481.

²⁷⁴ Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1970, C: 27, S. 3-4, 219-247, s. 243 (Çevrimiçi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3174.pdf>, Erişim Tarihi: 7.12.2014).

²⁷⁵ Aynen alıntı: Hasan Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınarlı Yayınları, Ankara, 1989, s. 73.

²⁷⁶ Aslan (2007), s. 583; Gamze Öz, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, (başlıksız konuşma), 5 Kasım 1999, 46-56, s. 55, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/5-pdf>. Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2019; Badur/Ertem de bir idari işlemin geri alınabilmesinin ön koşulunun o idari işlemin sebep unsuru bakımından sakat olması olduğunu belirtmektedir (Emel Badur/Burcu Ertem, “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, Rekabet Dergisi, 2008, Sayı: 33, 3-61, s. 14).

Tasarı'daki bu düzenleme AB mevzuatı ile paraleldir. Tasarı'nın bu haliyle yürürlüğe girmesi halinde Kılavuz'un uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2. YASAL ÇERÇEVE

Taahhütler ile ilgili temel yasal düzenlemeler Kanun, Tebliğ ve Kılavuz'da yer almaktadır. Birleşmelerde taahhüt sunulmasının Kanun'da yasal dayanağı olup olmadığı tartışmalıdır. Konu Tebliğ'in 14. maddesinde düzenlenmektedir. Kurul uygulaması bakımından Kurulun kurulduğu ilk yıllardan itibaren birleşmeye ilişkin taraflarca sunulan taahhütleri kabul ederek veya kimi zaman kendisi taahhüt belirleyerek koşullu izin kararı verdiği görülmektedir. Bu bölümde, Kanun, Tebliğ ve Kılavuz'da yer alan taahhütlere ilişkin düzenlemeler açıklanacaktır.

2.2.1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Kanun'da birleşmelerde taahhütlerin kabul edilebileceğine ve koşullu izin kararı verilebileceğine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Kanun'da açık hüküm bulunmamasına rağmen Kanun'un çeşitli maddelerinde ve ikincil mevzuatta Kurulun kararlarında şart öngörebileceğine doğrudan ve dolaylı olarak işaret eden hükümler yer almaktadır. Kanun'un 2. maddesinde rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin Kanun kapsamına girdiği belirtilmiştir. Yaptırım açısından, Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde yükümlülükler veya taahhütlere aykırı davranılması halinde idari para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir. Buna ilaveten, Kanun'un 27. maddesinin (f) fıkrası Kurul tebliğ çıkarma yetkisi vermekte ve 52. maddesi de düzenleme yapma yetkisi tanımakta ve taraflara görevler yüklenebileceğini düzenlemektedir.

Kanun'da açık hüküm olmaması nedeniyle, Kurulun birleşmeye taahhütler çerçevesinde koşullu izin kararı verip veremeyeceği tartışmalıdır²⁷⁷. Bütünlüğü sağlamak için aşağıda bu konudaki tartışmalar ve farklı görüşler açıklanmaktadır.

Kurulun birleşmelere ilişkin koşullu izin kararı verebileceğini savunan görüşler²⁷⁸ olduğu kadar, hukuken mümkün olmadığını öne süren görüşler²⁷⁹ de bulunmaktadır. Kurulun birleşmelere koşullu izin verebileceğini savunan görüş, Tebliğ'deki düzenlemelerin Kurulun birleşmelere koşullu izin vermesinin yasal dayanağını teşkil ettiğini belirtirken; karşı görüş ise, Kanun'da açıkça yetki tanınmayan bir hususun Tebliğ ile düzenlenemeyeceğini savunmaktadır. **Aksoy** ve diğerleri ise²⁸⁰, Kurulun işlemi yasaklama yetkisinin işlemi bozucu şarta bağlayarak izin verme yetkisini de kapsadığı görüşündedir. **Aslan** ise, menfi tespit kararı şart ve yükümlülüklerle bağlanabiliyorsa, birleşmeye ilişkin karar evleviyetle bağlanabilir fikrini savunmaktadır²⁸¹.

Buna ilaveten, Kurulun koşullu izin vermesi halinde, esasen işleme izin vermediğini, alınması gereken önlemleri belirttiğini ve bu önlemlerin alınması halinde işleme izin verileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır²⁸². Bu görüşe göre, Kurul koşullu izin kararı verdiği işlemleri fiilen reddetmektedir. Burada iki aşamalı bir inceleme öngörülmüştür. Kurul işlemi reddederken tarafların yerine getirilmesi gereken şartları belirtilmelidir. Bu kararı takiben taraflar söz konusu koşulları yerine getirerek, Kanun'un 7. maddesi ile uyumlu hale gelen birleşme işlemi için Kurula tekrar başvuracaktır. Kurul ikinci kararında birleşmeye izin verecektir. Önerilen yöntemin, pozitif hukukta dayanağının olmadığı ve usul

²⁷⁷ Orçun Şenyücel, "AT Komisyonu'nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar", *Rekabet Dergisi*, 2009, 10(2), 73-114, s. 94 .

²⁷⁸ Aslan (2007), s. 581-583; Varol (2009), s. 74-76; Güven (2003), s. 403-404; Erdem (2009), s. 187-188; Öz (1999), s. 53; Nurkut İnan "Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları", *Rekabet Bülteni*, İstanbul 2000, S. 2, s. 22; Gönenç Gürkaynak/Derya Durlu, "From Mergers to Cartels: An Overview of the Rapidly Evolving Turkish Competition Law in Light of the European Model", *Journal of European Competition Law&Practice*, 2011, s. 3.

²⁷⁹ Hilmi Bolatoğlu, *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No: 0163, Ankara 2004, s. 43-44; Badur/Ertem (2008), s. 17-18.

²⁸⁰ Aksoy v.dğr (2006), 1-26, s. 26.

²⁸¹ Aslan (2007), s. 582. Öte yandan, Aslan, daha sonraki bir savunmasında Kanun'da yasal dayanak olmadığı gerekçesiyle, Kurulun birleşmelerde koşullu izin kararı veremeyeceğini ileri sürmüştür (Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı **Burgaz/Mey İçki** kararı s. 39-40).

²⁸² Bülent Çamlıca, "Rekabet Kurulu'nun Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tutumu", *ESC Consulting Rekabet Bülteni*, Sayı: 2, 2000.

ekonomisine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Kurulun koşulların belirlenmesinin akabinde tarafların bu koşulları yerine getirerek yeni bir başvuru yapması bu süreçte henüz Kurul izninin alınmaması anlamına gelecektir ki bu durum işlem tarafları nezdinde belirsizliğe ve güvensizliğe neden olacaktır. Kaldı ki, tarafların Kurul izni alıp alamayacakları belli olmamasına rağmen koşulları yerine getirmeleri geri dönülemez birtakım sonuçlar doğuracaktır.

Benzer bir görüş, Kurulun belirleyeceği değişikliklerin yapılması şartıyla izin verilen bir birleşmeye esasen izin verilmediğini ve Kurulun birleşmeleri sadece nihai inceleme aşamasında yasaklayabileceğini belirtmektedir²⁸³. Bu görüş çerçevesinde karşı çıkılan hususlardan biri Kurulun tek başına şart belirleme yetkisidir. Kurulun birleşmenin rekabeti olumsuz etkileyeceğini tespit etmesi halinde nihai inceleme aşamasına geçerek taraflar ile iletişime geçmesi ve taahhüt sunarak birleşmede gerekli değişiklikleri yapmalarına imkan tanınması gerektiği savunulmaktadır.

Kanun'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde Kanun'da yer alan boşluğun sessiz bir yasaklama niteliğinde olmadığı ve Kanun'da Kurula taahhütler çerçevesinde koşullu izin verme yetkisinin verildiği görüşüne katılıyoruz²⁸⁴.

Tasarı'nın 3. maddesinde Kurulun birleşme işlemine belirli şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebileceğine ilişkin açık düzenleme yer almaktadır. Tasarı'nın mevcut haliyle yürürlüğe girmesi halinde birleşmelerde sunulan taahhütlerin Kanun'da dayanağı bulunmadığına ilişkin tartışmalar son bulacaktır.

Kurulun birleşmelerin kontrolünde koşullu izin verip veremeyeceği konusu yargı kararlarına da konu olmuştur. Söz konusu mahkeme kararları Mülga Tebliğ döneminde verilmiş olsalar da²⁸⁵, konu ile ilgili tartışmalar halen Tebliğ döneminde de geçerlidir. Bu sorun Petrol Ofisi A.Ş.'nin (POAŞ) özelleştirmesi²⁸⁶ sürecinde ortaya çıkmıştır. Kurul kararında²⁸⁷ POAŞ'ın %51 oranında paylarının blok satış

²⁸³ Aksoy v.dğr (2006), s. 21.

²⁸⁴ Aslan (2007), s. 583; Öz (1999), s. 53.

²⁸⁵ Mülga Tebliğ'in 6. maddesine göre, Kurulun birleşme veya devralmaya gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebileceği belirtilmiştir.

²⁸⁶ POAŞ'ın özelleştirilmesi sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tan (1999), s. 39-43.

²⁸⁷ "Rekabet Kurulu 30.7.1998 tarih ve 77/510-108 sayılı kararı ile, Petrol Ofisi A.Ş.'nin

yoluyla özelleştirilmesi işlemine koşullu izin vermiştir. Kurulun koşullu izin kararını takiben, Ankara 6. İdare Mahkemesi ihalenin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kararında, Kurulun koşullu izin verme yetkisinin Kanun'da yer almadığını ve Kanun'la düzenlenmeyen bir yetkinin ikincil düzenlemeler ile getirilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, izin kararında işlemle ilgili esaslı eksikliklerin belirtilmesinin iznin verilmediği anlamına geldiğini belirtmiştir²⁸⁸. Ancak Ankara Bölge İdare Mahkemesi işlemin öncelikle özelleştirmeye ilişkin mevzuat açısından incelenmesi gerektiği gerekçesi ile yürütmenin durdurulması kararını kaldırmış ve dosyayı mahkemeye iade etmiştir²⁸⁹. Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin sonraki ihaleyi iptal kararında koşullu izin verme yetkisine ilişkin görüşlerini yumuşattığı ve Kurulun yetkisi olduğunu zımnen kabul ettiğini anlamaktayız²⁹⁰. Mahkeme Kurulun koşullu izin kararında belirlediği şartları da göz önünde bulundurarak ihaleyi rekabet hukukuna ilişkin ilkelerin göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir²⁹¹. Kurum dava devam ederken yaptığı basın açıklamasında Kurulun koşullu izin verme yetkisinin Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasına ve 2. maddesine ve ayrıca Mülga Tebliğ'e dayandığını açıkça ifade etmiştir²⁹².

Danıştay'ın bu konudaki görüşüne ilişkin olarak ise, Vatan Gazetesi'nin Doğan Grubu tarafından devralınmasına ilişkin koşullu izin kararı²⁹³ incelenebilir. Kurul birleşmeye Vatan Gazetesi marka ve imtiyaz hakkının işleme izin verilen tarihten itibaren iki yıl içinde üçüncü bir teşebbüse devredilmesi koşuluyla izin

sermayesinin % 51'lik kısmının özelleştirme yoluyla T.İş Bankası A.Ş., Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayii A.Ş., Park Holding A.Ş. ve PÜAŞ-Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş. ortak girişim grubuna devredilmesine ilişkin işleme bir bölümü POAŞ'ın kamu kurumu olması nedeniyle sahip olduğu imtiyazların özelleştirme sonrası durumu ile ilgili, bir bölümü de POAŞ'ı alacak ortak girişim grubunun ortaklık yapısı ile ilgili koşullara uyulması kaydıyla izin vermiştir” (Aynen alıntı: Tan (1999), s. 37).

²⁸⁸ Ankara 6. İdare Mahkemesi, 14.10.1998, E.1998/773. (Aynen alıntı: TAN (1999), s. 37).

²⁸⁹ Temel (2012), s. 37.

²⁹⁰ Temel (2012), s. 37-38.

²⁹¹ Ankara 6. İdare Mahkemesi, 23.2.1999, E.998/773-K.999/101. (Aynen alıntı: Tan (1999), s. 37); Temel (2012), s. 47.

²⁹² Kurum'un 21 Ekim 1998 tarihli basın açıklaması. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBasin+Duyurusu%2F21ekim1998.pdf> (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2016).

²⁹³ Kurulun 10.03.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı *Vatan Gazetesi* kararı; anılan karar ilişkin Danıştay 13. Dairesi 15.03.2010 tarihli kararı (Esas No. 2008/13171, Karar No. 2010/2225).

vermiştir. Danıştay şartların yetersiz olduğu gerekçesiyle Kurul kararının koşullara ilişkin kısmını iptal etmiştir.

Danıştay, Mülga Tebliğ'in Kurulun izin kararında tedbir ve yükümlülükler öngörmesine imkan tanıdığını, ancak bu koşulların Kanun ile uyumlu olması ve Kanun'da dayanağı olan şartlar olması gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan, Danıştay Kurulun yetkisinin tartışmalı olduğu konuları şart olarak belirlediğini ifade etmiştir. Her ne kadar ikincil mevzuatta yer alan koşullu izin düzenlemelerine atıf yapılmış olsa da, Danıştay, Kurulun taahhütler çerçevesinde koşullu izin kararı verme yetkisine sahip olup olmadığı hususunda açık bir görüş beyan etmekten kaçınmıştır.

Danıştay'ın yakın tarihli bir kararı olan Kurulun AFM/Mars kararının iptalinde²⁹⁴, Kurulun taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük getirebileceği kabul edilmiştir.

Mehaz AB rekabet hukukunda taahhüt ile ilgili hükümler AB Birleşme Tüzüğü'nde ve kabul edilebilir taahhütlere ilişkin Komisyon duyurusunda (*Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*)²⁹⁵ ("**Duyuru**") düzenlenmektedir. AB Birleşme Tüzüğü'nün 6(2). ve 8(2). maddelerinde Komisyonun taahhütler çerçevesinde değiştirilen birleşmenin rekabet endişesi doğurmadığı tespit edildiği takdirde, birleşmeye izin vereceği ifade edilmektedir²⁹⁶. Taraflar rekabet endişelerini gidermek için nihai inceleme öncesinde veya nihai inceleme esnasında taahhüt önerisinde bulunabilmekte ve bu taahhütler Komisyonun koşullu izin kararı ile birlikte taraflar açısından bağlayıcı hale gelmektedir. Türkiye'deki yasal dayanak tartışmaları AB rekabet hukukunda yer

²⁹⁴ Danıştay 13. Dairesi 17.06.2015 tarihli kararı ile (Esas No. 2012/2013, Karar No. 2014/2507) Kurulun AFM/Mars birleşmesi sonucunda sinema gösterim pazarındaki toplam pazar paylarının rekabet endişesi yaratacak seviyelere geleceği, potansiyel rekabetin düşük ve yetersiz oluşu ve dikey pazarlarda da yüksek alıcı gücü oluşturulacağı tespitlerine dayanarak taahhütler yetersiz bulunmuş ve Kurul kararı esastan iptal edilmiştir.

²⁹⁵ COMMISSION NOTICE on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, OJEU 22.10.2008, C 267/1-27.

²⁹⁶ AB Birleşme Tüzüğü'nün giriş bölümününün 30. paragrafında ise, Komisyonun taraflarca sunulan taahhütler çerçevesinde birleşmeye izin verebileceği belirtilmektedir. Aynı paragrafta, taahhütlerin rekabet sorunu ile orantılı olması ve sorunu tamamen ortadan kaldırması gerektiği de ifade edilmiştir.

almamaktadır. AB rekabet mevzuatının, Komisyona birleşmelerde taahhütlerin yerine getirilmesi için şart ve yükümlülük belirlenmesi ve bunların yerine getirilmesi koşuluna bağlı olarak izin verilmesi konusunda tam yetki verdiği kanaatindeyiz.

2.2.2. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ

Açık hüküm olmamasına rağmen, Mülga Tebliğ'in 6. maddesinde Kurulun birleşmelere gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklere uyulması koşuluyla izin verebileceği belirtilmekteydi. Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte taraflarca taahhüt sunulması ve Kurul tarafından koşullu izin verilmesi açık olarak düzenlenmiştir. Mevcut Tebliğ'in 13. maddesinde Kurulun kararlarında şart ve yükümlük öngörebileceği ve ayrıca 14. maddesinde tarafların birleşmelerde rekabet endişelerini ortadan kaldırmak için taahhüt verebileceği belirtilmektedir²⁹⁷.

2.2.3. Kurulun kabul edilebilir taahhütlere ilişkin kılavuzu

2011 yılında kabul edilen ve yürürlüğe giren Kılavuz, bazı farklılıklar dışında mehz AB mevzuatı ile paralel olarak hazırlanmıştır. Kılavuz, Kurul ve taraflar açısından rekabete aykırı bir birleşmede, rekabet endişelerinin ön inceleme veya nihai inceleme aşamalarında ne şekilde ortadan kaldırılabileceği hakkında önemli bir yol göstericidir. Kılavuz'da taahhütlere ilişkin genel ilkeler, kabul edilebilir taahhüt türleri ve taahhütlerin sunulmasındaki usul konuları açıklanmaktadır. Tebliğ'de detaylı olarak açıklanmayan şart ve yükümlülük konuları da Kılavuz'da açıklanmış olup, şart ve yükümlülüklerin nitelikleri ve yerine getirilmemeleri halinde öngörülen yaptırımlar düzenlenmektedir.

²⁹⁷ Mülga Tebliğ'in 6/3. maddesinde, Kurulun bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklere uyulması koşuluyla izin verebileceği belirtilmekteydi. Mülga Tebliğ döneminde bildirilmeyen birleşmelere Kanun'un 11. maddesi uyarınca yapılacak inceleme neticesinde koşullu izin verilip verilemeyeceğine ilişkin tartışma için bkz. Badur/Ertem (2008), s 16.

Kılavuz'un ekinde yer alan taahhüt formu ve örnek taahhüt metinleri de Kurul ve teşebbüsler açısından taahhütlerin tasarlanması ve uygulanmasında yol gösterici olacak detaylar içermektedir.

Kılavuz'da genel olarak taahhütlerin rekabet sorununu ortadan kaldırması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca birleşmeden kaynaklanan olumlu etkilerin de korunması amaçlanmaktadır. Bunun için taahhüt seçimi ve uygulanması önem arz etmektedir. Kılavuz rekabet sorunlarını ortadan kaldırmak için en etkili taahhüdün yapısal taahhütler olduğu vurgusunu yaparak bu konudaki tercihini açıkça ortaya koymuştur. Bununla beraber, Kılavuz'da yapısal taahhütlerin uygun olmadığı durumların olabileceği kabul edilerek, yapısal olmayan taahhütler tamamen dışlanmamaktadır.

Kılavuz'un açıklık getirdiği en önemli kurallardan biri taahhütlerin "tarafarca belirlenme kuralı"dır. Kurulun Kılavuz öncesinde taahhütleri birleşme tarafları sunmadığı ve Kurulun tek taraflı olarak şart ve yükümlülükler belirlediği birçok kararı bulunmaktadır²⁹⁸. Kılavuz öncesinde verilen Kurul kararları, "tarafarca belirlenme kuralına" uygun olmadıkları gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir²⁹⁹. Kurul tarafından belirlenen şart ve yükümlülükler uygulamada sorun yaratmaktadır. Bunun sebebi Kurulun belirlediği şart ve yükümlülüklerin tarafların birleşmeden beklediği etkinliklere aykırı olma ve tarafların bu şartlara uymaya hazırlıklı olmama ihtimalidir³⁰⁰. Bir başka deyişle Kurulun uygulanması mümkün olmayan şart ve yükümlülükleri tek taraflı olarak belirleme riski bulunmaktadır³⁰¹. Bu riskin ortaya çıkması halinde Kurul uygulanamayacak bir çözüme dayanarak işleme izin vermiş olacaktır. Kılavuz ile getirilen "tarafarca belirlenme kuralı" sayesinde Türk rekabet hukukundaki taahhüt mekanizmasında artık şart ve yükümlülüklerin Kurulca belirlenme ihtimali ortadan kalkmıştır. Bu durumun taahhüt mekanizmasına yer veren modern rekabet hukuku sistemlerine uygun olduğu kanaatindeyiz.

2.3. TAAHHÜTLERİN SINIFLANDIRILMASI

²⁹⁸ Örneğin Kurulun 10.03.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı *Vatan Gazetesi* kararı.

²⁹⁹ Erdem (2009), s. 139.

³⁰⁰ Varol (2009), s. 83.

³⁰¹ A.g.e., s. 83.

Taahhütler geleneksel olarak, yapısal taahhütler ve yapısal olmayan taahhütler olarak ikiye ayrılmaktadır³⁰². Aşağıda açıklanacağı üzere Kılavuz'da ve AB mevzuatında ve ayrıca uluslararası çalışmalarda taahhütler farklı şekilde tasnif edilmektedir. Öte yandan, tasnif edildiği gruptan bağımsız olarak taahhütlerin seçiminde ve tasarlanmasında işleme ve etkilenen pazarlara özgü rekabet endişelerinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin elden çıkarmanın mümkün olmadığı bir pazarda uzun dönemli erişim sağlanması uygun bir çözüm olabilecektir veya uygun bir çözümün mümkün olmadığı pazarlarda Kurulun rekabeti korumak için işlemi yasaklaması gerekebilecektir.

Tezin bu bölümünde söz konusu farklı sınıflandırmalar ve tanımlar açıklanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle genel açıklamalar yapılacaktır ve sonrasında Kılavuz, Duyuru, Avrupa Komisyonu Birleşme Taahhütleri Çalışması 2005 (*European Commission Directorate-General for Competition Merger Remedies Study 2005*) ("**RGM Çalışması**") ve ICN Rehberi'ndeki tanımlardan bahsedilecektir. Bölümün devamında taahhüt türleri daha detaylı olarak incelenecektir.

2.3.1. Taahhüt türleri

Yapısal taahhütler pazarın yapısında tek seferlik ve yapısal bir değişiklik meydana getirmektedir³⁰³. Yapısal taahhütler genellikle bir veya birden fazla iş biriminin veya mal varlığının elden çıkartılması yoluyla pazarda mevcut bir teşebbüsün güçlendirilmesi veya yeni bir oyuncunun giriş yapması şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁰⁴. Yapısal olmayan taahhütler ise, birleşme taraflarının gelecekte belli

³⁰² Stephen Davies/Bruce Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, s. 13.

³⁰³ Michael Rosenthal/Stefan Thomas, *European Merger Control*, Verlag C.H. Beck München, 2010, para. 6; Erdem (2009), s. 135.

³⁰⁴ ICN Rehberi, s. 8.

bir yönde davranmak veya davranmamak için verdikleri taahhütler olarak tanımlanmaktadır³⁰⁵.

Yapısal olmayan taahhütler davranışsal taahhütler olarak da adlandırılmaktadır. Davranışsal taahhütler birleşen teşebbüsün bir davranışta bulunmayı veya bulunmamayı taahhüt ettiği “saf” davranışsal taahhütlerin yanı sıra, lisans veya alt yapıya erişim imkânı verilmesi gibi yapısal ve davranışsal özellikler içeren taahhüt türlerine kadar geniş bir gruba kapsamaktadır³⁰⁶. Bu taahhütlerin hükümleri ve pazardaki etkilerine göre yapısal veya davranışsal olarak değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin bir marka devri yapısal taahhüt olarak değerlendirilecektir; ancak, marka kullanım hakkının yıllık lisans ücreti karşılığında lisanslanması halinde davranışsal taahhüt olacaktır³⁰⁷. Bazı durumlarda kabul edilebilir bir taahhüt paketi yapısal taahhütlerin ve davranışsal taahhütlerin birlikte uygulanmasını gerektirmektedir³⁰⁸. Örneğin elden çıkarma taahhüdünün uygulanabilmesi için satıcının³⁰⁹ alıcıya³¹⁰ el değiştirme sonrasındaki geçiş döneminde geçici olarak bazı destek hizmetleri vermesi veya ürün sağlaması gerekebilir.

Kılavuz’da taahhütler elden çıkarma, rakiplerle bağların koparılması ve elden çıkarma dışındaki çözümler olarak sınıflandırılmıştır. Kılavuz’da elden çıkarma ve rakiplerle bağların koparılması yapısal taahhüt olarak kabul edilirken, bunlar dışındaki taahhütler davranışsal olarak sınıflandırmaktadır. Elden çıkarma dışındaki çözüm önerileri ise, erişim sağlama çözümleri ve uzun dönemli münhasır anlaşmaların değiştirilmesini içeren çözümler olarak iki alt sınıfa ayrılmıştır.

Birleşme taahhütlerine ilişkin yapılan RGM Çalışması ve ICN Rehberi’ndeki tasnife değinilmesi de faydalı olacaktır. RGM Çalışması’nda³¹¹

³⁰⁵ Kaya v.dğr. (2009), s. 39; Ariel Ezrachi, “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, World Competition, 2006, No: 29(3), 459-479, s. 460.

³⁰⁶ Ariel Ezrachi, “Under (and) Over Subscribing of Behavioural Remedies”, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 13/05, s. 1.

³⁰⁷ Davies/Lyons (2007), s. 16.

³⁰⁸ ICN Rehberi, s. 7.

³⁰⁹ Birleşmeye taraf teşebbüslerden elden çıkarmayı yapan teşebbüs kastedilmektedir.

³¹⁰ Elden çıkarma taahhüdü kapsamında elden çıkartılan iş birimin veya mal varlığını satın alan üçüncü kişi teşebbüs kastedilmektedir.

