

**AT KOMİSYONU'NUN YOĞUNLAŞMALARLA İLGİLİ  
YENİ TEDBİR DUYURUSU İŞİĞİNDE  
TÜRKİYE AÇISINDAN ÇIKARIMLAR**

*INFERENCES FOR TURKEY IN THE LIGHT OF NEW EC  
COMMISSION NOTICE ON REMEDIES*

**Orçun SENYÜCEL\***

**Öz**

*Bu çalışmanın iki amacı bulunmaktadır. Öncelikle, AB Komisyonu'nun yoğunlaşma işlemlerine yönelik yeni tedbir duyurusunun ele alınması hedeflenmiştir. İkinci ve asıl amaç ise, Rekabet Kurulu kararlarının yeni Komisyon duyurusu, Komisyon ve AB mahkemeleri kararları göz önüne alınarak irdelenmesidir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu kararları eleştirilmiş ve atılması gereken adımlarla ilgili tavsiyelerde bulunulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** *AB Tedbir Duyurusu, tedbir, yoğunlaşma, taahhüt, şart*

**Abstract**

*The objective of this paper is twofold. First, this paper aims to analyze recent Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004. Second and the ultimate objective is to scrutinize Turkish Competition Authority decisions on remedies in consideration of new Notice, Commission and European Courts decisions. In this context, Turkish Competition Authority decisions are criticized and the steps that should be taken are recommended.*

**Key Words:** *EC Remedies Notice, remedy, concentration, commitment, condition*

---

\* Uzman, Rekabet Kurumu. Bu çalışmadaki görüşler yazara ait olup, Rekabet Kurumu'nun resmi görüşünü yansıtmaz.

## GİRİŞ

Küreselleşmenin etkisiyle giderek artan sayıda büyük şirket evlilikleri, rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemlerini daha detaylı ve dikkatli şekilde ele almalarını zorunlu hale getirmiştir. Ancak bu detaylı inceleme, sadece olası rekabetçi endişeleri saptamakla kalmamakta, bu endişelerin varlığı halinde bunların nasıl ortadan kaldırılabileceğini de kapsamaktadır. Söz konusu endişeleri gidermeye yönelik yoğunlaşma işlemi taraflarınca teklif edilen taahhütler çerçevesinde incelenen devralma ya da birleşmeye izin verilebilmektedir.

Avrupa Toplulukları Komisyonu (Komisyon), çok yakın bir tarihte teşebbüslerce verilecek taahhütleri ve tedbir kararlarının yapısını detaylı olarak ele alan Tedbir Duyuru'sunu<sup>1</sup> (Duyuru) yayımlamıştır. Duyuru yakın tarihli (Ekim 2008) yayımlandığı için, bu konuda Türkçe bir makale bildiğimiz kadarıyla olmadığı gibi,<sup>2</sup> yabancı kaynaklarda da akademik bir çalışmaya bu Tebliğ'in hazırlandığı zaman (Nisan 2009) itibarıyla rastlanmamıştır. Özellikle yabancı yayınlardaki bu eksikliğin bir diğer önemli nedeninin ise, Duyuru'nun uygulamada büyük bir değişiklik içermemesi olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda bu çalışmanın bir amacı Komisyon'un yeni Duyurusu'nu ele almak, diğer ve daha önemli amacı ise, bu Duyuru ile Komisyon ve Avrupa mahkemeleri kararları ışığında Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarını irdelemek ve politika önerilerinde bulunmaktır.

Bu çerçevede önce bu konuda Avrupa Topluluğu'ndaki tarihi arka plan ele alınarak, son yıllarda taahhüt mekanizmasının giderek artan önemi ile Komisyon'un hangi aşamalardan sonra Duyuru'yu yayımladığı ve bunun genel olarak ne gibi değişiklikleri içerdiği ele alınmıştır. Ardından Duyuru ve mahkeme kararları çerçevesinde taahhütler açısından genel prensipler ve sonrasında tedbirlerin yapısı ve uygulanması irdelenmiştir. Son bölümde ise, Kurul kararları incelenmiş ve Türkiye açısından nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine yönelik çıkarımlarda bulunulmuştur.

<sup>1</sup> Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 [2008] OJ C 267/01

<sup>2</sup> Doğrudan Duyuru'yu ele almasa da, genel anlamda taahhüt mekanizmasını ele alan yakın tarihli bir tebliğ bulunmaktadır (bkz. GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS (2009), "Yoğunlaşmaların kontrolünde taahhüt ve koşullu izin yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, Yayımlanmamış Tebliğ).

## 1. TARİHİ ARKA PLAN

Temeli 1951 yılındaki Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran Paris Anlaşması'na dayanan,<sup>3</sup> ancak Komisyon'un uzun mücadelesi sonucunda 4064/89 sayılı Tüzüğü<sup>4</sup> 1990 yılında yürürlüğe girmesiyle<sup>5</sup> birlikte yoğunlaşmaların kontrolünün başladığı Avrupa Topluluğu uygulamasında, söz konusu Tüzüğün 8(2). maddesi kapsamında taahhütler kabul edilmeye başlamıştır. Komisyon, taahhütler yoluyla yoğunlaşma işlemlerinde yapılacak değişikliklere yönelik yol göstermek amacıyla, o güne kadar edindiği tecrübeleri ışığında, 21 Aralık 2000'de Tedbir Duyurusu'nu<sup>6</sup> (eski Duyuru) yayımlamıştır. Bu konudaki yaklaşımın daha da tutarlı hale getirilmesi amacıyla Nisan 2001'de tedbirlerin uygulanmasına ve kabulüne yönelik tavsiyede bulunacak uygulama birimi (*enforcement unit*) oluşturulmuştur. Komisyon 2003 yılında yoğunlaşma işlemleri kapsamında verilecek olan taahhütlere<sup>7</sup> ve kayyım<sup>8</sup> vekâletine<sup>9</sup> yönelik örnek metinler ile En İyi Uygulamalar Rehberi'ni<sup>10</sup> yayımlamıştır. Ardından 2005 yılında, 1996 ile 2000 yılları arasında alınan toplam 96 tedbir kararını ele alan Birleşme Tedbirleri Çalışması'nı<sup>11</sup> yayımlayarak geçmişteki tedbir kararlarının

<sup>3</sup> Paris Anlaşması'nın 66. maddesi, demir ve çelik üretimindeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği yoğunlaşma işlemlerinde Komisyon'un onayını gerektirmektedir.

<sup>4</sup> Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L 257/90

<sup>5</sup> 4064/89 sayılı Tüzük, 25.madde

<sup>6</sup> Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 [2001] OJ C 68/3, prg.2.

<sup>7</sup> 'Commitments to the European Commission', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>

<sup>8</sup> İngilizce *trustee* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Kurul kararlarında (16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı *Promatech/Sulzer* kararı, 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı *Lufthansa/Güneş Express Havacılık* kararı) yediemin ya da kayyım kelimesini (18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı *MTW/Enodis* kararı) kullanmaktadır. Gürzumar ise, mutemet olarak çevirmiştir (GÜRZUMAR, O. (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin, s. 134). Genelde kayyım kelimesi tercih edildiğinden, (bkz. ULU, H. (2004), "Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara; AKSOY, N., H. BOLATOĞLU, Ş. YAVUZ (2006), "Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Dergisi, Sayı: 25) çalışmada da bu kelime kullanılmıştır.

<sup>9</sup> 'Trustee Mandate', [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee\\_mandate.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf)

<sup>10</sup> Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

<sup>11</sup> Birleşme Tedbirleri Çalışması (*Merger Remedies Study*), [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf)

etkinliğini irdelemiştir.<sup>12</sup> Söz konusu çalışma Avrupa Birliği (AB) rekabet komisyoneri Neelie Kroes tarafından da belirtildiği gibi, yoğunlaşma tedbirlerinde Komisyon'un gelecekteki kararlarını etkileyecek nitelikte olmasından dolayı oldukça önemlidir. Kroes'in çalışma kapsamında, "potansiyel olarak yetersiz tedbirlerin riskini müşteriler değil, birleşen teşebbüsler üstüne almalıdır" ifadesinin yer aldığı basın açıklaması<sup>13</sup> Komisyon'un –daha sonra açıklanacak olan- ispat yükü ve ispat seviyesine yaklaşımını göstermesi açısından oldukça önemlidir.

2004 yılında 139/2004 sayılı Tüzüğün<sup>14</sup> (Birleşme Tüzüğü) yürürlüğe girmesiyle 4064/89 sayılı Tüzük yürürlükten kalkmış, yoğunlaşma işlemlerindeki esas test olan "hakim durum testi" terk edilerek, "etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi" testine<sup>15</sup> geçilmiştir. Birleşme Tedbirleri Çalışması, mahkeme kararları ve Birleşme Tüzüğü çerçevesinde hazırlanan Taslak Tedbir Duyurusu<sup>16</sup> Nisan 2007'de kamuoyunun görüşlerine açılmıştır.<sup>17</sup> Gelen görüşler bağlamında, yakın bir zamanda, 22 Ekim 2008'de Duyuru yayımlanmıştır.

Komisyon'un özellikle son yıllarda giderek artan bir şekilde taahhüt mekanizmasına daha fazla önem vermesinin üç ana nedeninin olduğu düşünülmektedir. İlk olarak, yoğunlaşmanın etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği durumların büyük bir çoğunluğunda (yaklaşık %90'ında)<sup>18</sup> taahhüt kabul edilerek işleme izin verilmesi dolayısıyla, Komisyon bu konuyu daha net ve şeffaf bir şekilde ortaya koymak istemektedir. Özellikle 2000'li yıllarda şartlı izin verilen yoğunlaşma sayısının 90'lı yıllarda izin verilenin yaklaşık 2,5 katından fazla olduğu göz önüne alındığında, Komisyon'un son yıllardaki taahhüt

<sup>12</sup> LINDSAY, A. (2006), The EC Merger Regulation: Substantive Issues, London, Sweet and Maxwell, s. 548

<sup>13</sup> IP/05/1327, 21 Ekim 2005, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1327&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

<sup>14</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

<sup>15</sup> *Significant impediment to effective competition* (SIEC). Söz konusu test ABD'de uygulanmakta olan rekabetin önemli ölçüde azaltılması (*substantial lessening of competition*, SLC) testinden farklı bir yapı içermektedir, bkz. SENYÜCEL, O (2005), "An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test", Ankara Law Review, No: 2(2), s.173-177.

<sup>16</sup> Taslak Tedbir Duyurusu, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft\\_remedies\\_notice.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf)

<sup>17</sup> IP/07/544, 24 Nisan 2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/544&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

<sup>18</sup> 4064/89 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden 31 Mart 2009'a kadar toplam 24 yoğunlaşma işlemine izin verilmemiş olmasına karşın, 270 işlem taahhüt kapsamında izin almıştır.

konusuna detaylı yaklaşımı daha net olarak anlaşılacaktır.<sup>19</sup> İkincisi, Birleşme Tedbirleri Çalışması'nın sonucunda Komisyon, incelediği 85 tedbir kararından<sup>20</sup> sadece %57'sinin etkin olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>21</sup> Dolayısıyla tedbirlerin daha etkili olması için örnek metinler ve daha detaylı bir Duyuru hazırlama ihtiyacı doğmuştur. Son olarak, bu konudaki mahkeme kararlarının artmasıyla birlikte "gri" olan bazı alanların netleşmesi sağlanmış, bu ise daha kapsamlı metinlerin ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir.

Ancak bütün bu gelişmelere karşı, yeni Duyuru uygulama açısından çok fazla değişiklik içermemektedir.<sup>22</sup> Genel anlamda yeni Duyuru'nun eskisinden önemli farkları şu şekilde sıralanabilir:

- Yeni Duyuru eskisine göre oldukça detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Her ne kadar taslak haline gelen eleştirilerde bu durumun sürecin otomatikleşmesine ve esnekliğin ortadan kalkmasına yol açma riskini taşıdığı iddiaları ileri sürülse de,<sup>23</sup> ileride detaylı olarak ele alınacak Duyuru'da yeterli esnekliğin Komisyon'a ve taraflara tanındığı düşünülmektedir.
- Önemli değişikliklerden bir tanesi ise ispat yüküyle ilgilidir. Eski Duyuru'da ispat yükü taraflara ait iken, mahkeme kararları çerçevesinde ispat yükünün Komisyon'a ait olduğu kabul edilmiştir.
- Mahkeme kararları bağlamında Duyuru'da, davranışsal tedbirlerin kabulünde –yeterli olduğu düşünülmemekle birlikte- eskisine göre daha esnek yaklaşıldığı görülmektedir.
- Hakemlik müessesine yer verilmiştir.
- Taahhüt çeşitleri eklenmiş, gözden geçirme şartı (*review clause*) ayrı bir başlık altında detaylı olarak ele alınmış, ayrıştırılan varlığı geri almama şartı eklenmiştir.
- Kayyımın görevleri ve atanması detaylı olarak ele alınmıştır.

<sup>19</sup> Bu konulardaki istatistikî veriler için bkz. 'Statistics', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

<sup>20</sup> Kalan 11 tedbir kararında pazar yapısındaki gelişmeler tedbir kararını gereksiz hale sokmuştur. Kısaca, tedbirin alınmış olmasının bir etkisi olmadığından çalışmada bunlar incelenmemiştir.

<sup>21</sup> Bkz. s.170. Etkinlik açısından, kriterler için bkz. s.127.

<sup>22</sup> LOUIS, F., S.B. VÖLCKER ve G. ACCARDO (2008), "New EU Commission Notice on Remedies in Merger Cases",

<http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=8526>,

Erişim Tarihi: 14.04.2009

<sup>23</sup> International Bar Association, Antitrust Committee (2007), "Submission of the IBA Working Group on the European Commission's Draft Notice on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004", part:2, s.4, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/iba\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/iba_2.pdf)

## 2. TAAHHÜTLER AÇISINDAN GENEL PRENSİPLER

Duyuru, ‘Genel Prensipler’ başlığı altında taahhütlerin kabulü için temel şartları, tedbir çeşitlerinin uygunluğunu ve taahhütlerin kabulünde izlenen yöntemi ele almıştır. Ancak bu bölümde Duyuru’dan biraz farklı bir yol izlenmiş, genel prensipler daha dar bir çerçevede, sadece taahhütler açısından ele alınmış, tedbir çeşitlerine ilerleyen bölümde yer verilmiştir. Bu bağlamda, özellikle Türkiye uygulaması açısından önemli görülen taahhütlerin içermesi gereken özellikler, işlem taraflarınca verilmesi, ispat yükü ve geri almama şartı irdelenmiştir.

### 2.1. Taahhütlerin İçermesi Gereken Özellikler

Birleşme Tüzüğü, yoğunlaşma işlemleriyle ilgili Komisyon’un nihai olarak üç farklı karar verebileceğini içermektedir. Komisyon işlemin ortak pazarla uyumlu olduğunu kabul edebilir<sup>24</sup> veya Birleşme Tüzüğü’nün 2(3). maddesi kapsamında etkin rekabetin önemli ölçüde engelleneceğine yönelik endişeleri bulunması durumunda, taraflarca ilk ya da ikinci aşamada sunulan taahhütler kapsamında yoğunlaşma işlemine izin verebilir<sup>25</sup> ya da incelemeyi derinleştirerek<sup>26</sup> (ikinci aşamaya geçerek) yasaklayabilir.<sup>27</sup>

Ancak Birleşme Tüzüğü kabul edilebilir taahhütlerin yapısı hakkında bilgi vermemekte,<sup>28</sup> sadece genel olarak taahhütlerin rekabetçi sorunla orantılı ve bunu ortadan kaldırabilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>29</sup> Duyuru ise, Komisyon’un birinci ve gerek görürse daha detaylı incelemeye aldığı ikinci aşamada da taahhüt kabul edebileceğini,<sup>30</sup> ancak ikisi arasında önemli fark bulunduğunu belirterek bu konuya açıklık getirmektedir: Birinci aşamadaki taahhütler, detaylı pazar araştırmasına imkân olmadığından,<sup>31</sup> rekabetle ilgili sorunların kolayca tanımlanabilmesi ve basit biçimde düzeltilebilmesi durumu haricinde kabul edilmeyecektir.<sup>32</sup>

Duyuru incelendiğinde, taahhütlerin kabul edilebilmesi için beş temel özellik taşıması gerektiği gözlenmektedir.<sup>33</sup> İlk olarak Bidayet Mahkemesi’nin

<sup>24</sup> Birleşme Tüzüğü, 6(1) ve 8(1). maddeler.

