

2010/4 SAYILI REKABET KURULU'NDAN İZİN ALINMASI GEREKEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR HAKKINDA TEBLİĞİN UYGULAMAYA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

I. GİRİŞ

Rekabet Kurumu'nun kuruluşundan kısa bir süre sonra çıkardığı, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") 7. maddesi kapsamında birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanması için Rekabet Kurulu'na başvurularak izin alınması hususunu düzenleyen 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ("1997/1 Sayılı Tebliğ"), 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ("2010/4 Sayılı Tebliğ") ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2010/4 Sayılı Tebliğ, aşağıda incelenecek olan yenilikleri ve 1997/1 Sayılı Tebliğ'den farkları nedeniyle, birleşme ve devralmaların Rekabet Kurulu'na bildirimini uygulamasında gerek hukukçuları gerekse şirketleri ilgilendirecek değişikliklere yol açmıştır.

Bu yazıda, iki tebliğ arasındaki uygulamada önem arz edeceği düşünülen farklılıklara, yeni tebliğ ile getirilen yeniliklere ve bunların gerçekleşen ve gerçekleşmesi muhtemel olan sonuçlarına değinilecektir.

II. TÜRK REKABET HUKUKU KAPSAMINDA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

RKHK'nın 7. maddesine göre, "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır*" (vurgu bizdendir).

Yine RKHK'nın 10. maddesi uyarınca, RKHK'nın 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralmaların izin alınması için Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, söz konusu birleşme ve devralmalar bir ön denetime (*ex ante*) tabi tutulmaktadır. Rekabet Kurulu yapılan bildirim takiben yürüteceği ön inceleme sonucunda, ilgili işleme izin verilmesi ya da nihai inceleme başlatılmasına karar verir. Nihai inceleme yapılmasına karar verildiği hallerde Rekabet Kurulu, yapılan inceleme sonunda ilgili işleme izin verilmesine ya

da verilmemesine karar verebileceği gibi, şartlı izin de verebilir.

RKHK'nın 11. maddesi, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Rekabet Kurulu'na bildirilmemiş olduğu halleri düzenlemektedir. Böyle bir durumda Rekabet Kurulu, kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alabilir ve inceleme sonucunda;

a) Birleşme veya devralmanın 7. madde kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir; ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.

b) Birleşme veya devralmanın 7. madde kapsamına girdiğine karar vermesi halinde, para cezası ile birlikte birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Rekabet Kurulu tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Rekabet Kurulu'na 7. madde kapsamına giren bir birleşme veya devralma işlemi için bildirim yapılmamış olması, işlemin hukuki geçerliliğini etkileyeceğinden, her ne kadar RKHK'nın 2. maddesi kapsamında Rekabet Kurumu'nun yetki alanı Türkiye ile sınırlandırılmış olsa da, yalnızca Türkiye ile sınırlı olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde global

kapanışın yapılabilmesi için de Rekabet Kurulu'na yapılan bildirim sonucunun beklenmesi gerekmektedir.

III. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ'İN 1997/1 SAYILI TEBLİĞ'DEN AYRILAN ÖZELLİKLERİ İLE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

1. "Kontrolde Kalıcı Değişiklik" Meydana Getiren İşlemler Bildirime Tabidir

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde birleşme veya devralma sayılan haller belirtilmiştir. Bu madde ile aynı hususu düzenleyen 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesi arasındaki en önemli fark, yeni tebliğ ile birlikte "kontrolde kalıcı değişiklik" kavramının ortaya atılmış olmasıdır. Bu doğrultuda, yeni tebliğ kapsamında, 5. maddede sayılan işlemlerden ancak "kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde" olan işlemlerin tebliğ kapsamında bildirim tabi birleşme veya devralma sayılacağı düzenlenmiştir.

