

Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetiminde Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizması¹

Adem KARA

*Sorumlu Yazar, Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu Başkanlığı,
ademkara@rekabet.gov.tr, ORCID: 0000-0001-7751-8906*

Arcan TUZCU

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İşletme Bölümü,
tuzcu@politics.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6342-735X*

Öz

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca pazarda etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması veya bozulması sonucunu doğuracak nitelikteki yoğunlaşmalar yasaklanmaktadır. Öte yandan, Rekabet Kurulu (Kurul), yasak kapsamındaki bir yoğunlaşma işlemine, yapısal ve/veya davranışsal tedbirler kapsamında koşullu izin verebilmektedir. Bu çalışma, Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetiminde yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasının ve bu mekanizmanın uygulamadaki etkilerinin araştırılmasını amaçlamaktadır. Çalışmada incelenen, 1998-2019 dönemindeki 50 nihai inceleme kararı arasında ihlal tespiti yapılan 20 karar bulunmaktadır. Bu kararlardan altısı yapısal, yedisi davranışsal, dördü ise hem yapısal hem de davranışsal tedbirler içermektedir. Sonuç olarak Kurul, yasak kapsamında olan ancak rekabetçi risklerden arındırılması mümkün olan yoğunlaşma işlemlerine kabul edilebilir yapısal-davranışsal tedbirlerle genellikle izin vermektedir.

Anahtar Sözcükler: Yoğunlaşma denetimi, yapısal tedbir, davranışsal tedbir.

JEL Sınıflandırma Kodları: M00, M10, M19, K21

Structural-Behavioral Remedy Mechanism Within the Control of Concentrations in Turkish Competition Law²

Abstract

Pursuant to article 7 of The Act on The Protection of Competition (No:4054), concentrations which results in significant restriction or deterioration of effective competition in the market, are prohibited. However, Turkish Competition Authority (TCA) may conditionally allow a concentration that is forbidden due to possible anti-competitive risks in the market within the scope of structural and/or behavioral remedies. This study aims to investigate the structural-behavioral remedy mechanism and the effects of this mechanism in the control of concentrations in Turkish competition law. Among the 50 final examination decisions examined in the study, in the period 1998-2019, there are 20 decisions in which violation is detected. Six of these decisions include structural, seven behavioral, and four contain both structural and behavioral remedies. As a result, TCA generally permits concentrations that are within the scope of the ban but can be cleared of competitive risks, with acceptable structural-behavioral remedies.

Keywords: Control of concentrations, structural remedy, behavioral remedy.

JEL Classification Codes: M00, M10, M19, K21

¹ Bu çalışma, Adem KARA'nın Dr. Öğr. Üyesi Arcan TUZCU'nun danışmanlığında hazırlanmış olduğu ve 15.01.2020 tarihinde kabul edilen yüksek lisans tezinden uyarlanmıştır.

² Extended abstract is presented at the end of the article.

Geliş Tarihi (Received): 19.03.2020 Kabul Edilme Tarihi (Accepted): 17.10.2020

Atıfta bulunmak için/Cite this paper:

Kara, A. ve Tuzcu, A. (2020). Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetiminde yapısal-davranışsal tedbir mekanizması, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi*, 10 (2), 583-616. Doi: 10.18074/ckuiibfd.706192

1. Giriş

Belirli bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin varlıklarını sürdürmek için; kârlılığı artırma, pazarda daha verimli olma, pazardaki konumlarını sağlamlaştırma ve büyüme gibi muhtelif hedefleri bulunmaktadır. Teşebbüsler böylesi hedeflerini gerçekleştirmek için kimi zaman başka teşebbüslerle birleşme ya da ortak girişim kurma yoluna başvururken, kimi zaman da başka teşebbüsleri devralma ya da farklı teşebbüslerin karar organlarında kontrol hakkı elde etme yoluna girebilmektedir. Sanlı (2000, s.14)'ya göre, rekabet baskısının küresel ölçekte hissedilmesi de, teşebbüsleri dış piyasaların rekabet koşullarına dayanabilmek için bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, kurumsal birlikler yoğun olarak yaşanmaktadır. Birleşme, devralma, ortak girişim işlemleri ile teşebbüslerin karar mekanizmasında gerçekleşen kalıcı kontrol değişiklikleri, doktrinde yoğunlaşma olarak tanımlanmaktadır ve rekabet otoritelerinin denetimi kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, teşebbüs yöneticilerinin yoğunlaşma kapsamına giren işlemlere yönelik kararlarını, bu denetimlerden bağımsız olarak uygulaması mümkün olamamaktadır.

Yoğunlaşmaların, teşebbüslerin pazardaki verimliliklerinin artırılması, yeni ürünlerin geliştirilmesi, mevcut ürünlerin kalitesinin artırılması ve fiyatlarının düşürülmesi gibi olumlu rekabetçi sonuçları söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte, yoğunlaşma işlemleri, pazarda hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi yoluyla pazardaki rekabetin kısıtlanmasına, engellenmesine, bozulmasına, hatta ortadan kalkmasına neden olabilmektedir. Rekabet karşıtı riskler barındıran yoğunlaşmalar rekabet hukukunda yasaklanan ve izinsiz gerçekleştirilmesi hâlinde iptal ve para cezası gibi idari yaptırımlara uğrayan işlemler arasında yer almaktadır. Bu nedenle, teşebbüs yöneticilerinin, herhangi bir pazarda yoğunlaşmaya neden olan işlemlerin rekabet hukuku bakımından risk teşkil edip etmediği hususunda bilgi sahibi olmaları önem taşımaktadır. Böylece, hem teşebbüsler arası yoğunlaşma işlemlerinin rekabet karşıtı etkilerinden dolayı pazardaki etkin rekabetin bozulmasının hem de yasa ihlâli gerekçesiyle teşebbüslerin idari yaptırıma maruz kalmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Teşebbüslerin faaliyetlerini birleştirip birleştiremeyeceklerine rekabet otoriteleri karar vermekte, otoriteler böylece pazar yapısındaki değişiklikleri önemli ölçüde düzenleyebilmektedir (Jones ve Suffrin, 2008, s.942). Otoriteler bir yoğunlaşma işlemine kimi zaman izin vermekte, kimi zaman işlemi yasaklayabilmekte, kimi zaman da yasak kapsamında bulunan işlemin muhtemel rekabet karşıtı etkilerini ortadan kaldıracak bazı tedbirler³ çerçevesinde işleme koşullu olarak izin

³ Doktrinde *remedy* teriminin karşılığı olarak taahhüt, tedbir veya çözüm terimleri kullanılmaktadır. İngilizcede *remedy* kelimesi; deva, çare, ilaç, çıkar yol, yasal çözüm yolu, çözüm getirmek, iyileştirmek, düzeltmek gibi anlamlara gelmektedir. Bu anlamların büyük bir bölümünü

verebilmektedir. Doktrinde yapısal tedbirler (*structural remedies*) ve davranışsal tedbirler (*behavioral remedies*) olarak sınıflandırılan bu tedbirler (OECD, 2007), rekabet otoritelerinin rekabeti koruma amacı ile teşebbüslerin birleşme yoluyla yeni pazarlara girme veya mevcut pazarda büyüme hedefleri arasında bir denge kurulmasını sağlamaktadır (Özkan, 2019,s. xi).

Bu çalışmada, 24.06.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazete’de⁴ yayımlanan “**Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7246 sayılı Kanun)**” ile gerçekleşen değişiklik öncesinde, Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetimi kapsamında yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasının ve bu mekanizmanın uygulamadaki etkilerinin araştırılması hedeflenmektedir. Bu amaçla, Rekabet Kurulunun (Kurul) kurulduğu günden 2019 yılının sonuna kadar olan süreçte aldığı tüm nihai inceleme kararları değerlendirilmiştir. Kurul, 1998-2019 döneminde nihai incelemeye aldığı 50 yoğunlaşma işleminin⁵ 19’una izin, üçüne ret, 17’sine ise koşullu olarak izin vermiştir. Koşullu izin kararlarının altısı yapısal tedbirler, yedisi davranışsal tedbirler, dördü ise hem yapısal hem de davranışsal tedbirler içermektedir. Bu yönüyle çalışma, teşebbüslerin birleşme, devralma ve ortak girişim taleplerine, Kurulun piyasada rekabetin korunması noktasında nasıl bir yaklaşım sergilediğinin görülmesi açısından önem taşımaktadır. Bu şekilde yoğunlaşma girişiminde bulunacak teşebbüsler Kurulun nasıl bir denge politikası gözettiğini dikkate alarak hareket edebileceklerdir. Böylece, yoğunlaşma taleplerinin zaman ve kaynak israfı olmaksızın teşebbüslerin lehine sonuçlanmasının önü açılabilir. Araştırmada ilk olarak, Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetimi açıklanarak, yapısal-davranışsal tedbir mekanizması ele alınmıştır. İzleyen kısımda ise Kurulun nihai inceleme kararları, yapısal-davranışsal tedbir mekanizması bakımından incelenmiş ve bu mekanizmanın uygulamadaki etkileri değerlendirilmiştir.

2. Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetiminde Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizması

Türk rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetiminin yasal dayanağı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK)⁶ 7. maddesidir. RKHK’un 6. maddesi bakımından hâkim durum tek başına bir yasak teşkil etmezken; 7. Madde uyarınca teşebbüslerin birleşme veya devralma yoluyla pazardaki rekabetin

içermesi bakımından çalışma kapsamında, *remedy* teriminin Türkçe karşılığı olarak “tedbir” teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

⁴ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624.pdf>, Erişim Tarihi:20.7.2020

⁵ Bu işlemlere ilişkin kararların tarih ve sayı bilgilerinin tamamına Adem KARA’nın yüksek lisans tezinde yer verilmiştir. Tezde 1998 yılı başından 2019 yılı sonuna kadar gerçekleşen bütün nihâi inceleme kararları, Rekabet Kurumunun internet sitesinde yer alan arama motoru kullanılarak taranmıştır. Bu çalışmada Kurulun yapısal-davranışsal tedbirler içeren izin kararları ile ret kararlarına yer verilmiştir.

⁶ Bkz. <https://rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun>, Erişim Tarihi: 08.01.2020.

önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde hâkim duruma gelmesi yasaklanmaktadır. Maddenin gerekçesinde, teşebbüslerin, birleşme veya devralma yoluyla, kendi iç dinamiği dışında büyüyerek hâkim duruma gelmelerinin rekabet düzenini bozacağı ileri sürülmüş ve teşebbüslerin bu şekilde hâkim duruma gelmelerinin denetim altına alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir (Demirci, 2019, s. 16). Yoğunlaşmaların denetimi, RKHK'un 7. maddesindeki tebliğ çıkarma yetkisine istinaden düzenlenen tebliğler ile bu tebliğlerin uygulamasında belirliliğin sağlanması amacıyla çıkarılan kılavuzlar kapsamında gerçekleştirilmektedir. Mevzuat kapsamında yoğunlaşma işlemleri, hâlihazırda “birleşme ve devralma” olarak nitelendirilmekte ve bu adla denetime konu olmaktadır. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca; kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; bir ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi veya tamamının ya da bir kısmının devralınması ile tam işlevsel ortak girişim kurulması işlemleri, birleşme ve devralma sayılan hallerdendir. Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getiren böylesi yoğunlaşma işlemleri, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesindeki ciro eşiklerini aşması hâlinde, Kurulun izni ile hukuki geçerlilik kazanabilmektedir⁷. Bu itibarla, kontrol değişikliği içeren ve ciro eşiklerini aşan yoğunlaşma işlemleri bakımından Kurula bildirim yapılması kural olarak zorunludur. Bahse konu koşulları sağlamakla birlikte, ortak girişimler haricinde, herhangi bir etkilenen pazarın söz konusu olmadığı işlemler bakımından Kurulun izni aranmamaktadır.

RKHK'un 10. maddesi uyarınca, RKHK'un 7. maddesi kapsamına giren ve 2010/4 sayılı Tebliğ'de anılan koşulları taşıyan yoğunlaşma işlemleri, bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde ön incelemeye alınır⁸. Ön inceleme sonucunda Kurul tarafından, yoğunlaşma işlemine ya izin verilir (doğrudan veya koşullu) ya da işleme yönelik nihâi inceleme kararı verilir. Nihâi inceleme sürecinde Kurul, yoğunlaşma işlemi etraflıca değerlendirmektedir. Yoğunlaşmaların değerlendirilmesi sürecindeki adımlar, yoğunlaşmanın niteliğine göre (yatay-yatay olmayan) belirli bir sistematik çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yoğunlaşmalar, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinde düzenlenen “*ilgili pazarın yapısı*”, “*ülke içinde veya dışında yerleşik teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti*”, “*teşebbüslerin pazardaki durumları*”, “*ekonomik ve mali güçleri*”, “*sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri*”, “*arz kaynaklarına ulaşabilme imkânları*”, “*pazarlara giriş engelleri*”, “*arz ve talep eğilimleri*”, “*tüketicilerin menfaatleri*”, “*tüketici yararına olan etkinlikler*” vb. kriterlere göre değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmeler sonucunda, Kurul ilgili yoğunlaşma işlemine izin verebilmekte ya da işlemi yasaklayabilmektedir. Öte

⁷ Yurt dışında gerçekleşen birleşme ve devralma işlemlerinin de ciro eşiklerini aşması ve Türkiye piyasalarını etkilemesi durumunda Kurula bildirilmesi gerekmektedir.

⁸ RKHK'nun 10. maddesinde Kurulun süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hâllerde, birleşme veya devralma anlaşmalarının bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukukî geçerlilik kazanacağı hüküm altına alınmıştır.

yandan, Kurul yasak kapsamında olan ancak rekabet karşıtı etkilerden arındırılması mümkün olan yoğunlaşmalar bakımından yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasını işletebilmektedir.

