

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANABİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK REKABET HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKETLERDE
BİRLEŞME VE DEVRALMALAR**

Yüksek Lisans Tezi

H.BERFİN AKYÜZ

Tez Danışmanı: Yard.Doç.Dr. Veysi Seviğ

İstanbul - 2003

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

A. REKABET KAVRAMI VE REKABET HUKUKU

1. Genel Olarak.....	3
1.1. Rekabet Kavramı.....	4
1.2. Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları.....	6
1.3. Haksız Rekabet.....	7
2. Rekabet Hukuku.....	9
2.1. Rekabet Hukukunun Niteliği.....	10
2.2. Rekabet Kanununa Duyulan İhtiyaç.....	11
2.3. Rekabet Kanununun Amacı ve Kapsamı.....	13
2.3.1. Rekabet Kanununun Yer Bakımından Uygulanması.....	14
2.3.2. Rekabet Kanununun Konu Bakımından Uygulanması.....	15
2.3.3. Rekabet Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması.....	17
2.4. Rekabet Kurumu ve Teşkilatı.....	17
2.5. Rekabet Kurulu'nun Görev ve Yetkileri.....	18
3. Rekabetin Düzenlenmesindeki Hukuk Sistemleri.....	19
3.1. Yasaklama Sistemi.....	19
3.2. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi.....	20
3.3. Uzlaştırıcı Sistem.....	21

B. REKABETİ ENGELLEYEN UYGULAMALAR

1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar.....	22
1.1. Genel Olarak.....	22
1.2. Anlaşma.....	23
1.3. Uyumlu Eylem.....	25
1.4. Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemleri.....	26
2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	27

2.1. Genel Olarak.....	27
2.2. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler.....	29
2.3. Kötüye Kullanma Olarak Değerlendirilebilecek Durumlar.....	30
3. Birleşme ve Devralmalar.....	31

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ AÇIDAN ŞİRKETLERDE BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

A. ŞİRKET BÜYÜME VE BİRLEŞMELERİ

1. Şirketlerin Büyümeye Duydukları İhtiyaç.....	33
1.1. İçsel Büyüme.....	33
1.2. Dışsal Büyüme.....	34
2. Şirketlerin Birleşmeye Duydukları İhtiyaç.....	34
3. Birleşme Kavramı.....	35

B. ŞİRKET BİRLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI

1. Yatay Birleşmeler.....	37
2. Dikey Birleşmeler.....	38
3. Karma Birleşmeler.....	39
3.1. Ürün Çeşitlendirme Amaçlı Birleşme.....	39
3.2. Pazar Genişleme Amaçlı Birleşme.....	40
3.3. Diğer Karma Birleşmeler.....	40
4. Sınır Ötesi Birleşmeler.....	40

C. BİRLEŞME VE DEVRALMALAR.....41

1. Genel Olarak.....	41
1.1. TTK'daki Birleşme Kavramı.....	41
1.1.1. Ticari İşletme Kavramı.....	42
1.1.2. Ticaret Şirketleri.....	43
1.1.3. Birleşmelerde Aranılan Şartlar.....	44
1.1.4. Birleşmelerin Sonuçları.....	46
1.2. RKK'daki Düzenleme.....	47
1.3. Sermaye Piyasası Mevzuatında Birleşmeler.....	49
2. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller.....	49
2.1. Birleşmeler.....	50
2.1.1. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme.....	50
2.1.2. Devralma Yoluyla Birleşme.....	51
2.2. Devralmalar.....	52

2.2.1. Malvarlığının Devri.....	53
2.2.2. Ortaklık Payının Devri.....	53
2.2.3. Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devri ve Kontrolü.....	54
2.3. Ortak Girişim.....	55
3. Birleşme ve Devralma Sayılmayan Haller.....	56
4. Yan Sınırlamalar.....	57
5. Özelleştirmeler.....	59

D. VERGİ HUKUKUNDA BİRLEŞMELER

1. Vergili Birleşmeler.....	62
1.1. Birleşme Dönemi.....	63
1.2. Birleşme Karı.....	64
1.3. Birleşme Beyannamesinin Verilmesi.....	65
2. Vergisiz Birleşmeler/Devir.....	66

III. BÖLÜM

BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETİMİ

A. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA İZİN SİSTEMİ

1. Yasak Birleşmeler.....	70
1.1. Hakim Durum Yaratılması veya Hakim Durumun Güçlendirilmesi.....	73
1.2. Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi.....	77
2. Kurulun İznine Tabi Birleşmeler.....	77

B. REKABET KURULUNUN İNCELEMESİ

1. Genel Olarak.....	80
2. Bildirim ve Şekli.....	81
3. İnceleme ve Sonuçları.....	82
3.1. İzin Verilmesi.....	83
3.2. Şartlı İzin Verilmesi.....	83
3.3. Yasaklama.....	84
3.4. Menfi Tespit.....	85
3.6. Muafiyet.....	86
4. Yaptırımlar.....	87

C. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI

SONUÇ.....90

KAYNAKLAR.....93



KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirket
AT	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
C.	: cilt
dn.	: dip not
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
MK	: Medeni Kanun
p.	: paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TSN	: Ticaret Sicil Nizamnamesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayici ve İşadamları Derneği
vd.	: ve devamı
VUK	: Vergi Usul Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
y.y.	: yüzyıl

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinin varolduğu sistemlerde, piyasanın işlerliği ve korunabilmesi amacıyla rekabet hukuku kurallarına ihtiyaç duyulmuştur. Küreselleşme olgusu ile birlikte, büyüme ve aynı zamanda ayakta kalabilme, söz konusu rekabet kuralları çerçevesinde, teşebbüsleri, yeniden yapılanma zorunluluğuna sürüklemiştir. Teşebbüsler, verimlilik, pazar payları ve ürün çeşitliliklerini arttırarak teknolojinin sağladığı kolaylıklarla rekabet ortamında büyüyen firmalar karşısında yok olmamak için birleşme bütünleşme eğilimine girmişlerdir.

Her ne kadar şirket birleşmeleri son dönemlerde artmış veya gündeme gelmiş gibi gözükse de, 19. yy.'den itibaren teşebbüsler arasında bu tür konsantrasyonların varlığı mevcuttur.1990'lı yıllardan sonra, Avrupa'da özelleştirme hareketleriyle birlikte birleşmeler de sıklıkla yaşanmaya başlamıştır. Ekonominin büyümesi, ilgili pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin varlığı, tüketici tercihleri ve bunlara bağlı olarak artan rekabet koşullarında teşebbüsler, "küçük olsun benim olsun" mantığını terk ederek entegre olmaya başlamışlardır. Günümüzün ekonomik ihtiyaçları, ister özel sektör ister kamusal teşebbüs olsun, belirli bir genişlikte olmayı zorunlu kılmaktadır.

Türkiye'nin 1980'li yıllardan başlayan dışa açılım sürecinde teşebbüslerin, ekonomik konjonktür gereği yabancı firmalarla bütünleşme yoluna giderek, varlıklarını devam ettirme ve bu şekilde rekabet edebilme yolunu tercih ettikleri gözlenmektedir. Yabancı firmalarla yaşanan birleşmelerin yanı sıra, yerli teşebbüsler arasında da artan bir ivmeyle ilgili ürün pazarında birleşmelerin gerçekleştirildiğini görmekteyiz.

Rekabete ilişkin konular içinde şirket birleşme ve devralma işlemlerinin, Rekabet Kurumu tarafından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Tebliğlerle yapılan düzenlemeler ile denetlenmesi, hem tüketiciler hem de bütünleşen firmalar açısından önemlidir. Serbest piyasa ekonomisini benimsemiş olan sistemlerde birleşmelerin özgürce gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak rekabet hukuku kuralları çerçevesinde bunların denetlenmesi, yararlı ve zararlı olan noktalarının tespit edilmesi gerekir. Bu

çalışmada, Rekabet kavramı ve kurallarının gerekliliği ve serbest piyasa düzeni açısından önemine ilişkin olmak üzere, Rekabet mantığı ve kuralları genel olarak açıklanmaya çalışılmış, birleşme ve devralmalar konusunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun incelenmiş ve bu kanunun şirket birleşme ve devralmaları konusundaki hükümleri, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bazı kararlarla ilişkilendirilerek uygulamaya ilişkin somut durum değerlendirmeleri yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, Rekabet Hukuku açısından, birleşme ve devralmaya ilişkin konular işlenmekle birlikte, konunun teknik ve hukuki işlemleri ve diğer hukuk dalları açısından sonuçları da göz önünde tutulmuş ve bu tarz işlemlerin, Ticaret ve Vergi Hukuku'ndaki görünüşleri (özellikle malvarlığının devri aşamasındaki prosedürler ve teşebbüslerin yükümlülükleri) , konunun bütünlük arzemesi nedeniyle inceleme kapsamına alınmıştır



I. BÖLÜM

REKABET HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

A. REKABET KAVRAMI VE REKABET HUKUKU

1. Genel Olarak

Bu yüzyılın başlarında vuku bulan endüstri patlaması, beraberinde yeni bir ahlak anlayışını da geliştirdi. Bu ahlak anlayışı insanları, İngilizce deyimiyile “*business is business*” yani “*iş iştir*” şeklinde ifade edilen, rekabette sınır tanımayan, zengin olabilmek için her vasıtayı meşru gören kirliliğe bir yola sevketti. Teknik ve bilimdeki gelişmeler dev endüstrileri doğurdu. Zamanla aralarında anlaşan veya birleşen bu dev endüstriler, ekonomik özgürlüğü ortadan kaldıran bir mahiyete büründü. Küçük işletmeler için devasa holdinglerle rekabet etmek, hayal olmaktan başka bir şey değildi. Çünkü bu ortamda zeka, girişim cesareti, tecrübe gibi nitelikler başarı için yeterli değildi. İktisadi gücün yoğunlaşması karşısında özel teşebbüs hürriyeti hak olmak bir yana, rekabet gücüne sahip olmayan küçük ve güçsüz işletmeler için eriyip yok olmaları sürecini başlatan bir baskı aracı haline almıştır. Kartel¹ veya tekeller küçük işletmeleri yıkmakla kalmamış, çalışan kesimleri de diledikleri ücret ve istedikleri şartlarla istihdam etme keyfiyetine sahip kılmıştır. Kısacası sınırsız kapitalist ekonomi anlayışı, büyüklere yarayıp küçükleri ezmiştir.²

Bu gelişmelerin doğal sonucu, aynı veya benzer sanayi ve ticaret kollarında çalışan işletmeler, piyasayı kontrolleri altında tutabilmek için; pazar paylaşımı, fiyat ve bayilere bırakılacak kar hususlarında, aralarında gizli veya açık şekillerde anlaşarak liberal ekonominin mihenk taşı ve temel hedefi kabul edilen rekabetin ortadan kaldırılması olmuştur.

¹ Birbirinden bağımsız (ekonomik, teknik ve mali bakımlardan) işletmeler arasında, rekabeti sınırlandırmak ya da büsbütün ortadan kaldırmak amacıyla yapılan anlaşma. Büyük Larousse, Gelişim Yayınları, C. 11, 1986, s. 6467

² Metin Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerarası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.7, 2001, s. 4.

Bütün bu tecrübelerden sonra kartel ve tekellerin; başta küçük işletmeler olmak üzere, tüketici ve çalışan kesim üzerindeki baskısı karşısında, gerekli önlemlerin alınması, devlet için en temel görevlerden birisi haline gelmiştir.³

Küreselleşme, piyasa ekonomisi, uluslararası ticaret, uluslararası ticarete liberalizasyon, ulusal ve bölgesel düzeyde uygulanan korumacı politikalar günümüzde en çok tartışılan konular arasındadır. Piyasa ekonomisinin uygulandığı sistemlerde rekabeti düzenleyen kuralların varlığı ve etkin uygulanması, rekabetin varlığı açısından belirleyici bir rol oynamaktadır.⁴

Serbest rekabet düzeni devletin hiçbir denetim ve müdahalesinin olmadığı bir ekonomik düzen değildir. Bugün devletin görevi, piyasaya doğrudan müdahale etmek yerine, piyasanın sağlıklı işleyeceği ortamı hazırlamaktır. Devlet, piyasa ekonomisinin temeli olan serbest rekabet ortamını yaratacak, koruyacak ve sürdürecektir. Devletin denetim ve müdahalesi rekabetçi ortamın sağlanmasına ve korunmasına yöneliktir. Böylece anayasal bir hak olan girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği güvence altına alınır.⁵

1.1. Rekabet Kavramı

Rekabet, iktisadi hayatın temel kavramlarından biridir. Sözlük anlamı itibariyle rekabet, iki veya daha çok işletmenin, diğerleri karşısında kendi ürün veya hizmetlerinin tercih edilmesi konusunda gerçekleştirdiği faaliyetler; yarışma; rakip olma hali,⁶ benzerlerinden daha çok satmak ve daha çok kar etmek için yarışma,⁷ iş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanmak gayreti,⁸ olarak tanımlanmıştır. Ekonomideki rekabet kavramı ise, bilgi akışının tam, mal ve hizmetlerin homojen, hiçbir alıcı ve satıcının kendi başına mal ve hizmetlerin piyasa fiyatını ve toplam

³ Topçuoğlu, s. 5.

⁴ Gamze Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 4, 2000, s. 1.

⁵ H.Ercüment Erdem, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003, s. 7.

⁶ Collins Cobuild English Dictionary . Londra, 1995, s. 326.

⁷ Orhan Hançerlioğlu, Ekonomi Sözlüğü. 2. Basım, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1976, s. 219.

⁸ Büyük Türk Sözlüğü. Hayat Yayınları. s. 1012.

arz miktarını etkileme gücüne sahip olmadığı, giriş ve çıkışın serbest olduğu bir piyasa şekli olarak tanımlanır.⁹

18. Yüzyılın sonlarından itibaren sanayileşme olgusunun ortaya çıkması ve buna paralel olarak liberal düşüncenin önem kazanması, “*piyasa ekonomisi*” olarak adlandırılan iktisadi sistemin doğmasına yol açmıştır. En genel anlamıyla devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın kendi dinamikleri özellikle arz ve talep kurallarına göre işleyen bir ekonomik sistemi ifade eden (serbest) piyasa ekonomisi, 20. yüzyıla kadar egemen iktisadi sistem olarak katıksız bir şekilde uygulanmıştır.¹⁰

Piyasa ekonomisi iki temele dayanmaktadır. Bunlardan ilki yaygın “*özel mülkiyet*”in varlığıdır. Piyasa ekonomisi, bireyselliğe ve ekonomik birimlerin karar ve davranış özgürlüğüne dayanır. Bu ise ancak özel mülkiyet hakkının tanındığı bir hukuk düzeni içerisinde mümkündür. Piyasa ekonomisinin diğer temelini ise rekabet kavramı oluşturur. Genel olarak ifade etmek gerekirse rekabet, kaynakların etkin kullanımı, maliyetlerin düşürülmesi, yeni teknolojiler bulunması, bu teknolojinin üretime yansıtılması ve fiyatların düşmesi gibi pek çok yarar sağlar.¹¹

Rekabet, sürüm ve aranım (arz ve talep) yasası¹² ve fiyat mekanizması birbirine bağlı, birbirinden ayrılmaz koşullardır. Sürüm ve aranım yasası ve otomatik fiyat mekanizması, ancak rekabet koşulları içinde işler. Piyasada belli bir mal aranılından daha çok bulunursa rekabet, bu malın fiyatını düşürür. Düşük fiyat tüketimi çoğaltırken, öte yandan da üretimi azaltır.¹³ Dolayısıyla rekabet, fiyat mekanizması aracılığıyla, arz ve talep arasındaki dengenin otomatik olarak kurulmasını sağlar.

Rekabet, kapitalist ekonomi sisteminin yarattığı ve yarattıktan sonra da temelini dayandırdığı bir kavramdır. Ekonomistlerce üzerinde birleşilen basit kapitalist ekonomi

⁹ DPT Rekabet Hukuku ve Politikası Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu. Ankara, 1994, s. 6.

¹⁰ Kerem Cem Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 3, 2000, s. 3.

¹¹ Sanlı, s. 3.

¹² Satış fiyatının, sürüm (arz) ve aranım (talep) eğrilerinin kesiştiği noktada belireceğini saptayan yasa. Bkz. Hançerlioğlu, s. 250.

¹³ Hançerlioğlu, s. 220.

tanımı ile rekabet, satıcı ve alıcıların aynı pazarda –serbest koşullarda- fiyat ve üretimi belirlemeleridir. Aynı tanımdan yola çıkarak, rekabetin içinde yaşayacağı yer olan pazar kavramı da, arz ve talebin bulunduğu yer olarak tanımlanabilir. Yani başka bir söyleyişle pazar, serbest rekabetin sağlanmış olduğu ortamda, rakip işletmelerin veya kişilerin tüketicilere mal ve hizmetlerini sundukları bir ortamdır.¹⁴

Serbest rekabet düzeni, her türlü mal ve hizmetin herhangi bir sınırlama olmaksızın, isteyen herkes tarafından üretilip pazarlanabilmesi ilkesine dayanır. Bu düzenin işleyebilmesi için, piyasalarda çok sayıda satıcı (üretici) ve alıcının bir arada bulunmasını sağlamak gerekir. Dolayısıyla mal ve hizmet piyasalarında serbest ve tam bir rekabet düzeninin oluşabilmesi, işletmeler arasındaki rekabeti sınırlayan her türlü engelin ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Bu nedenle piyasalarda tekelleşmenin önüne geçilmesine ve büyük işletmelerin bir araya gelerek küçük işletmeleri (rakiplerini) piyasadan uzaklaştırmasına, devletin koyacağı hukuk kuralları vasıtasıyla engel olunması şarttır.¹⁵

1.2. Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları

Liberal ekonominin temeli serbest rekabettir. Serbest rekabet siyasi bakımdan batı demokrasilerinin temeli ve güvencesidir. Rekabet kanunları, serbest rekabet ortamını korur. Rekabet sınırlamalarına uygun bir emek ve gayrete dayanmayan iktisadi üstünlük korunmaz. Rekabet kanunları devletin ekonomiye serbest rekabeti kurma ve koruma amacıyla müdahale aracıdır. Bu bakımdan rekabet kanunları ekonominin bir anlamda anayasasıdır. Teşebbüsler ekonomik hayat içinde tekelleşmek istediklerinden, ekonomik hayat tekellerin eline geçerse tüketiciler gibi devletin de bu alanda etkisi kalmaz. Rekabet hukuku bu açıdan özgürlüklerin teminatını oluşturur.¹⁶

Bu anlamda rekabet hukuku, sadece mevcut ekonomik düzenin korunması değil, bu düzen içerisinde büyük bir paya ve düzeni yönlendirme gücüne sahip olan tüketicilerin de

¹⁴ Emel Badur, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar). Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 6, 2001, s. 4.

¹⁵ Badur, s. 9.

¹⁶ Reha Poroy; Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 260.

korunması noktasında önem kazanır. Çünkü rekabet piyasalarında fiyat, arz ve talebe göre belirlenirken, piyasaları sömüren teşebbüslerin ortaya çıkması tüketicilerin de fonksiyonel öneminin ve belirleyiciliğinin de yitirilmesine neden olacaktır.

Teşebbüslerin kendi aralarında ürettikleri mal ve hizmetler konusunda fiyat anlaşmaları yaparak tüketicileri istedikleri gibi yönlendirme durumları söz konusu olabilir. Şu durumda rekabet hakkı yerinde kullanılırsa; fiyatları düşürücü, işletmelerin verimini, mal ve hizmetlerin de kalitesini artırıcı bir fonksiyona bürünür. Tersisi durumda ise, rakiplerin ve bütün toplumun ekonomik çıkarları ihlal edilmiş olur.¹⁷

1.3. Haksız Rekabet

Haksız rekabet, TTK'nın 56. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Haksız rekabet, aldattıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir*”. BK' nın 48. maddesi ise “*Yanlı ş ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etme korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir*” dedikten sonra ticari işlere ait haksız rekabet hakkında TTK hükümlerinin mahfuz kaldığını belirtmiştir. Yargıtay 11. HD.' nin 15.5.1989 gün, E. 88/2889, K. 89/2929 sayılı kararında; “*TTK, 56-65. maddelerinde haksız rekabeti düzenlemiş, ancak BK' nın 48. maddesini kaldırmamıştır. Bu suretle tacirler arasındaki haksız rekabete TTK hükümleri, tacir olmayanlar (iki berber gibi) arasındaki haksız rekabete ise BK' nın 48. maddesi uygulanacaktır*” diyerek şöyle devam etmiştir:

“*Nitekim TTK' nın tasarısında, BK' nın 48. maddesinin kaldırılması öngörüldüğü halde, komisyon “ticari sahadaki haksız rekabet için konulmuş bulunan haksız rekabet hükümleri iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağından, BK' nın 48. maddesinin kaldırılması teklifini uygun görmediğini” belirtilmiş, ancak BK' nın 48.maddesindeki hükümle yeni TTK arasındaki tatbik sahası farkını belirtmek üzere BK' nın 48.maddesine bir fıkra eklenmesini uygun bulmuş ve 6763 sayılı TTK Meriyet ve Tatbik Şekli*

¹⁷ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku. Ankara, 1999, s. 286,

*Hakkında Kanun' un 41/II-a maddesi ile BK' nın 48. maddesine “ ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında TTK hükümleri mahfuzdur” fıkrası eklenmiştir. Bu suretle ticari haksız rekabet ile ticari olmayan haksız rekabet birbirinden açık bir biçimde ayrılmış bulunmaktadır. Ticari haksız rekabetin tacirler arasında söz konusu olabileceği aşikardır”.*¹⁸

TTK' nın 57. maddesinde “*hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler*” başlığı altında haksız rekabet oluşturacak durumlar sayılmıştır. Sınırlı sayı (numerus clauses) ilkesinin izlenmediği bu durumlar; başkasıyla ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgi verme; kötüleme; üçüncü kişilerin sırlarını ele geçirme; bu sırlardan faydalanma ve yayma; gerçeğe aykırı şahadetname verme; üçüncü kişilerin yardımcılarını görevlerini kötüye kullanmaya sevketme; iltibas; paye, şahadetname veya mükafat almış gibi davranma; aldatıcı reklamlarla kendisiyle ilgili yanıltıcı bilgi verme ve iş hayatı şartlarına riayet etmemedir.

Haksız rekabet teşkil eden durumlar Yargıtay kararlarında da sıklıkla yer almaktadır. Yargıtay, 11. HD.' nin 2.3.1993 gün, E. 91/8498, K. 93/1432 sayılı kararında, “*Başka bir firmaya ait boş LPG tüplerinin piyasadan toplanması ve bunların TTK 57/5 uyarınca şahsi ihtiyaçtan başka bir sebeple elde bulundurulması haksız rekabet fiilini oluşturur. Mahkemece... aksi düşünce ile davanın reddine hükmedilmesi... bozmayı gerektirmiştir*” denilerek başkasına ait malları satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak fiilini haksız rekabet kapsamında mütalaa etmiştir.¹⁹

Haksız rekabeti düzenleyen hükümler hukuki ve cezai yaptırımlarla korunmuş bulunmaktadır.²⁰

TTK 58. madde haksız rekabet hallerinde, haksız rekabetin tespiti halinde tespit davası; haksız rekabette bulunan kişinin haksız rekabetinin önlenmesi amacıyla men davası; haksız rekabet sonucu oluşan durumun ortadan kaldırılması, hukuka aykırı durumun düzeltilmesi davası; eğer bir kusur söz konusu ise zarar ve ziyanın tazmini davası; BK 49'

¹⁸ YKD. C. 16, S. 1, s. 64-65.

¹⁹ YKD. C. 19, S. 5, s. 718-719.

²⁰ Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri. 11.basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996, s. 85.

daki koşulların gerçekleşmesi ve davalının ağır kusurlu olması halinde²¹ ise manevi tazminat davası açılacaktır.

BK' nın ve TTK' nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin yanı sıra, özel düzenlemelerde de bu konuda çeşitli hükümler yer almaktadır. 5846 sayılı ve 5.12.1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 83-84. maddeleri; Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 136-154. maddeleri; Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 61-79. maddeleri; Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında 554 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 48-66. maddeleri; Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 24-37. maddeleri, bu konuda hüküm öngören düzenlemelerden bazılarıdır.²²

Haksız rekabete ilişkin genel ve özel nitelikli bu hükümlerin temel amacı, rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasını engellemek olup bu hükümlerle menfaati korunan, bu tür fiiller nedeniyle zarar gören, veya görecektir olan rakiplerle müşteriler olup dolaylı olarak koruduğu ise mesleki menfaatlerle, serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkıdır.²³

2. Rekabet Hukuku

Rekabet hukuku, ekonomi modeli olarak piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin benimsendiği sistemlerde, sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve bu ortamın korunabilmesi için gerekli olan düzenlemelerden oluşmaktadır. Bir başka deyişle, rekabet hukuku kuralları, serbest pazar ekonomisinin vazgeçilmez unsuru olan rekabetin

²¹ BK' nın 49.maddesi şümulüne giren manevi tazminatın sözkonusu olabilmesi için *şahsi menfaatlerin haksız tecavüze uğraması* (MK 24) yeterli olmaktadır.Bkz. Ergun Orhunöz, Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 29. Manevi tazminat, şahsiyet hakkına hukuka aykırı tecavüzdü doğan acı, elem ve ızdırabın telafisi amacını güder. Tecavüz sebebiyle duyulan acı, elem ve ızdırap manevi zarar olarak ifade edilir, görüşünde. Bkz. M. Kemal Oğuzman; M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 641.

²² Aşçıoğlu Öz, s. 9.

²³ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, 3. Baskı. Ankara, 1968, s. 448-449

korunmasını ve işlerliğinin sağlamasını hedeflemektedir.²⁴ Rekabet hukuku ile doğrudan doğruya kişilerin korunması amaçlanmamıştır.

Rekabet hukuku kurallarını, piyasa ekonomisinin varlığı için ön koşul, rekabet hukukunu piyasa ekonomisinin varlığı için olmazsa olmaz kurallar olarak nitelendirmek mümkündür. Zira rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin olmadığı bir sistemde, gerçek anlamda piyasa ekonomisinden söz etmek mümkün olmayacaktır.²⁵

Rekabet kurallarının muhatabı, iktisadi faaliyette bulunan ekonomik birimler olmakla birlikte, rekabet kuralları doğrudan doğruya bu birimleri korumak amacını taşımazlar. Rekabet hukukunun asli amacı, rekabetçi piyasa yapısının korunmasıdır. Ekonomik birimlerin veya teşebbüslerin korunması ise ancak dolaylı olarak gerçekleşmektedir.²⁶

Rekabet kurallarının bu anlamda en önemli fonksiyonu, teşebbüslerin iktisadi anlamdaki özgürlüklerinin sınırını belirtmesinin yanı sıra, piyasa ekonomisinin de hukuki altyapısını oluşturmalarıdır. Serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ülkelerde rekabeti düzenleyen ve sınırlayan kuralların varlığı, bu ekonomik düzenin sükeleri olan teşebbüslerin de girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği kapsamında faaliyette bulunmalarına olanak sağlamaktadır.