<sup>25</sup> Ibid, 6(1)(b), 6(2) ve 8(2). maddeler.

<sup>26</sup> Ibid, 6(1)(c). madde

<sup>27</sup> Ibid, 8(3). madde.

<sup>28</sup> EZRACHI, A. (2006), “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No: 29(3), s. 466.

<sup>29</sup> Birleşme Tüzüğü, giriş, 30. prg.

<sup>30</sup> Duyuru, 18. prg.

<sup>31</sup> Ibid, 18.prg

<sup>32</sup> Ibid, 81. prg

<sup>33</sup> Ibid, 9-10. prg.

*Cementbouw*<sup>34</sup> kararı çerçevesinde, taahhütler rekabetçi endişeleri *tamamen* ortadan kaldırmalıdır. Buna ilaveten taahhütler tüm yönleriyle 'kapsamlı ve etkin' olmalıdır. Söz konusu ifade Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric*<sup>35</sup> kararından alınmışsa da, mahkeme kısa süre sonra *EDP*<sup>36</sup> kararında aynı konuya değinerek taahhütlerin 'tam ve etkin' olması gerektiğini belirtmiş ve daha sert bir tutum izlemiştir. Bu bağlamda taahhütlerin detaylı biçimde tüm olabilecek sorunları kapsaması gerekmektedir ve bu konuda sorumluluk taraflara aittir.<sup>37</sup> Mahkeme'nin ve dolayısıyla Duyuru'nun etkinlik şartından ise, taahhütlerin uygulanabilirliğini değil, rekabetçi sorunları çözebilme yetisini kastettikleri düşünülmektedir. Nitekim, Duyuru üçüncü temel kriter olan uygulanabilirliği ayrıca ele almıştır. Duyuru'ya göre, taahhütlerin uygulanabilecek nitelikte olmasına ilaveten, bunların sonucunda oluşacak pazar yapısı işleyebilir ve rekabetin engellenmemesini temin edecek biçimde sürdürülebilir olmalıdır. Söz konusu ifade, Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric* kararında geçen bir cümlenin eksik halidir. Mahkeme bu kararında, taahhütlerin uygulanması sonucu oluşacak pazar yapısının 'yakın zamanda'<sup>38</sup> rekabeti bozucu nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir. Komisyon'un Duyuru'da 'yakın zamanda' ifadesini kullanmaksızın mahkeme kararına yer vermesi, bu konuda mahkemeden daha sert bir tutum içine girmek istemesi olarak yorumlanabilir. Nitekim Taslak Duyuru'da da aynı yaklaşım izlenmiş,<sup>39</sup> bu konuda gelen eleştiriye<sup>40</sup> rağmen değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda iki sonuç çıkarmak mümkündür. İlk olarak, taahhüt sonucunda oluşacak pazar yapısının kalıcı biçimde rekabeti engellemeyecek içerikte olma zorunluluğunun, taraflar açısından gereğinden fazla yükümlülük getirdiği düşünülmektedir. Nitekim ATAD, *Tetra Laval*<sup>41</sup> davasında yoğunlaşma işlemlerinin geçmiş olayların incelenmesini değil, gelecekte olabilecek olayların tahminine dayandığını belirterek, bu bağlamda çok dikkatle ele alınması gerektiğini vurgulamış ve bu konudaki delillerin doğru, eksiksiz, güvenilir, tutarlı ve gerekli tüm bilgileri içermesi gerektiğine hükmederek<sup>42</sup> yüksek bir ispat seviyesi belirlemiştir. Taahhütlerin işlem taraflarınca verileceği ve *Tetra Laval*'daki yüksek ispat seviyesi göz önüne alındığında; pazarın 'yakın zamanda' değil, kalıcı olarak rekabetçi endişeleri ortadan kaldıracağını istemenin taraflara getireceği yükümlülük daha net olarak anlaşılacaktır. İkinci olarak

<sup>34</sup> *Cementbouw* k. Komisyon [2006] Dava T-282/02, prg.307.

<sup>35</sup> *General Electric* k. Komisyon [2005] Dava T-210/01, prg. 52.

<sup>36</sup> *EDP* k. Komisyon [2005] Dava T-87/05, prg. 105.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *General Electric* k. Komisyon, prg. 555.

<sup>39</sup> Taslak Duyuru, prg. 10.

<sup>40</sup> International Bar Association, Antitrust Committee (2007), s.6.

<sup>41</sup> Komisyon k. *Tetra Laval* [2005] C-12/03 P, prg. 42.

<sup>42</sup> *Ibid.*, prg. 41,39

Komisyon'un mahkeme kararındaki bir cümleyi aynen alıp son iki kelimeyi çıkarması hukuki tutarlılık ve belirlilik açısından doğru bir yaklaşım değildir.

Taahhütlerde bulunması gereken diğer özellik ise, kısa sürede uygulanabilir yapıda olmasıdır. Bu özellik mahkeme kararlarına dayanmasa da, "pazardaki rekabet şartları taahhütler tamamlanmadan sürdürülemeyeceğinden"<sup>43</sup> geçerli bir gerekçeye dayanmaktadır. Taahhütlerin çok değişik yapılar içerebilmesinden dolayı, Duyuru net bir süre sınırı çizmemekle birlikte; kısa sürelerin ayrıştırma işlemlerinin başarısına önemli katkısı olduğuna yönelik Komisyon'un tecrübesi çerçevesinde ayrıştırma için altı ay civarında bir süre,<sup>44</sup> denetleyici kayyımın atanması için ise normalde iki haftalık süre<sup>45</sup> öngörülmüştür. Komisyon, Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda uzun sürelerin getireceği sorunu şu şekilde açıklamıştır: a) uzun uygulama süreleri belirsizliği artıracığından, ayrıştırılan işin rekabetçiliğini etkileyecektir, b) personel, müşteriler ve ortaklar açısından uzun süreler sözleşmelerin feshi, ortaklıktan ayrılma vb. şekilde riskleri taşımaktadır, c) ayrıca bu durum işlemin taraflarının ayrıştırılan işin rekabet gücünü azaltma imkânını da artırmaktadır, d) son olarak denetleme süresi uzamaktadır.

Son özellik olan taahhütlerin denetlenebilmesi oldukça önemlidir. Zira Duyuru etkin denetleme mekanizmasının olmadığı durumlarda verilen taahhüdün –Bidayet Mahkemesi'nin *easyJet*<sup>46</sup> kararındaki ifadesiyle- "tarafların niyet beyanı"ndan öteye geçmediğini belirtmektedir ki,<sup>47</sup> bu yaklaşım Komisyon'un daha kolay denetlenebilen yapısal nitelikteki taahhütlerde ısrarcı olmasının nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.<sup>48</sup>

## 2.2. Taahhütlerin İşlem Taraflarınca Verilmesi

Geçmiş uygulamada da yer alan, Duyuru'da da belirtilen önemli bir nokta, taahhütlerin taraflarca verilmesinin gerekli olduğu, Komisyon'un tek taraflı olarak izin kararına şartlar koyamayacağıdır.<sup>49</sup> Komisyon, tarafların taahhütlerdeki değişiklik talebini kabul edebilir, ancak bunu tek taraflı (taraflardan talep gelmeksizin) yapamaz. Söz konusu yaklaşımın temelini *EDP* kararı oluşturmaktadır. Kararda Bidayet Mahkemesi, taraflarca ileri sürülen, denetleme yükümlülüğünün ulusal otoritelere yapılabileceği iddiasına karşın,

<sup>43</sup> Duyuru, 9. prg.

<sup>44</sup> Ibid, 98. prg.

<sup>45</sup> Ibid, s. 26, 1. dipnot.

<sup>46</sup> *easyJet* k. Komisyon [2006] Dava T-177/04, prg.188.

<sup>47</sup> Duyuru, prg. 13.

<sup>48</sup> Bkz. Ibid, prg. 15.

<sup>49</sup> Ibid, prg. 6.



bunun ancak taahhütlerde değişiklik ile yerine getirilebileceğini, ancak Komisyon'un tek taraflı değişiklik yapma konusunda yetkisinin olmadığını belirterek reddetmiştir.<sup>50</sup> Mahkeme, şartların yeterli olduğunu Komisyon'un kontrol etmesini talep edenlerin işlemin tarafları olduğunu ifade ederek, denetleme yükümlülüğünün nasıl yapılacağına yönelik yapının taraflarca hazırlanması gerektiğini ima etmiştir.<sup>51</sup> Kısaca, denetleme yükümlülüğü gibi taahhütlerde temel noktayı oluşturmeyen konularda dahi Mahkeme, Komisyon'un değişiklik yapmasına izin vermemektedir. Söz konusu durum ileride ele alınacak Türk Rekabet Hukuku uygulaması açısından oldukça önemlidir.

Dolayısıyla taraflar rekabetçi sorunları ortadan kaldıracak yeterli taahhütlerde bulunamazlarsa, Komisyon için tek seçenek işlemi yasaklamaktır.<sup>52</sup>

### 2.3. İspat Yükü

Eski Duyuru'nun 6. paragrafı, yoğunlaşma sonucunda etkin rekabetin engelleneceğinin gösterilmesinin Komisyon'un sorumluluğunda olduğunu ancak, taahhütlerin uygulanması sonucunda söz konusu rekabetçi endişelerin ortadan kalkacağını göstermenin ise işlemin taraflarının sorumluluğunda bulunduğunu belirtmektedir.<sup>53</sup> Ancak EDP kararında Mahkeme, bu kuralı kabul etmemiş ve ispat yükümlülüğü açısından taahhütlerin olmadığı durumla olduğu durum arasında bir fark bulunmadığına, ikisine de aynı kriterin uygulanacağına hükmetmiştir:

“[...] ispat yükünü ilgilendirdiği yönüyle, taahhütlerle değiştirilmiş bir yoğunlaşma değiştirilmemiş bir yoğunlaşma ile aynı kriterlere bağlıdır [...] Buna ilaveten [eski] Tedbir Duyurusu'nun 6. paragrafı [...] bu hukuki durumu değiştiremez [...] Tam tersine, taahhütlerle uygun yerleri değiştirilmiş bu yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olmadığına açıklanmasının gerektiğini ispatlamak, nihai olarak, Komisyon'a aittir.”<sup>54</sup>

Bu bağlamda yeni Duyuru'da ispat yükünün Komisyon'da olduğu kabul edilmiştir.<sup>55</sup> Bununla birlikte Komisyon, taahhütlerin değerlendirilebilmesi açısından gerekli tüm bilginin verilmesinin tarafların sorumluluğunda olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla taraflar taahhütlerin içeriğiyle ilgili detaylı bilgi vermek, uygulanma şartları ve etkin rekabetin engellenmesini ortadan kaldırmaya

<sup>50</sup> EDP k. Komisyon, prg. 105

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Duyuru, prg. 6.

<sup>53</sup> Eski Duyuru, prg. 6.

<sup>54</sup> EDP k. Komisyon, prg. 62 ve 64.

<sup>55</sup> Duyuru, 8. prg.

uygunluğunu göstermek zorundadırlar.<sup>56</sup> Duyuru tarafların bu zorunluluğunu mahkeme kararlarına atıf yapmaksızın vermekle birlikte, Bidayet Mahkemesi'nin *General Electric* kararı çerçevesinde tarafların bu sorumluluklarının olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu kararda Mahkeme, Komisyon'un taahhütlerdeki teknik ya da ticari eksikliklerden sorumlu olmadığını, bu eksikliklerin bulunması durumunda taahhüdü kabul etmeyebileceğini hükme bağlamıştır.<sup>57</sup> Dolayısıyla, taahhütlerde eksikliklerin bulunmaması açısından gerekli tüm bilgileri vermek tarafların sorumluluğundadır.

#### **2.4. Geri Almama Şartı**

Eski Duyuru'da geçmemesine rağmen pratikte kısmen uygulanan<sup>58</sup> işlem tarafı teşebbüslerin ayrıştırdıkları varlığı 10 yıl boyunca geri almama şartı, yeni Duyuru'da taahhütlerin "genellikle" 10 yıllık geri almama şartı içerdiği şekilde yer almaktadır.<sup>59</sup> Her ne kadar taahhütte bu sürenin Komisyon'un onayı ile değiştirilebileceğine dair bir hükmün konabileceği belirtilse ve 10 yıllık geri almama şartının zorunlu olduğuna dair bir ifade yer almasa da, Komisyon'un bu konuda daha katı bir tutum izleyebileceği bu maddenin Duyuru'da yer almasından anlaşılmaktadır. Süresi pazarın yapısına bağlı olarak belirlenebilecek olan geri almama şartı için 10 yıl gibi uzun bir zaman ön görülmesi, yoğunlaşma işlemleri açısından sıkıntı doğurabilecek niteliktedir. Nitekim yeni ekonomilerde ya da pazarın daha tam olgunlaşmadığı sektörlerde pazar payları çok daha kısa sürelerde değişebilmektedir. Buna ilaveten yasal mevzuat çerçevesinde giriş engellerinin olduğu pazarlarda mevzuat değişikliği ile kısa sürede pazar yapısı farklılaşabilmektedir. Bu sebeplerle her hangi bir sürenin öngörülmemesi ve karar bazında sürelerin belirlenmesinin daha doğru olacağı söylenebilir.

### **3. TEDBİRLERİN YAPILANDIRILMASI**

#### **3.1. Tedbirlerin Sınıflandırılması**

Tedbir kararlarını çeşitli biçimlerde sınıflandırmak mümkün olsa da<sup>60</sup>, genel olarak yapısal ve davranışsal şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Ibid, prg. 7.

<sup>57</sup> General Electric k. Komisyon, prg. 52.

<sup>58</sup> International Bar Association, Antitrust Committee (2007), s.13.

<sup>59</sup> Duyuru, 43. prg.

<sup>60</sup> Örneğin doğrudan etkin rakip yaratma ya da yeni girişi kolaylaştırma (LINDSAY, A. (2006), s. 554) şeklinde de ayrıma gidilebilir.

<sup>61</sup> ICN (2005), Merger Remedies Review Project, s.7,

[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_4th\\_bonn\\_2005/Remedies\\_Study.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Remedies_Study.pdf)

Komisyon'un Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda<sup>62</sup> ise, tedbirler dört ayrı kategoride ele alınmıştır:

- (a) Pazar konumunun devrini içeren taahhütler,
- (b) Ortak girişimden çıkmayı içeren taahhütler,
- (c) Erişim sağlayan taahhütler,
- (d) Diğer.

