

ANADOLU ENDÜSTRİ HOLDİNG
– MİGROS KARARI IŞIĞINDA,
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
TAAHHÜT SİSTEMİ UYGULAMASI
ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Av. Filiz TOPRAK ESİN*

Nehir AYDENİZ

* İstanbul Barosu.

I. GİRİŞ

Rekabet Kurulu, 9 Temmuz 2015 tarihinde Anadolu Endüstri Holding'in ("AEH") Moonlight Capital'in hisselerini devralmak suretiyle Migros Ticaret AŞ ("Migros") üzerindeki tam kontrolü ele geçirmesine konu işleme AEH'nin sunduğu bir taahhüt paketi sonrasında izin vermiştir. Bu devralma işleminin Türk rekabet hukukunda taahhüt paketi uygulamalarının şekillenmesinde katkısı büyük olacaktır.

Birleşme ve devralmalara ilişkin özel düzenlemeler rekabet hukukunu uygulayan hemen her sistemde mevcuttur. Bunun sebebi, aynı pazarda veya alt ve üst pazarlarda rekabet halinde olan iki teşebbüsün birleşmelerinin rekabet açısından kısıtlayıcı etki yaratabilecek olmasıdır. Bu düzenlemeler genellikle belirli birleşme ve devralmalara ("yoğunlaşmalar") belirli ciro sınırlamaları getirilmesi, bu ciro eşiklerinin üzerine çıkıldığı halde birleşmenin bildirilmesi gerekmesi yönündedir. Ancak bir yoğunlaşma her pazarda her zaman olumsuz sonuçlar doğurmaz. Bazen işleme izin verebilmek için alternatif çözüm yöntemleri aranmalıdır. Bu çalışmada inceleme altına alacağımız alternatif çözüm yöntemi yoğunlaşmalarda bildirim yapan tarafın işleme izin verilmesi için özel olarak verdiği taahhütler olacaktır.

Taahhütler yapısal ve davranışsal taahhütler olmak üzere ikiye ayrılabilir. Yapısal taahhütler yapının değişmesinden, yani birleşmenin özünden kaynaklanan değişiklikleri gidermekte en etkili türdür. Davranışsal taahhütler ise teşebbüslerin pazardaki davranışlarını düzenlemeye yöneliktir. Davranışsal çözümlerin maliyeti daha yüksek olmakla birlikte, dikey birleşmelerde daha etkili olmaları nedeniyle (çünkü bu yoğunlaşmalardaki rekabet endişesi teşebbüslerin davranışına yöneliktir) daha sık tercih edilebilirler, zira dikey yoğunlaşmalarda davranışsal çözümlerin esnekliği ve değiştirilebilirliği büyük avantajdır.^[1]

Bu bağlamda ilk önce taahhütlerin Rekabet Kurulu nezdinde şimdiye kadar olan uygulamasına bakılacak, daha sonra Rekabet Kurulu tarafından belirli taahhütlerle AEH'nin Moonlight Capital'in hisselerini devralması işlemine izin verdiği karar^[2] taahhüt uygulamaları bakımından kapsamlı olarak tartışılacaktır. Son olarak, yine bu kararda görülen taahhütlere yönelik uygulamalar göz önünde bulundurularak, Türkiye'deki yaklaşım öncelikle Avrupa Birliği

[1] Nazlı Varol, "Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözüm ve Taahhütler", 2009 Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, sf. 4.

[2] 9.07.2015 tarih, 15-29/420-117 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

Komisyon ve Adalet Divanı uygulamaları ışığında, daha sonra da ülkemizdeki yeni Kanun Tasarısı^[3] ışığında değerlendirilecektir.

Bu noktada belirtmek isteriz ki huzurdaki tartışmamız yalnızca dikey yoğunlaşmaları kapsayacak, yatay yoğunlaşma durumları kapsam dışı bırakılacaktır.

II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT PAKETİ VE BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA UYGULANMASI

Ülkemiz rekabet hukukunda nispeten yeni ve başta Avrupa Birliği (“AB”) ve Amerika rekabet hukuku ve uygulamalarını örnek almakta olduğu için, özellikle taahhütlerle çözüm getirilmesi hususu bakımından henüz tam olarak oturmamış bir sistem olduğu söylenebilir. Bundan kasıt, ülkemizdeki ilk uygulamaların AB ve ABD’deki kadar etraflıca düşünülmüş olmamasıdır. Buna, *Syngenta*^[4] kararı örnek verilebilir^[5]. Bu kararın değerlendirilmesine göre hem Amerika, hem AB, hem de Türkiye’de Syngenta’nın Advanta’nın ayçiçeği pazarındaki işlerini devralması işlemine yapıcı bir takım taahhütlerle (ayrıştırma taahhütleri) izin verilmiş, ancak Türkiye’de Rekabet Kurulu tarafından onaylanan taahhüt paketinde bir süre sınırlaması öngörülmemiş, bu eksiklik dikkat çekmiştir.^[6] Bu eksiklik her taahhüt paketinde aynı şekilde ortaya çıkmamaktadır, ancak *Syngenta* kararı, üç hukuk sisteminde de bulunduğu için aydınlatıcı bir karşılaştırma fırsatı doğurmuştur.