³¹¹ RGM Çalışması’nda Komisyonun 1996-2000 yılları arasında verdiği 40 koşullu izin kararı ve bu kararlarda yer alan 96 taahhüt incelenmiştir. İnceleme satıcı, alıcı ve denetim uzmanı dahil

taahhütler dört grupta ele alınmıştır. Bu gruplar; (i) pazar gücünün elden çıkartılması; (ii) ortak girişimden ayrılma; (iii) erişim sağlama; ve (iv) diğer taahhütlerdir. Elden çıkarma taahhüdü kapsamına bağımsız bir iş biriminin elden çıkartılması, bazı mal varlıklarının mevcut bir iş biriminden ayrıştırılması yoluyla elden çıkartılması (*carve-out*), birleşme taraflarının her birinden bazı mal varlıkları seçilerek iş birimi paketi oluşturulması (*mix-and-match*) ve uzun süreli münhasır lisans veya patent devirleri girmektedir. Diğer kategorisine ise, rakiplerle olan sözleşmelerin sona erdirilmesi veya azınlık pay devri yoluyla rakiplerle ilişkilerin sona erdirilmesi veya önemli pazar gücü olan bir markanın veya ürünün pazardan çekilmesi girmektedir. RGM erişim sağlama taahhütlerini, (i) alt yapı veya teknolojiye erişim; (ii) lisans veya diğer fikri mülkiyet hakları aracılığı ile teknolojiye erişim ve (iii) münhasır dikey sözleşmelerin sona erdirilmesi olmak üzere üç alt kategoride ele almaktadır.

ICN Rehberi'nde geleneksel yapısal ve yapısal olmayan taahhütler ayrımı benimsenmiştir. ICN Rehberi kapsamında elden çıkarma ve fikri mülkiyet haklarının uzun süreli veya süresiz münhasır devri yapısal taahhüt olarak değerlendirilmektedir. Son kullanıcı ile ilişkilerin düzenlenmesi, yatay ilişkilerin kısıtlanması ve alıcıların davranışlarının değiştirilmesi alt kategorilerinin yer aldığı yatay rekabetin kolaylaştırılması yapısal olmayan taahhütler olarak sayılmaktadır. Son olarak, ICN yapısal olmayan bir diğer taahhüt türü olarak çıktılarının kontrolünü (örneğin fiyat kontrolü, hizmet seviyesi sözleşmeleri veya ürün sağlama yükümlülükleri) ele almaktadır.

Duyuru'da da genel olarak yapısal ve yapısal olmayan taahhüt ayrımı yapılmaktadır. Duyuru'da uygulama açısından, taahhütler iş biriminin elden çıkartılması, diğer yapısal taahhütler ve diğer taahhütler olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir. Duyuru, Kılavuz'dan farklı olarak, önemli alt yapıya

birleşmeden ve taahhütten etkilenen gruplar ile yapılan 145 görüşmede elde edilen bilgilere dayanmaktadır. Taahhütlerin uygulamasına ilişkin sorunlar ele alınmıştır. RGM Çalışması'nda taahhütlerin pazarlar üzerindeki etkisi incelenmemiştir. (Papandropoulos/Tajana (2006), s. 444).

erişim sağlanmasını ve sözleşmelerde yapılan değişiklikleri diğer yapısal taahhütler arasında saymaktadır³¹².

Motta mülkiyet hakları üzerinde değişiklik yaparak yeni teşebbüs yaratan taahhütleri yapısal; birleşme taraflarının mülkiyet hakları üzerinde sınırlama getiren taahhütleri ise yapısal olmayan olarak tanımlamaktadır³¹³. Anılan tanım çerçevesinde, zorunlu lisans verme ve alt yapıya erişim sağlanması gibi taahhütler yapısal olmayan, davranışsal taahhüt olarak kabul edilmektedir.

Taahhütlerin sınıflandırılmasına ilişkin oldukça detaylı bir inceleme yapan **Davies/Lyons**'a göre, yapısal ve davranışsal sınıflandırması iki açıdan hatalıdır. Birinci olarak rekabet hukuku bakımından taahhüdün içeriği ve etki alanı önemlidir. İkinci olarak ise, yapısal bir taahhüdün rekabet sorununu ortadan kaldırmada etkili olmadığı durumlar olabilmektedir³¹⁴. Bu nedenle, taahhüdün içeriğinin ve etkilerinin tespit edilmesinin, bunun tasnifinden daha önemli olduğunu savunmaktadırlar. Taahhüdün kapsamının anlaşılması için pazardaki rekabetçi koşullar, pazar payları, dikey ilişkiler, giriş engelleri, birleşme taraflarının ve üçüncü kişilerin özellikleri, birleşmenin yapısı ve taahhütler sonucu ve taahhütler olmadan pazardaki potansiyel etkilerin değerlendirilmesi gerekmektedir³¹⁵.

Davies/Lyons taahhüt türlerini birbirinden ayırmak için birleşme öncesi ve sonrası arasında net bir ayrılık (*clean break*) sağlayıp sağlamadığına bakmak gerektiğini ileri sürmektedir³¹⁶. Net bir ayrılık sağlayan taahhüt birleşen taraflar ve pazardaki üçüncü kişiler veya kamu otoriteleri arasında birleşme sonrası devam eden bir ilişkiye sebep olmamaktadır. Söz konusu kriter ışığında elden çıkarma kolaylıkla yapısal taahhüt olarak sınıflandırılacaktır. Lisans sağlamaya ilişkin bir taahhüdü sınıflandırmak için lisansın münhasır olup olmadığını, coğrafi alanını, süresini (süresiz veya belli bir süre ile), ödenecek ücretin tek seferlik mi yoksa düzenli lisans ücretinden mi oluştuğunu, lisansın devam eden teknolojik araştırma ve geliştirmeye bağlı olup olmadığını ve bir sürece (üretim) veya ürüne ilişkin olup

³¹² Bkz. Duyuru para. 17. Aynı sınıflandırma için bkz. Gürkaynak v.dğr. (2009), s. 193.

³¹³ Massimo Motta v.dğr, "Merger remedies in the European Union: An Overview", The Antitrust Bulletin, Vol: 52, No: 3-4, Fall-Winter 2007, 603-631, s. 606.

³¹⁴ Davies/Lyons (2007), s. 39-40.

³¹⁵ A.g.e, s. 40.

³¹⁶ A.g.e, s. 42.

olmadığını incelemek gerekecektir³¹⁷. Lisans süresiz olarak veriliyorsa yapısal olarak değerlendirilebilir, ancak belli bir süre için veriliyorsa davranışsal taahhüt teşkil edecektir. Bu kapsamda, uzun süreli lisansların lisans hakkının içeriğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Lisans süresi lisans alanın alternatif stratejik yatırımlarını planlaması için yeterli bir süre ise veya patentin koruma süresi bitene kadar lisans verilmişse bu taahhüdü yapısal taahhüt olarak değerlendirmek mümkün olabilir³¹⁸.

Taahhüt tiplerini yapısal ve yapısal olmayan olarak kesin bir şekilde tasnif etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Davranışsal taahhütler teşebbüslerin davranışlarına ilişkin olarak belirlenmektedir ve bu taahhütler kapsamında bir mal varlığı veya işletme el değiştirmemektedir. Ancak teşebbüslerin davranışları ve performansları pazarın yapısını uzun veya kısa vadede dolaylı olarak etkileyebilir³¹⁹. Bu ayrımın rekabet hukukun amaçları bakımından önemli olmadığı kanaatindeyiz. Kurul birleşmeye özgü inceleme yaparak Kılavuz'daki yol gösterici prensipler ışığında doğru taahhüt paketini tespit edecektir. Tez çalışması kapsamında büyük çoğunlukla Kılavuz'daki sınıflandırmaya göre inceleme yapılmıştır ve öne çıkan taahhüt türleri aşağıda daha detaylı incelenmiştir.

2.3.2. Elden çıkarma

Elden çıkarma genellikle iş biriminin elden çıkartılması anlamına gelmektedir. Kılavuz'a göre, iş birimi ayrı bir tüzel kişiliği olan veya olmayan, bir ve birden fazla şirket veya pazarda tek başına faaliyet gösterme olanağına sahip bir ürünü veya hizmet sunan ekonomik birimi kapsamaktadır³²⁰. Bu kapsamda, elden çıkartılacak iş birimi bir şirketin payların devri yoluyla devri olabileceği gibi, bir iş kolunun veya durumun özelliklerine göre markanın veya fabrikanın devri de olabilecektir.

³¹⁷ A.g.e, s. 42.

³¹⁸ A.g.e, s. 43.

³¹⁹ Wang (2016), s. 26.

³²⁰ Kılavuz para. 9.

Elden çıkarma birçok rekabet otoritesinin öncelikli olarak tercih ettiği taahhüt türüdür³²¹. Elden çıkarma aracılığı ile sürdürülebilir sonuç elde edilmesi, diğer taahhütlere kıyasen daha az denetim gerektirmesi ve yeni bir rakip yaratması veya mevcut rakiplerden birinin güçlenmesini sağlaması nedeniyle elden çıkarmanın (ayrıştırma) rekabet sorununu ortadan kaldırmak için davranışsal taahhütlere kıyasla daha etkili bir taahhüt olduğu kabul edilmektedir³²².

Elden çıkarma taahhüdünün özellikle yatay birleşmelerde rekabet endişelerini çözmek için diğer taahhütlerden daha uygun olduğu kabul edilmektedir. Bunun nedeni elden çıkarma neticesinde pazara yeni bir teşebbüsün giriş yapacak veya hali hazırda faaliyet gösteren bir teşebbüsün güçlenecek olmasıdır³²³.

Elden çıkarma taahhütleri rekabet sorununu tam ve etkin bir şekilde çözmeye açısından bazı riskler teşkil etmektedir. Elden çıkarma taahhüdü tasarlanırken ve incelenirken bu risklerin doğru bir şekilde yönetilmesi ve önlenmesi önemlidir. Bu riskler genel olarak elden çıkartılacak iş birimine dair riskler, alıcıya dair riskler ve rekabetçi yapıya dair riskler olarak gruplandırılmaktadır³²⁴. Birinci grup risk elden çıkartılan iş biriminin veya mal varlıklarının doğru şekilde tasarlanmamasından, gerekli mal varlıklarını içermemesinden veya uygun alıcıyı çekebilecek veya uygun alıcının pazarda etkin ve sürdürülebilir bir rekabetçi güç olarak faaliyet göstermesine yetecek şekilde tasarlanmamasından kaynaklanmaktadır. İkinci olarak uygun bir alıcı bulunamayabilir veya birleşen taraflar iş birimini rekabet etme kabiliyeti az olan veya her halükarda uygun olmayan bir alıcıya devredebilirler. Üçüncü olarak elden çıkartılacak iş biriminin alıcıya devrine kadar geçecek ara dönemde bu iş biriminin rekabetçi gücünü korumaya ve özellikle

³²¹ Cihan Bilaçlı, Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 147, Ankara Nisan 2017, s. 5.

³²² Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı *Burgaz/Mey İçki* kararı.

³²³ Harun Ulu, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Tez No: 54, Yayın No: 0146, Ankara 2004, s. 41.

³²⁴ Nadia de Souza/Julia Brockhoff, "Part 7- Remedies", EU Competition Law Volume II Mergers and Acquisitions, Second Edition, Book One, Claeys & Casteels, 2012, s. 688.

önemli müşteri kayıpları veya çalışanların iş biriminden ayrılmasından kaynaklanabilecek risklerdir³²⁵.

Yukarıda açıklanan riskler ilgili sektörün yapısı ve pazara özgü dinamikler ile doğrudan bağlantılıdır. Kurulun sektör oyuncusu veya düzenleyici otorite olmaması, elden çıkarmaya ilişkin riskleri artırmaktadır³²⁶. Bu riskleri bertaraf etmek için Kurulun elinde birtakım araçlar bulunmaktadır. Öncelikle elden çıkartılacak iş birimin içeriği ve uygun alıcı Kurulun onayına tabidir. Kurul ayrıca ara dönemde iş biriminin rekabetçi yapısının korunması için bazı yükümlülükler, örneğin ayrı tutma (*hold-separate*) veya bilginin koruma altına alınması (*ring-fencing*³²⁷) öngörebilmektedir. Satıcı ve elden çıkartılan iş birimi arasındaki ilişki, alıcıya devrin tamamlanmasına³²⁸ kadar devam etmektedir. Bu nedenle, devir süresinin kısa olması ve denetlenmesi gerekmektedir.

Kılavuz'da elden çıkartılacak iş biriminin yaşayabilir ve taraflardan bağımsız olması gerektiği belirtilmektedir³²⁹. Gerekli mal varlıkları, çalışan ve izinlere sahip olan ve pazarda hali hazırda faaliyet gösteren bir iş biriminin yaşayabilir ve bağımsız olduğunu söylemek mümkündür. Kılavuz'da elden çıkartılacak iş biriminin taraflardan sadece birine ait olması tercih edilmektedir. Öte yandan satıcı ve/veya hedef şirkete ait çeşitli mal varlıkları bir araya getirilerek oluşturulacak bir elden çıkarma paketi (*mix-and-match*) de durumun özelliklerine göre Kurul tarafından yaşayabilir ve bağımsız olarak kabul edilebilir. Kılavuz'da ayrıca bütünlük arz eden iş birimini tamamen elden çıkartmak yerine, bazı unsurları bir araya getirerek yeni bir iş birimi oluşturulmasının (*carve-out*) da kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bu durumda birleşen tarafların mal varlıklarının rekabet edebilirliğini kanıtlaması gerekecektir.

³²⁵ RGM Çalışması'nda elden çıkarma taahhütlerinin incelenen işlemlerin %56'sında başarılı olduğu tespit edilmiştir (Sophie Papon, "Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A Case-by-Case Analysis", 2009 E.C.L.R., 36-48, s. 41.)

³²⁶ Souza/Brockhoff (2012), s. 690.

³²⁷ Ring fencing uygulaması RGM Çalışması'nda belirli çalışanların sahip olduğu bilgilerin iş biriminin diğer bölümlerinden ayrı ve gizli tutulması olarak tanımlanmaktadır (RGM Çalışması s. 76).

³²⁸ Alıcıya devrin tamamlanması mülkiyet haklarının devrinin hukuken öngörülen şekilde tamamlanması anlamına gelmektedir.

³²⁹ Kılavuz para. 21.

İş biriminin elden çıkarılmasının rekabet sorununu ortadan kaldırmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilirken, kural olarak alıcının pazar gücü ve sahip olduğu malvarlıkları dikkate alınmamaktadır. Elden çıkarma taahhüdünde tarafların alıcıyı belirleyip Kurula iletmesi ve Kurulun alıcıyı koşullu izin kararı kapsamında onaylaması (*fix-it-first*) bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Kılavuz bu takdirde Kurulun alıcının finansal kaynaklarını dikkate alacağını belirtmektedir. Özellikle sürdürülebilir ve bağımsız olarak pazarda faaliyet gösteren bir iş biriminin elden çıkartılmadığı durumlarda, alıcının finansal kaynaklarının ve mal varlığının önemi artacaktır. Dolayısıyla bu durumlarda alıcının da koşullu izin kararından önce belirlenerek Kurulun onayına sunulması gerekeceği kanaatindeyiz.

RGM Çalışması'nda hedef şirkete ait iş biriminin devredilmesi devir aşamasında daha az soruna yol açtığı belirtilmektedir. Çünkü birleşen teşebbüslerin henüz hedef şirket ile ilgili hassas ticari bilgilere erişimi olmaması nedeniyle ara dönemde devredilecek iş birimine daha az zarar verebileceği düşünülmektedir.

Duyuru'da teşebbüslerin birinci tercihleri olan iş birimi dışında alternatif bir iş birimi paketi sunmaları mümkündür (*crown-jewels*). Bu usulde satıcı ilk önerdiği iş birimine uygun bir alıcı bulamazsa daha cazip bir iş birimini (aynı iş biriminin geliştirilmiş hali veya yeni bir iş birimi olabilir) elden çıkarmayı taahhüt etmektedir. Birleşen taraflar böylece Komisyonun sürdürülebilir bir iş biriminin her halükarda elden çıkartılacağına ilişkin güvenini pekiştirmektedir. Kılavuz'da bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen Kurulun birleşmeye özgü olarak alternatif iş birimleri içeren taahhüt önerilerini kabul etmesinin önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Elden çıkartılacak iş birimi çoğu durumda rekabet sorunu doğuran pazarlarda yer almaktadır. Kılavuz iş biriminin yaşayabilir ve rekabet edebilir olması için bazı durumlarda rekabet sorunu doğmayan pazarlardaki faaliyet, mal varlığı, ürün veya markaların da iş birimine dahil edilmesinin gerekebileceğini belirtmektedir. Elden çıkartılması taahhüt edilen iş biriminin pazarda etkili ve sürdürülebilir bir rekabetçi güç oluşturup oluşturamayacağı ve rekabet sorununu ortadan kaldırmadaki potansiyel başarısı Kurul tarafından değerlendirilecektir.

Kılavuz uyarınca elden çıkartılacak iş biriminin pazarda birleşen teşebbüslerden bağımsız faaliyet gösterebilmek için ihtiyacı olan tüm çalışanlara ve teknolojik altyapıya sahip olması gerekmektedir. Kılavuz bu gerekliliğin sağlanabilmesi için satıcının iş biriminin alıcıya devrinden sonra belli bir geçiş dönemi ile sınırlı olmak şartıyla alıcıya birtakım hizmetler sunmasını kabul etmektedir. Bu hizmetler genellikle teknik destek, fason üretim veya mal sağlanmasıdır. Geçiş dönemi ilişkisi ile elden çıkarılan iş biriminin, başlangıçta dışarıdan hızlı temin etmesi kolay olmayabilecek temel ihtiyaçlarının karşılanması amaçlanmaktadır.

RGM Çalışması'nda geçiş dönemi sözleşmelerinin genel olarak alıcının başarısında etkili olduğu belirtilmektedir. Burada incelenen geçiş dönemi sözleşmelerinin yarısının geçiş dönemi sonrasında satıcı ve alıcı arasındaki bağıllık ilişkisinin devam etmesi ile sonuçlandığı tespit edilmiştir. Bu durumun elden çıkarılan iş biriminin ticari ve rekabetçi gücünü azalttığı anlaşılmaktadır. RGM Çalışması'nda sonuç olarak, bu sözleşmelerin süresinin devredilen iş biriminin ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenmesi ve ücretin maliyete dayalı olarak tespit edilmesi tavsiye edilmektedir. Kurulun da geçiş dönemi sözleşmelerini incelerken özellikle kapsamına ve süresine dikkat etmesi gerekmektedir. Bu sözleşmelerin iş biriminin ve alıcının bağımsızlığına olumsuz etkisi olmamalıdır.

RGM Çalışması'na göre, uygun taahhüdün seçilmesinde ve tasarlanmasında satıcının işlem sonrasında elinde tuttuğu işletme ile devredilecek iş birimi arasındaki dikey ilişkilere, devredilecek iş biriminin etkilediği coğrafi pazara ve birleşmeden etkilenen ilgili coğrafi pazara, iş biriminin toplam büyüklüğüne ve fikri mülkiyet bağlarına dikkat edilmelidir.

RGM Çalışması'nda ortaya çıkan sonuçlara göre, elden çıkarılacak iş biriminin içinde yer alan ürünlerin veya hizmetlerin pazarda diğer ürünler ile rekabet edebilme seviyesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle inovatif bir ürün söz konusu olduğunda, elden çıkarılan işletmenin birleşen tarafların ürünleri ile rekabet edip edemeyeceği taahhüdün analizinde öne çıkmaktadır.

2.3.3. Azınlık paylarının veya ortak girişimdeki payların elden çıkartılması

Kılavuz'da rakiplerle bağların kopartılması taahhüdünün ortak girişimde veya rakiplerde sahip olunan azınlık paylarının elden çıkarılması yoluyla gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Bu taahhütlerin kabul edilebilir olması için rakip ile olan ilişkilerin süresiz olarak sona erdirilmesi gerekmektedir. Bu çözüm önerilerinin tamamlandıktan sonra izlenmesi gerekmemektedir. Bu nedenle, yapısal taahhüt olarak değerlendirebilecekleri kanaatindeyiz.

RGM Çalışması uyarınca, ortak girişimdeki payların devri halinde uygun alıcı genellikle ortak girişimin diğer tarafı olmaktadır. RGM Çalışması'nda incelenen taahhütlerde alıcının üçüncü bir kişi olduğu hallerde taahhüdün uygulamasında diğer ortak girişim tarafının sahip olduğu haklar nedeniyle sorun yaşanabildiği belirtilmiştir. Bunlar paylara ilişkin ön alım hakkı veya birlikte satma hakkı gibi ortak girişim sözleşmelerinde sıkça görülen haklardır.

RGM Çalışması incelediği taahhütler arasında ortak girişimdeki payların devredilmesinin en etkili taahhüt olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bunun başlıca nedeni ortak girişimin hali hazırda faaliyetine devam eden bir işletme olmasıdır. Özellikle alıcının ortak girişimin diğer tarafı olduğu durumlarda, alıcının elden çıkarılan iş birimine ve sektöre dair teknik bilgiye sahip olması da bu sonuçta etkili olmaktadır.

2.3.4. Erişim ve lisans sağlanmasına ilişkin taahhütler

Kılavuz'da düzenlenen bir diğer taahhüt türü alt yapıya erişim sağlanması veya fikri mülkiyet ve teknoloji lisansı verilmesidir. Bu taahhüdün muhatabı pazarda faaliyet gösteren mevcut ve potansiyel rakipler dahil tüm teşebbüsler olabileceği gibi belli bir teşebbüs de olabilir.

Kılavuz'a göre, bu taahhütler rekabet sorunlarının odağında teknoloji veya fikri mülkiyet hakkı olması halinde kabul edilebilecektir. Erişim sağlanması veya lisans verilmesi taahhüdün içeriğine ve süresine göre yapısal veya davranışsal taahhüt olarak değerlendirilmektedir. Lisansın süreli olması veya lisans alanın ürünün geliştirilmesi veya tedarik için lisans verene bağlı olması halinde lisans

devri davranışsal taahhüt olarak değerlendirilmektedir³³⁰. Bu takdirde kabul edilebilir bir çözüm olmaları için en az elden çıkarma kadar etkili olmaları gerekmektedir. Öte yandan, lisansın süresiz ve lisans verene bağımlı olmayacak şekilde verilmesi halinde yapısal nitelikte bir taahhüt olacaktır.

Sağlanan hakkın içeriğinin, kullanım şartlarının, maliyetinin, uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin ve taahhüdün uygulama süresince nasıl izleneceğinin açıkça taahhüt paketinde belirtilmesi gerekmektedir. Kılavuz uyarınca, talep eden üçüncü kişilere erişim hakkı veya lisans sağlanmasına yönelik taahhütlerin pazar oyuncuları tarafından izlenmesinin beklendiği anlaşılmaktadır. Bunun yeterli olmayabileceği ve Kurulun raporlama ve takip mekanizması kurarak taahhütlerin etkinliğini takip etmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Lisans verilmesi ve altyapıya erişim sağlanması özellikle giriş engellerinin yüksek olduğu ve potansiyel rekabetin düşük olduğu, teknoloji veya araştırma geliştirme ağırlıklı pazarlarda tercih edilen taahhütlerdir. Örneğin Kurul *Novartis/Alcon* kararında³³¹ örtüşmenin olduğu bazı ilaç pazarlarında devlet kurumunun alıcı gücü yüksek olmasına rağmen, birbirine yakın rakiplerin birleşmesinin, giriş engelleri ve karar tarihinden önceki beş senede pazara giriş olmadığını dikkate alarak Kanun'un 7. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Rekabet sorunu olduğu tespit edilen bazı pazarlarda birleşen tarafların patent hakkı olmaması nedeniyle fikri mülkiyet haklarına dayalı giriş engeli olmadığı belirtilmiştir. Kurul rekabet sorunu tespit edilen ilaç pazarlarında karar tarihinden itibaren bir yıl süreyle ilaçların üçüncü kişilere satış yoluyla tam mülkiyet devri ya da süresiz lisans devri yoluyla devredilmesi şartı ile birleşmeye koşullu izin vermiştir.

Kurul *Greencastle/Intergum* kararında³³² birleşen teşebbüsün sakız ve şekerleme pazarlarında önemli portföy gücüne sahip olacağına ve bu gücün hakim durum açısından önemli bir unsur olduğuna karar vermiştir. Kurul değerlendirmesinde özellikle marka değeri, batık maliyet teşkil eden reklam

³³⁰ ICN Merger Guidelines Workbook, s. 10.

³³¹ Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/929-327 sayılı kararı.

³³² Kurulun 23.8.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı kararı.

giderleri, karşı portföy gücü ve karşı alıcı gücü gibi unsurları dikkate almıştır. Birleşen teşebbüsün şekersiz sakız pazarında rekabeti olumsuz etkileyeceği; genel olarak ise, portföy gücünün önemli seviyelere geleceği belirtilmiştir. Birleşen teşebbüsün olası bağlama veya paket satış uygulamalarının Kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirilebileceği kaygısını dile getirmiştir. Şekersiz sakız pazarındaki hakim durum, pazar gücü yüksek Falım ve Nazar sakız markalarının tek bir teşebbüsün elinde toplanmasından kaynaklanmaktadır. Birleşen teşebbüs ilgili pazardaki sakız markalarından Nazar'ın lisansını süresiz olarak devretmeyi ve teknik know how da dahil olmak üzere markanın rekabet edebilirliği için gerekli olan bilgileri lisans alana sağlamayı taahhüt etmiştir. Üretim için gerekli araçlar ise, devre dahil edilmemiştir. Bunun nedeni üretim süreçlerinin tüm sakız kategorileri için benzer olması ve ürünler arasında geçiş yapmanın kolay olmasıdır. Kurul incelemesinde verilen taahhüdün ilgili pazarda hakim durum oluşmasını engelleyeceğine ve portföy gücünü azaltacağına karar vermiştir.

Kurul **Türk Telekom/Invitel** kararında³³³ Türk Telekom'un telekomünikasyon şirketi Invitel Holding'in iştiraklerini satın almasını incelemiştir. Kurul ön inceleme aşamasında Türk Telekom'un "*yurtdışı çıkışlı fiber optik kablolar üzerinden sağlanan altyapı hizmetleri*" ve "*Ankara-İstanbul-İzmir-Edirne ringini kapsayan fiber optik kablolar üzerinden sağlanan altyapı hizmetleri*" pazarlarında hakim durumda olduğuna karar vermiştir.

