

**BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNDE  
REKABET KURULUNUN DENETİM YETKİSİNİN  
HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLARI**

*THE LEGAL NATURE AND THE LIMITS OF THE POWER OF  
TURKISH COMPETITION BOARD IN MERGERS AND ACQUISITIONS*

**Nazlı AKSOY\***  
**Şahin YAVUZ\***

**Öz**

4054 sayılı Kanun, birleşme ve devralmaların rekabet açısından kontrol edilmesini öngörmüş ve bu anlayışa paralel olarak bu işlemlerin gerçekleştirilmeden önce Rekabet Kuruluna bildirilerek izin alınması gerektiğini düzenlemiştir. Zorunlu bildirim geçerli olduğu sistemde Rekabet Kurulunun sahip olduğu kontrol yetkisinin, yasadaki açıkça yer bulmamasına karşılık, yoğunlaşma işlemlerine yönelik belirli koşul ve/veya yükümlülükler getirebilme yetkisini içerip içermediği ve içerse bile bunun nasıl uygulanacağı ve sınırlarının ne olması gerektiği tartışmaya açıktır. Çalışmada bu tartışmalara bir ölçüde katkıda bulunmak üzere Rekabet Kurulunun kontrol yetkisinin niteliği güncel Vatan Gazetesi kararı da ele alınarak incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Yoğunlaşma, izin, şart, taahhüt, Vatan gazetesi

**Abstract**

The Turkish Competition Act (No. 4054) envisages to control of mergers and acquisitions from competition perspective and parallel to that compels the parties to notify prior to closing date of those transactions and to receive authorization decision from the competition board. Under this compulsory notification regime, it is unsettled that whether the power of control that the competition board possesses includes the power to attaché conditions and obligations to the authorization decision although the act does not have explicit wording and if so how to implement it and what the limits are. In this study, the legal nature of the controlling power is assessed to contribute to that debate with regard to the recent case Vatan newspaper.

---

\* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu makalede yer verilen görüşler yazarlara ait olup Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmamaktadır.

**Keywords:** Concentration, authorization, condition, commitment, Vatan newspaper.

## 1. GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun<sup>1</sup> (Kanun) uyarınca Rekabet Kurulunun temel görev alanlarından birini birleşme ve devralmaların (topluca yoğunlaşmalar) “kontrol edilmesi” oluşturmaktadır. Yoğunlaşmalar, nitelikleri gereği taraflar üzerinde ve pazarda yapısal değişikliğe neden olduklarından değerlendirme ve denetimlerinin, gerçekleştirilmeden önce (*ex ante*) yapılması, gerçekleşmiş (rekabete aykırı) bir işlemin geriye dönüşünde katlanılacak toplumsal maliyet ve muhtemel hukuki ya da fiili imkansızlık halleri dikkate alındığında bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, belirli ölçeğin üzerindeki yoğunlaşmalar için gerçekleştirilmeden önce bildirimının yapılması ve izin alınması gerekliliğini doğurmaktadır.<sup>2</sup> Kanunkoyucu da bu anlayışa uygun olarak birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmeden önce Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kanun’un 7. maddesinde düzenlemiştir.

Rekabet Kurulu ilgili yasa hükmünün verdiği yetki çerçevesinde yoğunlaşma niteliğindeki işlemleri “kontrol” etmektedir. Buradaki “kontrol” ifadesi tanıma uygun yoğunlaşma işlemleri bakımından bildirim ve izin prosedürünün varlığını çağrıştırmak için kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle *ex ante* denetim ve değerlendirme uygulamasının bir karşılığıdır. Literatürde<sup>3</sup> sıkça

<sup>1</sup> 13.12.1994 tarihli, 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> Bununla birlikte Avrupa Topluluğu’nda 4064/89 sayılı Tüzüğün (COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (4064/89 sayılı Tüzük), OJEU 30.12.1989, L 395.) yürürlüğe girdiği 1990 yılına kadar devralmalar önce Kurucu Antlaşma m. 82 sonra m.81 maddeler kapsamında *ex post* denetlenmiştir. JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, New York. Örnek karar için bkz. Case 6/72, Europemballage Corp & Continental Can Co Inc v. Commission [1973] ECR 215.

<sup>3</sup> Sezen’e göre “...Bu tip birliktelikler, yukarıda sayılan yararlarının bir sonucu olarak, “per se” yasaklanmamakta, ancak belirli şartlar altında rekabet açısından zararlı etkileri bulunduğu kabul edilerek, esnek düzenlemeler vasıtasıyla kontrol edilmektedir” SEZEN, A. (2007) Birleşme ve Devralmalar,

<http://www.urteb.org/images/File/Birlesme%20ve%20Devralmalar.Ayse%20Sezen.pdf>,

Erişim Tarihi: 21.04.2009.

Benzer şekilde Akay, “Birleşme ve devralmalar mutlak olarak yasaklanmamakta, birleşme ve devralmanın geçerli olması için, durumun Rekabet Kuruluna bildirilmesi ve izin alınması gerekmekte olup, birleşme ve devralmalar Kurulun denetimine tabi tutulmaktadır” değerlendirmesini yapmaktadır (AKAY, H. (1997) Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Kurulundan İzin Alınması, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 57, s.87 YÜCEBAŞ, Ö (2005) Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması Yüksek Lisans Tezi içinde, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2981.pdf>. Erişim Tarihi: 20.04.2009.

kullanılan “*rekabet hukukunun diğer uygulama alanlarından (rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar<sup>4</sup>, hakim durumun kötüye kullanılması<sup>5</sup>) farklı olarak tüm yoğunlaşma işlemleri yasaklanmamaktadır, sadece izin yoluyla kontrol edilmektedir*” benzeri değerlendirmeyi betimlemek için kullanılmamaktadır. Esasen bu değerlendirme ileride değinileceği üzere Kurulun rolü bakımından tehlikeli bir yaklaşımın da sinyallerini vermektedir.

Rekabet Kurulunun sahip olduğu kontrol yetkisinin, yasada açıkça yer bulmamasına karşılık, yoğunlaşma işlemlerine yönelik belirli koşul ve/veya yükümlülükler getirebilme yetkisini doğurup doğurmadığı ve doğursa bile bunun nasıl uygulanacağı ve sınırlarının ne olması gerektiği öteden beri tartışıla gelmiştir. Çalışmanın amacı bu tartışmalara bir ölçüde katkıda bulunmaktır. Bu çerçevede, ilk olarak Rekabet Kurulunun kontrol yetkisinin ne anlama geldiği ya da gelmesi gerektiği değerlendirildikten sonra işaret edilen tartışma konularına değinilerek muhtemel çözüm önerileri ele alınacaktır. Yer verilen değerlendirmeler ışığında Kurulun yakın geçmişte aldığı kararlardan *Vatan Gazetesi* kararı<sup>6</sup> usul ve yetki tartışmaları ışığında irdelenecek ve Danıştay 13. Dairesinin konuya ilişkin yürütmeyi durdurma kararının<sup>7</sup> hukuksal sonuçları tartışılacaktır.

## **2. REKABET KURULUNUN YOĞUNLAŞMALARIN DENETİMİNDEKİ ROLÜ**

Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrası, yasaklayıcı bir hükme yer vererek yoğunlaşmaların hukuka uygunluk ölçütünü çizmektedir. Söz konusu hüküm, “*bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde [...]*” birleşmelerini (veya devralmalarını) hukuka aykırı ve yasak saymıştır. Burada hukuka aykırılığı<sup>8</sup> söz konusu olan işleme yönelik tespitin ve bunun hukuki sonuçlarının örneğin Kanun’un 4. maddesi kapsamındaki bir ihlalden farkı bulunmamaktadır. Şöyle ki; teşebbüsler arasında yapılan tüm anlaşmalar değil, (amaç veya etki yönünden) rekabeti sınırlayıcı nitelikte olanlar hukuka aykırı sayılmaktadır. Kanunkoyucu benzer şekilde

<sup>4</sup> Kanun’un 4. maddesinde düzenlenmektedir.