Rekabet Kurulu’nun taahhütlere ilişkin kararlarında zaman ilerledikçe gözle görülür bir değişim vardır. Buna bir örnek de davranışsal taahhütlerin denetimi hakkındadır. Davranışsal taahhütler ile bir işleme izin verildiği zaman bunun mutlaka denetlenmesi gerekir ve bu denetlemeye de sistematik olarak, tarafsızca yaklaşılması gerektiğinin altı çizilmelidir. Kurul’un getirdiği ilk davranışsal çözümlerde bu denetim sisteminden hiç bahsedilmese de^[7] daha sonra denetim sistemi ve denetleyici uzmana ilişkin kararlar görülmeye başlamıştır^[8].

Davranışsal çözümlerde, AB ve Amerika’daki uygulamaların bir yansıması olarak “şartlar” ve “yükümlülükler” olarak iki ayrı taahhüt şekli görülmektedir.

[3] Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı.

[4] 24.07.2004 tarih, 04-49/673-71 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

[5] Nazlı Varol, n.2.

[6] *Ibid*, sf. 81.

[7] 28.05.1998 tarih, 67/517-84 sayılı Rekabet Kurulu kararı (*Trakmak Traktör*).

[8] 08.09.2005 tarih, 05-55/836-228 sayılı Kurul kararı (*Gilette*), 07.02.2008 tarih, 08-12/130-46 sayılı Kurul kararı (*GıdaSa*).

Şartlar yerine getirilmediğinde işleme hiç izin verilmemiş sayılabilirken, yükümlülükler yerine getirilmediğinde genel olarak uygulama para cezası veya soruşturmanın devam etmesi şeklinde olabilir. Denetim sistemi ve denetleyici uzmana yönelik taahhütlerin aslında yükümlülük niteliğinde olması beklenir, nitekim aşağıda görüleceği üzere Anadolu Grubu'nun Migros'u devralmasına izin verildiğinde de bu hükümler yükümlülük şeklinde ele alınmıştır. Gerçekten de, Rekabet Kurulu *GıdaSa* (2008) kararında denetleyici uzman ve ayırıştırma uzmanı atanmasına ilişkin hükümlerin şart niteliğinde olmasını ararken bundan 7 yıl sonraki Anadolu Grubu kararında ise bu taahhütler yükümlülük şeklini almış olmasıdır. Denetime ve yürütmeye dair maddelerin şart niteliğinde olması, en ufak bir aksamada dahi tüm işleme hiç izin verilmemiş sayılması gibi orantısız bir sonuç doğurabilirdi.

1998 *Trakmak Traktör* kararında denetime ilişkin hükmün bulunmadığı, bundan 10 yıl sonra *GıdaSa* kararında denetimin şart olarak da olsa ortaya çıkmış olduğu, bundan da 7 yıl sonra Anadolu Grubu kararında denetimin yükümlülük halini aldığı göz önünde bulundurulduğunda, Türk rekabet hukukunda taahhüt paketi uygulamasının doğrusal bir gelişim gösterdiği düşünülebilir. Uygulamanın AB'ye yaklaştığına ilişkin değerlendirmeye, aşağıda III. Bölümde etraflıca yer verilecektir.

Taahhüt paketlerinin aldığı şekil haricinde, Rekabet Kurulu'nun yakın tarihli kararlarında farklı analiz yöntemleri uyguladığı, karar anlatış şekilleri ve araştırmanın ve soruşturmanın derinliğinde de farklılıklar olduğu görülmektedir. Örneğin, 2014 tarihli *Opet THY* kararında Kurul'un analizi daha kısıtlı kalmış, ayrıca yalnızca bildirim konu teşebbüsün görüşü alınmıştır^[9]. Buna karşılık aşağıda tartışacağımız üzere, AEH kararında taahhütlerin ilk haline yer verilmemekle birlikte, analizin en başında birçok rakip ve söz konusu teşebbüsten görüş alınması, teşebbüsün yazılı savunmasına yer verilmesi, daha sonra (anlaşıldığı üzere) taahhütlerin geçtiği evrelerin sonucu olarak önerilen ve kabul gören taahhütlere yer verilmesi, taahhütler hakkında da rakiplerden görüş alınmış olması dikkat çeken farklılardır.

