

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

**Rekabet Kurumu Başkanlığına,
Rekabet Kurumu
Ankara**

İstanbul, 11 Ocak 2013
Ref: HA/gu/13-52

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No: 46 Tepebaşı 34420
İstanbul – Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi, No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara – Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
13, Avenue des Gaulois, 1040
Brussels – Belgium
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 3993
E bxloffice@tusiad.org

Washington D.C.
1250 24th Street,
N.W. Suite Nr. 300,
Washington D.C. 20037 USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.us

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 288 786 300
F +49(30) 288 786 399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, Rue de Galilée 75116
Paris – France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Pekin
Beijing Lufthansa Centre,
Office C-319, Beijing 100016
P. R. China
T +86 (10) 6462 2066
F +86 (10) 6462 2067
E tusiad.china@euccc.com.cn

www.tusiad.org

Yatay ve yatay olmayan birleşme ve devralmalar hakkında Rekabet Kurulu tarafından yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınacak genel ilkeleri ortaya koymak amacıyla Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan; “*Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz*” ve “*Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz*” taslakları kamuoyunun görüş ve değerlendirmelerine sunulmuştur. Yayımlanan her iki Taslak da, birleşme ve devralmalara taraf olan teşebbüsler ve temsilcileri tarafından yapılacak değerlendirmelerde “*hukuki belirlilik / öngörülebilirlik*” sağlamanın yanı sıra Rekabet Kurumu’nun eylem ve işlemlerinin “*şeffaflığının temin edilmesi*” açısından büyük önem taşımaktadır.

Taslak Kılavuzlar tarafından takip edilen sisteme bakıldığında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un bünyesine uygun düştüğü ölçüde, AB Komisyonu’nun Yatay Birleşme Kılavuzu¹ ve Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu² ile paralel düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Bu durum; AB Hukuku ve AB Komisyonu düzenlemelerinin Türkiye’deki Rekabet Hukuku mevzuatı ve uygulaması açısından mehz niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, Taslak Kılavuzlarda AB’deki Kılavuzlardan farklı olarak içtihatlarla atıf yapılmamıştır. Halbuki, Rekabet Kurumu tarafından daha önceden yürürlüğe konulmuş olan İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzda³ olduğu gibi, emsal Rekabet Kurulu kararlarına referans verilmesi şeffaflığın ve belirliliğin sağlanması açısından daha faydalı olabilecektir.

¹ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings (2004/C 31/03)

² Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings (2008/C 265/07)

³ Rekabet Kurulu’nun 10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı kararı.

Ayrıca, Taslak Kılavuzlarda, gelecekte meydana gelebilecek değişikliklere ve günün ihtiyaçlarına göre Kılavuzların Rekabet Kurulu tarafından zaman zaman revize edilebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Her iki Taslağa ilişkin tespit ve değerlendirmelerimiz ekte görüşlerinize sunulmaktadır.

Saygılarımla,

(Orijinali imzalıdır.)

Hale ALTAN
Yönetim Kurulu A.

EK - 1: “Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz”a ilişkin TÜSİAD Görüşü

EK- 2: “Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz”a ilişkin TÜSİAD Görüşü



ŞİRKET İŞLERİ KOMİSYONU

REKABET ÇALIŞMA GRUBU

***“YATAY BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA
KILAVUZ” VE “YATAY OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN
DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA KILAVUZ”***

HAKKINDA TÜSİAD GÖRÜŞÜ

TS/ŞİB/13-03

EK1- YATAY BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA KILAVUZ TASLAĞI