<sup>5</sup> Kanun’un 6. maddesinde düzenlenmektedir.

<sup>6</sup> 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>7</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin 13.2.2009 tarihli, E. 2008/13171 sayılı Kararı.

<sup>8</sup> Hukuka aykırılık kıstası için hakim durumun yaratılmasının (ya da güçlendirilmesinin) tek başına mı yoksa rekabetin önemli ölçüde azaltılması ile birlikte mi aranması gerektiği değerlendirmesi için bkz. ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, s.538-540.

teşebbüsler arası tüm birleşme (veya devralma) işlemlerini değil, yalnızca rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuranları yasaklamaktadır.

Diğer yandan her iki hükmün nitelikleri farklı olmasa da kural olarak uygulama zamanları açısından farklılık bulunmaktadır. Antitröst uygulamaları yoğunlaşma analizinden farklı olarak temelde *ex post* denetime dayanmaktadır.<sup>9</sup> Bununla birlikte gerek mehz Avrupa Topluluğu gerekse Türkiye uygulamasında bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dönemlerde<sup>10</sup> rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar da *ex ante* denetime tabi kılınmıştı.<sup>11</sup> Yoğunlaşmaların ise özellikleri gereği *ex ante* denetlenmeleri gerekmektedir. Bu gereklilik gerçekleştirilmiş bir yoğunlaşma işleminin hakim durum yarattığı ve/veya rekabetin önemli derecede azaltılması sonucunu doğurduğu durumlarda, pazarda oluşan yapısal değişikliklerin geriye döndürülmesinin çoğu zaman fiilen ya da hukuken mümkün olamamasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bildirimi yapılmayan yoğunlaşmalar, bu alana yönelik genel kuralın aksine zorunlu olarak *ex post* analize tabi tutulmaktadır.

Kurulun hangi aşamada müdahil olduğu/olması gerektiği (ya da usul açısından nasıl denetlenecekleri) bir kenara bırakılırsa rekabetin kısıtlanmasının bir anlaşma ya da uygulama (tröst) yoluyla mı yoksa yoğunlaşma yoluyla mı olduğunun hukuki niteliği bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır. Zira Kanun'un 4/1. maddesinde olduğu gibi 7/1. maddesinde de genel hukuk normu ortaya konulmakta ve madde kapsamına giren nitelikteki işlemler hukuka aykırı addedilmektedir. Bu yazım Topluluk'taki uygulamaya da paraleldir.

<sup>9</sup> AKSOY,N., H. BOLATOĞLU ve Ş.YAVUZ (2006), Rekabet Hukukunda Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması, *Rekabet Dergisi*, Sayı 25, Ankara, s. 4.

<sup>10</sup> Avrupa Topluluğu'nda, 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren ve Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmasına yönelik usul kurallarını düzenleyen ve 17/62 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldıran 1/2003 sayılı Tüzük ile bildirim yükümlülüğü kaldırılarak Roma Antlaşması'nın 81/1. ve 82. maddeleri gibi 81/3. maddesi de (ulusal rekabet otoriteleri ya da mahkemeler bakımından) doğrudan uygulanır hale getirilmiştir. Türkiye uygulamasında ise 5388 sayılı Kanun ile 2005 yılında Kanun'un 5. ve 10. maddelerinde yapılan değişikliklerle anlaşmalara ilişkin bildirim yükümlülüğü kaldırılmış ve Rekabet Kurulunun muafiyet değerlendirmesini resen de yapabilmesi sağlanmıştır. Ancak mehz uygulamadan farklı olarak muafiyet verme yetkisi Rekabet Kurulu tekelinde bırakıldığından bildirimi yapılmayan anlaşmaların muafiyet kararına kadar hukuki durumlarının ne olacağı yazında tartışılmaktadır. Bu konuda bkz. Aksoy vd. 2006, s. 8 ve ERDEM, E. (2006), "1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2004/1, s.48.

<sup>11</sup> Yazarlara göre, bir anlaşmanın rekabetçi ve anti rekabetçi etkilerinden hangisinin ağır basacağı değerlendirmesinin önceden (*ex ante*) yapılmasının güçlüğü ve iş yükü bakımından getireceği külfet, bildirime dayalı muafiyet sisteminden vazgeçilmesine neden olmuştur. (Aksoy vd. 2006, s.4.)

Bilindiği üzere rekabet kuralları, genel olarak teşebbüslerin yapabilecekleri eylemleri değil<sup>12</sup>, yapamayacaklarını diğer bir ifadeyle “yasak” olan fiilleri tanımlamaktadır. Bu durumda, yasaklayıcı maddi hükmün kapsamına girmeyen davranış ve işlemler hukuka uygundur. Ancak rekabet karşıtı fiiller çok farklı şekillerde gerçekleşebileceğinden ve hukuki nitelikleri zamana, ilgili taraflara ve bulunulan ortama göre değişebileceğinden bunları tek tek kazuist yöntemle sayma yoluna gidil(e)memektedir. Aslında bu durum rekabet karşıtı eylemlerin neden *ex post* denetlenmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Zira her durumda rekabet karşıtı olanları (örneğin karteller) bir kenara bırakırsak, herkes için geçerli tek bir kuraldan bahsetme olanağı yoktur. Rekabet otoriteleri rekabeti bozduğu iddia edilen eylemler hakkında bu eylemlerin (muhtemel veya fiili) etkilerini ve dosyanın özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmakta ve sonuca ilişkin bir tespitte bulunmaktadır.

Maddenin “[h]angi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder” şeklindeki ikinci fıkrası ise genel antitröst ve bu arada Topluluk uygulamasından ayrılarak Kurul kararını geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir. Hükme göre, Kurulun belirlediği eşiklerin üzerinde kalan bir yoğunlaşma işlemi ancak Kurulun izni ile gerçekleştirilebilmekte ve geçerli olabilmektedir.<sup>13</sup>

Kanunkoyucu hangi tür yoğunlaşma işlemlerinin yasaklama kapsamında ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunu birinci fıkrada belirlemiştir.<sup>14</sup> Bu hukuka

<sup>12</sup> Bununla birlikte özellikle kötüye kullanma (ya da tekelleşme) kapsamında hakim durumdaki teşebbüslere müspet yükümlülüklerin (*affirmative duties*) yüklendiğine de şahit olmaktadır. Topluluk uygulamasında örnek karar için bkz. Case C-241/91P, *RTE and ITP v. Commission*, [1995] E.C.R. I-743; Case COMP D3/38.044 – Decision 2001/165/EC, *NDC Health v. IMS Health: Interim Measures*, O.J. 2002 L 59; Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Commission Decision of 24 May 2004, 2007/53/EC O.J. 2007 L 32/23; Amerikan uygulamasında örnek karar için bkz. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>13</sup> Geçersizliğin yoğunlaşma işlemleri açısından uygulama alanı bakımından bkz. SANLI, K.C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s.10vd.