III. ANADOLU GRUBU'NUN MİGROS'U NİHAİ OLARAK DEVRALMASI İŞLEMİNE DAİR KARAR

Dosyanın geçtiği evrelerden anlaşıldığı kadarıyla, AEH'nin bildirimi üzerine bir rakip tarafından Rekabet Kurulu'na şikâyette bulunulmuş, dosya Kurul ve AEH arasında gidip gelmiş ve en nihayetinde AEH tarafından bir taahhüt paketi

[9] 16.07.2014 tarih, 14-24/482-213 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

sunulmuştur. Taahhüt paketinin dosya evreleriyle birlikte değişime uğradığı gerek medyaya yansıyan haberlerden gerekse kararın kendisinden anlaşılma ile birlikte, kararda yalnızca taahhüt paketinin nihai kabul gören haline yer verilmiştir. Asıl konumuz taahhüt paketidir, ancak kararda Rekabet Kurulu'nun izlediği analiz yöntemine ve şekline yer vermekte fayda görmekteyiz.

1) Devralma Analizi

Devralma işleminin gerçekleşmesini takiben 3 yıl boyunca AEH'nin Moonlight Capital ile ortak kontrolde kalacak olmasına rağmen, devralma işleminin nihai amacının tam kontrol değişikliği ve AEH'in Migros üzerinde tek kontrol sağlaması olduğu açıkça görülmektedir^[10]. Kurul, öncelikle işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Kanun") 7. maddesi kapsamında bir devralma olduğu hakkında şüphe olmadığına değindikten sonra, devralma işleminde gerçekleşecek olan kontrol değişikliğinin nihai olduğu sonucuna varmıştır. Devralma sayılması ve ciro eşiklerinin aşılması, işlemi doğrudan 2010/4 Sayılı Rekabet Kurumundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara İlişkin Tebliğ ("**Tebliğ**") kapsamına sokmaktadır.

Söz konusu yoğunlaşma işleminin rekabeti kısıtlayıcı etkisini analizden önce yatay ve dikey boyutları araştırılmıştır. Yatay boyutuna ilişkin olarak Kurul'un daha önce Anadolu Efes'in *Ekomini* satış noktalarına ilişkin verdiği kararlar^[11] gündeme gelmiş ancak bunların pazar payının çok düşük olması sebebiyle işlemin yatay boyutu üzerinde durulmamıştır. Bu durumda, işlemin dikey boyutunun kapsamlı analizine geçilmiştir.

Kurul, Migros'un devralınmasına ilişkin analizinde Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'dan ("Kılavuz") yararlanmıştır. Öncelikle Kılavuz'da değinilen alt pazar ve üst pazar ayrımı yapılmış ve Migros ürün zincirinde nihai tüketicilere en yakın olan teşebbüs olarak alt pazarda, Migros'a ürün tedarik eden diğer AEH şirketleri^[12] ise üst pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler olarak tanımlanmıştır. Kurul bu çerçevede, Kılavuz'da yer verilen, dikey anlaşmalarda oluşan rekabet endişelerine paralel olarak girdi ve müşteri kısıtlaması olasılıklarını ilgili pazarların özelinde değerlendirmiştir.

[10] Bu hususta Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'a ve Avrupa Komisyonu'nun *IV/M.425 - BS/BT* ve *IV/M.975 Albacom* kararlarına atıf yapılmıştır.

[11] 23.05.2012 tarih, 12-27/795-223 sayılı; ve 09.10.2013 tarih ve 13-57/802-341 sayılı Kurul kararları.

[12] Ana Gıda İhtiyaç, Anadolu Efes, CocaCola.

Bu değerlendirmeleri takiben ise aşağıda açıklayacağımız üzere taahhüt paketine geçilmiş, rakiplerin ve Kurul'un taahhüt paketine ilişkin değerlendirmelerine yer verilmiştir. Genel olarak değerlendirmeyi yaparken Kurul, söz konusu pazarda AEH grup şirketinin hâkim durumda olup olmadığı yanı sıra, aynı pazarda Migros'un hakim durumda olup olmadığını incelemiştir. Bunun yanında Kurul organize kanal ve geleneksel kanal ayırımına giderek^[13], Migros'un da önemli bir bölümünü oluşturduğu organize kanaldan yapılan satışların söz konusu pazardaki payını değerlendirmiştir. Buna göre, organize kanalın ilgili pazardaki payı azsa rekabet endişesi de azalmaktadır, zira diğer satış kanallarındaki satış payının yüksek olmasından dolayı organize pazardaki dışlanmanın yaratacağı etki önemsiz sayılabilecektir. Tüm bu etkenler ve bunların birbiri ile etkileşimi, her pazar özelinde değerlendirilmiştir.