Birlikte Hakimiyet Kavramının Taslak Kılavuz Kapsamında Değerlendirilmesi

Danıştay 01.03.2006 tarih ve E. 2005/10038 sayılı yürütmeyi durdurma kararı ile birlikte hakimiyet kavramının Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi kapsamında uygulanamayacağını belirtmiştir. İlgili kararın bir yürütmeyi durdurma kararı olması ve Danıştay'ın söz konusu işlem ile ilgili nihai bir karar verememiş olması nedeni ile birlikte hakimiyet kavramının (eş güdüm doğuran etkiler) Kılavuz kapsamına alınmasının önünde, kanaatimizce, bir engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, nihai karar tesis edilememiş olsa da Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararının yol gösterici olduğu ve birlikte hakimiyet kavramının, dolayısıyla Taslak Kılavuz'da yer verilen açıklamaların uygulanabilirliğinin pek de mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Etkilenen Pazara Yönelik Boşluk Hakkında Önerilerimiz

Birleşme ve devralma işlemleri bakımından yapılacak değerlendirmelerin başlangıç noktası, o işlemin tabi olduğu ilgili pazardır. Nitekim, rekabetçi analizin yapıldığı etkilenen pazar da, ilgili ürün pazarları arasındaki örtüşmeyi ifade etmektedir.

Dolayısıyla etkilenen pazara ilişkin değerlendirmenin ne şekilde yapılacağı, teşebbüsler açısından en önemli hususlardan biri niteliğindedir. Bu bakımdan, nasıl ki Taslak Kılavuz'da yer yer ilgili pazardan bahsedilirken "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuza referans yapılmışsa, benzer şekilde etkilenen pazara ilişkin de Kurul'un etkilenen pazara ilişkin örnek kararlarına atıf yapılabileceği düşünülmektedir.

Örnekleme Yapılması Hakkında Önerilerimiz

Hatırlanacağı üzere Rekabet Kurumu, "Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuzun birçok maddesinde olay temelli örneklemelere başvurmuş ve hatta bu örnekleri çizimlerle de desteklemiştir. Benzer destekleyici örneklemelerin Taslak Kılavuz'da da yer almasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Bu bakımdan, mehzaz düzenleme olan Avrupa Birliği'nin Rehberi'nde olduğu gibi Kılavuz'un ilgili kısımlarında Rekabet Kurulu kararlarına atıfta bulunulmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Bölümlerin benzer yol gösterici unsurlar ile desteklenmesi, Kılavuz'un teorisinin ötesine geçmesini destekleyecek ve Kurum'a başvuru öncesi yapılan analizlerin daha rasyonel ve iktisadi temellere oturmasını sağlayacaktır.

Hakim Durum Testi Hakkında Önerilerimiz

Bilindiği üzere birleşme ve devralma işlemlerinin diğer bir deyişle yoğunlaşmaların kontrolünün ana amacı, piyasalardaki rekabeti kısıtlayıcı işlemlerin önüne geçebilmektir. Bu amaca yönelik olarak, rekabet otoriteleri tarafından temelde iki ekonomik testten faydalanılmaktadır. Bu testlerden hakim durum testini kullanan otoriteler, incelemeye konu işlem neticesinde bir hakim durumun yaratılıp yaratılmadığını veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediğini incelemektedir. Diğer taraftan AB ve ABD’de uygulanan rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi ise hakim durum zorunluluğu aramaksızın rekabeti ciddi oranda azaltan işlemleri yasaklamaktadır. Türk Rekabet mevzuatı ise, Avrupa Birliği’nin 2004 yılından önce uyguladığı mevzuata paralel olarak hakim durum testini benimsemiş ve mevzuatta herhangi bir değişikliğe gitmemiştir.

Bugün gelinen noktada tek taraflı ve eş güdüm doğuran etkilerin en etkin şekilde değerlendirilmesi için hakim durum testinin de değiştirilmesi gerekmektedir. Nitekim tek taraflı etkilerin ya da eş güdüm doğuran etkilerin, işlem hakim durum yaratmadığı sürece uygulama alanının çok sınırlı olacağı düşünülmektedir. Halbuki yaklaşık 10 sene öncesinde, hakim durum değerlendirmesini gerektirmeyen rekabet testinin uygulamaya alınması amacıyla mevzuat çalışmalarına başlandığı ve Rekabet Kurulu’nun hazırladığı bir Tartışma Metni’ni kamuoyunun görüşüne sunduğu da bu vesileyle hatırlatılmalıdır. Zira bahsi geçen metnin hakim durum testine ilişkin bölümde;

“a) Hakim Durum Testi

(...)