Ancak Duyuru'da daha farklı bir yol izlendiği söylenebilir. Duyuru'da her ne kadar net olarak tedbirlerin iki ana başlık altında ele alınabileceği yer almasa da, geleneksel sınıflandırmaya uyularak, yapısal<sup>63</sup> ve yapısal olmayan<sup>64</sup> (davranışsal) şeklinde bir yaklaşım sergilenmiştir. Hatta Duyuru, uygulama açısından, yapısal bir tedbir olan ayırıştırmanın önemine vurgu yaparak, tedbirlerin üç ayrı başlık altında ele alınabileceğini belirtmiştir: 1- Ayırıştırma, 2- Diğer yapısal tedbirler, 3- Yapısal olmayan tedbirler:

“Bununla beraber ayırıştırılmalar, önemli altyapıya veya girdilere ayırıcı olmayan koşullarda erişimin sağlanması gibi diğer yapısal tedbirler ile birleşen şirketin gelecekteki davranışlarıyla ilgili taahhütler arasında genel bir ayırım yapılabilir.”<sup>65</sup>

Duyuru, yapısal ile yapısal olmayan tedbirlerin tanımını yapmamakta, aralarındaki farkı net olarak çizmemektedir. İki arasında sınırı belirgin olarak çizmek oldukça güç olsa da; Ezrachi, yapısal tedbirlerin rekabetin sürdürülmesi veya sağlanması için genellikle pazar yapısına doğrudan müdahale ile kalıcı tek seferlik değişim yapılması özelliğini taşıdığı, davranışsal tedbirlerde ise tek seferlik değil; teşebbüslerin davranışlarına, varlıklarını nasıl kullanacaklarına, pazarda rekabet etmelerine veya diğer teşebbüslerle yapacakları sözleşmelere yönelik yükümlülükler bulunduğunu belirtmektedir.<sup>66</sup> Ancak yazarın bu tanım kapsamında alt yapı ya da önemli varlıklara erişimi davranışsal kabul etmesi<sup>67</sup> yukarıda yer verilen Duyuru'daki yaklaşımla örtüşmemektedir. Motta vd. tarafından yapılan diğer bir tanımda ise, yapısalın mülkiyet haklarının dağılımında değişikliği ve yeni teşebbüslerin oluşumunu içerdiği, oysa yapısal olmayan tedbirlerin birleşen firmaların mülkiyet hakları üzerinde sınırlama getirdiği

<sup>62</sup> Bkz. s.17.

<sup>63</sup> Duyuru, prg. 10, 15, 17.

<sup>64</sup> Ibid, prg.69.

<sup>65</sup> Ibid, prg. 17. Aynı sınıflandırma için bkz. GÜRKAYNAK vd. (2009), s. 26.

<sup>66</sup> EZRACHI, A. 2006, s. 460.

<sup>67</sup> Ibid, s. 460. Yazar tek seferli de olsa erişim tedbirlerini davranışsal kabul etmektedir.

belirtilmektedir.<sup>68</sup> Ancak bu tanım gereği de erişim sağlanması yapısal olmayan kategoride yer almaktadır.

Net bir sınır çizmekten kaçınsa da, Duyuru incelendiğinde satır aralarında bu farka yönelik önemli bir kriterin olduğu görülmektedir: denetleme süresi. Tedbir kararı “orta ya da uzun süreli denetleme” gerektirmiyorsa yapısal niteliktedir,<sup>69</sup> aksi halde yapısal olmayan sınıfta kabul edilecektir. Nitekim fiyatları artırmama ya da üretimi azaltmama gibi taahhütler uzun süreli ve sürekli denetlemeyi gerektirdiğinden davranışsal sayılmıştır.<sup>70</sup> Bu bağlamda Duyuru’da, erişim sağlanması benzeri tedbirlerin tek seferde gerçekleşmesi ya da kısa süreli denetleme gerektirmesi durumunda yapısal olarak kabul edildiği söylenebilir. Nitekim Bidayet Mahkemesi de, yapısal taahhütlerin tek seferde ve kalıcı olarak rekabetçi sorunları giderdiğini belirterek Duyuru’da yer alan yaklaşımın alt yapısını oluşturmuştur.<sup>71</sup>

Yapısal ile davranışsal arasındaki ayrımı çizmeye çalışmak akademik bir amacın ötesinde, uygulama açısından da gerekli olabilecek niteliktedir. Bidayet Mahkemesi, *Gencor* kararında, yapısal ile davranışsal şeklinde sınıflandırmanın önemsiz olduğunu vurgulamakla birlikte, Birleşme Tüzüğü’nün amaçları açısından yapısalın tercih edilebileceğine hükmetmiştir:

“Teklif edilen taahhüdün yapısal veya davranışsal [olarak] sınıflandırılması [...] önemsizdir. Yapısal nitelikte olan taahhütler, hakim durumun güçlenmesi veya ortaya çıkmasını bir seferde ve kalıcı olarak veya en azından belli süreliğine engellediği [...] ve buna ilaveten orta veya uzun dönem denetleme tedbirleri gerektirmediği için, [bunların] Tüzüğün amacı itibarıyla kural olarak tercih edilmesi doğrudur.”<sup>72</sup>

Her ne kadar kararın devamında Mahkeme davranışsal taahhütlerin otomatik olarak reddedilemeyeceğine, karar bazında taahhütlerin incelenmesi gerektiğine hükmetmiş olsa da,<sup>73</sup> yapısal tedbirlerin üstünlüğünü kabul etmiştir. Komisyon Duyuru’da ise, daha da dar bir yaklaşımla, en sık rastlanan<sup>74</sup> yapısal

<sup>68</sup> MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, *Antitrust Bulletin*, 52(3), s. 606.

<sup>69</sup> Duyuru prg. 15, 13, 69.

<sup>70</sup> *Ibid*, prg. 17.

<sup>71</sup> *Gencor* k. Komisyon [1999] Dava T-102/96, prg.319.

<sup>72</sup> *Ibid*, prg. 319. Söz konusu yaklaşım ATAD tarafından da *Tetra Laval*’da kabul edilmiştir (Bkz. prg. 86).

<sup>73</sup> *Gencor* k. Komisyon, prg.320.

<sup>74</sup> Örneğin Birleşme Tedbirleri Çalışması’nda Komisyon’un incelediği 96 tedbirden 68 tanesi ayrıştırıcıdır (s. 18).

tedbir türü olan ayrıştırmayı en etkin<sup>75</sup> ve rekabetçi sorunları gidermede en iyi yöntem olarak kabul etmiş,<sup>76</sup> yukarıda açıklandığı üzere, ayrıştırma işlemlerini ayrı bir kategoride ele almıştır. Bu bağlamda yapısal ve davranışsal arasındaki sınırın çizilmesi uygulama açısından da gereklidir ve bu sınırı denetleme süresinin belirlediği söylenebilir.

### 3.2. Tedbir Çeşitlerinin Uygunluğu ve Karşılaşılan Sorunlar

Yapısal ya da davranışsal tedbirin uygunluğunu belirleme açısından *Gencor* kararındaki Mahkeme'nin yaklaşımını dikkatle ele almak gereklidir. Mahkeme kararında, Birleşme Tüzüğü'nün amacının rekabetin engellenmesini önlemek olduğunu belirttikten sonra, teşebbüslerce verilen hakim durumlarını kötüye kullanmayacakları şeklinde genel taahhütlerin kontrolü kolay bile olsa, kabul edilebilir nitelikte olmadığına karar vermiş<sup>77</sup> ve yukarıda ele alınan hükmüyle yapısal tedbirin davranışsal tedbire üstünlüğünü ifade etmiştir. Daha sonraki bir kararında Bidayet Mahkemesi, yatay yoğunlaşmalar açısından varlık satışının en uygun yol olduğunu kabul etmekle birlikte, davranışsal taahhütlerin kural olarak reddedilemeyeceğini *Gencor* kararındaki yaklaşımına referans vererek açıklamıştır.<sup>78</sup>

Bununla birlikte, eski Duyuru'da *Gencor* kararına atıf yapılarak, salt davranışsal nitelikteki taahhütlerin kabul edilebilir vasıfta olmadığına yönelik bir madde yer almıştır.<sup>79</sup> Komisyon, *Gencor* kararını davranışsal tedbirlere karşı nitelikte okumaya devam ederek, *Tetra Laval/Sidel*'de tarafların önerdiği 82. maddeyi ihlal etmemeye yönelik davranışsal nitelikteki taahhütleri reddetmiştir.<sup>80</sup> Bidayet Mahkemesi Komisyon'un bu yaklaşımını kabul etmemiş, bunun üzerine Komisyon'un davayı ATAD'a götürmesi nedeniyle davranışsal tedbirlerle ilgili yaklaşım daha netlik kazanmıştır. ATAD, *Gencor* ve *Tetra Laval* davalarındaki durumların birbirlerinden farklı olduğunu; ilkinde işlem sonucunda doğrudan pazardaki yapının değişeceğini, ancak ikincisinde pazar yapısının sadece bir pazardaki gücün başka pazarda kullanılması (kaldıraç etkisi) yoluyla *değişebileceğini* belirtmiştir.<sup>81</sup> Dolayısıyla *Gencor*'da pazar yapısı işlem sonrası net olarak değişeceğinden, hakim durumu kötüye kullanmama şeklinde çok genel bir taahhüdün kabulü uygun bulunmamış, *Tetra Laval*'da ise ancak belirli şartlar altında pazar etkilenebileceğinden, bu şartları ortadan kaldırıcı nitelikteki

<sup>75</sup> Duyuru, prg. 22.

<sup>76</sup> Ibid, prg. 17.

<sup>77</sup> *Gencor* k. Komisyon, prg. 317.

<sup>78</sup> BaByliss SA k. Komisyon [2003], Dava T-114/02, prg.170.

<sup>79</sup> Eski Duyuru, prg.9.

<sup>80</sup> *Tetra Laval/Sidel*, COMP/M.2416, prg. 431.

<sup>81</sup> Komisyon k. *Tetra Laval* [2005], Dava C-12/03 P, prg.84.

davranışsal taahhütler kabul edilebilir nitelikte görülmüştür. Bidayet Mahkemesi'nin *Gencor*'daki yaklaşımından ayrıldığına yönelik Komisyon'un iddialarını reddeden ATAD, *Gencor* kararının davranışsal taahhütleri reddedecek şekilde okunamayacağını altını çizmiştir.<sup>82</sup> Bu bağlamda Duyuru ile Komisyon'un yapısal olmayan taahhütlere yönelik bu katı tutumunu içeren madde kalkmıştır.<sup>83</sup>

Ezrachi, ATAD'ın kararını değerlendirirken, artık sadece hakim durumunu kötüye kullanmama şeklindeki taahhütlerin sistematik olarak reddedilebileceğini belirtmektedir.<sup>84</sup> Ancak ATAD'ın yaklaşımının bu şekilde değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Zira Mahkeme, "doğrudan" pazardaki yapının değişeceği durumlarda salt davranışsal taahhüdü kabul etmemiş, pazardaki yapının değişme ihtimali söz konusuysa taahhüdün incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda özellikle etkin rekabetin engellenmesi testi ile birlikte hakim durum oluşturmaya yönelik davranışların doğrudan pazarı etkileyeceğinin (örneğin fiyat artışı) gösterilmesi durumunda da salt davranışsal taahhütlerin reddedilebileceği düşünülmektedir.

Komisyon'un yapısal davranışsala net şekilde tercih etmesi ve özellikle ayırıştırma en etkili ve en iyi çözüm olarak görmesine rağmen, yapısal tedbirlerde de çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Nitekim Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda ele alınan 84 ayırıştırma toplam 194 önemli sorun ortaya çıkmış, bunlardan %70'i uygulama sürecinde çözümlenmesine karşın %30'u çözümsüz kalmıştır.<sup>85</sup> Benzer şekilde, Federal Ticaret Komisyonu (FTC)'nin 1999 yılındaki Ayırıştırma Çalışması'nda (FTC Çalışması) ise, ayırıştırma tedbirlerinin başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır.<sup>86</sup> Aynı çalışmada ayırıştırma tedbirlerinin etkin olmamasıyla ilgili şu durumların ortaya çıktığı belirtilmektedir:<sup>87</sup>

- a) Rekabet otoritesi ile taahhüt veren taraf arasındaki bilgi asimetrisi, yani sektörel bilgiye rekabet otoritesinin yeterli derecede sahip olmaması, ayırıştırma paketlerinin eksik olmasını, dolayısıyla tedbirin etkisizliğini beraberinde getirmektedir.

<sup>82</sup> Ibid, prg. 86.

<sup>83</sup> Bkz. Duyuru prg.15.

<sup>84</sup> EZRACHI, A. 2006, s. 470.

<sup>85</sup> Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 124-125.

<sup>86</sup> FTC (1999), A Study of the Commission's Divestiture Process, s. 9-10. <http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf> Çalışmada alıcının ilgili pazarda kısa sürede faaliyet göstermeye başladığı ve etkin şekilde rekabet edebildiği durumlar başarılı sayılmıştır.

<sup>87</sup> Buradaki gerekçeler, FTC Çalışması'ndaki alıcılarla yapılan görüşmeler bağlamında kişisel yorumlar eklenerek yazılmıştır. Bu sebeple gerekçelerdeki yorumlar FTC'nin yaptığı yorumlar değildir.

- b) Taraflar devredilecek varlığı güçlü rakip olarak görmedikleri teşebbüslere satma eğilimi göstermekte, güçlü olmayan teşebbüs alım sonrası etkin rekabeti sağlayamamaktadır.
- c) Alıcıların yeterli bilgiye sahip olmaması<sup>88</sup> ki, FTC Çalışması'na göre genellikle karşılaşılan bir durumdur, tedbirin istenilen amaçları elde etmesine engel olmuştur. Teşebbüslerin eksik bilgiye rağmen satın alma nedenleri oldukça ilginçtir: yerleşmiş bir varlığı devralarak işi öğrenmek ve çalışanların bilgileri sayesinde sıfırdan pazara girmeye göre riski düşürmek.<sup>89</sup> Bu bağlamda teşebbüslerin eğilimleri ile rekabet otoritesinin hedeflerinin farklı olabileceği FTC Çalışması ile net olarak ortaya çıkmıştır.<sup>90</sup>

Bunlara ilaveten yapısal tedbir sonrası pazarda simetrik bir yapı oluşuyorsa, Motta vd. belirttiği gibi, işbirliği doğma riski artmaktadır.<sup>91</sup> Buna örnek olarak Fransa'da maden suyu pazarında gerçekleşen *Nestlé/Perrier*<sup>92</sup> devralması verilebilir. Komisyon'un Perrier'in önemli bir markası olan Volvic'in Nestlé'nin esas rakibi olan BSN'e satılmasına yönelik taahhüde onay vermesiyle izin verdiği devralma işlemi, yazarlara göre BSN'in Volvic'i satın alarak güçlenmesiyle pazardaki simetriyi artırmış, rekabet açısından olabilecek en kötü sonucu doğurmuştur.

Yapısal tedbir ile ilgili başka bir sorun –sık yaşanmasa da- alıcının olmadığı hallerde geçerlidir ve bu şekildeki bir pazarda tek uygun çözüm yapısal olmayan tedbirler olmaktadır. Buna örnek olarak *Boeing/McDonnell Douglas*<sup>93</sup> kararı verilebilir. Komisyon Boeing'in rakibi olan Airbus da dahil olmak üzere hiçbir potansiyel alıcının McDonnell Douglas'ın devrine ilgi göstermediği sonucuna ulaşmış,<sup>94</sup> bu bağlamda davranışsal taahhütleri kabul etmiştir.<sup>95</sup>

Son olarak yapısal ile davranışsal tedbirler arasındaki temel fark, yani yapısal tedbirlerde geri dönüş imkânının genelde olmaması da büyük risk taşımaktadır.<sup>96</sup> Rekabet otoritesinin hata yaptığını anladığı zaman -taahhütte

<sup>88</sup> FTC Çalışması'nda alıcıların FTC personelinin umduğundan daha düşük seviyede bilgi sahibi oldukları ortaya çıkmıştır, s.20.

<sup>89</sup> Ibid, s.20.

<sup>90</sup> Ibid, s. 16-28.

<sup>91</sup> MOTTA vd. 2007, s.613-614.

<sup>92</sup> *Nestlé/Perrier*, COMP/M.190.

<sup>93</sup> *Boeing/McDonnell Douglas*, COMP/M.877.

<sup>94</sup> Ibid, prg. 60.

<sup>95</sup> Ibid, prg 114-119.

<sup>96</sup> Bu görüş Taslak Duyuru'ya getirilen eleştiriler arasında yer almaktadır, GRIMALDI e ASSOCIATI (2007), "Comments of the Grimaldi e Associati on the Draft Commission Notice", s.3, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/grimaldi.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/grimaldi.pdf)

uygun bir madde konularak- tarafların talebi üzerine davranışsaldan geri dönme imkanı varken, yapısalda bu seçenek genellikle söz konusu değildir.