Rekabet hukukunda yapısal-davranışsal tedbirler, yoğunlaşmaların rekabet karşıtı etkilerini ortadan kaldırmayı amaçlayan araçlardır. Rekabet karşıtı etkileri nedeniyle yasak kapsamına giren bir yoğunlaşma işlemi, yapısal-davranışsal tedbirlerle böylesi etkilerden arındırılarak yasak kapsamından çıkarılabilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yoğunlaşmalarda tedbirler, pazarın yapısına veya işlem taraflarının davranışına yönelik olabilmektedir. Pazarın yapısını etkilemeye ilişkin tedbirler *yapısal*; işlem tarafı teşebbüslerin davranışlarını düzenlemeye ilişkin tedbirler ise *davranışsal* olarak nitelendirilmektedir (Varol, 2009, s. 3). OECD (2007, s. 86)'ye göre yapısal tedbirler, pazarın yapısında etkili değişiklik için, teşebbüsün maddi ve/veya maddi olmayan varlıklarının veya bütün bir faaliyet alanının mülkiyetinin devrini sağlayan ve bu varlıkların eski ve yeni sahipleri arasında sürekli bir ilişkiye yol açmayan tedbirlerdir. ABD Adalet Bakanlığı (*DoJ*) Birleşme Rehberi'ne⁹ göre, yapısal tedbirler genel olarak fiziki varlıkların işlem tarafı teşebbüslerin biri veya her ikisi tarafından elden çıkarılması veya işlem tarafı teşebbüsün fikrî mülkiyet haklarının satışı veya lisanslanması yoluyla yeni rakipler yaratılması şeklinde ortaya çıkan tedbir türüdür. Yapısal tedbirler, hem yatay yoğunlaşmalar hem de yatay olmayan yoğunlaşmalar sonucunda ortaya çıkan rekabetçi sorunların giderilmesinde etkili bir araç olarak kullanılmaktadır (Bilaçlı, 2016, s. 5). Davranışsal tedbirler ise, işlem tarafı teşebbüsleri rekabet karşıtı davranışlarda bulunmaktan alıkoyan ya da teşebbüslere belirli tip davranışlarda bulunma yükümlülüğü getiren tedbirlerdir (OECD, 2007, s. 187). Yazar (2020, s. 4)'a göre yapısal tedbirler, genellikle tarafların devam eden faaliyetlerinin tamamının veya bir kısmının elden çıkarılması yoluyla piyasayı yeniden yapılandırmayı amaçlarken; davranışsal tedbirler, fiyat kontrolleri, ayrımcılık karşıtı hükümler gibi araçlarla piyasa yapısındaki değişimin denetlenmesini amaçlamaktadır. Ezrachi (2006, s. 460)'ye göre yapısal tedbirler rekabetin tesisi veya devamlılığı için genellikle pazar yapısına doğrudan müdahale yoluyla tek seferde kalıcı bir değişikliği içerirken; davranışsal tedbirler tekrarlı bir izleme sürecini kapsamaktadır. Wang (2016, s. 588) yapısal tedbirleri, pazar gücünü tek seferde ve görece daha seyrek izlemeyle düşürdüğü için ameliyatlara; davranışsal tedbirleri ise belirli bir rekabetçi soruna odaklanması ve düzenli izleme gerektirmesi nedeniyle ilaçlara benzetmiştir (Akt. Bilaçlı, 2016, s. 4). Yapısal tedbirler, işlem tarafı teşebbüslere, genel olarak mal varlığının devrine ilişkin yükümlülükler getirmekte ve pazarın mevcut yapısında rekabet karşıtı etkilerin giderilmesini sağlayacak değişiklikler öngörmektedir. Davranışsal tedbirler ise, pazarın yapısında değişikliğe yol açmadan, teşebbüsün etkilenen pazardaki davranışlarına yönelik yükümlülükler getirerek yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerini gidermeyi amaçlamaktadır.

⁹ Bkz. <https://www.justice.gov/atr/page/file/1175136/download>. Erişim Tarihi: 24.11.2019.

Yürürlükteki mevzuat incelendiğinde; RKHK'un 13. maddesinde yer alan “*karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*” ibaresi, 52. maddesinde bulunan “*verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar*” ibaresi ve 2010/4 sayılı Tebliğ'in “Taahhüt” başlıklı 14. maddesi yoğunlaşma işlemlerinde yapısal-davranışsal tedbir uygulamasının yasal dayanağını teşkil etmektedir (Aslan, 2016). Bu düzenlemelere ek olarak, 2011 yılında, taahhüt uygulamasında belirliliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması, ayrıca RKHK kapsamında yasağa takılan bir yoğunlaşma işleminin yol açacağı rekabet sorunlarının giderilmesinde Kurula sunulacak tedbir önerileri için taraflara yol gösterilmesi amacıyla Kılavuz¹⁰ çıkarılmıştır. Doktrinde genel kabul gören yapısal-davranışsal tedbir ayrımı, Kılavuz'da da benimsenmiştir¹¹. Bununla birlikte, yoğunlaşma işlemine ilişkin rekabetçi endişeleri gidermede kısa vadede sürdürülebilir sonuç doğurması ve uygulama sonrasında denetim gerektirmemesi nedeniyle yapısal tedbirlerin, tedbir mekanizmasından beklenen amaca daha uygun olduğu ifade edilmiştir¹². Bir tedbir önerisinin rekabet sorunlarını giderip gidermediğinin somut olayın niteliğine ve durumun gereklerine göre değerlendirileceği belirtilmiş ve yapısal tedbirlere benzer etkinlikte olması ve eş etkili bir yapısal tedbirin bulunmaması durumunda davranışsal tedbirlerin kabul edileceği vurgulanmıştır¹³. Öte yandan, **7246 sayılı Kanun** ile yapısal ve davranışsal tedbirler, RKHK'un 9. maddesinde açıkça düzenlenmiş ve *yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulacağı* hüküm altına alınmıştır. Anılan hüküm ile bundan sonraki uygulamada Kurul öncelikle davranışsal tedbirlere başvuracak, davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesi halinde yapısal tedbirlere başvurabilecektir¹⁴.

RKHK'un 7. maddesi kapsamındaki yoğunlaşmaların yasak kapsamında olduğunun tespitinden Rekabet Kurumu sorumludur¹⁵. Kanun değişikliği öncesinde, yasak kapsamına giren yoğunlaşmalar bakımından söz konusu olan rekabet sorunlarının giderilmesine ilişkin tedbir teklifinde bulunup bulunmamak işlem taraflarının takdirindeydi¹⁶. Bir yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla teşebbüsler, Kurula; bildirim, ön inceleme ve nihâi inceleme safhalarında tedbir önerileri sunabilmekteydi. Kurul önerilen tedbiri yeterli görmediği durumda, taraflara önerilerinde değişiklik yapma imkânı

¹⁰ Bkz. Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz <https://rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/birlesme-devralma-islemlerinde-rekabet-kurumunca-kabul-edilebilir-cozumlere-iliskin-kilavuz1.pdf>. Erişim Tarihi: 10.01. 2020.

¹¹ Kılavuz'a göre yapısal tedbirler, genellikle belirli bir iş biriminin elden çıkarılmasını ifade ederken; davranışsal tedbirler tarafların gelecekteki pazar davranışlarının düzenlenmesini içermektedir.

¹² Kılavuz, s. 6, para. 18.

¹³ Kılavuz, s. 6, para. 19.

¹⁴ İşbu çalışma, söz konusu değişiklikten önceki mevzuat ve uygulama kapsamında gerçekleştirilmiştir.

¹⁵ Kılavuz, s. 3, para. 6.

¹⁶ Kılavuz, s. 3, para. 8.

tanıyabilmekte, buna rağmen önerilen tedbirler rekabet sorununu giderecek nitelik kazanamadığı takdirde, Kurul işlemi yasaklayabilmekteydi¹⁷. Kılavuz'da, tedbir tekliflerinde dikkate alınması gereken temel ilkeler; *sunulan tedbirin işleme özgü hukuki ve iktisadi ilkelere dayanması, pazardaki işlem öncesi rekabetçi seviyeyi koruması, rakipleri değil rekabeti koruması, açıklığı ve uygulanabilirliği* olarak sıralanmıştır¹⁸. Bu kapsamda, Kurula sunulan tedbir teklifleri; *işlemden kaynaklanan rekabet sorunu ile orantılı olup olmama ve gerekli temel koşullar bakımından değerlendirilmekteydi*¹⁹. Kurul, sunulan tedbirin rekabetçi endişeleri ortadan kaldırma kabiliyetini değerlendirirken, tedbirin türü, kapsamı, tarafların ve rakiplerin pazardaki konumu, tedbirin tam ve zamanında uygulanabilirliği gibi hususları göz önünde bulundurmaktaydı. Bu bakımdan Kurul, şimdiye kadar, sadece rekabetin önemli ölçüde azaltılması sorununu ortadan kaldırmada yeterli gördüğü tedbir önerilerini kabul etmiştir. Öte yandan, RKHK'un 7. maddesinde, **7246 sayılı Kanun** ile yapılan değişiklikle, "**etkin**" rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğuracak yoğunlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Böylece yoğunlaşma analizlerinde hâkim durum testi, yerini "*etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması*" testine bırakmıştır.

2.1. Yapısal Tedbirler

Kılavuz'da "**elden çıkarma**", kabul edilebilir yapısal tedbirlerden sayılmış ve elden çıkarmanın ilgili işlemi yasaklama yoluna gitmeden pazardaki rekabeti korumanın en etkili yolu olduğu ifade edilmiştir²⁰. Mevzuatında düzenlenen elden çıkarılacak iş biriminin, varlığını bağımsız olarak sürdürebilme (*viable*)²¹ niteliği Kılavuz'da *işlem taraflarından bağımsız olarak yaşayabilir olma ve rekabet edebilir olma* şeklinde yer almıştır. Yaşayabilir ve rekabet edebilir bir iş biriminin elden çıkarılması; "*hâlihazırda pazarda tek başına yaşayabilirliği ve rekabet edebilirliği konusunda şüphe bulunmayan bir iş biriminin bütünüyle elden çıkarılması*" ve "*çeşitli varlıkların bir araya getirilmesi ve/veya mevcutlardan bazılarının elden çıkarılması yöntemiyle yeni bir tek başına yaşayabilir ve rekabet edebilir iş biriminin oluşturulması*"²² olarak sıralanmıştır. Kılavuz'a göre etkin bir elden çıkarmada öncelikle "*pazardaki rekabetçi faaliyetin uygun bir rakip tarafından yürütülmesine imkân tanıyacak maddi ve gayri maddi varlıkları, personeli, arz, satış, kiralama, finansman anlaşmalarını, müşteri listelerini, üçüncü şahıslarla yapılmış hizmet anlaşmalarını, kamu kurumlarından alınmış izinleri*" vb. bütün unsurları içerecek

¹⁷ Kılavuz, s. 3, para. 8.

¹⁸ Kılavuz, s. 4-5, para. 12.

¹⁹ Kılavuz, s. 5, para. 13.

²⁰ Kılavuz, s. 7, para. 20.

²¹ *Staples/Office Depot* (COMP/M.7555) kararında elden çıkarılacak işletmenin varlığını bağımsız olarak sürdürebilmesinin sağlanması amacıyla ihtiyacı olan tedarik anlaşmalarının yapılmasının taahhüt edilmesine hükmedilmiştir.

²² Kılavuz uyarınca bazı durumlarda orantılılık ilkesi gereğince mevcut bütünlük içerisinde ayırma (*carve-out*) yöntemi de uygulanabilmektedir.

şekilde kesin ve detaylı tanım yapılması gerekmektedir²³. Pazardaki rekabet sorunları, işlem taraflarının belirli bir teknoloji veya fikri mülkiyet hakkına sahip olmalarının verdiği üstünlüğe dayanan bir pazar konumundan kaynaklanıyorsa, bahse konu teknoloji veya fikri mülkiyet hakkı da elden çıkarma kapsamında değerlendirilebilmektedir²⁴.

Elden çıkarmanın hedeflenen etkisinin ortaya çıkmasında uygun alıcının belirlenmesi önem arz etmektedir. Yoğunlaşma işleminin taraflarınca belirlenen bir alıcının uygun alıcı kabul edilmesi için alıcının; taraflardan bağımsız olması, elden çıkarılan varlığı yönetebilecek yetkinlikte olması, yeni bir rekabetçi endişeye neden olmaması ve taahhütlerin uygulanmasının gecikmesini önleyecek tüm yasal gereklilikleri sağlaması gerekmektedir²⁵. Uygun alıcının belirlenmesi işlemi, “*izin kararı öncesinde uygun alıcıyla satış sözleşmesi yapılması*” ve “*izin kararı sonrasında*” olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. İzin kararı öncesinde elden çıkarma yönteminin ilk aşaması uygun alıcının bulunmasıdır²⁶. Kılavuz uyarınca izin kararından önce uygun alıcının belirlenmesi halinde, inceleme devam ederken zaten uygun alıcı ile bağlayıcı bir anlaşma yapıldığından dolayı karar sonrasında sadece kapanış için süre ayrılması gerekmektedir. İkinci aşama ise satış sözleşmesi ile elden çıkarmanın gerçekleştirilmesidir²⁷. Kurul elden çıkarılacak iş biriminin satış sözleşmesinde belirlenen alıcıya devredilmesini yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirir. Kurul yoğunlaşma işlemine izin verirse, elden çıkarmaya ilişkin satış sözleşmesi de ayrıca bir Kurul kararına gerek olmadan inceleme konusu yoğunlaşma işlemi ile birlikte geçerlilik kazanmaktadır²⁸. İzin kararı sonrasında uygun alıcının belirlenmesi yönteminde ise, izin kararından sonra kararda belirlenen süre içerisinde elden çıkarılacak iş birimi uygun alıcıya satılır²⁹. Bu yöntem uygulandığı takdirde, Kurulun izin kararında alıcının onaylanması koşulu da yer alacaktır. Elden çıkarma uygulamalarında süreler mümkün olduğunca kısa tutulmaktadır. Bu kapsamda Kurulun gerekçeli kararında belirtilen “*başlangıç tarihinden itibaren tarafların alıcı bulma dönemi için altı aylık süre*” öngörülürken, elden çıkarma işlemi, elden çıkarma uzmanı marifetiyle gerçekleştirildiği takdirde “*üç aylık süre*” verilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir³⁰. İşlem tarafları ile rakipler

²³ Kılavuz, s. 7, para. 23.