Türk Telekom'un ilgili pazarlarda hakim durumunu güçlendirip güçlendirmeyeceği incelenirken, birleşmenin Kurula bildirildiği tarihten sonra Vodafone ve Memorex³³⁴ arasında imzalanan "Optik Fiberler Üzerinde Vazgeçilmez Kullanım Hakkı Tesisine İlişkin Sözleşme" çerçevesinde sunulan taahhütler de göz önünde bulundurulmuştur. Bu sözleşmenin konusu, belirli hatlardaki çift fiber optik kabloların (ve sonradan belirlenecek ilave bağlantıların) intifa hakkının 18 yıl süreyle Vodafone'a devredilmesidir. Vodafone'un intifa hakkı aracılığıyla ilgili pazarlarda, birleşen teşebbüsten bağımsız olarak faaliyet gösterecek olması Kurul tarafından yeterli bir taahhüt olarak kabul edilmiştir.

³³³ Kurulun 16.09.2010 tarihli, 10-59/1195-451 sayılı kararı.

³³⁴ Memorex, Invitel Holding'in Türkiye'deki iştirakidir.

Kullanım hakkının intifa hakkı olarak verilmesi, intifa hakkının niteliği nedeniyle³³⁵, yapısal taahhüde oldukça yaklaşan bir taahhüt tipidir. Ancak intifa hakkının süreli olması nedeniyle bu taahhüt davranışsal taahhüt olarak değerlendirilmektedir³³⁶. Kurulun taahhüdün sonuçlarını detaylı olarak incelemeye kanaatindeyiz. Bu nedenle, taahhüt kapsamında rekabetçi endişelerin tam olarak ortadan kalkıp kalkmadığı anlaşılamamaktadır. Kurul taahhüdün yerine getirilmemesi halinde işlemin nihai incelemeye alınacağına karar vermiştir. Bu karar taahhüdün uygulanmaması halinde işlemin doğrudan geçersiz hale gelmeyeceğine işaret etmektedir.

Kurul *Tüpraş/Koç-Shell* kararında³³⁷ Tüpraş'ın Koç-Shell Ortak Girişim Grubu tarafından devralınmasının, Tüpraş'ın rafinaj pazarındaki mevcut hakim durumunu güçlendireceğini tespit etmiştir. Söz konusu rekabet karşıtı etkilerin “İzmir rafinerisinde yer alan LPG ithalatına yönelik tesislerin, protokol çerçevesinde yürütülen uygulamaya ilave olarak, üç yıl boyunca dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmelerine de olanak tanıyacak şekilde kullanıma açılması” halinde ortadan kalkacağına ve işleme bu koşulla izin verilmesine karar verilmiştir. Kararda söz konusu davranışsal taahhüdün uygulanmasına, takip ve denetimine, uyuşmazlıkların çözümüne veya yeniden gözden geçirilmesine ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır³³⁸.

Bazı durumlarda birleşen teşebbüslerin pazardaki gücü mal varlıklarından ziyade uzun süreli münhasır tedarik veya dağıtım sözleşmeleri ile sağlanıyor olabilir³³⁹. Bu durumda uzun süreli münhasır sözleşmeler yapılmasına, bu sözleşmelerin sona erdirilmesine veya değiştirilmesine ilişkin taahhütler kabul edilmektedir. Bu taahhütleri davranışsal olarak değerlendiren görüşler olduğu gibi³⁴⁰, yarı yapısal olarak kabul eden görüşler de vardır³⁴¹.

³³⁵ TMK'nin 803. maddesi uyarınca, intifa hakkı, konusunu oluşturan mal üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı sağlayan bir sınırlı ayni haktır.

³³⁶ Bilaçlı (2017), s. 71.

³³⁷ Kurulun 21.10.2005 tarihli, 05-71/981-270 sayılı kararı.

³³⁸ Bilaçlı (2017), s. 43-44.

³³⁹ Papon (2009), s. 47.

³⁴⁰ Bilaçlı (2017), s. 73.

³⁴¹ Aksoy v.dğr (2006), s. 18.

Kurulun *Bekaert/Çelikord* kararı³⁴² sözleşme yapma taahhüdü kapsamında verilen koşullu izin kararlarına örnek gösterilebilir. Kurul Bekaert'in Pirelli'nin Türkiye'deki Çelikord varlıklarını devralması neticesinde çelik lastik kordu ve lastik topuk teli pazarlarında hakim duruma geleceğini tespit etmiştir. Ayrıca Bekaert'in bu pazarlardaki hakim durumdan doğan pazar gücünü diğer ilgili pazarlarda da kullanabileceği belirtilmiştir.

Kararda mevzuattan kaynaklı bir giriş engeli olmadığı ancak pazarda genellikle tercih edilen uzun süreli sözleşmelerin fiili giriş engeli yaratabileceği ortaya konmuştur. Bekaert Türkiye pazarında faaliyet gösteren müşterileri ile rekabetçi fiyatlardan belli bir süreyle sınırlı olarak tedarik sözleşmesi imzalamayı taahhüt etmiştir. Müşteriler Bekaert'ten alım yapıp yapmama ve üçüncü kişilerden ürün almayı tercih etme konusunda serbest olacaktır. Kurul taahhütlerin rekabetçi endişeleri ortadan kaldırdığına ve Bekaert'in taahhüt süresi boyunca fiyatları artırma ve arzı kısma imkanı olmayacağına karar vermiştir.

Kurul taahhüdün süresini üç sene olarak belirlemiştir. Bunun sebebi müşterilerin bu sürenin sonunda tedarik sözleşmelerini değiştirebileceklerinin ve potansiyel rakiplerin Türkiye piyasasına girerek Bekaert üzerinde rekabetçi sağlayabileceklerinin öngörülmesidir.

Son dönemde erişim taahhüdünün kabul edildiği bir diğer Kurul kararı *Mobil/THY Opet* kararıdır³⁴³. Kurul işlemin THY Opet'in havacılık yakıtları pazarındaki hakim durumunu güçlendirebileceğini ve pazar gücü nedeniyle pazarı rakiplere kapatma veya erişimi engelleme ve alt ve üst pazarda fiyatları artırma riski olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine THY Opet bir dizi erişim sağlama ve ayrımcılık yapmama taahhüdünde bulunmuştur. Taahhüt paketi içerisinde erişim taahhüdünün kapsamı ve fiyatlamaya ilişkin detaylara yer verilmiştir, ancak uygulanmasının nasıl takip edilip denetleneceğine dair hüküm yer almamaktadır³⁴⁴.

³⁴² Kurulun 22.01.2015 tarihli, 15-04/52-25 sayılı kararı.

³⁴³ Kurulun 16.07.2014 tarihli, 14-24/482-213 sayılı kararı.

³⁴⁴ Bilaçlı (2017), s. 53.

2.3.5. Diğer taahhütler

Birleşme taraflarının belli bir şekilde davranmayı taahhüt etmesi yapısal olmayan veya davranışsal taahhütler olarak tanımlanmaktadır. Davranışsal taahhütler uygulamada tek başına rekabet endişelerini ortadan kaldırmak için³⁴⁵ veya yapısal taahhüdü pekiştirmek için, örneğin elden çıkartılacak iş kolunun ayrı tutulması (*hold-separate*) şartı olarak kullanılabilirler³⁴⁶. Örnek vermek gerekirse, Kurul bir kararında birleşen teşebbüs satışlarını artırdığı takdirde pazar gücü artacağı gerekçesiyle kapasite sınırlamasını³⁴⁷ taahhüt olarak kabul etmiştir.

Bazı Kurul kararlarında, pazar kapatıcı etkileri önlemek için davranışsal taahhütler şart olarak belirlenmiştir³⁴⁸. Söz konusu kararların birçoğunda ayrımcılık yapmama şartı Kurul tarafından tek taraflı olarak belirlenmiştir.

Kurul kararlarında karşımıza çıkan bir diğer davranışsal taahhüt türü birleşen teşebbüsler arasında alt ve üst pazarda bilgi değişimini önlemek için kabul ettiği taahhütlerdir. Örneğin teşebbüsler *AEH/Migros* kararında³⁴⁹ bira pazarında meydana çıkabilecek rekabet karşı etkileri önlemek için, diğer taahhütlerin yanı sıra, bira pazarına ilişkin ticari bilgileri Migros ile paylaşmamayı taahhüt etmiştir.

Eşit koşullarda muamele şartı da davranışsal taahhüt olarak belirlenebilmektedir. Mesela Kurulun Türk Hava Yollarının (THY) bir iştiraki aracılığıyla (THY-DO&CO) “uçak içi ikram hizmetleri” pazarında faaliyet gösteren Usaş’ı satın almasına ilişkin kararında³⁵⁰, “uçak içi hizmetleri” pazarı yatay etkilenen pazar; “havayolu ile yolcu taşımacılığı” pazarı ise dikey etkilenen pazar olarak tanımlanmıştır. Kurul rekabetçi endişeleri gidermek için THY’ye hizmet

³⁴⁵ Kurulun 16.09.2010 tarihli, 10-59/1195-451 sayılı *Türk Telekom/İntel* kararı.

³⁴⁶ Papon (2009), s. 43.

³⁴⁷ Kurulun 21.02.2008 tarihli, 08-16/189-62 sayılı *Mazıdağı/Toros Tarım* kararı.

³⁴⁸ Komisyonun kararlarına ilişkin benzer bir yorum için bkz. Gülçin Dere, Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 127, Ankara 2012, s. 22. Dere, Komisyonun Boeing/McDonnell Douglas kararında (Boeing/McDonnell Douglas, Commission decision of 30 July 1997, OJ. 1997 L 336/16) birleşme sonrasında yetki alanına girmeme riski olan rekabet ihlallerini engellemek için birleşmelerin incelenmesindeki avantajını kullandığını belirtmiştir.

³⁴⁹ Kurulun 09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı kararı.

³⁵⁰ Kurulun 29.12.2006 tarihli, 06-96/1225-370 *THY-DO&CO/Usaş* kararı.

alırken³⁵¹, devralınan şirkete ise, hizmet sunarken eşit koşullarda muamele şartı getirmiştir.

Kurulun ilk davranışsal taahhüt içeren kararlarından biri olan **Trakmak Traktör/New Holland** kararında³⁵² da, “biçer döver” pazarında hedef şirket Trakmak Traktör’ün dağıtıcı seviyesinde hakim duruma geleceği; New Holland’ın ise, sağlayıcı seviyesinde hakim durumunu güçlendireceği tespit edilmiştir. Nihai inceleme neticesinde, rekabet endişelerini kaldırmak için New Holland’ın aynı ve makul şartları yerine getiren diğer teşebbüslere de talep etmeleri halinde eşit koşullarda distribütörlük tesis etmesi koşuluyla işleme izin verilmiştir. Kurulun bu kararında eşit koşullarda distribütörlük tesis etme şartı ile izin vermesinden birleşme ile ilgili kaygısının pazarın kapanmasına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu yöndeki kararlar dikey birleşmelerin rekabetçi olmayan etkiler doğurup doğurmayacağını tespit etmek için kullanılan bir kriterin koşul olarak belirlenmesi nedeniyle eleştirilmektedir³⁵³.

Kurulun davranışsal taahhütlere dayanarak izin kararı verdiği öne çıkan kararlardan biri de **Arkas/Mardaş** kararıdır³⁵⁴. Öncelikle Kurul kararının elverdiği ölçüde işlemin etkilerini değerlendirmek yerinde olacaktır. İşlem Arkas’ın Ambarlı Limanı’nı işleten Mardaş’ın tamamını devralmasına ilişkindir. Birleşme öncesinde Arkas Marmara Bölgesi’nde bir limanı (Marport) MSC ile birlikte ortak girişim olarak işletmektedir. Arkas’ın işlem öncesinde dahil olduğu ortak girişim, ilgili pazarda bağımsız olarak faaliyet gösterdiği için işlem sonrası Arkas’ın pazar payı artışında dikkate alınmamıştır. Hedef şirket Mardaş’ın pazar payının da düşük olduğu belirtilmiş ve Arkas’ın tek başına hakim duruma gelmeyeceği tespit edilmiştir.

³⁵¹ Kurul kararında, Kurulun THY-DO&CO ortak girişiminin kuruluşuna ilişkin izin kararında belirtilen ayrımcılık yapmama şartına atıf yapmıştır.

³⁵² Kurulun 28.05.1998 tarihli, 67/517-84 sayılı **Trakmak Traktör/New Holland** kararı.

³⁵³ Arıtürk (2009), s. 66; Hakim durumun kötüye kullanılmasının davranışsal taahhüt olarak belirlenmesi de eleştirilmektedir. Komisyonun birleşme neticesinde ortaya çıkacak hakim durumu takip etme görevi olmadığı belirtilmektedir. Bu taahhütler bir nevi Komisyonun birleşme neticesinde rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını önleme imkanı ve yükümlülüğü ile çalışmaktadır (Papon 2009, s. 41).

³⁵⁴ Kurulun 08.05.2018 tarihli, 18-14/267-129 sayılı kararı.

Kurul Arkas'ın aynı coğrafi bölgede başka bir limanı devralmasının elleçlemeye yönelik liman hizmetleri pazarında koordinasyon riski doğuracağını tespit etmiştir. Bu tespitte Marport ortak girişiminin diğer ortağı olan MSC'nin aynı pazarda faaliyet gösteren başka bir limanı (Asyaport) kontrol etmesi, yani ortak girişim taraflarından her ikisinin de ortak girişim ile aynı pazarda faaliyet gösterecek olması dikkate alınmıştır.

Arkas Kurulun rekabet endişelerini gidermek için birtakım taahhütler sunmuştur. Öncelikle Marport ve Mardaş arasında güvenlik duvarı kurmayı ve bu iki şirketi organizasyonel ve hukuki olarak birbirinden ayırtırmayı taahhüt etmiştir. Arkas ikinci olarak Kurulun dikey etkilenen pazar olan konteyner gemi hattı işletmeciliği pazarındaki rekabet endişelerini gidermek için mevcut ticari ve operasyonel şartları belli bir süre için değiştirmemeyi, ayrımcılık yapmamayı, tarifeleri rekabetçi bir şekilde belirlemeyi ve tarifelere ilişkin altı ayda bir Kurula bilgi sunmayı taahhüt etmiştir. Arkas ile aynı yük hacmine sahip teşebbüslere Arkas'a uygulanan ücretten daha yüksek bir ücret uygulanmayacağı da taahhüt edilmiştir. Bu taahhütler girdi ve hizmetlere erişimin kısıtlanması endişesini bertaraf etmeyi amaçlamaktadır.

Son olarak, Arkas Kurulun dikey pazarda koordinasyon endişesini gidermeye yönelik taahhütler sunmuştur. Arkas alt ve üst seviyedeki rakiplerin bilgilerine ulaşmasını engellemek için Arkas ve Mardaş'ın tüm organizasyonel ve hukuki yönlerden ayrıştırılacağını taahhüt etmiştir. Arkas ayrıca Mardaş'ın kullandığı araç ve gereçlerin de tamamen farklı olacağını ve ortak kullanılmayacağını taahhüt etmiştir. Arkas ve hedef şirket (Mardaş) arasında ticari sırların paylaşılması da engellenecektir. Kurul kararında kabul edilen davranışsal taahhütlerin takibine ve gözetimine ilişkin detay yer almamaktadır. Kararın uygulamaya ilişkin detaylar yönünden eksik olduğu kanaatindeyiz. Özellikle bir denetleyici uzman atanması ve taahhütlerin takip edilip belli aralıklarla Kurula raporlanması yerinde olurdu.

Davranışsal taahhütlerin etkinliği bazı sebeplerden ötürü eleştirilmektedir. Aşağıda bu eleştirilere ve davranışsal taahhütlerin etkili olmasının önündeki zorluklara değinilmiştir. **Papon**, davranışsal taahhütlerin sorunun kendisinden ziyade belirtilerini tedavi ettiğini ve bu nedenle davranışsal taahhütlerin gereken

belirliliği sağlamayacağını ve taahhüt süresinin sonunda engellenmeye çalışılan rekabet karşıtı etkilerin ortaya çıkma riski olduğunu belirtmektedir³⁵⁵. Benzer şekilde **Erdem** de, davranışsal taahhütlerin gerçekleştirilmesinin tarafların iyi niyetine bağlı olduğunu belirtmektedir³⁵⁶.

Bir diğer sebep, davranışsal taahhütlerin taraflar arasındaki bağların devam etmesine yol açması ve Kurulun denetimine ve takibine tabi olmasıdır³⁵⁷. Bu takip zorunluluğu rekabet otoritesinde ek iş yükü ve maliyete neden olmaktadır³⁵⁸. Düzenli olarak raporları inceleme, bir denetleyici uzman atanmış³⁵⁹ olsa bile, uzmanın raporlamalarını değerlendirme ve taahhüdün uygulandığını takip etme yükü Kurulun üzerinde olacaktır. Birleşen tarafların taahhütlere uyma güdü ve isteklerinin düşük olması söz konusu takibi daha da önemli hale getirmekte ve zorlaştırmaktadır³⁶⁰.

Rekabet otoritesinin ilgili pazara ve sektöre ilişkin bilgi eksikliği de davranışsal taahhütlerin gerekli olan hacimden eksik veya fazla olmasına yol açabilmektedir³⁶¹. Ayrıca, davranışsal taahhütler birleşen teşebbüslerin davranışlarına karşı daha savunmasızdır³⁶². Birleşen teşebbüsler kolaylıkla taahhütlerin amacı ile uyuşmayan davranışlara yönelebilirler. Örneğin mal vermeyi reddetmeme taahhüdünde mal vermeye devam edebilir, ancak fiyatı artırabilir, kaliteyi düşürebilir, teslimatları geciktirebilir veya yan hizmetleri sağlamayı reddedebilirler. Taahhütlerin ruhuna aykırı bu davranışları tespit etmek her zaman kolay değildir.

Ezrachi rekabet otoritesinin taahhütlere yaklaşımının taahhütlerin etkinliğinde belirleyici olduğunu ifade etmektedir. Davranışsal taahhütlerin etkin olabileceğini düşünen rekabet otoriteleri etkinliği sağlamak için gerekli tasarım,

³⁵⁵ Papon (2009), s. 38.

³⁵⁶ Erdem (2009), s. 192, 247.

³⁵⁷ Örneğin alt yapıya erişimin sağlanması.

³⁵⁸ Ezrachi (2006), s. 2.

³⁵⁹ Denetleyici uzmanların davranışsal taahhütlerdeki rolünün önemi için bkz. Jonas S. Brueckner/Thomas Hoehn, "Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee", Competition Law International September 2010, 73-80, s. 77-78.

³⁶⁰ Papon (2009), s. 39.

³⁶¹ A.g.e., s. 39.; Ezrachi (2006), s. 2.

³⁶² Papon (2009), s. 39.

takip ve uygulama aşamalarına yatırım yapacaktır³⁶³. Örneğin ABD rekabet hukuku mevzuatında taahhütlere ilişkin kılavuzda³⁶⁴ davranışsal taahhütlerin de (*conduct remedies*) etkili bir taahhüt olabileceği belirtilmektedir. ABD rekabet hukuku uygulamasında, 2011 ve 2017 yılları arasında öne çıkan birleşmelerde davranışsal taahhütlerin kabul edildiği görülmektedir³⁶⁵.

Diğer yandan rekabet otoritelerinin taahhütlere yaklaşımı piyasa koşullarına ve devlet politikalarına bağlı olarak değişmektedir. Yukarıda açıklanan ABD'deki rekabet politikasının 2017 yılının son çeyreği itibariyle değiştiği dile getirilmektedir³⁶⁶. ABD rekabet otoritesi 2017 yılında, davranışsal taahhütleri özellikle taahhüdün süresinin belirlenmesinin zor olması ve denetim ve gözetim zorlukları nedeniyle tercih etmeyeceğini açıklamıştır³⁶⁷. Davranışsal taahhütlerin kabul edilme şartlarının daha sert ele alınacağı ve rekabet sorununu tamamen ve açık bir şekilde ortadan kaldırıyorlarsa kabul edilebilecekleri belirtilmiştir.

Türkiye uygulamasında, Kılavuz'un 82. paragrafında davranışsal taahhütlerin uygulanmasını gözeticek bir uzmanın atanabileceği ve uyuşmazlıkların çözümü için hızlı devreye girecek çözüm yollarının kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Kılavuz uyarınca, davranışsal taahhütlerin ilk tercih olmayacağı, ancak işlemin şartlarına göre kabul edilebilir olduğunu anlamaktayız.

³⁶³ Ezrachi (2006), s. 6-7.

³⁶⁴ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, United States of America Department of Justice Antitrust Division, June 2011, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>. Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019.

³⁶⁵ Danyll W. Foix, "The Trump DOJ's View on Merger Enforcement and Remedies Explained" Merger Review, 20 November 2017, <https://www.antitrustadvocate.com/2017/11/20/the-trump-doj-s-view-on-merger-enforcement-and-remedies-explained/>. Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019.

³⁶⁶ ABD'deki rekabet ve birleşme politikalarındaki değişiklikler için bkz. Diana L. Moss, "Realigning Merger Remedies With The Goals of Antitrust", American Antitrust Institute, 9 Nisan 2018, s. 1-3.

³⁶⁷ Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum, Washington, DC, November 16, 2017. <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-keynote-address-american-bar>. Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAAHHÜT SUNULMASINDA USUL

Birleşmelerin Kurula bildirilmesi ve inceleme prosedürü Kanun'un 10. maddesinde düzenlenmektedir. Kanun'un 10, 11 ve 12. maddelerinde bildirilen ve bildirilmeyen birleşmeler için ayrı inceleme aşamaları öngörülmüştür³⁶⁸. İnceleme usulü “ön inceleme” ve “nihai inceleme” olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Taraflar taahhütlerini Kurula bildirim sonrasında ön inceleme aşamasında veya nihai inceleme sırasında da Kılavuz'da belirtilen sürelerle bağlı olarak sunabilirler. Bu bölümde taahhütlerin sunulmasında izlenecek aşamalar ele alınacaktır.

3.1. TAAHHÜTLERE İLİŞKİN GENEL İLKELER

Taahhütlerin uyması gereken genel ilkeler Kılavuz'da açıklanmaktadır. Kurulun ve birleşen tarafların bu genel ilkeleri, taahhüt mekanizması tercih edildiğinde ve taahhütleri incelerken dikkate alması gerekmektedir³⁶⁹.

3.1.1. Taahhütlerin taraflarca sunulması prensibi

“Taahhütlerin taraflarca sunulması prensibi” uyarınca, rekabet endişelerini kaldıracak taahhütleri sunma hakkı ve yükümlülüğü taraflara aittir. Taahhütlerin taraflarca sunulması kuralı kapsamında taahhüdün yerine getirileceği zaman da taraflarca belirlenmekte ve Kurul tarafından taahhüt paketi ile birlikte onaylanmaktadır³⁷⁰. Rekabetçi endişeleri tespit etmek ve önerilen taahhütlerin bu endişeleri giderip gidermediğini değerlendirmek ise, Kurulun yükümlülüğüdür. Bu kapsamda, “uzlaşma”larda olduğu gibi³⁷¹, tarafların sundukları taahhütlerin Kurul

³⁶⁸ Badur/Ertem (2008), s. 8-9.

³⁶⁹ Kılavuz para. 12, 13.

³⁷⁰ Erdem (2009), s. 140.

³⁷¹ Gürkaynak (2004), s. 33.

tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Kurul taahhütlere ilişkin görüşlerini ve önerilerini taraflar ile paylaşabilir.

“Taahhütlerin taraflarca sunulması” prensibi 2011 yılında yayınlanan Kılavuz’da açıkça düzenlenmiştir³⁷². Kurulun Kılavuz öncesi dönemde tek taraflı belirlediği taahhütlere dayanarak verdiği koşullu izin kararları olmasına rağmen, Kılavuz öncesi dönemde de bu prensibin mevzuatta yer aldığı kanaatindeyiz. Tebliğ’in 13. maddesinde Kurulun izin kararında şart ve yükümlülük belirleyebileceği belirtilmekte; ancak, 14. maddede taahhütlerin teşebbüsler tarafından sunulabileceği açıkça öngörülmektedir³⁷³. Tebliğ’in 13. ve 14. maddelerinde belirtilen şart ve yükümlülükler, birleşen taraflarca sunulan taahhütlerin uygulanmasına ilişkindir. Kılavuz sonrası dönemde ise, Kurul bu prensibe uymuştur.

Bu prensibe göre, Kurulun taahhütlerde tek başına değişiklik yapma imkânı da bulunmamaktadır. Kurul, sunulan taahhüdün rekabet endişelerini ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı kanaatine varırsa, bu durumu birleşme tarafları ile paylaşması gerekmektedir. Taahhütlerde değişiklik yapma özgürlüğü taraflara aittir. Birleşmenin netice itibarıyla ticari bir karar olması nedeniyle, taraflar taahhütlerin ekonomik olarak birleşmeyi anlamsız kılacağını düşünürlerse, birleşmekten vazgeçebilir.

Öte yandan, birleşen tarafların pazarda güçlü bir rakibi olmaması, uygun bir taahhüt paketi olmaması veya birleşmenin ortadan kaldırılması mümkün olmayan önemli bir dikey ilişkiye sebep olması halinde, taahhüt mekanizmasının işletilmesinin mümkün olmadığı durumlar da olabilir³⁷⁴. Kurul bu halde taraflar

³⁷² Kılavuz para. 8.

³⁷³ Aytekin Çelik Kılavuz ve Tebliğ’in çeliştiği ve Tebliğ’de açık bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, Kurulun, taraflarca sunulmaması halinde bile, tek taraflı olarak taahhüt dayatabileceği görüşündedir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Fikrimizce, Tebliğ’in 13. ve 14. maddeleri birlikte değerlendirilmeli ve teşebbüslerin taahhüt sunma imkanını düzenleyen 14. maddenin ikinci fıkrası esas alınmalıdır. Kurulun kararında şart ve yükümlülük öngörmesi taraflarca taahhüt sunulması sonrasında gerçekleşmektedir. (Aytekin Çelik, “Türk Hukukunda Birleşmelerin Denetlenmesine İlişkin Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X, 22 Mayıs 2012 Konya, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 0275, 139-152, s. 149).

³⁷⁴ Claude Rakovsky, “Remedies: A Few Lessons From The Recent Experience”, EC Merger Control: Ten Year On, International Bar Association, 2000, s. 137-138.

taahhüt sunmasına rağmen taahhütleri veya değiştirilmiş hallerini yeterli bulmaması nedeniyle ret kararı verecektir.

