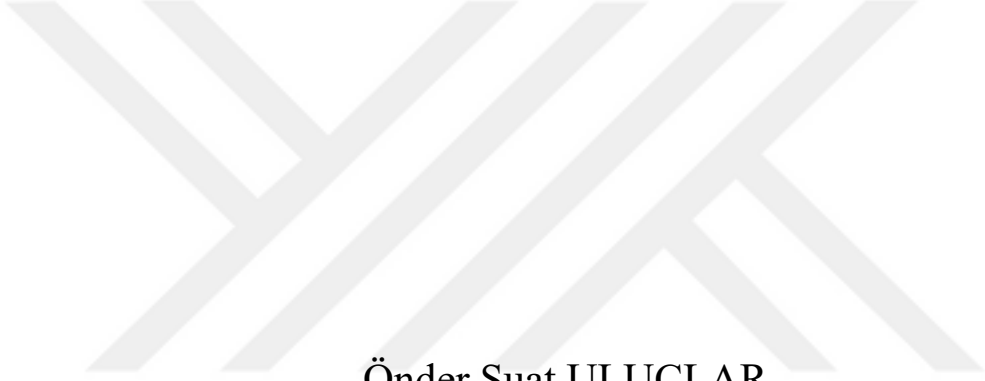


**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRİK REKABET
HUKUKU KAPSAMINDA
TAM İŞLEVSELLİK UNSURU**



Önder Suat ULUÇLAR
113615058

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)**

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
**(İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ)**

2016

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKU KAPSAMINDA
TAM İŞLEVSELLİK UNSURU**

**FULL-FUNCTIONALITY ACCORDING TO EU AND TURKISH
COMPETITION LAW**

Önder Suat ULUÇLAR
113615058

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI :
(İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Pınar ARTIRAN :
(İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Kadir BAŞ :
(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tezin Onaylandığı Tarih : 27.12.2016

Toplam Sayfa Sayısı : 140

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) Tam işlevsellik

1) Full-functionality

2) Ortak girişim

2) Joint venture

3) Rekabet Hukuku

3) Competition Law

4) Tam işlevsel

4) Full-function

5)

5)

ÖZ

Bu çalışmada tam işlevselliğin ne olduğu ve bir ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olması için taşınması gereken unsurlar Türk ve AB hukuku mevzuatı, kararları ve öğretisi ışığında incelenmiştir. Bu kapsamda ortak girişimin bağımsızlığı, denetlenmesi, özerk yapıda olması, yeterli kaynaklara sahip olması, ana teşebbüslerinin belirli bir işlevinin ötesine geçmesi, ortak girişimin kalıcı temelde olması unsurları ile ortak girişimin ana teşebbüsleriyle alım satım ilişkisinin hangi şartlar ve düzeyde olması gerektiği, ortak girişimin başlangıç dönemine özgü olarak tabi olacağı yaklaşım, ortak girişimin faaliyet değişikliği ve tam işlevsel yapıya dönüşmesi olguları alt başlıklar ve çeşitli durumlar özelinde analiz edilmiştir. Ayrıca bu bağlamda tam işlevsellik ve ortak kontrol; ortak kontrol ve ana teşebbüslerin sorumluluk esasları; ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki anlaşmanın tam işlevselliğe etkisi, ortak girişimin oluşturulması kavramı ve tam işlevselliğin aranması gereken haller; ortak girişimlerde koordinasyon ve yoğunlaşma denetimlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak girişimlerin ana teşebbüsleriyle kuracağı alım ve satım ilişkisine dair değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

ABSTRACT

In this study, description of full functionality and the components of full-function joint venture are examined in the light of regulations, decisions and doctrine of Turkish and EU Law

In this context, subject of independence, control, autonomy, having a sufficient resource, exceeding the particular function of its own parents, operating on a lasting basis, commercial relationship between joint venture and its parents, specific approach particular for initial period, changing the activities of joint venture and the transformation to full-function nature are analysed via subtitles and in the context of different situations.

Within this framework, evaluations and proposals are given which related with full functionality and joint control, joint control and liability of parents, effects of agreement between parents and joint venture to full functionality, concept of creating a joint venture and situation requiring full functionality, examination coordination control together with concentration control of joint venture and commercial relationship between joint venture and its parents.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	V
KAYNAKÇA.....	X
MEVZUAT	XVI
TÜRK HUKUK MEVZUATI	XVI
AB HUKUKU MEVZUATI.....	XVII
KARARLAR.....	XX
REKABET KURULU KARARLARI	XX
AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU KARARLARI.....	XXII
AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI	XXVI
§1. Giriş.....	1
§2. Genel olarak	5
I. Ortak girişim kavramı	5
II. Ortak girişimin hukuki niteliği	8
III. Ortak girişim ilişkisi	9
IV. Ortak girişim oluşturulmasının iktisadi sebepleri.....	11
V. Ortak girişim türleri.....	13
§3. Rekabet hukuku kapsamında ortak girişim	15
I. Ortak girişim kavramı	16
II. Ortak girişimlerin rekabet üzerindeki etkileri	19
III. Ortak girişimlerin sınıflandırılması	22
IV. Ortak girişimin bağımsızlığı	24
A- Ortak kontrol unsuru.....	25
B- Ekonomik bütünlük doktrini.....	29
C- Operasyonel bağımsızlık	32
D- Ara sonuç	35
V. Ortak girişimlerin denetlenmesi	37
A- Genel olarak	37
B- Kısmi işlevsel ortak girişimler	40
C- Tam işlevsel ortak girişimler.....	44
1. Yoğunlaşma yönünden.....	44
a) Genel olarak	44

b) Yan sınırlamalar.....	48
2. Koordinasyon Yönünden.....	49
D- Ara sonuç	53
§4. Tam işlevsellik unsurunun incelenmesi	54
I. Giriş	54
II. Ortak girişimin özerk yapıda olması.....	56
A- Yönetimsel olarak.....	56
B- Davranışsal olarak	58
C- Ara sonuç	62
III. Ortak girişimin yeterli kaynaklara sahip olması	62
A- Ortak girişime yeterli kaynakların aktarılması.....	63
1. Maddi mal varlığı değerleri bakımından.....	63
2. Gayri maddi mal varlığı değerleri bakımından değerlendirme	67
3. İş gücü kaynağı bakımından değerlendirme	71
4. Mali kaynak bakımından değerlendirme.....	72
B- Ortak girişimin yeterli kaynağa sahip olduğu varsayılan haller.....	74
1. Kaynakların üçüncü kişilerden sağlanmasının sektör uygulaması olması	74
2. Kaynaklara gelecekte sahip olunmasının muhtemel olması	76
3. Mevcut bir teşebbüsün ortak girişime dönüştürülmesi	78
C- Ara sonuç	79
IV. Ortak girişimin ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesine geçmesi.....	81
A- Genel olarak	82
B- Ortak girişimin belirli bir işlevin ötesine geçtiği varsayılan haller.....	85
1. Ortak girişimin yeni gelişen pazarlarda oluşturulması	85
2. Ortak girişimin yeni ürün üretmesi	86
3. Ortak girişimin ana teşebbüslerinin dağıtım ağını kullanması	87
4. Ana teşebbüsün tekel olması	89
C- Ara sonuç	90
V. Ortak girişimin arz ve tedarik yönünden ana teşebbüslerine bağımlı olmaması..	91
A- Arz ve tedarik ilişkisinin tespiti.....	92
B- Ortak girişimin arz ilişkisinin değerlendirilmesi	96
C- Ortak girişimin tedarik ilişkisinin değerlendirilmesi.....	101
D- Ara sonuç	106

VI.	Başlangıç dönemi	108
A-	Genel olarak	108
B-	İlişkinin mahiyeti	110
C-	Sürenin belirlenmesi	111
D-	Süre sonrası döneme ilişkin değerlendirme.....	112
E-	Ara sonuç	114
VII.	Ortak girişimin kalıcı temelde oluşturulması	115
A-	Ortak girişimin süresiz kurulması	115
B-	Ortak girişimin süreli kurulması	116
1.	Kalıcı değişiklik için sürenin yeterli olması	116
2.	Kalıcı değişiklik için sürenin yetersiz olması	118
C-	Ortak girişim süresinin belirli hallerle sınırlandırılması.....	120
D-	Ortak girişim faaliyetinin belirli bir karara bağlı olması	121
E-	Ara sonuç	121
VIII.	Faaliyet Değişikliği	123
A-	Tam işlevsel ortak girişimin faaliyet alanının genişlemesi	123
B-	Kısmi işlevsel ortak girişimin tam işlevsel olması.....	125
C-	Ara sonuç	128
§5.	Değerlendirme.....	128
I.	Tam işlevsellik ve ortak kontrol	128
II.	Ortak kontrol ve ana teşebbüslerin sorumluluk esası	130
III.	Ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki anlaşmanın tam işlevselliğe etkisi 131	
IV.	Ortak girişimin “oluşturulması” kavramı ve tam işlevselliğin aranması gereken haller 133	
V.	Ortak girişimlerde koordinasyon ve yoğunlaşma denetimlerinin birlikte değerlendirilmesi	136
VI.	Ortak girişimin ana teşebbüsleri ile kuracağı alım ve satım ilişkisine dair değerlendirme.....	138

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AB Yan Sınırlamalar Duyurusu:	Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03- 05.03.2005)
AB Yoğunlaşma Tüzüğü:	Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (139/2004–20.02.2004)
Bnz.	benzer
BK.	Birleşik Krallık
Bkz.	bakınız
Dn.	dipnot
Der.	derleyen
f.	fıkra
Jurisdictional Notice	Commission Consolidated Jurisdictional Notice on the Control of Concentrations between Undertakings (2008/C 95/01- 16.4.2008)
Kılavuz	Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz (16.07.2013) 13-45/RM(9)
Komisyon	Avrupa Komisyonu
Kurul	Rekabet Kurulu
m.	madde
para.	paragraf
RKHK	07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayfa
TBK.	Türk Borçlar Kanunu

TFEU	25.03.1957 tarihli Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Roma Anlaşması/Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union
TTK	13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Yoğunlaşma Tebliği	1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener, Borçlar Hukuk (Özel Borç İlişkileri) Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Fasikül, İstanbul, 1997

ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Private Equity), İstanbul, 2009,

ALTUN, Mücteba, Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi, Ankara, 2012

ASLAN, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama, Mevzuat, 4. Bası, Bursa, 2007

BALTA Zlatan, Application of The Full-Function Criteria to Joint Ventures Under The EU Merger Regulation, 2012

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul, 2012

BAŞ, Kadir, A Critical Approach Towards The Substantive Appraisal Of Joint Ventures Under The EU Merger Control Regime, 2013 (yayımlanmamış doktora tezi)

BENGTSSON Claes /CARPI Josep M. /LORIOT Guillaume /WHELAN Anthony, The Substantive Assessment of Mergers, Part4, EU Competition Law Volume 2, Book 1, Mergers and Acquisitions, 2. Bası (ed: Götz Drauz, Christopher Jones) Deventer/Leuven, 2012

BERLIN Dominique /CALVET Hugues, L'entreprise commune et le contrôle de la concurrence ou l'accessoire commande le principal, LexisNexis, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 47, 1995

BOYCE John /LOUKAS Dimitrios /TUBS Anny, Merger Control, European Community Law of Competition (Derleyen: Peter Roth, Vivien Rose) 6.Bası Bellamy & Child, New York, 2008

BRANDENBURGER Rechel /JANSSENS Thomas, European Merger Control: Do the Checks and Balances Need to Be Re-Set, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy, (Derleyen: Barry E. Hawk) New York, 2002

- BRIGHT Christopher /SCHMIDT John, Joint Ventures and Similar Collaborative Arrangements, European Community Law of Competition (Derleyen: Peter Roth, Vivien Rose) 6.Bası BELLAMY & CHILD, New York, 2008
- BURRICHTER Rochen /CARLTON Rod /MAGER Dr. Thorsten /BYRNE Alison, Joint Ventures in English and German law (Derleyen: Eva Micheler, D. D. Prentice), Oxford, Portland/Oregon, 2000
- CAPOBIANCO Antonio, Collusion, Agreements and Concerted Practices: An Economic and Legal Perspective, EC Competition Law, A Critical Assessment, (Derleyen: Guiliano Amato, Claus-Dieter Ehlermann) Portland/Oregon, 2007
- CAPOBIANCO Antonio, (Capobianco OECD) OECD paper on definition of merger control transaction: What companies need to know, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 5, No. 4, 2014
- Commission Staff Working Document, Accompanying the Document, White Paper Towards more Effective EU Merger Control, Brüksel, 2014
- DABBAH Maher M. EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials, Cambridge, 2004
- DAYINLARLI Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, 2. Baskı, 1999, Ankara
- DECOCQ Georges, Les sociétés Mères sont Solidairement Responsables de leurs Filiales Communes, Contrats Concurrence Consommation, n° 4, comm. 98, LexisNexis, 2012
- DECOCQ Georges, Responsabilité du Participant Indirect à une Entente Globale, Contrats Concurrence Consommation, n° 11, comm. 264, LexisNexis, 2015
- DE PREE Joilling K. /MOLIN Stefan C.H. Shareholder Liability for Joint Venture Infringements, Annual Proceedings of Fordham Competition Law Institute, The International Antitrust Law & Policy, (Derleyen: Barry E. Hawk) New York, 2011
- DRAIDJ Tarik, À partir de quand une entreprise commune devient-elle une concentration? Paris, 2011 (<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/c5f3932e-01cd-4806-9cd1-8ec410f27894>)
- ERDEM H. Ercüment, Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Perşembe Konferansları

- FONT Andres Galarzo, Commission Policy as Regards Joint Ventures within the Scope of the Merger Regulation, Merger Control in The European Union, Law, Economics and Practice, Edurne Navarro Varona, Andres Font Galarza, Jaime Folguera Crespo, Juan Briones Alonso, 2. Bası, New York, 2005
- GERADIN Damien /LAYNE-FARRAR Anne /PETIT Nicolas, EU Competition Law and Economics, Birleşik Krallık, 2012
- GOYDER D.G. Ec Competition Law 4. Bası, New York, 2003
- GÜNGÖRDÜ Abdulgani, AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru, Ankara, 2003
- GÜNGÖRDÜ/KAYAR Abdulgani, Mehmet Akif, AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi, Rekabet Dergisi, sayı 11, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002,
- GÜVEN Pelin, Rekabet Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2008
- HAWK Barry E. Joint Ventures Under EEC Law, Fordham International Law Journal, Volume 15, Issue 2, Article 3, 1991
- IDOT Laurence, Cartels, Imputabilité du Comportement d'une Filiale Commune, Europe n° 4, Avril, comm. 152, LexisNexis, 2012
- IDOT Laurence, Cartels et Imputabilité de L'infraction Commise par une Entreprise Commune, Europe n° 11, Novembre, comm. 440; LexisNexis, 2015
- IDOT Laurence, Cartels et Responsabilité des Sociétés Mères, comm. 466, Europe n° 11, Novembre, LexisNexis, 2013
- JOELSON Mark R. An International Anti Trust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy, Third edition, Hollanda, 2006
- JONES Alison/SUFRIN Brenda, EC Competition Law Text, Cases, and Materials 2. Bası, New York, 2004
- KAYAR Mehmet Akif, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme Ankara 2003
- KAYIHAN Lerzan, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler Ankara 2003

- KEKELEKIS Mihalis, *The EC Merger Control Regulation: Right of Defence, A Critical Analysis of DH COMP Practice and Community Courts Jurisprudence*, Hollanda, 2006
- KËLLEZI Pranvera, *Les Mesures Correctives dans les Cas de Concentrations D'entreprises et D'abus de Position Dominante*, Collection munichoise du droit de la concurrence européen et international Band/Nr. 24, 2010, Swisslex
- KLOTZ Robert, *The Application of EC Competition Law (Article 81 and 82 EC) in the Telecommunications Sector*, *EC Competition and Telecommunications Law*, Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun, Marion Romes, 2. bası, 2009
- KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice Ninth Edition*, Oxford, Portland/Oregon, 2007
- LINDEMANN Juergen *On Merits, Current Issues in Competition Law and Policy*, *Liber Amicorum Peter Plompen*, (der. Paul Lugard, Leigh Hancher) Antwerpen, 2005
- LINDSAY Alistair /BERRIDGES Alison, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Fourth Edition, London, 2012
- LISTA Andrea, *EU Competition Law and The Financial Services Sector*, New York, 2013
- LOWER Michael, *Joint Venture Regulating Enterprise, Law and Business Organisations in UK*, (Derleyen: David Milman) Oxford, 1999
- LORENZ Moritz, *An Introduction to EU Competition Law*, New York, 2013
- LÜBKING Johannes /DITTERT Daniel, *Part 2 Jurisdiction, EU Competition Law, Volume II, Merger and Acquisitions*, 1. kitap (Derleyen: Götz Drauz, Christopher Jones) 2. Bası, Deventer/Hollanda, Leuven/Belçika, 2012
- MOTTA Massimo *Competition Policy: Theory and Practice*, New York, 2004
- MORAIS, Luis Silva, *Joint Venture and Eu Competition Law*, Oxford, Portland, Oregon, 2013
- NIHOUL Paul, *Les télécommunications en Europe: Concurrence ou organisation de marché?* Belçika, 2004

- NIKOLINAKOS Nikos, EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors, 2006
- ÖZTÜRK, Pınar, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2001
- POILLOT-PERUZETTO Sylvaine, Fasc. 580: Entreprises Communes JurisClasseur Concurrence – Consommation, 2014
- RITTER Lennar /BRAUN W. David, European Competition Law, A Practitioner's Guide, Third edition, Netherlands, 2005
- ROSENTHAL Michael, The Application of the EC Merger Control Regulation in the Markets for Telecommunications and Internet-related Services, EC Competition and Telecommunications Law, Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun, Marion Romes 2. Bası, 2009
- RUDOLF Lars-Peter / LEUPOLD Bettina, Joint Ventures—The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, Journal of European Competition Law & Practice, 2012, Vol. 3, No. 5,
- RUSSO Francesco /SCHINKEL Maarten /GÜNSTER Pieter, Andrea /CARREE Martin, European Commission Decisions on Competition Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases, New York, 2010
- RUSU Catalin Stefan, European Merger Control, The Challenges Raised by Twenty Years Enforcement Experience, Hollanda, 2010
- SANLI Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000
- SHISHIDO Zenichi/FUKUDA Munetaka/UMETANI Masato, Joint Venture Strategies: Design, Bargaining, and the Law, Birleşik Krallık, 2015
- SOLEK/WARTINGER, Lukas, Stefan, Parental Liability: Rebutting the Presumption of Decisive Influence, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 2, 2015
- TEKİNALP Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Tekinalp/Tekinalp/Atamer/Oder/Oder/Okutan, 2. Bası, İstanbul, 2000
- TURNER Jonathan D.C. Intellectual Property And Eu Competition Law, 2010

ULAŞ Dilber, Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler (Joint Venture) ve Türkiye’de Uygulamaları, Ankara, 2003

VİLMART Christine, Fasc. 470: Le Contrôle Communautaire Des Concentrations Sous Le Règlement N° 139/2004, JurisClasseur Concurrence–Consommation, LexisNexis, 2013

White Paper Towards more effective EU Merger Control, COM/2014/0449 Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Definition Of Transaction For The Purpose Of Merger Control Review, European Union, 2013

WILHELM Pascal /VEVER Florent, La Notion de Concentration en Droit Interne et Communautaire: Tentative de Définition, Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre, étude 13, LexisNexis, 2007

WISH/BAILEY Richard, David, Competition Law. 7. Edition, Birleşik Krallık, 2012

WOLF, Ronald Charles, The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts, Third Edition, Netherlands, 2011

MEVZUAT

TÜRK HUKUK MEVZUATI

- 03.06.1949 tarih ve 5422 sayılı **Kurumlar Vergisi Kanununu**
- 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**
- 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı **Kamu İhale Kanunu**
- 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı **Türk Borçlar Kanunu**
- 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı **Türk Ticaret Kanunu**
- 1997/1 sayılı **Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ**
- 2002/2 sayılı **Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği**
- 2016/5 sayılı **Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği**
- 2005/4 sayılı **Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği**
- 2008/2 sayılı **Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği**
- 2008/3 sayılı **Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği**
- 2010/4 sayılı **Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ**
- 16.6.2011 tarih ve 11-37/792-RM(5) sayılı **Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz**
- 26.3.2013 tarih ve 13-16/235-RM(4) sayılı **Birleşme Ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz**
- 30.04.2013 tarih ve 13-24/326-RM(6) sayılı **Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz**
- 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı **Yatay Olmayan Birleşme Ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz**

- 16.07.2013 tarih ve 13-45/RM(9) sayılı **Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz**
- 28.11.2013 tarih ve 13-66/923-RM(10) sayılı **Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz**

AB HUKUKU MEVZUATI

- 25.03.1957 tarihli **Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Roma Anlaşması/ Treaty of Rome on the Functioning of the European Union**
- 7.2.1992 tarihli **Avrupa Birliği (Maastricht) Anlaşması/ Treaty of Maastricht on European Union**
- 13.10.2007 tarihli **Avrupa Birliği Antlaşmasını ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmayı Değiştiren Lizbon Antlaşması/ Treaty Of Lisbon Amending The Treaty on European Union And The Treaty Establishing The European Community**
- 21.12.1989 tarih ve 4064/89 sayılı **Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü/Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on The Control of Concentrations Between Undertakings**
- **30.06.1997 tarih ve 1310/97 sayılı 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğünü değiştiren Konsey Tüzüğü/ Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 Amending Regulation (EEC) No 4064/89 on The Control of Concentrations Between Undertakings**
- **20.01.2004 tarih ve 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü/Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on The Control of Concentrations Between Undertakings**

- 31.12.1994 tarih ve OJ C 385/1 sayılı **İşbirliği ve Yoğunlaşma Doğurucu Ortak Girişimlerin Ayrılması Hakkında Komisyon Duyurusu/** Commission Notice on The Distinction Between Concentrative and Cooperative Joint Ventures
- 02.03.1998 tarih ve OJ C 66 sayılı **4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Kapsamında Tam İşlevsel Ortak Girişimler Hakkında Komisyon Duyurusu/** Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on The Control of Concentrations Between Undertakings
- 05.03.2005 tarih ve 2005/C 56/03 sayılı **Yoğunlaşmalar ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu/** Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations
- 16.4.2008 tarih ve 2008/C95/01 sayılı **Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Yargı Yetkisine İlişkin Birleştirilmiş Komisyon Duyurusu/** Commission Consolidated Jurisdictional Notice Under Council Regulation (EC) No 139/2004 on The Control of Concentrations Between Undertakings
- 30.8.2014 tarih ve 2014/C 291/01 sayılı **Rekabeti Önemli Ölçüde Kısıtlamayan Düşük Önemdeki Anlaşmalar Hakkında Duyuru/** Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)
- 05.02.2004 tarih ve 2004/C 31/03 sayılı **Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz/** Guidelines On The Assessment Of Horizontal Mergers Under The Council Regulation On The Control Of Concentrations Between Undertakings
- 27.04.2004 tarih ve 2004/C 101/08 sayılı **Anlaşmanın 81/3 hükmünün Uygulanması Hakkında Kılavuz/** Guidelines On The Application Of Article 81(3) Of The Treaty

- 18.10.2008 tarih ve 2008/C 265/07 sayılı **Yatay Olmayan Birleşme ve Devralımların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz/ Guidelines On The Assessment Of Non-Horizontal Mergers Under The Council Regulation On The Control Of Concentrations Between Undertakings**
- 14.01.2011 tarih ve 2011/C 11/01 sayılı **Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilmesi Hakkında Kılavuz/ Guidelines On The Applicability Of Article 101 Of The Treaty On The Functioning Of The European Union To Horizontal Co-Operation Agreements**
- White Paper Towards more effective EU Merger Control, COM/2014/0449, 2014
- Commission Staff Working Document, Accompanying the Document, White Paper Towards more Effective EU Merger Control, Brüksel, 9.7.2014

KARARLAR

REKABET KURULU KARARLARI

- 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 27.05.1999 tarih ve 99-26/230-138 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 10.02.2000 tarih ve 00-6/61-28 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 29.2.2000 tarih ve 00-9/85-40 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 18.4.2000 tarih ve 00-14/136-68 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 23.05.2000 tarih ve 00-19/188-100 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 26.6.2001 tarih ve 01-29/282-83 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 19.9.2002 tarih ve 02-56/697-281 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 19.8.2009 tarih ve 09-47/1161-295 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 2.12.2010 tarih ve 10-75/1535-589 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 9.2.2011 tarih ve 11-08/151-49 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 14.04.2011 tarih ve 11-23/433-131 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 21.04.2011 tarih ve 11-25/476-145 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 12.05.2011 tarih ve 11-30/589-186 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 17.5.2011 tarih ve 11-31/630-197 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 26.5.2011 tarih ve 11-32/660-205 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 27.05.2010 tarih ve 10-38/657-224 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 06.07.2011 tarih ve 11-41/881-276 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 14.7.2011 tarih ve 11-43/938-302 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 14.07.2011 tarih ve 11-43/920-289 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 3.8.2011 tarih ve 11-44/984-331 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 17.08.2011 tarih ve 11-45/1057-363 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 29.09.2011 tarih ve 11-50/1257-446 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 14.09.2011 tarih ve 11-47/1159-405 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

- 13.10.2011 tarih ve 11-52/1310-461sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 24.11.2011 tarih ve 11-59/1515-540 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 07.12.2011 tarih ve 11-60/1564-555 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 21.12.2011 tarih ve 11-62/1645-581 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 29.12.2011 tarih ve 11-64/1663-593 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 12.01.2012 tarih ve 12-01/6-3 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 23.02.2012 tarih ve 12-08/257-83 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 14.03.2012 tarih ve 12-11/367-102sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 25.04.2012 tarih ve 12-22/564-162sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 20.09.2012 tarih ve 12-44/1333-440 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 01.11.2012 tarih ve 12-53/1482-511 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 06.02.2013 tarih ve 13-09/119-65 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 20.02.2013 tarih ve 13-11/156-78 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 15.05.2013 tarih ve 13-28/388-176sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 11.07.2013 tarih ve 13-44/551-245 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 18.07.2013 tarih ve 13-46/600-268 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 12.09.2013 tarih ve 13-52/734-307 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 26.12.2013 tarih ve 13-72/1013-431 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 19.02.2014 tarih ve 14-07/134-61 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 04.04.2014 tarih ve 14-14/251-109sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 20.05.2014 tarih ve 14-18/349-155sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 25.06.2014 tarih ve 14-22/422-186 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 16.07.2014 tarih ve 14-24/487-217 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 16.07.2014 tarih ve 14-24/480-211sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 16.07.2014 tarih ve 14-24/486-216 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 03.09.2014 tarih ve 14-30/619-271 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 24.09.2014 tarih ve 14-35/687-304 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 24.09.2014 tarih ve 14-35/698-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 16.10.2014 tarih ve 14-40/737-329 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 22.10.2014 tarih ve 14-42/765-341 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

- 6.11.2014 tarih ve 14-46/848-387 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 26.11.2014 tarih ve 14-46/838-379 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 03.12.2014 tarih ve 14-47/859-389 sayılı Rekabet Kurulu Kararı
- 15.01.2015 tarih ve 15-03/34-19 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU KARARLARI

- 26.11.1998 tarih ve IV/JV.14 sayılı PANAGORA/DG BANK kararı
- 11.08.1999 tarih ve M/JV-19 sayılı KLM/ALITALIA kararı
- 17.12.1999 tarih ve JV.23 sayılı TELEFONICA/PORTUGAL TELECOM / MEDI TELECOM kararı
- 12.05.2000 tarih ve JV.45 sayılı BERTELSMANN/KOOPERATIVA FÖRBUNDET / BOL kararı
- 19.06.2000 tarih ve JV.46 sayılı BLACKSTONE/CDPQ/KABEL NORDRHEIN-WESTFALEN kararı
- 01.09.2000 tarih ve JV.51 sayılı BERTELSMANN/MONDADORI / BOL ITALIA kararı
- 30.01.2001 tarih ve JV.54 sayılı SMITH & NEPHEW/BEIERSDORF / JV kararı
- 25.02.1991 tarih ve IV/M.0017 sayılı AEROSPATIALE / MBB kararı
- 06.02.1991 tarih ve IV/M.058 sayılı BAXTER/NESTLE/SALVIA kararı
- 02.12.1991 tarih ve IV/M.102 sayılı TNT/CANADA POST/DBP POSTDIENST/LA POSTE/PTT POST & SWEDEN POST kararı
- 09.12.1991 tarih ve IV/M.149 sayılı LUCAS/EATON kararı
- 14.01.1992 tarih ve IV/M.152 sayılı VOLVO/ATLAS kararı
- 27.11.1992 tarih ve IV/M.259 sayılı BRITISH AIRWAYS/ TAT kararı
- 18.01.1993 tarih ve IV/M.293 sayılı PHILIPS/THOMSON/SAGEM kararı

- 13.09.1993 tarih ve IV/M.353 sayılı BRITISH TELECOM/MCI kararı
- 22.12.1993 tarih ve M.394 sayılı MANNESMANN/RWE DEUTSCHE BANK kararı
- 9.11.1994 tarih ve IV/M.469 sayılı MSG MEDIA SERVICE kararı
- 01.08.1994 tarih ve IV/M.447 sayılı SCHNEIDER/AEG kararı
- 23.10.1995 tarih ve IV/M.615 sayılı RHONE – POULENC CHIMIE/ENGELHARD kararı
- 17.2.1995 tarih ve IV/M.468 sayılı SIEMENS/ITALTEL kararı
- 09.01.1995 tarih ve IV/M.511 sayılı TEXACO/NORSK HYDRO kararı
- 02.12.1995 tarih ve IV/M.527 sayılı THOMSON/DEUTSCHE AEROSPACE AG kararı
- 30.06.1995 tarih ve IV/M.542 sayılı BABCOCK/SIEMENS/BS RAILCARE kararı
- 06.11.1995 tarih ve IV/M.544 sayılı UNISOURCE/TELEFÓNICA kararı
- 25.07.1995 tarih ve NO IV/M.551 sayılı ATR/BAE kararı
- 13.03.1995 tarih ve IV/M.550 sayılı UNION CARBIDE/ENICHEM kararı
- 09.04.1996 tarih ve IV/M.556 sayılı ZENECA/VANDERHAVE kararı
- 07.07.1995 tarih ve IV/M.585 sayılı VOEST ALPINE INDUSTRIEANLAGENBAU GMBH/DAVY INTERNATIONAL LTD kararı
- 11.05.1995 tarih ve IV/M.560 sayılı EDS/LUFTHANSA kararı
- 11.05.1995 tarih ve I V/M.591 sayılı DOW/BUNA kararı
- 05.02.1996 tarih ve IV/M.686 sayılı NOKIA/AUTOLIV kararı
- 15.04.1996 tarih ve IV/M.722 sayılı TENEO/MERRILL LYNCH/BANKERS TRUST kararı
- 07.08.1996 tarih ve IV/M.727 sayılı BP/Mobil kararı
- 03.09.1996 tarih ve IV/M.788 sayılı AGREVO/MARUBENÍ kararı

- **24.04.1997 tarih ve IV/M.901 sayılı GO-AHEAD/VIA/THAMESLINKIV kararı**
- **M.1042**
- **12.05.1997 tarih ve IV/M.902 sayılı WARNER BROS/LUSOMUNDO/SOGEKABLE kararı**
- **10.07.1997 tarih ve IV/M.951 sayılı CABLE AND WIRELESS/MAERSK DATA – NAUTEC kararı**
- **02.04.1997 tarih ve IV/M.904 sayılı RSB/TENEX/FUEL LOGISTIC kararı**
- **23.06.1997 tarih ve M.929 sayılı DIA/VEBA IMMOBILIEN/DEUTSCHBAU kararı**
- **24.10.1997 tarih ve IV/M.994 sayılı DUPONT/HITACHI kararı**
- **15.01.1998 tarih ve IV/M.1025 sayılı MANNESMANN/OLIVETTI/INFOSTRADA kararı**
- **20.01.1998 tarih ve IV/M.1075 sayılı NORDIC CAPITAL/MRLNLYCKE CLİNICAL/KOLMİ kararı**
- **22.01.1998 tarih ve IV/M.1081 sayılı DOW JONES/NBC-CNBC EUROPE kararı**
- **28.04.1998 tarih ve IV/M.1020 sayılı GE CAPITAL/SEA CONTAINERS kararı**
- **20.07.1998 tarih ve IV/M.1227 sayılı CARGILL/VANDEMOORTELE/JV kararı**
- **21.12.1998 tarih ve IV/M.1368 sayılı FORD/ZF kararı**
- **25.06.1999 tarih ve M.1564 sayılı ASTROLINK kararı**
- **20.12.1999 tarih ve M.1781 sayılı ELECTROLUX/ERICSSON kararı**
- **25.02.2000 tarih ve M.1841 sayılı CELESTİCA/IBM kararı**
- **29.02.2000 tarih ve M.1849 sayılı SOLECTRON/ERICSSON kararı**
- **17.04.2000 tarih M.1875 sayılı REUTERS / EQUANT - PROJECT PROTON kararı**

- **30.05.2000 tarih M.1948 sayılı TECHPACK INTERNATIONAL/VALOIS kararı**
- **31.07.2000 tarih M.1954 sayılı ACS/SONERA VIVENDI/XFERA kararı**
- **31.05.2000 tarih M. 1968 sayılı SOLECTRON/NORTEL kararı**
- **04.08.2000 tarih M.1969 sayılı UTC/HONEYWELL/İ2/MY AIRCRAFT.COM kararı**
- **20.07.2000 tarih M.1993 sayılı RHODIA/RAISIO/JV kararı**
- **29.08.2000 tarih M.2095 sayılı SEXTANT/DIEHL kararı**
- **29.11.2000 tarih M.2195 sayılı CAP GEMINI/VODAFONE/JV kararı**
- **13.12.2000 tarih M.2217 sayılı CELESTICA/NEC kararı**
- **14.09.2001 tarih M 2260 sayılı HITACHI/LG ELECTRONICS/JV kararı**
- **29.10.2001 tarih M.2299 sayılı BP CHEMICALS/SOLVAY/HDPE JV kararı**
- **09.04.2001 tarih M.2263 sayılı PHILIPS/LG ELECTRONICS/JV kararı**
- **27.09.2001 tarih M.2276 sayılı THE COCA-COLA COMPANY/NESTLE/JV kararı**
- **06.04.2001 tarih M.2358 sayılı FLEXTRONICS/ERICSSON kararı**
- **25.04.2001 tarih M.2394 sayılı SCI/NOKIA NETWORKS kararı**
- **03.07.2001 tarih M.2439 sayılı HITACHI/STMICROELECTRONIC/SUPERH/JV kararı**
- **13.06.2001 tarih M.2403 sayılı SCHNEIDER/THOMSON kararı MULTIMEDIA / JV kararı**
- **29.06.2001 tarih M.2479 sayılı FLEXTRONICS/ALCATEL kararı**
- **06.08.2001 tarih M.2534 sayılı SCI/NOKIA NETWORKS kararı**
- **12.03.2003 tarih M.2596 sayılı RMC/UMA/JV kararı**
- **06.12.2001 tarih M.2645 sayılı SAAB/WM-DATA AB/SAAB CARAN JV kararı**

- 06.12.2002 tarih M.2763 sayılı TORAY/MURATA TEIJIN kararı
- 26.07.2002 tarih M.2773 sayılı NESTLE/LÍOREAL/INNEOVCOMP kararı
- 19.12.2002 tarih M.2868 sayılı LINDE/SONATRACH/JV kararı
- 30.4.2003 tarih M.2903 sayılı DAİMLERCHRYSLER/DEUTSCHE TELEKOM/JV kararı
- 04.02.2003 tarih M.2982 sayılı LAZARD/INTESABCI/JV kararı
- 23.12.2002 tarih M.3003 sayılı ELECTRABEL/ENERGIA ITALIANA/INTERPOWER kararı
- 30.01.2003 tarih M.3039 sayılı SOPROL/CÉRÉOL/LESÍEUR kararı
- 06.10.2004 tarih ve M.3099 sayılı AREVA/URENCO/ETC JV kararı
- 03.05.2005 tarihli ve M.3178 sayılı BERTELSMANN/SPRİNGER/JV kararı
- 20.02.2004 tarih ve M.3325 sayılı MORGAN kararı
STANLEY/GLICK/CANARY WHARF kararı
- 19.01.2005 tarih ve M.3556 sayılı FORTIS/BCP kararı
- 01.07.2005 tarih ve M.3578 sayılı BP/NOVA CHEMICALS/JV kararı
- 03.10.2008 tarih ve M.5241 sayılı AMERICAN kararı
EXPRESS/FORTIS/ALPHA CARD kararı

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI

- 02.02.2006 tarih T-282/02 sayılı Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission kararı
- 02.02.2012 tarih ve T-76/08 sayılı EI du Pont de Nemours and Others v Commission kararı
- 02.02.2012 tarih ve T-77/08 sayılı Dow Chemical v Commission kararı
- 09.09.2015 tarih ve T-82/13 sayılı Panasonic Corp. and MT Picture Display Co. Ltd v Commission kararı

- **02.02.2012 tarih ve T-83/08 sayılı Denki Kagaku Kogyo and Denka Chemicals v Commission kararı**
- **09.09.2015 tarih ve T-84/13 sayılı Samsung SDI and Others v Commission kararı**
- **09.09.2015 tarih ve T-91/13 sayılı LG Electronics v Commission kararı**
- **09.09.2015 tarih ve T-92/13 sayılı Koninklijke Philips Electronics NV kararı**
- **09.09.2015 tarih ve T-104/13 sayılı Toshiba Corp v. Commission kararı**
- **26.09.2013 tarih ve C-172/12 P sayılı EI du Pont de Nemours v Commission kararı**
- **26.09.2013 tarih ve C-179/12 P sayılı The Dow Chemical Company v Commission kararı**
- **26.09.2013 tarih ve C-679/11 P sayılı Alliance One International v Commission kararı**

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKLARINDA ORTAK GİRİŞİMLERİN SINIFLANDIRILMASI VE TAM İŞLEVSELLİK UNSURUNUN İNCELENMESİ

§1. Giriş

Rekabet Hukukunda bir işlem, anlaşma veya uygulamanın rekabete uygunluğunun denetlenmesi açısından üç farklı maddi hukuk kuralı vardır. Bunlar hâkim durum denetimi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma denetimi ve yoğunlaşma denetimidir. Dolayısıyla herhangi bir işlem, anlaşma veya uygulamanın rekabet hukukuna uygunluğu bu üç denetimden biri esas alınarak gerçekleştirilir.

Tek başına hâkim durumda olan bir veya birlikte hâkim durumda olan birden fazla teşebbüsün ortak girişim oluşturmaları hâkim durumun kötüye kullanılması fiili teşkil edebilir. Ancak ortak girişim oluşturan teşebbüsler genellikle hâkim durumda olmamaktadırlar. Dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılması denetimi, ortak girişim oluşturulan işlemler bakımından etkin bir denetim mekanizması oluşturmaz.

Bunun dışında ortak girişim kurumunun doğası gereği ortak girişimlerin yoğunlaşma denetimine göre mi yoksa rekabeti sınırlayıcı anlaşma denetimine göre mi değerlendirilmesi gerektiği kolayca ortaya konamamıştır. Gerçekten de ortak girişimler yapılarına göre yalnızca bir anlaşma veya yalnızca bir yoğunlaşma niteliği taşıyabilirler. Ayrıca ortak girişimler yoğunlaşma teşkil etmekle beraber koordinasyona da sebep olan nitelikte olabilmektedirler.

İfade etmek gerekir ki bir ortak girişimin anlaşma denetiminden ziyade yoğunlaşma denetimine tabi olması ortak girişim taraflarınca tercih edilmektedir. Bunun sebebini iki şekilde ifade etmek mümkündür. İlk olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma rejiminin daha sıkı koşullar barındırması, yalnızca anlaşma niteliğindeki ortak girişimlerin rekabete uygun sayılmalarını zorlaştırmaktadır. İkinci olarak ise anlaşmaların zorunlu bildirim tabi olmamaları hukuki belirsizlik yaratmakta ve

anlaşma niteliğindeki bir ortak girişimin tarafları rekabet ihlali riski altında kalmaktadırlar.

Kural olarak anlaşma niteliğinde olan ortak girişimlerin anlaşmalar denetimine göre yoğunlaşma niteliğindeki ortak girişimlerin ise yoğunlaşma denetimine göre değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bir ortak girişimin ne zaman anlaşma ne zaman yoğunlaşma teşkil edeceğine ilişkin sınırların açık bir şekilde ortaya konması gerekmektedir.

Soruna ilişkin Rekabet Hukukunda tam işlevsellik doktrini geliştirilmiştir. Buna göre tam işlevsel nitelikte olan ortak girişimler yoğunlaşma, tam işlevsel nitelikte olmayan, kısmi işlevsel olarak ifade edilen ortak girişimler ise anlaşma olarak değerlendirilecektir.

Yoğunlaşma teşkil etmekle beraber ana teşebbüsler arasında koordinasyona sebebiyet veren ortak girişimlerin ise ortaya çıkabilecek işbirlikçi risklerinin anlaşmalar denetiminin maddi hukuk kurallarına göre denetlenmesi yolu benimsenmiştir.

Söz konusu yaklaşım AB Rekabet Hukukunda kabul edilmiş ve mevzuat buna göre düzenlenmiştir. Türk Rekabet Hukuku ise diğer gelişmelerde de olduğu gibi bu gelişmeyi de AB Rekabet Hukukunu takip ederek benimsemiştir.

Şu an için bir ortak girişime, niteliği esas alınarak hangi maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bunun için ortak girişimin hangi rejime tabi tutulacağını belirleyen tam işlevsellik doktrinin anlaşılması gerekmektedir.

En yalın haliyle tam işlevsellik bir ortak girişimin kendi kendine yetebilmesini ve ana teşebbüslerinden belirli oranda bağımsız olabilmesini ifade etmektedir. Bir ortak girişim doğası gereği bağlı teşebbüs olmasına karşın tam işlevsellik doktriniyle ortak girişimin bağımsız teşebbüslerin taşıyabileceği bir takım niteliklere sahip olması beklenmektedir. Bu koşullarda tam işlevselliğin anlaşılması; ortak girişimin bağımsızlık niteliğinin ve bu bağımsızlığın ortak kontrol olgusu karşısındaki durumunun ortaya konmasına imkân verir. Böylece ortak girişimin bir karteğe taraf olması durumundaki sorumluluk esaslarıyla ortak

girişimin ana teşebbüsleriyle yapacağı anlaşmaların nasıl değerlendirilmesi gerektiği daha iyi anlaşılacaktır.

Çalışmada özü itibariyle tam işlevsellik unsuru incelenmiştir. Konu incelenirken AB ve Türk Hukukundaki doktrin ve mevzuatın yansira özellikle Rekabet Kurulu ve Avrupa Komisyonu kararlarından yararlanılmıştır. Kararlara ağırlık verilmesinin sebebi hem Rekabet Hukukunun vaka hukuku niteliğinin hem tam işlevsellik kavramının pek çok alt unsuru bünyesinde barındıran yapısının hem de kavramın her somut olayı kapsayan bir bütün olarak ortaya konma arzusunun bir sonucudur.

Çalışmada konu sunulurken AB ve Türk Hukukunun yaklaşımı ayrı başlıklar altında incelenmemiştir. Bunun sebebi AB Hukukunun kaynak hukuk niteliğinde olmasıdır. AB Rekabet Hukuku mevzuatı doğrudan ve değişiklikler de takip edilerek sistematik şekilde Türk Hukukuna aktarılmaktadır. Rekabet Kurulu kararlarında ve taraf savunmalarında dahi Avrupa Birliği Komisyonu kararlarına ve görüşlerine sıklıkla atıf yapılmaktadır. Ayrıca ülkemizin Avrupa Birliği üyeliğini hedeflemesi, dünya konjonktüründe artmakta olan ortak hukuk arayışının ülkemizde de karşılık bulması, yabancı yatırımların daha cazip hale getirilmesi yönünde iktisadi politikaların benimsenmesi neticesinde yabancı yatırımcılar için öngörülebilirlik ve güvence sağlanması niyeti, ülkemizin hukuk iktibas eden konumu ve rekabet hukukunun yeni, hızlı, büyük değişiklikler gösteren ve hâkim iktisadi teoriye bağlı olarak sosyolojik etkilerin ötesinde bir yapıya sahip olması gibi sebeplerle Rekabet Hukuku ülkemizde kaynak hukuka en sadık kalınan hukuk alanlarından biridir.

Çalışmada konu tam işlevselliği oluşturan, destekleyen, olumsuz etkileyen haller ile konu bakımından özellik arz eden durumlara nasıl yaklaşılması gerektiğini ortaya koyacak biçimde ele alınmıştır. Konuya ilişkin AB ve Türk Hukukundaki mevzuatta yer verilen sistematik genel olarak korunmuş ancak, mevcut konu başlıkları belirli değişikliklere tabi tutulmuş ve yeni başlıklar eklenmiştir. Çalışmada çeşitli durumlarda tam işlevselliğin anlaşılması ve tam işlevsellik unsurunun somut olayları kapsayıcı bir sistematığe kavuşturulması ve tam işlevselliğe bağlı Rekabet Hukuku meselelerinin çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde genel bir yaklaşımla; ortak girişim kavramı, ortak girişim ilişkisi, ortak girişim oluşturulmasının iktisadi sebepleri, ortak girişimin hukuki niteliği ve ortak girişim türleri konularına yer verilmiştir.

İkinci bölümde ortak girişimlere rekabet hukuku perspektifinden bakılarak; ortak girişim kavramı, ortak girişimin rekabet üzerine etkileri, ortak girişimin bağımsızlığı ve ortak girişimlerin denetlenmesi konuları ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise ortak girişimin; özerk yapıda tesis edilmesi, yeterli kaynaklara sahip olması, ana teşebbüslerinin belirli bir işlevinin ötesine geçmesi, ortak girişimin kalıcı temelde olması unsurları ile ortak girişimin ana teşebbüsleriyle alım satım ilişkisinin hangi şartlar ve düzeyde olması gerektiği, ortak girişimin başlangıç dönemine özgü olarak tabi olacağı yaklaşım, ortak girişimin faaliyet değişikliği ve tam işlevsel yapıya dönüşmesi olguları incelenmiştir.

Son bölümde ise tam işlevsellik ve ortak kontrol; ortak kontrol ve ana teşebbüslerin sorumluluk esası; ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki anlaşmanın tam işlevselliğe etkisi, ortak girişimin oluşturulması kavramı ve tam işlevselliğin aranması gereken haller; ortak girişimlerde koordinasyon ve yoğunlaşma denetimlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak girişimlerin ana teşebbüsleriyle kuracağı alım ve satım ilişkisine dair değerlendirmelerde bulunulmuştur.

§2. Genel olarak

I. Ortak girişim kavramı

Kamu İhale Kanunu'nun¹ m.4 tanımlar hükmünde² “*Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları....ifade eder.*” tanımına yer verilmiştir.

Konsorsiyum kurumu ileride değinileceği üzere bir ortaklık türü olması sebebiyle ortak girişime benzese dahi ortaklığı oluşturan tarafların sorumluluk esasları yönünden ortak girişimden ayrılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun geniş anlamda bir ortak girişim kavramını benimsediği söylenebilir. Nitekim hükümde yer verilen iş ortaklığı ifadesi de pek çok ortaklık türünü hatta konsorsiyum kurumunu dahi içine alabilecek genişlikte bir ifadedir. Söz konusu hükümden çıkarılabilecek diğer unsurlar ise ortak girişimin gerçek veya tüzel kişiler tarafından oluşturulabileceği ve bir anlaşmaya dayanması gerekliliğidir.

Ortak girişimin, şirketler arasındaki her neviden işbirliği için kullanılıyor olması³ doktrinde üzerinde uzlaşılmış net bir ortak girişim tanımına ulaşamamaktadır. Öğretide ortaya atılmış tanımlar ise konunun yalnızca belirli bir kısmını esas alan veya tek yönlü bakış açısı içeren nitelikte olmaları sebebiyle eleştirilmektedir⁴.

Akyol'a göre ortak girişim; “*Kavram olarak biri yabancı diğeri yerli en az iki şirketin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ortak bir iş tehlikesini birlikte*

¹ 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

² (Değişik: 30.7.2003-4964/3 md.) fıkrasında

³ İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Teori, Uygulama, Mevzuat, 4. Bası, Bursa, 2007 s.618; Kimi zaman iki veya daha çok şirketin oluşturdukları ve müştereken kontrol ettikleri şirketi ifade etmek için kimi zaman da iki veya daha çok sayıdaki şirketin işbirliği faaliyetine girişmesi durumu için kullanılması için bkz. Mark R. Joelson, An International Anti Trust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy, s.309; Nami Barlas, , Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası 2012, İstanbul, s.262

⁴ Bkz. Aslan, s.618; Barlas, s.262; keza mahkeme içtihatların da tam bir tanım yapılamamaktadır. Bkz Dayınlarlı, s.51

üstlenerek bir taahhüt işini, bir yatırımı birlikte hareket etmek ve işbirliği yapmak üzere kurdukları bir sözleşmedir”⁵.

Barlas’a göre; genel hatlarıyla ortak girişim “*hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır*”⁶.

Aslan’a göre; “*ortak girişim sözleşmesi, iki veya daha fazla kişi veya işletme tarafından belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir işletme oluşturmak hususunda yaptıkları herhangi bir şekilde bağlı olmayan sözleşmelere denir*”⁷.

Tekinalp tarafından⁸ ise hem anonim ve limited gibi tüzel kişiliği haiz hem de adi ortaklık gibi sözleşme temelinde kurulan ortak girişim türlerini kapsayan şekilde “*ortak girişim, birden çok anası olan, yani en az iki bağımsız teşebbüsün ortak kontrolünde bulunan bir yavru teşebbüstür*” tanımı yapılmıştır.

Dayınlarlı’nın katıldığı tanıma göre ise ortak girişim “*Bir partnership veya tüzelkişiliği haiz herhangi bir şirket kurmaksızın belirli bir ticari işlemde kar elde etmek isteyen iki veya daha ziyade kişinin özel işbirliği anlaşmasıdır*”⁹

Kurumu açıklamak için kapsayıcı tanımların tercih edilmesi ortak girişim kurumunun çok farklı görünüm biçimlerine sahip olması karşısında makul görünmektedir. Ancak bu tanımlarla kapsayıcılık uğruna ortak girişimin özüne değinme imkânı feda edilmektedir. Ortak girişimlerde çok yoğun bir işbirliği de görülebilmekte hatta kimi zaman ortak girişim tarafları belirli pazarlarda kendi bağımsız varlıklarını kaybederek ortak girişim bünyesinde erimekte-dirler. Hem kapsayıcılığı kaybetmemek ve olası gelişmeleri dışlamamak hem de konunun özüne

⁵ Şener Akyol, , Borçlar Hukuk (Özel Borç İlişkileri) Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Fasikül, 1997, İstanbul, s.59

⁶ Barlas, s.262-263

⁷ Rekabet Hukuku bağlamında bkz. Aslan, s.619

⁸ Ünal Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, Tekinalp/Tekinalp/Atamer/Oder/Oder/Okutan, 2. Bası, İstanbul, 2000, s. 469

⁹ Dayınlarlı, s.54

değinebilmek adına ortak girişim için “*ticari faaliyete yönelmiş birleşme, birleşme benzeri veya anlaşma da dâhil her türlü işbirliği modelini ifade eden bir çerçevede kavramdır*” tanımını benimsenebilir.

Ortaklık unsuru, kişi unsuru, müşterek gaye, müşterek yönetim, amaç veya süre ile sınırlı olma gibi öğeler ortak girişim sözleşmesinin unsurları olarak sayılabilir¹⁰. Ancak ortak girişim, hem tek bir iş hem de sürekli bir faaliyet için kurulması sebebiyle tek işin mevcudiyetinin, ortak girişimin zorunlu bir unsuru olarak değerlendirilmemesi gerekir¹¹. Bugün gelinen noktada yalnızca tek bir iş için değil süreklilik arz eden işler için de güçleri birleştirme ihtiyacı bulunmaktadır.