Yukarıda değinilen noktalar, yapısal tedbirlerin de bazı sorunları içerebildiğini göstermekle birlikte; denetleme kolaylığı, davranışsal tedbir kadar karmaşık bir yapıda olmaması, pazar yapısında kalıcı bir değişikliği içermesi ve genellikle daha çabuk etkisini gösterebilmesi açısından yapısal tedbirin davranışsal tedbirden daha etkin olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda Bidayet Mahkemesi ve ATAD'ın davranışsal dışlamaksızın yapısalın daha tercih edilir olduğuna yönelik yaklaşımının en uygun seçenek olduğu görülmektedir. Her ne kadar yeni Duyuru'da davranışsal tedbiri dışlayıcı nitelikteki madde yer almamış olsa da, Komisyon'un *Gencor* kararını yorumlama şekli ve bu konudaki ısrarlı yaklaşımı, ayrıca Duyuru'da davranışsal taahhütlerin çok özel şartlarda istisna olarak kabul edileceği<sup>97</sup> ve yapısalın da ötesinde ayrıştırmanın en etkin ve en iyi yol olduğu şeklindeki yaklaşımın, Mahkemeler'e göre daha katı bir tutum içerdiği düşünülmektedir.

### 3.3. Tedbirlerin Şart ve Yükümlülük İçermesi

Tedbirlerin tasarlanması açısından şart ve yükümlülük ayrımının yapılması esastır. Komisyon, taahhütlerin uygulanması için, şart ve yükümlülük ekleyebilmektedir.<sup>98</sup> Her iki kavram arasındaki fark ise, Duyuru'da ortaya konulmuştur:

“Şart ve yükümlülük arasında bir ayrım yapılmalıdır. Pazarda yapısal değişim ortaya çıkarma zorunluluğu, örneğin bir iş kolunun ayrıştırılması, bir şarttır. Bu sonucu gerçekleştirmek için gerekli uygulama aşamaları, kayyımın atanması gibi [...], genellikle taraflar açısından yükümlülüktür.”<sup>99</sup>

Ancak özellikle sonuçları açısından iki kavram arasında çok önemli fark bulunmaktadır: şartın ihlali durumunda, örneğin verilen süre içerisinde ayrıştırma işlemi gerçekleşmezse ya da ayrıştırılan iş kolu daha sonra yeniden devralınırsa<sup>100</sup>, yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olması artık geçerli değildir ve yoğunlaşma işlemi Komisyon'un onayını almamış hükmündedir. Dolayısıyla, yoğunlaşma işlemi gerçekleşmişse, Komisyon başvuru yapılmamış bir işlem olarak bunu değerlendirecek ve şartın gerçekleşmemesi durumunda yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olmadığına karar verirse, yoğunlaşmanın ayrıştırılmasına

<sup>97</sup> Duyuru, prg. 17.

<sup>98</sup> Birleşme Tüzüğü, giriş, prg. 30; 6(2). ve 8(2). maddeler.

<sup>99</sup> Duyuru, prg. 19.

<sup>100</sup> Ibid, prg. 20.



hükmedebilecektir.<sup>101</sup> Buna karşın, yükümlülüğün ihlali durumunda işlemin ortak pazarla uyumlu olmaması durumu net değildir: Komisyon izin kararından vazgeçebilir ya da karar yürürlükte kalabilir.<sup>102</sup> Komisyon her iki durumda da ayrıca teşebbüslerin cirolarının %10'una kadar cezaya hükmedebilecektir.<sup>103</sup>

Bu bağlamda şartın ihlali net bir şekilde ağır bir yaptırım içermekleyen, yükümlülüğün ihlalinin yaptırımı Komisyon'un kararına bağlı olarak değişecektir.

### 3.4. Orantılılık

AB Hukuku'nda önemli bir yeri olan orantılılık ilkesi, Topluluk uygulamasının Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması'nın hedeflerine ulaşmak için gerekli olandan ötesine geçemeyeceğini içermektedir.<sup>104</sup>

Birleşme Tüzüğü de orantılılık ilkesine yer vermiş ve Tüzüğün ortak pazarda rekabetin bozulmaması hedefine ulaşmak için gerekenlerin ötesine geçemeyeceğini,<sup>105</sup> ayrıca verilecek taahhütlerin rekabet açısından ortaya çıkan sorunlarla orantılı olması gerektiğini hükme bağlamıştır.<sup>106</sup> Söz konusu ilke çerçevesinde, rekabetçi endişelerin olmadığı pazarları da kapsayan taahhütlerde, Komisyon, tarafları bunları geri çekmeleri konusunda bilgilendirecek, eğer geri çekilmezse kararında bu taahhütleri göz ardı edecektir.<sup>107</sup> Bu duruma, tarafların 2. aşamaya kalmamak için, rekabetçi sorunların ortadan kalkması kapsamında gerekenden daha fazla şart ve yükümlülük içeren taahhütler verdiği hallerde rastlanabilir. Nitekim taahhüt kapsamında 1. aşamada izin verilen yoğunlaşma sayısı, 2. aşamadakinin iki katı kadardır<sup>108</sup> ki bu, teşebbüslerin yoğunlaşma işlemlerine daha ilk aşamada izin almaya ne kadar istekli olduklarını göstermektedir. Benzer şekilde, işleme izin verilmemesi endişesi, teşebbüsleri gereğinden fazla yükümlülük içeren taahhütler vermeye zorlayabilecektir.

Her ne kadar Duyuru orantılılık ilkesine yönelik mahkeme kararlarına referans vermese de, Bidayet Mahkemesi'nin *easyJet* kararı, yoğunlaşma

<sup>101</sup> Birleşme Tüzüğü, giriş, prg. 31.

<sup>102</sup> Ibid, Duyuru, prg. 20.

<sup>103</sup> Birleşme Tüzüğü, 14(2). madde. Komisyon yükümlülüğün ihlali durumunda Birleşme Tüzüğü'nün 15(1)(c) maddesi kapsamında süreli para cezası da kesebilir.

<sup>104</sup> Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması, madde 5. Bkz. CRAIG, P. ve G. De BURCA (2003), EU Law Text, Cases, and Materials, 3. Baskı, Oxford University Press, s. 371-79.

<sup>105</sup> Birleşme Tüzüğü, giriş, 6. prg.

<sup>106</sup> Ibid, 30. prg.

<sup>107</sup> Duyuru, prg. 84, 85. Benzer şekilde Duyuru, ayrıştırma işlemi için kendi başına varlığını sürdürebilir iş tercih edilmesine rağmen, bu şartı sağlamayan ayrıştırma işlemlerinin de orantılılık gereği kabul edilebileceğini belirtmiştir (prg. 35).

<sup>108</sup> 'Statistics', <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>. (31 Mart 2009'a kadar olan veriler ele alınmıştır.)

işlemlerine yönelik tedbirlerde orantılılık ilkesinin hakim olması gerektiğini geçmiş mahkeme kararlarına referans vererek ortaya koymaktadır:

“... uygun tedbirler arasında bir tercih söz konusu olduğunda, en az külfetli olana başvurulmalı ve [ taraflar açısından] sebep olunan dezavantajlar, gözetilen amaçlarla orantısız olmamalıdır.”<sup>109</sup>

Bu bağlamda tedbir kararının amacı sadece rekabetin sağlanması değil, bunu taraflara en az maliyetle de gerçekleştirmektir. Daha önce değinilen<sup>110</sup> *Gencor* kararındaki Bidayet Mahkemesi'nin yapısal ve davranışsal tedbirlere yaklaşımının da orantılılık ilkesi çerçevesinde şu şekilde okunabileceği düşünülmektedir: Birleşme Tüzüğü'nün amacı ortak pazarda etkin rekabetin engellenmesinin önlenmesi olduğundan,<sup>111</sup> verilen taahhüt bu amacı gerçekleştirebilecek nitelikteyse, bunu davranışsal olmasından ötürü reddetmek Tüzüğün amacının ötesine geçmektir. Kısaca, istenilen amacı gerçekleştirecek olan davranışsal taahhütten ileri giderek sadece yapısal taahhüt kabul etmek orantılılığa aykırıdır.

#### **4. TEDBİRLERİN UYGULANMASI**

##### **4.1. Alıcının Uygunluğu**

Gerek Birleşme Tedbirleri Çalışması gerekse FTC Çalışması, alıcının uygun nitelikte olmamasının tedbirin etkilerini azaltıcı ve hatta bazen tamamen ortadan kaldırılabileceğini göstermektedir. Daha önce değinildiği üzere, FTC Çalışması'nda, bilgi asimetrisi, yani alıcıların satıcıdan daha az bilgiye sahip olmaları durumu ve/veya alım yapma nedenlerinin rekabet otoritesinin hedeflerinden farklı olması gerekçeleriyle alıcıların uygun olmamalarının tedbir kararlarının uygulanmasında etkin olmayan neticeleri beraberinde getirdiği ortaya konulmuştur.<sup>112</sup> Birleşme Tedbirleri Çalışması'nda ise, az sayıda bile olsa (yaklaşık %2) tedbirin etkin olmamasının *tek önemli nedeninin* yanlış alıcının olması olduğu, bununla birlikte önemli oranda (yaklaşık %11) tedbir kararlarında ise diğer faktörlerle birlikte alıcının uygun olmamasının etkisinin olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>113</sup>

Söz konusu endişeler ışığında Duyuru, alıcının uygunluğunun; gerekli finansal kaynaklara ve konuyla ilgili uzmanlığa sahip olması ile ayrıştırılan işi rakip olarak devam ettirebilme özelliği taşımasına bağlamıştır. Bu bağlamda

<sup>109</sup> easyJet k. Komisyon, prg. 133.

<sup>110</sup> 3.1. Bölüm.

<sup>111</sup> Gencor k. Komisyon, prg. 317.

<sup>112</sup> FTC Çalışması 1999, s. 19-29.

<sup>113</sup> Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 98.

alıcının finansal alıcılardan değil, sanayiden olması da gereklidir.<sup>114</sup> Duyuru'daki yaklaşımın Komisyon'un 1996-2000 yılları arasındaki tek resmi olarak reddettiği<sup>115</sup> alıcıyla ilgili *Totalfina/Elf*<sup>116</sup> kararına Bidayet Mahkemesi'nin yaklaşımı çerçevesinde olduğu düşünülmektedir. İşlem kapsamında 70 Elf, Total ve Fina servis istasyonu devri taahhüt edilmiş,<sup>117</sup> tarafların Komisyon'a sunduğu toplam sekiz adet alıcıdan oluşan gruptan iki tanesi petrol sektöründe yer almadığı ve işi devam ettirme ve etkin bir rakip olarak geliştirme kapasiteleri olmadığından reddedilmiştir. Bu iki şirketten otoyol restoran işletmeciliği alanında aktif olan teşebbüs, kararı Bidayet Mahkemesi'ne taşımış ve Komisyon'un petrol sektöründe yer alma şeklinde yeni bir şart ileri sürdüğünü iddia etmiştir.<sup>118</sup> Mahkeme, taahhütte alıcının pazarda potansiyel olarak veya halihazırda aktif olması ve etkin rekabeti devam ettirebilme kapasitesine sahip olması gerektiği hükmü bulunmasından hareketle, Komisyon'un tarafların pazara yeni girecek olmalarını göz önüne almasını 'haklı ve hatta gerekli' bularak onamıştır.<sup>119</sup> Bu bağlamda Komisyon'un alıcının kapasitesi üzerinde hassasiyetle durduğu, Mahkeme'nin ise bu yaklaşımı gerekli gördüğü anlaşılmaktadır.

Alıcının yukarıda değinilen önemi ve taşınması gereken özellikler göz önüne alındığında, bazı sektörlerde ayrıştırmaya yönelik tedbirin yeterli sayıda potansiyel ya da mevcut alıcının olmaması durumunda büyük riskler taşıyacağı söylenebilir. Bu durumda işlem tarafları alıcıyla aralarında alımın temel unsurlarını içeren bağlayıcı bir sözleşmeyi Komisyon'un inceleme aşaması bitmeden yaparak bu riskleri ortadan kaldıracırlar. Önce belirle (*fix-it-first*) olarak da bilinen yaklaşım sayesinde tedbir kararı belirli bir teşebbüse satılması şartıyla verilebilir.<sup>120</sup> Benzer şekilde, satış için geçmesi gereken sürede satılacak işin rekabet edebilirliğinde azalma riski varsa, taraflar alıcıyla anlaşmadan yoğunlaşma işleminin yürürlüğe girmeyeceğine (açık alıcı - *up-front buyer*) yönelik tedbir kararı da alınabilir.<sup>121</sup> Önce belirle yönteminde alıcının kimliği belirlenmişken, açık alıcıda kime satılacağı Komisyon'un yoğunlaşma işlemine izin vermesinden sonra belirlenecektir.<sup>122</sup> Son olarak özellikle üçüncü tarafların haklarından dolayı satışın gerçekleşmesi belirsizlik içeriyorsa, Komisyon bu riski göze almamaktadır. Bu durumda taraflar, verdikleri taahhüdü yerine

<sup>114</sup> Duyuru, 48-49. prg.

<sup>115</sup> Birleşme Tedbirleri Çalışması, s. 98-99.

<sup>116</sup> *Totalfina/Elf*, COMP/M. 1628

<sup>117</sup> Taahhüdün 36. maddesi.

<sup>118</sup> Petrolence SA ve SG2R k. Komisyon [2003], DavaT-342/00, prg. 56, 109.

<sup>119</sup> *Ibid*, prg. 65.

<sup>120</sup> Duyuru, 57. prg.

<sup>121</sup> *Ibid*, prg. 55.

<sup>122</sup> *Ibid*, prg. 50.

getirememeleri halinde en az ilki kadar iyi olması gereken ve belirsizlik taşımayan alternatif bir taahhüt (*crown jewel*) sunabilirler.<sup>123</sup>

#### 4.2. Gözden Geçirme Şartı

Eski Duyuru'dan farklı olarak ayrı bir başlık altında ve detaylı ele alınan gözden geçirme şartı, tarafların geçerli bir gerekçe göstererek sürelerin uzatılmasını ya da taahhütlerin ertelenmesini, taahhütlerde değişiklik yapılmasını veya başka taahhütlerle değiştirilmesini Komisyon'dan talep edebilmelerini içermektedir. Duyuru, özellikle ayrıştırmalarda süre uzatımının tarafların sorumluluklarının dışında gerçekleşen sebepler varsa kabul edilebileceğini, taahhütlerde değişikliklerin ise istisnai hallerde ve 'sınırlı' olması durumunda onaylanacağını içermektedir.<sup>124</sup> Duyuru'da değişikliklerin 'sınırlı' olması gerektiği ifade edilse de, Bidayet Mahkemesi, münhasır lisans süresinin uzatımı, pazardan markanın çekilmesinin münhasır lisans verilmesiyle değiştirilmesi gibi önemli değişiklikleri kabul etmiş, tedbir açısından 'gelişme' olduğu sürece bunları 'sınırlı' değişim kapsamında saymıştır.<sup>125</sup> Bu bağlamda Duyuru'da yer verilen 'sınırlı' değişiklik yapma imkânını, yapılacak değişikliğin kapsamından ziyade, tedbirde rekabet açısından gelişme sağlayıp sağlamaması bağlamında ele alınması doğru olacağı düşünülmektedir.

#### 4.3. Kayyım Atanması ve Hakemlik

Tedbirlerin uygulanması için Komisyon'un gözü-kulağı niteliğinde<sup>126</sup> olan ve taraflarca teklif edilip Komisyon'un onayı alınan kayyımın, işleme izin verildikten hemen sonra atanması (genellikle 2 hafta)<sup>127</sup> gerekmektedir. Taahhütlerdeki yükümlülükleri denetleyen bir kayyımın dışında, gerekli olursa, ayrıştırma işlemi için de bir kayyım atanabilmektedir. Ayrıştırma kayyımının görevi önemlidir: eğer taahhütte öngörülen sürede satış işlemi gerçekleşmezse, kayyım minimum fiyat belirlemeksizin<sup>128</sup> satışı gerçekleştirecektir. Bu bağlamda işlem taraflarının fiyatı yüksek tutarak ayrıştırma işlemini geciktirmeleri ve pazarın rekabetçi hale gelmesini engellemelerinin önüne geçilmiştir. Kayyımın yetkileri önemli olduğundan, daha önce de değinildiği üzere, kayyım vekâletine yönelik örnek metin Komisyon tarafından yayımlanmıştır.