2) Girdi ve Müşteri Kısıtlaması

Girdi kısıtlaması, Kılavuz'da, birleşik teşebbüsün alt pazarda girdilere erişimini kısıtlaması, bununla ilgili olabilecek motivasyonu (güdüsü) ve imkânı ile ilişkilendirilerek tarif edilmiştir. AEH kararına ilişkin olarak bu, üst pazardaki AEH grup şirketleri tarafından, alt pazarda yer alan Migros'un rakiplerinin girdisinin kısıtlanması olarak tanımlanabilir. Kurul bu bağlamda özellikle bira pazarında reklam yasağının olması gibi endişelerden dolayı AEH grup şirketlerinden olan Anadolu Efes'in Migros'un rakiplerine mal tedarik etmeyi reddetmesi durumunda dahi girdi kısıtlamasına çok dikkat çekmemiştir. Nitekim Migros gibi organize perakendecilerin bira hariç birçok ürün sunduğu ve bira satışının bu zincir marketlerde çok küçük bir yüzdeye sahip olduğu düşünüldüğünde, Anadolu Efes'in rakip zincirlerde satılmamasının Migros'a rekabet avantajı sağlamayacağı tespit edilmiştir.

Müşteri kısıtlaması ise bu karar özelinde daha baskın bir endişedir. Müşteri kısıtlaması, alt pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün yalnızca üst pazardaki kendi grup şirketlerinden ürün alarak veya bazı rakipleri özel olarak dışlayarak, diğer üst pazar oyuncularının nihai tüketiciye ulaşımını kısıtlaması ihtimali, bununla ilgili olabilecek motivasyonu ve imkanı ile ilgilidir. Her iki kısıtlama durumunda tüketiciler üzerinde oluşabilecek olumsuz etki önem arz etmektedir. Bu bağlamda girdi kısıtlaması değerlendirmesine karşılık, Rekabet Kurulu

[13] Organize kanal genel olarak organize perakendecilik yapılan süpermarketleri kapsıyor; geleneksel kanal ise diğer satış noktalarını kapsıyor. Organize kanal aynı zamanda "ev kanalı" tanımına da girerken, geleneksel kanalın yalnızca bir kısmı ev kanalına giriyor. Bu tanımlar, hâkim durum değerlendirmesinde önem taşımıştır, örneğin zeytinyağı pazarında organize kanalın payı çok az olduğu için rekabet endişesi olmadığı belirtilmiştir.

müşteri kısıtlamasına daha kapsamlı olarak yer vermiştir. Aşağıda müşteri kısıtlamasına ilişkin analiz, kararda olduğu gibi ilgili ürün pazarları kapsamında değerlendirilmiştir.

a. İlgili Pazarlar

Kararın en başlarında yer verilen ve özellikle dikkat çeken ilk husus, aralarında AEH ve rakiplerinin de bulunduğu birçok teşebbüsten söz konusu yoğunlaşma işlemi hakkında görüş alınmasıdır. Kabul edilen taahhüt paketinde özellikle rakiplerin endişelerinin yansımaları görülmektedir. Bazı görüş bildiren rakiplerin isimlerinin ticari sır olarak gizli tutulmasının yanında birçok teşebbüsler isimlerini gizli tutmamıştır, örneğin rakip PepsiCo'nun, kola pazarına özel konuşarak pazar özelindeki değerlendirmeye yön verdiği kararda da açıkça görülmektedir.

Birçok farklı üst pazarda farklı güçlü rakiplerin olması ve bu rakiplerin faaliyet gösterdikleri pazarlara özel endişeler belirtmesi, Rekabet Kurulu'nun farklı pazarları ayrı ele almasına izin vermiştir. Bu doğrultuda Rekabet Kurulu yoğunlaşma işleminin rekabet endişesi yaratabileceği ilgili pazarları şöyle sıralamıştır: bira pazarı, kolalı içecek pazarı, sade gazoz pazarı, aromalı gazoz pazarı, paketlenmiş su pazarı, meyve suyu pazarı, buzlu çay pazarı, enerji içeceği pazarı, sporcu içeceği pazarı, zeytinyağı pazarı, kırtasiye malzemeleri pazarı, yaş sebze meyve pazarı, Hızlı Tüketici Malları (HTM) toptan pazarı ve HTM organize perakendeciliği pazarı. Anılan pazarların tümü kapsamlı bir incelemeye tabi tutulmamıştır ancak bu pazarlar arasında özellikle kolalı içecek, zeytinyağı ve bira pazarlarına ilişkin inceleme diğerlerine nazaran daha kapsamlıdır ve söz konusu kararın gidişatı bakımından dikkat çekmektedir.