Ortak girişimin tek bir iş için oluşturulması hususunda yapılan değerlendirmeler ortak girişim tarafları bakımından yabancılık unsuru aranması için de geçerli olacaktır¹². 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun¹³ 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı kanunla değiştirilen 18. maddesinin gerekçesinde¹⁴ dış dünya etkileşimi ile ortak girişimin yaygınlaşması arasında alaka kurulmasından hareketle ortak girişimin yabancılarla oluşturulabileceği söylenmiştir¹⁵. Eğer yabancılık şartı

¹⁰ Öztürk, s.5-6

¹¹ Barlas, s.265

¹² Taraflardan biri yabancı olmasa dahi iki Türk gerçek veya tüzel kişisi tarafından oluşturulan ortak girişim ortaklık biçimi için de ortak girişim ifadesi kullanılabilir. Bkz. Pınar Öztürk, *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, 2001, İstanbul s.5; Taraflardan birinin yabancı olması veya yabancı bir ülkede yatırım yapmaya yönelik ortaklığa girişilmesi gibi bir koşulların ortak girişimin unsuru sayılması; ortak girişim kurumunun ilk dönem görünüm biçimlerinden biri olmasından kaynaklanmaktadır. Yatırımcının yatırım yapacağı pazarlarda yerli bir ortağa ihtiyaç duyması veya kapalı ekonomilerin yabancı sermayeye yerli bir ortağı şart koşması gibi sebeplerle ortak girişim kurumu yabancı pazarlara giriş stratejisi olarak kullanılmış ve nihayetinde birbirine yabancı iki ortağın tesis ettiği bir ortaklık biçimi şeklinde görünür olmuştur. Bunun yanı sıra liberal ekonomik anlayışın yükselmesi, kendi pazarında güçlü konumda olmasına rağmen yeni pazarlarda etkinlik için yeterince imkân sahibi olmayan şirketleri birleşmeye ve işbirliğine yönelterek ortak girişim modelinin yabancı iki ortak tarafından kullanılmasına yol açmıştır. Ancak şu an için ortak girişim oluşturulması ihtiyacı yabancı pazarlara açılma stratejisinin çok ötesine geçmiştir.

¹³ 03.06.1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununu

¹⁴ Bkz. Dayınlarlı, s.225 dn.370; Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Sayısı:357, sh. 18. (Madde 3- Kurumlar Vergisi Kanununda yapılan değişikliklerin madde gerekçesi: 1) Bu hükümle, Kanunun birinci maddesine “iş ortaklıkları” eklenmektedir. Türkiye’nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artmasının sonucu iş ortaklığı (joint venture) şeklindeki kuruluşların sayısı giderek artmaktadır...)

¹⁵ Dayınlarlı, s.225; Bununla birlikte bir yerli bir de yabancı şirketin olması uzun süre ortak girişimin ayırıcı unsuru olarak kabul edilmesine karşın artık iki yabancı şirketin üçüncü bir ülkedeki riski paylaşan ve ortak amacı olan işbirliğine de ortak girişim denmektedir bkz. Akyol, s.59; Ancak şu an için ortak girişim oluşturulması ihtiyacı yabancı pazarlara açılma stratejisinin çok ötesine geçmiştir.

pozitif hukukta aranan bir şart olsaydı dahi hükmün ratio legisini kaybetmesi sebebiyle gerçek olmayan boşluk söz konusu olacaktı.

II. Ortak girişimin hukuki niteliği

Ortak girişimin TTK'da öngörülen sermaye şirketi türlerinden biri şeklinde kurulup sermayeye dayalı ortak girişim olarak tesis edilmesi veya salt sözleşme temelinde kurularak adi ortaklık şeklinde oluşturulması mümkündür. Bu iki tür ortak girişim sermayeye dayalı ve sözleşmesel ortak girişim olarak ifade edilmektedir.

Hukuk sistemlerinde düzenlenmiş bulunan ortaklık tipleriyle tam olarak örtüşmemesi sebebiyle ortak girişimin kavramının dar anlamda hukuki bir kavram olmadığı söylenebilir¹⁶. Ancak ortak girişimin ticaret şirketi veya sözleşme niteliğinde olabilmesi sebebiyle, kurumun hukuki karşılığının bulunduğu dolayısıyla geniş anlamda hukuki bir kavram olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Esasen TTK anlamında bir şirketin henüz kurulmadığı ancak bunun hedeflendiği bir aşamada da kurucular arasında ortaklık ilişkisi kuran bir temel sözleşme yapılmaktadır. Dolayısıyla ortak girişim ilişkisi TTK anlamında bir şirket oluşturulmasıyla devam edebileceği gibi böyle bir şirket kurulmaksızın adi ortaklık şeklinde de devam edebilir¹⁷. Buradan hareketle başka bir ifadeyle her iki ortak girişim türünde de bir sözleşme yapılması sebebiyle; sözleşmesel ortak girişim için sırf sözleşmesel veya sermaye gerektirmeyen ortak girişim ifadesinin kullanılması gerektiği de savunulmaktadır¹⁸.

Sözleşme taraflarının yükledikleri edimlerin türleri gözetildiğinde adi ortaklık niteliği gösteren ortak girişim sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olması sebebiyle tipik bir sözleşme olacaktır.

¹⁶ Bkz. Aslan, s.618

¹⁷ Akyol, s.75; Barlas, s.270; Ortak girişim anlaşmaları Türk Hukukunda genellikle adi şirket niteliğinde olmaktadır Dayınlarlı, s.226

¹⁸ Bkz. Akyol, s.75

Bu durumda ortak girişime adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ortak girişim herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır.¹⁹ Ortak girişimin şirket niteliğine karşın sözleşme tarafları patent, lisans, know-how gibi edimleri sözleşmeye eklemeleri durumunda sözleşme karma nitelikte²⁰ ve atipik sözleşme niteliğinde olacaktır.

Ortak girişimin limited şirket olarak kurulması durumunda ise ortak girişime limited şirkete ilişkin hükümlerin uygulanması²¹, anonim şirket şeklinde kurulması durumunda ise anonim şirket hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, ortak girişim taraflarının, ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarının korunması, müesseseyi konzern ve birleşmeden ayırmaktadır²². Taraflardan her birinin işin kendi bölümü bakımından sorumluluğu olduğu konsorsiyumun aksine salt sözleşmeye dayalı ortak girişimde taraflar işin bütününden müteselsilen sorumlu olacaklardır²³.

III. Ortak girişim ilişkisi

Ortak girişim, taraflar arasında birden çok sözleşmeyi barındıran bir ilişki oluşturmaktadır. Dolayısıyla ortak girişimin tek bir sözleşmenin dışına çıkarak bir ortak girişim ilişkisi oluşturduğu söylenebilir.

Ortak girişim ile kimi zaman temel sözleşme, kimi zaman bu sözleşme ile kurulan ortaklık bağı kimi zaman oluşturulan ticaret şirketi kimi zaman da bütün bunları kapsamına alan ilişki ifade edilmektedir²⁴. Hukuken ve iktisaden bağımsız gerçek veya tüzel kişiler arasında temel sözleşme, adi ortaklık ilişkisi, şirket ana

¹⁹ Barlas, s.264-265

²⁰ Akyol, s.76

²¹ Aslan, s.619

²² Barlas, s.266

²³ Barlas, s.270

²⁴ Barlas, s.267

sözleşmesi, ortak ile yavru şirket arasındaki yavru şirkete mali, aynı, teknik vb. destek tesisine yönelik yapılan uydu sözleşmelerinin bir bütün halinde²⁵ ortak girişim ilişkisinin içeriğini oluşturur.

Ortak girişim ön kuruluş/giriş, temel sözleşme, uydu sözleşmeler olarak üç aşamadan oluşur²⁶. Giriş bölümünün başlangıç maddesi olarak da düzenlenmesi mümkündür. Giriş bölümü, hazırlık çalışmaları ile sözleşmenin esası arasında köprü niteliğinde olacak ve tarafların ilişkiye girme amaçlarını ortaya koyacaktır²⁷. Ön kuruluş sözleşmesinin, temel sözleşme akdedilmesi durumunda amaçlar maddesi niteliğinde olacağı; temel ve uydu sözleşmeler arasındaki uyumsuzlukta ve bu sözleşmelerin yorumunda önem taşıyacağı için²⁸ düzenlenirken özen gösterilmesi gerekmektedir. Ön kuruluş sözleşmesinde yapılacak işin tanımı, pay oranları, hukuki yapı, finansmanın ve işgücünün nasıl sağlanacağı, hangi tarafın tesis edeceği ve sorumluluk esasları²⁹ gibi unsurlara yer verilir.

Temel sözleşmede ise işin tam tanımı ve nasıl gerçekleştirileceği, ortaklığın türü, sözleşme konusu iş için gerekli faaliyete ilişkin araç gereç finansmanı, zamanlama, sermaye payları, idari temsile katılım veto hakları fikri mülkiyet hakları, sigorta işleri ve masrafların bölüşülmesi, ifa, teslim ilişkili konular, sözleşme süreci, sona erme ve sonrası işlemleri, karın bölüşülmesi ve araç gereçlerin paylaşılması, mücbir sebep hallerine yer verilmektedir³⁰.

Uydu sözleşmeler uygulama protokolü temel sözleşmeyle çelişmeyen genellikle iç sözleşme niteliğindedir³¹. Ancak temel ve uydu sözleşme taraflarının birbirlerinden farklı olması sebebiyle her birinin bağımsız sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekmektedir³².

²⁵ Barlas, s.272, 273

²⁶ Akyol, s.69-70; Belirli bir iş veya ihale amacıyla ortak girişim oluşturulduğu hallerde işin elde edilip edilmeyeceğinin belli olmadığı anda giriş/ön kuruluş anlaşması yapılır ve iş alındıktan sonra yapılan temel sözleşmeye ön kuruluş sözleşmesi giriş bölümü olarak eklenir. Akyol, s.70

²⁷ Dayınlarlı, s.81

²⁸ Akyol, s.72

²⁹ İnşaat sözleşmeleri özelinde bkz.Akyol, s.70

³⁰ Akyol, s.73

³¹ Akyol, s.74

³² Öztürk, s.29

Ortak girişim ilişkisini temel ve dışa dönük sözleşmeler ile uydu ve içe dönük sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür³³. Bu yaklaşım temel sözleşmenin, ortaklığın üçüncü kişilere yönelik bilgilendirici bir mahiyete sahip olmasının yanı sıra uydu sözleşmelerin de ortaklar ile kurucular arasında akdedilmesinin neticesi olarak tamamen ortak girişimin içyapısına özgü olarak değerlendirilmesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

IV. Ortak girişim oluşturulmasının iktisadi sebepleri

Ortak girişimler gelişmiş iş ve ticaret hayatının bir sonucu olarak ihtiyaca karşılık olarak ortaya çıkmıştır³⁴. Taraflar belirli bir hedefe yönelik olarak genellikle bilgi, emek veya sermayelerini ortak girişim altında birleştirirler. Ancak tarafların herhangi bir önemli katkılarının bulunmadığı, özellikle enerji, ulaşım gibi sektörlerde görülen belirli düzeyde koordinasyonu sağlamaya yönelik oluşturulan ortak girişimler de mevcuttur.

Taraflar güçlerini birleştirmeleri neticesinde ticaret hayatından tamamen çekilerek ortak girişim bünyesinde eriyebilecekleri gibi ticaret hayatında kalarak yalnızca belirli bir pazardaki mevcut veya hedefledikleri varlıklarını da ortak girişim altında birleştirebilirler. Taraflar pazarda daha güçlü bir konuma gelmeyi, üst veya alt pazara ilişkin ihtiyaçlarını³⁵ karşılamayı veya yalnızca yatırım yapmayı hedefleyebilmektedirler.

Taraflar güçlerini birleştirerek, belirli konulardaki eksikliklerini karşı tarafın desteğiyle giderme imkânı bulurlar. Tarafların eksiklikleri aynı konuda olabileceği gibi farklı konuda da olabilir. Örneğin taraflar eksikliğini duydukları mali güce sermayelerini birleştirerek erişebilirler yahut bir taraf teknik bilgisini diğer taraf ise sermayesini ortaya koyabilir.

³³ Akyol, s.74

³⁴ Akyol, s.58

³⁵ Ayrıca ortak girişimler her zaman doğrudan kar elde etmek amacıyla oluşturulmasa dahi iktisadi bir amaç için oluşturulur. Nitekim araştırma geliştirme ortak girişimleri yapılan harcamalara rağmen yeni bir buluş yapamayabilir veya yeni buluş yapsa dahi buluş ana teşebbüslerce kullanılabilir. bkz. Aslan, s.624

Ortak araştırma geliştirme faaliyetleri yeni ve daha iyi ürünlerin daha hızlı ve etkili geliştirilmesini³⁶ sağlar. Böylece ürün ve hizmetler geliştirilerek rekabet gücü artırılmış olur. Birlikte üretim, alım veya dağıtım gibi anlaşmalarla da ölçek ekonomisinden faydalanmak suretiyle girdi maliyetlerinin düşürülmesini sağlar³⁷.

İş hacmi veya teknik yapısı sebebiyle belirli bir ticari faaliyetin yürütülebilmesine yönelik tek bir kişi veya kuruluşun teknoloji, bilgi ve birikimi yeterli olmayabilir³⁸ ve uzmanlaşmış iş gücüne sahip ihtiyaç duyulabilir³⁹. Özellikle bilgisayar, medya, telekomünikasyon⁴⁰ gibi hızlı gelişen yüksek teknoloji pazarlarında işbirliği ihtiyacı daha da önem kazanmaktadır. Bu türlü durumlarda ise taraflar kendi başlarına giremeyecekleri pazarlara girme fırsatı yakalar veya hâlihazırda faaliyet gösterdikleri pazarlarda ise rekabet gücü kazanırlar.

Ancak pek çok durumda ise teşebbüsler kendilerine belirli projelerin yürütülmesine ilişkin ortak aramaktadırlar.⁴¹ Makro boyutlu pazar ve ileri teknolojiye yönelik büyük tesislerin maliyeti şirketlerin gücünü aşmaktadır⁴². Örnek vermek gerekirse, bir Rekabet Kurulu (Kurul) kararına⁴³ konu olan izin talebindeki tarafların şu niyetlerinden faydalanılabilir:

“Bildirim Formunda, Delta Petrol’ün yeni tanklar inşa ederek Ceyhan Terminali’nin kapasitesini (.....) m3 kadar artırmak ve (.....) km. uzunluğunda bir iskele inşa etmek üzere fizibilite çalışmaları gerçekleştirdiği ve projenin öngörülen maliyetinin yaklaşık (.....) ABD Doları dolayında olduğu belirtilmektedir. Med Energy’nin, bahse konu tesisin genişletilmesi işinin birlikte finanse edilmesi, birlikte işletilmesi ve uluslararası depolama

³⁶ Bright/Schmidt, s.551

³⁷ Örneğin iki şirketin ortak girişim tesisiyle daha yüksek üretimle birlikte daha düşük tüketime erişmeleri vb. başkaca etkinlik kazanımları için bkz. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz

³⁸ Christopher Bright, John Schmidt, Joint Ventures and Similar Collaborative Arrangements, European Community Law of Competition (Derleyen: Peter Roth, Vivien Rose) 6.Bası BELLAMY & CHILD Oxford University Press, 2008, New York, s.551-552; Barlas, 261

³⁹ Goyder, s.398

⁴⁰ Telekomünikasyon gibi önemli ve dinamik pazarlarda stratejik işbirliklerinin yaygın olarak kullanılmasının beklentisi ortak girişimlerin önemini artıran unsur olarak ifade edilmektedir. bkz. , Michael Lower, Regulating Enterprise, Law and Business Organisations in UK, Portland, Oregon, USA, 1999, (der. David Milman), s.241

⁴¹ D.G. Goyder Ec Competition Law 4. Bası, Oxford University Press, 2003, New York, s.398

⁴² Dayınlarlı, s.222-223

⁴³ Dosya Sayısı: 2011-1-168 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-52/1310-461 Karar Tarihi: 13.10.2011

faaliyetlerinin komşu ülkelere de genişletilmesi amacıyla Rubis Terminal ile görüşmeler yaptığı, bu çerçevede tarafların iş bu bildirim konu ortak girişim işlemi üzerinde anlaştıkları ifade edilmektedir.”

Yurt dışında müşteri elde etme arzusu, teşebbüsleri işbirliğine yönelten başka bir sebeptir⁴⁴. Yabancı şirket ihale şartları, proje sorunları ülkede hâkim değer yargıları konusunda daha iyi bilgi sahibi olabilecek iken yerli şirketler teknik ve mali destek sağlamış olacaktır⁴⁵. Böyle durumlarda ortak girişim oluşturulması yabancı yatırımcı tek başına giremeyeceği pazarlara girişini sağlayan bir strateji olarak öne çıkacaktır.

V. Ortak girişim türleri

Ortak girişimler, pek çok farklı unsur esas alınarak çok çeşitli ayırım ve sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedirler⁴⁶. Mesela, üstlendikleri faaliyete göre ortak girişimin üretim, araştırma geliştirme, pazarlama gibi veya yine ana teşebbüslerine nispetle buldukları pazar konumuna göre dikey, yatay, alt veya üst pazar yönünden ayrılmaları da mümkündür.

Ortak girişimler ortakların tabiiyetleri veya mukim oldukları yer bakımından da devletlerarası, devlet ile özel kişiler arası ve özel kişiler arası olarak ve şirketlerin gruplaşması olarak da ayrılabilir⁴⁷. Bunun yanı sıra ortakların eşit paya, kara zarara katılma hakkına, eşit oya sahip olmaları gibi eşitlikçi ortak

⁴⁴ Goyder, s.398; Gelişmekte olan ülkeler için uluslararası ortak girişimler sermaye girişi ve teknoloji transferi açısından önem arz etmektedir bkz. Öztürk, s.52

⁴⁵ Akyol, s.58

⁴⁶ Farklı ortak girişim yapılarının değerlendirilmesi ve mukayesesi için bkz. Ronald Charles Wolf, The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts, Third Edition, Kluwer Law International, Hollanda, 2011; ayrıca ortak girişimler finans, ham madde, fiziksel yerleşim kaynağı veya yeni teknoloji, patent, ucuz iş gücü, pazar, bilgi temini ve modern yönetim tarzlarını öğrenmek gibi kaynak teminine yönelik bkz. Dilber Ulaş, Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler (Joint Venture) ve Türkiye’de Uygulamaları, 2003, Ankara s.63, vd; ürünlerin dağıtımını genişletmek, dağıtım kanallarından faydalanmak, ürün hattını genişletmek, ölçek ekonomisine erişmek, pazara giriş engellerini aşmak ve yeni pazarlara girmek, üretim ve ihracatı artırmak ve rakabet gücü kazanmak gibi pazar amacına yönelik bkz. Ulaş, s.71, vd; riski yayma ve vergi avantajı sağlamak gibi amaçlara yönelik ortak girişimler olarak da sınıflandırılabilir bkz. Ulaş, s.76

⁴⁷ Dayınlarlı, s.59-79

girişimlerden ve ortaklardan birinin hâkimiyetinin bulunduğu ortak girişimlerden⁴⁸ de bahsedilmektedir. Dolayısıyla ortak girişim üzerindeki hâkimiyet durumuna göre, tek veya ortak kontrol edilen ortak girişimler şeklinde de bir ayrıma gidilebilir.

Ancak hukuki olarak ortak girişimler sermayeye katılmalı⁴⁹ ve sözleşmesel olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Ortak girişimin hukuki niteliği bahsinde ifade edildiği üzere sermayeye katılmalı ortak girişimde ortak girişim TTK anlamında bir sermaye şirketi niteliğinde iken; sözleşmesel ortak girişimde ortak girişim adi ortaklık niteliğinde olmaktadır.

Ortak girişimin hangi hukuki nitelikte oluşturulacağını ise tarafların istekleri belirlemektedir. Taraflardan birinin belirli bir iş için görevlendirilmesinin mümkün olması ve ortakların rızası olmaksızın yeni ortak alınmamasına imkân vermesi sebebiyle ortak girişimler adi şirket temelinde kurulabilmektedir.⁵⁰ Ancak ortak girişim taraflarının sorumluluklarının sınırlandırılması ve taraflar arasındaki dengenin korunarak uzun sürede şirketin büyümesine hizmet edecek yapıya ulaşılması için şirket de kurulabilir⁵¹. Uygulamada sermaye katılmalı ortak girişim tarafları da genellikle tüzel kişiler olmaktadır⁵². Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde taraflar ortak girişimin kurulacağı ülkedeki şirket tiplerinden birisini seçerler⁵³. Hangi şirket tipinin ortak girişim için uygun olacağı her bir ortak girişim özelinde ayrı değerlendirilmelidir⁵⁴.

İleride değinileceği üzere rekabet hukuku bakımından ise ortak girişimler tam ve kısmi işlevsel ortak girişimler ile işbirliğine ve yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler olarak iki farklı ayrıma tabi tutulabilmektedir.

⁴⁸ Akyol, s.81

⁴⁹ Sermayeye katılmalı ortak girişimler için bkz. Sıtkı Anlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Private Equity), İstanbul, 2009,

⁵⁰ Dayınlarlı, s.226

⁵¹ Dayınlarlı, s.116

⁵² Öztürk, s.20, dn.102

⁵³ Öztürk, s.21

⁵⁴ Öztürk, s.22; Ortak girişim oluşturulması sürecinde benimsenebilecek yöntemler için bkz. Zenichi Shishido, Munetaka Fukuda, Masato Umetani, Joint Venture Strategies: Design, Bargaining, and the Law 2015, Edward Elgar Publishing,

§3. Rekabet hukuku kapsamında ortak girişim

İfade etmek gerekir ki ortak girişimlerin nitelendirilmesi bakımından, ortak girişimin adi ortaklık temelinde kurulmasının veya tüzel kişiliği haiz şirket şeklinde yapılanmasının veya ortak girişimin sahip olduğu şirket türünün rekabet hukuku anlamında herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Rekabet hukukunda temel olarak anlaşma, işlem veya eylemlerin rekabet hukukuna uygunluğunun tespitinde üç farklı denetim kullanılmaktadır. Bunlar anlaşma, yoğunlaşma ve hâkim durumun kötüye kullanılması denetimleridir. Bir ortak girişimin oluşturulması ya anlaşma olarak kabul edilerek anlaşmalar denetimine göre ya da yoğunlaşma olarak kabul edilerek yoğunlaşma denetimine tabi tutulacaktır.

Ortak girişimin, kurucular arasında işbirliği anlaşması niteliğinde olması veya bir işbirliğinin yürütülmesine yönelik belirli bir görevi üstlenmesi durumunda işbirliğine yönelik ortak girişim söz konusu olacaktır. Böylesi bir ortak girişimin oluşturulması durumunda pazara görünürde bir teşebbüs girecek ancak pazarda yapısal bir değişiklik olmayacaktır. Bunun sebebi ortak girişim yalnızca kurucular arasındaki bir işbirliğinin neticesi ve uygulayıcısı olarak piyasada bulunacak olması dolayısıyla kurucularının işleri haricinde pazara erişiminin olmayacak veya çok düşük düzeyde olacak olmasıdır. Dolayısıyla böylesi bir ortak girişim yoğunlaşmadan öte taraflar arasındaki anlaşma niteliğinde olacaktır.

Bunun yanı sıra ortak girişimin kurucuları arasında bir işbirliğinin ötesinde piyasada kalıcı olarak bağımsız bir teşebbüs gibi faaliyet göstermesi, dolayısıyla da pazara yeni ve bağımsız bir teşebbüs girişi olmuşçasına pazarın yapısını değiştirecek ortak girişimler işbirliğine yönelik etki taşımamaları kaydıyla yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler olarak kabul edilecektir.

Anlaşma niteliğindeki ortak girişim ile yoğunlaşma niteliğindeki ortak girişimlerin ayrıştırılabilmesi amacıyla tam işlevsellik doktrini geliştirilmiş ve tam

işlevsel nitelikte olmayan ortak girişimlerin anlaşma niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki bir ortak girişimin yoğunlaşma niteliğinde olduğunun tespiti için aranan tek şart tam işlevsellik unsuru değildir. Bunun yanı sıra ana teşebbüslerinin ortak kontrolü altında bir ortak girişimin söz konusu olması gerekmektedir. Ortak kontrol unsurunun ortak girişim olmanın bir unsuru olup olmadığına ileriki bölümde değinilecektir.

Bahsedilen sebeplerle ortak girişimin Rekabet Hukuku anlamındaki farklı konumu dikkate alınarak aşağıdaki başlıklarda Rekabet Hukuku anlamında ortak girişim kavramı, ortak girişimlerin sınıflandırılması, ortak girişimlerin denetlenmesi ile ortak girişimlerin rekabet üzerine etkileri ve ortak kontrol unsurları üzerinde durulacaktır.

I. Ortak girişim kavramı

Gerek AB gerekse de Türk Rekabet Hukuku mevzuatında ortak girişimlere ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Her iki mevzuat da yalnızca tam işlevsel ve kısmi işlevsel olarak ifade edilen iki farklı tür ortak girişimden bahsetmekte ve yalnızca tam işlevsel ortak girişim için *bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getiren ortak girişim* şeklinde bir tanım yapılmaktadır.

Bazı Kurul kararlarında⁵⁵ ise ortak girişimlerin tanımı yapılmakta ve tanım yapılırken ortak kontrol ve iktisadi bağımsızlık unsurlarından bahsedilmektedir. Ancak ortak kontrol unsuru, bir ortak girişimin birleşme rejimi altında değerlendirilebilmesini sağlayan bir gerekliliktir. Nitekim çok kişinin katıldığı ancak tek başına kontrol durumunun bulunduğu veya belirli kişilerin kontrolünün bulunmadığı oluşumlar için de ortak girişim ifadesi kullanılabilmekte ancak

⁵⁵ “Rekabet Hukuku açısından ortak girişimi, iki veya daha fazla işletmenin ortak kontrolü altında olan, belirli iktisadi amaçları gerçekleştirmek için yeterli malvarlığına ve işgücüne sahip ve kontrolü altında olduğu işletmelerden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu bulunan bir teşebbüs olarak tanımlayabiliriz“ bkz. Dosya Sayısı: D4/1/Ş.K.-00/2 (Devralma) Karar Sayısı: 00-14/136-68 Karar Tarihi: 18.4.2000

değerlendirme anlaşmalar rejimine göre yapılmaktadır⁵⁶. İktisadi bağımsızlık ise genel olarak tam işlevselliği ifade etmektedir. Dolayısıyla iktisadi bağımsızlığı ve ortak kontrolü bünyesinde barındıran tanımlar her türlü ortak girişimi kapsamaktan ziyade yalnızca ortak girişimlerin bir türü olan tam işlevsel ortak girişime ilişkin olacaktır. Nitekim gerek Komisyon gerekse de Kurul, kararlarında iktisadi bağımsızlığa sahip olmayan oluşumlar için de ortak girişim ifadesini kullanılabilir⁵⁷.

Ortak girişim tanımının otonomluk, varlık, organizasyon, personel, kalıcılık, yönetim gibi kurumsal nitelikler aranmayarak geniş tutulması, uygulamada çıkabilecek farklı türdeki ortak girişim modellerini kapsamasını ve ortak girişimin kurumsal niteliği düşük bir yapıya sahip olabilmesi ihtimalini dışlamamasını sağlayacaktır⁵⁸. Bu bağlamda ortak girişimin şirket, şirket benzeri ve sözleşme temelindeki her türlü anlaşma ve organizasyon türünü kapsayan geniş bir ifade olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sözleşme temelinde kurulan adi şirket niteliğindeki

⁵⁶ Bkz. Dosya Sayısı : 2011-4-278 (Muafiyet) Karar Sayısı : 11-50/1257-446 Karar Tarihi : 29.09.2011; Dosya Sayısı : 2014-1-69 Karar Sayısı : 14-46/838-379 Karar Tarihi : 26.11.2014

⁵⁷ “Rekabet hukuku açısından bakıldığında; a. “İki veya daha fazla teşebbüsün, araştırma geliştirme gibi faaliyetleri yürütmek veya belirli, süreli bir işi tamamlamak amacıyla biraraya geldiği oluşumlar (konsorsiyumlar vb.)”, eğer “rekabeti bozma, engelleme veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar” niteliğinde iseler, 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi kapsamında değerlendirilirler. Kanun’un 5’inci maddesinde belirtilen koşulları sağlamaları halinde, Rekabet Kurulu bu anlaşmalara muafiyet verebilir. b. İki veya daha fazla teşebbüsün, ortaklaşa kurmuş oldukları ve/veya kontrol ettikleri şirketler, Türk rekabet hukuku açısından, Türk Ticaret Kanunu’nda ve/veya Borçlar Kanunu’nda belirtilen şirket nev’ilerine bakılmaksızın, “ortak girişim” olarak nitelendirilirler. Bu tür ortak girişimlerin, Kanun’un 7’nci maddesi kapsamında mı yoksa 4’üncü maddesi kapsamında mı değerlendirmeye tabi tutulacakları, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in “Birleşme ve Devralma Sayılan Haller” başlıklı 2’nci maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddenin (c) bendi uyarınca, “Amaçlarını gerçekleştirmek için işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim şirketi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture).” 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2/c maddesinde belirtilen koşulları taşımayan ortak girişim anlaşmaları da sonuç itibarıyla, teşebbüsler arasında yapılmış olan anlaşmalardır ve “rekabeti bozma, engelleme veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte” iseler, Kanun’un 4’üncü maddesi uyarınca “hukuka aykırı ve yasaktırlar”. Kanun’un 4’üncü maddesi, herhangi bir anlaşma türü (satış sözleşmesi/ şirket akdi vb.) veya şekline (yazılı/sözlü vb.) istisna getirmemiştir. Diğer yandan, 4’üncü madde kapsamına giren anlaşmalar, Kanun’un 5’inci maddesinde öngörülen koşulları taşımaları halinde muafiyet alabilirler.” bkz. Dosya No: D2/2/B.E.-99/1 Karar No: 00-26/292-162 Karar Tarihi: 17.07.2000 Komisyon ise ortak girişim ifadesini en az iki kişi tarafından kontrol edilen ayrı bir iş varlığı olarak kullanılmaktadır bkz. Bright/Schmidt, s.540

⁵⁸ Ortak girişim şirketsel niteliği düşük bir yapıda da çalışabilmelidir. Bkz. Morais, s.28

ortak girişimler ile TTK anlamında sermaye şirketi şeklinde oluşturulan ortak girişimlerin yanı sıra belirli platform ve komitelerin de rekabet hukuku anlamında ortak girişim olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Nitekim ortak girişimler yalnızca teknoloji aktarımının gerçekleştirildiği ancak ortak sahipliğin olmadığı veyahut ana teşebbüslerin kaynak aktardığı ortak bir komite gibi çok çeşitli yapı ve fonksiyonlarda da ortaya çıkabilmektedir⁵⁹.

Ortak girişim için ayrı bir yasal teşebbüs veya ana teşebbüslerinde ayrı olarak tanımlanabilecek ortak komite veya organizasyon, varlık aktarımı, sorumluluk tesisi gibi unsurlardan bahsedilmektedir⁶⁰. Ortak girişime ilişkin tanım yapılırken ortak girişime belirli düzeyde kurumsal nitelikler atfetmenin kapsayıcılığı zedeleyecek olması karşısında da bu nitelikleri geniş anlamda anlamak gerektiği ifade edilmektedir⁶¹.

Ortak girişimler birleşmeden, yalnızca araştırma geliştirme, üretim veya dağıtım gibi işbirliği anlaşmalarına kadar farklılaşabilmektedir. Dolayısıyla ortak girişimin; işbirliği düzeyi düşük ortak alım veya laboratuvar işlerinin paylaşılması gibi anlaşmalardan⁶², pazar paylaşımı ve fiyat belirleme gibi kartele yakın anlaşmalara ve tarafların belirli bir ürün veya hizmete yönelik faaliyetlerini birleştirerek pazardan çekilmelerini de kapsayan⁶³ çok geniş bir kapsamı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ancak ortak girişim tanımının geniş tutulması somut olayda bir ortak girişimin hangi rejime tabi tutulması gerektiğine ilişkin zorluğu gidermekten ziyade artırmaya yol açabilir⁶⁴. Nitekim böyle bir kabul birbirlerinden usul ve maddi hukuk

⁵⁹ Korah, s.427

⁶⁰ Goyder, s.399

⁶¹ Kalıcılık ve otonomluk unsurlarının da ortak girişim tanımına dahil edilmesi ve ortak girişimin ana teşebbüslerinden ayrı bir varlık olarak anlaşılmasının, ortak girişim faaliyetinin ana teşebbüs faaliyetinin belirli bir bölümünü oluşturmasını engelleyecek şekilde dar anlaşılması gerekliliği hakkında bkz. Luis Silva Morais, Joint Venture and Eu Competition Law, Oxford, Portland, Oregon, 2013 s.28

⁶² Goyder, s.398; Alison Jones, Brenda Sufirin, EC Competition Law Text, Cases, and Materials 2. Bası, Oxford University Press 2004, New York s.868

⁶³ Goyder, s.401

⁶⁴ Rekabet hukuku alanında ortak girişimlere ilişkin pek çok tanım yapılmış bulunmasına karşın ittifakla kabul görmüş bir tanımın bulunmaması ve bu alandaki muğlaklığın ortak girişimlerin analizi açısından sorun teşkil etmesi hakkında bkz.Morais, s.25

bakımından olukça farklı olan yoğunlaşma ve anlaşmalar rejimlerinin⁶⁵ ortak girişimlere tatbiki yönünden zorlukları⁶⁶ daha da derinleştirmeye sebep olabilir. Rekabet Hukuku olguların iktisadi etkileriyle ilgilenen bir hukuk dalı olduğu düşünülecek olursa; etki ve nitelik yönünden özdeş ancak şekil yönünden farklı oluşumların farklı denetim rejimine tabi tutulması, Rekabet Hukukun kendi iç tutarlılığını, hukuk bütünlük ve belirliliği zedeleyecektir. Ortak girişim tanımının dar tutulması uygulamada belirli türdeki oluşumların ortak girişim tanımı dışında kalmasına ve belirli yapıların uygulamada gereksiz olarak terk edilmesine sebep olacaktır.

İfade etmek gerekir ki; tam işlevsel yapıda olmayan ortak girişimlerin anlaşmalar denetimine tabi tutulduğu mevcut hukuki yapı karşısında yalnızca tam işlevsel ortak girişimlere ilişkin tanım yapılması makul görünmektedir. Böylece ortak girişimlerin ayrıştırılmasına yönelik hukuki belirliliğe katkı sağlanacaktır. Bütün ortak girişimleri kapsayan bir tanımın yapılmasının ise pratikte bir faydası olamayacaktır. Nitekim tam işlevsel ortak girişim niteliğinde olmayan bir oluşumun ortak girişim olarak ifade edilip edilmemesinin değil ancak tam işlevsel olmamasının hukuki bir sonucu olacaktır.

Sonuç olarak ortak kontrol olgusu tam işlevsel ortak girişimlerin yoğunlaşma rejimi kapsamında değerlendirilmesini sağlamaktadır. Bunun haricinde ortak kontrolün bulunmadığı ancak ortak girişim olarak ifade edilen oluşumlar anlaşmalar denetimi kapsamına girecektir. Çalışmada ise ortak girişim ifadesi, birden çok kişi tarafından müştereken kontrol edilen ortaklık anlamında kullanılmıştır.

II. Ortak girişimlerin rekabet üzerindeki etkileri

Ortak girişimlerin birbirlerine rakip teşebbüsler tarafından oluşturulması durumunda rekabetçi endişeler daha fazla olacaktır. Ortak girişimler genellikle yeni

⁶⁵ Jones/Sufrin, s.869

⁶⁶ Bkz. Jones/Sufrin, s.868

bir teknoloji veya ürünün ticarileştirilmesi, işletilmesi ve geliştirilmesi gibi⁶⁷ ortak bir amaç için aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin işbirliği biçimi olarak ortaya çıkar⁶⁸. Ancak bu durumda ortak girişim ana teşebbüsler arasındaki rekabeti azaltarak veya tamamen ortadan kaldırarak rekabet üzerinde ciddi riskler oluşturabilir. Mesela üretim ortak girişimleri rakipler arasındaki üretim maliyetlerini yakınlaştırarak, araştırma geliştirme ortak girişimleri ise ürün farklılaşmasını azaltarak, rakipler arasındaki olması gereken çeşitli rekabet unsurlarını ortadan kaldırabilir.

Pazar yapısı da ortak girişimlerin rekabet üzerindeki etkisi bakımından önem arz etmekte; çok sayıda teşebbüsün bulunduğu veya giriş engellerinin olmadığı pazarlarda ortak girişimlerin rekabeti olumsuz etkilemeleri kolay olmamaktadır⁶⁹. Ancak giriş engellerinin bulunduğu ve az sayıda teşebbüsün bulunduğu pazarlarda ortak girişimler hâkim durum oluşturma veya işbirliği suretiyle rekabeti olumsuz etkileyebilirler⁷⁰. Ortak girişimin üst pazarda faaliyet göstererek ana teşebbüslerine girdi sağladığı durumlarda ortak girişim hem ortak girişimin rakipleri hem de ana teşebbüslerin rakipleri bakımından piyasayı kapatıcı etki oluşturabilir. Ortak girişimin rakipleri mallarını arz yönünden benzer şekilde ana teşebbüslerin rakipleri ise girdiye erişim bakımından piyasayı kapatıcı etkiye maruz kalabilir⁷¹. Böylece rakip birkaç işletme belirli bir coğrafi alandaki mal veya ürün piyasasında aralarındaki rekabeti azaltarak hatta ortadan kaldırarak⁷² fiyat⁷³ ve alım satım şartları ile sözleşme hükümlerini; üretici, tüketici ve kamu kurumlarına hatta bütün çevrelere dayatabileceklerdir⁷⁴.

⁶⁷ Russo/Schinkel/Günster/Carree, s.270

⁶⁸ Francesco Russo, Maarten Pieter Schinkel, Andrea Günster, Martin Carree, European Commission Decisions on Competition Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases, Cambridge University Press 2010, New York s.270

⁶⁹ Dosya No: D4/1/M.A.-00/1 Karar No: 00-6/61-28 Karar Tarihi: 10.02.2000

⁷⁰ Dosya No: D4/1/M.A.-00/1 Karar No: 00-6/61-28 Karar Tarihi: 10.02.2000

⁷¹ Bright/Schmidt, s.560

⁷² Tekinalp/Tekinalp, s.469; Bright/Schmidt, s.559; Capobianco, s.63

⁷³ Capobianco, s.63

⁷⁴ Tekianlp/ Tekinalp, s.469

Ayrıca ortak girişimler rakiplerin birbirlerini gözlemlemesini kolaylaştıran bir unsurdur⁷⁵. Rakipler ortak girişim vasıtasıyla birbirlerinin üretim, maliyet, fiyat, dağıtım sistemlerine ilişkin bilgileri elde ederek uyumlu eylemlerde bulunabilecekleri gibi ortak girişimi doğrudan rekabetçi pazar davranışlarının koordinasyonu için de kullanabilmektedirler⁷⁶. Böylece ortak girişim vasıtasıyla hem rakip, müşteri veya sağlayıcıları üzerinde olumsuz etki uygulanabilmekte⁷⁷ hem de örtülü anlaşmalar denetlenebilmektedir.

Ancak ortak girişimler ana teşebbüsleriyle bağlantılı olmayan bir pazarda faaliyet göstermek üzere de oluşturulabilir. Bu durumda ise genellikle ortak girişimin rekabet üzerinde olumsuz bir etkisi olmayacaktır⁷⁸.

Ortak girişimler rekabeti üzerinde olumsuz etki yaratmalarının yanı sıra üretimde, teknolojiye⁷⁹ dağıtımda⁸⁰; ticarileşme kanallarının verimliliğinin artırılması, araştırma gücünün birleştirilmesi ve servislerin sunumunun iyileştirilmesi gibi çok çeşitli etkinlikler sağlayarak refaha katkıda da bulunabilirler⁸¹.

Ortak girişimin kurulması neticesinde etkinlik meydana gelip gelmediği somut olay açısından değerlendirilmelidir⁸². Nitekim ana teşebbüslerin ortak

⁷⁵ Maher M. Dabbah, *EC and UK Competition Law, Commentary, Cases and Materials*, Cambridge University Press 2004, Cambridge, s.477

⁷⁶ Aslan, s.631; bkz. *Guidelines On The Assessment Of Horizontal Mergers Under The Council Regulation On The Control Of Concentrations Between Undertakings*, para.47,48; *Yatay Birleşme Ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz*, para. 46,47; Bright/Schmidt, s.559

⁷⁷ Aslan, s.631

⁷⁸ Nitekim ortak girişim ile ana teşebbüslerin veya ana teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olması durumunda bir ortak girişim rakipler arasında koordinasyon riski yaratabilmektedir bkz. Aslan, s.645; Dosya No: D4/1/M.A.-00/1 Karar No: 00-6/61-28 Karar Tarihi: 10.02.2000; ayrıca bkz. Ana teşebbüsler ile aynı pazarda kurulan bir ortak girişime muafiyet verilmiştir bkz. Dosya Sayısı: 2002-2-46 (Önaraştırma/Muafiyet) Karar Sayısı : 02-56/697-281 Karar Tarihi : 19.9.2002 ana teşebbüsler arasında ilgili pazarda rekabet bulunmaması durumunda ise ortak girişim rekabeti sınırlayıcı olmamıştır bkz. Dosya Sayısı : D4/1/O.K.-00/1 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 00-9/85-40 Karar Tarihi : 29.2.2000

⁷⁹ Aslan, s.649-650

⁸⁰ Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, s.203,

⁸¹ Russo/Schinkel/Günster/Carree, s.270; Ortak girişimlerin rekabet üzerine etkileri için ayrıca bkz. Alistair Lindsay, Alison Berridges, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, 2012, London, , s.489,490; ayrıca bkz. Lerzan Kayıhan, *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*, Ankara 2003; Nitekim kısmi işlevsel ortak girişimler hatta ortak kontrol edilen bir birim oluşturmayan işbirlikleri dahi etkinlik oluşturabilmektedirler bkz. Korah, s.428

⁸² Korah, s.428

girişimi bilgi değişimi aracı olarak kullanmaları, etkinlik kazanılması için gerekenin ötesinde rekabetçi davranışlarını koordine etmeleri ciddi rekabet riskleri ortaya çıkarabilmektedir⁸³.

İlk bakışta bir rakip teşebbüsün rakipleri tarafından devralınması veya ana teşebbüslerin faaliyetlerini birleştirmeleri eğer pazarın birkaç rakip kalacak hale gelmesine sebebiyet verecek ise muhtemelen rekabetin kısıtlanacağı söylenebilir⁸⁴. Ancak kimi zaman da eski bir tesisin modern şekilde yenilenerek piyasaya rekabet gücü olan bir rakip de kazandırılabilir⁸⁵.

Ana teşebbüslerin ayrı ayrı girebilecekleri bir pazarda ortak girişim oluşturmaları durumunda ortak girişim oluşturulmasının potansiyel rekabeti engellediği kabul edilebilir⁸⁶.

Aynı zamanda ortak girişimler küçük teşebbüslerin büyük teşebbüsler ile daha etkin rekabet edebilmesine de olanak sağlar⁸⁷. Hâlihazırda tek başlarına büyük teşebbüsler karşısında etkin bir rekabet baskısı oluşturamayan küçük teşebbüslerin güçlerini birleştirerek işbirliği yapması büyük teşebbüsler üzerinde etkin bir rekabet baskısı oluşturabilir.

III. Ortak girişimlerin sınıflandırılması

Ortak girişimlerin denetlenmesi meselesi ise ortak girişimlerin yapısı gereği belirli güçlükleri beraberinde getirmektedir. Ortak girişimlerin çok çeşitli yapılarda ortaya çıkabilmesi, rekabet denetimi açısından yeknesak bir yaklaşımı imkânsız kılmaktadır. Bir ortak girişim anlaşma niteliğinde olabileceği gibi yoğunlaşma niteliğinde hatta her iki unsuru da bünyesinde barındıran karma nitelikli de olabilir⁸⁸. Dolayısıyla somut olay özelinde bir ortak girişime anlaşmalar denetiminin

⁸³ Russo/Schinkel/Günster/Carree, s.270

⁸⁴ Korah, s.428

⁸⁵ Korah, s.428

⁸⁶ Aslan, s.632

⁸⁷ Bright/Schmidt, s.552

⁸⁸ Yatay işbirliği anlaşması niteliğinde ortak girişim oluşturulmasına şartların varlığı halinde hâkim durumun kötüye kullanılması denetimi de uygulanabilir bkz. Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation

mi yoksa yoğunlaşma denetiminin mi yoksa her iki denetimin birlikte mi tatbik edilmesi gerektiği hususunda tereddütler oluşmaktadır. Buna ek olarak ana teşebbüslerin ortak girişim üzerinde sahip oldukları ortak kontrol durumunun varlığı da ortak girişimlerin kavranmasını ve belirli bir zemine oturtulmasını daha da güçleştirmektedir.

İfade etmek gerekir ki ortak girişimlerin tümü için geçerli olacak tek bir denetimin esas alınması, belirli ortak girişim modellerinin rekabete aykırı yönlerinin denetlenememesi, belirli ortak girişim modellerinin ise gereğinden daha sıkı bir denetime tabi tutulmasına sebep olacaktır. Böylece daha sıkı denetime tabi olan ortak girişimler ise uygulamada terk edilecek ve gereksiz olarak piyasalar belirli türdeki bir işbirliği modelinden mahrum kalacaklardır.

Ortak girişimlere yönelik yaklaşımın belirlenmesi açısından yapılması gereken; ilk olarak ortak girişimlerin kendi içerisinde sınırları belirli ve farklı kuralların tatbikini mümkün kılan bir ayrıma tabi tutulabilmesidir. Nitekim Rekabet Hukuku anlamında ortak girişimlerin sınıflandırılmasına ilişkin yapılan tanımlar da aslında uygulanacak denetimi belirler nitelikte olmaktadır. Örnek vermek gerekirse ortak girişimlerin ana teşebbüslerine tamamen bağlı bir ortak teşebbüs veya bağımsız bir ortak girişim şeklinde⁸⁹; ana teşebbüslerin ortak girişim pazarında faaliyetlerini devam ettirerek işbirliğine yönelik hareket ettikleri veya ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilerek güçlerini birleştirdiği⁹⁰ şeklinde yapılan ayrımlar aynı zamanda ortak girişime uygulanacak rejimi belirler niteliktedir.

Ortak girişimlerin sınıflandırılmasına⁹¹ ilişkin zaman içerisinde farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. Ortak girişimler yapısal⁹² ve davranışsal; işbirliği ve

agreements See Case T-51/89, *Tetra Pak I*, [1990] ECR-II 309, paragraphs 25 *et seq.* and Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, [OJ C 45, 24.2.2009, p. 7](#) ('Article 102 Guidance Paper').

⁸⁹ Bkz. Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.525, dn.139

⁹⁰ Eski rejime temel anarak yapılmış bir ayırım için bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.470

⁹¹ Ortak girişimlere zaman içinde değişen yaklaşım için bkz. Erja, *Joint Ventures at The Intersection Of Collaboration and Consolidation: Conceptualisation of Joint Ventures in EU Competition Law as Compared to the Approach in the United States*, Floransa, 2012

⁹² Yapısallık yönünden bir ortak girişim ayırımı için bkz. Bright/Schmidt, s.543, Yapısal ortak girişimler ana teşebbüslerinin iş varlıklarının yapısı ve organizasyonda değişikliklere sebebiyet

yoğunlaşma doğurucu; tam ve kısmi işlevsel olarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Geline son noktada ise tam işlevsel-kısmi işlevsel ayrımı benimsenmiştir. Benimsenen tam ve kısmi işlevsel ayrımı ise Rekabet Hukuku kurallarının ortak girişimlere tatbiki bakımından belirli bir tutarlılık ve belirlilik sağlamıştır.

Tam işlevsel ortak girişimler sürekli ve ekonomik olarak bağımsız şekilde tüm işlevlere sahip olarak herhangi bir sınırlandırma olmaksızın ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren ortak girişimlerdir⁹³. Kısmi işlevsel ortak girişimler ise ekonomik olarak bağımsız olmamakla beraber ana teşebbüslerin araştırma geliştirme, hammadde tesisi, satış veya pazarlama gibi belirli faaliyetlerine yönelik faaliyet yürüten⁹⁴ ve bağımsızlık niteliği bulunmayan ortak girişimlerdir.

Burada ortak girişime uygulanacak rejimden bağımsız olarak ancak nitelikleri gözetilerek ortak girişimlerin yoğunlaşma, işbirliği doğurucu ve karma nitelikli olarak sınıflandırılabilmesi de mümkündür. Buna göre tam işlevsel nitelikteki ortak girişimler yoğunlaşma doğurucu, kısmi işlevsel ortak girişimler işbirliği doğurucu, tam işlevsel olmakla birlikte işbirliği niteliği taşıyan ortak girişimler ise karma nitelikte olacaktır.

IV. Ortak girişimin bağımsızlığı

Kısmi işlevsel ortak girişimler ana teşebbüslerinin kontrolündedirler ve bağımsız politika izleyemezler. Ancak tam işlevselliğin önemli özelliği ortak girişimin belirli oranda ana teşebbüslerden bağımsız olmasıdır. Tam işlevsel ortak girişimler bir yönüyle kendilerini oluşturan ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik

vermekte, ana teşebbüsler önemli finansal yatırımlar, maddi ve gayri maddi hakları ortak girişime aktarmaktadır. Genellikle orta ve uzun vadeli faaliyete yönelik tesis edilmektedir. Pek çok yapısal ortak girişim tam işlevsel ortak girişim niteliğinde olmasına karşın bu zorunlu değildir. Kısmi işlevsel bir ortak girişim de ana teşebbüslerinin bir veya daha çok belirli bir işlevini üstlenebilir veya münhasıran ana teşebbüsleri adına yeni bir işlevi yerine getirerek yapısal nitelik taşıyabilir. Ancak bu ayrım yapısal ortak girişimlere daha hızlı bildirim usulünün benimsendiği döneme ilişkin tarihsel bir ayrımdır. bkz. Bright/Schmidt, s.543

⁹³ Tekinap/Tekinalp, s.470

⁹⁴ Tekinap/Tekinalp, s.470

birim oluşturmakta, bir diğer taraftan ise ana teşebbüslerinden belirli oranda bağımsız olmaktadır⁹⁵. Tam işlevsel bir ortak girişimin ne tür bir bağımsızlığa sahip olduğunun ortaya konması hem tam işlevselliğin anlaşılması hem de ortak girişimin ana teşebbüsleri ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

A- Ortak kontrol unsuru

Rekabet hukuku bakımından bir ortak girişimin varlığından söz edebilmek için ortak kontrolün⁹⁶ olması gereken⁹⁷ bir unsur olduğu söylenebilir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere ortak kontrol durumunun söz konusu olmadığı işbirlikleri için de ortak girişim ifadesi kullanılabilir.

Bir teşebbüs üzerinde kontrolden bahsedilebilmesi için kontrol tarafı veya taraflarının belirli olması gerekir. Çok sayıda teşebbüs tarafından müşterek bir amaç için oluşturulan ve belirli taraf veya tarafların istikrarlı olarak kontrolünde bulunmayan ve taraflara katılımları oranında hizmet sunan bir yapı da ortak kontrol durumu oluşmasa dahi ortak girişim olarak ifade edilebilmelidir.

Rekabet Hukukunda ortak kontrol unsuru tam işlevsel bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak değerlendirilebilmesi için taşınması gereken bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

⁹⁵ Ortak girişimin rekabet ihlallerindeki sorumluluk bakımından ana teşebbüslerin sorumlu olabilmesi ortak girişimin ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim teşkil etmesini desteklerken; ana teşebbüslerin ortak girişimin tam işlevselliğini sağlamak bakımından yükümlülükleri ise ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız bir birim teşkil etmesini desteklemektedir. İleride bu konuda açıklamalarda bulunulacaktır.