²⁴ Kılavuz, s. 11, para. 34.

²⁵ Kılavuz, s. 13, para. 38.

²⁶ İzin kararından önce uygun alıcının belirlenmesi halinde inceleme devam ederken zaten uygun alıcı ile bağlayıcı bir anlaşma yapıldığından karar sonrasında sadece kapanış için süre ayrılması gerekmektedir.

²⁷ Bu aşama da kendi içinde tarafların uygun alıcı aradıkları dönem ve tarafların başarısız olması halinde elden çıkarmanın elden çıkarma uzmanı tarafından gerçekleştirildiği dönem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

²⁸ Kılavuz, s. 13, para. 43.

²⁹ Söz konusu iş birimi için yeterli sayıda alıcı bulunacağı öngörülmüyor ve herhangi bir sorun elden çıkarmayı karmaşıktırılmıyor ve engellemiyorsa bu yöntem tercih edilebilir.

³⁰ Kılavuz, s. 11, para.47.

arasındaki bağların yoğunlaşma işleminden kaynaklanan rekabetçi endişeleri artırması durumunda, rakipler arasındaki bağların koparılması pazarda etkin rekabetin sağlanması için zorunlu olabilir. Rakipler arası anlaşmalar yoğunlaşma işleminin de etkisiyle rekabet sorunlarına yol açıyorsa, bahse konu anlaşmaların sona erdirilmesi de yapısal bir tedbir yolu olabilmektedir³¹.

2.2. Davranışsal Tedbirler

Kılavuz kapsamında elden çıkarma tedbiri dışındaki tedbirler davranışsal tedbir olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, elden çıkarma dışındaki tedbirler en az elden çıkarma tedbiri kadar etkili olduğu takdirde kabul görmektedir³². Davranışsal tedbirlerin tek başına rekabet sorununu gidermedeki yeterliliğinin tespitinde, uygulama ve denetimden kaynaklanacak maliyet ve riskler göz önünde bulundurulmaktadır. Yoğunlaşma işlemlerinde yapısal tedbirlerin uygulanmasının mümkün olmadığı hâllerde tek başına davranışsal tedbirlerin kabul görmesi mümkün olmaktadır³³. Kurul davranışsal tedbirlerin sınırlı bir süre için uygulanmasını kabul edebilmektedir. Ancak “*süre sınırının kabul edilebilirliği ve sürenin tespiti*” somut olayın niteliğine göre incelenmektedir³⁴. Kılavuz’da başlıca davranışsal tedbir türleri; “*erişim sağlama tedbirleri*” ve “*uzun dönemli münhasır anlaşmaların değiştirilmesini içeren tedbirler*” olarak sınıflandırılmıştır. Önemli bir altyapıya, ağa, patente, teknolojilere, fikri mülkiyet haklarına ve zorunlu girdilere erişimin sağlanmasına yönelik tedbir önerileri erişim sağlama tedbirleri kapsamındadır. Erişim sağlama tedbirleri, rakiplerin pazara girişini kolaylaştırması yönüyle bazı durumlarda en uygun tedbir yolu olarak kabul edilebilir³⁵. Yoğunlaşma işlemi ile pazarda gerçekleşen değişim, hâlihazırda pazarda bulunan uzun dönemli münhasırlık anlaşmalarının pazardaki rekabet üzerindeki etkilerinin olumsuz hâl almasına neden olabilir. Böylesi durumlarda, rekabetçi endişeleri gidermek amacıyla “*münhasırlık anlaşmalarının iptali veya değiştirilmesi*” uygun bir tedbir yolu olabilmektedir³⁶.

2.3. Tedbir Önerilerinin Sunulmasında Usûl³⁷

Taraflar tedbir önerisini, bildirimle beraber sunabilecekleri gibi, bildirimden sonra ön inceleme aşamasında veya nihâi inceleme aşamasında da sunabilirler. Kurul,

³¹ Kılavuz, s. 20, para.70-71.

³² Bunun nedeni, davranışsal çözümlerin Kurumu teşebbüslerin pazardaki davranışlarını sürekli gözetme yükümlülüğüne maruz bırakması ve dolayısıyla ciddi bir alternatif maliyet yaratmasıdır

³³ Kılavuz, s. 21, para.75.

³⁴ Kılavuz, s. 21,para.76.

³⁵ Kılavuz, s. 21-22,para.77.

³⁶ Kılavuz, s. 23.,para.81. Bununla birlikte, pazar kapama etkisine yol açan münhasırlık hukuken olduğu gibi fiilen de ortadan kaldırılmalı, tedbir önerisinde sunulan açıklama ve kanıtlar fiili bir münhasırlık oluşmayacağı yönünde ikna edici olmalıdır.

³⁷ 7246 sayılı Kanun’la getirilen değişiklikten önceki uygulamaya ilişkindir.

yoğunlaşma işlemini değerlendirirken tedbir önerisinin varlığını dikkate almaktadır. Ancak Kurul, işlemin tedbir gerekmeksizin Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir ihlâl teşkil etmediği sonucuna ulaşırsa, işleme tedbir önerilerini dikkate almadan koşulsuz olarak izin verir³⁸. Ön inceleme aşamasında bir tedbir önerisinin kabul edilebilmesi için, *“işlemin yol açacağı rekabet sorunu açık ve basit bir biçimde tespit edilebilmeli, bu sorunu gidermeye yönelik sunulan tedbir de bir o kadar açık ve basit”* olmalıdır. Ön inceleme aşamasında, taraflarca sunulan tedbir önerilerinin Kurulun izin kararına temel oluşturabilmesi için birtakım şartları taşıması gerekmektedir³⁹. Ön inceleme aşamasındaki mevcut süre kısıtı nedeniyle, tedbir önerilerinin *“kapsamı”, “uygulanabilirliği” ve “işleme ilişkin rekabetçi endişelerin sürdürülebilir olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığının belirlenmesi”* için gerekli bilgilerin zamanında sunulması gerekmektedir. Aksi takdirde Kurul, sunulan tedbir önerisinin işlemde kaynaklanan rekabet sorunlarını ortadan kaldırmadığı sonucuna varabilir⁴⁰. Bu durumda Kurul, işlemi nihâi incelemeye almaktadır.

RKHK'un 10. maddesi uyarınca, nihâi incelemeye alınan yoğunlaşma işlemleri, Kurulun nihâi kararına kadar askıda kabul edilir⁴¹. Yoğunlaşma işlemlerinde ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesini hedefleyen tedbir mekanizması bakımından önemli olan, sunulan tedbir önerisi hakkında yeterli incelemenin yapılabilmesi ve tedbirin Kurulca uygun bulunmasıdır⁴². Tedbir önerisi kabul edilirse, işleme taahhütlere bağlı olarak izin verilir ya da tedbir önerisi yeterli bulmadığı takdirde rapor taraflara tebliğ edilerek tarafların yazılı savunmalarını göndermeleri istenir⁴³. Raporun taraflara tebliğ edilmesi durumunda taraflar, ikinci yazılı savunmaları ile birlikte rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik tedbir önerisi sunabilmekte veya mevcut önerilerini geliştirebilmektedirler. Nihâi inceleme aşamasında tedbir önerileri veya bunlara ilişkin değişiklikler en geç nihai inceleme raporuna ilişkin ikinci yazılı savunma ile birlikte sunulabilir. Bu nedenle, ikinci yazılı savunma süresi geçirildikten sonra sunulacak tedbir önerileri dikkate alınmamaktadır.

3. Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizmasının Kurul Kararları Bakımından İncelenmesi

Kuruluşundan 2019 yılı sonuna kadar olan kararları incelendiğinde, Kurulun yapısal ve/veya davranışsal tedbirler kapsamında koşullu olarak izin verdiği

³⁸ Kılavuz, s. 24, para.83.

³⁹ Bkz. Kılavuz, s. 24, para.85.

⁴⁰ Kılavuz, s. 24, para.87.

⁴¹ Askı dönemi, RKHK'un soruşturma usûlünü düzenleyen 40 ila 59. maddelerine tabi olduğundan Kurul kararıyla bir katına kadar uzatılmadıkça, en çok altı ay içerisinde tamamlanacak rapora karşı tarafların yazılı ve gerektiğinde sözlü savunmalarının da alınacağı çok aşamalı ve uzun bir süreç hâlini alabilmektedir.

⁴² Kılavuz, s. 25, para.88.

⁴³ Kılavuz, s. 25, para.89.

birçok yoğunlaşma işlemi bulunmaktadır. Kurul, bahse konu işlemlerden bir kısmını ön inceleme aşamasında (Örneğin; *Promatech-Sulzer*⁴⁴, *Cyntec-Surface*⁴⁵, *Agilent-Varian*⁴⁶, *Harris Corporation-L3 Technologies*⁴⁷, *Metro-Migros*⁴⁸, *Tüpraş-Koç-Shell*⁴⁹, *Türk Telekom-Invitel*⁵⁰ kararları) bir kısmını ise nihâi inceleme aşamasında karara bağlamıştır. Çalışma kapsamında, 1998-2019 döneminde gerçekleştiği tespit edilen nihâi inceleme kararlarının tamamı incelenmiştir. Bahse konu dönemde, Kurulun nihâi incelemeye aldığı 50 yoğunlaşma işleminin birinde işlemin izne tabi olmadığı yönünde hüküm tesis edilirken; dördünde işlem tesis edilmesine gerek görülmemiş; bir işlemde ise tarafların feragat etmesi nedeniyle nihâi incelemenin sonlandırılmasına karar verilmiştir. Nihâi incelemelerin ikisinde, başvurunun 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığı yönünde karar alınmıştır. Bir işlem hakkında RKHK'un 7. kapsamında tam işlevsellik kriterini taşımadığı için 4. ve 5. maddeler kapsamında değerlendirme yapılarak muafiyet kararı verilmiştir. Nihâi incelemeye konu işlemlerin dördünde yoğunlaşmanın birden fazla işlemde oluşması nedeniyle birden fazla hüküm tesis edilerek; kimi işlemlere izin verilmesi, kimi işlemlere izin verilmemesi, kimi işlemlere ise yapısal-davranışsal tedbirlerle izin verilmesi yönünde kararlar alınmıştır. Nihâi incelemelerin 19'unda ilgili işleme izin verilirken, üçünde işleme izin verilmemiştir. Kurulun, yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasını işleterek aldığı toplamda 17 karar bulunmaktadır. Bu kararlardan altısı yapısal tedbirler; yedisi davranışsal tedbirler; dördü ise hem yapısal hem de davranışsal tedbirler içermektedir. Kurulun nihâi inceleme kararlarının dağılımı Tablo 1'de sunulmuştur.

Tablo 1: Nihâi İnceleme Kararlarının Dağılımı

| İzin | Ret | Yapısal Tedbir | Davranışsal Tedbir | Yapısal ve Davranışsal Tedbir | Diğer |
|------|-----|----------------|--------------------|-------------------------------|-------|
| 19 | 3 | 6 | 7 | 4 | 11 |

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

3.1. Yapısal Tedbir Kararları

Kurulun ilki 2008 yılında olmak üzere, yapısal tedbir içeren toplamda altı nihâi inceleme kararı bulunmaktadır. Bahse konu kararlar Tablo 2'de sunulmuştur. Tabloda sunulan kararlardan *Marmara Gıda-Gıdasa*, *Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık*, *Diageo-Mey* ve *Mars-Afın* kararları ana

⁴⁴ Kurulun 16.10.2003 tarihli ve 03-68/12-360 sayılı kararı

⁴⁵ Kurulun 6.1.2005 tarihli ve 05-01/3-3 sayılı kararı.

⁴⁶ Kurulun 18.2.2010 tarihli ve 10-18/212-82 sayılı kararı.

⁴⁷ Kurulun 20.06.2019 tarihli ve 19-22/327-145 sayılı kararı.

⁴⁸ Kurulun 19.3.1998 tarihli ve 57/424-52 sayılı kararı.

⁴⁹ Kurulun 21.10.2005 tarihli ve 05-71/981-270 sayılı kararı.

⁵⁰ Kurulun 21.10.2005 tarihli ve 10-59/1195-451 sayılı kararı.

hatlarıyla; *Oyak-Lafarge ve Nidec Corporation-Embraco* kararları ise detaylı olarak incelenecektir.