Bu prensip, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna gidilmesi riskini de azaltacaktır. Zira Kanun'da veya diğer mevzuatta ilgili teşebbüslerin koşullu izin kararına karşı yargı yoluna gitmelerini engelleyen bir düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan, teşebbüsler rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmak için taahhütleri kendileri önerdikleri için, taahhütlere ve Kurulun şart ve yükümlülüklerine karşı yargı yoluna gitme ve davada başarılı olma ihtimalleri düşük olacaktır³⁷⁵.

Kurulun Kılavuz öncesi dönemde taahhütleri tek başına belirlediği en çarpıcı kararlarından biri Vatan Gazetesi kararıdır³⁷⁶. Kurul, Doğan Grubu'nun Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. (Vatan Gazetesi) ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik A.Ş.'nin tam kontrolünü devralmasına ilişkin kararda, Doğan Grubunun hakim durumunun güçleneceğini tespit etmiştir. Taraflar ise, batan firma savunmasında bulunmuşlardır. Kurul bu savunmayı Vatan Gazetesinin iflas edip, pazardan çıkmasını engellemek için kabul etmiştir. Kurul bu gazetenin güçlendirilerek belli bir süre sonra üçüncü kişilere satılması koşuluyla³⁷⁷ birleşmeye izin vermiştir. Bu kapsamda, Kurul tek taraflı olarak devralınan varlıkların neredeyse hepsinin belli bir süre içinde elden çıkartılmasını şart olarak belirlemiştir. Bu karar hem "taahhütlerin taraflarca sunulması" prensibi hem de aşağıda açıkladığımız orantılılık ilkesi ile çelişmektedir. Kurul kararının koşullara ilişkin bölümü Danıştay tarafından iptal edilmiştir³⁷⁸.

³⁷⁵ Aksoy v.dğr (2006), s. 24.

³⁷⁶ Kurulun 10.03.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı *Vatan Gazetesi* kararı.

³⁷⁷ Kurul kararında ayrıca koordinasyon riski nedeniyle Zafer Mutlu'nun Vatan Dergi Grubu'ndaki ya da devredilen şirketlerdeki yöneticilik görevini sona erdirmesi ve kontrol hakkı veren paya sahip olmaması koşulu da getirilmiştir.

³⁷⁸ Danıştay 13. Dairesi 15.03.2010 tarihli kararı (Esas No. 2008/13171, Karar No. 2010/2225). Danıştay iptal kararında, Kurulun belirlediği şartların yetersiz olduğuna dayanmıştır. Bu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu nezdinde temyiz edilmiş ve 20.01.2014 tarihinde onanmıştır (Esas No. 2010/2445, Karar No. 2014/56). Onama kararındaki karşı oyda sadece koşulların iptal edilmesinin hukuken mümkün olmadığı; koşulların iznin esas unsuru olduğu ve bu nedenle, Kurulun koşullu izin kararının iptal edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Kurulun izin kararından bağımsız olarak koşulların iptal edilmesi rekabet hukuku mevzuatına aykırı bir karar olmuştur.

3.1.2. Diğer prensipler

Taahhütlerin *rekabet endişelerini tamamen ortadan kaldırması* ve *sürdürülebilir olması* gerekmektedir. Taahhüdün sürdürülebilir olması, birleşme sonrasında oluşacak pazar yapısının rekabeti bozucu nitelikte olmaması anlamına gelmektedir.

Taahhütlerin rekabetçi endişeleri sürdürülebilir şekilde ortadan kaldırması “yakın zamanda” olmalıdır. Bu kapsamda, taahhütler *en kısa sürede etkili bir şekilde uygulanabilir* ve *açık* olmalıdır.

Taahhütlerde bulunması gereken bir diğer özellik, taahhütler ile pazarın rekabetçi yapısının korunurken aynı zamanda *birleşmeden beklenen etkinliklerin sağlanmasıdır*. Bu prensip aynı zamanda taahhüdün rekabet sorunları ile orantılı olması gerektiği anlamına gelmektedir. Kılavuz’da, taraflar tarafından önerilse bile birleşmenin esasını teşkil eden bir iş biriminin elden çıkartılmasına ilişkin bir taahhüdün kabul edilebilir olmadığı vurgulanmaktadır.

Taahhütler ile *pazardaki rekabetin birleşme öncesindeki durumunun korunması* amaçlanmaktadır; taahhüdün gerçekleşmesi neticesinde pazarın daha rekabetçi olması beklenmemektedir. Kılavuz’da taahhütlerin rakipleri değil, rekabeti koruması gerektiği belirtilmektedir. Kurul bu sonuca ulaşmak için birleşmenin rekabete olumsuz etkilerini ve taahhütlerin rekabet sorunlarını nasıl ortadan kaldıracağını analiz edecektir.

Kural olarak rekabetçi sorunun ortaya çıkacağı pazarlara özgü taahhüt verilmesi gerekmektedir. Öte yandan daha önce açıklandığı üzere, Kurul, taahhüdün etkili olması için diğer pazarlardaki ürünlere veya hizmetlere ilişkin taahhüt verilmesi gerektiğine de karar verebilir.

Bazı durumlarda en caydırıcı ve uygun çözümün birleşmenin yasaklanması olduğu savunulmaktadır³⁷⁹. Büyük hacimli birleşmelerde yüksek pazar payını dengeleyebilecek veya dikey bütünleşme ile baş edebilecek taahhüt paketleri veya uygun alıcılar bulmak zor veya imkansız olabilmektedir. Bu halde, Kılavuz’daki

³⁷⁹ Moss (2018), s. 10.

prensipier karşılanmayacağı için Kurulun kabul edebileceği bir taahhüt olmayacaktır. Örneğin Kurul *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararında³⁸⁰ işlemin Türkiye-Avrupa arasındaki Ro-Ro taşımacılığı pazarında (İstanbul, İzmir ve Mersin kalkışlı Ro-Ro hatlarını içerecek şekilde) hakim durumu güçlendirerek rekabeti önemli ölçüde azaltacağı sonucuna varmıştır ve verilen taahhütlere rağmen işlemi reddetmiştir.

Kurul kararında, işlemin yüksek olan giriş engellerini daha da zorlaştıracağını, pazar payının çok yüksek seviyelere geleceğini ve fiyatların artacağını tespit etmiştir. Taraflar rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmak için birtakım taahhütler sunmuştur. Taahhütler arasında düzenli bilgi sağlama, beş yıl boyunca limana erişim sağlama, işlem sonrası rekabet etmeme süresinin kısaltılması ve eşme Limanı'nda yeni bir liman geri sahası inşa edilmesi bulunmaktadır. Kurul taahhütleri yeterli kabul etmemiştir. Kurul pazardaki üç oyuncudan ikisinin birleşmesine birtakım süreli davranışsal taahhütler çerçevesinde izin verilemeyeceğini belirtmiştir. Karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, Kurul bu kararında adeta taahhütlere ilişkin analiz yapmaya gerek olmadığını, işleme izin vermenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

3.2. BİRLEŞMELERİN BİLDİRİLMESİ

Kurulun bildirim sunulduğu tarihten itibaren ön inceleme süresi 15 gündür. Kurulun bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde herhangi bir işlem yapmaması veya cevap vermemesi halinde işlem hakkında izin alınmış sayılmaktadır³⁸¹. Kurul 15 günlük ön inceleme süresinin sona ermesinden sonra da

³⁸⁰ Kurulun 09.11.2017 tarihli, 17-36/595-259 sayılı *UN Ro-Ro/Ulusoy* kararı.

³⁸¹ Muhammed Safa Uygur, Rekabet Hukukunda İzinsiz Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmalara Uygulanan Yaptırım Rejimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 155, Ankara 2017, s. 37. Tasarı birleşmelerin incelenmesi prosedürünü önemli ölçüde değiştirmektedir. Bu kapsamda, Tasarı, birleşmelerin nihai incelemesine ilişkin olarak diğer rekabet ihlallerinin incelenmesine ilişkin hükümlere atıf yapmamaktadır. Tasarı uyarınca inceleme süresi 30 işgünü olarak düzenlenmektedir. Kurul inceleme süresini dört aya kadar uzatabilecektir. Tasarı'da Kurulun tarafların yazılı görüşünü almadan yasaklama kararı veremeyeceği ve yazılı görüş talep yazısının tebliğ tarihinden tarafların yazılı görüşünün Kurum'a iletildiği tarihe kadar inceleme süresinin duracağı düzenlenmektedir. Tasarı'nın mevcut haliyle kabul edilip, yürürlüğe girmesi halinde, Kılavuz'un ve Tebliğ'in taahhütlerin sunulmasında usule ilişkin düzenlemelerinde

bilgi talep edebilir. Uygulamada Kurul genellikle ek sorular sorarak 15 günlük süreyi uzatmaktadır. Kurulun bildirim tarihinden itibaren 29. günde de işleme izin verebileceği veya nihai incelemeye karar verebileceği görüşü hakimdir³⁸².

Kurul ön inceleme aşamasında birleşmeye izin verebilir veya birleşmeyi nihai incelemeye alabilir. Kurulun ön incelemede birleşme işlemi yasaklama yetkisi bulunmamaktadır. Kurul ön inceleme aşamasında sunulan taahhütlerin yeterli olmadığına kanaat getirirse işlemi nihai incelemeye alacaktır. Kurul birleşme teşkil etmeyen bir işlem olduğu sonucuna varırsa, re'sen menfi tespit veya muafiyet incelemesi yapabilir³⁸³.

Taraflar taahhütlerini bildirim ile birlikte sunabilir. Bu imkân, rekabet karşıtı etkiler doğurabileceği bilinen işlemler bakımından süreci kısaltacaktır³⁸⁴. Taahhütlerin bildirim ile birlikte veya ön inceleme aşamasında sunulması halinde Kurul nihai incelemeye geçilmesine karar vermeksizin, ön inceleme aşamasında taahhütleri kabul edebilir ve birleşmeye taahhütler çerçevesinde izin verebilir. Kurulun ön inceleme aşamasında taahhütleri incelemek için kısa bir zamanı vardır. Kılavuz uyarınca bu aşamada sunulan taahhütlerin kabul edilebilmesi için işleme dair rekabet sorunlarının açık bir biçimde ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Kurul, taahhütlerin rekabet endişelerini ortadan kaldırmadığı kanaatine varırsa, nihai incelemeye geçilmesine karar verecektir. Öte yandan, taahhütlere rağmen, Kurul inceleme konusu birleşmenin zaten 7. maddeye aykırı olmadığını tespit edebilir. Bu durumda birleşmeye, sunulan taahhütleri dikkate almaksızın izin verilir. Bu nedenle, açık bir rekabet hukuku ihlali bulunmuyor ise, taraflar ilk aşamada taahhüt sunmayı tercih etmeyebilirler.

Ön inceleme aşamasında tarafların taahhütleri sunmasına ilişkin bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Tebliğ'in 11. maddesi uyarınca bildirim Kurul kayıtlarına tam olarak intikal ettiği zaman yapılmış sayılır. Buna ilaveten, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, mevzuat gereği bir kamu kurum veya

değişiklik yapılması gerekecektir. AB Birleşme Tüzüğü'nde de, taahhütlerin sunulması prosedürü ve süreler Komisyonun sağlıklı inceleme yapabilmesi için oldukça detaylı düzenlenmektedir.

³⁸² Bolatoğlu (2004), s. 42-43; Benzer bir görüş için bkz. Badur/Ertem (2008), s. 13.

³⁸³ Badur/Ertem (2008), s. 11-12.

³⁸⁴ Gürkaynak v.dğr. (2012), s. 148.

kuruluşundan görüş alınması halinde, süreler görüşün Kurum kayıtlarına girmesi ile başlayacaktır³⁸⁵. Tebliğ'in 14. maddesinde taahhütlerin ön inceleme aşamasında sunulması halinde, sürenin taahhütlerin sunulduğu tarihte başlamış sayılacağı belirtilmektedir. Ön inceleme aşamasında sunulan taahhütleri değerlendirmek için Kurulun her halükarda ön inceleme süresinin tamamı boyunca vakti olacaktır³⁸⁶.

Uygulamada ön inceleme süresi genellikle eksik bilgi talebi ile birkaç kez kesilerek, yeniden başlamaktadır; ancak her halükarda Kurulun nihai inceleme aşamasında olduğu gibi uzun ve detaylı bir inceleme yapmak için yeterli zamanı bulunmamaktadır. Birleşen tarafların zamanlı bir şekilde taahhütleri sunması Kurulun birleşmeyi ve taahhütleri incelemek için yeterli zamanı olması açısından önemlidir. Aksi takdirde Kurul taahhütlerin yeterli olmadığına karar vererek işlemi nihai incelemeye alabilir.

Kurulun nihai inceleme aşamasında bir birleşmeyi yasaklaması halinde, tarafların taahhüt önerileriyle tekrar başvuru yapmaları önünde bir engel bulunmamaktadır³⁸⁷. Bu takdirde, yapılan başvuru yeni bir bildirim olarak kabul edilecektir.

Kurul birleşmeyi nihai incelemeye alırsa, birleşme işlemi Kurulun iznine kadar askıya alınır. Kanun'un 10. maddesi uyarınca, Kurul bu aşamada gerekli gördüğü geçici tedbirleri alabilir³⁸⁸. Kurulun nihai inceleme aşamasında takip edeceği usul kuralları için Kanun'un 40-55. maddelerine atıf yapılmıştır. Bu

³⁸⁵ Bu ihtimalde 30 günlük süre kesileceği için, kamu kurum ve kuruluşlarının en kısa zamanda cevap vermesini sağlamak ve işlemin gecikmesini engellemek adına, Kurul tarafından uygun bir süre tayin edilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır (Gürkaynak v.dğr. (2012), s. 138-139).

³⁸⁶ AB Birleşme Tüzüğü uyarınca ise, ön inceleme süresi bildirim yapıldığı tarihin ertesi işgünü başlamakta olup, toplam 25 işgünüdür. Tarafların bu süre içerisinde taahhüt sunmaları halinde süre 35 işgününe uzamaktadır. AB rekabet hukukunda Komisyonun ön inceleme aşamasında sunulan taahhütleri incelemek ve bir sonuca ulaşmak için Kurula kıyasen daha az süresi bulunmaktadır.

³⁸⁷ Kurul, 18.11.2009 tarihli, 09-56/1325-331 sayılı kararı ile TMSF tarafından satışa çıkarılan Burgaz'ın, Mey İçki tarafından satın alınmasına ilişkin birleşme işlemi yasaklamıştır. Bunun üzerine, taraflar taahhüt önerileri ile tekrar başvuru yapmışlar ve Kurul 08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı **Burgaz/Mey İçki** kararı ile işleme koşullu izin vermiştir.

³⁸⁸ Söz konusu tedbirlerin niteliğine ilişkin Kanun'da açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan, bir görüşe göre, Kurula bildirilen birleşmelerin nihai inceleme aşamasında Kurulun alacağı geçici tedbirlerin Kanun'un 9/4. maddesinde belirtilen şartlara uygun olması; ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkması ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir (Badur/Ertem (2008), s. 18).

kapsamda, Kurul birleşme incelemesinde soruşturmalardaki yetkiler ile donatılmıştır.

Nihai inceleme süreci yazılı ve gerektiğinde sözlü savunmaları içerir ve bir katına kadar uzatılmadıkça, altı ay sürmektedir. Taraflar soruşturma açıldığını öğrendikleri tarihten itibaren Kanun'da belirtilen süre içinde birinci yazılı savunmalarını gönderirler. Taraflar bu sırada taahhütlerini sunabilir ve raportörler ile müzakere edebilirler. Kılavuz'a göre, nihai incelemenin başlangıç tarihinden Kurulun raporunun hazırlanmasına kadar olan süre zarfında, taahhütler dosyaya atanan raportör(ler) tarafından yeterli bulunursa, yasal sürenin bitmesi beklenmeden hazırlanacak rapor ile Kurula sunulacaktır³⁸⁹. Bu imkan birleşmelerin hızlı tamamlanması için bir araç olarak kullanılabilir. Kurul, taahhütlerin rekabet endişelerini tamamen ortadan kaldırdığı sonucuna varırsa birleşmeye koşullu izin verir; aksi halde, taraflara ikinci savunmalarını göndermeleri için süre verilir. Taraflar taahhütleri nihai inceleme aşamasında en geç ikinci yazılı savunmaları ile gönderebilirler; bu tarihten sonra sunulacak taahhütler raportörlerin incelemek için yeterli zamanı olmadığı gerekçesiyle kabul edilmeyecektir.

Duyuru'nun 94. paragrafında, Komisyonun belli durumlarda yasal sürenin bitmesinden sonra sunulan taahhütleri kabul edebileceği açıkça belirtilmiştir. Duyuru uyarınca, taraflar taahhütleri bildirim öncesinde Komisyon ile görüşebilmektedir. Öte yandan, Kurulun birleşme başvurusunun yapılmasından önce ve yasal sürenin dolmasından sonra sunulan taahhütleri inceleme yetkisi bulunmaktadır.

Bildirim öncesinde taahhütlerin taslak halinde Kurul ile görüşülmesi, ön inceleme aşamasında taahhütler çerçevesinde izin almak isteyen birleşmeler bakımından zaman kazanılmasını ve usul ekonomisi sağlayacaktır. Öte yandan, Türk hukukunda bu usulün pozitif bir dayanağı yoktur. Bu nedenle, bildirim öncesi görüşmelerin Kurum raportörleri üzerinde bağlayıcı bir etkisi olmayacağı kanaatindeyiz.

³⁸⁹ Kurulun 16.07.2014 tarihli, 14-24/482-213 sayılı kararında karşı oy yazısında o dönemdeki Kurul üyesi Reşit Gürpınar, Kılavuz'daki bu düzenlemenin Kanun'un öngördüğü nihai inceleme usulüne aykırı olduğunu belirtmiştir.

Taahhütlerin hangi aşamada sunulacağı taraflar açısından stratejik olarak önemlidir. Ön incelemede rekabet sorununu tam olarak tespit edemeyen Kurul, nihai incelemede daha detaylı bir araştırma neticesinde birleşmenin 7. maddeyi ihlal etmediğine karar verebilir. Ön incelemede taahhütler çerçevesinde izin alınan bir birleşme için tarafların, paralel senaryoda nihai incelemede taahhüt sunmaksızın izin alabileceklerini iddia etmek mümkün olabilir.

Kılavuz'a göre, birleşme rekabet sorunu doğurmuyorsa tarafların sunduğu taahhütler dikkate alınmayacaktır ve işleme koşulsuz izin verilecektir³⁹⁰. Birleşme sonucu ortaya çıkması beklenen ciddi ve açık bir rekabet sorunu söz konusu ise, ön incelemede taahhüt sunulması tarafların lehine olabilir. Bir başka deyişle, taahhüt sunulması gereken bir birleşmede, taraflar bu durumu önceden tespit edebilir ve taahhütleri bildirim ile birlikte veya ön inceleme aşamasında sunabilirler³⁹¹.

AB Birleşme Tüzüğü'nde, birinci aşamada³⁹² sunulan taahhütlerin ciddi rekabet kaygılarını ortadan kaldırması; ikinci aşamada sunulan taahhütlerin ise, birleşmeyi SIEC testine göre rekabetçi yapıya uygun hale getirmesi gerekmektedir³⁹³. Buna ilaveten, AB Birleşme Tüzüğü'nün 10/2. maddesi uyarınca, Komisyon ikinci aşamada tarafların sundukları taahhütlerin ciddi rekabet sorunlarını ortadan kaldırdığını tespit ederse, birleşmeye izin verecektir. Duyuru'da da birinci aşamadaki taahhütlerin sadece rekabet sorunlarının kolay tanımlanıp, basit bir şekilde çözülebildiği durumlarda kabul edilebileceği belirtilmektedir³⁹⁴.

3.3. BİRLEŞMELERİN RE'SEN İNCELENMESİ

Kurulun iznine tabi olan, ancak izinsiz gerçekleştirilen bir birleşmenin denetiminde iki durum ortaya çıkabilir. Kurul birleşmenin 7. madde yasağı kapsamında olmadığını tespit ederse, birleşmeye izin verir. Ancak bu durumda,

³⁹⁰ Kılavuz para. 12.

³⁹¹ Gürkaynak v.dğr. (2012), s. 148.

³⁹² AB Rekabet Hukuku'nda ve AB Birleşme Tüzüğü'nde ön inceleme aşaması, 1. Faz (*Phase I*) olarak ifade edilmektedir.

³⁹³ Bkz. AB Birleşme Tüzüğü 6/2 ve 8/2. maddeleri.

³⁹⁴ Bkz. Duyuru para. 81; Şenyücel (2009), s.78.

birleşmenin izinsiz gerçekleştirilmesi nedeniyle taraflara idari para cezası verilir³⁹⁵. İzinsiz gerçekleştirilen birleşmelerin incelenmesinde ikinci ihtimal, birleşmenin 7. maddeye aykırı olmasıdır. Bu halde, birleşmenin yapısal değişiklikleri hali hazırda pazarda meydana gelmiş olacağı için Kurul idari para cezası ile birlikte, işlemin son erdirilmesine ve hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmasına hükmedecektir.

Kanun'un 11. maddesinde Kurulun nihai kararında hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılması, ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının mümkün olduğu ölçüde eski maliklerine iadesi gibi birtakım tedbirler alabileceği düzenlenmektedir.

Kurul izni alınmadan önce fiili kontrolün devralınması da işlemin izinsiz gerçekleştirildiği anlamına gelmektedir. Alıcının hedef teşebbüsün fiili kontrolünü devralmasına örnek olarak alıcının üye adaylarının hedef teşebbüsün yönetim kuruluna atanması, hedef teşebbüsün müşterileri ile ilgili işlemlere, faturalamasına vs. müdahale edilmesi gösterilebilir³⁹⁶.

İzinsiz gerçekleştirilen birleşmelerin re'sen incelenmesi halinde koşullu izin verilmesinin mümkün olduğunu savunan görüşler vardır³⁹⁷. Öte yandan, izinsiz gerçekleştirilen birleşmelerde taahhüt ve şartın uygulama alanı bulamayacağını savunan görüşler de bulunmaktadır³⁹⁸. Kurulun izinsiz birleşmeleri incelediği dosyalarda taraflarca sunulacak taahhütlere dayanarak koşullu izin vermesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun'da izinsiz gerçekleştirilen birleşmenin 7. maddeye aykırı olması halinde, yasaklanacağı belirtilmektedir. Kurul, birleşmeyi nihai incelemeye almadan yasaklayamayacağı için, nihai incelemede birleşen tarafların taahhütler sunması teoride mümkün olabilir. Ancak, her halükarda, izinsiz gerçekleştirilen bir birleşmenin sonradan Kurul tarafından

³⁹⁵ Uygur (2017), s. 33. Bildirime tabi bir birleşmenin Kurula bildirilmemesi halinde dar anlamıyla birleşme halinde taraflara, devralma halinde alıcıya Kanun'un 16/1(b). maddesi uyarınca para cezası verilecektir. Bkz. Kurulun 21.10.2010 tarihli, 10-66/1402-523 sayılı kararı.

³⁹⁶ Uygur (2017), s. 37-39.

³⁹⁷ Badur/Ertem (2008), s. 16; Güven (2009), s. 372. AB Rekabet Hukuku'nda aynı uygulama için bkz. Sandra Marco Colino, Competition Law of the EU and UK, Oxford University Press, 2011, Seventh Edition, s. 378.

³⁹⁸ Topçuoğlu/Dolmacı (2011), s. 115.

incelenmesi halinde taahhüdün uygulanması daha zahmetli olacaktır ve birleşme hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği için taraflar taahhüt müzakeresinde dezavantajlı bir konumda olacaklardır³⁹⁹.

3.4. TAAHHÜTLERİN UYGULANMASI

Birleşme nedeniyle meydana gelmesi öngörülen rekabetçi endişeler ancak taahhüdün Kurul kararında öngörülen şekilde uygulanması halinde ortadan kalkacaktır. Bu nedenle taahhüdün uygulanmasına ilişkin hususların Kurul kararında detaylı olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁰⁰. Taahhütlerin uygulanmasını sağlamak için taahhüdün kapsamının, nasıl işleyeceğinin ve taahhütlerin rekabet otoritesinin kararı ile uyumlu olmasının ne anlama geldiğinin açık olması gerekmektedir⁴⁰¹.

Kılavuz'daki uygulamaya ilişkin prensipler iş biriminin elden çıkarılması taahhüdüne göre düzenlenmiştir. Bu taahhütlerin uygulanması bakımından en önemli aşamalar uygun alıcının bulunması, elden çıkarma taahhüdünün uygulanmasının denetlenmesi ve elden çıkarma uzmanının atanmasıdır. Kılavuz diğer taahhüt türlerinin seçilmesi halinde elden çıkarmaya ilişkin prensiplerin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını belirtmiştir. Örneğin lisans sağlanmasına ilişkin bir taahhüt söz konusu olduğunda, lisans alan değerlendirilirken uygun alıcı kriterleri dikkate alınacaktır.

3.4.1. Uygun alıcıya devir

Elden çıkarma dönemi iki dönemden oluşmaktadır. Birinci dönem tarafların uygun alıcıyı arayıp buldukları dönemdir (taraflarca elden çıkarma dönemi). İkinci dönem ise, tarafların elden çıkarma süresinin sonuna uygun alıcıyı bulamamaları halinde, elden çıkarma uzmanının herhangi bir asgari satış fiyatı zorunluluğu

³⁹⁹ Colino (2011), s. 378.

⁴⁰⁰ Erdem (2009), s. 193.

⁴⁰¹ Papon (2009), s. 39.

olmaksızın elden çıkarma yetkisine sahip olduğu dönemdir (uzmanla elden çıkarma dönemi)⁴⁰². Her iki dönemde de alıcı belirlenen kriterlere uygun olmalıdır. Bu bölümde öncelikle uygun alıcı kriterleri; sonrasında ise, elden çıkarma dönemi sürelerine ve usule ilişkin detaylar açıklanacaktır.

Uygun bir alıcının deneyim, finansal yeterlilik, devredilen iş birimini rekabetçi bir işletme olarak devam ettirme güdüsüne sahip olma ve birleşen teşebbüslerden bağımsız olma özelliklerini sağlaması gerekmektedir⁴⁰³. Buna ilaveten, uygun alıcının gerekli tüm idari otorite izinlerini alabileceği de ortaya konmalıdır.