⁹⁶ Kontrol kavramına ilişkin AB ve bazı AB ülkesi hukukları arasında farklılıklar mevcuttur. Örneğin AB hukukuna göre belirli bir işlem, kontrolün bulunmaması sebebiyle yoğunlaşma oluşturulmasına karşın aynı işlem BK hukukuna göre yoğunlaşma teşkil edebilecektir. Rachel Brandendurger, Thomas Janssens, European Merger Control: Do the Checks and Balances Need to Be Re-Set, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy, (Derleyen: Barry E. Hawk), 2002 s.147

⁹⁷ Bkz. Andrea Lista, EU Competition Law and The Financial Services Sector, 2013, New York, s.7

En az iki teşebbüsün bir üçüncü teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulayabilme imkânlarının oldu hallerde ortak kontrol söz konusu olmaktadır⁹⁸.

Ortak girişimin stratejik kararlarının⁹⁹ en az iki ortak tarafından veto edilebilmesi imkânının varlığı ortak kontrolün karakteristik özelliğini oluşturmaktadır¹⁰⁰. Dolayısıyla ortak kontrolün, ortak girişimi kuran ana teşebbüslerin işbirliğine ve anlaşmaya varmaması durumunda ortak girişimin karar alma sürecinin kilitlenmesini¹⁰¹ ifade ettiği de söylenebilir.

Ortak kontrol durumunda ortak girişime ilişkin kararlar uzlaşıyla elde edilecektir¹⁰². Ancak bu uzlaşma taraflarının istikrarla aynı ortaklar olması gerekir. Ortak girişime ilişkin kararlar istikrarla belirli ortakların aynı yönde oyuyla alınmıyor ise bu durumda değişen ittifaklar¹⁰³ söz konusu olacak ve ortak kontrol oluşmayacaktır.

Değişen ittifakların olduğu hallerde belirli iki ortak tarafından üstlenilen bir ortak kontrolünün söz konusu olmamasının yansira ayrıca tek kontrolün de bulunmuyor olması sebebiyle bu tür işlemler birleşme devralma olarak değerlendirilmeyecektir¹⁰⁴. Ancak bu tür durumlarda kurucu şirketler ile yeni kurulan şirketin aynı pazarda faaliyet göstermesi kurucuların uyumlu eylem de bulunmalarını kolaylaştıracak olması sebebiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması

⁹⁸ Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz, para 48; Çalışmanın devamında “Kılavuz” olarak anılacaktır.

⁹⁹ Ortak kontrol durumu yaratan kararlara etki edebilme yönetim kurulu üzerinden olabileceği gibi genel kurul üzerinden de gerçekleştirilebilir. Bkz. Case No COMP/M.2763 - TORAY / MURATA TEIJIN

¹⁰⁰ Aslan, s.620; Kılavuz, para 48

¹⁰¹ Geradin/Layne-Farrar/Petit, EU Competition Law and Economics, Oxford University Press, 2012, Birleşik Krallık, s.523; Christine Vilmar, Fasc. 470: Le Contrôle Communautaire Des Concentrations Sous Le Règlement N° 139/2004, JurisClasseur Concurrence – Consommation, 2013 s.11;

¹⁰² Kılavuz, para.48

¹⁰³ Ancak AB Yoğunlaşma Tüzüğü'nün değişikliği kapsamında değişen ittifakların da yoğunlaşma denetimi kapsamında alınması sözkonusudur. Bkz. Commission Staff Working Document, Accompanying the Document, White Paper Towards more Effective EU Merger Control, para.120

¹⁰⁴ Aslan, s.620-621

Hakkında Kanun'un 4. maddesinin¹⁰⁵ ihlali söz konusu olabilecektir, dolayısıyla muafiyet talebinde bulunulması düşünülebilir¹⁰⁶.

Yalnızca ortaklardan birinin ortak girişimin stratejik kararlarını veto etme imkânına sahip bulunması durumunda ise ortak kontrol söz konusu olmayacaktır.

Ortak kontrol tarafı teşebbüsler genellikle ortak girişim şirketinin paylarına da sahip olmalarına karşın ortak kontrolün tesisi için pay sahipliği bir koşul değildir. Teşebbüslere başka bir teşebbüs üzerinde kontrol imkânı veren her türlü aracın ortak kontrol durumu oluşturabileceği söylenebilir. Ortak kontrol¹⁰⁷ pay sahipliği, veto hakları, fiili araçlar¹⁰⁸ vb. gibi çok çeşitli imkânlardan kaynaklanıyor olabilir.

Ortak kontrol imkânı veren araçların ise ortak girişimin ticari stratejik kararlarına ilişkin¹⁰⁹ olması gerekmektedir. Dolayısıyla ortak girişimin faaliyeti açısından pek önem taşımayan veya istisnai hallerde uygulanabilecek türden haklar ortak kontrol durumu yaratmayacaktır¹¹⁰. Buna örnek olarak azınlık pay sahiplerinin azınlık haklarının korunmasına¹¹¹ yönelik sahip buldukları haklar verilebilir.

¹⁰⁵ AB Hukuku ile paralel olarak AB Hukukunda da, Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (çalışmanın devamında "TFEU" olarak anılacaktır) m.101 hükmünün ihlali söz konusu olabilecektir.

¹⁰⁶ Aslan, s.621; Bir şirketin kuruluşuna muafiyetin verilmesi, şirketin süresinin idari bir kararla sınırlandırılacak olması, şirketin sürekli faaliyet göstermesinde şirketin yanısıra şirketle ilişkili pek çok çevrenin işlem güvenliği açısından menfaatinin bulunması gibi sebeplerle eleştirilmektedir. Nitekim pazarın kapanması veya ortaklar arası rekabetin sınırlanmasını destekleyen unsurlara her zaman müdahale edilebilecektir. Bkz. Aslan, s.622

¹⁰⁷ Ortak kontrolün çeşitli şekillerine ilişkin bir değerlendirme için bkz. Christine Vilmart, Fasc. 470: Le Contrôle Communautaire Des Concentrations Sous Le Règlement N° 139/2004, JurisClasseur Concurrence Consommation, 2013, s.11 vd.; ayrıca kontrol konusuna ilişkin bkz. Abdulgani Güngördü, At Ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru, Ankara 2003

¹⁰⁸ Kılavuz, para.49

¹⁰⁹ Belirli düzeydeki satın alma, satış, tasfiye, iflas, birleşme gibi kararlara ilişkin veto hakkı hak sahibi şirketi ortak kontrol tarafı yapmamıştır. Bkz. Case No COMP/JV.46 - BLACKSTONE / CDPQ /

KABEL NORDRHEIN - WESTFALEN

¹¹⁰ Azınlık haklarının, hedef şirketteki etkisi ve yoğunlaşma rejimine yansımalarına ilişkin tartışma için bkz. Antonio Capobianco, (Capobianco OECD) OECD paper on definition of merger control transaction: What companies need to know, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 4; Ayrıca konuyla ilgili gündemde olan AB Yoğunlaşma Tüzüğü kapsamındaki değişikliklerle ilgili bkz. White Paper Towards more effective EU Merger Control, COM/2014/0449 final, para.24 vd.

¹¹¹ Örneğin yatırıma ilişkin veto hakkının nasıl değerlendirileceği vetoya bağlı yatırımın miktarına göre tayin edilecektir bkz. Case No COMP/M.2095 - SEXTANT / DIEHL

Ancak karar alınabilmesi için nitelikli çoğunluk gerekmesi¹¹² gibi farklı karar alma usullerinin benimsenmiş olması azınlık pay sahiplerini de ortak kontrol tarafı yapabilmektedir.

Ortak kontrol olgusu niteliği gereği ana teşebbüsler arasında bir uzlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla uzlaşma neticesinde ortaya çıkan kararlar tek başına kontrol taraflarından herhangi birinin iradesini değil; başka bir üçüncü iradeyi yansıtmaktadır¹¹³. Ancak burada çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir ortak girişimin ticari ilişkilerinin büyük bölümünü ana teşebbüslerinden biriyle oluşturması durumunda ortak girişim gerçekten herhangi bağımsız bir teşebbüsün hareket edebileceği gibi mi hareket etmektedir? Bu hareketi tam işlevsel niteliğini sorgulanır kılmayacak mıdır? Başka bir örnekte ortak girişimin bir karteğe dahil olması durumunda karteğe dahil olma iradesinin ana teşebbüslerine ait olmadığı söylenebilecek midir?

Bu durumda ortak kontrol olgusu neticesinde ortaya çıkan uzlaşmaya bağlı üçüncü bir iradenin her zaman ortaya çıkmayacağı söylenebilir¹¹⁴. Nitekim belirli hallerde tarafların kendi iradelerinden ödün vererek uzlaşmalarından ziyade; iradelerinin tamamen uyuşması da söz konusu olabilmektedir. İşte bu hallerde üçüncü bir iradeden ziyade ana teşebbüslerin iradelerindeki bir uyuşmadan bahsetmek gerekir.

Bununla birlikte ortak kontrol olgusuna bağlı olarak üçüncü bir iradenin ortaya çıkmasıyla bu iradenin sahibinin kim olduğu ve bu iradeyi kimin oluşturduğu ayrı meselelerdir. Uzlaşma neticesinde ortaya çıkan üçüncü iradenin ortak girişimin kendi kendine aldığı bir kararı olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir irade kontrole taraf teşebbüslerin aldığı bir karar neticesinde ortaya çıkmaktadır.

¹¹² Örneğin karar nisabının oy birliğini gerektirmesi karşısında daha küçük paya sahip ana teşebbüs ortak kontrol tarafı olabilir. Bkz. Case No IV/M.0017 - AEROSPATIALE / MBB

¹¹³ Ortak kontrol neticesinde taraflar menfaatlerini dengeleyerek tek bir ekonomik birim gibi davranmaları ve taraflardan farklı bir iradenin ortaya çıkması hakkında bkz. Abdulgani Güngördü, Mehmet Akif Kayar, AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi, Rekabet Dergisi, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002, sayı 11, s.82

¹¹⁴ Ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız şekilde kendi ticari politikasını belirlediğinin kabulü iktisadi açıdan gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Bkz. Kadir Baş, A Critical Approach Towards The Substantive Appraisal Of Joint Ventures Under The EU Merger Control Regime, s.216

Nitekim ortak kontrole taraf teşebbüslerden herhangi birinin veto yetkisini kullanması böyle bir üçüncü iradenin ortaya çıkmasını engelleyebilmektedir. Dolayısıyla tarafların kendi iradelerinden farklı bir iradenin ortaya çıkması ile sorumluluk esasının farklı konular olduğunun kabulü gerekir.

B- Ekonomik bütünlük doktrini

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; hukuki açıdan kural olarak şirket ortaklarının sorumluluğuna gidilebilmesini engelleyen tüzel kişilik perdesi rekabet hukuku açısından ortakların sorumluluğuna ilişkin herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Rekabet Hukukuna hâkim ekonomik bütünlük teorisi gereği aynı gruba bağlı şirketler farklı tüzel kişiliklere sahip olsalar dahi tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Bunun neticesinde de aynı gruba bağlı teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar rekabete aykırı anlaşma olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde bir ortak girişimin de tüzel kişilik taşıyıp taşıyamamasının; ana teşebbüsleriyle birlikte tek bir ekonomik birim olarak değerlendirilmesine herhangi bir etkisi olmamaktadır¹¹⁵.

2007 senesinden önceki kararlarında Komisyon ortak girişimleri ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim olarak değerlendirmemiştir¹¹⁶. Ancak 2007 sonrası kararlarında Komisyon içtihat değiştirerek ortak girişimlerin ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim teşkil ettiğine yönelik eğilim göstermiştir¹¹⁷. Bu yaklaşıma uygun olarak ortak girişimlerin rekabet ihlallerinden sorumluluğu ana

¹¹⁵ Aslan, s.619

¹¹⁶ Bkz. Case COMP/IV/32186 Gosme/Martell – DMP; Case COMP/F/38.443 – Rubber chemicals

¹¹⁷ Bkz. Case COMP/38629 - Chloroprene Rubber; ortak girişimin pay sahipleriyle ekonomik bütünlük oluşturması ve pay sahiplerinin ortak girişimin ihlallerinden sorumluluğu hakkında bkz. Joilling K. De Pree, Stefan C.H. Molin, Shareholder Liability for Joint Venture Infringements, Annual Proceedings of Fordham Competition Law Institute, The International Antitrust Law & Policy, (Derleyen: Barry E. Hawk) 2011, New York; ana teşebbüslerin ortak girişimlerin ihlallerinden sorumluluğu ve ana teşebbüslerin belirleyici etkisine ilişkin bkz. Lukas Solek, Stefan Wartinger, Parental Liability: Rebutting the Presumption of Decisive Influence, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 2

teşebbüslere atfedilmektedir¹¹⁸. Komisyon bazı kararlarında ortak girişim ve ana teşebbüsü arasındaki anlaşmayı endüstriyel liderlik doktrini ile açıklamakta ve ortak girişim ile ana teşebbüsü arasında rekabetin olmayacak olması sebebiyle söz konusu anlaşmaları anlaşmalar denetimine göre değerlendirmemiştir¹¹⁹. Benzer şekilde Kurul kararlarında¹²⁰ da içtihat değiştirilerek¹²¹; ortak girişim ve ana teşebbüsü arasındaki anlaşmalar; ortak girişim ve ana teşebbüsü arasında rekabet olmayacağından bahisle anlaşmalar denetimine tabi tutulmamakta ve ortak girişim ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim olarak değerlendirilmektedir.

Ancak Komisyonun ortak girişimleri tam işlevsel olsalar dahi ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim olarak gören görüşü üzerinde ittifak bulunmadığını ifade etmek gerekir¹²². Ortak kontrol olgusunun, tarafların menfaatlerini dengelemelerine sebebiyet vererek tarafların tek bir birim gibi davranmalarını sağlayacağı dolayısıyla da ortaya ana teşebbüslerden farklı bir iradenin ortaya çıkması¹²³ sebebiyle ortak girişimin ana teşebbüsleriyle tek bir

¹¹⁸ Bkz. Morais, s.104; ayrıca ana teşebbüslerin sorumluluğuna ilişkin T-76/08; T-77/08; T-82/13; T-83/08; T-84/13; T-91/13; C-172/12 P; C-179/12 P; C-668/11 P -; C-679/11P kararları ve kararlara ilişkin değerlendirme için bkz. Laurence İdot, Cartels, imputabilité du comportement d'une filiale commune, Europe n° 4, Avril 2012, comm. 152; Cartels et imputabilité de l'infraction commise par une entreprise commune, Europe n° 11, Novembre 2015, comm. 440; Cartels et responsabilité des sociétés mères, Europe n° 11, Novembre 2013, comm. 466 ve 76/08, T-77/08, T-82/13, T-84/13, T-91/13, T-2/13, T-104/13, kararlarına ilişkin bkz. Georges Decocq, Les sociétés mères sont solidairement responsables de leurs filiales communes, Contrats Concurrence Consommation, n° 4, Avril 2012, comm. 98; Responsabilité du Participant Indirect à une Entente Globale, Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2015, comm. 264

¹¹⁹ Sanlı, s.337, dn. 193

¹²⁰ Dosya Sayısı : 2014-3-54 (Muafiyet/Menfi Tespit) Karar Sayısı : 14-35/687-304 Karar Tarihi : 24.09.2014 benzer Dosya Sayısı : 2014-3-41 (Muafiyet/Menfi Tespit) Karar Sayısı : 14-35/698-305 Karar Tarihi : 24.09.2014; ayrıca ortak girişim ve ana teşebbüsü arasındaki ilişkinin yan sınırlama kapsamında değerlendirilebilir bkz. Dosya Sayısı : 2011-4-150 (Muafiyet/Menfi Tespit) Karar Sayısı : 11-47/1167-413 Karar Tarihi : 14.09.2011

¹²¹ Dosya Sayısı : 2008-4-161 (Muafiyet) Karar Sayısı : 08-52/784-313 Karar Tarihi : 11.9.2008; ayrıca ortak girişim ve ana teşebbüsü arasındaki ilişkinin yan sınırlama kapsamında değerlendirilmiştir bkz. Dosya Sayısı : 2011-4-150 (Muafiyet/Menfi Tespit) Karar Sayısı : 11-47/1167-413 Karar Tarihi : 14.09.2011

¹²² Bir ortak girişimin ana teşebbüslerinden biriyle olan ilişkileri bakımından ortak girişim ve ana teşebbüsü aynı ekonomik bütünlük içinde kabul etmemek gerekir. Bkz. Aslan, s.47; Ortak girişim ile ana teşebbüsü arasındaki ilişkinin anlaşmalar rejimine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. Sanlı, s.337, dn. 193; Bkz. Morais, s.105

¹²³ Ortak kontrol neticesinde taraflar menfaatlerini dengeleyerek tek bir ekonomik birim gibi davranmaları ve taraflardan farklı bir iradenin ortaya çıkması hakkında bkz. Abdulgani Güngördü, Mehmet Akif Kayar, AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi, Rekabet Dergisi, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002, sayı 11, s.82

ekonomik birim oluşturmadığı da söylenebilir. Ancak ortak girişimlerin rekabet ihlalden sorumluluğun ana teşebbüslere atfedilebileceğine ilişkin Adalet Divanının kararları¹²⁴ en azından sorumluluk esası bakımından ekonomik bütünlüğün kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ortak girişimin ana teşebbüsleriyle bir bütün teşkil ettiği anlayışı; “*bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerine sahip*”¹²⁵ bir teşebbüsün tam işlevsel olmasıyla ve AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.2, f.4 hükmündeki “*bağımsız kalan teşebbüsler arasındaki*” ifadesiyle uyumlu olacaktır. Başka bir ifadeyle mevzuatın lafzından ortak girişimlerin bağımsız olmadığı anlaşılmaktadır.

Ancak meseleye tam işlevsellik perspektifinden bakılacak olursa; ortak girişimin ana teşebbüsleriyle yürüteceği ve tam işlevselliğe hanel getirmeyen düzeydeki ilişkilerin tam işlevselliği zedeleyen boyutlara ulaşması durumunda artık tam işlevsel bir ortak girişimden ziyade işbirliğine yönelik bir ortak girişim söz konusu olacaktır. Söz konusu ilişki ana teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma niteliğinde olabilecektir. Eğer şartları mevcutsa anlaşmaya ilişkin muafiyet değerlendirmesi de yapılması gerekecektir. Burada dikkat edilmesi gereken böyle bir ihtimalde rekabeti kısıtlayan anlaşma taraflarının ana teşebbüsler olduğudur. Yoksa ana teşebbüs ve ortak girişim arasındaki anlaşmanın anlaşmalar denetimine tabi olması söz konusu değildir. Çünkü ortak girişimin kendisi teşebbüsler arası bir anlaşma niteliği kazanmış olacaktır. Örneğin A ve B teşebbüslerinin B’nin ürünlerinin dağıtımına yönelik bir C ortak girişimi oluşturmaları durumunda ortada C ortak girişimi ile B arasında yapılan bir dağıtım sözleşmesinden ziyade A ve B teşebbüslerinin B’ye ait ürünlerin pazarlanmasına ilişkin bir anlaşması söz konusu olacaktır.

Dolayısıyla tam işlevsellik ile ekonomik bütünlük kavramlarının birbirlerinden ayrılması ve tam işlevsellik unsurunun ekonomik bütünlüğü sınırlandıran nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda ortak girişimin ana teşebbüsüyle kuracağı ilişki üçüncü kişilerinkine benzer gerçek anlamda ticari

¹²⁴ C-179/12 P, C-172/12 P

¹²⁵ Yoğunlaşma Tebliği; AB Yoğunlaşma Tüzüğü, m.2/3

nitelikte olmayacak ise ortak girişimin kendisinin ana teşebbüsler arasındaki bir anlaşma olarak nitelendirilmesi gerekir.

C- Operasyonel bağımsızlık

Operasyonel anlamda iktisadi bağımsızlığa sahip olunması tam işlevselliğin sağlanabilmesi için bir gerekliliktir¹²⁶. Ortak girişimler için sıklıkla iktisadi bağımsızlık ifadesinin yansıra operasyonel bağımsızlık ifadesi de kullanılmaktadır¹²⁷. Yapılan tanımlarda operasyonel ve iktisadi bağımsızlıklar arasında bir ayrıma değinilmeksizin her iki kavram da birlikte kullanılmaktadır¹²⁸. Operasyonel bağımsızlık ise tam işlevsellikle özdeş veya tam işlevselliğin bir neticesi olarak ifade edilmektedir¹²⁹.

Operasyonel bağımsızlığın tanımlandığı bir Kurul bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: *“Operasyonel özerk olabilmesi için ortak girişimin pazarda bağımsız şekilde hareket edebilmesi ve yeterli kaynağa sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte ortak girişim, kontrolü altında bulunduğu ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesinde faaliyet göstermesi ve ana şirketler ile alım satım ilişkilerinin belirli bir düzeyde olması gerekmektedir.”*¹³⁰

Bu tanıma göre pazarda bağımsız hareket edebilme ve yeterli kaynağa sahip olmak operasyonel bağımsızlığı sağlamaktadır.

¹²⁶ Birleşme Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz (çalışmanın devamında “Kılavuz” olarak ifade edilecektir), para.80; Kılavuzda esas alınan Komisyon duyurusu için bkz. Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings

¹²⁷ Dosya Sayısı: 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-59/1515-540 Karar Tarihi: 24.11.2011

¹²⁸ Bkz. Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011 ve “Bir ortak girişimin tam işlevsel bir teşebbüs olabilmesi için operasyonel bakımdan iktisadi bağımsızlığa sahip olması gerekmektedir...”; Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011; bkz. Kılavuz, para. 80

¹²⁹ Tam işlevsellik temelde, operasyonel özerkliğe işaret etmektedir bkz. Dosya Sayısı: 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-59/1515-540 Karar Tarihi: 24.11.2011

¹³⁰ Dosya Sayısı: 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-59/1515-540 Karar Tarihi: 24.11.2011

Buna ek olarak operasyonel bağımsızlığın tahsis edilen kaynaklar açısından yeterliliğin yanı sıra, organizasyonel ve günlük işlere ilişkin¹³¹ bir bağımsızlığı da kapsadığı ifade edilmektedir. Sanlı'ya göre de buradaki bağımsızlık fonksiyonel bir bağımsızlıktır¹³².

O halde en geniş anlamda operasyonel bağımsızlığın, pazar politikalarında ve günlük işlerde bağımsızlığı ve kendine yetebilme durumunu ifade eden bir bağımsızlık türü olduğunu söylemek gerekir.

Konuya ilişkin tartışma ise operasyonel bağımsızlığın ortak kontrol olgusuyla çelişip çelişmediği üzerinde toplanmaktadır. Ortak girişimin ana teşebbüslerinin ortak kontrolü altında bulunması dolayısıyla serbestçe karar alabilme imkânı bulunmaması¹³³ ve ortak girişim stratejik kararlarının ana teşebbüsler tarafından alınması operasyonel bağımsızlıktan ne anlaşılması gerektiği yönünde tereddütler oluşturmaktadır.

Operasyonel bağımsızlığın ticari stratejik kararların ortak girişim tarafından alınması şeklinde geniş yorumlanması durumunda hiçbir ortak girişim tam işlevsel nitelikte olamayacaktır¹³⁴. Bu sebeple operasyonel bağımsızlık tam işlevsel bir ortak girişimin ana teşebbüslerine karşı ekonomik bağımsızlığa sahip olması şeklinde yorumlanmakta ve ortak kontrol unsuruyla bağdaşması mümkün olmayan kendi stratejik kararlarını almasını sağlayabilecek türde bir ticari bağımsızlığı ifade etmediği söylenmektedir¹³⁵. Böylece ortak kontrol olgusunun yalnızca tam bağımsızlıkla çelişen bir durum olacağı ancak operasyonel bağımsızlıkla herhangi bir çatışmasının söz konusu olmayacağı sonucuna varılabilecektir.

¹³¹ Ana teşebbüslerin ortak girişim stratejik kararları üzerinde belirleyici etkisi olmasına karşın ortak girişimin günlük işleri üzerinde etkisinin düşük düzeyde olması gerekmektedir bkz. Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, New York, 2013, Cambridge University Press, , s.249

¹³² Kerem Cem Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s.337, dn.193;

¹³³ Bkz. Tekinalp/ Tekinalp, s.469

¹³⁴ Kılavuz, para. 80

¹³⁵ Morais, s.146; Lübking/Dittert, s.95; ve bkz. Dosya Sayısı: 2014-5-20 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-18/349-155 Karar Tarihi: 20.05.2014

Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlk Derece Mahkemesinin¹³⁶ Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission of the European Communities kararında¹³⁷ da bir ortak girişimin operasyonel bakış açısıyla ekonomik olarak otonom ve tam işlevsel olabileceği ancak bunun stratejik kararlarını kendisinin alması bakımından bir otonomluğu ifade etmediği yönünde değerlendirme yapılmıştır.

Benzer şekilde Kurulun bir kararında da şu ifadelere yer verilmiştir. *“İktisadi bağımsızlık, ortak girişimin, stratejik kararların alınması bakımından taraflardan tamamen ayrı hareket etmesini değil, operasyonel anlamda bağımsız faaliyette bulunabilmesini ifade etmektedir. Zira ortak kontrol altındaki bir varlığın stratejik olarak ana teşebbüslerden tamamen bağımsız olması gerçekçi olmayacaktır. Bu sebeple OG'nin (ortak girişimin) bağımsız iktisadi varlık olup olmadığı, pazarda aktif bir rol üstlenmeye hazır bir durumda olup olmadığıyla ve en azından pazarda kalıcı bir değişiklik meydana getirebilecek kadar devamlılık saikiyle kurulup kurulmadığıyla ilgilidir.”*¹³⁸

Bu yaklaşım aynı zamanda Yoğunlaşma Tebliğinin 5. Maddesinin 3. Fıkrasındaki *“Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir”* ifadesiyle uyum içinde olacağı da söylenebilir. Nitekim ortak girişim bağımsız bir varlık olsaydı sahip olacağı tüm kaynaklara sahip olması durumunda bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek nitelikte olacağı savunulmaktadır¹³⁹.

Operasyonel bağımsızlığın tam işlevselliği ifade ettiği veya tam işlevselliğin tesisi bakımından yeterli bir unsur olarak¹⁴⁰ anlaşıldığı düşünülecek olunursa,

¹³⁶ Avrupa Birliği Antlaşmasını ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmayı Değiştiren Lizbon Antlaşması/ Treaty Of Lisbon Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community (2007/C 306/01) sonrasında “Genel Mahkeme” adını almıştır.

¹³⁷ Case T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie BV v Commission of the European Communities, 23 February 2006

¹³⁸ Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

¹³⁹ Bkz. Korah, s.393

¹⁴⁰ Kılavuz, para. 80; Commission Consolidated Jurisdictional Notice Under Council Regulation (EC) No 139/2004 on The Control of Concentrations Between Undertakings (2008/C 95/01) (çalışmanın devamında “Jurisdictional Notice” olarak anılacaktır) , para.93; Dosya Sayısı: 2011-1-

esasen burada varılan kanaat tam işlevsellik ve ortak kontrol olgularının birbirleriyle çelişmediğidir. Ancak çelişmeme durumu daha çok tam işlevselliğin belirli bir kısmı olan ekonomik veya organizasyonel bağımsızlık unsurları temel alınarak açıklanmaktadır. Oysa gerek Komisyon gerekse de Kurul kararlarında; ortak girişimin malvarlığı veya personel olarak yeterli kaynağa sahip olmasına karşın yalnızca ana teşebbüslerine yönelik faaliyet yürütmesi veya ana teşebbüsleriyle ilişkilerini ticari temelde kurmaması veya ana teşebbüsleri lehine kendisini bağlayıcı anlaşmalara girmesi gibi sebepler tam işlevselliğe aykırı görülmektedir.

D- Ara sonuç

Ortak girişimlerin kendine has yapısı rekabet hukuku kurallarının ortak girişimlere tatbikinde çeşitli tereddütler yaratmaktadır. Bu başlık kapsamındaki mesele ise ortak girişimin bağımsızlık niteliği üzerine odaklanmaktadır. Ortak girişimin ne tür bağımsızlığa sahip olduğu ise ortak girişimin hareketlerinden ana teşebbüslerinin sorumluluğu ile ortak girişimin kendi ana teşebbüsleriyle ilişkilerine nasıl yaklaşılması gerektiğini belirleyecektir.

Ortak kontrol olgusunun her zaman gerçek anlamda ana teşebbüslerinden bağımsız bir üçüncü iradeyi ortaya çıkardığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Ortak girişimin üçüncü bir irade ortaya çıkarması ortak kontrol taraflarından her birinin kendi iradesinden belirli oranda taviz vermesi ve kendi iradelerinden farklı bir noktada uzlaşmasına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa ortak girişime ilişkin bir karar kontrol tarafı ana teşebbüslerin kendi iradelerinin

106 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-43/920-289 Karar Tarihi: 14.07.2011 Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden ikincisi ise, söz konusu işletmenin bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşımasıdır. Söz konusu bağımsızlık, ortak girişimin, taraflarından stratejik kararlar açısından tamamen ayrı hareket etmesini değil, operasyonel anlamda taraflardan bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyette bulunabilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda, her iki Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde ortak girişimlerin yönetim ve genel kurullarının belirlenme ve çalışma yöntemlerine ilişkin düzenlemelerin olması, ayrıca finansmanının ve hisse devrinin usullerinin tespit edilmiş olması, ortak girişimlerin bağımsız bir teşebbüs olarak faaliyet gösterip karar alabileceğini göstermektedir

uyuşmasıyla da ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda uzlaşmanın aksine üç farklı iradeden ziyade tek bir irade bulunmaktadır. Diğer taraftan üçüncü bir iradenin ortaya çıkması; iradeyi ortaya çıkaran kararın sorumluluğuna ilişkin bir yargıya varmayı gerektirmez. Ortak girişimin pazar politikalarını ana teşebbüslerinin tekil iradelerinden farklı olarak belirlemesi; bu politikalara ilişkin kararın ortak girişim tarafından alındığı anlamına gelmez.

Ekonomik bütünlük ise aynı kontrol tarafına bağlı birimlerin tek bir teşebbüs olarak algılanmasını ifade etmektedir. Buna göre ortak girişimin ana teşebbüsleriyle birlikte tek bir teşebbüs teşkil ettiğinin kabulü durumunda ortak girişimin tek başına veya üçüncü kişilerle ilişkili olarak rekabet kurallarını ihlal edici hareketlerinde ana teşebbüslerin sorumluluğu doğacaktır. Aynı şekilde ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kuracağı ilişkilerin ise rekabet kurallarını ihlal etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak tek kontrol altındaki birimler için oldukça sağlam bir açıklama getiren ekonomik bütünlük doktrininin aynı başarıyı ortak girişimler için de gösterdiğini söylemek güçtür.

Tam işlevsellik unsuru ise ortak girişime operasyonel anlamda bağımsızlık kazandırmaktadır. Bunun sonucunda ortak girişimden yalnızca belirli malvarlığı değerlerine sahip olması beklenmemekte; ayrıca ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ilişkilerinin bağımsız teşebbüslerin kuracağı ilişkilere benzemesi aranmaktadır. Bu itibarla tam işlevsellik unsuru özellikle ana teşebbüsleriyle ilişkileri bakımından ortak girişimin belirli yöndeki hareketlerini sınırlamaktadır.

Ortak girişimin belirli ürün veya coğrafi pazarlara ne güçte gireceği veya belirli alanlarda ne yoğunlukta yatırımlarda bulunacağı konusunda kontrol tarafı teşebbüsler kendi aralarında tartışabilir ve kendi iradelerinden farklı olarak üçüncü bir iradenin ortaya çıkmasına sebep olabilirler. Oysa ortak girişimin bir kartele dahil olmasına ilişkin karar niteliği itibarıyla bölünebilir bir karar değildir. Böyle bir karar ancak kontrole taraf teşebbüslerden her birinin istemesiyle mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla kontrol tarafı teşebbüslerin kartel konusunda iradelerinin aynı yönde uyduğu ve farklı bir üçüncü irade uzlaşısının bulunmadığının kabulü gerekir. Aynı zamanda ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız farklı bir irade ortaya koyması bu farklı iradeye sebep olan kararın da

ortak girişimin kendisi tarafından alındığı anlamına gelmemektedir. Üçüncü bir iradenin ortaya çıkması olgusu sorumluluk esasına ilişkin bir kanaat oluşturamaz. Bunlar haricinde ortak girişimin hareketlerinden ana teşebbüslerin sorumlu olmaması gerektiği yönündeki argümanlar genel itibariyle tek kontrol altındaki teşebbüsler bakımından da öne sürülebilecek nitelikte olduğu için ortak girişimler bakımından bir özellik taşımamaktadırlar.

Ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ilişkilerinde ise ortak girişimin somut olayda birbirlerinden farklı iki görünümü ortaya çıkmaktadır. Örneğin ortak girişimin üst pazardaki ana teşebbüsüyle süresiz olarak rekabet etmemesine yönelik bir anlaşma ekonomik bütünlük ile açıklanarak anlaşma anlaşmalar denetiminin dışına çıkabilecektir. Oysa böyle bir anlaşmayla ortak girişim, tam işlevsel niteliğini kaybederek piyasada bağımsız bir aktör olarak algılanamaz konuma gelecektir. Böyle bir halde ortak girişim ana teşebbüsleri arasındaki bir işbirliği niteliğinde olacaktır. Ekonomik bütünlük sebebiyle uygulanamayan anlaşmalar denetimi uygulanabilir olacaktır.

V. Ortak girişimlerin denetlenmesi

A- Genel olarak

1990 senesine kadar bütün ortak girişimler Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma¹⁴¹ m. 81¹⁴² kapsamında değerlendirilmiştir¹⁴³. Ancak 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü'nün¹⁴⁴ yürürlüğe girmesiyle belirli türdeki ortak girişimler yoğunlaşma olarak görülmeye başlanmış ve bu ortak girişimler yoğunlaşma denetimine tabi kılınmıştır. Anılan Tüzük m.3, f.2 hükmü uyarınca yalnızca amaç veya etki

¹⁴¹ Treaty establishing the European Economic Community

¹⁴² Şu an ki m.101 ve Türk Hukukundaki karşılığı RKHK m.4

¹⁴³ Korah, s.428

¹⁴⁴ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings

bakımından rekabetçi davranışların koordinasyonuna sebebiyet vermeyen tam işlevsel ortak girişimler birleşme rejimine¹⁴⁵ tabi kılınmıştır. Bunların dışındaki kısmi işlevsel ortak girişimler ise anlaşmalar denetimine göre denetlenmeye devam etmiştir.

Yapılan ayırım hangi tür ortak girişimlerin birleşme rejimi altında hangilerinin ise birleşme rejimi dışında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin çeşitli zorluklar oluşturmuştur. Buna yönelik olarak ise Komisyon tarafından 1994 yılında yoğunlaşma ve işbirliği doğuran ortak girişimlerin ayrılmasına ilişkin Duyuru¹⁴⁶ yayımlanmış ve tereddütlerin ortadan kaldırılması sağlanmıştır. Böylece birleşme rejimine tabi olan ortak girişimler yoğunlaşma doğurucu diğerleri ise işbirliğine dönük ortak girişim olarak anılmaya başlanmıştır. Gerçekten de söz konusu Tüzük ile birlikte işbirliği özelliği taşıyan ortak girişimler işbirliği doğurucu kabul edilmiş ve birleşme rejiminin dışında tutulmuştur. Ancak bahsi geçen Tüzük hükmüyle yalnızca işbirliğine dönük ortak girişimler değil, aynı zamanda yoğunlaşma niteliği taşıyan ancak işbirliği doğurucu niteliğe de sahip olan ortak girişimler de birleşme rejiminin dışında kalmıştır. Böylece tam işlevsel dahi olsalar işbirliği niteliği taşıyan ortak girişimler rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejimine göre denetlenmiştir.

Firmalar oluşturacakları ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar rejiminin sıkı kurallarına tabi olmaması için, ortak girişim stratejilerini işbirliği unsurlarından arındırma yönünde değiştirdiler. Bunun neticesinde ise teşebbüsler, ortak girişim ile aynı piyasada yer almama veya hiç ortak girişim kurmama yolunu tercih ettiler¹⁴⁷. Böylece terk edilen ve ortak girişim oluşturmak isteyen teşebbüslere cazip gelmeyen model karma nitelikteki ortak girişim modeli oldu.

Ancak hangi tür ortak girişimlerin birleşme rejimine tabi olacağını belirlemeyi hedeflemiş olsa da işbirliği özelliğini taşıyan ortak girişimlerin birleşme

¹⁴⁵ Eski rejime ilişkin değerlendirme için bkz. Barry E. Hawk, Joint Ventures Under EEC Law, Fordham International Law Journal, Volume 15, Issue 2, Article 3, 1991

¹⁴⁶ İşbirliği ve Yoğunlaşma Doğurucu Ortak Girişimlerin Ayrılması Hakkında Komisyon Duyurusu/Commission Notice on The Distinction Between Concentrative and Cooperative Joint Ventures (OJ C 385/1 31.12.1994)

¹⁴⁷ Bkz. Korah, s.428

rejiminin dışına itilmesine sebep olan bu ayırım hem fazla teorik¹⁴⁸ hem de ekonomik temelden yoksun bulunarak¹⁴⁹ oldukça eleştirildi. Nihayetinde de, 1998 senesinde¹⁵⁰ pratik gerçeklerden¹⁵¹ hareketle söz konusu rejim değiştirildi. İşbirliği unsurlarını taşıyıp taşıyamamasından bağımsız olarak tam işlevsellik nitelikteki¹⁵² ortak girişimler Yoğunlaşma Tebliği kapsamında değerlendirilmeye başlandı.

Türk rekabet hukukunda da benzer bir süreç yaşandı ve rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisi olan ortak girişimlerin anlaşmalar rejimine tabi kılındığı eski rejim¹⁵³ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in "Yoğunlaşma Tebliği"¹⁵⁴ yürürlüğe girmesiyle değişti.

Böylece Türk ve AB hukukundaki yürürlükte olan söz konusu düzenlemelerle işbirliği doğurucu etkilere sahip olsa dahi tam işlevsel olan ortak girişimler yoğunlaşma rejimine tabi olacaktır. Dolayısıyla yalnız yoğunlaşma niteliğindeki ortak girişimler değil aynı zamanda karma yapıdaki¹⁵⁵ ortak girişimler de birleşme rejimi kapsamında değerlendirilecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki esasen buradaki farklılık usul hukukuna ilişkindir. Tam işlevsel bir ortak girişimi kuran ana teşebbüslerin işbirliğine yönelik değerlendirme yine anlaşmalar rejiminin maddi hukuk kuralları içerisinde

¹⁴⁸ Sylvaine Poillot-Peruzetto, Fasc. 580: Entreprises Communes JurisClasseur Concurrence – Consommation, 2014, s.11

¹⁴⁹ Bright/Schmidt, s.543

¹⁵⁰ 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğünü değiştiren 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü/ Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings m.3, f.4 hükmü ile

¹⁵¹ Sylvaine Poillot-Peruzetto, Fasc. 580: Entreprises Communes JurisClasseur Concurrence – Consommation, 2014, s.11

¹⁵² Ve bkz. 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Konsey Tüzüğü Kapsamında Tam İşlevsel Ortak Girişimler Hakkında Komisyon Duyurusu/Commission Notice on the Concept of Full-Function Joint Ventures Under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on The Control of Concentrations Between Undertakings

¹⁵³ 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

¹⁵⁴ Çalışmada bu ifadeyle anılacaktır

¹⁵⁵ Bkz. Paul Nihoul, Les télécommunications en Europe: Concurrence ou organisation de marché? 2004, Press Universitaires de Louvain, s.142

yapılacak olmasına karşın birleşmeler rejiminin usul hukuku içerisinde değerlendirilecektir¹⁵⁶.

Bu durumda tam işlevselliğin anlaşılması önem arz edecektir. Bu rejimle bir ortak girişimin birleşme rejimi altında değerlendirilmesi yalnızca tam işlevsellik koşuluna bağlanmıştır. Artık işbirliği özelliği taşıyan ortak girişimler yalnızca işbirliği nitelik taşımalarından dolayı anlaşmalar denetimine tabi kılınmayacaktır.

B- Kısmi işlevsel ortak girişimler

Tam işlevsel olmayan dolayısıyla kısmi işlevsel olarak nitelenen ortak girişimlerin pazarda kendi başına varlıkları bulunmaz ve rakipleri tarafından bağımsız bir rakip olarak algılanmazlar. Kısmi işlevsel ortak girişimler ana teşebbüslerinin bir işbirliği neticesinde ortaya çıkmaktadır. Ana teşebbüslerin ortak üretim, pazarlama, arge gibi anlaşmalarını yürüten türden ortak girişimler kısmi işlevsel ortak girişimlere örnek olarak sayılabilir.

Kısmi işlevsel ortak girişimler ana teşebbüslerine girdi sağlarlar, bunun sonucu olarak da kısmi işlevsel ortak girişimler kendi kaynaklarına sahip olamayacakları gibi üçüncü kişilerle ilişkileri de olamayacaktır¹⁵⁷. Ancak bu bir zorunluluk değildir. Tam işlevsel olmayan ortak girişimler ana teşebbüsleri karşısında daha az otonom bir yapıya sahip olmakla birlikte otonomluk düzeyleri somut duruma göre değişkenlik gösterir; kimi durumlarda ortak girişim kendi faaliyetini yürütebilecek operasyonel kabiliyeti haiz iken kimi durumlarda ana teşebbüslerinin varlıkları üzerinden faaliyet yürütürler¹⁵⁸.

Örnek olarak bir ortak girişim pazarda faaliyeti için yeterli kaynaklara sahip olabileceği gibi üçüncü kişilerle de ticari ilişkileri olabilir. Ancak faaliyetinin

¹⁵⁶ Rekabet hukukunda ortak girişimlerin değerlendirilmesi bakımından ortak girişimin pazarla uyumluluğu ve rekabetçi davranışların koordinasyonuna ilişkin olmak üzere olarak iki temel test mevcuttur. Birinci test birlikte veya tek başına hâkim durum yaratılmasına yönelik olarak rekabetin engellenmesi olgusuyla ilgilenmekten, ikinci test üçüncü kişilerle ilişkilerde piyasanın kapanması, teşebbüsler arasında mevcut veya potansiyel rekabet üzerinde oluşabilecek olumsuz etkilerle ilgilenmektedir. Bkz Morais, s.172-173

¹⁵⁷ Bright/Schmidt, s.542

¹⁵⁸ Morais, s.106

önemli bir bölümünü ana teşebbüslerine yönelik yürütmesinin bir sonucu olarak kısmi işlevsel nitelikte olabilecektir.

Eğer ortak girişim tam işlevsel nitelikte olmayacak ise bir ortak girişim oluşturulması işlemi ana teşebbüsler arası bir anlaşma veya ana teşebbüslerin ortak girişim vasıtasıyla koordinasyon mekanizması yaratmaları anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla özü itibariyle anlaşma niteliğindeki bu tür ortak girişimler anlaşmalar rejimine göre değerlendirilir¹⁵⁹.

Kısmi ortak işlevsel ortak girişimin oluşturulması amaç veya etki bakımından rekabeti kısıtlayan nitelikte ise kısmi işlevsel ortak girişim oluşturulması rekabete aykırı sayılacaktır.

Kısmi işlevsel ortak girişimlerin değerlendirilmesinde Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'dan yararlanılabilir. Ancak bunun için ortak girişimin yatay işbirliği anlaşması niteliğinde olması gerekmektedir. Bir ortak girişimin yatay işbirliği anlaşması olarak değerlendirilebilmesi için en az iki ana teşebbüsün birbirlerinin rakibi veya potansiyel rakibi konumunda olması gerekmektedir¹⁶⁰. Söz konusu Kılavuz'da belirtilen pazar payı eşiklerinin altında kalan ortak girişimlerin kural olarak rekabeti sınırlayıcı kabul edilmemesi eşiklerin üzerindeki ortak girişimlerin ise etkilerinin araştırılması neticesinde sonuca varılması gerekmektedir.

Ortak girişim eğer amaç bakımından rekabeti kısıtlayan nitelikteyse başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın ortak girişim anlaşmasının *per se* olarak rekabeti ihlal ettiği sonucuna varılacaktır. Tahdidi olmamakla birlikte genel olarak fiyat tespiti, pazar ve müşteri paylaşımı ve arzın kontrolüne ilişkin anlaşmalar amaç bakımından rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalar olarak kabul edilmektedir¹⁶¹.

Eğer ortak girişim anlaşması etki bakımından rekabeti kısıtlayıcı nitelikteyse anlaşmanın rekabet ihlali teşkil edebilmesi ancak yapılan etki değerlendirmesi neticesinde varılan sonuca göre yapılabilecektir. Rekabet ihlali için

¹⁵⁹ Konuya ilişkin bkz. Mehmet Akif Kayar, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Ankara 2003; Mücteba Altun, Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi Ankara 2012

¹⁶⁰ Dosya Sayısı: 2011-4-278 (Muafiyet) Karar Sayısı: 11-50/1257-446 Karar Tarihi: 29.09.2011

¹⁶¹ Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, para. 8

anlaşmanın uygulamaya konulması gerekmemektedir. Dolayısıyla oluşturulacak bir kısmi işlevsel ortak girişimin hâlihazırda yarattığı veya yaratması muhtemel sonuçlar değerlendirilir. Bu değerlendirmede anlaşmanın uygulandığı farazi kurgu ile mevcut kurgu mukayese edilerek anlaşmanın pazardaki rekabet üzerinde nasıl etkiler doğuracağı ortaya konur¹⁶².

Değerlendirmede öncelikle ortak girişim anlaşmasının; taraflara rekabete hassas verilere erişme imkânı verip vermediğinin, tarafların maliyetlerini benzer hale getirip getirmediğinin¹⁶³ ve taraflar arasındaki rekabetin azalıp azalmadığının araştırılması gerekmektedir. Eğer bahsi geçen türden endişeler mevcut ise teşebbüslerin pazar paylarının yüksekliği, birbirlerine yakın rakip olup olmadıkları, tüketicilerin tedarikçi değiştirme imkânlarının olup olmadığı, rakip teşebbüslerin fiyatların yükselmesi durumunda arzı artırıp artırmayacakları, ana teşebbüslerden birinin önemli bir pazar gücüne sahip olup olmadığı¹⁶⁴ ve pazarın rakiplere kapanıp kapanmayacağı gibi unsurlar dikkate alınır. Söz konusu değerlendirmeler neticesinde eğer kısmi işlevsel ortak girişimin pazar üzerinde oluşturacağı veya oluşturması muhtemel etkiler fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi veya çeşitliliği veya yenilik gibi rekabet unsurlarından herhangi biri üzerinde dahi olumsuz bir etki yaratacak ise ortak girişim anlaşması etki bakımından rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olacaktır¹⁶⁵.

Normal şartlar altında rekabeti kısıtlayan bir anlaşma olmasına rağmen piyasada rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan düşük önemdeki kısmi işlevsel ortak girişim anlaşmaları anlaşmalar denetimin dışına çıkacaktır¹⁶⁶. AB Rekabet Hukukunda rakipler arası oluşturulan kısmi işlevsel bir ortak girişimin ana teşebbüslerinin pazar payları toplamı %10'un altında olacak ise ortak girişimin rekabet üzerinde önemli bir etkisi olmayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁷. Ancak ana

¹⁶² Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 20

¹⁶³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 23

¹⁶⁴ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 22

¹⁶⁵ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 19

¹⁶⁶ Dosya Sayısı: 2014-1-69 Karar Sayısı: 14-46/838-379 Karar Tarihi: 26.11.2014

¹⁶⁷ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) 2014/C 291/01, para. 7

teşebbüslerin pazar payları toplamının %10'u aşması söz konusu anlaşmanın mutlaka rekabeti hissedilir derecede kısıtlayacağı anlamına gelmemektedir¹⁶⁸.

Kısmi işlevsel bir ortak girişimin oluşturulması grup muafiyet tebliği¹⁶⁹ kapsamında bir anlaşma niteliğinde olacak ise bu durumda ortak girişim, muafiyet için gerekli olan şartları yerine getirmiş sayılacak ve ortak girişim oluşturulması rekabet ihlali sayılmayacaktır. Grup muafiyetinin diğer şartlarını da taşıması kaydıyla ana teşebbüslerin toplam pazar payları; uzmanlaşma anlaşmalarında %25'in¹⁷⁰, araştırma geliştirme anlaşmalarında %40'ın¹⁷¹, teknoloji transferi anlaşmalarında ana teşebbüslerin rakip olup olmamasına göre %30'un ve %40'ın¹⁷², sigorta sektörüne ilişkin anlaşmalarda ise %20'nin¹⁷³ altında olduğu hallerde ilgili anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanabilecektir.

¹⁶⁸ Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) 2014/C 291/01, para. 2

¹⁶⁹ Uygun düştüğü ölçüde Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/3) Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2008/2) Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti (Tebliğ No: 2005/4), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2016/5) 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2002/2; Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (TEBLİĞ NO: 2013/3)

¹⁷⁰ Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, m.7; AB Hukukunda ise bu oran %20'dir bkz. COMMISSION REGULATION (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements

¹⁷¹ Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, m.7; AB Hukukunda ise bu oran %25'tir. Bkz. COMMISSION REGULATION (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements

¹⁷² Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, m.5; AB Hukukunda ise bu oranlar %20 ve % 30'dur. Bkz. COMMISSION REGULATION (EU) No 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements

¹⁷³ Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, m.8; AB Hukukunda ise bu oran koasüransda %20, koreasüransda %25'dir. Bkz. COMMISSION REGULATION (EU) No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector

Şartları mevcut bulunması¹⁷⁴ durumunda ise rekabeti kısıtlayıcı olan kısmi işlevsel ortak girişimlerin muafiyet alması¹⁷⁵ da mümkün olacaktır¹⁷⁶. Muafiyet açısından kısmi işlevsel ortak girişim anlaşmasının amaç bakımından mı yoksa etki bakımından mı rekabeti kısıtladığının önemi bulunmamakta, her iki türde rekabeti kısıtlayan anlaşma da muafiyet analizine konu olabilmektedir¹⁷⁷.

Ortak girişim anlaşmasının muafiyet alabilmesi için; malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, şartlarının gerçekleşmesi ve rekabetin bu amaçlara erişmek için zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması bunlara ek olarak da rekabetin ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması gerekmektedir¹⁷⁸.

C- Tam işlevsel ortak girişimler

1. Yoğunlaşma yönünden

a) Genel olarak

İfade etmek gerekir ki ortak girişimlerin birleşme rejimi altında değerlendirilmesini sağlayan söz konusu tam işlevsellik unsuru her zaman karşılanamamakta ve pek çok ortak girişim, anlaşmalar rejimine göre

¹⁷⁴ Değerlendirme için Bkz. Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz ve Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty

¹⁷⁵ Muafiyet genel olarak normal şartlar altında rekabeti kısıtlayıcı bulunarak yasaklanması gereken bir anlaşmaya sağlayacağı olumlu etkinin rekabete verdiği zararın üzerinde olması sebebiyle belirli bir süre için izin verilmesini ifade etmektedir.

¹⁷⁶ TFEU m.101/3'e göre muafiyet şartlarını taşımaması halinde TFEU m.101'e göre yasaklanacaktır bkz. Vilmart, s.15; örnek muafiyet kararları, Dosya Sayısı: 2012-4-349 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-09/119-65 Karar Tarihi: 06.02.2013; Dosya Sayısı: 2011-4-278 (Muafiyet) Karar Sayısı: 11-50/1257-446 Karar Tarihi: 29.09.2011

¹⁷⁷ Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, para. 11

¹⁷⁸ Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, para. 16

denetlenmektedir¹⁷⁹. Hatta Komisyon tarafından tam işlevsellik kriterlerinin geniş yorumlanmasına karşın pek çok işbirliğine yönelik ortak girişimin tam işlevsel yapıya dönüştürülmesi ya mümkün olmamakta ya da ekonomik olarak verimli olmamaktadır¹⁸⁰.