<sup>14</sup> 1997/1 No.lu Tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmaların geçersiz sayılarak, Kurulun izni ile geçerli hale geldikleri yönündeki görüşün eleştirisi için bkz. AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s.34-35. Karşı görüş için bkz. SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Lisansüstü Tez Serisi, No:3, Rekabet Kurumu, Ankara, s.443 vd. Yazara göre Kanun m.7/2’de “...hukuka aykırılığın değil, fakat izin yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımının ‘geçersizlik’ olduğu öngörülmüştür. Belirtelim ki, birleşme ve devralmaların denetiminde ‘izin sistemi’ni

aykırılığın doğal sonucu, işlemin geçersiz olmasıdır. İkinci fıkrada yer alan yetkinin ise sadece hangi yoğunlaşmaların Kurulun iznine tabi olacağına ilişkin ölçütleri belirleme yetkisi şeklinde düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Esasen bu eşiklerin belirlenmesinin amacı, birinci fıkradaki yasaklama kapsamı içerisinde olma riski yüksek olan yoğunlaşma işlemlerinin Kurulun *ex ante* denetiminden geçmesini sağlamaktır.<sup>15</sup> Kurulun Kanun'da yer verilen yasaklayıcı hükümle ilgili denetim faaliyetinde bulunması, işlemin geçerlilik şartı olarak belirlenmemelidir. Bu nedenle, birinci fıkradaki yasaklama kapsamında olmayan bir yoğunlaşma işleminin sırf Kurulun izni alınmadığı için geçersiz sayılması kanaatimizce uygun değildir. Belirlenen eşiklerin üzerinde olan yoğunlaşma işleminin Kurul'un izni alınmaksızın gerçekleştirilmemesi gerektiği bilinmektedir. Bunun gerçekleştirilmesinin yegane yaptırımını Kanun'un 16/1(b) maddesindeki idari para cezası olmalıdır. Kurum tarafından yapılan inceleme sonucunda izinsiz gerçekleştirilen işlemin 7. madde kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılmaması halinde, işlemin baştan itibaren yasaklayıcı madde kapsamında olmadığı ve bu nedenle hukuka uygun ve geçerli olduğu kabul edilmelidir.<sup>16</sup> İşlemin 7. madde kapsamında olduğunun tespiti halinde ise işlemin baştan itibaren geçersiz olacağı açık olup, ayrıca m. 16/4 uyarınca esasa ilişkin para cezasına hükmedilmesi söz konusu olacaktır. Diğer yandan, Kanun'da, Kuruldan izin alınması ile işlemin geçersizliği arasında birebir ilişki kurulmasının, Kurulun tarafların özel hukuk alanındaki çekişmeleri için başvurmaları gereken bir adres olarak algılanması riskini de barındıracağı ifade edilmelidir. Üstelik bu durumun işlev bakımından Kurulu "yabancılaştırma" olasılığı da bulunmaktadır. Kurulun vereceği iznin bu açıdan, idarenin "imar izni" veya "yapı ruhsatı" gibi işlemlerinden farklı olması gerektiği düşünülmektedir.

Mehaz Avrupa Topluluğu'ndaki duruma bakıldığında, ilgili hüküm yukarıda yer verilen değerlendirmeyi destekler niteliktedir. 139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü'nde esasa ilişkin norm etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen (*significantly impede effective competition*) yoğunlaşmaların ortak pazarla uyumlu olmadığı<sup>17</sup> ilan edileceği şeklindedir.<sup>18</sup>

---

*benimseyen bu düzenleme karşısında, artık geçersizlik açısından önem taşıyan, 7. maddedeki hukuka aykırılığın sonucu değil, izin yükümlülüğüne aykırılığın sonucudur. Bu itibarla 7. maddeye tabi olan sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, tamamen idari nitelikteki 'izin sistemi' çerçevesinde incelemek icap eder[...] herhangi bir şekilde hakkında Kurul'dan izin alınmayan bir birleşme veya devralmanın geçerli olabilmesi mümkün değildir" (Sanlı 2000, s.444.)*

<sup>15</sup> Aksoy 2004, s.35.

<sup>16</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Sanlı 2000, s.444. Yazar, "[i]dari işlem niteliğindeki 'izin kararı', bu kapsamdaki birleşme ve devralmalar için bir tamamlayıcı unsurdur. Hukuki işlemdeki 'eksiklik' ve 'noksanlık' giderilip, tamamlayıcı unsur gerçekleşinceye kadar, konsantrasyona yol açan hukuki işlem veya işlemler geçersizdir" görüşünü savlamaktadır.

<sup>17</sup> Ya da tersinden "rekabeti önemli ölçüde engellemeyen yoğunlaşmaların ortak pazarla uyumlu olduğunun"

İzin ifadesi kullanılmadığı gibi, Komisyon'un verdiği karar doğrudan hukuki geçerlilik ile de ilişkilendirilmemektedir. Hatta bildirim tabi yoğunlaşmaların izin verilene kadar gerçekleştirilemeyeceği belirtilmesine rağmen bunun aksine bir uygulamada hukuki geçerliliğin Komisyonun alacağı tespit kararına bağlı olduğu (yani geçersizliğin ancak yasaklayıcı hüküm kapsamına giriyorsa doğacağı) ifade edilmektedir.<sup>19</sup>

Kanun hazırlanırken, sözcüğün kendisinden de kaynaklanan “zafiyeti” olmakla birlikte “izin kararının”, aslında işlemin birinci fıkradaki yasaklama kapsamında olmadığına dair bir tespit karardan ibaret olduğu düşünülerek bu karara bundan farklı bir anlam ve işlev yüklenmeyecek şekilde bir düzenleme yapılması tercih edilebilirdi. Bu argüman, Kanun'un “*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul...birleşme ve devralmanın bu Kanununun ...7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir*” şeklindeki 8. maddesi ile de uyumludur ve verilen iznin yegane anlamının bildirim konusu işlemin yasaklayıcı hüküm kapsamına girmediğinin tespiti (menfi tespit) niteliğinde olduğunu teyit etmektedir.<sup>20</sup> Diğer yandan Kurulun yapacağı tespite göre birinci fıkra kapsamına giren işlemler hukuka aykırı kabul edildiklerinden doğal olarak geçersiz olacaktır.

Yukarıdaki görüşlere karşı olarak yoğunlaşma işlemlerinde mahkeme kararlarıyla Kurulun *by-pass* edilmesinin önüne geçilmesinin gerektiği ve bu nedenle Kurul kararının hukuki geçerlilik açısından gerekli olması gerektiği ileri sürülebilecekse de, diğer maddi hükümler dikkate alındığında –çünkü aynı itiraz onlar için de ileri sürülebilecektir- bunun tek başına geçerli bir neden olmaması yanında, yukarıdaki amaca hizmet edip etmediği de tartışmalıdır. Zira Kurul kararı her ne kadar işlemin hukuki geçerliliği açısından zorunlu tutulsa da Kurulun izin kararının sınırlarını birinci fıkradaki hüküm çizmektedir. Açık ifadeyle, ortada birinci fıkra çerçevesinde verilmiş bir mahkeme kararı<sup>21</sup> varsa idare izin kararı verirken kendini mahkeme kararı ile bağlı hissedecektir. Dolayısıyla Kurul'un izin kararının geçerlilik şartı olarak düzenlenmesinin,

<sup>18</sup> COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJEU 29.1.2004, L 24/1, m.2/3

<sup>19</sup> 139/2004 No.lu Tüzük, m.7/1 ve 7/4

<sup>20</sup> Buna karşılık Aslan, ilgili tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmalar için “izin”, bu kapsama girmeyen yani bildirimde bulunulması gerekmeyen işlemler için menfi tespit kurumlarının işletilmesi gerektiği ve bu kurumun hükümlerinin birbirinden ayrıştığı görüşündedir. (Aslan 2007, s.580-581.)

<sup>21</sup> Diğer yandan Sanlı yoğunlaşmalar bakımından izin vermeye yetkili tek makamın Rekabet Kurulu olduğunu, dolayısıyla mahkemelerin 7. madde çerçevesinde izin vermeye ya da hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaya yetkilerinin bulunmadığını ileri sürmektedir. (Sanlı 2000,s. 444.)