Kararda kapsamlı bir ekonomik analiz yapıldığı görülmekle birlikte, bu ekonomik analizin, belli teşebbüslerin belirli pazarlardaki payları dâhil olmak üzere önemli bir kısmı ticari sır olarak gizli tutulmuştur. Bu nedenle, okuyucu ekonomik analizin kapsamına dair bir bilgi edinememektedir ancak her halde kapsamlı bir analize yer verildiği görülmektedir. Gerek hukuki gerekse ekonomik boyutu bakımından incelenen başlıca pazarlar olan kolalı içecek ve bira pazarlarına ilişkin analizi ayrıca değerlendirmekte fayda görmekteyiz.

i) Kolalı İçecek Pazarı

Kolalı içecek pazarında PepsiCo'nun görüşlerine değer verildiği görülmektedir. PepsiCo ve AEH grup şirketi olan the CocaCola Company haricinde

Ülker'in de pazarda belli bir payı olduğu görülmüş^[14], dolayısıyla kolalı içecek pazarı duopol bir pazar olarak değerlendirilmemiştir. Kolalı içecek pazarındaki geleneksel kanalın, yani organize perakende pazarın haricindeki satış kanalının baskın olmasından dolayı Migros'un PepsiCo'nun satışlarını dışlaması veya zorlaştırmasının rekabeti kısıtlayıcı etkisi nispeten daha az dikkat çekmiştir. Bunda, aşağıda yer verilen bira pazarına ilişkin değerlendirmeden farklı olarak, kolalı içeceklerin reklamının yapılabilmesi ve satışlarda saat kısıtlamasının olmamasının payı olduğu düşünülmektedir. Zira Migros haricinde Migros'un en büyük rakibi olan CarrefourSA'da satışına ek olarak ev ve diğer olmak üzere geleneksel kanalda, örneğin bakkallarda, büfelerde, lokantalarda satışının bu eksiği kapatılabileceği düşünülmüştür. Temel olarak bu nedenlerle Kurul, kolalı içecek pazarı bakımından işleme taahhütler olmaksızın izin verilmesinde sakınca görmemiştir.

ii) Bira Pazarı

Bira pazarının duopol olduğu değerlendirilmiştir. Kolalı içecek pazarına benzer bir değerlendirme yapılmasına rağmen, bira pazarında daha detaylı ekonomik durum analizi yapılması gerekmiştir. Alkollü içeceklerin reklamının yapılmaması ve dolayısıyla Migros gibi perakende satıcılarda rafta görünmenin ve mağaza içi tanıtımın yüksek önem arz etmesi ve alkollü içeceklerin satışının belli bir saatten sonra yasak olması bunun başlıca sebepleri arasındadır. Rekabet Kurulu, AEH grup şirketi olan Efes'in en güçlü rakibi ve pazardaki diğer duopol oyuncu olan Tuborg'un ürünlerinin Migros'tan dışlanması durumunda, Efes'in hâkim durumunun çok güçleneceğini değerlendirmiştir. Bu değerlendirmeye en çok etkisi bulunan durum ise organize perakende mağaza tüketicilerinin davranışdır; bu tüketiciler bir ürünü bulamadığında sırf o ürünü bulmak için mağaza değiştirmemekte, bunun yerine bulabildiği ürünü alarak devam etmektedir. Ayrıca bira pazarına ilişkin değerlendirmede ülkemizde alkollü içecek satan yerlerin gittikçe azalması da rol oynamıştır, zira bu, Migros'tan dışlanma durumunda bu kaybı telafi edecek yerlerin kıyasen çok daha az olduğu anlamına gelmektedir.

Migros'un Efes ile aynı şirket grubuna gireceği hususu düşünüldüğünde en önemli durumun ise Migros'un tüketicileri hakkında Money Club Kart ile CRM verilerine, yani tüketicilerin şahsi davranışlarına ilişkin verilere ulaşabilmesi olduğu görülmektedir. Bira pazarının hâlihazırda giriş engellerinin yüksek olduğu bir pazar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Efes'in AEH grubu aracılığıyla Migros'un tüketiciler hakkında edindiği hassas bilgilere ulaşabilmesi

[14] Pazar payı bilgisi gizli tutulmuştur.

ihtimali ciddi bir rekabet endişesi yaratmaktadır. Tüm bu sebeplerden dolayı da Kurul, bira pazarı söz konusu olduğunda işleme taahhütsüz izin verilemeyeceği kanısına varmıştır.

3. AEH'in Savunması ve Kabul Edilen Taahhüt Paketi

i. AEH'in Yazılı Savunması

AEH rakiplerin beyanlarına karşılık olarak ve Rekabet Kurulu'nun mevcut endişeleri belirtmesine yönelik olarak özetle rakip firmaların beyanlarının tarafsız olmadığını savunmuştur. Ayrıca içinde bulunduğu HTM organize perakendeciliği sektöründe tüketiciye maksimum seçeneğin sunulmasının gerektiğini, seçenek sunmamanın ise kendi zararına olacağını vurgulamıştır. Bunun dışında perakende sektöründe faaliyet gösteren tüm AEH iştiraklerinin ayrı birer kuruluş olduğunu ve koordinasyon riski olmadığını öne sürmüştür.

