

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13 Sayı/Number: 4 Ekim/October 2012

- ◆ **Ulusal Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler Üzerine Değerlendirmeler**
Seyit Muharrem GÖKMENOĞLU
Prof. Dr. Mustafa AKAL
Prof. Dr. Remzi ALTUNIŞIK
- ◆ **Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended?**
Harun GÜNDÜZ
- ◆ **2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. Öznur İNANILIR
Av. Ceren YILDIZ
Av. Melikşah DUMAN

13. YIL
13th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13 **Sayı/Number: 4** **Ekim/October 2012**

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Doç. Dr. Tahir SARAÇ
Ali DEMİRÖZ
Dr. Armağan ERDOĞAN
Ömür PAŞAOĞLU

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
Yüksel KAYA
H. Gökşin KEKEVİ
Ali ARIÖZ

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Mutlu ÖZBEK

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 266 79 11

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

Sar Matbaacılık Basım Yayın Tic. Ltd. Şti.
Erciyes İşyerleri Sitesi 197. Cad. No: 9 Yenimahalle/ANKARA

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 13

Sayı/Number: 4

Ekim/October 2012

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1 MAKALELER / ARTICLES**
- 3** Ulusal Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler Üzerine Değerlendirmeler / *A Review on Factors Determining National Competitiveness*
Seyit Muharrem GÖKMENOĞLU
Prof. Dr. Mustafa AKAL
Prof. Dr. Remzi ALTUNIŞIK
- 45** **Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended? /**
Türk Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Piyango Bitti mi?
Harun GÜNDÜZ
- 97** **2010/4 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Uygulaması ile Birleşme Devralmaların Kontrolü Rejiminde Meydana Gelen Yapısal Değişiklikler: Etki Değerlendirmesi / Fundamental Changes on Merger Control Regime with the Introduction of the Communiqué No. 2010/4 on the Mergers and Acquisitions Requiring the Approval of the Competition Board: Impact Assessment**
Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Av. Öznur İNANILIR
Av. Ceren YILDIZ
Av. Melikşah DUMAN
- 157** **YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /**
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

MAKALELER
ARTICLES

ULUSAL REKABET GÜCÜNÜ BELİRLEYEN FAKTÖRLER ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

*A REVIEW ON FACTORS
DETERMINING NATIONAL COMPETITIVENESS*

Seyit Muharrem GÖKMENOĞLU*

Prof. Dr. Mustafa AKAL**

Prof. Dr. Remzi ALTUNIŞIK***

Öz

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması ve dünya ekonomisinin küreselleşmesine paralel olarak yüksek bir ulusal rekabet gücü elde etmeye verilen önem gün geçtikçe artmaktadır. Bu hedefe ulaşabilmek için öncelikle bu gücün tanımlanması ve bu gücü belirleyen faktörlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak literatürde ulusal rekabet gücü kavramı üzerinde hemfikir olunan bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Bu doğrultuda, çalışmada literatürdeki ulusal rekabet gücü ile ilgili tanımlamalar karşılaştırılmış ve değerlendirmeler yapılmıştır. Bununla birlikte iktisat ve işletme iktisadı teorisyenlerine, ulusal rekabet gücünün ölçümü üzerine çalışmalar yürüten kuruluşlara ve ülkeleri mikro ve makro ekonomik seviyede kriterlerle değerlendiren ve bu özellikleri ile ulusal rekabet gücünün göstergesi veya belirleyicisi olarak nitelendirilebilecek endeksler yayınlayan kurumların metodolojilerine göre ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler incelenmiş ve bunların birbirlerine karşı üstünlükleri karşılaştırılmıştır.

Bu noktada, ulusal rekabet gücünün ölçümü üzerine çalışmalar yürüten kuruluşların metodolojilerini literatürde yer alan görüşler doğrultusunda oluşturduğu ve bu endekslerin rekabet gücünü ölçme ve tanımlamada daha gerçekçi olduğu görülmüştür. Çalışmada ele alınan diğer kuruluşların yayınladığı endekslerin literatürdeki görüşler referans alındığında ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler grubu olarak değerlendirilebileceği ortaya konulmuştur.

* Uzman Ekonomist, Sakarya Üniversitesi, SBE İktisat ABD, smgokmen@hotmail.com.

** Sakarya Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, akal@sakarya.edu.tr.

*** Sakarya Üniversitesi, İşletme Fakültesi, altunr@sakarya.edu.tr.

Anahtar Kelimeler: *Ulusal Rekabet Gücü, Ulusal Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler, Ulusal Rekabet Gücü Endeksleri, Teorik ve Kurumsal Yaklaşımlar, Michael Porter.*

Abstract

Giving importance to getting a high national competitiveness is increasing day by day in parallel with spreading information and communication technologies and globalization of the world economy. To accomplish this goal, firstly the concept of national competitiveness and factors determining competitiveness must be identified. However there is no consensus in literature about this concept. Accordingly, in this study definitions of the competitiveness in literature are compared and evaluated. Besides, factors determining the competitiveness are examined according to economics and business economics theorists, institutions which conduct studies on the measurement of national competitiveness and methodologies of the institutions, publish indexes which can be described as an indicator or determinant of the national competitiveness. Because these indexes are evaluating countries with micro and macro economic criteria. Then the advantages of these factor are compared against each other.

At this point, it is seen that institutions measuring national competitiveness form their methodologies according to views in literature and the indexes published by these institutions are more realistic in evaluating and defining the national competitiveness. Additionally it is put forward that indexes which are published by the other institutions can be interpreted as a group of factors determining the national competitiveness on the basis of the views in literature.

Keywords: *National Competitiveness, Factors Determining National Competitiveness, National Competitiveness Indexes, Theoretical and Institutional Approaches to National Competitiveness, Michael Porter.*

GİRİŞ

Günümüzün dışa açık küresel ekonomisinde firma ve endüstriler, iç ve dış piyasalarda karşı karşıya kaldıkları rekabet ortamında ayakta kalabilmek, sahip oldukları pazar paylarını sürdürebilmek veya genişletebilmek için ne tür avantajlara sahip olunması gerektiği ve bu avantajları oluşturmak için neler yapılabileceği üzerine yoğunlaşmaktadırlar. Firma ve endüstrilerin yanı sıra hükümetler de uluslararası rekabet gücü elde ederek vatandaşlarının refah seviyesini arttırma amacı doğrultusunda gerek makro gerekse mikro ekonomik düzeyde ne tür politikalar izlenmesi gerektiği hususuna önem vermektedir.

Rekabet gücü kavramı üzerine yapılan en basit ve en anlaşılır tanımlamaların firma düzeyinde yapıldığı görülür. Rekabet gücüne sahip bir firma, homojen ürünleri rakiplerine nazaran daha düşük maliyetle ve daha yüksek kalitede üretebilen, dolayısıyla büyüebilme ve kâr elde edebilme kapasitesi olan firmadır. Bu doğrultuda, rekabetçi endüstri de bölgesel ya da uluslararası düzeyde rekabetçi firmalara sahip endüstri olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla, bir endüstrinin rekabet gücü, o endüstrinin bünyesinde bulunan rekabet gücüne sahip firmaların rekabet güçlerinin toplamı şeklinde değerlendirilebilir.

Ancak rekabet gücü kavramına ulus seviyesinde bakıldığında literatürde üzerinde hemfikir olunan bir tanım oluşmamıştır. Bunun çeşitli sebepleri olmakla birlikte, öne çıkan en önemli sebeplerden biri ulusal rekabet gücü kavramının birden fazla kuramsal temele dayanmasıdır.¹ Ulusal rekabet gücü kavramının şekillendirilmesinde hem dış ticaret, hem iktisat hem de işletme iktisadı kuramları kullanılmaktadır. Dolayısıyla, ulusal rekabet gücü kavramı bu araştırma disiplinlerinin çalışma alanı kapsamında yer almaktadır. Bu araştırma disiplinlerinden her biri ulusal rekabet gücü kavramını farklı bakış açılarıyla tanımlamaktadırlar. Örneğin, Dünya Ekonomi Forumu, ulusal rekabet gücünü, bir ülkenin verimlilik seviyesini belirleyen faktörlerin, politikaların ve kurumların bir karması olarak ele alırken²; Yönetim Geliştirme Enstitüsü ise bu gücü devletin, ülkedeki işletmelere daha fazla değer yaratabilmelerini sağlayacak, halkına ise yüksek refaha ulaşmalarını mümkün kılacak bir ortam sunabilme yeteneği olarak tanımlamaktadır.³ Öte yandan Porter bir lokasyonun refah seviyesinin en önemli belirleyicisinin verimlilik olduğunu öne sürerek rekabet gücünü verimlilikle eşdeğer tutmaktadır. Porter'in bu görüşüne alternatif olarak Ketels ulusal rekabet gücünü uluslararası piyasalarda satış yapabilme yeteneği ile ülkenin ticaret dengesine bağlar.⁴ Aiginger ise rekabet gücünü refah yaratabilme gücü olarak tanımlar.⁵

Bu çalışmanın amacı literatürde farklı disiplinler tarafından farklı şekillerde tanımlanmakta olan ulusal rekabet gücü kavramının tanımları, ulusal

¹ KİBRİTÇİOĞLU, A. (1996), "Uluslararası Rekabet Gücüne Kavramsal Bir Yaklaşım", <http://129.3.20.41/eps/it/papers/0509/0509008.pdf>, Erişim Tarihi: 19.09.2009, s.2.

² WEF (World Economic Forum) (2011), *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf, Erişim Tarihi: 25.11.2011, s.4.

³ IMD (International Institute for Management Development) (2011a), *Methodology and Principles of Analysis*, <http://www.imd.org/research/publications/wcv/upload/methodology.pdf>, Erişim Tarihi: 28.11.2011.

⁴ KETELS, C.H.M. (2006), "Michael Porter's Competitiveness Framework- Recent Learnings and New Research Priorities", *J Ind Compet Trade*, No: 6(2), s.117.

⁵ AIGINGER, K. (2006), "Competitiveness: From a Dangerous Obsession to a Welfare Creating Ability with Positive Externalities", *J Int Compet Trade*, No: 6(2), s.162.

rekabet gücünün şekillenmesinde dikkate alınmakta olan faktörleri ve tanımlardaki farklılıkları karşılaştırıp değerlendirmek ve kavramı derinlemesine açmaktır. Bu doğrultuda birinci bölümde iktisat teorilerine göre ulusal üstünlüklerin, rekabet gücü yaratan etmenlerin neler olduğu incelenecektir. İkinci bölümde işletme iktisadı bağlamında ulusal rekabet gücü kavramı üzerine çalışmalar yürüten araştırmacıların teori ve modelleri irdelenecektir. Üçüncü bölümde ise önce ulusal rekabet gücünün ölçümü üzerine çalışmalar yürüten kuruluşlara göre bu gücün ne ifade ettiği incelenecek, ardından doğrudan ulusal rekabet gücünü ölçmeyi amaçlamayan ancak kullandıkları veri setleri itibariyle ulusal rekabet gücünün göstergesi veya belirleyicisi olarak nitelendirilebilecek endeksler yayınlayan kurumların metodolojileri ele alınacaktır.

1. İKTİSADİ BAĞLAMDA ULUSAL REKABET GÜCÜ

İktisadi bağlamda rekabet gücünü açıklamaya yönelik çeşitli girişimlerin ve teorilerin olduğu görülmektedir. Yapı, içerik ve bakış açısı bakımından incelendiğinde bu teorilerin rekabet gücü olgusunun değişik yönlerine vurgu yapmakta ve farklı pencerelerden ele alma eğilimlerini yansıtmakta olduğu görülür. Bu girişimlerin rekabet gücü konusunu makro ve mikro bağlamda ele alma, mevcut önerilerin yetersizliklerine vurgu yaparak yeni bakış açılarını ortaya koymaya çalışma, rekabet gücünü teşkil eden kaynakların görece üstünlüklerine vurgu yapma, rekabet gücü olgusunu arz-talep mekanizması çerçevesinde ele alma, rekabet üstünlüğünü ölçek ekonomisi ile ilişkilendirme, farklılaştırma yeteneği, yerel verimlilik göstergesi ve refah yaratma kabiliyeti ile eşdeğer görme şeklinde oldukları anlaşılmaktadır.

Klasik ekole göre rekabet gücünün belirleyicisi sahip olunan kaynak donanımıdır.⁶ Klasiklere göre uluslararası ticareti faktör verimliliğinden kaynaklanan maliyet farklılıkları yönlendirmektedir. Klasikler'de ulusal rekabet gücü ile dış ticarete rekabet edebilme ve bu ticaretten karlı çıkabilme yeteneği eş değer tutulmaktadır. Bu anlamda Klasikler'de önemli yeri olan verimlilik ise doğal kaynaklar ve kazanılmış üstünlüklerle belirlenmektedir. Bu çerçevede, bir ülke bir malın üretiminde diğer ülkeye göre verimlilik ve maliyet avantajına sahipse o malda diğer ülke karşısında rekabet gücüne sahiptir. Bu noktada Smith mutlak maliyet avantajına vurgu yaparken Ricardo göreceli maliyet avantajına vurgu yapmaktadır.⁷ Ancak her iki iktisatçının teorilerinde emeğin ve verimliliğinin maliyeti belirleyen tek üretim faktörü olması, hareketli olmaması, ham maddenin, sermayenin vd. faktörlerin uluslararası hareketliliğinin

⁶ CHARBAUGH, R. J. (2005), *International Economics*, Tenth Edition, Thomson South-Western, USA, s.29.

⁷ SALVATORE, D. (1990), *Theory and Problems of International Economics*, Third Edition, McGraw-Hill, USA, s.2.

sınırlandırılmadığı süreçlerde; günümüzde, Klasik teorinin ülke ekonomilerinin rekabet gücünü açıklamakta yetersiz kaldığı görülmektedir.

Üstünlüğün sadece emek verimliliğindeki farklılığa dayandığını ileri süren Ricardo bu farklılığın kaynağını açıklamamaktadır. Bu bağlamda İsveçli iktisatçılar Eli Heckscher ve Bertil Ohlin bir ulusun karşılaştırmalı üstünlüğünün temelini faktör donatımlarının oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Bu iktisatçılara göre sermaye-yoğun ülke sermaye-yoğun ürünleri ihraç etmeli, emek-yoğun ülkeler emek-yoğun ürünleri ihraç etmelidir.⁸ Bu bağlamda Heckscher ve Ohlin'in ileri sürdüğü "Faktör Donatımı Teorisi"ne göre ülkeler arasındaki rekabet gücü, faktör fiyatlarındaki farklılığa dayanır. Ancak Faktör Donatımı Teorisi de günümüz ülkelerinin rekabet gücünü açıklamada varsayımları itibari ile yetersiz kalmaktadır. Çünkü varsayımlarından biri olan tüm girdilerin aynı nitelikte olması bir ülkedeki eğitilmiş, yetenekli iş gücü ile diğer ülkedeki niteliksiz işgücünü bir tutmakta, benzer teknolojilere sahip olma varsayımı ise rekabet gücü üzerinde önemli etkilere sahip teknolojik gelişmeyi göz önünde bulundurmamaktadır. Nitekim teori üzerinde ilk uygulamalı test Leontief tarafından yapılmıştır.⁹ Bu çalışma neticesinde o yıllarda göreceli olarak sermayesi bol, iş gücü kıt olan Amerika'nın, teorinin aksine emek-yoğun malları ihraç edip sermaye-yoğun malları ithal ettiği ortaya çıkmıştır. Leontief bu çelişkinin nedenini Amerika'daki işçilerin dünyanın öbür işçilerine nazaran daha eğitilmiş, nitelikli olmasına bağlamaktadır.

Leontief paradoksunun ardından ilk olarak Keesing¹⁰ ve Kenen¹¹ emek faktörünün homojen olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunarak Nitelikli İşgücü Teorisini ileri sürmüşlerdir. Her iki iktisatçıya göre daha fazla nitelikli işgücüne sahip olan ülke bu faktörün kullanımını gerektiren mallarda, niteliksiz işgücünün daha fazla olduğu ülkeler ise bu gücü gerektiren mallarda uzmanlaşmalıdır. Bu yolla kaynaklar daha etkin kullanılabilir, dolayısıyla refah artışı sağlanabilecektir. Bu teori günümüzde ulusal rekabet gücünü belirleyen önemli etmenlerden biri olan eğitilmiş işgücünü dikkate alması açısından önemlidir. Ancak nitelikli emeğin tek başına ülke rekabet gücünü belirleyen faktör olmadığı da göz ardı edilmemelidir.

Eğitilmiş işgücünün yoğun kullanıldığı alanların başında Ar-Ge faaliyetleri gelmektedir. Bu noktada Posner'in Teknoloji Açığı Teorisi,

⁸ Charbaugh 2005,s.63-64.

⁹ Charbaugh 2005,s.71

¹⁰ KEESING, D.B. (1966), "Labor Skills and Comparative Advantage", *The American Economic Review*, No: 56(1/2), s.249-258.

¹¹ KENEN, P.B. (1965), "Nature, Capital and Trade", *Journal of Political Economy*, No: 73(5), s.437-460.

teknolojik yeniliklerin, üretimde farklılık yaratarak endüstrilere karşılaştırmalı üstünlük kazandırdığını ileri sürmektedir.¹² Yeni ürünlerin ve üretim tekniklerinin geliştirilmesini mümkün kılan Ar-Ge faaliyetleri geçici de olsa firmalara gerek ulusal gerekse uluslararası piyasalarda karşılaştırmalı üstünlük sağlamaktadır. Hiç şüphe yok ki mikro ekonomik seviyede yaratılan bu üstünlük ulusal rekabet gücüne de katkıda bulunur.

Yeni bir ürünün üretimi safhasında teknolojiyen ve nitelikli işgücünden yararlanılması üzerine ileri sürülen teorilerden biri de Vernon'un 'Ürün Dönemleri Teorisi'dir. Teori farklı olarak üretimin, zamanla teknolojinin ve üretim yöntemlerinin taklit edilmesi neticesinde niteliksiz işgücünü yoğun olarak barındıran ülkelerde daha ucuz maliyetlerle yapılabileceğinden yola çıkarak karşılaştırmalı üstünlüğün ürünü piyasaya süren ülkeden diğer ülkeye geçebileceğine vurgu yapmaktadır.¹³ Bu teoriye daha sonraları Krugman¹⁴, Grossman ve Helpman¹⁵ ve Lai¹⁶ katkıda bulunmuştur. Akademisyenlerin çalışmaları neticesinde özet olarak üstünlüğün, bir bakıma rekabet gücünün, ülkedeki teknolojik yenilik yapma kapasitesi, nitelikli iş gücü miktarı, ülke büyüklüğü, çok uluslu firmaların faaliyetleri ve devletin Ar-Ge faaliyetlerine verdiği destekle açıklanabileceği söylenebilir.

Linder, benzer gelir seviyesine sahip olan ülkeler arasındaki ticaretin diğer ülkelerle yapılan ticarettten daha fazla olacağından yola çıkarak arz yönlü dış ticaret modellerinin aksine gelir seviyesi ile belirlenen tüketici tercihlerine odaklanan ve talep-yönlü bir teori olan Örtüşen Talepler Teorisi'ni ortaya koymuştur.¹⁷ Balassa, Grubel ve Kravis gibi yazarlar tarafından tartışılmış¹⁸ ve daha sonra Krugman tarafından geliştirilmiş olan ölçek ekonomileri, endüstri-içi ticaret, ürün farklılaştırması gibi teori ve ifadeler Linder'in bu teorisine dayanmaktadır.

Günümüzde ülkeler arasındaki ticaret, ölçeğe göre sabit getiri varsayımına dayanan standart dış ticaret teorilerinde öngörülenin aksine aynı

¹² KARLUK, R. (2002), *Uluslararası Ekonomi Teori ve Politika*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, s.110.

¹³ Salvatore 1990, s.58

¹⁴ KRUGMAN, P.R. (1979a), "A Model of Innovation, Technology Transfer, and the World Distribution of Income", *The Journal of Economy*, No: 87(2), s. 253-266.

¹⁵ GROSSMAN, G.M. ve E. HELPMAN (1989), "Quality Ladder and Product Cycles", *Nber Working Paper Series*, No:3201, Cambridge.

¹⁶ LAI, E. L.C. (1995), "The Product Cycle and the World Distribution of Income. A reformulation", *Journal of International Economics*, No: 39(3/4), s.369-382.

¹⁷ APPLEYARD, D.R. ve A.J. FIELD (1995), *International Economics*, USA, s.168-171.

¹⁸ KRUGMAN, P.R. (1980), "Scale Economies, Product Differentiation and the Patterns of Trade", *The American Economic Review*, No:70(5), s. 950.

endüstri dalındaki ürünlerin farklılaştırılması ile meydana gelmektedir.¹⁹ Karşılaştırmalı üstünlüklerin zamanla ülkeler arasındaki teknoloji, sermaye ve yetenekli işgücü düzeyinin homojenleşmesi neticesinde yerini ölçek ekonomilerine bıraktığı Monopolistik Rekabet Modeline göre endüstri-içi gerçekleşen yeni ticaret şekli ülkelerin, uzmanlaştığı ürünlerde pazar birleşiminin etkisine ve maliyet avantajına bağlı olarak rekabet gücü edinmesini sağlar.²⁰ Bu ticaret şekli, ürün farklılaştırılması ile farklı tüketici zevklerini tatmin etmek, coğrafi yakınlık ile taşıma maliyetlerini minimuma indirmek, yaparak öğrenme olarak da adlandırılan dinamik ölçek ekonomilerinden faydalanmak ve ülke içindeki farklı gelir gruplarının ihtiyaçlarını gidermek gibi sebeplerden ötürü yapılabilir.²¹ Dolayısıyla bu ticaretin bahse konu ülke vatandaşlarının refahının yükselmesine de katkıda bulunduğu söylenebilir. Birkaç ürün üreterek bir ülke daha büyük ölçekte, daha düşük maliyette ve yüksek verimlilikle üretim yapabilir.²² Böylece bahse konu ülke bu ürünlerde yüksek verimlilik ve düşük maliyet avantajına dayalı rekabet gücüne sahip olabilir.

Diğer bir ölçek ekonomisi çeşidi olan dışsal ölçek ekonomisi aynı endüstrideki firmaların bir bölgede yoğunlaşması ile ortaya çıkmaktadır. Marshall'a göre bu yoğunlaşma tedarikçilerin ve işgücünün uzmanlaşmasına ve endüstri içinde Ar-Ge faaliyetleri, tersine mühendislik, aynı endüstri dalındaki uzmanlarla yakın temas vesilesiyle bilginin, yeni teknolojilerin daha hızlı yayılmasına ve gelişmesine sebebiyet verdiği için bu kümelenmedeki firmalar birbirinden izole olmuş firmalara nazaran daha etkin ve rekabetçidir.²³ Bu noktada büyük bir endüstriye sahip olan ülkenin, küçük endüstriye sahip ülkeye nazaran endüstrideki azalan maliyetlerden dolayı daha rekabetçi olacağı açıktır.

Uluslararası rekabet gücünü politikacıların tehlikeli bir takıntısı olarak gören Krugman, bir firmanın rekabet gücü ile bir ülkenin rekabet gücü arasında benzerlik kurarak kavramı basitleştirmeye çalışmanın mantıksız olduğunu; dolayısıyla ulusal rekabet gücünün ülkenin ticaret performansı ile ilgili olmadığını düşünmektedir. Krugman, yaşam standardı büyüme hızının, dış piyasa rekabetinden ziyade yerel faktörlerle belirlenen yerel verimliliğin

¹⁹ KRUGMAN, P.R. (1979b), "Increasing Returns, Monopolistic Competition and International Trade", *Journal of International Economics*, No:9, s. 469; Krugman 1980, s.952.

²⁰ KRUGMAN, P.R. ve M. OBSTFELD (2009), *International Economics Theory and Policy*, Eight Edition, Pearson, Boston, s.115; MARKUSEN, J.R., J.R. MELVIN, W.H. KAEMPFER ve K.E. MASKUS (1995), *International Trade, Theory and Evidence*, McGraw-Hill, USA, s. 180-181; Krugman 1979b.

²¹ Appleyard ve Field 1995, s.180-181.

²² Krugman ve Obstfeld 2009, s.133.

²³ Krugman ve Obstfeld 2009, s.140-148.

büyüme hızına eşit olduğu düşüncesinden yola çıkarak ülkenin rekabet gücü problemini yerel verimlilik problemi olarak tanımlamaktadır.²⁴

Bu noktada Aiginger, Krugman'ın rekabet gücü kavramının en kolay firma düzeyinde tanımlanabileceği şeklindeki düşüncesine katılmamaktadır. Uzun vadede başarılı olan firmaların sahip olduğu göstergelerin ulusal rekabet gücü tanımına dahil edilebileceğini ileri süren Aiginger firmaların rekabet gücünün iyi tanımlanmış kâr/zarar hesabından daha fazlası olduğunu ve hatta firma rekabet gücünün refah yaratabilme kabiliyeti olarak tartışılabileceğini düşünmektedir.²⁵ Aiginger ve Krugman'ın düşüncelerinin yerel faktörlerle refah yaratabilme noktasında birleştiği görülmektedir. Krugman rekabet gücünün arttırılması için yerel üretim faktörlerinin verimliliğinin arttırılması gerektiğini ileri sürerken; Aiginger ulusal rekabet gücünün dolaylı olarak mikro düzeyde ülkede faaliyet gösteren firmalar tarafından oluşturulabileceğini düşünmektedir.

2. İŞLETME İKTİSADI BAĞLAMINDA ULUSAL REKABET GÜCÜ

İşletme iktisadi bağlamında ulusal rekabet gücünün ele alındığı literatür incelendiğinde, çalışmaların büyük çoğunluğunda Porter'in önermiş olduğu ve genel model olarak da kabul edilen Elmas modeli temel teşkil etmektedir. Aşağıda detaylı bir şekilde tartışılacağı üzere, işletme iktisadi bağlamında ulusal rekabet gücü kavramında tüm araştırmacıların ya Porter'in modelini başlangıç noktası olarak aldıkları ya da Porter'in modelini başlangıç noktası olarak alan ve modeli eleştiren araştırmacıların çalışmalarını eleştirerek mevcut modellerin iyileştirilmesi veya genişletilmesi şeklinde çalışmalar yürüttükleri gözlenmektedir. Bunun yanında ulusal rekabet gücü kavramını farklı pencereden ve farklı parametreler ile tanımlama yoluna giden çalışmalara da rastlamak mümkündür.

Krugman'ın düşüncesine benzer şekilde, Porter da ulusal rekabet gücü kavramının en anlamlı tanımının verimlilik olduğunu ileri sürmektedir.²⁶ Bu noktada Porter, ulusal rekabet gücünü ülkenin dünya pazarından aldığı pay olarak değerlendiren, bu gücü döviz kurları, faiz oranları, devlet bütçe açıkları gibi kavramlarla ilişkili makro ekonomik bir olgu olarak gören akademisyenlerle aynı fikirde değildir. Porter, Ulusların Rekabetçi Avantajı adlı çalışmasında bu gücün kaynağını iktisatçıların ileri sürdüğünün aksine bol ve ucuz işgücü ve doğal kaynak zenginliğinin oluşturmadığını çeşitli ülkeleri örnek göstererek ifade etmektedir. Bununla birlikte ülkeler arasındaki rekabet gücü farklılıklarının yönetim-işçi ilişkilerindeki kökleşmiş uygulamalardan ve

²⁴ KRUGMAN, P.R. (1994), "Competitiveness: A Dangerous Obsession", *Foreign Affairs*, No:23(2), s.28-44.

²⁵ Aiginger 2006.

²⁶ PORTER, M.E. (1990a), *The Competitive Advantage of Nations*, MacMillan, China, s.6.

korumacı dış ticaret politikalarından kaynaklanmadığını şiddetle savunmaktadır. Bu düşüncelerine paralel olarak bir ulusun en büyük amacının vatandaşlarına yüksek ve sürdürülebilir bir yaşam standardı üretmek olduğunu belirten Porter, bunu yapabilme yeteneğinin ise ulusun sahip olduğu iş gücü ve sermayeye dayalı olan verimliliğe bağlı olduğunu ifade etmektedir. Verimliliği arttırabilmek maksadıyla ülkenin, daha verimli olduğu endüstrilerde uzmanlaşması diğer endüstrilerde ise ithalata başvurusu gerektiğini öne süren Porter, bu noktada uluslararası ticareti ulusal verimlilik düzeyini arttırmak için kullanılabilir bir araç olarak görmektedir.

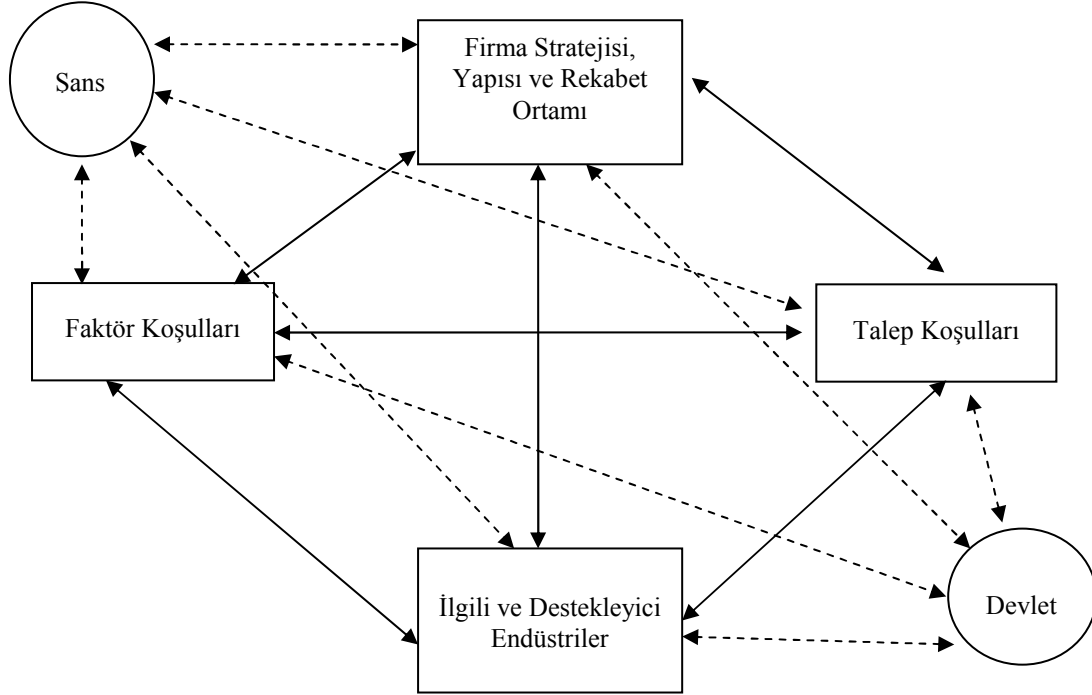
Uluslararası pazarlarda başarı elde eden endüstrileri ve bu endüstrileri oluşturan firmaların stratejilerini inceleyen Porter²⁷, söz konusu firmaların değişmez tek ortak yönlerinin “yenilik yapabilme ve kalite yükseltebilme yeteneği” olduğu sonucuna varmıştır. Rekabetçi avantaj elde etmeyi sağlayan bu yeteneği sürdürmek, sahip olabilmek kadar önemlidir; bu da ancak sürekli gelişim ve iyileştirme ile mümkün olabilir çünkü hemen her yenilik başkaları tarafından kopya edilebilir. Porter, rekabetçi avantaja sahip endüstrilerin ve firmaların sahip olduğu bu yeteneklerin kaynağını ise “Ulusal Avantaj Elması” adını verdiği ve Şekil-1’de gösterilen ulusun dört temel özelliğine bağlamaktadır. Dolayısıyla Porter’in rekabet gücü anlayışında firmanın içinde bulunduğu ülkenin özel bir önemi vardır. Grant’ın da ifade ettiği üzere²⁸ “firmalar dışa açılmadan önce yerel çevrede gelişip büyümekte ve bu yerel çevre/ülke, firma kimliğinin şekillenmesinde, firma stratejisinin oluşturulmasında anahtar rol oynamakla birlikte firmaya sağlanan kaynakların kalitesinin belirlenmesinde sürekli bir etkiye sahiptir”.²⁹ Porter’in Elmas Modeli aşağıda daha detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.

²⁷ PORTER, M.E. (1990b), “The Competitive Advantage of Nations”, *Harvard Business Review*, March-April, s.75; GRANT, R.M. (1991), “Porter’s Competitive Advantage of Nations’: An Assessment”, *Strategic Management Journal*, No:12(7), s.536.

²⁸ Grant 1991, s.536.

²⁹ Porter 1990a ve 1990b.

Şekil 1: Porter'in Elmas Modeli



Kaynak: Porter 1990a, s.127.

i. Faktör Koşulları

Faktör koşullarını toprak, iş gücü ve sermaye olarak tanımlayan klasik dış ticaret teorilerinin aksine, Porter faktör koşullarını ulusun sahip olduğu insan kaynakları, fiziksel kaynaklar, bilgi kaynakları, sermaye kaynakları ve altyapı şeklinde kategorize etmektedir.³⁰

Ticaret akımını üretim faktörlerinin belirlediği şeklindeki standart ekonomi teorilerini eksik ve hatta yanlış bulan Porter, bunun sebebinin günümüz modern endüstrileri ile klasik endüstriler arasındaki farka bağlamaktadır.³¹ Günümüzde yüksek verimlilik ve yüksek ücret getirisine sahip olan ve böylece ulusal rekabet gücünün belirleyicisi olan bilgi yoğunluklu endüstrilerde iş gücü miktarı ve ham madde kaynakları gibi temel faktörler avantaj oluşturmazlar. Önemli olan bu endüstrilerin ihtiyacını karşılayan ve böylece rekabetçi avantajı elde etmeyi sağlayan nitelikli iş gücü ve bilimsel alt yapı gibi faktörlerdir. Bu

³⁰ Porter 1990a, s.76-77.

³¹ Porter 1990b, s.79.

faktörler petrol, doğal gaz gibi miras alınabilen kaynaklar olmayıp yaratılabilen faktörlerdir ve uluslar faktör oluşturmada başarılı oldukları endüstrilerde uluslararası başarıya sahip olurlar. Porter, finansal değerlere dönüştürülmeyen doğal kaynakların rekabet gücünü desteklemeyeceğini aksine büyümesinin önünde büyük bir engel teşkil edeceğini düşünmektedir.

Faktör donatımı, karşılaştırmalı üstünlükler teorisinin merkezini oluşturmakta olup Porter'in buradaki katkısı Grant'a göre yukarıda da aktarıldığı üzere üretim faktörlerinin özelliklerini daha detaylı incelemek ve bu özelliklerin firmaların rekabet gücü ile olan ilişkisini analiz etmek olmuştur.³²

ii. Talep Koşulları

Ülkenin yoğunlaştığı endüstrilerde üretilen mal ve hizmetlere olan yerel talebin ele alındığı bu maddede yerel tüketicilerin önemi vurgulanmaktadır. Burada ele alınan yerel pazarın büyüklüğü değil yerel talebin kalitesidir. Yeni veya gelişmiş ürünler talep eden bilinçli yerel tüketiciler, endüstrilerin bu talepleri yerine getirmesi için yaratıcı ve yenilikçi olmasına neden olduklarından uluslararası arenada yüksek standartlara sahip ürünlerin üretilerek rekabetçi avantaja sahip olmasını sağlayabilirler. Bu bakımdan Porter, rekabetçi avantajın artırılması yönünde uyarıcı etkiye sahip olan yerel talep koşullarına özel önem vermektedir.³³

iii. İlgili ve Destekleyici Endüstriler

Ulusal avantajın bir diğer belirleyicisi, ülkenin yoğunlaştığı endüstri ile bağlantısı bulunan ve bu endüstriyi destekleyen uluslararası rekabet gücüne sahip yerel endüstrilerin varlığıdır. Bu destekleyici ve ana endüstri ile bağlantılı yerel endüstriler/tedarikçiler, ana endüstriye maliyet-etkin, hızlı ve öncelikli girdi sağlayarak avantaj yaratabilirler.³⁴ Yatay (ortak müşteriler, teknoloji, dağıtım kanalları) veya dikey (tedarikçi/alıcı) şekilde birbirine bağlı bu sektörlerin tümüne kümelenme adı verilmektedir. Bu kümelenmelerin varlığı ülke endüstrilerinin uluslararası arenada daha iyi rekabet edebilmesini sağlamaktadır.

iv. Firma Stratejisi, Yapısı ve Yerel Rekabet Ortamı

Elmas modelinin son bileşeninde ise yerel rekabet yapısının yanı sıra, firmaların nasıl oluşturulduğunu, teşkilatlandırıldığını ve yönetildiğini belirleyen koşullar incelenmektedir. Porter her endüstriye/firmaya uyan standart bir yönetim modelinin bulunmadığını her firmanın içinde bulunduğu koşullara

³² Grant 1991, s.537.

³³ Porter 1990a, s.89.

³⁴ Porter 1990a, s.101-103.

göre farklı yönetim biçimlerine sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.³⁵ Elmasın dördüncü köşesini oluşturan ve bu maddenin diğer bir parçası olan yerel rekabet ortamı, diğer tüm maddeler üzerinde güçlü bir uyarıcı etkiye sahip olduğundan elması oluşturan tüm elementler arasında tartışmasız en önemli olanıdır. Çünkü yerel rekabet, firmalar üzerinde yenilik ve iyileştirme yapılması yönünde baskı oluşturur. Yerel rakipler birbirlerini fiyatları düşürmek, kaliteyi ve hizmeti arttırmak, yeni ürünler ve üretim taktikleri oluşturmak için zorlarlar. Bir rakibin başarısı diğer rakipleri gelişmenin mümkün olduğuna inandırır ve yeni rakiplerin endüstriye girmesine neden olabilir bu da fiyat ve kalite rekabetini daha da artırır. Yerel rekabetin gücünü arttıran diğer bir etmen de coğrafi kümelenmedir. Birbirleri ile dirsek temasında bulunan aynı endüstrideki firmalar hızlı bilgi akışı ve etkileşim sayesinde daha da rekabetçi hale gelir. Dolayısıyla zorlu yerel rekabette ayakta kalabilen firmalar uluslararası arenada rekabet gücüne sahip olabilmek için gerekli donanıma sahip olurlar.³⁶

Ulusun iş ortamını oluşturan bu elmas modelindeki her bir unsur birbiri ile etkileşim içerisinde olmakla beraber bir faktörde yaşanan değişim diğer faktörleri de etkilemektedir. Diğer tüm maddelerdeki gelişimi arttıran yerel rekabet ortamı ile tüm maddeler arasındaki etkileşimi büyüten coğrafi yoğunlaşma, modeli bir sisteme dönüştürmesi açısından büyük önemi haizdir. Elmasın dört köşesi arasındaki etkileşimin yoğunluğu ise, Grant'ın ifade ettiği üzere, ulusal ortamın ne derecede uluslararası başarıya müsait olduğunu belirlemekle beraber etkileşimin gücü ise iki temel faktörle beslenmektedir.³⁷ Bunlardan ilki endüstriyel kümelenmedir ki teknoloji, yetenekli işgücü, icat etme kapasitesi ve altyapı gibi gelişmiş faktörler başarılı endüstriler arasındaki yatay ve dikey bağlantılar sayesinde rahat bir şekilde oluşturulabilir. İkinci faktör ise endüstrilerin aynı şehir ya da bölgede konuşlanmasını ifade eden coğrafi yoğunlaşmadır.

Porter, ulusal rekabet ortamını şekillendiren bu dört temel özelliğe ilave ettiği devlet ve şans faktörünü dışsal olarak kabul etmektedir.³⁸ Porter'e göre bu iki faktör ulusal rekabetçilik sistemini tamamlayıp desteklemekte, fakat sürekli bir rekabetçi avantaj yaratmamaktadır.³⁹ Şans faktörü, devletin ve firmaların kontrolü dışında oluşan beklenmedik politik gelişmeler, teknolojik patlamalar, petrol şokları gibi girdi maliyetlerindeki beklenmedik artışlar, savaşlar ve doğal

³⁵ Porter 1990a, s.108.

³⁶ Porter 1990b, s.84-86.

³⁷ Grant 1991, s.539.

³⁸ Porter 1990a, s.73.

³⁹ SMIT, A.J. (2010), "The Competitive Advantage of Nations: Is Porter's Diamond Framework a New Theory That Explains The International Competitiveness of Countries", *Southern African Business Review*, No:14(1), s.115.

felaketler gibi sıra dışı olaylar olarak nitelendirilebilir. Diğer bir dış etken olan devlet faktörü ise rekabet ortamına direkt müdahale etmeyip de firmalar için rekabetçi avantaj yaratan bir ortam oluşturulması için yapılan hükümet politikalarını ifade etmektedir. Aynı zamanda bu faktör, elması oluşturan güçleri daha da kuvvetlendirmektedir.⁴⁰ Bu müdahalenin direkt olması ancak bahse konu ülkenin gelişmemiş bir ülke olması durumunda kabul edilebilir, aksi takdirde yapılan müdahalenin yenilikçiliği teşvik etmesi ve uzun vadede rekabetçiliği arttırması söz konusu olamaz. Porter'e göre ulusal rekabetçiliğin arttırabilmesi için devletin, eğitim ile ilgili gelişmiş stajyerlik uygulamalarını ve sanayi-üniversite işbirliği ile yapılmış araştırma projelerini destekleyerek uzmanlaşmış işgücü oluşturmaya odaklanması gerekmektedir.⁴¹

Porter ısrarla devlet müdahalesine karşı olmasına rağmen Davies ve Ellis'e göre bazı hükümetler Porter'in bu fikirlerini yanlış yorumlamış ve rekabet güçlerini arttırmak için endüstriyel politika stratejileri ile ilgili yasaları benimsemişlerdir.⁴² Porter'in devlet etmenini Elmas modelinin temel elementlerin biri olarak ele almaması Dunning⁴³ ve Ketels⁴⁴ gibi yazarlar tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü devlet iş ortamını oluşturan tüm maddeleri etkilemekle beraber elmasın ayrılmaz bir parçasıdır.

Porter'e göre üretim faktörlerinden emek faktörüne dayanan "Karşılaştırmalı Üstünlükler Teorisi", günümüz modern endüstrilerinde, üstünlüğü belirlemede yetersiz kalmaktadır. Karşılaştırmalı Üstünlükler Teorisi yerini Rekabetçi Avantajlar Teorisine bırakmalıdır.⁴⁵ Ancak Porter'in Elmas Modeli ülkenin rekabet gücünü değil firmaların rekabet gücünü etkileyen yerel faktörleri ele almaktadır. Firmalar bu yerel faktör avantajları ile verimliliklerini arttırabilirler, bu verimlilik artışı firmanın içinde bulunduğu ülkenin de refah seviyesini arttırabilir. Ancak ülkedeki firmaların uluslararası arenada rekabetçi olması ülkenin uluslararası arenada rekabet gücüne sahip olabileceği anlamına gelmeyebilir. Çünkü Krugman⁴⁶'ın da ifade ettiği üzere verimlilik tamamıyla yerel bir olgudur, içinde bulunulan ülke ile ilgilidir ve ülkenin uluslararası rekabet gücü ile herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Smit'e göre, Porter'ın elmas modeli, ticaret teorilerine rakip bir teori olmaktan ziyade firmaların

⁴⁰ Porter 1990a, s.128.

⁴¹ Porter, 1990b, s.88.

⁴² DAVIES, H. ve P. ELLIS (2000), "Porter's Competitive Advantage Of Nations: Time For The Final Judgement?", *Journal of Management Studies*, No:37(8), s.1200.

⁴³ DUNNING, J. H. (1992), "The Competitive Advantage of Countries and The Activities of Transnational Corporations", *Transnational Corporations*, No:1(1), s.139.

⁴⁴ Ketels 2006, s.124.

⁴⁵ Porter 1990a, s.20.

⁴⁶ Krugman 1994, s.32.

uluslararası rekabetçi üstünlüğünü arttıran avantajların ülkeye özgü kaynaklarını analiz etmekte kullanılan bir araçtır.⁴⁷ Porter'in modelindeki ülkeye özgü avantajlar karşılaştırmalı üstünlükler ile aynı değildir. Ülkeye özgü avantajlar firmalar için uluslararası rekabetçi üstünlüğün kaynağı olarak lokasyonun önemini vurgulamakta, karşılaştırmalı üstünlükler ise ülkeler arasındaki ticaretin sektörel bileşkesini vurgulamaktadır.

Bu konuda diğer bir eleştiri de Davies ve Ellis⁴⁸ tarafından yapılmıştır. Bu araştırmacılara göre Porter, karşılaştırmalı üstünlükler teorisini yanlış anlamakla birlikte bu teoriyi kötülemesine rağmen öne sürdüğü gelişim modelinin aşamalarını oluşturmada temel olarak kullanmaktadır. Ayrıca Porter bu model vasıtasıyla karşılaştırmalı üstünlükler teorisi ile basit üretim teorisini etkileyici bir şekilde bir araya getirerek bu konuda uzman olmayanları etkilemiştir.

Ülke düzeyinde rekabet gücünün varlığını kabul eden ve bu alanda işletme biliminin temsilcisi Porter'in bu modeli firma yöneticilerine ülkeye özgü avantajların tespit edilmesi ve firma stratejilerinin bu tespitlere göre oluşturulması için kullanılabilir bir araç olarak değerlendirilebilir. Ancak Porter'in bu modelini ülkelerin uluslararası rekabet gücünü değerlendirmek için kullanılabilir bir araç olarak kabul etmek ülkeleri uluslararası arenada rekabet eden firmalara benzetmek ve uluslararası ticareti sıfır toplamlı bir oyun olarak kabul etmek anlamına gelebilecektir.

2.1. Porter'e Yöneltilen Eleştiriler

Yukarıda ifade edildiği gibi işletme iktisadı bağlamında Porter'in öne sürdüğü Elmas modeli ulusal rekabet gücünü açıklamada önemli bir model olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple Porter'in elmas modeli akademik dünyada olumlu veya olumsuz çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Literatürde işletme yönetimi bilim adamlarının Porter'in Elmas modeline yönelttiği eleştirilerin iki tür olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki ulusal rekabet gücünün sadece yerel Elmas gücüne bağlı olduğu düşüncesi, diğeri ise Porter'in bu modelinin bazı faktörleri göz ardı ettiği'dir. Bu eleştirilerin bir bölümü ilerleyen bölümlerde detaylı olarak aktarılacaktır.

Grant'a göre Porter bu çalışması ile rekabet stratejisi teorisi ile uluslararası ticaret ve yatırım teorilerini bütünleştirerek bu alana önemli katkıda bulunmuştur.⁴⁹ Porter'in uluslararası ticaret teorisini genişlettiğini ve bu teoriye birçok yenilik ilave etmekle birlikte teorisinin geçerli teorilerin ana maddelerini

⁴⁷ Smit 2010, s.121-124.

⁴⁸ Davies ve Ellis 2000, s.1197-1202.

⁴⁹ Grant 1991, s.539-541.

ihativa etmekte olduğunu ileri süren Grant, Porter'in katkısının üretim faktörleri karakteristiklerini incelemekteki ve bir ülkenin kaynak stokunun belirleyicilerinin analizindeki detaycılığı olduğunu öne sürmektedir. Grant'a göre Porter, üretim faktörlerini detaylandırarak *Heckscher-Ohlin* modelini, yerel talep koşulları ve ulusal rekabetçi avantaj arasında bağlantı kurarak Krugman'ın ileri sürdüğü Yerel Pazar Etkisi modelini ve Vernon'un Ürün Yaşam Döngüsü modelini genişletmektedir. Önceki teoriler talep koşullarını ele alırken yerel pazarın boyut gibi belirli yönlerine odaklanmasına karşın Porter'in teorisi uluslararası rekabetçi performansı etkileyen daha geniş talep koşullarını ele almaktadır. Bu koşullar yerel talebin büyüme hızı, yerel tüketicilerin üreticileri yeni ürünler ortaya koymaya sevk edecek bilinçli istekliliği ve iç pazarın erken doygunluğu gibi koşullardır.

Davies ve Ellis ise Porter'in öne sürdüğü bu düşüncelerin yeni olmadığını, karşılaştırmalı üstünlükler teorisinin eksik yanlarını onlarca yıldır ekonomistlerin gördüğünü ve buna uygun görüşler sunduğunu ifade etmektedirler.⁵⁰ Teorinin gücünü bazı endüstrilerin uluslararası başarısını açıklamadaki ikna kabiliyetine bağlayan Grant⁵¹, olumlu eleştirilerine karşın bu noktada teorinin en büyük zayıflığının Elması oluşturan köşelerin birbirleri ile olan ilişkisinin yönü konusundaki belirsizliğin, etkileşimlerin karmaşık oluşunun ve çift yönlü nedenselliğin güçlü bir öngörü oluşturmadaki başarısızlığı olduğunu ifade etmektedir. Grant teorinin diğer bir zayıflığının ise niteliksel olması ve güçlü bir ampiriksel geçerlilik sınamasına başvurmaması olduğunu belirtmektedir. Benzer bir eleştiri Ketels, Davies ve Ellis⁵² ile Dunning⁵³ tarafından da yapılmaktadır. Ketels'e göre Porter iktisatçıların kullandığı dilden farklı olarak matematiksel modeller yerine daha çok sözel tanımlamalar ve mantıklı nedenler sunmaktadır.⁵⁴ Ayrıca Ketels Elmas modelinde devlet, kuruluşlar, kültür ve çok uluslu firmaların eksikliğini önemli bir eksiklik olarak nitelemektedir.