Duyuru, eskisinden farklı olarak hakemlik müessesine de yer vermiş, üçüncü taraflarla olan ihtilaf (*dispute*) durumlarının hızlı çözülebilmesi ve

<sup>123</sup> Ibid, prg. 44-45.

<sup>124</sup> Ibid, 72,73 ve 75. prg.

<sup>125</sup> Royal Philips Electronics k. Komisyon [2003], Dava T-199/02, prg. 244, 246.

<sup>126</sup> Duyuru, 118. prg.

<sup>127</sup> Ibid, 123. prg ve 1. dipnot.

<sup>128</sup> Ibid, 121. prg.

özellikle yapısal olmayan taahhütlerin uygulanabilmesi açısından hakeme başvurulabileceğini belirtmiştir.<sup>129</sup> Nitekim 1992'den bugüne Komisyon, davranışsal tedbirlerin denetlenebilmesi açısından hakeme ilişkin hüküm bulunan 50 taahhüt kabul etmiştir ki bu, şartlı izin verilen yoğunlaşma kararlarının yaklaşık %20'sine denk gelmektedir.<sup>130</sup>

Hakemlik müessesesine yaklaşımı ve önemini Mahkemeler net olarak ortaya koymuştur. Bidayet Mahkemesi'nin *ARD* kararında belirttiği üzere, taahhütlerle ilgili tüm ihtilaflar –yeterli denetlemenin sağlanabilmesi açısından- hakeme tabidir, ancak taahhütleri denetleme ile ilgili yükümlülük Komisyon'a ait değildir. Mahkeme ihtilafların çözümü açısından, ispat yükünün de tersine döndüğü, yani taraflara ait olduğunu hükme bağlamıştır.<sup>131</sup> Benzer şekilde yakın tarihli *easyJet* kararında Bidayet Mahkemesi, hızlı sonuç alınabilmesi açısından hakemliğin etkili bir denetleme mekanizması olduğunu kabul etmiş ve bu bağlamda *easyJet* firmasının taahhütlerin yerine getirilemeyeceğine yönelik iddialarını reddetmiştir.<sup>132</sup>

Komisyon'un hakemle ilgili konulara girmemeye, yukarıda da değinildiği üzere denetleme işini üstlenmemeye çalıştığı söylenebilir. Örneğin, *General Electric/Honeywell*'de kendisi için çok fazla denetleme yükü içerdiğinden ve pek çok dava söz konusu olacağından hareketle hakemlik konusundan uzak durmaya çalışmıştır.<sup>133</sup> Ancak *Ezrachi, B Sky B/ Kirsch Pay TV* kararına<sup>134</sup> referans vererek, Komisyon'un artık daha müdahaleci bir yaklaşım izlemekte olduğunu ve yaklaşımının değiştiğini iddia etmektedir.<sup>135</sup> Bu karardaki müdahale, hakemlik sürecine yönelik onayı içermekte olup, Komisyon'un detaylı bir müdahalesini içermemektedir. Bu bağlamda Komisyon'un daha müdahaleci olduğu iddiası oldukça şüphelidir.

## 5. REKABET KURULU'NUN TEDBİRE YAKLAŞIMI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'da birleşme / devralmaların şart ve yükümlülüğe bağlanabileceğine yönelik açık bir ifade yer almamaktadır. 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken

<sup>129</sup> Ibid, 66, 130. prg.

<sup>130</sup> SJ BERWIN (2007), "Comments on Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation", s. 1,

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/berwin.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/berwin.pdf)

<sup>131</sup> *ARD* k. Komisyon [2003], Dava T-158/00, prg. 295. Bkz. *B Sky B/ Kirsch Pay TV*, COMP/JV.37, s.19

<sup>132</sup> *easyJet* k. Komisyon, prg.186.

<sup>133</sup> *General Electric/Honeywell*, COMP/M. 2220, prg. 531

<sup>134</sup> *B Sky B/ Kirsch Pay TV*, COMP/JV.37

<sup>135</sup> EZRACHI, A. 2006, s. 478, 82. dipnot.

Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6/3. maddesi, Kurul'un, "yoğunlaşma işlemlerine gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebileceğini" içermekte ise de, Kanun'da bu konuda açık bir yaklaşım olmadığından Kurul'un bu konudaki yetkisinin sınırları net değildir. Kurul'un yetkisi olduğunu savunanlar<sup>136</sup> olduğu gibi, yoğunlaşma işlemlerine şartlı izin verilmesinin kanuni yetkiye dayanmadığı, dolayısıyla Kurul'un yetkisinin bulunmadığını iddia edenler<sup>137</sup> de vardır.

İdari para cezası belirlenirken verilen taahhütlere uyulup uyulmamasına bakılmasını içeren Kanun'un 16. maddesi ile nihai kararlar getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımını içeren Kanun'un 17. maddesinin, Kurul'a nihai bir işlem olan birleşme ve devralma işlemlerinde yükümlülük koyma yetkisi verdiği iddia edilebilir.<sup>138</sup> Ancak, Kanun'un 5. maddesi muafiyetin belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceğini içermektedir ve yoğunlaşmaların şart ve/veya yükümlülüğe bağlanabileceğine yönelik bir ifade 7. maddede yer almamaktadır. Dolayısıyla 5. madde kapsamında düzenlenmiş olan yükümlülüklerle uyulmamasının cezai yaptırım içermesi, Kurul'un yoğunlaşma işlemlerinde yükümlülük koyma yetkisini göstermemektedir. 16. ve 17. maddelerde geçen taahhüde yönelik hüküm/yaptırımların ise -Kanun'un 5. maddesi de dahil olmak üzere diğer maddelerinde taahhüde yönelik bir mekanizma yer almadığından- 7. maddeyi de içerdiği söylenebilir. Fakat bu durum, ancak tarafların taahhüt vermesi halinde Kurul'un şartlı izin verme yetkisinin olduğu şeklinde dolaylı olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla Kurul'un genel anlamda şartlı izin verme yetkisinin olduğu Kanun'da net olarak yer almamaktadır.

Kanun'un 7. maddesinde önemli değişiklikler yapılmasını ve Kurul'a şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilme yetkisinin verilmesini içeren Kanun Tasarısı sebebiyle bu çalışmada söz konusu tartışmaya girmek gereksiz görülmüş, sadece Danıştay 13. Dairesi'nin bir kararı kapsamında Kurul'un yetkisine değinilmiştir. Bu çerçevede önce Kurul'un şimdiye kadar olan şartlı izin kararları ele alınacak<sup>139</sup> ve bu kararlarda görülen eksiklikler irdelenecek, ardından Kanun Tasarısı bu eksiklikler ışığında incelenecektir. Kurul'un tedbir kararları,

<sup>136</sup> ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, 4. baskı, Ekin Kitabevi, s. 582-583, GÜVEN, P. (2005), *Rekabet Hukuku*, Yetkin, s.539, AKSOY, N. vd. (2006, 23-25).

<sup>137</sup> BOLATOĞLU, H. (2004), "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi", *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara, s.35, detaylı bilgi için bkz. BADUR, E. ve B. ERTEM (2008), "Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü", *Rekabet Dergisi*, Sayı: 33.

<sup>138</sup> Bu görüş hakemlerden birisi tarafından ileri sürülmüştür.

<sup>139</sup> Yan sınırlamalar çalışmanın içeriği nedeniyle kapsam dışı tutulmuştur.

geleneksel yaklaşım olan yapısal – davranışsal şeklinde bir ayırmadan ziyade, Türk rekabet hukukunda yoğunlaşma işlemlerinde taahhüt mekanizması daha temel noktalarda eksiklikler içerdiğinden, taahhütlere yönelik genel prensipler temel alınarak sınıflandırılmıştır. Bu bağlamda tedbir kararları üç ana sınıf altında toplanabilir: 1- Taahhüt içermeyen tedbir kararları, 2- Komisyon'a verilen taahhüt kapsamında Kurul'un aldığı tedbir kararları, 3- Taahhüt içeren diğer kararlar. Bu sınıflandırmayla, Kurul'un aldığı sınırlı sayıdaki tedbir kararlarındaki eksik noktaların açığa çıkarılması ve bu çerçevede bir politika önerisi oluşturulması hedeflenmiştir.

### 5.1. Taahhüt İçermeyen Tedbir Kararları

Ulusal nitelikteki rekabetçi sorunlar taşıyan yoğunlaşma işlemlerinin, bir başka ifadeyle işlem taraflarının Komisyon'a taahhüt vermedikleri nitelikteki işlemlerin, çoğunluğunda Kurul, tarafların verdikleri bir taahhüt olmaksızın tedbir kararı almıştır. Buna örnek olarak verilebilecek önemli kararlar şunlardır:<sup>140</sup>

*Toros Tarım/Sümer Holding* kararında,<sup>141</sup> Sümer Holding'e ait Mazı Dağı fosfat tesislerinin satış ve işletme hakkının verilmesi yöntemleriyle özelleştirilmesi yoluyla Toros Tarım'a devredilmesi işlemine, kompoze gübre pazarında Toros Tarım hakim duruma geleceğinden, bu teşebbüsün toplam fosforik asit üretim kapasitesinin, 3 yıl sonra tekrar değerlendirilmek üzere, sınırlandırılması koşuluyla izin verilmiştir. *Balfour/Garanti Koza İnşaat* kararında<sup>142</sup> ise, Balfour'un Garanti Koza İnşaat'ın yaklaşık yarısını almak suretiyle ortak girişim oluşması işlemine, tarafların ortak girişimle aynı pazarda faaliyet göstermesi, dolayısıyla koordinasyon riskinin var olması sebebiyle, taraflardan en az birinin Garanti Koza İnşaat'ın katıldığı ihalelere katılmaması şartıyla izin verilmiştir. Gene bir ortak girişim niteliğinde olan *Lufthansa/Güneş Express Havacılık* kararında,<sup>143</sup> Lufthansa'nın Güneş Express'in %50 hissesini alması, kalan %50 hissenin ise THY'ye ait olmasından dolayı, her iki ana şirketin de aynı ürün pazarında faaliyet göstermesi sebebiyle söz konusu ortak girişim "işbirliği doğurucu anlaşma niteliğinde" sayılmış ve yüksek pazar paylarının olduğu bazı yerel uçuşlarda işlem taraflarının tarifeli seferleri "en az" iki yıllığına dondurulması şartı getirilmiştir. Lisans devri şartını içeren *Glaxo*

<sup>140</sup> Ele alınan kararların dışında diğer kararlar: 19.3.1998 tarih ve 57-424-52 sayılı *Metro/Migros*, 24.9.1998 tarih ve 84-667/132 sayılı *TEAŞ*, 28.5.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı *New-Holland/Trakmak*, 18.2.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı *POAŞ* kararları. Kurul'un taraflardan düzenli bilgi vermesini istediği kararlara yer verilmemiştir.

<sup>141</sup> 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı karar.

<sup>142</sup> 3.8.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı karar.

<sup>143</sup> 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı karar.

*Wellcome/SmithKline* kararında,<sup>144</sup> genel anlamda ilaç sektöründe yer alan her iki şirketin birleşmeleri sonucunda oluşacak yüksek pazar payı sebebiyle Türkiye'deki bazı ilaç markalarının lisansının üçüncü kişilere devredilmesi ve devir sonrasında Kurul'un "haberdar" edilmesi şartıyla izin verilmiştir. Özelleştirme kapsamında TÜPRAŞ kararında<sup>145</sup> ise, TÜPRAŞ'ın Koç-Shell ortak girişim grubu tarafından devralınmasına, rafinaj pazarında hakim durumu güçlendireceğinden dolayı LPG ithaline yönelik tesislerin 3 yıl boyunca dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmelerine olanak tanıyacak şekilde kullanıma açılması koşuluyla onay verilmiştir. TEDAŞ kararında,<sup>146</sup> bu teşebbüse ait 17 bölgedeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine yönelik; münhasırlığa dair hükmün çıkarılması, sabit fiyat uygulamasının kaldırılıp fiyatların Enerji Bakanlığı'nca belirlenecek belli aralıkta seyretmesi ve eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmaması şartlarıyla onay verilmiştir. Son olarak *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi* devralma işleminde,<sup>147</sup> Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi'ni almasına "batan teşebbüs savunması" kapsamında izin verilmiş, ancak iki yıl içerisinde gazetenin Doğan Grubu'nun kontrolünde olmayan bir teşebbüse devredilmesi şartı getirilmiştir. Kararda oldukça ilginç bir şart daha konmuştur: eğer Vatan Gazetesi 2 yıl içerisinde satılmazsa, iki ay içerisinde "marka ve imtiyaz hakkının Rekabet Kurulu gözetiminde ihale yöntemi ile satılması", bu yöntemle de satış gerçekleşmezse ihaleyi takip eden 3 yıl boyunca Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi markasına ve imtiyaz hakkına sahip olmaya devam etmesi, fakat bunu bir süreli yayında kullanmamasına karar verilmiştir. Ayrıca Vatan Gazetesi yönetim kurulu başkanı Zafer Mutlu'nun devir sonrasında aynı anda hem Doğan Grubu'nda hem de buna rakip olması beklenen ve devir işlemi kapsamında olmayan Vatan Dergi Grubu'nda yöneticilik yapmasının koordinasyon riski oluşturacağından hareketle, Vatan Dergi Grubu'nda görevinin ve kontrolünün sona erdirilmesine karar verilmiştir.

Yukarıda ele alınan yedi önemli kararda da taraflarca verilmiş bir taahhüt bulunmamaktadır. 2.1. Bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere, Komisyon'un uygulamasında yoğunlaşma işlemlerinde taahhütler taraflarca verilmekte ve bu bağlamda Komisyon ya taahhüdü kabul ederek işleme onay vermekte ya da işlemi yasaklamaktadır.<sup>148</sup> Bidayet Mahkemesi'nin yaklaşımının da bu şekilde olduğu

<sup>144</sup> 3.8.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı karar.

<sup>145</sup> 21.1.0.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar.

<sup>146</sup> 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı karar.

<sup>147</sup> 10.3.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı karar.