Buna karşın yoğunlaşmaların yasaklanma kriteri rekabeti sınırlayan anlaşmaların yasaklanma kriterlerine göre daha hafif olduğu için bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak değerlendirilmesi söz konusu ortak girişime izin verilmesi ihtimalini yükseltmektedir¹⁸¹.

Tam işlevsel bir ortak girişim ana teşebbüsleri tarafından sermaye, işgücü, fikri mülkiyet değerleri gibi bütün gerekli kaynakların kendisine tahsis edilen ve hali hazırda söz konusu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sahip olduğu işlevlere sahip olan yapısıyla işbirliğinin en kapsamlı ve yapısal özelliği en yüksek türü olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸². Ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olabilmesi için taşıması gereken unsurlar ise ileriki bölümlerde açıklanmıştır.

Yoğunlaşma Tebliği m.5, f.3 ve Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 139/2004 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü¹⁸³ "AB Yoğunlaşma Tüzüğü"¹⁸⁴ m.3, f.4 uyarınca tam işlevsel olarak ifade edilen bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getiren ortak girişim oluşturulması işlemi yoğunlaşma sayılmaktadır¹⁸⁵. Ortak girişimi oluşturan tarafların niyeti tam işlevsel bir ortak girişim oluşturulması yönünde olmalıdır.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Juergen Lindemann, On Merits, Current Issues in Competition Law and Policy, Liber Amicorum Peter Plompen, (der. Paul Lugard, Leigh Hancher) Antwerpen, 2005, s.123

¹⁸⁰ Lindemann, s.123

¹⁸¹ Aslan, s.664

¹⁸² Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.427; Ortak girişimin tam işlevsel olduğu tespiti yoğunlaşma denetimine tabi olup olmaması açısından önem arz etmektedir. Bkz. Richard Wish, David Bailey, Competition Law. 7. Edition 2012 Oxford university press, s.837; Tam işlevsel ortak girişimler rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak değerlendirilmez. Bkz. Whish/Bailey, s.137

¹⁸³ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings;

¹⁸⁴ Çalışmanın devamında "AB Yoğunlaşma Tüzüğü" olarak anılacaktır

¹⁸⁵ Yoğunlaşma Tebliği hükmünde tam işlevsel ortak girişim için "devralma" ifadesi kullanılırken AB Yoğunlaşma Tüzüğünde "yoğunlaşma" ifade kullanılmaktadır.

¹⁸⁶ Örneğin sözleşme temeline dayalı bir ortak girişim oluşturulması niyeti tam işlevsel bir ortak girişim meydana gelmeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır bkz. Whish/Bailey, s.586

Buna ek olarak bir ortak girişimin Yoğunlaşma Tebliği anlamında yoğunlaşma sayılabilmesi için tam işlevsellik unsurunun yanı sıra ortak kontrol unsurunun da sağlanması gerekmektedir¹⁸⁷.

Belirli düzeyin altındaki yoğunlaşma işlemleri ise bildirim tabi olmamaları sebebiyle yoğunlaşma denetimine de tabi olmamaktadırlar. Dolayısıyla tam işlevsel bir ortak girişim oluşturulması işleminin yoğunlaşma denetimine tabi olabilmesi için Yoğunlaşma Tebliği 4. maddesindeki ciro eşiklerinin sağlanması da gerekmektedir.

Ancak aynı gruba bağlı şirketler arasında oluşturulacak ortak girişimler işlem neticesinde kontrolün¹⁸⁸ değişmeyecek olması ve dolayısıyla tek bir teşebbüsün söz konusu olması sebebiyle yoğunlaşma denetimine tabi olmayacaklardır¹⁸⁹.

AB Hukukunda 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüyle benimsenen hâkim durum denetimi 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nde genişletilmiştir. Yeni ve yürürlükte olan denetime göre özellikle hâkim durum oluşması veya hâkim durumun güçlenmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına sebep olan yoğunlaşmalar rekabete aykırı sayılmaktadır¹⁹⁰. Eski rejimde bir yoğunlaşmanın yasaklanabilmesi için hâkim durumun varlığı gerekliken yeni rejimde hâkim durum mevcut bulunmasa bile yoğunlaşma yasaklanabilmektedir.

¹⁸⁷ Dosya Sayısı : 2014-3-90 (Devralma) Karar Sayısı : 15-03/34-19 Karar Tarihi : 15.01.2015; Dosya Sayısı : 2014-1-107 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-47/859-389 Karar Tarihi : 03.12.2014; Dosya Sayısı : 2014-1-69 Karar Sayısı : 14-46/838-379 Karar Tarihi : 26.11.2014; Dosya Sayısı : 2014-4-70 (Devralma) Karar Sayısı : 14-40/737-329 Karar Tarihi : 16.10.2014; Dosya Sayısı : 2014-4-76 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-42/765-341 Karar Tarihi : 22.10.2014; Dosya Sayısı : 2014-1-65 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-24/480-211 Karar Tarihi : 16.07.2014; Dosya Sayısı : 2014-4-41 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-24/487-217 Karar Tarihi : 16.07.2014; Dosya Sayısı : 2014-5-20 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-18/349-155 Karar Tarihi : 20.05.2014; Dosya Sayısı : 2014-3-17 (Devralma) Karar Sayısı : 14-14/251-109 Karar Tarihi : 04.04.2014; Dosya Sayısı : 2014-4-10 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-07/134-61 Karar Tarihi : 19.02.2014; Dosya Sayısı : 2013-2-16 (Devralma) Karar Sayısı : 13-28/388-176 Karar Tarihi : 15.05.2013

¹⁸⁸ Kontrol değişikliği genellikle çoğunluk paylarının elde edilmesiyle gerçekleşse de azınlık pay sahiplerinde de facto veya de jure ve birlikte veya tek başına kontrol kurabilmeleri mümkündür. WILHELM/VEVER Pascal, Florent, La Notion de Concentration en Droit Interne et Communautaire: Tentative de Définition, Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2007, étude 13 para.8

¹⁸⁹ Herhangi bir rekabete aykırı etki yaratmayacaklardır. Bkz. Tarik Draidj, À partir de quand une entreprise commune devient-elle une concentration? 2011,Paris, s.22, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/c5f3932e-01cd-4806-9cd1-8ec410f27894>

¹⁹⁰ AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.2/2,3

Türk Hukukunda ise hâkim durum yaratan veya hâkim durumu güçlendiren birleşme, devralmalar yasaklanmaktadır¹⁹¹. Bu haliyle Türk Hukukundaki denetim esası AB Hukukunun 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğüyle benimsediği eski rejimdir.

Dolayısıyla hâkim durum yaratmayan ve mevcut bir hâkim durumu da güçlendirmeyen bir tam işlevsel ortak girişimin AB Hukukuna göre yasaklanması mümkün iken Türk Hukukuna göre mümkün değildir.

Tam işlevsel ortak girişimlerin değerlendirilmesinde öncelikle yoğunlaşmadan etkilenen pazarın belirlenmesi gerekmektedir. Temel olarak bir birleşme-devralma işleminde ilgili pazar birleşme-devralmanın gerçekleştiği pazarken; ortak girişim işleminde ilgili pazarlar hali hazırda ana teşebbüslerin faaliyet gösterdiği ve ortak girişimin faaliyet göstermesi hedeflenen ana teşebbüsleriyle aynı, ilgili veya tamamen ilgisiz pazarlar olabilmektedir¹⁹².

Bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak değerlendirilmesinde benimsenecek yaklaşım ortak girişim içermeyen bir yoğunlaşma işlemine uygulanacak yaklaşım ile aynı olacaktır¹⁹³. Değerlendirmede ilgili pazarların yapısı, teşebbüslerin fiili veya potansiyel, teşebbüslerin pazardaki konumları, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri alternatifleri, tedarik kaynaklarına veya pazara ulaşılabilirlik, yasal veya başkaca pazara girişi engelleri, ilgili mal ve hizmetlere ilişkin arz, talep eğilimleri, orta ve nihai tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararı sağlayan etkinlikler temel alınır¹⁹⁴. Değerlendirme için ayrıca yoğunlaşmalara ilişkin ilgili kılavuz ve rehberlerden¹⁹⁵ faydalanılabilecektir.

¹⁹¹ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4), m.13/2

¹⁹² Bkz. Goyder, s.407

¹⁹³ Goyder, s.407 Ancak belirtmek gerekir ki bir işlemin birleşme devralma olarak mı yoksa ortak girişim olarak mı yoğunlaşma teşkil ettiğine ilişkin nitelendirme ciroların hesaplanması yönünden önem arz etmektedir. bkz. Aslan, s.662

¹⁹⁴ Sayılan unsurlar tahdidi değildir ancak temel kriterlerdir. Söz konusu hükümlerin lafzı için Bkz. AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.2/1; Yoğunlaşma Tebliği, m.13/1

¹⁹⁵ Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz; Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz; Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings; Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings ayrıca bkz. Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz

b) Yan sınırlamalar

Yoğunlaşma işleminin tarafları yoğunlaşmadan bekledikleri menfaatlerinin zedelenmemesi için belirli konularda anlaşmalar yapabilirler. Bu tür anlaşmalar yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli ise yan sınırlama olarak ifade edilmektedir. Yan sınırlamalar özü itibariyle rekabete aykırı anlaşmalar niteliğinde olsalar da anlaşmalar denetiminin dışında tutulmakta ve yoğunlaşma işlemlerinde verilen izin yan sınırlamaları da kapsamaktadır¹⁹⁶.

Yan sınırlamalar genellikle kaçınma borcu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Devralma işlemlerinde genellikle devreden üzerinde olmaktadır. Ancak istisnai hallerde devralan üzerinde de olabilmektedir¹⁹⁷. Ortak girişimin söz konusu olduğu hallerde ise yan sınırlamalar genellikle her bir ana teşebbüs üzerinde de olmaktadır. Örneğin üretim faaliyetlerini tek bir ortak girişim altında birleştiren ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmeme yönünde anlaşmaları yan sınırlama niteliği taşıyacaktır çünkü ortak girişimle rekabete girilmesi ortak girişim oluşturan işlemin amacına aykırı olarak işlemi zedeleyecektir¹⁹⁸. Ancak ana teşebbüslerin birbirleriyle rekabet etmemelerine ilişkin hükümler yan sınırlama olarak değerlendirilemeyecektir¹⁹⁹.

Ana teşebbüslerin ortak girişim ile rekabet etmemesine yönelik kısıtlamalar uzun süreli ve süresiz olsa dahi yan sınırlama niteliğinde değerlendirilebilecektir²⁰⁰. Ancak rekabet etmeme süresi ortak girişimin süresini aşmaması gerekmektedir²⁰¹.

Rekabet etmeme yönündeki kısıtların ana teşebbüslerin hâlihazırda faaliyet yürüttüğü pazarla sınırlandırılması gerekmekte olup yatırım yapılmış olmak şartıyla

¹⁹⁶ Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4), m.13/5; AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.6/1

¹⁹⁷ Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü “ters rekabet yasağı”

¹⁹⁸ Whish/Bailey, s.882

¹⁹⁹ Dosya Sayısı : 2011-4-218 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 11-62/1632-569 Karar Tarihi : 21.12.2011

²⁰⁰ Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para.54

²⁰¹ Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations. Çalışmada “AB Yan Sınırlamalar Duyurusu” olarak anılacaktır, para.36

kısıtlamaların ana teşebbüslerin girmeyi planladığı pazarlar yönünde de genişletilmesi mümkündür²⁰². Aynı şekilde rekabet etmeme anlaşmaları ortak girişimin sunduğu veya sunacağı mal ve hizmetler yönünden de sınırlandırılmalıdır²⁰³.

Ortak girişimin tedarikini güvence altına almaya yönelik olarak ana teşebbüsler veya ortak girişim taahhüt altına girebilir veya ortak girişimin kendisinden beklenen etkinliği gösterebilmesi için belirli gayri maddi hakların lisans yoluyla ortak girişime sağlanması söz konusu olabilir. Uygun şartların varlığı²⁰⁴ halinde bu tür anlaşmalar da yan kısıtlama olarak nitelendirilebilecektir. Kontrole taraf olmayan ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki rekabet etmeme anlaşmaları ise yan kısıtlama olarak kabul edilmemektedir²⁰⁵.

Tam işlevsel ortak girişimin ana teşebbüsleri ile ortak girişim arasındaki anlaşmalar yan kısıtlama²⁰⁶ olarak kabul edilebilir aksi halde anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak denetlenmesi gerekmektedir²⁰⁷. Yan sınırlama olarak değerlendirilemeyecek hükümlere şartları varlığı halinde muafiyet verilebilecektir.

2. Koordinasyon Yönünden

Rakip teşebbüsler arasındaki yapısal bağlantılar teşebbüslere birbirlerine ilişkin fiyat veya ticari stratejilerinden haberdar olma ve rekabete ilişkin hassas bilgileri elde etme imkânı sağlayarak aralarında koordinasyona sebebiyet verebilmektedir²⁰⁸. Rakipler arasında²⁰⁹ tam işlevsel olmayan ortak girişim

²⁰² AB Yan Sınırlamalar Tebliği, para.37

²⁰³ AB Yan Sınırlamalar Tebliği, para. 38

²⁰⁴ AB Yan Sınırlamalar Tebliği, para.42,43,44

²⁰⁵ AB Yan Sınırlamalar Tebliği, para. 40

²⁰⁶ Yan sınırlamalar özelinde değerlendirme için bkz. H. Ercüment Erdem, Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Perşembe Konferansları, s.115 vd.

²⁰⁷ Wish/Bailey, s.838

²⁰⁸ Capobianco, s.62

²⁰⁹ Aynı zamanda yatay yoğunlaşmalar da yoğunlaşmanın yaşandığı pazardaki teşebbüsler arasında koordinasyon ihtimalini artırarak veya mevcut koordinasyonu güçlendirerek koordinasyon etkisi yaratabilir. Bkz. Pranvera Këllezi, Les Mesures Correctives dans les Cas de Concentrations D'entreprises et D'abus de Position Dominante, Collection munichoise du droit de la concurrence

kurulması veya azınlık düzeyinde çapraz pay sahipliğine olunması²¹⁰ yapısal bağlantının koordinasyona en fazla imkân veren halleri olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte rakipler arasında tam işlevsel ortak girişim oluşturulması da benzer bir etki yaratabilmektedir. Tam işlevsel ortak girişimler, çoğu olayda pazardan çekilen kurucularının pazar paylarını devralması şeklinde yoğunlaşmaya sebebiyet vermekte²¹¹ ve işlem yoğunlaşma olarak denetlenmektedir. Bununla birlikte ana teşebbüslerden en az ikisinin ortak girişimle ilişkili bir pazarda birlikte bulunması durumunda ana teşebbüsler arasında koordinasyon riski oluşmaktadır.

Örneğin aynı pazarda faaliyet gösteren iki teşebbüsün üretim faaliyetlerini alt pazarda faaliyet gösterecek tam işlevsel bir ortak girişime bırakarak, ortak girişime ham madde sağlayacakları bir durumda ana teşebbüsler birbirlerinin ham maddeye ilişkin fiyatlama politikaları veya kapasite genişletme planları gibi konulardan haberdar olabileceklerdir ve ortak girişim üst pazarda koordinasyona sebebiyet verecektir²¹². Böylece rakip teşebbüsler arasında rekabet azalabilir veya tamamen ortadan kalkabilir.

Ortak girişimlerin sebep olduğu söz konusu işbirlikçi etkiler için *spill over*²¹³ veya koordinasyon ifadeleri kullanılmaktadır. Bu tür koordinasyonun rekabete uygunluğunun denetlenmesi ise anlaşmalar denetiminin esaslarına göre yapılmaktadır²¹⁴.

AB Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 2. maddesinin 4. fıkrası hükmü uyarınca tam işlevsel bir ortak girişim oluşturulmasının bağımsız kalan teşebbüsler arasındaki işbirlikçi etkileri anlaşmalar ve muafiyet rejimine göre değerlendirilmektedir. Türk Hukukunda da Yoğunlaşma Tebliğinin 13. madde 3. fıkrası uyarınca rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi olan tam işlevsel ortak girişimlerin denetlenmesine ilişkin benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.

européen et international Band/Nr. 24, 2010, s.187, Ancak bu türlü kordinasyona ilişkin etkiler yoğunlaşma denetimi içinde denetlenecektir.

²¹⁰ Bunlar yapısal bağlantının iki ana şeklidir bkz. Capobianco, s.63

²¹¹ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.526

²¹² Whish/Bailey, s.881

²¹³ Bkz. Whish/Bailey, s.880

²¹⁴ Yoğunlaşma Tebliği, m.13/3; AB Yoğunlaşma Tüzüğü, m.2/4

Ancak bir tam işlevsel ortak girişimin söz konusu olduğu hallerde yoğunlaşma denetimi, koordinasyon denetiminin uygulanabilmesi için bir ön koşul olarak anlaşılmamalıdır. Yukarıdaki başlıkta da ifade edildiği üzere Yoğunlaşma Tebliği'nin 4. maddesindeki ciro eşiklerinin karşılanmadığı hallerde ortada bildirim tabi bir işlem olmadığı için yoğunlaşma denetimi uygulanmamaktadır. Ancak bahsi geçen türdeki ortak girişimler işbirliği ihtimaline ilişkin olarak 4. madde kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabileceklerdir²¹⁵. Dolayısıyla tam işlevsel bir ortak girişim yalnızca yoğunlaşma denetimine veya işbirlikçi etkileri bakımından yalnızca anlaşmalar denetimine veya her ikisine birden tabi tutulabilmektedir.

Koordinasyon ihtimalinin değerlendirilmesinde; iki veya daha çok ana teşebbüsün ortak girişim ile aynı, oldukça ilgili komşu, alt ve üst pazarlarından birinde önemli ölçüde varlığının bulunup bulunmadığı²¹⁶ ve koordinasyon neticesinde mal veya hizmetlerin önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma imkânı verip vermediği incelenecektir.²¹⁷ Benzer şekilde Türk Hukukunda da iki veya daha çok ana teşebbüsün ortak girişim ile aynı, oldukça ilgili komşu, alt ve üst pazarlarından birinde önemli ölçüde varlığının bulunması 4. maddenin ihlaline ilişkin şüphe yaratmaktadır²¹⁸. Örnek olarak petrol rafinerisi işletecek bir ortak girişimin kurulumunda; ana teşebbüslerin petrol rafineri işinde, petrol arama ve tanker işlerinde, yakıt satış işinde, petrol endüstrisine dahil olan kimyasal üretime ilişkin işlerde ticari faaliyetlerini sürdürüp sürdürmedikleri incelenecektir²¹⁹.

Bahsedilen koordinasyonun bağımsız kalan teşebbüsler arasında olması gerekmektedir. Nitekim ana teşebbüsünden yeterince bağımsız olmayan bir ortak girişimin ana teşebbüslerinden biriyle aynı pazarda olması durumunda ana teşebbüs

²¹⁵ Bkz. Dosya Sayısı : 2013-5-3 (Muafiyet/Menfi Tespit) Karar Sayısı : 13-11/156-78 Karar Tarihi : 20.02.2013

²¹⁶ Komisyon somut olay özelinde ortak girişim işlemi neticesinde iki veya daha çok ana teşebbüsün ortak girişimle aynı pazarda, ortak girişimin alt veya üst pazarlarında, oldukça ilişkili komşu pazarlarda faaliyetlerine devam edip etmeyeceklerini incelemektedir. Bkz. Goyder, s.408; ayrıca ana teşebbüslerin ilgili pazarlarda önemli varlıkları olması gerekmektedir. Bkz. Jones/Sufrin, s.977; Case No IV/JV.15 - BT/AT&T

²¹⁷ AB Yoğunlaşma Tüzüğü, m.2/5

²¹⁸ Yoğunlaşma Tebliği, ek, m.9

²¹⁹ Goyder, s.409

ile ortak girişim arasında koordinasyon hali hazırda var kabul edilmekte ve koordinasyon denetimi söz konusu olmamaktadır²²⁰.

Tam işlevsel bir ortak girişim oluşturulması durumunda koordinasyon ihtimali asıl işlemin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla koordinasyonun amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olması pek mümkün değildir. Avrupa Birliği hukukundaki pek çok olayda da Komisyon'un rekabeti kısıtlama amacına yönelik emareye ulaşması mümkün olmamakta ve değerlendirme etki yönünden yapılmaktadır²²¹. Koordinasyon ihtimalinin etki bakımından değerlendirilmesinde ise ortak girişim oluşturulmasının ana teşebbüsler arasında işbirliği yaratması ihtimalinin yansırı işbirliğini destekleme veya kolaylaştırma etkisinin olup olmadığı da gözetilmektedir. Pek çok olayda; ana teşebbüslerin kendi ticari faaliyetlerini tam işlevsel ortak girişim vasıtasıyla koordine etmeleri sorunu önemli düzeyde olmamaktadır²²². Konuya ilişkin somut olaya uygun düştüğü ölçüde ilgili kılavuz ve rehberlerden²²³ faydalanılabilecektir.

Ana teşebbüsler arası bir koordinasyonun mevcut olması koordinasyonun anlaşmalar denetimi kapsamında yasaklanması için yeterli olmamakta, koordinasyon ile ortak girişim oluşturulması işlemi arasında doğrudan nedenselliğin olması gerekmektedir²²⁴. Komisyon B SkyB/Kirch Pay TV kararında²²⁵ koordinasyon ihtimalinin ortak girişim oluşturulmasından bağımsız olarak mevcut bulunduğu karar vermiş ve ortak girişimin doğrudan sonucu olmayan koordinasyon rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak değerlendirmemiştir.

Ayrıca koordinasyonun önemli derecede rekabeti kısıtlayacak nitelikte olması durumunda muafiyet değerlendirmesi yapılabilir. Eğer muafiyet için yeterli

²²⁰ Bkz. Goyder, s.409

²²¹ Rochen Burrichter, Rod Carlton, Dr. Thorsten Mager, Alison Byrne, Joint Ventures in English and German law (Derleyen: Eva Micheler, D. D. Prentice), 2000, Oxford, Portland/Oregon s.127

²²² Bkz. Goyder, s.408

²²³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements; Guidilienes on the application of article 101/3 of the TFEU

²²⁴ Bkz. Jones/Sufrin, s.977

²²⁵ Comp/JV.37, 21 mart 2000

şartlar karşılanamıyor ise koordinasyon riskini düşüren veya bertaraf eden çeşitli tedbir ve taahhütlerle de işleme izin verilebilir²²⁶.

D- Ara sonuç

Ortak girişimlerin değerlendirilmesinde ortak girişimin niteliği önem arz etmektedir. Eğer ortak girişim kısmi işlevsel yapıda ise anlaşmalar denetimine göre; eğer tam işlevsel yapıda ise yoğunlaşma denetimine göre değerlendirme yapılacaktır. Bununla birlikte tam işlevsel bir ortak girişimin oluşturulması ana teşebbüsler arasında bir koordinasyona sebep olacak ise yalnızca bu koordinasyon yönünden anlaşmalar denetimi uygulanacaktır.

Türk Hukukunda yürürlükteki denetim esasına göre tek veya birlikte hâkim durum yaratmayan veya hâkim durumu güçlendirmeyen bir işlemin yasaklanması mümkün değildir. AB Hukukunda ise denetim esası; hâkim durumun oluşmadığı veya güçlenmediği hallerinde yasaklanmasına imkân verecek şekilde genişletilmiştir.

Bu durumda AB Hukukunda tam işlevsel ortak girişim oluşturulması işleminin sebep olabildiği koordinasyon denetimine ilişkin düzenlemenin gerekliliği hususunda tereddüt oluşmaktadır. Eğer AB Hukukundaki genişletilmiş denetim esası koordinasyon ihtimalini de denetleyebilecek ise koordinasyon denetimine ilişkin düzenleme anlamını yitirecektir.

İfade etmek gerekir ki şu an için Türk Hukuku bakımından böyle bir sorun bulunmamaktadır. Ancak AB Hukukunun mehz özelliği dikkate alınacak olursa;

²²⁶ Olası bir spill over etkisinin değerlendirildiği BT ve AT&T4 telekomünikasyon operatörlerinin oluşturduğu bir ortak girişime ilişkin kararda; Komisyon ilk olarak koordinasyonun ortak girişimin sonucu olarak mı ortaya çıktığı, ikinci olarak ise rekabetin dikkate değer bir oranda sınırlanıp sınırlanmadığını değerlendirdi ve ortak girişime AT&T'nin bağlı ortaklığı olan ACC'nin elden çıkarılmasını da kapsayan, ana teşebbüsler arasında koordinasyonu bertaraf edici bir takım taahhütler neticesinde onay verdi. Bkz Whish/Bailey, s.881; Bir başka olayda Komisyon Areva ve Urenco arasında kurulan ortak girişimin ana teşebbüsler arasında uranyum zenginleştirmeye ilgili bilgi değişimine sebebiyet vererek rekabetçi davranışların kordinasyonuna neden olabileceği gerekçesiyle ana teşebbüslerin kendi aralarında ve ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki duvarları güçlendiren belirli taahhütler verdi. Bkz. Whish/Bailey, s.882

Türk Hukukundaki denetim esasına ilişkin yapılabilecek bir değişiklik neticesinde böyle bir sorunun ileride Türk Hukukunda da gündeme gelmesi olasıdır.

AB Hukukundaki denetim esası yoğunlaşmanın hakim durum yaratmayan tek taraflı etkilerini denetleyebilmek için genişletilmiştir²²⁷. Ana teşebbüslerin ortak girişim vasıtasıyla koordinasyon içinde bulunması ise çok taraflı bir etkidir. İfade etmek gerekir ki denetim esasları çok taraflı etkileri de denetleyebilmektedir. Ancak denetime konu olan çok taraflı etkiler yalnızca birlikte hakim durumda olma düzeyindeki geniş çok taraflı etkilerdir.

§4. Tam işlevsellik unsurunun incelenmesi

I. Giriş

Yoğunlaşma Tebliği'nin 5. maddesinin 3. fıkrası gereği bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin kurulması, Yoğunlaşma Tebliği'nin 5/I(b) hükmü kapsamında bir devralma işlemi sayılmaktadır²²⁸. Bu itibarla bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerine sahip bir ortak girişimin oluşturulması yoğunlaşma denetimine tabi olmaktadır. Bu durumda iktisadi bir varlığın tüm işlevlerini yerine getiren bir ortak girişimin diğer bir ifade ile tam işlevselliğin²²⁹ ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir.

²²⁷ Bkz. AB Yoğunlaşma Tüzüğü, recital 25

²²⁸ Dosya Sayısı : 2013-1-77 (Muafiyet) Karar Sayısı : 13-52/734-307 Karar Tarihi : 12.09.2013
İşlemin Tebliğ kapsamında bir birleşme veya devralma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan diğer koşul, ortak girişimin "bağımsız bir iktisadi varlık olma/tam işlevsellik" niteliği taşımasıdır. Dosya Sayısı : 2013-2-30 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 13-46/600-268 Karar Tarihi : 18.07.2013
Dosya mevcudu bilgilerden ortak girişimin; hisselerinin %50'sinin Bosch'a, %25'inin GSY'ye ve kalan %25'inin ise MC'ye ait olacağı, Bosch'un yanı sıra, GSY ve MC'nin de yönetimde ve stratejik kararların alınmasında belirleyici etkilerinin bulunacağı, dolayısıyla Bosch, GSY ve MC'nin ortak kontrolünde olacağı, ayrıca bağımsız bir iktisadi varlık olma özelliğini de taşıyacağı anlaşılmış olup, ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü bendi çerçevesinde, bir devralma işlemi niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca, tarafların cirolarının aynı Tebliğ'in 7. maddesinde öngörülen eşikleri aşması sebebiyle, işlem Rekabet Kurulu iznine de tabidir.

²²⁹ Dosya Sayısı : 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 11-59/1515-540 Karar Tarihi : 24.11.2011 "Tam işlevsel ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirmesi gerekmektedir"

Tam işlevsellik, genel olarak bir ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazardaki diğer teşebbüslerin sahip olduğu fonksiyonlara sahip olmasını ifade etmektedir²³⁰. Bunun için ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarda varlığını sürdürebilmesine yönelik yeterli ve gerekli personel, maddi ve gayri maddi varlıklar ve mali güç gibi yeterli kaynaklara; kendi bağımsız ticari politikasına sahip olması; yalnızca ana teşebbüslerinin belirli bir işlevine yönelik faaliyet yürütmemesi; ana teşebbüsleriyle alım-satım ilişkisinin belirli düzeyi aşmaması ve kalıcı temelde kurulmuş olması gerekmektedir.

Tam işlevselliğin tesisi için söz konusu unsurların her birinin birlikte sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla ortak girişim tam işlevsellik açısından belirli niteliklere sahip olsa dahi pazarda bağımsız şekilde faaliyet yürütebilmesi için yeterli kaynağa sahip değilse veya ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesine geçen faaliyetlere sahip değilse veya alım satım veya bakımından ana teşebbüslerine bağımlı ise²³¹ veya kalıcı temelde kurulmamış ise tam işlevsellik unsuru sağlanamayacaktır.

Ancak ortak girişimin belirli tam işlevsellik unsurlarına işlem anında sahip olmaması her zaman sorun teşkil etmez. Ortak girişimin başlangıç dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla tam işlevselliği sağlayan belirli niteliklere sahip olmaması veya eksik sahip olması makul karşılanmakta ve tam işlevsellik olumsuz etkilenmemektedir.

Ortak girişimin tam işlevsel sayılabilmesi için taşınması gereken nitelikler ortak girişime bağımsız bir görüntü ve algılanış²³² kazandırmaktadır. Bu niteliklere sahip olmanın neticesi olarak tam işlevsel ortak girişim adeta ana teşebbüslerinden farklı ve kendi başına bir teşebbüs olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle

²³⁰ Dosya Sayısı : 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 11-59/1515-540 Karar Tarihi : 24.11.2011

²³¹ Johannes Lübking, Daniel Dittert, Part 2 Jurisdiction, EU Competition Law, Volume II, Merger and Acquisitions, 1. kitap (Derleyen: Götz Drauz, Christopher Jones) 2. Bası Claeys&Casteels, 2012, Deventer/Hollanda, Leuven/Belçika, s.95

²³² Ortak girişim ticari bağımsızlığının bir neticesi olarak pazarda, müşterileri, rakipleri, tedarikçileri tarafından ana teşebbüslerinden ayrı bir ekonomik bütünlük olarak algılanmalı ve tanımlanmalıdır bkz. Andres Galarzo Font, Commission Policy as Regards Joint Ventures within the Scope of the Merger Regulation, Merger Control in The European Union, Law, Economics and Practice, Edurne Navarro Varona, Andres Font Galarza, Jaime Folguera Crespo, Juan Briones Alonso, 2. Bası, Oxford University Press, 2005, New York, s.43-44

ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olması faaliyet yürüttüğü veya yürüteceği söz konusu pazarda ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız olarak ve ayrı bir teşebbüs olarak tanımlanabilmesi²³³ sonucunu doğurmaktadır.

II. Ortak girişimin özerk yapıda olması

Ortak girişim ticari bağımsızlığının bir neticesi olarak pazarda, müşterileri, rakipleri, tedarikçileri tarafından ana teşebbüslerinden ayrı bir ekonomik bütünlük olarak algılanmalı ve tanımlanmalıdır²³⁴. Ortak girişimin kendisinin alması gereken ticari kararlar bakımından kısıtlanması, kararları alabilecek bir yönetime sahip olmaması veya ortak girişimin belirli faaliyet veya işlemler yönünden kısıtlanması durumlarında ortak girişimin tam işlevsel niteliği tehlikeye düşecektir.

Ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki anlaşma veya ortak girişim temel sözleşmesinden kaynaklı olarak ortak girişimin ticari kararları kısıtlanmış olabilmektedir.

A- Yönetimsel olarak

Ortak girişimin yeterli kaynaklara sahip olması tam işlevselliğin sağlanması açısından yeterli olmamakta söz konusu kaynakları kullanabilecek özerk bir yönetime de sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde ortak girişimin bağımsızlığı sağlanamayacak ve ortak girişim tam işlevsel nitelik kazanamayacaktır.

Kurul kararındaki aşağıdaki ifadeler konu bakımından önem arz etmektedir:

“Ortak girişim, bağımsız bir teşebbüsün işlevlerini, devamlılık arz edecek şekilde

²³³ Dosya Sayısı : 2013-1-77 (Muafiyet) Karar Sayısı : 13-52/734-307 Karar Tarihi : 12.09.2013

²³⁴ Andres Galarzo Font, Commission Policy as Regards Joint Ventures within the Scope of the Merger Regulation, Merger Control in The European Union, Law, Economics and Practice, Edurne Navarro Varona, Andres Font Galarza, Jaime Folguera Crespo, Juan Briones Alonso, 2. Bası, Oxford University Press, 2005, New York, s.43-44

yerine getirmeli ve günlük işleri sürdürebilecek finans, personel ve varlıkları da kapsayan kaynaklara ulaşma amacını taşıyan bir yönetime sahip olmalıdır”²³⁵.

Benzer şekilde Komisyonun The Coca-Cola Company / Nestle / Jv kararında²³⁶ ortak girişim ürünlerinin; pazarlanmasına, üretimine, dağıtımına ve yeni tedarik kaynaklarına erişilmesine ilişkin politikaları belirleyecek bir yönetime sahip olması ve ortak girişimi hâlihazırda yöneten yürütme komitesinin kaldırılması ve ortak girişimin işletme planının bundan böyle ana teşebbüsleri tarafından değil ortak girişimin kendisi tarafından oluşturulacak olmasını tam işlevsellik unsurunun destekler nitelikte değerlendirmiştir.

Ortak girişimin teşkilat yapısı²³⁷ altında yönetimin nasıl yapılandırılacağına ise tam işlevsellik açısından bir önemi olmayacaktır. Burada önemli olan münhasıran ortak girişime ayrılmış bir yönetim yapısının olmasıdır²³⁸. Yönetimin tesis edileceğinin temel sözleşmeyle ortaya konması yeterli olacaktır²³⁹.

Ortak girişimin yönetime sahip olması, idareye ilişkin her türlü birim için gereklidir. Ortak girişimin iş sürecine ilişkin kararlarının bölünmeksizin bir bütün halinde ortak girişimin kendi yönetimine ait olması gerekmektedir²⁴⁰. Kurul’un bir

²³⁵ Dosya Sayısı: 2012-4-349 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-09/119-65 Karar Tarihi: 06.02.2013 ve ayrıca bkz. Karar Sayısı: 12-53/1482-511 Karar Tarihi: 01.11.2012 “TIN’in kendi günlük iş faaliyetleri için özgülünmüş bir yönetiminin yanı sıra, kalıcı olarak bağımsız bir şekilde faaliyet göstermesini sağlayacak finans, personel ve varlıklar...şirketin tam işlevsel bir iktisadi varlık olarak faaliyet göstereceği kanaatine varılmıştır.” Dosya Sayısı: 2014-5-20 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-18/349-155 Karar Tarihi: 20.05.2014 “Bildirim Formunda, Scholz’un yeni kurulan bir şirket olmadığı, uzun süredir birçok pazarda faaliyet gösteren ve devamlılık arz eden bir şirketler grubu olduğu ve günlük faaliyetlerini yürütmek için kendi yönetim birimleri bulunduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, iktisadi bağımsızlık unsurunun da sağlandığı görülmüştür.”

²³⁶ Case No COMP/M.2276 - THE COCA-COLA COMPANY / NESTLE / JV

²³⁷ Yoğunlaşma Tebliği anlamında ortak girişimden bahsedilebilmesi için sıklıkla ortak bir alt şirketin varlığı gerekmektedir. Ortak bir komite muhtemelen bir teşebbüs olma durumunu karşılamayacağı gibi aynı zamanda kalıcı ve ekonomik olarak bağımsız faaliyete imkân veren kaynaklara da sahip olamayacaktır. Bkz. Korah, s.428

²³⁸ Belirli bir yönetime imkân veren yapılar başkaca sebeplerle tam işlevsellik unsurunu sağlayamayabilecektir. Ortak bir komite muhtemelen bir teşebbüs olma durumunu karşılamayacağı gibi aynı zamanda kalıcı ve ekonomik olarak bağımsız faaliyete imkân veren kaynaklara da sahip olamayacaktır. Bkz. Korah, s.428

²³⁹ “Bu bağlamda temel sözleşmelerde, ortak girişimlerin yönetim ve genel kurullarının belirlenme ve çalışma yöntemlerine ilişkin düzenlemelerin olması, ayrıca finansmanının ve hisse devrinin usullerinin ve benzer mali durum unsurlarının tespit edilmiş olması, ortak girişimlerin bağımsız bir teşebbüs olarak faaliyet gösterip karar alabileceğini göstermektedir” bkz. Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

²⁴⁰ “.....kalıcı olarak faaliyet göstermek üzere oluşturulan ortak girişimin olağan iş sürecine ilişkin bütçe, iş planı ve yatırım kararları dâhil tüm kararların ortak girişimin yönetim kuruluna ait olduğu

kararında²⁴¹ genel müdür, işletme müdürü ve finans müdüründen oluşan bir yönetim yapısına sahip olması tam işlevselliği destekler nitelikte bulunmuştur.

Ortak girişimin herhangi bir yönetime sahip olmaması durumunda ortak girişim ana teşebbüslerinin bir birimi konumunda olacaktır ve ileride değinileceği²⁴² üzere ana teşebbüslerinin belirli bir işlevini özgülenmiş bir yapıda olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir.

B- Davranışsal olarak

Kurulacak olan ortak girişimin faaliyet amacına uygun olarak yapabileceği işlem ve faaliyetler yönünden kısıtlanmamış olması ve söz konusu kararlara ilişkin münhasıran tam yetkili olması gerekmektedir. Ortak girişimin belirli işlem veya faaliyetler bakımından kısıtlanması ticari kararlarının kısıtlanması sonucunu doğurabilir. Bu durumda ortak girişim tam işlevsel yapıda olmayacaktır.

Ortak girişimin faaliyet ve işlemler bakımından kısıtlanmaması gerekliliği ortak girişimin etkin rekabetini sağlamaya yönelik bir unsurdur. Ortak girişimin herhangi bir faaliyet veya işlem bakımından kısıtlanması her zaman tam işlevselliğe aykırı olarak değerlendirilmemeli, ortak girişimin belirli sektörler yönünden kısıtlanması iştigal ettiği sektörde etkin rekabet etmesi önünde bir engel teşkil etmeyecek ise böylesi bir kısıtlamanın tam işlevselliği zedelememesi gerekir. Ortak girişimin hem her teşebbüsün taşıması gereken kredi, borçlanma, alım satım gibi işlem ve faaliyetler yönünden hem de faaliyet göstereceği sektör özelinde gerekli işlem ve faaliyetler bakımından kısıtlanmamış olması gerekecektir²⁴³.

anlaşılmıştır.” Bkz. Dosya Sayısı: 2014-4-41 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-24/487-217 Karar Tarihi: 16.07.2014 bkz. benzer bir kararda “DJ Cool’un faaliyetinin herhangi bir süre ile sınırlandırılmadığı, ortak girişim tarafı ana gruplardan ayrı olarak, ticari araç klima ve soğutma sistemleri pazarında faaliyet göstereceği ve bunun için kendine ait yeni bir yönetime sahip olacağı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ortak girişimin iktisadi bağımsızlık unsurunun da bulunduğu görülmektedir.”

²⁴¹ Dosya Sayısı: 2011-3-295 (Devralma) Karar Sayısı: 12-01/6-3 Karar Tarihi: 12.01.2012

²⁴² Bkz. §4/IV

²⁴³ Kurul ortak girişimin ana sözleşmesindeki; ortak girişimin faaliyet göstereceği alanda üretim tesisleri kurabileceği, makine ve teçhizat temin edebileceği, ürünlerini doğrudan veya dolaylı ulusal ve uluslararası pazarlarda bölge distribütörleri veya temsilciler vasıtasıyla dağıtabileceği ve

Kurul bir kararında²⁴⁴ ortak girişimin şirket ana sözleşmesindeki hükümlerden hareketle ortak girişimin amacına dönük olarak üretim, pazarlama, satış, kiralama, makine ve teçhizat alma, kıymetli evrak çıkarma, eleman alma, bankalardan kredi alma, taşınmazlarını ipotek ve rehin etme, ithalat ve ihracat yapma vb. gibi konulara ilişkin tek başına yetkili olduğuna değinerek ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olduğuna karar vermiştir.

Yine benzer şekilde başka bir kararında²⁴⁵ Kurul, demir ve çelik ürünlerinin üretimi, satış ve pazarlaması için kurulan bir ortak girişimin amacına yönelik olarak alım, satım, kiralama, eğitim, dış ticaret, reklam, menkul kıymet ihracı vb. her türlü faaliyeti gerçekleştireceğinden hareketle ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkacağı kanaatine varmıştır.

Ortak girişimin fiyat, miktar²⁴⁶, alım-satım ilişkilerini, müşteri tercihini, pazar politikalarını belirleme yönünden alınacak kararlar bakımından da ana teşebbüslerinden bağımsız olması gerekmektedir. Nitekim bir Kurul'un bir kararında konuya ilişkin "...ortak girişimin üreteceği ürünlerin fiyatına ilişkin formülün ana teşebbüslerce belirlenmiş olması ve ortak girişim tarafından üretilen ürünlerin yurtiçi pazara dağıtımının münhasıran AKO tarafından yapılması hususları dikkate alındığında ortak girişimin tam işlevsel bir yapı sergilemediği, ticaret politikalarını kurucularından bağımsız bir şekilde belirleyemeyeceği, dolayısıyla bağımsız bir iktisadi varlık olma kriterini karşılamadığı kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede inceleme konusu işlemin ortak girişim sayılabilmesi için

satabileceği, amacına yönelik ithalat ve ihracat yapabileceği, kredi temini için finansal kurumlarla sözleşmeler yapabileceği, lisans, know-how, ticari marka gibi fikri haklar iktisap edebileceğine ilişkin hükümlerinden hareketle ortak girişimin ana teşebbüslerinin belirli işlevini yerine getirmek üzere kurulmadığı, üretimden dağıtımına bir arz zincirinin tüm aşamalarında faaliyet göstereceği kanaatine ulaşmıştır. Bkz. Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

²⁴⁴ Dosya Sayısı: 2012-5-3 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 12-08/257-83 Karar Tarihi: 23.02.2012 "Öte yandan, Anasözleşme'nin 4. maddesine göre şirket, kuruluş amacını gerçekleştirmek amacıyla faaliyet alanı ve konusu ile ilgili üretim, pazarlama, satış, kiralama, makine ve teçhizat alma, kıymetli evrak çıkarma, eleman alma, bankalardan kredi alma, taşınmazlarını ipotek ve rehin etme, ithalat ve ihracat yapma vb. gibi konularda tek başına yetkilidir. Bu açıdan, kurulacak ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlığın tüm faaliyetlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir yapıya sahip olacağı ve tam işlevsel olacağı kanısına varılmıştır."

²⁴⁵ Dosya Sayısı: 2012-5-16 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 12-11/367-102 Karar Tarihi: 14.03.2012

²⁴⁶ Font, s.43

taşıması gereken bağımsız bir iktisadi varlık olma unsurunu karşılamaması nedeniyle.....”²⁴⁷ değerlendirmesi yapılmıştır.

Ortak girişimin ana teşebbüslerinin ürünleriyle rekabet eden ürünleri pazarlayamaması ortak girişimin ticari kararları üzerinde bir kısıt teşkil edecektir. Kurul bir kararında²⁴⁸ çimento üreticileri tarafından kurulacak olan ortak girişimin yalnızca araştırma geliştirme ve ana teşebbüslerin ihracat faaliyetlerini yürütmesi ve AB ülkelerine pazarlayabileceği ürünlerin yalnızca kurucu teşebbüslerin ürünleri olması karşısında ortak girişimin kendi ticari politikasını belirleme açısından bağımsız olmadığı ve tam işlevsel sayılamayacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Ortak girişim tedarik kaynaklarını özgürce belirleyebilecek ve çeşitlendirebilecek imkâna sahip olması durumunda pazarda bağımsız bir teşebbüs gibi hareket edebilecektir. Ortak girişim tedarik anlaşması yapacağı üçüncü kişi veya ana teşebbüslerinin seçimi açısından bağımsız olması gerekmektedir²⁴⁹. Bu bakımdan ortak girişim ile ana teşebbüsler arasında yapılan tedarik anlaşmalarında rekabet etmeme şartının olması ortak girişimin yalnızca ana teşebbüsten tedarik yapmasına sebebiyet vereceği için tam işlevselliğin oluşmasını engeller.

Komisyon’un bir kararında²⁵⁰ kitap yayıncılığı ve perakendeciliği sektöründe faaliyet gösteren ortak girişim ana teşebbüslerden tedarik anlaşması yapması, anlaşmasının inhisari olmaması dolayısıyla da ortak girişimin başkaca yayıncılarla da tedarik anlaşması yapma imkânının olması karşısında kabul edilmiştir.

Ayrıca uzun süreli tedarik anlaşmalarının da benzer şekilde ancak fiili olarak rekabet etmeme borcu yaratabilecektir. Dolayısıyla tedarik anlaşması sürelerinin makul düzeyde olması gerekmektedir. Uzun süreli anlaşmalar ise endüstri uygulamasıyla açıklanabilir olmalıdır.

²⁴⁷ Dosya Sayısı: 2012-4-349 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-09/119-65 Karar Tarihi: 06.02.2013

²⁴⁸ Dosya Sayısı: D1/1/Ç.D.-00/1 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 00-19/188-100 Karar Tarihi: 23.05.2000

²⁴⁹ Tedariklerin ana teşebbüslerden sağlandığı hallerde tedarik ilişkisini piyasa koşullarına göre oluşturması gerekmektedir bkz. Dosya Sayısı: 2011-4-359 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-64/1663-593 Karar Tarihi: 29.12.2011

²⁵⁰ Case No COMP/JV.51 - BERTELSMANN / MONDADORI / BOL ITALIA

Nitekim Komisyon Bp / Nova Chemicals / Jv kararında²⁵¹ 5 yıllık tedarik anlaşmasının süre bakımından uzunluğunu endüstri uygulamasıyla açıklamıştır²⁵².

Thomson CSF/Deutsche Aerospace kararında²⁵³ ise Komisyon, ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki taşeronluk anlaşmasını incelemiştir. Taşeronluk sözleşmesinin miktar bakımından ve maksimum 4 senelik süreyle sınırlandırılmış olması dolayısıyla taşeronluk ilişkisi tam işlevsellik açısından sorun teşkil etmemiştir.

Ortak girişimin ticari kararları üzerindeki kısıtın kaldırılması ana teşebbüslerin ihtiyarında ise, bu durum ortak girişimin bağımsızlığının tesisi için yeterli olmayacaktır. Söz konusu hükümler ortak girişimin ticari kararlarına müdahale imkânı verdiği ölçüde kısıtlayıcı olacaktır. Ana teşebbüs ve ortak girişim arasında önemli boyutlardaki tedarik anlaşması olmasına karşın ortak girişimin üçüncü kişilerle anlaşma yapmak için veya kendisi söz konusu faaliyeti gerçekleştirmek için söz konusu anlaşmayı feshetme yetkisinin bulunduğu hallerde bağımsızlık açısından sorun teşkil eden durum ortadan kaldırılmış olur²⁵⁴.

Nitekim Komisyon Nokia/Autoliv kararındaki²⁵⁵ olayda ana teşebbüs hâlihazırda kendi biriminin kullandığı çalışma yerleşkesini ortak girişime kiralamakta ve ortak girişime muhasebe, yönetim hizmetleri sunmaktadır. Hizmet anlaşması belirli materyallerin satın alınmasına yönelik ortak girişime ana teşebbüsün kanalını kullanma hakkı vermektedir. Ortak girişimin anlaşmayı sonlandırarak faaliyeti kendi bünyesinde yürütebilme veya ana teşebbüsünün yerleşkesini terk edebilme imkânı bulunması tam işlevselliği sağlayan bir unsur olarak kabul edilmiştir.

Komisyon'un American Express/Fortis/Alpha Card kararındaki²⁵⁶ olayda ise ortak girişim ihtiyaç duyduğu belirli bazı hizmetleri ana teşebbüsünden sağlayacaktır ve hizmetin üçüncü kişilerden temininin söz konusu olması durumunda ise ana teşebbüsün rızası gerekecektir. Söz konusu sınırlamanın

²⁵¹ M.3578; benzer bkz. Case No COMP/M.2299 - BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV

²⁵² Karş. Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı: 13-44/551-245 Karar Tarihi: 11.07.2013

²⁵³ Case No IV/M.527 - Thomson / Deutsche Aerospace AG

²⁵⁴ Bkz. Font, s.48

²⁵⁵ Case No IV/M.686 - NOKIA / AUTOLIV

²⁵⁶ Case No COMP/M.5241 - AMERICAN EXPRESS / FORTIS / ALPHA CARD

kaldırılmasıyla ortak girişim tedarikçisini belirleme yönünden bağımsızlığını sağlayarak tam işlevsel nitelik kazanmıştır.

Ortak girişimin pazarın gereklerini yerine getirmesi faaliyetlerinin ana teşebbüsleriyle sınırlı olmaması gerekmektedir. Böylece ortak girişimin işlevi ana teşebbüslerine yardımcı niteliğin ötesine geçebilecek ve tam işlevsel nitelikte olacaktır. Eğer ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardaki teşebbüsler; üretim, satın alma ve satış faaliyetlerini de yürütüyor ise o halde ortak girişimin de bunlardan biriyle sınırlandırılmaması²⁵⁷ ve bu işlevlere sahip olması gerekecektir. Ancak ortak girişimin sektöre ilişkin tasarım, araştırma, dağıtım, üretim gibi bütün işleri bünyesinde toplaması beklenmemektedir²⁵⁸.

C- Ara sonuç

Her ne kadar ana teşebbüslerinin ortak kontrolünde olsa da bir ortak girişimin kendi yönetim organlarına sahip bir yapıda olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ortak girişimin ana teşebbüsleriyle veya üçüncü kişilerle olan ilişkileri yönünde sınırlandırılmamış olması; eğer mevcut ise söz konusu ilişkilere son verme yetkisine de sahip olması beklenmektedir.

Ancak ortak girişimin tam işlevsel sayılabilmesi için sınırlandırılmaması gereken alanlar ortak girişimin faaliyet gösterdiği alana ilişkin olmalıdır. Bir ortak girişimin kendi faaliyetini yürütebilmesi için gerekli olan işlem ve eylemler bakımından sınırlandırılmamış olması aranmaktadır.

III. Ortak girişimin yeterli kaynaklara sahip olması

Ortak girişimin yeterli kaynaklara sahip olmaması durumunda ortak girişim pazarda rekabet edebilir yapıda olmayacaktır. Bunu sağlamak için ortak girişimin

²⁵⁷ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.525

²⁵⁸ Bkz.Font, s.46

pazarda faaliyet yürütebilmesine imkân veren her türlü maddi mal varlığı değerlerine, personel ve mali kaynaklar ile gayri maddi mallara ilişkin haklara erişiminin olması gerekecektir²⁵⁹. Bunun için de kurucu ortakların ortak girişime önemli kaynakları aktarmaları gerekmektedir²⁶⁰. Ortak girişimin yeterli kaynaklara sahip olmaması buna karşın ana teşebbüslerinin imkânlarını kullanması ise kural olarak tam işlevselliğin sağlanması için yeterli olmayacaktır²⁶¹.

Ortak girişimin tarafı ana teşebbüsler coğrafi pazar ve ürün pazarıyla ilgili tüm varlıklarını ortak girişime aktarmaları durumunda ana teşebbüslerin pazarı terk edecekleri ve ortak girişimin tam işlevselliği sağlayacak kaynaklara erişmiş olacağı ve söylenebilir²⁶². Böyle bir ihtimalde ortak girişimin tam işlevsellik kazanması kuvvetli bir ihtimal olacaktır. Ancak her somut olay özelinde farklı değerlendirme yapılmalı ve ortak girişime aktarılan kaynakların tam işlevselliği sağlayıp sağlamadığı denetlenmelidir.