Öte yandan Davies ve Ellis ise Porter'in analizini iki yönden eleştirmektedir.⁵⁵ Bu eleştirilerden birincisi, Porter'in rekabet gücünü hem bir ulusun verimliliği olarak hem de bazı firmaların ve endüstrilerin küresel pazarda elde ettiği büyük pazar payını koruyabilme yeteneği olarak görmesinin yaratmış olduğu kavramsal karışıklıktır. Bu araştırmacılara göre, Porter'in rekabetçi endüstrileri belirlemek için ihracat payını göz önünde bulundurması ve bu

⁵⁰ Davies ve Ellis 2000, s.1198.

⁵¹ Grant 1991, s.542,548.

⁵² Davies ve Ellis 2000, s.1209.

⁵³ Dunning 1992, s.7.

⁵⁴ Ketels 2006, s.122,133.

⁵⁵ Davies ve Ellis 2000, s.1194-1195.

endüstrilerin uluslararası başarısını açıklamak için ulusal elmas modeline odaklanması ulusal ekonominin bir bütün olarak verimliliğini açıklayamamaktadır. Ayrıca Porter'in "bir endüstrinin ihracat yapabilme yeteneğinin "mutlak verimlilik seviyesi tarafından belirlendiği" şeklindeki düşüncesinin hatalı olduğunu ileri süren bu araştırmacılar bu hatanın temel ticaret teorilerini yanlış anlamaktan kaynaklandığını ifade etmektedirler. Rekabet gücünü pazar payı ile eşleştiren bazı araştırmacıların Porter'in döviz kuru ve ücretlerin rekabet gücünü belirlemede önemsiz olduğu şeklindeki düşüncesinin doğru olmadığını kanıtlamak için çalışmalar yaptığını aktaran Davies ve Ellis bu çalışmalarda ihracat payının bağımlı, diğerlerinin bağımsız değişken olarak ele alındığını ve neticede ihracat payının bu değişkenlerden etkilendiği sonucuna varıldığını ifade etmişlerdir. Bu durumda Davies ve Ellis'e göre Porter'in görüşü, rekabet gücünün pazar payını korumak olarak değerlendirilmesi halinde çürütülmekte, rekabet gücünün ulusal verimlilik olarak ele alınması durumunda ise çürütülememektedir.

Bu açıdan bakıldığında aynı veri setleri ile Porter ve Porter'i eleştirenler hem haklı hem de haksız olabileceklerdir; dolayısıyla Porter'in verimlilik ve pazar payını birbirinden ayrılmaz bir şekilde bir araya getirmesi kavramın net olarak açıklanmadığı fikrinin ağır basmasına neden olmaktadır.

Davies ve Ellis'in diğer bir eleştirisi ise Porter'in ulus kavramı konusundaki belirsizliğidir. Bu araştırmacılara göre Porter, ulusal verimlilikten bahsederken ulus terimi ile "bir yerde ikamet eden insanları" kastederken, verimlilikten pazar payına geçiş yaptığında ulus terimi ile firmalara ev sahipliği yapan ulusu kastetmekte ve bu da analizin konusunu daha da belirsizleştirmektedir.

Davies ve Ellis, Porter'in teorisinin test edilmesi maksadıyla dokuz adet ampirik çalışma yaptığını ve bu çalışmalar neticesinde Porter'in Ulusların Rekabetçi Avantajı adlı çalışmasında öne sürülen beş iddianın beşinin de çürütüldüğünü öne sürmektedir.⁵⁶ Buna göre, (i) Bir ulusun sürdürülebilir bir refah seviyesi elde etmek için yenilik odaklı gelişme aşamasına ulaşması gerekmemektedir. (ii) Bir ülkenin refahı o ülkede konuşlanmış firmaların etkinliklerine bağlı değildir. (iii) Uluslararası rekabet gücüne sahip endüstriler genellikle güçlü Elmas modeline sahip değildir. (iv) İçeride doğru yapılan yabancı doğrudan yatırımlar o ülkenin rekabet gücü/verimliliği açısından zayıf bir ekonomiye sahip olduğu anlamına gelmez. (v) Uluslararası başarı her zaman yenilik, ürün farklılaştırması ve markalaşma vasıtasıyla kalite artırımına dayanmak durumunda değildir.

⁵⁶ Davies ve Ellis 2000, s.1209.

Porter'in teorisini sınamak için yürütülen çalışmalardan birisini de Yetton ve çalışma arkadaşları gerçekleştirmiştir.⁵⁷ Söz konusu araştırmacılar Porter'in ileri sürdüğü rekabet gücüne sahip endüstrilerin bu güçlerini içinde bulunduğu ülkelerin güçlü Elmas modeline borçlu olduğu fikrini test etmek için bir çalışma yürütmüşlerdir. Araştırma sonuçları, Kanada, Yeni Zelanda ve özgün olarak Avustralya'nın Porter'in ileri sürdüğünün aksine güçlü bir elmas modeline sahip olmadığı sonucunu ortaya koymuştur.

Porter'in teorisinin temel zayıflıklarını ortaya çıkarmak için yürütülen çalışmaların yanında işletme yönetimi bilim dalından bu zayıflıkları göz ardı edip teoriyi genişletmek ve ekleme yapmak için çalışmalar icra eden akademisyenler de mevcuttur. Bu akademisyenlerden Van Den Bosch ve Van Prooijen⁵⁸ ulusların rekabetçi avantajı üzerinde ulusal kültürün etkisine çok az önem verildiğine inanmaktadırlar. Bu akademisyenlere göre bu eksikliği gidermek için Hofstede⁵⁹ tarafından sunulan ulusal kültürün boyutları⁶⁰ ile Porter'in elmas modeli birleştirilmelidir. Porter'in teorisinin hatalı olmadığını ancak eksik taraflarının olduğunu ileri süren araştırmacılarından bir diğeri olan O'Shaughnessy⁶¹ ise Porter'in teorisinde tarih, kültür, gelenek ve politikanın rolüne yer vermemesini eleştirmektedir.

2.2. Dunning, Çok Uluslu Firmalar ve Rekabet Gücü

Dunning, Porter'in analizinde hiçbir orijinal fikir olmadığını, tarih boyunca bir ülkenin dünya pazarlarında rekabetçi olabilmesi için gerekli arz ve talep koşullarını inceleyen birçok bilim adamı olduğunu ve bunların çoğunun rekabetçi avantajın sadece dört kaynağını inceleyen ve yatırım ile girişimciliği göz ardı eden Porter'den daha kapsamlı çalışmalar yürüttüğünü ileri

⁵⁷ YETTON, P., J. CRAIG, J. DAVIS ve F. HILMER (1992), "Are Diamonds a Country's Best Friend? A Critique of Porter's Theory of National Competition as Applied to Canada, New Zeland and Australia", *Australian Journal of Management*, No:17(1), s.101.

⁵⁸ VAN DEN BOSCH, F.A.J.ve A.A. VAN PROOIJEN (1992), "The Competitive Advantage of European Nations: The Impact of National Culture - a Missing Element in Porter's Analysis?", *European Management Journal*, No:10(2), s.173.

⁵⁹ HOFSTEDE, G. (1980), "Motivation, Leadership and Organization: Do American Theories Apply Aboard?", *Organizational Dynamics*, Summer, <http://alangutterman.typepad.com/files/motivation-ldrshp-and-orgn-do-american-theories.pdf>, Erişim Tarihi:25.12.2011, s.43.

⁶⁰ Bu boyutlar: bireysellik karşıtı kolektivizm, kadına karşı erkek, güç sahibi olanlarla olmayanlar arasındaki mesafenin fazla veya az algılanması ile güçlü veya zayıf belirsizlikten kaçınma güdüsüdür.

⁶¹ O'SHAUGHNESSY, N.J. (1997), "The Idea of Competitive Advantage and The Ideas of Michael Porter", *Strategic Change*, Cilt:6, s.73; O'SHAUGHNESSY, N.J. (1996), "Michael Porter's Competitive Advantage Revisited", *Management Decision*, No:34(6), s.19.

sürmektedir⁶². Porter'in önermesini ispatlayacak ekonometrik bir analizinin olmadığını ve hükümetin ekonomik rolünü küçümseyerek Elmas modelinin bir parçası olarak görmemesini de eleştiren araştırmacı, lider çok uluslu firmaların (ÇUF) üretimlerinin çoğunu ulusal sınırlarının dışında yaptığını, dolayısıyla bu firma faaliyetlerinin, etkileşimde bulunulan ülkelerin rekabetçi avantaj elmasının doğasını ve karakteristiğini etkilemekle birlikte bu ülkelerin elmas modelinden de etkilenerek ulusal rekabet gücünü etkileyebileceğini düşünmektedir. Dolayısıyla, Dunning⁶³'e göre ÇUF'ların faaliyetleri Porter'in Elmas modelindeki tüm maddeler üzerinde etkiye sahip olduğundan hükümet ve şans dışsal değişkenlerine ilaveten üçüncü dışsal değişken olarak modelde yerini almalıdır.

Dunning⁶⁴, Dunning ve Lundan⁶⁵ firmaya özgü rekabetçi avantajların coğrafi kaynağını tespit etmek için Alan Rugman ve çalışma arkadaşları tarafından geliştirilen çifte elmas modelini analitik temel alarak küresel piyasada doğrudan yabancı yatırımların (DYY) % 40'ını elinde bulunduran 144 firmanın yöneticilerine anket uygulamıştır. Araştırmacılar çalışmada Porter'in elmas modelinde tanımlanan belirli üstünlük tiplerinin kaynaklarını firma, endüstri ve ülke düzeyindeki değişkenlerle ilişkilendirmeye çalışmışlardır. Firma düzeyindeki değişkenlerden firma büyüklüğünün yurtdışı kaynaklara bağımlılık ile negatif ilişkili, çok ulusluluk ve teknolojik yoğunluk ile pozitif ilişkili olduğu, ülke düzeyindeki değişkenlerden ülke ekonomisinin büyüklüğü ile yurtdışı kaynaklara bağımlılığın negatif ilişkili olmasına karşın ülke gelişmişlik düzeyi ile yurtdışı kaynaklara bağımlılığın pozitif ilişki içerisinde olduğu bulgular arasındadır. Dunning ve Lundan⁶⁶ in bu çalışması ÇUF'ların gerek teknolojik gerekse niteliksiz işgücü ve doğal kaynaklar gibi geleneksel varlıklar açısından verimli değerleri yurtdışından edinmeye artan eğilimleri olduğunu göstermektedir.

2.3. Genellenmiş Çifte Elmas Yaklaşımı

Porter'in modelinde çok uluslu firmaların etkisinin göz ardı edilmesinin, önceki kısımda Dunning tarafından eleştirildiğini ve üçüncü dışsal değişken olarak modelde yer alması gerektiği düşüncesi yukarıda belirtilmişti. Bu noktada Dunning'in bu yaklaşımına Moon ve diğ. tarafından bu değişkenin etkisinin

⁶² Dunning 1992, s.139.

⁶³ Dunning 1992, s.144-165.

⁶⁴ DUNNING, J. H. (1996), "The Geographical Sources of the Competitiveness of Firms: Some Result of a New Survey", *Transnational Corporations*, No:5(3), s.1-29.

⁶⁵ DUNNING, J. H. ve S.M. LUNDAN (1998), "The Geographical Sources of Competitiveness of Multinational Enterprises: An Econometric Analysis", *International Business Review*, No:7, s.115-133.

⁶⁶ Dunning ve Lundan 1998, s.131.

dışsal olmaktan daha çok şey ifade ettiği şeklinde bir eleştiri yöneltilmiştir.⁶⁷ Böylece Porter'in tek Elmas modeli "Genellenmiş Çifte Elmas Modeline" dönüştürülmüş ve ÇUF'ların aktiviteleri modele dahil edilmiştir.

Bu modeli tanıtmaya başlamadan önce modelin dayandığı Çifte Elmas Modelini incelemekte fayda var. Rugman ve D'Cruz⁶⁸, Porter'in tek Elmas modelinin dış ticarete açık küçük ülkeler ve gelişmemiş ülkeler için uygulanabilir olmadığını, örneğin; bu modelin Kanada'da yer alan yabancı sahipliği firmaların doğasını incelememediğinden dolayı Kanada'nın uluslararası rekabet gücünü açıklayamadığını ileri sürerek eleştirmişler ve Şekil 2'deki Çifte Elmas Modelini⁶⁹ geliştirmişlerdir. Buna göre Kanada'nın rekabet gücü, kendi ülke Elmasları ile A.B.D.'nin Elmas modeline göre oluşmaktadır. Rugman ve D'Cruz'un bu yaklaşımı, Porter'in firmaların rekabetçi avantajının temel olarak faaliyette bulunduğu ülkenin yerel ekonomik ortamının bir fonksiyonu olduğu şeklindeki tek Elmas modelini genişletmekte ve böylece ticaret, DYY vasıtasıyla etkileşimde bulunduğu ülkelerin Elmas modellerini de kapsayarak firmaya özgü kabiliyetlerin coğrafi kaynağını da genişletmektedir⁷⁰.

Porter, Ulusların Rekabetçi Avantajı adlı çalışmasında Singapur'un gelecek on yılda ekonomik gelişmenin ilk evresi olan faktör-odaklı ekonomi aşamasında bulunmayı sürdürürken, Kore'nin gerçek gelişmişlik seviyesine ulaşacağını ileri sürmesine rağmen ilerleyen zamanlarda Singapur'un Kore'den daha fazla başarılı olduğu görülmüştür. Bu noktada Moon ve diğ., Porter'in teorisinin geçerliliğinin sorgulanması gerektiğinden yola çıkmışlar ve Genellenmiş Çifte Elmas Modeli'ni geliştirmişlerdir.⁷¹ Bununla birlikte Çifte Elmas Modeli'nin Kanada ve Yeni Zelanda için uygun olduğunu fakat Singapur ve Kore'yi de içeren tüm küçük ekonomiler için uygun olmadığını düşünmüşler ve bu sorunun üstesinden gelmek için Çifte Elmas Modeli'ni, Genellenmiş Çifte Elmas Modeli'ne dönüştürmüşlerdir.

Bu bağlamda geliştirdikleri model Şekil 3'de yer almaktadır. Şeklin dış çeperinde bulunan elmas, küresel Elması; içteki ise yerel Elması temsil etmektedir. Küresel Elmasın boyutu öngörülebilir zaman periyodunda sabittir fakat yerel Elmasın boyutu ülkenin boyutuna ve rekabet gücüne göre değişir. Bu

⁶⁷ MOON, H.C., A. M. RUGMAN ve A. VERBEKE (1998), "A Generalized Double Diamond Approach to the Global Competitiveness of Korea and Singapore", *International Business Review*, No:7, s.137.

⁶⁸ RUGMAN, A.M. ve J.R. D'CRUZ (1993), "The Double Diamond Model of International Competitiveness: The Canadian Experience", *Management International Review*, No:33, Special Issue, s.18.

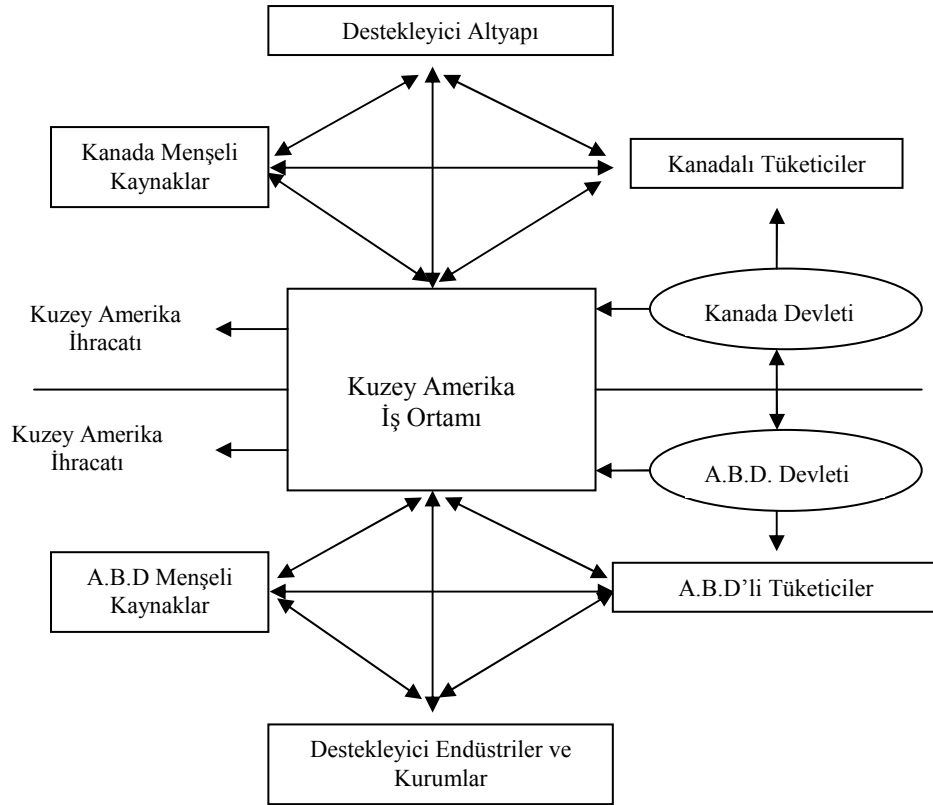
⁶⁹ Rugman ve D'cruz 1993, s.34.

⁷⁰ Dunning 1996, s.2

⁷¹ Moon vd. 1998, s.136.

iki Elmas arasında noktalarla çizilmiş Elmas, yerel ve uluslararası parametrelerle belirlenmiş ulusal rekabet gücünü temsil eden uluslararası Elmadır. Uluslararası Elmas ile yerel Elmas arasındaki fark uluslararası veya çok uluslu etkinlikleri temsil etmektedir. Buradaki çok uluslu aktiviteler hem dahili (*inbound*) hem de harici (*outbound*) DYY'yi ifade etmektedir.

Şekil 2. Çifte Elmas Modeli.

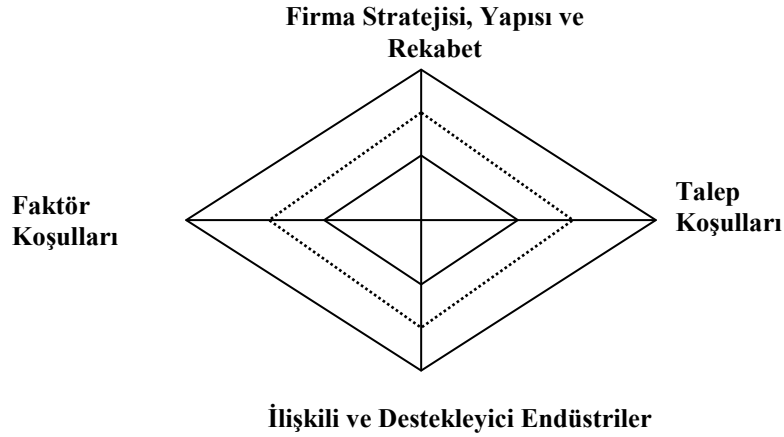


Kaynak: Rugman ve D'Cruz 1993, s.34.

Özetle, Porter'in "Elmas modeli" ile "Genellenmiş Çifte Elmas Modeli" arasındaki en önemli fark ikincisinde ÇUF aktivitelerinin hesaba katılmasıdır. Bununla birlikte bu yeni model Porter'in modeline iki yeni ilave daha getirmektedir. Araştırmacılara göre bunlardan ilki bu yeni yaklaşımın, rekabet gücü paradigmasını kullanılabilir hale getirmesi, diğeri ise hükümet değişkenini

dışsal parametre olarak kabul etmekten ziyade Elmas modelinin dört belirleyicisi üzerinde önemli bir etkiye sahip değişken olarak görmesidir.⁷²

Şekil 3. Genellenmiş Çifte Elmas Modeli.



Kaynak: Moon vd. 1998, s.138.

2.4. Dokuz Faktör Modeli

Porter'in Elmas modeline ikinci eklenti ise Cho tarafından yapılmıştır. Porter'in teorisinin yalnızca gelişmiş ülkelere uygulanabileceğini, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin bu modeldeki dört faktöre sahip bile olmadığını ileri süren Cho⁷³ bu ülkelerin rekabet güçlerini oluşturmak ve geliştirmek için hem hangi faktörlere sahip olmaları gerektiğini hem de kimlerin bu faktörleri nasıl oluşturacağını açıklayan bir modele olan ihtiyaçtan yola çıkarak "Dokuz Faktör Modeli"ni ortaya koymuştur. Uluslararası rekabet gücünün içsel kaynaklarını, fiziksel faktörler ve beşeri faktörler olmak üzere iki ana grupta toplayan araştırmacı, birinci kategoriye bahsedilmiş kaynaklar, iş ortamı, ilişkili ve destekleyici endüstriler ve yerel talebi, diğer kategoriye ise temel ekonomik faaliyetleri icra eden işçileri, iktisadi politikaları oluşturan ve uygulamaya koyan politikacılar ve bürokratları, cesur yatırım kararı alan girişimcileri ve uzman yöneticiler ile yeni teknolojileri uygulayan mühendisleri dahil etmiştir.

⁷² Moon vd. 1998, s.148.

⁷³ CHO, D. (1998), "From National Competitiveness To Bloc And Global Competitiveness", *Business Review*, No:8(1), s.14.

Cho temel olarak fiziksel faktörlerin bir ulusun rekabet gücünü belirleyebileceğini, beşeri faktörlerin ise bu fiziksel faktörleri oluşturarak ve kontrol ederek ulusal rekabet gücünün arttırabileceğini ileri sürmektedir.⁷⁴

Bu model ile Porter'in Elmas modeli arasındaki fark faktörlerin gruplanma şeklidir. Elmas modeli doğal kaynaklar ve işgücünü faktör koşulları altında incelerken bu model doğal kaynakları bahsedilmiş kaynaklar altında, işgücünü ise işçiler grubu altında incelemektedir. Ayrıca Porter hükümet faktörünü dışsal olarak kabul etmesine karşın Cho hükümeti politikacılar ve bürokratlar adı altında içsel olarak kabul etmektedir. İki model arasındaki ortak noktalardan bir tanesi hem Porter hem de Cho'nun "Şans Faktörünü" dışsal olarak kabul etmesidir.

2.5. Çifte Çifte Elmas Yaklaşımı

Cho ve diğ.⁷⁵ bir bakıma uluslararası faaliyetleri hesaba katan "Genellenmiş Çifte Elmas Modeli" ve insan faktörünü göz önünde bulunduran "Dokuz Faktör Modeli"nin bileşimi olan ve uluslararası beşeri faktörlere vurgu yaparak rekabet gücünün hem etki alanını hem de nedenlerini analiz eden bir model ortaya koymuşlardır. Ortaya konulan bu yeni model, yerel fiziki faktörler, yerel beşeri faktörler, uluslararası fiziki faktörler ve uluslararası beşeri faktörler olmak üzere dört boyut içermektedir. Yerel fiziki faktörler, yerel doğal kaynaklar, piyasa boyutu, altyapı ve hükümet yapısı gibi değişkenler ile; yerel beşeri kaynaklar, yerel ücretler, hükümet memurları, yerel girişimciler ve uzmanlar ile; uluslararası fiziksel faktörler yabancı doğrudan yatırımlar, ticarete açıklık, uluslararası bağlantılar ve küresel standartlar gibi değişkenler ile; uluslararası beşeri faktörler ise uzman meslekler ve iş pazarlarına açıklık gibi değişkenler ile temsil edilmektedir.

Araştırmacılar yaptıkları çalışma neticesinde istatistiksel olarak "Genellenmiş Çifte Elmas Modeli"nin ulusal rekabet gücünün etki alanı açısından, "Dokuz Faktör Modeli"nin ise ulusal rekabet gücünün kaynağı açısından Porter'in Elmas Modeli'nden daha ileri seviyede açıklama gücüne sahip olduğunu ileri sürmektedirler. Bununla birlikte araştırmacılara göre, bu yeni model, gelişmiş ekonomi, yüksek dış bağımlılık veya kısıtlı faktör donatımı gibi çeşitli özelliklere sahip ülkelerin rekabet güçlerini açıklamakta bahse konu tüm modellerden daha fazla açıklama gücüne sahiptir.⁷⁶

⁷⁴ Cho 1994, s.17.

⁷⁵ CHO, D., H.MOON ve M. YOUNG (2009), "Does One Size Fit All? A Dual Double Diamond Approach to Country-Specific Advantages", *Asian Business & Management*, No:8(1), s.87.

⁷⁶ Cho vd. 2009, s.95.

Küreselleşen dünyada beşeri faktörlerin ülkeler arası dolaşıma açık olması ile alanında uzman kişilerin diğer ülke sektörlerine bilgi ve tecrübelerini aktarmaları neticesinde ulusal rekabet gücüne katkı sağlayabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Cho ve diğ.'nin sunduğu bu model günümüz karmaşık ekonomilerinin rekabet gücünün tespiti açısından önemli bir yere sahiptir.

2.6. Aiginger' in Refah Odaklı Rekabet Gücü Anlayışı

Aiginger günümüze kadar yapılmış olan popüler rekabet gücü tanımlarının birkaç tanesini bir araya getiren ve rekabet gücü kavramına yapılan eleştirileri bertaraf etmekle birlikte bu kavramla ilgilenen herkesin yakın zamanda kabul edeceği bir tanım geliştirdiğini ileri sürmektedir. Aiginger rekabet gücünü "refah yaratabilme yeteneği" olarak tanımlar ve bu kavramın kapsamlı bir değerlendirmesinin muhakkak "sonuç odaklı rekabet gücü yaklaşımını" ve "süreç odaklı rekabet gücü yaklaşımını" içermesi gerektiğini ifade eder.⁷⁷ Aiginger bu yaklaşımları, Y= Kişi başı Gelir; S= Fakirlik, bölgesel istihdam farklılıkları ve uzun dönemli işsizlik gibi sosyal göstergeler ile dağılım göstergeleri; E= Sera gazı emisyonu, çıkış enerji yoğunluğu (*the energy intensity of output*), taşıma hacmi gibi ekolojik göstergeler seti; s.i.= Finansal sürdürülebilirlik, dış ticaret dengesinin sürdürülebilirliği ve politik istikrar; K= Fiziksel Sermaye; L= İşgücü; TFP= Teknik İlerleme; C= Kabiliyet; I= Kurumlar; T= Güven olmak üzere fonksiyonel olarak aşağıdaki şekilde ifade etmektedir;

$$W= f(Y, S, E); s.i. \text{ (Sonuç Odaklı Rekabet Gücü Fonksiyonu)}$$

$$W= f(K, L, TFP, C, I, T) \text{ (Süreç Odaklı Rekabet Gücü Fonksiyonu)}$$

Bu iki fonksiyon bir araya gelerek refah odaklı rekabet gücü anlayışını meydana getirmektedir.

Süreç odaklı rekabet gücü fonksiyonu incelendiğinde iş gücü, sermaye ve teknolojik ilerleme gibi standart üretim fonksiyonundaki faktörlerin yanı sıra kabiliyet, kurumların kalitesi, güven, politik kararlılık ve hukukun üstünlüğü gibi faktörleri içerdiği daha genel bir tabirle gelir ve istihdam yaratmak için gerekli olan şartları içerdiği görülmektedir. Bu, bir bakıma bir ülke ya da bölgenin refah yaratma kabiliyeti olarak değerlendirilebilir. Bu fonksiyona benzer bir modelin Porter tarafından Elmas Modeli adı altında oluşturulduğu daha önce incelenmişti. Bu açıdan Aiginger'in Porter'la bu noktada ortak görüşe sahip olduğu görülebilir.

⁷⁷ Aiginger 2006, s.162.

3. KURUMSAL BAĞLAMDA ULUSAL REKABET GÜCÜ

Bir ülkenin dünyadaki rekabetçilik düzeyinin belirlenmesi üzerine araştırmalar yapan birçok kuruluş bulunmaktadır. Her bir kuruluş, farklı ölçüm metodolojileri kullanarak bir ülkenin rekabetçilik düzeyini belirleyen farklı parametreler üzerine yoğunlaşmış olmasına rağmen ortak amaç ülkelerin vatandaşlarına sunduğu sosyo-ekonomik ortamın kalitesini belirlemek ve bu ortamın iyileştirilerek insanların refahlarını arttırmaya yönelik önlemler alınması için bir rehber sunmaktır.

3.1. Ulusal Rekabet Gücü Endeksleri

Uluslararası rekabet gücünü 1979'dan bu yana düzenli olarak ölçen kurumlardan biri olan Dünya Ekonomi Forumu (WEF), günümüzde 142 ülke için ölçüm yapmaktadır. Rekabet gücünü bir ülkenin verimlilik düzeyini belirleyen kurumların, politikaların ve faktörlerin bütünü olarak gören forum yöneticilere ve politika uygulayıcılara ileri düzey rekabet gücüne sahip olabilmenin önündeki engelleri tanımlayabilecek bir ölçüm aracı sunmak ve böylece bu engellerin üstesinden gelebilecek stratejilerin oluşturulmasını teşvik etmeyi amaç edinmiştir.⁷⁸

2011-2012 Dünya Rekabet Gücü Raporunda WEF'in rekabet gücünü ölçmekte kullandığı Küresel Rekabet Gücü Endeksi (*Global Competitiveness Index*) Tablo-1'de gösterilen üç temel gruba bölünmüş on iki unsurdan oluşmaktadır. Her bir unsur ya büyük uluslararası kaynaklardan ya da WEF'in düzenlediği Yönetici Fikir Anketi'nden (*Executive Opinion Survey*) derlenen göstergelerden oluşmaktadır.

Forum, 2004 yılına kadar Büyüme Rekabet Gücü Endeksi (BRGE) ve İş Rekabet Gücü Endeksi (İRGE) olmak üzere iki farklı endeks yayımlamıştır.⁷⁹ Jeffrey Sach tarafından geliştirilen ve makro ekonomik değişkenlere dayalı olan BRGE ile Porter'in Elmas Modeli temel alınarak geliştirilen ve mikro ekonomik değişkenlere dayalı olan İRGE daha sonra Küresel Rekabet Gücü Endeksi (KRG) adı altında birleştirilmiştir. Porter ile aynı doğrultuda rekabet gücünü verimlilikle eşdeğer gören forum, halen Porter'in elmas modelinde bahsedilen faktörlere KRG'de yer vermektedir.

⁷⁸ WEF 2011, s.4,10.

⁷⁹ WEF (World Economic Forum) (2006), *The Global Competitiveness Report 2006-2007*, http://www.augustolopez-claros.net/docs/GCR2007_CompIndexes2006.pdf, Erişim Tarihi: 29.11.2011, s.5.

Tablo 1. Rekabet Gücünün Unsurları

Unsur	Grup
Kurumlar	Temel Gereksinimler
Altyapı	
Makroekonomik İstikrar	
Sağlık ve Temel Eğitim	
Yüksek Eğitim ve Öğretim	Etkinlik Arttırıcılar
Ürün Pazar Etkinliği	
İşgücü Pazar Etkinliği	
Finansal Piyasa Etkinliği	
Teknolojik Hazırlık	
Piyasa Boyutu	Yenilik ve Sofistikasyon Faktörleri
İş Sofistikasyonu	
Yenilik	

Kaynak: WEF 2011, s.9.

Ulusal düzeyde rekabet gücünü ölçen endeks çalışmalarından bir diğeri Yönetim Geliştirme Enstitüsü (*International Institute for Management Development - IMD*) tarafından yürütülmektedir. IMD, bir ülkenin uluslararası rekabet gücünün sadece GSYİH ve verimliliğe indirilerek ölçülemeyeceğini çünkü işletmelerin aynı zamanda politik, sosyal ve kültürel boyutlarla da uğraşmak durumunda olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, ülkelerin rekabet gücünün işletmelerin rekabet gücüne bağlı olduğu düşüncesinden yola çıkarak ülkelerin, işletmelerin rekabet gücünü arttıracak en etkin yapıya, kurumlara ve politikalara sahip bir ortam sunmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Raporlarını 1989 yılından bu yana Dünya Rekabet Gücü Yıllığı adı altında yayımlayan IMD, 2011 yılına 331 ölçüt ile 59 ülkenin rekabet gücünü değerlendirmektedir. Enstitünün kullandığı kriterlerin üçte ikisini oluşturan yayınlanmış veriler; uluslararası, ulusal ve bölgesel organizasyonlar, özel enstitüler ile dünya çapında 54 partner enstitüden oluşan ağdan elde edilen istatistiksel göstergelerden, diğer veriler ise yöneticiler tarafından doldurulan görüş anketlerinden elde edilmektedir. IMD, bir ülkenin rekabetçi ortamını belirleyen faktörleri Tablo 2’de gösterildiği üzere her biri 5 alt gruptan oluşan dört ana

guruba ayırmıştır. Her biri eşit sayıda ölçüt içermeyen bu alt grupların ağırlıkları ise eşittir (%5).⁸⁰

Tablo 2. IMD'ye Göre Uluslararası Rekabet Gücünü Belirleyen Faktörler

Ana Grup	Kriter Sayısı	Alt Gruplar	Açıklama
Ekonomik Performans	78	Yerel Ekonomi Uluslararası Ticaret Uluslararası Yatırım İstihdam Fiyatlar	Yerel ekonominin makro ekonomik değerlendirmesi.
Hükümet Etkinliği	71	Kamu Finansmanı Maliye Politikası Kurumsal Çerçeve İş Ortamına İlişkin Mevzuat Sosyal Çerçeve	Hükümet politikalarının uluslararası rekabet gücüne ne derece katkı sağladığı
İş âlemi Etkinliği	68	Verimlilik İş Gücü Piyasası Finans Yönetim Uygulamaları Tutum ve Değerler	Ulusal ortamın, işletmelerin yenilikçi, kârlı ve sorumlu bir yapıda faaliyet göstermesine ne derece katkı sağladığı.
Altyapı	114	Temel Altyapı Teknoloji Altyapı Bilimsel Altyapı Sağlık ve Çevre Eğitim	Temel, teknolojik, bilimsel ve beşeri kaynakların iş âlemi ihtiyaçlarını ne derece karşıladığı.

Kaynak: IMD 2011a, s.480.

WEF ve IMD tarafından yürütülen bu çalışmalara önemli bir eleştiri Siggel tarafından yapılmıştır. Siggel'e göre bu endeksler ülkelerin rekabet

⁸⁰IMD (International Institute for Management Development) (2011b), *Frequently Asked Questions*, <http://www.imd.org/research/publications/wcy/upload/FAQs.pdf> , Erişim Tarihi: 28.11.2011, s.485-487.

gücünü yansıtmaktan ziyade ülkeleri iş ortamının kalitesine göre sınıflandırdığından uluslararası yatırımcılara yatırım yeri seçmeleri için yararlı birer rehber olmakla birlikte gerek teorik temelleri gerekse toplama metotları sorunludur.⁸¹

Rekabet gücü ölçümü üzerine çalışmalar yürüten kuruluşlardan biri de OECD Sekretaryasıdır. OECD Sekretaryası bir ülkenin rekabet gücünü ülkenin faaliyette bulunduğu ticari sektörlerdeki performansı açısından değerlendirmekle birlikte rekabet gücünün ölçümünde ticari performansı etkileyen tüm faktörlerin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸² Ancak sekretarya bu gücün ölçülmesinde kullanılan bazı faktörlerin kalitatif olmasından dolayı reel efektif döviz kuruna dayalı ölçümler yapmaktadır. Rekabet gücünün göstergesi olarak kullanılan reel efektif döviz kuru OECD sekretaryası tarafından birim iş gücü maliyetleri ve tüketici fiyat endekslerine dayalı olarak ölçülmektedir. Dış ticaret trendlerini analiz etmek ve öngörülecek için bir araç olarak görülen bu göstergeler “görelî tüketici fiyatlarına dayalı rekabet gücü endeksi” ile “üretim sektöründeki görelî birim iş gücü maliyetlerine dayalı rekabet gücü endeksi” adı altında yıllık olarak yayımlanmaktadır. Ancak ulusal rekabet gücünü oluşturan etmenler OECD Sekretaryasının kullandıklarından çok daha çeşitli ve kompleks olduğundan bu göstergelerin sağlıklı olduğu söylenemez.

3.2. Dolaylı Olarak Ulusal Rekabet Gücünü Yansıtan Endeksler

Doğrudan ulusal rekabet gücünü ölçmeyi amaçlamayan ancak kullandıkları veri setleri itibariyle ulusal rekabet gücünün göstergesi veya belirleyicisi olabilecek endeksler yayınlayan kuruluşlardan biri olan Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (BMKP), İnsani Gelişim Raporları (İGR) ile insani gelişimin farklı boyutlarını inceleyerek ülke bazında değerlendirmeler yapmaktadır. 2011 yılı itibariyle Hong Kong ve Filistin Yönetimi dahil 192 Birleşmiş Milletler (BM) üyesi ülkenin insani gelişmişlik seviyesini ölçen kurum, 1990 yılından bu yana her yıl insani gelişimin çevre, cinsiyet, yoksulluk, göç ve eşitlik gibi farklı temalarını işleyerek analizlerini raporlarında yayınlamaktadır.⁸³

Geleneksel insani gelişim kavramı ekonomik büyümeye özel önem vermektedir. Ancak yaşam kalitesinin artırılmasında kullanılmadığı sürece

⁸¹ SIGGEL, E. (2007), “International Competitiveness and Comparative Advantage: A Survey and a Proposal for Measurement”, http://www.ifo.de/link/vsi07_mdc_degrauwe_Siggel_p2.pdf, Erişim Tarihi: 09.11.2010, s.14.

⁸² DURAND, M., J. SIMON ve C. WEBB (1992), “OECD’s Indicators of International Trade and Competitiveness”, *OECD Economics Department Working Papers*, No:120, s.5.

⁸³ UNDP (United Nations Development Programme) (2011), *Human Development Report*, http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_EN_Complete.pdf, Erişim Tarihi: 31.01.2012, s.123.

ekonomik göstergelerdeki büyümenin insani gelişime katkıda bulunmayacağı yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla büyüme, insani gelişimin amacı değil önemli bir araçtır ve insani gelişim ile ekonomik büyüme birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. BMKP'nin İnsani Gelişim Raporlarında (İGR) insana yatırımın önemini vurgulamaktadır. Bu çerçevede raporlarda sağlıklı ve eğitilmiş kişilerin daha verimli çalışarak ekonomik büyümeye katkıda bulunacağı fikri savunulmaktadır.⁸⁴ Ulusal rekabet gücünün artırılması sosyo-ekonomik yapının iyileştirilerek insana yatırım yapılması ile sağlanabileceğinden bu katkı hiç şüphe yok ki ülkenin ulusal rekabet gücünü pozitif yönde etkileyecektir. Bu perspektifte raporlarda ele alınan faktörler ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler olarak değerlendirilebilir.

1990'daki ilk İnsani Gelişim Raporu'nda insani gelişim, insanlara daha çok seçenek sunma işlemi olarak tanımlanmaktadır. Gelir bu seçeneklerden yalnızca bir tanesidir. Sağlık, eğitim, iyi bir fiziksel çevre ile ifade ve hareket özgürlüğü önemli seçenekler arasındadır.⁸⁵ Raporunda yer alan endekslerden en önemlisi olan İnsani Gelişim Endeksi (İGE), bir ülkenin insani gelişiminin üç temel boyutundaki performansını ölçen ve GSYH'dan daha kapsamlı bir ölçü sunan bir endekstir. Bu boyutlar: doğumdaki ortalama ömür beklentisiyle ölçülen uzun ve sağlıklı yaşam, 25 yaş ve üzeri insanların aldıkları eğitimin ortalama süresi (yıl olarak) ve okul çağına gelmiş bir çocuğun alması beklenen eğitim süresi (yıl olarak) ile ölçülen bilgiye erişim düzeyi ile satın alma gücü paritesine göre hesaplanmış kişi başına düşen GSMH (\$) ile ölçülen asgari yaşam standardıdır.⁸⁶

Ulusal rekabet gücü edinmekteki asıl amacın refah artışını sağlamak olduğu referans alındığında ülkeler arasındaki refah ve yaşam standardı farkını değişik açılardan değerlendiren bu raporlar ulusal rekabet gücünün birer göstergesi olarak kullanılabilir.

Ekonomik faaliyetlerin serbestçe yapılabilmesi, küreselleşen dünya ekonomisinde yabancı yatırımlar üzerinde dolaylı veya dolaysız engellerin bulunmaması refah artışı ve ulusal rekabet gücü edinmede olmazsa olmaz koşullardandır. Walter⁸⁷ tarafından "bireylerin, ekonomik aktivitelerini diğer bireylerin veya devletin keyfi kontrolü ve müdahalesi olmaksızın sürdürebilmesi hakkı" olarak tanımlanan ekonomik özgürlüklerin ölçümü üzerinde çalışan

⁸⁴ UNDP (United Nations Development Programme) (1992), *Human Development Report*, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1992/chapters/>, 18.06.2010, s.12.

⁸⁵ UNDP 1992, s.13.

⁸⁶ UNDP 2011, s.130,167.

⁸⁷ WALTER, E.B. (1991), "Economic Freedom: Toward a Theory of Measurement", http://www.fraserinstitute.org/commerce/web/product_files/EconomicFreedomTheoryofMeasurement.pdf, Erişim Tarihi: 20.06.2010, s.61.

günümüzde iki kurum bulunmaktadır. Birbirinden farklı kriterler kullanmalarına rağmen sonuçları hemen hemen birbirine yakın olan bu kurum endekslerinden ilki Kanada kökenli olan *Fraser* Enstitüsü'nün yayınladığı Dünya Ekonomik Özgürlüğü (*Economic Freedom of World; EFW*) Endeksi, diğeri ise ABD kökenli *Heritage Foundation* ve *Wall Street Journal* tarafından hazırlanan Ekonomik Özgürlük Endeksi (EÖE)'dir.

Fraser Enstitüsüne göre ekonomik özgürlüğün temel taşları kişisel seçim, değişim (mübadele) serbestliği, pazara giriş ve rekabet özgürlüğü ile özel mülkiyetin güvenliğinin sağlanmasıdır.⁸⁸

Kaynak olarak IMF, WB, WEF gibi uluslararası kurumların, mevcut değilse yerel kaynakların verilerini kullanan *Fraser* Enstitüsü 1996 yılından bu yana oluşturduğu EWF endeksi ile beş temel alandaki ekonomik özgürlüğün derecesini ölçmektedir. Bunlar: (i) devletin büyüklüğü: harcamalar, vergiler ve teşebbüsler, (ii) hukuksal yapı ve mülkiyet haklarının güvenliği, (iii) sağlam paraya erişim, (iv) uluslararası ticaret özgürlüğü, (v) kredi, işgücü ve iş ortamı düzenlemeleridir. 2011 yılına ait raporda 2009 yılı için oluşturulan endekste bu 5 temel kategori altında 42 farklı değişken ile 141 ülkenin ekonomik özgürlüğü derecesini ölçmektedir.⁸⁹ Rapor incelendiğinde, ekonomik özgürlük ile kişi başı gelir, ekonomik büyüme, doğrudan yabancı yatırımlar, ortalama ömür, siyasi haklar ve sivil özgürlükler ile temiz çevre arasında pozitif ilişki olduğu, yolsuzluk ile negatif ilişki olduğu, gelir dağılımı ile ise sistematik bir ilişki olmadığı görülmektedir.

EÖE'de ele alınan özgürlükler ise benzer şekilde: iş yapabilmek özgürlüğü, ticaret özgürlüğü, mali (*fiscal*) özgürlük, kamu büyüklüğü, parasal (*monetary*) özgürlük, yatırım özgürlüğü, finansal (*financial*) özgürlük, mülkiyet hakları, yolsuzluktan arınma ve iş özgürlüğüdür.⁹⁰

Her iki kurum tarafından hazırlanan ekonomik özgürlük endeksleri ülkelerin ekonomik özgürlük derecelerini, liberal ekonomi politikalarının ne kadar uygulandığını gösteren endeksler olması dolayısıyla ülkelerin uluslararası rekabet gücünün bir göstergesi olmasının yanı sıra bu gücü belirleyen önemli faktörleri içeren bir faktörler grubu olarak değerlendirilebilir.

⁸⁸ FI (Fraser Institute) (2011), "Annual Report", *Economic Freedom of World*, http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011_complete.pdf.

Erişim Tarihi: 03.02.2012, s.1.

⁸⁹ FI 2011, s.1-4.

⁹⁰ HF (The Heritage Foundation) (2012), *Index of Economic Freedom*, http://www.heritage.org/index/pdf/2012/book/index_2012.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2012, s.15-19.

2004 yılından bu yana her yıl Dünya Bankası tarafından yayınlanan İş Yapma Raporu küçük ve orta ölçekli işletmeleri dolayısıyla yatırım ortamını etkileyen prosedürleri/düzenlemeleri, işlem sürelerini ve maliyetlerini 10 kritere göre analiz ederek iş yapma ortamı açısından ülkeleri derecelendirmektedir. Bu kriterler: İşe Başlama, İnşaat İzinleri, Elektrik Aboneliği Edinme, Tapu Kaydı, Kredi Alma, Yatırımcının Korunması, Vergi Ödeme, Dış Ticaret, Sözleşmenin İcrası, Tasfiyenin Çözülmesi başlıkları altında toplanmaktadır. İş Yapma raporuna göre özellikle gelişmekte olan ülkelerde iş ortamını şekillendiren düzenlemelerin ve bürokratik işlemlerin fazlalığı, ekonomik faaliyetlerin %80'inin kayıt dışı alanda oluşmasına neden olmaktadır. Kayıt dışında yaşamını sürdüren büyümenin ve iş yaratmanın tetikleyicisi olan küçük ve orta büyüklükteki işletmeler kredi almakta sıkıntılar yaşamakta, az işçi çalıştırmakta ve büyüyememekte; dolayısıyla ülkedeki firmaların ve ülkenin rekabet gücü azalmaktadır. Rapora göre iş yapma endeksi ile WEF tarafından hazırlanan rekabet gücü endeksi arasında güçlü korelasyon bulunmaktadır.⁹¹ Bir firmanın yaşam döngüsü boyunca karşılaştığı prosedür ve bürokratik işlemlerin fazlalığı o ülkeye yapılan doğrudan yabancı yatırımları negatif yönde etkilediği Yükseler⁹² tarafından hazırlanan çalışmada da görülmektedir. Yukarıda aktarıldığı üzere bir ülkedeki yerli ve yabancı firmaların sayısı o ülkedeki iş kurma ile ilgili hukuksal ve kurumsal düzenlemelere bağlı olduğundan İş Yapma Endeksi ülkenin rekabet gücünü belirleyen faktörleri içeren bir gösterge olarak değerlendirilebilir.

Kurumlara ve politikacılara olan güvenin yüksek olması, müteşebbislerin faaliyetlerini eşit şartlar altında yapabileceklerine olan inancını ve dolayısıyla refah artışının temel yapıtaşı olan yatırımları arttırması vasıtasıyla ulusal rekabet gücünün elde edinmesinde önemli bir etkiye sahiptir. Yolsuzluk algılaması üzerine ölçüm yapan bir kuruluş olan Uluslararası Şeffaflık Örgütü (UŞÖ) tarafından yayınlanan Yolsuzluk Algılama Endeksi (YAE) bu bağlamda ulusal rekabet gücünü belirleyen bir gösterge endeks olarak değerlendirilebilir. Yoksulluğun en büyük sebebinin yolsuzluk olduğu ve birbirlerini besledikleri fikrinin ileri sürüldüğü endekste, birçok araştırmaya göre yolsuzluğun yüksek olduğu ülkelere yapılan yabancı yatırım miktarının da düşük seviyede olduğu ifade edilmektedir.⁹³ Bu bağlamda yolsuzluğun düşük olduğu bir ülke, yabancı

⁹¹ DB (Dünya Bankası) (2009), *Doing Business 2010*, <http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>, Erişim Tarihi: 07.02.2012, s.17,19.

⁹² YÜKSELER, Z. (2005), "Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve İş/Yatırım Ortamı İlişkisi", <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/Rekabetgucu-YabanciSermaye.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2010, s.8-10.

⁹³ TI (Transparency International) (2005), *Corruption Perceptions Index*, http://www.transparency.org/content/download/1516/7919/file/media_pack_en.pdf, Erişim Tarihi: 06.02.2012.

sermaye için cazip hale geleceğinden gelir, istihdam ve teknoloji transferi etkileri ile paralel olarak o ülkenin rekabet gücü artacaktır. Dolayısıyla YAE ülkelerin rekabet gücünün analiz edilmesinde kullanılabilir bir araçtır.

Devlet yerine getirmekle mükellef olduğu kamu hizmetleri, hukuksal düzenlemeler ve ekonomi politikaları ile sosyal ve ekonomik hayatın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu faaliyetlerin kalitesi ve politik istikrar, özel sektörün gelişimi ve yatırım kararları üzerinde önemli etkilere sahip olduğundan ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler arasında yer almaktadır. Dünya Bankası 1996 yılından bu yana 213 ülke yönetimini söz hakkı ve hesap verebilirlik, politik istikrar ve şiddet/terörizmin bulunmayışı, hükümet etkinliği, hukukun üstünlüğü ve yolsuzluk kontrolü bakımından Yönetim Göstergeleri adı altında incelemektedir.⁹⁴

Bu göstergelerden ilki olan **söz hakkı ve hesap verebilirlik** göstergesi ile bir ülke vatandaşlarının, ülke yöneticilerinin seçimine ne derece katılabilir oldukları yönündeki algılarının yanı sıra sendika kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne yönelik algılamaların ölçülmesi hedeflenmiştir. Diğer göstergeler arasında yer alan **politik istikrar ve şiddet/terörizmin bulunmayışı** göstergesi ile siyasi nedenli şiddet ve terörizm dahil olmak üzere yasadışı faaliyetler ve şiddet aracılığı ile hükümetin devrilmesi veya istikrarının bozulması olasılığı; **hükümet etkinliği** göstergesi ile kamu hizmetlerinin kalitesi, bu hizmetlerin politik baskılardan bağımsızlığı, politika oluşturma ve uygulama kalitesi ile bu tür politikalara hükümetin sadakatinin güvenilirliği; **düzenleyici kalitesi** göstergesi ile hükümetin özel sektörün gelişmesini mümkün kılan ve arttıran güçlü politika ve düzenlemeleri formüle etme ve uygulama yeteneği değerlendirilmektedir. **Hukukun üstünlüğü** göstergesi ile suç ve şiddet olasılığı algısını, toplum kurallarına uyma ve bu kurallara güven derecesini, mahkemelerin, polis, mülkiyet haklarının ve sözleşme icrasının kalitesini ölçmeyi hedefleyen Dünya Bankası son olarak **yolsuzluk kontrolü** göstergesi vasıtasıyla kamu gücünün ne derece özel çıkarlar için kullanıldığı yönündeki algıları ölçmektedir.