<sup>148</sup> Aslan da idari işlemlerin kesinliği açısından şartlı izinlerin bir taahhüt alınması halinde verilmesi, aksi halde işleme izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. ASLAN, İ.Y. (2005) "Rekabet Kurumunun Kanun Değişikliği Önerisinin Düşündürdükleri", Rekabet Haber Bülteni, sayı:12, s.4)



tedbire, Kurul'un ortada bir taahhüt bulunmaksızın şartlı izin vermesinin – Kurul'un yetkisi olduğu farz edilse dahi- büyük sakıncaları içerdiği görülmektedir. Her şeyden önce rekabetçi endişeleri gidermenin genellikle pek çok yolu bulunmaktadır ve bu yolun seçimi doğal olarak teşebbüslere aittir. Çünkü Kanun'un amacı “rekabetin korunmasını sağlamaktır”,<sup>149</sup> teşebbüslere gereğinden fazla yükümlülük yüklemek değildir. Nitekim Bidayet Mahkemesi de –daha önce ele alınan<sup>150</sup>- *easyJet* kararında orantılılık ilkesi bağlamında, taraflara en az külfet yükleyen tedbirin tercih edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak Kurul'un uygulaması buna paralel değildir. Örneğin, *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında taraflara lisans devri şartı getirilmiş, taahhüt alınmadığından sektörü şüphesiz Rekabet Kurulu'ndan daha iyi bilen sektördeki teşebbüslerin farklı yöntemlerle, mesela ilaç sektöründe önemli olan ar&ge kapsamında bir taahhülle, rekabetçi endişeleri gidermek isteyip istemedikleri belirsiz kalmıştır. Benzer şekilde *Toros Tarım/Sümer Holding* kararındaki gibi taraflardan taahhüt alınmaksızın kapasite kısıtı getirilmesi, teşebbüslerin ihracatlarındaki olası bir artışı da engelleyici niteliktedir ki bunun etkileri Kanun'un amacının dışına taşmakta ve ekonomiye negatif olarak yansiyabilmektedir. Bu bağlamda getirilecek şartın kesinlikle sektörü bilen taraflarca ve rekabetin tesisi için gerekli minimum kısıtlamayla yapılması zorunludur. Halbuki *Toros Tarım/Sümer Holding* kararında, Kurul adeta olaya taraf teşebbüsler gibi, özelleştirme kapsamında olan Mazı Dağı fosfat üretiminin bölünerek satılması ya da kaynaktan diğer üreticilerin de yararlandırılması gibi seçenekleri de değerlendirip, bunların önünde teknik ve fiili engel bulunduğu sonucuna ulaşmış ve kapasite sınırlamasının en son seçenek olduğuna karar vermiştir. Bu yaklaşımın getireceği sıkıntılar en net *TEDAŞ* kararında ortaya çıkmıştır: Kurul'un münhasırlık ve sabit fiyata yönelik kararı, Enerji Bakanlığı'nca mevcut hukuki uygulamalar çerçevesinde uygulanabilir olmadığı ifade edilmiş, bu bağlamda Kurul da bu koşulların gerekli mevzuat değişikliği sağlandığında yerine getirilmesi şeklinde yeniden karar almıştır.<sup>151</sup> Kısaca tarafların taahhüt vermemelerine rağmen Kurul'un tedbire başvurması taraflara gereğinden fazla şart koşulması, hukuken ya da fiilen imkânsızın istenilmesi gibi sorunları beraberinde getirebilecektir.

Taahhüdün bulunmaması, bunun nasıl uygulanacağına yönelik detaylı bilginin de olmamasına sebep vermektedir. Daha önce de belirtildiği üzere,<sup>152</sup> Komisyon, Bidayet Mahkemesi kararı çerçevesinde, taahhütlerdeki teknik ya da ticari eksikliklerden sorumlu olmamakta, bu eksikliklerin bulunması durumunda

<sup>149</sup> Kanun'un 1. maddesi.

<sup>150</sup> Bkz. 3.3. Bölüm.

<sup>151</sup> ULU, H. 2004, s. 63.

<sup>152</sup> Bkz. 2.3. Bölüm.

ise taahhüdü kabul etmemektedir. Halbuki ortada taahhüt bulunmadığı için detaylı teknik bilgi, alınan tedbir kararının nasıl uygulanacağı da belirsiz kalmaktadır. Örneğin, *Toros Tarım/Sümer Holding* kararında kayyım atanmadığından, kapasitenin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının kontrolünün de yapılması imkansız hale gelmiştir. Teşebbüsün kapasitesinin rakiplerince kontrol edilmesinin de oldukça güç olduğu göz önüne alındığında, verilen kararın fiili bir etkisinin olacağını söylemek güçtür, bu durum tarafın insiyatifine bırakılmıştır. Benzer durum *Lufthansa/Güneş Express Havaçılık* kararında da geçerlidir: tarifeli seferlerin iki yıllığına dondurulduğunu kim kontrol edecektir? Aynı şekilde *TÜPRAŞ*'da Koç-Shell ortak girişim grubunun LPG tesislerini kullanıma açması nasıl denetlenecektir? Özellikle bu karar kapsamında üçüncü taraflarla ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümü için 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde hakem tayini düzenlemesinin yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında ise, lisansın nasıl olacağı, münhasır ve süresiz niteliği taşıyıp taşımayacağı gibi noktalar tamamen açıkta kalmıştır. Eleştiriye çok açık bir karar olan ve Danıştay'ın da hukuki dayanaktan yoksun bulunduğu<sup>153</sup> *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi*'nde ise, ortada bir taahhüt bulunmaması sonucunda Kurul'un işlem tarafı gibi davranarak detaylı bir tedbir kararı aldığı görülmektedir. Kararla ilgili şunlar söylenebilir:

- 1- Kararda *sadece* Kanun'un 4. maddesi açısından ele alınabilecek olan Zafer Mutlu'nun Vatan Dergi Grubu'ndaki yöneticiliği şart olarak kabul edilmiş, dolayısıyla söz konusu şart gerçekleşmezse, devir işlemi açısından şartın ihlaline ilaveten -Kurul kararında da belirtildiği şekliyle- Kanun'un 4. maddesi kapsamında soruşturma açılması da mümkün hale gelmiştir.
- 2- Uygulama açısından Kurul adeta kayyımın görevini gereksiz yere üstlenmiştir: satış iki yılda gerçekleşmezse, Kurul gözetiminde ihale yolu ile satılacaktır. Ancak normalde -Komisyon'un uygulamasına paralel- minimum bir fiyat belirlemeksizin satışın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde ihalede oluşacak fiyatın uygun olup olmadığına Kurul'un karar vermesi gibi yetkilerinin çok ötesinde bir durum ortaya çıkacaktır. İhalede satış için kararı Doğan Grubu alacaksa, bu durumda ihaleye çıkma hükmünün hiçbir anlamı kalmamaktadır.

Danıştay 13. Dairesi söz konusu karar kapsamında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6/3. maddesinde yer alan; Kurul'un yoğunlaşma işlemlerinde tedbir alabileceği ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebileceği hükmünü

<sup>153</sup> 13.2.2009 tarih ve 2008/ 13171 E. sayılı Danıştay 13. Daire kararı, s.4

Kanun'a aykırı görmemiş, ancak bu koşulların "Kanun'la uyumlu ve Kanun'da dayanağı olan koşullar" olması gerektiğine karar vermiştir. Bu açıdan, 13. Daire'nin Kurul'un şart ve yükümlülük koyma yetkisini tanıdığı, ancak bu yetkinin bağlama veya ayrımcılık yapılmaması gibi Kanun'u ihlal niteliğinde konuları kapsadığı şeklinde yorumladığını görmekteyiz. Kurul'un taraflara ihaleye çıkmaları vb. nitelikte koşul ileri sürmesinin, Danıştay'ın ifadesiyle "Kurul'un görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları içeren koşullar belirlemesinin" hukuki bir dayanağı olmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın kararı; teşebbüslerin taahhüt vermeleri ve Kurul'un da bu taahhüt bağlamında işleme izin vermesinin Kurul'un yetkisi kapsamında olduğu, ancak taahhüt verilmemesi halinde sadece Kanun'da dayanağı olan koşullar kapsamında izin verilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Söz konusu kararın Kurul'un koşul ileri sürme yetkisinin olmadığı, sadece tarafların verdiği taahhütleri kabul edebileceği şeklindeyse yorumlanamayacağı düşünülmektedir. Zira aksi durumda Danıştay kararında Kurul'un yetkisinin tartışmalı olduğu konularda koşullar belirlemesini değil, doğrudan her hangi bir koşul ileri sürmesini hukuka aykırı bulabilirdi. Hâlbuki kararda net olarak Kurul'un yetkisinin olmadığı alanlardaki koşulların hukuki dayanaktan yoksun olduğu hükme bağlanmıştır.

Alıcının uygunluğuna yönelik ise, *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında hiçbir şart yer almazken, *Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi* kararında devir işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'deki eşikler gözetilmeksizin Kurul'un onayına tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak bu şart yeterli değildir: Kurul'un taahhüt kapsamında devir işleminde onay için ne gibi kriterler aradığının belirlenmesi gereklidir. Daha önce de belirtildiği üzere, alıcının gerekli finansal kaynaklara ve konuyla ilgili uzmanlığa sahip olması, kısaca ayrıştırılan işi rakip olarak devam ettirebilme özelliği taşıması önemlidir. Bu bağlamda Kurul'un onayının alıcının bu özellikleri taşıdığına yönelik olması gereklidir, aksi halde sadece satıcıdan bağımsız olmasının onaylanması yeterli değildir.

Ayrıca devre konu maddi ya da gayri maddi varlıkların içeriğinin net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin bazı sektörlerde müşteri portföyü esas noktayı oluştururken, tedbirde sadece devrin olması ve müşteri portföyünün yer almaması kararın etkin olmamasını da beraberinde getirebilecektir. Benzer şekilde *Glaxo Wellcome/SmithKline* kararında tarafın bir teşebbüse sadece bazı ilaç markalarının lisans devrini yapması ve bunların üretimi / geliştirilmesi için gerekli teknik bilgiyi vermemesi durumunda Kurul kararına uyulmuş ama pazarda etkin bir rekabet sağlanamamış olacaktır.

Kararlarda karşılaşılan bir başka sorun ise, rekabetçi endişelerin nasıl ortadan kalkacağına bazen net olmamasıdır. Örneğin *TÜPRAS*'ta LPG ithaline

yönelik tesislerin kullanıma açılması için verilen üç yıllık sürenin gerekçesiyle ilgili kararda hiçbir açıklama yoktur. Bu sürenin sonunda dağıtım şirketlerinin bu tesislere ihtiyacı kalıp kalmayacağı anlaşılamamakta, bu sebeple kararın rekabeti sağlayıcı olup olmadığı da belirsizleşmektedir. Aynı durum *Toros Tarım/Sümer Holding* için de geçerlidir: üç yıllık kısıtım gerekçesi yoktur. Bu kararda daha da sıkıntılı bir durum vardır: Kurul süreyi üç yılın sonunda tekrar değerlendirecektir. Bu durum şüphesiz devralan teşebbüs açısından belirsiz bir kısıtlama getirmekte, ticari hayat açısından zaruri olan belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

## 5.2. Komisyon'a Verilen Taahhütleri İçeren Tedbir Kararları

Çeşitli yoğunlaşma işlemlerinde işlem tarafı olan teşebbüsler Komisyon'a verdikleri taahhüt kapsamında Kurul'a da taahhütte bulunmuş ve işlem için izin almışlardır. *Syngenta/Advanta* kararında,<sup>154</sup> genel anlamda tohum üretiminde faaliyet gösteren taraflar, Komisyon'a Advanta'nın Türkiye de dâhil, Avrupa işlerinin tamamının elden çıkarılmasını içeren taahhütte bulunmuşlar, Kurul ise, işlemin ayçiçeği tohumunda hakim durum oluşturacağını, ancak Hisse Alım Anlaşması'nda yer alan taahhütler kapsamında ayçiçeği tohumunun üçüncü bir teşebbüse devri koşuluyla izin vermiştir. Benzer şekilde, *DSM/Roche* devir işleminde,<sup>155</sup> yem enzimleri pazarında rekabetin kısıtlanabileceği sonucuna ulaşılmış, ancak DSM'nin bu pazarla ilgili kendi faaliyetlerini Komisyon'un onaylayacağı bir teşebbüse devretmeyi taahhüt etmiş olması kapsamında işleme izin verilmiştir. *P&G/Gillette* kararında<sup>156</sup> ise, taraflar Komisyon'a verdikleri taahhütleri Türkiye'de de "gönüllü olarak" uygulamaya hazır olduklarını bildirmişler, bu bağlamda "Rekabet Kurulu'na verilen taahhüdün yerine getirilmesi" ve taahhütlerin yerine getirildiğinin her aşamada Kurum'a bildirilmesi bağlamında işleme izin verilmiştir. *Cookson/Foseco* devrinde,<sup>157</sup> izostatik sıkıştırılmış ürünler ve sünger filtreler pazarlarında rekabetin önemli ölçüde azalacak olmasına karşın, Komisyon'a verilmiş ve Kurul'ca da benimsenmiş olan; Foseco'nun izostatik sıkıştırılmış ürün işini başka bir teşebbüse satması, Cookson'ın sünger işinin ise elden çıkarılmasını içeren taahhüdün yerine getirilmesi koşuluyla izin verilmiş ve bu taahhüdün yerine geldiğinin Kurum'a tevsik edilmesine karar verilmiştir. *MTW/Enodis* kararında ise, Enodis'in buz makineleri pazarındaki bazı markalarının Komisyon tarafından onaylanacak elden çıkarma kayyımınca satılacağından hareketle işleme herhangi bir koşul ileri sürülmeksizin izin verilmiştir. Son olarak *Owens/Saint-Gobain* kararında,<sup>158</sup>

<sup>154</sup> 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı karar.

<sup>155</sup> 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı karar.

<sup>156</sup> 8.9.2005. tarih ve 05-55/836-228 sayılı karar.

<sup>157</sup> 20.3.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı karar.

<sup>158</sup> 13.12.2007 tarih ve 07-90/1153-446 sayılı karar.

hakim durumun oluşacağı ilgili ürün pazarında -Komisyon'un kararıyla paralel biçimde- Owens şirketinin Belçika'nın Battice bölgesinde bulunan bu pazardaki üretim tesislerini üçüncü kişilere devretmesi koşuluyla izin verilmiştir.

Kararlar incelendiğinde, detaya inilmeksizin, Komisyon'un izin vermesi kapsamında yoğunlaşma işlemlerine onay verildiği görülmektedir. Kurul, bir yönüyle olayın takibini Komisyon yaptığından, değil bir kayyımın atanması, taahhüdün gerçekleştiğinin Kurum'a tevsik edilmesine bile gerek duymayacak kadar yüzeysel tedbir kararları almıştır.<sup>159</sup> Hatta *P&G/Gillette* ve *MTW/Enodis* hariç diğer dört kararda devir için her hangi bir süre dahi belirtilmemiştir. Kurul'un bu yaklaşımının şu sakıncaları doğurması muhtemeldir:

- 1- Alıcıların Kurum tarafından onaylanması gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır, bu muhtemelen Komisyon'un onaylayacağından hareketle konmamıştır. Ancak Komisyon'un onay vereceği alıcı, Türkiye açısından pazar gücü, dikey entegrasyon, çapraz hissedarlık, ortak yöneticiler gibi rekabeti bozucu özellik taşıması ya da Türkiye'de etkin rakip olamama gibi tedbiri etkin olmaktan çıkaracak niteliklerden dolayı uygun olmayabilir. Bu açıdan tüm yoğunlaşma işlemlerinde Komisyon'un kararı ne olursa olsun Kurul'un onayı gereklidir.
- 2- Komisyon'a verilen taahhüt her zaman - *P&G/Gillette*'de olduğu gibi- Türkiye'yi kapsamayabilir. Bu durumda aynı taahhüdü incelemeyen kabul etmek Türkiye'deki pazar şartları açısından sorun çıkarabilir. Örneğin Türkiye'de ayrıştırılan işi alacak uygun bir alıcı olmayabilir, bu durumda Komisyon'un *Boeing/McDonnell Douglas* kararındaki benzer bir davranışsal tedbir kararı daha uygun olabileceken Komisyon'un yapısal kararının aynen kabulü sorun oluşturabilir. Özellikle Türkiye'yi kapsamayan Komisyon kararlarında, kayyım, süreler, alıcının uygunluğu, pazarın yapısı vb. pek çok noktada sorunlar ortaya çıkabileceğinden bu kararların ulusal nitelikte ele alınıp, tarafların detaylı taahhüt vermesi şartıyla kabul edilmesi yerinde olacaktır.
- 3- Verilen taahhütlerin -ticari sırlar hariç- üçüncü tarafların hakları açısından da bilinmesi gerekmektedir, dolayısıyla "Komisyon'un onayladığı şekliyle"<sup>160</sup> taahhütlerin kabul edildiğinin kararlarda geçmesi yeterli değildir. Ayrıca Komisyon gözden geçirme şartı kapsamında<sup>161</sup> taahhütlerde önemli sayılabilecek değişimlere gidebilmektedir. Bu durumda tarafların Kurul'a haber bile vermeden aynı yönde değişikliğe gidebilecekleri şeklinde son derece muğlak bir durum ortaya çıkmaktadır.

<sup>159</sup> *Syngenta/Advanta, DSM/Roche* ve *Owens/Saint-Gobain, MTW/Enodis* kararları.

<sup>160</sup> Bkz. *DSM/Roche, Cookson/Foseco* kararları.