2.1. Rekabet Hukukunun Niteliği

Rekabet Hukuku kurallarının; amaçları, uygulanma biçimi ve emredicilik vasıfları yönünden kamu hukuku kurallarıyla benzer özellikler gösterdiğinde hiçbir şüphe yoktur. her şeyden önce Rekabet Hukuku, serbest rekabet düzenini korumayı hedeflemekte ve genel olarak ekonomik ve sosyal amaçlarla getirilmiş kurallardan oluşmaktadır. Rekabet

²⁴ Rekabet alanındaki kanunların amacı bir ekonomik sistem tercihi olarak serbest piyasa ekonomisini, kendi bütünlüğü içinde korumak ve böylece teşebbüslerin gelişimini teşvik etmek için piyasa mekanizmalarına güven duyulmasını sağlamaktır. Bkz. Erdem, s. 37.

²⁵ Aşçıoğlu Öz, s. 15.

²⁶ Sanlı, s. 7.

kanunlarıyla korunan menfaat bireysel menfaat değil, kamu menfaattir. Bu açıdan Rekabet Hukuku kamu hukukuna daha yakın bir hukuk disiplindir.²⁷

Kamu hukuku kurallarının emredicilik, yaptırım gücü, kendiliğinden uygulanabilme özellikleri vardır. Bu anlamda Rekabet Hukuku, kamu hukukuna yaklaşan bir nitelik gösterir. Ayrıca idari düzenlemeler ve teşkilatlanma açısından da (Rekabet Kurumu) özel hukuk dalı olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Her ne kadar Rekabet Hukukunun konusunu oluşturan sùjeler, özel hukuk kişileri olsa da, bunların idare ile olan ilişkileri de Rekabet Kanununun düzenleme kapsamında yer aldığı için, Kanunun, özel hukuk dalı olduğundan bahsedilemez. Ancak denilebilir ki, Rekabet Hukuku kuralları, konu bakımından özel hukuk sùjeleri ve bunlar arasındaki hukuki ilişkiler açısından özel hukuka, kuralların niteliği ve idari örgütlenme açısından kamu hukukuna yaklaşmaktadır.²⁸

2.2. Rekabet Kanununa Duyulan İhtiyaç

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Avrupa Topluluğu-Türkiye bütünleşme sürecinde, Kanun'un Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında yürürlükte bulunan Gümrük Birliği' nin getirdiği mevzuat uyum paketinin en önemli unsurlarından biri olduğu görülmektedir. Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki bütünleşme sürecinde en önemli üç uluslararası belge, 1963 tarihli Ankara Antlaşması²⁹, 1970 tarihli Katma Protokol³⁰ ve 1995

²⁷ Sanlı, s. 15

²⁸ Rekabet Hukuku kuralları; kanunun konusunu oluşturan sùjelerin ve bunlar arasındaki ilişkilerin, Ticaret Hukukuna tabi olması ayrıca kişilik hakları, sözleşme özgürlüğü, gabin, ikrah, ahlaka aykırılık gibi kavramlar ile Medeni Hukukta da görünüm arzemesi nedenleriyle, bu iki hukuk dalı ile de bağlantılıdır

²⁹ 1963 yılında Topluluk ile imzalanan ilk antlaşmadır. Bu antlaşma ile Türkiye, Avrupa' nın bir parçası olma yolunda ilk resmi girişimini yapmıştır. Ankara Antlaşması, esas olarak Avrupa ile Türkiye' nin ilişkilerinin ana esaslarını belirleyen çerçeve bir ortaklık antlaşmasıdır. Antlaşmanın 16. maddesinde, akit tarafların, rekabet hukuku, vergi hukuku ve genel olarak hukukların uyumlaştırılmasına ilişkin hükümlerini, taraflararası ilişkilerde uygulanabilir hale getirmeleri öngörülmektedir. Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 34.

³⁰ Ankara Antlaşması'na dayanılarak yapılan uygulama antlaşması niteliğindedir ve Ankara Antlaşması' nın 4. Maddesinde belirtilen geçiş döneminin gerçekleşme şartlarını ve usullerini belirler. Protokolün tamamının 1973 yılında yürürlüğe girmesiyle geçiş dönemi başlamıştır. Katma Protokolün 43. maddesi, Ortaklık Konseyi' nin, ekonomi politikalarının yaklaştırılabilmesi amacıyla, Katma Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren altı yıl içinde, Roma Antlaşması' nın rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin 85. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86. maddesi, kamu işletmeleri ile kendisine devlet tarafından özel ya da münhasır yetkiler tanınan işletmelere de rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin 90. maddesi ile devlet yardımlarına ilişkin 92. maddesinde belirtilen ilkelerin uygulanabilmesini sağlayacak kuralların yürürlüğe konulmasını öngörmektedir. Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 34.

tarifli Ortaklık Konseyi karardır. Bu belgelerin hepsinde, Türkiye' nin rekabet mevzuatını Avrupa Birliği standartlarına uygun hale getireceğine dair taahhütler bulunmaktadır

Gümrük Birliği, Türkiye ile Topluluk arasında serbest ticaretin, her türlü gümrük vergisi, eş etkili uygulamalar, miktar kısıtlamalarının kaldırılması, Ortak Gümrük Tarifesine (OGT) uyum ve mevzuat yakınlaştırması ile geliştirilmesini öngörmektedir.³¹ Bu bağlamda, Topluluk ile Türkiye arasındaki mevzuatların yakınlaştırılması ve Türkiye' nin uluslar arası taahhütleri kapsamında, Topluluk pazarının rekabet kuralları, Türk mevzuatına aktarılmış ve 13 Aralık 1994'de, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, yürürlüğe girmiştir.

Rekabet Korunması Hakkında Kanun'un düzenlenmesi, hukuki açıdan ortaya çıkan bu gerekliliğin yanı sıra Türk ekonomisinde 1980 yılından bu yana uygulanan serbest piyasa sisteminin yarattığı fiili durum, rekabetin düzenlenmesi ve hatta yeniden tesisini gerekli kılmıştır. Bilindiği üzere Türk ekonomisi, serbest rekabet şartlarının olmadığı, rekabet kültürünün bulunmadığı ve devletin veya devlet tarafından himaye edilen teşebbüslerin piyasaya hakim olduğu bir yapıda bulunmaktaydı. Bu bozuk fiili durumun düzeltilmesi ve piyasaların rekabet yoluyla ıslah edilebilmesi ihtiyacı, serbest rekabetin yasal bir düzenleme yoluyla etkin şekilde korunmasını zorunlu kılmıştır. Bu amaçla öngörülen 4054 sayılı Yasa, ekonomik düzendeki kartel anlaşmalarına ve ekonomik yoğunlaşmalara karşı etkin önlemlerle donatılmıştır.³²

Söz konusu kanun ile Rekabet Kurulu'nun karar alma sürecinde uyması gereken kurallar ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek; Avrupa ve Amerika' da egemen olan, savunma, bilgi kaynaklarından faydalanma, hukuki yardım, temsilin sağlanması ve gerekçeli karar vererek "idari işlemlerin açık ve rasyonel bir şekilde tesisi" sağlanmış olmaktadır.³³

³¹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulama Esasları. TÜSİAD-T/98-12/245, Ankara, 1998, s. 21.

³² Sanlı, s. 21.

³³ Zehreddin Aslan; Kahraman Berk, Rekabet Kurumu' nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi İstanbul: Alfa Kitabevi, 2000, s. 152.

2.3. Rekabet Kanununun Amacı ve Kapsamı

Rekabet hukukunun amacı rekabet düzenini korumaktır. Bu sebeple rekabet hukuku amaç yönünden kamu hukukuna daha yakındır.³⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' un 20. maddesinde belirtildiği üzere, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu kanunun uygulanmasını gözetmek ve bu kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlığıdır. Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Rekabet Kurulu idari işlem yapmaktadır.³⁵ Bunun gibi Kurul kararları yargı denetimine tabidir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesi, *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde 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 hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini 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”* diyerek kanunun kapsamını belirtmiştir.

Bu hükmün rekabet kuralları açısından temel önemi; rekabet kurallarının kimlere ve hangi coğrafi sınırlar dahilinde uygulanacağını çerçevesinin çizilmesinde kendini gösterir. Hüküm kapsamında açıkça ifade edilmemekle birlikte, rekabet kurallarının uygulanmasında en az bu iki unsur kadar dikkate alınması gereken diğer bir husus; Kanun' un zamansal açıdan uygulanmasıdır.³⁶

³⁴ Poroy/Yasaman, s. 260.

³⁵ Nurkut İnan, Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi. Ankara: Rekabet Kurulu Perşembe Konferansları, 1999, s. 12.

³⁶ Sanlı, s. 28.

2.3.1. Rekabet Kanununun Yer Bakımından Uygulanması

Milletlerarası hukukta yer alan ülkesellik prensibi³⁷ gereği, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, ancak Türkiye sınırları dahilinde söz konusu olabilecek rekabet hukuku ihlallerinde uygulama alanı bulacaktır. Ancak rekabet hukuku kurallarının ihlali meselesi bu kadar basit değildir. Küreselleşen dünyanın ve birbirine yaklaşan ekonomik sistemlerin varlığı, ülkelerarası ekonomik ilişkileri de daha kapsamlı hale getirmektedir. Ticarete ulusal sınırların kalkması neticesinde, Rekabet Hukuku kapsamında yaşanan ihlaller de yer bakımından çoğu kez, ihlalin nerede gerçekleştiği konusunda karışıklıklara yol açmaktadır. Örneğin bir ticaret kartelinde anlaşma ihraç ülkesinde, zararlı etkiler ise, ithalat ülkesinde doğmaktadır. Böyle bir durumda ise, gerçek anlamda Rekabet Hukuku ihlalinin gerçekleştirildiği yerin, anlaşmanın akdedildiği yer olarak mı, yoksa zararlı etkinin gerçekleştiği yer olarak mı kabul edileceği tartışma konusu yapılabilir.³⁸

Rekabet hukuku ihlalleri konusunda dünyadaki düzenlemelere bakıldığında ika yeri ve etki teorisi sistemleriyle karşılaşılır. Sözgelimi İngiltere, Japonya ve Hollanda ika yerini dikkate alırken ABD, Avusturya ve Kanada’ da etki teorisi sistemi benimsenmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da da etki teorisinin benimsendiği görülmektedir. Kanunun 2. maddesi, “Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde 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 hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini 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” diyerek ihlal nerede gerçekleşmiş olursa olsun etkisini Türk piyasalarında gösteren her türlü davranışın, bu kanun kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir. Ancak Kanunun 2. maddesi her ne kadar etki teorisini benimsemiş görünse de , kanunun lafzından, Türkiye’ de faaliyet göstermekle birlikte Türk piyasalarını etkilemeyen “ihracat

³⁷ Bir yasanın kökeni ne olursa olsun, ülkedeki tüm kişilere uygulanmasını öngören öğretisi. Kanunların mülkiyeti de denir. Bkz. Büyük Larousse, Gelişim Yayınları, 1986, C. 20.

³⁸ Bilgin Tiryakioğlu, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı. Ankara, 1997, s. 62.

kartelleri”³⁹ gibi bazı uygulamaların da Kanun kapsamına gireceği anlaşılmaktadır. “Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde faaliyet gösterme ifadesi” etki teorisini zayıflatmaktadır.

Avrupa Birliği hukukunda ise Adalet Divanı, net bir görüş ortaya koymaktansa, ülkesellik prensibini yorumlamayı tercih etmektedir. Adalet Divanı kararlarına bakıldığında somut vaka çözümlerinde daha çok etki teorisinin göz önünde tutulduğunu, rekabet kurallarının birlik dışında uygulanabileceğini ve yabancı teşebbüslerin rekabet kurallarına uymaları gerektiği göze çarpmaktadır.

2.3.2. Rekabet Kanununun Konu Bakımından Uygulanması

Rekabet hukuku kurallarına muhatap olan sùjeler, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleridir. Kanunun 3. maddesinde teşebbüs *“piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler”* olarak tanımlanmıştır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’ da verilen tanım açısından bir ekonomik birimin teşebbüs olarak kabul edilmesi için bunun ayrıca bağımsız⁴⁰ karar verebilmesi ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturması gerekir.⁴¹ Dolayısıyla iktisadi anlamda bağımsız olan ve herhangi bir başka teşebbüsün iktisadi kontrolü altında bulunmayan ekonomik birimler , hukuken bağımsız hak öznesi olup olmadığına bakılmaksızın Rekabet Hukuku anlamında “teşebbüs” sayılırlar. Esasen bunlar aynı zamanda bağımsız birer hak öznesi, yani gerçek veya tüzel kişi ise, o takdirde ortaya herhangi bir problem çıkmaz. Bununla birlikte söz konusu ekonomik birim, hukuken bağımsız gerçek veya tüzel kişilerden meydana gelen bağımsız bir “ekonomik bütün” ise, o takdirde “kimin” daha doğru bir deyişle “neyin”

³⁹ Saf dış satım kartellerinde karteğe taraf teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları iç piyasaları olumsuz etkilemeyip etkilerini sadece dış pazarda doğururlar. Buna karşılık ihracata yönelik söz konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma herhangi bir şekilde iç pazarı da olumsuz etkilerse, o takdirde bunların rekabet kurallarına muhatap olması gerekir. Bkz. Sanlı, s. 69, dn. 233.

⁴⁰ Teşebbüs sıfatının belirlenmesinde önem taşıyan, ekonomik birimin hukuki bağımsızlığı değil, iktisadi bağımsızlığıdır. Özellikle ticari hayatta yer alan ekonomik birimlerin , konsorsiyum, konzern, holding, ortak girişim gibi karmaşık hukuki ve fiili şekillerde örgütlenmesi ve bunların içe ve dışa yönelik ilişkilerinin farklılaşması karşısında, rekabet kurallarının amaca uygun olarak tatbik edilebilmesi için iktisadi ve hukuki bağımsızlığın birbirlerinden ayrılması büyük önem taşımaktadır. Bkz. Sanlı, s. 33.

⁴¹ Erdem, s. 16.

teşebbüs olarak nitelendirileceği meselesi ortaya çıkar.⁴² Örneğin holding⁴³ gibi yapılanmalarda, yapıyı meydana getiren bağlı ortaklıklar, iktisadi açıdan bağımsız olmadıkları için, bunların arasında bir rekabet durumu da söz konusu değildir. Çünkü iktisadi politika, yapıyı meydana getiren bağlı ortaklıklar tarafından değil, ana ortaklık tarafından oluşturulur.

Kamu teşebbüsleri açısından durumu değerlendirdiğimizde ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da kamu teşebbüslerinin de rekabet kurallarına muhatap olacaklarına dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Kanun'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, hiçbir istisna gözetilmeden tüm kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına muhatap olacakları şeklinde de yorumlanmamalıdır. Zira bazı hallerde, ekonomik faaliyetin yürütülmesindeki kamusal menfaat, rekabet kurallarının tatbik edilmesinden elde edilecek faydadan üstün olabilir.⁴⁴

Teşebbüs birlikleri⁴⁵ ise yine Kanunun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik” teşebbüs birliklerini oluşturur. Bu kapsamda dernekler (örneğin Özel Okullar Derneği), odalar (örneğin Elektrik Mühendisleri Odası), dernekler veya odalar tarafından oluşturulan birlikler (Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB), seyahat acenteleri birlikleri gibi); DİSK (Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu), TÜRKİŞ (Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu) gibi çeşitli sendika konfederasyonları; federasyonlar, teşebbüs birlikleridir.⁴⁶

Yukarıda da izah edildiği gibi holding türü yapılanmalarda, bağlı ortaklıkların tek başına bir iktisadi bağımsızlığı olmadığı için, bunların bir araya gelmesi halinde, bir teşebbüs birliğinden söz edilemeyecektir. Buradaki ayırıcı faktör, “teşebbüslerin”, belirli bir amacın

⁴² Sanlı, s. 33 vd.

⁴³ Kuruluş amacı ilke olarak başka şirketlere iştiraktan ibaret olan şirket, holding şirkettir. Bkz. Rüstem Hacırüstemoğlu, Holding ve Holdingin Kuruluşu, Vergisi ve Muhasebesi ile Dialog Dergisi, S. 151, Haziran 1993, s. 5. Sermaye şirketlerinin holding bünyesinde toplanmalarının amacı yönetim, sermaye ve denetim açısından birleşmek suretiyle, hem finans ve yönetim yapılarını güçlendirmek hem de bu suretle ticari hayat ve ticari organizasyonlara daha güçlü katılım sağlamaktır. Bkz. Şükrü Kızılot, Örtülü Kazanç Olayında Şirketten Çekilen Paralar ve Uygulanacak Faiz Oranı, Yaklaşım Dergisi, S. 45, Eylül 1996, s. 41.

⁴⁴ Sanlı, s. 38.

⁴⁵ Teşebbüs birlikleri, Rekabet Kanunu'nun kabul ettiği nitelikteki teşebbüslerden oluşmaktadır. İktisadi olarak veya hukuken bağımsız olmayan teşebbüsler, teşebbüs birliği kavramını oluşturmazlar.

⁴⁶ Erdem, s. 20 vd.

gerçekleştirilmesi için sürekli olarak bir araya gelmesi durumudur. Ayrıca teşebbüslerin bir araya gelmesiyle güdülen amacın ticari nitelik taşıması gerekmediği gibi, teşebbüs birliğinin herhangi bir ticari ve ekonomik faaliyette bulunması da söz konusu değildir.⁴⁷ Eğer bu birlik ekonomik faaliyette de bulunuyorsa, aynı zamanda kendisi de bir teşebbüs olarak nitelendirilecektir.

2.3.3. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 64. maddesi “ *bu kanunun idari para cezasına ilişkin 16. maddesi ile 17. maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer*” demek suretiyle kanunun yürürlüğünü düzenlemiştir.

Kanunlar, kural olarak, Resmi Gazete’ de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da, 13 Aralık 1994’ te Resmi Gazete’ de yayımlanmış ve idari para cezalarına ilişkin hükümler bir yıl sonra olmak kaydıyla yürürlüğe girmiştir. Kanun, yürürlükte kaldığı sürece cereyan eden olaylara uygulanacaktır.

2.4. Rekabet Kurumu ve Teşkilatı

Rekabet Hukuku, niteliği açısından kamu hukukuna daha yakındır. Çeşitli ülkelerde uygulanan rekabet hukuku sistemleri incelendiğinde bunu uygulayacak makamın ya özel olarak bu iş için kurulmuş ve özel yetkileri olan bağımsız bir idari makam ya da genel mahkemeler olduğu görülmektedir. Avrupa Topluluğu hukukunda, rekabet hukuku kuralları idari makamlarca yürütülmekte ve idari nitelikli para cezaları verilmektedir. RKHK’da da özel yetkilerle donatılmış, bağımsız, idari bir makam oluşturulmuştur. Bu makam, devletin egemenlik yetkisini kullanarak çeşitli yasaklar getirebilmekte, emirler veya para cezaları verebilmektedir. Bazı ülkelerde, hapis cezası da olmakla birlikte, esas yaptırım idari para

⁴⁷ Sanlı, s. 38.

cezalarıdır. Bunun yanında rekabeti sınırlayıcı uygulamaların kamu gücüyle yasaklanması söz konusudur.⁴⁸

4054 sayılı RKHK' nın 3. kısmı Teşkilata ayrılmıştır. Kanununun 20. maddesinde:

“Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı' dır.

Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Kurumun merkezi Ankara' dadır” denilmek suretiyle Rekabet Kurumu tanıtılmıştır.

Rekabet Kurulu tüzel kişiliği haiz, görevlerinde bağımsız, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurumdur. Kurulun görevi, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünü ve gelişmesini temin etmektir.⁴⁹ Kurul her ne kadar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile ilişkili ise de, Kurulun kararları üzerinde hiçbir organ veya siyasi otorite emir veya talimat veremez⁵⁰, vermek yetkisine de sahip değildir.⁵¹

2.5. Rekabet Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

Rekabet Kanunu'nun 21. maddesine göre Rekabet Kurumu teşkilatı, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet Birimlerinden oluşur. Kurulun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 27.

⁴⁸ İ.Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku. Genişletilmiş 2. Baskı, Bursa, 2001, s. 13.

⁴⁹ Topçuoğlu, s. 89.

⁵⁰ Ancak Kurumun bu özelliği bağımsızlık olarak algılanmamalıdır. Çünkü Türk Anayasaları karşısında “bağımsız idarelerin” savunulabilmesi mümkün görülmemektedir. Anayasa' nın 123. maddesi, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu, kanunla düzenleneceğini, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 6. maddesinde “hiçbir organ ya da makama kaynağını Anayasa'da bulmayan bir Devlet yetkisi tanınamayacağı” belirtilmiştir. Bkz. Aslan/Berk, s. 69.

⁵¹ Aslan/Berk, s. 77.

maddede, 14 bent halinde kurulun görev ve yetkileri sıralanmıştır: Buna göre Kurul , bu kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak; birleşme ve devralmalara izin vermek; bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak; rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak diğer ülkelerin mevzuat, uygulama, politika ve tedbirlerini izlemek ve kanunda sayılan diğer çalışmalarını yapmakla görevlendirilip yetkilendirilmiştir.

Rekabet Kurulu, Kanunu ihlal eden teşebbüslere ihlale son verme, belirli edimleri yerine getirme mükellefiyeti yükleyebilir. Kanunun 9. maddesine göre Kurul yasaklama sınırlarının ihlali durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin -yeniden- tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi yahut kaçınılması gereken davranışları kapsayan emirler yöneltebilir. Ayrıca Kurul nihai karara kadar, ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması kuvvetle muhtemel ise, ihtiyati tedbir kararı da verebilir.⁵²

3. Rekabetin Düzenlenmesindeki Hukuk Sistemleri

Her ülke, sahip olduğu sosyal ve iktisadi yapı, politik tercihler, gelişmişlik düzeyi ve ekonomik konjonktür çerçevesinde farklı rekabet politikalarına sahip olabilir. Bu rekabet politikalarına göre kullanılan sistemler, yasaklama sistemi, kötüye kullanma sistemi ve her iki sistemin karmasından oluşan uzlaştırıcı sistemden oluşmaktadır.

3.1. Yasaklama Sistemi

Bu sisteme göre hem rekabeti sınırlayıcı işletmeler arası anlaşmalar ve bu türdeki birleşmeler hem de tekeller, yarar-zarar hesaplarını yapmaksızın, kural olarak yasaklanmıştır.

⁵² Topçuoğlu, s. 88.

Çünkü bunlar serbest rekabet düzeni ile bağdaşmayan ve onu bozan zararlı yapılar olarak görülürler.⁵³ Bu uygulamalar niteliği gereği “per se” (yalnız başına) yasaktırlar. Per se doktrinine göre, bazı türden anlaşmalar nitelikleri gereği rekabeti sınırlar ve bu tür anlaşmaların piyasa ve rekabet üzerindeki etkileri, ayrıca araştırılmaya gerek olmaksızın hukuka aykırı olarak kabul edilirler. Amerikan anti-tröst hukuku rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip belirli anlaşma veya uygulamalar açısından, yasaklama sistemini benimseyen tipik bir hukuk sistemidir. Bu hukuk çevresinde kamu yararına aykırı rekabet sınırlamaları, mahiyetleri dolayısıyla ve başkaca bir şart aranmaksızın yasaktır.⁵⁴

Rekabet düzenine aykırılık iddiasıyla incelenen olaylar içerisinde, belirli tip anlaşmaların (uygulamaların) daima Sherman Kanununu⁵⁵ ihlal ettiği görülmüştür. Edinilen tecrübelerden , mahkeme önüne gelen belirli uygulamaların , haklı sebep kuralına⁵⁶ tabi tutulmasının veya bu sonuca götürecek ilave araştırmalar yapılmasının zaman ve kaynak israfına yol açacağı sonucu çıkıyordu. Bu durumda rekabeti sınırlama amacının ya da bu yönde bir etkinin varlığı tespit edildiğinde, hukuka aykırılığın belirlenmesi için herhangi bir hususun kanıtlanmasına gerek kalmayacaktır.⁵⁷ Eğer anlaşma ve birleşmeler, pazar gücünü arttırıyorsa bunların yararlı etkileri olup olmadığına bakılmadan yasaklanırlar.

3.2. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi

Bu sistemde genel olarak bir yasaklama söz konusu değildir. Yani kural olarak kartellerin, sınırlayıcı uygulamaların, ya da pazara egemen teşebbüslerin varlığına ses çıkarılmamakta; ancak bunların “kötüye kullanılmaları”na da izin verilmemektedir.⁵⁸ Bu sistemi benimseyen hukuklarda, gerek tekel durumu (veya piyasaya hakim durum) gerekse bu sonuca yol açacak birleşme ve devralmalar ile rekabeti sınırlandırıcı anlaşma ve

⁵³ Badur, s. 22.

⁵⁴ Topçuoğlu, s. 94.

⁵⁵ Bkz. s. 35. 2.p.

⁵⁶ Rekabeti sınırlandıran her sözleşme, işbirliği ve mutabakat, Sherman Kanunu 1. maddesi gereğince hukuka aykırıdır. Bu hükme göre rekabeti sınırlayıcı kayıtlar ihtiva eden her düzenleme, başka sebep aramaya gerek kalmaksızın, Kanuna aykırı olacaktır. Fakat sözleşme veya mutabakatlarda yer alan rekabeti sınırlayıcı kayıtlar, haklı sebeplere dayanıyorsa, sözkonusu anlaşmalar Kanuna aykırı kabul edilmeyecektir. Bkz. Topçuoğlu, s. 136

⁵⁷ Topçuoğlu, s. 139

⁵⁸ Ergun Özsunay, Kartel Hukuku. İstanbul: Fakülteler Mecmuası, 1985, s. 9.

uygulamalar kural olarak müsamaha ile karşılanacaktır. Fakat sonradan rekabeti sınırlayıcı mahiyetteki işbirliği faaliyetleri, tekel durumu, birleşme veya devralmalar kötüye kullanılır yahut toplum veya ekonomi için zararlı görülürse yasaklanır.⁵⁹

Bu ilkeye dayanan kartel hukuklarında, genel olarak karteller, sınırlayıcı uygulamalar ve tekeller üzerinde sıkı bir denetim öngörüldüğü belirtilmektedir. İngiliz kartel hukuku, “kötüye kullanma” ilkesine dayalıdır.⁶⁰ Sözgelimi, iki rakip teşebbüsün fiyat anlaşması yapıp maliyetinden düşük fiyatlarla satış yaparak rakiplerini piyasadan çekilmeye zorlamaları, bu sistem kapsamındadır.