Türk rekabet hukukunda, Topluluk rekabet hukuku ile uyumlu olma anlayışı çerçevesinde yasa koyucu tarafından 1994 yılında hakim durum testinin benimsenmesi yönünde ortaya konulan tercihin son dönemde “Türk Rekabet Hukukunda Amaç Tartışması” çerçevesinde yeniden tartışmaya açılması ihtiyacı doğmuş ve özellikle 4 ve 5 inci maddelerde (bentler ve muafiyet rejimi) değişiklik yapılması yönünde ileri sürülen argümanlara paralel olarak kullanılan testin ileri sürülen bu argümanlara hakim yeni anlayış çerçevesinde sorgulanması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. (...)

ifadelerine yer verilerek Avrupa Birliği mevzuatının takip edildiği teyit edilmiş ve mevcut testin sorgulanması gerektiğine yönelik ihtiyaç dile getirilmiştir.

Ne var ki, bu yönde bir uygulama güncel mevzuata dahil edilmemiştir. Halbuki rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin Türk Rekabet Hukuku mevzuatında yer alması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu birleşmelerle ilgili karar verirken,

ABD ve AB uygulamalarına paralel şekilde, iktisadi etkinliğin sağlanıp sağlanmadığını analiz etmeli ve toplumsal refaha olan etkisini göz önünde bulundurarak iktisadi değerlendirme yapmalıdır. Aksi durumda, yani hakim durum testinin uygulanmaya devam edildiği bir senaryoda, piyasada hakim durum yaratmayan ya da hakim durumu kuvvetlendirmeyen, ancak rekabet üzerinde olumsuz etkisi olan işlemler değerlendirme dışında kalmaya devam edecektir.

PARAGRAF BAZINDA ÖNERİLER

5. Paragraf: Etkin rekabetin tüketicilere sağladığı faydalardan bahsedilirken, düşük fiyatlar, kaliteli ürünler, geniş bir ürün ve hizmet seçimi imkanının yanı sıra “yenilikler”den de bahsedilmesi önem arz etmektedir. Zira, inovasyon da rekabetin getirdiği önemli faydalardan birisidir. Nitekim, paragrafın devamında hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi neticesinde “yeniliklerin azalabileceği”nden bahsedilmiştir.

Paragrafta dikkat çeken diğer bir husus; “*hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi neticesinde bir veya daha fazla teşebbüs karlı bir şekilde fiyatları arttırabilme, üretim miktarını düşürebilme, mal veya hizmetlerin kalite veya çeşidini azaltabilme ya da yenilikleri azaltabilme imkanına sahip olabilmektedirler*” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Burada kast edilenin, “*pazar gücüne sahip olma*” olduğu kanaatindeyiz. Zira pazar gücü, “*fiyatı rekabetçi seviyeden daha yukarıda belirleyebilme gücü*” veya “*pazarda ürün fiyatı ve miktarını algılanabilir şekilde etkileyebilme yeteneği*” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ilgili paragrafta esasen söylenen; hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi **neticesinde** “*pazar gücüne sahip olunması*”dır. Bu durumun bir kavram kargaşası yaratabileceği kanaatindeyiz. Zira, “*hakim durum*” bir hali ifade etmekte iken, “*pazar gücü*” bu halin tespiti için kullanılan bir ölçütü ifade etmektedir. Teşebbüsün, elinde bulundurduğu pazar gücü, hakim durumda olmasına yetebilir veya yetmeyebilir. Dolayısıyla hakim durum yaratılması yahut güçlendirilmesi mevcut ise, pazar gücünün varlığı evleviyetle söz konusudur. Bu bağlamda “*hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi neticesinde pazar gücüne sahip olunması*”ndan değil, ancak “*pazar gücünün yeterince arttırılması neticesinde bir hakim durum yaratılması yahut mevcut hakim durumun güçlendirilmesi*”nden söz edilebilecektir. Yatay Birleşme Kılavuzu’ndaki ilgili bölümünde (8. prg.) birleşmeler yolu ile pazar gücünün önemli ölçüde arttırılmasının Komisyon tarafından denetime tabi tutulacağı ifade edilmiştir. Bu durum, AB Hukuku’ndaki düzenlemelere uygundur. Zira AB Hukuku’nda 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü ile bizden farklı olarak, “*etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*” benimsenmiştir. Söz konusu test sayesinde; hakim durum yaratmayan yahut mevcut hakim durumu güçlendirmeyen ve fakat pazar gücünün arttırılması sonucunu doğuran birleşmeler de yasaklanabilmektedir.