SONUÇ

Ulusal rekabet gücü kavramına iktisat teorileri çerçevesiyle bakıldığı çalışmanın ilk kısmında bu teoriler ulusal rekabet gücünü belirleyici kaynaklar olarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, 18. yüzyıldan 20. yüzyılın ilk yarısına kadar

⁹⁴ KAUFMANN, D., A. KRAAY ve M. MASTRUZZI (2010), "The Worldwide Governance Indicators Methodology and Analytical Issues: Policy Research Working Paper 5430", *The World Bank Development Research Group Macroeconomics and Growth Team*, http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1682130_code468680.pdf?abstractid=1682130&mirid=3, Erişim Tarihi:07.02.2012, s.1-4.

rekabet gücünün belirleyicileri maliyet farklılıkları ve doğal kaynaklar gibi temel faktörler iken, teknolojinin gelişmesi ve dışa açık ticaret politikalarının benimsenmesi ile bu gücün oluşumunda Ar-Ge faaliyetleri, nitelikli işgücü, ölçek ekonomileri gibi faktörler önemli rol oynamaya başlamıştır. Daha sonraki yıllarda dünya ekonomisinin küreselleşmesi, bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması neticesinde çok uluslu şirketlerin faaliyetleri, endüstri-içi ticaret ve bu teknolojilerin yoğun kullanımı rekabet gücünü etkileyen olgular olarak karşımıza çıkmıştır. İşletme iktisadı bilim dalının ulusal rekabet gücü alanındaki temsilcisi olarak nitelendirebileceğimiz Porter'in ulusal rekabet gücünü oluşturan faktörleri inceleme biçimi bu alanda birçok tartışmaların yapılmasına sebebiyet vermiştir. Kimi bilim adamları Porter'in teorisine metodoloji bakımından karşı çıkarken kimi bilim adamları ise teorinin eksik tarafları olduğunu vurgulamakla birlikte Porter'in teorisini temel alan teoriler ortaya atmıştır. İktisat teorisi ve işletme iktisadı teorisyenlerine göre ulusal rekabet gücünün kaynakları ve bu gücün belirleyicileri Tablo 3'de özetlenmiştir. Tablo 3 ulusal rekabet gücü kaynaklarının ve belirleyicilerinin zaman içerisindeki değişimini ortaya koyması bakımından önemlidir.

Dünya ekonomisinin küreselleşmesine paralel ulusal rekabet gücünün ölçümü ve bu gücü belirleyen faktörleri tespit etmeye yönelik olarak çalışmalar yürüten iktisadi kuruluşların sayısında artış gözlemlenmiştir. Bu kuruluşlardan biri olan OECD Sekretaryası, ulusal rekabet gücü göstergesi olarak birim işgücü maliyetleri ve tüketici fiyatlarına dayalı reel efektif döviz kurunu kullanmaktadır. Ancak oluşumunda çok farklı ve karmaşık etmenlerin bulunduğu ulusal rekabet gücünü sadece birim işgücü maliyetleri, tüketici fiyatları ve bunlara dayalı hesaplanan reel efektif döviz kuruna dayandırarak rekabet gücünü ölçmek sığ kalmaktadır. Dolayısıyla çok sayıda faktör kullanarak ulusların rekabet gücünü ölçmeye yönelik çalışmalar yürüten WEF ve IMD gibi kurumlara kıyasla OECD Sekretaryası rekabet gücü göstergelerinin, ulusal rekabet gücünü yansıtmaya kabiliyeti daha zayıftır.

Tablo 3. İktisat ve İşletme İktisadı Teorisyenlerine Göre Ulusal Rekabet Gücü

Akademisyen	Teori	Rekabet Gücünün Belirleyicileri	Rekabet Gücünün Kaynağı
Adam Smith (1766)	Mutlak Üstünlük Teorisi	Mutlak Maliyet Avantajı	Faktör verimliliği; doğal ve kazanılmış üstünlükler.
Ricardo (1817)	Karşılaştırmalı Üstünlük Teorisi	Karşılaştırmalı Maliyet Avantajı	Faktör verimliliği; doğal ve kazanılmış üstünlükler.
Eli Heckscher ve Bertil Ohlin (1933)	Faktör Donatımı Teorisi	Faktör Donatımı	Nispi kaynak miktarındaki dolayısıyla faktör fiyatlarındaki farklılıklar.
Kenen (1965) ve Keesing (1966)	Neo-Faktör-Donatımı Teorisi	Nitelikli İşgücü	Eğitilmiş işgücü
Posner (1961)	Teknoloji Açığı Teorisi	Teknolojik Yenilik	Ar-Ge Faaliyetleri
Vernon (1966) Krugman (1979a), Grossman ve Helpman (1989) ve Lai (1995)	Ürün Dönemleri Teorisi	Teknolojik yenilikler, yeni ürünlerin geliştirilmesi, çok uluslu firmaların faaliyetleri.	Ülkedeki teknolojik yenilik yapma kapasitesi, nitelikli iş gücü miktarı; ülke büyüklüğü, doğrudan yabancı yatırımlar ve devletin Ar-Ge faaliyetlerine verdiği destek.
Marshall (1890), Linder (1961), Grubel ve Lloyd (1971), Krugman (1979b; 1980; 1981)	Yeni Dış Ticaret Teorileri (Örtüşen Talepler Teorisi/ Endüstri-İç Ticaret/ Monopolcü Rekabet)	İçsel ve Dışsal Ölçek ekonomileri, ürün farklılaştırılması, endüstri-İç ticaret.	Yüksek üretim hacmi ve geniş bir iç piyasa, endüstriyel kümelenme, dışa açıklık, Ar-Ge faaliyetleri ve teknolojik gelişme.

Akademisyen	Teori	Rekabet Gücünün Belirleyicileri	Rekabet Gücünün Kaynağı
Porter (1990)	Rekabetçi Üstünlük Teorisi (Elmas Modeli)	Yüksek seviyede ve sürekli artış gösteren bir verimlilik.	Ülkedeki faktör koşulları, talep koşulları, ilgili ve destekleyici endüstriler, firma stratejisi, yapısı ve yerel rekabet ortamı
Rugman ve D'Cruz (1993)	Çifte Elmas Modeli	Yerel elmas ile üç ülkenin (ABD, Japonya ve Avrupa Birliği) elması arasındaki etkileşim.	Ticaret ilişkisinde bulunan iki ülkenin elmas modeline ek olarak çok uluslu firmaların faaliyetleri.
Moon vd. (1998)	Genellenmiş Çifte Elmas Modeli	Yerel elmas ile küresel elmas arasındaki etkileşim.	Yerel elmas ile küresel elmas modeline ek olarak çok uluslu firmaların faaliyetleri.
Cho (1998)	Dokuz Faktör Modeli	Beşeri faktörlerin fiziki faktörleri etkin kullanma kabiliyeti.	Bahşedilmiş kaynaklar, iş ortamı, ilişkili ve destekleyici endüstriler, yerel talep, işçiler, politikacılar ve bürokratlar, girişimciler, uzman yöneticiler ile mühendisler ve şans.
Aiginger (2006)	Refah Odaklı Rekabet Gücü Anlayışı	Refah yaratabilme yeteneği.	İş gücü, fiziksel sermaye, teknolojik ilerleme; kabiliyet, kurumların kalitesi, güven, politik kararlılık ve hukukun üstünlüğü.
Cho, Moo ve Young (2009)	Çifte Çifte Elmas Modeli	Yerel ve uluslararası faktörlerin birbirleri ile etkileşimi. Beşeri faktörlerin ülkeler arası dolaşıma açık olması.	Yerel fiziki faktörler, yerel beşeri faktörler, uluslararası fiziki faktörler ve uluslararası beşeri faktörler.

Ulusal rekabet gücünün ölçümü üzerine çalışmalar yürüten bu kuruluşların yanı sıra direkt olarak ulusal rekabet gücünü ya da bu gücü belirleyen faktörleri ölçmeyi amaç edindiğini ifade etmeyen ancak üzerinde çalıştıkları kriterler itibarıyla ulusal rekabet gücünün göstergesi ya da belirleyicisi niteliğinde olduğu kabul edilebilecek endeksler yayınlayan kurum ve kuruluşlar mevcuttur. Bunlardan biri olan Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (BMKP)'nin yayınladığı endeksler, rekabet gücü edinmekteki asıl amacın yaşam standardını arttırmak olduğu göz önüne alındığında, kişi başı GSMH'dan daha kapsamlı bir ölçü sunmaları dolayısıyla ülkelerin yaşam kalitesini ortaya koyması bakımından ulusal rekabet gücünün bir göstergesidir. Ayrıca ulusal rekabet gücü edinmek eğitilmiş, sağlıklı ve en azından temel ihtiyaçlarını giderebilecek düzeyde yaşam standardına sahip insan kaynağı gerektirdiğinden bu endeksler ulusal rekabet gücünün belirleyicilerini içeren endeksler olarak değerlendirilebilir.

Temel belirleyicileri kişisel seçim, mübadele serbestliği, pazara giriş ve rekabet özgürlüğü ile özel mülkiyet güvenliğinin sağlanması olan ekonomik özgürlükler ile kişi başı gelir, ekonomik büyüme, doğrudan yabancı yatırımlar, ortalama ömür arasında pozitif ilişki mevcut olduğundan ekonomik özgürlük derecesinin ölçülmesinde kullanılan faktörler, ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler olarak değerlendirilebilir.

Bir firmanın yaşam döngüsü boyunca bir ülkede karşılaştığı süreç ve bürokratik işlemlerin ücret ve zaman bakımından maliyeti o ülkeye yapılan yerli ve yabancı yatırımların miktarını etkilediğinden Dünya Bankası tarafından hazırlanan İş Yapma Endeksi'nin oluşturulmasında kullanılan faktörler ulusal rekabet gücünü belirleyen faktörler grubu olarak kabul edilebilir.

Yolsuzluğun düşük olduğu bir ülke, yabancı sermayenin yanı sıra kurumlara ve siyasi otoriteye olan güven artışına bağlı olarak yerli yatırımcılar için de cazip hale geleceğinden bu yatırımların miktarı artacaktır. Bu artış yabancı firmaların teknolojilerini, yönetim birikimlerini ve deneyimlerini transfer etmeleri ve sektördeki rekabet ortamını olumlu yönde etkilemesi suretiyle ülkenin ulusal rekabet gücünde artış meydana getirecektir. Dolayısıyla Uluslararası Şeffaflık Örgütü tarafından hazırlanan Yolsuzluk Algılama Endeksi ülkelerin rekabet gücünün analiz edilmesinde kullanılacak bir göstergedir.

Kamu hizmetleri toplum yaşamının ayrılmaz bir parçasıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu siyasi otorite belli bir grubun çıkarlarından ziyade ülke çıkarlarını göz önünde bulundurmalı, bu hizmetlerin kalitesini arttırmayı amaç edinmeli ve bu yönde istikrarlı bir politika izlemelidir. Siyasi otoriteye güvenin olmadığı, yasadışı faaliyetlerin ve şiddetin yoğun olarak yaşandığı ülkelerde politik istikrarın sürdürülemeyeceği bir gerçektir.

Böyle bir ortamda yatırımcılar geleceğe yönelik sağlıklı kararlar alamazlar ve bu durum zincirleme olarak makro ekonomik göstergeler üzerinde olumsuzluklara yol açmakla birlikte ülke rekabet gücünü de olumsuz yönde etkilemektedir. Diğer yandan bu hizmetlerin idamesinde bilgi ve iletişim teknolojilerinin etkin bir şekilde kullanılması, bürokratik işlemlerin azlığı, dünya standartlarında ulaşım ve iletişim alt yapısının kurulması özel sektörün ekonomik faaliyetlerini ve dolayısıyla ülke rekabet gücünü olumlu yönde etkileyecektir. Yukarıda bir kısmı aktarılan sebeplerden ötürü ülke rekabet gücünü belirleyen bu faktörler, Dünya Bankası tarafından yönetim göstergeleri adı altında incelenmektedir. Yönetim kalitesini ve etkinliğini ölçen bu göstergeler ulusal rekabet gücünün belirleyicisi göstergeler olarak bu çerçevede değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

AIGINGER, K. (2006), "Competitiveness: From a Dangerous Obsession to a Welfare Creating Ability with Positive Externalities", *Journal of International Competitive Trade*, No: 6(2), s.161-177.

APPLEYARD, D.R. ve A.J. FIELD (1995), *International Economics*, USA.

CHARBAUGH, R.J. (2005), *International Economics*, Tenth Edition, Thomson South-Western, USA.

CHO, D. (1998), "From National Competitiveness To Bloc And Global Competitiveness", *Business Review*, No:8(1), s.11-23.

CHO, D., H. MOON ve M. YOUNG (2009), "Does One Size Fit All? A Dual Double Diamond Approach to Country-Specific Advantages", *Asian Business & Management*, No:8(1), s.83-102.

DAVIES, H. ve P. ELLIS (2000), "Porter's Competitive Advantage Of Nations: Time For The Final Judgement?", *Journal of Management Studies*, No:37(8), s.1189-1213.

DB (Dünya Bankası) (2009), *Doing Business 2010*, <http://www.doingbusiness.org/~media/FPKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>, Erişim Tarihi: 07.02.2012.

DUNNING, J.H. (1992), "The Competitive Advantage of Countries and The Activities of Transnational Corporations", *Transnational Corporations*, No:1(1), s. 135-168.

DUNNING, J.H. (1996), "The Geographical Sources of the Competitiveness of Firms: Some Results of a New Survey", *Transnational Corporations*, No:5(3), s.1-29.

DUNNING, J.H. ve S.M. LUNDAN (1998), "The Geographical Sources of Competitiveness of Multinational Enterprises: An Econometric Analysis", *International Business Review*, No:7, s.115-133.

DURAND, M., J. SIMON ve C. WEBB (1992), "OECD's Indicators of International Trade and Competitiveness", *OECD Economics Department Working Papers*, No:120.

FI (Fraser Institute) (2011), "Annual Report", *Economic Freedom of World*, http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011_complete.pdf, Erişim Tarihi: 03.02.2012.

GRANT, R.M. (1991), "Porter's Competitive Advantage of Nations': An Assessment", *Strategic Management Journal*, No: 12(7), s.535-548.

GROSSMAN, G.M. ve E. HELPMAN (1989), "Quality Ladder and Product Cycles", *Nber Working Paper Series*, No:3201, Cambridge.

GRUBEL, H.G. ve P.J. LLOYD (1971), "The Empirical Measurement of Intra-Industry Trade", *Economic Record*, 47 (4), s. 494-517.

HF (The Heritage Foundation) (2012), *Index of Economic Freedom*, http://www.heritage.org/index/pdf/2012/book/index_2012.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2012.

HOFSTEDE, G. (1980), "Motivation, Leadership and Organization: Do American Theories Apply Aboard?", *Organizational Dynamics*, Summer, <http://alangutterman.typepad.com/files/motivation-ldrshp-and-orgn-do-american-theories.pdf>, Erişim Tarihi:25.12.2011, s.42-63.

IMD (International Institute for Management Development) (2011a), *Methodology and Principles of Analysis*, <http://www.imd.org/research/publications/wcy/upload/methodology.pdf>, Erişim Tarihi: 28.11.2011.

IMD (International Institute for Management Development) (2011b), *Frequently Asked Questions*, <http://www.imd.org/research/publications/wcy/upload/FAQs.pdf>, Erişim Tarihi: 28.11.2011.

KARLUK, R. (2002), *Uluslararası Ekonomi Teori ve Politika*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.

KAUFMANN, D., A. KRAAY ve M. MASTRUZZI (2010), "The Worldwide Governance Indicators Methodology and Analytical Issues: Policy Research Working Paper 5430", *The World Bank Development Research Group Macroeconomics and Growth Team*, http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1682130_code468680.pdf?abstractid=1682130&mirid=3, Erişim Tarihi:07.02.2012.

KEESING, D.B. (1966), "Labor Skills and Comparative Advantage", *The American Economic Review*, No: 56(1/2), s.249-258.

KENEN, P.B. (1965), "Nature, Capital and Trade", *Journal of Political Economy*, No:73(5), s.437-460.

- KETELS, C.H.M. (2006), "Michael Porter's Competitiveness Framework-Recent Learnings and New Research Priorities", *Journal of Industrial Competitive Trade*, No: 6(2), s.115-136.
- KİBRİTÇİOĞLU, A. (1996), "Uluslararası Rekabet Gücüne Kavramsal Bir Yaklaşım", <http://129.3.20.41/eps/it/papers/0509/0509008.pdf>, Erişim Tarihi: 19.09.2009.
- KRUGMAN, P.R. (1979a), "A Model of Innovation, Technology Transfer, and the World Distribution of Income", *The Journal of Economy*, No: 87(2), s.253-266.
- KRUGMAN, P.R. (1979b), "Increasing Returns, Monopolistic Competition and International Trade", *Journal of International Economics*, No:9, s.469-479.
- KRUGMAN, P.R. (1980), "Scale Economies, Product Differentiation and the Pattern of Trade", *The American Economic Review*, No:70(5), s.950-959.
- KRUGMAN, P.R. (1981), "Intraindustry Specialization and the Gains from Trade", *Journal of Political Economy*, No:89(5), s.959-973.
- KRUGMAN, P.R. (1994), "Competitiveness: A Dangerous Obsession", *Foreign Affairs*, March/April 1994, No:23(2), s.28-44.
- KRUGMAN, P.R. ve M. OBSTFELD (2009), *International Economics Theory and Policy*, Eight Edition, Pearson, Boston.
- LAI, E. L.C. (1995), "The Product Cycle and the World Distribution of Income. A reformulation", *Journal of International Economics*, No:39(3/4), s.369-382.
- LINDER, S.B. (1961), *An Essay on Trade and Transformation*, John Wiley & Sons Ltd., Almqvist-Wiksell, Stockholm.
- MARKUSEN, J.R., J.R. MELVIN, W.H. KAEMPFER ve K.E. MASKUS (1995), *International Trade, Theory and Evidence*, McGraw-Hill, USA.
- MARSHALL, A. (1890), *Principles of Economics*, Library of Economics and Liberty, <http://www.econlib.org/library/Marshall/marP2.html>, Erişim Tarihi: 20.11.2011.
- MOON, H.C., A.M. RUGMAN ve A. VERBEKE (1998), "A Generalized Double Diamond Approach to the Global Competitiveness of Korea and Singapore", *International Business Review*, No:7, s.135-150.
- OHLIN, B. (1933), *Interregional and International Trade*, Cambridge, Harvard University Press. Revised version published in 1968.

O'SHAUGHNESSY, N.J. (1997), "The Idea of Competitive Advantage and The Ideas of Michael Porter", *Strategic Change*, Cilt: 6, s.73-83.

O'SHAUGHNESSY, N.J. (1996), "Michael Porter's Competitive Advantage Revisited", *Management Decision*, No: 34(6), s.12-20.

PORTER, M.E. (1990a), *The Competitive Advantage of Nations*, MacMillan, China.

PORTER, M.E. (1990b), "The Competitive Advantage of Nations", *Harvard Business Review*, March-April, s.73-91.

POSNER, M.V. (1961) "International trade and technical change". *Oxford Economic Papers*, No 13, s. 323-341.

RICARDO, D. (1817), *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Library of Economics and Liberty,

<http://www.econlib.org/library/Ricardo/ricP.html>, Erişim Tarihi:21.11.2011.

RUGMAN, A.M. ve J.R. D'CRUZ (1993), "The Double Diamond Model of International Competitiveness: The Canadian Experience", *Management International Review*, No:33, Special Issue, s.17-39.

SALVATORE, D. (1990), *Theory and Problems of International Economics*, Third Edition, McGraw-Hill, USA.

SIGGEL, E. (2007), "International Competitiveness and Comparative Advantage: A Survey and a Proposal for Measurement",

http://www.ifo.de/link/vsi07_mdc_degrauwe_Siggel_p2.pdf,

Erişim Tarihi: 09.11.2010.

SMIT, A.J. (2010), "The Competitive Advantage of Nations: Is Porter's Diamond Framework a New Theory That Explains The International Competitiveness of Countries", *Southern African Business Review*, No:14(1), s.105-130.

SMITH, A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edwin Cannan, ed. 1904. Library of Economics and Liberty,

<http://www.econlib.org/library/Smith/smWN.html>, Erişim Tarihi: 21.11.2011.

TI (Transparency International) (2005), *Corruption Perceptions Index*,

http://www.transparency.org/content/download/1516/7919/file/media_pack_en.pdf, Erişim Tarihi:06.02.2012.

UNDP (United Nations Development Programme) (2011), *Human Development Report*, http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_EN_Complete.pdf,

Erişim Tarihi: 31.01.2012.

UNDP (United Nations Development Programme) (1992), *Human Development Report*, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1992/chapters/>, Erişim Tarihi: 18.06.2010.

VAN DEN BOSCH, F.A.J. ve A.A. VAN PROOIJEN (1992), "The Competitive Advantage of European Nations: The Impact of National Culture - a Missing Element in Porter's Analysis?", *European Management Journal*, No:10(2), s.173-177.

VERNON, R. (1966), "International Investment and International Trade in the Product Cycle", *Quarterly Journal of Economics*, May, s.190-207.

WALTER, E.B. (1991), "Economic Freedom: Toward a Theory of Measurement", http://www.fraserinstitute.org/commerce.web/product_files/EconomicFreedomTheoryofMeasurement.pdf, Erişim Tarihi: 20.06.2010.

WEF (World Economic Forum) (2006), *The Global Competitiveness Report 2006-2007*, http://www.augustolopez-claros.net/docs/GCR2007_CompIndexes2006.pdf, Erişim Tarihi: 29.11.2011.

WEF (World Economic Forum) (2011), *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf, Erişim Tarihi: 25.11.2011.

YETTON P., J. CRAIG, J. DAVIS ve F. HILMER (1992), "Are Diamonds a Country's Best Friend? A Critique of Porter's Theory of National Competition as Applied to Canada, New Zeland and Australia", *Australian Journal of Management*, No: 17(1), s.89-119.

YÜKSELER, Z. (2005), "Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve İş/Yatırım Ortamı İlişkisi", <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/Rekabetgucu-YabancıSermaye.pdf>, Erişim Tarihi: 30.06.2010.

**FINES IN TURKISH COMPETITION LAW:
HAS THE LOTTERY ENDED?**

*TÜRK REKABET HUKUKUNDA PARA CEZALARI:
PİYANGO BİTTİ Mİ?*

Harun GÜNDÜZ*

Abstract

Monetary fines are one of the most important weapons at the competition authorities' disposal. Their main task is to deter undertakings from engaging in anti-competitive behaviour. In determining the appropriate level of fines in order to achieve this task, competition authorities encounter wide range of issues. In the advanced competition law regimes, adoption of a secondary legislation as to the method for setting fines is a crucial step in dealing with these issues. Recently introduced Fining Regulation in Turkish competition law clearly reflects this idea. Apart from aiming at providing transparency, consistency, and objectivity as to the methodology for setting fines, the Fining Regulation also allows for the imposition of more deterrent level of fines compared to pre-regulation era. Within this context, it is primarily questioned in this paper whether the Fining Regulation has fulfilled its objectives of providing transparency, consistency, and objectivity in the determination of fines. In doing so, a comparative approach will be adopted to consider both the EU and Turkish competition law.

Keywords: *Fines, Guidelines, Statements of Reasons, Relevant Turnover, Recidivism.*

Öz

Temel amaçları, teşebbüsleri rekabete aykırı davranışlarda bulunmaktan caydırmak olan para cezaları, rekabet otoritelerinin elindeki en önemli araçlardan bir tanesidir. Söz konusu amacın gerçekleştirilebilmesi için gerekli

* Competition Specialist at the Turkish Competition Authority. All views expressed here are strictly personal. The title of this paper is inspired from VAN BAEL, I. (1995), "Fining a la Carte: The Lottery of EU Competition Law", *ECLR*, 16(4), p. 237-243. This paper is based on the dissertation written at the King's College London within the framework of LLM in Competition Law programme during the 2011-2012 academic year. The author gratefully acknowledges the precious comments and contributions made by Professor Richard Whish as the supervisor of the dissertation, and would like to thank Wouter Wils for his views on an earlier draft of this paper, and is particularly indebted to his colleague Gökşin Kekevi for his support and understanding.

olan ceza miktarının belirlenmesi sürecinde, rekabet otoriteleri birçok sorunla karşılaşmaktadırlar. Gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde, para cezalarına ilişkin ikincil mevzuatların kabul edilmesi, söz konusu sorunların çözümünde kritik bir öneme sahiptir. Türk rekabet hukukunda, yakın zamanda kabul edilen Para Cezaları Yönetmeliği, bu yaklaşımın bir ürünü olarak görülmektedir. Söz konusu Yönetmelik, para cezalarının belirlenmesi sürecinde şeffaflık, tutarlılık ve nesnellik sağlamayı amaçlamasının yanı sıra daha caydırıcı para cezalarının uygulanabilmesine de olanak tanımaktadır. Bu çalışmada temel olarak, anılan Yönetmeliğin bahsi geçen şeffaflık, tutarlılık ve nesnellik amaçlarını ne ölçüde gerçekleştirdiği ve beklentilere ne oranda karşılık verdiği, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamalarıyla karşılaştırmalı olarak irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Para Cezaları, Yönetmelik, Gereke Gösterme, İlgili Ciro, Tekerrür.

INTRODUCTION

Competition authorities around the world have various tools at their disposal in their fight against anti-competitive conduct. Monetary fines, in this regard, are one of the tools to ensure that undertakings do not engage in anti-competitive conduct. However, the determination of right level of fines is a very daunting task considering the wide range of factors together with achieving deterrence and preserving financial viability of firms. Additionally the emergence of financial crisis can make this task even immensely difficult.

A further point in the determination of fines is that it needs to be provided a certain degree of transparency, consistency, and objectivity to the firms in this process due to the fundamental principles of law such as equal treatment and legal certainty. Knowing the likely fine for infringements is also essential for achieving deterrence¹. Given the need to consider wide range of factors and diversity of cases, providing some degree of discretion to the authorities is almost inevitable in this process as well².

Competition authorities have been sometimes unable to develop consistent decisional practice with respect to taking into account aforementioned considerations and thus their fining policy is criticised harshly. One of the most famous criticisms as to the decisional practice of the Commission was made by Van Bael who assimilated the methodology of setting

¹ CALVINO, N. (2007), "Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines", in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, p. 317-335, Eds. Ehlermann and Atanasiu, Hart Publishing, USA, p. 321.

² WILS, W.P.J. (2007), "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, 30(2), p. 197-229, p. 204.

finances in EU competition law to a lottery³. The Turkish Competition Authority (the TCA) is not free from similar defects in this respect as well⁴.

Business community as well as academics and practitioners call for secondary legislations as to the methodology of fixing fines to remedy these issues. Competition authorities generally take these calls into account and adopt secondary legislations in relation to fines, which is welcomed by all industry participants at the outset. However things may not turn out as anticipated since these authorities consistently implement secondary regulations and impose hefty fines by following the principles laid down. Eventually complaints start to be voiced by these circles again but this time they are about large fines⁵. Coupled with the financial crisis, demands for lenient application of these secondary legislations emerge. The whole of this course is reminiscent of the following quote: Be careful what you wish for, you might get it⁶.

On the other hand, secondary legislations on fines may not always provide transparency, consistency, and objectivity. Criticisms in relation to the fining Guidelines issued in 1998 in EU competition law clearly exemplify the situation⁷. The position is very similar in Turkish competition law after the adoption of the Fining Regulation⁸.

The secondary legislation in Turkish competition law in relation to fines was adopted in February 2009. It was considered both as the beginning of a new era and the end of the criticisms with regard to past practices of the Turkish Competition Board (the TCB) in relation to fines. In 2011, the level of fines imposed on undertakings reached its peak level totalling 460 million Turkish liras⁹ (equivalent of nearly 210 million Euros), which is nearly three fold of the

³ Van Bael 1995, p. 237.

⁴ KEKEVİ (2008), *The Fight Against Cartels in the US, in the EU, and in the Turkish Competition Law*, Publication of the Turkish Competition Authority, Ankara, p. 169; ARI, H. and E. AYGÜN (2009), "Regulation on Fines Adopted by Turkish Competition Authority: Footsteps of the New Era", *Competition Journal*, 10(4), p. 7-71, p. 10.

⁵ On the other hand, there have also been calls for the increase in corporate fines. See The Economist, "Fine and Punishment", 21.07.2012, Available at: <http://www.economist.com/node/21559315>, Date Accessed: 22.08.2012.

⁶ The ideas expressed here are mainly based on the lectures given by Prof. Richard Whish in "Recent Developments in Competition Law" in 2011-2012 academic year at King's College London.

⁷ See text accompanying notes 49-54 below.

⁸ Available at <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik11.pdf>. Date Accessed: 22.08.2012.

⁹ The leading fines imposed in three cases, namely Banks, Car Dealers, and Turkcell. Around 90 million Turkish liras imposed on Turkcell, which is the largest GSM operator in Turkey, have been the biggest fine levied on a single company.

finances imposed between 2007 and 2011. This trend has also enhanced the discussions on the application of the Fining Regulation.

However more than three years of experience has also showed that things did not seem to quite turn out as anticipated especially in terms of transparency, consistency, and objectivity that are the main goals for the adoption of the Fining Regulation¹⁰. This is in particular due to the inadequate statements of reasoning as to the methodology of setting fines, the debate on whether the fine should be based on the aggregate worldwide turnover of undertakings or the turnover in the relevant market, and the decisional practice in relation to the recidivism¹¹.

Within this framework, this paper examines the enforcement of soft law instruments with regard to fines in Turkish competition law with a view to ensuring transparency, consistency, and objectivity. In other words, the query will be whether these secondary legislations do, in reality, provide guidance to the undertakings that commit substantive infringements. Before delving into the main issue, the rationale for imposing fines on undertakings will be considered in section 2, which provides a conceptual framework for setting fines. This is followed in section 3 by a brief overview of the Guidelines in EU competition law. Section 4 of the paper then considers the position in Turkish competition law. After a brief review of how these soft law instruments work in theory, Section 5 then examines the decisional practice of the TCB in relation to fines, in particular following the adoption of the secondary legislation in relation to fines, by comparing it with EU practice where necessary. The paper will conclude by considering whether the secondary legislation in relation to fines in Turkish competition law has met its goals of ensuring transparency, consistency, and objectivity, and whether this ‘revolution’ has been a success.

1. THE OBJECTIVES OF FINES

It may well be useful to remember first the objectives of fines to understand better the justification for adopting secondary legislation as regards fines. The central task of the competition law enforcement is to prevent infringements of competition rules¹². In order to do so, opportunity, willingness, and incentives of

¹⁰ See text accompanying note 102 below.

¹¹ There are also other contentious issues in relation to the application of the Fining Regulation such as applying the maximum rate of reduction in almost every case, not qualifying explicit cartels as a cartel, reducing the duration of infringements, and inconsistencies as to the imposition of fines on individuals. See also explanations following Annex-1.

¹² Pursuant to Article 103(2)(a) of TFEU, the purpose of fines is to ensure compliance with the prohibitions laid down in Article 101 and 102 TFEU.

violators to commit infringements must be reduced¹³. In this regard, monetary fines imposed on undertakings are essential and the most commonly used, though not unique¹⁴, instrument to prevent violations.

In order for fines to perform their role in the enforcement of competition law, they should be set at the right level to ensure sufficient deterrence. In this respect, fines should not only deter undertakings that commit the infringement (specific deterrence), but also deter other potential violators from anti-competitive conduct (general deterrence). Accordingly deterrence is considered as the main purpose of the fines by vast majority of competition authorities¹⁵, including the European Commission and the TCB¹⁶.

Fines also have other roles that are intermingled with the deterrence objective. For instance, a well-designed fining policy can make the tasks of setting up and running cartels more difficult by imposing higher fines to cartel members playing active roles, by offering immunity from fines to deviators¹⁷. The imposition of fines also has a moral effect since it sends a message to spontaneously law-abiding, and thus reinforces their commitment to antitrust prohibitions¹⁸. Moreover it can reward cooperation and compliance through the use of aggravating and mitigating factors¹⁹. Lastly it may contribute to the corrective justice in the form of disgorgement of illicit gains²⁰.

At this point, the question of what should be the optimal level of fine in order to achieve the deterrence objective needs to be addressed. The traditional economic framework suggests that potential violators make a rational trade-off

¹³ WILS, W.P.J. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, 29(2), p. 183-208, p. 185-187.

¹⁴ On the question of desirability of individual sanctions, in particular the imprisonment, see WILS, W.P.J. (2002), *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer Law International, Hague, Netherlands, p.188-237.

¹⁵ ICN (2008), *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, p. 7. However, in some jurisdictions deterrence is not the sole objective and additional goals such as retribution, punishment, and recovery of illicit gains are pursued. See ICN 2008, p. 7.

¹⁶ See text accompanying notes 56 and 102 below. As consistently held by EU Courts, purposes of fines are to suppress illegal conduct and to prevent any reference. See, e.g., Case 41/69, ACF Chemiefarma v. Commission, [1970] ECR 661, para. 173-174; Case C-289/04 P, Showa Denko v Commission, [2006] ECR I-5859, para. 16.

¹⁷ WILS, W.P.J. (2012), "Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, 35(1), p. 5-26, p. 11.

¹⁸ Wils 2006, p. 189; Wils 2007, p. 201.

¹⁹ VELJANOVSKI, C. (2011), "Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines", *Journal of Competition Law & Economics*, 7(4), p. 871-915, p. 871.

²⁰ Wils 2006, p. 190; Wils 2007, p. 201.

between the rewards of the illegal conduct and the risk of being caught²¹. Therefore it is generally accepted that in order for fines to be deterrent, they should create sufficient threat of being fined that weighs sufficiently in the balance of expected costs and benefits. This is achieved, in theory, only if the expected fine exceeds the expected *gain* from the violation multiplied by the inverse of the likelihood of detection²². As a result, the balance of potential violators' profit calculation will be altered and they will perceive that likely costs of committing an infringement exceed the anticipated rewards²³.

However, the link between theory of optimal fines for deterrence, and actual methodologies used for setting fines is often weak, since the information needed (amount of excess profit gained and likelihood of detection) is very hard to obtain²⁴. Furthermore it is also not desirable to calculate fines on the basis of these figures that are difficult to calculate. The likely outcome will be under-deterrence since the burden of proof will always rest on competition authorities. Nevertheless, this theoretical framework provides helpful insights and remains useful as general guidance in the determination of the amount of fines²⁵.

A further important factor when calculating a deterrent level of fine is whether fines are the only sanction against infringements or part of the other sanctions in the arsenal of the authorities. If fines are the only penalty, they bear the entire the burden of deterrence and thus need to be higher than in jurisdictions where fines are combined with other penalties such as sanctions on individuals²⁶. However, merely imposing higher and higher corporate fines can also be counterproductive because of the inability of undertakings to pay, the proportionality of punishment, and social costs of high fines, namely their harm to shareholders, employees, and consumers²⁷.

²¹ NIELS, G., H. JENKINS and J. KAVANAGH (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, New York, US, p. 475. For the first theoretical studies on the subject see BECKER, G.S. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76(2), p. 169-217; LANDES, W.M. (1983), "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", *University of Chicago Law Review*, 50(2), p. 652-678.

²² Wils 2006, p. 190-191; ICN 2008, p. 5; Niels *et al.* 2011, p. 475-476. However Becker (1968) and Landes (1983) have argued that the optimal fine equals the net *harm* caused to persons other than the offender.

²³ ICN 2008, p. 12.

²⁴ ICN 2008, p. 5 and 7; OECD (2012b), *Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law*, DAF/COMP(2011)4,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=daf/comp\(2011\)4&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=daf/comp(2011)4&doclanguage=en), date accessed: 22.08.2012, para. 22.

²⁵ Wils 2006, p. 207-208.

²⁶ ICN 2008, p. 9.

²⁷ OECD 2012b, p. 7-8; Wils 2006, p. 196-199.

Additionally, the relationship between deterrence and transparency is another essential issue that needs to be considered, on which there are widely divergent opinions. As explained by the ICN; “the issue of transparency is not only related to good enforcement practice and openness of information but also to other factors such as the relationship between the predictability of sanctions and deterrence. If a company could determine in advance the amount of the fine that would be imposed on it for any particular violation, it could take a rational decision about whether or not to commit an infringement. In jurisdictions where there is a threat of severe sanctions coupled with a significant fear of detection, the higher the degree of certainty with respect to how fines are determined, the less likely companies and their executives will engage in anti-competitive conduct and the more likely they will self-report such conduct after it has occurred because their knowledge of their potential exposure to penalties will be more predictable”²⁸. It is argued, however, that full predictability of fines is not desirable owing to the adverse effects on deterrence²⁹. On the other hand, this view is only valid if undertakings are naturally risk-averse. Otherwise an unclear fining system appears just as likely to encourage rather than dissuade undertakings from infringing competition rules³⁰. In addition to that there will be a certain degree of uncertainty since the agencies necessarily have discretion when setting fines. Furthermore private damage actions can also provide sufficient degree of uncertainty. All in all, transparency should be provided so far as possible as to the likely fines. In this regard, most commonly used way is to adopt secondary legislations as regards fixing of fines since the decisions of the authorities can be regarded as inadequate³¹.

Lastly, a couple of points need to be emphasized on whether the process of calculation of fines should be defined as arts or science³². If the methodology is transparent and based on precisely defined factors, the process will become a fairly empirical task. Thus it can be simply regarded as a science. If the agencies enjoy discretion, however, this brings creativity, and thereby some art, into the

²⁸ ICN 2008, p. 12. See also Calvino 2007, p. 321.

²⁹ Wils 2007, p. 204-206. See also Case T- 279/02, *Degussa v. Commission* [2006] ECR II- 897, para. 83.

³⁰ GERADIN, D. (2011), “The EU Competition Law Fining System: A Reassessment”, TILEC Discussion Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937582, Date Accessed: 22.08.2012, p. 32.

³¹ Veljanovski 2011, p. 902.

³² ORTIZ BLANCO, L., A. GIVAJA SANZ and A. LAMADRID DE PABLO (2008), “Fine Arts in Brussels: Punishment and Settlement of Cartel Cases under EC Competition Law”, <http://antitrustfair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf>, Date Accessed: 22.08.2012, p. 1.

process of calculation of fines³³. Given the diversity of facts and the factors that need to be considered, it is inevitable to give discretion to the authorities³⁴, thereby the process is necessarily away from being regarded as a pure science.

2. OVERVIEW OF THE FINING GUIDELINES IN EU COMPETITION LAW

2.1. Background

The legal basis of fines imposed by the European Commission in relation to substantive infringements of competition rules is contained in Article 23 of Regulation 1/2003³⁵. Pursuant to Article 23(2) of Regulation 1/2003, the European Commission can impose fines³⁶ up to 10 per cent of an undertakings' annual worldwide turnover in the year which precedes the one in which the decision is adopted³⁷. It is settled case law that the turnover referred here is not only the turnover in the relevant market³⁸. Article 23(3) of Regulation 1/2003 also requires the European Commission to take into account both the gravity and the duration of the infringement in fixing the amount of the fine.

Apart from these provisions and the ones about the imposition of fines on association of undertakings, Regulation 1/2003 does not contain any other rules that give guidance on the determination of the level of fines³⁹. Therefore the only limitation on fining policy of the European Commission is a possible judicial review by EU Courts, which have unlimited jurisdiction in relation to fines⁴⁰. Hence it is noteworthy that the European Commission's discretion is not unlimited and it has to observe general principles of EU law such as proportionality, equal treatment, giving sufficient reasoning when imposing fines⁴¹. Nevertheless in the light of the argument that the EU Courts clearly gave

³³ Ibid p. 1.

³⁴ Wils 2007, p. 204; DE LA TORRE, F. C. (2010), "The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on Commission's Practice", *World Competition*, 33(3), p. 359-416, p. 406-407.

³⁵ Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 2003 O.J. L 1/1.

³⁶ The European Commission can normally impose fines on firms: not on directors or employees of undertakings. It can, however, impose fines on individuals in those rare circumstances where they act as an undertaking.

³⁷ If there is no data, the year immediately preceding is taken into account.

³⁸ Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Française v. Commission*, [1983] ECR 1825, para. 119.

³⁹ JONES, A. and B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, US, p. 1098.

⁴⁰ RICHARDSON, R. (1999), "Guidance without Guidance - A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines", *ECLR*, 20(7), p. 360-371, p. 361.

⁴¹ Jones and Sufrin 2011, p. 1102.

green lights to raise the level of fines⁴², it can be suggested that the European Commission has very wide discretion in relation to the determination of fines⁴³.

Nevertheless, EU Courts did not abstain from criticizing the European Commission for the lack of transparency with respect to method of calculating fines⁴⁴. The European Commission was also consistently criticized by practitioners for not maintaining a coherent fining policy and not giving sufficient information as regards setting fines⁴⁵. Against this backdrop, it can be submitted that these developments paved the way for the adoption of two sets of Guidelines⁴⁶, both of which basically are built upon the idea of enhancing transparency of the method for setting fines, and ensuring the consistency of the European Commission's decisions in relation to fines, while maintaining deterrence⁴⁷.

2.2. Reasons for the Adoption of the Fining Guidelines

Until 1998, the European Commission's fining policy had been evolved through its decisional practice. Being aware of the criticisms made by the EU Courts and practitioners, the European Commission adopted its first fining Guidelines in 1998⁴⁸. As stated in the preamble of 1998 Guidelines, it aimed to “*ensure transparency and impartiality of fining decision ... while upholding discretion ... which must follow coherent and non-discriminatory policy*”.

Despite its promising statements, 1998 Guidelines could not escape from criticisms for its imprecise language⁴⁹, lack of indication as to start amount that was based on a lump sum⁵⁰, unnecessary step of classifying the

⁴² KERSE, C.S. and N. KHAN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, p. 384; See Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Française v. Commission*, [1983] ECR 1825, paras. 108-9.

⁴³ WHISH, R. and D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York, US, p. 276. See e.g. Case C-189/02 P etc, *Dansk Rorindustri A/S and others v. Commission*, [2005] ECR I-5425, para. 172. In fact, it was argued that the only consistency in the European Commission's fining policy is its wide discretion. See Van Bael 1995, p. 237.

⁴⁴ Case T-148/89, *Trefulnion v. Commission*, [1995] ECR II-1063, para. 142.

⁴⁵ Van Bael 1995, p. 238 and 243; GERADIN, D. and D. HENRY (2005), “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments”, *European Competition Journal*, Volume 1, No 2, p. 401-473, p. 407-408.

⁴⁶ De La Torre 2010, p. 405.

⁴⁷ De Broca 2006, p. 1.

⁴⁸ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, 1998 O.J. C9/3 (hereafter “the 1998 Guidelines”).

⁴⁹ Richardson 1999, p. 365; Jones and Sufrin 2011, p. 1103.

⁵⁰ Geradin and Henry 2005, p. 413; Jones and Sufrin 2011, p. 1103 and 1110. Cf. DE BROCA, H. (2006), “The Commission Revises Its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, Number 3, p. 1-6, p. 1.

infringements and negligible impact of duration on the level of fine⁵¹, lack of flexibility that may lead to incoherent adjustments⁵². Therefore it was characterised by some commentators as a failure, not a revolution⁵³. Apart from that, the European Commission itself was aware of the shortcomings of the 1998 Guidelines as it led to fines that were too low for large undertakings, especially for long-lasting cartels covering a large volume of products, as well as for repeat offenders⁵⁴.

To remedy these drawbacks, the European Commission published its revised Guidelines in 2006⁵⁵. As mentioned before, both Guidelines share the common goals: to enhance transparency and ensure consistency, which in turn also provide legal certainty for undertakings as to the fining policy of the European Commission, while reaching a sufficiently deterrent effect⁵⁶. A consequence flowed from these objectives can be, as stated by Killick⁵⁷, reduction in the number of appeals by making it easier for undertakings to comprehend underlying reasons for the amount of fine. A further point is that consistency may support the moral commitment to abide by the antitrust prohibitions⁵⁸.

Before starting to look at the method of setting fines in 2006 Guidelines, two points must be emphasized about the Guidelines: Firstly, although they aim to increase transparency and consistency of the European Commission decisions, their objective is not full foreseeability. It is asserted that if fines are easily foreseeable, this may reduce the deterrent effect of fines by allowing

⁵¹ De Broca 2006, p. 1.

⁵² Calvino 2007, p. 325.

⁵³ Richardson 1999, p. 371.

⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION (2011), "Factsheet: Fines for breaking competition law", http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/factsheet_fines_nov_2011_en.pdf.

Date Accessed: 22.08.2012, p. 2. The Commission also stated in its 28th Report on Competition Policy that although it was relatively satisfied with 1998 Guidelines, it accepted that certain aspects should be reviewed. See EUROPEAN COMMISSION (1999), "XXVIIIth Report on Competition Policy",

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/en.pdf.

Date Accessed: 22.08.2012, p. 41.

⁵⁵ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, 2006 O.J. C210/2 (hereafter "the 2006 Guidelines").

⁵⁶ De Broca 2006, p. 1. See also paragraph 3 of the 2006 Guidelines that refers to the 1998 Guidelines. Although there is no explicit reference to increase legal certainty, it was also an objective. See De La Torre 2010, p. 407.

⁵⁷ KILLICK, J.R.M. (2006), "The 2006 Fining Guidelines: Two Steps Forward but One Step Back?", <http://www.whitecase.com/publications/detail.aspx?publication=1053>.

Date Accessed: 22.08.2012.

⁵⁸ Wils 2007, p. 204.

undertakings to predict likely fines and to compare them with expected gains from infringement⁵⁹. Secondly, these Guidelines are not regarded as rules of law that the European Commission is always bound to observe. However, they form rules of practice from which the European Commission cannot depart without giving reasons⁶⁰. Therefore, the 2006 Guidelines has limited the discretion enjoyed by the European Commission⁶¹.

2.3. Main Elements of the 2006 Guidelines

Both of the 1998 and 2006 Guidelines adopt a similar approach⁶² and establish a two-step method for the setting of fines: determination of the basic amount and then adjusting it upwards and downwards in the light of aggravating and mitigating factors.

The basic amount is now determined by reference to the percentage of annual sales in the relevant sector that is directly or indirectly affected by the infringement (hereafter value of sales). The European Commission *normally*⁶³ takes the sales made by undertaking during the last full business year of its participation to infringement⁶⁴. Up to 30 per cent of the value of sales can be taken into account, depending on the degree of gravity of the infringement⁶⁵. When determining the gravity of the infringement, factors such as nature of the infringement, the combined market share of all the undertakings concerned, the geographic scope of the infringement and whether or not the infringement has

⁵⁹ Wils 2007, p. 204; Case T-15/02, BASF v. Commission, [2006] ECR II-497, para. 250; Case T-53/03, BPB plc v. Commission, [2008] ECR II-1333, para. 336.

⁶⁰ Case C-189/02 P etc, Dansk Rorindustri A/S and others v. Commission, [2005] ECR I-5425, para. 209.

⁶¹ DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2012), "A Landmark Year for the Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings", *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(4), p. 351-370, p. 353.

⁶² There are three main changes brought about by the 2006 Guidelines: introduction of entry fee mechanism, giving more weight to duration of infringement, and increase for repeated offenders. See the European Commission's press release, IP/06/857 on 28.06.2006.

⁶³ In some exceptional cases, the figure for that year may not be representative. Therefore, average of the sales during the affected period can be taken as a basis. See Case COMP/39406, Marine Hoses, 28.01.2009, para. 422; Case COMP/39402, E.ON/GDF, 08.07.2009, paras. 350-3. For detailed explanations, see DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2010), "Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings", *Journal of European Competition Law & Practice*, 1(4), p. 327-347, p. 328 and 331-332. See also para. 18 of the 2006 Guidelines. However, there are also limits to this approach. See De La Serre and Winckler 2012, p. 353.

⁶⁴ The 2006 Guidelines, para. 13.

⁶⁵ Ibid, para. 21.

been implemented are considered⁶⁶. Afterwards the amount thus determined is multiplied by the number of years of participation in the infringement⁶⁷.

One of the new features of the 2006 Guidelines is the introduction of “entry fee” mechanism. According to this mechanism, between 15 and 25 per cent of the value of sales will be included in the basic amount for cartels, and may also be done so for other infringements, in order to achieve deterrence⁶⁸.