Tablo 2: Yapısal Tedbir Kararları

| | Karar Adı | Karar Tarihi | Karar Sayısı | Karar Türü | Tedbir Türü |
|---|---|--------------|----------------|---|-------------|
| 1 | Marmara Gıda-Gıdasa Devralma | 7.2.2008 | 08-12/130-46 | Bir işlem izne tabi değil; bir işleme izin; diğer işleme koşullu izin | Yapısal |
| 2 | Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık Devralma | 10.3.2008 | 08-23/237-75 | Koşullu İzin | Yapısal |
| 3 | Oyak-Lafarge Devralma | 18.11.2009 | 09-56/1338-341 | Bir işleme doğrudan izin, birine ret, diğerine koşullu izin | Yapısal |
| 4 | Diageo-Mey Devralma | 17.8.2011 | 11-45/1043-356 | Koşullu İzin | Yapısal |
| 5 | Mars-Afm Devralma | 17.11.2011 | 11-57/1473-539 | Koşullu İzin | Yapısal |
| 6 | Nidec Corporation-Embraco Devralma | 18.4.2019 | 19-16/231-103 | Koşullu izin | Yapısal |

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Kurulun yapısal tedbir içeren ilk nihâi inceleme kararı olan *Marmara Gıda-Gıdasa* kararında; inceleme kapsamındaki işlemlerden biri için izne tabi olmadığı yönünde karar verilmiş, birine doğrudan izin verilmiş, birine ise koşullu olarak izin verilmiştir. Bahse konu kararda, “*endüstriyel margarin*” pazarındaki işlem bakımından pazarda yatay nitelikte tek taraflı etkileri işaret eden tespitlere yer verilerek elden çıkarma kapsamında yapısal tedbirler alınması ve ilgili tedbirin denetleyici uzman tarafından denetlenmesine yönelik hükümlerle işleme koşullu olarak izin verilmiştir. İlgili ürün pazarının “*günlük ulusal siyasi gazeteler pazarı*” olarak tanımlandığı Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık Devralma kararında işlem tarafı teşebbüslerin pazar payları, rakiplerin görece pazar güçleri, piyasadaki dikey bütünleşme, piyasaya giriş-çıkış serbestisi, yatırım maliyetleri gibi unsurlar değerlendirmede etkili olmuştur. Doğan Grubu’nun gazete

yayıncılığına ilişkin dikey anlamda bütünleşik bir yapı sergilediği, ayrıca radyo ve televizyon yayıncılığı alanında da gazete yayıncılığı alanındaki faaliyetlerini destekleyecek bir güce sahip olduğu dikkate alındığında, işlem sonrasında Kanun'un 7. maddesinde belirtilen hâkim duruma gelme veya mevcut hâkim durumunu güçlendirme koşulunun gerçekleşeceğinin anlaşıldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla arz ve talep yönünden ve piyasa yapısı ile muhtemel girişler açısından yapılan değerlendirmeler sonucunda elde edilen bilgilerin ve bulguların Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi'ni devralması halinde hâkim durumunu rekabeti kısıtlayacak şekilde güçlendirebileceği yönünde olduğu belirtilmiştir. Batan teşebbüs savunmasının da dikkate alındığı kararda elden çıkarma ve devir sürecinde izlenecek usûle ilişkin birtakım hükümlere yer verilerek işleme koşullu olarak izin verilmiştir. *Diageo-Mey* kararında, “*cin ve likör*” pazarlarında yatay tek taraflı etkilerle rekabetçi endişelerin giderilmesine yönelik elden çıkarma taahhüdü doğrultusunda işleme koşullu olarak izin verilmiştir. *Mars-Afm* kararında sinema salonu hizmetleri pazarından yatay nitelikte muhtemel tek taraflı etkilerin giderilmesi amacıyla taraflarca Kurula sunulan elden çıkarma taahhüdü çerçevesinde işleme koşullu olarak izin vermiştir.

3.1.1. Oyak-Lafarge Devralma Kararı

Oyak-Lafarge devralma kararının konusunu, “*Lafarge Aslan*”, “*Lafarge Ereğli*” ve “*Lafarge Beton*” şirketlerinin OYAK tarafından devralınması olmak üzere toplamda üç işlem oluşturmaktadır. Bahse konu kararda bildirim konusu işlemlere yönelik ilgili pazar ve yoğunlaşma analizi yapılmıştır. Yoğunlaşma analizinde Herfindahl-Hirschman Index (HHI) yönteminden yararlanılmıştır. Kararda “*Çimento*”, “*hazır beton*”, “*agrega*” ve “*liman işletmeciliği*” pazarlarında yatay nitelikte tek taraflı etkilere ve yan sınırlamalara yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir. Çimento pazarı bakımından yapılan analiz sonuçlarına göre; dosya konusu işlemten sonra, çimento pazarında, birden fazla teşebbüsün hâkim duruma gelerek rekabetin azaltılabileceği sonucunun doğmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Hazır beton pazarı bakımından firma ve alan bazlı olarak yapılan değerlendirmeler sonucunda da ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmadığı tespiti yapılmıştır. Agregas pazarı ve liman işletmeciliği pazarı bakımından yapılan analizler sonucunda da rekabet karşıtı etkilere neden olabilecek bulgulara rastlanmadığı ifade edilmiştir. Yapılan analizlerde ayrıca, yoğunlaşma oluşacak pazarların ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucunda, devralma işlemi sonrasında ilgili coğrafi pazarlarda OYAK'ın proje tesisleri dâhil olmak üzere yapılan hesaplamalardaki pazar payı artışları sonrasında dahi pazarda rekabetin kısıtlanmasının söz konusu olamayacağı dolayısıyla proje tesislerinin payları hesaplamalara dâhil edilmediği durumlarda pazar paylarının daha da düşeceği belirtilmiştir. Yan sınırlamalar bakımından yapılan analizler sonucunda devralma işleminin tarafları arasında imzalanan sözleşmenin “*Rekabet Yasağı*” başlıklı maddesi rekabet etmemeye ilişkin olarak satıcılar açısından sınırlayıcı birtakım taahhütler öngörmesi nedeniyle, Kurulun ön inceleme kararında işaret

ettiği “*çıkartılması veya tadil edilmesi gereken hükümler*” paralelinde iki defa tadil edilmiştir. Yapılan tadiller sonrasında yan sınırlamalar bakımından; “*Devir işleminden sonraki 3 yıl içerisinde Sözleşme’nin Ek 8’inde düzenlenen bölgelerde Lafarge Grubu’nun çimento, agrega ve hazır beton faaliyetlerinin yasaklanması*” koşulunun Kurulca doğrudan kabul edilebileceği; “*Devir işleminden sonra, süre ve bölge sınırlaması olmaksızın, Lafarge Grubu’nun Batıçim’deki toplam oy hakkının üçte birinden fazlasını temsil edecek ortaklık payına sahip olamaması*” ve “*Devir işleminden sonra, süre ve bölge sınırlaması olmaksızın, Lafarge Grubu’nun herhangi bir alanda faaliyet gösteren herhangi bir teşebbüsün toplam oy hakkının %5’inden fazlasını temsil edebilecek ortaklık payına sahip olamaması*” koşullarının yer verilen bazı hükümlerin çıkarılması ile kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Kararda işlem sonucunda Lafarge Grubu’nun Türkiye’de hâlihazırda kontrol ettiği Batı Anadolu Çimento Sanayi A.Ş.’nin (Batıçim) kontrol unsuru içermeyen %23 hissesi dışında çimento, agrega ve hazır beton endüstrilerinde faaliyetinin kalmayacağı ifade edilmiştir. Öte yandan, işleme yönelik rekabetçi kaygıların Lafarge Grubu’na ait Ereğli tesisinin OYAK’a devredilmemesi ile ortadan kaldırılabilmesi belirtilerek tarafların Lafarge Ereğli’nin hisselerinin alımı ve satımını, işlem kapsamından çıkartmak konusunda anlaşmış oldukları vurgulanmıştır. Toplamda üç işlemin değerlendirildiği kararda sonuç olarak; “*Lafarge Beton A.Ş. şirketindeki Lafarge Aslan Çimento A.Ş., Financiere Lafarge SAS, Agretaş Agregta İnşaat San. ve Tic. A.Ş. ve hissedar gerçek kişilere kayıtlı hisselerin OYAK tarafından devralınması*” işlemine izin verilmiş; “*Lafarge Aslan Çimento A.Ş. ve Lafarge Ereğli Çimento San. ve Tic. A.Ş. şirketlerindeki Financiere Lafarge SAS, Agretaş Agregta İnşaat San. ve Tic. A.Ş., Lafarge Aslan Çimento A.Ş. ve hissedar gerçek kişilere kayıtlı hisselerin OYAK tarafından devralınması*” işlemine “*çimento ilgili ürünü için Lafarge Ereğli merkez alınarak belirlenen Zonguldak ili pazarında ve OYAK Bolu merkez alınarak belirlenen Bolu ve Düzce bölgesinden oluşan pazarda; bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratarak veya hakim durumunu güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek bir işlem olması*” gerekçesiyle izin verilmemiştir; “*Lafarge Aslan Çimento A.Ş. şirketindeki Financiere Lafarge SAS, Agretaş Agregta İnşaat San. ve Tic. A.Ş. ve hissedar gerçek kişilere kayıtlı hisselerin OYAK tarafından devralınması*” işlemine ise taahhütlere uyulması koşuluyla izin verilmiştir.

3.1.2. NIDEC Corporation-EMBRACO Devralma Kararı

Yatay bakımından “*pistonlu hermetik ev tipi soğutma kompresörlerinin satışı*” ile “*pistonlu hermetik hafif ticari soğutma kompresörlerinin satışı*”; dikey bakımından ise NIDEC’in “*hafif ticari kompresör satışı*” ile Embraco’nun “*yoğunlaştırıcı ünite satışı*” pazarlarında söz konusu olan işlemin etkilerinin incelendiği Nidec Corporation-Embraco kararında bildirim konusu işlem, Whirlpool’un kompresör üretim iş kolunun tek kontrolünün NIDEC tarafından devralınmasıdır. Dosya kapsamında işlemin rekabet karşıtı etkilerine yönelik

olarak ev tipi soğutma kompresörleri, hafif ticari soğutma kompresörleri ve dikey ilgili ürün pazarları bakımından değerlendirmelere yer verilmiştir. Dosya kapsamında işlem taraflarının pazar payları, pazarın yoğunlaşma seviyesi ve hâkim durumun varlığına ilişkin olarak işlem taraflarının ve pazarda faaliyet gösteren rakiplerin ilgili pazarda 2016-2018 yıllarına ait satış miktarı ve satış değeri bazında pazar payları incelenmiştir. Ev tipi soğutma kompresörleri pazarı bakımından tarafların son yıllarda pazardaki paylarının çok büyük değişiklikler göstermediği de dikkate alınarak birleşik pazar payları itibarıyla devralma işleminin bu pazarda rekabetçi endişe yaratmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Hafif ticari soğutma kompresörleri pazarına ilişkin değerlendirmede ise bildirim konusu işlem sonrasında birleşik teşebbüsün üst pazar olan hafif ticari soğutma kompresörleri pazarında 2017 ve 2018 yılları için sırasıyla satış hacmi ve satış değeri bazındaki pazar paylarına bakılmıştır. Alt pazar olan yoğunlaştırıcı üniteler bakımından ise pazar payı en yüksek seviyesini 2013 yılında görmüş, 2017 itibarıyla Türkiye pazarında sınırlı satış gerçekleşmiştir. Bu pazar bakımından değerlendirme tarafların verdiği taahhütler çerçevesinde yapılmıştır. Bu kapsamda, taraflarca Komisyona, devralma işleminin rekabetçi endişelerini giderici mahiyette bir taahhüt metni sunulmuş; sunulan taahhütlere ve bu taahhütlerin Türkiye'deki etkilerine dair yazı Kuruma iletilmiştir. Sunulan taahhüt metnine ilişkin değerlendirmede, NIDEC'in soğutma kompresörü üretimi iş koluyla ilgili olan tüm birimlerin elden çıkarılmasının öngörüldüğü; başvuru konusu işlemin tarafların Türkiye'deki faaliyetleri bakımından herhangi bir yatay ve/veya dikey örtüşme gerçekleşmeyeceği değerlendirilmiştir. Kararda ayrıca, Kılavuz'daki düzenlemeler paralelinde, taraflarca sunulan “*Elden Çıkarılacak İş Birimi'nin yaşayabilir ve rekabet edebilir bir iş birimi olarak faaliyet göstermek için gereken bütün işletme unsurlarını ve stratejik unsurları içereceği ve NIDEC'in, söz konusu işlevlerin yerine getirilmesi için Elden Çıkarılacak İş Birimi'ne çalışanların geçişinde kolaylık sağlayacağı*” yönündeki taahhütler de dikkate alınmıştır. Elden çıkarma işlemi sonrasında birleşik teşebbüsün ev tipi kompresörler pazarındaki ve hafif ticari kompresörler pazarındaki pazar paylarının hâlihazırda Embraco'nun tek başına yürüttüğü faaliyetlerinden kaynaklanan pazar payı olduğu ve bu pazar payının devralma işleminden kaynaklanmadığı, dolayısıyla taahhüdün gerçekleşmesiyle hem hafif ticari kompresörler pazarında, hem ev tipi kompresörler pazarında hem de yoğunlaştırıcı üniteler pazarında yatay ve/veya dikey örtüşmenin kalkmış olacağı için işlemten kaynaklanabilecek muhtemel tüm rekabetçi kaygıların giderileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak kararda, tarafların Komisyona sunmuş olduğu taahhütlerin, “*pistonlu hermetik ev tipi soğutma kompresörlerinin satışı*”, “*pistonlu hermetik hafif ticari soğutma kompresörlerinin satışı*” ve “*yoğunlaştırıcı ünitelerin satışı*” pazarlarında Türkiye'de oluşan yatay ve dikey örtüşmeleri ortadan kaldırdığı, bu sebeple işlem sonucunda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının söz konusu olmadığı ifade edilerek, Komisyon tarafından kabul edilmiş olan elden çıkarma taahhütlerinin yerine getirilmesi koşuluyla işleme izin verilmiştir.

3.2. Davranışsal Tedbir Kararları

Kurulun davranışsal tedbir içeren nihâi inceleme kararları Tablo 3’te sunulmuştur. Tabloda sunulan kararlardan *Borusan-Mannesmannröhren*, *Cargill-PNS Pendik Nişasta*, *Mobil Oil-THY Opet*, *NV Bekaert SA-Çelikord* kararları ana hatlarıyla; *THY-HAVAŞ*, *Anadolu Endüstri Holding (AEH)-Migros* ve *Limar-Mardaş* kararları ise detaylı olarak incelenecektir.