AEH ayrıca, Rekabet Kurulu'nun kartopu etkisinin oluşacağına dair değerlendirmelerinin verilere dayandırılmadığını ve havada kaldığını iddia etmiştir; bu noktada kararda AEH'in savunmasına dek kartopu etkisinin pek de incelenmediğine değinmekte fayda görmekteyiz. Bira pazarına özel olarak değinerek, Tuborg'un Efes ile ilgili olmayan ticari sebeplerden dolayı Migros'ta satılmadığı dönemde Türkiye genelinde satışlarının arttığını belirterek Tuborg'un dışlanma ihtimalinde zararını telafi edemeyeceği değerlendirmesini doğru bulmadığını ifade etmiştir. Ayrıca AEH, Migros'un devralınması durumuna benzer bir durum arz eden *Yıldız/Şok* kararında taahhüt olmaksızın işleme izin verildiğini söylemiştir.

Bu savunmanın taahhütlere açık bir etkisi görülmemektedir, ancak Kurul bazı noktalara kararda cevap vermiştir.

ii. Taahhüt Paketi

Rekabet Kurulu taahhütlerin ancak ve ancak tüm rekabet endişelerini giderdiği durumda bir yoğunlaşmaya izin verilmesini sağlayabileceğini vurgulamıştır. Yukarıda zaten rekabet endişesinin kayda değer olarak yalnızca bira pazarında görüldüğünü açıklamış idik. Bu sebeple, taahhütlerde yoğun olarak bira pazarına yönelik davranış şartlarının bulunması tesadüf değildir.

Önerilen taahhütler bira kategorisi özelinde, Efes'in tüm rakiplerine ticari bakımdan objektif davranılması, raf paylarının, ürün çeşitliliğinin ve ürün teşhirlerinin devam etmesi ve Efes'in ticari ilişkilerinde AEH'in bir rolü olmaması yönündedir. Ayrıca Migros'un bira kategorisinde akdettiği sözleşmelerin denetçi

uzmana gizlilik şartıyla birlikte sunacak olması öngörülmüş, bu bağlamda denetçi uzmanın Migros'un bira pazarındaki ticari ilişkilerini denetleyecek olması taahhüt edilmiştir.

Özellikle bira pazarında rakip tarafından belirtilen endişeler gözetilerek, Migros'un elde ettiği hassas tüketici bilgilerin Efes ile paylaşılmayacağı taahhüt paketinde yer almaktadır. Bunların hepsinin davranışsal taahhütler arasına girmesi dikkat çekmektedir ancak taahhütler arasında ayrıca Migros'un AEH'ten ayrı yapılması ve aynı yöneticilerin AEH ve Migros operasyonel yönetiminde yer almayacağı şartı görülmektedir.

Son olarak, oldukça uzun kaleme alınmış olan taahhütler arasında, denetçi uzman ile AEH arasında sağlanacak ve akdedilecek olan denetçilik sözleşmesinin bir örneğinin Rekabet Kurulu'na sunulacak olması dikkat çekmektedir ve buna değerlendirmemiz kapsamında ayrıca yer verilecektir. Kurul, taraflar ve uzman arasında akdedilecek olan sözleşmeye "Denetleyici Uzman Anlaşması" adı vermiş ve bu sözleşmede uzmanın görev ve yükümlülüklerine detaylı olarak yer verileceğini açıklamıştır. Bu sözleşme az önce değinildiği üzere Rekabet Kurulu'nun onayından geçecektir.

Rekabet Kurulu'nun taahhüt paketi üzerindeki değerlendirmesi daha çok denetçi uzmanın konumuna ve davranışına yöneliktir. Kurul, tarafların denetçi uzmanla olan talimat içeren her tür iletişimde onayının gerektiğini vurgulamıştır, bu vesileyle Rekabet Kurulu'nun denetçi uzman üzerinde ve taraflar ile olan ilişkisinde denetleyici konumunda olacağı anlaşılmaktadır.

Bunun dışında Kurul yine denetleyecek olan uzmanın bağımsız olmasının yanı sıra ayrıca sözleşmeleri ve pazardaki durumu yorumlayabilecek nitelikte olmasının gerekliliğine değinmiştir.

IV. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT PAKETİ UYGULAMASI

Ülkemiz rekabet hukukunun birebir etkilendiği hukuk sistemi olan AB rekabet hukukundaki uygulamaya bakmak, ülkemizde yoğunlaşmalarda analizin ve taahhüt paketi uygulamasının yıllar içerisinde aldığı veya alacağı şekli anlamak açısından faydalı olabilir. Zira aşağıdaki kısa anlatımdan da hemen çıkarılabileceği üzere AEH kararında Avrupa Komisyonu'nun uygulamalarına yaklaşılmaya başlanmıştır.