Uygun alıcıya yapılacak devrin, yeni rekabet riskleri yaratmaması veya mevcut riski kuvvetlendirmemesi gerekmektedir⁴⁰⁴. Alıcının iş planı bu konuda yol gösterici olacaktır. RGM Çalışması'na göre, incelenen dosyaların çoğunda alıcı iş planı sunmamıştır. Bu nedenle, Komisyon alıcının iş birimini geliştirme ve devam ettirme güdüsünü tam olarak tespit edememiştir.

Kurul işleme izin verdiği kararında alıcının belli özellikleri haiz olmasını öngörebilir. Örneğin Kurul alıcının hali hazırda sektör oyuncusu olmasını talep edebilir. RGM Çalışması'na göre, sektör deneyimi olmayan finansal yatırımcıların da devredilen iş biriminin yönetici ekibi yeterliyse uygun bir alıcı olarak değerlendirilebilmektedir. Finansal alıcıların yatırım planları genellikle belli bir süre için geçerli olup, bu sürenin sonunda paylarını satarak şirketten çıktıkları için rekabet otoritesinin alıcının çıkış planına dikkat etmesi gerektiği de dile getirilmiştir.

Uygun alıcı ile sözleşme yapıp, iş biriminin elden çıkarılma zamanına ilişkin farklı uygulamalar vardır. Birleşen teşebbüslerin veya elden çıkarma uzmanının önereceği alıcı adayı her halükarda Kurulun onayına tabi olacaktır. Kılavuz uyarınca, birleşen teşebbüsler Kurulun izin kararından sonra belli bir süre içinde uygun alıcıyı bulup iş birimini devretmeyi taahhüt edebilir. Bu yöntemde,

⁴⁰² Kılavuz para. 46.

⁴⁰³ RGM Çalışması s. 99; Kılavuz para. 38-39.

⁴⁰⁴ Kılavuz para. 38.

teşebbüslerin Kurul kararından sonra, ama birleşmenin tamamlanmasından önce alıcıyı bulup devri gerçekleştirmeleri şart olarak belirlenebilir (*up front buyer*).

Diğer bir yöntem uyarınca, uygun alıcı ile satış sözleşmesi Kurulun izin kararından önce yapılabilir (*fix-it-first*). Bu halde, Kurul birleşme ile beraber taahhüdü ve uygun alıcıyı inceleyip karar verecektir. Alıcının seçilip devrin tamamlanacağı zaman dilimi işlemin, sektörün ve elden çıkartılacak iş biriminin özelliklerine göre belirlenecektir.

RGM Çalışması'nda alıcının birleşmenin tamamlanmasından önce bulunup Kurul tarafından onaylanmasının işlemi hızlandırdığı ve ara dönemdeki riskleri azalttığı belirtilmektedir. Özellikle devredilecek iş biriminin hedef şirket bünyesinde olduğu durumlarda, iş biriminin elden çıkarma öncesinde daha rekabetçi ve etkin işletileceği değerlendirilmektedir.

Öte yandan, RGM Çalışması kapsamında görüşme yapılan bazı satıcı ve alıcılar, *fix-it-first* yönteminde, satıcının ve alıcının satış sözleşmesini müzakere etmek ve alıcının iş birimini incelemek için kısa bir zamanı olduğu için iş biriminin sürdürülebilir ve rekabetçi yapısının olumsuz etkilenebileceğini belirtmiştir⁴⁰⁵.

Kılavuz uyarınca, kural olarak, alıcı bulma dönemi için altı aylık, uzmanla elden çıkarma dönemi için üç aylık ve işlemin kapanışı için de üç aylık süreler öngörülmüştür. Taahhüdün uygulanma süresinin uzamasının elden çıkartılacak iş biriminin rekabet gücünü azaltması, müşteriler ve çalışanlar açısından sözleşmelerin feshedilmesi, yani iş biriminin mevcut şartlarının değişmesi ve rekabet otoritesinin denetleme süresinin uzaması gibi sorunlar ortaya çıkarabileceği belirtilmektedir⁴⁰⁶.

Elden çıkarma süreleri Kurulun onayına tabidir. Bu sürelerin Kurulun gerekçeli kararında belirtilmesi öngörülmüştür⁴⁰⁷. Öte yandan, Kılavuz'un genel lafzına baktığımızda, sürelerin Kurulun izin tarihinden itibaren başlayacağı kanaatindeyiz. Sürelerin Kurulun gerekçeli kararından itibaren başlaması halinde, izin kararı ile gerekçeli karar arasında geçecek zaman taahhüdün yerine getirilmesi

⁴⁰⁵ RGM Çalışması, s. 107-108.

⁴⁰⁶ Şenyücel (2009), s. 80.

⁴⁰⁷ Kılavuz para. 48.

için öngörülecek zamanı uzatacaktır. Bu durum iş birimine zarar verebilir. Duyuru'da da sürelerin Komisyon kararından itibaren başlayacağı belirtilmektedir⁴⁰⁸.

Bazı durumlarda sürelerin başlangıç tarihinin farklı belirlenmesi gerekebilecektir. Örneğin elden çıkarılacak iş birimi hedef şirketin bünyesindeyse, Kurul, sürelerin bildirim konusu işlemin kapanış tarihinde başlamasını kabul edebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, uygun alıcının iş birimini satın almak ve devir sonrasında sürdürülebilir ve rekabetçi bir şekilde çalıştırmak için gerekli finansal kaynak, mal varlığı ve organizasyona sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda, alıcının iş birimini satın almak için satıcıdan maddi destek almaması gerekmektedir. Öte yandan, Kurul bazı durumlarda satıcı ve alıcı arasında devir sonrası mal ve hizmet sağlama sözleşmelerini geçici bir süre için kabul etmektedir.

RGM Çalışması'na göre, satıcılar elden çıkarılacak iş birimini güçsüz bir alıcıya devretmeye eğilimlidir. Taahhüdün uygulanmasını olumsuz etkileyebilecek bu güdü kendini satış fiyatında belli edebilmektedir. Bu çalışmada incelenen bazı birleşmelerde, satıcı daha çok gelir elde edeceği güçlü rakiplerden ziyade düşük bir fiyata güçsüz bir rakip olacağını düşündüğü teşebbüse satış yapmayı tercih etmiştir. Satış fiyatının çok düşük olması alıcının rekabet etme güdüsünün de sorgulanmasına neden olmaktadır⁴⁰⁹.

Bunlar ışığında, Kurulun uygun alıcı ve satış sözleşmesini incelerken satış sonrası taraflar arasında devam edecek ilişkileri ve satış fiyatını da dikkate alması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin Kurul *Diageo/Mey İçki* kararında⁴¹⁰ alıcıya vadeli satışların piyasa koşullarına uygun ve alıcının bağımsızlığına zarar vermeyecek şekilde belirlenebileceğine karar vermiştir. RGM Çalışması uyarınca, Komisyon iki ihtimalde satış fiyatını dikkate almaktadır. Bunlardan birincisi rekabet etme güdüsünü azaltan düşük fiyattan satış; ikincisi ise, alıcının iş birimini geliştirmek için yapacağı yatırımları engelleyebilecek yüksek fiyattan satıştır.

⁴⁰⁸ Duyuru para. 99.

⁴⁰⁹ RGM Çalışması s. 103-104.

⁴¹⁰ Kurulun 17.8.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı kararı.

Kılavuz'da birleşen tarafların devrettikleri iş birimini tekrar satın alamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Duyuru'da ise, taahhüdün etkinliğinin korunması için birleşen tarafların iş biriminde kontrol elde etmesinin belli bir süre yasaklanması gerektiği düzenlenmektedir. Bu sürenin genellikle on yıl olacağı öngörülmüştür. Pazarın yapısı ve izin verildiği zamanki şartlar değişirse Komisyonun bu yasağı kaldırma imkanı vardır. Duyuru uyarınca, Komisyon kararında bu yönde açık bir yasak getirilmese bile iş biriminin geri satın alınması taahhütlerin etkili olmasına dair yükümlülüğün dolaylı ihlali olacaktır. Bu kapsamda, Kurulun kararlarında belli bir süre için geri alım yasağı getirmesinin taahhütlerin sürdürülebilir ve etkili olması amacına hizmet edeceği kanaatindeyiz.

3.4.2. Tarafların ara dönemdeki yükümlülükleri

Kurulun izin kararı ile iş birimin elden çıkartılacağı tarihe kadar geçen ara dönemde iş birimini koruma yükümlülüğü taraflara aittir. Bu dönemde, tarafların iş birimini veya mal varlıklarını elden çıkarmak için gerekli adımları atmaları gerekmektedir. Tarafların ara dönemde iş birimini rekabetçi, yaşayabilir ve bağımsız bir işletme olarak korumaları beklenmektedir⁴¹¹. Bu kapsamda, tarafların ara dönemde iş biriminin finansal kaynaklarını sağlamaya, teknik ve idari tüm fonksiyonlarını desteklemeye, müşteri portföyünü ve çalışanları korumaya devam etmeleri gerekmektedir⁴¹².

Taraflar potansiyel alıcılar ile müzakereleri yürütürken, elden çıkarılacak iş birimini hukuken, finansal olarak ve diğer gerekli disiplinler bakımından incelemelerine de olanak tanınmalıdır. Alıcının iş biriminin değerini, ticari potansiyelini ve riskleri doğru olarak analiz edebilmesi iş biriminin rekabetçi yapısının sürdürülebilirliğini doğrudan etkileyecektir. Bu durumun tevsiki için taraflar ve elden çıkarma uzmanı, taraflarca elden çıkarma ve uzmanla elden çıkarma dönemlerinde, Kuruma düzenli aralıklarla potansiyel alıcılar ile müzakereler ile ilgili bilgi vermelidir.

⁴¹¹ Kılavuz para. 59.

⁴¹² Kılavuz para. 59.

Ara dönemde yükümlülüklerin takip edilmesinde ve taahhüdün uygulanmasında denetleyici uzman (*monitoring trustee*) ve ayrı tutma uzmanı⁴¹³ (*hold-separate manager*) olmak üzere iki önemli rol bulunmaktadır. Taahhütlerin uygulanmasını izlemek için tarafların raporlaması, tahkim hükümleri ve pazar oyuncularının takip etmesi gibi kontrol mekanizmalarının yanı sıra, denetleyici uzman da taahhüt mekanizmasının önemli bir parçası olarak görülmektedir⁴¹⁴.

3.4.3. Denetleyici uzman

Denetleyici uzman elden çıkarma taahhüdünde ara dönemde veya davranışsal taahhütlerde taahhüt süresince, taahhütlerin uygulanmasını izlemek ile görevlidir. Kılavuz'da elden çıkarmada ara dönem için denetleyici uzman atanması düzenlenmemiştir. Elden çıkarma uzmanının Kılavuz'da düzenlenen görevleri ışığında, bu uzmanın hem denetleyici rolünü hem de elden çıkarma uzmanı rolünü yerine getireceğini anlıyoruz. Öte yandan, Kılavuz'da davranışsal taahhütlerin izlenmesi için atanacak denetleyici uzmana ilişkin detaylı açıklama yer almamakla birlikte, Kurulun davranışsal taahhütleri takip edecek bir uzman atanmasını talep edebileceği belirtilmektedir⁴¹⁵.

Kılavuz'da denetleyici uzmandan ayrıca bahsedilmese de Kurulun elden çıkarma ve davranışsal taahhütleri denetlemek için denetleyici uzman atadığı kararları bulunmaktadır⁴¹⁶. Kavramların birbirine karıştığı Kurul kararları da bulunmaktadır. Mesela *Gıdasa/MGS* kararında⁴¹⁷, devre konu markanın taraflarca devredilememesi halinde marka lisanslarını altı ay içinde herhangi bir asgari fiyat gözetmeksizin devretmek üzere bir "denetleyici uzman" atanmasına karar verilmiştir. Kararda denetleyici uzmanın ara dönemde markanın rekabetçiliğini

⁴¹³ Ayrı tutma uzmanı Kılavuz'un ekinde yer alan örnek taahhüt metninde (EK 2) bağımsız yönetici olarak ifade edilmiştir.

⁴¹⁴ Brueckner/Hoehn (2010), s. 73.

⁴¹⁵ Kılavuz para. 82.

⁴¹⁶ Kurulun 09.2.2017 tarihli, 17-06/56-22 sayılı *Migros/Tesco Kipa* kararı; 09.2.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı *Anadolu Endüstri Holding/Migros* kararı ve 17.8.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Diageo/Mey İçki* kararı.

⁴¹⁷ Kurulun 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı kararı.

korumak ve diğler yükümlülükler ile ilgili görevlendirilip görevlendirilmediğine ilişkin bilgi yer almamaktadır.

Bu karar ayrıca denetleyici uzman atanmasının yükümlülük yerine şart olarak belirlenmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁴¹⁸. Zira şartın ihlali halinde Kanun'un 7. maddesi ihlal edilmemesine rağmen işlemin geçersizliği gündeme gelecektir. Kanaatimizce bu kararda şart ve yükümlülük ayırımı bilinçli olarak yapılmamış ve şart terimi hatalı olarak kullanılmıştır.

Greencastle/Intergum kararı⁴¹⁹, denetleyici uzmanın atanması ve görevlerinin belirlenmesi açısından dikkat çekici bir karardır. Birleşen teşebbüs birleşme işleminin tamamlanmasından sonra en geç iki hafta içerisinde denetleyici uzman atamayı taahhüt etmiştir. Denetleyici uzman, Kurula her ay düzenli olarak rapor verecek ve lisans devredilene kadar markanın birleşen teşebbüslerin işlerinden bağımsız olarak yönetilmesini, markaya olan yatırım politikasının devam etmesini ve markaya bir zarar verilmediğini takip edecektir. Denetleyici uzman bu kararda da aynı zamanda elden çıkarma uzmanı olarak atanmıştır, ancak her iki rolündeki görevleri açık ifade edilmiştir

Elden çıkarma uzmanı ve denetleyici uzmanın aynı kişi olması mümkündür. Öte yandan iki rolü yerine getirecek kişilerin farklı olması gereken durumlar da olabilir. Ayrı bir denetleyici uzman atanması halinde bu uzman da Kurulun onayına tabi olacaktır. Bu halde, elden çıkarma uzmanına ilişkin Kılavuz'daki düzenlemelerin mümkün olduğu ölçüde esas alınabileceği kanaatindeyiz. Nitekim Kurul da *AEH/Migros* kararında⁴²⁰, davranışsal taahhütlerin takibi için denetleyici (denetleme) uzman atanmasına karar vermiş ve Kılavuz'da yer alan elden çıkarma uzmanına ilişkin hükümlerin evleviyetle denetleyici uzmana da uygulanacağına karar vermiştir.

İki uzmanın sahip olması gereken özellikler çoğu durumda farklıdır. Elden çıkarma uzmanı için satış sürecinde deneyimi olan yatırım bankacıları veya denetim firmaları uygun olacaktır. Denetleyici uzmanın ise, sektör deneyimi olan ve/veya

⁴¹⁸ Varol (2009), s. 82.

⁴¹⁹ Kurulun 23.8.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı kararı.

⁴²⁰ Kurulun 09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı kararı.

ara dönemi denetlemek için yeterli kaynaklara sahip olan denetim firmaları veya danışmanlık şirketleri arasından seçilmesi uygun olacaktır.

Elden çıkarma taahhütlerinde ve davranışsal taahhütlerde, denetleyici uzmanın taahhütlerin başladığı tarihten itibaren en kısa sürede atanması gerekmektedir. Kılavuz uyarınca, tarafların Kurulun izin kararından itibaren en geç otuz gün içinde önerdikleri uzman adayını Kurula iletmeleri zorunludur. Kurul bu takdirde önerilen uzmanın görev için gerekli deneyim ve teknik bilgiye sahip olup olmadığını ve taraflardan bağımsızlığını inceleyecektir. Tarafların finansal veya hukuk danışmanları, bağımsızlık şartını sağlamadıkları için denetleyici uzman olarak atanamazlar. Kurul önerilen uzmanı yeterli görmezse yeni bir uzman önerilmesini talep edebilir. Kılavuz'da taraflarca önerilen uzman adaylarının birden fazla kez reddedilmesi halinde sürecin nasıl ilerleyeceğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Duyuru'nun ekinde yer alan elden çıkarma örnek taahhüt metinleri uyarınca, taraflarca önerilen denetleyici uzmanın ve elden çıkarma uzmanının Komisyon tarafından reddedilmesi halinde, tarafların en az iki yeni uzman önermesi gerekmektedir. Eğer Komisyon bu uzman önerilerini de reddederse artık uzmanın Komisyon tarafından atanması öngörülmüştür⁴²¹. Benzer bir yönlendirmenin Kılavuz'da da yer almasının sürecin belirliliği açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Komisyon denetleyici uzmanın atanması konusunda oldukça titiz davranmaktadır⁴²². Komisyonun uzmanları reddetmesi ilgili sektörde deneyim eksikliği veya bağımsız olma şartının sağlamaması gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır⁴²³. Komisyon, uzmanın atanması gereken süre konusunda da Kurula kıyasen daha katıdır. Duyuru denetleyici uzmanın Komisyonun izin kararından itibaren iki hafta içinde atanmasını öngörmektedir. Duyuru'nun ekinde yer alan elden çıkarma örnek taahhüt metninde ise, uzmanın Komisyonun izin kararından

⁴²¹ Commission model text for divestiture commitments, para. 19-25.

⁴²² Brueckner/Hoehn (2010), s. 74.

⁴²³ A.g.e., s. 74.

itibaren bir hafta içinde atanması gerektiği belirtilmektedir⁴²⁴. Uygulamada Komisyon kararlarında iki süreden birini seçmektedir⁴²⁵.

Onaylanan uzman Kurula bağlı olarak çalışacaktır ve taraflardan herhangi bir talimat almayacaktır. Tarafların Kurulca onaylanan bir uzmanı görevden alma hakkı bulunmamaktadır. Uzmanın verilecek ücreti taraflar ödeyecektir, ancak bu ücretin uzmanın tarafsızlığına zarar vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekir. RGM Çalışması'nda Komisyonun uzmana ödenecek ücretin başarı primi sistemine dayalı olmasını reddetmediğini ancak bu düzenlemenin Komisyonun elden çıkarmanın hızlı olması beklentisi ile uzmanın daha yüksek fiyat ödeyecek bir alıcı bulma isteği arasında çelişkiye neden olabileceği ifade edilmektedir⁴²⁶.

Denetleyici uzman sadece denetim yapmamakta ve aktif olarak elden çıkarılacak iş biriminin yönetimine etki etmektedir. RGM Çalışması uyarınca, denetleyici uzmanın görevleri genel olarak (i) elden çıkarılacak iş biriminin günlük işleyişinin ticari ve rekabetçi şartlara uygun olarak sürdürülmesi (koruma görevi); (ii) aynı sebeple iş biriminin taraflardan ayrı tutulması (ayrı tutma görevi); (iii) tarafların alıcı bulma döneminin gözetimi ve alıcıya gerekli bilgilerin sağlanması (elden çıkarma görevi) ve (iv) taraflarda kalacak mal varlığı, lisans ve çalışan gibi unsurların iş biriminden ayrılmasının gözetimi (ayrıştırma görevi) olarak sınıflandırılmaktadır⁴²⁷.

AB ve ABD Rekabet Hukuklarında özellikle yakın zamandaki birleşme kontrolü politikasında denetleyici uzmanın rekabet otoritelerinin adeta gözü ve kulağı olduğu ifade edilmektedir⁴²⁸. Denetleyici uzman ayrıca birleşen taraflar ve alıcı arasında ara dönemde ortaya çıkacak sorunlarda da aracı olarak görev yapmakta ve çözüm önerilerinde bulunmaktadır. Kılavuz'da ise, denetleyici uzmanın satıcı ve alıcı arasındaki aracı rolüne ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Bu eksikliğin Kurul kararlarında giderilebileceğini düşünüyoruz.

⁴²⁴ Commission model text for divestiture commitments, para. 24.

⁴²⁵ Brueckner/Hoehn (2010), s. 74.

⁴²⁶ RGM Çalışması s. 93.

⁴²⁷ RGM Çalışması s. 90.

⁴²⁸ Brueckner/Hoehn (2010), s. 75.

3.4.4. Bağımsız yönetici

Denetleyici uzman, iş biriminin elden çıkarılması aşamasındaki aktif rolünü dengeli bir şekilde yürütmelidir. Bu denge, taraflara tavsiyeler sunulması ve taahhütlerin uygulanmasını takip edilerek sağlanabilir⁴²⁹. Denetleyici uzmanın bu konudaki en önemli yardımcısı bağımsız yöneticidir (*hold-separate manager*). Kılavuz'da yer alan örnek taahhüt metni uyarınca, tarafların uzmana⁴³⁰ bağlı ve iş biriminin günlük işleyişini yönetecek bir bağımsız yönetici atamaları gerekmektedir. Bağımsız yönetici iş birimini taraflardan bağımsız olarak, rekabetçiliğini koruyacak şekilde ve basiretli bir tacir gibi işletecektir.

RGM Çalışması uyarınca, etkili bir bağımsız yöneticinin taraflardan bağımsız olması, uzman ile yakın temasta çalışmaya hazır olması, elden çıkarılacak iş birimine bağlılığının yüksek olması ve ara dönem sonrasında iş biriminde kalacak bir anahtar çalışan olması gerekmektedir. RGM Çalışması'nda, görev bilincine ve gerekli deneyime sahip, satıcının üst yönetimi ile müzakere edilebilecek ve sorunları kısa sürede çözme kabiliyeti olan kişilerin en etkili bağımsız yönetici oldukları tespit edilmiştir⁴³¹.

Kılavuz'da bağımsız yöneticinin ne zaman atanacağına ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Duyuru uyarınca, bağımsız yöneticinin ivedilikle atanması öngörülmektedir⁴³². Duyuru, tarafların bağımsız yöneticiyi atayabileceğini, ancak denetleyici uzmana taahhütleri ihlal etmesi veya taahhütlerin zamanlı ve doğru bir şekilde uygulanmasını tehlikeye düşürmesi halinde bağımsız yöneticiyi görevden alma hakkı verilmesini şart koşmaktadır. Tarafların yeni bir bağımsız yönetici atamak istemesi halinde denetleyici uzmandan izin almaları gerekecektir⁴³³. Kılavuz'un ekinde yer alan örnek taahhüt metnine göre (EK 2) bağımsız yöneticinin taraflarca atanacağı anlaşılmaktadır, ancak bağımsız yöneticinin değiştirilmesi veya görevden alınmasına ilişkin detaylar açıklanmamaktadır.

⁴²⁹ A.g.e., s. 75.

⁴³⁰ Kılavuz'da elden çıkarma uzmanı olarak belirtilmektedir. Ayrı bir denetleyici uzman atanması halinde bağımsız yönetici denetleyici uzmana bağlı olarak çalışacaktır.

⁴³¹ RGM Çalışması s. 67.

⁴³² Duyuru para. 112.

⁴³³ A.g.k, para. 112.

3.4.5. Elden çıkarma uzmanı

Elden çıkarma uzmanı, tarafların elden çıkarma döneminde uygun alıcı bulunamaması halinde Kurul tarafından tayin edilen süre içinde iş birimini uygun bir alıcıya asgari fiyat gözetmeksizin satma hakkına ve görevine sahiptir⁴³⁴. Kılavuz uyarınca, elden çıkarma uzmanı gerekli deneyime sahip denetim veya danışmanlık firmaları veya sektör deneyimi olan kişiler arasından seçilebilir. Uzmanın taraflardan bağımsız olması esastır. Uzmanın ücreti birleşen taraflarca karşılanacaktır ve yukarıda denetleyici uzman ile ilgili prensipler burada da geçerlidir.

Önceki bölümde belirtildiği üzere Kılavuz'da ayrı bir denetleyici uzman atanması öngörülmemektedir. Kılavuz'daki düzenlemeler çerçevesinde, elden çıkarma uzmanının her iki rolü de üstleneceği anlaşılmaktadır. Örneğin Kurul *Luxottica/Essilor* kararında⁴³⁵, Kılavuz'a atıf yaparak her iki rolü de yerine getirmek üzere elden çıkarma uzmanı atanmasına karar vermiştir.

Ayrı bir denetleyici uzman atanmadığı takdirde elden çıkarma uzmanı, ara dönemde (taraflarca elden çıkarma dönemi) iş biriminin işletilmesini kontrol edecek ve sonrasında gerekli olduğu takdirde uzmanla elden çıkarma döneminde süreci yönetecektir. Bu halde, elden çıkarılacak iş biriminin günlük işleyişini, rekabetçiliğini ve bağımsızlığını sağlamak için bağımsız yönetici atanmasının sürecin etkili bir şekilde yürütülmesi bakımından önemli olacağını düşünüyoruz.

Kılavuz uyarınca tarafların elden çıkarma uzmanını Kurulun izin kararından itibaren en geç otuz gün içinde belirleyip Kurula önermeleri gerekmektedir. Süreye ilişkin yukarıdaki değerlendirmelerimiz elden çıkarma uzmanı için de geçerlidir.

Duyuru'da denetleyici uzman ve elden çıkarma uzmanı ayrı değerlendirildiği için elden çıkarma uzmanının (ikisinin aynı kişi olmaması halinde) taraflarca elden çıkarma döneminin sona ermesinden en geç bir ay önce Kurula önerilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Komisyonun elden çıkarma uzmanını incelemek ve onaylamak

⁴³⁴ Kılavuz para. 65.

⁴³⁵ Kurulun 1.10.2018 tarihli, 18-36/585-286 sayılı kararı.

için en az bir ay süresi olacaktır. Özellikle elden çıkarma uzmanının aynı zamanda denetleyici uzman olarak görev yapacağı durumlarda Kurulun kısa kararından itibaren otuz gün içinde bildirilmesinin iş biriminin izin kararından itibaren uzun bir süre denetimsiz kalmasına yol açacağı kanaatindeyiz. Tarafların önerdiği uzman adayının Kurul tarafından incelenmesi de belli bir süre alacaktır. Kılavuz'daki uzman atama sürelerinin AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.4.6. Taahhütlerde değişiklik yapılması

Özellikle belli bir süre için veriliyorsa, taahhütlerde zaman içinde piyasalarda veya teşebbüslerde meydana gelecek değişiklikler nedeniyle değişiklik yapılması gerekebilir. Kılavuz'da taahhütlerde Kurul kararı sonrasında değişiklik yapılmamasının esas olduğu belirtilmiştir. Bu kuralın iki yönü vardır. Taraflar Kurulun izni olmadan taahhütlerde değişiklik yapamazlar. Aynı şekilde Kurul da taahhütleri tek tarafı olarak değiştiremez.