Rekabet Kurulu'nu bu tür işlemlerde tam anlamıyla münhasır yetkili kıldığını net bir şekilde söylemenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

### **3. YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNDE KURULUN YETKİSİNİN SINIRLARI**

#### **3.1. Genel Olarak**

Yoğunlaşma işlemlerinde uygulanacak usul kuralları temel olarak Kanunun 10 ila 12. maddelerinde düzenlenmiştir. 10. maddeye göre “7 nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye aldığı takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte...” işlemi askıya almaktadır. Maddede her ne kadar bildirim bakımından 7. madde kapsamına giren işlemlere atıf yapılmakta ise de, bu ifadenin maddenin ikinci fıkrasına dayanarak Kurulun belirlediği, izne tabi işlemlere ilişkin olduğu açıktır; zira 7. madde kapsamındaki işlemlerin hukuka aykırılığı açıkça düzenlendiğinden bu işlemlere Kurulun izin verebilmesi mümkün değildir.

Kanun izne tabi yoğunlaşma işlemleri bakımından, ön inceleme ve nihai inceleme olmak üzere iki aşamalı inceleme süreci öngörmüştür. Buna göre Kurul ön inceleme aşamasında işleme ancak izin verebilmektedir. Diğer bir ifadeyle olası bir rekabetçi endişeye yol açan işlem (ön itiraz hali) ön inceleme aşamasında yasaklanamamakta ve fakat nihai incelemeye alınabilmektedir. Kanunda ilginç olan, yoğunlaşma işlemleri bakımından iznin karşıtı “yasaklama” ifadesine aslında herhangi bir maddede yer verilmemiş olmasıdır. Bu durum Kurulun yoğunlaşmaları yasaklama yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünde bir soruyu akla getirirse de, yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında Kurulun verdiği kararın esasen bir tespit niteliğinde olduğu yönündeki yaklaşım dikkate alındığında kararın şeklen “yasaklama” ifadesini içermesi kanaatimizce zorunlu değildir. Zira Kurul işlemin 7. madde kapsamına girdiğini (nihai bir kararla) tespit ederse, aksine bir uygulama geçersizlik yaptırımı yanında idari para cezasına da tabi olacaktır. Bu noktada sorulması gereken önemli soru şudur: Kanun'da bir uçta izin diğer uçta işlemi yasaklayıcı hüküm (m.7) kapsamında bulma kısaca yasaklama yetkisi düzenlenmişken Kurulun önüne gelen bir işleme şartlı izin verebilmesi mümkün müdür? Sorunun cevabından önce *izin veya yasaklama* gibi Kurul'un esnekliğini bütünüyle ortadan kaldıracak bir kısıtın, aslında tamir edilebilir sorunları ayıklandıktan sonra etkinlik doğurabilecek bir

işlemin yasaklanmasına ve toplumsal refah kaybına yol açabileceği<sup>22</sup> belirtilmelidir. Kurul yaptığı ikincil düzenlemede bu sorunun cevabının olumlu olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Nitekim, 1997/1 No.lu Tebliğin<sup>23</sup> 6/3. maddesi “*Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir*” hükmündedir. Oysa bu yetkinin Kanunda hangi hükme dayandırıldığı belli değildir. Bu açıdan Kurulun ikincil bir düzenlemeyle tanıdığı yetkinin hukukiliği tartışmaya açıktır.

Fiili duruma bakıldığında ise, Kurulun gerek işin esasına ilişkin konuları<sup>24</sup> gerekse yan sınırlama (*ancillary restraints*) kapsamında irdelenebilecek başta rekabet yasağının süresi ve kapsamı olmak üzere devir veya birleşme sözleşmesinin ilgili hükümlerinin değiştirilmesini,<sup>25</sup> koşul olarak getirdiği görülmektedir. Kurul, istisnaları olmakla birlikte<sup>26</sup>, kararlarında şart veya yükümlülükleri *resen* ve *zorlayıcı* nitelikte öngörmekte ve bunun hilafına bir uygulamanın Kanun’un 16. ve 17. maddeleri uyarınca yaptırma tabi olacağını ilan etmektedir.<sup>27</sup> Burada Kurulun Kanun’da açıkça tanımlanmayan bir yetkiden hareket etmesi bir yana uygulamanın kendi içinde de sorunları vardır.

Ön inceleme aşamasında, yukarıda belirtildiği üzere, Kurulun yegâne seçeneği - işleme ilgili rekabetçi sorun olmadığı sürece- izin kararı vermektir. Bu açıdan ön inceleme sonunda herhangi bir şart öne sürülmesi zaten hukuken mümkün değildir.<sup>28</sup> Nihai inceleme sonucunda verilecek kararda ise şartların

<sup>22</sup> PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?” ECLR, Vol.27, Issue 8, s.443.

<sup>23</sup> 1997/1 No.lu Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 12.08.1997 tarihli, 23078 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>24</sup> Örnek olarak bkz.19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı *Metro-Migros* Kararı; 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı *TEAŞ* Kararı; 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı *TEDAŞ* Kararı; 28.05.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New Holland/Trakmak* Kararı; 18.02.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı *POAŞ* Kararı; 03.08.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı *Glaxo Wellcome/SmithKline* Kararı; 03.08.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı *Garanti* Koza Kararı; 29.12.2005 tarihli ve 05-88/1229-358 sayılı *Rockwood* Kararı; 20.03.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı *Cookson/Foseco* Kararı; 17.07.2008 tarihli ve 08-45/638-242 sayılı *CNN Türk* Kararı.

<sup>25</sup> Örnek olarak bkz. 28.09.2006 tarih ve 06-67/901-258 sayılı *İpragaz* Kararı; 28.04.2006 tarih ve 06-31/373-95 sayılı *Mars Sinema* Kararı; 24.08.2006 tarih ve 06-59/774-227 sayılı *Nestle Water* Kararı.

<sup>26</sup> Örneğin bkz. 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Intergum*), 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Gıdasa*).

<sup>27</sup> Örneğin bkz. 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Vatan Gazetesi*).

<sup>28</sup> Burada değinilmesi gereken bir konuda da yan sınırlama kapsamında değerlendirilebilecek hususlardaki değişikliğin izin kararına koşul olarak getirilmesinde 7. maddenin sınırlarının aşıldığıdır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aksoy vd. 2006, s.24.

Kurulca tek taraflı olarak belirlenerek taraflarca “kabul edilmesi zorunluymuşçasına” kaleme alınması ve öyle değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Zira yukarıda anlatıldığı üzere yoğunlaşmalara ilişkin aldığı kararlarında Kurul sadece durum tespiti yapmaktadır; yani işlemin 7. madde kapsamında hangi açılardan sorunlu olduğunu belirtmekle görevli ve yetkilidir. Kaldı ki resen öne sürülen şartların taraflarca uygun görülmemesi ihtimali vardır ve bu durumda taraflar işlemde en nihayetinde vazgeçebilecektir. Dolayısıyla kararda öngörülen şartların tarafları mutlak olarak bağladığı değerlendirilmesi yanlıştır. Diğer yandan “izin” ve “menfi tespit” kurumlarının iç içe girdiği ve aynı yetkiye işaret ettiğine dair değerlendirme temelinde, menfi tespit kararlarının şart veya yükümlülüğe bağlanabileceğini öngören Kanun’un 13/1(b) maddesinin kıyasen izin kararları için de uygulanabileceği sonucunun çıkarılabileceği ileri sürülebilir<sup>29</sup> de, bir durum tespiti niteliğinde olan menfi tespit kararlarının, kurucu bir işlem değil var olan hukuki durumu açıklayan bir işlem olması nedeniyle şarta bağlanması işin tabiatına aykırıdır.<sup>30</sup> Kurulun bir yoğunlaşma işlemine ilişkin izin kararını belirli şartlara bağlaması, işlemin mevcut halinin hangi bakımlardan Kanun’un 7. maddesi açısından sakınca doğurduğu, dolayısıyla bildirilen haliyle gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığını başka bir ifadesidir. Diğer bir anlatımla izin verilememesinin gerekçesi olarak yorumlanmalıdır.