Having determined the basic amount, it is increased and decreased in the light of aggravating and mitigating circumstances, which gives the ‘adjusted basic amount’⁶⁹. Aggravating circumstances that are listed non-exhaustively in the 2006 Guidelines are repeated infringement, non-cooperation or obstruction of the investigation, and the role of leader, instigator or coercer⁷⁰. As is the case for aggravating circumstances, the 2006 Guidelines provide a non-exhaustive list of mitigating circumstances: termination of infringement⁷¹, negligence, limited role in the infringement, cooperation outside the scope of the Leniency Notice, authorization or encouragement of public authorities or legislation⁷².

In order to promote ‘specific deterrence’⁷³, the European Commission can apply a further percentage uplift to the adjusted basic amount on the grounds that undertakings have a particularly large turnover in comparison to the sales to which the infringement relates and/or the need to raise the fine in order to exceed the illicit gains, where it can be estimated⁷⁴.

As pointed out before, final amount of the fine cannot exceed 10 per cent of the group’s aggregate turnover⁷⁵. In a surprisingly large number of occasions, fines come close to this 10 per cent ceiling. From 2006 to 2010, the fines imposed on 22 of the 150 undertakings were in the range of 9 to 10 per

⁶⁶ Ibid, para. 22. The European Commission has started to attribute different gravity percentages, instead of applying the same percentage to all firms involved in the violation. See DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2011), “A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4), p. 356-370, p. 359.

⁶⁷ Ibid, para. 24. On the European Commission’s new practice as to duration, see De La Serre and Winckler 2011, p. 360.

⁶⁸ Ibid, para. 25.

⁶⁹ Veljanovski 2011, p. 874.

⁷⁰ The 2006 Guidelines, para. 28.

⁷¹ This factor is not applied to secret agreements in particular to cartels.

⁷² Ibid, para. 29.

⁷³ Veljanovski 2011, p. 875.

⁷⁴ The 2006 Guidelines, paras. 30-31. See also text accompanying notes 21-23.

⁷⁵ De La Serre and Winckler 2012, p. 362. See Case T-122/07, Siemens and Others v. Commission, not yet reported, para. 186.

cent⁷⁶, which can give rise to an interesting policy discussion whether this cap should be revisited in order to levy on deterrent level of fines⁷⁷.

In exceptional cases, the European Commission may take into account undertakings' inability to pay in a specific social and economic context⁷⁸. In this regard, the post-lenieny fine can be reduced if it would otherwise irretrievably jeopardise the economic viability of the undertaking concerned and cause its assets to lose all their value⁷⁹. Although the European Commission accepts inability to pay fines very rarely in its past decisions⁸⁰, it has become a topical issue due to hefty fines imposed by the European Commission and the coincidence with the financial crisis⁸¹.

Finally, it should be mentioned about the European Commission's 'calibrated approach' in applying the 2006 Guidelines, which means that it adapts this methodology to the particularities of a case⁸². Provisions that allow the European Commission to apply this approach and fine-tune this methodology are contained in paragraphs 18 and 37 of the 2006 Guidelines⁸³. However, this flexibility does not mean that it lay the way open for a lenient or arbitrary approach since the European Commission hit the 10 per cent cap in these cases⁸⁴. Within this framework, it can be suggested that these rules, by

⁷⁶ Whish and Bailey 2012, p. 275.

⁷⁷ CONNOR, J. M. (2011), "Has the European Commission Become More Severe in Punishing Cartels? Effects of the 2006 Guidelines", *ECLR*, 32(1), p. 27-36, p. 31. This trend may be the result of the financial crisis as the aggregate worldwide turnover of undertakings shrank, the possibility of exceeding 10 per cent cap increases. See GERADIN, D. (2011), "The EU Competition Law Fining System: A Reassessment", TILEC Discussion Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937582, Date Accessed: 22.08.2012, p. 39.

⁷⁸ The 2006 Guidelines, para. 35.

⁷⁹ Veljanovski 2011, p. 875.

⁸⁰ See e.g. Case COMP/38069, Copper Plumbing Tubes, 03.09.2004, paras. 816-834.

⁸¹ In 2010, the European Commission granted nine reductions on this basis, thereby taking into considerations the financial crisis. See De La Serre and Winckler 2012, p. 364; Whish and Bailey 2012, p. 279. The European Commission also issued an information note clarifying the process and conditions. It is available at: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/2-2010-737-EN-2-0.Pdf>, Date Accessed: 22.08.2012

⁸² De La Serre and Winckler 2010, p. 328 and 332; De La Torre 2010, p. 414. Cf. De La Serre and Winckler 2012, p. 353.

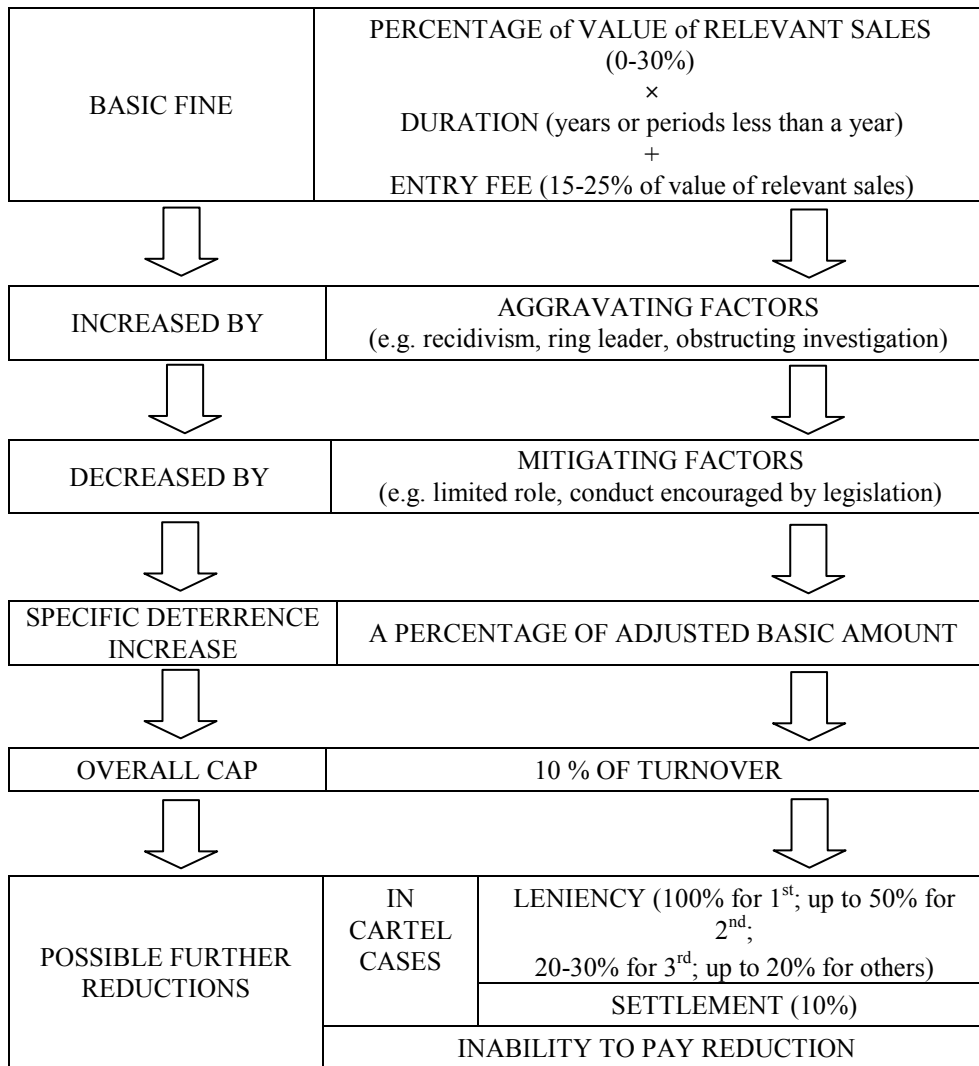
⁸³ For instance, the European Commission takes into account the mono-product nature of the companies and exercises its discretion, albeit exceptionally, in accordance with point 37 of the Guidelines. See e.g. Case COMP/39452, *Mountings for Windows and Window-doors*, 28.03.2012. See also note 63 above.

⁸⁴ De La Serre and Winckler 2010, p. 328.

giving discretion to the European Commission, bring some arts into the process of calculation of fines, which is not necessarily a pure science⁸⁵.

Within this framework, Figure 1 below sets out the sequence of steps in the determination of fines based on the 2006 Guidelines:

Figure 1: Determination of Fines in EU Competition Law



Source: European Commission 2011, p. 2; Veljanovski 2011, p. 876.

⁸⁵ Cf. Ortiz Blanco *et al* 2008, p. 1.

3. OVERVIEW OF THE FINING REGULATION IN TURKISH COMPETITION LAW

3.1. Background

The Act on the Protection of Competition⁸⁶ (the Act), which entered into force in 1994, prohibits agreements, concerted practices and decisions that have as their object or effect of restriction of competition (Article 4), abuse of a dominant position (Article 6) and mergers creating or strengthening a dominant position which would result in significant lessening of competition (Article 7). Pursuant to Article 16(3) of the Act, TCB, the decision-making body of the TCA, can impose monetary fines⁸⁷ on undertakings that commit behaviour prohibited in these provisions up to 10 per cent of the undertaking's annual gross revenue in the year preceding the decision.

In February 2008, important amendments were made in Article 16 of the Act, which can be summarised in four headings⁸⁸: Firstly, the TCB was required to adopt regulations in relation to fines and leniency⁸⁹. Secondly, the TCB has been empowered to impose fines on individuals such as directors or employees of undertakings up to 5 per cent of the fine imposed on the undertaking, where these individuals have a decisive influence in the infringement⁹⁰. This is a distinct feature of Turkish competition law from the EU practice. Thirdly, a provision that clearly provides a basis for leniency was adopted⁹¹. Fourthly, fixed amount of fines for procedural infringements was replaced with fines that are based on a percentage of annual gross revenue of undertakings.

These amendments were considered as the beginning of a new era in Turkish competition law in that the new rules provided effective tools such as leniency and sanctions against individuals as well as more transparent policy in relation to fines⁹². In accordance with these amendments, the TCB adopted two regulations: the Fining Regulation⁹³ and the Leniency Regulation⁹⁴. Both of the

⁸⁶ Published in the Official Gazette, numbered 22140, dated 13.12.1994. Available at <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerik&icId=165&Lang=EN>, Date Accessed: 22.08.2012.

⁸⁷ In Turkish law, there is no rule providing criminal sanctions for the breaches of competition law apart from bid rigging in public tenders.

⁸⁸ ARI, H. (2009), "Recent Developments in the Enforcement of Turkish Competition Law: Fines and Leniency Regulation", *Antitrust Chronicle*, Spring 2009, Volume 6, Number 1, p. 2-3.

⁸⁹ See Article 16(7) of the Act.

⁹⁰ See Article 16(4) of the Act.

⁹¹ See Article 16(6) of the Act.

⁹² Ari 2009, p. 2.

⁹³ Published in the Official Gazette, numbered 27142, dated 15.02.2009. Available at <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik11.pdf>.

regulations were expected to enhance the arsenal of the TCB in its fight against violations of competition law, in particular to cartels⁹⁵.

3.2. Reasons for the Adoption of the Fining Regulation

Apart from Article 16(3) of the Act, which sets out 10 per cent limit, a number of factors that have to be taken into account by the TCB when setting fines are listed non-exhaustively in Article 16(5) of the Act. These factors are recidivism, duration of the infringement, market power of undertakings, their decisive influence in the infringement, compliance with the commitments, assistance with the examination, and the severity of damage that takes place or is likely to take place⁹⁶. However, the Act does not articulate how much weight should be given to these factors in the determination of fines. On the other hand, Article 16(7) stipulates that the TCB shall issue regulations on these factors and Article 27 of the Act gives the TCB the duty and power to make necessary regulations as such.

When we look at the decisional practice of the TCB before the adoption of the Fining Regulation, it generally listed these factors in its decisions without giving any explanation about how these factors affect the amount of the fine. Alongside the lack of transparency arisen from this practice, the TCB could not manage to develop a consistent approach as well⁹⁷. Therefore, it was highly criticised for its imprecise fining policy. A further criticism articulated about the fining policy of the TCB is that it did not ensure deterrence especially in relation to cartels⁹⁸.

Decisional practice of the TCB on the calculation on fines was also criticised by the OECD over the lack of transparency⁹⁹. As recognised by the OECD transparency is important to “ensure citizens’ confidence and belief in a fair legal system and in those applying the law”¹⁰⁰. Hence, there is a broad

Date Accessed: 22.08.2012. Note that the regulation does not cover fines to be imposed in cases where Article 7 of the Act is infringed.

⁹⁴ Published in the Official Gazette, numbered 27142, dated 15.02.2009. Available at <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/yonetmelik/yonetmelik10.pdf>.

Date Accessed: 22.08.2012.

⁹⁵ Art 2009, p. 3.

⁹⁶ Prior to the amendment, these factors were the existence of intent, the severity of fault, the market power of undertakings, and the severity of potential damage.

⁹⁷ Art 2009, p. 4.

⁹⁸ Kekevi 2008, p. 173-176.

⁹⁹ OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p. 41.

¹⁰⁰ OECD (2012a), *Procedural Fairness and Transparency*, Key Points, <http://www.oecd.org/competition/mergers/50235955.pdf>.

Date Accessed: 22.08.2012, p. 5.

consensus on the need and the importance of transparency in competition enforcement¹⁰¹, as well as in the area of fining policy.

Against this backdrop, apart from the legal requirements contained in Article 16(7) of the Act, there were sufficient reasons for the promulgation of a secondary legislation in relation to methodology for setting fines. The goals to be accomplished by the Fining Regulation are set out in its preamble as three fold¹⁰²:

- Ensuring transparency, objectivity and consistency in fining process,
- Incentivising the cooperation with the TCB during investigations by taking into account it when setting fines,
- Ensuring that the level of fines provide general and specific deterrence.

It can be inferred from these objectives that the TCB paid attention to the above criticisms on its fining policy.

3.3. Main Elements of the Fining Regulation

The method of setting fines in Turkish competition law is very similar to that of EU practice. The Fining Regulation also adopts two-step methodology: calculation of basic amount and then making adjustments to it by considering aggravating and mitigating factors. Although the methods are very similar, there are two main differences between the EU and Turkish regime. Firstly, the European Commission starts the calculation from the value of sales affected by the infringement while the TCB frequently takes the total turnover as a starting point¹⁰³. Secondly the European Commission enjoys very wide discretion in comparison to the TCB¹⁰⁴.

As a starting point, the basic amount is calculated on the basis of a percentage of the annual gross revenues of undertakings. In doing so, a percentage between two and four per cent for cartels, and between five per thousand and three per cent for other infringements are taken as a basis¹⁰⁵. When determining this percentage, factors such as the market power of the undertakings and the gravity of the damage that occurred or is likely to occur as

¹⁰¹ Ibid. p. 23.

¹⁰² See Preamble of the Regulation on Fines, para. 4.

¹⁰³ Cf. ERDEM, E. (2012), "Turkey: Regulation On Fines, An Illusion or A True Harmonization With The EU Law?",

http://www.mondaq.com/article.asp?article_id=181436, Date Accessed: 22.08.2012.

¹⁰⁴ De La Serre and Winckler 2012, p.352.

¹⁰⁵ Article 5(1) of the Regulation on Fines. It is argued that the Fining Regulation constitutes nonconformity with the EU Guidelines since it includes the term cartel. See Erdem 2012.

a result of the violation will be considered¹⁰⁶. The amount thus determined then increased, similarly to the 1998 Guidelines, by half for infringements that lasted more than a year but less than five years, and increased by one fold for infringements lasted more than five years¹⁰⁷.

Having determined the basic amount, it will be adjusted according to aggravating and mitigating factors. As is the case with the 2006 Guidelines, these factors are applied to the basic amount¹⁰⁸. Pursuant to Article 6(1) of the Fining Regulation, the basic amount of the fine will be increased by half to one-fold in cases of repetition of infringement, and maintaining the cartel after the notification of investigation decision. Although these factors are mandatory to be taken into account, the TCB may consider the second category of factors such as coercion of other undertakings, or providing no assistance with the examination as an aggravating factor¹⁰⁹. In parallel with the provision in the Act, these factors are listed non-exhaustively.

On the other hand, mitigating factors that are listed non-exhaustively in the Fining Regulation are coercion by other undertakings, termination of infringements other than cartels, encouragement by public authorities, and the fact that sales affected by infringement have a small share within annual gross revenues. As distinct from the EU practice, voluntary payment of damages is listed as another mitigating factor as well.

Unlike EU competition law, the Fining Regulation also provides leniency plus mechanism. Pursuant to Article 7(2) of the Fining Regulation, the fine to be imposed on an undertaking that cannot get immunity under Leniency Regulation will be reduced where it provides necessary information as to another cartel to which it is a party. This distinct feature of the Fining Regulation can be regarded as a device to destabilise cartels, and thus help bring more cartels into light and punish them¹¹⁰.

As mentioned before, a further different feature of the Turkish competition law enforcement with that of the EU is the possibility of imposing fines on individuals. Therefore, there are specific rules in the Fining Regulation in relation to this issue. Pursuant to Article 8(1) of the said Regulation, directors or employees of undertakings who have decisive influence on the *cartel* shall be

¹⁰⁶ Article 5(2) of the Regulation on Fines.

¹⁰⁷ Article 5(3) of the Regulation on Fines.

¹⁰⁸ In practice, however, the TCB applies the mitigating factors to the amount that is reached after the aggravating factors are applied to the basic amount. This practice is clearly contrary to the explicit wording of the Fining Regulation.

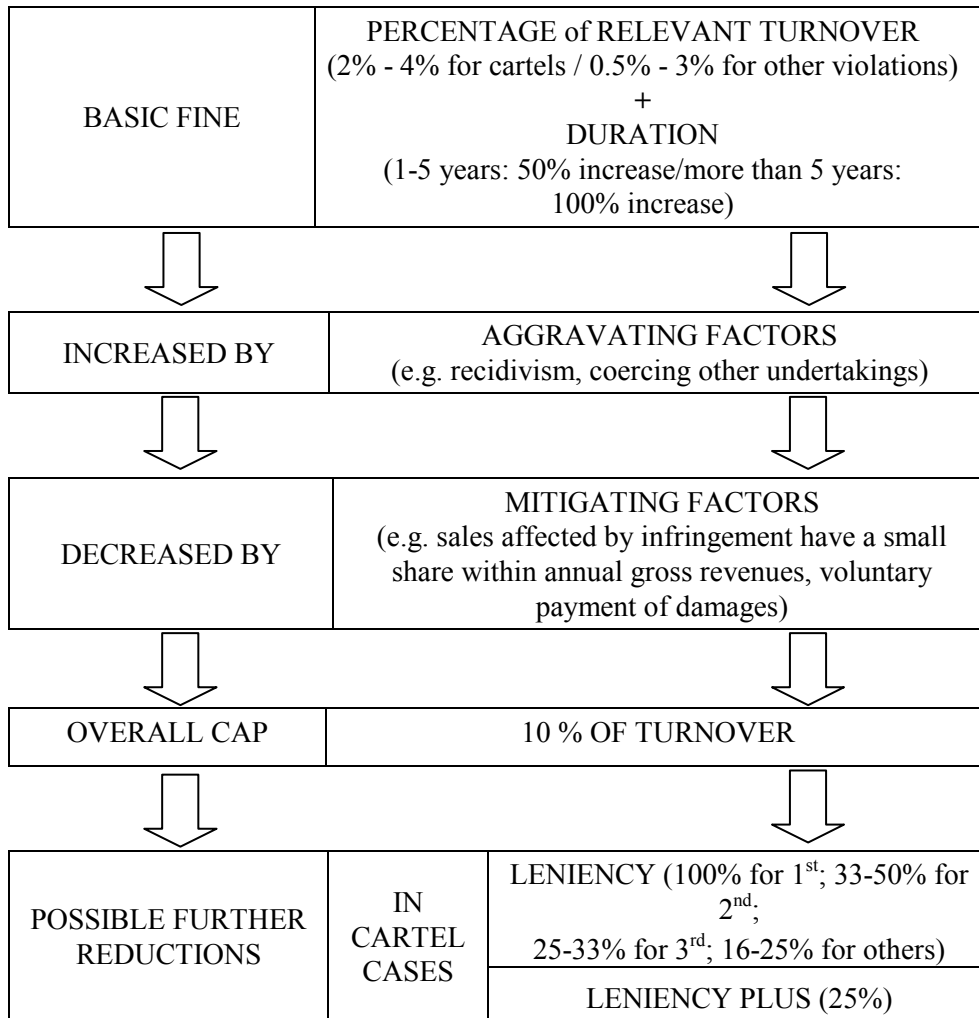
¹⁰⁹ Article 6(2) of the Regulation on Fines.

¹¹⁰ Arı and Aygün 2009, p. 55; Arı 2009, p. 6.

financed between three per cent to five per cent of the fine imposed on the undertaking by taking into account issues such as active cooperation. As is understood from this provision, there is a three per cent minimum limit for cartel participants whereas there is no minimum limit for other individuals¹¹¹.

Within this framework, Figure 2 below sets out the sequence of steps in calculating fines in Turkish competition law¹¹².

Figure 2: Determination of Fines in Turkish Competition Law



¹¹¹ Art 2009, p. 6.

¹¹² Please note the explanations made in note 108 above.

In the light of remarks that have been made up till now, three points must be noted in relation to the Fining Regulation. Firstly, it brings a transparent method and thus provides important guidance for undertakings when the TCB determines fines¹¹³. Secondly, it provides more specific rules for cartels such as two per cent minimum limit for the starting point of calculation, aggravating factor for continuing cartel, and three per cent minimum limit for individuals in cartel. These rules clearly reflect the consensus that cartels should be sanctioned severely in that they are the most inimical, and profitable infringements as well as less likely ones to be detected¹¹⁴. Thirdly, as stated earlier, the TCB's discretion is limited in comparison to the European Commission and there is not any provision that is equivalent to paragraphs 18 and 37 of the 2006 Guidelines. The underlying reason for that approach can be the result of an idea that decision-makers' discretion should be reduced by adopting detailed rules in order to deal with cartels effectively¹¹⁵.

4. EVALUATION OF THE ENFORCEMENT OF THE FINING REGULATION IN TURKISH COMPETITION LAW: A BRIEF COMPARISON WITH EU PRACTICE

4.1. Criticisms against Decisions of the TCB Regarding Fines in the Pre-Regulation Era

Competition authorities in jurisdictions with uncertainty as to how fines are determined may face public criticism of their fining system as subjective or arbitrary¹¹⁶. As mentioned above, the TCA was one of these authorities and was consistently criticised both by practitioners and international bodies before the adoption of the Fining Regulation¹¹⁷. These criticisms concentrated on the points summarised below.

Firstly, decisions of the TCB showed lack of transparency with regard to the methodology of setting fines and the reasoning behind it. Although there were factors listed in the Act, which must be taken into account when setting the amount of fines, the decisions of the TCB did not generally contain any reasoning as regards how much weight was given to these factors in the calculation of fines¹¹⁸. Consequently, "random figures simply magically appeared at the end of the decisions"¹¹⁹.

¹¹³ Arı 2009, p. 6.

¹¹⁴ Kekevi 2008, p. 173

¹¹⁵ Kekevi 2008, p. 180.

¹¹⁶ ICN 2008, p. 12.

¹¹⁷ OECD 2005, p. 41; Kekevi 2008, p. 169; Arı 2009, p. 6; Arı and Aygün 2009, p.10-11.

¹¹⁸ Arı and Aygün 2009, p. 10-11.

¹¹⁹ Cf. Geradin and Henry 2005, p. 407.

On the other hand, in a questionnaire performed by the ICN, it was asked to agencies that whether the actual reasoning that leads to the final amount of a fine is explained or published in their decisions. The TCA replied to this questionnaire that the reasoning of the fine is made public. The response by the TCA continues as follows: “In Turkey, the Competition Board decisions include explanations on how the existence of intent, the severity of fault, the market power of the undertaking(s) upon which a penalty is imposed are taken into account. These decisions also cite aggravating and mitigating factors”¹²⁰. As it can be seen from the decisions assessed below, this statement is clearly erroneous.

Secondly, decisions of the TCB showed lack of consistency and objectivity as well¹²¹. A related issue with this criticism was the low level of fines imposed to hard-core restrictions in particular to cartels. Therefore, it was very difficult to ascertain that sufficient level of deterrence was achieved with regard to cartels¹²².

Within this framework, it can be suggested that there was no discernible methodology in setting the amount of fines and hence the TCB seemed to “pluck the figure from the air”¹²³. In this regard, a similarity can be drawn between EU and Turkish competition laws. Hence it is possible to call this era as the lottery of Turkish competition law, similar to that of EU competition law enforcement prior to the adoption of fining Guidelines.

As stated by the ICN, in order to remedy these defects some countries choose to adopt secondary legislation whereas others do not publicise their methodology of setting fines and leave the issue to decisions¹²⁴. The TCB, as the majority of competition authorities, chose the former way and issued the Fining Regulation in the hope of solving these problems outlined above with regard to its fining policy.

4.2. Decisional Practice of the TCB Concerning The Fining Regulation: The So-called New Era

In relation to EU competition law enforcement, it can be suggested that the European Commission’s fining method has reached maturity since the overall practice shows a high degree of consistency¹²⁵. Therefore, it may well be the

¹²⁰ ICN 2008, p. 13-14.

¹²¹ Arı and Aygün 2009, p. 11-12.

¹²² Kekevi 2008, p. 173-176.

¹²³ Jones and Sufrin 2011, p. 1102.

¹²⁴ ICN 2008, p. 12. It is argued by Veljanovski (2011, p. 902) that decisions are not sufficient in this regard.

¹²⁵ De La Serre and Winckler 2010, p. 327; De La Torre 2010, p. 415.

case that criticisms made by Van Bael can hardly be regarded as valid in these days¹²⁶. However, it is difficult to put forward a similar argument as to the fining policy of the TCB, even though very promising secondary legislation has been adopted.

Although the Fining Regulation can be heralded like a revolution in the TCB's fining policy, very similarly to the 1998 Guidelines in EU competition law, it has yet to be seen whether an 'enlightened age' has emerged from this revolution¹²⁷. As articulated by some commentators, the adoption of the Fining Regulation in Turkish competition law was regarded as 'the footsteps of the new era'¹²⁸. Nevertheless, similar problems, if not greater ones, continue in the decisional practice of the TCB as regards methodology for fixing fines.

In this so-called new era, three main problematic and very contentious areas in the decisional practice of the TCB appear to be the inadequate statements of reasons, the determination of relevant turnover that is the starting point in setting the amount of fines, and the application of recidivist uplift. Accordingly, these issues will be addressed in the rest of the paper¹²⁹. In analysing these issues, some comparisons will also be made between EU and Turkish practice where necessary. It should be also recalled that the assessments that will be made here are based on the publicly available information and decisions of the TCB.

4.2.1. Inadequate Statements of Reasons

Pursuant to Article 52 of the Act, the TCB is required to provide the grounds of its decisions. This provision is related to good enforcement practice and openness of information as well as ensuring transparency¹³⁰. Therefore, it enables undertakings to use their rights of defence more effectively and prevent the agency from taking arbitrary decisions. Meanwhile, in EU competition law enforcement, the Statement of Objections includes a section on fines. In this section, the European Commission indicates the essential facts and matters of law which may result in the imposition of a fine and also mentions in a sufficiently precise manner that certain facts may give rise to aggravating and attenuating circumstances. In order to increase transparency, the European Commission also endeavours to include further matters relevant to any

¹²⁶ De La Serre and Winckler 2010, p. 327. However there are still criticisms as to the fine calculation process. See e.g. Geradin 2011.

¹²⁷ Richardson 1999, p. 360.

¹²⁸ Arı and Aygün 2009, p. 7.

¹²⁹ As mentioned before, however, these are not the only problems as to the application of the Fining Regulation. See note 11 above and the explanations following Annex-1.

¹³⁰ ICN 2008, p. 12.

subsequent calculation of fines, such as the relevant sales figures and the year(s) that will be considered for the value of such sales¹³¹.

As mentioned earlier, the TCB was criticised for not giving statement of reasons in its decisions before the Fining Regulation was issued. In its first five decisions¹³² after the adoption of the Fining Regulation, the TCB provided reasons, albeit not detailed, explaining how the amount of fines was calculated. Although it is difficult to consider these explanations as sufficient from the perspective of giving adequate reasoning, it can be regarded to some extent that the TCB was willing to address the criticisms that were raised before the adoption of the Fining Regulation.

Subsequent to these decisions, however, the TCB started not to give any reasons at all for the calculation of the fine in some of its decisions. For instance in *Turkish Pharmacists' Association* and *Metro Coach* decisions¹³³, there were even no section evaluating the calculation of fines. In *Turkish Pharmacists' Association* decision, moreover, the TCB seemed not to implement the Fining Regulation at all, since it referred to the relevant provisions in the Act, citing the Fining Regulation only in the conclusion though. Therefore, figures related to the amounts of fines just again magically appear at the end of these decisions¹³⁴.

The decisions adopted afterwards¹³⁵ again contain explanations, although some of them are very brief. In summary, of twenty decisions adopted

¹³¹ Commission Notice on Best Practices for the Conduct of Proceedings Concerning Articles 101 and 102 TFEU,

<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:308:6:0032:EN:PDF>,

Date Accessed: 22.08.2012, paras. 84-86. See also the speech of the Commissioner Joaquin Almunia, "Cartels: the Priority in Competition Enforcement", SPEECH/11/268, 14.04.2011, p. 3.

¹³² See *Bodrum Ferries*, decision no 09-51/1245-314, dated 03.11.2009; *Poultry Industry*, decision no 09-57/1393-362, dated 25.11.2009; *Turkcell-II*, decision no 09-60/1490-379, dated 23.12.2009; *Izocam*, decision no 10-14/175-66, dated 08.02.2010; *Sivas Driving Schools*, decision no 10-25/350-124, dated 22.03.2010.

¹³³ See *Turkish Pharmacists' Association*, decision no 10-49/912-321, dated 08.07.2010; *Metro Coach*, decision no 10-68/1445-545, dated 28.10.2010.

¹³⁴ On the inadequacy of statement of reasons in relation to methodology of setting fines, see also dissenting opinion of Reşit Gürpınar in *Industrial and Medical Gases* case.

¹³⁵ See *Peugeot Dealers I*, decision no 10-53/1057-391, dated 06.08.2010; *Cargo*, decision no 10-58/1193-449, dated 03.09.2010; *Citroen Dealers*, decision no 10-60/1274-480, dated 23.09.2010; *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010; *Dialysis Devices*, decision no 10-80/1687-640, dated 23.12.2010; *Banks*, decision no 11-13/243-78, dated 07.03.2011; *Doğan Media*, decision no 11-18/341-103, dated 30.03.2011; *Car Dealers*, decision no 11-24/464-139, dated 18.04.2011; *Turkcell-III*, decision no 11-34/742-230, dated 06.06.2011; *Anadolu Electronics & Samsung*, decision no 11-39/838-262, dated 23.06.2011; *Efes*, decision no 11-42/911-281, dated 13.07.2011; *Construction of Dicle University Hospital*, decision no 11-52/1343-474, dated 13.10.2011; *Sun Express*, decision no 11-54/1431-507, dated 27.10.2011.

by the TCB while implementing the Fining Regulation, in two of them there is no section on the reasoning that leads to the final amount of the fine. In other decisions, even though there are some explanations, they are far from being regarded as including sufficient reasoning in relation to the underlying reasons of fines. Consequently it is suggested that the TCB has seemed not to accomplish one of its goals since it suffers from inadequate statements of reasons and thus ensuring transparency.

In this regard, a recent judgment of the Supreme Administrative Court, which is the competent body to review decisions of the TCB, provides essential insight to the determination of fines. In *Turkish Pharmacists' Association* judgment¹³⁶, the Supreme Administrative Court held that the Act explicitly gives discretion to the TCB in determining the level of fine. In the Court's view, however, this discretion must be exercised within the limits determined by the relevant legislation, in accordance with the objectives set out in the Act, and it should rely on objective criteria and thus enable the Court to review legality of the contested decision. The Court went on to say that the Fining Regulation limits this discretion by specifying objective factors that must be taken into account when setting fines.

Within this framework, the Court established that there is no indication at all as to how the level of fine was determined in the contested decision. Although there are considerations as to the gravity of infringement, how these considerations were taken into account in the determination of fine could not be understood. Accordingly, the Court concluded that the TCB had failed to comply with the principles set out in the Fining Regulation and thereby granted a stay of execution¹³⁷.

In the same vein, opinion of the Advocate General in *Marin Towage* judgment¹³⁸ reaffirms that the TCB must exercise its discretion in an objective and impartial way, and implement the general administrative guidelines consistently. These considerations undoubtedly show that the Supreme Administrative Court has sent a clear message to the TCB to give more detailed reasoning in its decisions as to the setting of fines.

¹³⁶ Case docket no 2010/4769, *Turkish Pharmacists' Association v. Turkish Competition Authority*, dated 02.04.2012.

¹³⁷ Cf. Case T-148/89, *Trefulnion v. Commission*, [1995] ECR II-1063, para. 142.

¹³⁸ Case docket no 2011/4117, *Marin Towage v. Turkish Competition Authority*, dated 21.03.2012.

4.2.2. Relevant Turnover: Starting Point of the Calculation

As opposed to the European Commission's practice, in which the turnover affected by the infringement was taken as a starting point when calculating fines, a different approach is adopted in Turkish competition law. Pursuant to Article 16(3) of the Act, if the substantive provisions of the Act is infringed, the TCB shall impose a fine up to 10 per cent of *annual gross revenues* of undertakings, which are generated by the end of the business year preceding the infringement decision, or which is generated by the end of the business year closest to the date of infringement decision if it would not be possible to calculate it and which would be determined by the TCB.

Decisional practice of the TCB with regard to this provision shows that annual gross revenues are understood as the net sales of companies¹³⁹. In *Aegean Cement I* decision¹⁴⁰, for instance, the TCB adopted this approach and continued to use it in the vast majority of decisions¹⁴¹. Accordingly, annual gross revenue is defined in Article 3(1)(g) of the Fining Regulation as the net sales¹⁴² in the uniform chart of accounts, or if this cannot be calculated, the revenue closest to the net sales, which is to be determined by the TCB.

On the other hand, the concept of net sales may not serve the purpose in some circumstances. For instance, associations of undertakings do not have the net sales since they collect contributions from their members. Another example is the banks or financial institutions, calculation of whose gross revenues has special features. Lastly, it is not mandatory for some companies, such as partnership companies, to have a uniform chart of accounts. Therefore, only if it is not possible to determine annual gross revenue in the preceding year, the Act empowers the TCB to determine it. In accordance with this provision, the Fining Regulation articulates that the TCB will determine the revenue closest to the net sales where calculation of net sales is not feasible¹⁴³.

Within this framework, aggregate worldwide turnover of undertakings should be taken into account when calculating the amount of fines as well as applying the 10 per cent cap. Accordingly this appears to be the case in the vast

¹³⁹ Kekevi 2008, p. 170; Ari and Aygün 2009, p. 17.

¹⁴⁰ *Aegean Cement I*, decision no 99-30/276-166(a), dated 17.06.1999.

¹⁴¹ See *Cine 5*, decision no 99-46/500-316, dated 11.10.1999; *İGTOD*, decision no 99-53/575-363, dated 24.11.1999; *Advertising Spaces I*, decision no 00-4/41-19, dated 01.02.2000; *Ceramic*, decision no 04-16/123-26, dated 24.02.2004.

¹⁴² In practice, 'turnover' is used overwhelmingly in reference to the net sales. Therefore, turnover will be used hereafter in this paper.

¹⁴³ Ari and Aygün 2009, p. 18.

majority of TCB's decisions¹⁴⁴. However, the crucial point here is that the TCB takes into account the total turnover of the legal entity that is the addressee of decision, not the aggregate worldwide turnover of the undertaking. This is a further and crucial difference with the EU practice in which the aggregate worldwide turnover is taken into account when considering the 10 per cent ceiling¹⁴⁵. On the other hand, in some decisions taken before the adoption of the Fining Regulation, the TCB based on the turnover generated in the relevant market¹⁴⁶. This inconsistency appears to continue in the new era as well.

In *Industrial and Medical Gases* decision¹⁴⁷, for instance, the TCB took the turnover in the industrial and medical gases market for its calculation of basic fine as understood from the dissenting opinion of one of the TCB members¹⁴⁸. However, some of the violations in this case were only in the medical gases market. Therefore, it is more accurate to say that the TCB did not take into account just the turnover generated in the relevant market or the sales affected by the violation.

In *Dialysis Devices* decision¹⁴⁹, on the other hand, the TCB rejected the argument raised by the parties that the turnover generated in the relevant market should be taken as basis¹⁵⁰. Nearly three months later from this decision, the TCB held in *Banks* decision¹⁵¹ that the total turnover should not be taken as a basis for the calculation of basic fine since the turnover generated in the relevant market is very high by comparison to total turnover of the firms. The TCB went on to say that the fine should be reduced on the grounds of the fact that the turnover generated in the relevant market constitutes a small share within the gross revenues, which is adopted as a mitigating factor in the Fining Regulation. A further interesting point of the decision is that the TCB took into account the turnover generated in the personal banking market. However, it is very contentious whether this is the relevant market defined in the contested decision

¹⁴⁴ Arı and Aygün 2009, p. 23; Erdem 2012. See also dissenting opinion of Cevdet İlhan Günay in *Industrial and Medical Gases* decision.

¹⁴⁵ On the criticisms against this practice see Geradin 2011, p. 38-40.

¹⁴⁶ See *Enamelled Wire*, decision no 07-56/672-209, dated 04.07.2007; *Fire Insurance*, decision no 03-70/844-366, dated 30.10.2003, *Kastamonu Coach*, decision no 06-11/43-33, dated 09.02.2006; *TTNet*, decision no 08-65/1055-411, dated 19.11.2008.

¹⁴⁷ *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010

¹⁴⁸ See dissenting opinion of Cevdet İlhan Günay in the decision mentioned.

¹⁴⁹ *Dialysis Devices*, decision no 10-80/1687-640, dated 23.12.2010.

¹⁵⁰ In *Sun Express* decision (decision no 11-54/1431-507, dated 27.10.2011), the TCB again rejected the argument of the parties that only the turnover in the Turkish market should be taken into account.

¹⁵¹ *Banks*, decision no 11-13/243-78, dated 07.03.2011.

since the definition of the relevant product market was left open on the grounds of not changing the outcome of the assessment.

It is not clear whether there are other decisions in which the turnover generated in the relevant market was taken as a basis, as a result of inadequacy, or absence, of statements of reasons in these decisions. Whatever the case might be, the TCB's inconsistent body of decisions in relation to this issue continues in the new era as these decisions clearly indicate.

The decisional practice of the TCB as to the imposition of fines in case of gun-jumping and providing incomplete, false or misleading information is also relevant in this regard since the wording of these provisions is nearly the same with that of the provision regulating the substantive infringements of the Act. Pursuant to Article 16(1) of the Act, the TCB shall impose a fine where mergers and acquisitions that are subject to authorization are realized without the authorization of the TCB and where incomplete, false or misleading information is provided. The amount of the fine mentioned here is one per thousand of annual gross revenues generated by the end of the financial year preceding the decision, or by the end of the business year closest to the date of the decision if it would not be possible to calculate it and which would be determined by the TCB.

In the vast majority of cases in which the TCB imposed a fine for gun-jumping, fines are calculated on the basis of total turnover of the legal entity concerned¹⁵². Contrary to this decisional practice, however, there are some decisions as to gun jumping, in which calculation of the fine is based on the turnover generated in the relevant market¹⁵³. Similarly, the TCB takes the turnover generated in Turkey or in the relevant market within the Turkey as a basis in the determination of fines due to providing incomplete, false or misleading information¹⁵⁴. In the EU competition law, on the other hand, fines imposed in case of procedural infringements or gun-jumping, are based on the aggregate worldwide turnover of undertakings¹⁵⁵. Consequently, as these

¹⁵² See text accompanying notes 144-146 above. But there are other decisions in which the undertakings' whole turnover is based on. See e.g. *Ajanspress & Interpress*, decision no 10-66/1402-523, dated 21.10.2010.

¹⁵³ See *Sarten Packaging*, decision no 10-31/471-175, dated 15.4.2010; *Selçuklu Holding & Gül Packaging*, decision no 09-57/1355-348, dated 25.11.2009. See also SANRAH, G. D. (2010), "The Turkish Competition Board considers only the turnover in the relevant product market when calculating the monetary fine for failure to notify a concentration (*Sarten Ambalaj*)", *e-Competitions*, No: 34802.

¹⁵⁴ See *Omya I*, decision no 08-54/847-338, dated 18.09.2008; *Omya II*, decision no 08-62/1017-393, dated 07.11.2008; *CNR II*, decision no 09-46/1154-290, dated 13.10.2009; *Akzo Nobel*, decision no 10-24/339-123, dated 18.03.2010.

¹⁵⁵ De La Serre and Winckler 2010, p. 343.

decisions clearly show, the TCB has not succeeded in developing a consistent decisional practice in relation to fines imposed in case of gun jumping and providing incomplete, false or misleading information as well.

In the light of these considerations, it can be argued that the basic amount of the fine should be calculated on the basis of the turnover affected by the infringement, which is the case in the EU practice. It is also noteworthy in this regard that in the determination of 10 per cent ceiling the aggregate worldwide turnover should be based on. This approach, which is also coherent with the concept of undertaking, is adopted in the majority of the jurisdictions including the EU. Taking the turnover affected by the infringement as a basis in the calculation of fines can be regarded as reflecting a fair approach since it relies on the gains obtained by undertakings. On the other hand, there may be some difficulties in determining the turnover affected by the infringement as well¹⁵⁶. The key issue, however, is not only about whether the approach adopted in the EU or in Turkey is the right one. Rather, incoherent practice of the TCB is the vital one.

In the author's view, it is accepted that relying on the aggregate worldwide turnover of the undertaking may lead to unfair or disproportionate fines, particularly for multi-product firms. Even though the fact that the turnover generated in the relevant market constitutes a small share within gross revenues is adopted as a mitigating factor, the maximum level of reduction in the amount of fine for this reason can be at most 60 per cent of the basic amount¹⁵⁷. Hence, the reduction in fine may not be sufficient to resolve the issue of unfair fines. In the current legal framework, however, the TCB should base on the total turnover of undertakings, neither the turnover generated in the relevant market nor the turnover of the legal entity, as it appears to be the approach adopted by the Act and by the Fining Regulation. The underlying reasons for this view and the legal assessment can be summarised as follows.

Firstly, the Act does not make any separation between the elements of gross revenue such as domestic and non-domestic sales or turnover generated in the relevant market¹⁵⁸. Accordingly the Act does not explicitly refer to the turnover generated in the relevant market. Secondly, the TCB articulated its interpretation of the Act and general practice with regard to annual gross revenue in the Fining Regulation. Furthermore the fact that sales affected by the infringement constituting a small share within annual gross revenues has been adopted as a mitigating factor in the Fining Regulation. Thirdly, we should also

¹⁵⁶ See Ari and Aygün 2009, p. 23.

¹⁵⁷ See Article 7 of the Fining Regulation.

¹⁵⁸ Ari and Aygün 2009, p. 22.

pay regard to EU enforcement since it is the source of this provision. In the EU competition law, the European Commission bases on the aggregate worldwide turnover when calculating the 10 per cent cap. This approach indicates the idea that only the total turnover reflects the size and influence of the undertaking¹⁵⁹. Otherwise it can be impossible to achieve deterrence especially with regard to a conglomerate company that has worldwide operations.

Last but not least, it may be argued that the Act empowers the TCB to base on the turnover in the relevant market by stating that the turnover would be determined by the TCB. However, this statement clearly refers to determination of the year if it is impossible to find out the turnover in the year preceding the decision. An alternative interpretation of this provision can be that if the turnover in the year preceding the decision does not reflect the undertaking's true economic situation, the TCB should be allowed to adapt their method to the particularities of the case¹⁶⁰. Even if it is accepted that this provision gives discretion to the TCB, it cannot be used in an arbitrary way. Therefore, the TCB must explain its grounds and establish principles, while applying it objectively.

A recent judgment of the Supreme Administrative Court clearly confirmed this view and put an end to the discussions¹⁶¹. In the appeal against *Enamelled Wire* decision of the TCB, the Court clearly established that the fine must be imposed on the basis of total annual gross revenues of the undertaking in question. The Court's reasoning was that the Act does not make any separation between the elements of gross revenue such as domestic and non-domestic sales or turnover generated in the relevant market¹⁶².

4.2.3. Recidivism: Usual Suspects of Infringements

As stated in section 2, prevention of violations is the main task of competition law enforcement and fines have very important role in this regard to ensure deterrence¹⁶³. Recidivism, as the most frequently used aggravating factor in fixing the amount of fine¹⁶⁴, is "not only a relevant factor but also a particularly important factor for the purposes of assessing the amount of the fine in the

¹⁵⁹ Jones and Sufrin 2011, p. 1100. Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Française v. Commission*, [1983] ECR 1825, para. 119.

¹⁶⁰ Cf. De La Serre and Winckler 2011, p. 364.

¹⁶¹ In its previous judgments, the Court adopted the same view. See e.g. Case docket no 2007/9916, decree no 2010/4599, *Siemens v. Turkish Competition Authority*, dated 02.06.2010.

¹⁶² Case docket no 2008/8485, decree no 2012/968, *Hes Electricity v. Turkish Competition Authority*, dated 09.05.2012. See also Case docket no 2008/9080, decree no 2012/965, *Bemka v. Turkish Competition Authority*, dated 08.05.2012.

¹⁶³ Wils 2007, p. 185-187; ICN 2008, p. 7.

¹⁶⁴ De La Torre 2010, p. 387.

context of effective deterrence”¹⁶⁵. Since “recidivism constitutes proof that the sanction previously imposed was not sufficiently deterrent”¹⁶⁶. In other words, repeated infringement clearly indicates that the undertaking did not receive, or even care about, the signal sent by the authority¹⁶⁷.

In recent years, high rates of recidivism are observed throughout the world. Considering the European Commission decisions adopted over the past five years, for instance, the rate of recidivism exceeds 40 per cent in the EU. Similar statistics can be found as to the US antitrust enforcement as well¹⁶⁸. Hence recidivism remains to be a significant problem in competition law and these statistics raise the question on the effectiveness of fining policy¹⁶⁹.

The underlying reasons for the recidivist uplift, as stated by Wils¹⁷⁰, can be examined in four headings. Firstly, repeat offenders are more inclined to commit infringements and thus higher fines should be imposed on them to achieve deterrence¹⁷¹. Secondly higher fines for recidivists articulate increased moral condemnation, thereby offset the effect of weakening the moral commitment to the law¹⁷². Thirdly, repeat offenders are assumed to learn from first investigation how they can better conceal their violation. Therefore, higher fines should be imposed on recidivist to compensate a lower probability of detection¹⁷³. Fourthly, if the fines imposed are below the illicit gains and there is lack of transparency as to the likely fines, undertakings discover from the first fine that violations are profitable. Hence, higher fines are necessary to reinforce deterrence for repeated offenders¹⁷⁴.

Pursuant to paragraph 28 of the 2006 Guidelines, if an undertaking continues or repeats the same or a similar infringement after the European Commission or a National Competition Authority has made a finding that the undertaking infringed Article 101 or 102 TFEU, the basic amount will be increased by up to 100 per cent for each such infringement established. In the

¹⁶⁵ Case C-3/06 P, *Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331, para. 47.

¹⁶⁶ Case T-203/01, *Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071, para. 293. See also Wils 2012, p. 12.

¹⁶⁷ OECD 2012b, p. 2.

¹⁶⁸ BARENNE, M. and G. WOLF (2011), “Cartel Recidivism in the Mirror of EU Case Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(5), p. 423-440, p. 423.

¹⁶⁹ OECD 2012b, p. 2 and 6.

¹⁷⁰ Wils 2012, p. 13.

¹⁷¹ Case T-38/02, *Group Danone v. Commission*, [2005] ECR II-4407, para. 349; Case C-3/06 P, *Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331, para. 39.

¹⁷² Wils 2012, p. 14.

¹⁷³ *Ibid*, p. 14.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 15.

light of this paragraph and the case law of the EU Courts, particular attention should be given to these points:

- Contemporaneous infringements, where two or more infringements take place during the same time but none of them continues after the date on which first infringement decision is adopted, cannot be taken into account¹⁷⁵. Because there must be fresh infringements¹⁷⁶, that is to say second infringement after a first infringement decision.

- Infringement of Articles 101 and 102 TFEU cannot be considered as similar infringements¹⁷⁷.

- As distinct from the 1998 Guidelines, the European Commission will take into account not only its own previous decisions, but also those of National Competition Authorities applying Articles 101 or 102 TFEU.

- It is not necessary that a fine has been imposed in the first decision: finding of infringement is sufficient¹⁷⁸. It seems to be the case that even if an undertaking is granted immunity under Leniency Notice, its fine can be increased on the grounds of recidivism¹⁷⁹.

- As distinct from the 1998 Guidelines, the increase may be up to 100 per cent.

- As distinct from the 1998 Guidelines, each prior infringement will justify an increase of the fine. Therefore, the fine can be quadrupled if there are four previous infringement decisions¹⁸⁰. The European Commission, however, prefers not taking full advantage of its discretion in this regard. Instead, it generally increases the fine by 50 per cent in cases of one prior infringement, 60 per cent for two, 90 per cent for three, and 100 per cent for four, which has applied only once¹⁸¹.

- Even if the first decision is still subject to judicial review, the European Commission can take it into account¹⁸².

¹⁷⁵ Wils 2012, p. 9.

¹⁷⁶ Case T-141/94, Thyssen Stahl v. Commission, [1999] ECR II-347, para. 617.