Kurul bazı kararlarında sürenin sonunda taahhütleri gözden geçireceğini belirtmiştir⁴³⁶. Kurulun diğer kararlarında, teşebbüslerin başvurusu üzerine taahhütleri yeniden gözden geçirdiğini ve değişiklik yaptığını veya değişiklik taleplerini reddettiğini görüyoruz.

Kurulun *Mey İçki/Burgaz* kararında⁴³⁷, kabul edilen taahhütlere ilişkin olarak, Mey İçki iki kere değişiklik başvurusunda bulunmuştur. İlk değişiklik başvurusunda elden çıkarmaya kadar geçecek dönemde Lüleburgaz üretim tesisinin mevzuata aykırılık nedeniyle kullanılmaması ve satışların stoklardan yapılması, gerekmesi halinde üretimin Mey İçki tesislerinde yapılması; üretim tesisinin bölünerek muhtemel alıcının talebi halinde satılması ve muhtemel alıcıya ilişkin kısıtlayıcı koşullar hususlarında izin verilmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine

⁴³⁶ Kurulun 09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı kararı.

⁴³⁷ Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı *Burgaz/Mey İçki* kararı. Kurul bu kararında Burgaz'ın rakı, likör ve cin varlıklarının tamamının, Lüleburgaz üretim tesisinin ve "İstanblue" markası hariç, votka varlıklarının tamamının ve Mey İçki'nin kendi "Votka 1967" markasının elden çıkarılması koşulu ile işleme izin vermiştir.

Kurul alıcıya ilişkin kısıtlayıcı koşul eklenmesi talebi hariç, diğer talepleri kabul etmiştir⁴³⁸. Kurul ayrıca elden çıkarılacak varlıkların ayrı ayrı da satılabileceğine karar vermiştir. Her halükarda üretim tesisinin ve ekipmanların taahhüt kapsamında elden çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Üretim tesisi ve ekipmanlar elden çıkarılacak ürünlerden ayrı olarak tek başına devredilebilecektir. Kurul izin kararında elden çıkarılacak varlıkların bir bütün olarak satılmasının rekabet edebilir veya daha güçlü bir rakip yaratmadaki önemine vurgu yapmıştır, ancak yine de Mey İçki'nin değişiklik talebini kabul etmiştir.

Mey İçki ikinci değişiklik başvurusunda, elden çıkarma için belirlenen sürenin başlangıç tarihinin değiştirilmesini talep etmiştir. Kurul ilk izin kararında elden çıkarma süresinin başlangıç tarihini, Burgaz'ın TMSF tarafından Mey İçki'ye fiilen devredildiği tarih olarak belirlemiştir. Mey İçki değişiklik başvurusunda stokların ayrı bir işlemle devralınacak olması ve ihale dışında kalan markalara ilişkin tescil işlemlerinin henüz gerçekleştirilmediği gerekçesiyle, elden çıkarma süresinin tüm markaların ve stokların devralındığı tarihte başlamasını talep etmiştir. Kurul Mey İçki'nin talebini taahhüdü değiştirir nitelikte bulmuştur. Sürenin başlangıç tarihinin belirsiz bir şekilde ertelenmesinin, taahhüdün rekabet sorunlarını ortadan kaldırmadaki yeterliliğini olumsuz yönde etkileyeceği gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir⁴³⁹. Kurulun bu kararının izin kararı ile tutarlı olması ve elden çıkarılacak mal varlığının rekabet edebilirliğini korumayı amaçlaması nedeniyle yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Kurul bir başka kararında⁴⁴⁰, şartlı izin verdiği iki farklı kararındaki⁴⁴¹ davranışsal taahhütlerin uygulanma sürelerini yeniden gözden geçirmiştir. Kurul kararında değişen pazar yapısını ve işleminden etkilenen rakibin pazar gücünü artırmasını esas almıştır. Kurul kararında taahhütlere AEH'nin bira kategorisindeki

⁴³⁸ Kurulun 16.09.2010 tarihli, 10-59/1203-M sayılı kararı.

⁴³⁹ Kurulun 10.11.2010 tarihli, 10-71/1485-M sayılı kararı.

⁴⁴⁰ Kurulun 28.06.2018 tarihli, 18-21/360-177 sayılı kararı.

⁴⁴¹ Bahse konu kararlar Kurulun Anadolu Endüstri Holding A.Ş. ("AEH") tarafından Migros Ticaret A.Ş. ("Migros") üzerinde kontrol sağlanmasına yönelik 09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 sayılı kararı ile Migros'un Tesco Kipa Kitle Pazarlama Tic. Lojistik ve Gıda San. A.Ş.'nin ("Tesco Kipa") hisselerini devralmasına yönelik 09.02.2017 tarihli, 17-06/56-22 sayılı Kurul kararıdır.

Anadolu Efes markasının en büyük rakibi Tuborg'un görüşlerinin de alındığı anlaşılmaktadır. Piyasadaki diğer oyuncuların görüşleri Kurulun piyasa bilgisi eksikliğini tamamlaması açısından önemlidir. Tuborg taahhütlerin devam etmesi gerektiği; aksi takdirde AEH'nin bira pazarındaki hakim durumunu güçlendirerek piyasadaki rekabeti engelleyeceği yönünde görüş beyan etmiştir. Öte yandan Kurul, pazar verilerini, Tuborg'un pazar gücünü rakibine oranla artırdığı şeklinde yorumlamıştır.

Kurul değerlendirmesinde farklı bir konuyu da gündeme almıştır. Taahhüt verilmeyen bir pazarda rakibin yıllar içerisindeki durumunu incelemiştir. Kurul AEH'nin gazlı içecekler pazarındaki rakibi Pepsico markalı kolalı içeceğin yıllar içerisinde pazar gücünü ve satışlarını artırdığını tespit etmiştir. Kurul sonuç olarak Tuborg'un marka bilinirliğini artırdığını ve satış kanallarından dışlanma ihtimalinin düşük olduğunu, alkollü içki satan noktaların artma ihtimali olduğunu ve Pepsico örneği dikkate alınarak AEH ve Migros'un rakip markaları dışlama güdüsü olmadığını tespit etmiştir. Kurul bu kapsamda davranışsal taahhütlerin süresinin uzatılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

ICN Rehberi'nde, taahhüt metinlerinin değişiklik imkanı veren hükümler (*revision clause/review clause*) içerebileceği belirtilmektedir. Bu değişiklikler uygulama sürelerinin uzatılması, taahhütlerin ikame edilmesi veya taahhütlerden feragat edilmesi gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir⁴⁴². Elden çıkarmaya ilişkin taahhütlerde tarafların değişiklik taleplerine taahhütlere zarar verilmediğinin veya ilgili sürelerle kendi kontrolleri dışında kalan sebeplerden dolayı uyamadıklarının ortaya konması şartıyla izin verilebilir⁴⁴³. ICN Rehberi rekabet otoritelerinin taahhütlere ilişkin değişiklikleri hangi şart ve koşullarda yapacaklarını açıkça ortaya koyması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴⁴. Rekabet otoritesinin bu süreçte taahhütten etkilenen üçüncü kişilerin görüşünü alması da gerekmektedir⁴⁴⁵.

⁴⁴² ICN Rehberi s. 27.

⁴⁴³ A.g.k, s. 27.

⁴⁴⁴ A.g.k, s. 28.

⁴⁴⁵ A.g.k, s. 28.

Taahhütlerde değişiklik yapılmasına ilişkin hükümlerin davranışsal taahhütlerin uygulanmasına ve takibine ilişkin sorunlara çözüm olabileceği belirtilmektedir. Davranışsal bir taahhüdün verildiği pazar koşullarında değişiklik olması halinde, rekabet otoritesi birleşen tarafların talebi üzerine taahhütlerin uzatılmasına, değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına karar verebilir⁴⁴⁶. Değişiklik hükümleri özellikle hızlı değişen, teknolojinin yoğun olduğu pazarlarda verilen taahhütler açısından önem arz etmektedir. İşleme izin verilmesinden belli bir süre geçtikten sonra yeni pazar yapısı çerçevesinde taahhütler artık gerekli olmayabilir⁴⁴⁷.

3.4.7. Uyuşmazlıkların çözümü

Davranışsal taahhütlerin uygulanması geniş bir zamana yayılabileceği için, Kurul takip, gözetim ve uygulamada denetleyici uzman dışında bazı başka yardımcı mekanizmalara ihtiyaç duymaktadır. Kılavuz'da Kurulun elden çıkarma dışındaki taahhütlerde denetleyici uzmanın atanmasının yanı sıra, birleşen teşebbüs ile üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tahkim mekanizması ile çözülmesini talep edilebileceği belirtilmektedir⁴⁴⁸.

Taahhütlerde tahkim mekanizması diğer ticari sözleşmelerden farklıdır. Bu durumda, birleşen teşebbüs üçüncü kişiler ile yapacağı sözleşmelerde tahkime ilişkin hüküm bulundurmaya taahhüt etmektedir⁴⁴⁹. Kurulun üçüncü kişilerin yerine geçerek tahkim maddesini incelemesi ve taahhüdün etkinliğini sağlayıp sağlamayacağını tespit etmesi gerekecektir.

Duyuru'da özellikle erişim sağlama ve lisans verme taahhütleri bakımından taahhüdün uygulanma aşamasında tahkim mekanizmasının belirleyici olduğu belirtilmektedir. Üçüncü kişilerin taahhüdün ihlal edilmesi halinde başvurabilecekleri etkili bir tahkim mekanizmasının varlığı, Komisyonun takip yükünü azaltacaktır. Tahkim mekanizmasının, varsa düzenleyici otoritelerin

⁴⁴⁶ Papon (2009), s. 42.

⁴⁴⁷ A.g.e., s. 44.

⁴⁴⁸ Kılavuz para. 82.

⁴⁴⁹ Souza/Brockhoff (2012), s. 753.

bulunduğu pazarlarda bu düzenleyici otoriteleri de içerek şekilde tasarlanması öngörülmektedir. Komisyonun hem denetleyici uzman hem de tahkim mekanizmasını kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁴⁵⁰. Mesela *Telia/Sonera* kararında⁴⁵¹ telekomünikasyon pazarındaki iki teşebbüs alt yapılarını ayırıştırılmayı ve üç yıl süre ile üçüncü kişilere ayrımcı olmayan hizmet sunmayı taahhüt etmiştir. Taahhütler, üçüncü kişilerin taahhüdün ihlali halinde başvurabileceği tahkim mekanizmasını da içermektedir. Tahkim mekanizmasının ve pazarda şeffaflığın artmasının üçüncü kişilere ayrımcı davranışları kolayca tespit edip tahkime başvurma imkanı vereceği belirtilmektedir. Bu imkanın, taahhüdün etkili bir şekilde uygulanmasını sağlaması ve üst pazardaki pazar kapama riskini bertaraf etmesi beklenmektedir.

Uluç tahkim mekanizmasının Kurulun taahhütlerin uygulamasını takip etme ve sağlama yetki ve görevini bertaraf etmediğini düşünmektedir⁴⁵². Tahkim mekanizması birleşen teşebbüsler ve üçüncü kişiler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarını çözmek için kullanılacaktır. Üçüncü kişilerin taahhüt edilen davranışın uygulandığını takip etmesi ve gerekiyorsa kolay ve hızlı bir şekilde tahkime gitmesi taahhütlerin etkinliğini artıracaktır⁴⁵³.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SEÇİLMİŞ KURUL KARARLARI

Türk rekabet hukukunda ikincil kaynak sayılan Kurul kararları, özellikle Kılavuz öncesi dönem açısından, oldukça yol göstericidir. Kurul verdiği kararlar ile bağlı olmasa da tutarlı ve objektif olmak adına önceki kararlarındaki tespit ve yargılarını koşullar değişmediği sürece değerlendirmelerinde esas almaktadır⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Duyuru para. 130.

⁴⁵¹ Komisyonun 10.7.2002 tarihli, Comp/M. 2803 sayılı kararı.

⁴⁵² Didem Uluç, Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 132, Ankara 2012, s. 63.

⁴⁵³ A.g.e., s. 63.

⁴⁵⁴ Ateş (2013), s. 320.

Kurulun karar tarihçesine bakıldığında elden çıkarma taahhüdüne ilişkin herhangi bir detay verilmeyen kararlardan⁴⁵⁵, oldukça detaylı kararlara⁴⁵⁶ uzanan bir süreç gözlenmektedir. Bu bölümde Kurulun bugüne kadar birleşmelerde kabul ettiği ve koşullu izin verdiği kararları arasından seçtiklerimiz açıklanacaktır.

4.1. DIAGEO/MEY İÇKİ KARARI

Kurulun *Mey İçki/Diageo* koşullu izin kararı uygun alıcı, denetleyici uzman, ayrıştırma uzmanı ve bağımsız ekibe ilişkin detayları içeren bir ayrıştırma kararı örneğidir⁴⁵⁷. Kurula işlem bildirildiğinde Kılavuz henüz yayınlanmamış olup, Kılavuz raporörlerin incelemesi devam ederken yayınlanmıştır. Kararda taahhütlere ilişkin yer verilen detayların Kılavuz ile paralel olduğu görülmektedir. Kararda ayrıca Kılavuz'da düzenlenmeyen denetleyici uzmana da yer verilmiştir. Kararın içeriğinden birleşen taraflar ve Kurum raporörleri arasında taahhütlerin kapsamına ilişkin detaylı görüşmeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu karar, Kurulun ciddi yatay endişelerin bulunduğu bir işlemde davranışsal taahhütleri kabul etmeyip, tarafları yapısal taahhüde yönlendirmesi bakımından da önemlidir.

İşlem İngiliz alkollü içki üretim şirketi olan Diageo'nun Türkiye'de özellikle Yeni Rakı'nın üreticisi olan alkollü içki üretim ve dağıtım şirketi Mey İçki'nin tam kontrolünü satın almasına ilişkindir. Diageo, dünya çapında önemli viski, votka, rom ve likör markalarının sahibi olup, Türkiye'de de satışları vardır.

Kurul, işlem sonucunda birleşen teşebbüsün cin pazarında hakim durumunu güçlendireceği ve likör pazarında hakim duruma geleceğini tespit etmiştir. Kurul ayrıca Mey İçki'nin Yeni Rakı markası nedeniyle önemli portföy etkilerinin

⁴⁵⁵ Örneğin Kurulun 26.5.2004 tarihli, 04-38/433-109 sayılı *General Electric Company/InVision Technologies* kararı. Kurulun rekabet endişelerinin nasıl ortadan kaldırıldığına ilişkin açıklama yapmaması nedeniyle eleştirilen kararları için bkz. Erdem (2009), s. 193-195.

⁴⁵⁶ Kurulun 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki/Diageo* kararı.

⁴⁵⁷ Kurulun 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki/Diageo* kararı.

meydana geleceğine ve birleşen teşebbüsün tüm pazarlarda pazar gücünün artacağına karar vermiştir.

Karar açısından ilginç bir diğer konu, hedef şirketin önceki bir birleşmeden kaynaklanan şartları⁴⁵⁸ henüz yerine getirmemiş olmasıdır. Kurul, taahhütler yerine getirilmediği için önceki işlemde hedef şirket konumunda olan Burgaz'ın ve Burgaz'a ait alkollü içki markalarının Mey İçki'nin tasarrufuna geçmediğini belirtmiştir⁴⁵⁹. Bu kapsamda, Mey İçki, Diageo işlemine izin kararı verilmeden önce *Mey İçki/Burgaz* kararındaki taahhütleri yerine getirmiştir.

Diageo, Kurulun endişelerini gidermek için cin pazarında Mey İçki'nin "Saga" markasını elden çıkarmayı ve Diageo'ya ait bazı cin ve likör markalarının Türkiye'de dağıtımını bağımsız üçüncü kişiler aracılığı ile yapmayı taahhüt etmiştir. Kurum raportörleri dağıtım sözleşmesine ilişkin taahhütleri pazarda birleşen teşebbüs ile rekabet edecek unsur yaratılması bakımından belirsiz ve yetersiz bulmuştur. Ayrıca dağıtım sözleşmesinin ilgili pazarlarda Diageo ve rakibi olan dağıtıcılar arasında koordinasyon riski doğuracağı da belirtilmiştir. Her halükarda dağıtım sözleşmesi taahhütlerinin likör pazarındaki yoğunlaşmayı telafi etmediği belirtilmiştir. Kurul elden çıkarma taahhüdünü de elden çıkartılacak markanın rekabetçi olmayışı ve uygun alıcı bulmanın neredeyse imkansız olması nedeniyle cin pazarındaki yoğunlaşmayı telafi edecek seviyede bulmamıştır. Pazarda cin üretim kapasitesi olan iki teşebbüsten biri olan Mey İçki'nin kolayca yeni bir cin markası çıkartarak "Saga"nın yerini doldurabileceği belirtilmiştir.

Taraflar bunun üzerine Kurulun endişelerini gidermek için taahhütlerinde değişiklik yapmış ve cin pazarında "Maestro" markasını elden çıkarmayı taahhüt etmişlerdir. "Maestro" markasının bulunurluk ve pazar gücü sayesinde Kurul bu taahhüdü kabul edilir bulmuştur. Taraflar likör pazarında ise, "Hare" markasını elden çıkarmayı taahhüt etmiştir. "Hare" markasının yüksek pazar payları taahhüdün kabul edilmesini sağlamıştır.

⁴⁵⁸ Kurulun 08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı *Burgaz/Mey İçki* kararı.

⁴⁵⁹ Bu kararda, Kurul koşullu izin kararının bozucu değil, geciktirici şarta bağlı işlem olduğu görüşüne dayandığımızı anlıyoruz.

Taraflar ayrıca alıcının talep etmesi halinde, Mey İçki'nin votka, cin ve likör üretimi yapılan Bilecik üretim tesisinin de elden çıkarılmasını taahhüt etmiştir. Taraflar elden çıkartılacak üretim tesisinin uygun alıcının mülkiyetinde tam olarak işletilebilmesi için ek gereklilikleri yerine getirmeyi taahhüt etmiştir. Örneğin alıcının ihtiyacı olması halinde etil alkol üretim tesislerinden birinin de alıcıya satılması taahhüt edilmiştir. Taahhüt paketine ilişkin diğer önemli nokta tarafların cin ve likör markalarını farklı alıcılara satma hakkını saklı tutmalarıdır. Alıcıların ikisi de üretim tesisini talep ederse, makine ve ekipmanların her iki alıcı arasında bölüşürüleceği belirtilmiştir. Taahhüt paketine üretim tesisinin eklenmesi uygun alıcı bulma ihtimalini artırmakta ve etkili bir uygulama sağlamaktadır.

Kararda, Diageo'nun alıcının dağıtım ağına sahip olmaması halinde dağıtım desteği vermeyi taahhüt ettiği anlaşılmaktadır. Alıcının dağıtım ağına ihtiyacı olması halinde, taahhütlerin uygulanması ve elden çıkarılan markaların rekabet edebilirliği açısından önemli olabilecek bu konunun detayları karardan anlaşılacaktır. Karar metni Diageo'nun dağıtım teklifinin iyi niyetli bir öneri seviyesinde kaldığı hissi yaratmaktadır. Karardaki diğer eksiklik Diageo'nun bu önerisini yerine getirmemesi halinde uygulanacak yaptırımdır.

4.2. AFM/MARS KARARI

Kurul 2011 yılında rekabet dünyasında sıklıkla eleştirilen AFM ve Mars sinemaları birleşmesine taahhütler çerçevesinde koşullu olarak izin vermiştir⁴⁶⁰. Birleşen teşebbüsler sinema salonu işletmeciliği sektöründe faaliyet göstermektedirler. Sinema sektörü dikey entegrasyonun öne çıktığı ve çift yönlü tüketicisi olan bir pazardır. Çift yönlü ile kast edilen sinema salonlarının tüketicisinin hem sinema izleyicileri hem de reklam verenler olmasıdır. Dolayısıyla birleşme çok yönlü bir hukuki ve ekonomik analiz gerektirmiştir.

Karar, birleşmelerde rekabet analizinin ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımına bağlı olduğunu ortaya koymuştur. Tarafların birleşme sonrasında ilgili pazar olarak

⁴⁶⁰ Kurulun 17.11.2011 tarihli, 11-57/1473539 sayılı *AFM/Mars* kararı.

belirlenen dört ilde ve genel olarak Türkiye’de pazar payları ve pazara giriş engelleri incelenmiştir. Kurul bazı mikro coğrafi pazarlar haricinde, pazara giriş engeli olmadığı ve potansiyel rekabet olduğuna karar vermiştir. Diğer pazarlarda ise, işlemin fiyat artışına neden olacağı ve bu nedenle rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı tespit edilmiştir.

Kurul, işleme rekabet sorunu doğacağı öngörülen pazarlarda elden çıkarma taahhüdü kapsamında izin vermiştir. Kurul kararında ayrıca, tarafların beş yıl süreyle her sene bilet fiyatları ve ortalama bilet fiyatlarında meydana gelen değişiklikleri Kurula bildirmesine karar vermiştir.

Danıştay Kurulun kararına karşı açılan iptal davasında, Kurulun kararının yürütmesini taahhütlerin rekabet endişelerini ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle durdurmuştur⁴⁶¹. Danıştay potansiyel rekabetin, pazarın en büyük iki oyuncusu olan tarafların birleşen pazar gücü ve iş planları çerçevesinde meydana gelecek potansiyel gücünü dengelemeyeceğini belirtmiştir.

Danıştay’da iptal davası devam ederken davacı davadan feragat etmiştir. Ancak Danıştay davaya devam etmiş ve Kurul kararını esastan iptal etmiştir. Kurul, Danıştay’ın iptal kararı üzerine yeniden başlatılan nihai incelemesine devam ederken, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Danıştay’ın kararını bozmuş ve Kurulun kararı geçerli hale gelmiştir. Kurul bu karar üzerine nihai incelemeyi sonlandırmıştır⁴⁶².

Kurum 2016 yılı başında sinema sektörüne ilişkin bir sektör raporu yayınlamıştır. Rapor AFM/Mars birleşmesinde kabul edilen taahhütler bakımından *ex post* analizler içermektedir. Raporda taahhütler çerçevesinde elden çıkarma yapılan pazarların hepsinde birleşme sonrasında birleşen şirketin yeni bir sinema salonu açtığı veya sinema salonu satın aldığı görülmektedir⁴⁶³. Raporda sinema gösterimcileri ve film dağıtıcıları pazarda rekabetçi yapının korunamadığını belirtmektedir. Birleşme sonrasında pazara yeni girişler oldukça az olup, yeni açılan

⁴⁶¹ Danıştay 13. Dairesinin 09.10.2012 tarihli kararı (Esas No. 2012/2013).

⁴⁶² Kurul kararına karşı temyiz sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Rekabet Kurumu Sinema Hizmetleri Sektör Raporu, 16.02.2016, s. 58-60.

⁴⁶³ A.g.k, s. 69.

sinemaların çoğu birleşen teşebbüs tarafından açılmıştır⁴⁶⁴. Kurulun AFM/Mars kararında pazara ilişkin öngörülerinin gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

Sinema sektör raporunda özellikle AFM/Mars kararında kabul edilen taahhütlerin uygulanmasına ve etkilerine ilişkin notlar da dikkat çekmektedir. Rapora göre, taahhüt kapsamında elden çıkarılan sinemaları devralan alıcılardan biri olan Sinemay, devraldığı sinemaları kapatarak veya devrederek piyasadan çıkmıştır⁴⁶⁵. Rapora göre, Sinemay elden çıkarılan sinema salonlarının rekabet gücünün düşük olduğunu belirtmiştir⁴⁶⁶.

Raporda taahhütlerin gerçekleştiği bazı mikro pazarlarda AFM/Mars'ın pazar gücünü artırdığı; bazılarında ise, taahhütlerin etkili olmaması nedeniyle birleşme öncesi duruma dönüldüğü görülmektedir. Raporun geneline bakıldığında bazı coğrafi pazarlarda fiyat artışı olmamasına rağmen taahhütlerin etkili bir şekilde rekabet endişelerini giderdiğinin şüpheli olduğu ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁷. Bu durumda Mars'ın birleşme sonrasında perde reklamcılığı, yapım ve dağıtım pazarlarında faaliyete başlayarak dikey bütünleşik bir yapı haline gelmesinin de etkili olduğu anlaşılmaktadır⁴⁶⁸.

4.3. DOSU MAYA KARARI

Kurul 2014 yılında Dosu Maya'nın tam kontrolünün Lesaffre et Compaigne tarafından devralınması işlemine taahhütler çerçevesinde koşullu olarak izin vermiştir⁴⁶⁹. İşlemden etkilenen pazarlar satıcı ve hedef şirketin faaliyet gösterdiği yaş ve kuru maya pazarları olarak belirlenmiştir⁴⁷⁰. Kararda tarafların ekmek katkı

⁴⁶⁴ A.g.k, s. 73-74.

⁴⁶⁵ A.g.k., 75.

⁴⁶⁶ A.g.k., 75.

⁴⁶⁷ A.g.k., 83-87.

⁴⁶⁸ A.g.k., 90-95.

⁴⁶⁹ Kurulun 15.12.2014 tarihli, 14-52/903-411 sayılı kararı.

⁴⁷⁰ Lesaffre, Öz Maya dahil çeşitli markalar ile Türkiye'de kuru ekmek mayası, yaş maya ve ekmek katkı maddeleri üretimi ve satışı ile iştigal etmektedir. Devredilen şirket Dosu Maya ise, kuru ekmek mayası, yaş maya ve ekmek katkı maddeleri üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermektedir.

maddeleri pazarındaki satış hacminin düşük olması nedeniyle bu pazarın etkilenen pazar olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

Kurul, yaş maya pazarlarında rekabetçi endişe yaratacak seviyede yoğunlaşma meydana geleceğini tespit etmiştir. Birleşen teşebbüsün pazar paylarının hakim durum seviyesine gelmeyeceği, ancak pazarın az oyunculu oligopolistik yapısı nedeniyle işlemin birlikte hakim duruma sebep olabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, işlem teşebbüsler arasında koordinasyonu mümkün ve kârlı hale getirecektir.