A- Ortak girişime yeterli kaynakların aktarılması

1. Maddi mal varlığı değerleri bakımından

Ortak girişimin tam işlevsel olabilmesi için hem niteliksel hem de niceliksel temelde yeterli kaynaklara sahip olması gerekecektir. Yeterli maddi varlıklara sahip olunması kriteri açısından ortak girişimin tesis küçüklüğü, kar-zarar veya fizibilite bakımından değerlendirilmesi; sermaye, tesis, personel, yatırım, organizasyon bakımından konusunu gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir²⁶³.

²⁵⁹ Ortak girişimin pazarda faaliyetini sürdürebilir ve kalıcı olarak rakipleriyle rekabet edebilmesi, kendi ayakları üzerinde durabilir ve borçlarını ödeyebilir bir yapıda olması için sanayi tesisi, makina, arsa, bina gibi maddi varlıklar ile insan kaynağı ve finansal kaynağa sahip olması gerekmektedir bkz. Font, s.41-42

²⁶⁰ Bkz. Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.525

²⁶¹ Ortak girişimin faaliyetini sürdürebilmesi için yeterli personel, organizasyon ve sermayeye sahip olmamasına karşın ana teşebbüslerin imkânlarını kullanması da ortak girişimin bağımsız bir varlığının olması için yeterli olmayacaktır bkz. Aslan, s.628

²⁶² Bkz. Korah, s.394

²⁶³ Aslan, s.627-628

Değerlendirmede ortak girişim tarafından yürütülecek faaliyet önem arz etmektedir. Örneğin baskı işleriyle iştigal edecek bir ortak girişimin kendi basım tesisleri, makine, varlık, personel ve müşteri çevresine sahip olması²⁶⁴; perakende sektörüne ilişkin bir faaliyetin söz konusu olduğu hallerde de ortak girişimin yeterli satış noktasına sahip olması aranacaktır. Dolayısıyla bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelenebilmesi için aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sahip olduğu üretim, satış veya araştırma geliştirme gibi işlevleri yerine getirebilme imkânına sahip olması gerekecektir²⁶⁵. Ancak bu gereklilik pazardaki her bir teşebbüsün ayrı ayrı sahip olduğu işlevler olarak değil pazarda rekabete imkân veren düzeyde işlevlere sahip olma şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde yalnızca dikey bütünleşik yapıya sahip ortak girişimlerin tam işlevsel sayılması gerekecektir²⁶⁶.

Konunun açıklanması bakımından örnek teşkil edebilecek Komisyon'un RSB / Tenex / Fuel Logistic kararındaki²⁶⁷ olayda nükleer ürünler ihracatıyla uğraşan Tenex ve nükleer ürünlerin iletim ve dağıtım faaliyetini yürüten RSG teşebbüslerinin kurduğu FL ortak girişimi pek çok açıdan tam işlevsellik şartlarını karşılamamıştır. FL ortak girişimi nükleer maddelerin iletimi faaliyetini yürütecek olmasına karşılık, bu faaliyeti yürütmesine imkân verecek varlıklara sahip değildir. FL ana teşebbüslerinden birinin tesislerini kullanacak ve ürünlerin iletimi için gerekli paketleme gereçlerine sahip olmayacaktır. Temel sözleşmeye göre FL ortak girişimi üstlendiği iletim faaliyetinin yürütürken ana teşebbüslerinden biri olan RSB teşebbüsünün iletim ve taşıma hizmetlerini kullanacaktır. İletim faaliyetini yürütmesi için gerekli olan know-how ve varlığın da ortak girişime aktarılmadığı anlaşılmıştır.

Komisyon'un Nestlé / L'Oréal / Inneov kararında²⁶⁸ ise Nestlé ve L'Oréal teşebbüsleri kozmetik amaçlara yönelik gıda takviyesi ürünlerin üretilmesi ve pazarlanmasına yönelik Inneov ortak girişimini kurmaktadırlar. Ortak girişim

²⁶⁴ COMP/M.3178 Bertelsmann / Springer/JV.

²⁶⁵ Goyder, s.404

²⁶⁶ Bkz. Font, s.46

²⁶⁷ Case No IV/M.904 - RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC

²⁶⁸ COMP/M.2773

tarafından üretilen ürünler münhasıran ana teşebbüslerden biri olan L'Oréal'in bir alt kuruluşu tarafından dağıtılacak olmasına karşılık, ortak girişimin muhtemel rakiplerinin çoğunun kendi üretim ve dağıtım faaliyetlerinin olmaması sebebiyle bu eksiklik tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir.

Kurul bir kararında²⁶⁹ kadın iç giyim, pijama ve gecelik ürünlerinin satış ve pazarlamasına odaklı perakende mağazaların kurulması ve işletilmesi faaliyetini yürütecek olan ortak girişimin faaliyetine ilişkin perakende mağazaların işletilmesi ve kiralanmasının önem arz ettiği belirtilmiştir. Ortak girişime ilk 10 mağaza için sabit varlıklar, işletme sermayesi ve diğer finansman ihtiyaçlarının bir iş planına uygun olarak karşılanması²⁷⁰ ve tarafların anlaşması şartıyla ana teşebbüslerin sahip olduğu veya kiracı konumunda oldukları mağazaların ortak girişime devredilmesinin²⁷¹ öngörülmüş olması karşısında ortak girişimin yeterli kaynağa sahip olacağı kabul edilmiştir.

Ortak girişimin kendi araştırma ve geliştirme faaliyetlerini yürütmesi, kural olarak ortak girişimin geleceğe yönelik olarak ana teşebbüsleri karşısındaki bağımsızlığını destekleyen bir unsurdur²⁷². Dolayısıyla ortak girişimin kendi araştırma geliştirme faaliyetlerine sahip olmamasının da, ticari politika veya sektör uygulaması ile açıklanabilir olması gerekmektedir. Komisyon BP/Mobil kararında²⁷³ sektördeki pek çok teşebbüsün kendi araştırma geliştirme birimine sahip olmaması karşısında ortak girişime araştırma geliştirme biriminin aktarılmamasını tam işlevselliğe aykırı görmemiştir.

²⁶⁹ Dosya Sayısı: 2011-3- (Devralma) Karar Sayısı: 11-44/984-331 Karar Tarihi: 3.8.2011

²⁷⁰ Hissedarlar Sözleşmesi'nin "Şirketin Finanse Edilmesi" başlıklı 4.3. maddesinde Ortak Girişim'in sahip olacağı mali kaynaklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, bu maddede ilk 10 mağaza için sabit varlıklar, işletme sermayesi ve diğer finansman gereksinimlerinin taraflarca sözleşmenin yürürlük tarihi ya da öncesinde mutabık kalınacak bir iş planı çevresinde sağlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Aynı sözleşmenin 4.4.1. maddesinde Ortak Girişim'in LB Markalı ürünlerin satışına ilişkin olarak perakende alanları tespit edip kiraladıktan sonra dekore edip donatacağı belirtilmiştir.

²⁷¹ Tarafların mutabakata varması şartına bağlı olarak hâlihazırda Park Bravo ve/veya AlShaya tarafından sahip olunan veya kiralanmış mağazaların da tüm kira sözleşmeleri ve kiralanmış varlık haklarıyla birlikte Ortak Girişim'e devri de söz konusu olabilecektir. Bu mağazalara ilişkin olarak Ortak Girişim'e alt lisans verilmeyeceği, mağazaların bütünüyle devredileceği de anılan maddede açıkça düzenlenmektedir.

²⁷² Bkz. Font, s.45

²⁷³ Case No IV/M.727 – BP / Mobil

Aktarılan kaynakların ortak girişimin faaliyet göstereceği coğrafi pazar bakımından da yeterli olması gerekmektedir. Komisyon'un bir kararı'ndaki²⁷⁴ olayda ortak girişimin belirli bir coğrafi pazarda faaliyet yürütebilmesine yönelik yeterli kaynaklara sahip olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Ortak girişimin yeterli mal varlığı değerlerine sahip olduğunun kabulü için mülkiyet hakkı elde etmesi de gerekmemektedir. Ortak girişimin, faaliyeti için gerekli mal varlığı değerlerine kontrolü kendi elinde olması şartıyla kaynaklara erişiminin bulunması da kabul edilebilir olacaktır.

Özellikle kimya endüstrisi olmak üzere belirli sektörlerde bağımsız teşebbüsler alıcıları ve tedarikçileriyle oldukça entegre ve sıklıkla müşterek alanlarda faaliyet yürütmektedirler²⁷⁵. Bu durum entegre tesislerinin kullanıldığı hallerde mülkiyetin ayrılmamasının ekonomik ve teknik belirli zorluklar veya pratik imkânsızlıklardan kaynaklanmaktadır²⁷⁶. Bu tür hallerde ortak girişimin mülkiyet sahibi olmasa dahi faaliyet yürüteceği üretim merkezinin stratejik kontrolünü elinde bulundurması²⁷⁷; araç ve gereçlere ilişkin hizmetin ortak girişime ticari koşullarda sunulması şartıyla yeterli olmaktadır²⁷⁸.

Benzer şekilde torpido aküleri üretimine yönelik sektöre ilişkin bir Kurul kararında²⁷⁹ da ana teşebbüslerinden birinin kendi sahip olduğu üretim tesisinin bir bölümünü, ortak girişime kiralaması tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir.

Komisyonun Ge Capital / Sea Containers kararındaki²⁸⁰ olayda da; ortak girişim işleteceği deniz konteynırlarının yalnızca ufak bir bölümünün sahibi olacaktır. Esas büyük bölümün ana teşebbüslerden kiralanacak olmasına rağmen ana teşebbüslerin müdahalesi olmaksızın ortak girişimin konteynırlar üzerinde tam bir tasarrufunun olacak olması sebebiyle tam işlevsellik olumsuz etkilenmemiştir. Ancak kararda değinilmemişse de ortak girişimin faaliyeti açısından önem arz eden düzeydeki araçların ortak girişime devredilmeyerek kira yoluyla tahsis edilmesi

²⁷⁴ Case No COMP/JV.23 - TELEFONICA / PORTUGAL TELECOM / MEDI TELECOM

²⁷⁵ Lübking/Dittert, s.98

²⁷⁶ Kimya sektörü özelinde bkz. Font, s.42

²⁷⁷ Font, s.42

²⁷⁸ Lübking/Dittert, s.98-99

²⁷⁹ Dosya Sayısı: 2011-2-141 (Devralma) Karar Sayısı: 11-25/476-145 Karar Tarihi: 21.04.2011

²⁸⁰ Case No IV/M.1020 - GE CAPITAL / SEA CONTAINERS

sektör uygulamasıyla veya ana teşebbüsün kendi faaliyetine yönelik gerekli olmasıyla açıklanabilir olmalıdır.

Nitekim belirli varlıklar ana teşebbüslerin kendi faaliyetlerine hizmet etmesi sebebiyle devrin dışında bırakılabilir. Komisyon bir Kararı'nda²⁸¹ ortak girişime devredilen iki tesis ortak girişimin başlangıçta ihtiyaç duyacağı ham maddenin %40 ila 60'ını karşılayacaktır. Bununla birlikte ortak girişim ana teşebbüslerinden birisiyle tedarik anlaşması yapacak ve tedarik ortak girişime devredilmemiş tesislerden sağlanacaktır. Söz konusu tesisler ana teşebbüsün kendi işlerine yönelik ihtiyaçlarını karşılayacağı için ortak girişime devredilmemesi tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir.

Ancak söz konusu kararın, ortak girişime ihtiyacının önemli bölümünü karşılayacak tesislerin aktarılmamasının tam işlevselliği sağlayacağı şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde eğer sektör uygulamasıyla açıklanamıyorsa ortak girişim yeterli kaynaktan yoksun olarak oluşturulmuş olacak ve tam işlevsel yapıda olamayacaktır.

2. Gayri maddi mal varlığı değerleri bakımından değerlendirme

Ortak girişimin, patent, marka, teknolojik ve ticari know-how gibi faaliyeti için gerekli tüm endüstriyel mülkiyet haklarına erişiminin olması gerekmektedir. İhtiyaç duyulduğu ölçüde ürünlerin üretilmesi ve ticarileştirilmesi için gerekli hakların ve tesislerin inşa edilmesi veya işletilmesi için gerekli teknoloji lisanslarının da ortak girişime aktarılması gerekmektedir²⁸². Ortak girişimin söz konusu haklara erişimin olması ortak girişimin pazarda kalıcı olarak rekabet edebilecek yapıda olmasını desteklemektedir. Şüphesiz ne tür gayri maddi hakların ortak girişime aktarılması gerektiği pazar özelinde değerlendirilecektir. Örneğin, Komisyon'un bir kararında²⁸³ kitap yayıncılığı ve perakendeciliği sektöründe

²⁸¹ Case No IV/M.550 - UNION CARBIDE / ENICHEM

²⁸² Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı: 13-44/551-245 Karar Tarihi: 11.07.2013

²⁸³ Case No COMP/JV.51 - BERTELSMANN / MONDADORI / BOL ITALIA ve bkz. Case No COMP/JV.45 - * BERTELSMANN / KOOPERATIVA FÖRBUNDET / BOL NORDIC

faaliyet gösteren bir ortak girişime marka, teknoloji, kurumsal simge ve know-how sağlanmasını yeterli görülmüştür.

Ortak girişime faaliyeti için gerekli gayri maddi hakların aktarılması mutlak hak devri şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi ilgili haklara ilişkin lisans hakkı tanınması şeklinde de gerçekleştirilebilir²⁸⁴. Ancak ilgili haklara ilişkin lisans hakkının tanınması fiili devir niteliğinde olmalıdır.

Komisyonun bir kararında²⁸⁵ ana teşebbüslerin fikri mülkiyet haklarını kendilerine devrederek söz konusu fikri mülkiyet haklarını karşılıklı rızalarıyla sonlandırabilecek münhasır lisans yoluyla ortak girişime kullandırmaları planını incelemiştir. Kararda, eczacılık alanında yalnızca teknoloji ve patentlere erişebilen bir teşebbüsün faaliyet yürütebileceği ve ortak girişimin ancak ana teşebbüsleri lisans vermeyi sürdürükçe faaliyetine devam edebileceği değerlendirilmiştir ve ortak girişimin bağımsızlığını kaybettiği kanaatine varılmıştır.

Ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyeti bakımından önem arz eden bir varlığı ellerinde bulundurmaları ana teşebbüslere ortak girişimin ticari politikasına karışma imkânı verebilir. Ana teşebbüslerin ellerinde bulundurdukları varlıkların ortak girişimin faaliyeti açısından önem taşımaması durumunda böyle bir endişe oluşmayacaktır²⁸⁶. Aynı şekilde ortak girişimin ticari politikalarını etkileme imkânını bertaraf edici²⁸⁷ ortak girişim lehine bir takım hakların ihdas edilmesi kural olarak bağımsızlık açısından sorun teşkil eden endişeyi ortadan kaldıracaktır.

Komisyon'un erken dönem kararlarında ortak girişimin tam işlevsel kabul edilebilmesi için ortak girişime faaliyeti bakımından gerekli fikri mülkiyet haklarının feshedilemez nitelikte lisans yoluyla verilmesini aramaktaydı²⁸⁸. Nitekim feshedilemez bir lisans hakkı tanınması söz konusu gayri maddi hak

²⁸⁴ Söz konusu hakların mülkiyetine sahip olması gerekmekte, ortak girişimin ilgili haklar bakımında lisans hakkını elinde bulundurması da yeterli olmaktadır bkz. Font, s.44

²⁸⁵ Case No IV/M.058 -BAXTER/NESTLE/SALVIA; karar ilişkin benzer değerlendirme için bkz. Jonathan D.C. Turner, Intellectual Property And Eu Competition Law, Oxford University Press, 2010, s.118-119

²⁸⁶ Bkz. Case No IV/M.149 -LUCAS / EATON

²⁸⁷ Lisans sözleşmesini sonlandırma hakkının yalnızca ortak girişime tanınması gibi Bkz. Case No IV/M.149 -LUCAS / EATON

²⁸⁸ Lübking/Dittert, s.99; bkz. Case No IV/M.058 - BAXTER / NESTLE / SALVIA

üzerinde mutlak hak elde edilmesiyle aynı durumu oluşturduğu ifade edilmektedir²⁸⁹.

Ancak belirtmek gerekir ki lisansın inhisarı olmaması durumunda lisansın fesh edilemez nitelikte olması lisansa konu hak üzerinde mutlak hak elde edilmesiyle aynı etkiyi yaratmaya yetmeyecektir. Başka bir ifadeyle; bir basit lisans, lisans veren tarafından feshedilemez nitelikte olsa dahi lisans alan bakımından gayri maddi hak üzerinde mutlak hak elde edilmiş gibi bir etki doğurmayacaktır. Ana teşebbüsün ortak girişimle birlikte başkaca üçüncü kişilere de lisans hakkı tanınması ortak girişime tanınmış bulunan lisans hakkının değerini ve rekabet gücünü olumsuz etkileyecektir. Burada lisans hakkının değerini düşüren çok sayıda başkaca lisanslar verilmesinin hukuken korunmayacak bir durum olduğu düşünülebilirse de böyle bir ihtimalde dahi hukuki yaklaşım rekabet hukukunun yaklaşımına göre daha esnek olacak ve ortak girişimin tam işlevselliği zedelenebilecektir.

Ayrıca ortak girişimin faaliyeti bakımından önem arz eden bir fikri mülkiyet hakkına ilişkin lisans sözleşmesinin yalnızca ortak girişim tarafından veya ortak girişimin de onayıyla feshedilmesi tek başına bağımlılığı bertaraf etmeye yetmeyebilir. Bu kapsamda ortak girişime verilen lisansların bedelsiz olması daha yerinde bir güvence sağlayacaktır. Aksi halde ortak girişim rakiplerinin katlanmak durumunda olmadıkları lisans bedeli gibi bir gidere katlanarak daha zayıf bir rekabet gücüne sahip olacaktır. Bu durum ortak girişime faaliyeti için aktarılması gereken bir kaynağın aktarılmamış olmasıyla aynı sonucu doğuracaktır.

Daha yakın tarihli kararlarında Komisyon inhisarı olmasa dahi söz konusu fikri mülkiyet haklarının eğer haklar ana teşebbüslerin elinde bulundurulacak ise ortak girişimin süresi boyunca²⁹⁰ lisans verilmesini yeterli bulmaktadır²⁹¹. Bu durum özellikle teknoloji veya hakların ana teşebbüsler tarafından başkaca faaliyetlerde kullanıldığı durumlarda görülmektedir²⁹².

²⁸⁹ Font, s.44

²⁹⁰ İsim ve marka haklarına ilişkin lisans ortak girişimin süresiyle sınırlı verilmiştir bkz. Case No IV/M.902 - WARNER BROS. / LUSOMUNDO / SOGECABLE

²⁹¹ Lübking/Dittert, s.99

²⁹² Lübking/Dittert, s.99; bkz. Case No IV/M.1332 - THOMSON / LUCAS

Genel bir ifadeyle fikri mülkiyet haklarının inhisari veya feshedilemez olmasından ilgisiz olarak ortak girişime pazarda faaliyet imkânı vermesinin belirleyici olduğu²⁹³ ifade edilmektedir. Komisyon Thomson / Deutsche Aerospace AG kararında²⁹⁴ ana teşebbüsler tarafından ortak girişimlere ilgili fikri mülkiyet haklarının devredilmesi veya ana teşebbüsler söz konusu hakları kendileri de kullanacaklar ise ortak girişimlere süreleri boyunca lisans verilmesi veya hakların ortak girişimlere devredilerek lisansların alınması ihtimalleri arasında fark görmemiştir.

Komisyon'un konuya ilişkin isabetli bir kararında²⁹⁵ ana teşebbüslerin fikri mülkiyet haklarını ellerinde bulundurmalarına karşın ortak girişime inhisari ve bedelsiz; ana teşebbüslerden birinin iflası durumunda veya ortak girişim tarafından sonlandırılabilir türde lisans verilmesini, fikri mülkiyet haklarının fiili devri olarak yorumlamış ve ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca kararda ana teşebbüsler arasında akdedilen temel sözleşme uyarınca ana teşebbüslerin ortak girişim ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmelerinin söz konusu fikri mülkiyet haklarının ortak girişim dışında kullanılmamasına hizmet edeceği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

İfade etmek gerekir ki; lisansın ortak girişim süresiyle sınırlı olması, feshedilemez nitelikte olması veya lisans konusu mutlak hakkın tamamen devredilmesi aynı amaca hizmet etmektedir. Bu tür lisanslar veya mutlak hak devri birbirlerinin alternatifi olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla lisans hakkının ortak girişim süresiyle sınırlı veya feshedilemez nitelikte tanınması veya mutlak hakkın devredilmesi gerekir.

Ortak girişime lisans yoluyla verilen fikri mülkiyet haklarının ana teşebbüsler tarafından da kullanılması veya başkaca lisans sözleşmelerine de konu olması ortak girişimin lisans hakkından sağlayacağı menfaati düşürecektir. Başlangıçta yeterli fikri mülkiyet haklarına sahip görünen bir ortak girişim gerçekte fikri mülkiyet haklarına, kendisine etkin rekabet imkânı vermeyen düzeyde erişmiş

²⁹³ Lübking/Dittert, s.99

²⁹⁴ Case No IV/M.527 - Thomson / Deutsche Aerospace AG

²⁹⁵ Case No IV/M.149 -LUCAS / EATON

olacaktır. Dolayısıyla lisans veren ana teşebbüsün kendi kullanımını saklı tutmaması veya ortak girişimle lisansa konu üründe rekabete girişmemesi şartıyla ortak girişime inhisari temelde lisans vermesi gerekmektedir.

Ayrıca lisans yoluyla faaliyet yürütme bir sektör uygulaması değilse; ortak girişime bedelsiz lisans tanınması gerekmektedir. Aksi takdirde ortak girişime faaliyeti için gerekli bir kaynak aktarılmamış olacak ve ortak girişim daha zayıf bir rekabet gücüne sahip olacaktır.

3. İş gücü kaynağı bakımından değerlendirme

Ortak girişimin, pazarda faaliyetini sürdürebilmesi için ihtiyacı olan her türlü personele sahip olması gerekmektedir. Bu personel, ortak girişimin yönetim, idare, işleyiş, muhasebe de dâhil olmak üzere organizasyon yapısı altındaki her türlü personeli kapsamaktadır.

Ortak girişimin yürüteceği faaliyet özelinde; üretim, satış, dağıtım, pazarlama ve ihracat gibi belirli yan faaliyetlerin de gerçekleştirilmesi gerekebilir. Dolayısıyla yeterli personele sahip olmak yalnızca ana faaliyete yönelik bir gereklilik değildir. Ortak girişimin kendi faaliyetini yürütebilmesi açısından önem arz eden her türlü faaliyete yönelik özel personelleri de kapsayacak şekilde sahip olması gerekmektedir.

Nitekim Kurulu bir kararında²⁹⁶ ortak girişimin perlit madeni çıkarma ve ihracı faaliyetini yürüteceği tespitini yaparak maden ruhsatı ve gereçleri gibi donanımların haricinde gerekli ihracat, satış ve pazarlama ekip ve bağlantıları gibi organizasyonun da ortak girişime sağlanmasına değinmiştir.

²⁹⁶ Dosya Sayısı: 2010-1-68 (Muafiyet) Karar Sayısı: 10-38/657-224 Karar Tarihi: 27.05.2010

Başka bir kararda²⁹⁷ da Kurul ortak girişimin, kilit müşteri müdürleri ile pazarlama ve ürün müdürüne sahip olacağına ve müşteri hizmetleri, kontrol/bilgi teknolojileri personelini istihdam edeceğine değinmiştir.

Ortak girişimin çalıştıracağı personelinin münhasıran ortak girişim adına çalışması ve ana teşebbüsleriyle ve hatta onların bağlı ortaklıklarıyla dahi ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir²⁹⁸. Ancak belirli hallerde ortak girişimin geçici görevlendirme ile personel temin etmesi de kabul edilebilmektedir.

4. Mali kaynak bakımından değerlendirme

Ortak girişimin finansal olarak da yeterli kaynağa sahip olması gerekmektedir²⁹⁹. Ortak girişime sağlanan mali kaynaklar, ortak girişimin tam işlevselliğini desteklenmesi açısından önem arz etmektedir³⁰⁰. Ortak girişim mali kaynaklarının faaliyet göstereceği pazarda ortak girişime rakipleriyle rekabet edebilme imkânı verecek ölçüde³⁰¹ ve tam kapasite çalışarak yatırımının geri dönüşünü sağlamaya yeterli düzeyde olması gerekmektedir³⁰². Yeterli mali kaynağın oranı faaliyet yürütülen pazara ve ortak girişimin hedeflerine bağlı olacaktır³⁰³.

Ortak girişime mali kaynak dışında başkaca önemli bir katkı yapılmadığı hallerde tam işlevselliğin sağlanabilmesi için ortak girişime aktarılan mali kaynağın daha yüksek düzeyde olması gerekir. Ortak girişimin iş veya varlık devri olmaksızın oluşturulduğu hallerde Komisyon işletme planını temel alarak ortak girişime konan sermayenin ve gelecekteki katkının, ortak girişimin pazarda faaliyet

²⁹⁷ Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011; bkz. benzer Dosya Sayısı: 2014-4-10 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-07/134-61 Karar Tarihi: 19.02.2014 “.ve kendine ait muhasebe, personel, idare ve yönetim organına sahip olacaktır.”.

²⁹⁸ Bkz. Dosya Sayısı: 2011-3-152 (Devralma) Karar Sayısı: 11-44/984-331 Karar Tarihi: 3.8.2011

²⁹⁹ Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı: 13-44/551-245 Karar Tarihi: 11.07.2013

³⁰⁰ Font, s.43; Yeterli mali kaynak tam işlevselliği destekler unsur olarak nitelendirilmiştir bkz. Case No COMP/JV.46 -BLACKSTONE / CDPQ /KABEL NORDRHEIN -WESTFALEN

³⁰¹ Font, s.43

³⁰² Lübking/Dittert, s.100

³⁰³ Font, s.43

yürütebilmesi için yeterli olup olmadığına karar vermektedir³⁰⁴ Komisyon MSG Media Service³⁰⁵ kararında, ortak girişimin işletme planına göre ortak girişimin ne oranda finansal kaynağa ihtiyacı olacağı, ne zaman yatırımların geri dönüşünü almaya başlayacağı ortaya konmuş ve ortak girişimin gelir şeması ve kendisine aktarılan sermaye bu bağlamda yeterli görülmüştür.

Ortak girişimin sermayesinin yansıra ortak girişimin gelirleri de ortak girişimin mali kaynağını oluşturmakta ve ortak girişimin rekabet gücünün belirlenmesi açısından dikkate alınabilmektedir. Komisyon Cable & Wireless/Maersk Data-Nautec kararında³⁰⁶ ortak girişimin ne miktarda sermaye ile kurulacağı ve ortak girişimin yıllık gelirinin yaklaşık olarak ne kadar olacağını incelenmiştir. Belirli süre içerisinde ortak girişimin kendisini finanse edebilen ve kar elde edebilen bir yapıya dönüşeceğine ilişkin beklentiler karşısında ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilmiştir.

Finansmanın dış kaynak yoluyla sağlanması ortak girişimin yeterli kaynağa sahip olmayacağı anlamına gelmemelidir³⁰⁷. Ortak girişim sermaye piyasası araçları veya proje finansmanının üçüncü kişilerden sağlanması gibi usullerle de yeterli kaynağa erişebilecektir.

³⁰⁴ Lübking/Dittert, s.99

³⁰⁵ IV/M.469 - MSG Media Service

³⁰⁶ Case No IV/M.951 -CABLE AND WIRELESS / MAERSK DATA - NAUTEC

³⁰⁷ Bkz. Case No IV/M.1025 - MANNESMANN/OLIVETTI/INFOSTRADA; Case No IV/M.902 - WARNER BROS. / LUSOMUNDO / SOGECABLE; ayrıca bkz. benzer, başlangıç dönemi sonrasında pazardan ek kaynak yaratılması Case No COMP/M.2195 - CAP GEMINI / VODAFONE / JV

B- Ortak girişimin yeterli kaynağa sahip olduğu varsayılan haller

1. Kaynakların üçüncü kişilerden sağlanmasının sektör uygulaması olması

Dış kaynak kullanımının³⁰⁸ ortak girişimin faaliyet göstereceği sektörde yaygın bir uygulama olması halinde ortak girişimin söz konusu hizmetleri kendi bünyesinde yürütmesi gerekmemektedir. Ortak girişim malvarlığı değerleri bakımından eksikliği dış kaynak yoluyla kapatabilir. Ancak ortak girişimin faaliyetine yönelik ihtiyaç duyduğu kaynakların sektör uygulamasını aşacak şekilde ortak girişime devredilmemesi durumunda ortak girişime yeterli kaynak aktarılmış olmayacaktır.

Komisyon'un Rhodia / Raisio / Jv kararında³⁰⁹ çeşitli hizmetlerin ve ham maddenin ana teşebbüslerden tarafından sağlanması değerlendirilirken, üretime ve satıma yardımcı hizmetler ile ham madde temininin dış kaynak yoluyla sağlanmasının söz konusu endüstride yaygın bir uygulama olduğu ifade edilmiş ve ortak girişimin tam işlevselliği sağladığı kanaatine ulaşılmıştır.

Ayrıca dış kaynak kullanımı, temin edilen hizmetin ortak girişim faaliyeti bakımından ikincil önemde olmasıyla da açıklanabilir. Ortak girişimin faaliyeti için ikincil önemde olan ve dış kaynak yoluyla tedariği mümkün olan kaynakların aktarılmaması makul görülebilmektedir.

Komisyonun KLM-Alitalia kararında³¹⁰ tarifeli yolcu ve hava kargo taşımacılığı hizmeti faaliyeti yürütecek ortak girişime yer hizmetleri ile bakım hizmetleri işlerinin aktarılmaması söz konusu işlerin ortak girişimin faaliyet alanı bakımından ikincil önemde olması ve kolaylıkla dış kaynak yoluyla tedariklerinin mümkün olması sebebiyle tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir.

³⁰⁸ Belirli mal veya hizmetlerin üçüncü kişilerden sağlanması, (outsourcing)

³⁰⁹ Case No COMP/M.1993 - RHODIA / RAISIO / JV

³¹⁰ Case No COMP/JV-19 KLM-Alitalia

Ortak girişimin henüz mevcut bulunmayan bir pazarda faaliyet göstermek üzere kurulması durumunda ise değerlendirme bu pazara benzer diğer pazarlar göz önüne alınarak yapılır. Örneğin mevcut bulunmayan veya gelişmekte olan pazarlar ile kıyası mümkün diğer mevcut pazarların; (yüksek teknoloji pazar özelliği taşıma gibi) benzer özellikleri bulunabilir. Komisyonun Hitachi / Lg Electronics / Jv kararına³¹¹ konu olayda ortak girişim optik veri depolama disk sürücülerinin tasarımı, araştırma ve geliştirmesi ile satışı faaliyetlerini yürütecektir. Ana teşebbüsler bütün optik disk sürücüsü teknoloji portföylerini ortak girişime aktaracaklardır. Ortak girişimin esas faaliyeti disklerin tasarlanması ve pazarlanması ile araştırma geliştirme faaliyetiyle sınırlı olacaktır. Sürücülerin üretimi ana teşebbüsler veya başkaca bağımsız üreticiler tarafından gerçekleştirilecektir. Ortak girişim türünün ilk örneği olmasına rağmen üretimin yükleniciye verilmesi yüksek teknoloji endüstrilerde³¹² genel bir eğilim olarak görülmüş ve bu sebeple ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olacağı kabul edilmiştir.

İnsan kaynağının, bizzat ortak girişim tarafından istihdam edilmesi aranmayabilir. Ancak ana teşebbüslerin ortak girişime kendi personelini aktarmaktan ziyade kullandırmasının belirli gerekçelere dayandırılması gerekir. Bu durum başlangıç dönemiyle sınırlandırılabilir³¹³ bir zorunlulukla izah edilebilir. Ancak geçici görevlendirilen personel, ortak girişimin idaresi altında çalışmalıdır.

Bunun dışında ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazar için olağan bir uygulama sayılabiliyorsa, personelin üçüncü kişiler tarafından sağlanması da ortak girişimin tam işlevselliğini etkileyici bir unsur olmayacaktır³¹⁴. Özellikle endüstri

³¹¹ Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV

³¹² Bkz. M.2394 SCI/Nokia Networks, M.2534 SCI/Nokia Networks, M.2479 Flextronics/Alcatel, M.2358 Flextronics/Ericsson, M. 1968 Solectron/Nortel, M.1849 Solectron/Ericsson, M.2217 Celestica/NEC, M.1841 Celestica/IBM; Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV dn.3

³¹³ Başlangıç dönemiyle sınırlı olmak koşuluyla ortak girişim personelinin ana teşebbüs tarafından sağlanması

³¹⁴ Kılavuz, para.82; Jurisdictional Notice, para.94

uygulamasının geçici istihdam bürolarından personel teminine dayandığı durumlarda ortak girişimin kendi personelini istihdam etmesi gerekmez³¹⁵

2. Kaynaklara gelecekte sahip olunmasının muhtemel olması

Belirli hallerde ortak girişimin faaliyeti için gerekli mal varlığı değerine kuruluş anında veya kuruluştan kısa süre sonra elde edilebilmesi mümkün olmayabilir. Ortak girişimin faaliyete başlayabilmesi bir tesise ihtiyaç duyması ancak tesis inşaatının zaman alması bu duruma örnek olarak verilebilir. Böylesi hallerde ortak girişimin ihtiyaç duyduğu mal varlığı değerini elde etmesine ilişkin planlar ortaya konmalı ve ortak girişimin bu kaynaklara erişeceği muhtemel görünmelidir.

Kurul bir Kararı'nda³¹⁶ ana teşebbüslerden birinin hali hazırda üçüncü bir kişi ile yapmış bulunduğu sözleşme kurulacak olan ortak girişime devredilmektedir. Söz konusu sözleşme dolayısıyla hastane inşaatı yapılabilecek ve ortak girişim hedeflenen faaliyeti olan hastane işletmeciliğine yönelik olarak faaliyet yürütebilecektir. Dolayısıyla sözleşme devri neticesinde ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getireceği kanaatine ulaşılmıştır.

Benzer şekilde ana teşebbüsler ortak girişime mevcut faaliyetlerini birbiri ardına gelen aşamalar halinde aktaracaklar ise ortak girişimin ilk aşamada tam işlevsel olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer ana teşebbüsler tarafından sözleşme temelinde mutabık kalınan son aşama tam işlevselliği sağlıyor ise ve son aşamanın gerçekleşmesi muhtemel ise ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilebilecektir³¹⁷. Aksi takdirde ortak girişim yalnızca tamamen tam işlevselliğin gerçekleştiği son anda bildirilebilir hale gelecektir³¹⁸.

³¹⁵ Boyce/Loukas/Tubs, s.660

³¹⁶ Dosya Sayısı: 2011-2-424 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-62/1645-581 Karar Tarihi: 21.12.2011

³¹⁷ Lübking/Dittert, s.95

³¹⁸ Lübking/Dittert, s.95

Dolayısıyla tam işlevsellik şartı için gereken kaynakların kuruluş anında tahsis edilmemiş olması, ortak girişimi tam işlevsel nitelendirme açısından önem taşımayabilir. Ancak, bu kaynakların kısa sürede tahsis edileceği garanti edilmelidir³¹⁹.

Ortak girişim teşebbüsünün olgunluğa erişmesi belirli bir süre gerektiriyorsa ortak girişimin yeterli kaynağa sahip olup olmadığı değerlendirilmesi ortak girişimin gelecek hedefleri temel alınarak yapılabilir. Nitekim ortak girişime aktarılan kaynaklar belirli bir süre sonra ortak girişime etkin rekabet imkânı veren nitelikte olabilir.

Kurul bir kararında³²⁰ ortak girişimin altı yıl sonraki döneme ilişkin hedeflerinden hareketle, oluşturulacak olan geri dönüşüm tesisi ve atık toplama organizasyonu ile gelecekteki faaliyet hedefleri üzerinden bir değerlendirmede bulunmuş ve ortak girişimin bağımsız iktisadi varlığı olacağı kanaatine varmıştır³²¹

Ortak girişimin hedeflediği faaliyete başlayabilmesi veya sürdürebilmesi belirli faaliyet lisanslarını elde etmesine de bağlı olabilir. Örneğin Komisyon bir kararında³²² ortak girişimin üçüncü nesil mobil telekomünikasyon sistemlerinin işletilmesi için gerekli lisansı temin etmiş olmasının, kendi mobil ağını kurmasına ve işletmesine imkân vereceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak lisans teminine ilişkin ihale aşamasında ortak girişim faaliyeti için hayati bir varlıktan yoksun olacak ve tam işlevsel nitelik taşımayacaktır³²³. Dolayısıyla söz konusu durumda bir yoğunlaşma oluşmayacağı gibi ortada bildirim tabi bir işlem de söz konusu olmayacaktır³²⁴. Ancak faaliyet lisansı temininin muhtemel olduğu başka bir deyişle faaliyete ilişkin lisansın elde edilmesinin formaliteden ibaret bir işlem olduğu hallerde eksiklik sorun teşkil etmeyecektir.

³¹⁹ Font, s.42

³²⁰ Dosya Sayısı: 2011-3-295 (Devralma) Karar Sayısı: 12-01/6-3 Karar Tarihi: 12.01.2012

³²¹ Belirli işlerin ve finansal kaynağın devri henüz gerçekleşmemiş olmasına rağmen tam işlevsellik sağlanmıştır. Bkz. Case No IV/M.542 - BABCOCK / SIEMENS / BS RAILCARE

³²² Case No COMP/M.1954 - ACS / SONERA VIVENDI / XFERA

³²³ Font, s.42; Telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösterebilmesi için gerekli olan lisansın temini için kamu ihalesine katılan bir ortak girişim ilgili pazarda faaliyet gösterebilmesi için zorunlu olan bir lisansa henüz sahip olmayacaktır bkz. Font, s.42

³²⁴ Font, s.42

Nitekim Kurul bir kararında³²⁵ maden işletmeciliği alanında faaliyet yürütmek üzere kurulmuş olan bir teşebbüsün henüz başka bir teşebbüse sondaj ve analiz yaptırması haricinde herhangi bir faaliyetinin olmadığı ve maden işletme izin ve ruhsatlarına da sahip bulunmadığı değerlendirilmesini yapmıştır. Buna karşın ortak girişimin faaliyeti olmaması tam işlevsellik açısından sorun olarak görülmemiştir. Teşebbüsün gerekli maden işletme ruhsatlarını tamamlaması ve faaliyete geçebilmesi için belirli süre gerektiğine değinilmiştir.

3. Mevcut bir teşebbüsün ortak girişime dönüştürülmesi

Ortak girişim hali hazırda pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs ise muhtemelen yeterli kaynaklara da sahip yapıda olacaktır. Ortak girişime dönüştürülen teşebbüsün işlem öncesinde de ortak kontrol altında bulunan bir ortak girişim mi olduğu veya tek kontrol altında bulunan bir teşebbüs mü olduğu buradaki değerlendirmede önem arz etmeyecektir. Nitekim bir teşebbüsün pazarda faaliyet göstermesi aynı zamanda kural olarak yeterli kaynağa da sahip olduğu anlamına gelecektir.

Kurul bir kararda şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Gama Enerji'nin hâlihazırda faaliyette bulunan bir teşebbüs olduğu ve bildirim konusu işlemle sadece kontrol yapısının değiştiği tespiti çerçevesinde ortak girişimin iktisadi bağımsızlık unsurunun da bulunduğu görülmektedir.*”³²⁶

Oluşturulmak istenen ortak girişim şirketine, hâlihazırda ilgili pazarda faaliyet yürüten dolayısıyla da olağan olarak tam işlevsel sayılması gereken bir başka teşebbüsün varlığının devredilmesi durumunda da ortak girişim tam işlevsel

³²⁵ Dosya Sayısı: 2014-1-47 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-22/422-186 Karar Tarihi: 25.06.2014

³²⁶ Dosya Sayısı: 2014-1-107 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-47/859-389 Karar Tarihi: 03.12.2014; benzer kararlar bkz. Dosya Sayısı: 2014-4-40 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-24/486-216 Karar Tarihi: 16.07.2014 Dosya Sayısı: 2006-3-9 (Devralma) Karar Sayısı: 06-18/217-56 Karar Tarihi: 9.3.2006 Dosya Sayısı D1/1E.C.G.-01/1, Karar Sayısı: 01-29/282-83, Karar Tarihi: 26.6.2001 Dosya Sayısı: 2011-3-94 (Devralma) Karar Sayısı: 11-31/630-197 Karar Tarihi: 17.5.2011; Dosya Sayısı: 2012-5-92 (Devralma) Dosya Sayısı: 2011-4-220 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-45/1057-363 Karar Tarihi: 17.08.2011; Dosya Sayısı: 2011-3-113 (Devralma) Karar Sayısı: 11-32/660-205 Karar Tarihi: 26.5.2011

nitelikte olacaktır. Bu ihtimalde, pazarda hâlihazırda faaliyet gösteren bir teşebbüsün ortak girişime dönüştürülmesi hali ile farksız bir durum ortaya çıkacaktır. Kurul bir kararına³²⁷ konu olayda gazbeton işletmelerini elinde bulunduran ve pazarda aktif olarak faaliyet yürüten bir teşebbüsün gazbeton tesisleri, bir ortak girişime ana sermaye olarak konulmaktadır. Gazbeton işletmelerinin ana teşebbüslerinden ekonomik olarak bağımsız olacağı ve süresiz olarak kendi personeli ve kaynakları ile pazarda faaliyet yürütebileceği, dolayısıyla da ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık teşkil edeceğine kanaat getirilmiştir.

C- Ara sonuç

Ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın amaçlarına uygun yeterli kaynağa sahip olmasında temel kriter ortak girişim pazarda rekabet edebilir bir yapıya ulaşmasıdır. Böylece ortak girişimin kaynak bakımından ana teşebbüslerine karşı bağımsızlığı tesis edilmektedir.

Pazarda faaliyet yürüten mevcut bir teşebbüsün ortak girişime dönüştürülmesi veya mevcut bir teşebbüsün ortak girişime kaynak olarak aktarılması durumlarında ortak girişim kural olarak tam işlevsel olacaktır. Özellikle ana teşebbüslerin belirli pazarlardaki rekabet gücüne sahip alt şirketlerini ortak girişime devrederek ilgili pazardan çekilmeleri bu duruma örnek teşkil eder. Bunun haricindeki olaylarda ortak girişime gerçekten rekabet kabiliyeti kazandıracak düzeyde kaynak aktarımının yapıp yapılmadığı araştırılmalıdır.

³²⁷ Dosya Sayısı: 2011-2-157 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-30/589-186 Karar Tarihi: 12.05.2011; benzer karar Dosya Sayısı: 2010-3-286 (Devralma) Karar Sayısı: 11-08/151-49 Karar Tarihi: 9.2.2011; Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009 Hisse Alım Sözleşmesinin 6.2.7. (d) hükmüne göre Etap Tarım'ın varlıkları (maddi ve gayri maddi aktif ve varlıklarının tamamı) halen yürütmekte olduğu işini normal koşullarına ve gereksinimlerine göre sürdürebilmesi için yeterlidir. Zaten, Etap Tarım 1974 yılından beri ilgili pazarda faaliyet göstermektedir. Ortak Girişim'in kurulmasıyla, şirketin bütün menkul ve gayrimenkulleri tarafların ortak mülkiyetine geçecek olup mevcut durumda pazarda faaliyet göstermesine yeterli olan bu varlıklarla, Ortak Girişim'in bağımsızlık koşulunun ilgili unsurunu karşılamaktadır

Ortak girişimin kendisine aktarılan kaynakların mülkiyet hakkına sahip olması gerekmez. Özellikle ana teşebbüslerin kendi faaliyetleri bakımından da kullanmalarının gerektiği ve bölünemez nitelikteki mal varlığı unsurlarının belirli bölümlerinin ortak girişiminin kontrolüne bırakılması tam işlevselliğin sağlanması için yeterli olabilmektedir. Bölünebilir kaynaklar bakımından ise ortak girişime önemli oranda kaynak aktarılmış olması şartıyla ana teşebbüslerin faaliyetleri bakımından ihtiyaç duyduğu kaynakların devir dışında bırakılması mümkündür.

Ortak girişimin tam işlevsel sayılabilmesi için her türlü kaynağın aktarılması beklenemez. Aksi durumda yalnızca dikey bütünleşik yapıdaki ortak girişimler tam işlevsel sayılabilir. Sektör uygulaması veya ticari hayat gereği üçüncü kişilerden sağlanması olağan kabul edilebilecek kaynaklar ile ortak girişimin faaliyeti bakımından ikincil önemde kalacak kaynakların ortak girişime aktarılmaması tam işlevselliğin sağlanması bakımından kabul edilebilir.

Ortak girişimin henüz mevcut bulunmayan veya gelişmesi muhtemel olan pazarlarda oluşturulması durumunda ise değerlendirmenin benzer pazarlardaki koşullar gözetilerek yapılması gerekecektir.

Kural olarak ortak girişimin işlem anında veya kısa süre sonra yeterli kaynağa sahip olması gerekmektedir. Ancak muhtemel olmak koşuluyla kaynakların aşamalı olarak aktarıldığı veya kaynağa erişimin zorunlu olarak belirli bir vadeye bağlı olduğu hallerde yeterli kaynak aktarılmış sayılacaktır. Aynı değerlendirme elde edilmesi formaliteden ibaret olan faaliyet lisansları için de geçerlidir.

Fikri hakların ortak girişime kaynak olarak aktarılmasının söz konusu olduğu hallerde mutlak hak devri gerçekleşmese dahi lisans haklarının devri durumunda ortak girişim kaynakları elde etmiş sayılmaktadır. Bunun için ortak girişime tanınan lisans hakkının, lisans konusu hakkın devredilmesiyle aynı etkiyi doğuracak nitelikte olması gerekmektedir. Ortak girişime lisans hakkının feshedilemez veya ortak girişimin süresiyle sınırlı olarak verilmesi ve lisansın inhisari olması mutlak hak benzeri bir durum yaratmaktadır. Ana teşebbüslerin fikri hakları kendilerinin

de kullanacak olduğu hallerde lisans hakkının inhisari olması aranmamaktadır. Ancak böyle bir durumda dahi ana teşebbüslerin fikri hak konusu üründe ortak girişimle rekabet etmemesi ve ana teşebbüslerin ortak girişime tanınan lisans hakkının değerini düşürücü başkaca lisans hakkı tanımaması gerekir. Ana teşebbüse ortak girişimle belirli ürünlerde rekabet etmeme yönünde bir yan sınırlama getirilmesiyle ve lisans veren ana teşebbüsün kendi hakkı saklı tutularak ortak girişime inhisari lisans tanınmasıyla yeterli güvence sağlanabilir. Ayrıca aksi sektör uygulamasıyla açıklanamayan hallerde ortak girişime tanınan lisans hakkının bedelsiz olması gerekir. Ortak girişimin rakiplerinin fikri haklara sahip olduğu dolayısıyla lisans bedeli gibi bir gidere katlanmadığı durumda lisans bedeline katlanmak zorunda olacak ortak girişim yeterli rekabet gücüne erişemeyebilir.

Ortak girişimin başlangıç dönemi veya sektör uygulamasıyla açıklanabilen nedenler dışında kendi personeline sahip olması gerekir. Ortak girişimin karlılığa geçebilmesi ve belirli yatırımlarda bulunabilmesi için yeterli mali kaynağa da sahip olması gerekir. Ortak girişime başkaca kaynak aktarımının yapılmadığı hallerde mali kaynağın önemi daha da artmaktadır.

IV. Ortak girişimin ana teşebbüslerin belirli bir işlevinin ötesine geçmesi

Ana teşebbüslerinin belirli bir işlevini yerine getiren ortak girişim tam işlevsel nitelikte olamayacaktır. Değerlendirmeye ilişkin en belirgin kriter ise ortak girişimin pazara erişime sahip olup olmadığı diğer bir deyişle ana teşebbüslerinin dışındaki üçüncü kişilerle ticari ilişkiler kurup kuramamasıdır.

A- Genel olarak

Bir ortak girişimin pazara erişiminin olmaması faaliyetini doğrudan doğruya ana teşebbüslerine yönelik yürüteceğinin belirgin bir göstergesidir. Pazara erişimi olmayan bir ortak girişim pazarda değişiklik yaratması da beklenemez.

Ana teşebbüslerin yürüttüğü işlerin yalnızca belirli bir bölümünü yürüten ortak girişimler tam işlevsel ortak girişim olarak değerlendirilemeyecektir³²⁸. Yalnızca araştırma-geliştirme, satış, üretim dağıtım gibi ana teşebbüslerinin belirli işlevini yerine getirecek olan ortak girişimler bu duruma örnek teşkil eder³²⁹. Burada ana teşebbüslerin faaliyetlerine yardımcı nitelikte³³⁰ ve dolayısıyla kısmi işlevsel ortak girişim söz olacaktır. Tam işlevsellik şartının gerçekleşmesi için ise ortak girişim faaliyetinin münhasıran ana teşebbüslerine yönelik olmaması ve ortak girişimin pazarın gereklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla pazara erişimi olmayan bir ortak girişimin tam işlevsel olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır³³¹.

Komisyonun RSB / Tenex / Fuel Logistic kararında³³² temel sözleşmeden anlaşıldığına göre ortak girişiminin faaliyeti yalnızca ana teşebbüsü için iletim faaliyetini gerçekleştirmekle sınırlı olacak ve temel amacı bir diğer ana teşebbüse hizmet sunumu olacaktır. Dolayısıyla ortak girişimin ana teşebbüslerinin bir yan faaliyeti olarak işleyeceği ve tam işlevsel yapıda olmayacağı kanaatine varılmıştır.

³²⁸ Kılavuz, para.83; Jurisdictional Notice, para.95

³²⁹ Kılavuz, para.83; Jurisdictional Notice, para.95; Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009; Dosya Sayısı: 2011-2-141 (Devralma) Karar Sayısı: 11-25/476-145 Karar Tarihi : 21.04.2011; Dosya Sayısı : 2011-3-124 (Devralma) Karar Sayısı: 11-43/938-302 Karar Tarihi: 14.7.2011; Dosya Sayısı: 2010-3-286 (Devralma) Karar Sayısı: 11-08/151-49 Karar Tarihi: 9.2.2011; Dosya Sayısı: 2010-3-286 (Devralma) Karar Sayısı: 11-08/151-49 Karar Tarihi: 9.2.2011; Dosya Sayısı: 2010-3-256 (Devralma) Karar Sayısı: 10-75/1535-589 Karar Tarihi: 2.12.2010 “Eğer ortak girişim Ar-Ge, ortak satış, üretim gibi ana teşebbüslerinin sadece bazı fonksiyonlarını yerine getiriyorsa bağımsız bir iktisadi varlık, bir başka deyişle tam işlevsel olarak kabul edilmemektedir. Bu tip ortak girişimler, ana teşebbüslerin ticari aktivitelerine yardımcı olarak faaliyetlerini sürdürecektir”

³³⁰ Kılavuz, para.83; Jurisdictional Notice, para.95

³³¹ Bkz. Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.526; Lübking/Dittert, s.96

³³² Case No IV/M.904 - RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC

Komisyonun British Telecom / Mci kararında³³³ işleme konu ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilmemiştir. Olayda, ortak girişim sunacağı hizmetleri münhasıran ana teşebbüslerine sunacak ve nihai müşterilerle herhangi bir iletişimi olmayacaktır. Ana teşebbüsler ortak girişimin distribütörü olarak faaliyet yürütecek ve hizmetlerin sunumuna ilişkin her bir ana teşebbüs kendi alanında münhasıran yetkili olacaktır. Ortak girişim ise hizmetlerini ana teşebbüsleri dışındaki üçüncü kişilere satamayacaktır. Ortak girişim tarafından sunulan hizmetlerin tamamı ana teşebbüslere satılacaktır.