¹⁷⁷ Case T-101/05, BASF v. Commission, [2007] ECR II-4949, para. 64; Case T-58/01, Solvay SA v. Commission, [2009] ECR II-4621, paras. 507-511; Case T-66/01, Imperial Chemical Industries v. Commission, [2010] ECR II-2631, paras. 378-381. See also Wils 2007, p. 217.

¹⁷⁸ Case T-38/02, Group Danone v. Commission, [2005] ECR II-4407, para. 363; Case C-3/06 P, Danone v. Commission, [2007] ECR I-1331, para. 41.

¹⁷⁹ Whish and Bailey 2012, p. 278; Barennes and Wolf 2011, p. 428.

¹⁸⁰ De La Serre and Winckler 2010, p. 336; Veljanovski 2011, p. 889.

¹⁸¹ Barennes and Wolf 2011, p. 434; De La Serre and Winckler 2012, p. 357.

¹⁸² Case C-413/08 P, Lafarge v. Commission, [2010] ECR I-5361, para. 81-90.

- There is no apparent limitation period. However, the European Commission must assess case-by-case the time period between infringements and decide whether these infringements show a tendency to violate prohibitions and thus justify a fine increase due to recidivism¹⁸³.

- As to the identity of violators, if they are subsidiaries of a parent company and thus form the same undertaking, violations committed by these subsidiaries can be taken into account when considering recidivism¹⁸⁴. In recent judgments, however, General Court took a stricter stance on the issue and held that the important factor is whether the parent company itself was found liable in the previous decision¹⁸⁵.

- Infringements are not necessarily to be in the same product or geographic market¹⁸⁶.

In the light of aforementioned principles, it can be suggested that requirements and guiding principles for the recidivist uplift have now been extensively defined, without contesting whether it is a right one, in EU competition law enforcement¹⁸⁷. The European Commission is deadly serious about recidivism and it is the most prevalent aggravating factor in its decisions¹⁸⁸. The TCB, on the other hand, has not been able to develop a consistent body of principles as to the implementation of aggravating circumstance of recidivism, which is seen explicitly from the decisions assessed below.

In Turkish competition law, likewise the EU law before the issuance of the 1998 Guidelines¹⁸⁹, there was no explicit reference to recidivism as an aggravating factor before the amendments made to the Act. However, the factors that the TCB had to consider were listed non-exhaustively, thereby the TCB

¹⁸³ Ibid. paras. 66-75; Case C-3/06 P, *Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331, paras. 37-39; Case T-343/08, *Arkema France v. Commission*, not yet reported, para. 68; Wils 2012, p. 17.

¹⁸⁴ Case T-203/01, *Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071, para. 290. See Wils 2007, p. 217.

¹⁸⁵ Case T-144/07, *ThyssenKrupp v. Commission*, paras. 302-323; Case T-206/06, *Total v. Commission*, para. 213. See also De La Serre and Winckler 2012, p. 357.

¹⁸⁶ Case T-203/01, *Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071, para. 282; Case T-101/05, *BASF v. Commission*, [2007] ECR II-4949, para. 64; Case T-410/03, *Hoechst v. Commission*, [2008] ECR II-881, para. 474.

¹⁸⁷ Barennes and Wolf 2011, p. 423 and 427. On the arguments that the European Commission's decisional practice as to recidivism is not consistent and that it ignores some previous infringements see Veljanovski 2011, p. 893; Connor 2011, p. 30. But Cf. Wils 2012, p. 9-10. For other criticisms see Geradin 2011, p. 40-41.

¹⁸⁸ Geradin and Henry 2005, p. 447; Veljanovski 2011, p. 888; Geradin 2011, p. 40.

¹⁸⁹ Barennes and Wolf 2011, p. 424.

took into account recidivism as an aggravating factor in some decisions¹⁹⁰. Nevertheless, it was not the common practice of the TCB to take into account prior infringements committed by undertakings in numerous cases¹⁹¹.

After the amendments, the Act explicitly refers to recidivism in Article 16(5) as a factor that the TCB must take into account when determining fines. However, there is not any explanation in the provision about how the repeated infringements should be assessed. Pursuant to Article 6(1)(a) of the Fining Regulation, fine shall be increased between 50 to 100 per cent for each repetition. When the decisional practice of the TCB as regards recidivism in the post-regulation era is examined, the noteworthy aspects are as follows.

Firstly, there is not adequate information, if any, in decisions as to the repetition of infringement. Hence it is difficult, if not impossible, to ascertain the conditions of recidivist uplift. Moreover, the TCB indicated the rate of increase only in *Turkcell II* and *Turkcell III* decisions¹⁹², in both of which the basic fine was increased by 50 per cent. Thus, it is inferred from these decisions that the TCB increases the fine by 50 per cent regardless of whether there are one or two previous violations¹⁹³.

Secondly, it can be inferred from decisions that the TCB appears not to take into account the infringements committed by other firms within the same undertaking when determining recidivism. In *Car Dealers* case¹⁹⁴, for instance, the TCB did not apply recidivist uplift although some of the fined companies such as Doğuş Auto and Ford Automotive are within the same undertaking with other companies such as Garanti Bank and Yapı Kredi that get fined in *Banks* case¹⁹⁵. In *Anadolu Electronics & Samsung* and *Efes* cases¹⁹⁶, similarly, the TCB did not take into account previous infringements committed in *Car Dealers* case by the companies within the same undertaking.

On the other hand, in cases such as *Metro Coach*¹⁹⁷ and *Industrial and Medical Gases*¹⁹⁸ the TCB again did not increase the fine owing to recidivism

¹⁹⁰ See *Advertising Spaces II*, decision no 06-02/48-9, dated 05.01.2006; *Akmaya*, decision no 09-23/491-117, dated 20.05.2009.

¹⁹¹ Arı and Aygün 2009, p. 31.

¹⁹² *Turkcell-II*, decision no 09-60/1490-379, dated 23.12.2009; *Turkcell-III*, decision no 11-34/742-230, dated 06.06.2011.

¹⁹³ Indeed these were the third and fourth violations of the Act by Turkcell respectively.

¹⁹⁴ *Car Dealers*, decision no 11-24/464-139, dated 18.04.2011.

¹⁹⁵ *Banks*, decision no 11-13/243-78, dated 07.03.2011.

¹⁹⁶ *Anadolu Electronics & Samsung*, decision no 11-39/838-262, dated 23.06.2011; *Efes*, decision no 11-42/911-281, dated 13.07.2011.

¹⁹⁷ *Metro Coach*, decision no 10-68/1445-545, dated 28.10.2010.

¹⁹⁸ *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010.

although the same legal persons committed infringements previously. For example, Metro Coach had committed multiple infringements before the last infringement decision was adopted.

Thirdly, as accepted in *Akmaya* decision¹⁹⁹, the TCB seems to recognize that a previous violation in the form of concerted practice should be taken into account for the purposes of deciding recidivism when imposing fine on a vertical restriction. This issue of whether a vertical restraint should be considered as a similar infringement to a cartel needs clarification in EU competition law²⁰⁰. Furthermore, the TCB appeared to accept in *Advertising Spaces II* case²⁰¹ that previous infringements must be similar to the new one. On the other hand, the TCB did not appear to take into account a previous infringement decision as to a concerted practice when fining an abuse of dominance in *Doğan Media* case²⁰². Moreover, in *Metro Coach, Industrial and Medical Gases, Anadolu Electronics & Samsung*, and *Efes* decisions²⁰³, the TCB did not increase the fine due to recidivism although there were previous infringements of the same kind by the undertakings concerned.

Fourthly, some inferences can be made from the TCB's decisions on the issue of whether a pending appeal against the first infringement decision prevents the application of recidivist uplift in the following decisions. In *Turkcell III*²⁰⁴, for instance, the TCB raised the fines on the grounds of recidivism although the previous infringement decision was not yet final. Similarly, the TCB applied the recidivist uplift in *Advertising Spaces II* case²⁰⁵, despite the appeal against first decision was still pending. On the other hand, in *Industrial and Medical Gases* case²⁰⁶, the TCB did not take into account the recidivism while the Supreme Administrative Court upheld the first infringement decision against Habaş.

Fifthly, in relation to the time period between infringements the TCB held that prior infringement should have been committed 'in the recent past' in *Advertising Spaces II* case²⁰⁷. In *Metro Coach* and *Medical Gases* cases²⁰⁸,

¹⁹⁹ *Akmaya*, decision no 09-23/491-117, dated 20.05.2009.

²⁰⁰ De La Serre and Winckler 2010, p. 336-337; Barennes and Wolf 2011, p. 428.

²⁰¹ *Advertising Spaces II*, decision no 06-02/48-9, dated 05.01.2006.

²⁰² *Doğan Media*, decision no 11-18/341-103, dated 30.03.2011.

²⁰³ *Metro Coach*, decision no 10-68/1445-545, dated 28.10.2010; *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010; *Anadolu Electronics & Samsung*, decision no 11-39/838-262, dated 23.06.2011; *Efes*, decision no 11-42/911-281, dated 13.07.2011.

²⁰⁴ *Turkcell-III*, decision no 11-34/742-230, dated 06.06.2011.

²⁰⁵ *Advertising Spaces II*, decision no 06-02/48-9, dated 05.01.2006.

²⁰⁶ *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010.

²⁰⁷ *Advertising Spaces II*, decision no 06-02/48-9, dated 05.01.2006.

however, the TCB did not increase the fines due to recidivism although previous infringement decisions had been adopted less than one year before the second infringement. A further inconsistency can be seen in *Akmaya* decision, where the TCB increased the fine owing to the recidivism although there were nearly 9 years between two decisions.

Lastly, there is not the slightest indication in decisions whether the infringements need to be in the same market. Therefore, it remains to be seen whether the TCB will take into account prior infringements committed in different markets when considering recidivism. If it does not, that would be a very narrow interpretation of recidivisms, especially given the ample discretion recognised by the Act.

In the light of decisions examined above, consequently, it can be suggested that the TCB has no policy on recidivism whatsoever. The decisional practice does not provide transparency as to the conditions and rates of increase in case of single or multiple infringements. Furthermore, the cases in which the recidivism took into account present lack of consistency and objectivity. Therefore, it is considered as one of the most flawed parts of the TCB's decisional practice. Given the extensive level of recidivism, it still poses a substantial problem for the TCB like many of the competition authorities²⁰⁹. Accordingly this poor record of the TCB cannot be considered as a practice of an advanced competition regime.

CONCLUSION

There is a broad consensus on the main purpose of fines that their primary objective is to achieve both specific and general deterrence besides punishing wrongdoers. Monetary fines, in this regard, are one of the most commonly used instruments, albeit not unique one. On the other hand, it should not be forgotten that achieving the deterrence is not all about imposing very high fines since there are also problems with it and thus they can become counter-productive. Hence the key point is to achieve sufficient level of deterrence. The quote by Benjamin Franklin plainly articulates the point: laws too gentle are seldom to be obeyed; too severe, seldom executed²¹⁰.

In order to ensure sufficient level of deterrence, it is necessary to provide sufficient degree of transparency as to the methodology of fining process since it enables undertakings to conduct a cost-benefit analysis, which

²⁰⁸ *Metro Coach*, decision no 10-68/1445-545, dated 28.10.2010; *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010.

²⁰⁹ OECD 2012b, p. 2 and 6.

²¹⁰ *Calvino* 2007, p. 321.

prospectively leads to the adoption of reasonable decisions by undertakings. Providing transparency as well as consistency and objectivity in the process of calculation of fines are also relevant in ensuring legal certainty and equal treatment, which are some of the fundamental principles of legal systems.

One of the ways of doing this is to issue secondary legislation, which is the mostly preferred approach in advanced competition law regimes. Following the other agencies, the TCB has chosen this way and adopted the Fining Guidelines, which is regarded as a very welcomed development by all the stakeholders. Some commentators consider this development as the footsteps of the new era and the culmination of the biggest problem in Turkish competition law²¹¹.

Issuing secondary legislation in relation to the process of setting fines, however, may not always guarantee transparency, consistency and objectivity in the decisional practice. This appears to be the case in Turkish competition law as well, although the Fining Regulation has sufficiently limited the discretion enjoyed by the TCB. Within this framework, main areas of concern are inadequate statements of reasons, determination of relevant turnover and the application of the recidivist uplift.

The lack of transparency surrounding the decisions of the TCB still continues. This mainly stems from inadequate statements of reasons by the TCB. For instance, the TCB continues not to explain in detail how much weight is given to the factors that the Fining Regulation refers. The decisional practice also contains many uncertainties especially as to the determination of the relevant turnover and the conditions on the application of the recidivist uplift. These are clearly not the features seen in the advanced competition law regimes.

Furthermore, the TCB has not achieved a consistent application of the rules in similar situations. This is particularly the case in relation to the determination of relevant turnover and recidivism. Consistency in fining policy is crucial if the TCB wants to continue to be, or to become, a credible competition enforcer. Decisions that may be seen as erratic or arbitrary may undermine the years of work that has helped to build the reputation²¹² that the TCB enjoys in other areas of competition law.

The application of different rules in similar situations is not only inimical to the consistency of the decisional practice but also objectivity of it. For instance, the TCB prefers to start the calculation of fines from the turnover in the relevant market in some cases, whereas it bases the fines on the total

²¹¹ Arı and Aygün 2009, p. 60-61.

²¹² De La Torre 2010, p. 415.

turnover in the others. Similarly, the TCB does not apply recidivist uplift although there is not any apparent reason to the contrary. This trend creates concerns from the perspective of objectivity of decisions. Hence, decisions of the TCB as it stands bring the quote by George Orwell into minds: All animals are equal but some animals are more equal than others²¹³.

All in all, the decisional practice of the TCB in relation to the determination of fines can clearly be regarded as a lottery despite the adoption of the Fining Guidelines. Recent judgments of the Supreme Administrative Court explicitly show that it is also critical in this regard. Therefore, it appears that neither a new era nor an enlightened age has emerged from the Fining Regulation up till now.

²¹³ Calvino 2007, p. 317.

BIBLIOGRAPHY

ARI, H. (2009), “Recent Developments in the Enforcement of Turkish Competition Law: Fines and Leniency Regulation”, *Antitrust Chronicle*, Spring 2009, Volume 6, Number 1.

ARI, H. and E. AYGUN (2009), “Regulation on Fines Adopted by Turkish Competition Authority: Footsteps of the New Era”, *Competition Journal*, 10(4), p. 7-71.

BARENNE, M. and G. WOLF (2011), “Cartel Recidivism in the Mirror of EU Case Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(5), p. 423-440.

BECKER, G.S. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76(2), p. 169-217.

CALVINO, N. (2007), “Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines”, in *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, p. 317-335, Eds. Ehlermann and Atanasiu, Hart Publishing, USA.

CONNOR, J. M. (2011), “Has the European Commission Become More Severe in Punishing Cartels? Effects of the 2006 Guidelines”, *ECLR*, 32(1), p. 27-36.

DE BROCA, H. (2006), “The Commission Revises Its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases”, *Competition Policy Newsletter*, Autumn 2006, Number 3, p. 1-6.

DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2010), “Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 1(4), p. 327-347.

DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2011), “A Survey of Legal Issues Regarding Fines Imposed in EU Competition Proceedings (2010)”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4), p. 356-370.

DE LA SERRE, E. B. and C. WINCKLER (2012), “A Landmark Year for the Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 3(4), p. 351-370.

DE LA TORRE, F. C. (2010), “The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on Commission’s Practice”, *World Competition*, 33(3), p. 359-416.

ERDEM, E. (2012), “Turkey: Regulation On Fines, An Illusion or A True Harmonization With The EU Law?”, http://www.mondaq.com/article.asp?article_id=181436, Date Accessed: 22.08.2012.

EUROPEAN COMMISSION (1999), “XXVIIIth Report on Competition Policy”,

http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1998/en.pdf,

Date Accessed: 22.08.2012.

EUROPEAN COMMISSION (2011), “Factsheet: Fines for breaking competition law”,

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/factsheet_fines_nov_2011_en.pdf,

Date Accessed: 22.08.2012.

GERADIN, D. and D. HENRY (2005), “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments”, *European Competition Journal*, Volume 1, No 2, p. 401-473.

GERADIN, D. (2011), “The EU Competition Law Fining System: A Reassessment”, TILEC Discussion Paper,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937582,

Date Accessed: 22.08.2012.

ICN (2008), *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto, Japan.

JONES, A. and B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, US.

KEKEVİ (2008), *The Fight Against Cartels in the US, in the EU, and in the Turkish Competition Law*, Publication of the Turkish Competition Authority, Ankara.

KERSE, C.S. and N. KHAN (2005), *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London.

KILLICK, J.R.M. (2006), “The 2006 Fining Guidelines: Two Steps Forward but One Step Back?”,

<http://www.whitecase.com/publications/detail.aspx?publication=1053>,

Date Accessed: 22.08.2012.

LANDES, W.M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *University of Chicago Law Review*, 50(2), p. 652-678.

NIELS, G., H. JENKINS and J. KAVANAGH (2011), *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press, New York, US.

OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris,
<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/34645128.pdf>,

Date Accessed: 22.08.2012.

OECD (2012a), *Procedural Fairness and Transparency*, Key Points,
<http://www.oecd.org/competition/mergers/50235955.pdf>,

Date Accessed: 22.08.2012.

OECD (2012b), *Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law*,
DAF/COMP(2011)4,
[http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=daf/comp\(2011\)4&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=daf/comp(2011)4&doclanguage=en),

Date Accessed: 22.08.2012.

ORTIZ BLANCO, L., A. GIVAJA SANZ and A. LAMADRID DE PABLO (2008), “Fine Arts in Brussels: Punishment and Settlement of Cartel Cases under EC Competition Law”,
<http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf>,

Date Accessed: 22.08.2012.

RICHARDSON, R. (1999), “Guidance without Guidance - A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines”, *ECLR*, 20(7), p. 360-371.

SANRAH, G. D. (2010), “The Turkish Competition Board considers only the turnover in the relevant product market when calculating the monetary fine for failure to notify a concentration (Sarten Ambalaj)”, *e-Competitions*, No 34802.

VAN BAEL, I. (1995), “Fining a la Carte: The Lottery of EU Competition Law”, *ECLR*, 16(4), p. 237-243.

VELJANOVSKI, C. (2011), “Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines”, *Journal of Competition Law & Economics*, 7(4), p. 871-915.

WHISH, R. and D. BAILEY (2012), *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, New York, US.

WILS, W.P.J. (2002), *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, Kluwer Law International, Hague, Netherlands.

WILS, W.P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, 29(2), p. 183-208.

WILS, W.P.J. (2007), "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, 30(2), p. 197-229.

WILS, W.P.J. (2012), "Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, 35(1), p. 5-26.

DECISIONS OF THE EUROPEAN COMMISSION

- Case COMP/38069, *Copper Plumbing Tubes*, 03.09.2004.
- Case COMP/39406, *Marine Hoses*, 28.01.2009.
- Case COMP/39402, *E.ON/GDF*, 08.07.2009.
- Case COMP/39452, *Mountings for Windows and Window-doors*, 28.03.2012.

JUDGMENTS OF THE EUROPEAN UNION COURTS

- Case 41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*, [1970] ECR 661.
- Joined Cases 100-103/80, *Musique Diffusion Française v. Commission*, [1983] ECR 1825.
- Case T-148/89, *Trefulnion v. Commission*, [1995] ECR II-1063.
- Case T-141/94, *Thyssen Stahl v. Commission*, [1999] ECR II-347.
- Case T-203/01, *Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071.
- Case C-189/02 P etc, *Dansk Rorindustri A/S and others v. Commission*, [2005] ECR I-5425.
- Case T-38/02, *Group Danone v. Commission*, [2005] ECR II-4407.
- Case T-15/02, *BASF v. Commission*, [2006] ECR II-497.
- Case C-289/04 P, *Showa Denko v Commission*, [2006] ECR I-5859.
- Case T-101/05, *BASF v. Commission*, [2007] ECR II-4949.
- Case C-3/06 P, *Danone v. Commission*, [2007] ECR I-1331.
- Case T-410/03, *Hoechst v. Commission*, [2008] ECR II-881.
- Case T-53/03, *BPB plc v. Commission*, [2008] ECR II-1333.
- Case T-58/01, *Solvay SA v. Commission*, [2009] ECR II-4621.
- Case C-413/08 P, *Lafarge v. Commission*, [2010] ECR I-5361.
- Case T-66/01, *Imperial Chemical Industries v. Commission*, [2010] ECR II-2631.
- Case T-122/07, *Siemens and Others v. Commission*, not yet reported.
- Case T-144/07, *ThyssenKrupp v. Commission*, not yet reported.
- Case T-206/06, *Total v. Commission*, not yet reported.

- Case T-343/08, Arkema France v. Commission, not yet reported.

DECISIONS OF THE TURKISH COMPETITION BOARD

- *Aegean Cement I*, decision no 99-30/276-166(a), dated 17.06.1999.
- *Cine 5*, decision no 99-46/500-316, dated 11.10.1999.
- *İGTOD*, decision no 99-53/575-363, dated 24.11.1999.
- *Advertising Spaces I*, decision no 00-4/41-19, dated 01.02.2000.
- *Fire Insurance*, decision no 03-70/844-366, dated 30.10.2003.
- *Ceramic*, decision no 04-16/123-26, dated 24.02.2004.
- *Advertising Spaces II*, decision no 06-02/48-9, dated 05.01.2006.
- *Kastamonu Coach*, decision no 06-11/43-33, dated 09.02.2006.
- *Enamelled Wire*, decision no 07-56/672-209, dated 04.07.2007.
- *Omya I*, decision no 08-54/847-338, dated 18.09.2008.
- *Omya II*, decision no 08-62/1017-393, dated 07.11.2008.
- *TTNet*, decision no 08-65/1055-411, dated 19.11.2008.
- *Akmaya*, decision no 09-23/491-117, dated 20.05.2009.
- *CNR II*, decision no 09-46/1154-290, dated 13.10.2009.
- *Bodrum Ferries*, decision no 09-51/1245-314, dated 03.11.2009.
- *Selçuklu Holding & Gül Packaging*, decision no 09-57/1355-348, dated 25.11.2009.
- *Poultry Industry*, decision no 09-57/1393-362, dated 25.11.2009.
- *Turkcell-II*, decision no 09-60/1490-379, dated 23.12.2009.
- *Izocam*, decision no 10-14/175-66, dated 08.02.2010.
- *Akzo Nobel*, decision no 10-24/339-123, dated 18.03.2010.
- *Sivas Driving Schools*, decision no 10-25/350-124, dated 22.03.2010.
- *Sarten Packaging*, decision no 10-31/471-175, dated 15.04.2010.
- *Turkish Pharmacists' Association*, decision no 10-49/912-321, dated 08.07.2010.
- *Peugeot Dealers I*, decision no 10-53/1057-391, dated 06.08.2010.
- *Cargo*, decision no 10-58/1193-449, dated 03.09.2010.
- *Citroen Dealers*, decision no 10-60/1274-480, dated 23.09.2010.
- *Metro Coach*, decision no 10-68/1445-545, dated 28.10.2010.
- *Industrial and Medical Gases*, decision no 10-72/1503-572, dated 23.12.2010.
- *Dialysis Devices*, decision no 10-80/1687-640, dated 23.12.2010.

- *Banks*, decision no 11-13/243-78, dated 07.03.2011.
- *Doğan Media*, decision no 11-18/341-103, dated 30.03.2011.
- *Car Dealers*, decision no 11-24/464-139, dated 18.04.2011.
- *Turkcell-III*, decision no 11-34/742-230, dated 06.06.2011.
- *Anadolu Electronics & Samsung*, decision no 11-39/838-262, dated 23.06.2011.
- *Efes*, decision no 11-42/911-281, dated 13.07.2011.
- *Construction of Dicle University Hospital*, decision no 11-52/1343-474, dated 13.10.2011.
- *Sun Express*, decision no 11-54/1431-507, dated 27.10.2011.

JUDGMENTS OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT

- Case docket no 2007/9916, decree no 2010/4599, *Siemens v. Turkish Competition Authority*, dated 02.06.2010.
- Case docket no 2011/4117, *Marin Towage v. Turkish Competition Authority*, dated 21.03.2012.
- Case docket no 2010/4769, *Turkish Pharmacists' Association v. Turkish Competition Authority*, dated 02.04.2012.
- Case docket no 2008/9080, decree no 2012/965, *Bemka v. Turkish Competition Authority*, dated 08.05.2012.
- Case docket no 2008/8485, decree no 2012/968, *Hes Electricity v. Turkish Competition Authority*, dated 09.05.2012.

Annex - 1: Table of Fines Imposed by the TCB in the Post-regulation Era

	Case	Type of Infringement	Starting Rate	Duration	Basic Amount	Aggravating Factors	Mitigating Factors	Final Rate	Fines on Individuals ²¹⁴	Leniency
1	Bodrum Ferries	Cartel - Price fixing	2%	50% increase	3%	Continuation of the infringement after the investigation (50% increase)	Cooperation with the TCB (60% decrease)	1,8%	Not accepted by the TCB ²¹⁵	
2	Poultry Industry	Cartel - Price fixing, output restriction	2%	Less than a year ²¹⁶	2%	N/A	Industry has experienced many external shocks (60% decrease)	0,8%	3%	
3	Turkcel I-II	Abuse of dominance - de facto exclusivity and rebates	0,5%	50% increase	0,75%	Recidivism (50% increase)	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (60% decrease)	0,45 %		

²¹⁴ The percentages here base on the fine imposed on undertakings.

²¹⁵ “Not accepted by the TCB” means that opinions of the rapporteurs to the direction of imposition of fines on individuals were not followed.

²¹⁶ Although the infringement lasted from 2003 to 2008, the TCB ignored the effect of the duration by stating that the parties occasionally participated in the infringement.

4	Izocam	Anti-competitive agreements and abuse of dominance - Exclusivity	?	?	?	?	?	0,5% 217		
5	Sivas Driving Schools	Cartel -Price fixing and allocation of customers	2%	? 218	2%	N/A 219	Cooperation with the TCB, passive role, coercion by others (60% decrease for 1 party, 25% decrease for 3 parties)	0,8% 1,5% 2%		

²¹⁷ Final rate of the fine was stated in the press release, not in the official decision.

²¹⁸ It is understood from the decision that the infringement takes place between 1.7.2008 and 15.7.2009, which is slightly over a year. Hence the starting rate should have been increased by 50%.

²¹⁹ It is stated in the decision that retaliatory measures were adopted by the conspirators. Therefore, these measures, which are seen as one of the most serious aggravating factors by the European Commission (See Geradin and Henry 2005, p. 444-445), could have been taken into account.

6	Turkish Pharmacists' Association	Collective boycott	?	? ²²⁰	?	? ²²¹	?	3%		
7	Peugeot Dealers I	Hub & Spoke Cartel - Price fixing, allocation of territories	0,5 - 3 % ²²²	? ²²³	?	? ²²⁴	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (Discount for 2 parties but the rate not disclosed)	0,4% 1%	Not accepted by the TCB	

²²⁰ It is stated in the decision that the evidences belonged to the time period between 9.3.2009 and 3.11.2009 but also they indicated that the infringement covered 2010.

²²¹ The strength of the Association and continuation of infringement after the investigation were mentioned in the decision. Hence, these factors should have been taken into account when determining the basic amount and aggravating circumstances.

²²² The infringement was not regarded as a cartel, as understood from the dissenting opinions. It is also stated in the decision that limited participation was taken into account for 3 parties.

²²³ It is understood from the decision that the infringement lasted more than a year (From 2005 and 14.4.2007 to July 2008). Hence, the starting rate should have been increased by 50%.

²²⁴ Similar to the *Sivas Driving Schools* case, retaliatory measures were adopted by the conspirators. Therefore, it could have been considered as an aggravating factor.

8	Cargo	Cartel	2%	50% increase	3%	N/A	The reasoning not disclosed (50% decrease)	1,5 %	Not accepted by the TCB	
9	Citroen Dealers	Hub & Spoke Cartel - Price fixing	1% ²²⁵	? ²²⁶	?	? ²²⁷	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (Discount for 3 parties but the rate not disclosed)	0,5% 1%	Not accepted by the TCB	
10	Metro Coach	Vertical agreement	?	? ²²⁸	?	? ²²⁹	?	0,6%		

²²⁵ It is stated in the decision that since the agreement was made between dealers whose brand has a low market share, 0,5 - 3% per cent range was taken. Limited geographic scope was also taken into account when determining the basic amount.

²²⁶ It is understood from the decision that the infringement lasted more than a year (From January 2007 to the end of 2008). Hence, the starting rate should have been increased.

²²⁷ Similar to the *Sivas Driving Schools* and the *Peugeot Dealers I* cases, retaliatory measures were adopted by the conspirators. Therefore, it could have been considered as an aggravating factor.

²²⁸ It is be inferred from the decision that the infringements began in December 2007 and April 2009.

²²⁹ It is understood from the decision that the infringement continued after the TCB's investigation.

11	Industrial and Medical Gases	Cartel - Bid rigging	2% ²³⁰	50% increase 100% increase	2% 3% 4%	N/A ²³¹	Coercion by Berk Gaz (60% decrease for all parties)	0,8% 1,2% 1,6%		Berk Gaz - Immunity
12	Dialysis Devices	Cartel	2%	50% increase	3%	N/A	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (40% and 60% decrease for 2 parties respectively)	1,2% 1,8% 3%		
13	Banks	Gentlemen's agreement (not regarded as a cartel)	0,5 - 3 % ²³²	50% increase for 5 parties. 100% increase for 2 parties.	0,75% 1%	N/A	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (60% decrease)	0,3% 0,4%		

²³⁰ The percentage here bases on the turnover in the industrial and medical gases market. However, some infringements were only related to the sales in the medical gases market.

²³¹ Obstruction of the investigation was not taken into account.

²³² The percentage here bases on the turnover in the personal banking market.

14	Doğan Media	Abuse of dominance - Rebates	0,5%	50% increase	0,75	N/A	N/A	0,75 %		
15	Car Dealers	Exchange of information about future behaviour (price and sales strategies, stock information)	?	50% increase for 4 parties	?	N/A	Sales affected by the infringement occupy small share within gross revenues (Discount for 4 parties but the rate not disclosed)	0,3% 0,5% 0,6% 0,75 % 0,9% 1% 1,5%		
16	Turkcel I-III	Abuse of dominance - De facto exclusivity	0,5%	50% increase	0,75%	Recidivism (50% increase)	N/A	1,125 %		
17	Anadolu Electronics & Samsung	Resale price maintenance	0,5%	Less than a year	0,5%	N/A	N/A	0,5%		
18	Efes	Non-compete obligation	0,5%	50% increase	0,75%	N/A	60% decrease	0,3%		

19	Construction of Dicle University Hospital	Cartel - Bid rigging	2%	50% increase	3%	N/A	The reasoning not disclosed (50% decrease)	1,5%		
20	Sun Express	Cartel - Price fixing	2%	50% increase	3%	N/A	N/A	3%		Sun Express (immunity) Condor (50% decrease)
21	Meat Products ²³³	Exchange of information	0,5 - 3 %	50% increase	?	N/A	✓	0,6%		
22	Dried Fig ²³⁴	Cartel - Price fixing	2%	N/A	2%	N/A	The reasoning not disclosed (60% decrease)	0,8%		

²³³ The decision has not been publicly available yet. The explanations here are based on the press release.

²³⁴ The decision has not been publicly available yet. The explanations here are based on the press release.

23	Cement ²³⁵ (East-South East Anatolia)	Cartel - Price fixing	2 - 4 %	?	?	N/A	N/A	2% 3%		
24	Peugeot Dealers II ²³⁶									
25	Sodium Sulfate ²³⁷								✓	✓
26	Bosch Dealers in Kayseri ²³⁸	Price fixing	0,5 - 3 %	?	?	?	?	0,5 %		

²³⁵ The decision has not been publicly available yet. The explanations here are based on the press release.

²³⁶ Neither the decision nor the press release has been publicly available yet.

²³⁷ Neither the decision nor the press release has been publicly available yet.

²³⁸ The decision has not been publicly available yet. The explanations here are based on the press release.

27	Sakarya Ready-Mixed Concrete ²³⁹	Cartel - Price fixing	2 - 4 %	?	?	?	The reasoning not disclosed (60% decrease for one party)	2% 0,8%		
----	---	-----------------------	---------	---	---	---	--	------------	--	--

General Observations:

1. Reducing the length of the infringement (See Poultry Industry, Sivas Driving Schools, Turkish Pharmacists' Association, Peugeot Dealers-I, and Citroen Dealers cases).
 2. Not qualifying some explicit cartel behaviour as a cartel (See Car Dealers, Banks, Peugeot Dealers-I, and Citroen Dealers cases).
 3. Inconsistent application of fines on individuals.
 4. Starting the calculation from the minimum rate almost in every case.
 5. Not applying the aggravating factors in the vast majority of cases (exceptions: Bodrum Ferries, Turkcell-II, and Turkcell-III cases).
 6. Applying the maximum rate of discount in the vast majority of cases.
 7. Applying the mitigating factors to the amount that is calculated by applying the aggravating factors to the basic amount.
- Not providing adequate information and reasoning as to the determination of fines.

²³⁹ The decision has not been publicly available yet. The explanations here are based on the press release.

**2010/4 SAYILI REKABET KURULU'NDAN İZİN ALINMASI
GEREKEN BİRLEŞME VE DEVRALMALAR HAKKINDA
TEBLİĞ UYGULAMASI İLE BİRLEŞME DEVRALMALARIN
KONTROLÜ REJİMİNDE MEYDANA GELEN
YAPISAL DEĞİŞİKLİKLER: ETKİ DEĞERLENDİRMESİ**

*FUNDEMENTAL CHANGES ON MERGER CONTROL REGIME WITH
THE INTRODUCTION OF THE COMMUNIQUÉ NO. 2010/4 ON THE
MERGERS AND ACQUISITIONS REQUIRING THE APPROVAL OF
THE COMPETITION BOARD: IMPACT ASSESSMENT*

Av. Gönenç GÜRKAYNAK*

Av. Öznur İNANILIR*

Av. Ceren YILDIZ*

Av. Melikşah DUMAN*

Öz

07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve aynı konuda 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. İlk bakışta dahi yeni tebliğin birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi bakımından ciddi değişiklikler ve yenilikler getirdiği ve söz konusu yenilik ve değişikliklerle mehz Avrupa Topluluğu rekabet hukukuna oldukça yaklaşıldığı gözlemlenmektedir. Yeni tebliğin tamamı göz önünde bulundurulduğunda iktisadi parametrelere ağırlık verilmiş olduğu da anlaşılmaktadır. Bu kapsamda 01.01.2011 tarihi itibarıyla bildirim tabi işlemler açısından birçok yenilik getiren bu tebliğin geçtiğimiz bir sene içerisinde uygulamada nasıl hayata geçirildiğinin incelenmesinin aydınlatıcı olacağı düşünülmektedir. Bu çalışmanın amacı yeni tebliğ ile getirilen başlıca yenilikleri ve değişiklikleri masaya yatırmak ve söz konusu yenilikler ve değişiklikler kapsamında son bir sene boyunca pratikte karşılaşılan sorunları tartışmaya açmaktır.

* ELİG Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

* ELİG Ortak Avukat Bürosu

Anahtar Kelimeler: 2010/4 sayılı Tebliğ, Etkilenen Pazar, Ciro Eşiği, Ciro Hesaplanması, Birleşme ve Devralma.

Abstract

The Communiqué No. 2010/4 on the Mergers and Acquisitions Requiring the Approval of the Competition Board, published on the Official Gazette dated 07.10.2010 and numbered 27722, came into effect as of 01.01.2011 and accordingly the Communiqué No 1997/1 on the same subject was abolished. Even at first glance, it can be seen that the new communiqué introduces new regulations and amendments regarding merger control and accordingly shows more parallelism with EC competition law by way of such regulations and amendments. Considering the new communiqué as a whole, it is understood that the communiqué gives weight to economic parameters. In this regard, we believe that an evaluation with respect to the manner through which this communiqué, which brings about major changes in terms of notifiable transactions as of 01.01.2011, has been implemented in practice over the last year will prove to be much informative. In this respect, the purpose of this study is to analyze the major regulations and amendments introduced by the new communiqué and to discuss the problems faced over the last year within the scope of these amendments and new regulations.

Keywords: Communiqué No. 2010/4, Affected Market, Turnover Threshold, Turnover Calculation, Mergers and Acquisitions.

GİRİŞ

Türkiye’de rekabet hukukuna ilişkin uygulanabilir mevzuat, belirli nitelikteki birleşme ve devralma işlemlerini 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“4054 Sayılı Kanun”) 7. maddesi ve ikincil mevzuat çerçevesinde, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşmelerin veya devralmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu düzenleyen bir denetime tabi tutmaktadır. 4054 Sayılı Kanun’un 7. maddesine dayanılarak çıkartılan ve birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin ikincil mevzuat olan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (“1997/1 Sayılı Tebliğ”) ile denetimin kapsamı ve şartları detaylandırılmış olup, bu tebliğ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in (“2010/4 Sayılı Tebliğ”) 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

Türkiye için görece yeni olan rekabet hukuku disiplini, Türkiye’deki gelişimini köklü geçmişe sahip olan Avrupa Birliği rekabet hukuku (“AB

Hukuku”) mevzuatının mehzaz kabul edilmesi ile sürdürmektedir. Bu nedenle gerek mevzuat çalışmalarında gerek uygulamada AB hukuku takip edilmekte ve birçok paralel düzenleme getirilmektedir. Her ne kadar hâlihazırda kadük olsa da 4054 Sayılı Kanun’a¹ yönelik olarak kapsamlı değişikliklerin gündeme getirildiği ve ikincil mevzuat üzerinde kapsamlı bir değişikliğin yapıldığı dikkate alındığında Türk rekabet hukukunun belirli bir reformdan geçiyor olduğu kabul edilmektedir. Bu düzlemde Türk rekabet hukukunda son zamanlarda yapılan en büyük değişiklik 2010/4 Sayılı Tebliğ olarak kabul edilebilir. Söz konusu tebliğ ile uygulamada eksikliği hissedilen birçok husus yine AB Hukuku temel alınarak yeniden düzenlemiştir.

Gerçekten de 2010/4 Sayılı Tebliğ incelendiğinde, etkilenen pazar ve ciroya ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere, gerçekleştirilen büyük çaplı yenilikler vasıtasıyla, mehzaz AB Hukuku uygulamalarına oldukça yaklaşıldığı görülecektir. Bununla birlikte, getirilmiş olan yeniliklerin ve değişikliklerin nasıl hayata geçirildiğinin değerlendirilmesi, düzenlemelerin Türkiye’de pratikte benimsenebilir olup olmadığının tespit edilebilmesi açısından önem teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu değişikliklere yönelik olarak işbu çalışma kapsamında genel bir değerlendirme yapılmasının Türk rekabet hukuku açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Zira rekabet süreçlerinin korunmasının başlı başına bir amaç değil ancak iktisadi etkinliği hedeflemek suretiyle toplumsal refahın ençoklaştırılması amacına hizmet eden bir araç olarak görülmesi gerektiği hususu² göz önünde bulundurulduğunda, örnek alınan prensiplerin uygulamada ne tür olumlu veya olumsuz yankılara ve belki de sıkıntılara yol açacağı değerlendirilmesinde fayda görülmektedir. Bu doğrultuda, 2010/4 Sayılı Tebliğ’de ortaya koyulan yenilikler ve değişiklikler ile bunların uygulamada ne ölçüde ihtiyaçlara cevap verebilir nitelikte olduğunun genel bir fotoğrafının çekilmesinin önemi daha da baskın bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu hedefler çerçevesinde, işbu çalışma kapsamında 2010/4 Sayılı Tebliğ’deki madde sıralamaları ile paralel olarak, söz konusu tebliğ ile öngörülen önemli değişiklik ve yeniliklere yer verilecek olup, bu kapsamda yapılacak değerlendirmeler yer yer mehzaz AB Hukuku ile karşılaştırmalı olarak irdelenecektir. Söz konusu çalışmanın amacına uygun olarak da yapılan değerlendirmeler sırasında gerektiği yerlerde ortaya çıkabilecek olumsuzluklara

¹ Halihazırda hükümsüz olan Rekabet Kurumu tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı adına hazırlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı.

² Bkz. GÜRKAYNAK, G. (2003); *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

değınilecek ve öneriler getirilmeye çalışılacaktır. Çalışma teorik düzlemde gerçekleşen bir tartışmadan çok 2010/4 Sayılı Tebliğ'in uygulanışına yönelecektir. Bu doğrultuda teorik düzlemde açıklamalara sadece gerekli olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu kapsamda ilgili bölümler altında açıklanan olumsuzluklara ilişkin olarak, daha çok 2010/4 Sayılı Tebliğ ve/veya kılavuzlar içindeki ilgili bölümlerde düzenlemelerin aslında nasıl yer almasının daha uygun olacağını düşünüldüğü bir yaklaşımdan hareket edilmiştir. Bir başka deyişle, 2010/4 Sayılı Tebliğ altında hangi hususlar nasıl yer alsaydı hukuki güvenliğin sağlanacağını bir değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

1. YOĞUNLAŞMA - BİRLEŞME VE DEVRALMA KAVRAMLARI

2010/4 Sayılı Tebliğ'in tamamında "birleşme ve devralma" kavramına yer verilmiştir. Her ne kadar "Tanımlar" bölümü altında "birleşme ve devralma" tanımına yer verilmemiş olsa da 5. ve 6. maddelerde birleşme veya devralma sayılan haller ile birleşme veya devralma sayılmayan haller gösterilerek "birleşme ve devralma" kavramının sınırları belirlenmiştir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in bu yaklaşımı ile rekabet hukuku terminolojisi bakımından daha uygun olan "yoğunlaşma" kavramının kullanılmasının tercih edilmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz ("Kılavuz I") isabetli ancak istikrarlı olmayan bir şekilde "yoğunlaşma" ibaresine yer vermektedir. Ancak zaman zaman "yoğunlaşma" kavramına yer vermek Kılavuz I içerisinde tutarlı bir tavır alınamamasına sebep olmaktadır.

"Yoğunlaşma" kavramı, ilgili teşebbüste kalıcı bir şekilde kontrol değişikliği yaratan ve dolayısıyla pazar yapısını değiştirebilecek nitelikteki işlemleri kapsamaktadır.³ "Yoğunlaşma" kavramı birleşme ve devralmaların yanı sıra ortak girişimleri de içermesi ile rekabet hukuku açısından yoğunlaşma yaratan bütün işlemleri terminolojik açıdan kapsamaması nedeniyle "birleşme ve devralma" kavramından daha isabetlidir. Nitekim mehaz AB Hukuku da bu yaklaşımı benimsemekte ve "yoğunlaşma" terimini kullanmaktadır. 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün⁴ 3. maddesinde yoğunlaşmanın tanımı verilmekte ve yoğunlaşmanın (i) daha evvel bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün veya bir bölümünün birleşmesi veya (ii) hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya birkaç kişi tarafından veya bir veya birkaç teşebbüs tarafından, teminat veya varlıkların satın alınmasıyla, sözleşme veya başka bir yolla, bir veya birkaç teşebbüsün tamamının veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı

³ BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (2008), *European Community of Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s. 636.

⁴ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

kontrolünün devralınması sonucunda kalıcı şekilde kontrol değişikliği meydana gelmesi halinde ortaya çıkacağı belirtilmektedir.

Bu kapsamda, 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(a) maddesinde yer alan “*daha evvel bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüsün veya bir bölümünün birleşmesi*” ifadesindeki “*birleşme*” kavramı 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nde tanımlanmamış olup, kavramın dar anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Zira kavramın geniş yorumlanması halinde 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün aşağıda açıklanan 3(1)(b) maddesi işlevsiz kılınacaktır. Bu kapsamda 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(a) maddesi, işletmelerini birleştiren teşebbüslere (yani iki veya daha fazla teşebbüsün bir işletme haline gelmesi ve bağımsız tüzel kişiliklerine son vermeleri veya bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması ve tamamen içine alması) yöneliktir.⁵

Yoğunlaşmanın tanımına “*hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya birkaç kişi tarafından veya bir veya birkaç teşebbüs tarafından, teminat veya varlıkların satın alınmasıyla, sözleşme veya başka bir yolla, bir veya birkaç teşebbüsün tamamını veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün devralınması*” hususunu da dâhil eden 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3(1)(b) maddesi ise teşebbüste kontrol değişikliğine gidildiği durumlarda, örneğin bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün tek başına kontrolünü ele geçirdiği veya iki veya daha fazla teşebbüsün birbirlerinin ortak kontrolünü ele geçirdiği hallerde uygulama alanı bulacaktır.⁶

Son olarak 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesini de değiştiren kadük “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nın 3. maddesi “Yoğunlaşma İşlemleri” başlığını taşımakta iken 2010/4 Sayılı Tebliğ “birleşme ve devralma” kavramını tercih etmiştir.⁷ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 3. madde gerekçesinde “yoğunlaşma” kavramına yer verilmesinin nedeni maddenin lafzının AB Hukuku'nun ilgili hükümleri ile uyumlaştırılması olarak açıklanmıştır.⁸ Her ne kadar söz konusu kanun tasarısı kadük olsa da

⁵ JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition Oxford University Press, New York, US, s. 868.

⁶ Jones ve Sufrin 2011, s. 868.

⁷ GÜRPINAR, B. (2011), “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gereçeleri”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 36.

⁸ 3. madde gerekçesi “*Maddede yapılan düzenlemeyle, “yoğunlaşma işlemleri” kavramına yer verilerek ve bu kavram kapsamındaki birleşme ve devralma işlemleri sayılarak, maddenin lafzı AB mevzuatının ilgili hükümleriyle uyumlulaştırılmıştır. Ayrıca*

yapılan veya yapılması planlanan mevzuat çalışmalarında amacın AB Hukuku ile paralellik sağlamak olduğu görülmektedir. Hal böyle iken, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in halen "birleşme ve devralma" kavramına yer veriyor olması, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in mehz AB Hukuku'ndan ayrıldığı bir noktayı oluşturmaktadır. Halbuki aşağıda da ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in açıkça AB Hukuku'nu temel aldığı ve birçok konuda AB Hukuku'nun içeriğine paralel düzenlemeler getirdiği görülebilmektedir.

Pazarda rekabet hukuku açısından yoğunlaşma yaratan tüm işlemleri kapsayacak şekilde ve yoğunlaşmaya neden olan bütün etkinliklerin birincil ve ikincil mevzuat kapsamında değerlendirilebilmesi için "birleşme ve devralma" yerine "yoğunlaşma" kavramının kullanılması daha isabetlidir.⁹

2.TANIMLAR BAŞLIKLİ HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2.1. Tanımlar Başlığının Kapsamı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında yer verilen tanımlara bakıldığında söz konusu tanımların oldukça sınırlı tutulduğu ve ilgili teşebbüs ile işlem tarafı terimlerinin açıklanmasının ardından Kanun, Kurul ve Kurum gibi genel nitelikte terimlerin açıklanmasına geçtiği görülmektedir. Öncelikle 2010/4 Sayılı Tebliğ ile köklü değişiklikler getirilmesi ve bununla birlikte bildirim formunun da oldukça değişmesi kavramlar üzerinde bir anlam karmaşası yaşanmasını olası kılmaktadır. Her ne kadar "ilgili ürün pazarı", "ilgili coğrafi pazar", "etkilenen pazar", "dikey ilişki" ve "yatay ilişki" kavramlarının tanımlarına bildirim formunun ilgili yerlerinde yer verilmiş olsa da, söz konusu tanımlar da kavramlar üzerinde hukuki belirlilik sağlamak için yeterli açıklıkta değildir. Özellikle "etkilenen pazar" kavramının, geçmiş dönem uygulamalarında tam olarak ne olduğu mevzuat çerçevesinde anlaşılabilen bir kavram olması nedeniyle, 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde mevzuata ithal edilmesi oldukça önem taşımakta olup, bu kavram üzerindeki belirsizlikler uygulamada sıkıntı yaratmaktadır. Bu kavramlar üzerindeki belirsizlikler ileriki bölümlerde daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.2. İlgili Teşebbüs - İşlem Tarafı Kavramları

2010/4 Sayılı Tebliğ kavramlar üzerindeki en önemli yeniliklerinden bir tanesini "ilgili teşebbüs" ve "işlem tarafı" kavramlarına yer vererek yapmıştır. Zira her

bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulmasının da yoğunlaşma sayılacağı maddede açıkça belirtilmiştir."

⁹ ERDEM, E. (2011) "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", H. Domaniç, M. Helvacı, A. Kendigelen (der.), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65 Yaş Günü Armağanı* içinde, s. 203.

iki kavram da 1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer almayan yeni getirilmiş tanımlardır. 2010/4 Sayılı Tebliğ’in bütününe bakıldığında söz konusu iki kavram arasındaki ayrımın net bir şekilde yapılması önem arz etmektedir. Ancak, “Tanımlar” bölümü altında yer alsalar da “ilgili teşebbüs” ve “işlem tarafı” terimleri uygulamada zaman zaman yorum sıkıntısı yaşanmasına sebep olmaktadır.

Bilindiği üzere mehz AB Hukuku’nda sadece ilgili teşebbüs kavramına yer verilmektedir. 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’ne ilişkin Komisyon’un konsolide duyurusu¹⁰ (“Konsolide Duyuru”) uyarınca ilgili teşebbüs, yoğunlaşma işlemine (yani yukarıda tanımı verildiği şekilde bir birleşme veya kontrolün devralınması işlemi) katılan teşebbüslerdir. AB Hukuku uyarınca birleşmelerde “ilgili teşebbüs” her bir birleşen kuruluşu ifade etmekte iken, kontrolün devralınması işlemlerinde, devralan taraf (tek başına veya ortak kontrolü devralan bir veya birden fazla teşebbüs) ve devreden taraf (tam veya kısmi olarak devredilen bir veya birden fazla teşebbüs) ilgili teşebbüs olarak nitelendirilmektedirler.