İşlem neticesinde pazardaki en büyük ikinci ve üçüncü oyuncu birleşmektedir ve teşebbüs sayısı dörtten üçe düşmektedir. Yaş maya pazarında faaliyetlerin ikili dağıtım ilişkileri üzerinden yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Pazarda dengeleyici bir alıcı gücü bulunmamakta olup, pazardaki oyuncuların kullanılmayan kapasiteleri ve dağıtım ağının önemi giriş engeline sebep olmaktadır. Koordinasyon nedeniyle fiyatların artırılması ihtimalinde talebin fiyat esnekliğinin katı olduğu açıklanmıştır. Bir başka deyişle fiyatların artması halinde alıcıların ürünü almama veya ikame etme imkanı olmayacaktır.

Taraflar, Kurulun birlikte hakim durum endişesini gidermek amacıyla Öz Maya'nın dağıtım şirketini elden çıkarmayı taahhüt etmiştir. Öz Maya'nın ürünlerini en az beş yıl süre ile bu alıcı yapacaktır. Kurul, Öz Maya'nın dikey bütünleşik yapısını sona erdirmesinin koordinasyon riskini ortadan kaldıracağına karar vermiştir. Taraflar ayrıca bir dizi davranışsal taahhütler sunmuşlardır. Bunlardan birincisi, Dosu Maya ve Öz Maya'nın pazardaki dağıtım yapılarının ve sözleşmelerinin aynen korunması ve Dosu Maya'nın satışlarına ve fiyat aralığına dair her yıl Kuruma rapor sunulmasıdır. Taraflar ayrıca rakipleri olan Mauri Maya ile rekabeti güçlendirmek için Mauri Maya'nın aktif olduğu coğrafi pazarlarda Dosu Maya'nın da faaliyet göstermesi için azami gayreti göstermeyi taahhüt etmiştir.

Taraflar pazarda rekabeti tesis etmek amacıyla Öz Maya'nın bayilik sözleşmelerindeki münhasırlığın kaldırılmasını, teşebbüs çalışanlarına rekabet uyum programı uygulanmasını ve yaş maya markaları için beş yıl süre ile dört farklı fiyat tavanı belirlemeyi taahhüt etmiştir. Taraflar son olarak, Türkiye'ye yaş maya

ithalatı yapan tek firma olan Akmaya'yı beş yıl boyunca devralmayacaklarını taahhüt etmiştir.

Kurulun oy çokluğu ile yeterli bulduğu taahhütler karşı oy yazılarında sert eleştirilere maruz kalmıştır. Karşı oy kullanan Kurul üyeleri, pazarda daha önce tespit edilen rekabet karşıtı davranışları, potansiyel rekabet eksikliği, oyuncu sayısı ve dağıtım ve satış ağlarının önemini gerekçe göstererek taahhütleri yetersiz bulmuştur. Fikrimize göre yoğunlaşmanın yüksek olduğu yatay bir birleşmenin çoğunluğu davranışsal olan taahhütler ile çözülmesi yeterli değildir. Koordinasyon riski doğuran bir birleşmede fiyat tavanı belirlenmesi de rakiplerin eylemlerinin uyumlaştırılması riskini artırmaktadır⁴⁷¹. Kararda taahhütlerin ne şekilde ve bazıları hariç, hangi süreler ile uygulanacağı ve koordinasyon riskini nasıl bertaraf edeceği konusunda yeterli bilgi yer almamaktadır⁴⁷².

Kurulun izin kararı Ankara 8. İdare Mahkemesi tarafından taahhütlerin rekabetçi endişeleri ortadan kaldırma konusunda yeterli olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir⁴⁷³. İdare Mahkemesi, elden çıkarma taahhüdünün birleşme sonrası yeni bir dağıtım şirketi kurulmasının mümkün olması nedeniyle işlevsiz hale geldiğini belirtmiştir. İdare Mahkemesi ayrıca rekabet uyum programının şirketin iç işleyişine ilişkin olduğunu, beş yıl süre ile ithalat eden şirketi almama taahhüdünün Türkiye'ye ithalatı engellemediğini ve diğer davranışsal taahhütlerin aynı gruba dahil olan Dosu Maya ve Öz Maya'nın rekabetçi bir politika izlemelerini garanti etmediğini belirtmiştir. Kurul, izin kararının iptal edilmesi üzerine yeni bir nihai inceleme başlatmış ve işleme yeni taahhütler çerçevesinde 2018 yılında koşullu izin vermiştir⁴⁷⁴.

Kurul ikinci izin kararında yukarıda açıklanan tespitlerini büyük ölçüde korumuş ve 2014-2018 yılları arasında pazardaki değişiklikleri de göz önünde bulundurmuştur. 2014-2018 yılları arasında birleşen teşebbüsün fiyat tavanı

⁴⁷¹ Bilaçlı (2017), s. 49.

⁴⁷² Ag.e., s .49-50.

⁴⁷³ Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 19.01.2017 tarihli kararı (Esas No. 2015/2488, Karar No. 2017/172).

⁴⁷⁴ Kurulun 31.05.2018 tarihli, 18-17/316-156 sayılı kararı.

uyguladığı, diğer teşebbüslerin de bu fiyatlamayı takip ettiği ve sonuçta fiyat artışı yaşanmadığı tespitlerde yer almaktadır.

Birleşen teşebbüs yeni izin kararında daha önce verilen taahhütlerin süresini uzatmış ve taahhüt paketini genişletmiştir. İlk izin kararında kabul edilen taahhütlere ek olarak, Dosu Maya'nın bulunmadığı coğrafi pazarların %50'sinden fazlasını kapsayacak şekilde faaliyetini genişletmesini ve üç sene boyunca herhangi bir bölgesel münhasırlık veya rekabet etmeme hükmü içeren sözleşme imzalamamayı taahhüt etmiştir. Anılan taahhütlerin teşebbüsler arasındaki rekabeti artırmayı ve mevcut ve potansiyel rakiplerin pazarda kilit konumda olan distribütörlere ulaşmasını mümkün kılmayı amaçladığını anlıyoruz. Son olarak, Lesaffre İdare Mahkemesi'nin endişesini gidermek amacıyla Ak Maya şirketini devralmama taahhüdüne ek olarak üç yıl süre ile Türkiye'ye ithalat yapmamayı taahhüt etmiştir.

Yukarıda açıklanan taahhütlerin çeşitli yönlerden Kılavuz'a aykırı değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Yoğunlaşmanın fazla olduğu ve koordinasyon riski olan bir pazarda tavan fiyat uygulaması Kurulun uzun dönemde piyasa düzenleyicisi olmasına sebebiyet verecektir. Taahhüdün rekabet endişesini kesin ve anlaşılır bir şekilde ortadan kaldırdığı yönünde şüphe uyandırmaktadır. Bir diğer eksiklik, fiyat tavanı ve diğer davranışsal taahhütlerin takip edilip raporlanması için denetleyici uzman atanmamasıdır. Denetleyici uzmanın olmaması, Kurul üzerinde, özellikle fiyat tavanı takibi bakımından ek yükümlülük yaratmaktadır. İkinci olarak, Kılavuz uyarınca uzun süreli münhasır sözleşmelerin sona erdirilmesine ilişkin taahhütlerde fiili münhasırlığın da sona erdirildiğinin açıkça ortaya konması gerekmektedir. Kararda dağıtım sözleşmelerindeki münhasırlık ve rekabet etmeme hükümlerinin fiilen de ortadan kaldırılacağına ve kararda ikrar edilen yakın ilişkilerin fiili münhasırlık yaratacak şekilde devam ettirilmeyeceğinin nasıl sağlanacağına dair ikna edici bilgi yer almamaktadır. Buna ilaveten, rekabet uyum programının taahhüt olarak kabul edilmesinin Kılavuz'a aykırı olduğu kanaatindeyiz.

4.4. AEH/MİGROS KARARI

Kurul AEH'nin Migros'u devralması işleminde, AEH'nin faaliyet alanına giren birçok dikey pazarı incelemiştir. AEH'nin Anadolu Efes aracılığı ile bira pazarındaki hakim durumunun alt pazarda önemli bir organize perakende satış noktası olan Migros ile dikey birleşmesi neticesinde güçlenebileceği tespit edilmiştir. Ayrıca AEH ve Migros arasında bilgi değişimi olması halinde pazarın şeffaflaşacağı ve koordinasyon riskinin artacağı belirtilmiştir.

Taraflar endişeleri gidermek için devralma işlemi sonrasında üç yıl boyunca bira kategorisinde Migros'un ticari uygulamalarına objektif koşullarda devam etmesini, Migros'un bira pazarına yeni giriş yapacak teşebbüsler ile ticari ilişkilerini objektif koşullarda kurmasını ve Migros'un Anadolu Efes'in bira kategorisindeki rakiplerinin satışlarını engellememesini ve bira ürünlerine raflarda kararda belirtilen kriterlere uygun olarak yer vermesini taahhüt etmiştir. AEH ayrıca Migros'un bira pazarındaki teşebbüsler ile ticari ilişkilerine müdahale etmemeyi taahhüt etmiştir. Bu taahhütlerin yerine getirildiğini takip etmek için AEH denetçi uzman atamayı taahhüt etmiştir. Denetçi uzman üç yıl boyunca senede iki kez Kurula raporlama yapacaktır.

AEH ikinci grup taahhütler olarak Migros'un AEH grup şirketlerinden ayrı yapılanmasını devam ettirmeyi taahhüt etmiştir. Bu kapsamda, Migros bira kategorisindeki rakiplere ilişkin bilgileri Anadolu Efes ile paylaşmamayı ve AEH de rakip perakendecilere ilişkin bilgileri Migros ile paylaşmamayı taahhüt etmiştir. Bu taahhütlerin uygulanmasına ilişkin her yıl Kuruma rapor sunacaktır.

Birinci grup taahhütlerin aksine ikinci grup taahhütlerin denetçi uzman tarafından izlenip raporlanmaması önemli bir eksiklik⁴⁷⁵. Güvenlik duvarı taahhütlerinde, ilgili birimlerde çalışanların birbirleriyle görüşmesini engellemek ve bunu takip etmek zordur⁴⁷⁶. Güvenlik duvarı taahhüdünün takibinin de denetçi uzman tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Bilaçlı (2017), s. 52.

⁴⁷⁶ Papon (2009), s. 47.

⁴⁷⁷ Bilaçlı (2017), s. 52.

Kurul, rekabetçi endişelerin dikey birleşmeden kaynaklanması nedeniyle davranışsal taahhütleri yeterli bulmuştur. Birinci grup taahhütler şart; diğer taahhütler ve uygulamaya dair düzenlemeler yükümlülük olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda, taahhütlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar açısından belirlilik sağlanmıştır. Kurul üç yılın sonunda taahhütlerin süresinin gözden geçirilmesine karar vermiştir.

Kurul kararında, taahhütlerin kapsamına, uygulanmasına, denetimine ve izlenmesine ilişkin detaylı bilgiler yer almaktadır⁴⁷⁸. Kurul Kılavuz'da elden çıkarma uzmanı için öngörülen hükümleri denetleme uzmanı için kıyasen esas almıştır.

4.5. LUXOTTICA/ESSİLOR KARARI

Kurul *Luxottica/Essilor* kararında⁴⁷⁹, optik pazarında dünya lideri olan iki şirketin birleşmesini incelemiştir. Kurumun nihai incelemesi devam ederken, Komisyon söz konusu birleşme işlemine koşulsuz olarak izin vermiştir.

Birleşen tarafların faaliyetleri arasında markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı ve markalı reçeteli optik çerçevelerinin toptan satışı pazarlarında yatay örtüşme bulunmaktadır. Pazar payları bazında 2014-2017 yılları arasında Luxottica ve Essilor her iki pazarda da birinci ve ikinci lider firmadır. Birleşen teşebbüsün markalı güneş gözlükleri pazarında hakim durumda olduğu tespit edilmiştir. Kurul kararında, birleşen teşebbüsün yüksek pazar payı, diğer rakiplerin rekabetçi baskı oluşturamayacağı ve birleşen teşebbüsün marka portföyünün güçlü olacağı gerekçelerine dayanmıştır. Dengeleyici bir alıcı gücünün ve potansiyel rekabetin olmadığı kanaati oluşmuştur. Son yıllarda yatay etkilenen pazarlara kayda değer girişler olduğu, ancak bu girişlerin birleşen teşebbüs üzerinde ciddi bir rekabetçi baskı yaratacak düzeyde olmadığı belirtilmiştir.

⁴⁷⁸ A.g.e., s. 52.

⁴⁷⁹ Kurulun 1.10.2018 tarihli, 18-36/585-286 sayılı kararı.

Markalı reçeteli optik çerçeve pazarında ise, birleşen teşebbüslerin lider olmasına rağmen, pazar payları ve birleşen teşebbüsün portföyündeki markaların payları hakim durum tespiti için yeterli olmamıştır.

Kararda ayrıca Essilor'un portföyünde yer alan oftalmik lenslerin ve Luxottica'nın tamamlayıcı ürünlerinin rekabetçi etkileri incelenmiştir. Bu ürünler yatay olmayan pazarlarda yer almaktadır. Essilor oftalmik lenslerin toptan satışı pazarında lider konumundadır. Birleşen teşebbüsün özellikle güneş gözlüğü pazarındaki marka gücünü diğer pazarlarda kullanma riski olduğu belirtilmiştir. Kurul, sonuç olarak birleşen teşebbüslerin yatay ve dikey pazarlardaki lider konumlarının rekabet karşıtı etkilere sebep olabileceğine ve markalı güneş gözlükleri pazarındaki hakim durumun güçleneceğine karar vermiştir.

Taraflar rekabetçi endişeleri ortadan kaldırmak için birtakım yapısal ve davranışsal taahhütler sunmuştur. Taraflar gerekçeli kararın tebliğinden itibaren belli bir süre içinde Essilor'un Merve Optik'te⁴⁸⁰ tek kontrol hakkı veren paylarını elden çıkarmayı taahhüt etmiştir. Essilor'un markalı güneş gözlüğü toptan satışları Türkiye'de Merve Optik aracılığı ile yapılmaktadır. Kurul, söz konusu yapısal taahhüt aracılığı ile markalı güneş gözlüğü pazarındaki örtüşmenin ortadan kaldırılmış olacağını ve hakim durumun güçlenmeyeceğini belirtmiştir.

Taahhüt ayrıca, birleşen teşebbüsün Merve Optik'in Marcolin lisanslı güneş gözlüklerinin dağıtım hakkının devralınmamasını da içermektedir. Merve Optik'in yani Essilor'un pazar gücünün bir kısmını Marcolin lisanslı gözlükler oluşturduğu için bu taahhüdün önemli olduğu belirtilmiştir.

Taraflar ayrıca portföy gücünden kaynaklanan etkileri gidermek için birtakım davranışsal taahhütler önermişlerdir. Bunun sebebi, Luxottica'nın markalı güneş gözlüğü pazarındaki hakim durumunu diğer optik ürün pazarlarında kullanma riskidir. Taraflar işlemin kapanışından itibaren üç yıl süre ile oftalmik lens, optik çerçeve ve güneş gözlüğü ürünlerinin bağlı satışını gerçekleştirmemeyi ve rakip ürünlerin satın alınmasını yasaklayan herhangi bir sözleşmesel veya fiili münhasırlık uygulamamayı taahhüt etmiştir. Müşterilerin talep etmesi halinde

⁴⁸⁰ Merve Optik Türkiye'de güneş gözlüğü toptan satışı ve optik çerçeve satışı alanlarında faaliyet göstermektedir.

taraflar bağlı satış yapma veya münhasırlık belirleme konusunda serbest olacaktır. Kurul bağlamaya ilişkin bu serbestliğin taahhüt paketinden çıkartılmasını talep etmiştir.

Üç yıllık süre içinde sektörde önemli bir değişiklik olursa tarafların davranışsal taahhütlerin değiştirilmesi veya sonlandırılması için Kuruma başvurma imkanı da taahhütlere eklenmiştir. Kurul da üç yılın sonunda davranışsal taahhütleri yeniden değerlendireceğini belirtmiştir.

Yapısal taahhütler bakımından Kılavuz'daki kriterler çerçevesinde bir inceleme yapılmıştır. Kurul elden çıkartılacak iş biriminin kapsamını, elden çıkarma süresini, ara dönemde korunmasını ve uygun alıcı kriterlerini incelemiştir. Elden çıkartılacak iş biriminin pazarda hali hazırda faaliyet gösteren ve ayrı bir tüzel kişiliği olan bir şirket olması nedeniyle rekabet edebilir ve tek başına yaşayabilir bir iş birimi olduğu değerlendirilmiştir. Elden ıkarma sürecini takip etmesi için elden çıkarma uzmanı atanması da taahhüt edilmiştir. Tarafların elden çıkarma süresinin sonunda uygun bir alıcı bulunamaz ise, elden çıkarma uzmanı uygun bir alıcı bulacak ve bağlayıcı bir sözleşme imzalama hakkına sahip olacaktır. Elden ıkarma uzmanının iki rolü olacağını ve hem ara dönemde denetleyici uzman hem de elden çıkarma uzmanı olarak görev yapacağını anlıyoruz.

Tarafların elden çıkarmanın işlemin kapanışından itibaren gerçekleştirilmesini talep ettiğini anlıyoruz. Kurul ise, tarafların elden çıkarma süresinin Kurulun gerekçeli kararının tebliğinden itibaren başlamasına karar vermiştir. Bu kararın elden çıkarmanın en kısa sürede tamamlanması prensibi ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

Elden ıkarılacak Merve Optik, hali hazırda piyasada faaliyet gösteren bir şirkettir. Ayrıca elden çıkarma uzmanı ara dönemde bu iş birimini denetleyecektir. Öte yandan, kararda Essilor'un Merve Optik'teki pay sahipliği haklarını ara dönemde nasıl kullanacağına dair düzenleme yapılmamıştır. Bu eksikliğin ara dönemde Merve Optik'in rekabet gücü ve bağımsızlığına olumsuz etkisi olabileceği kanaatindeyiz. Essilor'un ara dönemde Merve Optik'in olağan işleri için gerekli kararlar dışında genelde kurulda ve yönetim kurulunda karar almayacağını taahhüt etmesi yerinde olurdu.

Kararda elden çıkarma şart olarak; davranışsal taahhütler ise, yükümlülük olarak belirlenmiştir. Davranışsal taahhütlerin de elden çıkarma gibi şart olarak belirlenmesi yerinde olurdu. Davranışsal taahhütlerin yükümlülük olarak belirlenmesinin taahhütlerin etkinliğini ve uygulamasını zedeleyebileceğini düşünüyoruz. Şartın ihlaline bağlanan iznin geçersizliği yaptırımının davranışsal taahhütlerin uygulanması için caydırıcılık etkisi olacağı kanaatindeyiz. Diğer yandan, elden çıkarma uzmanının atanmasının da yükümlülük olarak belirlenmesi yerinde olurdu.

4.6. TÜRKİYE DIŞINDA VERİLEN TAAHHÜTLER

Kurulun taahhüt uygulaması ile ilgili son olarak dile getirilmesi gereken konu, Kurulun diğer ülkelerde verilen taahhütlere bakış açısıdır. Kurul bazı kararlarında Komisyona verilen taahhütleri kabul ederek koşullu izin vermiş; diğer kararlarında ise, işleme koşulsuz izin vermiştir⁴⁸¹.

Aşağıda örnekler ile açıklandığı üzere, Kurulun bazı kararlarında diğer ülkelerde verilen taahhütlerin Türkiye'deki etkisini ve nasıl uygulanacağını yeterli düzeyde incelemediğini düşünüyoruz. Taahhütlerin her ülke tarafından kendi kurallarına göre incelenip izin kararında taahhütlere ilişkin detaylara yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim aynı birleşme işleminin bir ülkede izin alıp diğer ülkede yasaklandığı örnekler bulunmaktadır⁴⁸².

Kurul *Syngenta/Advanta* kararında⁴⁸³, tarafların Komisyon nezdinde verdiği Türkiye dahil Avrupa'daki ayçiçeği tohumu işlerini elden çıkarma taahhüdü çerçevesinde işleme koşullu olarak izin vermiştir. Kurul kararı tamamen Komisyona verilen taahhütlere dayanmaktadır. Kararda uygulamaya ilişkin

⁴⁸¹ Bkz. Kurulun 13.10.2005 tarihli, 05-67/950-257 sayılı *TUI/CP Ships* kararı; Kurulun 6.01.2005 tarihli, 05-01/3-3 sayılı *Surface/Cytec* kararı.

⁴⁸² Deutsche Börse/NYSE birleşmesine ABD'de izin verilirken, Komisyon işlemi yasaklamıştır. Detaylı analiz için bkz. Buket Arı "Deutsche Börse/NYSE Birleşmesi: Rekabet Endişesi Taşıyan Yoğunlaşmalarda Taahhütlerin Değerlendirilmesi" 2013, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(3pxoeyskqxm15qh5lj1c0xh\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9056e696-f8ca-4b89-81ac-fc2e26a48102](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(3pxoeyskqxm15qh5lj1c0xh))/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9056e696-f8ca-4b89-81ac-fc2e26a48102). Erişim Tarihi: 24.04.2019.

⁴⁸³ Kurulun 29.07.2004 tarihli, 04-49/673-171 sayılı kararı.

hükümler bakımından da eksiklikler bulunmaktadır⁴⁸⁴. Kurulun taahhütlerin Türkiye pazarındaki etkilerini değerlendirip değerlendirmedeği kararın içeriğinden anlaşılmamaktadır. Buna ilaveten, Kurulun hangi hususların şart; hangilerinin yükümlülük olduğunu belirlememesi taahhütlerin uygulanmasını ve ihlal halinde yaptırımın ne olacağı soru işaretlerine sebep olmaktadır.

FTE/Valeo kararında⁴⁸⁵, Komisyona sunulan taahhüt paketinin Türkiye'deki örtüşen pazarlarda rekabet endişelerini gidereceğine ve Türkiye'de ayrı bir taahhüt paketi sunulmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Kararda, taahhüdün Türkiye'de uygulanmasına veya Kuruma bilgi verilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Kurulun Komisyona verilen taahhütleri değerlendirdiği bir diğer karar Novartis'in tüketici sağlığı işinin GlaxoSmithKline tarafından devralınması işlemine ilişkindir⁴⁸⁶. Kurul topik antiviraller ve bağımlılık ilaçları olmak üzere iki pazarda hakim durum ortaya çıkacağını ve mevcut hakim durumun güçleneceğini tespit etmiştir. Taraflar Komisyona sunulan topikal reçetesiz uçuk yöntemi ve nikotin replasman tedavisi iş birimlerinin elden çıkartılmasına ilişkin taahhüt paketinin kapsamına Türkiye'yi ekleyerek Kurula sunmuşlardır. Bu taahhütlerin elden çıkarılacak iş birimine, uygun alıcıya, iş biriminin ara dönemde bağımsızlığının ve rekabet gücünün korunmasına, denetleyici ve elden çıkarma uzmanlarının atanmasına dair bilgiler içerdiği anlaşılmaktadır. Kurul bu kararında, taahhütlere ilişkin sürecin Komisyon tarafından yürütüleceğini ve kendi yetkisi dışında kalacağını kabul etmiştir.

Kurul, sonuç olarak, işlemin uluslararası niteliği ve usul ekonomisini gözeterek Komisyona sunulan taahhütleri kabul ederek işleme koşullu olarak izin vermiştir. Kurul kararında taraflara elden çıkarma süreci hakkında Kurulun bilgilendirilmesi koşulu getirmiştir, ancak bu hususun yükümlülük veya şart niteliği belirtilmemiştir. Kanaatimizce elden çıkarma işleminin şart, diğer hususların

⁴⁸⁴ Varol (2009), s. 80-81.

⁴⁸⁵ Kurulun 26.10.2017 tarihli, 17-35/560-244 sayılı kararı.

⁴⁸⁶ Kurulun 29.01.2015 tarihli, 15-05/59-26 sayılı kararı.

yükümlülük olduğu açıkça belirtilmeliydi. Aksi halde, bilgi vermenin ihlali halinde işlem geçersiz hale gelecektir ve orantısız bir yaptırım ortaya çıkacaktır.

Kurul **Bayer/Monsanto** kararında, Komisyona verilen taahhütlerin Türkiye'deki dikey ve yatay olarak örtüşen pazarlar bakımından etkisini incelemiştir. Uluslararası nitelikte olan bu devralmada, Türkiye'deki örtüşen pazarların dünya çapındaki örtüşmeye kıyasen daha sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Kurul işlem neticesinde Türkiye'de bazı pazarlarda toplam pazar payının rekabetçi endişe yaratacağına karar vermiştir. Kurul ayrıca Bayer'in Poncho ilacının mısır tohumlarında kullanılan insektisit pazarındaki pazar gücü nedeniyle alt pazar olan mısır tohumları pazarında rekabet endişesi yaratabileceğini değerlendirmiştir.

Kurul incelemesi devam ederken Taraflar'ın Bayer'in sebze tohumu ve pamuk tohumları pazarlarındaki tüm faaliyetlerini ve diğerlerinin yanı sıra Poncho ilacını elden çıkarma taahhüdü Komisyon tarafından kabul edilmiştir. Aynı taahhüt paketi Türkiye pazarını da etkilemesi itibariyle Kurula sunulmuştur.

Taahhütler gerçekleştiğinde sorunlu görülen pazarlarda Türkiye'de yatay ve dikey örtüşmeler ortadan kalkacağı için Kurul işleme koşullu olarak izin vermiştir. Ayrıca Kurum nezdinde nihai inceleme devam ederken söz konusu elden çıkarmalar için Kurum'a başvuruların yapılmış ve izin alınmış olması, iş birimlerinin devredileceği alıcıların kimliği açısından belirlilik sağlamıştır.