Tablo 3: Davranışsal Tedbir Kararları

| | Karar Adı | Karar Tarihi | Karar Sayısı | Karar Türü | Tedbir Türü |
|---|--|--------------|---------------|--------------|-------------|
| 1 | Borusan-Mannesmannröhren Ortak Girişim | 20.8.1998 | 80/617-119 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 2 | Cargill-PNS Pendik Nişasta Devralma | 6.6.2002 | 02-36/402-169 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 3 | THY-HAVAŞ Ortak Girişim | 27.8.2009 | 09-40/986-248 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 4 | Mobil Oil-THY Opet Devralma | 16.7.2014 | 14-24/482-213 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 5 | NV Bekaert SA-Çelikord Devralma | 22.1.2015 | 15-04/52-25 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 6 | Anadolu Endüstri Holding-Migros Devralma | 9.7.2015 | 15-29/420-117 | Koşullu İzin | Davranışsal |
| 7 | Limar-Mardaş Devralma | 8.5.2018 | 18-14/267-129 | Koşullu İzin | Davranışsal |

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Kurul, *Borusan-Mannesmannröhren* kararında, bildirim konu ortak girişim işleminin “sanayi/profil”, “spiral” ve “PP boru” pazarlarında rekabetçi endişelere neden olmadığı ancak işlemin tesisat/hat ve özel boru alt sektörlerinde rekabeti kısıtlama potansiyeli olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır. Buna göre, “Her bir boru alt sektörü için ayrı ayrı olmak üzere, aylık bazda hazırlanan üretim, satış (iç piyasa ve ihracat) ve fiyat rakamlarını içeren bilgilerin ve bu çerçevede pazar paylarının, Rekabet Kurumu’na 6 ayda bir bildirilmesi” koşuluyla işleme izin verilmiştir. Kurulun *Cargill-PNS Pendik Nişasta* kararında, “sukroz ve fruktoz -şurup ve karışımları” pazarında “giriş engellerinin olmaması,

ürünlerin nitelikleri, ithal ikame imkânları, büyük alıcıların varlığı ve pazarda var olan atıl kapasite göz önüne alındığında anılan işlem neticesinde tek firma ya da birlikte hâkimiyet yaratma olasılığının olmadığına”, yönelik tespitlere yer verilmekle birlikte, “sözleşme hükümlerinin mevzuata uygun hale getirilmesi” koşuluyla işleme izin verilmiştir. “Havacılık yakıtları” pazarındaki yoğunlaşma işleminin incelendiği Mobil Oil-THY Opet kararında ortaya çıkabilecek rekabetçi endişeler arasında “ilgili pazarın tamamen veya kısmen rakiplere kapatılması ve alt/üst pazardaki fiyatların yükselmesi de sayılmış ve dosya özelinde bunlardan özellikle pazarın rakiplere kapatılması veya erişimin engellenmesi” hususları sıralanmış ve havacılık operasyon sözleşmesine sadık kalınacağına, depolama faaliyetine erişim sağlamaya, ürün satış ve kanat altı hizmetine erişim sağlamaya ilişkin taahhütler ile teşebbüsler arası ayrımcılık yapmamaya ve diğer ilgili mevzuata uyum taahhüdü kapsamında işleme izin verilmiştir. “Çelik lastik kordu”, “hortum takviye teli” ve “lastik topuk teli” pazarlarında gerçekleşen dikey nitelikli yoğunlaşma işleminin incelendiği NV Bekaert SA-Çelikord kararında “inceleme konusu işlem sonucunda tarafların tek başına hâkim duruma gelmesi suretiyle rekabetin önemli ölçüde engellenmesine ilişkin ciddi emarelerin var olduğu” tespiti yapılmıştır. Bununla birlikte, BEKAERT tarafından verilen ve “Türkiye pazarında faaliyet gösteren ve hâlihazırda işlem taraflarının tedarik ilişkisi içerisinde olduğu yerel müşterileri PETLAS, SUPERLAS ve KARLAS ile üç yıllık bir süreyle sınırlı olmak kaydıyla tedarik sözleşmesi akdetmeyi”, “münhasırlığın olmadığı”, “talep edilen miktarda ürünün sağlanmasını” içeren taahhütler kapsamında işleme izin verilmiştir.

3.2.1. THY-HAVAŞ Ortak Girişim Kararı

Türk Havayolları A.O. (THY) ile Havaalanları Yer Hizmetleri Tic. A.Ş. (Havaş) arasından imzalanan ortak girişim sözleşmesi ile TGS Yer Hizmetleri A.Ş. (TGS) bünyesinde ortaklık tesis edilmesine izin verilmesi talebinin konu edinildiği THY-HAVAŞ kararında “havaalanı yer hizmetleri” ile “havayolu ile kargo ve yolcu taşımacılık hizmetleri” pazarlarında tam işlevsel ortak girişim oluşturulmasına, dikey bütünleşmeden kaynaklanan rekabetçi etkilere ve yan sınırlamalara ilişkin analizler yapılmıştır. Dosya kapsamında öncelikle, ortak girişim değerlendirmesinde o dönemde yürürlükte olan 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca; “ortak bir kontrolün bulunması, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak kurulması ve rekabeti sınırlayıcı ve bozucu etkisinin bulunmaması” koşullarının karşılanıp karşılanmadığı incelenmiştir. Bu noktada kararda, stratejik ticari kararların alınmasında her iki teşebbüsün de belirleyici etki uygulama imkânına sahip olduğu ve bildirim konusu işlemin ortak kontrolün bulunması şartını taşıdığı ve teşebbüsün tam işlevsel bir teşebbüsün tüm fonksiyonlarını sağlayacağı ve ortaklarından bağımsız olarak kendi ticari faaliyetlerini sürdürme imkânına sahip olduğu tespitlerine yer verilmiştir. Rekabeti sınırlayıcı ve bozucu amaç veya etkinin tespitine yönelik incelemede, pazar paylarına, giriş engellerine ve dikey bütünleşmeye ilişkin analizler yapılmıştır. Bu kapsamda pazar payları bakımından

“TGS THY'nin yer hizmetleri pazarında önemli bir alıcı olmasından kaynaklanan avantaj ile yer hizmetlerinde önemli bir pazar gücü elde edeceği”; giriş engelleri bakımından *“söz konusu havalimanlarında önemli bir yer kısıtının söz konusu olduğu”*; dikey bütünleşme bakımından ise *“yer hizmetleri pazarındaki rakiplerin piyasa dışına çıkmasının alt pazardaki rekabeti olumsuz etkileyerek tüketicilere de zarar verebileceği”* ifade edilmiştir. Havalimanı özelinde yapılan değerlendirmede söz konusu pazarlar bakımından TGS lehine bir hâkim durumun oluşma ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilmiştir. Son olarak TAV'ın ortak girişimdeki hissedarlığının değerlendirilmesi kapsamında TAV'ın vermekte olduğu hizmetleri tüm yer hizmet kuruluşlarına ayrımcılık yapmaksızın sunmasının ilgili alandaki regülasyonlardan kaynaklanan bir zorunluluk olduğu ve bu alanın kamunun sıkı düzenleme ve denetimlerine tabi olması nedeniyle TAV'ın TGS'deki ortaklığının işlem bakımından önemli bir sorun teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Kurulun işlemle ilgili doğabilecek kaygılarını gidermek maksadıyla taraflarca Kurula birtakım davranışsal taahhütler sunulmuştur.

Kararda, 20.8.2009 tarihli Protokol'de THY alımlarının ilgili havalimanındaki toplam alımların %40'ından fazla olduğu tüm havalimanlarında ilk beş yılsonundaki sözleşmelerin “en az üç yıl” süreli yapılacağı düzenlendiği belirtilmiş ve tarafların bu kapsamdaki savunmalarına yönelik değerlendirmeler yapılmıştır. Taraflar yazılı savunmada sözleşme sürelerinin gerekçesi olarak, THY'nin eskisine kıyasla çok daha kapsamlı hizmetler alacak olmasını ve THY'nin alt pazardaki faaliyetleri bakımından etkinlik yaratacak olmasını öne sürmüş ve sözleşme sürelerinin uzunluğunun rekabeti de artıracığını ifade etmişlerdir. Taraflar ayrıca, THY'nin mevcut yer hizmet sözleşmelerinin süresinin üç yıl olduğunu; sektördeki yer hizmet sözleşmelerinin süresinin havayolu şirketi bazında değişkenlik göstermekle birlikte, bazı büyük ölçekli havayolu şirketlerinin de Türkiye'deki yer hizmet sözleşme sürelerinin üç yıl olduğunun gözlemlendiğini belirtmişlerdir. Yapılan değerlendirmeler sonrasında, Kararda söz konusu havaalanı/havalimanlarında uzun süreli bir anlaşmanın pazarı kapatmasının rekabeti önemli ölçüde sınırlandırabileceğinden dolayı THY'nin üç yıldan uzun süreli bir hizmet alım anlaşması yapmak için Rekabet Kurumundan uygun görüş almasının gerekli görüldüğü ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, yer hizmetleri pazarındaki rekabet karşıtı etkinin giderilmesi için;

“Ortak girişimi düzenleyen 12.3.2009 tarihli sözleşmeye göre ilk 5 yıl için Türk Hava Yolları A.O.'nun yer hizmetlerini ortak girişim şirketi TGS Yer Hizmetleri A.Ş.'den almasının yan sınırlama olarak kabulü”,

“THY alımlarının ilgili havalimanındaki toplam yer hizmetleri ihtiyacının yüzde 40'ından fazlasını teşkil etmesi ve söz konusu havalimanı için imzalanacak yer hizmetleri anlaşmasının süresinin 3 yıldan uzun olması halinde Kurumun uygun görüşünün alınması ve

Tadil Protokolünde yer verilen taahhütler çerçevesinde hareket edilmesi”

ve

“20.8.2009 tarihli Tadil Protokolünde yer verilen taahhüt ile değiştirilen 12.3.2009 tarihli sözleşmenin “Genel Esaslar” başlıklı bölümünün (a) paragrafının yanı sıra (b) paragrafının ilk iki fıkrası çerçevesinde hareket edilmesi”

taahhütlerine uyulması koşuluyla işleme izin verilmiştir.

3.2.2. Anadolu Endüstri Holding-Migros Devralma Kararı

İlgili ürün pazarlarının “*Kapalı satış yapılan bira*”, “*toptan perakende pazarı*”, “*kırtasiye malzemeleri pazarı*” ve “*yaş sebze meyve*” olarak belirlendiği *Anadolu Endüstri Holding (AEH)-Migros* kararının konusunu, Moonlight’ın doğrudan kontrolündeki MH Perakendecilik’in belirli orandaki hisselerinin AEH tarafından devralınması yoluyla Migros üzerinde tek kontrolün sağlanması oluşturmaktadır. İşlemin dikey nitelikli olmasından dolayı dosya kapsamında girdi ve müşteri kısıtlamasına yönelik analizlere yer verilmiştir. Girdi kısıtlaması kapsamında yapılan analizde AEH’nin devralmayla birlikte Migros’un organize perakende pazarındaki rakiplerine ürün vermemesi veya verilen miktarın azaltması yoluna giderek girdi kısıtlaması yapması gibi bir endişenin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Müşteri kısıtlaması kapsamında paketlenmiş su, sade gazoz, enerji içeceği, buzlu çay, meyve suyu, sporcu içeceği, kırtasiye malzemeleri, yaş sebze meyve, toptan perakende, kolalı içecek, aromalı gazoz, bira ve zeytinyağı pazarlarını kapsayan detaylı analizler yapılmıştır. İnceleme sonucunda bira pazarı bakımından ön inceleme döneminde Kurumun Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi’nin “*bira satışları bakımından, organize perakende ve geleneksel kanalın toplamından oluşan pazarda devralma sonrasında AEH’nin Tuborg’u Migros’tan dışlama güdüsüne sahip olabileceği; olası bir dışlanma durumunda, Migros’taki satış hacmi kaybının, üretim maliyetleri üzerindeki etkisinin de ötesinde, pazar dinamiklerine bağlı olarak, pazarlama maliyetleri, işlem maliyetleri ve geri besleme etkisi sebebiyle diğer kanallardaki satışların kaybedilmesine ilişkin maliyetler gibi ilgili pazarın bütününe yayılabilecek maliyet artırıcı etkilerinin ortaya çıkabileceği*” yönünde verdiği görüşe de dikkat çekilerek “*maliyetlerinin yükselmesine bağlı olarak Tuborg’un fiyatlarında meydana gelecek bir artışın bu teşebbüsün ilgili pazarda satış kaybetmesine ve dolayısıyla rekabet etme yetenek ve güdüsünün azalmasına yol açabileceği, dolayısıyla işlem ile birlikte bir pazar kapama etkisi ortaya çıkabileceği ve bunun, AEH’nin hâkim durumda olması halinde, pozisyonunun güçlendirilmesi anlamına geleceği*” ifade edilmiş ve ilgili işleme taahhütsüz izin verilemeyeceği vurgulanmıştır. Kararda ayrıca, AEH’nin Migros bünyesinde bulunan ve ilgili pazardaki rakiplere ait stratejik bilgilere

eriştiği takdirde pazarın şeffaflaşacağı ve pazarda koordinasyon riskinin artacağı ifade edilmiştir.

Sonuç olarak Kurul;

- “3 yıl süreyle Migros’un Anadolu Endüstri Holding’in rakiplerine ticari ayrımcılık yapmayacağı ve Anadolu Endüstri Holding’in rakipleriyle yapacağı toplantılara Migros’un müdahil olmayacağı”,
- “Anadolu Endüstri Holding bünyesinde görev yapan yöneticilerin Migros’ta yönetici olmayacağı”
- “Bilgi duvarları kurulacağı”

taahhütleri kapsamında bildirim konusu işleme koşullu olarak izin verilmiştir.

3.2.3. Limar-Mardaş Devralma Kararı

“Konteyner elleçlemeye yönelik liman işletmeciliği”, “gümrüklü geçici depolama”, “kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri” ile “Ambarlı Limanı yan hizmetleri” pazarlarını kapsayan yoğunlaşma işleminin incelendiği Limar-Mardaş kararının konusunu “Ambarlı Limanı’nda faaliyet gösteren Mardaş Marmara Deniz İşletmeciliği A.Ş.’nin denizcilik alanında çeşitli faaliyetler gösteren Arkas Holding kontrolünde bulunan Limar Liman ve Gemi İşletmeleri A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi” oluşturmaktadır. Bahse konu talebe istinaden dosya kapsamında hem yatay hem de dikey rekabetçi endişeler bakımından değerlendirmeler yapılmıştır. Yatayda yapılan incelemede, işlem sonrası koordinasyon riskinin mevcut olduğu, Asyaport’un demiryolu bağlantısına sahip olması da dikkate alındığında birlikte hâkim durumun ve işbirliği doğurucu etkilerin söz konusu olacağı tespitleri yapılmıştır. Dikey bakımından yapılan incelemede ise, “...gerek pazarın mevcut yapısı gerek Nihâi İnceleme aşamasında öne sürülen endişeler, özellikle konteyner gemi hattı işletmeciliği hizmeti veren teşebbüsler bakımından pazardaki mevcut ortaklık yapılarına bağlı olarak **girdi kısıtlaması etkisi** ortaya çıkabileceği, hâlihazırda bazı teşebbüslerin rakipleri ARKAS LINE tarafından işletilecek limandan hizmet almaya devam etmeleri durumunda karşılaşılabilecekleri **olası bir ayrımcılık** durumunda alternatif limanların da (KUMPORT dışında) Arkas Grubu ve ortakları tarafından işletilmesi göz önüne alındığında işlemin dikey olarak da rekabeti kısıtlaması endişesi ortaya çıkmıştır” ifadelerine yer verilerek muhtemel rekabet kaşıtı etkilere işaret edilmiştir. Bahse konu rekabetçi etkilerin ortadan kaldırılması amacıyla, taraflarca sunulan taahhütler potansiyel müşterileri ve MARDAŞ varışlı ve çıkışlı tüm hatları içerecek şekilde genişletilmiş ve işlem tarafları aşağıdaki konularda Kurula taahhütte bulunmuşlardır:

- “ARKAS ile ARKAS’ın ortaklık veya işbirliği içerisinde olduğu rakiplere göre ayrımcılık unsuru olmadan, objektif ticari şartlar altında hizmet sunulacağı”,

- “*Arkas Grubu ile eşit yük hacmine sahip durumda olan tüm diğer konteyner hat işletmecilerine Arkas Grubu şirketlerine uygulanandan daha yüksek ücretler uygulanmayacağı*”
- “*Arkas Grubu ve MARDAŞ şirketlerinin bilgi güvenliği kapsamında tamamen birbirinden ayrıştırılması*”.