3.3. Uzlaştırıcı Sistem

Bu sistem içerisinde genellikle rekabeti sınırlandıran işbirliği anlaşmaları ve uyumlu eylemler hatta birleşme ve devralmalar yasaklanmakta, tekel durumu (hakim konumda bulunma) ve uygulamaları ise kötüye kullanma sistemine tabi tutulmaktadır.⁶¹

Bu sistemde yasaklama ilkesi ve kötüye kullanma ilkesi uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Uzlaştırıcı çözümlerle karteller, tekeller ve pazara egemen olan teşebbüslerin bir bölümü kesinlikle yasaklanmış; bir bölümü için de kötüye kullanma denetimi öngörülmüştür. Tekellerin yasaklanması sermaye birikimi tam olmayan ülkeler için yararlı olmayabilir. Bunun yanı sıra, kötüye kullanma sisteminin uygulandığı ülkelerde ise, tekellerin varlığı hukuka aykırı kabul edilemez. Fakat bu kuruluşlar bir kere pazarı ele geçirdi mi, sürekli olarak tüketicinin zararına, kendi yararlarına hareket ederler ve sistem kendi yarattığı devri denetleyemez hale gelir. Karma sistem ise her iki uygulamanın eksikliklerini kapatarak orta bir yol bulmaktadır.⁶²

⁵⁹ Topçuoğlu, s. 95.

⁶⁰ Aslan/Berk, s. 66.

⁶¹ Topçuoğlu, s. 95.

⁶² Aslan/Berk, s. 66.

Karma sistem Federal Almanya (Federal Alman Kartel Kanununun) ve AT'de uygulanmıştır.⁶³ Türkiye'de yürürlüğe koyulan 4054 sayılı RKHK'da da bu sistem benimsenmiştir.

B. REKABETİ ENGELLEYEN UYGULAMALAR

1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma,Uyumlu Eylem ve Kararlar

1.1. Genel Olarak

Teşebbüsler, aralarında çeşitli anlaşmalar yaparak veya uyumlu davranışlar yoluyla rekabeti sınırlayabilirler. RKHK'nın 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmıştır:

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

⁶³ Özsunay, s. 9.

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması ,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartlar ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

1.2. Anlaşma

RKHK’da yer alan anlaşma kavramı, BK kapsamında belirtilen anlaşma kavramından daha geniştir.⁶⁴ Doktrin ve uygulamada RKHK 4. maddenin mehzazı olan ATA 81. maddedeki anlaşma (agreement) deyimini, hukuken geçerli, bağlayıcı olan anlaşmalarla birlikte, bu nitelikten yoksun her türlü karşılıklı tasavvur (bilgi) açıklamalarını, fiili davranışları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Böylece centilmenlik anlaşmaları, karşılıklı niyet açıklamaları, taahhütler, durum değerlendirmeleri yapan

⁶⁴ BK’nın 1. maddesi, “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur” demektedir. Buna göre iki veya daha çok şahsın, birbirine uygun irade beyanlarına kanun tarafından sonuç bağlanmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, . s. 33 vd.

memorandumlar, müşterek beyanlar anlaşma çerçevesine sokulabilmektedir. Bu doğrultuda, teşebbüsler arasındaki ekonomik özgürlüğü sınırlandıran, karşılıklı görüş bildiren, taahhütler içeren, hukuken bağlayıcı olan veya olmayan her davranış anlaşma kapsamında değerlendirilebilecektir.⁶⁵

Örneğin teşebbüsler arasında piyasanın coğrafi olarak paylaşılması, müşteri paylaşımı, alış-satış fiyatlarının tespiti, ithalatta ve ihracatta sabit fiyat uygulamaları, fiyat tavsiyeleri, münhasır bayilik anlaşmaları, rakip teşebbüs faaliyetlerinin zorlaştırılması yasak kapsamına giren işbirliği davranışları olarak sayılabilir.

Sözgelimi, RKHK 4.maddesinin a bendinde teşebbüslerin aralarında anlaşarak mal veya hizmetlerin alım-satım koşullarını veya fiyatlarını tespit etmeleri yasaklanmıştır. Bilindiği gibi fiyat, rekabet hukukunun en önemli ögesidir. Pazarda fiyatın, tüketicinin talebi ve üreticinin arzı ile oluşması gerekmektedir. Bu da ancak serbest iradelerin uyuşması ile gerçekleşecektir. Bu nedenle fiyat tespiti Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışların başında gelmektedir. Kar marjının tespiti rekabet hukukuna aykırılık oluşturur. Madde kapsamına, satış sonrası hizmetlerin sunulduğu, ödeme koşulları ve malın teslim şartları da girmektedir. Bu gerekçelerle Rekabet Kurulu, petrol satan istasyonlarda kredi kartı kullanan tüketicilerden alınacak banka komisyonunun, Petrol Ürünleri İşverenleri Sendikası'nca belirlenmesini ve bu yüzdenin (%4.25) her istasyona bildirilerek aynı biçimde uygulanmasının sağlanmasını, rekabeti kısıtlayıcı olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶

Kurul başka bir kararında da, İzmir Ticaret Odası'nın yaptığı başvuru üzerine Akçansa, Batı Çimento, Çimentaş, Denizli Çimento ve Batı Söke Çimento'nun anlaşarak zam yaparak fiyat belirlediklerine karar vererek adı geçen işletmelere para cezası vermiştir.⁶⁷

Anlaşmalar konusunda önemli olan bir husus da, yatay-dikey anlaşma ayırımıdır. Gerek RKHK'nın 4. maddesi gerekse ATA anlaşması yatay ve dikey anlaşma ayırımına yer vermemiştir. Her iki tip anlaşmanın da rekabete olan etkileri farklıdır.

⁶⁵ Topçuoğlu, s. 170.

⁶⁶ Aslan/Berk, s. 80.

⁶⁷ Aslan/Berk, s. 80.

Yatay anlaşmalar, üretim zincirinin aynı seviyesinde olan işletmelerin yapmış oldukları anlaşmalardır. Yani aynı işi yapan ya da bir malın üretim sürecinde aynı aşamada çalışan, böylece rekabet imkanı olan işletmeler arasındaki anlaşmalar yatay anlaşmadır. Örneğin beyaz eşya üreticilerinin üretim aşamasında yaptıkları fiyat, dağıtıcıların dağıtım aşamasında yaptıkları bölge paylaşma ve satıcıların tüketiciye satış aşamasında yaptıkları ek yükümlülükler getirme gibi anlaşmalar yatay anlaşma olarak değerlendirilebilirler. Piyasa yapısı gereği yatay anlaşmalar birbirlerine rakip olan kişiler arasında yapıldıklarından, genellikle rekabete olumlu etki yapmazlar.⁶⁸

Dikey anlaşmalar, üretimin çeşitli safhalarında çalışan kişilerin, kendileriyle aynı safhada olmayan kişilerle yaptıkları anlaşmalar, dikey anlaşma kapsamında değerlendirilirler. Dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı özellikleri yanında, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi, tüketiciye ilgili ürünü daha kolay bulabilme olanağı sağlaması gibi olumlu yönleri de bulunmaktadır.⁶⁹

1.3. Uyumlu Eylem

Teşebbüsler arasında anlaşma olarak nitelendirilemeyen bazı dolaylı ilişkiler mevcut olabilir. RKHK'nın 4. maddesinin 3. fıkrasında uyumlu eylem⁷⁰ karinesi, son fıkrada ise sorumluluktan kurtulma imkanı düzenlenmiştir.

RKHK ve ATA, uyumlu eylemi açıkça tanımlamamışlardır. Ancak Adalet Divanı kararlarında uyumlu eylem, teşebbüsler arasında, anlaşma seviyesine varmayan, fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak ikame edilen pratik işbirliğinden oluşan bir koordinasyon şekli olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım, aynı zamanda RKHK'nın 4. maddesine ilişkin gerekçede de bu şekilde ifade edilmiştir.

Kanun maddeleri yorumlandığında da şöyle bir tanıma ulaşılabılır:

⁶⁸ Badur, s. 61.

⁶⁹ Badur, s. 62.

⁷⁰ Doktrinde "uyumlu uygulamalar" terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Özsunay, s. 63.

Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur.⁷¹

Burada, anlaşma niteliğine bürünmemiş birtakım paralel davranış tarzları söz konusudur. Çünkü teşebbüsler anlaşma yoluyla rekabeti sınırlama yoluna giderlerse bunun yaptırımını oldukça ağırdır. Hukuki ve cezai sorumluluklar gündeme gelmektedir (örneğin kartel anlaşmaları açıkça hukuka aykırıdır). Anlaşma tarzında olmasa bile teşebbüsler, rekabeti, zımni (üstü örtülü) bir şekilde sınırlama yoluna gitmektedirler. İşte bu davranışlar da uyumlu eylem kavramıyla kontrol edilebilmektedir.

RKHK'nın 4. maddesinin son fıkrası bir kurtuluş beyyinesi de getirmektedir. Buna göre, rekabetin kısıtlandığının tespit edildiği durumlarda, teşebbüsler rekabeti kendilerinin sınırlamadığını ekonomik ve rasyonel gerekçelerle ispat ederlerse sorumluluktan kurtulabilirler.

1.4. Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemleri

RKHK'nın 4. maddesi, aynı zamanda teşebbüs birliklerinin, rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuracak karar ve eylemlerinin de yasak kapsamında olduğunu belirtmiştir. Zira bu tip birlikler, rakip teşebbüslerin kolayca bir araya gelerek piyasadaki rekabet koşullarını müzakere etmelerine olanak sağlayarak ilgili piyasadaki bilgi değişiminin artmasına neden olmakta ve rekabet açısından potansiyel bir tehlike oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra teşebbüs birliği kararı, diğer birliktelikler ile kıyaslandığı vakit, çok sayıda teşebbüsün bir araya

⁷¹ Sanlı, s. 79.

gelmesi imkanı ve karşılıklılığa ihtiyaç duyulmaması hususlarında, rekabetin kısıtlanmasında oldukça elverişli bir vasıta olarak karşımıza çıkmaktadırlar.⁷²

Teşebbüs birliği kararları, birliğin kurallarına uygun olarak alınan ve birlik üyelerince uygulanan kararlardır. Rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip birlik kararları bağlayıcı olduğu takdirde, kanuna aykırılık nedeniyle yasaklanacaktır. Ancak birlik tarafından alınan ve tavsiye niteliğini haiz bir takım kararlar, bağlayıcı olmadıkları takdirde yasak kapsamında değerlendirilemeyeceklerdir. Burada kanuna karşı hile durumu söz konusu olabilir. Birliğe dahil olan bütün üyelerin ittifakla uydukları veya şu ya da bu sebepten uymaları adetten olan kararların Rekabet Kanunu 56. madde⁷³ hükmünün uygulanmasını bertaraf etmek için “tavsiye” kararı olarak takdim edilmesi, kanuna karşı hile sayılabilir.⁷⁴

Rekabeti sınırlayıcı teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için icra edilmelerini beklemeye hacet yoktur. Zira, rekabeti sınırlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek kararın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır.⁷⁵

Teşebbüs birlikleri uyumlu eylemler yoluyla da rekabeti sınırlama yoluna gidebilirler. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açıkça hukuka aykırı kabul edildiğinden, teşebbüsler bu tür anlaşmaları alenen yapmak yerine gizli; sözlü veya paralel davranışlarla aralarındaki rekabeti bertaraf etme eğilimine girebilirler. İşte rekabet sistemi açısından bu endişeyi gidermek amacıyla, rekabet düzenlemelerinde, yasak faaliyetler içerisinde kabul edilen “uyumlu eylemler” kalıbına da yer verildiği görülmektedir. Bu durumda teşebbüsler arası uyumlu eylem “anlaşma”dan farklı olarak bağlayıcı olmayan mutabakatları, tasavvur açıklamalarını, niyet açıklamalarını, his açıklamalarını, centilmenlik açıklamalarını ve rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik bilumum paralel davranışları içine alan bir kavramdır.⁷⁶

⁷² Sanlı, s. 83.

⁷³ RKHK 56. madde: “bu kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararları geçersizdir. Bu anlaşmalardan doğan edimlerin ifası istenemez.”

⁷⁴ Topçuoğlu, s. 187.

⁷⁵ Topçuoğlu, s. 186.

⁷⁶ Topçuoğlu, s. 191.

2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

2.1. Genel Olarak

RKHK'nın 3. maddesi hakim durumu tanımlamıştır. Buna göre, hakim durum, “*belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*”dür.

RKHK'nın, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrası “*bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*” diyerek hakim durumu belirtmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, hakim durumun gerçekleşebilmesi için tekel gücü oluşturacak kapsamda bir ekonomik güç, rakiplerden ve müşterilerden bağımsız davranma ve bu durumların süreklilik arz etmesi unsurlarının varlığı gereklidir.

Kanunun her iki maddesinden de pazarda, birden fazla teşebbüsün hakim durumda bulunabileceği anlaşılmaktadır. Bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada hakim durumda bulunması, sahip olduğu yüksek pazar payından kaynaklanabileceği gibi, üretim kapasitesinden, ürettiği malın kalitesinden, kullandığı markanın yüksek çekici gücünden de kaynaklanabilir. Rekabet hukuku tarafından yasaklanan, herhangi bir teşebbüsün belirli bir pazarda hakim durumda bulunması değil, bu konumunu kötüye kullanmasıdır. Zira bir işletmenin faaliyet gösterdiği pazarda hakim durumda bulunması, kanuni bir tekelin söz konusu olmadığı durumlarda, tam rekabetçi piyasada rakiplerine üstünlük sağlamasından da ileri gelebilir; liberal iktisadi teorisinin doğal bir sonucu olan bu tablo sebebiyle hakim duruma geçen teşebbüsü cezalandırmak ise mümkün değildir. Şu halde 6. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için herhangi bir teşebbüsün belirli bir pazarda hakim durumda bulunduğu tespitini yeterli değildir; söz konusu teşebbüsün bu konumunu kötüye kullanmış olması aranacaktır.⁷⁷

⁷⁷ Poroy/Yasaman, s. 270.

Hakim durumun kötüye kullanılması ise çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Avrupa Birliği uygulamasında; haksız ticaret, fiyat farklılaştırması, sözleşmeyle bağlantısız ek yükümlülükler ve üretilen ürünün veya piyasaya girişin sınırlanması kötüye kullanma biçimleri olarak gösterilmiştir.⁷⁸

2.2. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler

Hakim durumun tespitine ilişkin somut olarak belirtilebilecek kesin bir tanım bulunmamaktadır. Bir teşebbüsün hakim durumda bulunduğunu tespit etmek üzere Rekabet Kurumu tarafından yapılacak incelemede, ilgili mal ve hizmet piyasasının coğrafi büyüklüğü, iktisadi büyüklüğü, ilgili piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı, bu teşebbüslerin ferdi pazar payları⁷⁹, ilgili teşebbüslerin diğer piyasalardaki faaliyetleri, potansiyel rekabet gibi bir dizi ölçütün tespiti neticesinde, ilgili teşebbüsün münferit karar ve davranışları ile pazar fiyatını ve diğer şartlarını belirleyebilme gücüne sahip bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Farklı piyasalardaki hakim durum parametreleri farklılık sergileyecektir.⁸⁰

AT Adalet Divanı ve Komisyonunun bu ölçütlerin belirlenmesi ve uygulamasına ilişkin kararları, Türk rekabet hukuku açısından yönlendirici olacaktır. Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun varlığını incelerken yalnız pazar payına ilişkin niceliksel bir inceleme yapmamış ulusal yasal düzenlemeden kaynaklanan tekel olma durumu, teknolojik üstünlük, ölçek ekonomileri, işletme politikaları, dikey entegrasyon ve gelişmiş dağıtım ağı, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, geniş ürün yelpazesi ve ürün farklılaştırabilme potansiyeli gibi, pazara giriş engeli oluşturabilecek niteliksel ölçütleri de göz önüne almak suretiyle, ayrıntılı ve çok yönlü bir inceleme yaparak, işletmenin pazarda hakim durumda olup olmadığını tespit etmiştir.⁸¹

⁷⁸ İ.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. No. 23-24, Ekim 2000-Mart 2001. Erişim: 29.06.2003 (WWW document).URL <http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%2023-24/21.htm>.

⁷⁹ Hakim durumun belirlenmesinde Komisyon ve Adalet Divanının öncelikle araştırdığı konu, işletmenin ilgili pazardaki pazar payıdır. Adalet Divanı, bu konuda sabit bir oran öngörmemiş, her olayı kendi şartları çerçevesinde ayrıca değerlendirmiştir. Adalet Divanı ve Komisyon, konuya ilişkin incelemelerinde, pazar payının yüksek olmasını, hakim durumun varlığı açısından tek başına belirleyici olmamakla birlikte, önemli bir gösterge saymaktadır. Bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 108.

⁸⁰ TUSİAD, s. 33.

⁸¹ Aşçıoğlu Öz, s. 154.

Kanunun lafzından, birden fazla teşebbüsün de, piyasada, birlikte veya ayrı ayrı hakim durumda bulunabileceği anlaşılmaktadır. ATA'nın 86. maddesi de “ *bir veya birden fazla işletme*” diyerek bunların birlikte hakim durum yaratabileceğinden bahsetmiştir. Rekabet Kurulu'nun Turkcell ve Telsim ile ilgili vermiş olduğu kararında da hakim durumlarını birlikte davranışlarıyla kötüye kullandıklarını ve böylece RKHK'nın 6. Maddesini ihlal ettiklerini tespit etmiştir. Kurul, GSM Telekomünikasyon alt yapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda bulunan Turkcell ve Telsim'e ait altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, piyasaya girişleri aşamasında zorunlu unsur niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra, Turkcell ve Telsim'in, bu altyapıdan İş-Tim'in ulusal dolaşım (roaming) yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve birlikte davranışlarıyla Rekabet Kanunu'na aykırı hareket ettiklerine karar vermiştir. Rekabet Kurulu verdiği kararla, sektörde dominant pozisyonda olanların, bu pozisyonlarını kötüye kullandığını teyit etmiştir.⁸²

2.3. Kötüye Kullanma Olarak Değerlendirilebilecek Durumlar

RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrası, beş bent halinde, hakim durumun kötüye kullanılması hallerini belirtmiştir.⁸³ Buna göre:

a) *Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*

b) *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,*⁸⁴

⁸² Hürriyet. s. 14, 10.06.2003.

⁸³ Kanunun lafzından, sayımın tahdidi nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, kanunda belirtilen haller dışında kalan durumların da “ kötüye kullanma” hali olarak kabul edilerek, 6. maddenin kapsamına sokulması mümkündür.

⁸⁴ Bu hükme paralel bir hüküm ATA'nın 86/2(c) maddesinde yer almaktadır. ATA'nın 86. maddesinde eşit durumda olan teşebbüslerin taraf oldukları hukuki işlemlerde, hakim durumdaki teşebbüsün bu hukuki işlemlerin taraflarını, rekabet edebilirlikleri bakımından birbirlerine karşı dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı şartlar uygulaması, kötüye kullanma sayılmıştır. Aşçıoğlu Öz, s. 162.

c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi*

d) *Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler⁸⁵,*

e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.*

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta, sadece satıcı konumunda bulunan teşebbüslerin değil, alıcı konumunda bulunan teşebbüslerin de hakim durumda bulunabileceğidir. Hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar gören, rakip teşebbüsler olabileceği gibi tüketiciler de olabilir. Sadece tüketicilerin zarara uğraması da 6. maddenin uygulama alanı bulması için yeterlidir.

3. Birleşme ve Devralmalar

RKHK, şirketlerin birleşmesi ve devralma konularını da düzenlemektedir. Birleşme ve devralmalar, Kanununun 1. maddesinde de belirtildiği gibi mal ve hizmet piyasasındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı bir uygulama olarak ortaya çıkabilirler.

III.. bölümde ayrıntılı olarak değinileceği gibi, birleşme ve devralmalar, halihazırda pazarda faaliyet gösteren işletmeler arasında gerçekleştiklerinden, her zaman belirli bir daralmayı da beraberinde getirir. Bu daralma rakip sayısında meydana gelmekle beraber, her

⁸⁵ Konuya ilişkin en çarpıcı örnek Microsoft davasında karşılaşılan durumdur. Microsoft firmasının işletim programı piyasasındaki hakim durumundan faydalanarak "Windows" programı ile birlikte internet tarayıcıları piyasasına dahil "Internet Explorer" programını da bedelsiz bağlı satış yöntemiyle pazarlaması, bu ikinci pazarda faaliyet gösteren rakiplerini zarara uğratmış ve ABD mahkemeleri bu durumu rekabet kurallarına aykırılık olarak değerlendirmişlerdir. Bkz. Poroy/Yasaman, s. 273.

zaman rekabetin azalması sonucunu doğurmaz.⁸⁶ Ancak meydana gelen konsantrasyon, rekabeti bozuyorsa bir müdahale söz konusu olacaktır. Bu nedenle her türlü birleşmenin yasaklanması ya da kontrol altına alınması şart değildir. Ayrıca dış rekabet açısından işletmelerin güçlenmesi ve büyümesi istendiğine göre bu büyümeye iç rekabeti bozma ihtimali olduğu anda müdahale etmek gerekir.⁸⁷

⁸⁶ Poroy/Yasaman, s. 275.

⁸⁷ Aslan, s. 249.

II. BÖLÜM

HUKUKİ AÇIDAN ŞİRKETLERDE BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

A. ŞİRKET BÜYÜME VE BİRLEŞMELERİ

1. Şirketlerin Büyümeye Duydukları İhtiyaç

21.yüzyılla birlikte işletmeler arası ve uluslararası rekabet, artan bir ivmeyle önem kazanmaya başlamıştır. Küreselleşme olgusunun varlığı, teknolojinin gelişmesi, buna bağlı olarak yeni faaliyet sahalarının ortaya çıkması, işletmelerin de kendilerini revize etmeleri ihtiyacını doğurmuştur. Günümüzün artan uluslararası rekabet koşullarında , işletmelerin piyasa değerini maksimize etme hedeflerine ulaşmaları çok daha önemli hale gelmiştir. Bunun için işletmeler; tedarik, üretim, finansman, pazarlama ve yönetim fonksiyonlarında sinerji etkisinden yararlanarak büyümeye ihtiyaç duymaktadırlar.⁸⁸ Sözelimi işletme riskinin azaltılması⁸⁹ amacıyla işletmeler büyüme yoluna gitmektedirler. İşletmeler büyüme stratejisi izleyerek ürün farklılaştırılmasını daha rahat gerçekleştirebilirler. Bu şekilde işletmeler farklı ürünleri üretim programlarına alarak işletme risklerini azaltabilirler.⁹⁰

Şirketlerin büyüme stratejilerinin iki görünüm şekli vardır:

1.1. İçsel Büyüme

Bu tarz büyüme modelinde şirketler kendi imkanları kapsamında büyüme işlemini gerçekleştirirler. Şirketlerin normal çalışma süreçleri içinde oluşturdukları ya da dışarıdan sağladıkları fonları, yeni projelere yatırarak gerçekleştirdikleri büyüme türüne içsel büyüme

⁸⁸ Orhan Çelik, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi. Ankara: Turhan Kitabevi, 1999, s. 7.

⁸⁹ Öztin Akgüç, Finansal Yönetim. Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul: Muhasebe Enstitüsü Yayın No. 63, 1995, s. 861.

⁹⁰ Çelik, s. 8.

denir.⁹¹ Sözelimi şirketlerin yeni üretim alanlarında faaliyet göstermeye başlamaları bu kapsamdadır.

1.2. Dışsal Büyüme

Bir şirketin, diğer şirket veya şirketlerin tamamını veya bir bölümünü ele geçirerek veya yönetimlerini denetim altına alarak büyümesine dışsal büyüme denir.⁹² Bu anlamda işletmeler, kendi iç dinamikleri ile büyümeyi gerçekleştirmemektedirler. İşletmelerin bu tarz büyüme modelinde, pazar yapısında da önemli ölçüde değişiklikler meydana gelmektedir.

Şirketler bu iki büyüme modeli arasından hangisini seçeceklerine karar verirken, içinde buldukları ekonomik konjonktür, şirketin müşteri potansiyeli ve teknolojik imkanlar birlikte değerlendirilmelidir. Şirket yönetimi açısından doğru olan yaklaşım, nerede küçük işletmenin nerede büyük işletmenin avantajlı olduğunu bilmesi ve ona göre bir organizasyon yapısına gidilmesi, ona göre bir hedef müşteri grubu seçilmesi ve tüm işletme fonksiyonlarının ona göre düzenlenmesidir.⁹³

2. Şirketlerin Birleşmeye Duydukları İhtiyaç

Ekonomik organizmaların özünde hiç şüphesiz büyüme vardır. Teknolojik gelişme, rekabet ve talep, işletmenin üretiminin fazlalaşmasına ve büyümesine baskı yapar. Gelişen rekabete karşı koymak ve talebi karşılayabilmek güçlü olmayı gerektirir. Birleşme ekonomik sebeplerle yapılır. Başlıca sebep rekabet gücünün artırılmasıdır. Birleşmenin sonucunda işletmenin piyasadaki durumu kuvvetlenir. Birleşen ortaklıkların müşteri muhiti genişler; birleşen ortaklıklar arasında bulunan rekabet ortadan kalkar; ortaklıklar daha rasyonel çalışmaya başlarlar; aynı konuda çift personel kullanımı bertaraf edilir; giderlerde azalma olur; pazarlama imkanları artar; güçlerin birleşmesi ile araştırma imkanları artar; bunun sonucu olarak da teknik ilerleme kaydedilir.⁹⁴

⁹¹ Çelik, s. 11.

⁹² Çelik, s. 11.

⁹³ Tamer Müftüoğlu, Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara. s. 35.

⁹⁴ Hamdi Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 2.