Ortak girişimin ana teşebbüslerce sağlanan mali kaynaklarla ana teşebbüsler için, gayrimenkul alımları yapması ve gayrimenkulleri elde tutma faaliyeti yürütmesi durumunda, genellikle tam işlevsellik şartı gerçekleşmez³³⁴. Nitekim ortak girişimin pazara erişimi tek yönlü olacaktır. Ayrıca bu tür ortak girişimler sürekli ve bağımsız olarak pazarda faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gereken kaynaklara da sahip olmayacaklardır³³⁵. Aynı durum faaliyeti kredi portföyü ile sınırlı olan veyahut finansal veya vergisel amaçlarla³³⁶ ve yönetim şirketi olarak kurulan ortak girişimler için de geçerli olacaktır. Örneğin Komisyon Unisource / Telefónica kararında³³⁷, yönetim şirketi olarak kurgulanan ortak girişimi tam işlevsel nitelikte bulmamıştır.

Ancak bir gayrimenkul portföyünü aktif şekilde yöneten ve pazarda kendi adına faaliyet gösteren bir ortak girişimin tam işlevsel ortak girişim olarak değerlendirilmesi gerekir³³⁸. Bu değerlendirmede portföy yönetimi, mevcut veya gelişmesi muhtemel bir pazar olarak tanımlanabilmelidir. Ayrıca ana teşebbüslerin halihazırdaki mevcut faaliyet ve ortaklıkları da ortak girişimin bağımsız bir portföy yönetim şirketi olarak mı oluşturulduğunun anlaşılabilmesinde etkili olabilir.

³³³ Case No IV/M.353 - BRITISH TELECOM / MCI; bkz. benzer Case No IV/M.904 - RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC

³³⁴ Kılavuz, para.84; Jurisdictional Notice, para.96

³³⁵ Kılavuz, para.84; Jurisdictional Notice, para.96

³³⁶ Lübking/Dittert, s.96-97

³³⁷ Case No IV/M.544 -Unisource / Telefónica

³³⁸ Kılavuz, para.84; Jurisdictional Notice, para.96; örnek kararlar; DIA/Veba Immobilien/Deutschbau (1997), M.929; Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf (2004), M. 3325.

Nitekim bir Kurul kararındaki³³⁹ olayda da amacı akaryakıt ve otogaz satış istasyonu işletilmesi ve kiralanmasına yönelik gayrimenkul satın almak olan bir ortak girişimin ana teşebbüslerine yönelik faaliyet yürüteceğine kanaat getirilmiştir. Nitekim karardan anlaşıldığı kadarıyla ana teşebbüslerin halihazırda akaryakıt ve otogaz sektöründe faaliyetleri ve bu faaliyetlere ilişkin de ortaklıkları bulunmaktadır.

Ortak girişimin yalnızca ana teşebbüs ürünlerinin dağıtım veya satışına ilişkin faaliyetler yürütmesi, dolayısıyla satış temsilciliği benzeri nitelikte olması durumunda; ortak girişimin ana teşebbüslere yardımcı nitelikte faaliyet yürüttüğü kabul edilmektedir³⁴⁰. Kurul'un bir kararında³⁴¹ da dört çimento üreticisinin oluşturacağı ortak girişiminin yalnızca araştırma geliştirme faaliyetleri ile kurucu teşebbüslerin belirli ülkelere yapacakları ihracat faaliyetini yürütecek olması ve kendi üretimine sahip olmayacak olması nedeniyle tam işlevsellik şartının gerçekleşmediği kabul edilmiştir.

Buna karşın ortak girişimin ana teşebbüslerinin sınırlı miktarda ürününü pazarlaması durumunda ortak girişim satış temsilciliği ötesine geçerek tam işlevsel nitelikte kabul edilebilecektir³⁴². Nitekim Komisyonun AgrEvo / Marubeni kararında ortak girişim tedariklerinin önemli bir bölümünün ana teşebbüsler dışında, üçüncü kişilerden temin edilmesinin muhtemel görülmesi karşısında ortak girişimin ana teşebbüslerinin satış temsilciliğini aşan nitelikte olacağına karar verilmiştir.

Benzer şekilde ortak girişimin sürekli bile olsa ana teşebbüsüne ikincil ürün sağlaması, ikincil ürünlerin ortak girişimin faaliyeti açısından önem arz etmediği hallerde, ortak girişimin tam işlevsel olarak nitelendirilmesini etkilemeyecektir³⁴³.

³³⁹ Dosya Sayısı: 2013-1-77 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-52/734-307 Karar Tarihi: 12.09.2013

³⁴⁰ Kılavuz, para.83; Jurisdictional Notice, para.95; bu başlıktaki konuyu kapsamına alan ancak daha geniş bir değerlendirmeyi hakeden ticaret pazarlarına ilişkin değerlendirme için bkz. §4/V/B/4/a

³⁴¹ Dosya Sayısı: D1/1/Ç.D.-00/1 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 00-19/188-100 Karar Tarihi: 23.05.2000

³⁴² Bkz. Case No IV/M.788 -AgrEvo / Marubeni;

³⁴³ Font, s.48

Nitekim Komisyon Union Carbide / Enichem kararında³⁴⁴ ana teşebbüsün ortak girişimden çeşitli yan ürünler almasını öngören uzun süreli anlaşma bahsi geçen yan ürünlerin ortak girişim açısından düşük öneme sahip olması sebebiyle ortak girişimin bağımsızlığını olumsuz etkilememiştir.

Pazarda genel dikey bütünleşik yapının olması veya ham madde teminine ilişkin zorlukların yaşanması gibi hallerde bütün ham maddeler ana teşebbüslerden sağlansa dahi ortak girişimin bağımsız ve tam işlevsel olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir³⁴⁵. Ancak ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın dikey bütünleşik teşebbüslerden oluşması durumunda ortada mevcut bir pazar bulunmayacaktır. Bu durumda pazarın gelişme ihtimaline göre tam işlevsellik değerlendirmesi yapılmalıdır. Pazarın gelişme ihtimali bulunmuyorsa ortak girişim tam işlevsel olarak nitelendirilmemelidir³⁴⁶.

Komisyonun bir kararında³⁴⁷ ise paketleme ve rafine tesislerinin entegre olması sebebiyle ortak girişimin neredeyse bütün yağ ihtiyacının ana teşebbüs tarafından sağlanacak olması ilişkinin ticari koşul ve fiyatlarda olacak olması sebebiyle tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir. Oysa bir tesisin entegre olması; ana teşebbüsleri tarafından ortak girişime aktarılması gereken mal varlığının birlikte kullanılmasını veya devredilmemesini açıklayabilir. Böyle bir durumda ortak girişimin fiili olarak bağımlı nitelikte oluşturulduğunun kabul edilmesi gerekir.

B- Ortak girişimin belirli bir işlevin ötesine geçtiği varsayılan haller

1. Ortak girişimin yeni gelişen pazarlarda oluşturulması

Eğer ortak girişim henüz mevcut bulunmayan bir pazarda faaliyet gösterecek ise ortak girişimin faaliyet alanı ve pazara erişimi pazarda mevcut

³⁴⁴ Case No IV/M.550 - UNION CARBIDE / ENICHEM

³⁴⁵ Font, s.48

³⁴⁶ Bkz.IV/M.469-MSG Media Service; Case No COMP/M.2195-CAP GEMINI/VODAFONE/JV; Case No COMP/M.2260-HITACHI / LG ELECTRONICS / JV

³⁴⁷ Case No IV/M.1227-CARGILL / VANDEMOORTELE-JV

bulunan diğer teşebbüsler esas alınarak belirlenemeyecektir³⁴⁸. Bu tür durumlarda Komisyon pazarın gelecekte gelişebilme ihtimalini değerlendirerek bir karara varmaktadır. Dolayısıyla pazarın gelişme ihtimalinin makul görülmemesi durumunda ortak girişim tam işlev olarak değerlendirilemeyebilecektir³⁴⁹.

Komisyon MSG Media Service kararında³⁵⁰ ücretli televizyon kanalını işletecek olan ortak girişimin faaliyet yürüteceği pazarın henüz mevcut bulunmamasına karşın özellikle dijital televizyonculuğun girişiyle pazarın birkaç yıl içinde yeni sağlayıcılar ile gelişeceği değerlendirmesini yaparak ortak girişimin yalnızca ana teşebbüslerine yan bir faaliyet yürütmeyeceği ve tam işlevsel nitelikte olacağına karar vermiştir.

İfade etmek gerekir ki; ortak girişimin faaliyet yürüteceği pazarın dar bir pazar olması ile mevcut bulunmayan veya gelişmesi muhtemel görülmeyen pazarların birbirinden ayrılması gerekmektedir. Örnek olarak belirli türde mikro işlemci sayılan belirli bir ürünün geliştirilmesi ile lisansının verilmesi³⁵¹ veya ev araç gereçleriyle iletişim sağlayan uygulama ve ürünlerin geliştirilmesi ve pazarlanması³⁵² veya nükleer tıp alanında yeni cihaz, kimyasallar tasarlayarak araştırma geliştirme faaliyeti yürütmek³⁵³ gibi dar bir pazarda faaliyet gösterecek olan ortak girişimlerin, tam işlevsel olarak kabul edildiği Komisyon ve Kurul kararları da mevcuttur.

2. Ortak girişimin yeni ürün üretmesi

Ortak girişimin yeni bir ürün üretmesi bağımsızlığının açık bir göstergesi sayılabilir³⁵⁴. Ancak bunun için ortak girişim tarafından yeni geliştirilen ürünlere ilişkin hakların ortak girişimin mülkiyetinde veya tasarrufunda olması

³⁴⁸ Lübking/Dittert, s.97

³⁴⁹ Lübking/Dittert, s.97

³⁵⁰ IV/M.469-MSG Media Service; benzer Case No COMP/M.2195 - CAP GEMINI/VODAFONE/JV; Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV

³⁵¹ Case No COMP/M.2439 - HITACHI / STMICROELECTRONIC S / SUPERH JV

³⁵² Case No COMP/M.1781 - ELECTROLUX / ERICSSON

³⁵³ Dosya Sayısı: 2011-2-273 (Devralma) Karar Sayısı: 11-41/881-276 Karar Tarihi: 06.07.2011

³⁵⁴ Font, s.44; bkz. M551

gerekecektir³⁵⁵. Bununla birlikte ortak girişimin yeni olarak üreteceği mallara ilişkin bir talebin öngörülebilir olması gerekir. Aksi takdirde ortak girişim tam işlevselliği sağlamayacaktır. Ayrıca benzer şekilde ürünlerin ana teşebbüslere izafe edilmeksizin bağımsız bir marka altında pazarlanmasını da tam işlevselliği destekleyen bir unsur olarak dikkate almak gerekir³⁵⁶.

Komisyon'un ATR/BAe kararında³⁵⁷ ortak girişimin ancak gelecekte üreteceği yeni ürün neticesinde satış temsilciliğinin ötesine geçerek tam işlevsel nitelik kazanabileceği ifade edilmiştir. Ancak pazarda yeni ürün talebinin muhtemel görülmemesi sebebiyle ortak girişim tam işlevsel nitelikte kabul edilmemiştir.

3. Ortak girişimin ana teşebbüslerinin dağıtım ağını kullanması

Tam işlevsellik açısından kural olarak ortak girişimin kendi dağıtım ağına sahip olması veya ürünlerini üçüncü kişilere pazarlaması gerekir. Ortak girişimin ana teşebbüslerinin dağıtım ağını veya satış yerini kullanması ise ilişkinin ticari nitelikte olması³⁵⁸, ortak girişimin ticari riskleri kendisinin üstlenmesi³⁵⁹ ve ana teşebbüslerin ortak girişimin yalnızca bir acentesi gibi çalışması durumunda tam işlevselliği engellemeyecektir³⁶⁰. Bunun için ortak girişimin fiyat, miktar ve satış koşullarına kendisinin karar vermesi; ana teşebbüsün ise yalnızca iletim, dağıtım faaliyeti göstermesi gerekmektedir.

Komisyon TNT / Canada Post kararında³⁶¹ ana teşebbüsün acente olarak faaliyet göstermesi, ortak girişimin bütün idari ve operasyonel işleri yürütmesi ve ticari riski üstlenmesi; British Telecom / MCI kararında³⁶² ana teşebbüslerin ortak girişimin talimatı altında acente faaliyeti yürütmesi; Cargill / Vandemoortele - JV

³⁵⁵ Font, s.45; M727, M269, M561

³⁵⁶ Bkz. Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV

³⁵⁷ Case No IV/M.551 - ATR/BAe

³⁵⁸ Dosya Sayısı : 2013-3-83 (Devralma) Karar Sayısı : 13-72/1013-431 Karar Tarihi : 26.12.2013

³⁵⁹ Font, s.49

³⁶⁰ Kılavuz, para.83; Jurisdictional Notice, para.95

³⁶¹ Case No IV/M.102 - TNT / CANADA POST, DBP POSTDIENST, LA POSTE, PTT POST & SWEDEN POST

³⁶² Case No IV/M.353 - BRITISH TELECOM / MCI

kararında³⁶³ ise satış organizasyonu, pazarlama ve fiyatlamadan ortak girişimin sorumlu olması ve ana teşebbüsün yalnızca acente gibi hareket etmesi karşısında tam işlevsellik sağlanmıştır.

Ortak girişimin alternatif arz imkânlarına erişimiyle kendi dağıtım ağını tesis edebilmesi veya kendi pazarlama faaliyetlerine sahip olabilmesine ilişkin değerlendirme de yapılabilmektedir³⁶⁴. Nitekim ortak girişimin kendi dağıtım kanalını oluşturması ekonomik olarak verimli olmayabilir veya dağıtım kanallarının oluşturulması açısından başkaca zorlayıcı sebepler bulunabilir. Bu tür hallerde ortak girişimin ana teşebbüslerinin dağıtım ağını kullanması kabul edilebilecektir. Özellikle sektör uygulaması bu duruma örnek olarak verilebilir.

Komisyon bir kararında³⁶⁵ ortak girişimin belirli bir coğrafi bölgede kendi dağıtım yapısını kurmasının uygulanamaz olması sebebiyle söz konusu bölgede ana teşebbüsünün dağıtım imkânlarından faydalanmasına izin vermiştir. Diğer pek çok coğrafi alanda ise ortak girişimin kendi dağıtım organizasyonuna sahip olması ve ana teşebbüsleriyle dağıtım ilişkisini devam ettirip ettirmeme açısından da özgür olması karşısında ortak girişim tam işlevsel nitelikte bulunmuştur.

Komisyon Nestlé / L'Oréal / Inneov kararındaki³⁶⁶ olayda; gıda takviyesi ürünlerin üretilmesi, pazarlanmasına yönelik faaliyet yürütecek ortak girişim ürünlerinin, dağıtımını münhasıran ana teşebbüsün alt şirketi tarafından gerçekleştirilecektir. Bu durum ortak girişimin rakipleri temel alınarak sektör uygulamasıyla açıklanmıştır.

Ortak girişimin tamamen ana teşebbüslerin dağıtım ağını kullanmaması bunun yanında kendi dağıtım ve pazarlama gücüne sahip bulunması da tam işlevselliği destekleyen bir unsur olarak kabul edilebilir. Komisyon Lucas / Eaton kararında³⁶⁷ ortak girişim satışlarının %15'inin ana teşebbüsü vasıtasıyla dağıtılacak olmasını; Smith & Nephew / Beiersdorf / JV kararında³⁶⁸ ortak girişim satışlarının %40 ila 60'ının kendi satış ve pazarlama imkânlarıyla kalan %40 ila

³⁶³ Case No IV/M.1227 - CARGILL / VANDEMOORTELE - JV

³⁶⁴ Bkz. Lübking/Dittert, s.102

³⁶⁵ Case No IV/M.994 - DUPONT / HITACHI

³⁶⁶ Case No COMP/M.2773

³⁶⁷ Case No IV/M.149 - LUCAS / EATON

³⁶⁸ Case No COMP/JV.54 - SMITH & NEPHEW / BEIERSDORF / JV

60'ının ise ana teşebbüslerin satış organizasyonu vasıtasıyla gerçekleştirilmesi tam işlevselliğe uygun bulunmuştur.

Ana teşebbüsün satış temsilciliğinin ötesine geçen bir fonksiyonu ortak girişimin ticari bağımsızlığını doğrudan etkileme riski doğurur. Özellikle ana teşebbüslerin tek satıcı konumda olması söz konusu risk daha da artacaktır. Ana teşebbüsün satış temsilciliği ötesine geçen fonksiyonu olsa dahi ortak girişimin münhasıran ana teşebbüse satış yapmaması, ana teşebbüsün rakibi konumundaki teşebbüslere de önemli miktarda satışlarının olması ve ana teşebbüsüyle ilişkisinin ticari temelde olması durumunda tam işlevselliğin tesisi mümkün olacaktır. Zira tek satıcı konumundaki ana teşebbüsün, ortak girişim tarafından sağlanan ürünün arzına ilişkin alacağı her karar ortak girişimin bağımsızlığına ilişkin olacaktır. Buradaki temel kaygı ortak girişimin ana teşebbüslerin üretim faaliyetine güdülenmiş bir birim niteliğinde olmasıdır. Tekel hakkı içeren dağıtım anlaşmasının dağıtım faaliyetini üstlenen tarafa ne tür haklar verdiğinin incelenmesi yerinde olacaktır. Nitekim dağıtımı üstlenen ana teşebbüsün söz konusu ürüne ilişkin olarak özellikle müşteri, fiyat, miktar yönünden belirleyici etkisinin olması ortak girişimin ticari bağımsızlığını etkileyebilecektir.

4. Ana teşebbüsün tekel olması

Ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın alt veya üst pazarlarında güçlü varlığı olması durumunda, ana teşebbüslerin bu varlığının ana teşebbüsler ve ortak girişim arasında önemli miktarda alım satım ilişkisi doğurması ortak girişimin tam işlevselliğini sorgulanır kılacaktır³⁶⁹. Ancak ana teşebbüsün ortak girişimin ürünlerinin satıldığı pazarda yasal tekel olması gibi bazı durumlarda ortak girişimin ürünlerinin büyük bölümünü hatta tamamını ana teşebbüsüne

³⁶⁹ Lükking/Dittert, s.99-100 ve dikkate alınacak bir unsur olacağı hakkında bkz. bkz. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement Definition Of Transaction For The Purpose Of Merger Control Review, European Union, 18 June 2013, para.31

sağlaması ortak girişimin tam işlevsel nitelikte sayılmasına engel bir durum oluşturmayacaktır³⁷⁰

Komisyon Siemens/Italtel kararında³⁷¹ telekomünikasyon ekipmanları üretim faaliyeti yürütecek ortak girişimin ana teşebbüslerinden birine yüksek miktarda satış yapmasına karşın, alt pazarda alıcı komundaki ana teşebbüsün pazarda yapısal olarak tekel olma durumu sebebiyle ortak girişimin tam işlevsellik fonksiyonununun zedelenmeyeceği kanaatine varmıştır.

C- Ara sonuç

Ana teşebbüslerinin belirli bir işlevini yerine getiren ortak girişim tam işlevsel nitelikte olamayacaktır. Bu anlamda ortak girişimin pazara erişimi olup olmaması önemli bir göstergedir.

Bir ortak girişimin iki yönlü olarak hem arz hem de tedarik bakımından pazara kapalı olması başka bir deyişle yalnız ana teşebbüsleriyle ilişki kurması durumu ana teşebbüslerin belirli işlevini yerine getirme olgusunun en açık halidir.

Ortak girişimin tek yönlü olarak pazara erişiminin olmaması ise belirli gerekçelerle açıklanarak kabul edilebilir olmaktadır. Ortak girişimin yeni bir ürün üretmesi veya faaliyet göstereceği pazarın gelişme potansiyeline sahip olduğu hallerde ortak girişimin üçüncü kişilerle de önemli oranda ticari ilişkiye girmesi belirli bir zamanı gerektirmektedir. Bunun haricinde ana teşebbüslerin yalnızca acente olarak çalışması veya ortak girişimin kendi dağıtım ağına da sahip olması ortak girişimin pazara kapalı olduğu anlamına gelmemektedir. Ana teşebbüsün yasal tekel olması, kendi dağıtım ağını kurmasındaki zorluklar veya sektör uygulaması da ana teşebbüs ortak girişim arasındaki büyük oranlı ticari ilişkiyi açıklayabilmektedir.

Değerlendirme de ise ana teşebbüslerin ortak girişim oluşturmaktaki niyetleri önem arz etmektedir. Ana teşebbüslerin mevcut faaliyet ve işbirliklerinin

³⁷⁰ Font, s.48

³⁷¹ Case IV/M.468 - Siemens/Italtel

incelenmesiyle de ortak girişimin ana teşebbüslerinin belirli faaliyetlerini üstlenmek üzere kurulup kurulmadığı anlaşılabilir.

V. Ortak girişimin arz ve tedarik yönünden ana teşebbüslerine bağımlı olmaması

Ortak girişimin ticari kararlarını diğer bir ifadeyle pazar stratejisini ana teşebbüslerinden bağımsız olarak belirlemesi gerekmesine karşın ortak girişimin ticari ilişkilerinin büyük bölümünün ana teşebbüsleriyle olması durumunda ortak girişimin ticari politikasını belirleme açısından bağımsızlığı tehlikeye düşebilecektir³⁷². Bu durum ortak girişimin tam işlevsel niteliğe sahip olmasını etkileyecektir³⁷³.

Yalnızca ana teşebbüsüne hizmet verecek olan ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak nitelendirilmesi mümkün olmamaktadır³⁷⁴. Ortak girişim ürünlerinin yalnızca ana teşebbüslere satılması veya yalnızca ana teşebbüs tarafından kullanılması durumunda bir kısmi işlevsel ortak girişim söz konusu olacak ve işlem Yoğunlaşma Tebliğinin dışına çıkacaktır³⁷⁵. Benzer şekilde ortak girişim ile ana teşebbüsleri arasındaki yüksek seviyede ve sürekli alım ve satım ilişkisinden, kural olarak ortak girişimin ana teşebbüslerinin faaliyetlerine yönelik yan faaliyet yürüttüğü anlaşılmaktadır³⁷⁶.

Komisyon ortak girişim ile ana teşebbüsleri arasındaki bağımlılığın derecesini satış, satın alma, dağıtım, ürün ve hizmetlerin alt sözleşmeyle üretilmesi gibi ortak girişimin dikey eksenindeki ilişkileri yönünden incelemektedir³⁷⁷.

³⁷² Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

³⁷³ Kılavuz, para.85; Jurisdictional Notice, para.97

³⁷⁴ Dosya Sayısı: 2014-4-43 (Muafiyet) Karar Sayısı: 14-46/848-387 Karar Tarihi: 26.11.2014

³⁷⁵ Lübking/Dittert, s.96

³⁷⁶ Bkz. Font, s.46

³⁷⁷ Font, s.46; Ayrıca ortak girişim ile ana teşebbüslerin pazardaki dikey konumlarının yanında yatay olarak konumlanmaları da ortak girişimin ticari politikasını etkileyen bir sebep olarak ortaya çıkabilir. Ancak ortak girişimin satış hacmindeki önemsiz bir bölümü oluşturan üründe ana teşebbüslerinden biriyle rekabet etmesi ortak girişimin ticari kararlarını bağımsız olarak alabilmesi önünde bir engel teşkil etmeyecektir bkz. Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

Dolayısıyla dikey ilişkinin mümkün olmadığı hallerde kural olarak bağımsızlık bakımından herhangi bir endişe oluşmayacaktır. Mesela bir Kurul kararında³⁷⁸ ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarda alıcı konumda olmadıklarını belirterek ortak girişimin ana teşebbüslerine satış yapmayacağına ve ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olacağına karar vermiştir.

Ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki büyük miktarda alım veya satım ilişkisinin varlığı; tam işlevselliğe aykırılıktan bahsedilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Ortak girişimin kendi satış veya alımlarının önemli bölümünü ana teşebbüsleriyle gerçekleştirmesi durumunda ilişkinin niteliği önem kazanmaktadır³⁷⁹.

Ortak girişimin ana teşebbüslerle kuracağı ilişkilerin gerçek anlamda ticari nitelikte olması beklenmektedir. İlişkinin ticari nitelikte kurulmasının ise fiyat ve miktar olarak iki temel boyutu vardır. Ortak girişimin ana teşebbüslerle kurduğu ticari ilişkilerin hem fiyat hem de miktar olarak piyasa koşullarına uygun olması gerekecektir.

Ayrıca satış tahminleri ile belirli ve gerçekçi işletme planları vasıtasıyla ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki ilişkinin önemli derecede azalma meylinde olacağına ortaya konması önem arz etmektedir³⁸⁰.

A- Arz ve tedarik ilişkisinin tespiti

Ortak girişimin ana teşebbüslerine yapacağı satışlarla, üçüncü kişilere yaptığı satışların oranının tespiti için işletme planları ve geçmiş hesaplar araştırılır³⁸¹. Üçüncü kişilere büyük miktarlarda satışlar öngörülemiyor ise pazarın genel yapısı incelenir³⁸².

³⁷⁸ Dosya Sayısı : 2014-1-81 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 14-30/619-271 Karar Tarihi : 03.09.2014

³⁷⁹ Dosya Sayısı: 2010-3-256 (Devralma) Karar Sayısı: 10-75/1535-589 Karar Tarihi: 2.12.2010

³⁸⁰ Font, s.47

³⁸¹ Kılavuz, para.87; Jurisdictional Notice, para.99

³⁸² Kılavuz, para.87; Jurisdictional Notice, para.99

Ana teşebbüslerin ortak girişime birtakım işlerini devrettikleri hallerde, hâlihazırda ana teşebbüsler bünyesinde yürütülen işlerden üretilen ürünlerin ne kadarının ana teşebbüslere satıldığı, ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki gelecek alım satım ilişkisinin ne oranda olabileceği konusunda gösterge olabilir.

Nitekim Komisyon Philips / Lg Electronics / JV kararında³⁸³ olayda ana teşebbüsler belirli işlerini bir ortak girişim kurarak devretmişlerdir. Kararda ana teşebbüsler tarafından ortak girişime getirilen işlerin mevcut durumda yaklaşık %40-45'inin ana teşebbüslere, geri kalanının ise başkaca üçüncü kişilere satıldığının tespiti yapılmıştır.

Benzer şekilde Komisyon Texaco/Norsk Hydro kararındaki³⁸⁴ olayda ana teşebbüsler kurdukları dağıtım faaliyetlerini bir ortak girişime devrederek dağıtım pazarından çekilmektedirler. Kararda ana teşebbüslerin hâlihazırdaki dağıtım şirketlerinin son üç yıldaki toplam alımlarının ne kadarını kendi ana teşebbüslerinden sağladıkları incelenmiştir. İnceleme ortak girişimin faaliyet göstereceği en büyük iki coğrafi pazar üzerinden yapılmıştır. Ana teşebbüsler ve ortak girişim arasındaki tedarik boyutu tam işlevselliğe uygun kabul edilmiştir.

Ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki ilişkinin ortaya konması bakımından piyasa şartlarının değerlendirilmesi neticesinde ortak girişimin faaliyetlerinin gelecek zaman diliminde nasıl olabileceğine ilişkin tahminden de faydalanılabilir. Nitekim ana teşebbüsün ortak girişimin alt pazarında faaliyet gösterdiği hallerde ortak girişimin pazarlama faaliyetini ana teşebbüsü üzerinden gerçekleştireceğine ilişkin şüpheler oluşmaktadır.

Kurul bir kararında³⁸⁵ ortak girişimi oluşturan ana teşebbüslerden birinin ortak girişimin alt pazarı olan dağıtım sektöründe faal durumda olmayan iştirakinin varlığını tespit etmiş ve söz konusu iştirakin faaliyete geçip geçmeyeceğini araştırmıştır. Söz konusu teşebbüsün faal olmayacağı yönünde taraf beyanları ve durumu destekler rekabet yasağı hükümleri neticesinde ortak girişimin

³⁸³ COMP/M. 2263

³⁸⁴ Case No IV/M.511 - Texaco / Norsk Hydro

³⁸⁵ Dosya Sayısı : 2010-3-256 (Devralma) Karar Sayısı : 10-75/1535-589 Karar Tarihi : 2.12.2010

bağımsızlığını olumsuz etkileyebilecek türden bir dağıtım ilişkisinin kurulması ihtimalinin olmadığı kanaatine varılmıştır³⁸⁶.

Benzer bir başka kurul kararında³⁸⁷ da ortak girişim ile ana teşebbüslerinin faaliyetleri arasında çakışma olması göz önünde bulundurulmuş ancak ortak teşebbüsün kendi mağazalarına sahip olması ve ana teşebbüsleriyle yeniden satış gibi dikey ilişkisinin olmaması sebebiyle ortak girişimin ticari politikalarını bağımsız olarak belirleyebileceğine kanaat getirilmiştir.

Ana teşebbüslerin ortak girişim tarafından üretilen ürünlere ihtiyacının yüksek olması, ortak girişim ile ana teşebbüsleri arasındaki alım satım ilişkisinin yüksek mertebelerde olmasına sebebiyet verebilir. Ana teşebbüslerin ihtiyaç duyduğu girdi ile ortak girişimin iş hacmi/kapasitesi bakımından yakınlaşma ve coğrafi yakınlık; ortak girişimin ana teşebbüslerine yönelik bir faaliyet için kurulduğunu gösterebilir.

Konuya ilişkin örnek teşkil edebilecek bir Rekabet Kurulu kararında³⁸⁸ şu değerlendirmeler yapılmıştır: *“İki adet 5000 m3'lük stok tankının kurulması düşünüldüğünden, tesisin tam kapasite ile çalıştığı varsayıldığında bile, ilgili tesislerde ayda 40.000 m3, yılda ise 480.000 m3 LPG'nin dolumu yapılabilecektir. N. Z., kurulması planlanan tesislerden, Şirket ortakları dışındaki LPG firmalarının da yararlanmasını amaçladıklarını belirtmektedir. Ancak kurulacak tesisin kapasitesi ilgili yazıda yer verilen diğer gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde, bunun gerçekleşmesinin zor olacağı düşünülmektedir. Çünkü 1999 yılında yalnızca Dört yol'daki tesislerden ilgili Dernek üyesi şirketlerin 250.000 ton LPG aldıkları göz önünde bulundurulduğunda, kurulması planlanan tesislerin çok büyük ölçüde kurucu şirketlere hizmet verebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş.'nin de, yukarıda açıklandığı üzere, çok büyük oranda kurucu ortaklara hizmet verebilecek niteliğinden dolayı, bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkma koşulunu gerçekleştirmediği görülmektedir.”*

³⁸⁶ Ana teşebbüsler yalnızca satış temsilcisi olarak hareket edecekler ise tam işlevsellik etkilenmeyecektir bkz. Case No COMP/M.3556 - FORTIS / BCP

³⁸⁷ Dosya Sayısı : 2011-3-152 (Devralma) Karar Sayısı : 11-44/984-331 Karar Tarihi : 3.8.2011

³⁸⁸ Dosya Sayısı: D1/H.G.K.-00/2 (Muafiyet) Karar Sayısı: 00-39/434-240 Karar Tarihi: 17.10.2000

Benzer şekilde ortak girişimin ana teşebbüsünün talebini aşan üretime erişmesi üçüncü kişilere önemli derecede satışların olacağını gösterebilecektir.

Bir Kurul kararına³⁸⁹ konu olan olayda ana teşebbüs aynı zamanda ortak girişimin alt pazarında alıcı konumda olan bir ortak girişime taraftır. Alıcı konumundaki ortak girişim ile işleme konu olan ortak girişimin geçmiş ilişkileri incelenmiş ve son üç yılda alıcı ortak girişimin, kurulacak ortak girişimin en büyük alıcısı olduğu ve ilişkinin artan bir seyir gösterdiği tespiti yapılmıştır. Söz konusu satış ilişkisinin, alıcı ortak girişime taraf ana teşebbüsün henüz işlem konusu ortak girişime taraf olmadığı dönemde gerçekleşmiş olması ve alıcı ortak girişimin de faaliyet gösterdiği pazarda lider konumda olması; söz konusu ilişkinin ticari amaçlarla oluştuğunu açıklar nitelikte görülmüştür. Ayrıca ortak girişimin yeni pazarlara açılma ve üretim artırma planları ile ortak girişimin ürün portföyü ve alıcı ortak girişimin talep portföyü incelenmiş ve ortak girişimin alıcı ortak girişimin talebini aşan üretime kavuşacağı dolayısıyla ortak girişimin üçüncü kişilere satışlarının devam edeceği ve alt pazardaki ana teşebbüsünden bağımsız olacağı sonucuna varılmıştır.

Ortak girişim tarafından üretilen ürün ve ana teşebbüslerin ihtiyacı kıyaslandığı zaman ilk bakışta ana teşebbüslerin ortak girişim tarafından üretilen ürünlere yönelik ihtiyacının yüksek miktarda olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla tam işlevsellik açısından makul sayılabilir bir ilişkinin oluşacağı tespiti yapılabilir. Ancak arz ikamesine ilişkin bir incelemede farklı sonuca ulaşılabilir. Ortak girişimin kolayca başkaca ürünler üretme imkanına sahip olması durumunda, bu üretilebilecek potansiyel ürünler de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Komisyon Philips/Thomson/Sagem kararındaki³⁹⁰ olayda ana teşebbüsler ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın alt pazarında faaliyet göstermemeleri sebebiyle ortak girişim çıktısının %30'undan fazlasını satın almayı düşünmemektedirler. Ancak ortak girişimin öncelikli olarak ana teşebbüslerin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik kurulduğu düşünülerek, ortak girişim

³⁸⁹ Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

³⁹⁰ Case No IV/M.293 - PHILIPS / THOMSON / SAGEM

çıktısının daha büyük bölümünün ana teşebbüslere tedarik edilme ihtimali değerlendirilmiştir. Ortak girişim tarafından üretilen ürünler arasındaki yüksek derecedeki arz yönlü ikame edilebilirlik perspektifinden ortak girişimin bütün çıktılarının ana teşebbüslerce alınabilmesi ihtimaline değinilmiştir. Bu durum tam işlevselliğe aykırı unsurlar arasında görülmüştür.

B- Ortak girişimin arz ilişkisinin değerlendirilmesi

Ortak girişim ile ana teşebbüsleri arasında sürekli bir satım ilişkisinin olduğu hallerde, ortak girişimin ana teşebbüslerine yaptığı satımlardan bağımsız olarak faaliyet gösterdiği pazarda etkin rol üstlenip üstlenemeyeceği önem arz etmektedir³⁹¹. Dolayısıyla ortak girişimin ana teşebbüslerine yaptığı başlangıç dönemini aşan kalıcı satışlarının öngörüldüğü hallerde ortak girişimin bu satışlara rağmen pazarda aktif rol oynayabilip oynayamayacağının tespiti yapılması gerekecektir³⁹².

Bu noktada, ortak girişimin ana teşebbüslerine yaptığı satışların üretimine oranının ortak girişime pazarda güvenilir bir sağlayıcı olmasına imkân verip vermediği ve ana teşebbüslere satışların rekabetçi koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediği önem arz etmektedir³⁹³.

Ortak girişimin ana teşebbüslere yaptığı satışların, üretimi üzerindeki payı ortak girişimin pazarda etkin rol oynayıp oynayamayacağı hususundaki değerlendirme bakımından belirleyicidir. Ana teşebbüslere yapılacak küçük oranlı satışlar tam işlevsellik değerlendirmesinde önemsenmemektedir.

Komisyon Zeneca / Vanderhave kararında³⁹⁴ ortak girişim satışlarının %'4 ünden az bir oranının ana teşebbüsüne yapılacak olması karşısında söz konusu oran önemsiz bulunmuş ve işleme izin verilmiştir.

³⁹¹ Kılavuz, para.86; Jurisdictional Notice, para.98

³⁹² Boyce/Loukas/Tubs, s.661

³⁹³ Boyce/Loukas/Tubs, s.661

³⁹⁴ Case No IV/M.556 - Zeneca / Vanderhave

Ancak her somut olayın kendi içerisinde farklı özellikleri olması sebebiyle burada ciroya bağlı net bir oran verilmesi oldukça güçtür³⁹⁵. Eğer ortak girişimin cirosunun yarıdan azı ana teşebbüslerine yaptığı satışlardan elde ediliyorsa, kural olarak ortak girişimin tam işlevsel nitelikte olduğu kabul edilmelidir³⁹⁶.

Komisyon Rmc/Uma/JV kararında³⁹⁷ ise ana teşebbüsler kurulan ortak girişime belirli işlerini ve mal varlıklarını aktarmaktadırlar. Tarafların, ortak girişim çıktısının %70'inin üçüncü kişilere sağlanacağını öngörmeleri sebebiyle ortak girişimin tam işlevsellik nitelikte olduğuna karar vermiştir.

Ortak girişim cirosunun yarıdan azının ana teşebbüse satışlardan oluşması tam işlevselliğin bir göstergesi olmasına karşın somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerektiği de ifade edilmektedir³⁹⁸. Nitekim Komisyon kararları da genellikle ortak girişim cirosunun yarısından azının ana teşebbüslere yapılan satışlardan sağlanmasını tek başına başına yeterli görmemekte, buna ek olarak ilişkinin ticari temelde olmasını da aramaktadır.

Komisyon Philips / LG Electronics / JV kararında³⁹⁹ ana teşebbüsler ortak girişimin toplam ürün çıktısının %50'sinden azının ana teşebbüslere satılacağını tasarımları ve ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki bütün alım satım ilişkisinin tarafların eşitliği ve bağımsızlığı temelinde müzakere edilecek olması karşısında, ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki imtiyazlı tedarikçilik anlaşmalarının ortak girişimin bağımsızlığı ve tam işlevselliği üzerindeki bir etkisi bulunmayacağına hükmetmiştir.

Benzer şekilde bir Kurul kararındaki⁴⁰⁰ olayda da ana teşebbüs ortak girişim ürünlerinin yaklaşık %30'unu acentelik sözleşmesi kapsamında pazarlayacaktır. Diğer kalan üretim ise ortak girişim tarafından pazarlanacaktır. Ortak girişim fiyat ve diğer ticari politikaları kendisi belirleyecektir. Kararda ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ham madde, pazarlama, teknik bilgi ilişkisinin ekonomik bütünlüğe sebep olmadığı, ilişkinin bağımsız teşebbüsler arasındakine benzer nitelikte olduğu

³⁹⁵ Kılavuz, para.86; Jurisdictional Notice, para.98

³⁹⁶ Kılavuz, para.86; Jurisdictional Notice, para.98

³⁹⁷ COMP/M.2596

³⁹⁸ Lübking/Dittert, s.101

³⁹⁹ COMP/M. 2263

⁴⁰⁰ Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı: 13-44/551-245 Karar Tarihi: 11.07.2013

kanaatine varılarak ortak girişimin ana teşebbüslerinden bağımsız iktisadi varlığa sahip olacağına karar verilmiştir.

Ana teşebbüslere satış oranı arttıkça ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ilişkilerinin daha özellikli incelenmesi ve ilişkinin ticari nitelikte olduğunun daha açık deliller ile ortaya konması gerekecektir⁴⁰¹. Bu noktada, ortak girişimin ana teşebbüslerini yaptığı satışların üretimine oranı, ortak girişimin pazarda güvenilir bir sağlayıcı olmasına imkân verip vermediği ve ana teşebbüslere satışları rekabetçi koşullarda gerçekleştirip gerçekleştirmediği önem arz etmektedir⁴⁰². İki koşulda da olumlu netice alınması durumunda ortak girişim satışlarının %50 ila %80 gibi önemli bir bölümün ana teşebbüslerine yapsa dahi tam işlevsel olarak değerlendirilmesi mümkündür⁴⁰³. Başka bir ifadeyle denilebilir ki; ortak girişimin tam işlevsel kabul edilebilmesi için ana teşebbüsleriyle ilişkilerini ticari koşullarda sürdürmesi ve pazarda etkin rol oynayabilecek yapıda olması şartıyla satışlarının en az %20'sini üçüncü kişilerle gerçekleştirmesi oransal olarak asgari sınırı teşkil edecektir⁴⁰⁴. Ortak girişim ve ana teşebbüs arasındaki ilişkinin ticari nitelikte olması veya başka bir deyişle rasyonel temelde olmasının ise iki boyutu bulunmaktadır. Ortak girişim ve ana teşebbüs arasındaki ilişkinin hem fiyatlandırma ve satış politikası olarak hem de miktar olarak bağımsız teşebbüsler arasındaki ilişki gibi olması gerekmektedir.

Komisyon Electrabel / Energia Italiana / Interpower kararında⁴⁰⁵ ise elektrik üretim faaliyeti yürütecek olan bir ortak girişimin, üretiminin çoğunu paylarıyla orantılı olarak ana teşebbüslerine satacak ve buna karşılık %5 ila %15'ini havuza sunacak olmasını, bağımsızlık unsuru açısından yeterli görmemiştir.

Komisyonun Ford/ZF kararındaki⁴⁰⁶ olayda ortak girişim biri yeni diğeri ana teşebbüslerinden birine ait olan iki tür otomatik vites türünün üretimi ve satışıyla ilgilenecektir. Ortak girişimin ana teşebbüsüne satışları ticari şartlarda

⁴⁰¹ Kılavuz, para.86; Jurisdictional Notice, para.98

⁴⁰² Boyce/Loukas/Tubs, s.661

⁴⁰³ Boyce/Loukas/Tubs, s.661, Jurisdictional Notice, paras 98-100

⁴⁰⁴ Bkz. Kılavuz, para.86; Jurisdictional Notice, para.98 ve Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

⁴⁰⁵ Case No COMP/M.3003 - ELECTRABEL / ENERGIA ITALIANA / INTERPOWER

⁴⁰⁶ Case No IV/M.1368 - FORD / ZF

olacak ve ana teşebbüs ürünün fiyat, kalite, teslim ve teknoloji bakımından rekabetçi olmaması durumunda alternatif tedarik kaynaklarına yönelebilecektir. Yeni üretilen otomatik viteslerin yalnızca üçte biri üçüncü kişilere satılacak olmasına karşın ortak girişimin Avrupa satışlarının %50 ila 70'i başkaca araba üreticilerine satılacaktır. Olaydaki ortak girişimin pazarda etkin rol oynayacağı ve bağımsız olacağı kanaatine varılmıştır

Komisyon'un Linde/Sonatrach/JV kararında⁴⁰⁷ ortak girişimlerden biri ana teşebbüsten temin edilen gazın likit helyuma dönüştürülmesi diğeri ise helyum gazının toptan satışıyla ilgileneceklerdir. Ortak girişim tarafından üretilen helyum gazının %50'si diğeri ana teşebbüse diğeri kalan %50'lik kısım ise ana teşebbüsün rakiplerine satılacak olması bağımsızlık açısından uygun bulunmuştur.

Ortak girişimin ana teşebbüslerine önemli oranda satış yapacağını öngörülmesine rağmen ortak girişimin yüksek üretim kapasitesine sahip olması ortak girişimin pazarda etkin rol oynayabileceği kanaatini destekleyen bir unsur olacaktır.

Komisyon'un Bertelsmann/Springer/JV kararında⁴⁰⁸ ortak girişim ana teşebbüsleriyle yaptığı çerçeve basım anlaşması kapsamında ana teşebbüslerine ait dergilerin basımını üstlenecektir. Ortak girişimin ana teşebbüslerine satışlarındaki yüksek bağımlılığa rağmen ortak girişim tarafından üstlenilecek baskı işlerinin ortak girişimin toplam baskı kapasitesinin belirli bir oranını aşmayacak olması sebebiyle ortak girişimin pazarda aktif rol oynayabileceği kanaatine varılmıştır.

Benzer şekilde Kurulun bir kararında⁴⁰⁹ da sıvılaştırılan gazın ortak girişim tarafları tarafından hisseleriyle orantılı olarak ortak girişim tarafından satılacak olmasına rağmen ortak girişimin dünya piyasalarında artan LNG talebine yönelik olarak dünya çapında satış yapacak bir yapıya dönüştürüldüğü değerlendirilmesi yapılmış ve ortak girişim tam işlevsel nitelikte kabul edilmiştir.

Dış kaynağa yönelik oluşturulan ortak girişimlerin sıklıkla pazarda varlıkları olmamaktadır⁴¹⁰. Bir teşebbüs bünyesinde yürüttüğü bilgi teknolojileri

⁴⁰⁷ COMP/M.2868

⁴⁰⁸ Case No COMP/M.3178 Bertelsmann / Springer/JV.

⁴⁰⁹ Dosya Sayısı: 2012-1-74 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 12-22/564-162 Karar Tarihi: 25.04.2012

⁴¹⁰ Lübking/Dittert, s.97

(IT) gibi belirli bir faaliyetini o alanda uzmanlaşmış başka bir teşebbüsle kurduğu ortak girişime aktarmaktadır⁴¹¹. Bu hallerde de ortak girişimin tam işlevsel kabul edilebilmesi için; ortak girişimin üçüncü kişilere önemli miktarlarda hizmet sunması ve ana teşebbüsü ile ilişkisinin ticari nitelikte olması gerekecektir⁴¹².

Ancak önemli derecede üçüncü satışların kısa vadede öngörülemediği hallerde ortak girişime önemli derecede sermaye aktarılması veya pazarın gelişme potansiyelinden hareketle ortak girişimin üçüncü kişi satışlarını gelecekte önemli derecede artıracığı yönünde bir kanaat oluşabilir.

Komisyon'un bir kararındaki⁴¹³ olayda, havayolu işlerine ilişkin IT hizmeti yürütecek olan bir ortak girişim kurulmaktadır. Ortak girişimin işlerinin büyük bölümünü ana teşebbüsüne sunmasına karşın ana teşebbüslerin niyeti ortak girişiminin pazarda aktif rol oynaması yönündedir ve söz konusu satış oranı zamanla düşecektir. Ortak girişime taraf ana teşebbüslerden birinin ortak girişime yüksek sermaye katkısı yapmasının ortak girişimin sıradan bir dış kaynak operasyonu için kurulmadığına ilişkin bir gösterge olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Buna ek olarak ana teşebbüse sunulan hizmetlerin ticari koşullara uygun olarak fiyatlandırılacak olması ve fiyatların her sene müzakere edilerek pazar koşullarına uygun olarak belirlenecek olması karşısında ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilmiştir. Kararda havayolu taşımacılığı endüstrisinde IT hizmetlerinin önemli ve büyüyen bir pazar olduğu, bazı havayolu şirketlerinin kurum içi IT servislerine sahip olmalarına karşın pek çok firmada hizmeti üçüncü kişilerden temin edildiği tespiti yapılmıştır. Ortak girişimin gelecekte alanında önemli bir oyuncu olması ve hizmetlerini seyahat endüstrisi yönünde genişletmesi olası görülmüştür. Ana teşebbüsün orta vadede ortak girişimin ana müşterisi olacak olsa da bu durumunun geçici olacağı kanaatine varılmıştır.

⁴¹¹ Lübking/Dittert, s.97; Kılavuz, para.88; Jurisdictional Notice, para.100

⁴¹² Kılavuz, para.88; Jurisdictional Notice, para.100

⁴¹³ Case No IV/M.560 - EDS / LUFTHANSA

C- Ortak girişimin tedarik ilişkisinin değerlendirilmesi

Ortak girişimin ana teşebbüs veya teşebbüsleriyle kuracağı alım ilişkilerinin ortak girişimin bağımsızlığını zedeleyecek mertebede olmaması gerekir. Bu bakımdan ortak girişim ile ana teşebbüsü arasındaki tedarik sözleşmelerinin ticari koşullarda olması⁴¹⁴ ve ortak girişimin üçüncü kişilerle de önemli oranda tedarik ilişkisi kurması gibi ortak girişimin arz ilişkisine ilişkin değerlendirmede aranan gereklilikler burada da aranmaktadır. Ancak bunlara ek olarak ortak girişimin ana teşebbüslerden aldığı mala önemli derece katkı yapması⁴¹⁵; katkı beklenmesinin mümkün olmadığı hallerde de ortak girişimin pazarın gereklerini yerine getirmesi⁴¹⁶ koşulları da aranacaktır.

Komisyon'un kararına⁴¹⁷ konu bir olayda, ortak girişim ana teşebbüsleri de dâhil olmak üzere üçüncü kişilere alt sözleşme yoluyla üretim yaptıracaktır. Ancak ana teşebbüsler, ortak girişime üçüncü kişiler tarafından yapılan tekliflerden daha ağır (ortak girişim açısından daha dezavantajlı) şartlarda üretim yapmayacaklardır. Söz konusu tespit tam işlevsellik unsurunu destekleyen bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

Kurul'un bir başka kararına⁴¹⁸ konu olayda ise, ortak girişim, üretim faaliyeti açısından gerekli ham maddenin büyük bölümünü ana teşebbüsünden sağlayacaktır. Ancak fiyatların rekabetçi şartlara uygun olarak aylık dönemlerle güncellenmesi karşısında ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilmiştir.

⁴¹⁴ Ve ortak girişimin üçüncü kişilerden gelen daha iyi şartlardaki teklifleri değerlendirme imkânına sahip bulunması bkz. Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011 Söz konusu koşul ilişkinin ticari nitelikte olması koşulunun kapsamındadır. İfade edildiği gibi ilişkinin ticari nitelikte olması söz konusu ilişkisinin bağımsız teşebbüsler arasındaki gibi olması anlamına gelmektedir.

⁴¹⁵ Kılavuz para. 89; Jurisdictional Notice para. 101

⁴¹⁶ Kılavuz para. 90; Jurisdictional Notice para. 102

⁴¹⁷ Case No COMP/M.2403 - SCHNEIDER / THOMSON MULTIMEDIA / JV

⁴¹⁸ Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı: 13-44/551-245 Karar Tarihi: 11.07.2013

Ana teşebbüslerden ortak girişime yapılan tedarik oranı konusunda ise, ortak girişimin ana teşebbüslere yaptığı satışlardaki oranlar durumun icabına göre burada da uygulanabilir⁴¹⁹.

Komisyon BP / Nova Chemicals / JV kararında⁴²⁰ Ortak girişimin üretim faaliyetine yönelik temel ham maddesi tedarikinin %70 ila %80'lik bölümünü ana teşebbüslerinden temin etmesi; dikey entegrasyonun söz konusu endüstrinin bir özelliği olması sebebiyle ortak girişimin tam işlevsel niteliğini etkilememiştir.

Ortak girişim dış kaynak kullanmak yoluyla belirli mal veya hizmetleri ana teşebbüslerinden temin edebilir. Bu durumda ortak girişime ana teşebbüsleri tarafından aktarılması gereken belirli işlevlerin aktarılmadığı bu sebeple ortak girişimin ana teşebbüslerine bağımlı halde olduğu endişesi ortaya çıkar. Dolayısıyla tam işlevselliğin sağlanabilmesi için söz konusu ilişkinin ortak girişimin bağımsızlığına zarar verici nitelikte olmaması gerekecektir.

Komisyon ortak girişime ana teşebbüsler tarafından üretim yapıldığı hallerde fason üretiminin pazarda yaygın bir uygulama olup olmadığına ve ortak girişimin diğer 3. kişi tedarikçilerine gerçek anlamda yönelip yönelmeyeceğini de incelemektedir⁴²¹. Süre, miktar olarak uygun kabul edilebilecek⁴²² ve ticari temelde olan sözleşmeler ortak girişimin bağımsızlığını etkilemeyecektir. Ortak girişimin ürünlerinin önemli kısmını kurum içinde üretmesi veya üçüncü kişilerden temin etmesi gerekmekte ve ana teşebbüslerine bağımlılığı sınırlı düzeyde olmalıdır.

Komisyon'un bir kararında⁴²³ ortak girişimin ihtiyacının %10'unu geçmeyen bir oranda ana teşebbüsüne üretim yaptırması, ilişkinin ticari nitelikte olması, alt sözleşmenin sektörde yaygın uygulama olması nedenlerinden ötürü tam işlevselliğe aykırı görülmemiştir.