Bu kavramdan kasıt, geçici bir süre için yapılan işlemlerden dolayı Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunma yükümlülüğünün doğmasını engellemektir. Örneğin, bir şirket hisselerinin nihai devralana ulaşmadan önce başka bir şirkette "konaklaması" işlemi ile ilgili olarak kontrolde kalıcı değişiklik meydana geleceğinden bahsedilemeyeceğinden, bu düzenlemeden hareketle Rekabet Kurulu'na bildirim yapılması gerekmeyecektir.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu kararlarının incelenmesinden, "kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirme" kavramının Rekabet Kurulu'nca farklı şekillerde yorumlandığı ortaya

çıkılmaktadır. Rekabet Kurulu kararlarında, teşebbüslerin işletilebilir malvarlığı devrine ilişkin belirli bir süre için akdedilmiş olan sözleşmelerin bazı durumlarda kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, 2010/4 Sayılı Tebliğ’de yer alan bildirim eşiklerinin aşıldığı ve kira sözleşmeleri de dahil olmak üzere işletilebilir malvarlığı devrine ilişkin sözleşmelerin söz konusu olduğu hallerde, bu işlemlerin Rekabet Kurumu’na bildirilmesi daha güvenli bir yöntem olacaktır.

2. Kısa Bildirim Yapma İmkânı Getirilmiştir

1997/1 Sayılı Tebliğ’den farklı olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ’in ekinde yer alan örnek bildirim formunda, rekabet hukuku yönünden sakınca doğurması mümkün olmayan işlemlerde bildirim formunun belirli bölümlerinin doldurulması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, (i) işlem taraflarından birinin ortak kontrole sahip olduğu bir teşebbüsün tam kontrolünü elde etmesi veya (ii) Türkiye ve ilgili coğrafi pazarlar açısından herhangi bir etkilenen pazarda; yatay ilişkiler için işlem taraflarının pazar payları toplamı yüzde yirmiden, dikey ilişkiler için işlem taraflarından birinin pazar payı yüzde yirmi beşten az olması hallerinde, söz konusu etkilenen pazar için, bildirim formunun 6 (etkilenen pazarlara ilişkin bilgiler), 7 (pazara giriş koşulları ve potansiyel rekabet) ve 8 (etkinlik kazanımları) numaralı maddelerinde istenen bilgilerin verilmesi gerekmemektedir.

3. Yan Sınırlamalara İlişkin Tespit Taraflara Birakılmıştır

Yan sınırlamalar, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin

uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar olarak tanımlanmaktadır¹. Örneğin, alıcıya belirli bir süreliğine getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, ayartmama yükümlülüğü ve gizlilik yükümlülüğü, ilgili işlemin uygulanabilmesi ve etkinliklerin sağlanabilmesi için gerekli bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmektedir.

1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında, yan sınırlamalara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, bunların ilişkili oldukları işlemin bildirilebilir olup olmadığına göre bildirim tabii olup olmayacağına karar verilmekteydi².

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 13. maddesi ile, 1997/1 Sayılı Tebliğ’den farklı bir uygulama öngörülerek, birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsadığı ve birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşp aşamadığının tespitinin işlem taraflarınca yapılmasının esas olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Rekabet Kurulu’nun yoğunlaşmalara yönelik kararlarında yan sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yapmamış olduğu durumlarda da, ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı prensibi kabul ve ilan edilmiş olmaktadır³.

¹ Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, paragraf (45).

² Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 1/2002, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Ercüment Erdem.

³ Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, paragraf (42)-(43).

4. Etkilenen Pazarın Bulunmadığı İşlemlerde Bildirim Zorunluluğu Kaldırılmıştır

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmemektedir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan bildirim formunda, "etkilenen pazarlar", tarafların dikey veya yatay olarak faaliyetlerinin kesiştiği bir ürün (veya hizmet) pazarı olarak tanımlanmıştır⁴. Bu doğrultuda, ortak girişimler dışında, işleme taraf teşebbüslerin faaliyette buldukları ürün (veya hizmet) pazarları arasında örtüşme (*overlap*) mevcut ise; bir başka deyişle, taraflardan birinin Türkiye'de faaliyeti olması şartıyla, işleme taraf teşebbüsler aynı pazarda faaliyet gösteriyorlarsa ya da tarafların faaliyetleri arasında tedarik ya da dağıtım ilişkisi bulunuyorsa, "etkilenen pazar" bulunduğu gerekçesiyle söz konusu işlemin Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerekecektir.