Günümüzün ekonomik ihtiyaçları ister devlet sektöründe, ister özel sektörde olsun, ekonomik teşebbüslerin belli bir genişlikte olmasını gerektirmektedir. Gerçekten her alandaki ekonomik teşebbüsler, gittikçe, yayılma ve büyüme eğilimi göstermektedirler. Ekonomik teşebbüslerin genişlemesi ve büyümesi, sermayenin ve örgütlenmenin önemini daha da arttırmıştır. Bazı hallerde sermaye miktarı ne olursa olsun, bunun daha da büyümesi ve yoğunlaşması, teşebbüsün başarılması için bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu sonucun elde edilmesinde de ortaklıkların birleşmesi yoluna gidilmiştir.⁹⁵

3. Birleşme Kavramı

Şirket birleşmeleri, 19. yy' ın ilk yarısında ortaya çıkmaya başlamıştır. Piyasadaki tröstleşme⁹⁶ eğilimini kırmak, küçük girişimciyi korurken onun üzerine çıkmaya çalışan özel sektör arasındaki güç savaşını ortadan kaldırmak amacıyla, Amerika' da, 1890 yılında Sherman Yasası⁹⁷ hazırlandı. Bu yasa, şirket birleşmelerini düzenleme amacıyla hazırlanmış bilinen ilk yasadır. Birleşmeler, 1950'lerden sonra hız kazanmış, 1980'lerden sonra da, Amerika' dan daha farklı bir ekonomik yapıya ve sosyal devlet anlayışına sahip olan Avrupa' da etkisini göstermeye başlamıştır. Bugünkü anlamında şirket birleşmeleri ise ekonominin büyüdüğü, dünyanın entegre olduğu, giderek birbiri ile daha sıkı çalışan ve uluslararası diyebileceğimiz holdinglerin dünya çapında alım-satım faaliyetlerine giriştiği 1990'lı yıllarda ortaya çıkmıştır. Tüm dünyada yaşanan kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesi, kamunun da

⁹⁵ Billur Yaltı, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev'i Değiştirme. İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 114.

⁹⁶ Hukuksal bağımsızlıklarını korumakla birlikte tek bir ana şirket tarafından denetlenen işletmelerin oluşturduğu, genellikle mali bir temele dayanan topluluk. Üç tip tröst vardır: hukuksal bakımdan birbirinden ayrı işletmelerin, fiyatlar üzerinde anlaşmak amacıyla kurdukları topluluk (ilk amerikan tröstleri bu tip kuruluşlar oldukları halde, onlara daha çok "kartel" ya da "pool" adı verilir); bir çok işletmenin birleşmesi sonucu ortaya çıkan tek işletme; *holding* ya da kendine özgü üretim etkinliği olmayan ama bir sıra iştirakler yoluyla, her biri ayrı hukuksal kişiliğini koruyan farklı işletmeleri denetleyen ya da yöneten mali şirket. Tröstün iki amacı vardır: 1. piyasada kendi yararına bir tekel yaratarak, üretilen ya da satılan malların miktarlarına ya da fiyatlarına egemen olmak; 2. üretimi rasyonelleştirerek maliyeti düşürmek. Tröstün gücü, ona resmi makamlar üzerinde baskı yapmak olanağı sağlayabilir. Tröst çoğu kez gerek fiyat gerek ücret politikalarında belli ölçüde ılımlı olma gereğini duyar, çünkü bir tekel nadiren mutlak olabilir ve ayrıca devletin ve sendikalarla siyasi partilerin uyarması sonucu kamuoyunun denetimi, tröstü ölçülü davranmak zorunda bırakır. Bkz. Büyük Larousse, C. 19, s. 11721.

⁹⁷ Bütün ülkelerde *antitröst yasalar*'la, bu gibi grupların aşırı gücünden doğabilecek zararlı sonuçların sınırlandırılmasına çalışılmaktadır. 1890'da ABD'de *Sherman Act* "Voting trust" yönetimini yasadışı ilan etmişti. Bu yasa tröst halinde birleşmiş şirketlerin hissedarlarının temettü alma hakkını korumakta ama oy verme hakkını kaldırmaktaydı. Bkz. Büyük Larousse, C. 19, s. 11721.

içinde payı olan halka açık şirketlerin hisse senetlerinin değerlerinin düşük olması firmaların birleşmeye olan yaklaşımlarını olumlu yönde etkilemiştir. Ayrıca sanayileşmiş ülkelerde 1980'li yıllardan itibaren, birleşmeleri özendirici tedbirlerin alınması vergi kanunlarında ve sermaye piyasası kurallarında yapılan değişiklikler firmaların birleşmeye yönelmesinde etkili olmuştur.⁹⁸

Dışsal büyüme yollarından birisi olarak kabul edilen şirket birleşmelerinin en önemli özelliği, en az bir şirketin birleşme sonucunda bağımsızlığını yitirmesidir. Şirketin bağımsızlığını yitirmesi kavramı en az bir şirketin birleşme sonucunda hem ekonomik hem de hukuki bağımsızlığını yitirmesi anlamına gelir.⁹⁹ Teknik - hukuki anlamda birleşme, bir veya birden çok ticaret ortaklığının, malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır.¹⁰⁰

Birleşme kavramının esas unsuru malvarlıklarının birleşmesi olduğu halde , BK 179. maddesinde öngörülen bir işletmenin ya da malvarlığının devrinden farklı olarak bir anlamda ortakların da birleşmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile, birleşme sonucu infisah eden ortaklığın pay sahipleri , birleşme ile ex lege devralan veya yeni kurulan ortaklığın pay sahibi olurlar. Burada ortakların intikalinden söz edilebilir.¹⁰¹

⁹⁸ Ali Haydar Yıldırım, Olcay Kolotoğlu, Anonim Ortaklıklar ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi, Nev'i Değişikliği, Bölünme ve Hisse Değişimi, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2003, s. 188, 189.

⁹⁹ Çelik, s. 14.

¹⁰⁰ Ünal Tekinalp, Reha Poroy, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s. 106.

¹⁰¹ Yasaman, s. 5.

B. ŞİRKET BİRLEŞMELERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Şirket birleşmeleri, faaliyet alanlarına göre dört şekilde gerçekleşmektedir:

1. Yatay Birleşmeler

Yatay birleşmeler, üretim veya dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerin birleşmesidir. Yatay birleşmelere örnek olarak lastik üreticisi iki teşebbüsün birleşmesi gösterilebilir.¹⁰² Bu tür birleşmelerde amaç,

- kaynakların etkin kullanımını sağlamak,
- üretimde uzmanlaşma ve üretim maliyetlerinde tasarruf sağlamak,
- mal ve hizmet pazarlamasında dağıtım kanallarında avantajlı duruma yükselmek, pazarlama maliyetinde tasarruf sağlamak,
- üretim teknolojisi ve diğer konularda işbirliği yapmak ve
- birleşme öncesi aleyhte gelişen rekabetin ortadan kalkması ile ortak amaçlara yönelme imkanının doğmasıdır.¹⁰³

Yatay birleşmelerin belirtilen bu faydalarının yanı sıra bir takım sakıncaları da bulunmaktadır. Bu sakıncalar şu şekilde özetlenebilir:

- Birleşme faaliyetleri sektöre giriş engelleri yaratması ve rekabeti daraltması gibi sonuçlardan dolayı şirketin “dışındakilere (outsiders)” zarar verebilir. Bu yüzden kamu otoriteleri çoğunlukla rekabeti ortadan kaldırmaya izin vermemektedir. Özellikle gelişmiş ülkelerde birleşme sürecinin en önemli aşamalarından biri, rekabetin korunmasını sağlamakla görevli kamu otoritelerinden birleşme iznini almaktır.

¹⁰² Erdem, s. 37.

¹⁰³ Hülya Var, 4064/89 (ECO) sy.Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Avrupa Birliğinde Şirket Birleşmelerinin Kontrolü, İstanbul: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996, s. 7.

- Birleşme sonrası fiyatlar birleşme öncesi fiyatlardan daha düşük de olabilir. Yatay birleşme sonucunda, şirketin ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatının rekabetin azaltılmasından dolayı her zaman yüksek olacağı, yani her zaman birleşme sonucu oluşan şirketin tekeli elde edeceğini söylemek yanlış olur. Yatay birleşme sonucunda rekabetin azaltılması, pazardaki şirketlerin fiyat rekabeti dahil yeni rekabet alanlarına girmelerine neden olabilir.¹⁰⁴

Günümüzde meydana gelen şirket birleşmelerinde en çok yatay birleşmeler uygulama alanı bulmaktadır.

2. Dikey Birleşmeler

Herhangi bir ürünün üretiminden satışına kadar farklı aşamalarında faaliyette bulunan şirketler arasında yapılan birleşmelere dikey şirket birleşmeleri (vertical merger) denir. Bu tür birleşmelerde birleşen şirketler arasında alıcı-satıcı ilişkisi ya da aynı ürünlerin farklı aşamalarında faaliyette bulunma ilişkisi söz konusudur.¹⁰⁵ Burada birleşen şirketler aynı işkolunda değil, bağlantılı işkollarında faaliyet göstermektedirler .

Dikey şirket birleşmelerinde üretim faaliyetinde bulunan bir şirket, hammadde veya malzeme satan şirketler gibi faaliyet akışının ilk aşamalarında yer alan bir şirketle birleşme yoluna gidilebileceği gibi, faaliyet akışının son aşamaları olan dağıtım ve pazarlama alanında faaliyet gösteren şirketlere de yönelebilir. Burada amaç, hammaddeyi kontrol etme ya da üretilen mal ya da hizmetin dağıtım ve pazarlamasını da üstlenme yönündedir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Çelik, s. 21.

¹⁰⁵ Nurhan Aydın, İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği. Ankara: TOBB Yayın No. Genel 150; Ar-Ge: 62, 1990, s. 7.

¹⁰⁶ Var, s. 7.

3. Karma Birleşmeler

Ekonomik çeşitlendirme olarak da adlandırılan karma birleşmeler şirketlerin, farklı faaliyet alanlarına en kısa sürede girmelerinin hızlı bir yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşletme riskini azaltmak için birbirleriyle ilişkisiz alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesi olarak tanımlanabilecek karma birleşmeler, sıklıkla sabit teknoloji, farklı endüstrilerdeki mal ve hizmetlerin üretimini yapan şirketler arasında gerçekleştirilir.¹⁰⁷ Karma birleşmelerde şirketler, yatırımları birbiriyle ilgisi olmayan alanlara yönelerek riskten kaçınmaya çalışmaktadırlar.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu (FTC) bu tür birleşmeleri üç alt bölüme ayırmaktadır:¹⁰⁸

3.1. Ürün Çeşitlendirme Amaçlı Birleşme

Üretim ve/veya dağıtım fonksiyonları benzerlik gösteren, ürettikleri ve/veya dağıttıkları ürünler arasında doğrudan bir rekabet olmayan, aynı piyasada faaliyet gösteren şirketler birleştiği zaman, ürün açısından genişlemeyi amaçlayan “ürün genişleme amaçlı birleşme” (product extension merger) söz konusudur. Yazılı basın pazarında yer alan bir teşebbüsün görsel basın pazarında örneğin televizyon yayın pazarında yer alan bir teşebbüsle birleşmesi halinde durum budur.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Çelik, s. 21 vd.

¹⁰⁸ Var, s. 8.

¹⁰⁹ Erdem, s. 39.

3.2. Pazar Genişleme Amaçlı Birleşme

Aynı tür ürünleri imal eden, fakat bu ürünleri değişik coğrafi pazarlarda pazarlayan şirketler birleştiği zaman pazar açısından genişlemeyi amaçlayan “pazar genişleme amaçlı birleşme” (market extension merger) söz konusudur.

3.3. Diğer Karma Birleşmeler

Birbirleriyle ilgisiz alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin birleşmesi durumu asıl karma birleşmeleri oluşturmaktadır. Yani birleşen şirketlerin faaliyette buldukları ürün çeşidi ve/veya coğrafi pazar arasında herhangi bir bağlantı yoktur.

4. Sınır Ötesi Birleşmeler

Küreselleşme olgusunun varlığı ve bu olguyla birlikte dünyanın daha da küçülmesi, ülkelerin hem ekonomik hem hukuki hem de kültürel olarak birbirine yaklaşması ve sınırların kalkmaya başlaması neticesinde, firmalar, uluslararası konjonktürde büyüme arayışına girmektedirler. Artan rekabet ortamında firmalar, mevcut büyümeler karşısında yetersiz kalmamak , kendilerini gelişen şartlara uydurabilmek ve benzer sebeplerle, sınırlar ötesindeki firmalarla bütünleşme yoluna gitmeye başlamışlardır. Günümüzde firmalar, mevcut ülke sınırları içindeki pazarlar ile yetinmeyerek tüm dünya pazarlarında faaliyet göstermeyi hedeflemektedirler.

Özellikle çok uluslu şirketler uluslararası üretim ağı kurabilmek için üretim faktörlerinde avantajlar sağlamak veya yeni pazarlarda faaliyet gösterme çabası içindedirler. Bu tür şirketlerin yurt dışında faaliyet göstermelerinin en uygun ve hızlı yollarından biri de başka bir şirket ile birleşmesidir.

Sınır ötesi birleşmelerin, özellikle bankacılık ve sigorta kimya ve ilaç, telekomünikasyon ve medya sektörlerinde yoğun olduğu görülmektedir. Bunun yanında sınır

ötesi şirket birleşmeleri, ar-ge faaliyetleri yoğun endüstrilerde, yurt içi birleşmelerden daha sık ortaya çıkmaktadır.¹¹⁰

C. BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

1. Genel olarak

Türk Hukukunda, şirket birleşmelerinde izlenecek yol, uygulamalar, şirketlerin yükümlülükleri kanunlarla düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu başta olmak üzere Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Borçlar Kanunu, Vergi Kanunları, Bankalar Kanunu, Kooperatifler Kanunu kendi kapsamlarına giren durumlar çerçevesinde, birleşmeler konusunda düzenlemeler içermektedirler.

1.1. TTK' daki Birleşme Kavramı

TTK' nın 146-152. maddeleri arasında şirket birleşmeleri genel hükümler yoluyla düzenlenmiştir. TTK 146. madde bütün ortaklıklara uygulanan genel hüküm niteliğindedir ve iki tip birleşme açıklanmıştır. TTK 146. maddenin yanı sıra, TTK 147, 148, 149. maddelerde şirket birleşmelerinin şartları; 150, 151. maddelerde birleşme hükümleri; 185. maddede, şirketlerin infisah sebeplerinden , 434. maddede anonim ortaklıkların infisah sebeplerinden biri olarak birleşme konuları düzenlenmiştir. TTK 439. maddede yer alan şirketlerin tasfiyesi hali; 451. maddede tasfiyesiz infisah halleri; 452. maddede yeni şirket kurulması; 453. maddede sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket tarafından devralınma bahislerinde birleşmeler ve sonuçları ile ilgili hükümlere rastlanmaktadır.

TTK' nın 146. maddesinde verilen tanıma göre “ *Birleşme iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbirleriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha*

¹¹⁰ Çelik, s. 23 vd.

fazla ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir.” Bu tanıma göre birleşmeden söz edebilmek için;

- en az iki ticaret şirketinin varlığı
- bunlardan birinin birleşme işlemi neticesinde hukuken ortadan kalkması
- birleşen şirketlerin malvarlıklarının aktif ve pasifleriyle yeni kurulan şirkete geçmesi
- birleşme işleminin devralma yahut yeni bir ticaret şirketi kurulması şeklinde gerçekleşmesi, unsurlarının varlığı gerekir. Ticaret şirketlerinin birleşme yoluna gitmeden birlikte çalışmaları, birinin diğerinin malvarlığını kısmen veya tamamen devralması gibi haller, tanımlanan birleşme kavramına uymaz. Aynı şekilde devralma ve birleşme kavramları da birbirinden farklıdır. Her devralma birleşme değildir. Birleşmede, birleşen ortaklığın bütün malvarlığı bir kül halinde diğerine intikal edecek ve bunun karşılığında da devralan ya da yeni kurulan ortaklığın pay senetleri verilecektir. Kısmi devralma ya da nakit karşılığı bir devralmada birleşmeden bahsedilemez.¹¹¹ Örneğin hukuki varlıklarını ve kişiliklerini koruyarak holding sistemi içerisinde bir araya gelen ortaklıklar (bağımsızlıklarını yitirmiş olsalar dahi) arasında bir birleşme mevcut olmaz.

1.1.1. Ticari İşletme Kavramı

Ticari işletme kavramı TTK'nın 11. maddesinde düzenlenmiştir. *“Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme sayılır”*. Buna göre işletme, sermaye-emek-idare (müteşebbis) üçlüsünün bir araya gelip, belirli bir organizasyon içinde ve bir cüz'ü tam olarak faaliyet göstermesi olarak tanımlanır.

¹¹¹ Yasaman, s. 13.

İhtiyaçların giderilmesine yönelik bağımsız bir faaliyet olan işletme faaliyeti, çeşitli unsurların bir araya gelerek bir bütün teşkil etmeleri ile ortaya çıkar.¹¹² Doktrindeki bir başka görüş ise¹¹³ ticari işletmeyi , “*gelir sağlamak ve devam niyetiyle esnaf işletmesi sınırlarını aşan işletmeler, ticari işletmedir*” şeklinde tanımlamaktadır.

Bir faaliyetin ticari işletme sayılması için bazı kıstasların varlığı gerekir. Ticari işletme kıstasları Ticaret Kanununun 11-13. maddeleri ile TSN'nin 14. maddesi birlikte mütalaa edilerek tesbit edilebilir. TSN'nin 14/2. maddesine göre “*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan ve devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler, ticari işletme sayılmaz*”.¹¹⁴ Bu maddeye göre bir müessesenin ticari işletme sayılabilmesi için gelir elde etme amacı olması, devamlılık arzemesi ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşması gerekir.

İktisadi faaliyetlerle iktisadi işletmenin bir kısmını ve bir nevini teşkil eden ticari teşebbüs kavramı, esnaf işletmesi de dahil, bütün ticari faaliyetleri ihtiva eder. Ancak her ticari işletme bir ticari teşebbüs ise de, her ticari teşebbüs bir ticari işletme değildir.¹¹⁵

Ticari işletme , bir insan faaliyeti tarafından organize edilen ve belli bir amaç için bir araya getirilen maddi ve gayrimaddi unsurlardan oluşur. Bu tanımda ticari işletmede maddi ve gayrimaddi unsurlardan oluşan malvarlığı ile bu malvarlığını belli bir amaç doğrultusunda organize eden şahıs unsuru vardır.¹¹⁶

1.1.2. Ticaret Şirketleri

Ticaret şirketleri, iki yada daha çok kişilerin ekonomik bir amaçla kurdukları ortaklıktır. Tek kişilik ekonomik teşebbüsler zamanla şirket halinde birleşmelere dönüşmüştür. Bunların en üstün biçimi, tekelci anamalcılığın¹¹⁷ dev tekel şirketleridir. Şirketler ilk evrelerinde şahıs şirketleri olarak belirmiş sonra anamal (sermaye) şirketleri

¹¹² Poroy / Yasaman, s. 25.

¹¹³ İmregün, s. 10.

¹¹⁴ Yasaman, s. 10.

¹¹⁵ Hayri Domaniç, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları. İstanbul, 1978, s. 71.

¹¹⁶ Yasaman, s. 12

¹¹⁷ Anamal şirketler : Sermaye şirketleri : Anonim, limited, kooperatif, hisseli komandit şirket

kurulmuştur.¹¹⁸ Şahıs şirketlerinde temel unsur o şirketi kuran şahıslar olduğu halde sermaye şirketlerinde sermaye öne çıkar. İki veya daha çok kişinin kazanç sağlamak veya bunu paylaşmak niyet ve amacıyla, iktisadi ve mali yarar sağlayan ve bu amacın gerçekleşmesine yeterli edimlerini, bir araya getirip bu amaca tahsis ederek kurdukları çok taraflı bir akittir.¹¹⁹

1.1.3. Birleşmelerde Aranılan Şartlar

TTK'nın 146. maddesinde şirket birleşmeleri tanımlandıktan sonra devam eden, 147, 148 ve 149. maddelerinde birleşmelerin şartları düzenlenmiştir.

TTK'nın 147. maddesi, birleşmelerin sadece aynı nevide olan şirketler arasında mümkün olabileceğini düzenler. Buna göre, kolektif ve komandit şirketler ile anonim şirketler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı neviden sayıldıkları için bunlar arasında birleşme işlemi gerçekleşebilir. Ancak bir limited şirket, anonim şirketle birleşmek isterse, öncelikle nevi değiştirmelidir. TTK'nın 152. maddesine göre, bir ticaret şirketinin nev'i, başka bir ticaret şirketinin nev'ine dönüştürülecekse, kanunda aksi bir düzenleme yoksa, çevrilecek olan şirkete ilişkin kuruluş muamelelerinin yapılması gerekecektir.

TTK'nın 148. maddesindeki karar koşulu ise, birleşecek olan şirketlerin birleşme konusunda ayrı ayrı karar verip bu kararı tescil ve ilan etmeleridir. Birleşme sözleşmesinin içeriği, birleşmenin türüne göre değişik olabilir. Ancak sözleşme karşılıklı ve birbirine uyan birleşme iradeleri ile devralınan şirketin malvarlığının tasfiyesiz bir bütün halinde, devralan veya yeni kurulan şirkete geçeceğini mutlaka içermesi gerekir. Ayrıca birleşen ve devralan şirketlerin ünvanları, esas sermayeleri, her hissenin nominal değeri, şahıs şirketlerinde ortaklar, hisse tutarları, hisse değişim oranı, esas sermaye artırım tutarı ve iştigal konuları gibi ana noktalar ile birleşmenin şartları ve taraflara yüklediği borç ve yükümlülükler yer almalıdır.¹²⁰

¹¹⁸ Hançerlioğlu, s. 253.

¹¹⁹ İmregün, s. 157.

¹²⁰ Çelik, s. 131.

Birleşmenin geçerli olabilmesi için birleşecek şirketlerin bu konuda alacakları kararların tam bir mutabakat halinde olması da şarttır. Aksi takdirde, ilgili şirketlerin birleşme iradelerine rağmen, birleşme şartları birbirlerine uymadığından, birlik teşekkül edemez. Birleşme bir ortaklık olduğundan, ortakların tam bir mutabakata varmaları gerekir.¹²¹

Birleşme sözleşmesinin hazırlanıp onaylanmasından sonra , birleşme işlemi, birleşen şirketlerin yetkili kurullarınca karara bağlanır. Bu aşamada şirketlerin türleri, meydana gelecek hukuki neticeler açısından fark yaratacaktır. Anonim şirketlerin birleşmesinde, birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan anonim ortaklıkların genel kurullarında onaylanmasından ve bu onaylanma birbirlerine bildirildikten sonra kurulmakta; ancak hükümlerini devralmada sermaye artırımının tescilinden, yeni kuruluşta da yeni kurulan anonim ortaklığın tescilinden sonra meydana getirmektedir.¹²² Devreden şirketin malvarlığı da yine onay kararının tescili ile kendiliğinden devralan ya da yeni kurulan şirkete geçer. Malvarlıkları birleşirken, iltihak eden ortaklığın malvarlığı kendiliğinden (onay kararının tescili ile), bir bütün olarak ve külli halefiyet yolu ile devralan ortaklığa geçer, yoksa taşınmazlarda tescile, taşınırlarda teslim, alacaklarda temlike, buluşlar (patent, ihtira), markalar, maden hakları gibi bazı malvarlığı parçalarında, kanunlarda öngörülen özel devir şekillerine uyulmasına gerek yoktur.¹²³

TTK'nın 149. maddesi bilanço koşulunu düzenler. Buna göre “ *Birleşen şirketlerin her biri, aralarında tespit edilecek bir örneğe göre tanzim edilmiş olan bilançosunu ilan etmeye ve birleşme sebebiyle varlıkları sona eren şirketler ise ayrıca kendilerine ait borçların ne suretle ödeneceğine dair tanzim edecekleri beyannameyi bilanço ile birlikte ilana mecburdurlar*”. Birleşecek olan ortaklıklar birleşmeye esas teşkil edecek bir bilanço çıkarırlar. Buna *birleşme bilançosu* denir. Birleşme bilançosunun tarihi aynı zamanda birleşmenin de tarihidir, yani birleşme, birleşme bilançosunun tarihi itibarıyla gerçekleşir.¹²⁴

¹²¹ Domaniç, s. 74.

¹²² Yasaman, s. 39.

¹²³ Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), s. 107.

¹²⁴ Tekinalp (Poroy-Çamoğlu), s. 108.

Birleşme kararları ticaret siciline tescil edilir ve bilançolarla birlikte ilan olunur. TTK 150. maddeye göre birleşme kararı, ilan gününden itibaren üç ay sonra hüküm ifade eder. Birleşen şirketlerin alacaklılarından her biri ilandan itibaren üç ay içinde yetkili mahkemeye müracaat ederek birleşmeye itiraz edebilirler.

İtiraz hakkından vazgeçilmedikçe ya da bu husustaki itirazın reddine dair mahkemelerce verilen kararlar kesinleşmedikçe veya mahkemece takdir edilecek teminat şirket tarafından verilmedikçe birleşme işlemi hüküm ifade etmeyecektir.

1.1.4. Birleşmelerin Sonuçları

Birleşmeye katılıp infisah eden ortaklıkların malvarlıkları tasfiye edilmez ve bir bütün halinde, bünyesinde birleşilen veya yeni kurulan ortaklığa geçer.¹²⁵ Şirketler Hukukuna göre dağılan bir şirket kural olarak tasfiye durumuna girer. Ama ticaret şirketlerinin birleşmesinde, birleşme faaliyeti en az bir şirketin dağılmasıyla sonuçlandığı halde tasfiye konusu olmaz.¹²⁶

Devralan ortaklık külli halefiyet yolu ile devraldığı devreden ortaklığın malları üzerinde tasarruf yetkisi tam değildir. Devralan ortaklık, bu devraldığı malvarlığını ayrı yönetmek zorunda olduğu gibi, borçları tamamen tasfiye edene kadar da kendi malvarlığına karıştıramaz. Birleşmeden sonra yönetim kurulu alacakları tahsil eder ve borçları öder ya da teminat altına alır. Burada önemli olan sadece borçların tasfiyesidir. Tasfiyede olduğu gibi, amaç değişikliği olmaz¹²⁷, devreden ortaklık devralan ortaklığın içinde, aktif amacını elde etmeye gayret gösterir.¹²⁸

¹²⁵ Tekinalp,(Poroy-Çamoğlu), s. 107.

¹²⁶ Çelik, s. 133.

¹²⁷ Tasfiye işleminde amaç, ortaklığın alacaklarını tahsil, borçlarını tasfiye etmek, malvarlığını nakde çevirip bakiye kalırsa pay sahiplerine dağıtmaktır. Bkz. TTK m.230.

¹²⁸ Yasaman, s. 21.