Kurulun 7. madde kapsamında rekabet sorunu olduğu gerekçesiyle bir yoğunlaşma işlemine ilişkin izin kararını tek taraflı olarak belirli şart ya da yükümlülüklerle bağlamasının hukuken mümkün olmadığı düşünülmeyle birlikte, “izin vermeme” yetkisi sorunun taraflarla uzlaşısı içinde çözümü için yasal bir zemin oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bu noktada yasal bir eksiklikten esasen bahsedilemez.<sup>31</sup> Diğer yandan Avrupa Topluluğu uygulaması dikkate alındığında Kurulun rekabet sorununu tek yanlı olarak koşula bağlaması isabetli bir yaklaşım da değildir. Aslında bu açıdan Kurulun kullandığı yetkinin hukuki dayanağı yanında uygulanma biçiminin de tartışmalı olduğundan bahsetmek mümkündür.

<sup>29</sup> Aslan, menfi tespit ve izin kurumlarının birbirinden farklı olduğunu ileri sürmekle birlikte, Kanun’da kararın şart veya yükümlülüğe bağlanabilmesi bakımından menfi tespit için tanınan yetkinin daha tehlikeli olan izin kararlarında da uygulanabileceğini ileri sürmektedir. (Aslan 2007, s.582.)

<sup>30</sup> Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aksoy vd. 2006, s.7.

<sup>31</sup> Bununla birlikte halen Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşülen “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nda durum netleştirilmektedir. Söz konusu Tasarı’nın 4. maddesinde “Kurul...işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir” hükmüne yer verilmiştir. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2009.

### 3.2. Topluluk'taki Durum

139/2004 No.lu Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü ve 802/2004 No.lu Uygulama Tüzüğü<sup>32</sup> esasları çerçevesinde Komisyonun geçen yıl çıkardığı Duyuru'da<sup>33</sup> bir yoğunlaşmanın rekabeti önemli derecede azalttığını gösterme sorumlğunun Komisyona ait olduğu belirtilmekte ve Komisyonun tespit ettiği rekabet sorunlarını uygun çözümler bulabilmeleri ya da geliştirebilmeleri için taraflara bildirdiğine işaret edilmektedir.<sup>34</sup> Aynı Duyuru'da Komisyonun "izin" kararını (*authorisation decision*) tek taraflı herhangi bir şarta bağlama gibi bir konumda bulunmadığı açıkça ifade edilmektedir.<sup>35</sup> Bu yaklaşım iş gereklerine de uygun düşmektedir. Zira ticari gerçekleri en iyi taraflar bilebileceğinden ortaya konulan rekabet sorununun en düşük maliyetli ve kalıcı çözümü yine iş sahiplerince üretilebilecektir. Taraflar çözüm önerileriyle birlikte gerekli değerlendirme için ilgili tüm bilgileri Komisyona temin etmektedir. Taraflarca üretilen çözümlerin sorunu giderip gidermediğini değerlendirme sorumlğu yine Komisyonda olduğundan<sup>36</sup> Komisyon, önerilen çözümleri sorunu gidermede yeteri bulursa (bunu tarafların bağlayıcı taahhüdü sayarak) işleme izin vermekte<sup>37</sup> ya da verilen taahhütlere rağmen yoğunlaşmanın etkin rekabete zarar vereceğini düşünüyorsa işlemi yasaklamaktadır.<sup>38</sup>

Önerilen çözümlerin,<sup>39</sup> Komisyonca ortaya konulan endişelerin tamamen giderilmesini sağlayacak ölçüde kapsamlı ve etkili olması gereklidir. Bunun yanında verilen taahhütlerin kısa zamanda hayata geçirilmesi aranan koşullardan biridir; çünkü bu taahhütler yerine gelmeden rekabet sorunları giderilmiş olmayacaktır. Bu açıdan yapısal taahhütler<sup>40</sup> ve özellikle de ayırıştırıcılar

<sup>32</sup> COMMISSION REGULATION (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJEU 30.04.2004, L 133/1-39.

<sup>33</sup> COMMISSION NOTICE on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (Duyuru), OJEU 22.10.2008, C 267/1-27.

<sup>34</sup> Duyuru, para. 6.

<sup>35</sup> Duyuru para. 6.

<sup>36</sup> Diğer açıdan önerilen taahhütlerin tanımlanan rekabet sorununu ortadan kaldırdığını ispat yükümlülüğü taraflar üzerinde bırakılmamaktadır (Jones ve Sufirin 2008, s. 1078).

<sup>37</sup> Bu noktada belirli koşul ya da yükümlülüklerin eklenmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy vd. 2006.

<sup>38</sup> Duyuru para. 7-8.

<sup>39</sup> Duyuru, para. 9 vd.

<sup>40</sup> Bu türden taahhütler teşebbüslerin veya varlıkların satış ya da transferi yoluyla pazar yapısında değişikliğe yol açmaktadır; transferin konusu maddi veya gayri maddi varlıkların bileşimi veyahut var olan bir veya birden fazla teşebbüs ya da teşebbüs niteliğinde olmayan ekonomik bir aktivite olabilmektedir. BLANCO, L.O. (2006), EC Competition Procedure, Second Edition,

(*divestitures*), genellikle işleyebilir ve rekabetin kısıtlanmasındaki endişeleri devamlı bir biçimde ortadan kaldırılabılır nitelikte bulunmaktadır. Önerilen taahhütlerin yerine getirilebilmesinde aranan belirliliğin sağlanması ise, elden çıkarmalarda uygun alıcının bulunabilmesi ya da muhtemel üçüncü kişi hakları gibi konulardan etkilenmekle birlikte, yine tarafların sorumluluğuna bırakılmaktadır.

Taraflar ve pazardaki diğer oyuncuların konumları da dahil işlemlen etkilenen pazarın yapısı ışığında önerilen çözümlerin cinsi, ölçeği ve kapsamının ortaya konulan rekabetçi endişelerin giderilmesini sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmesi sonrasında (Komisyonca) kabul edilen taahhütlerin etkili uygulamasının ve denetiminin sağlanması bir diğer önemli konudur. Etkili bir denetim mekanizmasının oluşturulmaması durumunda verilen taahhütlerin kağıt üzerinde kalması veya gereği gibi uygulanmaması riski bulunmaktadır. Komisyon, önerilen çözümleri bunlara dair etkili bir denetim mekanizmasının oluşturulamıyor olmasını gerekçe göstererek reddedebileceğini belirtmektedir.<sup>41</sup> Ayırıştırılmalar bir kez uygulandıklarında sürekli bir denetim yüküne neden olmadıklarından diğer çözümlere göre bu açıdan büyük avantaj sağlamaktadır. Yine ayırıştırılmaların, dikey ve aykırı birleşmelerin yol açtığı rekabet sorunlarına dair de çözüm aracı olabilmesi yanında, yatay birleşmelerden kaynaklanan rekabetçi sorunları gidermede en iyi yol olduğu kabul edilmektedir.<sup>42, 43</sup> Davranışsal taahhütler (ki genellikle gerekli alt yapı ya da teknolojiye erişim çözümleri, uzun dönemli sözleşmelerin değiştirilmesi gibi şekillerde somutlaşmaktadır) ise istisnai hallerde yatay olmayan işlemler için ve yerine uygulanabilecek yapısal bir çözüm bulunmadığında benimsenmektedir.<sup>44</sup> Zira bu türden çözümlerin gözetim ve uygulama güçlüğü önemli bir zafiyet yaratmaktadır. Örneğin *GE/Honeywell* davasında rekabet sorununun çözümüne dönük taraflarca önerilen, ürünlerin bir arada satışa sunulmaması (*unbundling*)

---

Oxford University Press, s.684-685. Öte yandan Topluluk mevzuatında veya içtihadında yapısal veya davranışsal taahhütlerin resmi bir tanımı yapılmamıştır. WENT, D. (2006), The Acceptability of Remedies Under The EC Merger Regulation:Structural Versus Behavioural, ECLR, Vol.27, Issue 8, s.455.