Kurul sunulan taahhütleri yeterli bularak devralma işlemine koşullu olarak izin vermiştir. Öte yandan, bahse konu koşullu izin kararı, 2020 yılında, Ankara 9. İdare Mahkemesi tarafından “*taahhüt paketinin Kurul kararının tesis edildiği dönemde oluşan verilerin analizi ışığında pazarda oluşacak rekabetçi endişeleri giderme konusunda yeterli olmadığı*” gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵¹.

3.3. Yapısal ve Davranışsal Tedbirlerin Birlikte Yer Aldığı Kararlar

Kurulun yapısal ve davranışsal tedbirlere birlikte yer verdiği nihâi inceleme kararları Tablo 4’te sunulmuştur.

Tablo 4: Yapısal ve Davranışsal Tedbirlerin Birlikte Yer Aldığı Kararlar

| | Karar Adı | Karar Tarihi | Karar Sayısı | Karar Türü | Tedbir Türü |
|----------|---|---------------------|---------------------|-------------------|------------------------|
| 1 | Lesaffre-Dosu Maya Devralma-I | 15.12.2014 | 14-52/903-411 | Koşullu İzin | Yapısal ve Davranışsal |
| 2 | Bayer-Monsanto Company Devralma | 8.5.2018 | 18-14/261-126 | Koşullu İzin | Yapısal ve Davranışsal |
| 3 | Lesaffre-Dosu Maya Devralma-II (Yargı Kararı Üzerine) | 31.5.2018 | 18-17/316-156 | Koşullu İzin | Yapısal ve Davranışsal |
| 4 | Luxottica-Essilor Birleşme | 1.10.2018 | 18-36/585-286 | Koşullu İzin | Yapısal ve Davranışsal |

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Yatay ve dikey rekabetçi endişelerin birlikte değerlendirildiği *Monsanto-Bayer* kararında, daha önce yapısal tedbir kapsamında Komisyon tarafından kabul edilen “*Mısır tohumlarında kullanılan insektisit pazarındaki BAYER varlıklarının BASF’a devri*” ile “*dünya çapındaki dijital tarım varlıkları ve ürünlerini elden çıkarma taahhüdü ile alıcının bu varlıklar ve ürünlere ilişkin olarak BAYER’e lisans vermesi.*” taahhütleri Kurulca da kabul edilerek işleme koşullu olarak izin verilmiştir. İzleyen kısımda Lesaffre-Dosu Maya Devralma-I ile Luxottica-Essilor Birleşme kararları detaylı olarak incelenecektir.

⁵¹ Bkz. Ankara 9. İdare Mahkemesinin 31.01.2020 tarihli ve 2018/2277 E. ve 2019/2087 K. sayılı kararı.

3.3.1. Lesaffre-Dosu Maya Devralma-I Kararı

“Yaş ekmek mayası” ve “kuru ekmek mayası” pazarlarındaki yatay koordinasyon doğurucu etkiler bakımından değerlendirmeler *Lesaffre-Dosu Maya* kararında yapısal tedbirler ile davranışsal tedbirler birlikte yer almıştır. *Lesaffre-Dosu Maya* kararı hem yatay nitelikli olması hem de uygulanan tedbirlerin kapsamı bakımından önceki davranışsal tedbir kararlarından farklı özellikler göstermektedir. Karar kapsamında yapılan değerlendirmelerde pazardaki teşebbüslerin pazar payları, pazara giriş engelleri, üretici-dağıtıcı ilişkileri, ürünün homojenliği, alıcı gücünün yetersizliği, talep esnekliği gibi hususlar etkili olmuştur. Kararda işlem neticesinde birleşik teşebbüsün yaş maya pazarında hâkim duruma gelmesinin muhtemel olmadığı belirtilmiş ancak pazarın yapısından dolayı birlikte hâkim durum riskinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Taraflarca sunulan tedbir paketi işlemde kaynaklanan endişeleri gidermede yeterli görülmüş ve Öz Maya'nın dağıtım şirketinin elden çıkarılmasına ek olarak aşağıdaki tedbirlere yer verilmiştir.

- “*Dosu Maya markalarının, pazardaki varlıklarının, fiyat konumlarının, bağımsız dağıtım ağlarının en az beş yıl süresince korunması ve coğrafi varlıklarının genişletilmesi*”,
- “*Bayilik sözleşmelerinden aktif satış yapılmasını engelleyen bölgesel münhasırlık ve rakip markaların satılmasını engelleyen sağlayıcı münhasırlığı hükmünün kaldırılması*”,
- “*Düzenli ve etkili rekabet uyum programının en az üç yıl boyunca yürütülmesi*”,
- “*İşlem taraflarının yaş ekmek mayası markaları için dört farklı fiyat tavanı belirlenerek fiyatlarının beş yıl boyunca sınırlandırılması*”,
- “*Akmaya'ya ait tesislerin beş yıl boyunca devralınmaması*”.

Tedbir çerçevesinde işlem sonrasında yaş maya fiyatlarının makul olmayan biçimde yükseltilmesinin önüne geçilmesi için tavan fiyatı uygulaması getirilmiştir. Bilaçlı (2016)'ya göre temel rekabetçi endişenin koordinasyon olduğu bir yoğunlaşma işleminde fiyat tavanı içeren bir tedbir kullanılması endişenin nasıl giderileceği konusunda belirsizliğe neden olmuştur. Bununla birlikte kararda, Dosu Maya markasının görece fiyat düzeyinin korunarak daha önce faaliyette bulunmadığı coğrafi pazarlara genişletilmesinde yeterlilik sınırları bakımından belirsizlik bulunmaktadır. Kararda bu belirsizliğin, koordinasyon doğurucu riskleri ne ölçüde azaltacağı hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır. Son olarak kararda, izleme mekanizmasının sadece taraflarca yapılacak bildirimler üzerinden gerçekleştirilmesinin yeterli görülmesi, karma nitelikli tedbirlerin etkinliği konusunda da soru işaretlerine neden olmuştur. Dolayısıyla *Lesaffre-Dosu Maya* kararında Kurulca benimsenen tedbirin yoğunlaşma işleminden kaynaklanan rekabetçi endişeleri, Kılavuz'daki ifadeyle açık ve net olarak gideremediği söylenebilecektir. Nitekim 2018 yılında, bahse konu izin kararı,

Ankara 8. İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵². Bunun üzerine dosya Kurulca yeniden değerlendirilmiş ve Lesaffre-Dosu Maya Devralma-II kararı ile taraflardan yukarıda yer verilen taahhütlerin kapsamını ve süresini artırıcı mahiyette yeni taahhütler alınarak işleme izin verilmiştir.

3.3.2. Luxottica-Essilor Birleşme Kararı

Luxottica Group S.p.A. ile Essilor International S.A.’nın birleşmesi işlemine izin verilmesi talebinin incelendiği Luxottica-Essilor birleşme kararında bildirim konusu işlem; Luxottica’nın kontrol sahibi hissedarı olan Delfin ile Essilor, Essilor ve Luxottica’nın faaliyetlerini birleştirerek HOLDCO adında ortak bir holding şirketi oluşturulmasıdır. İlgili ürün pazarlarının “*markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı*”, - “*markalı reçeteli optik gözlük çerçevelerinin toptan satışı*” ve “*oftalmik lenslerin toptan satışı*” olarak tanımlandığı kararda yatay, dikey ve konglomera etkiler bakımından değerlendirmelere yer verilmiştir. Yatayda rakiplerin pazar payları ve HHI seviyeleri üzerinden yapılan analizler kapsamında birleşik teşebbüsün ve bu teşebbüsün yelpazesinde bulunan markaların payları bakımından, işlem taraflarının faaliyetlerinin örtüştüğü ikinci ürün pazarında işlem sonrasında hâkim durum yaratılacağına ilişkin bulguların söz konusu olmadığı bu bakımdan yatay örtüşme olan pazarlarda oluşacak pazar gücünün ve yoğunlaşma seviyesinin karşısında, bunları tüketiciler lehine dengeleyebilecek/sınırlayabilecek başka unsurlar da inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda kararda dengeleyici alıcı gücü ve giriş engelleri bakımından analizlere yer verilmiştir. Dengeleyici alıcı gücünün tespitine yönelik analiz kapsamında perakende seviyesi bakımından, birleşmiş teşebbüse karşı dengeleyici alıcı gücünün söz konusu olmadığı; markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı pazarında ise, bu tespitin daha güçlü bir şekilde geçerli olduğu belirtilmiştir. Kararda ayrıca, pazara muhtemel girişlerin, özellikle markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı pazarında birleşmiş teşebbüs üzerinde ciddi düzeyde rekabet baskısı yaratmayacağı tespiti de yapılmıştır. Konglomera etkiler bakımından yapılan analizlere göre, işlem sonucunda birleşmiş teşebbüsün, yatay örtüşmenin söz konusu olduğu ilgili pazarlarda Luxottica’nın tek başına sahip olduğu lider konumdan daha güçlü bir pozisyonda olacağı; bunlardan markalı reçeteli optik çerçevelerin toptan satışı pazarında, birleşmiş teşebbüsün payının uygulamada kabul gören hâkim durum eşiğinin altında olduğu; bu pazarda marka gücünün güneş gözlüğünde olduğu kadar belirleyici olmadığı ifade edilmiştir. Markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı pazarında ise, hâlihazırda hâkim durumda bulunan Luxottica’yı bünyesine alacak olan birleşmiş teşebbüsün, bu konumunu güçlendireceği; bunun karşısında, dengeleyici alıcı gücünün ve etkili bir pazara giriş tehdidinin de söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuru konusu işlem sonucunda, markalı güneş gözlüklerinin toptan satışı pazarında mevcut

⁵² Bkz. Ankara 8. İdare Mahkemesinin 19.01.2017 tarihli ve 2015/2488 E. ve 2017/172 K. sayılı kararı.

hâkim durumun güçlendirileceği ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılacağı tespitine yer verilmiştir.

İşlemden kaynaklanan rekabetçi endişelerin giderilmesi amacıyla taraflar, Kurula hem yapısal hem de davranışsal tedbirler içeren taahhütler sunmuşlardır. Yapısal tedbir kapsamında, yatay rekabetçi endişelerin giderilmesi amacıyla, Essilor'un Merve Optik üzerinde tek kontrolünü sağlayan hisselerinin tümünü elden çıkaracağı taahhüt edilmiştir. Davranışsal tedbirler kapsamında ise rekabet karşıtı konglomera etkileri giderebilmek adına taraflar "*işlemin kapandığı günden itibaren üç yıl boyunca Türkiye'deki optikçilere oftalmik lens, optik çerçeve ve güneş gözlüğü ürünlerinin birbirlerinden ayrı satılmasını önermeyi reddetmeyecek olması dâhil olmak üzere, oftalmik lens, optik çerçeve ve güneş gözlüğü ürünlerinin bağlı satışını gerçekleştirmemeyi*" ve "*optikçilere Tarafların rakiplerinin oftalmik lens, optik çerçeve ve güneş gözlüğü ürünlerini satın almalarını yasaklayan veya sınırlayan sözleşmesel veya fiili münhasırlık hükümleri uygulamayacaklarını*" taahhüt etmişlerdir. Kurul bahse konu taahhütleri rekabetçi endişelerin ortadan kaldırılması konusunda yeterli bularak işleme izin vermiştir.

3.4. Ret Kararları

Kurulun rekabetçi endişelerle izin vermediği yoğunlaşma işlemlerine ilişkin nihâi inceleme kararları Tablo 5'te sunulmuştur.

Tablo 5: Ret Kararları

| | Karar Adı | Karar Tarihi | Karar Sayısı | Karar Türü |
|---|---|--------------|---------------|------------|
| 1 | Likit Petrol Gazı Ortak Girişim | 27.5.1999 | 99-26/230-138 | Ret |
| 2 | Ulusoy Deniz Taşımacılığı-UN Ro-Ro Devralma | 9.11.2017 | 17-36/595-259 | Ret |
| 3 | Setur-Beta Marina Devralma | 9.7.2015 | 15-29/421-118 | Ret |

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

3.4.1. Likit Petrol Gazı Ortak Girişim Kararı

Söz konusu karar, Türkiye "*LPG tevziat*" pazarında faaliyet gösteren 39 şirketin, taraflar arasında akdedilecek pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde, LPG dağıtım pazarında faaliyet gösterecek olan "*LPG Temin Dağıtım ve Sanayi ve Ticaret A.Ş.*" unvanlı bir ortak girişim şirketi kurulmasına ilişkin başvurularına istinaden alınmıştır. Kararda; bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu bir birleşme olarak kabul edilebilmesi için gerekli unsurlar olan bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması ve ortak kontrolün varlığı koşulları incelenmiştir.

Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması koşulu incelendiğinde; ana şirketlerin ortak girişimin bulunduğu pazarın bir alt veya üst pazarında bulunması, ortak girişimin girdilerinin önemli bir kısmının ana şirketler tarafından sağlanması ve ana şirketlerin ortak girişimin ürünlerinin çoğunu satın alması gibi hususlara dikkat çekilmiştir. Bu kapsamda, kurulması planlanan ortak girişimin, LPG dağıtım şirketlerinin hâlihazırda faaliyet gösterdikleri LPG tevziat pazarının bir üst pazarı olan LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek olmasının, iktisadi varlığın bağımsızlığını zayıflatacak bir unsur olduğu kararda vurgulanmıştır.

Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması koşulu incelendiğinde, ortak girişimin kurulmasının koordinasyona yol açabilme riski üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, ortak girişim içinde yer alan ve LPG dağıtım pazarında birbirleriyle rakip olan teşebbüslerin, 1997 yılı itibarıyla Türkiye genelinde yaklaşık toplam %92'lik bir pazar payına sahip olması, tedarik pazarında bir yatay koordinasyonu gündeme getirmiştir. Ayrıca bu pazar payının büyük bir kısmının birkaç teşebbüsün elinde olması dikey bütünleşmeye de yol açabilecektir. İkinci unsur kapsamında son olarak, tarafların rekabeti sınırlandırıcı bir amaçları bulunmasa bile, ortak girişime izin verilmesi halinde piyasada rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin doğacağı tespitine yer verilmiştir. Karara göre, LPG tedarikçisini münferiden sağlayabilecek taraflar ile ortak girişim şirketinin tedarik pazarında birlikte faaliyet gösterecek olması, bu pazarda söz konusu taraflar arasında LPG'nin üretimi, ithali, toptan dağıtımı, ticareti ve pazarlanması gibi çok geniş bir faaliyet alanında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği ihtimalini beraberinde getirmiştir. Anılan nedenlerden dolayı ortak girişime izin verilmesi hususundaki başvuru kararda, nihâi aşamada, izin alınması gereken bir yoğunlaşma işlemi olarak değil, rekabete aykırı bir işlem olarak değerlendirilmiştir. İşlemin RKHK'un 7. maddesi kapsamında bir birleşme veya devralma olarak değil, 4. madde kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olarak nitelendirilmesinin ardından, kararda ortak girişimin muafiyet veya menfi tespit belgesi alıp alamayacağı değerlendirilmiş ve işlemin muafiyet veya menfi tespit şartlarını taşımaması nedeniyle ortak girişim şirketi kurulmasına ilişkin başvuruya izin verilmemiştir.

3.4.2. Ulusoy Deniz Taşımacılığı-UN Ro-Ro Devralma Kararı

Söz konusu karar; Ulusoy Deniz Taşımacılığı A.Ş., Ulusoy Gemi İşletmeleri A.Ş., Ulusoy Ro-Ro İşletmeleri A.Ş., Ulusoy Ro-Ro Yatırımları A.Ş., Ulusoy Gemi Acenteliği A.Ş., Ulusoy Lojistik Taşımacılık ve Konteyner Hizmetleri A.Ş. ve Ulusoy Çeşme Liman İşletmesi A.Ş. hisselerinin tamamının UN Ro-Ro İşletmeleri A.Ş. (UN Ro-Ro) tarafından devralınması işlemine izin verilmesine ilişkindir.

Kurul kararı incelendiğinde, devre konu teşebbüslerin faaliyet alanlarının temelde üç ana başlık altında toplandığı anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, liman

işletmeciliği faaliyetidir. Ulusoy Deniz Taşımacılığı A.Ş. tarafından kontrol edilen Ulusoy Çeşme Liman İşletmesi A.Ş., Çeşme Limanı'nın 30 yıllık işletme hakkını, 06.06.2003 tarihinde devralmıştır. Çeşme Limanı mevcut durumda daha ziyade kruvaziyer gemileri ile Ro-Ro gemilerine hizmet sunmaktadır. Devre konu şirketlerin faaliyet gösterdikleri diğer bir alan, ithal ve ihraç yükleri taşıyan tırların deniz yolu ile yabancı ülkelere Ro-Ro gemileri ile taşınmasıdır. Ulusoy Lojistik Taşımacılık ve Konteyner Hizmetleri A.Ş., dört adet Ro-Ro gemisi ile haftanın üç günü Çeşme Limanı'ndan Trieste Limanı'na düzenli Ro-Ro taşımacılığı yapmaktadır. Son olarak, devre konu şirketlerden olan Ulusoy Gemi Acenteliği A.Ş., üçüncü kişilere gemi acenteliği hizmeti vermektedir. Dolayısıyla dosya kapsamındaki ilgili ürün pazarları sırasıyla *“tekerlekli ve mobil yük taşıyan Ro-Ro gemileri ile yapılan tarifeli deniz taşımacılığı hizmetleri pazarı”*, *“Ro-Ro gemilerine ve yolcu/araç taşıyan feribotlara yönelik liman hizmetleri pazarı”* ve *“gemi acenteliği hizmetleri pazarı”* olarak tanımlanmıştır.

Kurul kararında, Yatay Birleşme ve Devralma Kılavuzu kapsamında bir değerlendirmede bulunulmuştur. Kılavuz'a göre, -işlem sonrasında tarafların toplam pazar payının %50'nin altında kaldığı durumlarda da rekabetçi kaygılar söz konusu olabileceksen de- işlem sonrasında oluşacak %50'den yüksek pazar payı hâkim durumun göstergesi olarak kullanılabilir. Ayrıca, pazardaki yoğunlaşmayı ölçmeye yarayan endekslerin HHI endeksi seviyesinin 2000'nin üzerinde olduğu ve işlem sonucunda HHI endeksindeki değişimin 150'nin üzerinde olduğu işlemlerin rekabetçi kaygılar doğurabileceği ifade edilmiştir. Kurul kararında tarafların pazar paylarına teşebbüslerin ticari sırlarını içermesi nedeniyle yer verilmese de, kararda teşebbüslerin toplam pazar payının hâkim duruma ulaşacaklarının bir göstergesi olarak kabul edilmesinden, tarafların toplam pazar payının %50'nin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. Kurul, pazardaki HHI endeksi ele alındığında da işlemin rekabetçi kaygılar doğurduğunu tespit etmiştir. İlgili pazardaki işlem öncesi 4186 seviyesinde bulunan HHI endeksi rekabetçi kabul edilen pazarlardaki seviyenin oldukça üzerindedir. İşlem sonrasında ise söz konusu endeks 5710'a çıkmakta, bir başka deyişle işlem sonrasındaki HHI değişimi 1524 olmaktadır.

Başvurulan işlem Ro-Ro taşımacılığı pazarında faaliyet gösteren üç teşebbüsten en büyük oyuncu pazarın en küçük oyuncusu ile birleşmesine ilişkindir. Kararda işlem sonrasında pazarın üç oyunculu bir yapıdan çıkarak iki oyunculu yapıya dönmesinin koordinasyon doğurucu etkiler vasıtasıyla da rekabeti sınırlandırabileceği vurgulanmıştır. Zira oluşacak pazar yapısında, rakiplerin birbirlerinin davranışlarını tahmin etmesinin ve ona göre pozisyon almasının kolaylaşabileceği öngörülmektedir. Kararda yer verilen ve sektörün diğer temsilcilerinden elde edilen bilgi ve belgelere göre Ro-Ro taşımacılığı pazarı; yüksek yatırım maliyetine sahip, alternatif liman bulmanın zor olduğu, pazardaki oyuncuların finansal açıdan güçlü olduğu ve marka bilinirliği yüksek olan bir pazardır. Ayrıca geçmişte bazı teşebbüslerin bu pazara girip kısa sürede başarısız

olarak faaliyetlerine son verdiği de vakidir. Bu nedenle pazardaki giriş engellerinin yüksek olduğu değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler neticesinde Kurul, vermiş olduğu kararda, bildirim konusu işlemin “*gemi acenteliği hizmetleri*” pazarında hâkim durum yaratılması veya güçlendirilmesine neden olmayacağı, bununla birlikte, söz konusu işlemin UN Ro-Ro’nun “*Türkiye-Avrupa arasındaki Ro-Ro taşımacılığı (İstanbul, İzmir ve Mersin kalkışlı Ro-Ro hatlarını içerecek şekilde)*” pazarındaki hâkim durumunu güçlendireceği ve bu şekilde rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı, ayrıca işlemin Ro-Ro gemilerine yönelik liman işletmeciliği pazarında UN Ro-Ro’nun hâkim duruma gelmesine ve böylece piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacak bir işlem olduğu değerlendirmesinde bulunmuş ve devralma işlemine izin vermemiştir.

3.4.3. Setur-Beta Marina Devralma Kararı

Kararda, Beta Marina Liman ve Çekek İşletmesi A.Ş. ve Pendik Turizm Marina Yat ve Çekek İşletmesi A.Ş.’nin tüm hisselerinin Setur Servis Turistik A.Ş. (Setur) tarafından devralınmasına ilişkin işleme izin verilmesi talebi incelenmiştir. Devredilen Beta Marina Liman ve Çekek İşletmesi A.Ş., Marintürk markasıyla üç adet marina işletmektedir. Devredilen konumundaki şirketlerden diğeri olan Pendik Turizm Marina Yat ve Çekek İşletmesi A.Ş. ise İstanbul City Port Marina’nın kullanım iznine sahiptir. Bu çerçevede bildirim konu devralma işlemiyle birlikte, İstanbul City Port Marina’nın kullanım izni ile işletme hakkının, Göcek Village Port Marina ile Göcek Exclusive Marina’nın ise işletme hakkının da devredilecek olması nedeniyle, devralma işlemi marina işletmeciliği sektöründe gerçekleşecektir.

Kararda açıklandığı üzere, marina işletmeciliği kapsamında sunulan temel hizmetler deniz hizmetlerinden, kara hizmetlerinden ve kiralama hizmetlerinden oluşmaktadır. Söz konusu üç hizmet grubunun yatların, yat sahiplerinin ve diğer tüketicilerin farklı ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak sunulan ayrı hizmetler olması nedeniyle tüketiciler bakımından birbirine ikame olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu tespit sonrasında; deniz hizmetleri, kara hizmetleri ve kiralama hizmetleri bakımından daha detaylı bir değerlendirmeye yer verilmiş ve sırasıyla bağlama hizmetleri bakımından “*marinalarda ve tekne parklarda sunulan bağlama hizmetleri pazarı*”, kara hizmetleri bakımından çekme-atma ve kara park hizmetlerini kapsayacak şekilde “*çekek alanı hizmetleri pazarı*”, kiralama hizmetleri bakımından ise “*alan kiralama hizmetleri pazarı*” ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır.

Kurul tarafından yapılan incelemede aşağıdaki tespitlere yer verilmiştir:

- “*İşlem sonucunda birleşik teşebbüsün sahip olacağı pazar payının ve pazarda gerçekleşecek yoğunlaşma artışının Yatay B/D Kılavuzu*

ile öngörülen eşiklerin oldukça üzerinde olması nedeniyle devralma işleminin rekabetçi kaygılar yaratacağı”,

- “Setur Servis Turistik A.Ş.’nin sahibi olan Koç Holding A.Ş.’nin, ilgili pazarda işletmeciliğini yaptığı Kalamış Marina’nın en yakın rakibi olan İstanbul City Port Marina’nın da kontrolünü elde edeceği, bu şekilde oluşan birleşik teşebbüsün ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olacağı ve bu pazar gücünü fiyatları artırmak amacıyla kullanabileceği”,

- “Koç Holding A.Ş.’nin Kalamış Marina’da ve İstanbul City Port Marina’da uygulayacağı fiyatları artırma yönünde oluşacak güdüsünün hâlihazırda piyasada mevcut olan oyuncular ya da pazara yeni girecek olan oyuncular tarafından işleminden doğan rekabetçi kaygıları ortadan kaldıracak ölçüde sınırlanamayacağı”,

- “Olası fiyat artışları karşısında pazarda dengeleyici bir güç olarak alıcı gücünün bulunmadığı”

Kurul, inceleme sonrasında söz konusu işlemin, Setur’un sahibi olan Koç Holding A.Ş.’nin ilgili pazarda hâkim duruma gelmek suretiyle piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına neden olacak bir işlem olduğu yönünde karar vermiş ve bu nedenle devralma işlemine izin vermemiştir.

4. Sonuç

7246 sayılı Kanun ile RKHK’da yapılan değişiklik öncesinde, RKHK’un 7. maddesi uyarınca pazarda hâkim durum yaratılması ya da mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ile pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki yoğunlaşmalar yasak kapsamına girmekle birlikte, yasak kapsamındaki bu tür yoğunlaşmalar taraflarca Kurula sunulan yapısal-davranışsal tedbirlerle rekabet karşıtı etkilerden arındırılarak hukuki geçerlilik kazanabilmiştir. Türk rekabet hukukunda yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasının ve bu mekanizmanın uygulamadaki etkilerinin araştırıldığı bu çalışmada, ilk olarak Türk rekabet hukuku uygulamalarında yoğunlaşmaların denetiminde yapısal-davranışsal tedbir mekanizması, Kanun değişikliği öncesindeki mevzuat çerçevesinde incelenmiştir. Yoğunlaşma denetimi kapsamında Kurul, bir yoğunlaşma işlemini yasaklayabilmekte, işleme doğrudan izin verebilmekte, ya da yapısal-davranışsal tedbir mekanizması kapsamında belirli koşullar ve/veya yükümlülükler getirerek izin verebilmektedir. Yoğunlaşma işleminin tarafı olan teşebbüslerin, rekabet karşıtı etkilere sahip bir yoğunlaşma işleminin bu etkilerini gidermek amacıyla, Kurula bildirim aşamasında, ön inceleme aşamasında ya da nihâi inceleme aşamasında (en geç ikinci yazılı savunma ile birlikte) tedbir önerileri sunabilecekleri değişiklik öncesindeki mevzuatta düzenlenmiştir.