Komisyon başka bir kararında⁴²⁴ ortak girişimin ürünlerinin çoğunu kendi üretim imkânlarıyla üretecek olması veya üçüncü kişilerden sağlayacak olması karşısında ana teşebbüsler tarafından üretilen ürünlere bağımlılığın sınırlı boyutlarda

⁴¹⁹ Lübking/Dittert, s.103-104

⁴²⁰ M.3578; benzer bkz. Case No COMP/M.2299 - BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV

⁴²¹ Lübking/Dittert, s.103

⁴²² Bkz. Font, s.48

⁴²³ Cas n° COMP/M.1948 - TECHPACK INTERNATIONAL / VALOIS

⁴²⁴ Case No COMP/JV.54 - SMITH & NEPHEW / BEIERSDORF / JV

olacağı değerlendirilmesinde bulunmuş ve ortak girişimin tam işlevselliği açısından sorun teşkil eden bir durum olmadığı sonucuna varmıştır.

Fason üretiminin pazar uygulaması olup olmadığının tespiti henüz oluşmamış pazarlarda tereddüt yaratabilir. Bu gibi hallerde söz konusu pazarı da kapsamına alabilecek daha geniş sektör uygulamalarından da faydalanılabilir.

Mesela Komisyon bir kararında⁴²⁵ dikey bütünleşik teşebbüslerin bulunduğu bir pazarda ortak girişim tesis edilmesini incelemiştir. Ortak girişim yalnızca tasarım ve pazarlama faaliyeti yürütecek, pazarlanacak ürünlerin üretimi ise ana teşebbüsler veya üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecektir. Ürünler ortak girişimin markası altında pazarlanacaktır. Üretimin yükleniciye verilmesinin yüksek teknoloji pazarlarda sektör uygulaması⁴²⁶ olması sebebiyle ortak girişim tam işlevsel nitelikte değerlendirilmiştir.

Bir ortak girişim ana teşebbüslerinin ürün veya hizmetlerini pazarlayacak bir yapıda olacak ise söz konusu ortak girişim bağımsız olamayacaktır. Ancak ortak girişim kendi kontrolünde olan üretim tesisinin işletilmesini ana teşebbüslerinden birine yaptırabilir. Bu durumda ortak girişim ana teşebbüslerinin ürünlerini pazarlıyor olmamakta; yalnızca ana teşebbüsünden sahip olduğu tesisin işletilmesine yönelik hizmet temin etmektedir. Ana teşebbüsler ise ortak girişimin faaliyetine yönelik olarak dış kaynak sağlayan yapıda olmaktadır.

Kurul bir kararında⁴²⁷ üretim tesislerinin ortak girişime devredilmelerine karşın ana teşebbüslerin tesislerdeki üretim faaliyetini devam ettirmeleri durumunu incelemiştir. Ortak girişimin sahibi olacağı üretim tesislerinin ana teşebbüsler

⁴²⁵ Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV

⁴²⁶ Özellikle bilgisayar ve telekomünikasyon alanlarında; benzer kararlar için bkz. M.2394 SCI/Nokia Networks, M.2534 SCI/Nokia Networks, M.2479 Flextronics/Alcatel, M.2358 Flextronics/Ericsson, M. 1968 Solectron/Nortel, M.1849 Solectron/Ericsson, M.2217 Celestica/NEC, M.1841 Celestica/IBM; Case No COMP/M.2260 - HITACHI / LG ELECTRONICS / JV dn.3; ayrıca telekomünikasyon sektöründe ortak girişimlerin değerlendirilmesine ilişkin bkz. Nikos Nikolinos, EU Competition Law and Regulation in the Converging Telecommunications, Media and IT Sectors, Kluwer Law International, 2006; Robert Klotz, Application of EC Competition Law (Article 81 and 82 EC) in the Telecommunications Sector, EC Competition and Telecommunications Law, Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun, Marion Romes, 2. bası, Kluwer Law International, 2009; Michael Rosenthal, The Application of the EC Merger Control Regulation in the Markets for Telecommunications and Internet-related Services, EC Competition and Telecommunications Law, Christian Koenig, Andreas Bartosch, Jens-Daniel Braun, Marion Romes 2. Bası, Kluwer Law International, 2009;

⁴²⁷ Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

tarafından maliyeti karşılığında ortak girişime sağlanan ek hizmet olarak işletilecek olmasının ortak girişimin satış ve dağıtım işlevlerini etkilemeyeceğine kanaat getirilmiştir. Nitekim ana teşebbüsün mevcut müşteri portföyleri de dâhil olmak üzere üretim tesislerinin tamamını ortak girişime devretmesi ortak girişimin bağımsızlığını sağlamıştır. Ürünün pazarlama, satış ve dağıtımını ortak girişim gerçekleştirecektir.

Bununla beraber ana teşebbüslerden başlangıç döneminin ötesinde önemli alımlar yapan bir ortak girişimin tam işlevsel olup olmadığı ortak girişimin faaliyetine bağlı olacaktır⁴²⁸. Burada ortak girişimin ana teşebbüslerinden aldığı ürüne kattığı katma değer önem arz etmektedir⁴²⁹. Ortak girişimin ürün veya hizmete kattığı değer düşük ise tam işlevsel nitelik şartı gerçekleşmeyecek; ortak girişim daha çok ortak satış temsilciliği niteliğinde olacaktır⁴³⁰. Bu noktada ortak girişimin ana teşebbüslerinden temin ettiği hammaddeye önemli oranda katma değer sağlaması koşulu ortak girişimin satış temsilciliğinden ayrılmasına yönelik bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Komisyon Union Carbide/Enichem kararında⁴³¹ ortak girişim ile ana teşebbüsü arasındaki büyük miktarda tedarik anlaşması karşısında, ortak girişimin alınan ham maddeye önemli miktarda katma değer sağlaması sebebiyle ortak girişimin satış temsilciliğini aşan faaliyet gösterdiği kanaatine varılmıştır

Komisyonun BP Chemicals/Solvay/HDPE JV kararında⁴³² Ortak girişim önemli miktarda ham madde ihtiyacını ana teşebbüslerinden sağlayacak olmasına karşın ortak girişimin elde ettiği ham maddeye önemli katma değer katacağı (belirli üretimler için %59 katma değer) gerekçeleriyle ortak girişim bağımsızlığının olumsuz etkilenmeyeceğine karar verilmiştir.

Komisyon BP / Nova Chemicals / JV kararında⁴³³ ana teşebbüslerden elde edilen ham maddenin işlenerek farklı bir ürün oluşturulması işleminin yaklaşık %30

⁴²⁸ Boyce/Loukas/Tubs, s.661

⁴²⁹ Kılavuz, para.89; Jurisdictional Notice, para.101

⁴³⁰ Kılavuz, para.89; Jurisdictional Notice, para.101

⁴³¹ Case No IV/M.550 - UNION CARBIDE / ENICHEM; bkz. benzer Case No COMP/M.1875 - REUTERS / EQUANT -PROJECT PROTON

⁴³² Case No COMP/M.2299 - BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV

⁴³³ M.3578

veya daha fazla katma değer⁴³⁴ yaratması karşısında, ortak girişimin yalnızca bir aracı olarak değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir.

Hesaplama bakımından girdinin ortak girişimin üretim faaliyeti neticesinde oluşturduğu çıktıya miktarsal ve değersel oranı arasındaki fark ortak girişimin ne nispette değer ürettiğini ortaya kayacaktır.

Kurul'un bir kararında⁴³⁵ ise ana teşebbüslerden biri tarafından ortak girişimin üretiminde kullanılan ham maddenin ortak girişim üretiminde %33'lük, değer olarak ise %25'lik bir payı olması ana teşebbüsten temin edilen ham maddeye ortak girişim tarafından önemli derecede katkı yapıldığının göstergesi olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde Komisyonun Nokia / Autoliv kararında⁴³⁶ ise temin edilen ham maddelerin ortak girişim girdi değerlerinin %50'sini, ürün satış fiyatının ise %30'unu temsil ettiği ortaya konmuştur.

Alım satım piyasalarında teşebbüsler diğer piyasalardakinin aksine üretim yapmaksızın üst pazardan tedarik ettikleri ürünlerin pazarlanması faaliyetini yürütürler. Söz konusu pazarlarda, ürünlerin satışı ve dağıtımında uzmanlaşmış dikey bütünleşik yapıya sahip olan teşebbüsler de bulunabilmekte⁴³⁷ ve arz kaynakları çeşitlenebilmektedir⁴³⁸. Ancak yalnızca dikey bütünleşik yapıda teşebbüslerin bulunduğu pazarlar dağıtım seviyesinde bağımsız teşebbüslerin bulunmaması sebebiyle alım-satım piyasası olarak nitelenemeyecektir.

Alım-satım piyasalarında oluşturulan ortak girişimlerin ortak satış temsilcisi haline gelme riski bulunmaktadır. Bu ortak girişimler tedariklerinin büyük bölümünü ana teşebbüslerinden temin etmeleri durumunda tam işlevsel nitelikte olamayacaklardır⁴³⁹. Bu sebeple yalnızca dağıtım faaliyeti yürütecek ortak girişimlerin genellikle tam işlevsel olmadığı düşünülmektedir⁴⁴⁰. Dolayısıyla tam

⁴³⁴ Benzer bir kararda %25 ila % 35/40'lık katma değer söz konusu bkz. Case No IV/M.1227 - CARGILL / VANDEMOORTELE - JV

⁴³⁵ Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı : 11-60/1564-555 Karar Tarihi : 07.12.2011

⁴³⁶ Case No IV/M.686 - NOKIA / AUTOLIV

⁴³⁷ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102

⁴³⁸ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102

⁴³⁹ Ticaret pazarında faaliyet gösteren ortak girişim tedariklerinin önemli bir kısmını diğer kaynaklardan temin edeceği muhtemel görülmüştür. Bkz. Case No IV/M.788 -AgrEvo / Marubeni;

⁴⁴⁰ Bkz. Lennar Ritter, W. David Braun, European Competition Law, A Practitioner's Guide, üçüncü bası, 2005 Kluwer Law International, Hollanda, s.633

işlevselliğin tesisi bakımından ortak girişimin tedarik büyük bölümünü ana teşebbüslerden sağlamıyor olması⁴⁴¹ üst piyasadaki diğer teşebbüslerden de mal veya hizmet alıyor olması gerekecektir⁴⁴².

Bununla birlikte ortak girişimin piyasadaki diğer teşebbüslerin sahip olduğu işlevlere⁴⁴³ ve faaliyet gösterdiği alana ilişkin donanımlara sahip olması gerekecektir⁴⁴⁴. Değerlendirme bakımından pazardaki bağımsız ve dikey bütünleşik yapıda olmayan teşebbüsler esas alınmaktadır⁴⁴⁵. Pek çok alım satım piyasasında, teşebbüsler satış yeri, antrepo, depo, nakliye filoları ile satış ve hizmet personeli gibi belirli unsurlara sahiptir⁴⁴⁶. Ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ilişkilerinin de ticari temelde olmasına ilişkin gereklilik ise uygulamada alım-satım piyasaları bakımından da aranmaktadır.

B2B⁴⁴⁷ pazar yeri olarak faaliyet yürütülen pazarlar da nitelikleri itibariyle alım-satım piyasasıdır. Bu tür pazarlardaki ortak girişimler de yalnızca ana teşebbüslere hizmet verme, ilişkinin ticari temelde olmaması ve diğer teşebbüslere kapalı olma gibi hallerde tam işlevsel niteliğe sahip olamayacaklardır⁴⁴⁸.

D- Ara sonuç

Tam işlevselliğin sağlanabilmesi için ortak girişimin faaliyeti bakımından ana teşebbüsleriyle kuracağı ticari ilişkilere bağımlı olmaması gerekir. Bir ortak girişimin ana teşebbüsüyle yüksek oranlarda ticari ilişki kurması ortak girişimin gerçekte etkin bir rekabet gücüne sahip olmadığını göstergesidir. Bunun sebebi ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kurduğu ticari ilişkiler olmaksızın pazarda tutunamayacağı endişesidir.

⁴⁴¹ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102; Wishh/Bailey, s.838; Lübking/Dittert, s.103

⁴⁴² Font, s.49

⁴⁴³ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102; Font, s.49

⁴⁴⁴ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102; Wishh/Bailey, s.838; Lübking/Dittert, s.103

⁴⁴⁵ Lübking/Dittert, s.103

⁴⁴⁶ Kılavuz, para.90; Jurisdictional Notice, para.102; Font, s.49

⁴⁴⁷ Tacirleri buluşturarak tacirlerin birbirlerine mal/hizmet sunmalarına imkân sağlayan sanal platformlar

⁴⁴⁸ Bkz. Lübking/Dittert, s.104

Ancak ilişkinin ticari koşullarda olması şartıyla ana teşebbüsleriyle büyük oranlarda alım-satım ilişkisine giren bir ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilmektedir. Bunun sebebi ticari ilişki koşulunun ortak girişimin faaliyet yürütebilmesi için ana teşebbüslerine bağımlı olduğu endişesini bertaraf etmesidir. Ortak girişim ve ana teşebbüsü arasındaki ilişkinin ticari temelde olmasının beklenmesiyle; ortak girişim-ana teşebbüs ilişkisinin bağımsız teşebbüslerinkine benzer yapıda olması hedeflenmektedir. Bu sebeple ilişkinin ticari temelde olması koşulu miktar, fiyat ve her türlü alım-satım şartlarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır.

Ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki büyük oranlı ilişkinin ortak girişimin ana teşebbüslerine bağımlı olduğuna karine teşkil ettiğini; ilişkinin ticari temelde olması koşulunun ise karinenin kurtuluş kanıtını oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte mevzuatta ortak girişimin alıcı konumda olduğu hallerde ortak girişimin ana teşebbüslerinden temin ettiği hammaddeye önemli oranda katma değer sağlaması yönünde bir koşula da yer verilmiştir. Ortak girişimin alım-satım piyasasında faaliyet göstermesi durumunda ise söz konusu pazarın niteliği gereği katma değer sağlamaya elverişli yapıda olmamasından hareketle katma değer koşulu aranmamıştır. Alım-satım piyasasında faaliyet gösteren bir ortak girişimden ise genel olarak yalnızca pazarın gereklerini yerine getirmesi beklenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; pazarın gereklerini yerine getirme olgusu tam işlevselliğin sağlanabilmesi için her türlü ortak girişim oluşturma işlemi açısından aranan bir gerekliliktir.

Diğer taraftan alım ilişkileri bakımından uygulamada kimi zaman katma değer koşuluna kimi zaman ise ticarilik koşuluna değinilerek karar verilmektedir. Ancak ortak girişimin ana teşebbüslerinden temin ettiği girdiye önemli oranda katma değer katması tek başına tam işlevselliği ortaya koymaya yeterli bir unsur değildir. Dolayısıyla katma değer katma olgusunun ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın bir gereği olduğu hallerde aranması ve her halde ortak girişim-ana teşebbüs ilişkilerinin ticari koşullarda olması gerekmektedir.

VI. Başlangıç dönemi

A- Genel olarak

Bir ortak girişimin izin sırasında veya izinden hemen sonra tam işlevsellik unsurlarının tamamına sahip olmaması durumunda kural olarak tam işlevsellik unsuru sağlanamayacaktır. Ancak ortak girişimin oluşturulmasından itibaren tanınan belirli bir süre⁴⁴⁹ bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Başlangıç döneminde ortak girişimin pazarda tutunabilmesi⁴⁵⁰ ve pazara yeni girişin beraberinde getirdiği dezavantajların bertaraf edilmesi hedeflenmektedir. Böylece ortak girişimin tedarik veya pazarlama kanallarının korunmasıyla pazarda rekabet edebilir bir düzeye erişmesi sağlanabilecektir.

Böyle bir sürenin kabul edilmemesi; yeni bir aktör olarak girdiği pazarda ortak girişimin tedarik kaynaklarına erişmede ve müşteri temininde sıkıntı yaşayarak veya idari olarak zafiyet göstererek henüz gelişemediği ve rekabet edebilir konuma gelmediği bir anda pazardan çıkmasına sebebiyet verecektir. Bu durum genel refah yönünden batık maliyetlere ve ortak girişimlerin cazip olmaktan çıkmasına yol açacaktır.

Başlangıç döneminde ortak girişimin ana teşebbüsleri tarafından desteklenmesinin kabul edilebilmesi için ana teşebbüslerin sağladığı desteğin ortak

⁴⁴⁹ “Başlangıç dönemi” ifadesi esasen vakanın kendisidir. Bu süreye karşı benimsenen yaklaşımı ifade etmemektedir. Bu süre zarfında ortak girişimin normal şartlar altında taşınması gereken bir takım nitelikler aranmamakta ve eksikliklere hoşgörülle yaklaşılmaktadır. Bu yaklaşım için menfiyet, muafiyet, de minimis veya taahhüt ifadeleri kullanılamaz. Ancak geniş anlamıyla bu yaklaşım yan sınırlamadır. Genel olarak olumsuz edim yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkan yan sınırlamalar olumlu edim yükümlülüğü şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Konu özelindeki ortak girişimlerin başlangıç döneminde desteklenmesine yönelik yükümlülükler de yan sınırlama niteliğindedir. Yan sınırlama niteliğinden dolayı için bkz. Ortak girişime başlangıç döneminde en çok kayırılan müşteri esasında tedarik için bkz. Case No COMP/M.1564 – ASTROLINK; Belirli fikri haklar verilmesi için bkz. Case No IV/M.1075 - NORDIC CAPITAL / MLNLYCKE CLINICAL / KOLMI; Başlangıç dönemiyle sınırlı tedarik anlaşmaları için bkz. CABLE AND WIRELESS / MAERSK DATA – NAUTEC; Belirli hakların verilmesi ve geri alınması için bkz. Case No IV/M.686 - NOKIA / AUTOLIV

⁴⁵⁰ Kılavuz, para.85; Jurisdictional Notice, para.97

girişimin pazarda kurulumu için objektif olarak gerekli olması⁴⁵¹ gerekmektedir. Arz ve tedarik kaynaklarının korunması veya sağlanması nitelikleri gereği ortak girişime kaynak aktarımı şeklinde getirilemeyecek gereksinimlerdir. Ayrıca bu dönemde ortak girişimin ana teşebbüslerle kurduğu ilişkinin ticari nitelikte olması da beklenmektedir. Aksi bir yaklaşım ortak girişimin mali bakımdan yetersizliğini de kabul anlamına gelecektir ki bu durumda ortak ortak girişim tam işlevsel nitelikte olamayacaktır.

Komisyonun Schneider/Thomson Multimedia/JV kararında⁴⁵² ortak girişimin başlangıç dönemi satışlarında tamamen ana teşebbüsüne bağlı olması, satışların ticari koşulda gerçekleşmesi sebebiyle kabul edilmiştir.

Kurul ise bir kararında⁴⁵³ ortak girişimin gerekli üretim alt yapısını oluşturuncaya kadar ana teşebbüslerden ham madde, yarı mamul veya nihai mamul temin edecek olmasının, bu sürecin geçici olması ve piyasa koşullarında gerçekleşecek olması sebebiyle uygun bulmuştur.

Benzer olarak Komisyonun Dow / Buna kararında⁴⁵⁴ ortak girişim ile ana teşebbüsü arasındaki pazarlama ve satış anlaşması uyarınca ana teşebbüslerden biri ortak girişimden her takvim yılı için ortak girişim üretim kapasitesinin en az %80'ini oluşturan mertebede alım yapma borcu altına girmektedir. Ana teşebbüs satın alma karşılığında ortalama bir ücret ödeyecektir. Söz konusu düzenlemenin başlangıç dönemine yönelik ortak girişimin satış düzeyini güvence altına almayı amaçladığına karar verilmiştir.

⁴⁵¹ Alım satım ilişkisi yönünden Bkz. Lübking/Dittert, s.100

⁴⁵² Case No COMP/M.2403 - SCHNEIDER / THOMSON MULTIMEDIA / JV, Ortak girişimin alım-satım ilişkilerinin neredeyse tamamını ana teşebbüsler ile gerçekleştirmesi dahi hoşgörü kapsamında olabilmektedir; benzer bkz. Case No COMP/M.2645 - SAAB / WM-DATA AB / SAAB CARAN JV ortak girişimin satışlarının büyük bölümünü ana teşebbüslerinden birine gerçekleştirmesi, bunun başlangıç dönemiyle sınırlı olacağı ve hizmet sunumunun ticari koşullarda gerçekleşecek olması gerekçeleriyle kabul edilmiştir.

⁴⁵³ Dosya Sayısı : 2013-3-83 (Devralma) Karar Sayısı : 13-72/1013-431 Karar Tarihi : 26.12.2013

⁴⁵⁴ Case No IV/M.591 - DOW / BUNA

B- İlişkinin mahiyeti

Ortak girişimin başlangıç dönemine ilişkin ana teşebbüsleri tarafından desteklenmesi çok çeşitli şekillerde olabilmektedir. Ancak söz konusu ilişki genellikle mal alım-satımı şeklinde ortak girişimin tedarik ve arz kaynaklarını sağlamaya yönelik ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte başlangıç dönemine ilişkin hoşgörü yalnızca mal alım satımını değil hizmet temini ve sunumunu da kapsamaktadır. Ana teşebbüslerin ortak girişime başlangıç dönemi için sağlayacağı destek ortak girişimin ürünlerini pazarlamasına ilişkin teknik destek, yardım⁴⁵⁵, personel desteği ve her türlü destek şeklinde olabilmektedir.

Komisyon'un Cable And Wireless / Maersk Data - Nautec kararında⁴⁵⁶ ortak girişimin teknik destek personelinin ana teşebbüsten sağlanması; Dow Jones/Nbc - Cnbc Europe kararında⁴⁵⁷ ana teşebbüslerin ortak girişime program, pazarlama ve dağıtım hizmetleri sunması; Astrolink kararında⁴⁵⁸ tedarik ve dağıtım anlaşmalarının yansira bakım ve uydu, network ve entegrasyona ilişkin hizmet temin etmesi; Schneider / Thomson Multimedia / JV kararında⁴⁵⁹ ortak girişimin ana teşebbüsünün dağıtım ağını kullanması; Techpack International / Valois kararında⁴⁶⁰ ortak girişimin belirli coğrafi pazarda ana teşebbüslerinin dağıtım ağını kullanması; Rmc/Uma/JV kararında⁴⁶¹ ortak girişimin ana teşebbüsleri tarafından eşit şekilde verilen krediyle desteklenmesi, başlangıç dönemiyle açıklanmıştır.

Benzer şekilde Kurul'un bir kararında⁴⁶² ortak girişimin gerekli üretim alt yapısını oluşturuncaya kadar ana teşebbüslerden ham madde, yarı mamul veya nihai mamul temin edecek olması, bir başka kararında⁴⁶³ da ana teşebbüslerden birinin

⁴⁵⁵ Dosya Sayısı: 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı : 13-44/551-245 Karar Tarihi : 11.07.2013

⁴⁵⁶ Case No IV/M.951 - CABLE AND WIRELESS / MAERSK DATA - NAUTEC

⁴⁵⁷ Case No IV/M.1081- DOW JONES/NBC - CNBC EUROPE

⁴⁵⁸ Case No COMP/M.1564 - ASTROLINK

⁴⁵⁹ Case No COMP/M.2403 - SCHNEIDER / THOMSON MULTIMEDIA / JV

⁴⁶⁰ Cas n° COMP/M.1948 - TECHPACK INTERNATIONAL / VALOIS

⁴⁶¹ COMP/M.2596

⁴⁶² Dosya Sayısı : 2013-3-83 (Devralma) Karar Sayısı : 13-72/1013-431 Karar Tarihi : 26.12.2013

⁴⁶³ Dosya Sayısı: 2011-2-141 (Devralma) Karar Sayısı : 11-25/476-145 Karar Tarihi : 21.04.2011

ortak girişime mühendislik desteği, muhasebe ve vergi ile ithalat, lojistik, kontrat yönetimi gibi idari hizmetleri sunması başlangıç dönemiyle sınırlı olarak kabul etmiştir.

C- Sürenin belirlenmesi

Başlangıç dönemine ilişkin sürenin, ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın koşullarına göre değişiklik gösterebilmesine karşın olağan şartlar altında 3 yılı geçmemesi gerekmektedir⁴⁶⁴. Dolayısıyla 3 yıllık süre kesin olmamasına karşın belirleyici bir süre olacaktır⁴⁶⁵.

Nitekim Komisyon'un Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi kararında⁴⁶⁶ bir takım idari hizmetlerin 2 yıllık başlangıç süresi boyunca ana teşebbüs tarafından sağlanmasına; Cable & Wireless/Maersk Data-Nautec kararında⁴⁶⁷ ana teşebbüsten 1 yıllık süreyle sınırlı olarak teknik personel ihtiyacının sağlanmasına; Utc / Honeywell / İ2 / My Aircraft.com kararında⁴⁶⁸ ise 6 aylık süreyle ana teşebbüslerden hizmet temin edilmesine izin verilmiştir.

Ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarlardaki sözleşme süreleri başlangıç süresinin tespiti bakımından belirleyici olmaktadır. Endüstri uygulamasının uzun süreli sözleşmelerle tedarik sağlama yönünde olduğu pazarlarda başlangıç dönemine ilişkin sürenin kısa tutulması bu süreyle hedeflenen menfaati zedeleyebilecektir. Dolayısıyla endüstri uygulamasıyla açıklanabilen hallerde hoşgörü süresi üç yılı aşabilir.

Komisyon Bp / Nova Chemicals / JV kararında⁴⁶⁹ ki olayda; ortak girişimin ham madde tedarikinin büyük bölümünü 5 yıl süreyle ana teşebbüslerinden sağlanmasına yönelik anlaşma süre bakımından incelenmiş; bu sürenin mevcut

⁴⁶⁴ Kılavuz, para.85; Jurisdictional Notice, para.97

⁴⁶⁵ Lübking/Dittert, s.100

⁴⁶⁶ Case No IV/M.1075 - Nordic Capital / Mölnlycke Clinical / Kolmi

⁴⁶⁷ Case No IV/M.951 -CABLE AND WIRELESS / MAERSK DATA - NAUTEC

⁴⁶⁸ Case No COMP/M.1969 - UTC / HONEYWELL / i2 / MY AIRCRAFT.COM

⁴⁶⁹ M.3578

endüstri uygulaması olduğu ifade edilerek, sözleşmenin başlangıç döneminde ortak girişimin tedarik güvenliğini sağlama amacı taşıdığına karar vermiştir.

Benzer bir yaklaşımla Komisyon Areva/Urenco/ETC JV kararında⁴⁷⁰ uranyum zenginleştirilmesine yönelik santrifüj üretimi, geliştirilmesi ve tasarlanması işleriyle iştigal edecek olan ortak girişimin ana teşebbüslerine ciddi bir süre boyunca santrifüj ekipmanları satacak olması, nükleer endüstrisinde uzun teslim sürelerinin yaygın olması sebebiyle başlangıç dönemine yönelik kabul edilmiştir.

Kimi zaman da belirli tek bir süre kabul edilmemektedir. Ortak girişimin ana teşebbüslerine bağımlılığının zaman içerisinde kademeli olarak azalmasına yönelik olarak birbirini takiben azalan süreler de benimsenebilmektedir.

Örneğin Komisyon'un Mannesmann / Rwe / Deutsche Bank kararında 4 ila 5 sene sonra ortak girişimin, cirosunun %50'sini, 6. yıldan sonra ise %60 ila 80'ini üçüncü kişilerden sağlayacak olmasını öngören işletme planı yeterli görülmüştür⁴⁷¹.

D- Süre sonrası döneme ilişkin değerlendirme

Ortak girişimin başlangıç dönemine ilişkin hoşgörüden yararlanabilmesi için bu süre sonrasında kendi kaynakları ile bağımsız ekonomik faaliyet yürütebilmesi gerekir⁴⁷². Bunun için ortak girişimin başlangıç dönemi sonrasında kar edebilir ve kendini finanse edebilir yapıya dönüşeceğinin ortaya konması⁴⁷³ ve eksikliklerin nasıl giderileceği hususunda taahhütler içeren planların sunulması gerekmektedir. Sunulan planların somut ve makul olması gerekmektedir. Ana

⁴⁷⁰ Case No COMP/M.3099 –Areva/Urenco/ETC JV.

⁴⁷¹ Lübkıng/Dittert, s.100 den M.394 - MANNESMANN / RWE / DEUTSCHE BANK

⁴⁷² Bkz. Case No IV/M.951 - CABLE AND WIRELESS / MAERSK DATA – NAUTEC sürenin sonunda ortak girişim söz konusu personeli kendi personeliyle değiştirecektir; Dosya Sayısı: 2011-2-141 (Devralma) Karar Sayısı: 11-25/476-145 Karar Tarihi: 21.04.2011; belirli bir dönem sonunda kendi kadrosunu oluşturup hizmet sözleşmelerini fesh edebilecektir; Case No COMP/M.1564 – ASTROLINK ortak girişim bütün ürünler yönünden alternatif tedarikçilere yönelecektir.

⁴⁷³ Mihalis Kekelekis; The EC Merger Control Regulation: Right of Defence, A Critical Analysis of DH COMP Practice and Community Courts Jurisprudence, Kluwer Law International, Netherlands, 2006, s.33

teşebbüsler tarafından, ortak girişimin gelecekteki ticari ilişkilerinin önemli bir bölümünü üçüncü kişilerle gerçekleştireceğine yönelik gerçekçi verilerin sunulması beklenmektedir.

Nitekim Komisyon Rsb /Tenex / Fuel Logistic kararında⁴⁷⁴ ortak girişimin faaliyetini yürütebilmesi için yeterli varlıklara sahip olmamasının başlangıç dönemine izafe edilemeyeceğini söylemiştir. Kararda, başvuru tarafı ana teşebbüslerin ortak girişimin geliştirilmesine yönelik somut planların ve önemli miktardaki tedarik ilişkisinin gelecekte devam etmeyeceğine yönelik gerçekçi verilerin ortaya konmadığı tespiti yapılmıştır.

Ortak girişimin başlangıç dönemi sonrası hedeflerine erişip erişemeyeceğine ilişkin tespit, pazarın yapısı ile pazardaki teşebbüslerin faaliyetleri incelenerek ortaya konabilir.

Komisyonun bir kararında⁴⁷⁵ hava yastıklarının elektronik kontrol ünitesi üretimi alanında faaliyet yürütecek olan ortak girişimin tek alıcısının ana teşebbüslerinden birisi olması; başlangıç dönemi bakımından kabul edilebilir bulunmuştur. Tarafların, üç sene içerisinde ortak girişim müşteri çevresinin genişleyeceği ve ortak girişim satışlarının %50'sinden fazlasının üçüncü kişilere gerçekleşeceği yönündeki beklentilerini açıklamışlardır. Komisyon söz konusu süreyi ortak girişimin önemli derecede üçüncü kişilere satış düzeyine erişebilmesi için makul bulmuştur. Komisyon ortak girişimin önemli düzeyde üçüncü kişi satışlarına erişebilmesinin mümkün olup olmadığını pazarın yapısını inceleyerek ortaya koymuştur. Pazarda araba üreticileri bakımından yaygın bir uygulama bulunmamasına rağmen bir miktar önemli araba üreticisinin hava yastığı elektroniğini, hava yastığı modüllerinden ayrı olarak satın aldığı veya satın alma niyetinde olduğuna değinerek ortak girişim hedefleri olası görülmüştür.

Komisyon'un Reuters / Equant -Project Proton kararında⁴⁷⁶ ise ortak girişimin ana teşebbüsüne yaptığı satımlar başlangıç dönemine ilişkin olarak

⁴⁷⁴ Case No IV/M.904 -RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC

⁴⁷⁵ Case No IV/M.686 - NOKIA / AUTOLIV

⁴⁷⁶ Case No COMP/M.1875 -REUTERS / EQUANT -PROJECT PROTON

değerlendirilmiş ve ana teşebbüsünden sağladığı gelirin keskin bir şekilde düşeceği ifade edilmiştir.

Ayrıca ortak girişimin dış kaynak yoluyla temin ettiği mal varlığı değerlerini zaman içinde elde etmesi de kimi zaman gözetilen bir unsurdur. Ancak ortak girişim zaman içinde temin edeceği mal varlığı değerlerinin önemli bir kısmını ana teşebbüslerinden satın almamalıdır. Aksi bir durum, ortak girişimin yeterli kaynak aktarımı yapılmaksızın tesis edildiği anlamına gelebilecektir.

Komisyonun Ge Capital / Sea Containers kararındaki⁴⁷⁷ olayda zamanla ortak girişimin sahip olduğu konteynır sayısı artacak ve aşamalı olarak ana teşebbüslerden kiralanın konteynırlar terk edilecektir. Ayrıca ortak girişim ana teşebbüsü tarafından üretilecek konteynırları satın alacak olması; söz konusu satışa konu konteynır miktarının ortak girişimin ihtiyaçlarının küçük bir bölümünü oluşturması sebebiyle tam işlevselliğe aykırı bulunmamıştır.

E- Ara sonuç

Yeni kurulan bir teşebbüsün yeterli kaynaklara sahip olması teşebbüsün pazarda tutunabilmesi bakımından her zaman yeterli olmamaktadır. Teşebbüsün henüz yeni giriş yaptığı pazarda özellikle arz ve tedarikini güvence altına alacak kaynaklara ulaşması ile faaliyeti için gerekli uzman personeli elde edebilmesi zaman alabilir. Dolayısıyla teşebbüs henüz etkin bir rekabet gücüne kavuşmadığı anda pazardan çıkabilir. Bu durumda batık maliyet oluşur ve genel refahı olumsuz etkiler. Bu sebeple yeni oluşturulan bir ortak girişimin başlangıç döneminde ana teşebbüsleri tarafından desteklenmesi tam işlevselliğe aykırı görülmemektedir.

Başlangıç dönemine ilişkin söz konusu süre somut olayın koşulları özellikle ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardaki sözleşme sürelerine göre değişebilmekle beraber genellikle üçü yılını aşmamalıdır.

Ortak girişimin başlangıç dönemi boyunca ana teşebbüsleri tarafından desteklenmesi amaca uygun olmalıdır. Ortak girişime aktarılması gereken birtakım

⁴⁷⁷ Case No IV/M.1020 - GE CAPITAL / SEA CONTAINERS

kaynakların aktarılmamış olması başlangıç dönemiyle açıklanamaz. Örneğin ortak girişime ayrıcalıklı fiyattan hammadde sağlanması arz ve tedarik güvenliğinden ziyade ortak girişimin finansal olarak desteklenmesine ilişkin olacaktır.

Bununla birlikte ortak girişimin başlangıç döneminde desteklenmesinin kabul edilebilmesi; ortak girişimin bu süre sonunda etkin rekabet gücüne kavuşabilmesi durumunda mümkündür. Dolayısıyla söz konusu süre sonunda ortak girişimin etkin rekabet gücüne erişeceğinin somut verilerle ortaya konması gerekecektir.

VII. Ortak girişimin kalıcı temelde oluşturulması

A- Ortak girişimin süresiz kurulması

Genel olarak ortak girişimin süre sınırı olmaksızın oluşturulması, ortak girişimin kalıcı temelde tesis edildiği kanaatini oluşturmaktadır. Nitekim Kurul kararlarında⁴⁷⁸ da ortak girişimin sona ermesine ilişkin belirli bir tarihin kararlaştırılmamış olması, dolayısıyla da ortak girişimin süre sınırı olmaksızın kurulması; ortak girişimin kalıcı temelde kurulduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir.

Ortak girişimin süresiz olarak kurulup kurulmadığının tespiti ise temel sözleşme ve ortak girişim ana sözleşmesi hükümleri ile ortak girişimin

⁴⁷⁸ Dosya Sayısı: 2011-4-268 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-47/1159-405 Karar Tarihi: 14.09.2011 Nihayet, ortak girişimin süresiz olması, onun kalıcı olarak faaliyet göstermek üzere kurulduğuna işaret eder. Nitekim bildirim konu işlemle kurulacak olan ortak girişimin sona ermesi için herhangi bir tarih belirlenmemiş, kalıcı olması öngörülerek bu ortak girişim tesis edilmek istenmiştir. benzer; Dosya Sayısı: 2014-3-17 (Devralma) Karar Sayısı: 14-14/251-109 Karar Tarihi: 04.04.2014 Dosya içeriğinden, OG'nin faaliyeti konusunda herhangi bir süre kısıtının bulunmadığı; ayrıca faaliyetini sürdürebilmek için gerekli tesis yatırımının yapılmasının ve ilk yatırımından periyodik olarak kapasite artırımının öngörüldüğü dikkate alındığında, bahse konu OG'nin işlem taraflarının faaliyetinden bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Dosya Sayısı: 2011-2-134 (Ortak girişim) Karar Sayısı: 11-23/433-131 Karar Tarihi: 14.04.2011, Ayrıca anılan sözleşmenin sınırlı süreli olmaması da, bağımsızlığın bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, Ammann Teknomak'ın işlem sonrasında bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet göstereceği, dolayısıyla işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ortak girişim olduğu sonucuna ulaşılmıştır

hedeflerinden hareketle yapılabilir. Ortak girişimin süresiz kurulduğuna ilişkin hüküm bulunması⁴⁷⁹ veya süreye ilişkin sınır içeren bir hüküm bulunmaması veya devamlılık arz eden bir amacının bulunması durumunda ortak girişimin süresiz olarak kurulduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim ortak girişimin belirli bir iş veya işlemlere yönelik kurulması durumunda ortak girişim süresiz temelde kurulmuş olmayacaktır.

B- Ortak girişimin süreli kurulması

Ortak girişimler süreli olarak da kurulabilirler. Ortak girişimin süreli kurulup kurulmadığı ve süreli kurulduysa ne kadarlık bir süre için kurulduğu temel sözleşme, şirket ana sözleşmesi veya ortak girişim hedeflerinin incelenmesiyle ortaya konabilir. Örneğin belirli bir iş için oluşturulan ortak girişimin o iş için öngörülen süre ile veya belirli bir işletme ruhsatı elde eden ortak girişimin ruhsatın tanıdığı süre ile veya faaliyet lisansı elde eden ortak girişimin lisans süresi ile sınırlı olarak kurulduğu söylenebilir.

Süreli olarak kurulan bir ortak girişimin ise; sürenin ana teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik meydana getirmeye imkân verecek düzeyde olması durumunda kalıcı temelde kurulduğu kabul edilebilecektir⁴⁸⁰.

1. Kalıcı değişiklik için sürenin yeterli olması

Ortak girişim süresinin ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik meydana getirmeye yeterli uzunlukta olması durumunda kalıcılık unsuru sağlanmış olacaktır.

Ortak girişimin yeterli bir süre için oluşturulmaması durumunda ana teşebbüsler ortak girişime aktardıkları mal varlığını unsurlarını kısa bir süre sonra

⁴⁷⁹ Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009

⁴⁸⁰ Dosya Sayısı: 2011-2-141 (Devralma) Karar Sayısı: 11-25/476-145 Karar Tarihi: 21.04.2011

ortak girişimin tasfiyesiyle birlikte yeniden elde edebileceklerdir ki; bu durumda kalıcı bir değişiklikten bahsedilemeyecektir.

Hâlihazırda faal olan bir teşebbüsün ortak girişime dönüştürülmesi durumunda ise genellikle kalıcılık unsuru bakımından sorun bulunmamaktadır. Ancak ortak girişim kısa bir süre sonra son bulacak ise ortak girişimin tam işlevsel sayılabilmesi için bu sürenin uzatılması gerekmektedir. Aksi takdirde ortak girişim kalıcılık unsurunu sağlamayabilir.

Kalıcı değişiklik meydana getirmeye yeter sürenin ne olduğu ise somut olay özelinde değerlendirilmelidir.

Komisyon Daimler-Chrysler/Deutsche Telekom/JV kararında⁴⁸¹, ana teşebbüsler, otoyolları kullanan belirli kamyon türü araçlardan geçiş ücreti toplanması faaliyetine yönelik bir ihale kazanmışlardır. Komisyon incelemesine ortak girişiminin temel sözleşmede herhangi bir süreyle sınırlandırılmamış olduğu ve 12 yıllık sözleşme süresinin ise yapısal değişikliğe imkân verecek uzunlukta olduğu gerekçesiyle 12 yıllık sözleşme süresini kalıcılık unsuruna aykırı görmemiştir⁴⁸².

Komisyon'un Go-Ahead / Via / Thameslink kararında⁴⁸³ ise ortak girişimin kullanacağı tren yolu imtiyaz hakkının 7 yıllık olmasına rağmen söz konusu süre ortak girişimin kalıcılık niteliği açısından aykırılık teşkil etmemiştir.

Ayrıca sürenin pazarın yapısına göre de değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁸⁴. Nitekim Komisyon sektörde yapısal değişiklikleri tetikleyebilecek yenilikçi yüksek teknoloji ürünlerin geliştirilmesinin hedeflenmesi sebebiyle ortak girişimin 6 sene için kurulmasını kalıcılık bakımından yeterli bulmuştur⁴⁸⁵.

Özellikle hızlı ve önemli değişikliklerin yaşandığı sektörlerde kalıcılık unsuru için aranan sürenin daha da azalabileceği söylenebilir. Nitekim Komisyon British Airways / Tat kararında⁴⁸⁶ ortak girişim hisselerinin tamamen bir ana teşebbüs tarafından devralınmaması durumunda ortak girişimin altı buçuk sene faaliyet

⁴⁸¹ COMP/M.2903

⁴⁸² Lübking/Dittert, s.105

⁴⁸³ Case No IV/M.901

⁴⁸⁴ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.526

⁴⁸⁵ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.526

⁴⁸⁶ Case No IV/M.259 - BRITISH AIRWAYS / TAT

gösterecek olmasını; söz konusu sürenin özellikle hava taşımacılığı gibi hızlı ve önemli; ekonomik ve yasal değişiklikler ihtiva eden sektörlerde ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik için yeterli olacağı gerekçesiyle kabul etmiştir.

Ortak girişimin süreli olarak kurulması ve bu sürenin kalıcı değişiklik yaratmaya yeterli bir süre olmaması durumunda süre sonunda ortak girişimin devam etme ihtimaline ilişkin düzenlemelerin tesis edilmesi ortak girişimin kalıcılığını sağlayabilmektedir⁴⁸⁷.

Nitekim Komisyon Eastman Kodak / Sun Chemical kararında⁴⁸⁸ ortak girişimin 10 yıllık süreyle faaliyet göstereceği ve 5 yıllık otomatik yenilenecek dönemlerin bulunmasını; Smith & Nephew / Beiersdorf / JV kararında⁴⁸⁹ yedi yıldan fazla bir süre için kurulan ve taraflardan herhangi birisinin bildirimde bulunmaması durumunda ortak girişim süresinin iki yıldan fazla süreyle yenilenmesini; Lazard / Intesabci / JV kararında⁴⁹⁰ 5 yıl süreyle kurulmuş ve ortak girişime taraf ana teşebbüsler tarafından yazılı bir bildirim yapılmadıkça sürenin 5 yıllık dönemlerle yenilenmesini kalıcılık unsuru bakımından yeterli bulmuştur.

2. Kalıcı değişiklik için sürenin yetersiz olması

Ortak girişimin kısa ve belirli bir süre için kurulması durumunda kalıcılık unsuru sağlanamayacaktır⁴⁹¹. Ortak girişimin belirli iş ve işlemlerin gerçekleştirilebilmesine dönük olarak tasarlanması durumunda da kalıcılık unsuru sağlanmayacaktır. Nitekim belirli işler, kuvvetle muhtemel ana teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik yaratmaya yetmeyecek bir sürede gerçekleştirilecek ve sonrasında da ortak girişim tasfiye edilecek veya faal olmayan duruma geçecektir.

⁴⁸⁷ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103

⁴⁸⁸ IV/M.1042; benzer 10 yıl sonunda yenilenmesi Case No IV/M.585 - Voest Alpine Industrieranlagenbau GmbH / Davy International Ltd

⁴⁸⁹ COMP/JV.54

⁴⁹⁰ COMP/M.2982

⁴⁹¹ Kılavuz, para.92; Jurisdictional Notice, para.104; Dosya Sayısı : 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı : 11-59/1515-540 Karar Tarihi : 24.11.2011; Dosya Sayısı : 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı : 11-60/1564-555 Karar Tarihi : 07.12.2011

Ortak girişimin kurulduktan kısa bir süre sonra feshedilmemesi gerekmektedir⁴⁹². Örneğin ortak girişimin bir elektrik santrali inşaatı için kurulması ve inşaat neticesinde ortak girişimin santrali işletmek gibi bir faaliyet yürütmeyecek olması durumunda ortak girişimin kalıcı temelde kurulduğu kabul edilmeyecektir⁴⁹³.

Komisyon Teneo / Merrill Lynch / Bankers Trust kararında⁴⁹⁴ Ortak girişim geçici yalnızca geçici olarak belirli payların tutulması için bir araç konumundadır ve amacını gerçekleştirmesiyle birlikte tasfiye edilecektir. Dolayısıyla söz konusu ortak girişim kalıcı bir ortak girişim olarak değerlendirilmemiştir.

Belirtmek gerekir ki; bahsi geçen hallerde kalıcılık unsurunun sağlanamamasının yanı sıra ortak girişim muhtemelen ana teşebbüslerine yardımcı faaliyetin ötesine geçme, alım/satım ilişkilerinde bağımsızlık ve yeterli kaynaklara erişim gibi diğer tam işlevsellik unsurlarını da sağlayamayacaktır.

Ortak girişimin belirli süreliğine kurulup kurulmadığının incelenmesinde süre sınırı içeren hükmün temel sözleşmeden mi kaynaklandığı yoksa ortak girişimin şirket sözleşmesinden mi kaynaklandığı önem taşımamaktadır. Burada dikkate alınması gereken ortak girişimi oluşturan tarafların ortak girişimin faaliyetine yönelik niyetleridir. Taraflar arasındaki ortaklık sözleşmesi veya temel sözleşme son bulabilir ve ortaklık ilişkisi pay sahipliği üzerinden ortak girişimin tüzel kişiliği vasıtasıyla devam edebilir. Dolayısıyla ortak girişim temel sözleşmesinin veya ortaklık sözleşmesinin sona ermesi durumunda pay sahipliğine dayanan ortaklık devam edebilecektir.

Komisyon Volvo/Atlas kararında⁴⁹⁵ 5 seneye sınırlandırılmış ancak taraflarca fesih edilmeksizin kendiliğinden 3 yıllık bir süreyle yenilenecek olan bir pay sahipleri sözleşmesinin mevcudiyeti pay sahipleri sözleşmesi sona erse dahi sözleşmeden ayrılan tarafın ortak girişim üzerinde sahip olduğu paylarını bir üçüncü kişiye veya taraflardan birine devredebileceği gerekçesiyle tam işlevselliğe aykırı bulunmamıştır.

⁴⁹² Dosya Sayısı: 2012-4-349 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-09/119-65 Karar Tarihi: 06.02.2013

⁴⁹³ Kılavuz, para.92; Jurisdictional Notice, para.104

⁴⁹⁴ Case No IV/M.722 -Teneo / Merrill Lynch /Bankers Trust

⁴⁹⁵ Case No IV/M.152 - VOLVO / ATLAS

C- Ortak girişim süresinin belirli hallerle sınırlandırılması

Ortak girişimi kuran anlaşmalar ortak girişimin başarısız olması veya ana teşebbüsler arası olası esaslı anlaşmazlık gibi durumlara ilişkin hükümler içerebilir⁴⁹⁶. Ortak girişimin tasfiyesi veya ana teşebbüslerin ortak girişimden çekilmelerine ilişkin hükümler de söz konusu amacı taşımaktadır⁴⁹⁷. Ancak bu türden hükümler⁴⁹⁸ ile beklenmeyen durumlarla ilgili çekince ve tedbirler⁴⁹⁹ ortak girişimin kalıcı temelde olmadığı anlamına gelmez. Yine benzer şekilde bir ya da daha çok ana teşebbüsün iflası gibi istisnai⁵⁰⁰ ve ortak girişim sermayesinin erimesi veya iflası gibi kabul edilebilir belirli durumlara⁵⁰¹ ilişkin düzenlemeler de ortak girişimin kalıcılık unsurunu etkilemeyecektir.

Komisyon Thomson CSF/Deutsche Aerospace kararında⁵⁰² ortak girişimin kararlarında kilitlenme durumuna ilişkin düzenlemeler haricinde kalıcı temelde faaliyet göstermek niyetiyle oluşturulduğuna ve bu hallere ilişkin düzenlemelerin ortak girişimin tam işlevselliğini etkilemediğine karar verilmiştir.

Ortak girişimin kalıcı temelde kurulup kurulmadığı hususunda tereddüt yaratabilecek düzenlemeler; yürürlükteki hukuk kurallarının öngördüğü veya bunlara benzer nitelikte ise kalıcılık unsurunu olumsuz etkilenmeyecektir.

Komisyon'un bir kararında⁵⁰³ ise ortak girişimin tasfiyesine ilişkin hükümlerin şirketler hukukunda öngörülen sıra dışı durumlarla sınırlı olması makul görülmüştür.

⁴⁹⁶ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103; Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

⁴⁹⁷ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103;

⁴⁹⁸ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103; Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

⁴⁹⁹ Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

⁵⁰⁰ Font, s.50

⁵⁰¹ Dosya Sayısı: 2009-3-171 (Devralma) Karar Sayısı: 09-47/1161-295 Karar Tarihi: 19.8.2009; Dosya Sayısı: 2012-4-349 (Muafiyet) Karar Sayısı: 13-09/119-65 Karar Tarihi: 06.02.2013

⁵⁰² Case No IV/M.527 - Thomson / Deutsche Aerospace AG

⁵⁰³ Case No COMP/JV.23 - TELEFONICA / PORTUGAL TELECOM / MEDI TELECOM

Benzer şekilde ortak girişim ile ilgili belirli alım satım haklarının söz konusu olması durumunda da ortak girişimin kalıcılığı olumsuz etkilenmeyecektir⁵⁰⁴. Herhangi bir alım satım hakkının bulunmadığı ancak payların devredilme ihtimalinin varlığı durumunda da aynı değerlendirme yapılacaktır⁵⁰⁵.

D- Ortak girişim faaliyetinin belirli bir karara bağlı olması

Eğer ortak girişimin faaliyete başlaması için zorunlu ve üçüncü kişilerce alınması gereken bir karar söz konusu ise ortak girişim söz konusu kararın olumlu olarak verileceği ana kadar kalıcı nitelikte olmayacaktır. Ortak girişimin faaliyet göstermesi için hayati önem taşıyan lisansın (telekom sektörü gibi) veya belirli bir erişim hakkının (petrol veya gaz arama hakkı gibi) elde edilmesi veya ihale teklif aşamasında sözleşme yapılabilmesi (kamu ihalesi gibi) için gerekli üçüncü kişi kararlarının söz konusu olduğu hallerde ortak girişim henüz kalıcılık unsurunu sağlamış olmayacaktır⁵⁰⁶. Ancak bunun için söz konusu kararın formalitenin ötesinde olması dolayısıyla da kararın olumlu yönde elde edilip edilemeyeceğinin belirsiz olması gerekmektedir⁵⁰⁷. Formalite icabı belirli kararların beklenmesi ise kalıcılık unsurunu engeller mahiyette olmayacaktır⁵⁰⁸.

E- Ara sonuç

Birden çok teşebbüsün belirli işlevlerini belirli bir işe özgülemeleri olgusu bir anlaşmanın yerine getirilmesi için olabileceği gibi yoğunlaşma amacıyla da ortaya çıkabilir. Özgülemenin anlaşma için mi yoksa yoğunlaşma için mi gerçekleştirildiği özgülemenin zamansal niteliğine bağlı olacaktır. Bu kapsamda bir

⁵⁰⁴ Case No COMP/M.2299 - BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV ve Case No COMP/M.2299 BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV dn.4, Case No IV/M.722 -Teneo / Merrill Lynch /Bankers Trust.