SONUÇ

Türk rekabet hukukunda birleşmelerin kontrolü ile birleşmelerin pazardaki olumsuz etkilerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Kurulun, hakim durum testinin sağlandığını ve rekabetin önemli ölçüde engelleneceğini tespit etmesi halinde, birleşmeyi yasaklaması gerekmektedir. Öte yandan, tarafların birleşmeden doğan rekabet endişesini ortadan kaldıran bir taahhüt veya taahhüt paketi sunması mümkündür. Kurul taahhütlerin rekabet endişesini ortadan kaldırdığına karar verirse işleme izin verecektir.

Tez çalışması kapsamında incelenen taahhüt mekanizması, taraflara işlemden değişiklikler yaparak ve birtakım taahhütler sunarak Kurulun rekabet endişelerini giderme imkanı vermektedir. Kurul sunulan taahhütlerin yeterli olduğuna karar verirse, işleme koşullu izin verebilir. Her ne kadar Kurulun yetkisinin yasal dayanağı açık olmasa da, Türk pozitif rekabet hukuku bir bütün olarak değerlendirildiğinde Kurulun bu konuda yetkili olduğu kanaatindeyiz. 2011 yılı öncesi Kurul kararları ile gelişen taahhüt mekanizması, Kılavuz'un çıkartılması ile hukuki belirlilik kazanmıştır.

Kurulun eski uygulamasında tek başına belirlediği taahhütler olmasına rağmen, son dönem uygulamalarında ve Kılavuz'dan sonraki dönemde "taahhütlerin taraflarca sunulması prensibi"ne uygun davranılmaktadır. Bu prensip, taahhüt mekanizmasının ve birleşmelerin ruhuna uygundur. Kurul taahhütleri kabul etmeyebileceği gibi, taahhütlerdeki eksiklikleri taraflar ile paylaşabilir. Kurul ayrıca kararında, taahhütlerin yerine getirilmesi için şart (örneğin elden çıkarma) ve yükümlülükleri (elden çıkarma uzmanının atanması) belirleyebilir. Şart ve yükümlülüklerin ihlali halinde yaptırımları farklı olduğu için bu iki husus arasındaki ayırımın yapılmasının, taraflar ve üçüncü kişiler açısından hukuki belirlilik sağlayacağını düşünüyoruz.

Taahhüt mekanizmasında önemli olan birleşmeye özgü rekabet sorunlarını tamamen ortadan kaldıracak ve uygulanabilir taahhüt veya taahhüt paketinin tespit

edilmesidir⁴⁸⁷. Taahhütlerin tasarlanmasına, uygulanmasına ve denetimine ilişkin tüm kurallar doğru ve uygun taahhüdün seçilmesi halinde anlamlı olacaktır. Aksi halde, rekabeti bozacak bir birleşmeye uygun olmayan taahhütler çerçevesinde izin verilmesinin piyasalardaki bedeli oldukça ağır olacaktır.

Mesela yatay birleşmelerde genellikle yapısal taahhüt tercih edilirken; dikey birleşmelerde davranışsal taahhütlerin daha sık uygulama alanı bulunduğu görülmektedir⁴⁸⁸. Rekabetçi sorunun sebebi birleşen teşebbüsün belli bir alt yapı veya fikri mülkiyet hakkını kontrol ederek giriş engeli yaratması ise, o takdirde erişim hakkı sağlanması uygun bir taahhüt olarak değerlendirilebilecektir.

AB müktesebatı ile benzer olarak, Kılavuz'da açıkça yapısal taahhütler tercih edilmiştir. Öte yandan, Kılavuz'da davranışsal taahhütler tamamen dışlanmamıştır. Bu taahhütler, işlem sonrasında Kurulun denetimini ve gözetimini gerektirmektedir ve rekabetin bozulduğu pazarda süre ile sınırlı bir çözüm getirmektedir. Ayrıca, birleşen teşebbüsün taahhüdün gereklerine, ruhuna uygun davranmama güdüsü de davranışsal taahhütlerin etkinliğine zarar verebilecektir⁴⁸⁹.

Kurulun son dönemde *AEH/Migros* gibi dikey birleşmelerde davranışsal taahhütleri benimsediğini görüyoruz. Bu kararlarda taahhütlerin takibi ve denetlenmesi hususları öne çıkmaktadır. Kurulun davranışsal taahhütleri kabul ettiği işlemlerde, işlem sonrasında taahhütlerin uygulanıp uygulanmadığı hususunun sıkı bir şekilde ve mutlaka denetleyici uzman aracılığı ile denetlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Yatay birleşmelerdeki (ve hatta çoğu yatay olmayan birleşmelerdeki), rekabet sorunlarının tamamen davranışsal olan bir taahhüt ile çözülebileceğini düşünmüyoruz. Nitekim tez çalışmasında incelediğimiz ICN Rehberi ve RGM Çalışması da davranışsal taahhütlerin etkili olmadığını ve bu taahhütleri tercih ederken temkinli olunması gerektiğini belirtmektedir. Öte yandan, *AFM/Mars* birleşmesinden sonra getirilen eleştiriler ve Kurum'un sinema sektör raporu, elden çıkarma taahhüdünün her zaman başarılı olmadığını ortaya koymaktadır.

⁴⁸⁷ Papon (2009), s. 43.

⁴⁸⁸ A.g.e., s. 43.

⁴⁸⁹ Bilaçlı (2017), s. 9.

Yapısal ve yapısal olmayan taahhütlerin tasarlanmasında, takip edilmesinde ve uygulanmasında bazı sorunlar ile karşılaşabilmektedir. Bu sorunların aşılması için Kılavuz'da öngörülen elden çıkarma uzmanı, bağımsız yönetici ve tahkim mekanizması gibi araçların kullanılması rekabetin korunması bakımından önem arz etmektedir. Öte yandan, Duyuru'da yer alan denetleyici uzman, inceleme hükümleri gibi taahhütlere ilişkin bazı hususlara Kılavuz'da yer verilmemiştir. Kurul bu eksiklikleri kararlarında gidermektedir.

Hangi taahhüt türünün piyasalardaki rekabeti korumak için daha etkin olduğu zaman içinde daha da çok ortaya çıkacaktır. Özellikle davranışsal nitelikte olan taahhütlerin takibinin ne şekilde yapılacağı ve etkinliğinin sağlanması ile ilgili hususlara cevap aranmalıdır. Pazardaki yapısal değişikliğe yol açan taahhütler bakımından ise, elden çıkartılacak mal varlığının ara dönemde bağımsızlığının ve rekabet edebilirliğinin korunmasının gerçek hayatta nasıl sağlanacağı şüphelidir.

Taahhütlerin etkinliği ve pazardaki etkisi her zaman hemen ortaya çıkmayabilir. Bu nedenle, Kurulun taahhütlere dayanarak verdiği koşullu izin kararlarının incelendiği *ex post* analiz yapılması, Türkiye'deki pazarlara ve taahhütlere özgü sorunları ve etkili taahhütleri tespit etmek açısından faydalı olacaktır. RGM Çalışması'nda izlenen metodolojinin yardımcı olacağını düşünüyoruz. Kurulun taahhütlerin verildiği pazarlarda birleşme sonrası yapıyı incelemesi ve birleşmeden etkilenen pazar oyuncular ve denetleyici uzmanlar gibi taahhütlerde yer alan aktörler ile görüşmesi taahhütlerin beklenen etkileri yaratıp yaratmadığını ortaya koyacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı (2000)* : Ateş Akıncı, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, S. 7, Ankara, Nisan 2000, 101-124
- Akıntürk (1970)* : Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1970, C: 27, S. 3-4, 219-247
- Aksoy v. dğr. (2006)* : Nazlı Aksoy/Hilmi Bolatoğlu/Şahin Yavuz, “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, Rekabet Kurumu Dergisi, Sayı: 25, 2006, 1-26
- Alpay (2004)* : Mustafa Okan Alpay, Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No: 0154, Ankara 2004
- Arı v.dğr. (2009)* : Haluk Arı/Esin Aygün/Gökşin Kekevi, “Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII 17-18 Nisan 2009 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 237, Ankara, 2009, 229-294
- Arıtürk (2009)* : Remzi Özge Arıtürk, Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 91, Mayıs 2009, Yayın No: 0225

- Aslan (2007)* : Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama ve Mevzuat Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, 2007
- Ateş (2008)* : Mustafa Ateş, “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 7, No: 2, 2008 Bahar, 47-76
- Ateş (2013)* : Mustafa Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- Aydemir (2005)* : Salim Aydemir, Konglomera Birleşmeler, Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, 2005
- Badur/Ertem (2008)* : Emel Badur/Burcu Ertem, “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, Rekabet Dergisi, 2008, Sayı: 33, 3-61
- Bılaçlı (2017)* : Cihan Bılaçlı, Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 147, Ankara Nisan 2017
- Blanco (2012)* : Luis Ortiz Blanco (Çevirmen: Andrew Read), Market Power in EU Antitrust Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012
- Bolatoğlu (2004)* : Hilmi Bolatoğlu, Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No: 0163, Ankara 2004

- Brueckner/Hoehn (2010)* : Jonas S. Brueckner/Thomas Hoehn, “Monitoring Compliance with Merger Remedies – The Role of the Monitoring Trustee”, *Competition Law International* September 2010, 73-80
- Çamlıca (2000)* : Bülent Çamlıca, “Rekabet Kurulu’nun Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tutumu”, *ESC Consulting Rekabet Bülteni*, Sayı: 2, 2000
- Çelik (1999)* : Orhan Çelik, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Turhan Kitabevi Yayınları, Birinci Bası, Şubat 1999
- Çelik (2012)* : Aytekin Çelik, “Türk Hukukunda Birleşmelerin Denetlenmesine İlişkin Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ve İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X*, 22 Mayıs 2012 Konya, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 0275, 139-152
- Colino (2011)* : Sandra Marco Colino, *Competition Law of the EU and UK*, Oxford University Press, 2011, Seventh Edition
- Davies/Lyons (2007)* : Stephen Davies/Bruce Lyons, *Mergers and Merger Remedies in the EU Assessing the Consequences for Competition*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007
- Dere (2012)* : Gülçin Dere, *Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 127, Ankara 2012

- Einer/Geradin (2007)* : Einer Elhauge/Damien Geradin, Global Competition Law and Economics, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007
- Erdem (2003)* : H. Ercüment Erdem, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Rekabet Kurulu Tebliğleri AT Konsey Tüzüğü (4064/89), Beta Basım Yayım, 1. Baskı, Şubat 2003, İstanbul
- Erdem (2009)* : H. Ercüment Erdem, “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S. 4, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Aralık 2009
- Eren (2012)* : Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012
- Ezrachi (2006)* : Ariel Ezrachi, “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, World Competition, 2006, No: 29(3), 459-479**Error! Bookmark not defined.**
- Ezrachi (2014)* : Ariel Ezrachi, EU Competition Law An Analytical Guide to the Leading Cases, Hart Publishing, Fourth Edition, 2014
- Ezrachi* : Ariel Ezrachi, “Under (and) Over Subscribing of Behavioural Remedies”, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, Working Paper (L) 13/05

- Faull/Nikpay (2014)* : Jonathan Faull/Ali Nikpay, The EU Law of Competition, Oxford University Press, Third Edition, 2014
- Gonzalez (2007)* : Aldo Gonzalez, “Divestitures and the Screening of Efficiency Gains in Merger Control”, Serie Documentos de Trabajo N 271, Aralık 2007
- Gürkaynak v.dğr (2009)* : Gönenç Gürkaynak/Bora İkiler/Arın Gül Yeniaras, “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 17-18 Nisan 2009, 171-227
- Gürkaynak (2004)* : Gönenç Gürkaynak, “AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh”, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Sayı: 17, Ocak-Şubat-Mart 2004, 31-72
- Gürkaynak/Durlu (2011)* : Gönenç Gürkaynak/Derya Durlu, “From Mergers to Cartels: An Overview of the Rapidly Evolving Turkish Competition Law in Light of the European Model”, Journal of European Competition Law&Practice, 2011
- Gürkaynak v.dğr. (2012)* : Gönenç Gürkaynak/Öznur İnandır/Ceren Yıldız/Melikşah Duman, “2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi 2012, 13(4): 97-155

- Güven (2003)* : Pelin Güven, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetken Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003
- Güven (2009)* : Pelin Güven, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009
- Hovenkamp (2008)* : Herbert Hovenkamp, The Antitrust Enterprise Principle and Execution, Harvard University Press, Massachusetts, Amerika Birleşik Devletleri (2008)
- Hovenkamp (2017)* : Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, West Academic Publishing 2017
- İnan (2000)* : Nurkut İnan “Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları”, Rekabet Bülteni, İstanbul 2000, S. 2, s. 22
- İnce/Ünüböl (2015)* : Ebru İnce/Neyzar Ünüböl, “Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk”, Rekabet Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 4, Ekim 2015, 27-73
- Kaya v.dğr (2009)* : Şerife DemetKaya/Zeynep Madan/Evren Sesli, “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Cilt: 10, Sayı: 2, Nisan 2009, 29-71
- Moss (2018)* : Diana L. Moss, “Realigning Merger Remedies With The Goals of Antitrust”, American Antitrust Institute, 9 Nisan 2018
- Motta v.dğr. (2007)* : Massimo Motta/Michele Polo/Helder Vasconcelos, “Merger remedies in the European Union: An Overview”, The

- Antitrust Bulletin, Vol: 52, No: 3-4, Fall-Winter 2007, 603-631
- Niels v.dęgr* (2011) : Gunnar Niels/Helen Jenkins/James Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 2011
- Odabaş Buba* (2017) : Hatice Odabaş Buba, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Taahhüt Yöntem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 156, Yayın No. 334, Ankara, Nisan 2017
- Oğuzman/Öz* (2012) : M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Papandropoulos/Tajana* (2006) : Penolope Papandropoulos/Alessandro Tajana, “The Merger Remedies Study – In Divestiture We Trust”, E.C.L.R., 2006, 443-454
- Papon* (2009) : Sophie Papon, “Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A Case-by-Case Analysis”, 2009 E.C.L.R., 36-48
- Pektaş* (2008) : Metin Pektaş, Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 94, Yayın No: 0228, Ankara 2008
- Poroy/Yasaman* (2012) : Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012
- Pulaşlı* (1989) : Hasan Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınarlı Yayınları, Ankara, 1989

- Pulaşlı (2013)* : Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara Şubat 2013, Güncellenmiş 2. Baskı
- Rakovsky (2000)* : Claude Rakovsky, “Remedies: A Few Lessons From The Recent Experience”, EC Merger Control: Ten Year On, International Bar Association, 2000
- Rosenthal/Thomas (2010)* : Michael Rosenthal/Stefan Thomas, European Merger Control, Verlag C.H. Beck München, 2010
- Sabuncu (2003)* : Hakan Sabuncu, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Yayın No:0126, Ankara, 2003
- Sanlı (2000)* : Kerem Cem Sanlı, 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, Yayın No: 0049, Ankara, 2000
- Sanlı (2011)* : Kerem Cem Sanlı, “Havayolu Taşımacılığı Piyasasında Dikey Entegrasyon: Rekabet Kurulu’nun THY Hakkında Verdiği Üç Kararın Analizi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 108, 2011, 4661- 4733
- Şenyücel (2009)* : Orçun Şenyücel, “AT Komisyonu’nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından

- Çıkarımlar”, Rekabet Dergisi, 2009, 10(2), 73-114
- Seyrantepe (2012)* : İmren Seyrantepe, Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Savunmasının Rolü: Yatay Birleşmeler Temelinde Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 116, Yayın No: 281, Ankara 2012
- Sirmen (1992)* : A. Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 254, Ankara 1992
- Snelders/Genevaz (2006)* : Robbert Snelders/Simon Genevaz, “Merger Efficiencies and Remedies”, ICLG To: Merger Control 2006, Chapter 2, 9-14
- Souza/Brockhoff (2012)* : Nadia de Souza/Julia Brockhoff, “Part 7- Remedies”, EU Competition Law Volume II Mergers and Acquisitions, Second Edition, Book One, Claeys & Casteels, 2012
- Sullivan/Harrison (2008)* : E. Thomas Sullivan/Jeffrey L. Harrison, Antitrust and Its Economic Implications, LexisNexis, 5th Edition, Kasım 2008
- Tekinalp (1999)* : Ünal Tekinalp, “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, 779-787
- Temel (2012)* : Esmâ Temel, Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 135, Ankara, 2012

- Topçuoğlu/Dolmacı (2011)* : Metin Topçuoğlu/Nilgün Dolmacı, "Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin ve 2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2011, 91-124
- Ulu (2004)* : Harun Ulu, Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Tez No: 54, Yayın No: 0146, Ankara 2004
- Uluç (2012)* : Didem Uluç, Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 132, Ankara 2012
- Uygun (2018)* : Ecem Süsoy Uygun, "Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü'nde Düzenlenen Ciro Eşiği Sistemi Yoğunlaşmaların Kontrolünde Ne Kadar Etkili?", Rekabet Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Aralık 2018, Ankara, 136-161
- Uygur (2017)* : Muhammed Safa Uygur, Rekabet Hukukunda İzinsiz Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmalara Uygulanan Yaptırım Rejimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 155, Ankara 2017
- Ünal (2008)* : M. Selim Ünal, Sanayi İktisadı ve Rekabet Hukuku Açısından Rakipler Arası Azınlık Hisse Devirleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 93, Ankara 2008
- Varol (2009)* : Nazlı Varol, Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler,

- Varona v. dğr. (2005)* : Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Tez No: 101, Yayın No: 0252, Ankara 2009
- Wang (2016)* : Edurne Navarro Varona/ Andrés Font Galarza/Jaime Folguera Crespo/Juan Briones Alonso, Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice, Oxford University Press, Second Edition, 2005
- Whish/Bailey (2011)* : Wei Wang, Merger Remedies in EU: Design under the Entire Competition Law Structure, Aalto University Publication Series, School of Business, Department of Accounting, Doctoral Dissertations 19/2016, Helsinki 2016
- Whish/Bailey (2011)* : Richard Whish/David Bailey, Competition Law, Seventh Edition, Oxford University Press, 2011
- Wu (2008)* : Tim Wu, The Curse of Bigness Antitrust In The New Gilded Age, Columbia Global Reports, New York, Amerika Birleşik Devletleri, 2008

Kurul Kararları

- 19.03.1998 tarihli, 57/424-52 sayılı karar
- 20.08.1998 tarihli, 80/617-119 sayılı karar
- 28.05.1998 tarihli, 67/517-84 sayılı karar
- 03.08.2000 tarihli, 00-29/307-174 sayılı karar
- 03.11.2000 tarihli, 00-43/464-254 sayılı karar
- 03.08.2000 tarihli, 00-29/308-175 sayılı karar
- 20.07.2000 tarihli, 00-27/294-164 sayılı karar

04.07.2001 tarihli, 01-30/299-89 sayılı karar
05.09.2002 tarihli, 02-52/662-269 sayılı karar
15.01.2002 tarihli, 02-02/19-4 sayılı karar
2.9.2004 tarihli, 04-57/797 sayılı karar
26.5.2004 tarihli, 04-38/433-109 sayılı karar
8.1.2004 tarihli, 04-01/27-9 sayılı karar
29.07.2004 tarihli, 04-49/673-171 sayılı karar
20.12.2005 tarihli, 05-86/1192-344 sayılı karar
21.10.2005 tarihli, 05-71/981-270 sayılı karar
20.12.2005 tarihli, 05-86/1190-342 sayılı karar
20.12.2005 tarihli, 05-86/1188-340 sayılı karar
08.09.2005 tarihli, 05-55/836-228 sayılı karar
21.7.2005 tarihli, 05-48/681-175 sayılı karar
13.10.2005 tarihli, 05-67/950-257 sayılı karar
6.01.2005 tarihli, 05-01/3-3 sayılı karar
20.12.2006 tarihli, 06-92/1186-355 sayılı karar
24.08.2006 tarihli, 06-59/774-227 sayılı karar
6.12.2006 tarih, 06-87/1120-325 sayılı karar
14.04.2006 tarihli, 06-27/319-74 sayılı karar
29.12.2006 tarihli, 06-96/1224-369 sayılı karar
29.12.2006 tarihli, 06-96/1225-370 sayılı karar
5.1.2006 tarihli, 06-02/47-8 sayılı karar
15.06.2006 tarihli, 06-44/551-149 sayılı karar
11.05.2006 tarihli, 06-33/410-107 sayılı karar
02.03.2006 tarihli, 06-16/188-48 sayılı karar
28.04.2006 tarihli, 06-31/373-95 sayılı karar
9.10.2007 tarih, 07-78/960-363 sayılı karar
23.8.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı karar
21.08.2007 tarihli, 07-65/804-299 sayılı karar
20.06.2007 tarihli, 07-53/615-204 sayılı karar
11.07.2007 tarihli, 07-59/686-241 sayılı karar

16.05.2007 tarihli, 07-41/452-174 sayılı karar
21.02.2008 tarihli, 08-16/189-62 sayılı karar
19.11.2008 tarihli, 08-65/1055-411 sayılı karar
03.01.2008 tarihli, 08-01/12-9 sayılı karar
7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı karar
10.03.2008 tarihli, 08-23/237-75 sayılı karar
21.10.2009 tarihli, 09-48/1206-306 sayılı karar
18.11.2009 tarihli, 09-56/1325-331 sayılı karar
12.1.2010 tarihli, 10-04/36-16 sayılı karar
16.09.2010 tarihli, 10-59/1195-451 sayılı karar
21.10.2010 tarihli, 10-66/1402-523 sayılı karar
08.07.2010 tarihli, 10-49/929-327 sayılı karar
08.07.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı karar
16.09.2010 tarihli, 10-59/1203-M sayılı karar
10.11.2010 tarihli, 10-71/1485-M sayılı karar
17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı karar
17.08.2011 tarih ve 11-45/1044-357 sayılı karar
17.11.2011 tarihli, 11-57/1473539 sayılı karar
26.06.2013 tarihli, 13-40/513-223 sayılı karar
16.07.2014 tarihli, 14-24/482-213 sayılı karar
15.12.2014 tarihli, 14-52/903-411 sayılı karar
09.07.2015 tarihli, 15-29/421-118 sayılı karar
29.01.2015 tarihli, 15-05/59-26 sayılı karar
09.07.2015 tarihli, 15-29/420-117 karar
22.01.2015 tarihli, 15-04/52-25 sayılı karar
26.10.2017 tarihli, 17-35/560-244 sayılı karar
09.11.2017 tarihli, 17-36/595-259 sayılı karar
09.02.2017 tarihli, 17-06/56-22 sayılı karar
03.05.2018 tarihli, 18-13/248-113 sayılı karar
08.05.2018 tarihli, 18-14/267-129 sayılı karar
1.10.2018 tarihli, 18-36/585-286 sayılı karar

28.06.2018 tarihli, 18-21/360-177 sayılı karar

31.05.2018 tarihli, 18-17/316-156 sayılı karar

Komisyon Kararları

Case COMP/M.7217 - *Facebook/ Whatsapp* [2014]

Case COMP/M.2803 – *Telia/Sonera* [2002]

İdari Yargı Kararları

Danıştay 13. Dairesi'nin 01.03.2006 tarihli, Esas No:2005/10038 sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesi'nin 09.07.2007 tarihli kararı

Danıştay 13. Dairesi 15.03.2010 tarihli kararı (Esas No. 2008/13171, Karar No. 2010/2225)

Danıştay 13. Dairesinin 09.10.2012 tarihli kararı (Esas No. 2012/2013)

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.01.2014 tarihli kararı (Esas No. 2010/2445, Karar No. 2014/56)

Danıştay 13. Dairesi 17.06.2015 tarihli kararı ile (Esas No. 2012/2013, Karar No. 2014/2507)

Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 19.01.2017 tarihli kararı (Esas No. 2015/2488, Karar No. 2017/172)

Diğer Kaynaklar

ICN Merger Guidelines Workbook 2006

Uluslararası Rekabet Ağı Birleşme Taahhütleri Rehberi 2016 (*International Competition Network Merger Working Group Merger Remedies Guide 2016*)

Avrupa Komisyonu Birleşme Taahhütleri Çalışması 2005 (*European Commission Directorate-General for Competition Merger Remedies Study 2005*)

European Parliament, Annual report on EU Competition Policy (2015/2140(INI))
http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0368_EN.pdf. Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (2017)
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf. Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

OECD Annual Report on Competition Policy Developments in Germany, 2016,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2017\)30/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2017)30/en/pdf). Erişim tarihi: 24 Mart 2019.

Competition policy for the digital era, 2019, Jacques Crémer / Yves-Alexandre de Montjoye / Heike Schweitzer,
<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Erişim tarihi: 11 Nisan 2019

TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu Görüşü, 11.01.2013, İstanbul

http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/YatayveYatayOlmayanBirlesmelerinDeğerlendirilmesineiliskinTUSIADGORUSU.pdf Erişim Tarihi: 13.09.2014

Gamze Öz, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, (başlıksız konuşma), 5 Kasım 1999, 46-56, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/5-pdf>. Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2019

Kurum'un 21 Ekim 1998 tarihli basın açıklaması.
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBasin+Duyurusu%2F21ekim1998.pdf> (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2016)

Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, United States of America Department of Justice Antitrust Division, June 2011,
<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>.

Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019

Danyll W. Foix, "The Trump DOJ's View on Merger Enforcement and Remedies Explained" Merger Review, 20 November 2017,

<https://www.antitrustadvocate.com/2017/11/20/the-trump-doj-view-on-merger-enforcement-and-remedies-explained/>. Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019

Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Keynote Address at American Bar Association's Antitrust Fall Forum, Washington, DC, November 16, 2017. <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-keynote-address-american-bar>. Erişim Tarihi: 11 Nisan 2019

Rekabet Kurumu Sinema Hizmetleri Sektör Raporu, 16.02.2016

Buket Arı “Deutsche Börse/NYSE Birleşmesi: Rekabet Endişesi Taşıyan Yoğunlaşmalarda Taahhütlerin Değerlendirilmesi” 2013, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(3pxoeyskqyam15qh5lj1c0xh\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9056e696-f8ca-4b89-81ac-fc2e26a48102](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(3pxoeyskqyam15qh5lj1c0xh))/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=9056e696-f8ca-4b89-81ac-fc2e26a48102). Erişim Tarihi: 24.04.2019.