Yoğunlaşmaların AB hukukunda ne kadar detaylı düzenlendiği, Avrupa Birliği Birleşmeler Düzenlemesi adı altında bir AB kanunu çıkarılmış olmasından^[15] ve bunun yanında çok sayıda tebliğ, yönetmelik, kılavuz vb. ikincil hukuk düzenlemelerinin^[16] varlığından kolayca anlaşılabilir. Aslında burada en çarpıcı örnek, ülkemizde de eşdeğeri bulunan Dikey Olmayan Birleşmelere İlişkin Tebliğ'in^[17] yanı sıra, yoğunlaşmalarda verilen taahhütlere ve diğer çözümlere özel olarak Komisyon tarafından yayınlanan bildirimdir.^[18] Bu bildirim, taahhütlerin nelere yönelik olması gerektiği, nasıl ideal bir şekilde sunulabileceği ve ideal olarak neleri kapsaması gerektiği, Komisyon'un nasıl bir analiz ile bu taahhütleri değerlendirmesi gerektiği gibi birçok düzenleme içermektedir.

İlk olarak, bildirimde bulunan teşebbüsün önerdiği yoğunlaşma ile ilgili bir ön inceleme yapılmaktadır, bu ön inceleme Komisyon'un bildirimini incelemesine gerek olup olmadığıyla ilgilidir ve yoğunlaşmanın AB boyutu ile ilgili ciro eşiklerine bakılır. Sonrasında ise 1. Faz incelemesine geçilir; bu incelemeyi yapmak için Komisyon'un 25 günü vardır ve bu safhada Komisyon yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerden ve üçüncü kişilerden görüş alır, ayrıca rakip teşebbüslere ve yoğunlaşmanın etkileyeceği müşterilere sorular sorulur ve yoğunlaşma hakkındaki görüşleri alınır. Bu sorular daha çok pazarda rekabetin durumunu ve koşullarını ve yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin pazardaki rolünü anlamaya, bunun yanında da rekabet endişesini ortaya çıkarmaya yöneliktir. AB kaynaklarına göre, bildirimlerin yaklaşık %90'ı, bu oranın çoğuna taahhütler veya başka çözümler olmaksızın izin verilerek bu aşamada sonuçlanır.

Bu aşamada sonuçlanmayan ve rekabet endişesi devam eden yoğunlaşmalar ise 2. Faz değerlendirmeye alınır. Bu aşamada daha derin bir araştırmaya girilmekle birlikte, Komisyon'un bu aşamayı tamamlamak için 90 günü vardır. Yoğunlaşmaların her zaman yalnızca rekabeti kısıtlayıcı etki yaratmayacağı ve bazen rekabete ve tüketiciye katkıda bulunabileceğinden hareketle, bu fazda Komisyon yoğunlaşmanın iddia olunan katkılarını analiz eder. Bu noktada bir denge analizi yapılır, eğer katkılar rekabete olacak olumsuz etkiden daha fazla ise yoğunlaşmaya izin verilmesi yönünde bir görüş oluşur. Bu katkılar

[15] EU Merger Regulation: bağlayıcı kanundur.

[16] Bunlar, rekabet hukukunun asıl uygulayıcısı olan Komisyon'un hukuku nasıl uygulayacağını açıkladığı veya genel olarak CJEU ve kendi içtihadını özetleyerek hukukun uygulanmasını anlattığı "commission notice", "commission guidelines" ve "best practice guidelines" adları altındadır.

[17] Non-Horizontal Merger Guidelines (Yatay Olmayan Birleşmeler Hakkında Kılavuz).

[18] Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation EC No 802/2004, OJ C 267, 22.10.2008.

Komisyon tarafından katı koşullara tabi tutulur ve tüketiciye nihai bir katkı sağlamak zorunludur.

Bunun sonunda Komisyon rekabet endişesinin giderilmediğine ilişkin bir görüş oluşturursa taraflara bir bildirim gönderir.^[19] Bu bildirim rekabet endişesinin giderilmediğini söyler, buna ilişkin Komisyon'un vardığı sonuçları özetler ve taraflar buna cevap sunma hakkına sahiptir. Bunun haricinde, en son aşama olarak taraflar sözlü savunma isteyebilir. 2. Faz incelemesinin sonucunda yoğunlaşmaya koşulsuz izin verilebilir, bir takım taahhütler ile izin verilebilir veya izin verilemeyeceği sonucuna varılabilir.

Burada dikkat çeken hususlardan en önemlisi belki de Komisyon'un inceleme aşamalarının ve sisteminin bu kadar şeffaf ve herkes tarafından ulaşılabilir oluşudur. Buna ek olarak gerek 1. Faz gerekse 2. Faz incelemelerinin sonucunda oluşan kararlar ticari ve hassas bilgiler gizli tutulmak suretiyle yayınlanır. Bu da, kararların takip edilebilirliğini ve anlaşılabilirliğini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır.