⁵⁰⁵ Bkz. Case No IV/JV.14 -PANAGORA / DG BANK

⁵⁰⁶ Kılavuz, para.93; Jurisdictional Notice, para.105

⁵⁰⁷ Kılavuz, para.93; Jurisdictional Notice, para.105

⁵⁰⁸ Kılavuz, para.93; Jurisdictional Notice, para.105

yoğunlaşmadan bahsedilebilmesi için geçerli olan süreklilik unsuru ortak girişimler için de söz konusu olacaktır⁵⁰⁹. Buna göre ancak pazarda kalıcı faaliyet göstermek üzere oluşturulan ortak girişimler tam işlevsel nitelikte olabileceklerdir.

Yüksek düzeyde kaynak aktarımı ve büyük yatırımlar neticesinde kalıcı niteliğin ortaya çıkması muhtemeldir⁵¹⁰. Dolayısıyla ortak girişime tam işlevselliği sağlayacak düzeyde katkı yapılmış olması, kural olarak ortak girişimin kalıcı temelde kurulduğunu göstermektedir⁵¹¹. Ancak ortak girişime yeterli düzeyde kaynak aktarımının bir sonucu olarak kalıcılık unsurunun da sağladığının kabulü için ortak girişim sözleşmesinin süreye ilişkin hükümlerinin ve ortak girişim hedeflerinin⁵¹² oluşan kanaate aykırı olmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle önemli düzeyde kaynak aktarımı ortak girişimin kalıcı temelde kurulduğuna ilişkin bir gösterge olabilir ancak tek başına yeterli değildir.

Kalıcılık unsurunun sağlanabilmesi için ortak girişimin; süresiz veya teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklik meydana getirmeye yeterli bir süre için oluşturulması veya süre kısa olmasına karşın sürenin uzama olasılığının bulunması gerekmektedir⁵¹³.

Ana teşebbüsler arası esaslı anlaşmazlık veya ortak girişimin başarısızlığı gibi sebeplere yönelik olarak ortak girişimin tasfiyesi, ana teşebbüslerin ortaklıktan çekilmeleri vb. hükümlerle ortak girişim süresinin sınırlanması tek başına kalıcılık unsurunu olumsuz etkilemeyecektir⁵¹⁴.

Ortak girişimin faaliyet yürütebilmesi için üçüncü kişiler tarafından belirli bir kararın alınmasının zorunlu olduğu hallerde ise söz konusu karar alınana kadar kalıcılık unsuru sağlanamayacaktır⁵¹⁵. Ancak elde edilmesi muhtemel başka deyişle

⁵⁰⁹ Yoğunlaşmaların belirleyici özellikleri tanımlanırken zamansal gereklilik geliştirilmiştir ki bu gereklilik ortak girişimler için de geçerli olacaktır bkz. Font, s.50

⁵¹⁰ Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.526

⁵¹¹ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103

⁵¹² Belirli iş veya süre için kurulmayan ortak girişimler kalıcı olacaktır. Bkz. Dosya Sayısı: 2011-1-177 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-59/1515-540 Karar Tarihi: 24.11.2011; Dosya Sayısı: 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı: 11-60/1564-555 Karar Tarihi: 07.12.2011

⁵¹³ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103

⁵¹⁴ Kılavuz, para.91; Jurisdictional Notice, para.103

⁵¹⁵ Kılavuz, para.93; Jurisdictional Notice, para.105

formaliteden ibaret kararların beklenmesi durumunda ortak girişim kalıcı nitelikte olacaktır.

VIII. Faaliyet Değişikliği

A- Tam işlevsel ortak girişimin faaliyet alanının genişlemesi

Ortak girişimin faaliyet süresi içerisinde ana teşebbüsler belirli faaliyetlerini kısmen veya tamamen ortak girişime devrederek ortak girişimin faaliyet kapsamını genişletebilirler⁵¹⁶. Eğer ana teşebbüslerden ortak girişime aktarılan faaliyet ciro atfedilebilir bir işin devri niteliğinde ise söz konusu devir işlemi bildirimine tabi olacaktır⁵¹⁷.

Komisyon'un Soprol/Céréol/Lesieur kararında⁵¹⁸ ana teşebbüslerinden birisinin tek kontrolü altında bulunan bağlı teşebbüsü ortak girişime devretme işlemi yoğunlaşma denetimine tabi tutulmuştur.

Bunun yanı sıra ortak girişimin faaliyet alanının genişlemesi ana teşebbüslerinden başka bir teşebbüsün tamamı veya bir bölümünün devralınmasıyla da gerçekleşebilir⁵¹⁹. Bu durumda yine bir yoğunlaşma söz konusu olacaktır⁵²⁰.

Tam işlevsel bir ortak girişim faaliyet alanının kendi organik büyümesine bağlı olmaksızın devralmalarla genişlemesi durumunda devreden tarafın ana teşebbüslerden biri veya başkaca üçüncü kişi olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki ihtimalde de ciro atfedilebilir bir işin devri söz konusu olması şartıyla işlem bildirimine tabi bir yoğunlaşma teşkil edecektir. Tam işlevsel bir ortak girişimin bu kapsamda gerçekleştireceği devralmalar her teşebbüsün tabi olacağı devralma kurallarına ve bildirimine tabi olacaktır.

⁵¹⁶ Kılavuz, para.94; Jurisdictional Notice, para.106

⁵¹⁷ Kılavuz, para.94; Jurisdictional Notice, para.106

⁵¹⁸ Case COMP/M.3039 – Soprol/Céréol/Lesieur

⁵¹⁹ Boyce/Loukas/Tubs, s.663

⁵²⁰ Boyce/Loukas/Tubs, s.663

Ana teşebbüsler ortak girişime önemli ek varlıklar, sözleşmeler, know-how veya başkaca haklar devredebilirler⁵²¹. Devre konu varlıklar ortak girişimin başlangıçta hedeflenmeyen ürün veya coğrafi pazarlar yönünde genişlemesine sebebiyet verebilir. Bu durumda söz konusu genişleyen faaliyet alanı bakımından da ortak girişim tam işlevsel nitelikte olacak ise işlem bildirimine tabi olacaktır⁵²². Değerlendirme tam işlevsel ortak girişim oluşturulması durumundaki gibi olacaktır⁵²³.

Eğer ortak girişimin aktarılan önemli ek varlık, sözleşme, know-how veya başkaca haklar neticesinde genişleyen faaliyetleri bakımından ortak girişim tam işlevsel olmayacak ise yoğunlaşma oluşmayacaktır. Örneğin yalnızca ana teşebbüslere dış kaynak sağlanmasına yönelik bir hak devri, ortak girişimin söz konusu hak devrinin sebep olduğu genişleyen faaliyet bakımından tam işlevsel sayılmamasına sebebiyet verecektir. Bu haliyle söz konusu işlemin tek başına anlaşmalar denetimine tabi olması ve eğer mümkünse muafiyet şartlarından faydalanması gerekeceğinden, söz konusu işlem Yoğunlaşma Tebliği dışında sayılacak ve bildirim tabi olmayacaktır.

Ortak girişimin genişlemesi ana teşebbüslerinden veya başkaca üçüncü kişiler vasıtasıyla ek bir katkı sağlanmaksızın da gerçekleşebilir. Bu durumda organik bir büyüme söz konusu olacaktır ki böyle bir büyüme piyasada faaliyet yürüten her teşebbüsün kar elde etmekle birlikte temel amaçlarından birini teşkil etmekte ve meşru alanda kalmaktadır. Dolayısıyla da herhangi bir bildirim veya izne tabi tutulması beklenemez. Aksi takdirde teşebbüslerin başarılarının denetlenmesi söz konusu olacaktır.

Ana teşebbüslerin ek varlık ve haklar devretmesi, ortak girişim faaliyetinin genişlemesinin arkasında ana teşebbüslerin olduğunu göstermektedir⁵²⁴. Organik büyümenin kabulü için işlemin arkasında ana teşebbüslerin olduğunu gösteren bulguların mevcut olmaması gerekmektedir⁵²⁵. Ortak girişimin organik bir büyüme

⁵²¹ Kılavuz, para.95; Jurisdictional Notice, para.107

⁵²² Kılavuz, para.95; Jurisdictional Notice, para.107

⁵²³ Kılavuz, para.95; Jurisdictional Notice, para.107

⁵²⁴ Kılavuz, para.95; Jurisdictional Notice, para.107

⁵²⁵ Boyce/Loukas/Tubs, s.663

gösterip göstermediğinin tespitinde ortak girişime ana teşebbüslerce kuruluş aşamasında sağlanmış bulunan katkıların mahiyeti potansiyel etkileriyle incelenmelidir. Başlangıçta belirli faaliyetlere özgülenmiş belirli malvarlığı değerlerinin sonraki bir aşamada önemli bir katkı olmaksızın farklı şekilde kullanılması neticesinde de ortak girişimin faaliyet alanı genişleyebilir. Böyle hallerde ortak girişimin faaliyet genişlemesine imkân veren araçların ne kadarının ortak girişimin kendi çabasıyla oluştuğu önem taşımaktadır.

B- Kısmi işlevsel ortak girişimin tam işlevsel olması

Tam işlevsel olmayan bir ortak girişimin faaliyetine ilişkin değişiklik ortak girişimi tam işlevsel bir ortak girişim haline getirebilir ve böylece yoğunlaşma meydana gelir⁵²⁶. İşlemin bildirilmesi gerekir.

Ortak girişim; yalnızca ana teşebbüslerinin ihtiyacına yönelik faaliyet yürütürken pazarda kayda değer bir faaliyet yürütmeye başlamasıyla veya örgüt yapısının değişmesi neticesinde veya faaliyet gösterebilmesi için zorunlu olan bir girdinin sağlanmasıyla tam işlevsel nitelik kazanabilir⁵²⁷. Ayrıca ortak girişimin ana teşebbüsleriyle ilişkilerinin ticari koşullarda gerçekleşmeye başlaması⁵²⁸ veya yalnız ana teşebbüslerine tedarik sağlayan ortak girişimin cirosunun önemli bölümünü üçünü kişi satışlarından elde etmeye başlaması durumunda da tam işlevsel nitelik ortaya çıkabilir⁵²⁹. Yine ortak girişimin pazarlama, dağıtım ve üretim faaliyetlerinin yanı sıra faaliyet göstereceği pazarın koşullarına uygun olarak özellik arz eden faaliyetleri de yürütebilir hale gelmesi durumunda pazardaki teşebbüslerin fonksiyonlarını yerine getirdiği söylenebilecek ve ortak girişim tam işlevsel nitelikte kazanacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki ortak girişimin diğer

⁵²⁶ Kılavuz, para.97; Jurisdictional Notice, para.109 Ayrıca ortak girişimin yönetim ilkelerinde değişiklik kontrolde değişikliğe sebebiyet veriyor ise veya kontrol yapısında bir değişiklik olmasa dahi ortak girişimin kapsamına ilişkin bir genişleme durumunda yoğunlaşma oluşabileceğine ilişkin bkz. Lübking/Dittert, s.105

⁵²⁷ Kılavuz, para.97; Jurisdictional Notice, para.109

⁵²⁸ Lübking/Dittert, s.107

⁵²⁹ Lübking/Dittert, s.107-108

tam işlevsellik unsurlarından olan kalıcı faaliyet gösterme ve yeterli kaynaklara sahip olma unsurlarını da karşılaması gerekecektir⁵³⁰.

Komisyonun The Coca-Cola Company / Nestle / JV kararındaki⁵³¹ olayda hâlihazırda faaliyet gösteren kısmi işlevsel bir ortak girişimin yapısı ve yönetimi değiştirilerek, ortak girişimin bağımsızlığı tesis edilmiştir. Değişiklik neticesinde ortak girişim ürünlerinin; pazarlanmasına üretimine, dağıtımına ve yeni tedarik kaynaklarına erişilmesine ilişkin politikaları belirleyecek bir yönetime sahip olacaktır. Ortak girişimi hâlihazırda yöneten yürütme komitesi kaldırılacak ve ortak girişimin işletme planı artık ana teşebbüsleri tarafından değil ortak girişimin kendisi tarafından oluşturulacaktır. Aynı zamanda ortak girişim kredi alma yetkisine sahip olacak ve işlerini yürütmesi için kendi personelini istihdam edecektir. Dolayısıyla ortak girişimin ana teşebbüsleri karşısında kendi ticari ve operasyonel bağımsızlığına ve bu bağımsızlığı sürdürebilmesi için de yeterli varlık ve kaynaklara sahip olacaktır. Bu şartlar altında ortak girişimin tam işlevsel ortak girişim niteliğinde olacağına kanaat getirilmiştir.

Bir Kurul kararında⁵³² ortak girişimin saha geliştirilmesi, gaz üretimi, artırılması, sıvılaştırılması, depolama tesisi inşası ve işletilmesi, liman tesisleri inşası ve işletilmesi ve üretilen sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) ve stabil gaz kondensatının taşınması ve satışı faaliyetleri yürütecek olması karşısında ortak girişim tam işlevsel niteliğe dönüşeceği tespitini yaparak işleme izin vermiştir.

Ortak girişimin belirli düzeyde etkinlik kazanması başka ifadeyle belirli bir rekabet düzeyine erişmesi de ortak girişimin tam işlevsel yapıya dönüşmesi açısından dikkate alınabilir. Nitekim bu durumda tam işlevsellik ile hedeflenen pazarda etkin rol oynayabilme amacı gerçekleştirilmektedir.

Başka bir Kurul kararında⁵³³ ortak girişim bünyesinde dünya çapında LNG pazarlama faaliyeti yürütecek bir teşebbüs kurulmasıyla ortak girişimin dünya

⁵³⁰ Lübking/Dittert, s.108

⁵³¹ Case No COMP/M.2276 - THE COCA-COLA COMPANY / NESTLE / JV

⁵³² Dosya Sayısı: 2012-1-149 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 12-44/1333-440 Karar Tarihi: 20.09.2012

⁵³³ Dosya Sayısı: 2012-1-74 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 12-22/564-162 Karar Tarihi: 25.04.2012

çapında satış yapacak bir yapıya dönüşmesi sebebiyle ortak girişimin tam işlevsel nitelik kazandığına kanaat getirilmiştir.

Ortak girişimin tam işlevselliği bir karar ile sağlanacak ise yoğunlaşma söz konusu kararın alınmasıyla ortaya çıkacaktır⁵³⁴. Bu karar çoğu kez pay sahipleri veya ortak girişimin yönetimi tarafından alınmaktadır⁵³⁵. Buna karşın söz konusu karar ortak girişimin faaliyet gösterebilmesi için zorunlu olan faaliyet lisansı temini gibi üçüncü bir kişi veya kurum tarafından alınması gereken bir karar da olabilir⁵³⁶. Kurulun aşağıdaki kararı ortak girişimin faaliyet gösterebilmesi için elde etmesi zorunlu bir kararın yoğunlaşma anına etkisi bakımından açıklayıcı mahiyettedir.

“2010/4 sayılı Tebliğ’in 10. maddesinde, “Birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi, kontrolün değiştiği tarihtir.” ifadesi yer almaktadır. TÜRK SİGORTA her ne kadar 08.01.2014 tarihli Ticaret Sicili Gazetesi’ne tescil edilerek tüzel kişilik kazanmış olsa da, Bildirim Formu’nda şirketin kurulması ve faaliyete geçmesi için “Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik”in 11. maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü tarafından faaliyet ruhsat tahsisi gerektiği ve bu tahsisin henüz gerçekleşmediği belirtilmiştir. Şirketin söz konusu ruhsat tahsisini almadan faaliyete geçmesi fiilen imkânsızdır. Bu çerçevede, söz konusu ruhsat tahsisi gerçekleşmeden önce Rekabet Kurumu’na bildirim yapılmış olduğu ve bu tahsisin bildirim konusu ‘işlemin gerçekleşmesi için bir önkoşul’ olarak görülmesi dikkate alınarak bu aşamada 4054 sayılı Kanun’un 11. maddesi anlamında bildirimde bulunmama cezasını gerektirecek bir durumun olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.”⁵³⁷

Belirli bir karar veya eylemin ortak girişime tam işlevsellik kazandırdığı hallerde tam işlevselliğin ne zaman ortaya çıkacağı belirli olmasına karşın ortak girişimin ana teşebbüsleri yanında üçüncü kişilere de tedarik sağlamaya başlaması durumunda tedarik başlanması tam işlevsellik anı bakımından belirleyici

⁵³⁴ Kılavuz, para.97; Jurisdictional Notice, para.109

⁵³⁵ Jurisdictional Notice, para.109

⁵³⁶ Kılavuz, para.93; Jurisdictional Notice, para.105

⁵³⁷ Dosya Sayısı: 2014-4-10 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-07/134-61 Karar Tarihi: 19.02.2014

olmayacak ve ortak girişimin yoğunlaşma anını belirlemek güçleşecektir⁵³⁸. Değerlendirme ortak girişimin üçüncü kişilere önemli oranda satış yapmayı yapmayacağı ve pazarda aktif rol sahibi olup olmayacağına göre yapılmalıdır⁵³⁹. Eğer ortak girişim üçüncü kişilerle önemli miktarda satış anlaşması yaparsa ve bu önemli miktardaki satışların devam edeceği de öngörülebilir ise ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilebilecektir⁵⁴⁰

C- Ara sonuç

Devreden tarafın ana teşebbüsler olup olmamasından bağımsız olarak ortak girişime ciro atfedilebilir bir işin devri durumunda yoğunlaşma oluşacaktır. Ciro atfedilebilir bir işin devri niteliğinde olmasa da ortak girişimin farklı ürün ve coğrafi pazarlar yönünden genişlemesine sebep olan devirlerde, ortak girişimin genişleyen pazar bakımından da tam işlevsel olması şartıyla işlem yoğunlaşma teşkil edecektir.

Kısmi işlevsel yapıdaki bir ortak girişimin ise tam işlevsel bir ortak girişimin taşınması gereken nitelikleri elde etmesi durumunda da yoğunlaşma meydana gelecektir.

§5. Değerlendirme

I. Tam işlevsellik ve ortak kontrol

Ortak girişimin tam işlevsel nitelikte sayılabilmesi için ana teşebbüslerinden bağımsız ticari politika yürütebilmesi beklenmektedir⁵⁴¹. Ancak ortak girişimin

⁵³⁸ Lübking/Dittert, s.108

⁵³⁹ Lübking/Dittert, s.108

⁵⁴⁰ Lübking/Dittert, s.108

⁵⁴¹ Ortak girişimin bağımsızlığı ve Komisyon'un konuya bakış açısı bakımından açıklayıcı bir Kurul kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Komisyon'un olaya bakış açısı, ilgili pazarda bağımsız bir alıcı ve satıcı gibi davranan "tam işlevsel" (full-function) bir yapıya sahip olmayan ortak girişimlerin bağımsız bir iktisadi varlık olarak kabul edilemeyeceği yönündedir. Bu kriterin aranmasındaki temel amaç, kurulacak olan ortak girişimin kurucularından bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyetlerini

bağımsız ticari politikaya sahip olabilmesi ve bu politikayı sürdürebilmesi ortak kontrol unsuruyla bağdaşmaz görünmektedir.

Ortak kontrol durumunda uzlaşma neticesinde kontrol taraflarından farklı bir iradenin ortaya çıkması söz konusudur. Ancak ana teşebbüslerden bağımsız olarak bir üçüncü iradenin ortaya çıkması kontrole taraf teşebbüslerin ortak girişimle ilişkili bir pazarda faaliyet göstermemesi durumunda mümkün olabilecektir. Nitekim rasyonel temeldeki bir uzlaşma ortak girişimin ana teşebbüslerine hizmet etmesi yönünde olacaktır. Bu durumda ortak girişim özünde ana teşebbüslerin üzerinde uzlaştıkları bir işbirliğinin uygulayıcısı konumunda olacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda kendi menfaatini önceleyen gerçek anlamda bir üçüncü iradenin ortaya çıkması mümkün olmayacaktır.

Tam işlevsellik açısından ise bir ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kuracağı ilişkilerin gerçek anlamda ticari olması beklenmektedir. Bununla birlikte tam işlevselliğin neticesi olarak ortak girişim ana teşebbüsleri tarafından belirli işlem ve faaliyetler tarafından kısıtlanmayan, politikalarını ana teşebbüsleri lehine yürütmeyen, tedarikçilerini özgürce belirleyebilen ve yeterli kaynaklara sahip bir yapıda olacaktır. Nitekim ortak girişimin yeterli varlığa, bütçeye, sermayeye sahip olması ve hizmet sunucularına ilişkin karar alma gücüne sahip olması esasen ortak girişimin kendi ticari politikasını yürütebilmesine yönelik bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁴².

O halde tam işlevsellik için aranan unsurların bir ortak girişime ana teşebbüslerinin müşterek menfaatine yönelik faaliyet yürütmesini engelleyen bir nitelik kazandırdığı söylenebilir. Bu yönüyle tam işlevsellik unsuru ortak kontrol

sürdürebilen ayrı bir firma olarak tanımlanabilmesini sağlamaktır. Ortak girişim, pazarda faaliyet gösteren diğer firmaların gerçekleştirdiği araştırma geliştirme, üretim, dağıtım gibi tüm faaliyetlerde bulunmalı ve tam işlevsel firmalarda olduğu gibi kendine ait muhasebe, personel, idare ve yönetim organına sahip olmalıdır. Bağımsız bir iktisadi varlık olmanın diğer şartı, ortak girişimin kendi ticari politikasının olması veya kendi iş faaliyetlerini devam ettirme ve geliştirmede kurucularından bağımsız hareket edebilmesi, yani 'ekonomik bağımsızlığa' sahip olmasıdır. Ekonomik bağımsızlığın başlıca göstergelerinden biri, ortak girişimin başlıca mal aldığı ya da mal sattığı yerin kurucu firmalar olup olmadığı veya ortak girişimin faaliyetlerinin kurucu firmaların faaliyetleriyle bütünleşip bütünleşmediğidir. Kurucu firmaların ortak girişimle aynı pazarda veya alt/üst pazarlarda faaliyetlerine devam ediyor olması durumunda, ortak girişimin kendi ticari politikasını izleme durumu olmayacaktır.” Karar Sayısı: 00-19/188-100 Karar Tarihi: 23.05.2000

⁵⁴² Geradin/Layne-Farrar/Petit, s.525

yetkisini sınırlamakta ve ortak kontrol yetkisini yalnızca ortak girişimin üçüncü kişilerle kuracağı ilişkiler bakımından geçerli kılmaktadır. Böylece kontrole taraf teşebbüslerin ortak girişimle ilişkili bir pazarda faaliyet yürütüp yürütmemelerinden bağımsız olarak bir üçüncü irade ortaya çıkmaktadır.

Tam işlevsellik ve ortak kontrol olgularının birbirleriyle olan ilişkilerinin ortaya konması; ortak girişimin bağımsızlık niteliğinin belirlenmesine yardımcı olacaktır. Bu bağlamda ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kuracağı ilişkilere rekabet hukuku kurallarının tatbiki ile rekabet ihlalinin sorumluluğun ana teşebbüslere atfedilebilirliğine ilişkin meselelerin anlaşılmasında faydalı olacaktır.

Bu durumda şu söylenebilir: tam işlevsellik unsuru, kontrol sahibi bir teşebbüsün olağan şartlar altında kontrol yetkisine dayanarak alabileceği kararları kontrol sahibi teşebbüs ile ilişkiler yönünden kısıtlamaktadır. Bu sonuç bir işlemin ana teşebbüsler arasında anlaşma mı yoksa yoğunlaşma mı teşkil ettiğini belirlemeye yönelik geliştirilmiş tam işlevsellik unsurunun amacıyla uyumlu olacaktır.

II. Ortak kontrol ve ana teşebbüslerin sorumluluk esası

Ortak kontrol olgusunun gerçek anlamda üçüncü bir irade ortaya çıkarıp çıkarmaması, ana teşebbüslerin ortak girişim hareketlerindeki sorumluluğuna ilişkin tartışmada belirleyici olmaktadır. Bunun haricinde ana teşebbüslerin ortak girişimin hareketlerinden sorumlu tutulamayacağına ilişkin ortaya atılan savlar genel olarak tek kontrol durumunda da geçerli olan meseleler olduğu için ortak girişimler bakımından özellik arz etmemektedir.

Ortak kontrol neticesinde üçüncü bir iradenin ortaya çıkması ancak uzlaşıyla alınabilecek kararlar bakımından mümkün olabilmektedir. Oysa kontrol tarafı ana teşebbüslerin her birinin gerçek iradesinin aynı olması başka bir ifadeyle iradelerin uyuşması durumunda uzlaşmaya dayalı ortaya çıkan bir üçüncü irade oluşmayacaktır. Örneğin birbirlerinden farklı iradelere sahip ana teşebbüsler belirli bir ürün pazarında yatırımın ne oranda yapılacağı üzerine uzlaşabilir. Böyle bir karar

uzlaşya açık bir karardır. Her bir tarafın kendi iradesinden ödün vermesi neticesinde bir karara varılabilecektir. Ancak karteğe taraf olunması gibi bir karar niteliği gereği bölünebilir bir karar değildir. Karteğe az veya çok dahil olunması mümkün değildir. Dolayısıyla uzlaşyabilecek kararlar bakımından mümkün olan üçüncü bir iradenin meydana gelmesi olgusu rekabeti ihlal eden hareketler bakımından mümkün olmamalıdır.

Diğer taraftan uzlaşy neticesinde üçüncü bir iradenin ortaya çıkması ile sorumluluk esaslı birbirlerinden farklı meselelerdir. Tarafların uzlaşyla aldıkları bir kararın sahibi yine taraflardır. Yoksa ortak girişimin kendi kendisine aldığı bir karardan bahsetmek gerekecektir. Uzlaşya dayalı olarak üçüncü bir iradenin ortaya çıkması olgusu, söz konusu kararın sorumluluğuna ilişkin bir kanaat oluşturamaz.

III. Ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki anlaşmanın tam işlevselliğe etkisi

Tam işlevsel bir ortak girişim ile ana teşebbüslerinin birlikte tek bir ekonomik birim oluşturduklarının kabulünün iki önemli neticesi olacaktır. Bu durumda ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasında yapılan bir anlaşma rekabeti ihlal edici olamayacak; ortak girişimin rekabeti ihlal etmesi durumunda ise ana teşebbüslerin sorumluluğu doğacaktır.

Ortak girişiminin kendi başına bir karteğe dâhil olması ve rekabeti ihlal etmesi durumunda bu hareket ortak girişimin ticari politikasına ilişkin bir karar olacaktır. Ortak kontrolün ana teşebbüslere ortak girişimin ticari politikalarını belirleme imkânı vermesi sebebiyle de böylesi bir anlaşmanın arkasında ana teşebbüslerin olduğunun kabulü gerekir. Nitekim şu anki uygulamada bu yöndedir. Ortak girişimin rekabet ihlalinden sorumluluk ana teşebbüslere atfedilmektedir⁵⁴³.

⁵⁴³ C-179/12 P, C-172/12 P

Ancak Adalet Divanı kararında⁵⁴⁴ ekonomik bütünlüğün anlaşmalar denetimi kapsamında ve yalnızca sorumluluk esası bakımından mümkün olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla ortak girişim ve ana teşebbüsleri arasındaki rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın anlaşmalar denetimi kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir⁵⁴⁵. Ancak böyle bir durumda bir taraftan ortak girişimin ana teşebbüslerinin kontrolünde olduğu ve dolayısıyla ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik birim teşkil ettiği diğer taraftan ise bağımsız olduğunun kabulü gibi bir uyumsuzluk ortaya çıkar.

Konuya ortak girişimin niteliği açısından bakılacak olursa; ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında rekabeti ihlal eden bir anlaşmanın yapılması durumunda ortak girişimin bir araç olarak kullanılmasının söz konusu olduğu söylenebilir. Bu yönüyle söz konusu ortak girişim ana teşebbüslerin kendi aralarındaki bir işbirliğinin uygulayıcısı olarak kısmi işlevsel ortak girişim niteliği gösterecektir. Oysa tam işlevsellik unsurlarıyla bir ortak girişimin kısmi işlevsel nitelikte olmadığına ortaya konması ve işlemin anlaşmalar denetiminin dışına çıkması sağlanmaktadır. Dolayısıyla ana teşebbüslerinden bağımsız olarak pazarda etkin bir rol üstlenmesi öngörülerek yoğunlaşma sayılmış bir yapının ana teşebbüslerine hizmet etmesi⁵⁴⁶ söz konusu olacak ve ortak girişimin niteliği değişecektir. Bu durumda ortak girişim her ne kadar tam işlevsel ortak girişim olarak ilgili otorite tarafından tanınmış ve izin verilmiş bir oluşum olsa da olay özelindeki görünümü kısmi işlevsel bir ortak girişim niteliğinde olacaktır. Tam işlevsellik ortadan kalktığı için söz konusu anlaşma ana teşebbüsler arasında yapılan rekabete aykırı bir anlaşma niteliğinde olacaktır. Burada kısmi işlevsel bir ortak girişimin tam işlevsel yapıya dönüşerek yoğunlaşma oluşturmasındaki ölçütler belirleyici olacaktır⁵⁴⁷.

Mesela A ve B teşebbüslerinin alt pazarda C ortak girişimini oluşturdukları bir ihtimalde; C teşebbüsünün ihtiyacının çok büyük bir bölümünü uzun süreli

⁵⁴⁴ C-179/12 P, C-172/12 P

⁵⁴⁵ Bkz. IV/32186 Gosme/Martell - DMP

⁵⁴⁶ Böyle bir durumda ortak girişimin tam işlevsellik unsurlarına aykırı davrandığından bahisle taahhüt ihlalinde bulunduğu söylenemez. Nitekim taahhütler yoğunlaşma işleminin ortaya çıkaracağı rekabetçi endişeleri bertaraf etmek içindir. bkz. Baş, 217.

⁵⁴⁷ Bu durumun belirsizlik yaratacağı hakkında bkz. Baş, s. 218.

olarak A teşebbüsünden sağlamak üzere bir tedarik anlaşması yapması esasen A ve B teşebbüslerinin A'nın dağıtım işlerini üstlenmek üzere bir ortak girişim oluşturmalarından farksız bir durum oluşturacaktır. Dolayısıyla söz konusu tedarik anlaşmanın bağımsız A ve B teşebbüsleri arasındaki bir anlaşma olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir.

O halde tam işlevsel bir ortak girişimin ana teşebbüsleriyle tek bir ekonomik bütünlük teşkil ettiğinin kabulü rekabet kurallarının ortak girişim ana teşebbüs arasındaki anlaşmalara müdahale edemeyeceği anlamına gelmeyecektir.

IV. Ortak girişimin “oluşturulması” kavramı ve tam işlevselliğin aranması gereken haller

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, hangi hallerde tam işlevsellik unsurunun aranması gerektiğiyle; hangi hallerin yoğunlaşma teşkil edeceği birbirlerinden ayrılması gereken farklı konulardır.

Konuya ilişkin mevzuat ise hangi hallerin yoğunlaşma teşkil ettiğini açıklamaya yönelik bir bakış açısı benimsemiştir ve tam işlevsellik unsuruna bu kapsamda değinmektedir. Ancak bir teşebbüs üzerinde ortak kontrol tesis edilmesiyle tam işlevsel bir ortak girişim oluşturulması işlemleri arasında bir sınır çizilememektedir. Bu durum hangi hallerde tam işlevselliğin aranması gerektiğine ilişkin tereddütler yaratmaktadır.

İlk ihtimalde⁵⁴⁸ tek kontrol altındaki bir teşebbüs üzerinde ortak kontrol tesis edilmesine ilişkin bir işlem, kontrol değişikliğine sebebiyet verdiği için herhalde yoğunlaşma teşkil edecektir. Dolayısıyla yalnızca ciro atfedilebilir olmadığı için devralma teşkil etmeyecek kaynaklar üzerinde ortak kontrol tesis edilmesi yoluyla ortak girişim oluşturulması işlemleri için tam işlevsellik koşulu aranacaktır.

⁵⁴⁸ Yoğunlaşma Tebliği, m.5/3; AB Yoğunlaşma Tüzüğü, m.3/4; Kılavuz para. 78, 79; Jurisdictional Notice para. 91, 92; hükümleri ile Kılavuz para. 94, 95; Jurisdictional Notice para. 106, 107 birlikte değerlendirildiğinde

Böylece olağan şartlar altında yoğunlaşma teşkil etmeyen söz konusu işlemler yoğunlaşma sayılabilmektedir.⁵⁴⁹

İkinci ihtimalde⁵⁵⁰ ise yalnızca üçüncü bir teşebbüsün veya taraflardan birinin sahip olduğu bir teşebbüsün devralınması yoluyla oluşturulan ortak girişimler için tam işlevsellik aranmayacaktır. Ancak tarafların kendi katkılarıyla ortak girişim oluşturmaları durumunda işlemin yoğunlaşma sayılabilmesi için tam işlevsellik unsuru aranacaktır⁵⁵¹.

Ancak mevzuatın ilgili hükmünden⁵⁵² hareketle yalnızca üçüncü bir teşebbüs üzerinde ortak kontrol kurulması halinde tam işlevselliğin aranmayacağı sonucuna ulaşılabılır.

Kurul⁵⁵³ kararlarında genellikle tam işlevsellik gözetilen bir unsur olmaktadır. Komisyon⁵⁵⁴ kararlarında ise ortak girişimin üçüncü kişilerden

⁵⁴⁹ Bu kapsamda savunulan görüş için bkz. Lars-Peter Rudolf and Bettina Leupold, Joint Venture, The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation, Journal of European Competition Law & Practice, 2012, Vol. 3, No. 5, s.439, vd; tam işlevselliğin daha geniş alanda aranması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. LG Radicati di Brozolo and M Gustafsson, 'Full-function Joint Ventures under the Merger Regulation: The Need for Clarification' 2003, 11 European Competition Law Review

⁵⁵⁰ Kılavuz para. 78, 79; Jurisdictional Notice para. 91, 92

⁵⁵¹ Bu kapsamda savunulan görüş için bkz. Zlatan Balta, Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation;

⁵⁵² Kılavuz para. 78; Jurisdictional Notice para. 91

⁵⁵³ Dosya Sayısı: 2014-1-107 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-47/859-389 Karar Tarihi: 03.12.2014 benzer kararlar Dosya Sayısı: 2014-4-40 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 14-24/486-216 Karar Tarihi: 16.07.2014 Dosya Sayısı: 2006-3-9 (Devralma) Karar Sayısı: 06-18/217-56 Karar Tarihi: 9.3.2006 Dosya Sayısı D1/IE.C.G.-01/1, Karar Sayısı: 01-29/282-83, Karar Tarihi: 26.6.2001 Dosya Sayısı: 2011-3-94 (Devralma) Karar Sayısı: 11-31/630-197 Karar Tarihi: 17.5.2011; Dosya Sayısı: 2012-5-92 (Devralma) Dosya Sayısı: 2011-4-220 (Ortak Girişim) Karar Sayısı: 11-45/1057-363 Karar Tarihi: 17.08.2011; Dosya Sayısı: 2011-3-113 (Devralma) Karar Sayısı: 11-32/660-205 Karar Tarihi: 26.5.2011

⁵⁵⁴ Ana teşebbüslerin herbirinin ayrı ayrı sahip oldukları varlıklar üzerinde ortak kontrol kurulması tam işlevsellik denetimini gerektirir. bkz. Case No COMP/M.6321- BUITENFOOD / AD VAN GELOVEN HOLDING / JV; Case No COMP/M.3003 - ELECTRABEL / ENERGIA TALIANA / INTERPOWER Benzer şekilde yalnızca taraflardan birine ait birimler üzerinde ortak kontrol kurulmasıyla birlikte diğer tarafın finansal destek sağlaması da tam işlevsellik denetimini gerektirir. Bkz. Case No COMP/M.6369 - HBO/ ZIGGO/ HBO NEDERLAND ; Case No COMP/M.6315 - HOCHTIEF/ GEOSEA/ BELUGA OCHTIEF OFFSHORE JV Ancak ana teşebbüslerden hiç birinin katkı yapmaması veya yalnızca birinin katkı yapması tam işlevsellik denetimini gerektirmeyebilir bkz. Case No COMP/M.2684 - EnBW / EDP / CAJASTUR / HIDROCANTABRICO; Case No COMP/M.6068 - ENI / ACEGASAPS / JV; Case No COMP/M.2817 - BARILLA / BPL / KAMPS; Case No COMP/M.6170 - FIRST RESERVE FUND XII / FINMECCANICA / ANSALDO ENERGIA; Ayrıca Komisyon'un üçüncü kişilere ait teşebbüsü devralmak yoluyla ortak girişim oluşturulmasında tam işlevselliği aramadığı yönünde bkz. Lars-Peter Rudolf and Bettina Leupold,

devralma yoluyla oluşturulduğu hallerde tam işlevselliğin aranmaması yönünde bir eğilim vardır. Taraflardan birinin sahibi olduğu teşebbüs üzerinde ortak kontrol kurulduğu hallerde ise farklı kararlar verilebilmektedir.

Tam işlevselliğin yalnızca ciro atfedilebilir bir varlık devrinin söz konusu olmadığı hallerde aranması durumunda çeşitli endişeler ortaya çıkacaktır. Pek çok ortak girişim oluşturma işleminde taraflar münferiden sahip oldukları teşebbüsleri ile ciro atfedilebilir belirli işlerinin yanı sıra çeşitli varlıklarını da ortak girişime getirmektedirler. Buna göre ortak girişim oluşturma işlemlerinin çoğunda bir yönüyle tam işlevselliğin aranması bir yönüyle de aranmaması gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Diğer taraftan Rekabet Hukukunda ortak girişimleri ayırmaya yönelik geliştirilmiş bir kriter büyük ölçüde sahip olduğu işlevden farklı bir alanda kullanılacaktır. Bunun sonucu olarak da ortak girişimlere ilişkin ayırım önemli ölçüde terk edilmiş olacaktır. Örneğin taraflardan birinin sahip olduğu tesis üzerinde diğer tarafın kontrol elde etmesinden bahisle bir ortak üretim anlaşması yoğunlaşma olarak değerlendirilebilecektir. Aynı durum üçüncü kişilere ait teşebbüsler üzerinde ortak kontrol kurulması hallerinde de söz konusudur. Nitekim bir teşebbüs üzerinde ortak kontrol kurulması durumunda ortak girişimin hangi niyetle oluşturulduğundan bağımsız olarak işlem yoğunlaşma sayılacaktır.

Bu durumda söz konusu endişelerin giderilmesi bakımından AB Yoğunlaşma Tüzüğü m. 2/4 ile Yoğunlaşma Tebliğinin m. 13/3 hükmü kapsamındaki koordinasyon denetimi önem kazanacaktır. Ortak girişimin hangi niyetle oluşturulduğunun tespiti ile ortak girişime anlaşmalar denetiminin tatbiki ve muafiyet değerlendirmesi koordinasyon denetimi kapsamında yapılabilecektir. Ancak bu durum, tam işlevsellik kapsamında yapılan savunmaların koordinasyon veya yoğunlaşma denetimi kapsamında devam etmesine sebebiyet verecektir.

V. Ortak girişimlerde koordinasyon ve yoğunlaşma denetimlerinin birlikte değerlendirilmesi

Komisyon uygulamasında koordinasyon ve birlikte hâkim durum denetimleri ayırt edilememektedir⁵⁵⁵. AB hukukunda yoğunlaşmalara uygulanan hukuka aykırılık testi, birlikte veya tek başına hâkim durumun oluşmamasına karşın pazar gücünün tek taraflı olarak kullanılabilmesi halleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁵⁵⁶. Dolayısıyla yoğunlaşmalara ilişkin maddi hukuk kuralının hâkim durum olgusu dışında yalnızca bahsi geçen tek taraflı pazar gücü kullanımını kapsamına aldığı kabul edilecek olursa AB hukukunda AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.2/3 uyarınca yapılan yoğunlaşma denetimi m.2/4 anlamındaki koordinasyon denetimini tamamen kapsayan nitelikte olmayacaktır.

Örneğin alt pazarda tam işlevsel ortak girişim oluşturan rakip iki ana teşebbüsün, ortak girişim vasıtasıyla hareketlerini koordine ederek birlikte hâkim konuma gelme ihtimallerinin varlığı halinde bahsi geçen denetimler kesişecektir. Ancak ana teşebbüslerin birbirlerine yakın ikame edilebilir ürünler üretmesi ve piyasanın yüksek düzeyde yoğunlaşmış olması sebebiyle ana teşebbüsler birlikte hâkim durumda olmamalarına rağmen ürettikleri ürünlerinin fiyatlarını yükseltebilecekleri bir ihtimalde durum farklılaşacaktır. Nitekim böyle bir durumda ana teşebbüslerin belirli bir pazar gücüne erişmeleri ve bu pazar gücünü fiyatları artırarak kullanmaları tek taraflı değil koordineli bir etki olacaktır. Dolayısıyla yalnızca tek taraflı etkileri kapsamına alarak genişleyen yeni yoğunlaşma denetimi böylesi bir koordineli etkiyi denetleyemeyecektir. Böyle bir durumda söz konusu rekabet karşıtı etki ancak m. 2/4 uyarınca denetlenebilecektir.

Ancak burada yeni yoğunlaşma maddi kuralları her ne kadar hâkim durumun bulunmadığı tek taraflı etkileri denetlemeyi düşünülerek genişletilmiş⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Birlikte hâkim durum denetimi ana teşebbüsler arası koordinasyon denetimi için de mümkündür ancak böyle bir yaklaşım koordinasyon denetimini zedeler bkz. Bengtsson/Carpi/Loriot/Whelan, s.464 ve dn.1597

⁵⁵⁶ Bkz. AB Yoğunlaşma Tüzüğü, recital 25

⁵⁵⁷ AB Yoğunlaşma Tüzüğü, recital 25

olsa da hâkim durumunun bulunmadığı koordineli etkilerin denetimini de kapsamına aldığı kabul edilebilir. Böyle bir kabul halinde ise m. 2/3 denetimi m.2/4 denetimini tamamen kapsayacak ve m.2/4 denetimi gereksiz olacaktır. Böyle bir sonucun ortaya çıkma sebebi ise yalnızca hâkim durum olgusuyla ilgilenen eski yoğunlaşma denetimi düşünülerek m.2/4 denetiminin getirilmiş olması olacaktır.

Ayrıca şu da bir gerçek ki yoğunlaşmalara ilişkin mevzuat büyük ölçüde ortak girişim olgusu gözetilmeksizin yalnızca birleşme ve devralmalar esas alınarak geliştirilmiştir. Ancak uygulamada yoğunlaşmanın gerçekleştiği pazar ortak girişimin pazarı olmasına karşın ortak girişimin pazarı dışındaki ana teşebbüslerin faaliyet yürüttüğü pazarlar yoğunlaşmanın gerçekleştiği pazarlar gibi değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hali hazırda yoğunlaşma denetiminin yoğunlaşmanın oluşmadığı pazarları denetlemesi neticesinde söz konusu kesişmenin yaşandığı da söylenebilir.

Ayrıca AB Yoğunlaşma Tüzüğü m. 2/3 denetiminin m.2/4 denetimini tamamen kapsayacağı ve m.2/4 denetiminin işlevsiz kalacağı yönünde bir sonuca hemen varılamaz. Nitekim bir işlemin anlaşmalar denetimi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmesi için gereken pazar payı bir işlemin yoğunlaşma denetimi kapsamında yasaklanabilmesi için gereken pazar payından daha düşüktür⁵⁵⁸.

Benzer bir sorun Türk Hukuku açısından mevcut değildir. Nitekim Türk Hukukunda yalnızca hâkim durum yaratan ve güçlendiren koordinasyonlar yoğunlaşma denetimi altında denetlenebilmektedir. Ana teşebbüslerin birlikte hâkim durum konumuna gelme ihtimalleri bulunmuyorsa, bu tür koordinasyonun denetimi yoğunlaşma denetimiyle değil ancak AB Yoğunlaşma Tüzüğü m.2/3 hükmünün karşılığı olan Yoğunlaşma Tebliği m. 13/3 uyarınca denetlenebilir.

Bütün verilen bilgiler ışığında bütün ihtimalleri kapsayan bir değerlendirme yapmak gerekirse; hâkim durumun koordineli ve tek taraflı etkileri sırasıyla birlikte ve tek başına hâkim durum olarak yasaklanabilmektedir; hâkim durumun olmadığı tek taraflı etkiler ise yeni “SIEC” test ile yasaklanabilmektedir. Hâkim durumun

⁵⁵⁸ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 28; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements 2011/C 11/01, para. 42

olmadığı koordineli etkiler ise AB Birleşme Tüzüğü m. 2/4 denetimiyle yasaklanabilmektedir.

VI. Ortak girişimin ana teşebbüsleri ile kuracağı alım ve satım ilişkisine dair değerlendirme

Ortak girişimin ana teşebbüsünden alım yapacağı hallerde, mevzuat⁵⁵⁹ ortak girişimin bağımsız bir varlıktan ziyade ortak satış temsilcisi olma tehlikesini göz önünde bulundurmıştır. Bahsi geçen endişeye yönelik olarak ortak girişimin alımları açısından örtülü bir ayrıma gidilmiştir. Ortak girişimin üretici olacağı dolayısıyla da ana teşebbüslerinden sağlayacağı malın girdi niteliğinde olacağı hallerde ortak girişimin ürüne önemli miktarda katma değer sağlaması aranmıştır. Ortak girişimin önemli miktarda katma değer sağlamasının kendisinden beklenmesi mümkün olmayan dağıtım, alım-satım gibi pazarlarda faaliyet göstermesi durumunda ise ortak girişimin söz konusu pazarın gereklerini yerine getirmesi ve büyük miktarda alımlarını yalnızca ana teşebbüsleriyle gerçekleştirmemesi aranmıştır. Komisyon uygulamasında da ortak girişimin alım-satım pazarlarında faaliyet gösterdiği hallerde ortak girişimin temin edilen ürün veya hizmete önemli oranda katkı yapması beklenmemektedir⁵⁶⁰.

Ancak mevzuatta, ortak girişim satışları bahsinde belirtilmesine karşın ortak girişim alımlarının da ticari temelde olması gerektiğine değinilmemiştir.

AB Rekabet Hukuku uygulamasında mevzuatla uyumlu olarak ilişkinin ticari temelde olması koşulu ortak girişimin ürüne önemli miktarda değer kattığı hallerde aranmamakta; ancak ortak girişimin katma değer sağlamadığı alım-satım piyasalarında bu koşula değinilmektedir⁵⁶¹. Türk Rekabet Hukuku uygulamasında

⁵⁵⁹ Kılavuz para. 89-90; Jurisdictional Notice para. 101-102

⁵⁶⁰ Bkz. Lübking/Dittert, s.103

⁵⁶¹ Bkz. Case No IV/M.550 - UNION CARBIDE / ENICHEM; bkz. benzer Case No COMP/M.1875 -REUTERS / EQUANT -PROJECT PROTON; M.3578 ; Case No COMP/M.2299 - BP CHEMICALS / SOLVAY / HDPE JV; Case No COMP/JV.51 - BERTELSMANN / MONDADORI / BOL ITALIA

ise mevzuattan farklı olarak ilişkinin ticari temelde olması katma değer koşuluyla birlikte aranabilmektedir⁵⁶².

Alım ilişkisinde katma değer koşulunun aranması esasen işlemin yoğunlaşma teşkil edip etmediğini tek başına belirlemeye elverişli bir koşul değildir. Bu koşul ortak girişimin anlaşma niteliğinde sayılması halinde muafiyet değerlendirmesi kapsamında göz önüne alınabilir. Nitekim ana teşebbüsüyle ticari nitelikte olmayan bir ilişki kuran ancak katma değer koşulunu yerine getiren bir ortak girişim uzmanlaşma, ticarileşme veya ortak üretim anlaşması niteliğinde de olabilir. Dolayısıyla katma değer şartının ticarilik koşulunun bir alternatifi olarak düşünülmemesi gerekir. Bir ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kuracağı ilişkilerin her halde ticari temelde olması beklenmelidir. Örneğin Kozmetik ve gıda alanındaki iki teşebbüsün gıda takviyesi haplar üreten bir ortak girişim kurdukları ve ortak girişimin bütün ihtiyaçlarını kendilerinin sağladıkları bir ihtimalde; ortak girişim girdiye katma değer sağlayacak olsa da bütün ihtiyaçlarını ana teşebbüslerinden karşılayacak olması sebebiyle söz konusu ilişki gerçek anlamda ticari nitelikte olmayacaktır. Dolayısıyla ortada tam işlevsel bir ortak girişimden ziyade anlaşmalar rejimine tabi bir işlem söz konusu olması gerekirken yoğunlaşmadan bahsedilebilecektir⁵⁶³.

Ortak girişimin girdiye katma değer sağlaması gerekliliği ve buna ilişkin oran, ortak girişimin rakipleri gözetilerek belirlenmelidir. Aksi takdirde bir ortak girişimden tam işlevsel sayılabilmesi adına gereksiz yere katma değer koşulunu da yerine getirmesi beklenebilir. Katma değer ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarın bir gereği olarak ortaya çıktığı hallerde ise ortak girişimin katma değer sağlamaksızın ticarilik koşulunu yerine getirmesi ise ortak girişimin satış temsilciliğine dönüşmesine neden olabilir.

⁵⁶² Bkz. Dosya Sayısı : 2013-1-68 (Devralma) Karar Sayısı : 13-44/551-245 Karar Tarihi : 11.07.2013; Dosya Sayısı : 2011-1-196 (Devralma) Karar Sayısı : 11-60/1564-555 Karar Tarihi : 07.12.2011;

⁵⁶³ Ancak büyük oranda alımların da katma değer sağlanmasıyla tam işlevselliği zedelemeyeceğine ilişkin bkz. Case No IV/M.550 - UNION CARBIDE / ENICHEM ve Case IV/5754 Saudi Aramco/MOH

Bu itibarla herhalde ortak girişimin katma değer koşulu da dahil olacak şekilde rakiplerinin işlevlerini yerine getirmesi ve ana teşebbüsleriyle ilişkilerini ticari temelde oluşturması beklenmelidir.

Ortak girişimin satın veya alımlarının önemli bir bölümünü ana teşebbüsleriyle gerçekleştirmemesi ve ana teşebbüsleriyle ilişkilerinin ticari temelde olması ve girdiye önemli oranda katma değer sağlanması gibi gereklilikler ile esasen ortak girişimin bağımsızlığına ilişkin endişenin ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir. Ancak bu gerekliliklerin ortak girişim yönünden anlaşılması gerekir. Örneğin ana teşebbüsün bütün ihtiyacını ortak girişimden sağlaması ortak girişimin tam işlevsel olmadığını göstermez⁵⁶⁴.

Ancak ortak girişimin ana teşebbüsleriyle kuracağı ilişkinin ticari temelde olması bakımından aynı durum söz konusu değildir. Örneğin hem ortak girişimin hem de ana teşebbüsün kendileri açısından piyasa koşullarının aleyhine bir fiyatı kabul etmesi mümkün değildir. Ana teşebbüsün ayrıcalıklı fiyattan ortak girişimle ilişki kurması durumunda ortak girişim ana teşebbüslerine yönelik faaliyet yürüten yapıda olabilecektir. Aksi durumda ise ortak girişimin yeterli rekabet gücüne sahip olmaksızın ana teşebbüsüne bağımlı yapıda oluşturulduğuna ilişkin endişe ortaya çıkacaktır⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Karş. Case No IV/M.447 - Schneider / AEG olayda; alt pazarda faaliyet gösteren ana teşebbüslerin ortak girişimden satın alacakları ürünün payı kendi ürünlerinin toplam değerinin %5 ila %15'i arasında olacağına değinilmiştir. Böyle bir değerlendirme ana teşebbüslerin girdiye sağladığı katma değere ilişkin olabilir ki; böyle bir ihtimalde ana teşebbüslerin girdiye katma değer sağlamasının tam işlevsellik açısından bir önemi yoktur. Diğer bir ihtimalde ise ana teşebbüsün ihtiyacının önemsiz bir bölümünü ortak girişiminden sağlaması söz konusudur ki; böyle bir durumda ana teşebbüsün kendi ihtiyacının ne kadarını ortak girişimden sağladığı tam işlevsellik açısından belirleyici değildir.

⁵⁶⁵ Karş. Case No IV/M.1368 - Ford / ZF