<sup>41</sup> Duyuru, para.14.

<sup>42</sup> Duyuru, para. 17.

<sup>43</sup> Diğer yandan Komisyon tarafından 2005 yılında yayımlanan bir raporda incelenen elden çıkarma çözümlerinden ancak %56'sının rekabet sonunu çözmede etkili olabildiği ortaya konulmuştur (*Merger Remedies Study*, DG Competition, October 2005, web adresi: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf), s.136).

<sup>44</sup> Duyuru, para.17, 61vd. Bu tutumun eleştirisi için bkz. Went 2006, s.455-475.

gibi belirli ticari davranıştan kaçınma önerisi aşırı gözetimi gerektirdiği gerekçesiyle Komisyon tarafından reddedilmiştir.<sup>45</sup>

Ayrıştırmalar bakımından karar verilmesi gereken ilk unsur hangi varlığın elden çıkarılacağına belirlenmesidir. Bu açıdan ayrıştırmanın kapsamının belirlenmesinde, elden çıkarılacak varlıkların taraflarla etkin rekabet edebilirliğinin ve işlemten sonra (ticari) devamlılıklarının sağlanması dikkate alınması gereken unsurlardır. Komisyon'a göre işlem öncesi kendi başına faaliyet gösterebilen iş biriminin (örneğin bağımsız örgütlenmiş bir şirket) bu unsurları normal koşullarda taşıdığı varsayılmaktadır. Bunun yanında orantılılık prensibi dikkate alınarak ve uygun olduğu ölçüde, bağımsız olmayan birimlerin ayrılması (*carve-outs*), marka ve lisans başta olmak üzere diğer mal varlığının elden çıkarılması ya da yeniden markalama (*re-branding*) veya tarafların tercih ettikleri ayrıştırma seçeneğinin belirsiz ya da uygulama gücü barındırdığı kimi durumlarda alternatif ayrıştırma taahhüdü (*crown-jewels*) alınması seçeneklerine de başvurulmaktadır. Ayrıştırmalar bakımından üzerinde durulması gereken ikinci unsur ise elden çıkarılacak varlıklar için uygun alıcının belirlenmesidir. Konu dosya bazında ele alınabilecek nitelikte olsa da finansal yatırımcılardan ziyade endüstriyel alıcılar tercih nedeni olmaktadır. Uygun alıcının belirlenmesinde dosyanın özellikleri dikkate alınarak genel olarak üç yol kullanılmaktadır:<sup>46</sup> İlki, izin kararından sonra belirli bir zaman dilimi içinde ilgili birim ya da iş kolunun (Komisyonca) uygun bulunan alıcıya devredilmesidir. Ayrıştırmada karmaşık sorunların olmadığı ve çok sayıda uygun alıcının bulunabileceği çoğu dosyada bu yola başvurulmaktadır. İkinci yol, ilgili birim ya da işkolunun devredileceği ve Komisyonca da uygun bulunan alıcı ile bağlayıcı bir anlaşma yapılmadan önce bildirim konusu işlemin tamamlanmayacağına taahhüt edilmesidir (*up-front-buyer*). Bu seçeneğe genellikle üçüncü taraf hakları ya da uygun bir alıcının bulunmasındaki belirsizlikler veya ayrıştırmanın fiilen gerçekleşeceği ana kadarki ara dönemde elden çıkarılacak birimin satılabilirliği ya da rekabetçi yapısının devamının sağlanmasında kayda değer risklerin varlığı durumunda başvurulmaktadır.<sup>47</sup> Son halde ise alıcının kimliğinin önerilen çözümün etkinliği açısından hayati önem taşıdığı durumlarda taraflar alıcıyı Komisyon incelemesinden önce belirlemekte ve bağlayıcı anlaşma yapmaktadır (*fix-it-first*). Son iki hal arasındaki temel fark, *up-front buyer* durumunda alıcının kimliğinin Komisyon tarafından izin kararı öncesi bilinmiyor olmasıdır.

<sup>45</sup> Case COMP/M.2220 - General Electric/Honeywell, 3.7.2001, para 530vd.

<sup>46</sup> Duyuru, para. 22 vd..

<sup>47</sup> Rapora (bkz. dipnot 41) göre *up-front buyer* hükmünün bulunmasının; ayrıştırma sürecini hızlandırma, rekabetçi sorun giderilmeden işlemin tamamlanamaması, ara dönemde ayrıştırmaya konu birimin değerinin düşmesi riskinin azalması gibi olumlu etkileri bulunmaktadır. (Papandropoulos ve Tajana 2006, s.446.)

### 3.3. Nasıl Bir Yol İzlenmeli?

Topluluk'ta benimsenen rekabet karşıtı etkileri olan yoğunlaşmalara ilişkin kararların oluşturulma biçimi kanımızca da doğrudur ve Türkiye'de de aynen kullanılmalıdır. Üstelik bunun için ek bir yasal düzenleme de zorunlu değildir. Zira Kurulun elinde "yasaklama" silahı olduğu sürece taraflar için kimi zaman belirli "tavizler" vererek işlemde değişiklik yapmak daha rasyonel olacaktır. Yinelemek gerekirse, 7. madde kapsamına girdiği Kurulca tespit edilen bir yoğunlaşmada, mehzaz uygulamaya paralel ilgili çözümler taraflarca üretilmeli ve önerilmelidir. Ancak yine belirtmek gerekir ki bu zorunluluk olmadığı gibi Kurula bu konuda zorlayıcı bir yetki de verilmemiştir. Sorunun çözümünde uygulanması gereken usulün nasıl olması gerektiği irdelenmesi gereken diğer bir konudur.

Bilindiği üzere, yoğunlaşmalarda izin başvuruları 1997/1 No.lu Tebliğ'e ekli formun (Form 2) taraflarca doldurulması suretiyle yapılmakta ve başvuru dosyasının Kurum'da ilgili birime ulaşmasını müteakip yeter sayıda raportör görevlendirilmektedir. Raportörlerin konu hakkındaki görüşlerinin yazılı olarak Kurula sunulmasıyla Kurul konuyu karara bağlamaktadır. Kurulun önüne ilk kez gelen ve 7. madde kapsamına giren bir işlemde, iznin ancak Kurulca tek taraflı olarak kararda belirtilen belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olduğuna hükmetmesinin meri mevzuat ve ticari gerçekler açısından doğru olmayacağı belirtilmişti. O halde tespit edilen rekabet sorunuyla birlikte üretilen çözüm önerilerinin tarafların taahhüdü olarak Kurulun önüne gelmesi doğru olan yoldur. Burada izlenebilecek alternatif iki yoldan bahsedilebilir: İlki, işlem bakımından tespit edilen soruna Kurulca iştirak edilmesi halinde ilgili birime (ya da başkanlığa) sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için taraflarla müzakere yapılabilmesi<sup>48</sup> için yetki verilmesi (yetkilendirme kararı) ve uzlaşılan çözümün raportörün konu hakkında görüşlerini de içerecek şekilde karara bağlanmak üzere Kurulun önüne getirilmesi olabilir. İkincisi ise, raportörlerin dosyada -yalnızca kendilerini bağlar şekilde- tespit ettikleri rekabet sorunlarını taraflara iletmesi üzerine yapılan görüşmeler sonucunda ulaşılan çözüm önerilerinin hazırlanacak raporda Kurula sunulmasıdır.