Araştırma kapsamında, Kurulun 1998-2019 döneminde gerçekleşen nihâi inceleme kararlarının tamamı incelenmiştir. 2008 yılına kadar olan dönemde, alınan yapısal-davranışsal tedbir kararlarının Kurul tarafından işlem taraflarına belirli koşulların getirilmesi ya da daha önce Komisyona sunulan taahhütlerin Kurul tarafından da benimsenmesi şeklinde alındığı görülmektedir. Kurulun bu yöndeki uygulaması, 2008 yılında, *Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık* kararından itibaren değişmiştir. Bahse konu kararı izleyen dönemde, yapısal-davranışsal tedbir mekanizması, işlem taraflarınca getirilen taahhütlerin Kurul tarafından değerlendirilmesi şeklinde yürütülmüş ve 2011 yılında çıkarılan Kılavuz'da da bu şekilde düzenlenmiştir.

Çalışmada incelenen 50 nihâi inceleme kararından 11'inde Kurul, başvuruya konu işlemlerin RKHK'un 7. maddesi kapsamında olmadığı yönünde karar tesis etmiştir. Kurulun rekabet karşıtı etkileri göz önünde bulundurarak, RKHK'un 7. maddesi kapsamında nihâi incelemeye aldığı 39 yoğunlaşma işleminin 19'una izin verdiği, üçüne izin vermediği, 17'sine ise yapısal-davranışsal tedbir mekanizmasını işleterek koşullu olarak izin verdiği görülmektedir. Çalışmada yer verilen yapısal-davranışsal tedbir kararları yoğunlaşma türü bakımından incelendiğinde; 17 kararın 14'ü devralma, biri birleşme, ikisi ise ortak girişim işlemlerine ilişkindir. Yapısal-davranışsal tedbir kararları, tedbir türü bakımından incelendiğinde; kararların altısı yapısal tedbirler; yedisi davranışsal tedbirler; dördü ise hem yapısal hem de davranışsal tedbirler içermektedir. Yapısal tedbirlerin dördü yatay, biri dikey, diğeri ise hem yatay hem dikey nitelikli yoğunlaşma işlemleri bakımından söz konusu olmuştur. Davranışsal tedbirlerin ise beşi dikey, biri yatay, diğeri ise hem dikey hem yatay nitelikli yoğunlaşma işlemleri bakımından uygulanmıştır. Yapısal ve/veya davranışsal tedbirler içeren nihâi inceleme kararları, yoğunlaşma işleminden kaynaklanan rekabet karşıtı etkilere göre sınıflandırıldığında, yatay tek taraflı etkilerin bulunduğu yoğunlaşmalarda ağırlıklı olarak yapısal tedbirlerin tercih edildiği; yatay olmayan (dikey veya konglomera) etkilerin söz konusu olduğu yoğunlaşmalarda ise ağırlıklı olarak davranışsal tedbirlerin tercih edildiği söylenebilecektir.

Çalışmada yapısal-davranışsal tedbir kararlarının tamamına yer verilmekle birlikte; ikisi yapısal tedbir (*Oyak-Lafarge, NIDEC Corporation-EMBRACO*), üçü davranışsal tedbir (*THY-HAVAŞ, AEH-Migros, Limar-Mardaş*), ikisi ise hem yapısal hem davranışsal tedbir kararı (*Lesaffre-Dosu Maya, Luxottica-Essilor*) olmak üzere, toplamda yedi karar detaylı olarak tahlil edilmiştir. Araştırma kapsamında incelenen kararlarda, yapısal tedbirler kapsamında ağırlıklı olarak *elden çıkarma* tedbirinin uygulandığı; davranışsal tedbirler kapsamında ise *"fiyat ve pazar paylarına ilişkin verilerin Kuruma 6 ayda bir bildirilmesi"*, *"sözleşme hükümlerinin mevzuata uygun hale getirilmesi"*, *"tedarik sözleşmesi akdetme"*, *"münhasırlığın uygulanmaması"*, *"talep edilen miktarda ürünün sağlanması"*, *"imzalanacak anlaşmanın süresinin 3 yıldan uzun olması halinde Kurumun uygun görüşünün alınması"*, *"3 yıl süreyle taraflardan birinin diğersinin rakiplerine"*

ticari ayrımcılık yapmayacağı”, “bilgi duvarları kurulacağı”, “tarafardan birinin bünyesinde görev yapan yöneticilerin diğerinde yönetici olmayacağı”, “şirketlerin bilgi güvenliği kapsamında tamamen birbirinden ayrıştırılması” gibi tedbirlerin uygulandığı görülmektedir. Bununla birlikte çalışmada, nihâi inceleme sonucunda verilen ret kararları (*Likit Petrol Gazı, Ulusoy-UN Ro-Ro, Setur-Beta Marina*) da incelenmiştir. İncelenen üç ret kararının ikisi devralma işlemine, biri ise ortak girişim işlemine ilişkindir. Kurul söz konusu ret kararlarından devralma kapsamında olanlara *“ilgili pazarda hâkim duruma gelmesine ve böylece piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacak bir işlem”* olmaları nedeniyle izin vermemiştir. Ortak girişim işlemi ise RKHK’un 7. maddesi kapsamında tam işlevsel bir ortak girişim özelliği taşımadığı için RKHK’un 4. ve 5. maddeleri kapsamında değerlendirilerek söz konusu işleme muafiyet ve izin verilmemiştir.

Sunulan bilgiler ve açıklamalar ışığında, RKHK, ilgili ikincil mevzuat ve kararlar bakımından Kurulun yapısal-davranışsal tedbir uygulamalarına ilişkin yaklaşımının olumlu yönde bir gelişim gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Araştırma sonuçlarından da anlaşılacağı üzere, Kurul yasak kapsamında olmasına rağmen rekabet karşıtı risklerden arındırılması mümkün olan yoğunlaşma işlemlerine kabul edilebilir nitelikteki yapısal-davranışsal tedbirler çerçevesinde genellikle izin vermiştir. Nitekim nihâi inceleme aşamasında rekabetçi riskler taşıması nedeniyle yasak kapsamına giren 20 yoğunlaşma işleminin 17’sine yapısal-davranışsal tedbirlerle izin verildiği göz önüne alındığında rekabetçi endişeleri giderecek nitelikteki taahhütlerin doğrudan ya da tadil edilerek Kurulca kabul edildiği görülmektedir. Kurulun bu yöndeki kararları, Kurulun rekabetçi riskler barındıran yoğunlaşma işlemlerinde yapısal-davranışsal tedbir uygulamasına genel yaklaşımını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Öte yandan, 7246 sayılı Kanun ile RKHK’un 9. maddesinde yapılan değişiklikle Kurul, artık davranışsal tedbirlere öncelikli olarak başvuracak, yapısal tedbirlere ise ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurabilecektir. Değişiklikle ayrıca, davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararlar tespit edilmesi halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az altı ay süre verileceği de hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, Kanun değişikliği ile getirilen hükümler paralelinde Kurul uygulamasının da davranışsal tedbirler lehine değişikliğe uğrayacağı değerlendirilmektedir.

Sonuç itibarıyla, teşebbüslerin genel olarak büyüme, kârlılık gibi hedefleri kapsamında planlayıp uygulamaya aldığı yoğunlaşma işlemlerinin RKHK ve ilgili mevzuata uygunluğunun gözetilmesinin teşebbüs yöneticilerinin sorumluluğunda olması nedeniyle, yöneticilerin, yoğunlaşma denetimlerinde yapısal-davranışsal tedbir mekanizması konusundaki bilgileri ve farkındalıkları, rekabetçi riskler taşıyan, bildirim tabi yoğunlaşma işlemlerinin yasak kapsamından çıkması ve hukuki geçerlilik kazanması sürecinde fayda sağlayacaktır. Son olarak, Kanun

değişikliği ile getirilen yeni hükümler paralelinde, yoğunlaşma denetimine ilişkin ikincil mevzuatta da değişikliğe gidileceği değerlendirilmektedir. Bu bakımdan, ikincil mevzuat değişiklik sürecinin de teşebbüs yöneticileri tarafından yakından takip edilmesinin yerinde ve yararlı olacağı söylenebilecektir.

Kaynakça

- Aslan, İ. Y. (2016). *Rekabet Hukuku*, Ekim Basım Yayın, Bursa.
- Bılaçlı, C. (2016). Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayın No: 0325, Ankara.
- Demirci, M. (2019). Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara.
- Ezrachi, A. (2006). Behavioral remedies in EU merger control-scope and limitations, *World Competition*, No:29(3), 459-479.
- Jones, A ve Sufrin, B. (2014), *EU Competition Law: text, cases and materials*, Fifth Edition, Oxford University Press, New York.
- International Competition Network (ICN) Merger Working Group (2005), “Merger Remedies Review Report”, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-remedies-review-report-2005/> (Erişim Tarihi: 21.10. 2019)
- International Competition Network (ICN), (2016). Merger Remedies Guide, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2019)
- Kaya, Ş. D., Madan, Z. ve Sesli, E. (2009). Yoğunlaşmalarda yapısal tedbir mekanizması ve etkinlik değerlendirmesi, *Rekabet Dergisi*. 10(2), 29-71.
- Kokkoris, I. ve Shelanski, H. (2014). EU Merger Control: A Legal and Economic Analysis, First Edition, Oxford University Press, New York.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), (2007). “Private Remedies” Policy Roundtables, <http://www.oecd.org/competition/mergers/39892177.pdf> (Erişim Tarihi: 17.10.2019)
- Özkan, D. (2019). Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Taahhüt Mekanizması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul.
- Sanlı, K. C. (2000). Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen

Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

Varol, N. (2009). Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözüm ve Taahhütler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayın No:0252, Ankara.

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

Yazar, Ö. V. (2020). Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara.

Yararlanılan Mevzuat

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz

Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz

Yatay Birleşme ve Devralmalar Hakkında Kılavuz

Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmalar Hakkında Kılavuz

7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Structural-Behavioral Remedy Mechanism within The Control of Concentrations in Turkish Competition Law

Extended Abstract

1. Introduction

As far as concentration transactions are concerned, executives of undertakings are expected to strike a delicate balance between two tasks. While they are supposed to attain targets like profitability and growth, they also need to ensure the compliance of the concentration transactions with the relevant legislation. Pursuant to article 7 of The Act on The Protection of Competition (No:4054), concentrations that either create a dominant position or strengthen an already existing dominant position which results in the restriction or deterioration of effective competition in the market, are prohibited. However, competition authorities, in exchange for remedies offered by the parties to a concentration, may conditionally allow a concentration transaction that is forbidden due to possible anti-competitive effects in the market. This practice, known as a remedy mechanism in the doctrine, is basically divided into two as structural remedies and behavioral remedies.

In this research, it is aimed to investigate the structural-behavioral remedy mechanism in the control of concentrations in Turkish competition law and the effects of this mechanism in practice before the amendment made by the "**The Act Amending the The Act on The Protection of Competition (Law No. 7246)**" published in the Official Gazette dated 24.06.2020 and numbered 31165. In the study, firstly, the structural-behavioral remedy mechanism in Turkish competition law practices was examined within the framework of the legislation before the law amendment. Within the scope of concentration control, Turkish Competition Authority (TCA) may prohibit a concentration transaction, directly authorize the transaction, or allow it by imposing certain conditions and/or obligations under the structural-behavioral remedy mechanism.

2. Method

Within the scope of the literature review of this research, the legislation regarding the control of concentrations in EU competition law, US antitrust law and Turkish competition law was examined. For the determination of structural/behavioral remedy decisions in Turkish competition law, all final examination decisions taken by TCA from the day it was established until the end of 2019 were examined. The decisions within this scope were determined using the decision search engine on the TCA's website. Within the scope of the study, a total of 50 final examination decisions for the period 1998-2019 were examined.

3. Results and Discussion

In the period until 2008, it is seen that the structural-behavioral injunction decisions were taken by the TCA by imposing certain conditions on the parties to the transaction or by TCA adopting the remedies previously submitted to the European Commission. The practice of TCA in this direction has changed since the decision of *Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık* in 2008. In the period following the aforementioned decision, the structural-behavioral remedy mechanism was carried out in the form of an evaluation of the remedies brought by the transaction parties by TCA. It was also arranged in this way in the Guidelines issued in 2011.

In 11 of the 50 final examination decisions analyzed in the study, TCA has decided that the transactions subject to the application are not covered by Article 7 of The Act on The Protection of

Competition (No:4054). 19 of the 39 transactions that TCA examined by considering the anti-competitive effects were directly allowed. There are 20 transactions in which violation of competition rules is detected. Three of these transactions were not allowed and 17 were conditionally allowed with structural-behavioral remedies.

When the structural-behavioral remedy decisions included in the research are classified in terms of concentration type, 14 of the 17 decisions are related to acquisition, one to merger, and two to joint venture transactions. These 17 decisions have been examined in this study; of which six include structural remedies, seven behavioral remedies, and four both structural and behavioral remedies. Four of the structural remedy decisions have horizontal characteristics, one of them is vertical and the other both have horizontal and vertical features. Of the behavioral remedies, five were applied in terms of vertical, one horizontal, and the other both vertical and horizontal concentration transactions. It is also possible to classify the final examination decisions including structural and/or behavioral remedies according to the anti-competitive effects arising from the concentration transaction. Structural remedies are preferred mainly in concentrations with horizontal unilateral effects. It can be said that behavioral remedies are predominantly preferred in concentrations with non-horizontal (vertical or conglomerate) effects.

4. Conclusion

TCA's decisions and practices about structural and behavioral remedies, examined within the scope of the research are significant in terms of showing the general approach and attitude of TCA to the implementation of structural-behavioral remedies in concentrations that involve anti-competitive risks. According to the results, before the law amendment TCA has permitted concentrations that are within the scope of the ban but can be cleared of anti-competitive risks, with acceptable structural-behavioral remedies.

It is the responsibility of the executives to supervise the compliance of the concentration transactions with the Law and the relevant legislation. In line with the new provisions introduced with the amendment of the Law, it is considered that there will be amendments in the secondary legislation on concentration control. In this respect, it can be said that it would be appropriate and beneficial to closely monitor the secondary legislation amendment process by the executives.