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 2. maddesinde ise “ilgili teşebbüs”; birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birim, “işlem tarafı” da birleşme ve devralmaların tarafı olan teşebbüs olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımların doğru şekilde anlaşılması, 2010/4 Sayılı Tebliğ’in aşağıda da ayrıntılarıyla açıklanacak olan, özellikle bildirim eşiklerinin incelendiği 7. maddesi ve ciro hesaplamasının açıklandığı 8. maddesi kapsamında oldukça önem teşkil etmektedir. Zira 7. madde eşikleri düzenlerken “işlem tarafı” kavramına yer vermiştir. Aynı şekilde, 8. madde ise 7. maddenin uygulanması bakımından her bir “işlem tarafı”nın cirosunun hesaplanmasında dikkate alınacak ciro toplamını kalem kalem açıklamış ve bu açıklamayı “ilgili teşebbüs” kavramı üzerinden yapmıştır. Bu noktada, terimlerin net şekilde anlaşılabilmesi nedeniyle uygulamada özellikle hangi teşebbüslerin cirolarının dikkate alınacağı hususunda sıkıntı çıkabilmekte ve bu hususta yaşanan sıkıntı ciro eşiklerinin geçip geçmediği değerlendirmesinin doğru şekilde yapılamamasına neden olabilmektedir.

2010/4 Sayılı Tebliğ’in kavramlar üzerindeki bu belirsizliği Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Kılavuz I ile giderilmeye çalışılmıştır. Kılavuz I, özellikle “ilgili teşebbüs”ü birleşme veya devralma işleminin doğrudan tarafı olan kişi veya ekonomik birimler olarak “işlem tarafı”nı ise her bir ilgili teşebbüsün dâhil olduğu ekonomik bütünlük olarak açıklamıştır. Ayrıca Kılavuz

¹⁰ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.

I, “ilgili teşebbüs” kavramını her bir olay bazında değerlendirerek açıklamış ve kavram üzerinde belirsizlik bu şekilde gidermeye çalışmıştır.

Şüphesiz bu kavram karmaşasının sıkıntı yarattığı en önemli husus yukarıda da değinildiği üzere ciro hesaplamasıdır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı değerlendirme ciro hesaplanmasına ilişkin bölüm altında yapılacaktır.

Mehaz AB Hukuku’nda AB Birleşme Tüzüğü genel bir “tanımlar” başlığına yer vermemiş, sadece yoğunlaşma kavramının tanımını bir başlık altında düzenlemiş, tam işlevsel ortak girişim, bağlantılı işlemler gibi genel kavramların tanımlarına ise metin içerisinde yer vermiştir. Bu kavramlar başta Konsolide Duyuru olmak üzere, yan mevzuatta kendi ilgili başlıkları altında daha sistematik ve detaylı şekilde açıklanmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, her ne kadar Kılavuz I ile bazı kavramlar üzerinde belirli ölçüde açıklık getirilmiş olsa da bütünlük sağlanması ve yaşanabilecek herhangi bir anlam karmaşasının önüne net bir şekilde geçilmesi adına 2010/4 Sayılı Tebliğ’in “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin kapsamlı tutulması veyahut Kılavuz I’in mehaz AB Hukuku’ndaki gibi belirli bir sistematik dâhilinde, tanımlara ve kavramlara dair şüpheye mahal vermeyecek derecede açıklıkla kaleme alınması gerektiği düşünülmektedir.

3. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER BAŞLIKLIL HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Kontrolde Kalıcı Değişiklik

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 5. maddesi kapsamında birleşme ve devralma sayılan haller “kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde” unsuruyla sınırlanmıştır.

139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün kontrolde “kalıcı değişiklik unsuru” kavramına atfı “kontrolde değişiklik yaratma” unsuru ile beraber “kontrolde kalıcı değişiklik” kavramını da içermektedir. Ancak yine Konsolide Duyuru’nun 28 ila 35 numaralı paragraflarında “kontrolde kalıcı değişiklik yaratan” işlemlerin ancak hedef teşebbüs üzerinde kalıcı kontrol değişikliği yaratan işlemler olması durumunda 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün 3. maddesinin 1. fıkrasında Komisyon’un denetimine tabi tuttuğu işlemlerden biri olabileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, hedef teşebbüs üzerinde geçici kontrol değişikliği yaratan ve bu nedenle de işlemin etkilediği pazarlar üzerinde de kalıcı değişiklik yaratmayan işlemler, yoğunlaşmaların denetlenmesi rejimi çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulacak işlemler arasında yer almayacaktır.

Konsolide Duyuru¹¹ (i) işlemi düzenleyen anlaşmanın süresiz olması, (ii) süreli ise sürenin kalıcı değişikliğe mahal verecek bir süre olacak şekilde yenilenebilir olması ve (iii) kesin süreli ise o sürenin kalıcı kontrol yaratacak uzunlukta olması gerektiğini belirterek kalıcılık unsurunu açıklamıştır. Kalıcı kontrol yaratacak oranda uzun olması hususunda söz konusu uzunluğun kapsamı ile ilgili olarak Konsolide Duyuru Avrupa Komisyonu'nun kararlarına atıf yaparak bir açıklamada bulunmaktadır. Buna göre *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom*¹² kararında ortak girişimlere ilişkin 12 yıllık bir süreyi; *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*¹³ kararında 8 yıllık bir süreyi kontrolde kalıcı değişiklik için yeterli görmüştür. *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien*¹⁴ kararında ise 10-15 yıllık bir süreyi kalıcı değişiklik için yeterli görürken 3 yıllık süreyi ise yeterli görmemiştir.

Bu yaklaşım, Rekabet Kurulu'nun kontrolde kısa bir süre değişikliğe yol açan işlemlere ilişkin kararlarında benimsenen esaslara da uyum arz etmektedir¹⁵. Rekabet Kurulu kararlarına baktığımızda çimento ve hazır beton sektörüne ilişkin çeşitli kararlardan hazır beton tesisinin kiralanmasına ilişkin olarak sürelerin 3 yıl ve daha fazla olduğu durumlarda¹⁶; çimento tesisinin kiralanması halinde ise 5 yıl ve daha fazla sürenin bir devralma işlemi olarak kabul edileceğinin vurgulandığı görülmüştür¹⁷. Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in getirdiği bu yenilik ışığında her halükarda "kontrolde kalıcı değişiklik yaratma" olgusunun, özellikle kontrolün süresi hakkında bir açıklama içermemesi nedeniyle açıklığa istenildiği ölçüde kavuşturulamamış olduğu belirtilmelidir.

3.2. İşletilebilir Malvarlığı Kavramı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/II maddesi kontrolün meydana getirilmesini açıklayarak, kontrolü doğuran araçları "*bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletmeye müsait kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler*" olarak tanımlamaktadır. Keza işletilebilir nitelikte olmayan ve dolayısıyla ilgili teşebbüsün ciro elde etmesine olanak

¹¹ Konsolide Duyuru madde 1.4., para 28.

¹² Case COMP/M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30 Nisan 2003.

¹³ Case COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11 Şubat 2002.

¹⁴ Case COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20 Temmuz 2005.

¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 05.09.2009 tarih ve 09-34/791-194 sayılı Çimpor - Babil kararı ile 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.

¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.

¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Çimentaş kararı.

vermeyen malvarlıklarına ilişkin devirlerin de hükmün kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir. Ancak söz konusu maddede geçen malvarlığının “işletilebilir” niteliği hakkında 2010/4 Sayılı Tebliğ ile Kılavuz I ve Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz (“Kılavuz II”) herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Madde bu şekliyle boş bir arazi gibi işletilebilir olmayan malvarlıklarına ilişkin devir işlemlerinin de bildirilebilirliği konusunda tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Öte yandan lisans, marka ve patent gibi maddi olmayan varlıkların devralınmasının da bildirilebilir olduğu konusunda tereddüt oluşabilmektedir. Rekabet Kurumu’nun 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamındaki uygulaması işletilebilir malvarlığı kavramına nelerin girdiğini gösterse ve 2010/4 Sayılı Tebliğ uyarınca da önceki uygulamasını devam ettireceği varsayılsa dahi hukuki güvenlik sağlama adına 5. maddede ya da ilgili kılavuzda konu hakkında açıklık getirilmesi daha uygun bir yaklaşım olarak görülmektedir. Rekabet Kurulu’nun geçmiş uygulamalarına göre mağaza¹⁸, marka¹⁹, üretim tesislerinin devri²⁰, münhasır sağlanan bir dağıtım hakkı²¹ “işletilebilir” malvarlığı olarak değerlendirilmiştir. Şu ana kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında da benzer şekilde mağaza, marka ve üretim tesislerinin devrinin işletilebilir malvarlıkları olarak kabul edildiği kararların²² mevcut olduğu gözlemlenmektedir.

3.3. Bağlantılı İşlemler

1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer almayan ve 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen bir diğer yenilik ise bağlantılı işlemlere ilişkindir. Bağlantılı işlemlere (*interrelated transactions*) Birleşme Tüzüğü’nün giriş bölümünde atıfta bulunulmakta olup, bu madde şartla bağlanan veya makul kısa bir süre içerisinde menkul kıymetlerde işlemler serisi halini alan birbirlerine yakın şekilde bağlı olan işlemlerde tek bir yoğunlaşmadan bahsetmenin uygun olacağını belirtmektedir.

¹⁸ Rekabet Kurulu’nun 4.7.2007 tarih ve 07-56/632-214 sayılı Electronic Partner kararı.

¹⁹ Rekabet Kurulu’nun 14.8.2008 tarih ve 08-50/721-281 sayılı Migros kararı.

²⁰ Rekabet Kurulu’nun 9.9.2009 tarih ve 09-41/1003-259 sayılı Traçim kararı, 18.12.2008 tarih ve 08-73/1156-450 sayılı TBS Beton kararı ve 30.10.2008 tarih ve 08-61/998-390 sayılı Babil Yapı kararı, 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Egeçim kararı.

²¹ Rekabet Kurulu’nun 03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı BOTAŞ kararı ve 13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Avrasya Gaz kararı.

²² Rekabet Kurulu’nun 21.4.2011 tarih ve 11-25/484-148 sayılı Makro Market kararı; 14.12.2011 tarih ve 11-61/1583-566 sayılı Shell kararı; 2.6.2011 tarih ve 11-33/711-218 sayılı Birlik kararı ve 12.01.2011 tarih ve 11-03/36-9 sayılı Zentiva Kimyasal Ürünler kararı.

Mehaz AB hukukunda ise birbiri ile ilişkili işlemlere yönelik tutum Komisyon'un içtihadı uygulaması ile şekillenmiş²³ ve Konsolide Duyuru'nun 38 ile 48. paragraflarında konuya ilişkin belirli açıklamalar getirilmiştir. Buna göre bir yoğunlaşma işleminin birbirine bağımlı birden fazla hukuki işlem aracılığı ile yapılandırılmasının tek bir işlem olarak nitelendirilmesi ancak her bir işlemin *de jure* (hukuki) veya *de facto* (fili) olarak akıbetlerinin birbirleri arasında koşullandırılmış olması ve yoğunlaşma işleminin ancak bahsi geçen birbiri ile ilişkili işlemlerin uygulamaya konması ile (birbirlerinin koşulu olması) mümkün olabileceğinin belirtilmesi durumunda kabul edilebilecektir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/4. maddesi ise bu kavramı “şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir” şeklinde açıklamaktadır. Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında söz konusu hükmün uygulamada yer bulduğu rahatlıkla görülebilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu *Integrated*²⁴ kararı, *Matthews International*²⁵ kararı ve *Sofra Yemek*²⁶ kararı bağlı işlemlerin üç farklı uygulamasına örnek olarak verilebilir.

Integrated kararında işlem ASYH'nin tek kontrolüne sahip olan Acıbadem Grubun öncelikle bu işitirakteki %75 hissesini IHH ve Kzanak şirketlerine satmasıdır. İkinci işlem ise Acıbadem Grubun altında yer alan Aplus ve Acıbadem Proje'nin ASYH'nin tek kontrolüne geçmesidir. İşlemden önce, birinci işlemin konusu olan %75 oranındaki hisselerin IHH ve Kzanak şirketlerine kontrol hakkı verip vermediği belli olmamakla birlikte ASYH'nin ortak kontrole geçmesi söz konusu ise bu ortak kontrolün yapısı hakkında herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediği görülmektedir. Öte yandan ciro değerlendirilmesine bakıldığında her iki işlemin de tarafı olan bütün teşebbüslerin cirolarının dikkate alındığı, Acıbadem Grup altında yer alan ASYH, Aplus ve Acıbadem projenin cirosu olarak Acıbadem Grubu'nun konsolide cirosunun verildiği görülmektedir.

Matthews kararında ise *Integrated* kararında olduğu gibi birbirine bağlı iki farklı işlemden ziyade nihai anlamda bir şirketin alınacak hisse miktarının parçalara bölünerek devralınması söz konusudur. *Matthews International*, tamamına sahip olduğu işitiraki *Matthews BV* aracılığıyla, *Kroma*'nın %70 hissesini devralacaktır. *Matthews BV*, öncelikle *Kroma*'nın %61,5 hissesini

²³ T-282/02 sayılı karar ile ilgili hüküm *Cementbouw v Commission* ECR II-319.

²⁴ Rekabet Kurulu'nun 29.12.2011 tarih ve 11-64/1659-589 sayılı *Integrated* kararı.

²⁵ Rekabet Kurulu'nun 06.07.2011 tarih ve 11-41/882-277 sayılı *Matthews International* kararı.

²⁶ Rekabet Kurulu'nun 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı *Sofra Yemek* kararı.

Kapanış'da devralacak; 28.2.2012 tarihinde buna ek olarak %8,5 hisseyi devralacak, böylece Kroma'nın toplam %70 hissesini devralmış olacaktır.

Son olarak Sofra Yemek kararında işlem iki aşamalı olup, ilk etapta Sofra tarafından Obasan'ın belirli oranda bir hissesinin devralınması gerçekleşecek olup; bu başvuruya ilişkin Rekabet Kurulu'nun iznini müteakip ikinci aşamada Aslanoba Ailesi'ne ait Obaş'ın Obasan'a devredilmesi ile izin aşamasında Obasan'da hissedar olarak kalmaya devam edecek olan Emre

Aslanoba'nın payının satın alınması tasarlanmaktadır. Görüldüğü üzere ikinci işlemin gerçekleşmesi ilk işlemin Rekabet Kurulu'ndan izin almasına bağlanmıştır. Bu kapsamda ilk işlem Rekabet Kurumu nezdinde değerlendirilirken ikinci işlem de ilk işlemin Kurul'un iznine bağlı olarak gerçekleşecek olmasına rağmen değerlendirmeye tabi kılınmıştır.

Bağlantılı işlemlere ilişkin olarak ciro hesaplamasına dair getirilen hükümler ise aşağıda ciro hesaplamasına ilişkin başlık altında açıklanacaktır.

3.4. Ortak Girişim Tanımı

2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında ortak girişimlere ilişkin birçok yeni hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükümlere bakıldığında, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in, ortak girişimlerin gerek yeni yatırımlara girilmesini kolaylaştırmak, sinerji yaratmak, fon yaratmak gibi olumlu, gerekse işbirliği doğurucu etkisi, pazar kapama etkisi, şebeke etkisi gibi olumsuz özelliklerini değerlendirmek amacıyla hareket ettiği ve bu doğrultuda ortak girişimlere ilişkin sınırlarını oldukça geniş tuttuğu gözlemlenmektedir. Nitekim ortak girişim konusundaki bu yaklaşıma ilişkin hususlar ilgili her bir başlık altında ayrıca değerlendirilecektir.

Bilindiği üzere 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi ortak girişimlere doğrudan herhangi bir atıf yapmamaktadır. 1997/1 Sayılı Tebliğ ise birleşme ve devralma olarak nitelendirilerek Tebliğ kapsamına giren ortak girişim tanımına *"Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler"* şeklinde yer vermiştir. Görüldüğü üzere 1997/1 Sayılı Tebliğ ortak girişimlerin unsurlarını (i) bağımsız iktisadi varlık olma ve (ii) rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmaması olarak belirlemiştir. "Ortak kontrol" unsuru ise hüküm içerisinde geçmemekle birlikte uygulamada Rekabet Kurulu kararlarında değerlendirilen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu'nun *Summer Investment*²⁷ ve *Statum Investment*²⁸

²⁷ Rekabet Kurulu'nun 25.11.2009 tarih ve 09-57/1392-361 sayılı Summer Investment kararı.

kararları ilk olarak ortak kontrol unsurunun incelendikten sonra ortak girişimi oluşturan diğer unsurların değerlendirildiğine örnek olarak gösterilebilecek kararlarından bazılarıdır. 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamına girmeyen ortak girişimler ise 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi altında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 5/3. maddesi ise “Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b)bendi kapsamında bir devralma işlemidir” hükmüne yer vermiştir. Buna göre birleşme ve devralma sayılan ortak girişimler için belirlenen koşullar (i) ortak kontrol, (ii) bağımsız iktisadi varlık olma şeklinde sıralanabilir. Ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmamasına yönelik koşul ise yoğunlaşmanın varlığı için aranan bir koşul olmaktan çıkmaktadır. Hüküm bu şekliyle rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyona yol açsın açmasın yoğunlaşma doğuran bütün ortak girişimleri 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu yapmaktadır. Şu halde tam işlevsel ortak girişimlerin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu olduğu muhakkaktır.

Bu şekli ile 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen değişikliğin, temelinde AB Hukuku mevcut mevzuat ve uygulamalarına paralellik ve uyum gösterdiği görülmektedir.²⁹ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü tam işlevsel ortak girişimleri “bağımsız bir iktisadi bütünlüğün bütün işlevlerini sürekli olarak yerine getiren ortak girişim”³⁰ şeklinde tanımlamıştır. Buna göre ortak girişimin ilgili piyasada tamamen bağımsız bir teşebbüs gibi hareket etme imkânına sahip olması gerekmektedir.³¹

Buna paralel olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesi altında açıklandığı üzere rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek olan bir ortak girişim oluşturulması 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ gerekse Kılavuz I tam işlevsel nitelikte olmayan ortak girişimlerin bildirilebilirliği hakkında tam bir açıklık getirilmemekle birlikte, tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin de

²⁸ Rekabet Kurulu'nun 2.12.2010 tarih ve 10-75/1535-589 sayılı Statum Investment kararı.

²⁹ KILIÇ H. (2011), “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (*Joint-Ventures*) Değerlendirilmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 134.

³⁰ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün 3/4. maddesi.

³¹ GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, TR, s. 465.

bildirilebileceği düşünülmektedir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesine yönelik açıklamalar Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi başlıklı bölüm altında yapılacaktır.

4. İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR BAŞLIKLILIK HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte Rekabet Kurumu'na bildirilmesi gereken birleşme ve devralma işlemlerinin nasıl belirleneceğini tanımlayan bildirim eşikleri de büyük değişikliklere uğramıştır.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesi bildirim eşiklerini düzenlemektedir.

Buna göre;

“(...) bir birleşme veya devralma işleminde;

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

b) İşlem taraflarından **birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,**

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.” (vurgu tarafımızca eklenmiştir)

Bu çerçevede bir birleşme veya devralma işleminin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olması için yukarıda belirtilen ciro eşiklerinden birinin aşılması yeterli olacaktır. Örneğin, bir devralma işleminde, Türkiye'de devralanın otuz milyon TL, devre konu tarafın ise yirmi beş milyon TL ciro elde ettiğini varsaydığımızda, bu işlem yukarıda yer alan ilk ciro eşiğini geçmemektedir. Ancak, devralanın veya devre konu tarafın dünya çapında elde ettiği cironun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde, ilk ciro eşiği sağlanmadığı halde işlem Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olacaktır. Zira bu durumda ikinci ciro eşiği, taraflardan birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi, diğerinin ise Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi aşması nedeniyle aşılmaktadır.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile bildirilebilirlik eşiklerine ilişkin olarak getirilen bu köklü değişiklikler, fiili uygulamada önemli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara aşağıda örneklerle birlikte yer verilecektir.

4.1. Pazar Payı + Ciro Eşliğinden Sadece Ciro Eşliğine Geçilmesi

Bilindiği üzere, 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde “bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar

paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının on trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur” hükmü yer almaktaydı. Söz konusu ciro eşik değerleri 1998 tarihinde değişikliğe uğrayarak yirmi beş trilyon Türk lirasına çıkarılmıştır.³² Bu hüküm çerçevesinde biri ciro diğeri ise pazar payı olmak üzere iki alternatif bildirim eşiği bulunmaktaydı. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden itibaren sadece bir kez değişikliğe uğrayan bu eşikler, ciro eşiklerinin uzun süredir aynı seviyede kalması ve ciro eşiğinin ilgili ürün pazarı ile ilişkilendirilmesi gibi çeşitli nedenlerle eleştirilere maruz kalmıştır. Benzer eleştiriler hem iş dünyasından hem de OECD, ICN gibi uluslararası örgütlerden pazar payı eşiğine ilişkin olarak yöneltilmiş olup, pazar tanımının statik olmayan, dinamik bir unsur olduğundan bahisle tanımların yıllar içinde değişebileceği ve ikame olmayan iki ürünün ikame hale gelmiş olabileceği tartışılmıştır.³³ Özellikle dünya çapındaki birleşme ve devralmaların kontrolü rejimlerinin giderek daha da şeffaflaşması ve basitleşmesi karşısında 1997/1 Sayılı Tebliğ'de yer alan ilgili ürün pazarı temelli ciro ve pazar payı eşiklerinin değiştirilmesi gündeme gelmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile yoğunlaşma işlemlerini denetime tabi kılan diğer ülkelerin rekabet otoritelerinin çoğunun da benimsemiş olduğu gibi pazar payı eşiğinin kaldırılarak eşiklerin tamamen ciro üzerinden değerlendirilmeye tabi kılınması sağlanmıştır. Bu çerçevede, yukarıda da belirtildiği üzere, bir birleşme veya devralma işleminin bildirilebilir olup olmaması işlem taraflarının toplam ciroları ile ölçülmektedir. 1997/1 Sayılı Tebliğ'de yer alan eşiklerden oldukça farklı olan bu sistemin ortaya çıkmasının arkasında yatan neden olarak ilgili pazar tanımı yapılmasını gerektiren eşiklerde, teşebbüslerce tanım yapılmasının oldukça meşakkatli ve hataya açık olması, hukuki belirsizlikler içermesi ve dünya genelinde trendin toplam ciro bazında bildirilebilirliğin belirlenmesi olarak sayılabilecektir.³⁴ Ancak başka ülkelerin yoğunlaşma kontrolü uygulamalarında tercihlerini ağırlıklı olarak ciro üzerine kurmaları³⁵ kendi rekabet politikalarının tercihleridir³⁶.

³² 26.3.1998 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 1998/2 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ.

³³ SENYÜCEL, O. (2011), “2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 103.

³⁴ Senyücel 2011, s. 103.

³⁵ Nitekim Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Bulgaristan, Danimarka, Estonya, Fransa, Romanya, Yunanistan, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Malta, Hollanda, Polonya, Slovakya, Slovenya ve İsveç Avrupa Birliğine üye ülkeler

Her ne kadar pazar payı eşiğinin pazar payı hesaplanmasının beraberinde ürün pazarı tanımlanmasını getirdiği ve işleme taraf teşebbüslerin bir işlemin zorunlu bildirim tabii olup olmayacağını belirlemesi esnasında belirsizliğe itildiği iddia edilebilecek olsa da Rekabet Kurumu'nun internet sitesinde yayınlanan gerekçeli kararlarına bakıldığında, Rekabet Kurulu'nun kuruluşundan bu yana gerekçeli kararını yayınladığı 1.973³⁷ civarında yoğunlaşma işlemini değerlendirdiği ve neredeyse bu işlemlerin çok büyük bir kısmında kesin bir ilgili ürün pazarı tanımlama yapmakta başarılı olduğunun anımsanması gerekmektedir. Rekabet Kurulu kararlarının yakından takip edilmesi durumunda neredeyse farklı farklı ürün pazarlarını ilgilendiren her işlemin etkilediği ürün pazarlarının ne olduğu ve olası bir bildirimde Rekabet Kurulu'nun ilgili ürün pazarı tanımına yönelik benimseyeceği yaklaşım tahmin edilebilmektedir.

Buna ek olarak günümüzde teşebbüslerin zaten kendi pazar paylarına yönelik olarak fikir sahibi olmaları, rekabet hukuku mevzuatına uyum sağlamak için (örn. Bkz. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülen eşik sistemi) zorunludur. Bu nedenle pazar payı bilgisine erişimin düşünüldüğünün aksine zahmetli bir süreç gerektirmediği söylenebilir.

Bu kapsamda 2010/4 Sayılı Tebliğ ile bildirim eşiklerinde yapılan değişikliklerin kısaca açıklanmasında ve değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile önceden uygulanmakta olan pazar payı eşiği kaldırılmıştır. Buna göre, bir birleşme veya devralma işlemi kapsamında 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde yer alan ciro eşiklerinin aşılması halinde, işlem taraflarının ilgili ürün pazarlarındaki pazar paylarına bakılmaksızın ilgili işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'na bildirilmesi ve Rekabet Kurulu'ndan onay alınması gerekecektir.

İkinci olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte ciro eşiklerinin 1997/1 Sayılı Tebliğ'de olduğu gibi yalnızca ilgili ürün pazarından elde edilen ciro değil, işlem taraflarının toplamda elde ettikleri tüm ciro çerçevesinde hesaplanması hüküm altına alınmıştır.

Bildirim eşiklerinde gerçekleştirilen bu değişiklikler uygulamada çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu durumun ortaya çıkardığı sıkıntıların

arasında ciro eşiğini benimseyen ve eşik değerlendirmelerinde pazar payına yer vermeyen ülkeler olarak çoğunluğu oluşturmaktadır.

³⁶ Nitekim İspanya, Portekiz ve İngiltere gibi ülkelerde pazar payı eşiği hâlâ korunmaktadır.

³⁷ Rekabet Kurumu resmi internet sayfası www.rekabet.gov.tr 31.05.2012 tarihi itibarıyla

başında bildirim eşiklerinin kolayca aşılması nedeniyle bildirim yükünün artması ve pazar payı eşiği bulunmaması nedeniyle aslında Türkiye’de ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle görece etkisiz sayılabilecek işlemlerin bildirilmesi ve tam tersi durumlarda da görece pazarda etki doğuracak bir işlemin bildirilmemesi gösterilebilecektir.

4.1.1. Salt Ciro Eşiğinin Bildirim Eşiklerinin Kolay Geçilmesine Neden Olması

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen ciro eşikleri, 1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer alan bildirim eşiklerine göre çok daha kolay bir biçimde aşılmaktadır. Zira artık Türkiye’deki ilgili ürün pazarlarından elde edilen cirolar dikkate alınmamakta, işlem taraflarının toplam ciroları bir birleşme veya devralma işleminin bildirim tabi olup olmamasında belirleyici rol oynamaktadır. Kaldı ki ciro hesaplanması bölümünde ayrıntılarıyla yer verildiği üzere, ciro hesaplanmasında dikkate alınacak kalemlerin özellikle devralan taraf açısından oldukça kapsamlı olması, 7. madde altında yer verilen ciro eşiklerinin kolaylıkla aşılmasını sağlamaktadır.

Bu durum özellikle uluslararası alanda faaliyet gösteren çok uluslu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinde daha sık görülmektedir. Bu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen işlemler genel olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ’in 7. maddesinin 1/b bendinde yer alan (yani ikinci) ciro eşiğini genellikle kolaylıkla aşmaktadır. Zira devralan konumundaki çok uluslu teşebbüslerin hemen hemen hepsinin dünya ciroları 8. maddede sayılan ciro kalemleri kapsama alındığında beş yüz milyon TL’yi aşmakta, Türkiye’de devraldıkları çok uluslu olsun ya da olmasın teşebbüslerin de büyük bir çoğunluğu Türkiye’de beş milyon TL’den fazla ciro elde edebilmektedir. Bu nedenle de çok uluslu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinin hemen hemen hepsi, Türkiye’de potansiyel olarak minimal düzeyde bir etki doğuracak olsalar bile bildirim tabi tutulmaktadır. 2010/4 Sayılı Tebliğ’in 8. maddesinde yer alan ciro hesaplamasının yarattığı bu durumun çok uluslu olmayan teşebbüsler açısından dahi işlemleri bildirilebilir kılmaya yetebilecek düzeyde kapsamlı olduğu düşünülmektedir.

Bu aşamada her ne kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ’de yer alan ve birleşme veya devralma işlemlerinin, etkilenen pazar bulunmaması halinde ciro eşikleri aşılsa bile bildirilmemesini öngören hükmün bildirim yükünü hafifleteceği öne sürülebilecek olsa da, etkilenen pazarın belirlenmesindeki unsurlar fiiliyatta durumun böyle olmadığını düşündürmektedir. Zira aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında etkilenen pazarlar coğrafi anlamda yalnızca Türkiye’de değil, karma bir şekilde hem Türkiye’de hem de dünya çapında aranmaktadır. Bu durum ise, yine çok uluslu teşebbüsler

açısından bakıldığında, hemen hemen her işlemde, dünyanın bir köşesinde Türkiye ile örtüşen bir pazarın bulunmasını beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, bir işlemin bildirilebilir olması için aranan etkilenen pazar kriteri, bildirim yükünü hissedilebilir bir biçimde azaltmak için yeterli olamamaktadır. Kaldı ki yine aşağıda yer verilen Rekabet Kurumu nezdinde yapılan başvurulara dair rakamlardan da bildirim yükünün hiç de azalmadığı açıkça görülebilmektedir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin son fıkrasındaki maddede yer alan eşiklerin, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden itibaren iki yılda bir Rekabet Kurulu tarafından yeniden belirlenmesi mümkün kılınmaktadır. Ekonomik koşulların değişmesi nedeniyle ciro eşiklerinde yapılacak olan değişiklikler bir tarafa, bu hüküm vasıtasıyla Rekabet Kurulu'nun Türk birleşme ve devralmalar rejiminde oldukça yeni olan bu ciro eşiği sistemini test ederek, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ilk iki senelik uygulamasından elde edilecek tecrübe ile ciro eşiklerini yeniden belirlemesi beklenmektedir.

4.1.2. Somut Veriler Işığında Rekabet Kurumu Nezdinde Yapılan Bildirim Sayısındaki Artış

2010/4 Sayılı Tebliğ ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz ciro eşiklerinin kolayca aşılması hususu hem işlem taraflarının hem de Rekabet Kurulu'nun bildirim yükünü önemli bir oranda artırmaktadır. Rekabet Kurumu'nun 2010 yılına ilişkin faaliyet raporuna³⁸ göre 2010 yılı sonunda, 3 birleşme, 202 devralma ve 5 ortak girişim olmak üzere, toplamda 210 işlem karara bağlanmıştır. Diğer taraftan, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan "2011 Yılı Ocak - Ağustos Dönemi Birleşme - Devralma Kararlarına İlişkin Açıklama"³⁹, 2011 yılı Ağustos ayı sonu itibarıyla Rekabet Kurumu'na bildirilen birleşme veya devralma işlemlerinden 163'ünün sonuçlandırıldığı, bu işlemlerden 118'inin devralma, 1'inin birleşme, 44'ünün ise ortak girişim tesis edilmesine yönelik olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ile doğru orantılı olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olan işlemlerin sayısı 2011 yılının Ağustos ayı itibarıyla bile çok büyük bir artış göstermiştir. Bu rakamlar arasından en çok dikkat çeken ise kuşkusuz ortak girişim tesis edilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen işlemlerdir. Gerçekten de 2010 yılında yalnızca

³⁸ Rekabet Kurumu 12. Yıllık Rapor, 2010, sayfa 40. İlgili rapora

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/faaliyetraporu/falrap25.pdf>

adresinden ulaşılabilmektedir. Erişim Tarihi: 20.04.2012.

³⁹ İlgili açıklamaya

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Basin/B%C4%B0RLE%C5%99EME-DEVREALMA-WEB-1.pdf> adresinden ulaşılabilmektedir. Erişim Tarihi: 20.04.2012.

5 ortak girişim işlemi Rekabet Kurulu nezdinde değerlendirilmeye alınmışken 2011 yılının Ağustos ayı sonu itibariyle bu rakam yaklaşık olarak dokuz kat artarak 44'e ulaşmıştır. Hiç şüphesiz ki ortak girişim işlemlerinin sayısının artmasındaki en büyük etkenlerden biri de aşağıda da ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere ortak girişim işlemlerinde etkilenen pazar aranmamasıdır.

Ayrıca, çok uluslu teşebbüsler ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ile paralel şekilde, Rekabet Kurumu'na bildirilen işlemlerdeki "yabancı" bildirimlerin oranı da azımsanamayacak düzeydedir. Rekabet Kurumu'nun açıklamasına göre, 2011 yılı Ağustos ayı sonu itibariyle Rekabet Kurulu tarafından sonuca bağlanan işlemlerinin %41'i merkezi yurtdışında bulunan yabancı teşebbüsler arasında, %43'ü taraflarından birinin merkezi yurtdışında bulunan yabancı teşebbüsler arasında gerçekleştirilmiştir. Bu rakamlar karşısında aynı süre zarfında gerçekleştirilen işlemlerden yalnızca %16'sı merkezi Türkiye'de bulunan teşebbüsler arasında gerçekleştirilmiştir. Bu rakamlar basitçe yorumlandığı zaman taraflarından en az birini yabancı teşebbüslerin oluşturduğu işlemlerin oranının bu derece yüksek olmasının (2011 yılının Ağustos ayının sonuna kadar karara bağlanan işlemlerin yaklaşık olarak %84'ü) temel sebebi yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız ciro eşikleri ve bu ciro eşiklerinin hesaplanmasında dikkate alınan unsurlardır. Bu işlemlerin büyük bir çoğunluğunda 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin 1/b bendinde yer alan eşiklerin aşılması nedeniyle bildirim tabi buldukları ve aslında bir kısmının da Türkiye pazarlarında ciddi anlamda bir etki doğurmayan işlemler olabildiği düşünülmektedir. Zira Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde yayınladığı gerekçeli kararlardan da bu durum anlaşılabilir. Gerçekten de Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında yayınladığı gerekçeli kararlar incelendiğinde - her ne kadar bu kararlar eski uygulamaya nazaran oldukça kısa ve detaysız olsa da - söz konusu işlemlerin büyük bir çoğunluğunun 2010/4 Sayılı Tebliğ'in temel hükümleri çerçevesinde yapılan bir analiz ile değerlendirilmesinin yeterli olabildiği gözlemlenebilmektedir.

4.1.3. Ciro Eşiğinin Yanına Tercihli Bir Pazar Payı Eşiğinin de Getirilmesi Önerisi

Bu zamana kadar başarı ile uygulandığı rahatlıkla ileri sürülebilecek pazar payı eşiğinin topyekün kaldırılmasından ziyade pazar payı eşiğinin aşılması nedeni ile bildirim tabi olan işlemlerin bildiriminde sadece toplam ciro eşiği nedeni ile bildirim tabi olan ve hedef teşebbüs ile alıcının faaliyetleri arasında Türkiye'de örtüşme olmayan işlemlere nazaran daha ayrıntılı bilgiler sunulmasını öngörür bir mekanizmanın getirilmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile kabul edilen yapının pratikte yansımaları ölçek olarak görece küçük pazarları ilgilendiren ve işleme taraf teşebbüsler arasında ciddi

surette yoğunlaşma yaratacak işlemleri bir yerde 4054 Sayılı Kanun hükmünden muaf tutacaktır. Nitekim, İngiltere rekabet otoritesinin benimsediği tedarik payı testinin bir kriter olarak yerleştirilmemesinin sebebi de kısmen ciro eşiği testinin küçük hacimli piyasalardaki şirket birleşmelerini kapsam içine dâhil etmek için yeterli olamaması ve bu tür şirket birleşmelerinin kamuoyunun ve parlamentonun gündemine getirilmesinde yetersiz olması yönündeki kaygılardır.⁴⁰

Basit bir örnekle durumu açıklamak gerekirse;

(i) Türkiye’de x pazarında sadece iki teşebbüsün faaliyet gösterdiğini,

(ii) İşleme taraf olan bir teşebbüsün x pazarındaki pazar payının %51 olduğunu ve tüm cirosunu x pazarından elde ettiğini, bu cironun da 15 milyon TL ve dünya cirosunun da 250 milyon TL olduğunu,

(iii) Pazarda yer alan diğer oyuncunun da yine Türkiye’de sadece x pazarında faal olduğunu, pazar payının %49 olduğunu ve ilgili ürün pazarından elde etmiş olduğu cirosunun da 14 milyon TL ve dünya cirosunun ise 100 milyon TL olduğunu varsayalım.

Bu örnekte %51 pazar payına sahip olan teşebbüsün %49 pazar payına sahip olan teşebbüsün tamamını devralması halinde, devralma sonrası tarafların pazar payı Türkiye’de %100’e ulaşmakta iken işlem 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi bile olmayacaktır.

Öte yandan bu durumun ortaya çıkardığı sıkıntıların başında bildirim eşiklerinin kolayca aşılması nedeniyle bildirim yükünün artması ve pazar payı eşiği bulunmaması nedeniyle aslında Türkiye’deki pazarlarda ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle görece etkisiz sayılabilecek işlemlerin bildirilmesi sonucu da doğabilmektedir.

(i) Türkiye’de y pazarında yaklaşık 8 teşebbüsün faaliyet gösterdiğini,

(ii) İşleme taraf olan bir teşebbüsün (“a” teşebbüsü) y pazarındaki pazar payının %0,5 olduğunu ve Türkiye’de elde ettiği tüm cirosunun da 2 milyon TL ve dünya cirosunun da 550 milyon TL olduğunu,

(iii) Pazarda yer alan diğer oyuncunun da (“b” teşebbüsü) yine Türkiye’de y pazarında faal olduğunu, pazar payının %2 olduğunu ve Türkiye’de elde ettiği cirosunun da 8 milyon TL ve dünya cirosunun ise 100 milyon TL olduğunu

⁴⁰ IVORY, J. (2011), “İngiltere’de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 84.

(iv) “b” teşebbüsünün “a” teşebbüsünün tamamını devraldığını varsayalım.

Böyle bir durumda söz konusu devralma işlemi, taraflardan birinin Türkiye cirosunun 5 milyon TL’yi geçmesi, diğer tarafın da dünya cirosunun 500 milyon TL’yi geçmesi nedeniyle eşikleri aşacak ve y pazarı da aşağıda yer verilecek dinamikler çerçevesinde bir etkilenen pazar olacaktır. Bu durumda işlem bildirilebilir olmakla birlikte işlem sonrası tarafların pazar payı toplamı sadece %2,5 olacaktır. Böylesine düşük bir pazar payının gerek hâkim durum testi gerekse de 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde daha çok dikkate alınan rekabetin önemli ölçüde azalması testi açısından da sıkıntı doğurmasının zor olduğu gözükmemektedir.

Bu çerçevede ciro eşliğinin yanına pazar payı eşinin de eklenmesinin ve tercihli bir eşik sisteminin ortaya koyulmasının halen gelişmekte olan bir ülke olarak adlandırılabilir Türkiye’nin ekonomik dinamiklerine daha uygun bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.

Bu yapıda ise mevcut pazar payı eşliğinin %25’den daha yüksek bir çığaya konması, bildirim yükünün azaltılması ile görece küçük hacimli pazarlardaki rekabeti kısıtlayacak işlemlerin de denetime muhtaç olması hususu arasında bir denge sağlanabileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede, ciro eşliğiyle tercihli olması koşuluyla, İspanya ve Portekiz uygulamasında kullanılan pazar payı eşliği olan %30’luk (veya politika tercihinine bağlı olarak %35 gibi daha yüksek bir pazar payı eşliği) bir eşik ithal edilmesi de düşünülebilir.

4.2. Etkilenen Pazar

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte getirilen yeni kavramlardan biri de “etkilenen pazar” kavramıdır. Etkilenen pazar kavramı, bir birleşme veya devralma işleminin Rekabet Kurulu’nun onayına tabi olup olmadığını belirlemede ciro eşikleri dışındaki diğer kriteri oluşturmaktadır. Bu nedenle, etkilenen pazarın nasıl tanımlanması gerektiği sorusu, etkilenen pazar aranmayan ortak girişim işlemleri haricinde, her birleşme veya devralma işleminde karşımıza çıkmaktadır. Zira etkilenen pazarın bulunmadığı birleşme veya devralma işlemleri, ciro eşikleri aşılsa bile, 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi olmayacaktır.

4.2.1. Etkilenen Pazar Kavramı

Etkilenen pazar kavramı 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamındaki bildirim formunda yer alan bir kavram olmakla birlikte herhangi bir tanımı mevcut değildi. Bu nedenle oldukça belirsiz olan bu kavram 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanında içi boş kalarak uygulamada da tam anlamıyla kendine bir yer bulamamıştır. 2010/4

Sayılı Tebliğ ise etkilenen pazar kavramını Tebliğ'in ana hususlarından bir tanesi haline getirmektedir. Bu doğrultuda, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7/2. maddesi “[O]rtak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez” hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm haricinde 2010/4 Sayılı Tebliğ’de etkilenen pazar kavramına ilişkin olarak herhangi bir tanım veya açıklama bulunmamaktadır.

Etkilenen pazar kavramı asıl olarak 2010/4 Sayılı Tebliğ’in ekinde yer alan Bildirim Formunda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre;

“Bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve

a) Taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu (yatay ilişki),

b) Taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu (dikey ilişki),

ilgili ürün pazarları,” etkilenen pazarları oluşturmaktadır.

Buradan da anlaşılacağı üzere, etkilenen pazar kavramı bir nevi “ilgili ürün pazarı”nın işlem özeline indirgenmiş hali olarak kabul edilebilecektir. Zira etkilenen pazarlar, bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve işlem taraflarının faaliyetlerinin yatay ya da dikey olarak örtüştüğü ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde, mehz AB Hukuku uyarınca, tarafların ve rakiplerinin ilgili pazar veya pazarlardaki pazar payları yoğunlaşmanın değerlendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu kapsamda Komisyon, pazar tanımının temel amacını birleşen teşebbüsün karşılaşılabileceği rekabet kısıtlamalarının sistematik bir şekilde belirlenebilmesi olarak kabul etmektedir.⁴¹ Bu değerlendirmenin de yapılabilmesi amacıyla Form CO dâhilinde bildirimde bulunan tarafların “etkilenen pazar”a ilişkin bilgi sağlaması öngörülmektedir. Bu kapsamda pazarlar, (i) tarafların faaliyetlerinin örtüştüğü (yatay ilişki) veya (ii) tarafların faaliyetlerinin dikey bir tedarik zincirinin bir parçasını oluşturduğu (dikey ilişki) ve belirli pazar paylarının aşıldığı durumlarda “etkilenen pazar” olarak değerlendirilebilecektir.⁴² Bu doğrultuda yatay olarak etkilenen pazarlarda, iki veya daha fazla tarafın aynı ürün pazarında faaliyette bulunması ve bu kapsamda yoğunlaşmanın toplam %15 oranında pazar payına yol açması söz konusu olacaktır. Dikey olarak etkilenen pazarlar ise, bir veya birden fazla tarafın (taraflar arasında hâlihazırda bir tedarik/müşteri ilişkisi olup olmadığına bakılmaksızın) diğer tarafın faaliyette bulunduğu ürün

⁴¹ Bellamy ve Child 2008, s. 742

⁴² Bellamy ve Child 2008, s. 742

pazarı zincirinin altında veya üstündeki bir ürün pazarında faaliyet göstermesi ve herhangi birinin bireysel veya toplam pazar payının %25 veya daha fazla olması halinde söz konusu olacaktır.⁴³ Bu kapsamda AB Hukuku, etkilenen pazardan söz edebilmek için pazar payının belirli bir oranı geçmesini öngörmekte olup, bu noktada hâlihazırdaki Türk rekabet hukuku mevzuatından farklılık göstermektedir. Zira 2010/4 Sayılı Tebliğ ve ekinde yer alan Bildirim Formu ile bir pazarın etkilenen pazar olarak nitelendirilebilmesi için pazar payının belirli bir oranı geçiyor olması öngörülmemiştir. Bu kapsamda pazar payının belirli bir oranın altında kalması pazarı etkilenen pazar dâhilinden çıkartmayacak olup, ancak aşağıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere kısa form doldurabilme şansı verebilecektir.

Kılavuz I'e bakıldığında ise 27. paragraf altında etkilenen pazara ilişkin olarak bir takım açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Esasen Rekabet Kurumu'nun etkilenen pazar kavramının uygulama şeklinin sinyalleri de Kılavuz I'de verilmektedir. Etkilenen pazarın kapsamına dair açıklamalara aşağıda yer verilecek olup bu noktada yatay ve dikey ilişkinin tanımlarına yer verilecektir. Buna göre *“yatay ilişki, taraflardan en az iki tanesinin aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu, aynı seviyedeki çakışmaya; dikey ilişki ise taraflardan en az bir tanesinin, bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu duruma”* işaret etmektedir.

1997/1 Sayılı Tebliğ'de yalnızca yatay örtüşmeler bir birleşme veya devralma işleminin bildirilebilirliği açısından önem taşımaktaydı. Zira 1997/1 Sayılı Tebliğ ile aranan pazar payı eşiği, işlem taraflarının toplam pazar paylarının, ilgili ürün pazarının %25'ini aşması halinde uygulanmaktaydı. 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan etkilenen pazar kavramının içinde ise dikey olarak örtüşen pazarlar da açıkça tanımlanmıştır. Buna göre dikey olarak etkilenen pazarlar, taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarları olarak tanımlanmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, Rekabet Kurulu'nun *EMA - Huntsman* kararında⁴⁴, esnek polioller ve katı polioller pazarları dikey etkilenen pazarlar olarak tanımlanmıştır. Zira hedef şirket olan EMA esnek ve katı polioller bileşen olarak kullanmakta, Huntsman ise bu bileşenleri üretmektedir. Dolayısıyla, Huntsman EMA'nın faaliyet gösterdiği

⁴³ Form CO Relating to the Notification of a Concentration Pursuant to Regulation (EC) No 139/2004 Bölüm 6 (III).

⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı EMA - Huntsman kararı.

pazarların üst pazarlarında faaliyet göstermekte, bu nedenle de bu pazarlar dikey etkilenen pazarlar olarak tanımlanmaktadır.

4.2.2. Etkilenen Pazar Değerlendirmesi

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birlikte getirilen etkilenen pazar kavramı ile ilgili olarak tartışılan en önemli husus, etkilenen pazarların belirlenmesinde işlem taraflarının faaliyetlerinin coğrafi alan olarak nerede örtüşmesi gerektiğidir. İşlem taraflarının Türkiye sınırları içerisindeki faaliyetlerinin örtüşmesinin mi yoksa dünya çapındaki faaliyetlerinin örtüşmesinin mi etkilenen pazarların tanımlanması açısından belirleyici olacağı uygulamada tartışmalara yol açmaktadır.

Her ne kadar 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden sonra Rekabet Kurulu'nun bu konu ile ilgili olarak birbirine zıt kararları⁴⁵ bulunsa da, tartışmaların bir kısmı Kılavuz I'nin yayınlanması ile birlikte belirli bir ölçüde sonuçlandırılmıştır.

İlgili Kılavuz'un 27. paragrafı ve devamında etkilenen pazar ve etkilenen pazarın coğrafi kapsamı ile ilgili olarak önemli açıklamalara yer verilmektedir:

“(...) taraflardan en az birinin Türkiye’de faaliyette bulunması kaydıyla, tarafların faaliyetleri arasında yatay ya da dikey çakışma bulunan herhangi bir ilgili ürün pazarı mevcut ise, etkilenen pazar bulunma koşulu sağlanmış olacaktır. Bununla birlikte, yatay ya da dikey çakışmanın bulunduğu ilgili ürün pazarlarına ilişkin olarak taraflardan hiçbirinin Türkiye’de faaliyeti bulunmuyorsa, bu durumda, söz konusu fıkranın uygulanması bakımından, etkilenen pazar bulunmadığı söylenebilecektir.”

Kılavuz I’de yer alan bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir ilgili ürün pazarının etkilenen pazar olarak tanımlanabilmesi için taraflardan en az birinin yatay ya da dikey örtüşme bulunan ilgili ürün pazarında Türkiye’de faaliyetinin bulunması gerekmektedir. Böyle bir durumda diğer işlem tarafının söz konusu pazarda Türkiye’de faaliyeti bulunmama dahi yurtdışında herhangi bir ülkede faaliyetinin bulunması halinde söz konusu pazar etkilenen pazar olarak tanımlanacaktır.

Kılavuz I ile birlikte bu konuya açıklık getirilmesine rağmen, etkilenen pazarın tanımlanmasında işlem taraflarından yalnızca birinin Türkiye’de faaliyetinin bulunmasının yeterli olarak kabul edilmesi yönündeki yaklaşımın uygulamada en doğru sonuçları doğuracağına katılmak mümkün değildir.

⁴⁵ Rekabet Kurulu'nun 28.04.2011 tarih ve 11-26/494-151 sayılı International Petroleum kararı.