TTK 151. maddeye göre üç aylık itiraz süresi içinde herhangi bir itiraz olmazsa birleşme muameleleri kesinleşir¹²⁹. Alacaklılar tarafından bir itiraz olduğunda, bu itirazlar karara bağlanmadığı sürece birleşme işlemi alacaklıları bağlamayacaktır.

Yeni kurulan veya devralan şirket, ortadan kalkan şirketin yerine geçer. Eğer birleşme işlemi neticesinde yeni bir şirket oluşmuşsa, bunun tescil ve ilanı da yapılmalıdır. Ortakların şirket borçlarından sorumluluğu ise birleşmeden önce ve sonra olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Birleşmeden önceki borçlardan, ortaklar birleşen şirketlerin nevine göre mesul olmakta devam ederler. Örneğin iki limited şirket birleşmiş ise ortaklar mensup oldukları eski şirketin borçlarından sermaye taahhütleri ile sınırlı olarak sorumludurlar. Birleşmeden sonra ortakların mesuliyet ise, yeni şirketin sıfat ve esas mukavelesine göre tayin edilir. Örneğin yeni şirket bir kolektif şirket ise ortaklar yeni şirketin bütün borçlarından sınırsız olarak sorumlu olacaklardır (TTK 178/2).¹³⁰

1.2. RKHK'daki Düzenleme

Rekabet Hukuku, birleşmeleri, teşebbüslerin bir teşebbüsün bünyesinde toplanarak tekelleşmeye yol açtıklarından, rekabet için tehlike olarak görmekte ve bu sebeple denetlemektedir. Birleşmeler tekelleşmeye sebep olmasalar bile bir teşebbüsün pazarda hakim duruma gelmesi veya hakim durumunu güçlendirmesi sonucunu doğurabilirler. Hakim durum da rekabet yönünden sakıncalıdır. Çünkü, hakim teşebbüs bu durumunu her zaman kötüye kullanabilir (mesela, şartlarını pazarın diğer aktörlerine ve tüketicilere dayatabilir, sömürebilir, rakiplerini tasfiye edebilir) ve rekabeti bozabilir, kısıtlayabilir veya engelleyebilir.¹³¹

Rekabet hukukunun şirket birleşmeleri açısından önemi, rekabeti kısıtlayıcı etkisi olmasından kaynaklanmaktadır. Birleşmeler, teoride, tekel ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar

¹²⁹ Bu üç aylık devre zarfında alacaklının birleşmeye itiraz hakkı vardır. İtiraz ticaret mahkemesine yapılır. Alacaklı birleşmenin kendi haklarını tehlikeye düşürdüğünü, birleşme ile durumun eskisine nazaran daha ağır ve kötü bir hale girebileceğini iddia edebilir. Mahkeme itirazı varit görürse, alacaklıların hakları teminat altına alınmadan birleşmenin yapılamayacağına hükmetmelidir. Domaniç, s. 76.

¹³⁰ Domaniç, s. 78.

¹³¹ Tekinalp (Poroy-Çamoğlu), s. 123.

ile birlikte yer almasına karşın, rekabet hukukunda bunlar ayrı olarak düzenlenmişlerdir. Bir şirketin diğer bir şirket ile birleşmesine her zaman rekabet koşullarını kısıtlayıcı bir faaliyet olarak yaklaşılması doğru değildir. Birleşme yoluyla optimum büyüklüğe erişme ve dolayısıyla verimliliğin artırılması hedeflenmiş olabileceği için her bir birleşme faaliyetinin ayrı ayrı değerlendirilerek rekabeti kısıtlayıcı etki doğurup doğurmadığına bakılması gerekir.¹³²

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türkiye’de 13 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanununun 1. maddesinde getirilen düzenleme ile “ *mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*” amaçlanmıştır. Ancak şirket birleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici fonksiyonunu daha net belirtmek için kanununun 7. maddesiyle bu konu, özel bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi, “ *bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumları daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır*” hükmünü getirmiştir.

Ayrıca, RKHK m. 7’de sayılan ve birleşme ve devralma olarak kabul edilen haller, TTK’da düzenlenen teknik-hukuki anlamdaki birleşmelerden (TTK m. 146 vd., 151, 152) çok daha geniştir. Gerçekte RKHK “ birleşme ve devralmalar ” kavramı altında ekonomik yoğunlaşmaları (concentration) düzenlemektedir. Karşılaştırmalı hukukta da “birleşme ve devralma” kavramı yerine “yoğunlaşma (concentration)” kavramı kullanılmaktadır.¹³³

¹³² Çelik, s. 139.

¹³³ H.Ercüment Erdem, Türk-İsviçre Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65.Yaşgünü Armağanı. İstanbul, 1999, s. 203.

1.3. Sermaye Piyasası Mevzuatı'nda Birleşmeler

Birleşme ve devralma konusu, SPK'nın çıkardığı "Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği"nde de ele alınmıştır. Bu tebliğe göre birleşecek olan ortaklıklardan biri halka açık bir ortaklık ise, birleşme nedeniyle ihraç edilecek hisse senetleri Kurul' a kaydettirilmelidir. Şirketlerin değerlendirme raporları, finansal tablolara ilişkin bağımsız denetleme raporları, yeni kurulacak şirketin sözleşme taslağı ya da devralma söz konusu ise sözleşmede yapılan değişikliğe ilişkin taslak, birleşen şirketin, ortaklarına vereceği hisselerin miktar ve oranı ile hisselerin niteliğine ilişkin bilgi ile SPK' ya başvurulur.

SPK'dan onay alındıktan sonra, birleşen şirketlerin birleşmeye ilişkin kendi genel kurul kararlarının bir örneği, birleşme sözleşmesinin noterden onaylı örneği, birleşme sonrasındaki bilançonun ve gelir tablosunun birer örneği, birleşmeye ilişkin mahkeme kararının örneği, birleşmenin tesciline ilişkin sicil gazetesinin bir örneği hazırlanır ve ihraç edilecek hisse senetlerinin Kurul' a kaydı için SPK'ya başvurulur.¹³⁴

2. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in¹³⁵ 2. maddesi, birleşme ve devralma sayılan halleri düzenlemektedir:

a) *Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.*

b) *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.*

¹³⁴ Bkz. SPK Seri no: I, 22 numaralı tebliğ. R.G. 19 Şubat 1996. S. 22559.

¹³⁵ Tebliğ No. 1997/1, R.G. 12.08.1997. S. 23078.

c)Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture).

Bu haller, RKHK'nın 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmişlerdir. Bu sebeple Rekabet Kurulu'ndan izin almaları gerekir(1997/1 sayılı Tebliğ, madde 4).

2.1. Birleşmeler

1997/1 sayılı Tebliğ açısından da birleşmeden bahsedebilmek için bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün varlığı zorunludur. Bu teşebbüsler arası birleşmeler Rekabet Kurulu'nun denetimine tabidir.

2.1.1. Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

Bu birleşme modeli, genel bir düzenleme ile, TTK 146/1' de şöyle tanımlanmaktadır: “ Birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir”. TTK' da verilen bu tanım kapsayıcı olmakla birlikte açıklayıcı değildir. Tanım, birleşmenin mahiyeti ve türlerini kapsamakla birlikte kavramın unsurlarını dışarıda bırakmakla tam açıklayıcı özellik taşımamaktadır.¹³⁶

Bu tarz birleşmeler, iki veya daha fazla şirketin bir araya gelerek yeni bir şirket oluşturmaları¹³⁷ şeklinde gerçekleşir. Yeni kuruluşta birden çok ticaret ortaklığı, birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı oluştururlar. Birleşenler infisah eder, fakat tasfiye olunmazlar; malvarlıkları bir bütün halinde , yeni kurulan ortaklığa devredilir. Birleşme tamamlandıca,

¹³⁶ Yaltı, s. 113.

¹³⁷ Çelik, s. 14.

birleşen ortaklıkların tüzel kişilikleri, ticaret sicilinden terkin yolu ile ortadan kalkar. Birleşme ölçüsüne göre, payları, birleşen ortaklıkların ortaklarına verilen ortaklık, yeni ortaklıktır¹³⁸. Tam birleşme de denilen bu birleşme modelinde, şirketler kendi tüzel kişiliklerini kaybederek sicilden terkin edilmekte, ortaya, birleşen şirketlerin tüzel kişiliğinden bağımsız bir tüzel kişiliği olan yeni bir şirket çıkmaktadır.

Bu birleşme modelinde, infisah eden ortaklıkların malvarlığı, külli halefiyet yoluyla yeni kurulan ortaklığın malvarlığını oluşturur (TTK m. 151). Sözgelimi anonim şirketlerde devralan ya da yeni kurulan ortaklık infisah eden ortaklıklara ait gayrimenkullerin mülkiyetini tescilden önce iktisap eder. Fikri ve sınai haklar, kendilerine özgü devir biçimlerine uyulmasına gerek olmaksızın birleşmede devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçer. Menkul mallarda devralan veya yeni kurulan anonim ortaklığın teslimsiz asli zilyetliği söz konusu olur. Diğer bir ifade ile birleşme ile menkul mallar devralan ortaklığa teslim edilmemiş olsa bile bunların mülkiyeti bu ortaklığa geçer.¹³⁹

Alacaklar konusunda da olağan temlik işlemlerinin yapılmasına gerek yoktur. Alacaklarla birlikte onlara bağlı öncelik hakları ve kefalet, rehin, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, ceza koşulu vb. yan haklar da devralan veya yeni kurulan ortaklığa geçer.¹⁴⁰ Kuruluş işlemleri açısından da TTK' nın, yeni kuruluşla ilişkin maddeleri göz önünde tutulmalıdır. Yeni kurulacak olan şirket bir anonim şirket ise, TTK' nın, anonim şirket kurulmasına ilişkin 452/2 maddesi uygulama alanı bulacaktır. Malvarlığı intikal ederken tasfiye gerçekleşmez..

2.1.2. Devralma yoluyla birleşme

TTK' nın 146 vd. maddeleri genel olarak birleşmeleri düzenlerken çeşitli şirket türlerinin birleşmesine ilişkin düzenlemeler ise, TTK 451-454. maddelerde yer almaktadır. Bir şirketin, amaçlarına uygun faaliyette bulunan bir başka firmayı, hisselerini ele geçirerek

¹³⁸ Tekinalp (Poroy-Çamoğlu), s. 112.

¹³⁹ Ali İhsan Özgür Çilingir. TTK'ya göre Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Külli Halefiyet İlkesi. Vergi Dünyası. Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları. İstanbul, S. 252, Ağustos 2002, s. 145.

¹⁴⁰ Çilingir, s. 145.

ya da rızai bir satış ile satın alarak kendi bünyesinde uyumlaştırmasına “acquisition” (satın alma) denir.Burada satın alınan şirketin hükmi ve hukuki şahsiyeti bitirilerek, satın alan şirketin hükmi ve hukuki şahsiyeti kabul edilir .¹⁴¹ TTK’ nın 451. maddesi bu tarz birleşmelerde uygulama alanı bulacaktır.

Bu tür birleşmede, bir şirket diğer bir şirket veya şirketleri tüm aktif ve pasifleriyle devralmakta devralınan şirket veya şirketlerin tüzel kişilikleri ortadan kalkmaktadır.¹⁴² Sözgelimi anonim ortaklıkların birleşmesinde, devreden anonim ortaklıklar infisah ederler ve malvarlıkları külli intikal yoluyla devralan ortaklığa geçer. İnfisaha rağmen tasfiye yapılmaz. Bu ortaklığın pay sahipleri birleşme ile ex lege devralan anonim ortaklığın pay sahibi olurlar.¹⁴³ Devralan şirketin ortaklık payları devreden şirketin ortaklarına geçer. Bu niteliği ile birleşme tasfiyeden farklıdır. Birleşmede infisah eden ortaklık hukuki varlığını sona erdirmekle beraber, faaliyetini yeni kurulan veya devralan şirket bünyesinde sürdürmekte, üçüncü kişilerde doğmuş veya doğabilecek her türlü irtibat ve ihtilaflarda şirket halef tayin edilmiş olmaktadır.¹⁴⁴

2.2. Devralmalar

RKHK’nın 7. maddesi, herhangi bir teşebbüsün veya kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralmasını düzenler. 1997/1 sayılı tebliğ de 2. maddesinde, bunlara ek olarak kontrolün¹⁴⁵ el değiştirdiği halleri de devralma kapsamına dahil eder.

¹⁴¹ Var, s. 5.

¹⁴² Çelik, s. 14.

¹⁴³ Yasaman, s. 35.

¹⁴⁴ Çilingir, s. 144.

¹⁴⁵ “Kontrol” den anlaşılması gereken ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir (1997/1 no’lu Tebliğ m. 2/II). Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir (1997/1 no’lu Tebliğ m. 2/II). Bkz. Erdem, Birleşme. s. 205.

2.2.1. Malvarlığının Devri

Bir malvarlığının tamamının veya bir kısmının bir teşebbüs veya bir kişi tarafından devralınması hali ne TTK'da ne de BK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bir malvarlığının tamamı veya bir kısmı devralınsa dahi, malvarlığına ait unsurlar ayrı ayrı ve kendi devirlerine ait şekli uymak koşuluyla devredilebilir.¹⁴⁶

Bir malvarlığı veya işletmenin devrinden maksat, yapılan bir sözleşme ile bir malvarlığının veya işletmenin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların tümünün bir kişiden diğer bir kişiye devredilmesi hususunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmeleridir.

Bir malvarlığının devri hususunda tarafların anlaşması malvarlığındaki bütün hakların bu sözleşme ile intikalini sağlamaz. Ancak her bir hak kategorisi için hakkın devrine ilişkin tasarruf işleminin (menkul mallara ilişkin aynı haklarda zilyetliğin devrinin, gayrimenkullere ilişkin aynı haklarda tapu siciline tescilin, alacaklarda temlikin) gerçekleştirilmesi gereklidir.¹⁴⁷ RKHK ve Tebliğlerde bu konuda bir açıklık olmamasına rağmen, bir malvarlığı devrinin rekabet hukuku açısından etki yaratabilmesi için bu malvarlığının işletilebilir nitelikte olması ve devralan teşebbüsün rekabet gücüne bir katkı sağlaması gerekir.¹⁴⁸ İşletilmeye müsait olmayan bir malvarlığının devralınması bir birleşme olarak kabul edilemez ve izne tabi değildir.¹⁴⁹

2.2.2. Ortaklık Payının Devri

Ortaklık paylarının devri farklı şirket türleri ve ortaklık payları için öngörülen şekillere uyularak yapılmalıdır. Örneğin nama yazılı anonim şirket hisse senetlerinin devri, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, ciro edilen nama yazılı hisse senetlerinin devralana teslimi suretiyle yapılır (TTK m. 416/I). Bunun dışında devrin şirkete karşı hüküm ifade edebilmesi için pay defterine kaydedilmesi gerekir (TTK m. 416/I). Hamiline yazılı hisse

¹⁴⁶ Erdem, s. 48.

¹⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 933.

¹⁴⁸ Erdem, s. 49.

¹⁴⁹ Aslan, s. 256.

senetlerinin devri için bunların devralana teslimi yeterlidir (TTK m. 415).¹⁵⁰ Diğer şirket modellerinde de ortaklık payının devri işlemi, TTK hükümleri çerçevesinde yapılacaktır.

2.2.3. Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devri ve Kontrolü

Bir teşebbüs üzerinde belirleyici etkinin sağlanması o teşebbüs üzerinde kontrolün sağlanması anlamına gelir. Belirleyici etkiden anlaşılması gereken bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün ticari politikalarını kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilme durumudur.¹⁵¹ Kontrolün sağlanması açısından kullanılacak hukuki veya fiili araçların başında azınlık hakları, oy sözleşmeleri, imtiyazlı paylar, pay üzerinde intifa hakkı kurulması, pay üzerinde rehin hakkı kurulması, yönetim sözleşmeleri veya çağrı yoluyla vekalet veya hisse senedi toplama gösterilebilir.¹⁵²

1997/1 sayılı Tebliğe göre kontrol, ayrı ayrı veya birlikte olabilir. Buna göre, bir teşebbüsün diğeri üzerinde uyguladığı etki, tek başına kontrole imkan vermiyor ve belirleyici etki, ancak başka teşebbüslerle birlikte ortak hareket ederek uygulanabiliyorsa, “birlikte kontrol” söz konusu olur. Bir başka deyişle, ilgili teşebbüsün temel ticari politikaları ile ilgili olarak, teşebbüslerin iktisadi menfaatleri ortak davranarak beraberce karar almayı mecbur kılıyor ve bu ortak davranış süreci geçici nitelik taşımıyorsa, o vakit o teşebbüs üzerinde müşterek (birlikte) kontrolün elde edildiği kabul edilmelidir. “Müşterek veya birlikte kontrol”, özellikle ortak girişimler şeklinde ortaya çıkmakla birlikte, bunun dışında birlikte devralma, tek başına kontrole imkan vermeyen kısmi devralmalar, şirket kurtarmalar, karşılıklı hisse almalar ve hatta birleşmelerde de görülebilen bir durumdur.¹⁵³

¹⁵⁰ Erdem, *Birleşme*, s. 202.

¹⁵¹ Buna göre, bir teşebbüs başka bir teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanı elde ettiği takdirde, “belirleyici etki”nin ve dolayısıyla “kontrol”ün sağlandığı varsayılmaktadır. Bu tanıma rağmen bir teşebbüs üzerinde, ne zaman ve hangi şartlara bağlı olarak belirleyici etki sağlandığının belirlenmesi konusunda kesin kriterlerin verilmesi mümkün değildir. Bkz. Sanlı, s. 328.

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, s. 53 vd.

¹⁵³ Sanlı, s. 330.

2.3. Ortak Girişim

Ortak girişim sözcüğünün, teşebbüsler arasındaki ortak faaliyete yönelik her türlü anlaşmadan birleşmelere (merger) kadar geniş bir kullanım alanı vardır. Ancak Rekabet Hukuku bakımından ortak girişim anlaşmaları ile ifade edilen kavram daha sınırlıdır. Rekabet Hukukunda, ortak girişim anlaşmaları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ile birleşmeler arasında kalan bölgeyi belirlemekte kullanılmaktadır. Ortak girişim anlaşmalarını, rekabeti kısıtlayıcı diğer anlaşmalardan ayıran özellik, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların konularının sınırlı ve anlaşmaların süreli olmasına karşılık, ortak girişim anlaşmaları çok çeşitli konularda ve uzun süreli yapılabilmesidir.¹⁵⁴ Buna göre ortak girişim sözleşmesi, iki veya daha fazla kişi veya işletme tarafından belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir işletme oluşturmak hususunda yaptıkları herhangi bir şekilde bağlı olmayan sözleşmelere denir.¹⁵⁵

Ortak girişim, birleşme veya devirden farklıdır. Birleşme veya devir halinde, işletmenin kontrolü bir işletme veya kişinin eline geçer. Ortak girişimin kontrolü ise en az iki kişi veya işletmenin elindedir. Eğer bir sözleşme sonucunda mevcut bir işletmenin veya yeni kurulacak bir işletmenin kontrolü tek bir kişi veya işletmenin eline geçerse bu sözleşme ortak girişim sözleşmesi değildir; birleşme veya devir sözleşmesidir, bu sözleşme doğrudan doğruya RKHK'nın 7, 10 ve 11. maddeleri hükümlerine tabi olur. Çünkü birleşme ve devirler kanunda açıkça düzenlenirken, ortak girişime ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.¹⁵⁶

Ortak girişim anlaşmalarının piyasa üzerinde çok yönlü etkisi vardır. Ekonomik bir düzenleme olan girişim anlaşmaları, rekabeti ortadan kaldıracak gibi teknolojik ve ekonomik gelişmeyi kolaylaştırarak ekonomik verimliliğin gerçekleştirilmesine olumlu katkıda bulunabilir. Ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukuku kurallarına göre değerlendirilmesinde de, her iki tür etkinin göz önüne alınması gerekir. Bu sebepten de ortak girişim anlaşmalarının per se hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. Buna karşılık, ortak girişim anlaşmalarının rekabetin kısıtlanmasına yol açması, rekabeti ikinci dereceden

¹⁵⁴ Ateş Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.5, 2001, s. 109.

¹⁵⁵ Aslan, s. 298.

¹⁵⁶ Aslan, s. 299.

kısıtlayan anlaşmalar gibi, piyasaya ilişkin şartların neticesinde değil, anlaşmanın kendisinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁷

Buna göre bir ortak girişim RKHK'nın 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı etki yaratabilir. Bir ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilerek 4. maddeye göre yasaklanabilmesi için, ortak girişimin en az iki ya da daha fazla ana şirket tarafından ortaklaşa kontrol ediliyor olması, ortak girişimin ana şirketlerden bağımsız olarak çalışmasını sağlayacak yeterli insani ve maddi kaynaklara sahip olması ve ortaklar arasındaki rekabeti sınırlayıcı olması gerekir. Sözgelimi ortak girişim sözleşmesinin tarafları rakip işletmelerse, bunlar bu sözleşmeyi aralarındaki rekabeti sınırlamak için bir paravan olarak kullanabilirler. Rakipler aralarında kuracakları ortak girişim vasıtasıyla birbirlerinin üretim, maliyet, fiyat ve dağıtım sistemleri ve maliyetleri hakkında kolayca bilgi alabilirler, hatta bu bilgileri kullanarak rekabetçi davranışlarını uyumlu davranışa dönüştürebilirler, daha da ileri gidilirse ortak girişimi doğrudan doğruya rekabetçi pazar davranışlarını koordine etmekte kullanabilirler ve böylece aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmış olurlar.¹⁵⁸

3. Birleşme ve Devralma Sayılmayan Haller

1997/1 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi birleşme ve devralma sayılmayan halleri belirtmiştir. Buna göre:

a) *Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları.*¹⁵⁹

¹⁵⁷ Akıncı, s. 116.

¹⁵⁸ Aslan, s. 301 vd.

¹⁵⁹ Burada önemli olan husus, bu menkul kıymetleri ellerinde bulunduran teşebbüslerin, bunu olağan faaliyetleri kapsamında ve geçici olarak yapmalarındır. Dolayısıyla ticari hayatın önemli süljelerinden sayılan sermaye piyasası işlemleri, kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere muafiyet kapsamında olmaktadır.

*b) Tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi.*¹⁶⁰

c) Tebliğin 2. maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.

Yukarıda zikredilen haller RKHK'nın 7. maddesinin kapsamı dışında olduğundan Kurul'dan izin almaya gerek yoktur.

4. Yan Sınırlamalar

Yan sınırlama kavramı bir sözleşme ilişkisinde, tarafların asıl edimleri yanında bu edimlerin tamamlanmasına, ifasına hizmet eden veya onları kolaylaştıran bazı yapma ve çekinme yükümlerini ifade eder.¹⁶¹ Sözgelimi BK 182. maddeye göre, bir alım-satım akdinde, malın alıcıya teslim edilmesi ve mülkiyetinin geçirilmesi asıl yükümlülük olarak değerlendirilirken, satıma konu olan mal hakkında senet düzenlemek veya alıcının malı almak için yaptığı giderler yan yükümlülük olarak kabul edilecektir. Rekabet Hukuku açısından da yan sınırlamaların (örneğin rekabet yasakları) tek başına dava edilebilme kabiliyeti vardır.¹⁶²

Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında yan sınırlamalara ilişkin bir tanım görülemez. Kurul, verdiği kararlarda bir tanım vermemekle birlikte yan sınırlamanın unsurlarına dikkat çekmektedir. Zorunlu, makul ve objektif olarak sınıflandırılacak bu unsurlar ve ATAD kararları ışığında yan sınırlamanın, birleşme ve devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan bir düzenleme olduğu söylenebilir.¹⁶³

¹⁶⁰ Bir devir veya birleşmenin bu bent kapsamına girebilmesi için, kontrol vasıtalarının kanuna dayalı olarak el değiştirmesi ve ayrıca devralanın, kamu kurum veya kuruluşu vasfını taşıması gerekmektedir. Bkz. Sanlı,339.

¹⁶¹ Erdem, s. 92.

¹⁶² Erdem, s. 92.

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, s. 91 vd.

Türk hukukunda yan sınırlamalara en iyi örnek “rekabet yasağı” dır. Rekabet yasağının amacı en genel anlamda, rekabetin ortaya çıkaracağı riskleri ortadan kaldırmaktır.¹⁶⁴ Bu yasağın temeli, MK 2. madde kapsamındaki dürüstlük kuralıdır.

Türk hukukunda rekabet yasağı, TTK ve BK’ da düzenlenmiştir. BK’nın 455. maddesine göre, gerek ticari mümessil, gerek vekil sıfatını haiz bütün bağılı yardımcıları için genel bir rekabet yasağı öngörülmüştür. Bunlar, işletme veya müessese (ticari mümessiller için) sahibinin izni olmaksızın gerek kendi namlarına, gerek 3. kişiler namına müessesenin iş konusuna dahil bir iş yapamazlar. Yaptıkları takdirde, işletme veya müessese sahibi zarar ziyan isteyebileceği gibi, yapılan işi kendi hesabına da alabilir.¹⁶⁵ TTK’nın 335. maddesinde de, idare meclisi üyelerinden biri umumi heyetin iznini almadan şirketin konusuna giren ticari muamele nev’inden bir muameleyi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı nev’i ticari muamelelerle meşgul bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da giremez, denilerek konu düzenlenmiştir.

RKHK’nın 4. maddesinin 1. fıkrasında “ *belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*” denilerek rekabeti bozan veya kısıtlayan her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasaklanmaktadır. Madde hükmüne göre teşebbüsler, aralarında belirli koşulları kabul ederek mal ve hizmetlerin, fiyatı, satışı, üretimi ve dağıtımını konularında rekabeti sınırlayıcı bir etki yaratabilirler. Bu sebeple teşebbüsler arası yapılan bu tür anlaşmalar hukuka aykırı ve yasaktır. Sözgelimi belirli bir mala ilişkin fiyatı ve satış şartlarını tespit etmek; veya kontrol altında tutmak; rakipler için piyasaya giriş konusunda engel yaratmak veya onların faaliyetlerini zorlaştırmak; bir mal veya hizmetin alınmasını başka bir mal veya hizmetin alınması şartına tabi tutmak gibi.

¹⁶⁴ Erdem, s. 94.

¹⁶⁵ Poroy/Yasaman, s. 191.