5. Pazar Payı Esaslı Bildirim Eşiği Kaldırılmış, Ciro Esaslı Bildirim Eşiğinde Değişiklik Yapılmıştır

1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde; birleşme veya devralmayı gerçekleştiren

⁴ "Bildirim konusu işlemden etkilenme ihtimali olan ve (a) Taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu (yatay ilişki), (b) Taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu (dikey ilişki) ilgili ürün pazarları, etkilenen pazarları oluşturmaktadır.", 2010/4 Sayılı Tebliğ Eki Bildirim Formu, Bölüm 5, Etkilenen Pazarlar.

teşebbüslerin, bu birleşme veya devralma sonucunda, ülkenin tamamında veya bir bölümünde, ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde, Rekabet Kurulu'ndan izin almalarının zorunlu olduğu düzenlenmekteydi.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile pazar payı bildirim eşikleri kaldırılarak, bildirim eşiği sadece ciro bazında düzenlenmiştir. Buna göre, bildirilmesi zorunlu olan birleşme veya devralma işlemleri aşağıdaki gibidir:

a) İşlem taraflarının Türkiye cirolarının toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi aştığı işlemler veya

b) İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi aştığı işlemler.

Bu maddede geçen "ciro" kavramı, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8/6. maddesinde, "*tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yıl sonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan net satışlar*" şeklinde tanımlanmıştır.

Yeni tebliğ kapsamında yapılan bu değişiklikler çerçevesinde, bir işlemin bildirim tabi olup olmadığının tespitinde artık ilgili ürün pazarı tanımı yapılması gerekmeyecektir. Zira ilgili ürün pazarı tanımını gerekli kılan pazar payı esaslı eşik kaldırılmıştır; ciro esaslı eşikte ise tarafların ilgili ürün pazarında elde

ettikleri ciro değil, Türkiye ciroları ile dünya ciroları dikkate alınmaktadır⁵.

6. İşlem Kapanış Tarihi Kontrolün Değiştığı Tarih Olarak Belirlenmiştir

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 10. maddesinde, birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme (kapanış) tarihinin, kontrolün değiştiği tarih olduğu belirtilmiştir.

7. Bildirilen İşlemler Rekabet Kurumu'nun İnternet Sitesinde Yayınlanmaktadır

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 12. maddesi uyarınca, Rekabet Kurumu kendisine bildirilen birleşme ve devralmaları, ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını da içerecek şekilde internet sitesinde duyurmaktadır. Bu nedenle, bildirilen işlemlerin gizli tutulması söz konusu olmamaktadır.

8. Bildirim Formuna Sözleşmenin Nihai Halinin Eklenmesi Zorunluluğu Kaldırılmıştır

1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında, bildirim formunun ekine, bildirim konu olan ve birleşme veya devralmayı düzenleyen anlaşmanın ya da kararın nihai halinin bir kopyasının eklenmesi gerekirken, 2010/4 Sayılı Tebliğ'de ilgili anlaşmanın nihai veya mevcut halinin bir kopyasının eklenmesinin yeterli olacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenleme, tarafların bildirim konu olabilecek işleme ilişkin sözleşmeyi

⁵ International Law Office, "New merger control regime introduced", Gönenç Gürkaynak, 14.10.2011, <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/Detail.aspx?g=cf4a68ec-4ac3-484d-9281-860728fbf699#tran>

imzalamadan önce başvuruda bulunmalarına izin verdiği için, uygulamada rahatlık sağlamaktadır.