Rekabet Kurulu'nun hedef teşebbüsün Türkiye'de faaliyet gösterdiği ama devralanın Türkiye'de bu alanda bir faaliyeti olmadığı; yani örtüşmenin Türkiye'de gerçekleşmemesine karşın işlemin bildirim tabi olduğu sonucuna ulaştığı kararları da mevcuttur.⁴⁶ Öte yandan hedefin Türkiye'de faaliyetinin olmadığı alıcının ise faaliyetinin olduğu ve örtüşmenin dünyada gerçekleştiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda da Rekabet Kurulu'nun dünya çapında bir örtüşmeyi kabul edeceği yönündeki bir yaklaşım ağır basmaktadır. Rekabet Kurulu'nun *International Paper* kararında⁴⁷ hedef şirketin Türkiye'de hiçbir malvarlığı bulunmadığı ve Türkiye'deki müşterilere doğrudan oluklu mukavva veya ürünlerini satmak suretiyle herhangi bir gelir elde etmediği, alıcının ise Türkiye'de oluklu mukavva satışı olduğu belirtilmektedir. Sonuç olarak kararda oluklu mukavva yatay anlamda etkilenen pazar olarak tanımlanmıştır. Rekabet Kurulu'nun kararının hedefin Türkiye'de herhangi bir faaliyeti olmamakla birlikte tarafların faaliyetlerinde dünya çapında örtüşme yaşandığı ve alıcı grubun Türkiye'de yurtdışında örtüşme yaşanan bu pazarda faaliyeti bulunduğu görüşüne dayandığı düşünülmektedir. Nitekim değerlendirmesi sırasında sadece alıcının ve pazardaki rakiplerinin Türkiye'deki pazar payı değerlendirmeye alınmış, hedeften bahsedilmemiştir. Ancak söz konusu gerekçeli karara bakıldığı zaman hedefin doğrudan satışı bulunmadığı ibaresiyle aslında hedefin dolaylı yoldan Türkiye'de bir satışının var olduğu ve bu nedenle de Türkiye'de hedefin faaliyette olduğu kararına mı varıldığı da net anlaşılamamaktadır.

Dünya çapında bir örtüşmenin kabul edilmesi özellikle 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi, coğrafi pazar tanımlanması ve pazar paylarının hesaplanması konularında çelişkiler yaratacaktır. 4054 Sayılı Kanun'un *etki teorisini*⁴⁸ benimseyen ve Türkiye pazarlarında etki doğurmayan işlem, anlaşma, eylem ve kararları kanunun kapsamı dışında bırakan 2. maddesi⁴⁹ uyarınca, bu

⁴⁶ Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Demag kararı.

⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 18.10.2011 tarih ve 11-53/1347-476 sayılı *International Paper* kararı.

⁴⁸ 4054 Sayılı Kanun'un 2. madde gerekçesinde etki teorisi "(...) merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁹ 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi: "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer."

tür işlemlerin Türkiye pazarlarında etki doğurmadığı gerekçesiyle izne de tabi olmayacağı sonucuna varılmasının mümkün ve makul olup olmadığı konusunda çelişki doğduğu düşünülmektedir. Nitekim yukarıda yer verilen etkilenen pazar tanımı içerisinde “bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Zira devre konu teşebbüsün Türkiye’de faaliyeti olmadığı ancak alıcının Türkiye’de faaliyeti olduğu, bu nedenle de alıcının Türkiye’deki faaliyetleri ile devre konu teşebbüsün dünyadaki faaliyetlerinin örtüşmesi ile bir etkilenen pazarın var olduğunun kabul edildiği durumlarda Türkiye’deki pazar açısından “etkilenme ihtimalinin” nasıl söz konusu olduğu anlaşılammaktadır, zira Türkiye’deki pazarda bir yoğunlaşma olmadığı gibi pazardaki oyuncuların kimliklerinde dahi bir değişiklik olmamaktadır. Söz konusu etkilenme ihtimalinin, hedefin Türkiye’de faaliyeti olduğu alıcının ise olmadığı durumlarda ise sadece pazardaki oyuncuların kimliklerinin değiştiğinden bahsedilebilecektir. Ancak devralma işlemi sonrası pazardaki oyuncuların ilgili pazardaki Türkiye pazar paylarında bir değişiklik meydana gelmemektedir.

Bunun yanı sıra, pazarın coğrafi kapsamının global olarak tanımlanması Rekabet Kurulu’nun bazı ürün pazarlarında rekabetin ulusaldan ziyade global seviyede gerçekleştiğini ve nitekim bildirim konusu işlemin potansiyel etkileri değerlendirilirken coğrafi pazarın Türkiye sınırlarından daha geniş olduğunu kabul ettiği bazı içtihatlarının⁵⁰ mevcut olmasına rağmen yine 4054 Sayılı Kanun’un 2. maddesi çerçevesinde genel prensibin coğrafi pazarı Türkiye ile sınırlı olarak tanımlanmak olduğu sabittir. Ancak etkilenen pazarın tanımlanmasında dünya çapında örtüşmenin aranması coğrafi pazarın Türkiye olarak tanımlanması ile çelişki doğurmaktadır. Aynı şekilde pazar paylarının hesaplanmasında da benzer bir durum söz konusudur. Dünya çapında örtüşme sonucu bildirilen işlemde yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye’de faaliyet göstermeyen tarafın pazar payı Türkiye için verilemeyecektir. Ayrıca dünya çapında örtüşme nedeniyle yine coğrafi pazarın dünya şeklinde tanımlanması gerekliliği ışığında pazar paylarının da bu coğrafi pazar kapsamında sağlanması gerektiği düşünülebilecektir.

Buna ek olarak, Kılavuz I’de etkilenen pazarlar ile ilgili olarak benimsenen yaklaşım, birleşme veya devralma işlemlerinin Türkiye’deki etkilerini ölçmek anlamında da yetersiz kalmaktadır. Zira çok sınırlı olsa da, işlem taraflarının dünya çapındaki faaliyetlerinden biri ile diğer işlem taraflarından birinin Türkiye’deki faaliyetlerinin örtüşmesi halinde, söz konusu

⁵⁰ Rekabet Kurulu’nun 27.5.2003 tarihli ve 03-35/424-186 numaralı Eti Gümüş kararı, 21.7.2005 tarihli ve 05-48/689-182 numaralı A.P Moller-Maersk kararı ve 28.05.2002 tarihli ve 02-32/367-153 numaralı Arçelik-Bloemberwerke - Brant Group kararı.

örtüşmenin fiili anlamda Türkiye'deki pazarda herhangi bir etkisinin izlenmesi ihtimali bulunmasa bile, örtüşen faaliyetlerin etkilenen pazar olarak tanımlanmasına ve dolayısıyla da işlemin bildirim tabi olmasına neden olmaktadır. Bizzat Kılavuz I'de belirtilen örnek üzerinden gidecek olursak, yalnızca Brezilya'da faaliyet gösteren bir çimento üreticisi teşebbüsün Türkiye'deki bir çimento fabrikasını devralmayı planladığını ve ciro eşiklerinin de aşıldığını varsayalım. Bu durumda, her ne kadar Brezilya'da faaliyet gösteren alıcının Brezilya'daki çimento faaliyetlerinin Türkiye'deki çimento pazarına, çimento ürününün niteliği itibarıyla, herhangi bir etkisi olmayacak olsa da, Rekabet Kurumu tarafından benimsenen yaklaşım nedeniyle çimento pazarı etkilenen pazar olarak tanımlanacak ve işlem de bildirim tabi olacaktır. Bu yapıdaki bir işlemde, yukarıda da açıklandığı üzere, "bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimalinin" nerede ve nasıl görüldüğü anlaşılacaktır. Bildirim tabi olan bu işlem kapsamında Türkiye'deki pazarın yapısı ve pazar paylarında da haliyle herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Keza örneğin Türkiye'de faaliyet gösteren çok uluslu bir bankacılık grubunun, Türkiye'de hiçbir faaliyeti olmayan bir diğer bankanın dünyanın herhangi bir yerindeki işletmesini devralması işleminin dahi, eşiklerin aşılması koşuluna bağlı olarak etkilenen pazar bulunması gerekçesiyle bildirilebilir olduğu sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise uygulamada, örnekte yer verilen işleme benzer nitelikteki birçok işlemin, Türkiye'de herhangi bir rekabetçi endişe doğurmayacak olmasına rağmen bildirim tabi olmasına neden olmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun bu yaklaşımı benimsemiş olması, ciro eşikleri ile ilgili olarak yukarıda bahsettiğimiz bildirim yükünü de artırmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, ciro eşiklerinin düşük olması nedeniyle artacak olan bildirim sayılarının, birleşme veya devralma işlemlerinin bildirilebilir olması için etkilenen pazar bulunması şartı ile bir nebze olsun düşürülmeye çalışılmıştır.⁵¹ Ancak, Rekabet Kurumu'nun Kılavuz I'de benimsediği bu yaklaşım ile etkilenen pazar aranması ile beklenen fayda tersine çevrilmiş ve bildirim yükünde herhangi bir hissedilir değişim gerçekleşmemiştir.

4.2.3. Ortak Girişimler Açısından Etkilenen Pazar Aranmaması

2010/4 Sayılı Tebliğ'in etkilenen pazar kavramı ile ilgili olarak getirdiği bir başka tartışmalı hüküm ise, bir işlemin bildirilebilir olması için etkilenen pazar bulunması şartının ortak girişimlerde uygulama alanı bulmamasıdır. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesi "[O]rtak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez" hükmünü haizdir.

⁵¹ Senyücel 2011, s. 107.

Buradan da anlaşılacağı üzere, ortak girişim tesis edilmesine yönelik bir işlem, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmasına gerek olmaksızın, ciro eşiklerinin aşılması halinde Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olacaktır. Kılavuz I'de bu konuya ilişkin olarak uygulamada karşılaşılan sorunlara ışık tutabilecek nitelikte bir açıklamaya ise rastlanmamaktadır.

Yukarıda ifade edilen hususlarla paralel olarak, Türkiye pazarlarında herhangi bir etki doğurmayacak olan bir ortak girişim işleminin (örneğin Türkiye'de de faaliyette bulunan bir çimento üreticisi ve bir çelik üreticisinin Avustralya'da bir otel işletmek üzere ortak girişim kurması veya söz konusu teşebbüslerin ABD'de Türkiye'ye satış yapmayacak bir kağıt fabrikası kurmak için bir ortak girişim kurması), ilgili eşikler geçildiği gerekçesiyle bildirim tabi olacağı yoksa 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, bu tür bir işlemin Türkiye pazarlarında etki doğurmadığı gerekçesiyle izne de tabi olup olmayacağı hususunda uygulamada çelişki yaşanmaktadır. Söz konusu çelişki Rekabet Kurulu'nun son dönem aldığı kararlar ile bir ölçüde giderilmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu'nun *Loomis*⁵² kararında alıcının Türkiye'de etkilenen pazarda faaliyeti olmasa dahi, işlemi ciro eşikleri kapsamında bildirim tabi tutmuş ve izin vermiştir. Zira karar toplamda üç sayfa olup işlem üzerindeki inceleme ve değerlendirmeye bölümüne sadece yarım sayfada yer verilmiş ve global düzeyde örtüşme var mı yok mu unsuru dahi tartışılmamıştır. O nedenle hangi dinamikler çerçevesinde etkilenen pazarın incelendiği anlaşılmamaktadır. Kararın ilgili olan bölümüne aşağıda yer verilmiştir:

“Bildirim konu işlem, Erk Armored'in %60 oranında hissesinin, Loomis AB (%58), Loomis Sverige AB (%1) ve Loomis Holder Spain SL (%1)'ye devredilmesi işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir. Söz konusu işlem, Erk Armored'in kontrol yapısında değişikliğe neden olacağından, 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralmadır. Bununla birlikte, Tebliğ'in 7. maddesinde düzenlenen ciro eşikleri aşılmakta olup, işlem izne tabidir. Diğer taraftan, devralan şirketlerin Türkiye'de ilgili ürün pazarında faaliyeti bulunmamaktadır. Bu çerçevede, işlem sonrasında ilgili pazarın mevcut yapısında herhangi bir değişikliğin meydana gelmeyeceği ve dolayısıyla bu pazarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir hâkim durumun yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun doğmayacağı kanaatine varılmıştır” (vurgu tarafımıza aittir)

⁵² Rekabet Kurulu'nun 16.06.2011 tarih ve 11-37/767-235 sayılı Loomis kararı.

Rekabet Kurulu'nun *KKR/Sorgenja*⁵³ kararında ortak girişim işlemine konu pazar elektrik üretimi ve toptan satış pazarıdır. Kurul eşiklerin aşılmasına rağmen işlemin Türkiye'de herhangi bir etki doğurmadığından 4054 Sayılı Kanun kapsamına girmediğine karar vermiştir. Öte yandan *Lur Berri/LBO*⁵⁴ dosyasında da, işlem örgüsü açısından Sorgenja/KKR dosyasıyla birebir benzeyen bir durum söz konusu olup hedef şirketin Türkiye'de hiçbir faaliyeti veya cirosu bulunmamakta ve ortak girişim yurtdışında gerçekleşmektedir. Ancak Sorgenja/KKR dosyasından farklı olarak ortak girişimin ürünleri (şölen yemekleri üretim ve dağıtım) Türkiye'ye ithal edilebilecek nitelikte ürünlerdir. Rekabet Kurulu *Lur Berri* kararında Sorgenja/KKR kararından ayrılarak işleme menfi tespit yerine bir etkilenen pazar olmamasına rağmen izin vermiştir. Her ne kadar kararlar oldukça sınırlı bir bilgi verse ve Rekabet Kurulu'nun aldığı pozisyonlar hakkında ancak tahmin yürütmek mümkün olsa da, bu iki karar arasındaki belirleyici unsurun ortak girişimin konusu olan mal ve hizmetlerin Türkiye'ye ithal edilebilir olup olmadığı olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda mal ve/veya hizmetin Türkiye'ye ithal edilebilir nitelikte mallar olması halinde ortak girişimin potansiyel anlamda Türkiye'de etki doğurabilmesi ihtimali bulunması nedeniyle Rekabet Kurulu'nun yine de bu nitelikteki bir işlemi değerlendirmeye tabi tuttuğu tahmin edilmektedir.

Galenica kararında⁵⁵ Rekabet Kurulu taraflar arasında yurtdışında araştırma ve geliştirme faaliyetleri amacıyla kurulacak olan ortak girişim ile taraflardan birinin Türkiye'deki faaliyetleri arasında dikey örtüşme bulunduğu gerekçesiyle işlemi bildirim tabi bulmuştur. Bu çerçevede ilgili hükmün ortak girişim kurulması ile ortaya çıkabilecek olası bir koordinasyon riskine karşı Rekabet Kurumu'nun söz konusu ortak girişimin kurulmasından "haberdar" olmak istemesi amacına hizmet ettiği düşünülmektedir. Ancak, bu hükmün yurt dışında kurulan ve etkilenen pazar da yaratmayan ortak girişimleri de kapsayacak kadar geniş işletilmesi, Rekabet Kurumu'nun yukarıda da açıklanan 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi ile düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti ile sınırlı olan yetki alanını da aşar nitelikte bir anlamda tüm dünyada kurulacak olan neredeyse bütün ortak girişimlerin Rekabet Kurumu'nun iznine tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen ciro eşiklerinin kolay aşıldığına dair açıklamalarımız da dikkate alındığında Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gereken işlem sayısında ciddi bir artış meydana geleceği de görülmektedir.

⁵³ Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarih ve 11-43/919-288 sayılı KKR/Sorgenja kararı.

⁵⁴ Rekabet Kurulu'nun 14.12.2011 tarih ve 11-61/1580-565 sayılı Lur Berri/LBO kararı.

⁵⁵ Rekabet Kurulu'nun 24.11.2011 tarih ve 11-59/1515-540 sayılı Galenica kararı.

Basit bir örnek üzerinden konuyu açıklayacak olursak, Türkiye'ye gerçekleştirdiği meyve ithalatından elde ettiği ciro beş milyon TL'nin üzerinde olan merkezi Avustralya'da bulunan bir teşebbüs ile, dünya cirosu beş yüz milyon TL'nin üzerinde olan fakat Türkiye'de herhangi bir faaliyeti bulunmayan Yeni Zelanda'da yerleşik bir teşebbüsün Papua Yeni Gine'de mobilya üretimi gerçekleştirmek üzere bir ortak girişim şirketi kurduklarını varsayalım. Bu durumda ortak girişim kurulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen işlemlerde herhangi bir etkilenen pazar aranmaması ve mobilyaların Türkiye'ye ithal edilebilir nitelikte olması nedeniyle, örneğimizde yer verilen ve Türkiye'de herhangi bir etki oluşturma olasılığı bulunmayan işlem, ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle Türkiye'de bildirim tabi olacaktır.

Rekabet Kurulu'nun *Ocean*⁵⁶ kararında, kurulan ortak girişimin faaliyet konusunun parabolik oluk teknolojilerine yönelik genel santral yapılandırması olduğu açıklanmış ve Türkiye'de mevcut durumda ve yakın gelecekte parabolik oluk teknolojisine dayalı olarak güneş enerjisi ile elektrik üretimi bulunmaması ve bu teknolojinin ticarileştirilmek üzere oldukça yeni ve henüz gelişme aşamasında olması nedenleriyle Türkiye sınırları içinde etkilenen bir pazarın bulunmadığı belirtilmiştir. Bu çerçevede işlemin Türkiye sınırlarında herhangi bir doğrudan etkiye sahip olmayacağı anlaşılmış ve bir ilgili pazarın tanımlanmasına gerek duyulmamış ve tarafların Türkiye'deki cirolarını başka faaliyetlerden elde ettiği ifade edilmiştir. Öte yandan söz konusu kararda *“mevcut durumda böyle bir pazarın bulunmamasına rağmen mevcut teknolojilerin gelişmesi ile potansiyel olarak Türkiye'de parabolik oluk teknolojisi ile güneş enerjisinden elektrik üretiminin bu devralmadan düşük de olsa etkilenme ihtimalinin bulunması nedeniyle işlem 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmiştir”* ifadelerine yer verilerek, açıkça ilgili pazarda Türkiye'de yakın gelecekte dahi bir faaliyet olmayacağı belirtilse dahi düşük de olsa etkilenme ihtimali bulunduğu belirtilerek işlemin 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak Türkiye'de yakın gelecekte bile faaliyet gözükmeyecek hatta bu alanda Türkiye'de bir teknoloji bulunmasa dahi söz konusu pazar açısından Türkiye'nin *“etkilenme ihtimali bulunması”* sonucuna hangi dinamikler sonucu varıldığı ve KKR/Sorgenia kararından hangi nedenlerle farklılık gösterdiği anlaşılamamaktadır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye'de potansiyel bir etki doğurma ölçüsünün Türkiye'ye ithal edilebilirlik olduğu düşünülmektedir, ancak Türkiye'de bulunmayan ve uzun bir sürede bulunmayacak bir pazar dahi bu kapsama sokulmuş gözükmektedir. Bu durumda yukarıda verilen örnek olayın mobilya gibi halihazırda Türkiye'de oldukça mevcut olan bir üründe gerçekleşeceği

⁵⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.08.2011 tarih ve 11-45/1106-382 sayılı Ocean kararı.

düşünüldüğünde, örnek olayın dahi bildirilmesi gerekeceğine dair inanç artmaktadır.

Bütün bu açıklamalar ışığında “etkilenme ihtimali bulunması” gibi muğlak ifadelerin netleşmesinin ve hangi dinamikleri içereceğinin belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu noktada son değinilmesi gereken husus Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan gerekçeli kararlardır. 2010/4 Sayılı Tebliğ’in yeni olması ve özellikle etkilenen pazara ilişkin belirsiz unsurlarının bulunması gerekçeli kararları en önemli kaynak haline getirmektedir. Kaldı ki gerek eski tebliğ gerekse yeni tebliğ uygulaması altında pazar tanımları açısından dayanak alınan en büyük kaynak şüphesiz ki Rekabet Kurulu kararlarıdır. Bu nedenle kararların özellikle etkilenen pazar ve değerlendirmeler bölümünün detaylı ve net pozisyonlar ile yazılması içtihat oluşması ve temel alınacak hususların anlaşılması açısından önem taşımaktadır. Ancak yukarıda verdiğimiz karar örneklerinden de görülebileceği üzere son dönem gerekçeli kararlar özellikle etkilenen pazara ilişkin oldukça kısa açıklamalar yapmakta ve genel olarak da kararların toplam sayfası 2 – 3 sayfayı geçmemektedir. Böyle bir durumda Rekabet Kurulu’nun 2010/4 Sayılı Tebliğ’in uygulamasını netleştirecek pozisyonlarının neler olduğu anlayamamaktadır.

5. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNDE CIRONUN HESAPLANMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

5.1. Ciro Hesaplanmasında Esas Alınacak Kalemler

2010/4 Sayılı Tebliğ’in 8. maddesi öncelikle cironun hesaplanmasında dikkate alınacak unsurları sıralamıştır. Aslında bu düzenleme bir şekilde ilgili teşebbüsle kontrol bütünlüğü içinde olan teşebbüsleri ifade etmeye çalışmakta; ama “kontrol” kavramını kullanmak yerine aynen AB Komisyonu düzenlemesinde olduğu gibi tek tek sayma suretiyle ilgili teşebbüsle birlikte ele alınması gereken şirketler/birimleri belirtmektedir.⁵⁷ Böylelikle “kontrol” kavramından meydana gelebilecek belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü’nün 5. maddesinin 4. fıkrası incelendiğinde, ilgili maddede düzenlenen cironun hesaplanmasında esas alınacak kişi veya ekonomik birimlerin 2010/4 Sayılı Tebliğ Tebliğ’in 8. maddesinin 1. fıkrasının b., c., ç ve d bentlerinde sayılan kalemler ile birebir aynı olduğu görülecektir.

⁵⁷ AYDEMİR, D. (2011) “2010/Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 114.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin 4. paragrafında ise "ilgili teşebbüsün işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler" ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, aynı bendin diğer paragraflarında detaylandırılan ekonomik birimlerden (i) ilgili teşebbüsün sermayesinin yarıdan fazlasına sahip, (ii) oy haklarının yarıdan fazlasına sahip ya da (iii) denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine sahip teşebbüsler daha muğlak bir ifade ile düzenlenmiş olup, bu ifade Kılavuz I'de daha açıklayıcı şekilde ele alınmıştır. Kılavuz I uyarınca "idare etme hakkı", teşebbüsün stratejik davranışının belirlenmesini *de jure* sağlayan haklar olup, bu haklar, oy haklarının elde bulundurulması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kira sözleşmeleri gibi sözleşmelerden de kaynaklanabilecektir. Kılavuz I ilaveten "işleri idare etme hakkı"nın ilgili teşebbüsün, bir şirketin işlerini yönetme hakkına üçüncü kişilerle birlikte sahip olduğu durumları da kapsayacağını belirtmektedir. Bu doğrultuda ortak kontrol sahibi olan teşebbüslerden her biri tek başına, yalnızca negatif anlamda, yani veto hakları biçiminde haklara sahip olsa bile, kontrol edilen şirketin işlerini yönetme hakkına sahip olduğu kabul edilecektir.

Benzer şekilde mehz Avrupa mevzuatında da "idare etme hakkı"nın teşebbüsün stratejik davranışlarını belirleme gücüne açık bir şekilde hukuki (*de jure*) olarak sahip olunması durumunda geçerli olacağı belirtilmektedir. Konsolide Duyuru'da maddenin ilgili teşebbüsün, bir teşebbüsün işlerini idare etme hakkına üçüncü taraflarla birlikte sahip olduğu durumları kapsadığı, fakat bu durumun ilgili teşebbüs ve üçüncü tarafların işleri idare etme hakkına sahip olduğunun hissedarlık anlaşmasında açık bir şekilde belirtilmiş olması veya eşit oy haklarına sahip oldukları durumlar ile sınırlı olduğu belirtilmektedir⁵⁸.

5.2. İşlem Tarafı - İlgili Teşebbüs Kavramlarının Yarattığı Belirsizlikler

Kılavuz I işlem tarafı ve ilgili teşebbüs kavramlarını her bir işlem türüne göre ayrı ayrı belirlemiştir. Burada belirlenen ilgili teşebbüs ve işlem tarafları kapsamında ciro hesaplaması yapılabilecektir. Yukarıda yer verilen kelimeler her ne kadar belirsizlikleri gidermek için tercih edilse de önceki bölümlerde de açıklandığı üzere "ilgili teşebbüs" ve "işlem tarafı" kavramlarındaki karışıklık ciro hesaplaması konusunda birçok açık ve belirsiz noktaya yol açmaktadır. Nitekim, bu belirsiz noktaların pratikte yol açtığı belirsizliklere aşağıda örneklerle yer verilecektir.

⁵⁸ SOLMAZ, E. (2010) "Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri", Rekabet Kurumu (der.), *Uzmanlık Tezleri Serisi No: 105* içinde, s. 45.

(i) Burada dikkat çekilmesi gereken ilk husus, Kılavuz I’de yer alan “ilgili teşebbüs” tanımında geçen “doğrudan” ibaresidir. Bu tanım ışığında birleşme ve devralma işlemlerine doğrudan taraf olan teşebbüslerin ilgili teşebbüs tanımına girdiği anlaşılmakta iken, Kılavuz I’in “Ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesi” başlıklı 15. paragrafında “*ortak girişim şirketinde bir ya da daha fazla hissedarın yeni hissedar olarak ya da mevcut hisselerin bir kısmını devralarak ortak kontrole sonradan dâhil olduğu durumlarda, kontrolde gerçekleşen yapısal değişiklik nedeniyle, işlem sonrasında ortak kontrole sahip olacak tüm eski ve yeni hissedarlar ile ortak girişim şirketinin kendisi ilgili teşebbüs olarak değerlendirilir*” açıklaması yer almaktadır. Bu paragrafta geçen durumda hisselerini satmayan eski hissedarın işleme doğrudan taraf olmadığı açıktır. İşleme doğrudan taraf olanlar hisselerini satan eski hissedar ile alan yeni hissedardır. Nitekim işlemi kuran sözleşmede bu iki taraf arasında imzalanmaktadır. Uygulamada hisselerini satmayan mevcut hissedarın söz konusu devir işleminden haberi bile olmayan durumlar mevcuttur. Şu halde 15. paragraf uyarınca bu hissedarın da kontrolde değişiklik meydana geldiği için ilgili teşebbüs olarak tanımlanması gerektiği belirtilse de Kılavuz I’de ilgili teşebbüs tanımında “doğrudan” ibaresinin geçmesi bu mevcut hissedarın ilgili teşebbüs olarak tanımlanamamasına yönelik yorumlara yol açmaktadır. Söz konusu teşebbüsün ilgili teşebbüs olarak tanımlanması halinde bu teşebbüsün de cirosunun eşik değerlendirmesinde dikkate alınması gerekecektir.

Rekabet Kurumu Baş Uzmanı Sayın Aydemir ise bu durumu aşağıda yer verilecek örnek ile açıklayarak söz konusu pasif teşebbüslerin ciro hesaplamasında dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁹

“A,B,C’nin sahip olduğu bir X ortak girişimi var, C hisselerini D’ye satıyor ve ortak girişimin kontrolüne A,B ve D şirketleri sahip oluyor; bu durumda, D’nin yanında, hem A, hem B, hem de ortak girişimin kendisi ilgili teşebbüs oluyor. Aslında burada, pasif konumda olan iki tane oyuncu (A ve B) var, yani daha önce de, işlem sonrasında da kontrolde söz sahibi olan iki teşebbüs var; belki işlemten haberleri bile olmayabilir. Bizim değerlendirmemiz bakımından bunlar da ilgili teşebbüsü oluşturuyor ve bütün ciro hesaplamalarında dikkate alınması gereken teşebbüsler.”

(ii) Bu durumun bir benzeri ise ilgili Kılavuzun “Ortak Kontrolün Devralınması” başlıklı 13. paragrafında yer alan senaryoda da meydana gelebilecektir. İlgili paragraf bir veya birden fazla teşebbüsün bir başka şirketi üzerinde ortak kontrol tesis edecek şekilde devraldıkları durumlarda, işlem

⁵⁹ Aydemir 2011, s. 113.

sonrasında ortak kontrole sahip olacak teşebbüslerin her birini ve devralınan şirketi ilgili teşebbüs olarak değerlendirmektedir.

İlgili paragrafta yer alan ifadeler devralınacak ve üzerinde ortak kontrol tesis edilecek şirketin direkt veya dolaylı yoldan devralınması noktasında herhangi bir ayırım yapmamakta ve bu da teşebbüsleri birçok açıdan belirsizliğe yöneltebilmektedir. Zira bu durum doğrudan bir devralma işlemi ile tam kontrolü elde edilen herhangi bir teşebbüsün kontrolünde bulunan bir ortak girişim üzerinde dolaylı yoldan gerçekleşecek kontrol değişikliklerinde ortak girişimin pasif tarafının da (yani devralma işleminden herhangi bir surette etkilenmeyen) ilgili teşebbüs olarak değerlendirilebilmesine yol açmaktadır. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse:

A teşebbüsün B teşebbüsünün tam kontrolünü devraldığını ve B teşebbüsünün C şirketi üzerinde D teşebbüsü ile ortaklaşa kontrol ettiği bir ortak girişimi olduğunu düşündüğümüzde, ilgili teşebbüs olarak A (devralan taraf) ve B (hedef taraf) teşebbüsü haricinde C ve D de ilgili teşebbüs olarak değerlendirilebilecek ve ciro hesaplamasında göz önüne alınabilecektir.

Bu durum özellikle portföyünde birden fazla ortak girişim şirketi bulunan konglomera teşebbüslerin herhangi bir işlemde devre konu teşebbüs olmaları durumunda portföylerinde bulunan her bir ortak girişim iştiraklerinin diğer ortaklarının cirosunun da bildirilebilirlik analizlerinde göz önüne alınması gibi son derece zahmetli ve esasa yönelik incelemelere herhangi bir katma değer sağlamayacak değerlendirmelerin işleme taraf olan teşebbüsler tarafından yapılması zorunluluğunu beraberinde getirebilecektir.

(iii) Öte yandan, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8/2. maddesi ile Kılavuz I'nin 26. paragrafında bir devralma işleminde cironun hesaplanmasında devreden bakımından sadece devredilen kısmın cirosunun esas alınacağına dair açıklamalar yer almaktadır. Şu halde 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan eşik değerlendirmesi yapılırken kısmi devir halinde "işlem tarafı" devreden açısından sadece devre konu kısım olarak anlaşılmalıdır. Bu durum Kılavuz I'nin yaptığı "işlem tarafı" açıklamasını bir nevi daraltmaktadır. Zira "işlem tarafı" ilgili teşebbüslerin yer aldığı ekonomik bütünlük olarak açıklanmaktadır. Öte yandan, Kılavuz I'nin 10. paragrafında kısmi devir halinde ilgili teşebbüsün devralan ile devreden şirketin devre konu olan bölümü olacağı açıklanmıştır. Şu halde devre konu olmayan teşebbüslerin ilgili teşebbüs olarak tanımlanmadığı, "işlem tarafı"nın sadece ilgili teşebbüslerin dâhil olduğu ekonomik bütünlüğü ifade ettiği için bu noktada "işlem tarafı"nın sadece devredilen kısmı ifade ettiği bir bakıma "işlem tarafı" ile "ilgili teşebbüs"ün aynı olduğu sonucuna varılabilmektedir. Öte yandan Kılavuz I'nin "Ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesi" başlıklı 15. bölümü altında ortak girişim şirketinde bir

ya da daha fazla hissedarın, yeni hissedar olarak da mevcut hisselerin bir kısmını devralarak ortak kontrole sonradan dâhil olduğu durumlarda, kontrolde değişen yapısal değişiklik nedeniyle, işlem sonrasında ortak kontrole sahip olacak eski ve yeni bütün hissedarlar ile ortak girişimin kendisi ilgili teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Bu açıklama altında aslında ortak girişimdeki hissedarın kendi hisselerini devretmesi kısmi devir olarak değerlendirilmemiş ve ilgili teşebbüs tanımına devre konu olmayan hissedarlar da dâhil edilmiştir.

Görüldüğü üzere kavramların netlik kazanmasında Kılavuz I'deki bazı açıklamalar yardımcı olsa da halen bazı zorluklar meydana gelmektedir.

5.3. Eşit Bölüştürme Kuralı

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında "eşit bölüştürme kuralı"ndan bahsedilmektedir. Söz konusu hükümler ile ciro hesaplanması sırasında oluşabilecek çifte hesaplamanın önüne geçilmektedir. Getirilen düzenlemelerden ilki olan 3. fıkra, ilgili teşebbüslerin 8. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu ekonomik birimlerin cirolarının ilgili teşebbüs sayısına göre eşit şekilde hesaplanacağını hükme bağlamıştır. 4. fıkra ise ilgili teşebbüslerin üçüncü kişilerle birlikte işlerini idare etme hakkına sahip olduğu ortak girişimlerin cirolarını bu hak sahiplerinin sayısına göre eşit şekilde bölünerek hesaplanacağını belirtmektedir.

5.4. Bağlantılı İşlemler

2010/4 Sayılı Tebliğ 8. maddenin beşinci fıkrası aynı teşebbüsler ya da kişiler tarafından gerçekleştirilen parçalı işlemleri tek bir bildirim altında toplaması açısından önemli bir adımdır. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 2. maddesi "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*"ni birleşme devralma sayılan haller arasında tanımlamaktaydı. Görüldüğü üzere ilgili madde bağımsız bir teşebbüsün başka bir bağımsız teşebbüs üzerinde kontrol yetkisi veren araçların devralınmasının mutlaka tek bir hukuki işlemle olması gerektiğine yönelik herhangi bir hüküm içermemektedir. İlgili hükümlerle öngörülen yapı Rekabet Kurulu'nun 15.03.2007 tarih ve 07-23/209-68 sayılı *Waspel-Elbi* kararında aldığı pozisyonla örtüşmektedir. Zira ilgili işlemde, aynı taraflar arasında gerçekleştirilen nihai bir amaca yönelik birbiri ile ilişkili birden çok hukuki işlemin tek bir işlem olarak nitelendirildiği gözlemlenmiştir.

Kılavuz I ise 35. paragrafta bu şekilde gerçekleşen işlemlerden yalnızca birinin ya da kümülatif olarak tamamının bildirim eşiklerini aşması halinde bu işlemlerin aynı pazara ya da aynı sektöre ilişkin olup olmadığı ve "daha önce bildirilip bildirilmediğine bakılmaksızın", tamamının bildirilmesi gerektiği

belirtilmektedir. Ancak bu düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. 2010/4 Sayılı Tebliğ ile getirilen eşikleri aşan fakat herhangi bir etkilenen pazara sebebiyet vermeyen işlemlerin bildirilmediği bir düzenleme çerçevesinde, aynı kişiler veya taraflar arasında gerçekleşen yakın tarihli işlemlerden bu sebeple bildirilmeyenler hakkında Rekabet Kurumu'nun haberdar olmak istemesi doğal bir refleks olarak kabul edilebilir. Ancak Kılavuz I'nin yer verdiği düzenleme lafzının, aynı kişi veya şahıslar tarafından gerçekleşen ve daha önce Rekabet Kurumu'na bildirilmiş geçmiş işlemleri tekrar bildirme yükümlülüğü getirdiği söylenebilmektedir. Dahası, bu şekilde gerçekleşecek bir bildirim kapsamı hakkında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, her ne kadar mehz AB Hukuku'nda da benzer şekilde iki yıllık dönemler içerisinde aynı kişiler veya taraflar arasında gerçekleştirilen iki veya daha fazla işlemin, son işlemin gerçekleştiği tarihte ortaya çıkan tek ve aynı yoğunlaşma olarak nitelendirileceği düzenlenmiş olsa da⁶⁰, Konsolide Duyuru'da açıklandığı çerçevede, bu işlemler aynı pazarın parçalarına veya aynı sektöre ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın tek bir yoğunlaşma olarak addedilecektir. Bu kapsamda AB Hukuku'ndaki amaç da aynı kişilerin, Komisyon'a 139/2004 Komisyon Birleşme Tüzüğü tarafından bahşedilen yetkilerden kaçınmak amacıyla, işlemi bir seri halinde varlıkların satışı olarak belirli bir süre içerisinde bölmemesidir⁶¹. Ancak, Konsolide Duyuru, Kılavuz I'de belirtildiği şekilde, işlemin daha önce bildirilip bildirilmediğinin dikkate alınmayacağına işaret etmemekte olup, sadece işlemlerin aynı pazara ya da aynı sektöre ilişkin olup olmadığının göz önünde bulundurulmayacağını belirtmektedir.

Fiilen veya hukuksal nedenlerle birbirlerine bağlı olmaları nedeniyle bütünlük arz eden işlemlerin belirli koşullar altında tek bir birleşme devralma işlemi sayılması sevindirici bir gelişme olmakla beraber, halka açık şirketlerin hisselerin toplanmasında tüm satın almaların mı yoksa kontrolün el değiştirmesine yol açan hisse alımının mı devralma oluşturduğuna yönelik 2010/4 Sayılı Tebliğ'de herhangi bir pozisyon alınmadığı gözlemlenmektedir. Bu noktada, sermaye piyasalarında gerçekleştirilen hisse alım işlemlerinin kontrol değişikliğine yol açacak noktaya gelmesinin makul sayılabilecek derecede kısa zaman içerisinde gerçekleşmesi koşulu ile bütün hisse alımı işlemlerinin tek bir devralma olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bir

⁶⁰ 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü madde 5(2)/2.

⁶¹ Konsolide Duyuru para. 49.

hükümün 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer almasının daha sağlıklı bir uygulama olacağı düşünülmektedir.⁶²

5.5. Dikkate Alınacak Ciro ve Mali Yıl

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 8. maddesinin 6. fıkrasında ciro, tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yılsonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan net satışlardan meydana geldiği düzenlenmektedir. Böylece hangi mali yılın esas alınması gerektiği bildirim tarihinden önce olarak belirlenerek olası bir belirsizliğin önüne geçilmiştir. Ayrıca net satışlar ibaresi ile cironun satış primlerinin, katma değer vergisinin ve ciro ile doğrudan ilgili vergilerin düşülmesinden sonra teşebbüsün olağan faaliyetleri kapsamı dâhilinde ürün satışı ve hizmet sağlanması dolayısıyla elde edilen meblağdan oluşacağını düzenleyen 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nden bu noktada ayrılmaktadır.

Aynı hüküm altında grup içi satışların da ciro hesaplanmasında dikkate alınmamasına yönelik önlemler alınmış gözükmektedir. Bu durum Kılavuz I'nin 30. paragrafı ile de açıklanmıştır. Paragrafın devamında ayrıca ciro hesaplamasına yurt dışı satışların dikkate alınmayacağı da isabetli olarak belirlenmiştir. Ancak bu noktada cironun hangi prensipler çerçevesinde Türkiye'de elde edilmiş kabul edileceğine yönelik daha açıklayıcı prensipler öngörülmelidir. Bu meyanda AB Hukuku'nda yer bulan atfedilecek ciroya ilişkin ayrıntılı açıklamaların bir benzerinin bulunması ciro hesaplaması konusundaki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yardımcı bir uygulama olarak düşünülmektedir. Özellik arz eden sektörlerde atfedilecek cironun hesaplaması belirsizlikler meydana getirebilmektedir. Havayolu taşımacılığı sektörü özellik arz eden sektörler için örnek olarak verilebilir. Zira bugün Rekabet Kurulu'nun kararları ile de ciro hesaplama yönteminin farklılık gösterdiği sabittir.⁶³

6. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ BAŞLIKLILIK İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

6.1. Bildirim Formunun Kapsamı

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birleşme ve devralma işlemlerinin bildirilmesi hususunda da oldukça önemli değişiklikler getirilmiştir. Özellikle bildirim formu bu Tebliğ ile çok daha kapsamlı ve uzun hale gelmiş ve sorular, form içinde geçen terimler eski bildirim formuna göre netlik kazanmıştır. 1997/1

⁶² Bu prensibi destekleyen bir görüş için Rekabet Kurulu'nun 26.5.2006 tarih ve 06-36/459-121 sayılı Van Et-Galip Öztürk kararındaki Nurettin Kaldırmacı'nın karşı oy yazısı incelenebilir.

⁶³ Rekabet Kurulu'nun 4.7.2007 tarih ve 07-56/661-230 sayılı Air Berlin-LTU kararı.

Sayılı Tebliğ kapsamındaki bildirim formu oldukça kısa olmasının yanı sıra belirsiz kavramlar içermekteydi. Bu değişiklik 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma bildirimlerinin incelenmesi sırasında teşebbüslere dönülüp ek bilgi taleplerinde bulunulmasını beraberinde getiriyordu, bunun sonucunda da dosyaların gecikmesi söz konusu oluyordu.⁶⁴ Gerçekten de uygulamada yeni bildirim formu kapsamında birleşme ve devralma işlemlerinin incelenmelerinin 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanındaki incelemelere göre daha kısa sürebildiği görülmektedir. Bildirim formu yeni hali ile Avrupa Komisyonu'nun formu, Form CO'ya da oldukça benzemektedir.

6.2. Kısa Form Doldurma Olanğı

Bildirim formunun sunduğı bir başka önemli değişiklik ise mehz AB Hukuku'na benzer bir şekilde kısa form doldurabilme özelliğidir. Yeni form kapsamında rekabet açısından sakınca oluşturma ihtimali düşük olan birleşme ve devralmalar için bildirim formunun bazı bölümlerinin zorunluluğı kaldırılarak bu teşebbüsler açısından daha kolay başvuru imkanı sağlanmıştır.⁶⁵ Bu kapsamda bildirim formu Avrupa Komisyonu'nun kısa ve uzun olmak üzere iki ayrı form olması görüşünden ayrılarak tek bir form içerisinde bazı şartların⁶⁶ sağlanması halinde 6, 7 ve 8 numaralı bölümlerin doldurulmasına gerek olmayan bir yapı kurmuştur.

Bu noktada 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan bildirim formunun 1. paragrafından yer alan iki koşuldan birinin gerçekleşmesi halinde bildirim formunun 6., 7. ve 8. maddelerde istenilen bilgilerin verilmesi gerekmemektedir. Ancak 2. paragrafta istisnai olarak Rekabet Kurumu'nun taraflardan bildirim formunun tamamının doldurulmasını talep edebileceğı düzenlenmiştir. Hangi durumlarda Rekabet Kurumu'nun söz konusu bölümlerin doldurulmasını isteyebileceğı konusunda ise hiçbir açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle belirtilen istisnai durumların neler olduğı veya olabileceğine dair hiçbir sınırlama yapılmamış olduğı görülmektedir. Bu durumun bir belirsizlik içerdiği açıktır.

⁶⁴ Senyücel 2011, s. 103 - 104.

⁶⁵ TOPÇUOĞLU, M., DOLMACI, N. (2011), *Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiğı Yenilikler*, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Isparta, s.101.

⁶⁶ (a) işlem taraflarından biri, ortak kontrole sahip olduğı bir teşebbüsün tam kontrolünü elde edecekse veya

(b) Türkiye ve ilgili coğrafi pazarlar açısından herhangi bir etkilenen pazarda; yatay ilişkiler için işlem taraflarının pazar payları toplamı yüzde yirmiden, dikey ilişkiler için işlem taraflarından birinin pazar payı yüzde yirmi beşten daha azsa.

6.3. Bildirim Formu Ekinde Sunulan Anlaşmalar

2010/4 Sayılı Tebliğ'in bildirim formu açısından getirdiği en önemli değişikliklerden bir tanesi bildirim formu ekinde sunulan anlaşmaların nihai hallerinin sunulmasının zorunlu olmamasıdır. Bir başka deyişle 2010/4 Sayılı Tebliğ anlaşmaların mevcut hallerinin kopyalarının da sunulabilmesini sağlamaktadır. Bilindiği üzere 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında anlaşmaların nihai hallerinin sunulması zorunlu kabul edilmişti. Nitekim, Rekabet Kurulu *Marzotto* kararı⁶⁷ ve *Carclo Plc* kararında⁶⁸ bildirim düzenleyen anlaşmanın imzalı versiyonunun Rekabet Kurumu'na iletilmemiş olması nedeniyle bildirilen devralma işlemini incelemekten imtina etmiştir. Dolayısıyla, bu düzenleme ile tarafların yoğunlaşma doğuran işlem için anlaşma yapma niyetlerini ve yoğunlaşma için planlarının yeterince somut olduğunu prensip anlaşması, mutabakat anlaşması veya tüm ilgili teşebbüslerce imzalanmış niyet anlaşmasına dayandırmaları mümkün olmamaktaydı. Bu durum uygulamada bildirilen işlemlerin teşebbüsler arasında kurgulanan zaman çizelgesi içinde alınmasında bazı gecikmeler yaşanmasına neden olmaktadır. Birleşme devralma işlemlerinin tabi olduğu zahmetli süreçlerin yürütülmesinde rekabet otoritelerinin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmelerini sağlayacak makul sürelerin net bir şekilde bildirilmesinin önemi yadsınamaz nitelikte olsa da son derece zahmetli olan işlemlerin mümkün olan en kısa zamanda rekabet otoritelerince sonuçlandırılması için makul kabul edilebilecek normatif düzenlemeler ekseninde yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, yeni düzenleme kapsamında bildirim formunun giriş kısmında ve 11 numaralı bölüm altında anlaşmanın nihai veya mevcut halinin bir kopyasının sunulması gerektiği açıklanmaktadır. Böylece taraflar sözleşmenin taslak halini sunarak da bildirimde bulunabilmektedirler.

Bildirim formunda yer alan ifadelerden Hisse Devir Sözleşmesi, Malvarlığı Devir Sözleşmesi, Birleşme Anlaşması gibi nihai borç doğurucu anlaşmalarda bu durumun geçerli olduğu açıkça anlaşılabilmeyle birlikte niyet mektubu gibi irade ortaya koyan ancak işlemi nihai olarak gerçekleştirmeye ilişkin borç doğurmayan anlaşmaların da kastedilip kastedilmediği net değildir. Nitekim 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu taraflar arasında imzalanmış olan niyet mektubunu bildirim yapılması için yeterli görmeyebilmekteydi.⁶⁹ Ancak uygulamada Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde niyet mektubu ve benzeri dokümanlar ile yapılan

⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun 04.05.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı *Marzotto* kararı.

⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun 17.06.2005 tarih ve 05-40/559-138 sayılı *Carclo Plc* kararı.

⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 4.5.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı *Marzotto* kararı.

bildirimleri incelediği görülmektedir. Rekabet Kurulu *DDB Holding* kararında⁷⁰ da devralma işleminin çerçevesinin taraflar arasında imzalanan ön protokol ile belirlendiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu *Huntsman* kararında⁷¹ bildirim formu içeriğinde işlemi düzenleyen sözleşmenin imzalanmasının ve işlemin kapanmasının Rekabet Kurumu'ndan alınacak onay sonrasında gerçekleşeceği ifade edilmiş olmasını ve işleme dair eklenmiş olan bağlayıcı olmayan ön protokolü bildirim için yeterli görmüştür.

Aynı şekilde mevcut ifadelerden aleni alım tekliflerinin kamuya açıklanmasının bildirim için yeterli görülüp görülmediği de anlaşılamamaktadır. Rekabet Kurulu'nun son dönem kararları⁷² incelendiğinde aleni alım teklifleri ile yapılan bildirimlerin Rekabet Kurulu'nca değerlendirmeye alındığı görülmüştür.

6.4. Bildirimlerde Nüsha Sayısı

2010/4 Sayılı Tebliğ ile birleşme ve devralma işlemlerinin bildirilmesi sırasında Rekabet Kurumu'na sunulan nüsha sayısı da 3 adetten 2 adete indirilmiş ve ayrıca bildirim ve eklerinin bir elektronik kopyasının da Rekabet Kurumu'na sunulması zorunlu hale getirilmiştir. Daha sonra uygulamada sunulan nüsha sayısı 1 adede düşürülmüştür⁷³. Söz konusu değişiklik uygulamada son derece faydalı olmakta ve bildirim yapan taraflar açısından da ciddi pratiklik sağlamaktadır.

6.5. İşlemin Gerçekleştirilme Tarihi

Bu bölüm altında tartışılması gereken bir husus da işlemin gerçekleştirilme tarihidir. 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 10/7. maddesi birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirme tarihini kontrolün değiştiği tarih olarak belirlemiştir. 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesi altında izne tabi olan birleşme ve devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde Kurul idari para cezasına hükmetmektedir. Bu nedenle işlemin gerçekleşmesinden anlaşılması gereken teşebbüsler için büyük önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu'nun geçmiş kararlarına⁷⁴ bakıldığında Kurul devir işlemlerinde hukuki olarak devrin genellikle taraflar arasında imzalanmış olan

⁷⁰ Rekabet Kurulu'nun 3.8.2011 tarih ve 11-44/1021-347 sayılı DDB Holding kararı.

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 22.9.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı Huntsman kararı.

⁷² Rekabet Kurulu'nun 14.7.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Terex kararı.

⁷³ 30.09.2011 tarih ve 28070 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ.

⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı ve 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.

sözleşmede belirtilmiş kapanış tarihi ile gerçekleştiğini kabul etmektedir. Rekabet Kurulu'nun kapanıştan ne anlamakta olduğunu da yine kararlarından görmekteyiz. Nitekim *ACT 4- Corio*⁷⁵ kararında Rekabet Kurulu kapanışı, işleme ilişkin sözleşme nasıl tanımladıysa o şekilde kabul ederek, “*satın alınan Hisselerin mülkiyetinin tamamen geçerli olacak şekilde Alıcı'ya devredilmesini ve işlemin 29 Nisan 2008 tarihinde madde 6 uyarınca kesinleşmesi*” olarak belirtmiştir.