5. Özelleştirmeler

Özelleştirme dar anlamıyla, “mülkiyeti ve yönetimi kamuya ait olan iktisadi üretim birimlerinin özel sektöre devri” olarak tanımlanmaktadır. Bu devir, genel olarak ya iktisadi birime ait hisse senetlerinin halka arzı yoluyla ya da iktisadi birimin bir bütün olarak (blok satış) kişi ya da kurumlara satışıyla gerçekleşmektedir.¹⁶⁶

Geniş anlamda özelleştirmede, mülkiyet devrinin yanı sıra, bu tür kuruluşların özel kesime kiralanması, kamu kesimi tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesimce sağlanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmet üretimindeki kamusal tekellerin kaldırılması ve kurumsal serbestleşme de özelleştirme kavramı içinde yer almaktadır.¹⁶⁷

4046 sayılı kanun¹⁶⁸, 16. madde ile, Özelleştirme Uygulamaları Sonucu Rekabetin Korunması başlığı ile bu konuda düzenleme yapmıştır. Maddeye göre:

a) *Mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*

b) *Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasalara yeni girecek olanların engellenmesi,*

c) *Eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*

d) *Bir mal veya hizmet il birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi, yasaktır.*

¹⁶⁶ Erişim: 14.06.2003 (WWW document). URL http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm#1

¹⁶⁷ Erişim: 14.06.2003 (WWW document). URL http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm#1

¹⁶⁸ 24 Kasım 1994 tarihinde kabul edilen Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. R.G. 27.11.1994. S. 22124.

Teşebbüsler arası rekabeti doğrudan veya dolaylı bir şekilde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya bunu sağlayacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem, faaliyet ve fiilleri hakkında kuvvetli emarelerin varlığı halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından gerekli tedbirler alınır.

Madde metninden her ne kadar, 16. maddeye ilişkin uygulama esaslarını Sanayi ve Ticaret Bakanlığının belirleyeceği anlaşılrsa da bakanlık, bu konuda bir düzenleme yapmamıştır. Danıştay 1. Dairesi'nin 14.07.1995 tarih ve 1995/135 E, 1995/135 K sayılı kararına göre, 4046 sayılı kanunun 16. maddesi RKHK'nın kabulüyle zımni olarak yürürlükten kalkmıştır. Bu nedenle özelleştirilen teşebbüsler de RKHK hükümlerine tabidir.

Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹⁶⁹ de, bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçların tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devrini düzenlemiştir.

Bu hükümden özelleştirme sonrasında gerçekleşecek üç halin Tebliğ kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar, teşebbüsün kontrolünün el değiştirmesi, teşebbüsün karar organlarının etkilenmesi¹⁷⁰ ve mal ve hizmet üretimine yönelik birimlerin devridir.

1998/4 sayılı Tebliğe göre özelleştirme yoluyla devralma işlemlerinde iki aşamalı bir usul söz konusudur. İlkinde, belli eşikleri aşan teşebbüslerin özelleştirmelerinde, Rekabet Kuruluna ön bildirimde bulunulmakta ve Rekabet Kurulu da görüş bildirmektedir¹⁷¹. İkincisinde ise özelleştirilecek teşebbüsün ön bildirimde tabi olup olmadığına bakılmaksızın özelleştirmeye bağlı birleşme ve devralmalar denetlenmektedir.¹⁷² Burada tarafların ilgili

¹⁶⁹ Tebliğ No. 1998/4. R.G. 12.09.1998. S. 23461.

¹⁷⁰ 1998/4 sayılı Tebliğin birleşme ve devralmalar açısından asıl kaynak durumunda olan 1997/1 sayılı Tebliğ ile uyum içinde olması gerektiği düşünüldüğünde, bu olasılıkta kastedilenin teşebbüsün yönetim organında belirleyici bir etki kullanarak kontrolün ele geçirilmesi olduğu savunulabilir. Erdem, s. 108.

¹⁷¹ Özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının %20'yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması ya da bu eşikler aşılmassa bile özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde ön bildirimde konu olurlar. Erdem, Birleşme. s. 225.

¹⁷² Erdem, s. 109.

ürün piyasasındaki pazar payları %25'i veya ciroları 25 trilyon Türk Lirasını geçiyorsa Rekabet Kurulundan izin alınması, özelleştirme yoluyla yapılan devralmalarda geçerlilik koşuludur.

Bu kapsamda Rekabet Kurulu, 19 Haziran 2003 tarihli toplantısı ile , PETKİM Petrokimya Holding A.Ş.'nin özelleştirme yoluyla Standart Kimya Petrol Doğalgaz San. Tic. A.Ş.'ne devri işleminin; 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurulu'na Yapılacak Ön bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" kapsamında bir "devralma" olarak Rekabet Kurulu'nun iznine tâbî bir işlem olduğuna; Teklif sahibi teşebbüsün ilgili ürün pazarında faaliyette bulunmaması sebebiyle bu işlem sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmadığına ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında herhangi bir sakınca taşımayan bildirim konusu devir işlemine izin verilmesine karar vermiştir.¹⁷³

D. VERGİ HUKUKUNDA BİRLEŞMELER

Vergi avantajlarından faydalanma çoğu birleşmenin en önemli nedenidir. Birleşmede vergi avantajı iki şekilde ortaya çıkabilir:¹⁷⁴

a) Vergi açısından herhangi bir birleşme ya "vergilendirilen" ya da "vergilendirilemeyen" bir özellik gösterir. Vergilendirilme ve vergilendirilmeme, esas itibariyle işlem şekline bağlıdır. Şayet alıcı (birleşilen) işletme, nakit olarak ödemede bulunmuş ise, bu işlem satışı yapan şirketin ya da ortaklarının vergilendirilmesini gerektirir. Diğer bir deyişle, ilgililerin satışın yapıldığı tarihte varlıkların satışı üzerinden bir sermaye kazancını ya da zararını kabul etmeleri gerekir. Aynı zamanda, nakit yerine ya da nakitle birlikte herhangi bir borç aracı ile ödeme yapılması da vergilendirilmeyi engellemez.

¹⁷³ Rekabet Kurumu. Erişim: 01.07.2003 (WWW document). URL

<http://www.rekabet.gov.tr/word/gecenhafta.doc>.

¹⁷⁴ Yıldırım, Kolotoğlu, s. 179,180.

b) Birikmiş zararları olan ve bu zararları gelecek yıllar karlarından mahsup yapma olanağına sahip olan bir şirket, zarar nedeniyle, vergi kanunlarının öngördüğü süre ve tutar içinde sınırlı kalmak kaydıyla, kar üzerinden vergi ödememe olanağına sahiptir. Birikmiş zararları nedeniyle gelecek yıllar karlarından mahsup yapma olanağına sahip olan bir şirket, karlı bir şekilde birleştiği takdirde, zarar mahsubu nedeniyle, vergi kanunlarının öngördüğü süre ve tutar sınırı içinde kalmak kaydıyla birleşmenin sağlayacağı kar üzerinden vergi ödememe imkanına sahip olur. Bu avantajdan faydalanmak amacıyla, özellikle karlı olan şirketlerin, ödemek zorunda oldukları vergiden kaçınmak için, zarar eden şirketlerle birleşme ya da satın alma yoluna gittikleri sık sık görülmektedir.

1.Vergili Birleşmeler

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 36/1. maddesi “ bir veya birkaç kurumun diğer bir kurumla birleşmesi, birleşme sebebiyle infisah eden kurumlar bakımından tasfiye hükmündedir. Ancak birleşmede tasfiye karı yerine birleşme karı vergiye matrah olur” diyerek TTK' ya göre farklı bir düzenleme getirmiştir. Bunlardan ilki Ticaret Kanunu'nda yeni bir şirket kurulması ve devir yolu ile birleşme farklı düzenlendiği halde kurumlar vergisinde aynı kapsamda değerlendirilerek vergilendirilmesi yoluna gidilmiştir. İkincisi ise, birleşme, Ticaret Kanunu'nda tasfiyesiz infisah hali olarak kabul edilmesine rağmen, kurumlar vergisinde tasfiye hükmünde sayılmıştır.¹⁷⁵

Birleşmede, malvarlığı ekonomik bütünlüğünü korumakla birlikte şirketin alacak ve borç ilişkileri çözülmektedir. Birleşme, bir tasfiyesiz infisah sebebi olmasına karşılık, borçların ödenmesi veya temini anlamında tasfiyeyle benzerlik gösterir. Birleşmede ekonomik bütünlüğünü koruyan malvarlığının değerlendirilmesi karşısında bir kar hasıl olmakta, bu kar da tasfiyede satışla ortaya çıkan değer artışlarıyla benzer addedilmektedir. Malvarlığındaki değerlendirilmenin karşılığı tasfiyede nakit, birleşmede ise ortaklık haklarının

¹⁷⁵ Ahmet Kavak, Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Nev'i Değişikliklerinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s. 173.

verilmesi anlamında hisse senetleridir.¹⁷⁶ KVK yönünden birleşmenin tasfiye hükmünde sayılması, tüzel kişiliği sona erdiren kurumların vergilendirilmesi amacına yöneliktir.¹⁷⁷

1.1. Birleşme Dönemi

Birleşmelerde, birleşmenin başlangıcı ve bitimi belli olan bir dönem yoktur. Ancak tasfiyedeki tasfiye döneminin başlangıcına paralel olarak (KVK'ya göre tasfiyenin başlangıcı infisahın tescil ve ilanıdır), birleşme dönemi, birleşme kararının tescil ve ilan edildiği tarihte başlar, birleşen şirketin borçlarının ödenmesi veya güvence altına alınmasını izleyerek düzenlenen birleşme bilançosunun kesinleştiği tarihe kadar devam eder. Kaldı ki bu tarih aynı zamanda birleşme nedeniyle infisah eden şirketin ticaret sicilinden silindiği tarih olacaktır. Ayrıca bu tarihte birleşilen kurum, birleşen kurumun malvarlığına sahip olacak ve birleşilen kurum ortaklarına kendi hisse senetlerini verebilir duruma gelecektir.¹⁷⁸

İnfisahla birlikte; alacaklıları davet, şirket borçlarının ödenmesi veya temini, Ticaret Bakanlığı'ndan izin, sermaye artış veya yeni kuruluş işlemlerinin sürdürülmesini kapsayan birleşme dönemi başlamış olur. Birleşme döneminin sonu için, KVK'nın atfı gereği uygulanacak 31. maddesine göre, tasfiyenin sonu, tasfiyenin kesinleşmesi yani son bilançonun yetkili organlarca tasdikine bağlanmıştır.¹⁷⁹ Buna göre birleşme kararının tescil edildiği tarih birleşme döneminin başlangıcı, şirket borçlarının ödenmesi veya güven altına alınmasından sonra düzenlenen birleşme bilançosunun kesinleştiği tarih ise (ki bu tarih aynı zamanda, katılma yoluyla birleşmelerde birleşilen şirketin sermaye artırımına ilişkin esas mukavele değişikliğinin tescil ve ilan edildiği, yeni kuruluş yoluyla birleşmelerde ise kuruluş merasiminin tamamlandığı ve aynı zamanda birleşme nedeniyle infisah eden şirketlerin ünvanının ticaret sicilinden terkin edildiği tarihtir) birleşmenin sonu; dolayısıyla bu iki tarih arasındaki süreç de "birleşme dönemi" olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Yaltı, s. 181.

¹⁷⁷ Z. Ertunç Şirin, Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Vergilendirme, Yüksek Lisans Tezi, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Bilim Dalı, 1999, s. 59.

¹⁷⁸ Kavak, s. 175.

¹⁷⁹ Yaltı, s. 182.

¹⁸⁰ Şirin, s. 64.

1.2. Birleşme Karı

Birleşmede tasfiye karı¹⁸¹ yerine birleşme karı esas alınır ve matrah olarak kabul edilir. Birleşme karı, birleşmede esas alınan servet değeri ile birleşme öncesi servet değerinin¹⁸² karşılaştırılması suretiyle bulunur.¹⁸³ Ancak KVK 36/2' ye göre münfesi kurumun veya kurumların ortaklarına veya sahiplerine birleşilen kurum tarafından doğrudan doğruya veya vasıta ile verilen değerler (hisse senedi, gayrimenkul, demirbaş eşya, emtia, gayri maddi haklar vb.) , kurumun tasfiyesi halinde ortaklara dağıtılan değerler gibi kabul edilir ve bu değerler birleşme karının hesaplanmasında dikkate alınır.¹⁸⁴

KVK 36. madde hükmüne göre birleşme karı, birleştirilen kuruma devredilen öz varlığa karşılık olarak münfesi kurum ortaklarına birleşilen kurum tarafından doğrudan veya kurum aracılığıyla verilen birleşilen kurum hisse senetlerinin, varsa ayın, nakit ve kurucu hisse senetlerinin VUK'da öngörülen değerlendirme ölçülerine göre tespit edilmiş değerleri ile dönem başındaki öz sermaye arasındaki müspet farkı ifade etmektedir.¹⁸⁵

Yani birleşme döneminde birleşen şirketin malvarlığı değerlendirilir, alacakları tahsil edilir, borçları ödenir veya teminata bağlanır. Bu çalışmalar sonunda birleşme bilançosu düzenlenir. Bu bilanço uyarınca bulunan öz varlık, birleşen şirketin birleşme anındaki cari (rayiç) değerini ifade eder. Birleşme karşılığında birleşen şirket ortaklarına birleşilen şirketin hisse senetleri verileceğinden, bu şirket hisseleri de birleşme tarihi itibarıyla VUK hükümlerine göre (VUK M. 263'e göre menkul kıymetler borsa rayicine göre

¹⁸¹ Tasfiye karı: Tasfiye dönemi sonundaki servet değeri ile tasfiye dönemi başındaki servet değeri arasındaki fark. Bkz. Kavak, s. 175.

¹⁸² Birleşen kurumun birleşmeden önceki mali bilançosu uyarınca belirlenecek olan öz sermayesi. Bkz. Yılmaz Özbacı, Kurumlar Vergisi, s. 741.

¹⁸³ İsmail Can, Ferdi İşletmelerin Devri Şirketlerin Nev'i Değiştirmesi Ve Birleşme, Devir. Vergi Sorunları, Maliye Gelirler Kontrolörleri Derneği Yayını, S.4, 1993, s. 42.

¹⁸⁴ KVK 32/3. maddeye göre tasfiye karı hesaplanırken ortaklara veya kurum sahiplerine tasfiye esnasında avans olarak veya sair suretle yapılan her nevi ödemeler tasfiyenin sonundaki servet değerine; mevcut sermayeye ilaveten ortaklar veya sahipleri tarafından yapılan ödemeler ile tasfiye esnasında elde edilen ve vergiden istisna edilmiş bulunan kazanç ve iratlar tasfiye döneminin başındaki servet değerine ilave olunur.

¹⁸⁵ Yaltı, s. 187.

değerlenirler)¹⁸⁶ değerlemeye tabi tutulur. Sonuçta rayiç değeri tespit edilen devralan şirket hisseleri ile birleşen şirket hisseleri rayiç değeri arasında bir oran bulunur (ki buna birleşme birimi adı verilir). İşte hisse değiştirilmesi bu oran dahilinde gerçekleştirilir.¹⁸⁷

1.3. Birleşme Beyannamesinin Verilmesi

Birleşen şirketlerin kıst dönemi ve birleşme beyannamelerini vermeleri gerekmektedir. Birleşen şirketler, hesap dönemi başından birleşme kararının tescil ve ilan edildiği tarihe kadar olan süreye ilişkin kıst dönem¹⁸⁸ beyannamesini, birleşme kararının tescil ve ilan edildiği tarihi izleyen aydan itibaren dört ay içinde vermesi gerekir. Ancak birleşmenin tamamlanmasının bu süreden önce gerçekleşmesi halinde kıst döneme ait beyannamenin birleşme beyannamesi verme süresi içinde birleşme beyannamesi ile birlikte birleşilen kurum tarafından verilmesi gerekir.¹⁸⁹

Birleşilen kurumun, hesap döneminin başından birleşmenin gerçekleştiği tarihe kadar ki kurum, muhtasar, KDV beyannameleri verilmeden , tahakkuk etmiş olan vergileri ile birleşme beyannamesine göre hesaplanan vergiler ödenmeden (veya bunlar için karşılık ayrılmadan) birleşen kurum ortaklarına hisse senedi verilemez. Aksi halde bu vergilerin asıl ve zamları ile cezalarından birleşilen kurum sorumlu tutulur, söz konusu ödemeleri kendi malvarlığından yapması gerekir.¹⁹⁰

Birleşme beyannamesinde; birleşme kararının vergilendirilmesi için birleşmenin sonuçlanmasından itibaren 15 gün içinde beyanı gerekir. (KVK m. 31 kıyasen uygulanması) Sürenin başlangıcı birleşme döneminin sona erme tarihidir. Bu beyanname infisah eden şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesine verilecektir. Gerek kıst dönem beyannamesinin gerekse birleşme beyannamesinin verilmesi birleşilen kurumun sorumluluğundadır. Esasen

¹⁸⁶ VUK m. 263: “Borsa rayici, gerek menkul kıymetler ve kambiyo borsasına, gerekse ticaret borsalarına kayıtlı olan iktisadi kıymetlerin değerlemeden evvelki son muamele gününde borsadaki muamelelerin ortalama değerlerini ifade eder.”

¹⁸⁷ Şirin, s. 67.

¹⁸⁸ Birleşen şirketin hesap dönemi başından birleşme döneminin başına (yani birleşme kararının tescil ve ilan edildiği güne) kadar devam eden süreyi içerir. Bkz. Şirin, s. 70, dn: 257.

¹⁸⁹ Kavak, s. 179.

¹⁹⁰ Şirin, s. 71.

bu, birleşilen şirketin infisah eden şirkete külli halef olmasının doğal sonucudur.¹⁹¹ KVK m. 36⁷ ya göre sermaye şirketlerinin birleşmesinde, tasfiye memurlarına düşen görevler birleşilen kurum tarafından yerine getirilecektir.¹⁹²

Birleşilen şirketin görev ve sorumlulukları da şu şekilde olacaktır:¹⁹³

- 1 – Birleşme beyannamesinin verilmesi
- 2 – Birleşme öncesi kıst dönem kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi,
- 3 – Birleşen kurumun birleşme öncesi dönemlere ilişkin olup henüz verilmemiş katma değer vergisi, muhtasar gelir ve kurumlar vergisi, damga vergisi ve diğer vergilere ilişkin beyannamelerin verilmesi,
- 4 – Birleşen kurum adına tahakkuk etmiş vergilerin ödenmesi,
- 5 – Birleşen kurum adına yapılan tarhiyatların itirazlı olanları varsa, bunlar için karşılık ayırması,
- 6 – Birleşme işlemlerinin incelenmesini talep etmesi

2. Vergisiz Birleşmeler/Devir

Ticaret hukukunda, birleşme ve devir şeklinde farklı kavramlar yoktur. Sadece bir şirketin başka bir şirkete katılması suretiyle meydana gelen birleşmeler için, devir sözcüğü kullanılmakta, buna karşılık iki veya daha fazla şirketin kendi varlıklarına son vererek yeni kurulan bir şirket bünyesinde bir araya gelmelerinde bu deyim yer verilmemektedir.¹⁹⁴

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 37. maddesinde bazı koşullara bağlı olarak yapılan birleşmeler devir olarak nitelendirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda birleşme ayrıntılı olarak düzenlenmiş devir ayrıca tanımlanmamıştır. Kurumlar Vergisi Kanunu'nda birleşmenin özel

¹⁹¹ Yaltı, s. 200.

¹⁹² Bkz. KVK m.36.

¹⁹³ Kavak, s. 180.

¹⁹⁴ Yıldırım, Kolotoğlu, s. 305.

bir türü olarak düzenlenen devir, esas itibariyle Ticaret Hukukundan ziyade Vergi Hukuku bakımından özellik arz eden bir işlemdir. Çünkü Türk Ticaret Kanunu açısından devir bir birleşmedir ve birleşmeye ilişkin hükümlere tabidir.¹⁹⁵

Buna göre birleşmenin vergilendirilmeden gerçekleştirilmesi için şu şartlar gereklidir:

1 – Birleşme neticesinde infisah eden kurum ile birleşilen kurumun kanuni veya iş merkezleri Türkiye’ de bulunmalıdır. İş merkezi Türkiye’de bulunan ve bu nedenle tam mükellef¹⁹⁶ sayılan kurumların devir yoluyla diğer kurumlarla birleşmesi pratik olarak hemen hemen imkansızdır. Zira bu nitelikteki kurumların devir hükmünde birleşme yapabilecekleri KVK 37/1’ de belirtilmiş olmakla birlikte; hukuki yapının bağlı bulunduğu ülke mevzuatının farklılığı kadar, Türkiye dışındaki malvarlığının değerlendirilmesinin nasıl gerçekleşeceği ve bilanço kalemlerinin kül halinde devrolunması koşuluyla nasıl bağdaşabileceği belirsizdir.¹⁹⁷

2 – Münfesih kurumun devir tarihindeki bilanço değerlerini birleşilen (devralan) kurum, kül halinde devralacak ve aynen bilançosuna geçirecektir. Yani devir alınan kurumun bilançosundaki değerler rayiç bedelleri üzerinden yeni bir değerlemeye tabi tutulmaz; birleşen kurum bilançosunda yazılı değeri ile birleşilen kuruma intikal eder.¹⁹⁸ Devirde, birleşen kurum bünyesinde birleşme tarihine kadar oluşmuş değer fazlaları devir tarihinde vergiye tabi tutulmamakta, vergileme ilerde değer fazlalığının birleşilen kurum bünyesinde gerçekleşeceği tarihte yapılmak üzere ertelenmektedir.¹⁹⁹ Devir tarihinde, birleşen kurumun bilançosunda yazılı değerlerin değiştirilmeden alınması gerekir. Böylece gizli yedekler ve aktif değerlerdeki değer artışları çözülmeyen birleşilen kurumun bünyesine geçerler. Ancak bu yolla devlet vergi alacağından vazgeçmiş olmamakta, alacağın tahsilini tehir etmektedir.²⁰⁰

¹⁹⁵ Yıldırım, Kolotoğlu, s. 305.

¹⁹⁶ KVK m. 9, tam mükellefiyeti açıklamaktadır. Buna göre “ Birinci maddede yazılı tüzel kişilerden (sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler, iş ortaklıkları) kanuni veya iş merkezleri Türkiye’de bulunanlar gerek Türkiye’de gerekse yabancı memleketlerde elde ettikleri kurum kazançları üzerinden vergilendirirler”.

¹⁹⁷ Şirin, s. 83

¹⁹⁸ Özbacı, s. 769

¹⁹⁹ Yıldırım, Kolotoğlu, s. 306.

²⁰⁰ Yaltı, s. 203.

Devir müessesesinin bir vergi erteleme müessesesi olarak nitelendirilmesi, isabeti çok tartışılır bir görünüm arz etmektedir. Zira bir vergi ertelemesinden söz edebilmek için öncelikle yasada tanımlanmış bir vergiyi doğuran olayın mevcut bulunması ve somut olay bazında da bu durumun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Oysa KVK m. 37 vd.'deki düzenleme kapsamında gerçekleştirilen birleşmeler yasa koyucu tarafından vergi doğurucu nitelikte kabul edilmemiştir. Aksine, belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde birleşme kararının hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği belirtilmek suretiyle, devir olarak nitelendirilen birleşmelerde vergi doğurucu bir yön bulunmadığının altı çizilmiştir. Dolayısıyla burada gerçekleşen bir vergiyi doğuran olay mevcut bulunmadığından bir vergi borcu da yoktur ve tabiidir ki olmayan bir verginin ertelenmesinden de söz edilemez. Kaldı ki VUK' da da bu anlamda bir "vergi erteleme" müessesesinden bahsedilmemektedir. Bu noktadan hareketle KVK m. 37 vd.'de düzenlenen devir niteliğindeki birleşmeleri, ticaret hukukundaki devralma yoluyla birleşmelerden kolay ve tamamen ayrılabilir bir şekilde ortaya koymak amacıyla "vergi doğurucu nitelik taşımayan birleşmeler" olarak isimlendirmek yerinde bir çözüm olarak görünmektedir.²⁰¹

KVK m.. 39/A, devir halinde vergilendirmenin nasıl yapılacağını düzenlemiştir. Buna göre, münfesihi kurum ile birleşilen kurum, müştereken imzalayacakları bir devir beyannamesini, birleşme tarihinden itibaren on beş gün içinde münfesihi kurumun bağlı bulunduğu vergi dairesine verirler ve bu beyannameye devir bilançosunu bağlarlar. Ayrıca birleşilen kurum münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer vecibelerini yerine getireceğini devir beyannamesine bağlı bir beyanname ile taahhüt eder. Burada vergilendirilecek olan, kurumun, devir tarihine kadar olan kazancıdır.²⁰²

KVK'da devrin gerçekleşme tarihi ile ilgili açık bir hüküm yer almamıştır. TTK'nın 148. maddesinde ise "*birleşme için ilgili şirketlerin mukavelelerinin değişmesi hakkındaki usul ve şartlar dairesinde ayrı ayrı karar vermeleri ve bu kararların tescil ve ilan olunması gerekir*" hükmü yer almaktadır. Buna göre devir işleminin hüküm ifade edebilmesi için TTK'nın 148. maddesine göre devri sağlayan mukavele değişikliğinin tescil ve ilan olunması zorunludur. Bu durumda devre ilişkin genel kurul kararının tescil edildiği tarih, devir tarihi

²⁰¹ Şirin, s. 81.

²⁰² 67 Sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, R.G. Tarih, 06.02.2000, S. 23956.

olarak dikkate alınacak ve bu tarih itibariyle hesaplanan kazanç, tescil işleminin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili vergi dairesine verilecek bir beyanname ile beyan edilecektir.²⁰³

Devir halinde tarh olunan vergiler KVK 40. maddesine göre devrin yapıldığı yılı takip eden yılın Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında olmak üzere üç eşit taksitte ödenecektir.

²⁰³ Yıldırım, Kolotoğlu, s. 327.

III. BÖLÜM

BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETİMİ

A. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA İZİN SİSTEMİ

1997/1 sayılı tebliğin 1. maddesine göre “ bu tebliğin amacı 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesine göre, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’na bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit ve ilan etmektir. Kanun’un 7. Maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalar ve bunların Rekabet Kurulu’na bildirilmesi usul ve esasları bu Tebliğ kapsamında yer almaktadır”.

1.Yasak Birleşmeler

RKHK’nın 7. maddesi yasak birleşme ve devirleri düzenlemiştir. Buna göre:

“Bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir kişinin malvarlığını veya ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisini veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır”. Maddenin lafzına dikkat edildiğinde hem hukuka aykırı hem de yasaktır kavramlarının bir arada bulunması mantık açısından yanlış anlaşılmaya müsaittir. Yasak olan bir davranış kendiliğinden hukuka aykırı da olacaktır.