Komisyon'un yakın tarihli ve karmaşık ve kapsamlı taahhütler verilmiş olmasına rağmen verdiği ret kararları^[20], yoğunlaşmalara ancak ve ancak tüm rekabet endişelerinin giderilmesinden sonra izin verileceği ilkesinin takip edildiğini ispat etmektedir. Komisyon nezdinde taahhütler göz boyama gibi bir rol edinmemekte, Komisyon taahhütleri detaylı olarak bir ekonomik analizden geçirmekte ve rekabet endişelerini giderip gidermediğini değerlendirmektedir. Buna ilişkin değerlendirme kararların içeriğinden de görülebilir.

V. REKABET KANUNU TASARISI IŞIĞINDA TAAHHÜT PAKETİ

Taahhüt paketlerini değerlendirirken, hâlihazırda Meclis önünde yeni bir Rekabet Kanunu Tasarısı olduğunu da belirtmek gerekir. Bu tasarı mevcut haliyle yasalarsa 4054 Sayılı Kanun'da olandan farklı olarak, taahhütler ile bir işleme izin verilmesine ilişkin başlı başına bir madde yürürlüğe girecektir. Bu madde hem hâkim durum hem de rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin olarak yürütülen soruşturmalar sonucunda verilecek taahhütleri düzenleyecektir, yani aslında yukarıda tartışılan AEH kararından daha geniş bir uygulama alanı bulacaktır.

[19] Statement of objections (SO).

[20] Örneğin ayırıştırma taahhütleri içeren: *Ryanair/Aer Lingus* (Case COMP M.6663) ve *UPS/TNT Express* (Case COMP/M.6570).

Tasarıya göre Kurul, taahhütlerin verilmesinden sonra soruşturulmuş olan durumda bir değişiklik olması, tarafların taahhütlere aykırı davranmaları veya soruşturmanın yanlış veya eksik bilgiye dayanmış olması durumlarında soruşturmaya devam edebilecek veya yeniden soruşturma açabilecektir.

Tasarıda öngörülen uygulamada AEH kararına ters düşen bir husus yoktur. Bu tasarının yürürlüğe girmesi ile daha şekillenmiş bir uygulama beklenebilir. Yine de, yukarıda Avrupa Komisyonu'nun uygulamasını değerlendirdiğimizde gördüğümüz üzere, mevzuatta Kanun'a ek olarak daha detaylı ve yol gösterici düzenlemeler (ikincil mevzuat gibi) olması, daha net inceleme yöntemlerinin oluşması ve daha kestirilebilir sonuçlara varılması açısından önemlidir. Özetle, taahhütlere ilişkin mevcut uygulamayı yazıya döken bir kanun maddesi, hakkında soruşturma açılan taraflara somut hak tanınması bakımından olumlu bir gelişmedir.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

AEH kararı ile yakın tarihli *Opet THY* kararı karşılaştırıldığında, AEH kararında Avrupa'ya daha yakın bir yol izlendiği görülmektedir. Üçüncü kişilere ve rakiplere gerek ilk araştırma evresinde gerekse taahhütlerin kabul görme evresinde söz hakkı tanınmış olması, yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz üzere *Opet THY* kararında görülmeyen bir aşamadır. Buna ek olarak, AEH kararında Komisyon'a benzer şekilde daha detaylı bir ekonomik inceleme yapıldığı da görülmektedir. Ancak bilgilerin çoğu ticari sır nedeniyle gizli tutulduğu için ekonomik analizin detayları anlaşılamamıştır. Oysa bilgilerin şeffaflıkla paylaşılması okuyucunun dosyanın geçtiği evreleri anlaması açısından çok önemlidir. Ayrıca AEH'ye sözlü savunma imkânı tanınmamış olması böylesine kapsamlı bir ekonomik incelemeyi ve tartışmayı gerektiren bir işlemde bir eksiklik olarak değerlendirilebilecektir.

Rekabet Kurulu bir yandan Denetleyici Uzman atanması gibi bir sürecin denetiminde ipleri elinde tutarken öte yandan taahhütleri nasıl ve ne kadar süreyle denetimden geçireceği konusuna kararda net bir şekilde yer vermemiştir. Ancak yine de, bugün gelinen nokta itibarıyla Rekabet Kurulu'nun taahhüt uygulamasında ileriye doğru ciddi bir adım attığı kabul edilmelidir. AB'nin sistematik ve şeffaf uygulamasının izlenmesiyle bugün gelinen noktadan daha ileriye gidilmesi ve mevcut uygulamanın daha da iyileşmesi beklenmektedir.