Kurul bu şekilde ön inceleme aşamasında taraflarca verilen taahhütlerin kapsam ve içeriğinin sorunun çözümünde yeterli olduğuna kanaat getirirse, işleme -bozucu şarta<sup>49</sup> bağlı- onay verebilecek ve gerekirse taahhütlerin yerine

<sup>48</sup> Esasen bu türden müzakerelerin işlemin bildiriminden önce de gayri resmi olarak yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu yol Topluluk'ta da kullanılmaktadır ve problematik olmayan dosyalarda bile bu yola başvurulması Komisyonca önerilmektedir (bkz. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger Proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>, Erişim Tarihi: 25.04.2009

<sup>49</sup> Bkz. Aksoy vd. 2006, s.4-5.

getirilmesini sağlamak üzere yükümlülük yükleyebilecektir. Ön incelemede bu yolun izlenmesi rekabet sorununun açıkça tanımlanabilir ve kolaylıkla çözüme kavuşturulabilir olduğu hallerde mümkündür (Topluluktaki *Phase I* hali).<sup>50</sup> Verilen taahhütlerin sorunun çözümünde yeterli bulunmadığı ya da çözümün kolaylıkla üretilmeyeceği ve ayrıntılı analiz yapma ihtiyacının bulunduğu hallerde nihai inceleme (Topluluktaki *Phase II* hali) aşamasına geçilecektir. Aynı şekilde taraflarla soruna ve çözüm yollarına ilişkin müzakere prosedürü burada da işletilebilir; hatta Kanun 43. maddesi uyarınca gerçekleştirilen nihai inceleme (soruşturma) bildirim yazısı ve buna karşı görüş (birinci yazılı savunma) gibi uygulamalar da müzakere sürecinin bir parçası olarak yorumlanabilir. Raportörlerin taraflarla yaptığı müzakere belirli bir uzlaşıyla sonuçlanırsa çözümün tarafların taahhüdü olarak vakit kaybetmeden Kurula sunulması halinde dosya karara bağlanabilecektir. Zira Kurulun mevcut uygulamalarına bakıldığında da “*Kurulun soruşturmaya başlama kararı kesindir*” Kanun m.43/3 hükmünün yoğunlaşmalar bakımından işletilmediği görülmektedir.<sup>51</sup> Diğer yandan istisnai hallerde tarafların verdiği taahhüt yine onlardan gelecek talep doğrultusunda ve geçerli gerekçenin varlığına bağlı olarak değişikliğe uğrayabilmelidir.<sup>52,53</sup> Taraflarca verilen ve Kurulca bağlayıcı hale dönüştürülen taahhütlerin yerine getirilmediği durumlarda ise, söz konusu yoğunlaşma 7. madde kapsamına giren bir işlem niteliğinde değerlendirilmelidir.

#### 4. VATAN GAZETESİ KARARI

Yoğunlaşmaların kontrolünde Rekabet Kurulu’nun şartlı izin vermesi konusunda, Vatan Gazetesi kararı<sup>54</sup> ve sonrasında Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı<sup>55</sup> incelenmeye değer görülmektedir.

Kurulun söz konusu kararı, Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik A.Ş. (Vatan Gazetesi)’nin Doğan Gazetecilik A.Ş. tarafından devralınmasını konu edinmektedir. Yapılan nihai incelemede,

<sup>50</sup> Toplulukta bu aşamada kabul edilen çözümlerin etkinliğinin daha yüksek olduğu tecrübe edilmektedir. (Papandropoulos ve Tajana 2006.)

<sup>51</sup> Örneğin bkz. 7.2.2008 tarihli, 08-12/130-46 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Gıdasa*), 18.2.2009 tarihli, 09-07/131-43 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (*Turyağ*).

<sup>52</sup> Duyuru’da, örneğin süre uzatımının (tarafların sorumluluğu dışında iyi bir nedene dayanması halinde) özellikle ayrıştırmalar bakımından kullanılan bir yol olduğu belirtilirken, taahhütte bir esaslı bir değişiklik yapılmasının çok istisnai hallerde mümkün olduğu ve bunun çok nadiren ayrıştırmalar bakımından kullanılabilmesi vurgulanmaktadır (para. 71-76).

<sup>53</sup> Rekabet Kurulu da aynı görüşten hareketle *Intergum* dosyasında taraflarca talep edilen (iki ay) süre uzatımını makul bularak kabul etmiştir (bkz. 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı Rekabet Kurulu Kararı).

<sup>54</sup> 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>55</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin 13.2.2009 tarihli, E. 2008/13171 sayılı Kararı.

işlem sonrasında Doğan Grubunun hakim duruma gelmesi veya mevcut hakim durumunu güçlendirmesi söz konusu olduğundan, işlemin Kanun'un 7 nci maddesi çerçevesinde yasaklamaya tabi olduğu değerlendirilmiştir. Aynı nihai incelemede, işleme izin verilmediği takdirde Vatan Gazetesi'nin iflas ederek piyasadan çekilmesinin kaçınılmaz olduğu ve Doğan Grubu dışında bir alıcının bulunmadığı tespit edilerek diğer koşullar da olduğundan Rekabet Hukuku anlamında "batan teşebbüs savunması"nın kabul edilebilir nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Kurul kararında, devralma işlemine izin verilmemesi durumunda Vatan Gazetesi'nin iflası ile birlikte markanın cebren satılması sonucunda piyasadaki varlığının tartışılır hale geleceği, bu nedenle markanın kısa vadede güçlendirilerek satılmasının piyasadaki rekabet açısından tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Açıklanan bu nedenlerle, 7. maddedeki yasaklama kapsamında olduğu görülen devralma işlemine, batan teşebbüs savunması dikkate alınarak bazı şartlar çerçevesinde izin verilmesi yöntemi benimsenmiştir. Bu yöntemde amaçlanan, markanın güçlendirilerek belli bir süre sonunda üçüncü kişilere satılmasını sağlamak ve böylece işlem sonrası ortaya çıkacak rekabet kısıtlamalarını gidermek ve piyasadaki rekabetçi yapıyı güçlendirmektir.

Bu çerçevede söz konusu işleme getirilen koşullar şu şekilde özetlenebilir:

- Vatan Gazetesi marka ve imtiyaz hakkının, izin verilmesini izleyen iki yıl içinde Doğan Grubu dışındaki 3. kişilere devredilmesi ve bu devir işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'deki eşikler gözetilmeksizin Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olması,
- Bu şekilde satılamazsa ikinci yılın bitimini izleyen iki ay içinde Rekabet Kurulu gözetiminde ihale yoluyla satılması,
- Bu da mümkün olmazsa Doğan Grubu'nun ihaleyi takip eden üç yıl boyunca marka ve imtiyaz hakkının Doğan Grubunda kalması ancak kullanılmaması, bu süre dolduktan sonra hala satılamamışsa marka üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olması,
- Satışa kadar geçen süre içinde ve satıştan sonra üç yıl boyunca veya satış gerçekleşmezse ihaleden sonra üç yıl boyunca "vatan" markasına rakip marka yaratılmaması,
- Aynı kişinin hem Bağımsız Gazeteciler A.Ş.'de (veya Doğan Grubu A.Ş.'de) hem de işlem öncesinde devredilmiş olan Vatan Dergi Grubu A.Ş.'de yönetici olarak görev almaması.

Kurul kararında yer verilen şartlar, Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının belli bir süre içerisinde üçüncü kişilere devrine ve bu markaya rakip marka yaratılmamasına ve markanın korunmasına ilişkindir. Son şart ise, Vatan

Dergi Grubu tarafından yayınlanan dergilerin Doğan Grubu tarafından yayınlanan dergilerle etkin bir şekilde rekabet etmesi amacına hizmet etmeye yönelik bir tedbirdir.