Bu madde ile yasaklanan şirket birleşmeleri, herhangi bir şekilde bir tüzel kişiliğin ya da gerçek kişinin başka birinin ortaklık paylarını ele geçirerek diğerinin yönetiminde söz sahibi olması ve bunun sonucunda da rekabetin önemli derecede ortadan kalkması ya da bu

hukuki işlemler sonucu piyasada firma konsantrasyonunun artarak tekelleşmeye yol açan birleşmelerdir.²⁰⁴ Bu sebeple birleşecek olan teşebbüsler birbirlerinden tamamen farklı piyasalarda faaliyet gösteriyor ve birleştikleri takdirde piyasadaki rekabet etkilenmiyor veya herhangi bir tekel durumu ortaya çıkmıyorsa RKHK'nın 7. maddesi uygulanmayacaktır. 7. maddenin gerekçesi de incelendiğinde önemli olan hususun, teşebbüslerin kendi iç dinamiği dışında büyümelerinin denetim altına alınmasıdır.²⁰⁵

Bir birleşme veya devralmanın 7. madde kapsamında hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde belirleyici olan kriter, yapılan işlem sonrasında ilgili piyasada hakim durumun ortaya çıkması veya varolan hakim durumun güçlenmesidir. Kanun, hakim durumun yaratılmasını veya güçlendirilmesini kural olarak rekabetin önemli ölçüde azalmasının karinesi olarak kabul etmiş ve hakim durum yaratan veya güçlendiren bir konsantrasyonun, piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağını varsaymıştır.²⁰⁶ Burada yasaklanan hakim durumda olmak değildir. Bir işletmenin kendi iç dinamiği ve başarısı ile hakim duruma ulaşması yasak değildir.²⁰⁷

7. maddenin ifade tarzından, yasaklama için iki kıstastan birinin arandığı anlaşılmaktadır. Bir birleşme veya devrin yasaklanabilmesi için, ya hakim durum yaratması ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi gerekmektedir. Hakim durum yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiren bir birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltacağı açıktır. Fakat kanun, bunları "rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde" olması halinde yasaklamaktadır.²⁰⁸

Ancak, RKHK'ya kaynaklık eden AT Komisyonu'nun 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün²⁰⁹ 2/3. maddesinde "*bir hakim durum yaratan veya bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde etkin*

²⁰⁴ Aslan/Berk, s. 91.

²⁰⁵ Rekabet Kurumu. RKHK madde gerekçeleri. Erişim: 01.07.2003 (WWW document). URL <http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>.

²⁰⁶ Sanlı, s. 343.

²⁰⁷ Aslan, 255

²⁰⁸ Aslan, s. 254.

²⁰⁹ Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89/AET sayılı Konsey Tüzüğü.

rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir yoğunlaşmanın ortak pazarla bağdaşamaz olduğu bildirilir” demek suretiyle iki aşamalı bir inceleme yapılmasını öngörmüştür.

Birinci aşamada hakim durumun varlığı veya güçlendirilip güçlendirilmediği araştırılmalıdır. Eğer birleşme veya devralma işlemi bir hakim durum yaratmıyor veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmiyorsa işleme izin verilir. Eğer birleşme veya devralma işlemi hakim durum yaratıyor veya mevcut bir hakim durumu güçlendiriyorsa, bu durumda ikinci aşama incelemeye geçilir. İkinci aşamada, birleşme veya devralma sonucu oluşan veya güçlenen hakim durumun rekabet üzerindeki etkileri incelenir. İki sonuç söz konusudur:

Eğer etkin rekabet önemli ölçüde engelleniyorsa, birleşme ve devralma işleminin RKHK’ya aykırı olduğuna hükmedilir ve işleme izin verilmez.

Aksi takdirde, yani birleşme veya devralma işleminin etkin rekabeti engellemediği veya önemli ölçüde engellemediği sonucuna varılırsa , birleşme veya devralma işlemine izin verilir.²¹⁰

1997/ 1 sayılı Tebliğ’in m.6/son hükmüne göre : “ *Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme ve devralmaların Kamuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez*”. Eğer Rekabet Kurulu’nun RKHK m.7’nin uygulanması açısından görüşü, birleşme veya devralma sonucunda bir hakim durum yaratılmasının veya varolan bir hakim durumun güçlendirilmesinin yeterli olduğu yönünde olsa idi, hazırladığı Tebliğ’ de yukarıda m. 6’nın anılan hükmünü hiç varetmezdi.²¹¹

1.1. Hakim Durum Yaratılması veya Hakim Durumun Güçlendirilmesi

Hakim durum, RKHK’nın 7. maddesinin yanısıra 3. ve 6. maddelerinde de düzenlenmiştir. 6.maddede hakim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilirken 7. maddede önemli olan, hakim durumun, rekabetin önemli ölçüde

²¹⁰ Erdem, s. 117.

²¹¹ Erdem, s. 117.

azaltılması sonucunu doğuracak şekilde gerçekleştirilmesidir. Hükümün öncelikli amacı piyasalardaki rekabet yapısının korunmasıdır. ATAD ve Komisyon kararlarına bakıldığında da iki veya daha fazla işletmenin aralarındaki bir anlaşma uyarınca veya uyumlu eylemlerle yapabilecekleri bir kısıtlamayı bir teşebbüs tek başına gerçekleştirebiliyorsa bu teşebbüsün hakim durumda olduğu söylenebilir.²¹²

Kanunun 3. maddesindeki tanımda bahsedilen hakim durumun saptanmasında aranılan ekonomik gücün de, bir tekel gücü olduğu da savunulmaktadır.²¹³ Rekabet Kurulu, kararlarında hakim durum tespitinde bulunurken ekonomik güç kriterini, diğer parametreleri de²¹⁴ göz önünde tutmak suretiyle *pazar payı* olarak değerlendirmektedir. Pazar payları hakim durumun bir göstergesi olmakla birlikte pazar payının elde tutulma süresi de önemlidir. İlgili piyasada kısa süre ile yüksek pazar payına sahip olunması her zaman hakim durumda bulunulduğunu kanıtlamaz. Hakim durumda bulunma süresi, Avrupa Birliği uygulamasında beş yıldan fazla olarak kabul edilmektedir.²¹⁵ RKHK ve Tebliğlerde böyle bir oran verilmemiştir. Yine maddede bahsedilen bir teşebbüsün sahip olduğu *teknolojik üstünlük* de hakim durumu saptarken değerlendirilecektir. Eğer bir teşebbüs rakiplerine oranla bir teknolojik üstünlüğe sahipse, diğer rakipler ilgili piyasaya girmekte zorlanır ve bir giriş engeli ortaya çıkar.

Hakim durum tespit edilirken ilgili piyasa da incelenmelidir. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle, teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili mal ya da hizmet piyasası tespit edilir, sonra bu piyasada hakimiyetin olup olmadığı ya da var olan bir hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediği belirlenir.²¹⁶

Ayrıca bir işletmenin sahip olduğu kapasite de, onun rekabet gücünü göstermesi açısından önemlidir. Teşebbüsün sahip olduğu kullanılmayan kapasitenin büyüklüğü bu

²¹² Erdem, s. 121.

²¹³ Özsunay, s. 17.

²¹⁴ Rekabet Kurulu, çeşitli kararlarında pazar payı kıstasını ürünün ikame edilebilirliği, güçlü rakiplerin varlığı, ithalat olanakları, pazara giriş ve çıkış engellerinin bulunmaması gibi diğer kıstaslarla da desteklemektedir. Bkz. Erdem, s. 121.

²¹⁵ Pelin Güven, Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi Ankara, 2002.s. 108.

²¹⁶ Güven, s. 113.

pazara yatırım yapmak isteyen yeni teşebbüsler için doğrudan bir giriş engeli oluşturabileceği gibi en azından caydırıcı bir rol de oynar.²¹⁷

Bir teşebbüs kendi yapısı veya iç dinamikleri nedeniyle hakim durumda bulunabilir, bu zaten rekabetin doğal bir sonucudur. Ancak teşebbüslerin kendi dinamikleri nedeniyle değil de birleşme veya devralma yoluyla hakim durum yaratması veya güçlendirmesinin rekabet ortamını bozacağından endişe edilmektedir.²¹⁸ RKHK'nın 7. maddesinde belirtilen de, birleşme ve devralma yoluyla hakim durum yaratılması ve güçlendirilmesinin, rekabeti engelleyeceğidir. 6. madde ise hakim durumun tespitini yapar.

RKHK'nın 7. maddesi kapsamında bir birleşmeyi gerçekleştirecek olan teşebbüsler, bu birleşme işleminden önce ilgili piyasada hakim durumda olmasalar bile işlem gerçekleştikten sonra hakim duruma gelebilirler ve bu durum ilgili piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltabilir. Pazar payı, hakim durumun belirlenmesinde önemli bir ölçüttür ancak çok yüksek pazar payının bulunmadığı durumlarda her zaman tek başına hakimiyeti belirlemede yeterli olmaz. Rekabet Kurulu çeşitli kararlarında pazar payı kıstasını ürünün ikame edilebilirliği, güçlü rakiplerin varlığı, ithalat olanakları, pazara giriş ve çıkış engellerinin bulunmaması gibi diğer kıstaslarla da desteklemektedir. Rekabet Kurulu'nun Güney Grubu/Bagir Co. Kararı²¹⁹ bu yaklaşıma örnektir. Karara göre "ortak girişim işleminin taraflarından Bagir Co.'nun Türkiye'de faaliyetinin bulunmaması, Güney Grubu'nun tahmin edilen pazar payının ihmal edilebilir düzeyde olması, işlemin Türkiye'nin en düşük yoğunlaşma oranı olan tekstil sektöründe gerçekleşmesi ve söz konusu pazarda giriş ve çıkış engellerinin bulunmaması bildirim konusu işlemin yoğunlaşmayı arttırmak suretiyle piyasada hakim durum yaratmayacağına ya da hakim durumu güçlendirmeyeceğinin kanıtı olarak değerlendirilmiştir".²²⁰

Hakim durum, teşebbüslerin sürekli bir şekilde sahip oldukları ekonomik güçten, pazar paylarından, dağıtım ağının yaygınlığından, güçlülüğünden, satış sonrası hizmetlerinden ve hizmet kalitesinden, eğitimli personelinden, insan kaynaklarından,

²¹⁷ Erdem, s. 126.

²¹⁸ Erdem, s. 119.

²¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 30.01.2001 tarih ve 01-06/51-14 sayılı kararı. R.G. 02.11.2001, S. 24571.

²²⁰ Erdem, s. 124.

teknolojik üstünlüğünden, markasının tanınmışlığından, sahip olduğu patent haklarından, bağımsız karar alabilme imkanlarından, sahip olduğu fazla kapasiteden, imtiyazlı haklardan, ürün çeşitliliğinden, piyasaya giriş çıkış engelleri bulunması gibi çeşitli faktörlerden meydana gelebilir. Kriz dönemleri de hakimiyeti belirleyen bir diğer unsurdur. Normal dönemde hakim durumda olmayan teşebbüsler kriz dönemlerinde hakim durumda bulunabilir.²²¹

Birleşme ve devralmalar neticesinde hakim durum oluşabileceği gibi, mevcut hakim durumun daha da güçlenmesi söz konusu olabilir. Hakim durumda olan işletmelerin de birleşme veya devralma yapması mümkündür. Şu kadar ki bu suretle hakim durumunu daha da güçlendirerek ilgili pazardaki²²² rekabeti önemli ölçüde azaltmamalıdır. Hakim durumda olan bir işletmenin yapacağı her birleşmenin onun bu durumunu güçlendireceğini ve böylece ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hakim durumda olan bir işletmenin birleşmesinin her halükarda yasaklanması söz konusu değildir. Ancak, zaten hakim durumda olan bir işletmenin birleşme veya devralma işleminde bulunması halinde bu durumun güçlendirilerek ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması ihtimali yüksek bulunduğundan Rekabet Kurulu'nun bu gibi durumlarda daha titiz incelemesi yapması zorunludur.²²³

Rekabet Kurulu'nun 18.4.2000 tarihinde vermiş olduğu Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'nin, Paşabahçe Schott Cam San. ve Tic. A.Ş.'deki hisse oranını %50'den %100'e çıkarmasına ilişkin izin talebine ilişkin kararında da, Şişe cam'ın piyasada, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarları gibi parametreleri belirleyebilme gücü olduğu için hakim durumda olduğunu belirtmiştir. Söz konusu devralma olayından önce de Şişe Cam, pazarda hakim durumdadır. Bu devralmadan sonra Şişe Cam'ın pazardaki payı % 1 oranında artacaktır. Rekabet Kurulu, bu %1'lik artış neticesinde Şişe Cam'ın piyasadaki hakim

²²¹ Güven, s. 108.

²²² Rekabet analizlerinde temel nokta, pazarda halihazırdaki davranışlara veya davranışlardaki değişimlere bağlı olarak rekabetin bozulma ihtimalinin incelenmesidir. Orçun Şenyücel, Cihan Aktaş. İlgili Pazar Kavramı. Rekabet Kurumu. Erişim: 30.05.2003 (WWW document). URL <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi2index.doc>. 2000.

²²³ Aslan, s. 265.

durumunun güçlenmesinde önemli bir değişiklik olmayacağına, dolayısıyla ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunun doğmayacağına karar vermiştir.²²⁴

Birleşme ve devralmalarda hakim durum yaratılması veya bu durumun güçlendirilmesi ve bu suretle rekabetin önemli ölçüde azalması konusu incelenirken ilgili coğrafi pazar da araştırılmalıdır. 1997/1 sayılı tebliğin 4. maddesinin 4. fıkrası “1. fıkra anlamında ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır” diyerek coğrafi pazarın tespitinde ülkenin geri kalanından ayrı olarak kendi içinde homojen bir pazar yapısı gösteren bir bölge kastedilmektedir. Dolayısıyla Kanunun 7. maddesinde ifade edilmiş olan “ülkenin bütünü yahut bir kısmında” tanımlaması da tebliğin 4. maddesinin 4. fıkrasındaki tanımdan daha isabetli olacaktır. En azından ülkenin hangi bölgesi ya da ne kadar bir kısmı önemlidir ne kadar bir kısmı önemsizdir gibi bir tartışmayı ortadan kaldırmaktadır Bunun yerine o kısmın hangi özellikleri nedeniyle ülkenin geri kalanından ayrı bir pazar olarak kabul edildiğinin gösterilmesi 7. maddenin uygulanması açısından yeterli olacaktır.²²⁵

İlgili ürün pazarı da 1997/1 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre “1. fıkra anlamında ilgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir”. Tüketicinin gözünde kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetler ilgili ürün pazarının tespitinde önem taşımaktadır.²²⁶ Ancak mal veya hizmetlere ilişkin pazar

²²⁴ Rekabet Kurulu’nun 18.04.2000 tarih, 00-14/134-66 sayılı kararı. R.G. 22.06.2001. S. 24440. Rekabet Kurumu. Erişim: 29.06.2003 (WWW document). URL <http://www.rekabet.gov.tr/word/00-14-134-66.doc>

²²⁵ Aslan, s. 272.

²²⁶ Güven, s. 117.

belirlenirken görünüşte aynı olan mal veya hizmetlerin aslında birbirinden farklı olabileceği düşünülüp kapsamlı ekonomik analizler de yapılmalıdır. İlk bakışta aynı mal veya hizmet piyasasına dahil olduğu görülen bu mal ve hizmetler, yapılacak incelemeler neticesinde daha farklı bir piyasaya ait olabilir. Bu durumda 7. madde ve tebliğ kapsamında bir yasaklama durumu ortaya çıkmayabilir. Birleşme veya devralmanın yasaklanması için hangi mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azalacağı tespit edilmelidir.

1.2. Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi

1997/1 sayılı Tebliğin 6. maddesinde, kanunun 7. maddesi çerçevesindeki birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi yapılmıştır. Rekabet Kurulu, bir birleşme veya devralmanın hakim durum yaratmadığına veya mevcut hakim durumu güçlendirmedesine karar verirse ikinci aşamada bu birleşme veya devralmanın etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemediğini araştırır. Yapılan bu inceleme neticesinde eğer etkin rekabet önemli ölçüde engelleniyorsa kurul bu birleşme veya devralmaya izin vermez. Bu halde yasak bir birleşme veya devralma durumu söz konusudur. Engelleme önemli ölçüde değilse, kurul gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla işleme izin verir.

Rekabetin önemli ölçüde engellenmesi hali tespit edilirken hangi durumların göz önünde tutulacağına dair kriterler mevcut değildir. Her somut olaya ve ilgili ürün piyasasının yapısına göre birleşme veya devralmanın piyasadaki rekabet düzeni üzerine olan etkilerinin incelenmesi gerekir.²²⁷ Sözelimi ilgili ürün piyasasına giriş engellerinin olması, pazar yapısında büyük değişikliklerin meydana gelmesi, piyasaların işleyişinin aksaması, rekabetin önemli ölçüde azalabileceğinin göstergesi olabilir.

²²⁷ Güven, s. 140.

2. Kurulun İznine Tabi Birleşmeler

RKHK'nın 7/2. fıkrasına göre Kurul, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiği konusunu, çıkaracağı tebliğlerle ilan ederek bu konuları düzenleyebilir. 1997/1 sayılı tebliğin 2. maddesinde belirtilmiş olan izne tabi birleşme ve devralmalar, yine tebliğin 4. maddesine göre Rekabet Kurulundan izin alınması gereken haller kapsamındadır. Buna göre Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen işlemler, 4. maddede belirtilen eşikleri aşıyorsa, bu işlemlerin geçerlilik kazanabilmeleri için Kurula bildirilmesi ve Kuruldan izin alınması gerekmektedir. 1997/1 sayılı tebliğin 4. maddesi, izne tabi birleşme ve devralmaları açıklamıştır: *“Birleşme ve 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 25 trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur”* diyerek birleşme ve devralma yoluyla tekel oluşturulması yasaklanarak ciro eşiği ve pazar payı eşiği olmak üzere çifte eşik sistemi öngörülmüştür. Eşik sistemi sayesinde, eşiklerin altında kalan birleşme ve devralmaların rekabetçi ortamı etkilemeyecekleri varsayılır ve bunların bildirilmesi gerekmez. Böylece hem Rekabet Kurulu'nun iş yükü hafifletilmiş olmaktadır, hem de birleşme veya devralmaya taraf olan teşebbüslere belli bir güvenlik sağlanmaktadır.²²⁸

Tebliğ'in 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Pazar payının veya cironun hesaplanmasında aşağıdaki teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki²²⁹ pazar paylarının toplamı veya cirolarının toplamı esas alınır:*

a) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları,

²²⁸ Erdem, s. 133.

²²⁹ Tebliğ'in 4. maddesinin son fıkrası ilgili ürün pazarını tespit ederken, birleşme veya devralma konusu olan mal ve hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazarı dikkate alır ve tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurları da değerlendirir

b) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,

c) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,

d) (c) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,

e) (a)-(d) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları.

*Ciro, tek düzen hesap planına göre bir önceki mali yıldaki net satışlardan oluşur. **Ciro hesaplanırken ikinci fıkrada yer alan teşebbüslerin kendi aralarındaki satışlardan doğan ciroları hesaba katılmaz. Teşebbüslerin kısmen devri ile oluşan birleşme ve devirlerde devredilen kısmın cirosu esas alınır**".*

Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen eşikler, birleşme ve devralmaya konu olan teşebbüslerin faaliyette buldukları bütün piyasalar için değil, ülkenin tamamında veya bir bölümünde birleşmenin gerçekleştiği ilgili ürün pazarındaki değerler göz önüne alındığında söz konusu olur. Buna göre coğrafi pazar, Tebliğ'in 4. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde tespit edilmiştir: *"teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi Pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır"*.

Çünkü RKHK'nın 6. maddesinin gerekçesinde²³⁰ de belirtildiği gibi bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Ancak birleşme veya devralma yoluyla hakim duruma gelinmesinde rekabet düzeninin daha fazla bozulması söz konusudur.

B. REKABET KURULU' NUN İNCELEMESİ

1. Genel Olarak

Rekabet Kurulu, bir birleşme veya devralma işlemi, bildirim, ihbar, şikayet üzerine veya res'en öğrenir. RKHK'nın 40. maddesine göre soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasının gerekip gerekmediğini incelemek üzere ön araştırma yapılmasına karar verebilir. Ön araştırma yapılacaksa bunun için görevlendirilen raportör 30 gün içinde raporu hazırlayarak Kurul' a verir. 41. maddeye göre Kurul 10 gün içinde soruşturmanın açılıp açılmayacağına karar verir.

Kanunun 43. maddesine göre soruşturmaya karar verilirse, bu karar 15 gün içinde ilgili taraflara bildirilir ve 30 gün içinde cevap vermeleri istenir (44. maddenin son fıkrasına göre Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz). Bu soruşturma belirlenecek üyeler tarafından 6 ay içinde tamamlanmalıdır. Gerektiğinde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul 6 aya kadar ek süre verebilir.

Kanunun 45/II maddesine göre soruşturma sonunda kanunun ihlal edildiği belirlenirse taraflara, yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermeleri tebliğ edilir. Soruşturmayı yürütenler de bu cevaplara karşı 15 gün içinde görüş bildirebilirler. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. 46. maddeye göre taraflar sözlü savunma haklarını kullanmak

²³⁰ Rekabet Kurumu. RKHK madde gerekçeleri. Erişim: 01.07.2003 (WWW document). URL <http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>.

isteyebilirler. Bu durumda soruşturma safhası bittikten en az 30 en çok 60 gün içinde sözlü savunma toplantısı yapılır. Bu toplantının yapılması zorunlu değildir. Ancak, taraflar bu toplantıda, yazı ile ifade edemedikleri savunmalarını Kurul önünde açık bir şekilde sunma fırsatını elde ederler. 47. madde çerçevesinde, genel ahlak ve ticari sırların korunması halleri saklı kalmak üzere, toplantılar açık yapılır. Buna Kurul karar verecektir. Taraflar bu toplantılarda HUMK'da yer alan her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler.

Kurul, nihai kararını, 48. maddeye göre sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmazsa gerekçesi ile birlikte 15 gün içinde verir. Kanunun 52, 53, ve 55. maddelerine göre, gerekçeli olarak yazılan ve ticari sırları ifşa etmeyecek şekilde Resmi Gazete'de yayınlanan Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabilir. Kurul kararlarına, idari niteliği ağır bastığından Kanunda yargı yolu olarak Danıştay öngörülmüştür. Kurul kararları, esas itibarıyla ekonomik niteliği ağır basan kararlar olduğu için, bünyesinde Hukuk Fakültesi mezunları dışında üye de bulundurabilen Danıştay'ın Kurul kararlarını daha iyi değerlendirebilecek bir teşkilat yapısına sahip olması, Danıştay'ın yargı yolu olarak seçilmesinin diğer bir nedeni olarak sayılabilir.²³¹

2. Bildirim ve Şekli

1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi çerçevesinde, bir birleşme veya devralma işlemi, bu maddede belirtilen eşikleri aşıyorsa, izin almak için Kurul'a bildirilmelidir. Bunların geçerli olabilmeleri için Kurul, bu konuda bir karar vermelidir. Rekabet Kurulu'na yapılan bildirim bir ön bildirim niteliğindedir.²³²

Birleşme veya devralmaya ilişkin bildirim, işlem henüz proje aşamasındayken yapılması, Kurul'un izninden sonra oluşacak yeni şartlara veya Kurul izninde yerine getirilmesi istenen koşullara göre birleşme veya devralma işleminin tekrar gözden geçirilmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bu durumun ise birleşme veya devralmaya katılan

²³¹ Rekabet Kurumu. RKHK madde gerekçeleri. Erişim: 01.07.2003 (WWW document). URL <http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc..>

²³² Aslan, s. 180.

şirketler açısından hem zaman hem de para kaybına yol açacağı açıktır.²³³ Tebliğin 5. maddesine göre bildirim formu üç nüsha²³⁴ doldurularak taraflardan biri ya da yetkili olduklarını gösteren belgelerin eklenmesi şartıyla, yasal temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimden sonra, daha önce bildirilen durumlarda bir değişiklik olursa bunlar da derhal Kurul'a bildirilmelidir.

3. İnceleme ve Sonuçları

RKHK'nın 10/2. maddesine göre Kurul, bildirim yapıldığı tarihten itibaren 15 gün içinde yapılacak olan ön inceleme sonucunda işleme izin verebilir ya da nihai incelemeye karar verirse, ön itirazını bildiren yazıyla birlikte işlemin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulmayacağını ilgililere usulüne göre bildirir. 10. maddenin son fıkrasına göre de, yapılan bildirim Kurul tarafından cevap verilmez veya herhangi bir işlem yapılmazsa bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde birleşme veya devralma anlaşması yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacaktır. Bu halde, Kurul'un bildirimlere karşı süresi içinde herhangi bir işlem yapmaması halinde, ilgili teşebbüslerin belirsizlik nedeniyle zarara uğramaları önlenmek istenmiştir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesine göre Kurul, birleşme ve devralmaları RKHK'nın 7 ve devam eden maddeleri çerçevesinde değerlendirecektir. İncelemede, ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı; ilgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme ve pazarlara giriş olanakları, pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar göz önünde tutulacaktır.

²³³ Erdem, s. 143.

²³⁴ 1997/1 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de ve 1997/2 Sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği"nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ. Tebliğ No. 2000/2, R.G. 21.08.2000. S. 24147.

Kurul tarafından yukarıda belirtilen ölçütler kapsamında yapılan inceleme neticesinde, birleşme veya devralma işlemine izin verilebilir, belirli şartlara tabi olmak kaydıyla izin verilebilir, işlem yasaklanabilir, işleme muafiyet tanınabilir, işlemin RKHK'ya aykırı olmadığına dair menfi tespit belgesi verilebilir veya işleme taraf olan teşebbüslere RKHK'ya aykırı davrandıklarını tespit ettiği takdirde çeşitli yaptırımlar uygulayabilir.

3.1. İzin Verilmesi

Bir birleşme veya devralma işlemi RKHK'nın 7. maddesi kapsamında bir hakim durum yaratmıyor veya bir hakim durumu güçlendirmiyor ve sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemiyorsa, bu işleme Kurul tarafından izin verilecektir.