<sup>161</sup> Bkz. 4.2. Bölüm.

Özetle Komisyon'a verilen taahhütlerde Türkiye'nin dahil olup olmamasına bakılmaksızın Kurul'un taraflardan detaylı taahhüt istemesi, özellikle Türkiye'nin dahil olmaması durumunda gözetleme, pazarın yapısı, işin ayrıştırılması, alıcının uygunluğu vb. konuları daha dikkatli ele alması gerekmektedir.

### 5.3. Diğer Tedbir Kararları

Yerel nitelikte olan ve tarafların taahhüt verdiği toplam üç adet tedbir kararı bulunmaktadır. Bunlardan *Lapis/Anadolu İletişim* kararında<sup>162</sup> Doğan TV bünyesinde bulunan Lapis A.Ş.'nin Anadolu İletişim A.Ş.'den ulusal karasal yayın hakkının devredilmesine, "tarafların verdikleri taahhütlere paralel olarak [...] sadece haber yayını yapan CNN Türk kanalının yayınında kullanılması koşuluyla" izin verilmiştir. Tarafların verdiği taahhüdün ise, yayın hakkının sadece CNN Türk için kullanılacağı şeklinde olduğu karardan anlaşılmaktadır.<sup>163</sup>

Bu açıdan kararda her ne kadar taahhüt geçse de, özü itibarıyla bunun taahhüt verilmeyen tedbir kararlarından pek bir farkı olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca tedbirin içeriği de net değildir: CNN Türk haber kanalı olmaktan çıkarsa buna nasıl karar verilecektir? Kurul'un buna karar vermesi gerekli ve önemlidir, çünkü CNN Türk haber kanalı olmazsa, verilen devir işlemi de geçersiz hale gelecektir.

*Marmara Gıda/GıdaSa* kararında<sup>164</sup> ise, taraflar endüstriyel margarin pazarında hakim durum oluşabileceği bağlamında bazı ticari markalarının lisansını devretmeyi net olarak taahhüt etmişlerdir. Ancak taahhüt detaylı olmadığından, Kurul devir için 1 yıl süre vermiş, denetleyici uzmanın 30 gün içerisinde atanmasına hükmetmiş, devir gerçekleşmezse "asgari bir fiyat gözetmeksizin" denetleyici uzmanın<sup>165</sup> satmasına ve lisansların devrinde Kurul'un onayının alınmasına bağlı olarak izin vermiştir.<sup>166</sup> Bu kararda gözetim için bağımsız bir uzmanın atanması, işlemin Kurul'un onayına tabi olması ve devir gerçekleşmezse uzmanın satışı yapması şeklinde diğer kararlara göre önemli sayılacak gelişmeler bulunmaktadır. Ancak taahhüdü tarafların detaylı hazırlamaması sebebiyle Kurul, önceki bazı kararlarına benzer biçimde, tedbiri

<sup>162</sup> 17.7.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı karar.

<sup>163</sup> Ibid, s.8

<sup>164</sup> 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar.

<sup>165</sup> Kurul'un Türkiye'deki uygulama için özellikle kayyım kelimesi kullanmaktan kaçındığı görülmektedir. Bu muhtemelen kayyımın atanmasının hakim veya mahkeme tarafından yapılmasından ve belli şartlara bağlanmış olmasından kaynaklanmaktadır, bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 'Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini' başlıklı 133. madde. Bununla birlikte hukuki bir altyapısı olmayan 'denetleyici uzman' kelimesinin kullanılması uygun görülmemiştir.

<sup>166</sup> Kararda 1997/1 sayılı Tebliğ'e referans verilmeksizin, dolayısıyla her hangi bir eşik gözetilmeksizin lisansların devrinde Kurul'un izni şart koşulmuştur.

detaylandırmaya çalışmış, bu ise daha önceden değinilen çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Ayrıca şart ve yükümlülük ayırımına gidilmediğinden, denetleyici uzmanın 30 günden sonra atanması devir işlemini geçersiz hale getirecektir. Bunlarla birlikte kararda pek çok eksik de bulunmaktadır: alıcının taşınması gereken özellikler, denetleyici uzmanın yetkisi ve görevleri, devredilecek markaların ayrıştırılması, gözden geçirme şartı gibi çeşitli temel noktalar yer almamaktadır.

Kurul'un tek detaylı tedbir kararı olan *Greencastle/Intergum*'da<sup>167</sup> ise, şekersiz sakız pazarındaki yoğunlaşmaya yönelik olarak taraflar bu pazardaki Nazar markasının lisansının devrini taahhüt etmişlerdir. Taahhüdün yerine getirildiğine karar verilen *Saadet Gıda/Greencastle* devri<sup>168</sup> incelendiğinde; tarafların devir işleminin nasıl gerçekleşeceğini, alıcının taşınması gereken özellikleri, gözden geçirme şartını, denetleyici uzmanın atanmasını ve yetkilerini, lisansın içeriğini ve devre konu markanın korunmasını da içerecek şekilde oldukça detaylı bir taahhüt verdiği görülmektedir. Kurul da Nazar'ın Saadet Gıda'ya devrine onay vermek için, markanın rekabetçi bir seviyede korunup korunamayacağına yönelik olarak; teşebbüsün finansal gücü, bağımsızlığı, tecrübesi, üretim kapasitesi, dağıtım gücü gibi faktörleri incelemiştir. Bu açıdan kararın Komisyon'un uygulamasına oldukça yakın olduğu söylenebilir. Ancak karar açısından önemli bir eksiklik de mevcuttur: söz konusu kararda şart ve yükümlülük ayırımına önceki kararlarda olduğu gibi gidilmemiştir.

*Saadet Gıda/Greencastle* devrinde ve 4.2. bölümde yer verilen gözden geçirme şartının Kurul'un yetkisini aşması olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı da önem arz etmektedir.<sup>169</sup> Danıştay, Kurul'un kararlarının kesin olduğunu, Kanun'un 55. maddesi kapsamında Kurul kararlarına itirazın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceğini, dolayısıyla Kurul kararındaki "konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmediğini" çeşitli kararlarında<sup>170</sup> hükme bağlamıştır. Ancak gözden geçirme şartı bağlamında taahhütte değişiklik yapılması ile Danıştay'ın söz konusu kararları arasında fark bulunduğu düşünülmektedir. Taahhüt kapsamında izin verilen Kurul kararlarında, taahhütteki değişiklik yeni bir karar olarak ortaya çıkmamaktadır, zira karar değişmemekte sadece taahhüt değişmektedir. Örneğin *Greencastle/Intergum*'da tarafların süre uzatım talebi, Kurul'un taahhütlerin

<sup>167</sup> 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı karar.

<sup>168</sup> 4.12.2008 tarih ve 08-69/1128-444 sayılı karar.

<sup>169</sup> Bu durum hakemlerden bir tanesi tarafından belirtilmiştir.

<sup>170</sup> 16.06.2005 tarih ve 2003/428 E., 2005/2175 K. sayılı İDDK kararı, 16.06.2005 tarih ve 2003/695 E., 2005/2176 K. sayılı İDDK kararı, 14.03.2006 tarih ve 2005/86 E., 2006/1413 K. sayılı 13. Daire kararı, 14.11.2002 tarih ve 2000/1111 E., 2002/4362 K. sayılı 10. Daire kararı.

yerine getirilmesine yönelik Başkanlığa yetki vermesi sebebiyle, Kurul kararı olmaksızın gerçekleşmiştir. Ancak, Kurul'un taahhüdün dışında şart içeren karar alması durumunda bu kararda değişikliğe gitmesinin (örneğin *Marmara Gıda/GıdaSa* kararındaki devir için verilen 1 yıllık sürenin uzatılması), Danıştay'ın yaklaşımları çerçevesinde mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, gözden geçirme şartına taahhüt kapsamında yer verilmesinin Kanun'un 55. maddesine aykırı olmadığı düşünülse de, Kurul'un bu noktadaki yetkisinin çok net olmadığı, dolayısıyla bu konuyu Danıştay'ın kararlarının belirleyeceği söylenebilir.

Yukarıda ele alınan *Marmara Gıda/GıdaSa* ve *Greencastle/Intergum* kararlarında lisans devri için taraflara yaklaşık bir yıllık süre verilmiştir. Komisyon'un uygulamasında normalde altı aylık süre öngörüldüğü, daha uzun sürelerin çeşitli sorunları beraberinde getirdiği<sup>171</sup> göz önüne alınırsa, bu sürelerin uzun olduğu iddia edilebilir. Ancak bu konudaki hukuki alt yapıda önemli eksikliklerin var olması sebebiyle, teşebbüslere kısa süre verilmesinin teşebbüslerin izleyeceği yolun netleşmemesinden dolayı sıkıntı oluşturabileceği düşünülmektedir. Dolayısıyla Kurul'un bu kararlarda ön gördüğü sürelerin mevcut durumda yanlış olmadığı, ancak bu alandaki hukuki çerçeve belirginleşince sürelerin daha da kısıtlanması gerektiği düşünülmektedir. Buna ilaveten her iki kararda da marka devri değil, lisans devri öngörülmüş, ancak niçin marka devrine gerek olmadığı açıklanmamıştır. Nitekim lisans devri açısından müşteri bulmaya yönelik sorunlardan dolayı, Nazar markasının lisans devrinden altı ay sonra markanın da devredileceği Saadet Gıda ile yapılan sözleşmede yer almıştır.<sup>172</sup> Ayrıca her iki karar arasında taahhüdün kabulü açısından da fark bulunmaktadır: *Marmara Gıda/GıdaSa* kararında taahhüt nihai incelemede ele alınmışken, *Greencastle/Intergum*'da ön incelemede kabul edilmiştir. Kurul'un Komisyon'un uygulamasına benzer şekilde her iki aşamada da taahhüt kabul etme yetkisinin olduğu düşünülmektedir. Ancak her iki işlemde de taahhütlerin oluşturulmasında izlenecek yöntemle ilgili (uzmanlarla tarafların görüşmesi, Kurul'un taahhüde yönelik yaklaşımı, taahhüdün verilme süreleri, tarafların uzmanlarca öngörülen rekabetçi endişelere yönelik itiraz hakları vb) belirsizliğin getirdiği bazı sıkıntılar da olmuştur. Bu açıdan izlenecek yöntemle yönelik hukuki alt yapının da ortaya konulması gereklidir.

Yukarıda ele alınan kararlardan daha farklı yapıda olan *Çimsa/Bilecik Hazır Beton* kararında,<sup>173</sup> Çimsa'nın Bilecik Hazır Beton'a ait hazır beton tesislerini devralması işleminde ön inceleme safhasında pazar payı bilgileri,

<sup>171</sup> Bkz. 2.1. Bölüm.

<sup>172</sup> *Saadet Gıda/Greencastle*, s. 7.

<sup>173</sup> 02.06.2008 tarih ve 08-36/481-169 sayılı karar.



tesislerin kapasite kullanım oranları ve piyasaya giriş koşulları dikkate alınarak izin verilemeyeceği sonucuna ulaşılmış ve işlem nihai incelemeye alınmıştır. Taraflar söz konusu kaygıları ortadan kaldırmak amacıyla Çimsa'ya ait hazır beton tesislerinin İpek İnşaat tarafından devralınmasını içeren ve bu devrin Çimsa/Bilecik Hazır Beton işleminin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirten bir sözleşme imzalayarak devir işlemi için izin almıştır. Önce belirle yöntemine örnek olan bu kararda alıcının uygunluğuna detaylı olmamakla birlikte yer verilmiş olmasına karşın, denetleyici uzmanın görevlendirilmemesi, gözden geçirme şartının bulunmaması gibi temel bazı eksiklikler görülmektedir.

#### 5.4. Kanun Değişiklik Tasarısı

Meclis Alt Komisyon'undan geçen Kanun Tasarısı,<sup>174</sup> Kanun'un 7. maddesine koşullu izin açısından aşağıdaki eklemeleri öngörmektedir:

“Kurul, [...] işleme olduğu gibi ya da belirli bozucu şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebilir veya işlemi yasaklayabilir.[...] Şart ve yükümlülükler ancak 7 nci madde kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla taraflarca verilebilecek taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. [...] kararda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hallerinde, bu karar geri alınabilir. Kurul, iznin geri alınması veya bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle iznin ortadan kalması durumunda [...] gerekli gördüğü her türlü tedbiri alır.”

Kanun Tasarısı'nda öngörülen değişiklik, 2.2. bölümde ele alınan Komisyon'un uygulamasına paralel biçimde, Kurul'un taraflarca verilecek taahhütler bağlamında (bozucu) şart ve yükümlülükler çerçevesinde izin verebileceğini net olarak hükme bağlamaktadır. Şart ve yükümlülükleri içeren taahhütlerin işlem taraflarınca verilmesi gerektiğinin Kanun'da yer alması, daha önce detaylı olarak ele alındığı üzere, Kurul'un karşılaşılabileceği pek çok sorunu ortadan kaldıracı niteliktedir. Ancak söz konusu madde, tarafların verdiği taahhütlerin yerine getirilmesi için Kurul'un taahhütlerde yer almayan şart ve/veya yükümlülük ekleyebilmesini engelleyici bir hüküm içermemektedir.

Komisyon'un uygulamasına benzer şekilde yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ise, Kurul izin kararını geri alabilir ya da izin kararı yürürlükte kalabilir. Şartın ihlali durumunda sonuç daha nettir: izin ortadan kalkmaktadır. Ancak burada Komisyon'dan ayrılan bir nokta göze çarpmaktadır. Yükümlülüğün ihlali durumunda Kanun'un 17. maddesi kapsamında ceza

<sup>174</sup> Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

verilebilecekken, şartın ihlali için cezai bir yaptırım öngörülmemiştir, halbuki Komisyon her iki durum için de ceza verebilmektedir.<sup>175</sup> Dolayısıyla yükümlülük ihlalinde Kurul, hem izin kararını geri alabilmekte hem de ceza verebilmekteyken, daha ağır bir ihlal olan bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda ise sadece izin ortadan kalkmaktadır. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden amacın, yükümlülüğün ihlalinin daha çok cezai yaptırım şeklinde, şartın ihlalinin ise iznin geri alınması biçiminde olmasının amaçlandığı iddia edilebilir. Diğer bir yaklaşım, şartın tarafların vereceği taahhüde bağlı olacak olması ve taahhütlere uyulmamasının 17. madde kapsamında ele alınmış olmasından hareketle, şartın ihlalinin de cezai yaptırımı tabi olduğu şeklinde olabilir. Fakat az önce de ele alındığı üzere Kanun Tasarısında, Kurul'un taahhütlerin dışında şart ileri sürebilme yetkisinin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, şartın ihlalinin de cezai yaptırım içermesinin Kanun'da yer almasının daha doğru olacağı düşünülmektedir.

Diğer önemli bir nokta ise, 17. maddenin, 'yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmaması durumunda Kurul idari para cezası verir' hükmünü içermesidir. Benzer durumlar için Birleşme Tüzüğü 14. ve 15. maddelerinde Komisyon'un ceza *verebileceği* hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda önemsiz sayılabilecek yükümlülükler için (örneğin kayyımın bir hafta geç atanması), Komisyon ceza vermeme hakkına sahiptir. Halbuki Kanun'un düzenlenişinden, Kurul'un önemli ya da önemsiz her türlü yükümlülük veya taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda ceza vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada Kurul'a insiyatif tanıyacak şekilde, 17. maddenin "ceza verilir" şeklinde değiştirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Ayrıca Kanun Tasarısı'nda bozucu şart kısıtı getirilmesinin bazı sakıncaları taşıdığı düşünülmektedir. Şart, genel olarak bozucu ve erteleyici olmak üzere ikiye ayrılabilir.<sup>176</sup> Borçlar Kanunu 149. madde çerçevesinde erteleyici şarta bağlı işlem, "ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade eder", aynı Kanun'un 152. maddesi çerçevesinde bozucu şarta bağlı işlem ise, "şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade etmez". 4.1. bölümde ele alınan açık alıcıyı içeren tedbir kararları bir yönüyle zaten erteleyici şart niteliğindedir: taraflar ayrıştırılacak işin alıcıya satışı için anlaşmaya varmadıkça yoğunlaşma işlemi yürürlüğe girmeyecektir, dolayısıyla işlem "ancak şartın tahakkuku anından itibaren hüküm ifade" edecektir. Bu bağlamda Kurul'un açık alıcı içeren taahhütlere bozucu şart çerçevesinde izin veremeyeceği düşünülmektedir. Daha

<sup>175</sup> Bkz. 3.3. Bölüm.