Söz konusu şartların içeriği bir tarafa bırakılacak olursa, Kurul kararında öncelikle “işlem sonrasında Doğan Grubu’nun mevcut hakim durumunun güçlendirilmesi söz konusu olduğundan işlemin Kanun’un 7. maddesi kapsamında olduğu” ifade edilmiş ve sonrasında, sayılan “koşullarla izin verilmesi” yöntemi benimsenmiştir. Doğan Gazetecilik A.Ş.’nin, kararda yer alan koşulların iptali için açtığı davada Danıştay 13. Dairesi 13.02.2009 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Danıştay kararında, getirilen koşulların “Kanunla uyumlu ve Kanunda dayanağı olan koşullar” olması gerektiği vurgulanmış ve Kurul’un devralma işleminin Kanun’un 7. maddesindeki yasak kapsamında olduğunu saptamasına karşın, devralma işlemine Kanun’da dayanağı olmayan, ticari hayatta bu günden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım dayalı durumlardan hareketle ayrıntılı, Kurulun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları da içeren koşullar belirlediği ifade edilerek, *kararın koşullara ilişkin kısmının* hukuki olmadığı için yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu karar sonrasındaki hukuki durumun ne olduğu konusu açıklanmaya muhtaçtır. Danıştay kararında, Kurul’un işlemin Kanun’un 7. maddesi kapsamında olduğunu saptamasına ilişkin herhangi bir tartışma yapılmamıştır, dolayısıyla işlemin yasak olduğu konusunda bir tereddüt bulunmadığı düşünülebilir. Kurul kararının yasaklamaya ilişkin kısmında bir sorun görülmezken, kararın koşullara ilişkin kısmı hukuka aykırı bulunmuş ve bu kısma ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Kurul kararında yer verilen koşullardan satışa ilişkin olanlar, iki yıllık bir süreden sonra uygulanacak olduklarından, davanın bu süre içinde sonuçlanması halinde satış koşullarına ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı söylenebilir. Buna karşılık yasaklayıcı nitelikteki şartlar olan, rakip marka yaratılmamasına ve aynı anda iki grupta yöneticilik yapılmamasına ilişkin koşulların, yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle dava sonuçlanıncaya kadar taraflar açısından bağlayıcı olmadığı ifade edilmelidir.

Danıştay 13. Dairesi’nin dava sonunda vereceği kararın da yürütmeyi durdurma kararına paralel olarak “getirilen koşulların iptali” şeklinde olacağı varsayımında ise, Kurul kararının şartlara ilişkin 4. maddesi ortadan kalkacağından, devralma işleminin yasaklama kapsamında olacağı ileri

sürülebilirse de, yargıda geçerli olan davacının aleyhine karar verme yasağının<sup>56</sup> bu yoruma engel olabileceği düşünülmektedir. Nihayetinde dava sonucunda verilmesi olası iptal kararının ne gibi hukuki sonuçlara yol açacağı ve mahkeme kararının ne şekilde yerine getirileceği konusunda birtakım belirsizliklerin ortaya çıkma olasılığının yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Yukarıdaki bölümlerde önermiş olduğumuz yaklaşımların, uygulamada bu tür sorunların ortaya çıkma ihtimalini en aza indireceği öngörülmektedir. Kurul'un şart dikte eden bir konumdan ziyade rekabetçi sorunları ortaya koyan ve tarafla birlikte çözüm önerilerini tartışan bir konumda olması gerekliliği açıkça görülmektedir.

İfade etmek gerekir ki, işlemin 7. maddedeki yasaklama kapsamında olduğunun tespit edilmiş olması, rekabet sorununun ortaya konması anlamına gelmektedir. Diğer yandan "batan firma savunması" konunun özelliği gereği dikkate alınması gereken bir husustur. Bu aşamada esas olan, ortadaki rekabet sorununu gidermeye yönelik çözümlerin, bildirimde bulunan tarafla yapılacak karşılıklı müzakereler sonucunda bir mutabakata varılarak tespit edilmesidir. Rekabetçi çözüm önerilerinin mutabakat sonucu olduğu durumlarda, bu öneriler karşı tarafın işlemin yasaklanmaması için getirdiği "taahhütler" niteliğinde olacağından tarafların daha sonra bu taahhütler çerçevesinde tesis edilen işlemin iptali için yargıya başvurması olasılığı da önemli ölçüde ortadan kalkacaktır. Bu durumda Kurul'un vereceği karar, ortaya konan rekabet sorunlarına karşılık, taraflarca önerilen çözümlerin bir taahhüde bağlandığı bir izin karar niteliğinde olacaktır.

## 5. SONUÇ

Rekabet hukuku uygulamalarının temel alanlarından olan teşebbüsler arası yoğunlaşmalar, pazar yapısında kalıcı değişikliğe neden olacak şekilde refah artırıcı ve rekabet karşıtı etkileri bünyelerinde barındırmaktadır. Bu etkiler çoğunlukla eş anlı bulunduğu başta rekabet karşıtı gibi görünen bir yoğunlaşma işlemi üzerinde yapılacak birtakım değişiklikler, onu bu kimliğinden arındırarak etkinlik doğurucu niteliğe kavuşturabilmekte ve toplumsal refah açısından önemli bir kazanç elde edilmektedir. Dolayısıyla yoğunlaşmaların kontrolünde rekabeti hangilerinin önemli ölçüde azaltacağını belirlemek kadar bu belirlemeden sonra nasıl bir yol izleneceği de önem arz etmektedir. Rekabet Kurulu belki de bugüne kadar etkinlik potansiyelinin tümüyle kaybedilmemesi gerekeyle rekabet açısından sorunlu yoğunlaşma işlemlerini yasaklama yerine

---

<sup>56</sup> Danıştay'ın bazı kararlarında bu yasak dikkate alınırken (örneğin Danıştay 8. Dairesi'nin 16.2.1998 tarihli, E. 1997/004389 K. 1998/000440 sayılı Kararı), bu yasağın dikkate alınmadığı kararlar da bulunmaktadır (örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 14.11.2002 tarihli, E. 2000/1111 K. 2002/4362 sayılı Kararı).

ağırlıklı olarak bu işlemlere şartlı onay verme yolunu seçmiştir. Ancak ekonomik açıdan makul sayılabilecek bu gerekçe hukukiliği sağlamaya yetmemektedir. Bu durum Danıştay'ın Vatan Gazetesi kararı ile de gün ışığına çıkmıştır.

Kurulun Kanun'dan aldığı yetkiyle bir yoğunlaşma işleminin rekabet açısından sorunlu olup olmadığını tespit ettikten sonra yasaklama kararı vermek yerine tartışmalı bir yetkiye dayanarak sorunu tek taraflı olarak çözmeye çalışması ve bunu taraflara dikte etmesi sorunu çözmeye yönelik bir çaba olsa da iş gereklerine uygun düşmemektedir. Bu noktada sorunun çözümünde sorumluluğun taraflara bırakılması hem Kurulun işini rahatlatacak, hem yasanın ruhuna uygun düşecek hem de *Vatan Gazetesi* gibi hukuken olası tartışmalı durumların önüne geçecektir.

## KAYNAKÇA

AKAY, H. (1997), “Birleşme ve Devralmalarda Rekabet Kurulundan İzin Alınması”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 57 YÜCEBAŞ, Ö. (2005), “Şirket Birleşmeleri ve Türkiye Uygulaması” Yüksek Lisans Tezi içinde, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2981.pdf>.

AKSOY, N. (2004), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

AKSOY, N., H.BOLATOĞLU ve Ş.YAVUZ (2006), “Rekabet Hukukunda Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, *Rekabet Dergisi* Sayı 25, Ankara.

ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.

BLANCO, L.O. (2006), *EC Competition Procedure*, Second Edition, Oxford University Press.

DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger Proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

DG Competition (2005) Merger Remedies Study, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf).

ERDEM, E. (2006), “1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Sayı 2004/1, s.25-50.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York.

PAPANDROPOULOS, P. ve A. TAJANA (2006), “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?” *ECLR*, Vol. 27, Issue 8, s.443-454.

SANLI, K.C. (2007), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 30, s.3-71.

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

SEZEN, A. (2007) Birleşme ve Devralmalar,  
<http://www.urteb.org/images/File/Birlesme%20ve%20Devralmalar,Ayse%20Sezen.pdf>,

WENT, D. (2006), “The Acceptability of Remedies Under The EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural”, ECLR, Vol. 27, Issue 8, s.455-475.