Rekabet Kurulu'nun 13.01.2000 tarihinde vermiş olduğu kararında, Tüp-Gaz Ticaret ve Sanayi A.Ş'nin, Bütangaz A.Ş'deki hisselerinin %50'sini Primagaz S.A.'ya devretmesi yoluyla oluşturulacak Bütangaz A.Ş. Ortak Girişimi'nin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında bir işlem olmakla birlikte, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu daha da güçlendiren ve bunun sonucunda ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı, bu nedenle bildirim konu devralma işlemine izin verilmesi tespit edilmiştir.²³⁵

3.2. Şartlı İzin Verilmesi

Kurul, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralmaları değerlendirirken, işleme, 3. fıkraya göre bazı tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşulunu

²³⁵ Rekabet Kurulu'nun 13.01.2000 tarih ve 2000-2/14-7 sayılı kararı. R.G. 04.01.2002. S. 24630.

getirebilir ve izni bu koşula tabi tutabilir. Kurul, Glaxo Wellcome plc. ile SmithKline Beecham plc. ilaç şirketlerinin Glaxo-SmithKline unvanlı yeni bir şirket çatısı altında birleşmeleri işlemine izin verilmesi talebine ilişkin kararında, söz konusu şirketlerin Türkiye’de faaliyet gösterdikleri ilaç pazarlarından biri hariç tamamında bir hakim durum oluşturmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmedeği, bir hakim durum oluşturarak Türkiye’de rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek J5B Anti HIV harici antiviraller pazarındaki birleşmeye ise Glaxo Welcome İlaçları Sanayi A.Ş.’nin sahip olduğu Zovirax, Valtrex, Zeffix adlı ilaçların lisanslarının veya SmithKline Beecham İlaç Ticaret A.Ş.’nin sahip olduğu Famvir adlı ilacın lisansının taraflardan pazar payı yüksek olanın payının aşılmasını sağlayacak şekilde üçüncü kişilere devredilmesi koşuluyla işleme izin verilebileceği kanaatine varmıştır. Sonuç olarak gerekli lisans devirlerinin yapılması koşuluyla birleşme işlemine izin verilmiş ve bu devir işleminden Rekabet Kurulu’nun haberdar edilmesine karar vermiştir.²³⁶

3.3. Yasaklama

1997/1 sayılı Tebliğin 6. Maddesinin son fıkrasına göre, bir birleşme veya devralma işlemi RKHK’nın 7. Maddesi çerçevesinde bir hakim durum yaratıyor veya bir hakim durumu güçlendiriyor ve sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelliyorsa bu işlem kanuna aykırı olacak ve Kurul tarafından işleme izin verilmeyecektir.

Yasaklanmış olan bir birleşmenin uygulanması mümkün değildir. Bu yasağa rağmen bir birleşme uygulanacak olursa, bildirilmemiş birleşme ve devirler hakkındaki işlemlere göre, işletmelerin ayrılmaları ve birleşmeden önceki eski halin iadesi sağlanır.²³⁷

Rekabet Kurulu özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen devralma işlemlerinde de eğer hakim bir durumun yaratılması ya da hakim bir durumun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda da rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu ise işleme izin vermez. Kurul’un karşısına gelen İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.’nin %99.98 oranındaki hissesinin

²³⁶ Rekabet Kurulu’nun 03.08.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı kararı. R.G. 06.04.2002. S. 24718.

²³⁷ Aslan, s. 275.

özelleştirilmesi olayında, İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.'nin, Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş. tarafından devralınması gündeme gelmiştir. Kurul devralmanın gerçekleşmesi halinde devralan şirketin hakim duruma geçeceğini belirterek, RKHK'nın 7. maddesine aykırı olan devralma işlemine izin vermemiştir²³⁸.

3.4. Menfi Tespit

RKHK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir birleşme ve devralmanın RKHK'nın 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.

Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmış olan tebliğ kapsamına giren birleşme ve devirler için "izin", bu tebliğ kapsamına girmeyen yani izin almak için bildirimde bulunması gerekmeyen birleşmeler için ise ilgililerin talebi halinde "menfi tespit" belgesi verilmesi öngörülmüş olmaktadır.²³⁹ Yani bir birleşme ve devralma işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirtilmiş olan eşiklerin altında kalıyorsa ve bu anlamda bir tehlike söz konusu değilse, bu işlemlere menfi tespit belgesi verilebilecektir. İşlem, tebliğ kapsamında ise bunlara menfi tespit belgesi verilemez. Koşullar uyuyorsa izin verilecektir.

Böyle bir menfi tespit ilgililer açısından önemli yararları vardır:²⁴⁰

- Öncelikle taraflar hukuki güvensizlikten ve böylece birleşme veya devralmanın geçersizliği konusundaki endişelerinden kurtulmuş olurlar.

- Birleşme veya devralma bundan böyle Kurul'un bir soruşturmasına konu olamaz ve bunun sonucu olarak cezai yaptırımlar, söz konusu işlem hakkında artık uygulanmaz.

-Birleşme veya devralma artık özel hukuk alanında hukuka aykırı olarak değerlendirilemez ve taraflar güven içinde faaliyetlerini sürdürürler.

²³⁸ Güven, s. 331.

²³⁹ Aslan, s. 276.

²⁴⁰ Erdem, s. 157.

Kurul menfi tespiti ilişkin kararlarında, “teşebbüsün hakim durum yaratıp yaratmadığını veya hakim durumun güçlendirilmediğini tespit ederek, rekabete etkisini belirleyerek bir sonuca varmaktadır.”²⁴¹

3.6. Muafiyet

Kurul’a yapılan bir bildirim neticesinde, bu işlem birleşme veya devralma olarak değerlendirilemiyorsa bir muafiyet başvurusu olarak kabul edilir. Rekabet Kurulu, Kanunun 5. maddesine göre bireysel muafiyet verebileceği gibi belirli konulardaki anlaşma konuları için grup muafiyeti de tanıyabilir. Rekabet Kurulu çıkartacağı tebliğlerle belirli anlaşma gruplarına muafiyet tanıyabilir. Grup muafiyetleri kapsamına giren anlaşmaların bildirilmesine gerek yoktur.²⁴²

RKHK’nın 5. maddesinde belirlenmiş olan aşağıdaki şartların hepsinin birlikte gerçekleşmiş olması halinde muafiyet kararı alınacaktır:

a) *Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması*²⁴³,

b) *Tüketicinin bundan yarar sağlaması, işlem sonucunda piyasadaki ürün çeşidi artıp, ürüne ulaşma kolaylaşacağı; satış sonrası servis ağı genişleyerek aynı fiyata daha kaliteli ürünler sunulacağı için tüketici bundan yarar sağlayacaktır.*

c) *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması.*

d) *Rekabetin a ve b bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.*

Muafiyet durumunda, menfi tespitten farklı olarak, yapılan anlaşma rekabet ihlaline neden olmasına rağmen, muafiyet şartları taşınması nedeniyle yaptırımlardan muaf

²⁴¹ Aslan/Berk, s. 117.

²⁴² Güven, s. 334.

²⁴³ Burada sağlanacak yarar birleşme veya devralma sonucu oluşacak rekabet kısıtlamasından daha büyük olmalıdır. Bkz. Erdem, s. 160.

tutulmaktadır. Muafiyet kararı verilen bir anlaşmaya dayanılarak yapılan her türlü hukuki işlem geçerlidir.²⁴⁴ Muafiyet kararı şartlı olarak da verilebilir.

RKHK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasına göre muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Kurulca verilen süre dolduğunda muafiyet şartları hala devam ediyorsa, ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir.

RKHK'nın 13. maddesine göre , Kurul, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olursa; karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ve kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması halinde muafiyet ve tespit kararlarını geri alabilir veya tarafların belirli davranışlarını yasaklayabilir. Grup muafiyeti kapsamına giren anlaşmalarda, teşebbüsler, bu durumu bilmeden yaptıkları bir birleşme veya devralma işleminde, izin almak için Kurul'a başvurmuşlarsa Kurul işlemin grup muafiyeti kapsamına girdiğine karar verir.

4. Yaptırımlar

RKHK'nın 16. Maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma işlemlerinde kanuna aykırı hareket edenler hakkında para cezalarına hükmedilecektir. Bu cezalar idari niteliktedir. Para cezasını gerektiren haller şu şekilde düzenlenmiştir.²⁴⁵

-Birleşme ve devralmalara ilişkin izin başvurusunda yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi halinde 4.623.805.000. – TL,

-Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde 4.623.805.000. – TL,

-Birleşme ve devralma işlemlerinin gerekli süreler içinde bildirilmemesi halinde 2.311.902.000. – TL,

²⁴⁴ Güven, s. 335.

²⁴⁵ Söz konusu cezalara ilişkin miktarlar, 4054 sayılı RKHK'nın 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.12.2003 Tarihine kadar Geçerli Olmak Üzere Arttırıldığının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ ile arttırılmıştır. Tebliğ No. 2003/1. R.G. 25.02.2003. S. 25031

-Muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde 2.774.282.000 – TL.

Rekabet Kurulu, RKHK m. 9, 11 (b), 13/I ve 15’de yazılı davranışlara aykırılık halinde belirtilecek tarihten başlamak üzere her gün için ihlal edilen hükme göre değişmek üzere 914.759.000. – TL ila 2.311.902.000. – TL arasında değişen süreli para cezasına hükmedebilir.²⁴⁶

RKHK’nın 11. maddesine göre bildirilmesi zorunlu olan bir işlem Kurul’a bildirilmemiş ve Kurul da bu işlemden bir şekilde haberdar olmuşsa, kendiliğinden bu birleşme ve devralmayı incelemeye alacaktır. İncelemenin sonucunda söz konusu işlemin RKHK’nın 7/I kapsamında olmadığına karar verirse işleme izin verecek ama işlem bildirilmediği için ilgililere para cezası verecektir. Eğer bildirilmemiş birleşme ve devralma işlemi RKHK’nın 7/II. maddesi kapsamında ise para cezası ile birlikte, işlemin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına, ele geçirilen malvarlığının eski maliklerine iadesine, üçüncü kişilere temlik ve devrine ve bu süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ilişkin gerekli gördüğü tedbirleri alacaktır. Ayrıca Kurul, RKHK’nın 17. maddesine göre de gereken hallerde, süreli para cezaları verebilecektir.

C. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI

Avrupa Birliği Antlaşması’nın 37. ve 85-94. maddeleri, AB’de rekabet kurallarının çerçevesini oluşturur. Avrupa Konseyi’nin Aralık 1989’da şirketlerin birleşmesinin denetlenmesine yönelik olarak kabul ettiği yönetmelik ile şirketlerin birleşme operasyonunu tamamlamadan önce, operasyonun pazarda hakim konum yaratıp yaratmayacağını inceleme yetkisi Komisyon’a verilmiştir.²⁴⁷

²⁴⁶ Erdem, s. 163.

²⁴⁷ Erişim: 04.05.2003 (WWW document). URL <http://www.deltur.cec.eu.int/guncel/ghaber2-08.html>.

Topluluk Rekabet Hukuku'nda yoğunlaşmaların²⁴⁸ bildirim usulleri 1310/97 ile değişik 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü ile belirlenmektedir. İlgili Tüzük doğrultusunda Komisyon, 1310/97 ile gelen değişiklikleri göz önüne alarak uygulama esaslarını düzenleyen 3384/94 Sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldırarak yerine 447/98 Sayılı Tüzüğü yayımlamak sureti ile bildirimlerle ilişkin düzenlemeleri uygulamaya almıştır. İlgili Tüzük ve ekinde bulunan CO formu²⁴⁹, 4064/89 Sayılı Tüzük kapsamındaki işlemlerin bildirimine ilişkin uyulması gereken sunuş kurallarını ve bildirim Komisyona eline ulaşmasıyla birlikte başlayan inceleme prosedürünün usul ve esaslarını belirlemektedir.²⁵⁰

RKHK'nın kaynağını oluşturan 4064/89 sayılı Tüzüğün 2/3. hükmü çerçevesinde bir hakim durum yaratan veya bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir yoğunlaşmanın ortak pazarla bağdaşamaz olduğu bildirilmiştir. Dolayısıyla Topluluk Rekabet Kuralları çerçevesindeki birleşme ve devralmaların, ortak pazarın işleyişine uygunluğu incelenirken, piyasada hakim bir durum yaratılması veya bu durumun güçlendirilmesi ile bu hakim durumun ortak pazarda veya önemli bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemediği dikkate alınmaktadır. AT kuralları çerçevesinde, söz konusu birleşme veya devralma işleminin, Ortak Pazar'la bağdaşabilecek nitelikte olduğu konusunda ciddi şüpheler yok ise, Komisyon Ortak Pazar'la bağdaşabilir olduğuna karar verir. Aksi halde, birleşmelerin tamamlanmış olması halinde, birleşmeye katılan işletmelere, malvarlıklarını ayırmalarına veya ortak kontrole son verme yetkisine sahiptir. Ayrıca Komisyon, bir birleşmenin, Ortak Pazar'la bağdaşır kılmak için yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen işletmelere (toplam cironun % 10'unu aşmayan) para cezaları ile süreli para cezası (her gün için 100.000. ECU) verebilmektedir.²⁵¹

²⁴⁸ Yoğunlaşma kavramı hakkında doktrinde çeşitli tanımlar verilmiştir: "Ekonomik karar alma gücünün bir başka deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde yoğunlaşması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süljelerini azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması "*konsantrasyon*" olarak nitelendirilmektedir". Bkz. Sanlı, s. 317. Başka bir tanımda ise yoğunlaşma "belli bir coğrafi bölgede ve belli bir ürün veya hizmet pazarında ekonomik gücün, yapısal bir değişikliğe bağlı olarak bir veya birkaç teşebbüsün elinde veya kişide toplanmasıdır". Bkz. Erdem, s. 188.

²⁴⁹ 4064/89 sayılı Birleşmeler Tüzüğü'ne göre bir konsantrasyonun bildiri bu konuda çıkartılmış olan CO formunun doldurulmasıyla yapılır.

²⁵⁰ Arif Esin. *Birleşme ve Devralmalarda Avrupa Uygulamaları*. Erişim: 11.05.2003 (WWW document). URL <http://www.esr.com/fforumayrinti.asp.FID=151>. 07.07.1998.

²⁵¹ Aslan/Berk, s. 123.

SONUÇ

Piyasa ekonomisi, piyasa dinamiklerine dayalı olarak ekonominin belirlenmesidir. Fiyat, arz-talep, kalite gibi fonksiyonlar piyasalar tarafından belirlenmektedir. Bu sistem Rekabet Hukuku kuralları vasıtasıyla korunacaktır. Bu anlamda rekabet, piyasada varlığını sürdüren ekonomik birimler arasında bir yarışma halidir. Rekabet imkanı sayesinde teşebbüsler, verimli olmak, ürün ve hizmet kalitesini arttırmak, gelişen teknolojilere uyum sağlamak ve bu şekilde varlıklarını sürdürebilmek için çaba sarfederler. Sistemin bozulmaması ve rekabet imkanının ortadan kalkmaması için bu alanda hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Rekabet Hukuku kuralları sayesinde teşebbüsler serbest ve eşit imkanlara sahip olarak rekabet etme özgürlüğü elde ederler. Özellikle şirket birleşmeleri veya devralmaları yoluyla hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi, piyasadaki rekabet ortamını en güçlü şekilde etkileyen faaliyetler olarak ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde 13 Aralık 1994'te yürürlüğe giren Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Topluluk Rekabet Hukuku kuralları örnek alınarak hazırlanmıştır. Rekabet Kurumu da, gereken durumlarda uygulanmak üzere, tebliğler vazederek sistem içerisinde, rekabetin işlerliğini sağlamaya çalışmaktadır. Ekonomik dengelerin korunabilmesi ve serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı işleyebilmesi için bu kuralların, uygulayıcı pozisyonunda olan teşebbüsler tarafından da iyi bilinmesi gerekir. Devletlerin ekonomi ve rekabet politikaları birbirine paralel ve birbirinden etkilenen bir yapıya sahip oldukları için, sağlıklı bir rekabet ortamında piyasalar daha rahat bir şekilde çalışırlar. Bunu düzeni sağlayacak, kartel ve tekel oluşumunu önleyecek, ekonomik özgürlüklerin teminatını oluşturacak olan ise, Rekabet Hukuku kuralları doğrultusunda Rekabet Kurumu olacaktır.

Şirket birleşme ve devralmaları, piyasadaki etkin rekabetin işlerliği açısından büyük önem arz etmektedir. Küreselleşme ile birlikte her geçen gün daha da entegre olan dünyada, teşebbüslerin, varlıklarını sürdürebilmeleri ve gelişebilmeleri için diğer teşebbüslerle bütünleşmeleri gerekmektedir. Rekabet Hukuku kuralları kapsamında gerçekleştirilen

birleşmeler, başta tüketiciler olmak üzere diğer piyasa dinamikleri açısından da faydalı sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde, Türk Rekabet Hukuku sisteminin, Topluluk Rekabet Hukuku kuralları ile birebir uyum içinde olması bir zorunluluk haline gelmiştir. Birlik uygulamasında ATAD kararları ışığında uygulamaya yönelik somut çözümler getirilirken Türk Hukuk sisteminde de benzer şekilde Rekabet Kurumu tarafından vazedilen tebliğlerle, uygulamaya ilişkin boşluklar doldurulmaya çalışılmaktadır. Avrupa Topluluğu uygulamasında, ATAD, verdiği kararlarla Konsey' e yön göstermektedir. Rekabet Kurumu da , vereceği kararlarla, Türk Hukuk Sistemi için yeni sayılabilecek olan RKHK' ya, ek veya genişletici katkılar yapabilmelidir. Bu şekilde yasal düzenlemelerin somut olaylara uygulanabilirliği neticesinde, rekabet hukuku ihlallerinde, kısa sürede, pratik çözümler getirilebilecektir

RKHK'nın 7. maddesi kapsamında birleşme ve devralmalar yoluyla hakim durum yaratılması, mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve bu şekilde ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin azalması sonucu, ekonomideki elemanlar, fonksiyonlarını yerine getiremeyecek ve sistem bozulacaktır. Her birleşme ve devralma işlemi sistemi bozacak nitelikte değildir. Aksine küçük teşebbüslerin, birleşerek büyük teşebbüslerle rekabet edebilme ve varlıklarını sürdürebilme imkanları olacaktır. Fakat teşebbüslerin birleşme ve devralma yoluyla hakim durum yaratarak piyasadaki rekabeti önleme ve tekel ya da kartel oluşumlarına sebebiyet verme halleri, yasak kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu sebeple Rekabet Kurulu, izne tabi birleşme veya devralma işlemlerini gerçekleştiren teşebbüslerin pazar paylarının ve cirolarının hesaplanmasında, coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarının tespitinde hassasiyet göstermektedir ve Kurum'un onayı ya da izni olmadan veya Kurum'a haber verilmeden gerçekleştirilen birleşmeleri geçersiz kabul ederek ağır maddi cezalar içeren yaptırımlar uygulamaktadır. Teşebbüsler de , planlamalarını, bu ayrıntıları göz önünde tutarak yapmalıdırlar.

Rekabet Kurumu'nun bu şartlar altında yapılmış olan, birleşme ve devralma işlemlerine izin vermemesi, piyasadaki rekabet düzeninin korunması amacından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, piyasa dinamiklerini ve ekonomik dengeleri derinden etkileyen birleşme ve devralma faaliyetleri, teşebbüsleri, ciddi ve detaylı yapılanmaya

zorlamaktadır. Bu tarz yapılanmalar teşebbüsler açısından maddi olarak da külfetli prosedürlerdir. Rekabet Kurulu'nun denetimi altında, prosedürleri gerçekleştirirken bu alandaki düzenlemelere uyulması, teşebbüsleri sonradan oluşabilecek, zaman, işgücü ve maddi anlamdaki kayıplardan da koruyacaktır. Teşebbüsler planlama sürecindeyken, birleşme veya devralmanın gerçekleşeceği ilgili ürün pazarının dinamiklerini, teknolojinin sağladığı imkanları, rakip sayılabilecek işletmelerin piyasa paylarını da göz önünde tutarlarsa , hem kendilerinin hem tüketicilerin hem de ekonominin gelişmesine katkıda bulunacaklardır.



KAYNAKLAR**KİTAPLAR**

- Akgüç, Öztin (1995). *Finansal Yönetim*. Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul: Muhasebe Enstitüsü Yayın No.63.
- Akıncı, Ateş (2001). *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.5.
- Arkan, Sabih (1995). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze (2000). *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.4.
- Aydın, Nurhan (1990). *İşletmelerin Birleşmesinde Finansal Analiz ve Bir Uygulama Örneği*. Ankara: TOBB Yayın No. Genel 150; Ar-Ge 62.
- Aslan, İ. Yılmaz (2001). *Rekabet Hukuku*. Genişletilmiş 2. Baskı, Bursa.
- Aslan, Zehreddin; Berk, Kahraman (2000). *Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*. İstanbul: Alfa Yayınevi.
- Aslan, Zehreddin; Berk, Kahraman (2000). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Tebliğler ile Yönetmelikler*. İstanbul: Alfa Yayınevi.
- Badur, Emel (1998). *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.6.
- Çelik, Orhan (1999). *Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Domaniç, Hayri (1976). *Ticaret Hukukunun Umumi Esasları*. 3. Baskı, İstanbul.
- Erdem, H. Ercüment (2003). *Türk ve AT Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Erdem, H. Ercüment (1999). *Türk-İsviçre Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaşgünü Armağanı*. İstanbul.
- Güven, Pelin (2002). *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*. Ankara.
- İmregün, Oğuz (1996). *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*. 11. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi.

- İnan, Nurkut (1999). *Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi*. Rekabet Kurulu Perşembe Konferansları.
- Karayalçın, Yaşar (1968). *Ticaret Hukuku*. 3. Baskı, Ankara.
- Müftüoğlu, Tamer (1991). *Türkiye'deki Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler*. Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut (1995). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Orhunöz, Ergun (1999). *Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat*. Ankara: SeçkinYayınevi.
- Özsunay, Ergun (1985). *Kartel Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Mecmuası.
- Poroy, Reha (1983). *Ticari İşletme Hukuku*. 3. baskı, İstanbul.
- Poroy, Reha; Yasaman, Hamdi (2001). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Poroy, Reha; Tckinalp, Ünal; Çamoğlu Ersin (2000). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. Güncelleştirilmiş 8.Baskı, İstanbul: Beta Kitabevi.
- Sanlı, Kerem Cem (2000). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.3.
- Tiryakioğlu, Bilgin (1997). *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*. Ankara.
- Topçuoğlu, Metin (2001). *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerarası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.7.
- Yasaman, Hamdi (1987). *Anonim Ortaklıkların Birleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Yıldırım, Ali Haydar; Olcay Kolotoğlu (2003). *Anonim Ortaklıklar ve Limited Şirketlerin Kuruluşu, Tasfiyesi, Birleşmesi, Nev'i Değişikliği, Bölünme ve Hisse Değişimi*, Yaklaşım Yayınları: Ankara

DERGİLER

- Can, İsmail (1993). *Ferdi İşletmelerin Devri Şirketlerin Nev'i Değiştirmesi Ve Birleşme, Devir*. Vergi Sorunları, Maliye Gelirler Kontrolörleri Derneği Yayını, S.4.

Çilingir, Ali İhsan Özgür (Ağustos 2002). *TTK'ya göre Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Külli Halefiyet İlkesi. Vergi Dünyası*. Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları. İstanbul, S. 252.

Hacırüstemoğlu, Rüstem (Haziran 1993). *Holding ve Holdingin Kuruluşu, Vergisi ve Muhasebesi ile Dialog Dergisi*, S. 151.

Kızılot, Şükrü (Eylül 1996). *Örtülü Kazanç Olayında Şirketten Çekilen Paralar ve Uygulanacak Faiz Oranı, Yaklaşım Dergisi*, S. 45.

Yargıtay Kararları Dergisi, 1980/5

Yargıtay Kararları Dergisi, C. 16, S. 1.

Yargıtay Kararları Dergisi, C. 19, S. 5

TEZLER

Kavak, Ahmet (2000). *Sermaye Şirketlerinin Tasfiye, Birleşme, Devir ve Nev'i Değişikliklerinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü

Şirin, Z. Ertunç (1999). *Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Vergilendirme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Bilim Dalı.

Var, Hülya (1996). *4064/89 (ECO) sayılı Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Avrupa Birliği'nde Şirket Birleşmelerinin Kontrolü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yaltı, Billur (1984). *Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Sermaye Şirketlerinde Tasfiye, Birleşme, Nev'i Değiştirme*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

KANUN, TÜZÜK VE TEBLİĞLER

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

818 sayılı Borçlar Kanunu

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89/AET Sayılı Konsey Tüzüğü.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ, R.G. 12.08.1997, S. 23078.

Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Tebliğ, R.G. 19.02.1996, SPK seri no. I, No: 22.

4046 sayılı 24 Kasım 1994 tarihinde kabul edilen Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. R.G. 27.11.1994. S. 22124

Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurulu'na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında 1998/4 Sayılı Tebliğ, R.G. 12.09.1998. S. 23461.

1997/1 Sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de ve 1997/2 Sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği"nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2000/2 Sayılı Tebliğ, R.G. 21.08.2000. S. 24147.

4054 Sayılı RKHK'nın 16.ve 17. maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.12.2003 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Arttırıldığıının Duyurulmasına İlişkin 2003/1 Sayılı Tebliğ, R.G. 25.02.2003. S. 25031.

67 Sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, R.G. Tarih, 06.02.2000, S. 23956.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Esin, Arif (07.07.1998). Birleşme ve Devralmalarda Avrupa Uygulamaları, World Wide Web: URL

<http://www.escri.com/fforumayrinti.asp.FID=151>

İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Ekim 2000-Mart 2001). No.23-24 World Wide Web: URL,

<http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/Turkce/Dergi/Sayi%2023-24/21.htm>

Rekabet Kurumu, World Wide Web: URL,

<http://www.rekabet.gov.tr/word/gecenhafta.doc>

Rekabet Kurumu, World Wide Web: URL,
<http://www.rekabet.gov.tr/word/maddegerekce.doc>.

Rekabet Kurumu, World Wide Web: URL,
<http://www.rekabet.gov.tr/word/00-14-134-66.doc>.

Şenyücel, Orçun; Aktaş, Cihan. İlgili Pazar Kavramı. Rekabet Kurumu, World Wide Web
URL, [http:// www.rekabet.gov.tr/word/dergi2index.doc](http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi2index.doc)

<http://www.deltur.cec.eu.int/guncel/ghaber2-08.html>.

World Wide Web : URL,
http://www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm

DİĞER YAYINLAR

- *Büyük Türk Sözlüğü*. Hayat Yayınları
- *Büyük Larousse*(1986). Gelişim Yayınları, İstanbul.
- *Collins Cobuild English Dictionary* (1995). Londra
- *DPT Rekabet Hukuku ve Politikası 7. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu* (1994). Ankara
- Hançerlioğlu, Orhan (1976). *Ekonomi Sözlüğü*. İstanbul: Remzi Kitabevi
- Hürriyet Gazetesi (10.06.2003)
- TÜSİAD (1998). *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulama Esasları*. İstanbul: Tüsiad-T/98-12/245.