Paragrafta ayrıca, piyasalarda hakim durum yaratabilecek veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi sonucuna ulaşabilecek işlemlerin olumsuz etkilerinin genel olarak yüksek

fiyat olarak nitelendirildiği belirtilmiştir. Bu bakımdan, söz konusu işlemlerin değerlendirilmesine yönelik olarak ne tür parametrelerin göz önüne alındığı Kılavuz'un birçok bölümünde detaylıca anlatılmıştır. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'na zamanında bildirilmeyen işlemlere yönelik olarak, diğer bir ifadeyle, işlemin gerçekleşmesinin üstünden belli bir zaman geçmesinin ardından yapılan incelemelerde dikkate alınacak unsurlara ilişkin yeterli açıklamanın da yapılması önerilmektedir.

7. Paragraf: Birleşmenin rekabet üzerindeki etki değerlendirilmesi yapılırken ilgili pazarlarda birleşme öncesinde gözlemlenen ve birleşme sonrası oluşacağı tahmin edilen rekabet koşullarının kıyaslandığı belirtilmektedir. Ancak bu ve devamında yer verilen açıklamalar, bildirilmeyen işlemler bakımından belirsizlik yaratabilecek niteliktedir. Mevzuatta, bu konuya “*Bildirim yapılmadan gerçekleşen işlemlerde Komisyon, mevcut işlemi söz konusu işlemin yapılmadığı ihtimalde oluşabilecek rekabetçi koşulların ışığında değerlendirecektir*” ifadeleriyle yer vermiştir⁴. Böylelikle, gelecekte ortaya çıkabilecek rekabetçi etkilerin değerlendirilmesinden ziyade, bu değerlendirme geçmişe yönelik piyasa koşulları yönüyle de yapılabilmektedir. Benzer değerlendirmelerin Yatay Kılavuza da eklenebileceği düşünülmektedir.

14. Paragraf: HHI değişim değerlerinin gerek Rekabet Kurulu'nun emsal kararlarında⁵ gerekse Yatay Birleşme Kılavuzu'nda “*delta*” olarak anılması sebebiyle, Taslak Kılavuz'da da bu kısaltmaya yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Ayrıca, Yatay Birleşme Kılavuzu'nun 18 ve 19. dipnotlarındakine benzer örneklere yer vermek suretiyle HHI hesaplamasının ne şekilde yapıldığı ve yorumlandığının somutlaştırılması yararlı olabilecektir.

18. Paragraf: İlgili paragrafın (d). bendinde “*oyunbozan*” teşebbüsten bahsedilmiş olup, gerek literatürde gerekse emsal Rekabet Kurulu kararlarında⁶ “*maverick*” terimine de yer verilmiş olması sebebi ile “*oyunbozan*”ın yanı sıra “*maverick*” teriminin de kullanılması yerinde olabilecektir. Nitekim, “*Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz*” taslağında bu terim kullanılmıştır.

21. Paragraf: Kılavuz'un 21. paragrafında, anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkilerin Kılavuz'un kapsamına girmediği ve tek taraflı etkilerin sadece tek başına hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi durumunu ifade ettiği belirtilmiştir. Bu ifade, aslında yukarıda yer vermiş olduğumuz hakim durum testinin uygulanması zorunluluğunun vurgulanması bakımından da önemlidir.