Rekabet Kurulu geçmiş kararlarında⁷⁶, işlem taraflarının işlemin global olarak kapanışının Türkiye pazarı üzerinde bir etki doğurmayacağına yönelik önlemler almasını belirtmiş olmasına rağmen Türkiye'yi veya herhangi bir yetki alanını ayırıştırarak düzenlemelere itibar etmeyerek ilgili teşebbüsler aleyhine idari para cezası tesis etmiştir. Özellikle uluslararası şirketlerin taraf olduğu yoğunlaşma işlemlerinde işlemin kapanışının Türkiye dışında gerçekleştirilmesi ve söz konusu kapanışın Türkiye pazarlarına etki etmemesi amacıyla gereken önlemlerin (uygulamada “*carve-out*” veya “*hold separate*” düzenlemeleri olarak adlandırılmaktadır) alınmış olması durumunda böyle bir kapanışın Türkiye pazarlarına etki etmeyeceği kanımızca açıktır. Bu çerçevede uygulamada çok sık rastlanan ve rekabet otoriteleri tarafından kabul gören sözleşmesel düzenlemelerin veya taahhütlerin Türk rekabet mevzuatınca da kabul edilmesi gerekmektedir. Böyle bir yaklaşım Rekabet Kurumu'nun 4054 Sayılı Kanun'un uygulama alanını belirleyen ve böylelikle Rekabet Kurumu'nun yetki sınırlarını ortaya koyan 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi⁷⁷ ile ve buna bağlı olarak söz konusu maddede belirlenen etki teorisi⁷⁸ ile de uyumlu olacağı gibi uygulamada çok yüksek masraflara katlanmak sureti ile gerçekleştirilen ve birden çok ülkeyi ilgilendiren işlemlerin kısmi toplaksal kapanışlarının geçerliliği ve Türk hukukundaki riskleri konusundaki tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

⁷⁵ Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih ve 08-43/588-221 sayılı ACT 4 - Corio kararı.

⁷⁶ Rekabet Kurulu'nun 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı ve 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.

⁷⁷ 4054 Sayılı Kanun'un 2. maddesi: “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.”

⁷⁸ 4054 Sayılı Kanun'un 2. madde gerekçesinde etki teorisi “(...) merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 10/7. maddesi yukarıda da açıklandığı üzere gerçekleşmeden kastın ne olduğuna ilişkin sadece genel hatlarıyla bir açıklama getirmektedir.⁷⁹ Hüküm ile Rekabet Kurumu'nun geçmiş uygulamasından ayrılıp kapanışın Türkiye dışında gerçekleştirilmesi ve söz konusu kapanışın Türk pazarlarına etki etmemesi amacıyla gereken önlemlerin (uygulamada "carve-out" veya "hold separate" düzenlemeleri olarak adlandırılmaktadır) alınmış olması durumunda işleme izin vermeyeceği netlik kazanmamıştır.

7. BİLDİRİMİN GEÇERLİLİK TARİHİ BAŞLIKLİ HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 11. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarından görüş alınması halinde ilgili sürelerin görüşün Kurul kayıtlarına girdiği tarihte yeniden başladığı öngörülmektedir. Ancak "Bilgi isteme ve yerinde inceleme" başlıklı 15. maddede üçüncü kişilerden bilgi istenmesi halinde sürelerin kesilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu maddede birleşme ve devralama işlemleri değerlendirilirken Rekabet Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde işlem taraflarının yanı sıra birleşme ve devralmayla ilgili diğer kişilerden ve tarafların müşterileri, rakipleri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceklerini belirtilmiştir.

Her ne kadar Rekabet Kurulu'nun bu konuda açık bir kararı bulunmasa da, Rekabet Kurulu'nun, üçüncü kişilere yöneltilen bu tür sorularında da 4054 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin ikinci bendinde öngörülen 30 günlük süreyi kesip kesmediği yönünde henüz net bir uygulama bulunmamaktadır. Ancak böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, bildirim sürecini bildirimde bulunan teşebbüslerin tasarrufu dışındaki etmenlere bağladığından, hukuk güvenliği açısından sakıncalar arz edeceği açıktır. Zira böylelikle bildirim konu işlemin akıbeti, soru yöneltilen kişilerin tasarruf ve keyfine tabi kılınmakta ve işleme taraf olan teşebbüsler açısından işlemin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak bir belirsizlik ortamı oluşmaktadır. Ayrıca böyle bir uygulamanın özellikle yoğunlaşma işlemini gerçekleştiren teşebbüslerin rakipleri tarafından gerçekleştirilebilecek suiniyetli davranışların da önünü açacağı açıktır. Bu nedenle, üçüncü kişilere Kurul tarafından yöneltilecek soruların süreyi kesmemesi yönünde bir uygulamanın netlik kazanacak şekilde Kurul kararlarında yer almasının ileride sürelerde meydana gelebilecek bir karışıklığın giderilmesi adına uygun olabileceği düşünülmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarından görüş alınması halinde ise sürenin kesileceği 11. madde ile açık olması sebebiyle yine kurum ve

⁷⁹ Senyücel 2011, s. 108.

kuruluşların yöneltilen soruları cevaplamasının kendi tasarruflarına kalmasının önüne geçmek ve işlem taraflarının menfaatini korumak adına yöneltilen sorularda Kurul tarafından cevaplanması için bir sürenin de tayin edilmesi yararlı olacaktır.

Rekabet Kurulu'nun son dönem kararlarına bakıldığında *Işık Perde Rayları*⁸⁰ ve *İstanbul Memorial*⁸¹ kararlarında sektördeki diğer bazı teşebbüslerden bilgi talep edildiği görülmekte ancak bu sırada sürenin kesilip kesilmediği anlaşılamamaktadır.

8. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN DUYURULMASI BAŞLIKLILIK İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 12. maddesi uyarınca Kurum, bildirilen birleşme ve devralmaları, ilgili teşebbüsler ile faaliyet alanlarını içerecek şekilde internet sayfasında duyurmaktadır. Söz konusu hüküm 1997/1 Sayılı Tebliğ kapsamında yer almayan ve bu Tebliğ ile getirilen yeniliklerden biridir. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ekinde yer alan yenilenmiş bildirim formunun 1.2 numaralı bölümünde de bu hüküm uyarınca Rekabet Kurumu'nun internet sayfasında duyurulmasında kullanılmak üzere işlemin ve taraflarının ticari sır niteliğindeki bilgileri içermeyecek şekilde bir özet talep edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacı bildirilen işlemle ilgili üçüncü tarafların özellikle de işlem taraflarının rakiplerinin işlemle ilgili bildirmek istedikleri hususları Rekabet Kurumu'na bildirmesini sağlamak ve normalde işlemin incelenmesi seyrinde rakipten bilgi talebinde bulunulması halinde rakibin bilgi talebine cevap vermesi sırasında geçen süre kaybını engellemek olarak açıklanabilmektedir.⁸² Bu amaç ekseninde, ilgili hükmün özellikle rekabet hukuku sıkıntısı yaratma potansiyeli olan işlemlere yönelik olarak bir şeffaflık yaratıp, bildirilen işlemin yaratacağı etkilere yönelik işlemin gerçekleşmesinden etkilenecek olan gerçek ya da tüzel kişileri (rakipler, müşteriler, tedarikçiler veya tüketiciler) işlemin incelenmesi sürecine dâhil etmesi açısından yerinde olduğu düşünülmektedir. Nitekim getirilen bu hükmün uygulamada yer bulduğu da yine Kurum kararlarından anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun *Sofra Yemek*⁸³ kararında devralma işleminin Rekabet Kurumu'na bildirilmesi akabinde internet sayfasında yayınlanması nedeniyle adı gizli tutulan bir teşebbüs, başvuruda bulunarak işleme konu Sofra Yemek'in pazardaki tedarikçi firmaları başka bir teşebbüse mal vermemesi için uyardığı, mal vermesi halinde kendisinin bu teşebbüslerden

⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 22.09.2011 tarih ve 11-48/1218-431 sayılı *Işık Perde* kararı.

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun : 09.02.2011 tarih ve 11-08/148-47 sayılı *İstanbul Memorial* kararı.

⁸² Senyücel 2011, s. 108 – 109.

⁸³ Rekabet Kurulu'nun 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı *Sofra Yemek* kararı.

mal tedarik etmeyeceğini söyleyerek tehdit ettiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu bu şikâyeti değerlendirme altına alarak incelemiş ancak sonucunda Sofra Yemek'in böyle bir yapı içerisinde olmadığını kararında belirtmiştir. Ancak zaten gerek 1997/1 Sayılı Tebliğ gerekse 2010/4 Sayılı Tebliğ hükümleri ve hatta 4054 Sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında Rekabet Kurumu'nun üçüncü kişilerden her zaman bilgi ve görüş alma yetkisi bulunmaktadır. Şu halde söz konusu düzenlemenin mevcut olmayan bir hususu düzenlemediği ancak mevcut düzenlemeye başka bir boyut eklediği söylenebilir.

Öte yandan, bu hüküm kapsamında 1997/1 Sayılı Tebliğ zamanından farklı olarak işlemin bizatihi Rekabet Kurumu'na bildirilmesi ile gizliliği sona ermektedir. Fakat, düşman devralma (*hostile takeover*) gibi işlemler de dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere gizliliğin taraflar için son derece büyük önem arz ettiği bazı birleşme devralma işlemleri bu hüküm çerçevesinde yine de ifşa olmaktadır. Bu nedenle işlemin duyurulması mekanizmasının Avrupa Komisyonu'nun benimsediği şekilde⁸⁴ bir işlemin ancak nihai incelemeye alınması halinde Rekabet Kurumu'nun resmi internet sitesinde duyurulmasının üçüncü kişilerin sürece dâhil edilmesi için daha makul bir zamanlama olduğu düşünülmektedir. Ancak mevcut düzenleme kapsamında da en azından bildirilen işlemin tarafları açısından gizliliğin önemli olduğu durumların gerekçelendirilerek bildirim formunda açıklanması halinde işlemin duyurulmamasını sağlayabilecek biçimde Rekabet Kurumu'na da takdir hakkı bırakılması, tarafların işlemin duyurulmasından meydana gelebilecek olası mağduriyetlerinin önüne geçilmesi açısından faydalı olabilecektir. Mevcut uygulamaya bakıldığında, bildirim formunun 1.2 numaralı bölümü işlem taraflarınca doldurulmadığı hallerde Rekabet Kurumu'nun yine de işlemi resmi internet sayfasında duyurup duyurmadığı, bir başka deyişle bir takdir hakkı olup olmadığı net değildir.

9. BİRLEŞME VE DEVRALMA İŞLEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ BAŞLIKLI HÜKME İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

9.1. Hâkim Durum Testi

Bilindiği üzere Türk rekabet hukukunda birleşme ve devralma işlemlerinin değerlendirilmesinde “hâkim durum” testi uygulanmaktadır. Nitekim 4054

⁸⁴ AB Birleşme Tüzüğü, Madde 4(3): “Komisyon tarafından bildirilen bir yoğunlaşmanın işbu Tüzüğün kapsamında olduğunun tespit edilmesi halinde, Komisyon bildirim verilerini yayınlar, aynı zamanda ilgili teşebbüslerin isimlerini, ülkelerini, yoğunlaşmanın niteliğini ve dâhil olan ekonomik sektörleri belirtir. Komisyon teşebbüslerin ticari sırlarını korumadaki meşru menfaatlerini göz önünde bulundurur”

Sayı Kanun'un 7. maddesi “bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri (...)” yasaklamaktadır.

Birleşme ve devralma işlemlerinin değerlendirilmesi sırasında dikkate alınacak parametreler 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin birinci fıkrasında sayılmaktadır. Buna göre birleşme ve devralma işleminin değerlendirilmesi sırasında özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususların göz önünde tutulacağı belirtilmektedir. Nitekim bu hususların irdelenmesini sağlayacak yapı bildirim formunun özellikle 6, 7 ve 8. bölüm altında yer alan sorular ile kurulmuştur. Maddeden ve bildirim formundan da anlaşılacağı üzere, birleşme ve devralma işlemlerine yönelik yapılacak değerlendirmelerde rekabetçi etki varlığının ön plana çıkacağı anlaşılmaktadır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmeyeceğini hüküm altına almaktadır. Burada ilk dikkati çeken husus “birlikte hâkim durum” ibaresidir. Yukarıda da yer verildiği üzere 4054 Sayılı Kanun ve 1997/1 Sayılı Tebliğ birlikte hâkim durum ifadesinde yer vermemektedir. Bu kapsamda geçmişte Danıştay 13. Dairesi Rekabet Kurulu'nun *Ladik Çimento* kararına⁸⁵ ilişkin olarak 01.03.2006 tarih ve 2005/10038 Esas numaralı kararında 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin birlikte hâkim durum ifadesini içermediğine hükmetmiştir. Her ne kadar 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin aksine 7. maddesinde birlikte hâkim duruma açıkça yer verilmemiş ve yasaklanan hâkim durum, işleme taraf olanlarla sınırlı olacak şekilde tanımlanmış olsa da birlikte hâkim durumun 2010/4 Sayılı Tebliğ'de yer alan bu düzenleme ile birlikte uygulama açısından sahip olunan yasal zeminin daha güçlü olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁶

Tebliğ'in anılan hükmünden de anlaşılacağı üzere bir birleşme veya devralma işleminin tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim

⁸⁵ Rekabet Kurulu'nun 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Ladik kararı.

⁸⁶ Topçuoğlu ve Dolmacı 2011, s.106.

durumu güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı ya da doğurmayacağı kanaatine ulaşılmada ekonomik parametreler yoğun olarak kullanılacaktır.⁸⁷ Bu durum mevcut hâkim durum testinin korunmasıyla birlikte rekabetin önemli ölçüde azalması testine ağırlık verilen bir görüntü çizmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın da rekabetin önemli ölçüde azalması testine yönelik bir yaklaşım belirlemiş olduğu⁸⁸ düşünüldüğünde Rekabet Kurumu'nun görüşünün zamanla bu teste doğru yoğunlaşacağı düşünülebilir. Bu durum ileride 4054 Sayılı Kanun'un açıkça hâkim durum testini benimsemiş olması nedeniyle 4054 Sayılı Kanun ile uyumsuz bir görüntü çizebilecektir.

9.2. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkisi Olan Ortak Girişimler

Yukarıda da açıklandığı üzere 2010/4 Sayılı Tebliğ 5. madde altında ortak girişim tanımını açıkça tam işlevsellik unsuruna yer vererek yapmıştır. Ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmamasına yönelik koşul ise yoğunlaşmanın varlığı için aranan bir koşul olmaktan çıkmaktadır. Hüküm bu şekliyle rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyona yol açsın açmasın yoğunlaşma doğuran bütün ortak girişimleri 2010/4 Sayılı Tebliğ'in konusu yapmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında aldığı kararlara bakıldığında ortak girişimin amacı ve etkisinin rekabeti sınırlamamasını da rekabetçi davranışlar arasındaki koordinasyon etkisini değerlendirerek incelediği anlaşılmaktadır. Zira Rekabet Kurulu'nun *Ice Cream Investment*⁸⁹ ve *Evonik*⁹⁰ kararlarından da görüldüğü üzere ortak girişimle aynı pazarda ya da onun alt/üst, komşu pazarlarında faaliyette bulunmaya devam edeceği ihtimali ve doğal olarak bu ana şirketlerin hem ortak girişimle hem de kendi aralarında yapacakları rekabetin bu nedenle olumsuz etkilenebileceğini belirterek, Kurul ana şirketlerin ve ortak girişimin faaliyet alanlarını analizine dâhil etmiştir.

Bu noktada, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesi altında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek olan bir ortak girişim oluşmasının 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve

⁸⁷ Gürpınar 2011, s. 46.

⁸⁸ Kadük Kanun Tasarısı 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan hükmü aynen korumakla beraber "başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri"ni de yasaklamıştır.

⁸⁹ Rekabet Kurulu'nun 23.2.2011 tarih ve 11-10/185-61 sayılı *Ice Cream Investment* kararı.

⁹⁰ Rekabet Kurulu'nun 07.12.2011 tarih ve 11-60/1564-555 sayılı *Evonik* kararı.

5. maddeleri çerçevesinde değerlendirileceği hükmü yer almaktadır. Bu hüküm 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü'nün aşağıda yer alan 2/4 – 5. maddesiyle de paralellik arz etmektedir.

“Madde 3 anlamında yoğunlaşma sayılan bir ortak girişim eğer amaçları ya da etkileri bakımından bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu doğuruyorsa, bu tür bir işbirliği, bu işlemin Ortak Pazar'la bağdaşıp, bağdaşmadığının tespit edilmesi bakımından Antlaşma'nın 81/1. ve 81/3. maddelerinde yer alan kısıtlara göre değerlendirilir.

Komisyon bu değerlendirmede özellikle aşağıda sıralananları dikkate almaktadır:

İki ya da daha fazla sayıda ana teşebbüsün, ortak girişimle aynı pazarda veya ortak girişimin yer aldığı pazarın alt ve üst pazarlarında veya bu pazarla yakın bağlantısı olan komşu bir pazarda önemli ölçüde faaliyetlerini sürdürmekte olup olmadıkları (spillover effect) ve ortak girişim kurulmasının doğrudan sonucu olan işbirliğinin, ilgili teşebbüslere olaya konu mal ya da hizmetlerin önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermekte olup olmadığıdır”

Hükme bakıldığında rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyon etkisi olan ortak girişimlerin de yoğunlaşma doğurması halinde Birleşme Tüzüğü'nün kapsamında değerlendirmeye tabi kaldığı ve bu durumda uygulanacak hüküm açısından da Antlaşma'nın⁹¹ 101/1. ve 101/3. maddelerine⁹² yönlendirdiği görülmektedir.

Böylece normalde rekabetçi davranışlar üzerinde koordinasyon etkisi doğuran bir ortak girişimin Rekabet Kurulu'nun 4 ve 5. maddeler altında bir değerlendirme yapabilmesi için 5. madde kapsamında muafiyet başvurusu yapılması gerekmekte iken 2010/4 Sayılı Tebliğ ile yoğunlaşma doğurucu bu şekildeki ortak girişimlerin muafiyet başvurusu yapmadan birleşme devralma başvurusu ile bu değerlendirmeye tabi olabilmesi mümkün kılınmıştır. Bu mekanizma ile muafiyet başvurusunun uzun süren sürecinden ayrılarak birleşme ve devralma işlemlerinin tabi olduğu ve daha kısa olan sürelerle tabi

⁹¹ Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma.

⁹² 1 Aralık 2009'dan itibaren Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 81 ve 82. maddeleri Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın sarasıyla 101. ve 102. maddeleri olmuşlardır. Her iki grup madde, lafız itibarıyla aynıdır. Bu metinde 101. ve 102. maddelere yapılan göndermeler, uygun düştüğü ölçüde 81 ve 82. maddeler olarak anlaşılmalıdır.

olunmasının yolu açılmış ve teşebbüsler açısından oldukça lehe bir durum söz konusu olmuştur.

Getirilen bu yeni mekanizma Rekabet Kurulu'nun *Tamiran SA*⁹³ kararında da görülmektedir. Rekabet Kurulu öncelikle işlem konusu ortak girişimin 2010/4 Sayılı Tebliğ çerçevesinde ortak kontrolün varlığı ve ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması unsurlarının varlığını değerlendirmiş, ardından da 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde bir değerlendirme yaparak işlem konusu ortak girişim ve ana teşebbüslerin aynı pazarda faaliyet gösterdiği gerekçesiyle ortak girişiminin kurulması işleminin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu varsayımı altında 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet incelemesine tabi tutulduğunda da işlemin muafiyet koşullarını taşıdığı kanaatine varmıştır. Karardan hareketle işleme muafiyet verildiği anlaşılmaktadır.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir başka husus tam işlevsel olmayan ortak girişimlerdir. Bir ortak girişim, ana teşebbüslerin iş faaliyet alanlarından sadece sınırlı bir bölümünü üstlenmiş ise tam işlevsel olmayan bir ortak girişimdir; AR&GE, üretim, dağıtım ya da satış gibi sadece tek bir faaliyeti gerçekleştirmek için oluşturulan ortak girişimler bu kategoriye girmektedir.⁹⁴

Mehaz AB Hukuku'nda da "tam işlevsel ortak girişim"lerin 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü kapsamı dâhilinde bildirilebilir oldukları kabul edilmekle birlikte, tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda, mevzuatta açık bir ifade bulunmamakla birlikte, bütün tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin 139/2004 Konsey Birleşme Tüzüğü dâhilinde olmadığı yorumu çıkabilecektir. Nitekim AB doktrininde de tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin Komisyon'a veya ulusal rekabet otoritelerine bildirilmeyeceğine dair görüşler bulunmaktadır.^{95 96}

Gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ gerekse Kılavuz I'de tam işlevsel nitelikte olmayan ortak girişimlerin bildirilebilirliği hakkında tam bir açıklık getirilmemektedir. Tam işlevsel olmayan ancak yoğunlaşma doğuran bir ortak girişimin Rekabet Kurumu'na 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında bildirilip, bildirim formunun 9. bölümü altında 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca

⁹³ Rekabet Kurulu'nun 12.01.2012 tarih ve 12-01/6-3 sayılı Tamiran SA kararı.

⁹⁴ KAYIHAN, L. (2003) "Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler", Rekabet Kurumu (der.) *Uzmanlık Tezleri No. 87* içinde, s. 53.

⁹⁵ Bellamy ve Child 2008, s. 542.

⁹⁶ WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.826.

muafiyet değerlendirilmesi yapılmasının talep edilmesi halinde, Rekabet Kurulu'nun nasıl bir uygulamaya başvuracağı belli değildir. Nitekim böyle bir başvuru sonucu Rekabet Kurulu bu işlemi tam işlevsel olmaması gerekçesiyle bildirim tabi bulmayıp muafiyet başvurusu yapılmasına hükmedebilecektir. Böyle bir durumda tarafların yeniden 4054 Sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir başvuru mu yapması gerekecek yoksa hâlihazırda yapılan başvuru bir muafiyet başvurusu olarak mı değerlendirilecektir? Aynı şekilde böyle bir durumda başvuru hangi sürelerle tabi olacaktır gibi sorulara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Tabi tam işlevsel olmayan ortak girişimlerin 2010/4 Sayılı Kanun kapsamında bildirilebilir olması da başka bir ihtimaldir.

9.3. Yan Sınırlama Rejimi Kapsamındaki Değerlendirmeler

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13/5. maddesinde yer alan “*birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır.*” hükmüyle kastedilenin yan sınırlama rejimi çerçevesinde değerlendirilen rekabet etmeme, istihdam etmeme ve gizlilik yükümlülükleri olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasında yan sınırlama kavramını, rekabeti kısıtlayıcı bir unsur barındırmakla beraber ana işlevi yönüyle rekabeti sınırlayıcı olmaktan ziyade ana işlemin varlığı için gerekli meşru bir ticari menfaati koruyan ek hükümler olarak tanımlanabilmektedir.⁹⁷

2010/4 Sayılı Tebliğ'den önceki zamanda uygulamada Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamaları yoğunlaşmalarla birlikte değerlendirdiği gözlemlenmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu, incelediği işlemlere yönelik kararını verirken çoğunlukla hüküm kısmında işlem özelinde getirilen kısıtlamaların (rekabet etmeme, istihdam etmeme, ayartmama, gizlilik vb.) yan sınırlama sayılarak işleme izin verilmiş olduğunu açıkça beyan etmiştir.

2010/4 Sayılı Tebliğ ile artık yan sınırlama hususunun ayrıca olay bazında incelenmeyeceği ve teşebbüslerin konu hakkındaki değerlendirmelerini bizzat kendilerinin yapmasının (*self assessment*) gerekeceği görülmektedir. Kendi değerlendirmesi kapsamında taraflar bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığına kendileri karar vereceklerdir. Ancak Kılavuz I'nin 43. paragrafında tarafların talepte bulunması halinde Rekabet Kurulu'nun Kılavuz I'de ya da önceki kararlarında ele alınmamış yeni bir yönü bulunan sınırlamaları

⁹⁷ GÜRKAYNAK, G., H. ÖZGÖKÇEN (2007), “Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli mi?”, Rekabet Forumu Dergisi 36. Sayı, Rekabet Derneği, Ankara, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi36.doc, Erişim Tarihi: 20.04.2012, s.12.

kararlarında inceleyeceği anlaşılmaktadır. Bu şekliyle “*self-assessment*” mekanizmasının AB Hukuku’na paralel bir şekilde düzenlendiği açıktır.

Nitekim, mehz AB Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu’na⁹⁸ (2005/C 56/03) (“2005/C Duyurusu”) bakıldığında, eğer ilgili işlem “belirsizlik yaratan değişik ve çözülemeyen sorular doğruyorsa, tarafların talebi üzerine, Komisyon sınırlamaları değerlendirir. Bu sorular Komisyon tarafından ilgili 2005/C Duyurusu veyahut Komisyon kararı tarafından açıklanmamış unsurları içermesi olarak açıklanmaktadır.

Yukarıda açıklanan yan sınırlama kavramı mehz 2005/C Duyurusu ile doğrudan paralellik göstermektedir. Kılavuz I yan sınırlama kavramı ve uygulamaya ilişkin genel ilkeler hakkında bir takım açıklamalara yer vermiştir. Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ ve Kılavuz I’deki açıklamalar yan sınırlamanın değerlendirilme kriterleri hakkında ayrıntılı açıklama içermemesi nedeniyle açıklığı istenildiği ölçüde kavuşturulmamıştır.

Kılavuz I’de de açıklandığı üzere süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yasaklarının makul olduğu kabul edilmektedir. Ancak Rekabet Kurumu’nun üç yılı aşan bir süre için öngörölmüş çok sayıda rekabet etmeme kararı da bulunmaktadır. Yapılan açıklamalar üç yıla kadar olan rekabet etmeme hükümlerinin değerlendirilmesinde yeterli olabilecekse de üç yıldan fazla olan bir rekabet etmeme yasağında tarafların kendi değerlendirmelerini yapabilmeleri için yeterli olmayabilmektedir. Kılavuz I bu hususa ilişkin olarak müşteri bağımlılığının daha uzun sürmesi ve devredilen *know-how*’ın niteliği gereği gerekli olması durumunda somut olayın gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla üç yılı alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş ve bir takım Rekabet Kurulu kararlarına atıfta bulunmuştur.

Ancak mevcut açıklamalar halen Rekabet Kurulu tarafından zaman zaman kabul edilmiş, zaman zaman da reddedilmiş olan beş yıllık veya daha uzun süreli bir rekabet yasağının değerlendirmesinin nasıl yapılacağını açıklamakta yeterli değildir. Bu durum tarafların kendi değerlendirmelerinin eksik veyahut yanlış olmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan ise değerlendirmesinden emin olamayan teşebbüslerin emin olmak adına bildirim formunda yine de rekabet yasağı hükümlerine yer vermesi mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda yan sınırlamalar üzerinde Kurul’un iş yükünü

⁹⁸ Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations (2005/C 56/03).

ciddi oranda azaltacak bir düzenlemenin uygulamada işletilmesi mümkün olmayacaktır

Rekabet Kurulu'nun son dönem kararlarına bakıldığında da Kurul'un *Jantsa*⁹⁹, *Anadolu Efes*¹⁰⁰ ve *Migros*¹⁰¹ kararlarında yan sınırlamaları incelemeye tabi tuttuğu gözlemlenmektedir. Ancak söz konusu kararlardan yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmenin tarafların başvurusu üzerine mi yoksa Rekabet Kurulu tarafından re'sen mi yapıldığı anlaşılamamaktadır. Rekabet Kurulu *Anadolu Efes* ve *Migros* kararlarında uygulanacak rekabet yasaklarını süre ve koşullar açısından inceleyerek yan sınırlama olarak değerlendirilebileceğine karar verirken *Jantsa* kararında ise taraflar arasında ve taraflarla işlem konusu ortak girişim arasında düzenlenen rekabet yasağını incelemiş ve ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetin yasaklanması, taraflar bakımından yan sınırlama olabileceken ana şirketlerin kendi aralarındaki rekabet kısıtlamalarının yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir. Ayrıca işlem konusu ortak girişimin ana taraflarından bir tanesi olan *Jantsa*'ya getirilen rekabet yasağı hissedarlık ilişkisi sona erdikten iki yıl sonrasına kadar tüm dünya için getirilmiştir. Rekabet Kurulu bu yasağı da yan sınırlama olarak kabul etmemiş ve işlemi kuran sözleşmenin tadil edilerek ana şirketler arasında öngörülen rekabet yasağı ile sözleşme bitiminden itibaren *Jantsa*'ya getirilen iki yıllık rekabet yasağının kaldırılması şartıyla işleme izin vermiştir. Söz konusu kararda bir de karşı oy yazısı bulunmakta ve rekabet yasağının tadil edilmesi halinde işlem sonrası piyasada oluşacak rekabet artışının vuku bulmayacağı açıklanmıştır. Görüldüğü üzere Rekabet Kurulu yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerini 2010/4 Sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirerek sonuca bağlamaktadır.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun işlem taraflarının kendi değerlendirmeleri sonrası bildirim kapsamında bildirilmesine gerek görülmeyen bir sınırlamanın ileride Rekabet Kurulu tarafından 4054 Sayılı Kanun kapsamında nasıl takip edilip değerlendirileceği net değildir. Zira bilindiği üzere doğru şekilde tanımlanmamış yan sınırlamalar 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında değil, 4. ve 5. maddeleri kapsamında değerlendirilecektir.

10. TAAHHÜT BAŞLIKLİ MADDEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Gerek Türk rekabet hukuku gerekse AB Hukuku tecrübesi ışığında, yoğunlaşma sonucunda normal şartlarda doğacak olan rekabet hukuku kaygılarını yapısal

⁹⁹ Rekabet Kurulu'nun 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı *Jantsa* kararı.

¹⁰⁰ Rekabet Kurulu'nun 29.12.2011 tarih ve 11-64/1691-598 sayılı *Anadolu Efes* kararı.

¹⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 09.02.2012 tarih ve 12-06/185-47 sayılı *Migros* kararı.

yahut davranışsal tedbirlerle ıslah ettikten sonra işlemin ilgili pazar üzerindeki sonuçlarını serbest bırakan bir mekanizma olarak tanımlanabilecek olan koşullu izin, rekabet otoritesinin uygun gördüğü değişikliklerden sonra işlemin hayata geçirilebilmesi olarak uygulanmaktadır.¹⁰²

4054 Sayılı Kanun'da yoğunlaşma işlemlerine koşullu izin verilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. 1997/1 Sayılı Tebliğ'de ise "(...) gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklere uyulması koşuluyla izin verilebilir." hükmüne yer verilerek koşullu izin verilebileceği açıklanmıştır. Ancak burada yer verilen hüküm dışında konu hakkında başka hiçbir açıklama yer almamaktadır. Geçmişte Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararlarında şartlı izin mekanizması işletilmiş ve hatta işlem taraflarınca bildirilen işlem dolayısıyla ortaya çıkabilecek rekabet endişelerini gidermek amacıyla Rekabet Kurumu'na taahhütte bulunulmuştur¹⁰³.

Ancak 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte işlem taraflarınca Rekabet Kurumu'na taahhütte bulunulması yasal zemine oturtulmuştur. Öncelikle 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13/4. maddesi Rekabet Kurulu'nun izin kararını şart ve yükümlülüğe bağlayabileceğini belirtmiştir. Taahhüt konusu ise 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 14. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, taraflar 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, ön inceleme veya nihai inceleme safhasında birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilecektir. Ancak bu taahhütlerin rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırıci nitelikte olması gerekmektedir. Taraflarca sunulan taahhütlere ek olarak Rekabet Kurulu'nun da izin kararlarında taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülükler öngörmesi mümkündür. Bu noktada bildirim safhasında da taahhüt sunulabilmesi gerçekten de baştan taahhütte bulunması gerektiği bilinecek yapıdaki işlemler için süreci kısaltıcı bir uygulamadır.

¹⁰² GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A. G. YENİARAS (2009) "*Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları*", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, s.175.

¹⁰³ Rekabet Kurulu'nun 11.9.2003 tarihli ve 03-60/730-342 sayılı DSM kararı, Rekabet Kurulu'nun 29.7.2004 tarihli ve 04-49/673-171 sayılı Syngenta kararı, Rekabet Kurulu'nun 8.9.2005 tarihli ve 05-55/836-228 sayılı Gillette kararı, Rekabet Kurulu'nun 11.4.2007 tarihli ve 07-31/323-119 sayılı Güneş Express kararı, Rekabet Kurulu'nun 23.8.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı Intergum kararı, Rekabet Kurulu'nun 21.2.2008 tarihli ve 08-16/189-62 sayılı Toros Tarım kararı, Rekabet Kurulu'nun 20.3.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı Cookson Foseco kararı, Rekabet Kurulu'nun 7.2.2008 tarihli ve 08-12/130-46 sayılı MGS kararı, Rekabet Kurulu'nun 10.3.2008 tarihli ve 08- 23/237-75 sayılı Vatan kararı.

2010/4 Sayılı Tebliğ'in 14. maddesinin uygulama esaslarını içeren Kılavuz II incelendiğinde ise genel olarak Tebliğ'in AB Komisyonu tarafından ihdas edilmiş olan düzenlemenin¹⁰⁴ hemen hemen tamamının benimsenmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Kılavuz II ile birlikte taahhütlerin nasıl sunulacağına ilişkin olarak oldukça detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca, Kılavuz II'nin ekinde yer alan "Taahhüt Formu" ile tarafların taahhütlerine ilişkin olarak Rekabet Kurumu'na sunması gereken bilgilerin kapsamı da net bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu açıdan, Kılavuz I'in aksine, uygulama bakımından Kılavuz II çok daha net ve belirli bir sistematığı olan bir zemine oturtulmuştur.

Rekabet Kurulu'nun kararlarına bakıldığında ise Kılavuz II'nin bugüne kadar uygulama alanı bulduğu bir karar dikkati çekmektedir. *Mars/AFM* kararında¹⁰⁵, Türkiye'deki en büyük iki sinema salonu işletmesinin birleşmesi işlemi değerlendirmeye alınmıştır. İşlem sonrasında "sinema salonu hizmetleri" pazarında tarafların pazar paylarının oldukça yüksek bir düzeye ulaşması öngörülmüştür. Bu çerçevede taraflarca Kılavuz II esas alınarak bir taahhüt paketi oluşturulmuş ve söz konusu paket taahhüt formu ile birlikte ikinci yazılı savunma kapsamında sunulmuştur. Taahhüt paketi kapsamında ilk olarak 10 adet sinemanın elden çıkarılması ve 2 adet sinemanın da kapatılması teklif edilmiştir. Rekabet Kurulu, bu taahhüt paketini oldukça detaylı bir biçimde inceleyerek, taahhüt kapsamında değişecek olan HHI oranlarını da değerlendirmek suretiyle kapsamlı bir ekonomik analiz gerçekleştirmiştir. Nihai olarak Rekabet Kurulu, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, bu paket öncesi duruma ilişkin olarak ulaşılan rekabetçi endişeleri gidermek için yeterli olduğu kanaatine varmış ve işleme bu taahhütler çerçevesinde izin vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun *Mey İçki* kararında¹⁰⁶ da taraflarca çeşitli taahhütler teklif edilmiş ve elden çıkarma süresi, uygun alıcı, ayrıştırma uzmanı, denetleyici uzman gibi kavramlar kullanılmıştır. Kararda Kılavuz II'den de bahsedilmiş olması taahhüt teklifinin Kılavuz II'de yer verilen açıklamalara uygun bir şekilde yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

Her ne kadar uygulamada taahhüt mekanizmasının henüz sıkça uygulandığı bir düzlem oluşmamış olsa da, *Mars/AFM* kararından anlaşıldığı kadarıyla, 2010/4 Sayılı Tebliğ ve Kılavuz II ile birlikte getirilen taahhüt mekanizması düzgün bir şekilde işletilebilmiş ve tek bir taahhüt paketi

¹⁰⁴ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004.

¹⁰⁵ Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı *Mars/AFM* kararı.

¹⁰⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.8.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki* kararı.

kapsamında işlem neticesinde ortaya çıkabilecek olan rekabet hukuku endişeleri ortadan kaldırılabilmektedir. Tabii ki taahhüt mekanizmasının uygulanışı ve karşılaşılabilecek olası sıkıntıların değerlendirilebilmesi için taahhüt mekanizmasının gelecekteki uygulamalarının da yakından takip edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

1.1.2011 tarihinden beri yürürlükte olan 2010/4 Sayılı Tebliğ'in genel olarak getirdiği düzenlemelere ve bu süre içerisinde uygulama alanı bulmuş yeniliklerine bakıldığında Türk rekabet hukuku üzerinde gerçekleşen bu reformun oldukça olumlu bir adım olduğu belirtilmelidir. Yeni, ancak günden güne gelişen Türk rekabet hukukunun gerçekleşen bu reform ile ivme kazandığı ve özellikle birleşme devralma işlemlerinin denetlenmesi alanında karşılaşılan bazı sorunların giderilmesi açısından önemli yol kat edildiği muhakkaktır. Yapılan bu değişikliklerin temeli mehz AB hukukuna paralel uygulamaları sağlamak ve ikincil mevzuatı daha kapsamlı hale getirmektedir. Nitekim 2010/4 Sayılı Tebliğ'in ardından belirsizlikleri ve boşlukları gidermek adına iki adet kılavuz yayımlanmış ve önemli bazı konular üzerinde belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu noktada belirlenmesi gereken ilk hususlardan biri Rekabet Kurumu'nun bu Tebliğ ile amacının Kurum'a yapılacak bildirim sayısını azaltacak bir yapı kurmak mı yoksa daha denetleyici bir kimliğe bürünerek daha fazla işlemi kontrol edebilmek mi olmasının belirlenmesidir. Bu çalışmada da görüleceği üzere ortak girişimler gibi belli hususlarda daha denetleyici olma isteği olduğu düşünülmeyle birlikte çalışmanın bütününde Rekabet Kurumu'nun daha çok bu yeni rejim ile önüne gelecek bildirim sayısını azaltacak bir yapıyı amaçladığı düşünülmektedir. Ancak yeni rejimin uygulamasının bildirim sayısını hiç de azaltmayarak aksine oldukça fazla bir sayıya katladığı somut verilerden de görülmektedir. Şu halde amacın bildirim sayısını azaltmak olması halinde bu amacı sağlayacak önlemlerin alınması gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan amacın daha denetleyici bir kimlik olması halinde ise bildirim sayısındaki artışın arzu edilen bir yapı olduğu anlaşılacakla beraber belli bazı kavramlar ve uygulamalar üzerinde tam ve sağlıklı bir rekabet hukukunun ne kadar uygulanabildiği konusunda çelişkiler olduğu görülmektedir. Nitekim bu yapı içerisinde bildirilebilirlik eşiklerinin sade ve basite indirgenmesi amacıyla düzenlenen salt ciro eşikleri ve etkilenen pazar kavramı temelli bildirilebilirlik analizi, getirilen ciro hesaplanması ve etkilenen pazar belirlenmesi gibi kavramlar üzerindeki karmaşık yapı nedeniyle olduğundan daha da karmaşık hale bürünmüştür. Nitekim çeşitli örnek olaylarla da açıklandığı üzere yapının basit bir birleşme veya devralma işleminden bir basamak daha kompleks hale

gelmesi 2010/4 Sayılı Tebliğ ve kılavuzlardaki kavramların uygulanmasını karmaşıktır.

Her halükarda birleşme ve devralma rejiminde gerek Tebliğ gerekse kılavuzlarla oluşturulan bu yeni düzenin kavşak noktası olan bazı hususları üzerinde hukuki belirliliğin sağlanması önem arz etmektedir. Nitekim yaklaşık bu bir yılı aşkın geçen sürede uygulamada karşılaşılan sorunlar göstermiştir ki belirsizliklerin giderilmesi ve belirli alanlarda hukuki güvenliğin sağlanmasına ciddi ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışma kapsamında olumsuzluklar üzerinde durulan birçok yerde, önerilen yapı 2010/4 Sayılı Tebliğ ve/veya kılavuzlarının ilgili yerlerinin belirliliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğine yöneliktir. Bu şekilde sorunların hangi noktalarda belirdiği ve hangi adımlarla giderilebileceğinin daha somut bir şekilde ortaya koyulması amaçlanmıştır. Ancak tabii ki de hâlihazırda yürüyen yapıda bu çalışmada da belirlenmeye çalışılan olumsuzluklara yönelik en önemli ve faydalı çözüm, Rekabet Kurumu'nun bundan sonraki uygulamasını belli, somut ve açık adımlarla ve pozisyonunu kamuoyu ile paylaşarak, sürekli bir etkileşim içerisinde bulunması ile sağlamasıdır.

Bu yapıyı sağlayacak en önemli kaynak tabii ki de Rekabet Kurulu'nun gerekçeli kararlarıdır. Gerekçeli kararların ayrıntılı ve Kurul'un pozisyonunu net şekilde gösterecek bir dille kaleme alınması önem arz etmektedir. Ancak bu çalışmada da ilgili yerlerde açıklandığı üzere Rekabet Kurulu'nun 2010/4 Sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesiyle birlikte oluşan gerekçeli kararlara bakıldığında, kararların oldukça kısa ve hangi gerekçeyle alındığına dair Kurul'un pozisyonunu yansıtmayacak şekilde kaleme alındığı gözlemlenmektedir. Hukuki güvenliğin sağlanması açısından Kurul kararları üzerinden bir içtihadın oluşması gerekmektedir. Hatta içtihadta bir birliğin sağlanması adına Rekabet Kurulu'nun aynı temellere dayalı benzer olaylarda aynı pozisyonunu koruması ve bunu açıklaması da önem arz etmektedir.

Son olarak, 2010/4 Sayılı Tebliğ ile başlayan bu yenileme ve gelişme sürecinin ileride devam etmesi ve mehz AB Hukuku prensiplerine iyice yaklaşması arzu edilmektedir. Bu kapsamda ileriki zamanlarda 4054 Sayılı Kanun'unda da değişiklik meydana gelerek ana mevzuat ile ikincil mevzuat arasında tam bir uyumun sağlanacağı beklenmektedir. Nitekim daha önce bir kanun tasarısı üzerinde çalışılmış hatta T.B.M.M'ye bile girmiş fakat daha sonra bu kanun tasarısı kadük olmuştur. Benzer çalışmaların Türk rekabet hukukunda son yıllarda devam eden reform süreci içerisinde bir an önce başlaması temenni edilmektedir.

KAYNAKÇA

AYDEMİR, S. (2011), “2010/Sayıli Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 113-114.

BELLAMY, C. ve G.D. CHILD (2008), *European Community of Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

ERDEM, E. (2011), “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, H. Domaniç, M. Helvacı, A. Kendigelen (der.), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65 Yaş Günü Armağanı* içinde, s. 203.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

GÜRKAYNAK, G., B. İKİLER ve A.G. YENİARAS (2009), “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII.

GÜRKAYNAK, G. ve H. ÖZGÖKÇEN (2007), “Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Müdahale Gerekli mi?”, Rekabet Forumu Dergisi 36. Sayı, Rekabet Derneği, Ankara, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi36.doc, Erişim Tarihi: 20.04.2012.

GÜRPINAR, B. (2011), “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gerekeçleri”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 36-46.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

IVORY, J. (2011), “İngiltere’de Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 84.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, US.

KAYIHAN, L. (2003), “Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler”, Rekabet Kurumu (der.) *Uzmanlık Tezleri No. 87* içinde, s. 53.

KILIÇ, H. (2011), “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (Joint-Ventures) Değerlendirilmesi”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 134.

SENYÜCEL, O. (2011), “2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve”, Rekabet Kurumu (der.), *Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu* içinde, s. 103-109.

SOLMAZ, E. (2010), “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri”, Rekabet Kurumu (der.), *Uzmanlık Tezleri Serisi No: 105* içinde, s. 45.

TOPÇUOĞLU, M. ve N. DOLMACI (2011), *Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler*, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, Isparta.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Pres, New York, US.

REKABET KURULU KARARLARI

- 28.05.2002 tarihli ve 02-32/367-153 numaralı Arçelik-Bloomberwerke - Brant Group kararı.
- 27.5.2003 tarihli ve 03-35/424-186 numaralı Eti Gümüş kararı.
- 11.9.2003 tarihli ve 03-60/730-342 sayılı DSM kararı.
- 29.7.2004 tarihli ve 04-49/673-171 sayılı Syngenta kararı.
- 04.05.2005 tarih ve 05-29/366-88 sayılı Marzatto kararı.
- 17.06.2005 tarih ve 05-40/559-138 sayılı Carclo Plc kararı.
- 21.7.2005 tarihli ve 05-48/689-182 numaralı A.P Moller-Maersk kararı.
- 8.9.2005 tarihli ve 05-55/836-228 sayılı Gillette kararı.
- 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Ladik kararı.
- 20.12.2006 tarih ve 06-92/1186-355 sayılı Total - Banco Santander kararı.
- 1.2.2007 tarih ve 7-11/71-23 sayılı CVRD Kanada kararı.
- 11.4.2007 tarihli ve 07-31/323-119 sayılı Güneş Express kararı.
- 03.05.2007 tarih ve 07-37/382-143 sayılı BOTAŞ kararı.
- 4.7.2007 tarih ve 07-56/632-214 sayılı Electronic Partner kararı.
- 4.7.2007 tarih ve 07-56/661-230 sayılı Air Berlin-LTU kararı.
- 23.8.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı Intergum kararı.
- 13.12.2007 tarih ve 07-90/1160-453 sayılı Avrasya Gaz kararı.
- 21.2.2008 tarihli ve 08-16/189-62 sayılı Toros Tarım kararı.
- 7.2.2008 tarihli ve 08-12/130-46 sayılı MGS kararı.
- 10.3.2008 tarihli ve 08- 23/237-75 sayılı Vatan kararı.

- 20.3.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı Cookson Foseco kararı.
- 10.04.2008 tarih ve 08-28/326-109 sayılı Akçansa - Kaynak Beton kararı.
- 15.5.2008 tarih ve 08-33/412-138 sayılı Çimentaş kararı.
- 3.7.2008 tarih ve 08-43/588-221 sayılı ACT 4 - Corio kararı.
- 14.8.2008 tarih ve 08-50/721-281 sayılı Migros kararı.
- 30.10.2008 tarih ve 08-61/998-390 sayılı Babil Yapı kararı.
- 18.12.2008 tarih ve 08-73/1156-450 sayılı TBS Beton kararı.
- 05.09.2009 tarih ve 09-34/791-194 sayılı Çimpor - Babil kararı.
- 9.9.2009 tarih ve 09-41/1003-259 sayılı Traçim kararı.
- 25.11.2009 tarih ve 09-57/1392-361 sayılı Summer Investment kararı.
- 2.12.2010 tarih ve 10-75/1535-589 sayılı Statum Investment kararı.
- 12.01.2011 tarih ve 11-03/36-9 sayılı Zentiva Kimyasal Ürünler kararı.
- 09.02.2011 tarih ve 11-08/148-47 sayılı İstanbul Memorial kararı.
- 23.2.2011 tarih ve 11-10/185-61 sayılı Ice Cream Investment kararı.
- 21.4.2011 tarih ve 11-25/484-148 sayılı Makro Market kararı.
- 28.04.2011 tarih ve 11-26/494-151 sayılı International Petroleum kararı.
- 2.6.2011 tarih ve 11-33/711-218 sayılı Birlik kararı.
- 06.07.2011 tarih ve 11-41/882-277 sayılı Matthews International kararı.
- 16.06.2011 tarih ve 11-37/767-235 sayılı Loomis kararı.
- 14.07.2011 tarih ve 11-43/928-296 sayılı Demag kararı.
- 14.07.2011 tarih ve 11-43/919-288 sayılı KKR/Sorgenja kararı.
- 3.8.2011 tarih ve 11-44/1021-347 sayılı DDB Holding kararı.
- 17.08.2011 tarih ve 11-45/1106-382 sayılı Ocean kararı.
- 17.8.2011 tarih ve 11-45/1043-356 sayılı Mey İçki kararı.
- 25.8.2011 tarih ve 11-46/1110-383 sayılı Sofra Yemek kararı.
- 22.09.2011 tarih ve 11-48/1212-425 sayılı EMA - Huntsman kararı.
- 22.09.2011 tarih ve 11-48/1218-431 sayılı Işık Perde kararı.
- 18.10.2011 tarih ve 11-53/1347-476 sayılı International Paper kararı.
- 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı Mars/AFM kararı.
- 24.11.2011 tarih ve 11-59/1515-540 sayılı Galenica kararı.
- 07.12.2011 tarih ve 11-60/1564-555 sayılı Evonik kararı.

- 14.12.2011 tarih ve 11-61/1583-566 sayılı Shell kararı .
- 14.12.2011 tarih ve 11-61/1580-565 sayılı Lur Berri/LBO kararı.
- 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı Jantsa kararı.
- 29.12.2011 tarih ve 11-64/1659-589 sayılı Integrated kararı.
- 29.12.2011 tarih ve 11-64/1691-598 sayılı Anadolu Efes kararı.
- 12.01.2012 tarih ve 12-01/6-3 sayılı Tamiran SA kararı.
- 09.02.2012 tarih ve 12-06/185-47 sayılı Migros kararı.

KOMİSYON KARARLARI

- Case COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11 Şubat 2002.
- Case COMP/M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30 Nisan 2003.
- Case COMP/M.3858 Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20 Temmuz 2005.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy” and “Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of

each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversitesi Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversitesi Leuven, Leuven.