<sup>176</sup> AKSOY, N. vd. 2006, s.5.

önce açıklanan bazı durumlarda açık alıcı içeren taahhütlerin verilememesi ise, taahhüt mekanizmasının kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Son olarak, şart ve yükümlülüğün ihlalleri durumunda sonuçları arasında büyük farklar olacağı için, ikisi arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu ayrımın, gerekli görüldüğünde değişiklik yapılabilmesi açısından Kanun Tasarısı'nda düzenlenmemiş olması yerindedir. Bunun diğer mevzuat çerçevesinde yapılması Kurul'a bu konuda esneklik sağlayacaktır.

## **6. SONUÇ ve POLİTİKA ÖNERİLERİ**

Komisyon yeni Duyuru'yla tedbirleri detaylı olarak ele almış, mahkeme kararları çerçevesinde izleyeceği yöntemi net olarak belirlemiştir. Duyuru, uygulama açısından önemli bir değişiklik içermemekle birlikte, taahhüt mekanizmasını detaylı olarak ele almasından dolayı teşebbüsler açısından belirlilik sağlamıştır. Bununla birlikte Komisyon'un davranışsal taahhüde hala uzak durmaya çalıştığı, bunun ise gerek mahkeme kararları gerekse teşebbüsler açısından bazı sorunları beraberinde taşıyabileceği düşünülmektedir.

Duyuru bağlamında Rekabet Kurulu'nun kararları ele alındığında, temel noktada önemli eksikliklerin bulunduğu göze çarpmaktadır. (Yeterli) Taahhütlerin verilmemiş olmasından da kaynaklanan bu durumu ortadan kaldırmak için Kurul'un adeta işlem tarafı gibi tedbir kararlarını detaylandırmaya çalışması beraberinde çok daha büyük sorunları getirebilecek niteliktedir. Komisyon'a verilen taahhütler kapsamındaki yoğunlaşmalara ise taahhütlerin içeriğinin yeterliliği, Türkiye açısından uygunluğu gibi konular incelenmeksizin izin verildiği, bunun da kendi içinde riskler taşıdığı görülmektedir. Bu çerçevede aşağıda Kurul'un izlemesi gereken yönetime yönelik ulaşılan sonuçlara yer verilmiştir:

- Kurul'un en kısa sürede taahhüt mekanizmasına yönelik bir Kılavuz yayımlaması gerekmektedir. Bu, gerek Kurul kararlarında istikrar sağlayacak, gerekse tarafların yükümlülüklerini bilerek *Marmara Gıda/GıdaSa, Lapis/Anadolu İletişim* örneklerinde olduğu gibi yüzeysel taahhüt vermemesini de beraberinde getirecektir. İşlem tarafları bu konuda yeterli bilgiye sahip olmayabileceklerinden dolayı, Komisyon'un taahhüt ve kayyım vekâletine yönelik metinlerine benzer nitelikte örnek metinlerin yayımlanması da bu süreci hızlandıracaktır. Ayrıca taahhütlere yönelik hazırlanacak olası Kılavuz'un -tedbir kararları daha çok yeni ve az sayıda olmasından hareketle- Komisyon'un Duyurusu kadar detaylı

olmaması, daha çok genel prensipleri içermesinin şimdilik daha doğru olacağı düşünülmektedir.

- Tedbir kararlarında şart ve yükümlülüğün ayrımı yapılmalı, bunlara uyulmamasının getireceği sonuçlar ise net olmalıdır. Bu ayrım, Komisyon'un *Syngenta/Advanta* kararında<sup>177</sup> olduğu gibi, taahhütlerin hangi kısımlarının şart, hangi kısımlarının yükümlülük olduğunun kararda belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, *P&G/Gillette*'de<sup>178</sup> olduğu şekliyle, yani yürürlükteki mevzuat ve kararlar çerçevesinde ayrımın yapılacağı belirtilmesi şeklinde de olabilir. Ancak ikinci yöntem için Kılavuz'un ve yeterli sayıda Kurul kararının bulunması gerekmektedir.
- Kurul, taahhütleri eksiksiz şekilde düzenlenmediği sürece kesinlikle kabul etmemeli, kararlarında kendisini taraf yerine koyarak taahhütte yer almayan şartları belirleme yoluna gitmemelidir.
- Tüm kararlarda denetleyici uzman şartı aranmalı, Kurul bu görevi üstlenmek gibi kendisi açısından gereksiz iş yüküne sebep olacak durumları kabul etmemelidir. Ayrıca denetleyici uzmanın görevi, atanması ve yetkilerinin detaylı biçimde taraflarca belirlenmiş olması da gereklidir.
- Şeklen satış işlemine onay vermek yerine, alıcının gerçekten söz konusu pazarda rekabet edebilecek kapasitesinin varlığı titizlikle ele alınmalıdır. Bunu sağlamak için en başta –taahhütte- alıcının sahip olması gereken özelliklere genel anlamda yer verilmeli, tedbir kararı *sadece* “üçüncü bir teşebbüse devredilmesi” şeklinde düzenlenmemelidir.
- Tedbir kararında getirilen kısıtlamaların rekabeti nasıl sağlayacağı detaylı olarak ele alınmalı ve gerekçelendirilmelidir. Bu açıdan özellikle süre kısıtlarının incelenmesi (benzer tesisin rakiplerce ne kadar sürede kurulabileceği, teknolojideki değişim için gereken zaman vb) gerekçekte, taraflara gereğinden fazla süre kısıtı getirmenin orantılı olmayacağı, az süre kısıtının ise tedbir kararının etkinliğini ortadan kaldıracağı göz önüne alınmalıdır.
- Taahhüt mekanizmasının yeni olmasından hareketle Kurul, yapısal taahhütleri net olarak davranışsala tercih ettiğini Kılavuz'da ve kararlarında belirtmeli, belli bir tecrübe kazandıktan ve Danıştay kararları çerçevesinde bu konu daha netleşmeye başladıktan sonra bu tercihi de kaldırmalıdır. Kurul'un davranışsal tedbirler almasıyla birlikte bu alanda önemli olan hakemliğin 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yeri ve rolü de belirlenmelidir.

<sup>177</sup> COMP M. 3465.

<sup>178</sup> COMP M. 3732.

- Taahhüt kapsamında devre konu maddi – gayri maddi varlıkların içeriği detaylı olarak ele alınmalı, Kurul sektörlerdeki teknik detayları bilemeyeceğinden hareketle özellikle rakip teşebbüslerle iletişime geçilerek devir açısından gerekli olanlar hakkında detaylı bir inceleme yapılmalı, bu konu sadece işlem tarafı olan teşebbüslere bırakılmamalıdır. Bununla birlikte rakip teşebbüslerin işleme objektif yaklaşamayabileceklerinden hareketle, bu yoldan elde edilecek bilgiler “sağlam bulgularla desteklenmesi halinde göz önüne alınmalıdır”.<sup>179</sup>
- Kurul’un ayrıştırmaya yönelik taraflara verdiği uzun sürelerin, mevcut durumda hukuki alt yapıdaki eksikliklerden dolayı yanlış olmadığı söylenebilse de, gerekli mevzuat ve kararların oluşmasıyla bu sürelerin tedbirlerin etkinliği açısından kısaltılması gerekmektedir.
- Taahhüdün oluşturulmasında izlenecek yöntem ve hangi aşamada kabul edilebileceği gerekli hukuki çerçeve oluşturularak belirlenmelidir. Bu durum Kurum raporörleri kadar taraflar açısından da gereklidir.
- Kurul verdiği kararların etkinliğini Komisyon’un ve FTC’nin çalışmalarına benzer şekilde takip etmeli, buradan edineceği tecrübeleri kararlarına ve gerekli mevzuata yansıtmalıdır.
- Son olarak, taahhütlerin detaylı biçimde incelenmesi gerektiğinden, Komisyon’daki yaklaşım çerçevesinde bu alanda uzmanlaşmış bir grubun / birimin oluşturulmasının tedbir kararlarının etkinliği açısından gerekli olduğu da düşünülmektedir.<sup>180</sup>

<sup>179</sup> Aynı yaklaşım için bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, ‘Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri’ başlıklı 27. paragraf,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.doc>

<sup>180</sup> Aslan da benzer bir yaklaşım sergilemektedir: “Yasaklama ya da koşullu izin kararları verilmeden önce tarafların konuya ilişkin görüşlerinin alınmasına ve varsa taahhütlerin sunulmasına imkân tanınması ise Komisyon’da bulunan "Merger Task Force" ile müzakere benzeri bir mekanizmanın ilk defa olarak Kanun’un içerisinde gündeme gelmesine yol açacaktır.”, ASLAN, İ. Y. 2005, s.4.

## KAYNAKÇA

AKSOY, N., H. BOLATOĞLU, Ş. YAVUZ (2006), “Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması”, *Rekabet Dergisi*, Sayı: 25, s. 3-28.

ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Kitabevi

ASLAN, İ.Y. (2005), “Rekabet Kurumunun Kanun Değişikliği Önerisinin Düşündürdükleri”, *Rekabet Haber Bülteni*, Sayı: 12, s. 3-6.

BADUR, E. ve B. ERTEM (2008), “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı: 33, s. 3-59.

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

Birleşme Tedbirleri Çalışması, (*Merger Remedies Study*), [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf)

Birleşme Tüzüğü, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24/1

BOLATOĞLU, H. (2004), “Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara

‘Commitments to the European Commission’,

<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>

Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L 257/90

CRAIG, P. ve G. De BURCA (2003), *EU Law Text, Cases, and Materials*, 3. Baskı, Oxford University Press

Duyuru, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 [2008] OJ C 267/01

Eski Duyuru, Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 [2001] OJ C 68/3

EZRACHI, A. (2006), “Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations”, *World Competition*, No: 29(3), s. 459- 479.

International Bar Association, Antitrust Committee (2007), "Submission of the IBA Working Group on the European Commission's Draft Notice on Remedies Acceptable Under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and Under Commission Regulation (EC) No 802/2004",

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/iba\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/iba_2.pdf)

FTC Çalışması (1999), A Study of the Commission's Divestiture Process,

<http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>

GRIMALDI e ASSOCIATI (2007), "Comments of the Grimaldi e Associati on the Draft Commission Notice",

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/grimaldi.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/grimaldi.pdf)

GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS, (2009), "Yoğunlaşmaların kontrolünde taahhüt ve koşullu izin yaklaşımları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, Yayımlanmamış Tebliğ

GÜRZUMAR, O. (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin

GÜVEN, P. (2005), Rekabet Hukuku, Yetkin, Ankara

ICN (2005), Merger Remedies Review Project,

[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_4th\\_bonn\\_2005/Remedies\\_Study.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Remedies_Study.pdf)

IP/05/1327, 21 Ekim 2005,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1327&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

IP/07/544, 24 Nisan 2007,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/544&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kilavuz/kilavuz5.doc>

LOUIS, F., S.B. VÖLCKER ve G. ACCARDO (2008), "New EU Commission Notice on Remedies in Merger Cases",

<http://www.wilmerhale.com/publications/whPubsDetail.aspx?publication=8526>,

Erişim Tarihi: 14.04.2009

LINDSAY, A. (2006), *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, London, Sweet and Maxwell

MOTTA, M., M. POLO ve H. VASCONCELOS (2007), “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, *Antitrust Bulletin*, 52(3), s. 603-631.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0636.pdf>

‘Statistics’, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

SENYÜCEL, O (2005), “An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test”, *Ankara Law Review*, No: 2(2), s.171-187.

SJ BERWIN (2007), “Comments on Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation”,

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/berwin.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/berwin.pdf)

Taslak Tedbir Duyurusu,

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft\\_remedies\\_notice.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf)

‘Trustee Mandate’,

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee\\_mandate.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf)

ULU, H. (2004), “Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin”, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri*, Ankara

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

#### **KURUL KARARLARI**

*Balfour/Garanti Koza İnşaat*, 3.8.2000 tarih ve 00-29/307-174 sayılı karar

*Cookson/Foseco*, 20.3.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı karar

*Çimsa/Bilecik Hazır Beton*, 02.06.2008 tarih ve 08-36/481-169 sayılı karar

*Doğan Gazetecilik / Vatan Gazetesi*, 10.3.2008 tarih ve 08-23/237-75 sayılı karar

*DSM/Roche*, 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı karar

*Glaxo Wellcome/SmithKline*, 3.8.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı karar

*Greencastle/Intergum*, 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı karar

*Lapis/Anadolu İletişim*, 17.7.2008 tarih ve 08-45/638-242 sayılı karar

*Lufthansa/Güneş Express Havacılık*, 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı karar



*Marmara Gıda/GıdaSa*, 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar  
*Metro/Migros*, 19.3.1998 tarih ve 57-424-52 sayılı karar  
*MTW/Enodis*, 18.09.2008 tarih ve 08-54/854-341 sayılı karar  
*New-Holland/Trakmak*, 28.5.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı karar  
*Owens/Saint-Gobain*, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1153-446 sayılı karar.  
*P&G/Gillette*, 8.9.2005. tarih ve 05-55/836-228 sayılı karar.  
*POAŞ*, 18.2.1999 tarih ve 99-8/66-23 sayılı karar  
*Promatech/Sulzer*, 16.10.2003 tarih ve 03-68/812-360 sayılı karar  
*Saadet Gıda/Greencastle*, 4.12.2008 tarih ve 08-69/1128-444 sayılı karar.  
*Syngenta/Advanta*, 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı karar  
*TEAŞ*, 24.9.1998 tarih ve 84-667/132 sayılı karar  
*TEDAŞ*, 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı karar  
*Toros Tarım/Sümer Holding*, 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı karar.  
*TÜPRAŞ*, 21.1.0.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı karar

#### **DANIŞTAY KARARLARI**

13.2.2009 tarih ve 2008/ 13171 E. sayılı Danıştay 13. Daire kararı  
14.03.2006 tarih ve 2005/86 E., 2006/1413 K. sayılı 13. Daire kararı  
16.06.2005 tarih ve 2003/428 E., 2005/2175 K. sayılı İDDK kararı  
16.06.2005 tarih ve 2003/695 E., 2005/2176 K. sayılı İDDK kararı  
14.11.2002 tarih ve 2000/1111 E., 2002/4362 K. sayılı 10. Daire kararı

#### **KOMİSYON ve MAHKEME KARARLARI**

ARD k. Komisyon [2003], Dava T-158/00  
BaByliss SA k. Komisyon [2003], Dava T-114/02  
Cementbouw k. Komisyon [2006] Dava T-282/02  
easyJet k. Komisyon [2006] Dava T-177/04  
EDP k. Komisyon [2005] Dava T-87/05  
Gencor k. Komisyon [1999] Dava T-102/96

General Electric k. Komisyon [2005] Dava T-210/01  
Komisyon k. Tetra Laval [2005] C-12/03 P  
Petrolessence SA ve SG2R k. Komisyon [2003], Dava T-342/00,  
Royal Philips Electronics k. Komisyon [2003], Dava T-199/02  
*Boeing/McDonnell Douglas*, COMP/M.877  
*B Sky B/ Kirsch Pay TV*, COMP/JV.37  
*General Electric/Honeywell*, COMP/M. 2220  
*Nestlé/Perrier*, COMP/M.190  
*P&G/Gillette*, COMP/M. 3732  
*Syngenta/Advanta*, COMP/M. 3465  
*Tetra Laval/Sidel*, COMP/M.2416  
*Totalfina/Elf*, COMP/M. 1628