⁴ European Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, fn.8.

⁵ Rekabet Kurulu'nun 25.08.2011 tarih ve 11-46/1111-384 sayılı, 24.08.2011 tarih ve 11-26/493-150, 19.8.2009 tarih ve 09-36/912-220 sayılı kararları.

⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı, 21.10.2010 tarih ve 10-66/1402-523 sayılı, 08.07.2010 tarih ve 10-49/900-314 sayılı kararları.

Tek taraflı etkilerin “*anlaşmacı olmayan oligopollerdeki tek taraflı etkileri kapsamamakta*” ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, bu hususun ne anlama geldiği konusunda bir izahat yapılmamıştır. Burada kast edilenin; birbirleri üzerinde rekabetçi baskı yaratan ve fakat aralarında bir koordinasyon bulunmayan oligopol piyasa oyuncularını arasında gerçekleşen birleşme sonucunda, hem bu oyuncuların birbirleri üzerinde yarattıkları hem de piyasadaki diğer teşebbüsler üzerindeki rekabetçi baskının ortadan kalkması ve bu yolla rekabetin önemli ölçüde sınırlanması olduğu kanaatindeyiz. Kılavuzun açıklık sağlama fonksiyonunun zedelenmemesi adına bu hususta bir açıklama yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

36. Paragraf: Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi, hakim durum testini yoğunlaşmaların denetimine uygulanacak analiz olarak belirlemiştir. Bu çerçevede, bilindiği üzere, Kanun kapsamında uygulanması gereken analiz, işlem neticesinde hakim durumun ya da hakim durumun güçlendirilmesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Oysa Yatay İşlemler Hakkındaki Kılavuz tek taraflı ve koordine edilmiş etkilere gönderme yaparak etki analizini gündeme getirmektedir.

AB ve ABD’de uygulanan rekabetin önemli ölçüde sınırlanması testi uyarınca, bir işlemin yaratacağı tek taraflı ya da koordine edilmiş etkilere bakılarak ve hakim durum tespiti yapılmaksızın bir işlemi yasaklamak mümkündür. Bu kapsamda, Taslak Kılavuz’da Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca ancak hakim durum tespiti yapıldıktan sonra tek taraflı ve koordine edilmiş etkilerin değerlendirmeye alınabileceğine dair bir açıklama yapılması önerilmektedir.

49. Paragraf: İlgili paragrafta Yatay Birleşmeler Kılavuzu ile paralel bir biçimde, koordinasyonu sürdürülebilir kılan hususun; gelecekte misillemeye maruz kalma kaygısı ve tehditin inandırıcılığından söz edebilmek için ise; eşgüdümünden sapan bir teşebbüsün saptanması halinde ona karşı bir caydırma mekanizması uygulanacağını muhtemel kesinlikte bulunmasının belirtilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar caydırma mekanizmaları olayların çoğunda “*cezalandırma*” olarak anılsa da, bu durum eş güdümünden sapan teşebbüsün her halükarda bireysel bir biçimde cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. Eş güdümünden sapan teşebbüsler tespit edildikçe, bu eşgüdümün zaman içerisinde dağılacağına ilişkin bir beklenti de yeterli bir caydırma mekanizması olabilecektir.

59. Paragraf: İlgili paragrafta, alıcı gücündeki artışın sadece alt pazardaki rekabeti sınırlandırmamasına değil, aynı zamanda toplam çıktıyı da azaltmaması gerektiğine dikkat çekilmesi yararlı olabilecektir. Ayrıca, “*daha düşük fiyatlar*” ile kast edilenin, tüketici yararına daha düşük fiyatlar olduğunun vurgulanmasında da fayda bulunmaktadır.

61. paragraf: İlgili paragrafın son cümlesinde, alıcı gücünün, müşterilerin sağlayıcının sunduğu diğer mal ve hizmetlerin alımını sadece durdurduğu değil, ertelediği hallerde de söz konusu olabileceğinin vurgulanması yararlı olacaktır.