IV. DEĞERLENDİRME

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ, pazar payı eşliğini kaldırmış ve ortak girişimlere ilişkin işlemler haricinde taraflar arasında etkilenen pazarın bulunmadığı hallerde bildirim zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Her ne kadar ilk bakışta birleşme ve devralma denetimine ilişkin getirilmiş olan bu yeniliklerin Rekabet Kurumu'na yapılan bildirim sayısında azalmaya yol açacağı düşünülebilirse de, çeşitli faktörler nedeniyle uygulama bu şekilde olmamıştır.

Öncelikle, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile tanıtılan yeni ciro eşikleri, Türkiye'deki pazarları önemli ölçüde etkilemeyecek uluslararası birçok işlemin Rekabet Kurumu'na bildirilmesini gerektirmektedir. Zira özellikle birden çok farklı sektörde faaliyet gösteren, yatırım amacıyla iştirak sahibi olan ve bu nedenle geniş bir faaliyet alanına sahip olan yatırım fonlarını da kapsayan işlem taraflarından herhangi birinin dünya cirosunun 500 milyon TL, diğer taraflardan birinin de Türkiye cirosunun 5 milyon TL olması, uygulamada sıkça karşılaşılabilecek ve aslında pek de düşük olmayan bir eşiktir. Pazar payı eşliğinin kaldırılması nedeniyle düşmesi beklenen bildirim sayısı, yeni ciro eşikleriyle adeta geri kazanılmış olmaktadır.

Nitekim Rekabet Kurumu'nun internet sitesinde yayınlanmış olan 2011 Ocak-Ağustos Dönemi Birleşme-Devralma Kararlarına İlişkin Açıklama'da⁶ da bu

⁶ "2011 Ocak-Ağustos Dönemi Birleşme-Devralma Kararlarına İlişkin Açıklama",

dönem içerisinde karara bağlanmış olan 163 birleşme/devralma işleminden 67'sinin (%41) yabancı teşebbüsler arasında gerçekleşen ancak Türkiye'de faaliyetlerinin olması ya da işlemin Türkiye'de bulunan mal ve hizmet piyasalarına da etkisinin olması nedeniyle bildirilmiş ve karara bağlanmış olduğu görülmektedir. Karara bağlanan işlemlerin çoğunluğu, 70 adet (%43) yerli ve yabancı taraflar arasında gerçekleşmiş olan işlemlerden oluşmakta; kalan 26 adeti ise (%16) yerli taraflar arasında gerçekleşmiş olan işlemlerden oluşmaktadır.

Bunun yanı sıra, Rekabet Kurumu'nun aynı açıklamasında, 2011 yılında genel olarak karara bağlanan işlem sayısında 2009 ile 2010 yıllarına nazaran artış olduğu görülmektedir. 2011 yılında Ağustos ayı sonuna kadar karara bağlanan birleşme-devralma işlemi sayısı, 2009 yılının tamamında karara bağlanan işlem sayısından daha yüksektir.

Rekabet Kurumu'nun açıklamasında da belirtildiği gibi, gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ'in uygulanmasına ilişkin tereddütlerin gerekse tarafların dünya cirosunun 500 milyon TL'yi aştığı işlemlerde Türkiye'de 5 milyon TL ciro elde edilmiş olmasının bildirim için yeterli görülmesi hususlarının, Rekabet Kurumu'na bildirilen birleşme-devralma işlem sayısının artışında etkili olduğu söylenebilir.

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Basin/B%C4%B0RLE%C5%9EME-DEVVALMA-WEB-1.pdf>

Av. Şeyma İnal
Partner
E-mail: seyma@inal-law.com

Av. Pınar Kara
Associate
E-mail: pinar@inal-law.com

Av. M. Can Güray
Associate
E-mail: can@inal-law.com

* Yukarıda yapılan açıklamalar 2010/4 Sayılı Tebliğ ile ilgili kısa bir bilgi vermeyi amaçlamaktadır. Bu bilgi notu yasal bir doküman olmayıp, herhangi bir şekilde hukuki görüş içermemektedir ve hukuki tavsiye niteliği taşımamaktadır. Konuya ilişkin daha detaylı açıklama talep etmeniz halinde bizimle temasa geçmenizi rica ederiz.