65. paragraf: Piyasaya giriş için katlanılacak batık maliyetler arttıkça, girişin başarısız olması halinde maruz kalınacak olan maliyetlerin aynı oranda artacağına ilişkin bir açıklama yapılması önerilmektedir.

68. Paragraf: Küçülme potansiyeline sahip olan piyasaların yanı sıra, olgunlaşmış piyasalar da girişlerin görece karsız olduğu piyasalardır.

69. Paragraf: Giriş yapma ile yapmama arasındaki karlılık farkı birleşme öncesi ne kadar az ise, üretim gereçlerinin yeniden tahsis edilmesi ihtimali de o seviyede artacaktır.

EK-2 YATAY OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA KILAVUZ TASLAĞI:

8. Paragraf: 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2012/3 Sayılı Tebliğ ile, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in, izne tabi birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin 7. maddesi, 1 Şubat 2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile bildirimden istisna tutulmaya ilişkin etkilenen pazar bulunmamasına dair düzenleme yürürlükten kaldırılarak, bildirim eşiklerini aşan her birleşme işleminin bildirilmesi esası benimsenmiştir. Bu sebeple 8. paragrafta aykırı birleşmelerin ancak ortak girişim tesis edildiği hallerde bildirilmesi gerektiğine ilişkin açıklamaların kaldırılması gerekmektedir. Zira, 2010/7 sayılı Tebliğ’in 7. maddesinin yeni hali ile ortada herhangi bir etkilenen pazar bulunmaması; dolayısıyla aykırı bir birleşme söz konusu olsa dahi, eğer eşikler aşılyorsa bildirim mecburiyeti bulunmaktadır.

Kılavuz Taslağı’nda hem yatay hem de yatay olmayan özellikler gösteren birleşmelere ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu’ndan ifade edildiği üzere bazı birleşme işlemleri uygulamada hem yatay hem de yatay olmayan etkiler gösterebilmektedir. Bu durum taraf teşebbüslerin sadece dikey ya da aykırı ilişkiler içerisinde değil, aynı zamanda bazı ilgili pazarlarda aktif veya potansiyel rakip oldukları hallerde söz konusu olur. Örneğin; elektrik ve gaz pazarı gibi bazı pazarlarda alt ve üst pazardaki teşebbüsler birbirlerine aynı zamanda potansiyel rakiplerdir. Bu gibi durumlarda Kurul, birleşmenin dikey ve/veya aykırı, yatay etkilerini her bir Kılavuz özelinde değerlendirebilecektir.

10. Paragraf: Taslak Kılavuz’un 10. paragrafı 3. cümlesinde “piyasalarda hakim durum yaratacak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirecek türdeki birleşmelerin, rekabeti önemli ölçüde azaltma ve bu yolla tüketicileri rekabetin faydalı sonuçlarından mahrum bırakabilme ihtimali taşıdığı” ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu bu ifade ile, daha önce yalnızca hakim durum tespiti özelinde inceleme yapılan birçok kararının aksine, Rekabet Kanunu’nun 7. maddesinde yer alan testin iki aşamalı olduğunu, dolayısıyla hakim durumun tespiti ile birlikte işlemin rekabeti azaltıp azaltmadığının da ayrıca incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu ifadenin Rekabet Kanunu’nun 7. maddesindeki hakim durum testi hakkında belirlilik yaratmak adına çok önemli olduğu düşünülmektedir. Zira kanaatimizce mevcut mevzuat uyarınca, hakim durumda olmak yasaklanmadığı için, birleşme veya devralma yoluyla hakim duruma gelmek veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmek de doğrudan yasaklanmamaktadır. İşlem neticesinde işlem tarafları bir hakim durum yaratıyorlarsa ve bu hakim durum pazardaki rekabeti önemli ölçüde azaltıyorsa işlem, Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca yasaklamaya konu olabilecektir.

Bununla birlikte Taslak Kılavuz'un 10. paragrafın son cümlesinde yer alan “teşebbüslerin birleşmeler yoluyla piyasalarda hâkim durum yaratarak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirerek tüketicileri rekabetin faydalarından mahrum bırakmalarının engellenmesi amaçlanmaktadır” ifadesinin yukarıda yer verdiğimiz görüşlerle ve 10. paragrafın 3. cümlesi ile çeliştiği düşünülmektedir. Nitekim son cümle uyarınca, hakim durum yaratmanın ya da hakim durumu güçlendirmenin, kendiliğinden tüketicileri rekabetin faydalarından mahrum bırakacağı şeklinde yorumlanması mümkündür. Bu kapsamda “teşebbüslerin birleşmeler yoluyla piyasalarda hâkim durum yaratarak veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirerek” ifadelerinden sonra “rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılması halinde” ifadelerine yer verilebileceği önerilmektedir.

13. Paragraf: Taslak Kılavuz'un 13. paragrafında tamamlayıcı ürünlerden bahsedilmiş; fakat tamamlayıcı ürünlerin tanımı yapılmamıştır. Avrupa Birliği'nin bahsi geçen Rehberi'nde yer alan tanımlara benzer şekilde, Taslak Kılavuz'da da tamamlayıcı ürünün kapsamının belirlenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

Ayrıca ilgili paragrafta, dikey bütünleşmenin ürün fiyatını düşürmenin yanı sıra çıktı miktarını artırma yönünde de güdü yaratabileceğinin belirtilmesi faydalı olacaktır.

26. Paragraf: Paragrafta birleşik teşebbüsün her bir pazardaki pazar payının %30'un altında olması halinde, işlemin rekabetçi kaygılar doğurmayabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, neden eşik olarak %30'luk bir pazar payının esas alındığına ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır.

AB Komisyonu tarafından, Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu'nda da %30 eşiği esas alınmış olmakla birlikte, bunun sebebi AB Komisyonu tarafından yürürlüğe konulmuş olan Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'ndeki⁷ eşik sistemidir.

Taslak Kılavuz'da eşik sistemi getirilmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmekle birlikte, eşiğin görece düşük belirlenmesi olumlu etkilerin tam manasıyla uygulamaya geçirilememesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla birebir AB'deki eşikleri benimsemek yerine, önceki uygulamalarına paralel olacak şekilde Türkiye pazarlarının yapısına uygun olarak yüksek eşik belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda, Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe konulmuş olan Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan %40'luk pazar payı eşiği benimsenebilecektir.

39. Paragraf: Bu paragraf kapsamında Yatay Olmayan Birleşme Kılavuzu'nun 38. paragrafı ile paralel bir biçimde, oligopolistik yapıdaki girdi pazarlarından bahsedilmesi mümkündür. Oligopolistik yapıdaki girdi pazarlarında, birleşik teşebbüsün girdiye erişimi sınırlaması, diğer girdi sağlayıcıları üzerinde söz konusu olan rekabetçi baskının azalması sonucunu doğuracaktır. Bu durum sonucunda ise söz konusu sağlayıcılar alt pazarda faaliyet gösteren dikey entegre olmayan rakiplerine uyguladıkları fiyatları

⁷ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (OJ L 336, 29.12.1999).

yükseltebileceklerdir. Sağlayıcıların pazar güçlerindeki bu artış, birleşik teşebbüs ile aralarında ürün farklılaştırma oranı azaldıkça ve üst pazardaki yoğunlaşma arttıkça yükselecektir. Bununla birlikte, bağımsız sağlayıcıların girdi fiyatlarını bu şekilde arttırma çabaları, ürünlerine yönelik olarak alt pazardaki talep azalışı ile birlikte başarısızlığa uğrayacaktır.

57. Paragraf: İlgili paragrafta, üst pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün, alt pazarda kayda değer pazar gücü bulunan bir “teşebbüs” ile birleşmesi yerine, “müşteri” ile birleşmesi ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır.