



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

AHMET BAYBARS ÖZŞAHİN

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

OCAK 2017



BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

OCAK 2017

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN tarafından hazırlanan "Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Ticaret Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Danışman: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Ticaret Hukuku, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~



Başkan :Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR

Ticaret Hukuku, Bilkent Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~



Üye :Yrd. Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK

Ticaret Hukuku, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~

Tez Savunma Tarihi: 30/01/2017

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



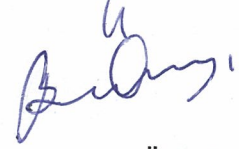
Prof. Dr. Mehmet Akif ÖZER
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



Ahmet Baybars ÖZŞAHİN

30/01/2017

BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR
(Yüksek Lisans Tezi)

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ocak 2017

ÖZET

Yan sınırlamalar, çoğunlukla rekabeti kısıtlayan anlaşmalardan olup hukuka aykırı kabulü de piyasaya zarar verici niteliktedir. Zira birleşme ve devralmalar bazen yan sınırlamalar olmadan yapıldığında önemini yitirmektedir. Bu sebeple yan sınırlamalar, uygulamada hukuka uygun olduğu kabul edilmeye başlanmış devamında düzenlemelerle de ele alınmıştır. Türkiye’de ise yan sınırlamalara ilişkin yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Yan sınırlamaların kapsamının ve sınırlarının belirliliği ise rekabetin korunması açısından önemlidir. Yan sınırlamaların belirliliği ile teşebbüsler de birleşme ve devralma işlemlerinde hukuka aykırı anlaşmalar yapmaktan kaçınabileceklerdir. Yan sınırlamalar teoride yeterince üzerinde durulmamış ancak, mehz AB düzenlemeleri de esas alınarak uygulamada günümüzdeki haline ulaşabilmiştir. Bu çalışmada yan sınırlamaların tarihi gelişimi, hukuki niteliği, unsurları, çeşitleri ve sonuçları üzerinde durulmaktadır.

Bilim Kodu : 501
Anahtar Kelimeler : Yan sınırlamalar, birleşme ve devralmalar, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar.
Sayfa Adedi : 125
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN

ANCILLARY RESTRAINTS IN THE MERGERS AND ACQUISITIONS
(M.S. Thesis)

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF EDUCATIONAL SCIENCES
January 2017

ABSTRACT

Ancillary restraints is frequently one of competition restricting agreements in case of accepted as illegal it can damage market. Because mergers and acquisitions sometimes lose its importance without ancillary restraints. Thus, ancillary restraints was accepted legal in practise and then it was regulated. But there are not enough regulation about ancillary restraints in Turkey. At the same time determinacy of ancillary restraints border and scope is important for protect competition. Over comprehend of ancillary restraints, enterprises could abstain from make an illegal agreement in merger and acquisition acts. Hence ancillary restraints was not examined in theory adequately but in practise could reach this level by advancing base on EU regulations. In this study historical improvement, legal characteristic, compenents, types and consequences of ancillary retraints will be emphasised.

Science Code : 501
Key Words : Ancillary restraints, mergers and acquisitions, restrictive agreements
Page Number : 125
Supervisor : Assist. Prof. Mehmet Çelebi CAN

TEŞEKKÜR

Yan sınırlamalar, Amerika ve AB Hukuku açısından köklü bir geçmişe sahiptir. Ülkemiz açısından ise rekabet kültürü eskiden beri varolmakla beraber, rekabeti korumaya yönelik kurallar, 1994 yılında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile düzenlemeye kavuşmuştur. Mevzuatı teşkil eden AB'de Komisyon, yan sınırlamalar hakkında Duyuru yayınlamıştır. Ülkemizde ise yan sınırlamalar, yeterli düzeyde ele alınmamıştır. Bu çalışma kapsamında, yan sınırlamaların tüm yönleri ve sonuçları ele alınmaya uğraşılmıştır.

Öğrendiklerimle bende yeni ufuklar açan bu çalışma konusunu, belirleyen ve her türlü desteğini esirgemeyen değerli tez danışmanım Yrd. Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN'a çok teşekkür ederim.

Muhakkak tez yazmak sabır gerektiren bir süreçtir. Bu meşakkatli süreçte beni motive eden ve çalışmalarımda bana destek olan arkadaşım, Arş. Gör. Mesut KÖKSOY'a teşekkür ederim. Bununla beraber aynı şekilde desteğini esirgemeyen Arş. Gör. Talip BABACAN'a ve ticaret hukuku kürsüsünde veya başka kürsülerde bulunan asistan arkadaşlarıma da teşekkürlerimi belirtmek isterim.

Bu seviyeye gelmemdeki en önemli rolü oynayan aileme, hayatımda desteğini gördüğüm dostlarıma ve yakınlarıma çok teşekkür ederim. Yine arka planda da olsa ilgi ve alakasıyla yanımda olan adlarını sayamadığım herkese tekrar tekrar teşekkür ederim.

Tezin ilgili konuda çalışanlara faydalı olmasını temenni ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

1.1. TERİM	3
1.2. REKABET HUKUKUNUN SÜJELERİ	5
1.2.1. Teşebbüs	5
1.2.2. Teşebbüs Birliği	8
1.2.3. Teşebbüs ile Ticari İşletme Ayrımı	9
1.3. BİRLEŞME VE DEVRALMALAR	10
1.3.1. Hukuki Yönüyle Birleşme ve Devralmalar	11
1.3.2. Rekabet Hukukuna Göre Birleşme ve Devralmalar	14
1.3.3. Birleşme ve Devralma Çeşitleri	15
1.3.3.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar	15
1.3.3.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar	16
1.3.3.3. Karma Birleşme ve Devralmalar	16
1.3. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILMAYAN HALLER	17
1.4. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER	18
1.4.1. İki ya da Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi	19

Sayfa

1.4.2. Teşebbüsün Kontrolünün Doğrudan veya Dolaylı Olarak Devralınması	19
1.4.3. Ortak Girişimler	21
1.5. İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR	23
1.5.1. Ciro Eşikleri	24
1.5.2. Cironun Hesaplanması	25
1.5.3. Birleşme ve Devrallmaların Bildirimi ve İncelenmesi	26
1.6. BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ	29
1.6.1. İlgili Pazar	29
1.6.1.1. İlgili Ürün Pazarı	30
1.6.1.2. İlgili Coğrafi Pazar	31
1.6.2. Birleşme ve Devrallmaların Denetlenmesindeki Ölçütler	32
1.6.2.1. Hakim Durum Oluşturma	33
1.6.2.2. Mevcut Bir Hakim Durumu Güçlendirme	35
1.6.2.3. Etkin Rekabeti Önemli Ölçüde Azaltıcı Sonuç Doğurma	35
1.6.2.4. Batan Teşebbüs Savunması	37

İKİNCİ BÖLÜM**GENEL OLARAK YAN SINIRLAMALAR VE TÜRLERİ**

2.1. KAVRAM	39
2.1.1. Terim	39
2.1.2. Tanım	41
2.2. TARİHÇE VE GÜNÜMÜZ DÜZENLEMELERİ	43
2.3. YAN SINIRLAMALAR ile <i>PER SE</i> ve <i>RULE OF REASON</i> İLKELERİNİN İLİŞKİSİ	46
2.3.1. <i>Per Se</i> ve <i>Rule of Reason</i> İlkeleri	46
2.3.2. Yan Sınırlamalarda <i>Per Se</i> ve <i>Rule Of Reason</i> İlkeleri	47

	Sayfa
2.4. YAN SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	48
2.5. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ TARAFLARI	53
2.6. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI	54
2.6.1. Genel Olarak	54
2.6.2. Doğrudan İlgili Olma	56
2.6.3. Gerekli Olma	59
2.6.4. Makul Olma	62
2.7. YAN SINIRLAMA ÇEŞİTLERİ	63
2.7.1. Rekabet Yasağı	64
2.7.1.1. Süre Yönünden	69
2.7.1.2. Konu Yönünden	71
2.7.1.3. Coğrafi Alan Yönünden	72
2.7.1.4. Kişi Yönünden	73
2.7.2. Lisans Anlaşmaları	74
2.7.3. Alım ve Tedarik Anlaşmaları	77
2.7.4. Diğerleri	79
2.8. ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAN SINIRLAMALARIN DENETLENMESİ

3.1. YAN SINIRLAMALARIN BİLDİRİMİ	85
3.2. KURUL'UN İNCELEME VE ARAŞTIRMA USULLERİ	88
3.3. YAN SINIRLAMALAR HAKKINDA KURUL KARARLARI	90
3.3.1. İzin Verilmesi	90
3.3.2. İzin Verilmemesi ve İhlale Son Verilmesi	92
3.3.3. Şartlı İzin Verilmesi	93

Sayfa

3.3.4. Menfi Tespit Belgesi Verilmesi.....	95
3.3.5. Şarta Bağlı Menfi Tespit Belgesi Verilmesi	99
3.3.6. Muafiyet Kararı	100
3.3.7. İdari Para Cezası	102
3.5. YAN SINIRLAMALARIN, REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDAN AYRILMASI	107
3.4. İZNE TABİ OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARA İLİŞKİN YAN SINIRLAMALAR	109
3.6. YAN SINIRLAMA KARARLARINA KARŞI GİDİLEBİLECEK YARGI YOLLARI	110
3.7. YAN SINIRLAMALARIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI	111
SONUÇ	117
KAYNAKÇA.....	119
ÖZGEÇMİŞ	125

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	Avrupa Birliği'nin Kuruluşuna Dair Antlaşma
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	Baskı
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. (bkz.)	Bakınız
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
dn.	dipnot
Duyuru	Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu
EC	European Commission
EU	European Union
http	hyper text transfer protocol
Kılavuz	Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz
Kurul	Rekabet Kurulu
m.	madde
n.	numara
No.	Number
par.	paragraph
Rev.	Review
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s.	sayılı
TBK	Türk Borçlar Kanunu

Tebliğ Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

Kısaltmalar

Açıklamalar

U. S.

United States

URL

Uniform Resource Locator

vd.

ve devamı

Vol.

Volume (Cilt)

vs.

ve saire



GİRİŞ

Rekabet hukuku ekonomi ile ilişkili, bazı hukuki kavramları da bünyesinde barındıran ancak kendine özgü yapıya sahip bir alan olma özelliği taşımaktadır. Rekabetin korunması hususu, başta ülke ekonomisi ve piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler olmak üzere müşteriler ve nihayet tüketicileri ilgilendirmektedir.

Rekabetin korunması, rekabet ortamının oluşmasını ve muhafazasını amaç edinmektedir. Bunun için de rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların, hakim durumun kötüye kullanımının bunun yanında da birleşme ve devralmaların kontrol edilmesini gerekli düzenlemeye kavuşturmak ihtiyacı vardır. İşte birleşme ve devralmalar bu hususlardan yalnızca biri olup sadece teşebbüsleri değil ülke ekonomisini de etkilemektedir. Buna bağlı olarak kimi zaman bir birleşme ve devralma için tarafların ikincil nitelikte anlaşmalar yapması da gereklilik arz etmektedir. Aksi halde birleşme ve devralma işlemi bir anlam ifade etmeyecektir. Buna bağlı olarak da birleşme ve devralma işlemleri çok kısıtlı olarak gerçekleştirilebilecektir.

Önceleri Rekabet Kurulu yan sınırlamalara izin vermekte ancak bu konuda bir yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu sebeple, ülkemizde, yan sınırlamalara ilişkin içtihat, uygulama ile birlikte gelişim göstermiştir. Bununla beraber teoride tüm yönleriyle ele alınmadığını söyleyebiliriz. Yan sınırlamalar konusunda az da olsa yazılmış makale ve tezler bulunmakla beraber bu çalışmada daha geniş bir açıdan inceleme yoluna gidilmiş, daha önceki çalışmalardan farklı olarak rule of reason ve per se ilkelerine değinilerek bu ilkelerin yan sınırlamalarla olan bağlantısı üzerinde de durulmuştur. Ayrıca özel hukuk alanında, yan sınırlamaların sonuçlarına da ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yan sınırlamaların bağlı olduğu asli işlem olan birleşme ve devralmalara, bu işlemin taraflarına, hangi usullere tabi olduğuna değinilecek ve bu şekilde yan sınırlamalar konusuna bir giriş yapılacaktır. İkinci bölümde, yan sınırlamaların tarihi gelişimi, ortaya çıkışı, unsurları belirlenerek, nihayet türleri üzerinde ayrıntılı bilgi verilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise yan sınırlamaların bildirimi, muhatap olabileceği kararlar, m. 4'te düzenlenen anlaşmalardan farkı ve özel hukuk alanındaki sonuçlarına yer verilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

Birleşme ve devralma işlemleri, rekabet hukuku açısından rekabetin korunması amacıyla kontrole tabi tutulmaktadır. Yan sınırlamalar ise, bir birleşme ve devralma işlemiyle beraber söz konusu olmaktadır¹. Dolayısıyla yan sınırlamaların hukuki geçerliliğinin birleşme ve devralma işleminin de geçerliliğine bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle yan sınırlamaların ele alınmadan önce birleşme ve devralmaların incelenmesi gerekmektedir. Zira hukuka aykırı bir birleşme ve devralma işlemi açısından artık yan sınırlamalardan da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla yan sınırlamalara geçmeden önce, geçerli bir birleşme ve devralma işleminin bulunması önem taşımaktadır. Sonrasında ise, yan sınırlamanın bulunup bulunmadığı incelenebilecektir. Bu açıklamalar ışığında, ilk bölümde konunun incelenmesinde karşımıza çıkabilecek ilgili kavramlara yer verilecek, birleşme ve devralma işlemlerinin geçerliliği, denetimi, izni gibi hususlar üzerinde durulacaktır.

1.1. TERİM

Birleşme ve devralma kavramı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun² (RKHK) sistematüğinde ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile de benimsenmektedir. Ancak bununla beraber doktrinde bazı yazarların bu kavramın yerine “konsantrasyon” yahut “yoğunlaşma” terimlerini tercih ettikleri görölmektedir³.

¹ Belirtmek isteriz ki, bu çalışmada ele alacağımız yan sınırlamalar AB Bildirisi'nde belirtildiği üzere birleşme ve devralmalara bağlı nitelikte olan anlaşmalardır. Elbette bunun dışında, bir birleşme ve devralma işlemi olmaksızın, objektif olarak zorunlu ve gerekli sınırlamalar da yan sınırlama olarak nitelendirilebilir. Bu tür yan sınırlamalar hakkında bkz. Yiğit, İ. (2013). *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 61.

² 13.12.1994 tarihinde 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³ Güven, P. (2009). *Rekabet Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 217 vd.; Günay, İ. C. (2014). *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 105 vd.

Mehaz AB hukukunda ise birleşme ve devralma teriminin karşılığı olan *concentration* ifadesi kullanılmaktadır⁴. Ancak kimi zaman *merger and acquisitions* teriminin de doktrinde tercih edildiği görülmektedir⁵. “Yoğunlaşma” terimi ise *concentration* kelimesinin Türkçe karşılığı olup aynı şekilde AB mevzuatının kullanımına da uygun düşmektedir. Kadük olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı m. 3’te, birleşme ve devralma işlemleri kavramı yerine “yoğunlaşma işlemleri” kavramına yer verilmiş, maddenin gerekçesinde ise buna sebep olarak Avrupa Birliği mevzuatının ilgili hükümleriyle uyumlu hale getirme amacının bulunduğu belirtilmiştir⁶.

4054 s. RKHK m. 7’de ise hangi birleşme ve devralmaların Kurul’a bildirilmesi gerektiğinin, Kurul’un çıkaracağı tebliğlerle belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Rekabet Kurulu bu maddeye dayanarak, 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”i çıkarmıştır. 2010/4 sayılı Tebliğ’in ikinci maddesine göre; “Bu Tebliğ, 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi çerçevesinde hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulundan izin alınması gereken birleşme veya devralmaların belirlenmesine ve bunların Rekabet Kuruluna bildirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.” Tebliğ m. 5/3 hükmünde, ortak girişim işlemlerinin de birer birleşme ve devralma olarak kabul edildiği görülmektedir⁷.

⁴ Güven, (2009), 217.

⁵ Rodger, B. J., Macculloch, A. (2001). *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, (Second Edition), London and New York: Routledge-Cavendish, 203 vd.

⁶ Tasarı metni için bkz. İnternet: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı. URL:<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>. <http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fwww2.tbmm.gov.tr%2Fd24%2F1%2F1-0882.pdf&date=2016-10-04>, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016.

⁷ GÜVEN’e göre ise; birleşme ve devralmalar terimi, ortak girişimler gibi kimi yoğunlaşmaları kapsam dışında bırakmaktadır, ancak “yoğunlaşma” terimi ise hepsini kapsayan bir terim niteliğinde olup “yoğunlaşma” teriminin kullanılması daha uygun düşmektedir. Bkz. Güven, (2009), 217, 218.

Son olarak ortak girişimlerin⁸ de, birleşme ve devralma işlemi olduğu ve kanuni düzenlemeye de uygun düşeceği gerekçesiyle çalışmada, birleşme ve devralmalar terimi kullanılacaktır⁹.

1.2. REKABET HUKUKUNUN SÜJELERİ

Birleşme ve devralmalardan bahsedebilmek için öncelikle, 4054 sayılı RKHK'un ve dolayısıyla birleşme ve devralmaların süjesi olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ele alınması ve izahı gerekmektedir¹⁰. Bunun yanı sıra, bu başlık altında bağlı teşebbüslere, teşebbüslerin ticari işletme ile arasındaki farklar da incelenecek, böylelikle teşebbüs kavramının daha iyi anlaşılması usulü izlenecektir.

1.2.1. Teşebbüs

Teşebbüse¹¹ ilişkin bir tanımın yapılması, kapsamının genişliğinden dolayı zorluk arz etmektedir¹². Bu nedenle, sadece kanuni tanımdan hareketle teşebbüs kavramını incelemekle yetineceğiz.

4054 sayılı RKHK'nin tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde teşebbüs kavramı, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel

⁸ Kadük olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinde, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin bir yoğunlaşma işlemi olduğu açıkça düzenlenmekteydi.

⁹ Nitekim ASLAN'a göre de; birleşme ve devralmalar, ekonomik yoğunlaşmaları ve ortak girişimleri de kapsayan bir üst başlıktır. Aslan, İ. Y. (2014). *Rekabet Hukuku Dersleri* (Dördüncü Baskı). İstanbul: Ekin Yayınevi, 208.

¹⁰ Özdemir, S. O. (2002). *Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 155. ERDEM'e göre de 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 2, m. 4, m. 6'da rekabetin engellenmesi, sınırlandırılması ve hakim durumun kötüye kullanılmasında süje teşebbüsler olduğu gibi, m. 7'de de birleşme ve devralmalar işlemlerinin süjesi de yine teşebbüs veya teşebbüslerdir. Erdem, E. (2003). *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınları, 7; İnan N. Piker M. B. (2007). *Rekabet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 9. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, M. (2013). *Rekabet Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi, 193 vd.

¹¹ ASLAN, teşebbüs kavramı yerine işletmeyi tercih etmektedir. Bununla beraber rekabet hukuku açısından işletme kavramıyla ticaret hukuku yönünden işletme kavramının farklı anlamlarda kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. Aslan, (2014), 21, 22. Teşebbüs kavramı hakkındaki terminoloji sorunu için bkz. Güzel, O. (2003). *Rekabet Hukuku'nda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 5 vd.

¹² Güven, P. (2002). *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi* (İkinci Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 99.

kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmaktadır¹³. Yapılan bu tanımdan hareketle, teşebbüsün unsurlarını 4 kısımda ele almak mümkündür¹⁴. Bu dört unsur; (a) mal veya hizmet üretmek, pazarlamak, satmak, (b) gerçek veya tüzel kişi olmak, (c) bağımsızlık ve (d) ekonomik bütünlük şeklinde sınıflandırılabilir.

a. Mal veya hizmet¹⁵ üretmek, pazarlamak, satmak: Bu unsorda belirtilen mal veya hizmet üretmek, pazarlamak veya satmak ekonomik faaliyetlerinden herhangi birisini yapıyor olmak, teşebbüs olarak nitelendirilebilmek için kanun koyucu tarafından gerekli görülmüştür¹⁶. Burada örnekleme yoluyla ekonomik faaliyetlerin belirtilmesi yoluna gidilmiştir¹⁷. Ekonomik olmayan faaliyetleri ise sosyal hizmetler, kamu gücüne dayanılarak yapılan işlem ve eylemler, kişisel ihtiyaçların karşılanmasına ve nihai tüketime matuf faaliyetler, sürekli olmayan ticari faaliyetler şeklinde belirtebiliriz¹⁸. Nihayet, ticari faaliyet olarak nitelendirilebilecek ekonomik faaliyet unsuru, teşebbüsün belirlenmesindeki esas unsur olma özelliğine sahiptir¹⁹.

¹³ *TEKİNALP'e göre teşebbüs, rekabet hukukunun da kapsamına uygun düşecek şekilde, “mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden bütün gerçek ya da tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak, bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimler” olarak tanımlanabilir.* Tekinalp, Ü. (Tekinalp/Tekinalp) (2000). *AB Hukuku* (İkinci Baskı). İstanbul: Beta Yayınları, 390. *ASLAN' a göre işletme (teşebbüs); üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklar olarak tanımlanabilir.* Aslan, (2014), 24. *TOPÇUOĞLU'na göre ise, teşebbüs; sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birim olarak tanımlanabilir.* Bkz. Topçuoğlu, M. (2001). *Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50 (4), 129-165, 134.

¹⁴ Erdem, (2003), 14 vd. *GÜVEN*, teşebbüsün belirlenmesinde, bağımsız olarak ekonomik, ticari bir faaliyette bulunmanın yeterli olacağını ifade etmektedir. Bkz. Güven, (2009), 99. 6102 s. Türk Ticaret Kanunu m. 195/5'te de şirketler topluluğunda hakim teşebbüs kavramına yer verilmiş olup teşebbüsün tanımına yer verilmemiştir.

¹⁵ RKKH m. 3'te mal, ticarete konu her türlü taşınır, taşınmaz eşya; hizmet ise bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri yahut da her ikisinin beraber olduğu faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. İşçinin ifa ettiği hizmet sözleşmesine konu edimi ise RKKH açısından hizmet olarak görülemeyecektir. Ateş, (2013), 204.

¹⁶ Erdem, (2003), 16,17. *TEKİNALP'e göre, pazarlamaya aracılık veya danışmanlık etmek de teşebbüs olarak nitelendirmeyi gerektirir.* Bkz. Tekinalp, (2000), 390. *GÜVEN'e göre, ekonomik faaliyetin süreklilik taşıması da aranmalıdır.* Bkz. Güven, (2009), 99.

¹⁷ *ASLAN*, yaptığı işletme (teşebbüs) tanımında, ekonomik faaliyetleri üretim, dağıtım ve hizmet verme şeklinde sayarak ve yine ekonomik faaliyetlerde bulunmayı da ayrıca belirterek kanuni tanımdan daha isabetli ifadeler kullanmaktadır. Bkz. Aslan, (2014), 24.

¹⁸ Ateş, (2013), 206 vd.

¹⁹ İnan, Piker, (2007), 9; Günay, (2014), 49.

b. Gerçek veya tüzel kişi olmak: Teşebbüs olmak için ne bir tüzel kişiliğin ne gerçek kişiliğin²⁰ ne de tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluk olmanın ayrımı önem taşımaktadır²¹. Hatta kamu tüzel kişileri dahi bu anlamda, yürüttükleri ekonomik faaliyetler dolayısıyla teşebbüs olarak nitelendirilebileceklerdir²². Örneğin; esnaf, rekabet hukukuna göre, gerçek kişi teşebbüs olarak nitelendirilebilirler²³.

c. Bağımsızlık: Rekabet hukukunda, hukuki bağımsızlık değil; ekonomik bağımsızlık esas teşkil etmektedir²⁴. Ekonomik bağımsızlık ise, ekonomik faaliyetlerle ilgili karar, işlem ve eylemleri kimsenin izin, icazet, onayına, emir ve talimatına bakmaksızın belirleyebilme gücü olarak ifade edilebilir²⁵. Bir gerçek veya tüzel kişinin hukuken bağımsız olması söz konusu olsa bile ekonomik olarak bunların bağımsız oldukları sonucu ortaya çıkmaz²⁶.

d. Ekonomik bütünlük: Bu unsurdan anlaşılması gereken, birimlerin ekonomik bir bütünlük arz etmesidir²⁷. Burada da yine bağımsız karar verebilme unsuru bir kıstas olarak ekonomik bütünlüğü belirlemede önem taşımaktadır²⁸. Birden fazla şirketin, ortak bir çıkar veya amaç doğrultusunda karar almasında ekonomik bütünlükten bahsedilecektir²⁹. Ancak burada ilgili birimler dışarıya karşı

²⁰ Gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin teşebbüs niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, (2013), 227 vd.

²¹ İnan, Piker, (2007), 10.

²² Bkz. Özkan, A. F. (2009). Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları. *Rekabet Dergisi*, 10 (3), s.115-209; Aslan, (2014), 24.

²³ GVK'da yer verilen doktor, mühendis gibi gerçek kişiler de birer teşebbüstür. İnan; Piker, (2007), 10.

²⁴ Güven, (2009), 73. *GÜVEN*'e göre, bağımsızlık unsuru teşebbüs olmanın değil bağlı teşebbüslerin belirlenmesinin bir unsurudur. Bkz. Güven, (2009), 55.

²⁵ Ateş, (2013), 212.

²⁶ Sanlı, K. C. (2000). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 29,30.

²⁷ Erdem, (2003), 17.

²⁸ Ateş, (2013), 215. Yine şubeler, bölge müdürlükleri gibi birimler, bağlı tacir yardımcıları da teşebbüs olma yönünden beraber ekonomik bütünlük arz ederler, ancak tellal, komisyoncu, acente gibi bağımsız tacir yardımcıları niteliğine göre bağımsız teşebbüsler olarak değerlendirilebilirler. Ateş, (2013), 217 vd.

²⁹ Tokatlı, A. (2010). *Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 66.

bağımsızdırlar. Holdingler de bu anlamda, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmelidirler³⁰.

Nihayet teşebbüsün varlığının ve sınırlarının anlaşılabilmesi için bu dört unsur açısından ayrı ayrı inceleme yapılması gerekmektedir.

Burada bağlı teşebbüs kavramından da bahsetme ihtiyacı vardır. Bağlı teşebbüse ilişkin, RKHK'de bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla beraber bağlı teşebbüsü, ekonomik olarak aralarında bağlılık bulunan teşebbüsler olarak tanımlamak mümkündür³¹. Bağlı teşebbüsler, rekabet hukuku açısından bağlı oldukları teşebbüsle beraber tek bir teşebbüs olarak ele alınmalıdırlar³². Dolayısıyla bağlı teşebbüslerin bağımsızlık unsurunu taşımadıklarından dolayı ayrı birer teşebbüs olarak ele alınamayacağını belirtmek gerekir³³. Bu anlamda, 6102 sayılı TTK ile ilk defa m. 195 vd. hükümlerince düzenleme altına alınmış olan şirketler topluluğunda, yavru şirketlerin bağlı teşebbüs olarak hakim şirket ile beraber, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekebilecektir.

1.2.2. Teşebbüs Birliği³⁴

Teşebbüs birliği, RKHK m. 3'te, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturdukları, tüzelkişiliğe sahip ya da tüzelkişiliği olmayan³⁵ her türlü birlik olarak tanımlanmaktadır³⁶.

³⁰ İnan, Piker, (2007), 10; Günay, (2014), 49. Türkiye'de ekonomik bütünlüğe ilişkin tespitler, kontrol hakkındaki hükümlere göre yapılabilecektir. Bu konuda ayrıntılı izah için bkz. Tokatlı, (2010), 82 vd.

³¹ Aslan, (2014), 22.

³² Güven, (2009), 55.

³³ Bağımsızlık unsurunun bulunmaması nedeniyle acente ile müvekkili olan teşebbüsün de bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Aslan, İ. Y. (2004). *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama*. Bursa: Ekin Yayınevi, 10.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Topçuoğlu, (2001), 129-165.

³⁵ Teşebbüs birliklerinin tüzelkişiliği olmayanlar şeklinde tanımlanması yönünde bkz. Erdem, (2003), 21.

³⁶ *TEKİNALP*, teşebbüs birliklerini, teşebbüslerin ve/veya üyelerinin menfaatlerini koruyan, kollayan, mesleğin düzenlenmesinde işlev sahibi olan ve bu yolda kararlar alabilen kuruluşlar olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 392.

Öncelikle teşebbüs birliğinden söz edebilmek için birden fazla teşebbüsün varlığı gerekmektedir³⁷. Teşebbüs birliğinin, tüzel kişiliğe sahip olması mümkündür. Şayet birliğin tüzel kişiliği bulunmuyorsa, teşebbüs birliğinden bahsetmek için devamlılık unsurunu taşıyıp taşımadıklarına bakılacaktır³⁸.

RKHK’de teşebbüs birliğine ilişkin yapılan tanımda, ne tür bir amacın bulunması gerektiğinden bahsedilmemesi, teşebbüs birliğinin ekonomik maksat dışında bir amaçla da kurulabileceğini göstermektedir³⁹. Dolayısıyla ekonomik veya bilimsel amaçla yahut da dayanışma, yardımlaşma amacıyla da teşebbüs birliklerinin kurulması söz konusu olabilecektir⁴⁰.

Tanımdan hareketle, dernekler, federasyonlar, kooperatifler teşebbüs birliklerine örnek olarak verilebilir⁴¹. Nihayet bir teşebbüs birliği, teşebbüslerle beraber aynı zamanda teşebbüs birliklerini de içerisinde barındıracak büyüklükte de olabilir⁴².

1.2.3. Teşebbüs ile Ticari İşletme Ayrımı

Teşebbüs kavramı ile ticari işletme kavramları, birbirlerine karıştırılma ihtimali bulunan, birbirine yakın görülen fakat aslında ayrı kavramlardır⁴³. Teşebbüs, kısaca ekonomik faaliyette bulunan birimler olarak tanımlanabilirken, ticari işletme ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 11’de “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde

³⁷ Ateş, (2013), 244.

³⁸ Ateş, (2013), 248; Topçuoğlu, (2001), 135.

³⁹ Erdem, (2003), 21; Özdemir, (2002), 159; İnan; Piker, (2007), 12; İkizler, M. (2005). *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 229.

⁴⁰ Ateş, (2013), 245; Erdem, (2003), 21.

⁴¹ Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 392; Özdemir, (2002), 159. Rekabet Kurulu bir kararında, Denizli Sarraflar ve Kuyumcular Esnaf Sanatkarlar Odası’nı, teşebbüs birliği olarak nitelendirmiştir. 04.11.2014 Tarih, 14-43/793-354 Sayılı Kurul kararı. Yine, Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneğini teşebbüs birliği olarak nitelendirmiştir. 11.08.2014 Tarih, 14-27/555-238 Sayılı Kurul kararı.

⁴² “BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir.” 04.03.1999 Tarih, 99-13/99-40 Sayılı Kurul kararı.

⁴³ Erdem, (2003), 19.

yürütüldüğü işletmeler” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴. Tanımından anlaşılacağı üzere, ticari işletme ekonomik faaliyette bulunmayı hedef tutan bir birimdir. Buradan hareketle rekabet hukuku yönüyle teşebbüs kavramının ticari işletmeleri kapsadığı görülmektedir⁴⁵. Dolayısıyla, her ticari işletmeyi teşebbüs olarak nitelendirebilmek mümkündür, ancak her teşebbüsü ticari işletme olarak ifade etmek mümkün değildir. Teşebbüsten bahsedebilmek için sadece ekonomik faaliyette bulunmak önemli ve yeterli iken, ticari işletmede TTK m. 11’de yer alan unsurların bulunması aranacaktır. Ayrıca ticari işletmeler, hukuki şekil şartlarını da gerçekleştirme gibi teşebbüslerden farklı olarak yükümlülöklere tabidir. Teşebbüsler ise hukuki şekil şartlarını gerçekleştirmelerine bakılmaksızın rekabet hukuku yönünden incelenebilirler.

1.3. BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

Rekabet hukuku açısından, nasıl ki teşebbüsler ticari işletmelere göre daha geniş kapsama sahipse, birleşme ve devralmalar⁴⁶ da rekabet hukuku açısından, hukuki yönüyle ele alınan birleşme ve devralmalardan daha geniş bir kapsama sahiptir⁴⁷.

Birleşme ve devralmalar, rekabet hukuku açısından ekonomik olarak incelenmeyi gerektirir. Zira hukuki şekil şartlarına uyarak veya uymaksızın oluşturulan birleşme yahut devralma işlemi için asıl mesele, rekabet hukuku açısından ekonomik bir birleşmenin meydana gelip gelmediğidir⁴⁸. Ekonomik yönden gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar ise gerek ekonomik faaliyetlerde bulunan işletmeler, şirketler, dernekler gerekse herhangi bir teşebbüsün diğer teşebbüslerle aralarındaki ekonomik yoğunlaşmaları kapsayıcıdır ki bu birçok şekilde meydana gelebilir⁴⁹. Rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmalar,

⁴⁴ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ticari işletme tanımlanmamıştı. Bir tanım yapmak yerine, m. 11’de, ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme sayılacağı yazmaktaydı. Ticarethane ve fabrikanın ne olduğu ise, m. 12’de sınırlı olmamakla beraber sayılmaktaydı.

⁴⁵ Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 119. Erdem, (2003), 19.

⁴⁶ KARA, devralmanın birleşme yöntemlerinden biri olduğunu, birleşme kavramının birleşme ve devralmayı da kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. Kara, M. S. (2000). *Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 39.

⁴⁷ Erdem, (2003), 42.

⁴⁸ Aslan, İ. Yılmaz, *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, B. 4, Bursa, 2007, 538.

⁴⁹ Aslan, (2007), 540 vd.

hukuki olarak gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları da evleviyetle kapsadığı için öncelikle hukuki yönüyle birleşme ve devralmaları ele alacağız.

1.3.1. Hukuki Yönüyle Birleşme ve Devralmalar

Teşebbüsler, ekonomik faaliyetleri yürüten birimler olduklarına göre, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 11 çerçevesinde düzenlenen ticari işletmeler; m. 124 vd. hükümlerince düzenlenen ticaret şirketleri, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile düzenlenen anonim şirket niteliğindeki bankalar, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile düzenlenen halka açık anonim şirketler birer teşebbüs olup, bunların taraf oldukları birleşme ve devralma işlemleri de RKHK kapsamında incelenecektir.

Ticari işletmelerin teşebbüs olduklarından bahsetmiştik. TBK m. 202 ve TTK m. 11’de, ticari işletmelerin devri düzenlenmektedir. İki ayrı kanunda ticari işletmenin devri düzenlenmektedir⁵⁰. TTK m. 11 gereğince, “ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir.” Bu devir yalnızca, ticaret siciline tescili yapılmış ticari işletmeler hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla tescil edilmemiş ticari işletmeler, esnaf işletmeleri için TBK m. 202 hükümleri uygulanacaktır⁵¹.

TTK m. 11 ve TBK m. 202 hükümlerine göre, işletmelerin devirlerinin, devir sözleşmesi ile yerine getirilmesi aranmaktadır. Yine TTK m. 11 kapsamında yapılan devir sözleşmesinin, ticaret siciline tescili ve ilanı ile hüküm doğurması mümkün kılınmıştır. Ancak, TBK m. 202’de, TTK m. 11’den farklı olarak, devrin gerçekleşmesi tasarruf işlemlerinin her bir malvarlığı için ayrı ayrı yapılmasına bağlıdır⁵². Ancak borcun devri açısından tasarrufun gerçekleştiği vakit, TBK m. 202’de bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralanın, bunu alacaklılara bildirdiği

⁵⁰ Burada her ne kadar kanunların çatışması halinden söz edilebilirse de esasen bir çatışma bulunmamaktadır. Zira TTK, ticaret siciline tescil edilmiş ticari işletmelerin aktiflerinin bir bütün halinde devrini düzenlerken, TBK, sicile tescil edilmiş ticari işletmelerin borçlarının bir bütün halinde devrini, sicile tescil edilmemiş ticari işletmelerin, esnaf işletmelerinin aktifleri yanında özellikle pasiflerinin bir bütün olarak devrini hükme bağlamaktadır. Bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 136.

⁵¹ Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 139.

⁵² Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 145.

veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarih olarak kabul edilmiştir⁵³.

İşletmelerin aktif ve pasifleriyle karşılıklı devralınması ve bir işletmenin diğerine katılarak birleşmesi ise TBK m. 203 ile hüküm altına alınmıştır. TBK m. 203'e göre, "bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler."

Ticaret şirketlerinin taraf olduğu birleşme ve devralma işlemleri, TTK m. 134 ila m. 158 arasında düzenlenmektedir. TTK, şirketler açısından birleşme kavramını devralmayı da kapsar şekilde ele almaktadır. Buradan hareketle iki tür birleşmeden söz etmek gerekecektir. TTK m. 136'ya göre, bunların ilki "devralma şeklinde birleşme" olup, şirketin başka bir şirketi devralmasını ifade etmektedir. İkincisi ise "yeni kuruluş şeklinde birleşme" olup, yeni bir şirket içinde birleşmeyi ifade etmektedir⁵⁴.

Türk Ticaret Kanunu m. 145'de, hukuka uygun birleşme için yazılı şekle göre düzenlenmiş bir birleşme sözleşmesinin varlığı öngörülmektedir. Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan taraf şirketlerin yönetim kurullarınca imzalanıp genel kurulca onaylanmaya muhtaçtır⁵⁵. Genel kurulun birleşme sözleşmesini onaylaması

⁵³ Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 179.

⁵⁴ TTK açısından hukuki olarak birleşme ve devralma işlemi için yapı değişikliği söz konusu olmaktadır. Bkz. Göktürk, K. (2013). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 631-662, 635.

⁵⁵ TTK m. 146'ya göre, birleşme sözleşmesinin;

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,
- b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,
- c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
- d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
- e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
- f) Gereğinde 141. madde uyarınca ayrılma akçesini,
- g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,

için gereken oranlar ise TTK m. 151'de düzenlenmektedir. Buna göre öncelikle, yönetim kurulu, genel kurula birleşme sözleşmesini sunar. Birleşme sözleşmesi genel kurul tarafından, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerin birleşme kararları saklı kalmak kaydıyla⁵⁶, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, mevcut bulunan oyların dörtte üçünün, limited şirketlerde ise sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların oylarının dörtte üçünün kararıyla onaylanmalıdır. Kollektif ve komandit şirketlerde ise birleşme sözleşmesinin oybirliğiyle onaylanması gerekmektedir. Ancak, şirket sözleşmesinde birleşme sözleşmesinin bütün ortakların dörtte üçünün kararıyla onaylanması da kararlaştırılabilir.

Belirtilen oy nisapları haricinde istisna olarak görülebilecek başka durumlar için ise gerekli nisaplar TTK m. 145'de düzenlenmektedir. Buna göre, sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirketin, başka bir şirketi devralması hâlinde, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla genel kurulda mevcut bulunan oyların dörtte üçüne ek olarak, komanditelerin tamamının birleşmeyi yazılı olarak onaylamaları aranmaktadır. Bir limited şirket tarafından devralınan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, devralma ile ek yükümlülük ve kişisel edim yükümlülükleri de öngörülmekteyse veya bunların genişletilmesi yoluna gidiliyorsa, bütün ortakların oybirliği aranacaktır. Birleşme sözleşmesi bir ayrılma akçesini öngörüyor, devreden şirket şahıs şirketiye oy hakkını haiz ortaklarının, sermaye şirketiye şirkette mevcut oy haklarının yüzde doksanın olumlu oylarıyla sözleşmenin onaylanması aranacaktır. Birleşme sözleşmesinde devrolunan şirketin işletme konusunda değişiklik öngörülmüşse, birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olması zorunludur. Nihayet TTK m. 153'e göre, bu kapsamda bir birleşme işlemi ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanacaktır.

Yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilk defa benimsenen yeni bir düzenleme de söz konusudur. Buna göre, TTK m. 194'de ticari işletmenin ticaret

h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,

i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini içermesi zorunludur.

⁵⁶ Bu durumda ise, TTK m. 418 hükmü gereğince, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğunun oyu gerekir. Esas sözleşmede daha ağır bir oran öngörülmesi de mümkündür.

şirketi tarafından devralınmak kaydıyla birleşme işlemine katılabileceği öngörülmektedir. Ancak bu durumda devralan ticaret şirketinin türüne göre, 138 ila 140 ve 142 ila 158 maddeleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda birleşmeler⁵⁷, bankalar açısından ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bankacılık Kanunu m. 19'a göre, Türkiye'de faaliyette bulunan bankanın diğer bir veya birkaç banka ile veya finansal kuruluş ile birleşmesi, bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan bir bankaya devretmesi ya da devralması Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi olmaktadır. Bu düzenleme haricinde Bankacılık Kanunu m. 2'de belirtildiği üzere, hüküm bulunmayan durumlarda TTK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin birleşmelerine ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir⁵⁸. Yine 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 2'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir. Dolayısıyla halka açık şirketler açısından da yukarıda ele aldığımız düzenlemeler geçerli olacaktır.

1.3.2. Rekabet Hukukuna Göre Birleşme ve Devralmalar

Yukarıda açıkladığımız birleşme ve devralmalara⁵⁹ ilişkin bilgiler, RKHK açısından da geçerlilik taşımaktadır. Bunun haricinde ise yine hukuki bir birleşme veya devralma işlemi bulunmadığı hallerde de yine rekabet hukuku açısından m.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. Bafra, E. (2009). *Rekabet Hukuku Açısından Banka Birleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 66 vd. Amerika ve Avrupa Birliği Hukuku açısından detaylı bilgi için bkz. Korkmaz, T. K. (2009). *Bankacılık Sektöründe Birleşme ve Rekabet*. Ankara: Adalet Yayınevi.

⁵⁸ Bankaların yönetim kurulunda tüzel kişilerin yer alabilmesi sorunu hakkında bkz. Can, M. Ç. (2016). Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 27-64.

Bankaların RKHK m. 7'ye göre denetlenmesi için ayrı bir düzenleme öngörülmektedir. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 19'a göre, bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi halinde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11. madde hükümleri uygulanamayacaktır. Yine 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na dayanılarak çıkarılan, 28809 sayılı Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 59. Maddesine göre; Başka bir lisans sahibi ile lisans sahibi olmayan bir tüzel kişiyle birlikte, kendi veya lisans sahibi diğer bir tüzel kişi bünyesinde, tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşmek istemesi halinde, birleşme işlemi hakkında, birleşme işlemi gerçekleşmeden önce Enerji Piyasası Kurulu'nun onayı zorunludur. Onay verilmesine ilişkin Kurul kararı, Rekabet Kurumu'na da bildirilir. Şayet ciro eşiklerini aşmayan bir birleşme ve devralma söz konusu ise Rekabet Kurumu bu işlemi denetlemeyecektir.

⁵⁹ Uygulama açısından birleşme ve devralmalar için bkz. Esin, İ. G., LOKMANHEKİM, S. T. (2003). *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Basım Yayın.

7'ye göre birleşme ve devralma işleminden bahsedilebilecektir. Zira rekabet hukuku, birleşme ve devralmaların ekonomik yönüyle ilgilenmektedir⁶⁰. Bundan sonraki başlıklarda ele alacağımız birleşme ve devralmalara ilişkin açıklamalar, hukuki birleşme ve devralmaları da kapsar şekilde düşünülmelidir.

1.3.3. Birleşme ve Devralma Çeşitleri

Birleşme ve devralmalar, rekabet hukuku açısından yatay, dikey ve karma birleşme ve devralmalar olmak üzere üç başlık altında incelenebilir. Belirtmek gerekir ki, bu ayrım RKHK m. 7 açısından bir özellik göstermemektedir. Dolayısıyla bu üç birleşme ve devralma çeşidi, rekabet açısından farklı etki ve sonuçlar doğurmakta olduğu için önem arz etmektedir.

1.3.3.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar

Yatay birleşme ve devralmalar, üretim veya dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerce gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmektedir⁶¹. Yatay birleşme ve devralmalarda teşebbüsler aynı ürün ile ilgili faaliyette bulunan birimler olabileceği gibi benzer ürün ile ilgili faaliyette bulunan birimler de olabilir⁶².

Yatay birleşme ve devralmalar, rakip sayısını azaltmakta olup her zaman rekabeti azaltıcı etki doğurmaktadırlar⁶³. Bu nedenle yatay birleşme ve devralmalar rekabetin korunması kapsamında diğer tip birleşme ve devralmalardan daha önemli bir yere sahip olup daha dikkatli bir incelemeye tabi tutulmalıdırlar.

Rekabet Kurulu'nun yayınladığı Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da yatay birleşme ve devralmaları belirten sebepler detaylı şekilde ele alınmaktadır. Kılavuz'da da yatay birleşme ve devralmaların, rekabeti engelleyici niteliğine vurgu yapılmaktadır⁶⁴.

⁶⁰ Erdem, (2003), 19.

⁶¹ Erdem, (2003), 37; Güven, (2009), 226; Günay, (2014), 142; Aslan, (2014), 209.

⁶² Günay, (2014), 143.

⁶³ Aslan, (2014), 209; Erdem, (2003), 37.

⁶⁴ Rekabet Kurulu, kararlarında "yatay yoğunlaşma" terimini kullanmaktadır. 02.07.2014 Tarih, 14-23/467-206 Sayılı; 18.07.2013 Tarih, 13-46/585-256 Sayılı Kurul kararı.

1.3.3.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar

Dikey birleşme ve devralmalar⁶⁵, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyesinde bulunan teşebbüslerce gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmektedir⁶⁶.

Dikey birleşme ve devralmalar, yatay birleşme ve devralmalar gibi her zaman rekabeti azaltıcı etki doğurmamakla beraber, piyasaya giriş⁶⁷ ve kaynak erişimini engelledikleri ölçüde rekabeti olumsuz etkileyebilmektedirler⁶⁸. Bu nedenle dikey birleşme ve devralmalar rekabeti engelleyici rolü ölçüsünde rekabet hukuku açısından öneme sahiptirler.

Rekabet Kurulu, Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz yayınlamıştır. Bu Kılavuz, dikey birleşme ve devralmalar ile karma birleşme ve devralmaları kapsamaktadır. Kılavuz'da özellikle yatay birleşme ve devralmalar kadar olmasa da, dikey ve karma birleşme ve devralmaların da rekabeti azaltıcı etkiye sahip olabileceklerinden bahsedilmektedir.

1.3.3.3. Karma Birleşme ve Devralmalar

Karma birleşme ve devralmalar⁶⁹, farklı mal ya da hizmet piyasalarında bulunan yani rakip olmayan teşebbüslerin gerçekleştirdikleri birleşme ve

⁶⁵ Rekabet Kurulu kararlarında, bunun yerine “dikey bütünleşme” veya “dikey yoğunlaşma” terimine yer vermektedir. 18.07.2013 Tarih, 13-46/585-256 Sayılı; 17.07.2014 Tarih, 14-25/506-224 Sayılı, 12.11.2013 Tarih, 13-63/881-375 Sayılı, 13.08.2013 Tarih, 13-47/635-274 Sayılı Kurul kararları.

⁶⁶ Erdem, (2003), 38; Güven, (2009), 227; Günay, (2014), 143; Aslan, (2014), 209.

⁶⁷ Piyasaya giriş serbestisi, rekabet serbestisinin şartlarından olup, isteyen herkesin belli bir pazara girebilmesi olarak ifade edilebilir. Bkz. Pınar, H. (2014). Rekabet Hukuku İle Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi. *Rekabet Dergisi*, 15 (2), 59-87.

⁶⁸ Günay, (2014), 144.

⁶⁹ ÇOLAK, karma birleşme ve devralmalar için, küme birleşmeler terimini kullanmaktadır. Bkz. Çolak, M. (2006). *Şirket Birleşmeleri ve Rekabete Etkileri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş, 26.

devralmaları ifade etmektedir⁷⁰. Yani yatay ve dikey sayılmayan tüm birleşme ve devralma işlemleri, karma birleşme ve devralma işlemi olarak nitelendirilebiliriz⁷¹.

Karma birleşme ve devralmalar, ürünleri çeşitlendirme, pazar genişletme gibi bir amaca yönelik olarak teşebbüsler tarafından tercih edilebilir⁷². Karma birleşme ve devralma işlemlerinin, rakip olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilmesinden ötürü pazar payını artırma gibi bir etkisi bulunmamaktadır⁷³. Dolayısıyla karma birleşme ve devralmalar, RKHK m. 7 kapsamında, rekabeti önemli ölçüde azaltıcı niteliği söz konusu olmadığından, Kurul tarafından izin verilmesi gereken işlemlerdendir⁷⁴.

2010/4 sayılı Tebliğ m. 7/2 gereğince, bu tür işlemlerde, etkilenen pazardan söz edilemeyeceğinden, ciro eşiklerini aşan bir devralma işlemi olsa dahi, bildirimde bulunulmaması gerekir. Ancak ortak girişimler açısından, ciro eşiklerinin aşılması durumunda bildirim yapılması aranacaktır.

1.3. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILMAYAN HALLER

Rekabet Kurulu RKHK m. 7'ye dayanarak, izin alınması gereken birleşme ve devralma işlemlerini belirlemek üzere, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ⁷⁵ çıkarmıştır. Tebliğ m. 6'da ise birleşme ve devralma sayılmayan haller düzenlenmektedir. Bu maddede belirtilen hallerde artık bir birleşme ve devralma işleminden bahsedilemeyeceği için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması da gerekmeyecektir (Tebliğ m. 6/1). Tebliğ'in 6. maddesi, birleşme ve devralma sayılmaması gereken halleri dört bent halinde şu şekilde sıralamaktadır:

⁷⁰ Erdem, (2003), 39; Güven, (2009), 228; Günay, (2014), 145; Aslan, (2014), 210.

⁷¹ Aydemir, S. (2005). *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 3.

⁷² Aydemir, (2005), 5; Günay, (2014), 145.

⁷³ Erdem, (2003), 39.

⁷⁴ Karma birleşme ve devralmaların potansiyel rekabete etkileri hakkında bkz. Aydemir, (2005), 13 vd.

⁷⁵ 07.10.2010 tarihli 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

-Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler⁷⁶,

-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 bulundurmaları⁷⁷,

-Kontrolün; 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 edilmesi⁷⁸,

-Tebliğ m. 5 hükmüncü düzenlenen birleşme ve devralma sayılan hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi⁷⁹.

Belirtildiği üzere, bu dört halden birisi söz konusu olduğunda birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yükümlülüklerden bahsedilemeyecektir. Buradan hareketle, yan sınırlamaların da bu tür işlemler açısından söz konusu olamayacağını söylemek mümkündür.

1.4. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 5'te hangi durumların, RKHK m. 7'de belirtilen birleşme ve

⁷⁶ Kontrolde değişiklik hakkında bkz. 1.4.2. Teşebbüsün Kontrolünün Doğrudan veya Dolaylı Olarak Devralınması.

⁷⁷ Menkul kıymetlerin ticari amaçlı elde bulundurulmasını, menkul kıymetlerin alım satımının yapılmasını yani kısa süreli olmak kaydıyla elde bulundurulmasını bu türden anlamak gerekir. Bkz. Erdem, (2003), 89.

⁷⁸ Bu bentte belirtilen durumların sınırlı sayıda olmadığı görülmektedir. Yine burada teşebbüsü ele geçiren tarafın bir kamu kurum veya kuruluşu olması kanun gereği yapılması gerektiği de belirtilmektedir. Belirtilen devralma durumunun yine ayrıca hükümde belirtilmesi de aranacaktır. Bkz. Erdem, (2003), 90.

⁷⁹ RKHK m. 7'de bu durum, "miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere" denilerek belirtilmektedir. Gerçekten de miras yoluyla iktisap halinde rekabeti bozucu bir durum söz konusu olsa dahi rekabeti azaltıcı iradenin ve isteğin bulunduğundan söz edilemez. Bkz. Erdem, (2013), 91.

devralmaların kapsamına gireceği düzenlenmektedir. Tebliğ m. 5'e göre, kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

-İki ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi,

-Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

-Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, RKHK m. 7 kapsamında birer birleşme veya devralma işlemi sayılacaktır.

Bu maddeye göre izne tabi bir birleşme ve devralmanın unsurları; iki ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi, teşebbüsün kontrolünün doğrudan veya dolaylı olarak devralınması, ortak girişim şeklinde belirtilebilir.

1.4.1. İki ya da Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi

Teşebbüslerin bağımlı olması halinde bağlı teşebbüs halinin söz konusu olacağını ifade etmiştik. Bu durumda rekabet hukuku anlamında bir birleşme ve devralmadan bahsedilemez⁸⁰. Özetle, iki bağımsız teşebbüsün birleşmesi 2010/4 sayılı Tebliğ ile de belirtildiği üzere birleşme ve devralma sayılan hallerdendir⁸¹. Nitekim, grup içi işlemlerin bir birleşme ve devralma işlemi olamayacağı m. 6'da düzenlenmektedir.

1.4.2. Teşebbüsün Kontrolünün Doğrudan veya Dolaylı Olarak Devralınması

2010/4 sayılı Tebliğ m. 5'te belirtildiği üzere, teşebbüsün kontrolünün devralınması; hissesinin ya da malvarlığının satın alınması, sözleşme yolu ile veya diğer yollarla da gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla kontrolün devralınmasında

⁸⁰ Güven, (2009), 229; Aslan, (2014), 213; Erdem, (2003), 53.

⁸¹ Bağımsızlık hakkında gerekli açıklama için bkz. 1.2.1. Teşebbüs.

hüküm sınırlı sayıda yöntem belirlememiştir. Hissenin satın alınmasında, belirtmek gerekir ki, kontrolün de aynı zamanda el değiştirmesi aranmaktadır⁸². Aksi durumda, kontrolün el değişmemesi halinde Tebliğ m. 6 kapsamında birleşme ve devralma sayılmayan bir durum söz konusudur.

Tebliğ m. 5 hükmünce, teşebbüsün tamamının kontrolünün devralınabilmesi yanında, bir kısmının kontrolünün devralınması da birleşme ve devralma işleminin gerçekleşmesini sağlayabilir. Zira kontrolün el değişmesi kısmi devir işlemleriyle de mümkün olabilmektedir⁸³.

Rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların ekonomik yönüyle ilgilenildiği üzere, hukuki şekil şartlarına uyulup uyulmadığı birleşme ve devralma işleminin varlığı açısından önemsenmeyecektir⁸⁴. Tebliğ m. 5 ikinci fıkra hükmüne göre de burada fiilen ya da hukuken kontrol söz konusu olabilecektir. Aynı hükümde, ayrıca kontrolün devri için teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı aranmaktadır⁸⁵. Belirleyici etkiyi, teşebbüsün ticari politikalarının yönlendirilebilmesi olarak tanımlayabiliriz⁸⁶. Tebliğ m. 5/2'ye göre, bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda yahut kararları üzerinde belirleyici etki oluşturmaktadır.

Yine Tebliğ m. 5 ikinci fıkra hükmünce, kontrol, ayrı ayrı yahut birlikte de olabilir⁸⁷. Bunu, tek kontrol ve ortak kontrol şeklinde ikiye ayırmak mümkündür⁸⁸. Tek kontrolde, bir teşebbüsün kontrolü devralması söz konusu iken; ortak kontrolde, iki ya da daha fazla teşebbüsün kontrolü devralması söz konusudur⁸⁹. Tek başına kontrol, bir teşebbüsün diğerinin hisselerini veya oy haklarını elde etmesi, nitelikli azınlık pay sahipliği, yönetim sözleşmeleri yapma veya karşılıklı hisse sahipliği

⁸² Aslan,(2014), 214.

⁸³ Güngördü, A. (2003). *AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 34.

⁸⁴ Günay, (2014), 114.

⁸⁵ Güngördü, (2003), 11.

⁸⁶ Güven, (2009), 235.

⁸⁷ AB uygulamasında ortak kontrolden tek kontrole geçiş de denetime tabi birleşme ve devralma olarak görülmektedir. Güven, (2009), 248.

⁸⁸ Güven, (2009), 247 vd.; Güngördü, (2003), 18.

⁸⁹ Erdem, (2003), 55.

yoluyla meydana gelebilir⁹⁰. Ortak kontrol durumunda, teşebbüslerin diğer teşebbüs üzerindeki kontrol yetkilerini beraber kullanmaları söz konusudur. Ortak girişimlerde, ana teşebbüsler tarafından ortak girişim üzerindeki kontrol, ortak kontrol için örnek verilebilir⁹¹. Ortak kontrolden bahsedildiği durumlarda, kontrol eden teşebbüslerin ortak hareket etmesine dikkat edilecektir⁹². Burada ise, eşit oy hakkı, karar alma organlarında temsilde eşitlik ve oylamalarda birlikte hareket, ortak kontrolün varlığını göstermektedir⁹³. Bununla birlikte, azınlık pay sahiplerine, oy haklarında veya karar alma organlarında temsilde eşitlik olmasa dahi ortak girişimin stratejik ticari kararlarını veto etme yetkisi tanındığında, ortak kontrolün bulunduğundan bahsedilebilecektir⁹⁴.

Birleşme ve devralma işleminden bahsedilebilmesi için öncesinde belirtildiği üzere kontrolde değişikliğin meydana gelmesi gerekmektedir⁹⁵. Zira Tebliğ m. 6 fıkra 1'in a bendinde, kontrolde değişikliğe yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler, birleşme ve devralma sayılmayan hallerden birisi olarak düzenlenmektedir. Ancak, kontroldeki değişikliğin, Tebliğ'in 5. maddesi ile getirilen yeni düzenlemeyle beraber artık "kalıcılık unsurunu" da taşıması aranacaktır⁹⁶. Şayet kalıcı nitelikte kontrolde bir değişiklik söz konusu değilse burada RKHK m. 7 kapsamında bir birleşme veya devralma işleminden bahsedilemeyecek ve Rekabet Kurulu'nun izninden de bahsedilemeyecektir.

1.4.3. Ortak Girişimler

Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasında, ortak girişimin⁹⁷ oluşturulması bir devralma işlemi olarak düzenlenmektedir. Dolayısıyla ortak girişimler de bu Tebliğ kapsamında RKHK m. 7'ye göre bir birleşme ve devralma işlemi olarak kabul edilip

⁹⁰ Güngördü, (2003), 18 vd.

⁹¹ Erdem, (2003), 56.

⁹² Güngördü, (2003), 28.

⁹³ Güngördü, (2003), 22.

⁹⁴ Güngördü, (2003), 28.

⁹⁵ Kontrolde değişiklik için bkz. 1.4.2. Teşebbüsün Kontrolünün Doğrudan veya Dolaylı Olarak Devralınması.

⁹⁶ Aslan, (2014), 218.

⁹⁷ Ortak girişimler için, ortak riskli girişimler ifadesi için bkz. Sarıkamış, C. (2003). *Şirket Birleşmeleri*. İstanbul: Avcıol Basım Yayın, 216.

Rekabet Kurulu iznine ve denetimine tabi olmaktadır⁹⁸. Ancak m. 7 kapsamında denetime tabi olmayan ortak girişimler ise m. 4 kapsamında bir denetime tabi olabilecektir⁹⁹.

Dolayısıyla hangi tür ortak girişimlerin Tebliğ kapsamında ve dolayısıyla RKHK m. 7 kapsamında olduğu öncelikle belirlemeyi gerektirir. Zira rekabet hukuku kapsamındaki ortak girişimler daha dar anlamda ele alınmaktadır. Rekabet hukuku açısından ortak girişimler, tam işlevsel ve tam işlevsel olmayan ortak girişimler şeklinde iki kısımda incelenebilir¹⁰⁰. Bizim burada inceleyeceğimiz ve denetime tabi olan ortak girişim türü, tam işlevsel ortak girişimlerdir¹⁰¹. Tebliğ düzenlemesi de bu yöndedir. Tebliğ'in 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre ortak girişimin tanımı yapılmamış ancak niteliğinden bahsedilmiştir. Buna göre, ancak bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı yani sürekli olarak yerine getirecek bir ortak girişim Tebliğ kapsamındadır. Tam işlevsel ortak girişim, iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortak kontrol edilen ve tüm fonksiyonlarını sürekli ve bağımsız olarak yerine getirebilen ortak girişimler olarak tanımlanabilir¹⁰². Dolayısıyla rekabet hukuku anlamında bir ortak girişim için, ortak kontrolden, bağımsızlıktan, rekabeti sınırlayıcı etki taşımama¹⁰³ ve süreklilik unsurlarından söz etmek gerekecektir¹⁰⁴. Ortak kontrol unsuru, ana teşebbüslerin ortak girişim üzerindeki stratejik, ticari faaliyetlere ilişkin kararları eşit olarak etkileme gücü olarak tanımlanabilir¹⁰⁵. Buradaki bağımsızlıktan anlaşılması gereken ise ayrı malvarlığı ve iş gücünün bulunması ve ekonomik olarak bağımsız olabilme yetkisidir¹⁰⁶. Rekabeti sınırlayıcı etki taşımama unsuru ile ortak girişim ve ana teşebbüsler arasındaki rekabet durumu belirtilmektedir. Şayet rekabetin engellenmesi ortak girişim ile sağlanmaya çalışılıyorsa RKHK m. 7 ve Tebliğ kapsamında bir ortak girişimden söz

⁹⁸ ERDEM'e göre, RKHK 7. maddesinde de ortak girişime ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Bkz. Erdem, (2003), 77.

⁹⁹ Kayıhan, L. (2003). *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*. Ankara: Rekabet Kurumu yayınları, 8. Güven, (2009), 225; Erdem, (2003), 76.

¹⁰⁰ Kayıhan, (2003), 7. Güven, (2009), 279 vd.

¹⁰¹ Güven, (2009), 280 vd.

¹⁰² Güven, (2009), 280.

¹⁰³ Güven, (2009), 280 vd.

¹⁰⁴ Kayıhan, (2003), 61; Kayar, (2003), 31 vd. Bu unsurlar aynı zamanda tam işlevsel ortak girişimin de unsurlarıdır. Bkz. Güven, (2009), 279 vd.

¹⁰⁵ Erdem, (2003), 84. Kayıhan'a göre, ortak kontrol, iki ya da daha fazla teşebbüsün, bir diğer teşebbüsün karar alma mekanizmasında sahip olduğu belirleyici etkidir. Kayıhan, (2003), 30.

¹⁰⁶ Erdem, (2003), 79.

edilemeyecektir¹⁰⁷. Süreklilik unsuru¹⁰⁸ ise, ortak girişimin geçici nitelikte olmamasını ifade etmektedir. Bu süre, kalıcı yapısal bir değişikliği gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır¹⁰⁹. Belirtilen unsurları taşıyamaması halinde, tam işlevsel olmayan ortak girişimlerden söz edilecektir. Dolayısıyla bunlar, ancak RKHK m. 4 kapsamında denetime tabi olacaklardır¹¹⁰.

2010/4 sayılı Tebliğ m. 5/3'de, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getiren bir ortak girişimin oluşturulması, birleşme ve devralma sayılmış, RKHK m. 7'ye göre denetime tabi kılınmıştır. İzni gereken ortak girişimler için ise, ciro eşiklerinin aşılması aranacaktır. Ancak ciro eşiklerinin hesaplanmasında ortak girişimdeki her ana teşebbüs Tebliğ m. 5/3 gereğince, devralan olarak kabul edilecektir.

Sonuç olarak, tam işlevsel ortak girişimler, devralma işlemi sayılıp denetime tabi olacak, buna göre RKHK m. 7'de belirtilen hukuka aykırılık unsurlarının bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Bu konuda ortak girişimler, diğer birleşme ve devralma işlemlerinden farklı bir özellik göstermemektedirler.

1.5. İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

RKHK m. 7 gereğince, izne tabi olan birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı tebliğ ile belirlenecektir. Buna dayanarak Rekabet Kurulu, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarmıştır. Bu Tebliğ'in 7. maddesinde izin alınması gereken birleşme ve devralmaların aşması gerekli ciro eşikleri¹¹¹ belirtilmiş olup Rekabet Kurulu'nun bu eşikleri iki yılda bir yeniden belirleyeceği düzenlenmektedir.

¹⁰⁷ Güven, (2009), 289 vd. Ortak girişimin rekabeti engelleyici durumları hakkında bkz. Aslan, (2014), 248 vd.

¹⁰⁸ Bu unsur Tebliğ m. 5/3 ile benimsenmiştir.

¹⁰⁹ Kayıhan, (2003), 39.

¹¹⁰ Güven, (2009), 290. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, A. (2001). *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 109 vd.

¹¹¹ 2010/4 sayılı Tebliğ ile, 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer verilen pazar payı eşiği kaldırılmış, yalnızca ciro eşikleri belirlenmiştir. Aslan, (2014), 220, Bkz. Solmaz, E. (2010). *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 11.

1.5.1. Ciro Eşikleri¹¹²

2012/3 sayılı Tebliğ m. 7¹¹³ gereğince bir birleşme veya devralma işleminin hukuki geçerlilik kazanabilmesi ve izin alınması gereken birleşme ve devralmalar için bazı ciro eşikleri belirlenmiştir. Buna göre;

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi aştığı birleşme ve devralma işlemleri.
- Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aştığı birleşme ve devralma işlemleri, Rekabet Kurulu'nun iznine tabidir.

Belirlenen bu eşiklerin altındaki birleşme ve devralma işlemleri için, rekabetin engellenmesinin önemsiz görüldüğü bu düzenlemeden yola çıkarak söylenebilir¹¹⁴. Aynı zamanda ciro eşiklerinin, Kurul'un iş yükünü azaltmaya da hizmet ettiği söylenebilir¹¹⁵. Ancak yine de bu eşiklerin dikkate alınmaksızın, taraflarca Kurul'a

¹¹² Tebliğ ile getirilen eşik sisteminin *de minimis* kuralı gereği olduğu savunulabilir. Zira burada belirtilen eşiklerin altındaki birleşme ve devralma işlemlerinin rekabeti önemli ölçüde etkileyeceği düşünülemez. Bkz. Erdem, (2003), 132. *De minimis*, rekabetin ihmal edilebilir düzeyde sınırlanması olarak ifade edilebilir. Bkz. İnan; Piker, (2007), 22; Tomur, K. (2004). *Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 21. *De minimis* kuralına RKHK m. 4'te yer verilmemiştir. Bkz. Arı, Z. (2002). Rekabet hukukunda *De Minimis* Kuralı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(4), 69-97, 92. Bu konuda yasal düzenleme gerektiği hakkında bkz. Günay, (2014), 49.

¹¹³ 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2012/3 Sayılı Tebliğ.

¹¹⁴ Erdem, (2003), 133; Solmaz, (2010), 5.

¹¹⁵ Solmaz, (2010), 5.

bildirimde bulunulmasına engel bulunmamaktadır¹¹⁶. Eşiklerin aşıldığı birleşme ve devralma işlemleri için ise Rekabet Kurulu'nun izni, hukuki geçerlilik şartıdır¹¹⁷.

1.5.2. Cironun Hesaplanması

Ciro eşiklerinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak durumlar Tebliğ'in 8. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme özellikle taraflar açısından önem taşımaktadır. Zira, taraflar bu hesaplamalara göre, birleşme ve devralma işleminin bildirim tabi olup olmadığını öngörebilecektir.

Düzenlemeye göre, Tebliğ'in 7. maddesinin uygulanması bakımından, her bir işlem tarafının cirosunun hesaplanmasında:

a) İlgili teşebbüs¹¹⁸,

b) İlgili teşebbüsün doğrudan ya da dolaylı olarak, sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına sahip olduğu veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine sahip olduğu veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olduğu veya işlerini idare etme hakkına sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,

c) İlgili teşebbüs üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan kişi veya ekonomik birimler,

¹¹⁶ Şayet taraflar bu şekilde ciro eşikleri yönünden bildirim gerekemediği halde, birleşme ve devralma işlemini Kurul'a bildirmişse, Kurul izne tabi olmadığı kararını verecektir. Ancak bildirim gereken bir birleşme ve devralma işlemi bulunuyor da, bildirim yapılmıyorsa RKHK m. 11/b'ye göre Kurul, ilgililere para cezası verecektir. Bu halde, birleşme ve devralma işleminin RKHK m. 7'yi ihlal edip etmemesi arasında m. 11 gereğince ayırım bulunmamaktadır. "Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ciro eşiklerinin aşılmaması nedeniyle izne tabi olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir." 25.06.2014 Tarih, 14-22/421-185 Sayılı Kurul kararı.

¹¹⁷ "Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir." 04.11.2014 tarih, 14-43/785-348 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁸ Tebliğ m. 4'e göre ilgili teşebbüs, birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birimleri ifade etmektedir.

ç) (c)'de sayılanların, (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler,

d) a-ç'de sayılanların, b'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişi veya ekonomik birimler ciroları toplamı esas alınır.

Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ciroların hesaplanmasında, işlem taraflarının tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan kısımlarının devredilmesi halinde, devreden taraf bakımından yalnızca devredilen kısmın cirosu esas alınır.

İlgili teşebbüslerin 8. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu ekonomik birimlerin ciroları ise ilgili teşebbüs sayısına göre eşit şekilde bölünmek suretiyle hesap edilir.

İlgili teşebbüslerin üçüncü kişilerle birlikte işlerini idare etme hakkına sahip olduğu ortak girişimlerin ciroları, bu hak sahiplerinin sayısına göre eşit şekilde bölünerek hesaplanır. İki yıllık dönem içinde aynı kişiler ya da taraflar arasında, 8. maddenin ikinci fıkrası anlamında gerçekleştirilen iki ya da daha fazla işlem, bu Tebliğ'in 7. maddesinde yer alan ciroların hesaplanması bakımından tek bir işlem olarak değerlendirilir. Ciro, tek düzen hesap planına göre bildirim tarihinden bir önceki mali yılsonunda veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, bildirim tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan net satışlardan meydana gelir. Ciro hesaplanırken bu maddenin birinci fıkrasındaki kişi veya ekonomik birimlerin kendi aralarındaki satışlarından doğan ciroları hesaba katılmaz. Ciro hesaplamasında döviz kuru olarak, cironun gerçekleştiği mali yıldaki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz alış kuru ortalaması dikkate alınır (2010/4 m. 8/4, m. 8/5, m. 8/6).

1.5.3. Birleşme ve Devralmaların Bildirimi ve İncelenmesi

İzne tabi birleşme ve devralmaların, Tebliğ'de belirtilen ciro eşiklerini aşması gerekmektedir. Tebliğ m. 7/2'de, ayrıca, devralma işlemlerinde, her hangi bir

etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için belirtilen ciro eşiklerinin aşılması durumunda dahi, Kurul'dan izin alınması gerekmez¹¹⁹.

Kurul'dan izin almak için yapılacak bildirim, birleşme ve devralma işleminden önce olmalıdır. Buna, ön bildirim denilmektedir¹²⁰. İşte bu birleşme ve devralmaların bildiriminin nasıl olacağına ilişkin düzenleme RKHK m. 10, 11, 12'de; Tebliğ'de ise 10 ve 11. maddelerde düzenlenmektedir.

RKHK m. 10'a göre, 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları, Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul, on beş gün içinde ön incelemede bulunacaktır. Ön inceleme sonucunda Kurul, birleşme veya devralma işlemine ya izin verecek ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verecektir. Bu durumda, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulünce tebliğ edecektir. Kurul'un, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacaktır.

RKHK m. 11'de ise bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hali düzenlenmektedir. Buna göre, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemten haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralma işlemini incelemeye alır. İnceleme sonucunda, birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralma işlemine izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için idari para cezası uygulanır¹²¹.

¹¹⁹ Yatay ve Dikey İlişkiler Bildirim Formu'nun 5'inci maddesine göre, etkilenen pazar, bildirim konusu işlemten etkilenme ihtimali olan ve taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu veya taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarlarıdır.

¹²⁰ Erdem, (2003), 140.

¹²¹ Nitekim, bir Kurul kararında; " Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine ...Bununla birlikte, söz konusu işlemin, Rekabet

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

RKHK m. 12’de bildirimin usulü ve geçerlilik tarihi düzenlenmektedir. Buna göre, bildirim taraflardan herhangi birisi yapabilecektir. Ancak bu durumda diğer tarafı yaptığı başvurudan haberdar etmelidir. Kurul’un hazırladığı bildirim formunun¹²² tam ve eksiksiz doldurulmasıyla beraber ilgili belgelerin de eklenmesi gerekir. Başvuru, bildirim formu ve ilgili belgelerin Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılacaktır. Tebliğ m. 11’de buna ek olarak, yanlış, yanıltıcı, eksik bilgilerin düzeltilip değiştirilme tarihinin bildirim tarihi olarak kabul edileceği düzenlenmektedir. Yine kamu kurum veya kuruluşlarından görüş alınması gerektiği durumlarda ise sürenin görüşlerin kayıt altına alındığı süre olarak kabul edileceğine yer verilmektedir.

Tebliğ’in 10’uncu maddesine göre, izne tabi olan birleşme ve devralmaların bildirim halinde, RKHK m. 10 çerçevesinde Rekabet Kurulu’nca açık veya örtülü bir karar verilmedikçe hukuki geçerlilikten söz edilemeyecektir.

Kurulunun izni olmaksızın gerçekleşmesi nedeniyle DSG E... Limited’e 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca bir önceki mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere 242.813,48 TL idari para cezası verilmesine...” karar verilmiştir. 05.09.2013 tarih, 13-50/717-304 sayılı Kurul kararı.

¹²² Tebliğ m. 10’a göre, bildirim formu elektronik ortamda hazırlanabilecek, elden veya posta yoluyla Kurum merkezine iletebilecektir.

1.6. BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ

Hukuka aykırı¹²³ birleşme ve devralmalar RKHK m. 7’de düzenlenmektedir. Buna göre, bir ya da daha fazla teşebbüsün, hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütününde ya da bir kısmında rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde birleşmeleri hukuka aykırıdır. Yine aynı şekilde, bir teşebbüsün ya da kişinin, diğer teşebbüsün malvarlığını veya ortaklık paylarının tümünü yahut bir kısmını ya da yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yolu haricinde hakim durum yaratmaya ya da hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik ve ilgili piyasada rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde devralmaları hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı birleşme ve devralmalar için buradan hareketle iki unsurun bulunduğunu söylemek mümkün. Bunlar; hakim durum yaratmak, hakim durumu daha da güçlendirmek ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasıdır.

Hakim durumun belirlenmesi öncelikle ilgili pazarın da incelenmesini gerektirmektedir¹²⁴. İlgili pazarın tespitinden sonra hakim durumun belirlenmesi yoluna gideceğiz.

1.6.1. İlgili Pazar

İlgili pazar kavramı, İngilizce *relevant market* ifadesinin Türkçe karşılığıdır¹²⁵. Bunun yerine “ilgili piyasa” terimi de kullanılabilir.

RKHK m. 7’de “ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerden hareketle ilgili pazarın değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu maddeye göre, bir birleşme ve devralma işleminde hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı ilgili pazara göre anlaşılacaktır.

¹²³ ERDEM’in bizim de katıldığımız görüşüne göre; m. 7’de “hukuka aykırılık” ile “yasaktır” ifadeleri bir arada kullanılmaktadır ve sanki bu iki terim farklı anlamlara sahipmiş gibi bir algı oluşturmaktadır. Bkz. Erdem, (2003), 114.

¹²⁴ Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 444; KISA, (2004), 70.

¹²⁵ TEKİNALP, “ilgili pazar” terimi yerine “söz konusu pazar” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 437.

İlgili pazar, teşebbüslerin rekabette bulunduğu pazar olup bunun tespiti için ilgili ürün pazarının belirlenmesi zorunludur¹²⁶. İlgili ürün pazarının belirlenebilmesi içinse ilgili coğrafi pazarın da tespiti yapılmalıdır. Nitekim uygulamada da ilgili pazar belirlenirken öncelikle ilgili ürün pazarının sonrasında ise ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi yolu izlenilmektedir¹²⁷.

1.6.1.1. İlgili Ürün Pazarı

RKHK, m. 7'de yer verilen, "herhangi bir mal veya hizmet pazarı" ifadesi ile ilgili ürün pazarına işaret edilmektedir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde tüketici tercihlerinin önemli olduğunu belirtmek gerekir¹²⁸. İlgili ürün pazarı, tüketici nazarında fiyatı, kullanım amacı, nitelikleri gibi yönleriyle aynı sayılan mal ve hizmetler olarak tanımlanabilir¹²⁹.

İlgili ürün pazarına ilişkin yapılacak değerlendirmede, kısa vadede ilgili ürün pazarının esas alınması gerekmektedir. Zira uzun vadede, piyasalar değişikliğe uğrayabilecektir¹³⁰.

İlgili ürün pazarında ortaya çıkan bir diğer önemli unsur da ikame edilebilirlik ölçütüdür¹³¹. İkame ölçütü, talep veya arz yönünde olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Bir mal veya hizmet, başka bir mal veya hizmet yerine tüketici tarafından tercih edilebiliyorsa talep ikamesinin bulunduğu söylenebilir¹³². Talep ikamesi çapraz elastikiyet olarak da belirtilebilir¹³³. İlgili ürün pazarında karşılaştırılan ürünlerin tüketiciler açısından ikame dereceleri yüksek olduğu takdirde aynı ürün pazarından söz edilebilecektir¹³⁴. Bunun yanında üreticilerin de küçük değişikliklerle ikame ürünler meydana getirmesi de mümkün olup bunların da aynı ürün pazarı

¹²⁶ Rodger/Maccullotion, (2001), 81; Günay, (2014), 70.

¹²⁷ Ateş, (2013), 278.

¹²⁸ Güven, (2009), 162.

¹²⁹ Günay, (2014), 76. Kurul'un bir kararında, "dosya konusu devralma işlemi bakımından ilgili ürün pazarları "ilaç ürünleri toptan satış ve dağıtım pazarı" ve "kozmetik ve parfümeri ürünleri toptan satış ve dağıtım pazarı" olarak tanımlanmıştır." Bkz. 24.09.2014 tarihli 14-35/684-301 sayılı Kurul kararı.

¹³⁰ Güven, (2009), 164; Günay, (2014), 78.

¹³¹ Esin, A. (1998). *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları, 183; Günay, (2014), 76.

¹³² Günay, (2014), 79.

¹³³ Güven, (2009), 165.

¹³⁴ Ateş, (2013), 281; Esin, (1998), 184.

olarak değerlendirilebilmesi mümkündür¹³⁵. Bu durumda da arz ikamesinden söz edilecektir.

Arz ikamesi ile talep ikamesi, ilgili ürün pazarının belirlenmesinde bir arada değerlendirilmelidir¹³⁶. Aksi takdirde, pazar payı düşük çıkacak hakim durumun doğru tespitine engel oluşturacaktır¹³⁷.

1.6.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

RKHK m. 7’de, “ülkenin bütünü yahut bir kısmında” denilerek ilgili coğrafi pazara işaret edilmektedir¹³⁸. Ancak burada ülkenin bir kısmı ifadesinin yeterince açık olmadığı görülmektedir¹³⁹. Kanımızca, bu ifadenin kanunda tercih edilmesinin sebebi, coğrafi pazarın somut olaya göre değişebileceği düşüncesidir¹⁴⁰.

İlgili ürün pazarı tespit edildikten sonra ürün pazarının coğrafi sınırları belirlenmelidir ki, bu sınırlar ilgili coğrafi pazarı oluşturur¹⁴¹. İlgili coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerin arz ve talebi hususunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden ayrılabilen bölgeler olarak tanımlanabilir¹⁴². İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde, ilgili mal veya hizmetin özellikleri, tüketici tercihleri bakımından giriş engelleri, kültürel ve geleneksel yapı, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında hissedilir farklılıklar, dağıtım ve taşıma durumlarının da dikkate alınması gerekmektedir¹⁴³.

¹³⁵ Esin, (1998), 184.

¹³⁶ Güven, (2009), 173; Günay, (2014), 80.

¹³⁷ Günay, (2014), 81.

¹³⁸ Aslan, (2007), 562.

¹³⁹ Aslan, (2007), 562.

¹⁴⁰ Örneğin, Rekabet Kurulu bir kararında, “Şeker Kurumunun her şeker fabrikasının şeker pancarı alımı yapabileceği bölgeleri belirleyen düzenlemeleri nedeniyle ilgili coğrafi pazarlar şeker pancarı için “alım yapılan bölgeler”, sakkaroz kökenli şeker için ise satışların tüm ülkeye yapılabilmesinin mümkün olması nedeniyle “Türkiye” olarak” belirlenmesine karar vermiştir. Bkz. 24.10.2013 tarihli 13-59/832-354 sayılı Kurul kararı.

¹⁴¹ Erdem, (2003), 136.

¹⁴² Günay, (2014), 82.

¹⁴³ Ateş, (2013), 286; Güven, (2009), 173; İnan; Piker, (2007), 16.

Fiyat artışından dolayı, tüketicilerin başka bölgedeki ürüne yönelmeleri de yani talep ikamesi de söz konusu olabilmektedir. Yine, teşebbüsün kısa sürede gerçekleştirilebilecek değişiklik ile ikame mallar üretebilmesi durumunda da arz ikamesi söz konusu olacaktır¹⁴⁴. Bu durumda, ilgili coğrafi pazarın kapsamının da buna göre belirlenmesi önemlidir¹⁴⁵.

1.6.2. Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesindeki Ölçütler

Birleşme ve devralma işlemi, hakim durum oluşturmuyor veya, mevcut hakim durumunu daha da güçlendirmiyorsa, bu durumda Rekabet Kurulu kendisine bildirimde bulunulan veya başka bir şekilde haberdar olduğu işlem için izin verme yoluna gidecektir¹⁴⁶. Bunun anlaşılabilmesi ise, hakim duruma ilişkin tespit yapılması gerekmektedir¹⁴⁷.

Hukuka aykırı bir birleşme ve devralma işleminden bahsedilebilmesi için bulunması gereken ve Kurul'un önüne gelen olayda incelemesi gereken kıstaslar beş unsurdan oluşmaktadır. Bunlar RKHK m. 7'de yer verilen, hukuka aykırı birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemeden anlaşılmaktadır. Bu unsurları, birden çok teşebbüsün bulunması, kontrolün elde edilmesi, hakim durum oluşturma, mevcut hakim durumu daha da güçlendirme, etkin rekabeti önemli ölçüde azaltıcı sonuç doğurma şeklinde sıralayabiliriz. Önceki kısımlarda teşebbüs ve kontrolün elde edilmesi unsurlarını incelediğimiz için burada sadece ismen değinmekle yetiniyoruz.

¹⁴⁴ Günay, (2014), 80.

¹⁴⁵ Günay, (2014), 76.

¹⁴⁶ Bkz. 25.08.2016 Tarih, 16-29/500-221 Sayılı; 01.06.2016 Tarih, 16-19/309-138 Sayılı; 25.08.2016 Tarih, 16-29/485-218 Sayılı; 18.08.2016 Tarih, 16-28/471-210 Sayılı; 10.08.2016 Tarih, 16-27/459-205 Sayılı; 27.07.2016 Tarih, 16-25/422-190 Sayılı Kurul kararları.

¹⁴⁷ Tebliğ ile belirtilen ciro eşiklerinin altındaki birleşme ve devralma işlemleri için Kurul izninin aranmaması, bu işlemlerin hakim durum oluşturmayacağına kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

1.6.2.1. Hakim Durum Oluşturma

Teşebbüslerin hakim durumlarının tespiti için¹⁴⁸, ilk olarak ilgili pazar belirlenecek, sonrasında birleşme ve devralmanın bu pazarda hakim durum yaratıp yaratmayacağı incelenecektir¹⁴⁹. Nitekim hakim durumun da ilgili pazarda bulunması önem taşımaktadır¹⁵⁰. Bu nedenle, karma birleşme ve devralma işlemlerinin, hakim durum oluşturma söz konusu olmayacaktır¹⁵¹.

Hakim durum, RKHK m. 3'de tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, hakim durum; “belirli bir piyasadaki bir ya da birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü¹⁵²” ifade etmektedir.

Kanuni tanımdan hareketle, hakim durumdan söz edebilmek için ekonomik güç, bağımsızlık ve devamlılık¹⁵³ unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Ekonomik güç unsuru kanunda, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak ifade edilmektedir. Bununla beraber, ekonomik gücün ne kadar olması gerektiği somut olaya göre belirlenmeyi gerektirir¹⁵⁴. Bağımsızlık unsuru ise kanuni tanımda, hakim teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket edebilmesini ifade etmektedir. Ancak burada eksik olarak sağlayıcılardan bağımsız olma hali belirtilmemektedir¹⁵⁵. Bağımsızlık unsuru ile ekonomik bağımsızlık kastedilmektedir. Teşebbüsün kendi

¹⁴⁸ Mevaz AB hukukunda, hakim durum tespiti hakkında bkz. Güçer, S. (2005). *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

¹⁴⁹ Kısa, S. U. (2004). *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, İstanbul: Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst, 19.

¹⁵⁰ Günay, (2014), 70; Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 444; Kısa, (2004), 19. “IFC ve GIF’in Gama Enerji’nin faaliyet gösterdiği Türkiye elektrik üretimi ve satışı pazarında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Bu çerçevede işlemin hakim durum yaratmayacağı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.” 03.12.2014 Tarih, 14-47/859-389 Sayılı Kurul kararı.

¹⁵¹ “...muz tedariki pazarında faaliyet gösteren Chiquita Brands International Inc.’in devri suretiyle ortak girişim oluşturulmasına yönelik işlemin etkilenen pazar bulunmaması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.” 03.12.2014 Tarih, 14-47/861-391 Sayılı.

¹⁵² Ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü, bağımsız kararlar alabilme gücü olarak da ifade edilebilir. Bkz. Günay, (2014), 69.

¹⁵³ Aslan, (2014), 160; Erdem, (2003), 120.

¹⁵⁴ Aslan, (2014), 160; Günay, (2014), 69; Erdem, (2003), 121.

¹⁵⁵ Aslan, (2014), 160.

çıkarları doğrultusunda faaliyet göstermesi bağımsızlık unsurunu zedelemeyecektir¹⁵⁶. Nihayet hakim teşebbüsün ekonomik gücü devamlılık arz etmelidir. Zira geçici olması hakim teşebbüs olmaya yetmeyecektir. Ancak bu sürenin ne olacağı olaya göre değişmektedir¹⁵⁷.

Hakim durumun belirlenmesinde; pazar payı, rakip teşebbüslerin pazar payı, teknolojik üstünlük, pazara giriş engelleri, piyasa koşullarını belirleyebilme gücü, teknolojik üstünlük, ürün çeşitliliği, ürünün ikame özellikleri, dikey bütünlüğün bulunup bulunmadığı gibi bir çok kıstasın da değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁸. Ancak, pazar payı önemli bir düzeyde olan teşebbüs için hakim durumda olamayacağının istisnaları araştırılmalıdır¹⁵⁹. Nitekim pazar payı önemli bir etken olup tek başına hakim durumun belirlenmesinde yeterli olmayacaktır¹⁶⁰. Bununla beraber pazar payının etkilenmesi de gereklidir. Nitekim, Kurul tarafından, ortak kontrolden tek kontrole geçilmesi pazar payında artışa sebep olmayacağından hakim durum oluşturmaya karar verilmiştir¹⁶¹. Nihayet, hakim durumun varlığının tespiti, pazarın ekonomik olarak iyi bir şekilde analiz edilmesine dayanmaktadır¹⁶².

Hakim durum, tanımda da belirtildiği üzere, tek olarak veya birden fazla teşebbüs tarafından da elde edilebilir. Bunu tek başına hakim durum veya birlikte hakim durum olarak ikiye ayırabiliriz¹⁶³. Şayet teşebbüsler arasında ekonomik bir bağ var ve bu teşebbüsler birlikte hareket ediyorsa burada birlikte hakim durum bulunduğundan söz edilebilir¹⁶⁴.

İlgili ürün pazarındaki hakim durumun bulunması tek başına RKHK m. 7'de yasaklanmamıştır¹⁶⁵. RKHK'de yasaklanan, ayrıca alt başlıkta ele alacağımız üzere

¹⁵⁶ Erdem, (2003), 122.

¹⁵⁷ Aslan, (2014), 162.

¹⁵⁸ Erdem, (2003), 123 vd.; Günay, (2014), 73; Aslan, (2014), 164 vd.

¹⁵⁹ ULAŞ KISA, (2004), 22.

¹⁶⁰ Tekinalp, (TEKİNALP), (2000), 445; Erdem, (2003), 123; Kısa, (2004), 74; Günay, (2014), 74.

¹⁶¹ 26.11.2014 Tarih, 14-46/839-380 Sayılı; 04.11.2014 Tarih, 14-43/786-349 Sayılı Kurul kararları.

¹⁶² Kısa, (2004), 71.

¹⁶³ Günay, (2014), 69, 70.

¹⁶⁴ Bu durum daha çok oligapol, yani ilgili mal ya da hizmetin az sayıda, birbirine yakın güçte olan teşebbüslerin olduğu pazarlarda görülmektedir. Bkz. Günay, (2014), 70; Aslan, (2014), 173.

¹⁶⁵ Aksi görüş için bkz. Aslan, (2014), 211.

değineceğimiz üzere birleşme ve devralma sonucu oluşan hakim durumun etkin rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte olmasıdır¹⁶⁶.

1.6.2.2. Mevcut Bir Hakim Durumu Güçlendirme

RKHK m. 7'ye göre; birleşme ve devralma yoluyla, hakim durumun rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde daha da güçlendirilmesi hukuka aykırıdır¹⁶⁷. Dolayısıyla bu durumda, birleşme ve devralmanın taraflarından biri zaten hakim durumdadır ve bununla birlikte hakim durumunu ilgili ürün pazarında daha da güçlendirmesi söz konusu olup, bu da rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte olmalıdır¹⁶⁸.

Burada Kurul, öncelikle hakim durumun varlığını tespit edecektir. Bunun için de yukarıda açıkladığımız üzere ekonomik güç, bağımsızlık ve devamlılık unsurlarını arayacaktır¹⁶⁹. Bu unsurların varlığı halinde hakim durumun bulunduğunu tespit edecektir. Hakim durumun daha da güçlendirilmesi içinse yine ilgili pazardaki bir teşebbüslerarası işlemin varlığı aranacaktır. Aksi halde rekabetin önemli ölçüde azalacağından söz edilemeyecektir. Nihayet hakim durumun daha da güçlenmesinin somut olaya göre belirlenmesi gerekir¹⁷⁰.

Tek başına hakim durumun daha da güçlendirilmesi, RKHK düzenlemesine göre hukuka aykırı kabul edilmemektedir, buna göre hakim durumun yanısıra etkin rekabetin önemli ölçüde azalması şartının da bulunması gerekmektedir.

1.6.2.3. Etkin Rekabeti Önemli Ölçüde Azaltıcı Sonuç Doğurma

RKHK m. 7'de birleşme ve devralma işleminin, hakim durum oluşturmaları ve işlem sonucunda hakim durumun daha da güçlendirilmesi tek başına hukuka aykırı

¹⁶⁶ Erdem, (2003), 127; Güven, (2009), 253; Günay, (2014), 146. Ancak ASLAN'a göre birleşme ve devralma yoluyla hakim durum oluşturulması başlıbaşına rekabeti önemli ölçüde azaltıcı niteliktedir. Bkz. Aslan, (2014), 211.

¹⁶⁷ Aksi görüşte bkz. Aslan, (2014), 211.

¹⁶⁸ Erdem, (2003), 127; Güven, (2009), 253; Günay, (2014), 146. Aksi görüş için bkz. Aslan, (2014), 211.

¹⁶⁹ Bkz. 1.6.2.1. Hakim Durum Yaratma.

¹⁷⁰ Güven, (2009), 151.

kabul edilmemiş, etkin rekabeti önemli ölçüde azaltıcı sonuç doğurması da ayrıca aranmıştır. Yani birleşme ve devralma işlemi şayet hakim durum oluşturmuyor veya zaten var olan bir hakim durumu daha da güçlendirmiyorsa bu durumda etkin rekabetin etkilenip etkilenmeyeceğinin araştırılmasına gerek olmayacaktır¹⁷¹. Yani, burada etkin rekabetin önemli ölçüde azaltıcı sonuç doğurmasına ilişkin şartın ilk koşulu hakim durumun bulunması veya hakim durumun daha da güçlendirilmesi durumunun bulunmasıdır¹⁷².

RKHK m. 7’de, ilgili pazardaki rekabetin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca rekabetin engellenmesinin de önemli ölçüde olması aranacaktır¹⁷³. İlgili ürün pazarına giriş çıkışların engellenmesi veya potansiyel rekabetin¹⁷⁴ azalması gibi durumlarda somut olaya göre, etkin rekabetin önemli ölçüde azalacağı sonucundan bahsedilebilecektir¹⁷⁵.

Kanun’un 7’nci maddesinde, teşebbüs olmayıp da bir teşebbüsün malvarlığını, ortaklık paylarını, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları “herhangi bir kişinin” devralması hukuka aykırı kabul edilmiştir. Burada, herhangi bir kişinin yaptığı devir işleminin nasıl rekabeti engelleyici özelliğe sahip olabileceği açıktır¹⁷⁶. Nitekim Kurul’un yayınladığı Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz’un 9. paragrafında gerçek kişilerin, ancak kendi hesaplarına ekonomik faaliyetlerde bulunmaları veya en az başka bir teşebbüsü kontrol etmeleri halinde RKHK m. 7 kapsamında bir devralma işlemi söz konusu olabilecektir. Burada da yine, RKHK m. 7 gereğince hakim durumun oluşması ya da

¹⁷¹ Erdem, (2003), 147.

¹⁷² “Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” 20.05.2014 Tarih, 14-18/334-144 Sayılı Kurul kararı.

¹⁷³ Erdem, (2003), 128.

¹⁷⁴ Potansiyel rekabete ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ardiç, İ. Y. (2004). *Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 20 vd.

¹⁷⁵ Güven, (2009), 255.

¹⁷⁶ ASLAN’a göre, bunun yerine, “halen bir veya daha fazla işletmeyi kontrolü altında bulunduran kimsenin devir işlemi” yasaklanmalıdır. Bkz. Aslan, (2014), 212. Yukarıda açıkladığımız kontrole ilişkin açıklamalar burası için de geçerlidir. Bkz. 1.4.2. Teşebbüsün Kontrolünün Doğrudan veya Dolaylı Olarak Devralınması.

mevcut hakim durumun birleşme veya devralma işlemi ile daha da güçlendirilmesi ve bununla beraber rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun doğması unsurları bir arada bulunduğu hukuka aykırılıktan bahsedilebilecektir. Kurul, bu durumda birleşme ve devralma işlemine izin verilmemesine karar verecektir¹⁷⁷. Şayet birleşme ve devralma işlemi hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmişse, Kurul RKHK m. 9 gereğince ihlale son verilmesine ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verecektir.

1.6.2.4. Batan Teşebbüs Savunması

Hakim durum oluşturma veya mevcut hakim durumu daha da güçlendirme sonucunu doğuran birleşme ve devralmaların etkin rekabeti de azaltıcı nitelik taşımaları durumunda yasak olduğunu belirtmiştik. Ancak bu durumun, bir istisnasından söz edilmektedir. Şayet bu türden bir hukuka aykırı işlemin tarafı, zor durumda olan, piyasayı terk etmek üzere olan bir teşebbüs ise, bu durumda işleme Kurul tarafından izin verilebilmektedir¹⁷⁸.

Zor durumdaki teşebbüsü belirtmek üzere, Rekabet Kurulu, kararlarında “batan firma”, “batan teşebbüs” veya “batan işletme” ifadelerini kullanmaktadır¹⁷⁹. Bu tür bir teşebbüsün devri mecburiyeti bulunuyorsa, taraflar buna ilişkin savunmada bulunmaktadır¹⁸⁰. Bunun için, Rekabet Kurulu iki şartın bulunmasına

¹⁷⁷ “Söz konusu devralmanın gerçekleşmesi halinde, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde, rakı pazarında mevcut hakim durumun güçlendirilmesi, rakı hariç diğer yüksek alkollü içkiler pazarında ise hakim durum yaratılması nedeniyle işleme 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmemesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” 18.11.2009 tarihli 09-56/1325-331 sayılı Kurul kararı.

¹⁷⁸ Aslan, (2014), 230. “Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek durumda olması, söz konusu teşebbüsün durumunun, rekabet hukukunun sosyal boyutunu ortaya koyan ve literatürde “batan teşebbüsün savunulması” şeklinde ifade eden düşünce çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, devralma işlemine izin verilmese dahi Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding’e kayabileceği, bu devralma işlemi neticesinde atıl duruma düşebilecek hem makina hem de işgücünün atıl vaziyette kalmadan ve pazar dışına çıkmadan, pazar içinde değerlendirileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının varolmadığı gibi hususlar da değerlendirmede dikkate alınarak anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” 20.7.2000 Tarih, 00-27/294-164 Sayılı Kurul kararı.

¹⁷⁹ Bkz. 27.09.2013 Tarih, 13-55/758-318 Sayılı; 02.02.2012 Tarih, 12-04/151-42 Sayılı; 08.07.2010 Tarih, 10-49/900-314 Sayılı; 16.12.2009 Tarih, 09-59/1446-M Sayılı Kurul kararları. *Aslan*, bunların yerine “zor durumdaki firma” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Aslan, (2014), 230.

¹⁸⁰ Bu savunma için, “batan firma savunması” veya “batan teşebbüs savunması” tabirleri kullanılmaktadır. Bkz. 22.03.2007 Tarih, 07-27/245-80 Sayılı; 25.08.2009 Tarih, 09-38/925-218 Sayılı Kurul kararları.

dikkat etmektedir. Birincisi, birleşme veya devralma gerçekleşmezse batmakta olan teşebbüsün piyasa dışına çıkacak olması; ikincisi, rekabeti daha az sınırlayan alternatif tekliflerin olmamasıdır¹⁸¹.

Batan firma savunmasının Kurul tarafından kabulü durumunda, geçerli bir birleşme ve devralma işleminden bahsedilebildiğine göre, bu türden bir birleşme veya devralma işleminin tarafları arasında yan sınırlama anlaşmalarının kararlaştırılması da mümkün olacaktır¹⁸². Dolayısıyla izin verilen birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yapılan incelemelerde yer alan yan sınırlama anlaşmalarına ilişkin açıklamalarımız, batan teşebbüsün taraf olduğu birleşme ve devralma işlemleri için de geçerli kabul edilecektir.

¹⁸¹ Aslan, (2014), 230. 10.03.2008 Tarih, 08-23/237-75 Sayılı Kurul kararı. Avrupa rekabet hukukunda bu şartlara ek olarak ayrıca, birleşme ve devralma işleminin gerçekleştirilmesi halinde, batan teşebbüsün pazar payının yine devralan şirkete geçeceği aranmaktadır. Bkz. Alpay, M. O. (2004). *Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

¹⁸² Nitekim, 20.07.2000 Tarih, 00-27/294-164 Sayılı kararda, Kurul "Bütün bunların ötesinde Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek durumda olması, söz konusu teşebbüsün durumunun, rekabet hukukunun sosyal boyutunu ortaya koyan ve literatürde "batan teşebbüsün savunulması" şeklinde ifade eden düşünce çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, devralma işlemine izin verilmesi dahi Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding'e kayabileceği, bu devralma işlemi neticesinde atıl duruma düşebilecek hem makina hem de işgücünün atıl vaziyette kalmadan ve pazar dışına çıkmadan, pazar içinde değerlendirileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının varolmadığı gibi hususlar da değerlendirmede dikkate alınarak anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır... yan sınırlama ölçütlerine uygun olmaması nedeniyle bu sürenin 3 (üç) yıl ile sınırlandırılması ve taslağın bu şekilde düzenlendiğinin 45 gün içinde Kurulumuza tevsik edilmesi koşuluyla bildirim konusu devralma işlemine izin verilmesine" karar vermiştir.

beraber, kararlarında da aynı ifadeyi kullandığı görülmektedir. Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 13'üncü maddesinin 5. fıkrasında da "işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar" ibaresinin yan sınırlamalar için kullanıldığı görülmektedir. Ancak Rekabet Kurulu'nun 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla çıkardığı Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz aksi bir tutumu yansıtmaktadır. Kılavuz'un 4. paragrafında içerik olarak, Kılavuz'un da isminde yer aldığı üzere yan sınırlamalar ifadesine yer verilerek benimsenmiştir. Yine Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda da yan sınırlamalar terimini kullandığı görülmektedir¹⁸⁶.

Türk doktrininde ise kavramsal olarak yoğunlaşmaların uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar yerine, "yan sınırlamalar" teriminin tercih edildiği görülmektedir¹⁸⁷.

Yan sınırlamalar, birer yan edim yükümlülüğü olduklarından¹⁸⁸ ve sınırlayıcı nitelikte bulunduklarından¹⁸⁹, terim olarak tercihe şayandır¹⁹⁰. Yine bu kullanım, terimsel olarak yan sınırlamaların çıkışı olan Amerikan içtihat hukukunda, ileride değineceğimiz üzere hukuka aykırı olan asli sınırlamaların karşıtı olan hukuka uygun sınırlamaları ifade etmekte de kullanıldığından uygun bir ifadedir¹⁹¹.

Terimi daha detaylı ve lafzi yönüyle incelediğimizde sınırlama kelimesini niteleyen "yan" ifadesinin ise doğrudan ilgili olma unsurunun karşılığı olduğunu söylemek mümkündür¹⁹². Bununla beraber gerekli olma unsuru ise yan sınırlamalar kavramı içerisinde doğrudan ilgili olma unsurunun aksine bir karşılık

¹⁸⁶ 26.3.2014 tarihli 14-12/221-97 sayılı, 26.12.2013 tarihli 13-72/993-424 sayılı, 5.12.2013 tarihli 13-69/932-393 sayılı, 19.3.2013 tarihli 13-15/225-110 sayılı, 06.06.2012 tarihli 12-30/875-259 sayılı Kurul kararları.

¹⁸⁷ Aslan, (2014), 233; Erdem, (2003), 91; Güven, (2009), 437.

¹⁸⁸ Erdem, E. (2004). Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda(Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar. *Perşembe Konferansları*, Ankara, 115-156, 118.

¹⁸⁹ Gülergün, E. C. (2003). *Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 9.

¹⁹⁰ GÜVEN, kitabında "zorunlu yan sınırlamalar" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Güven, (2009), 437.

¹⁹¹ Bkz. 2.2. Tarihçe ve Günümüz Düzenlemeleri.

¹⁹² Nitekim, Komisyon da bir kararında, kısıtlama için, doğrudan ilgili olma unsuru yerine, işleme yan nitelikte ifadesini kullanmıştır. Case No IV/M.1113 - Nortel / Norweb kararı.

bulamamaktadır. Dolayısıyla Avrupa Komisyonu'nun Duyuru'da belirttiği gibi “doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ifadesi bu yönden daha isabetli görülebilecektir. Bu açıdan 2010/4 sayılı Tebliğ'de de bu ifadenin kullanılması kanaatimizce uygun olmuştur. Ancak Rekabet Kurumu, Kılavuz'da yan sınırlamalar terimini kullanmayı tercih etmiştir.

Bu çalışmada ise Türk doktrinin daha aşına olması sebebiyle “yan sınırlamalar” terimi kullanılacaktır. Ancak, ilerleyen günlerde ülkemizde de doğrudan ilgili ve gerekli olma sözcük öbeğinin, yan sınırlama teriminin yerini alacağını tahmin etmek zor değildir.

2.1.2. Tanım

Yan sınırlamalar, rekabet hukuku içerisinde yer alan teknik bir terim olup, kavramın daha iyi anlaşılması için, çeşitli tanımlara burada yer verilecektir.

ERDEM'e göre; yan sınırlamalar, “birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır¹⁹³.”

YİĞİT'e göre, yan sınırlamalar, “bir anlaşmada yer alan asıl edimle, yani tarafların varmak istedikleri asıl amaçla, bu amaca varılması için öngördükleri çeşitli yan edimlerdir¹⁹⁴.”

GÜLERGÜN'e göre; yan sınırlamalar, “rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümlerdir¹⁹⁵.” *GÜLERGÜN*, bu tanımda daha çok yan

¹⁹³ Bu tanımda, birleşme ve devralma işlemine eklenen ifadesi, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma unsuruna işaret etmektedir. Bkz. Erdem, (2004), 119, 120.

¹⁹⁴ Yiğit, (2013), 55. Belirtmek gerekir ki, yazar yan sınırlamaların yalnızca birleşme ve devralmalarla ilişkili olmasını zorunlu görmemektedir. Örneğin, kimi zaman bir franchising sözleşmesi için de rekabet yasağı öngörülebilir. Bunu da diğer şartları taşıması halinde yan sınırlama olarak kabul etmek gerekir. Bkz. Yiğit, (2013), 60 vd.

¹⁹⁵ Gülergün, (2003), 3.

sınırlamanın, ikinci nitelikte yan edim yükümlülüğü olma özelliğine vurgu yapmaktadır.

ŞAHİN'e göre ise yan sınırlamalar, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam manasıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilebilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir¹⁹⁶.” ŞAHİN, tanımda yer alan, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan faydanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için” ifadesinin yan sınırlamanın unsurlarını yani doğrudan ilgili olma ve gereklilik yönlerini belirttiğini açıklamaktadır¹⁹⁷.

Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un 48. Paragrafında ise, yan sınırlamalar, “yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır” şeklinde ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu ise incelediği bir olayda yan sınırlamaları, “yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak¹⁹⁸” tanımlamıştır. Ancak bu tanım yan sınırlamaları ifade etmekten uzaktır. Zira tanımda, yan sınırlamanın unsurlarına ilişkin eksiklikler bulunmaktadır.

Danıştay, bir kararında yan sınırlamaları, “bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan kısıtlamalar” olarak tanımlamaktadır¹⁹⁹. Bu tanımda, yan sınırlamaların; yan edim yükümlülüğü niteliğine, taraflar açısından kısıtlayıcı olmasına, doğrudan ilgili ve gerekli olma unsurlarına yer verilmektedir. Ne var ki, yan sınırlamaların makul olma unsuruna değinilmediği görülmektedir. Ayrıca yan sınırlamaların, bir birleşme veya devralma

¹⁹⁶ Şahin, A. H. (2010). *Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 77.

¹⁹⁷ Şahin, (2010), 77.

¹⁹⁸ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

¹⁹⁹ Danıştay, 13. Dairesi, E.2007/13885, K. 2010/7567, 05. 11. 2010 Tarih (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

işlemi ile varlık kazanabileceği hakkında bir bilgi de yer almamaktadır. Ancak kararın diğer kısımlarında tanımda yer verilmeyen bu eksiklerin giderildiğini söyleyebiliriz.

2.2. TARİHÇE VE GÜNÜMÜZ DÜZENLEMELERİ

Yan sınırlamaların ortaya çıkışı, İngiltere ve Amerika içtihat hukukuna dayanmaktadır²⁰⁰. 1890 öncesi bu dönemde, sınırlamalar ikiye ayrılmaktaydı. Birincisi, asli sınırlamalar ki²⁰¹, bunlar meşru yoğunlaşma işlemlerine yardımcı olmayan anlaşmalar olup hukuka aykırı nitelikte kabul edilmekteydi. İkincisi ise, yan sınırlamalar olarak belirtilebilen meşru yoğunlaşmalara bağlı ve makul olan anlaşmalardır ki²⁰², bunlar diğerinin aksine hukuka uygun nitelikte kabul edilmekteydi²⁰³.

Yoğunlaşmaların denetimi ilk olarak Amerika'da 1890 tarihli Sherman Yasası ile yazılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Sherman Yasası, içtihat hukukunun yazılı hale getirilmesini de amaç edinmekteydi²⁰⁴. Ancak Sherman Yasası ile yan sınırlamalara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bununla birlikte, Sherman Yasası'nın hükümlerine rağmen her sınırlamanın yasaklanmasının da doğru olmayacağı mahkemeler tarafından öngörülmekteydi²⁰⁵. Ticareti sınırlayan ve Sherman Yasası tarafından yasaklanan anlaşmalar, asli sınırlamalar olarak kabul edilmekteydi. Zira burada "ticaretin sınırlanması" ifadesiyle asli sınırlamaların

²⁰⁰ İnternet: Jebelli, K. H.. EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1). URL:http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318.
http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2Fpapers.cfm%3Fabstract_id%3D2166318&date=2016-10-04, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016, 1.

²⁰¹ Amerikan hukukunda, bu terim "naked restraints" olarak ifade edilmektedir. Harrison, J. L.(1982). Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping with Maricopa County. *U. Ill. L. Rev.* 925, 925-949, 932. Asli sınırlamalar olarak nitelendirilen bu anlaşmalar, RKHK m. 4 ile de düzenlenmektedir. Türk hukukunda da bu tür sınırlamalar hukuka aykırı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır.

²⁰² Nitekim, Komisyon da rekabeti kısıtlayıcı olmadığı için taraflar arasındaki anlaşmaların yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğini bir kararında belirtmektedir. Bkz. Case No IV/M.966 - PHILIPS / LUCENT TECHNOLOGIES kararı. Bu sebeple, yan sınırlamalar da rekabeti kısıtlama özelliğine sahiptir.

²⁰³ Roberts, R. G. (1988). Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints, *Southern California Law Review*, 61(4) , 988-1016, 992. Nitekim, bu anlaşmalar, başkalarının faaliyetlerini engellemiyor, rakiplerin önünü kesmiyor, rekabetin engellenmesini amaç edinmiyordu. Bu nedenle geçerli kabul ediliyordu. Bkz. Ilıcak, A. (2003). *Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 27.

²⁰⁴ Roberts, (1988), 995.

²⁰⁵ Zira Sherman Yasası'na göre, lafzi yorum yapıldığında her tür anlaşmanın yasak olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Jebelli, (2010), 3.

kastedildiği anlaşılmaktaydı²⁰⁶. Yan sınırlamalar ise Sherman Yasası'nın yasakladığı anlaşmalar kapsamında görülmüyordu²⁰⁷. Buna ilişkin olarak, Sherman Yasası'nın birinci kısmındaki düzenleme tartışma oluşturmaktaydı. Bu kısımda geçen “ticareti kısıtlayan... anlaşmalar” (*restraint of trade*) ibaresi katı bir şekilde düşünüldüğünde yan sınırlamaların da yasaklanması anlamına gelmekteydi. Ancak bu yasanın içtihat hukukuna göre oluşturulması, Sherman Yasası'nın bu türden yorumlanamayacağı fikrini hakim kılmaktaydı²⁰⁸. Zira aksi takdirde yan sınırlamaların yasaklanması sonucu ortaya çıkacak ve bu sebeple bu tür sınırlamaların rekabete olan olası olumlu etkileri de gözardı edilmiş olacaktı.

Yan sınırlama için önemli kabul edilen ilk görüş ise, Amerikan Federal Mahkemesi'nin, 1899 tarihli *Addyston Pipe & Steel Co.*²⁰⁹ davasında, yargıç TAFT tarafından ileri sürülmüştür²¹⁰. TAFT'a göre, “ticarete ilişkin hiçbir alışlagelmiş sınırlama uygulanamaz, meğer ki anlaşma, yalnızca meşru sözleşmenin ana amacına bağlı yan nitelikte ve sözleşmenin meşru semerelerinden tam faydalanılmasına veya karşı tarafın bu semereleri haksız kullanmasında taahhütte bulunulan tarafı korumaya yönelik olsun.” TAFT'ın yan sınırlamalara ilişkin bu görüşü gerçekten günümüz açısından da geçerlilik taşımaktadır.

Ülkemiz açısından mehzaz olan AB hukukuna bakacak olursak, yan sınırlama kavramı, Amerikan hukukuna göre daha yeni tarihlerde ortaya çıkmıştır. Avrupa Birliği'nin yan sınırlamalara ilişkin gelişimini incelemek gerekirse, birliğin kurulma amaçlarından birisi de ortak bir pazarın kurulması idi. Bunun sonucunda tüm pazarda uygulanması gereken rekabet düzenlemelerine ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu amaçla, 1958 tarihinde Roma Antlaşması yürürlüğe girmiştir. Roma Antlaşması rekabete ilişkin düzenlemelere yer vermekle beraber yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme yoluna gitmemiştir²¹¹. ABİDA 101'nci maddesine göre de, iç pazarı kısıtlayıcı etkisi veya amacı bulunan teşebbüslerarası anlaşmalar iç pazarla

²⁰⁶ Roberts, (1988), 996.

²⁰⁷ Roberts, (1988), 996; Jebelli, (2010), 3.

²⁰⁸ Jebelli, (2010), 3.

²⁰⁹ *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

²¹⁰ Díaz, (1995), 953.

²¹¹ Bugün yürürlükte bulunmayan Roma Antlaşması yerini 2009 yılında kabul edilen Lizbon Antlaşması, başka bir deyişle Avrupa Birliği'nin Kuruluşuna Dair Antlaşma (ABİDA)'ya bırakmıştır.

bağdaşmaz kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Sherman Yasası gibi Roma Anlaşması da yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme getirmemişti. Roma Anlaşması'nda bir düzenleme bulunmadığından, 1989'da "Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü" yayınlanmıştır²¹². Tüzük ile beraber yan sınırlamalara ilişkin ifadeler yer verilmiştir. 8. madde, yoğunlaşmaların uygun olduğuna dair kararın, yoğunlaşmanın uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağını düzenlenmekteydi. Bu düzenlemenin de yan sınırlamalar hakkındaki yetersizliğini gidermek üzere Komisyon tarafından 1990 tarihinde, "Yan Sınırlamalar Hakkında 203/05 sayılı Duyuru" yayınlanmıştır²¹³. Yürürlükteki en son duyuru ise 2005 tarihli "Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu" dur (*Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations*).

Ülkemiz hukukunda yan sınırlamaların gelişimine değinmek gerekirse, 1994 tarihinde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, söz konusu Kanun'un 7. maddesi uyarınca 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır²¹⁴. 1997/1 sayılı Tebliğ 2010 yılında yerini, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'e bırakmıştır. Bu Tebliğ'in 13. maddesinde nihayet yan sınırlamalara ilişkin temel nitelikte bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemenin daha anlaşılır kılınması için, 2013'te "Rekabet Kurumu tarafından Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz" yayınlanmıştır.

²¹² Erdem, (2004), 133. 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yerini 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'ne (*Regulation on the control of concentrations between undertakings*) bırakmıştır.

²¹³ Erdem, (2004), 136.

²¹⁴ 12.08.1997 tarihli 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

2.3. YAN SINIRLAMALAR ile *PER SE* ve *RULE OF REASON* İLKELERİNİN İLİŞKİSİ

2.3.1. *Per Se* ve *Rule of Reason* İlkeleri

Yukarıda yan sınırlamaların tarihsel gelişiminde, hangi sınırlamaların “makul” olabileceğine, hangilerinin ise “makul olamayacağı” nedeniyle yasaklandığına değinmiştik. Bu düşünceden hareketle yan sınırlamalar kavramının daha sonra yerini *per se* ve *rule of reason* ilkelerine bıraktığı anlaşılmaktadır. Bu iki ilke, yan sınırlamaların ortaya çıkışında önemli bir rol oynamıştır²¹⁵. *Per se* ilkesi, görülen bir davada, hukuka aykırılık yönünden bir araştırma yapmayı gerektirmezken²¹⁶, *rule of reason* ilkesi rekabete yararlı ve zararlı yönlerin ayrıntılı olarak iktisadi analizinin yapılmasını öngörmektedir²¹⁷. Bu sebeple *rule of reason* ilkesi gereğince görülen bir dava, daha masraflı ve daha uzun sürebilmektedir²¹⁸. Diğer taraftan *per se* ilkesi gereğince yasaklama ise kimi zaman rekabete yararlı davranışların da engellenmesine neden olabilir²¹⁹. Dolayısıyla, *per se* ve *rule of reason* ilkeleri²²⁰ birbirine zıt uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu iki ilke esasen Amerikan rekabet hukukunda uygulama ile belirlilik kazanmıştır. Nitekim, Sherman Yasası’nın, ticareti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklandığı birinci kısmının uygulanması hakkında mahkemelerin izlediği tutum burada önem taşımaktadır. Zira bu iki ilke, Sherman Yasası’nın birinci kısmına ilişkin iki yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır²²¹. Buna göre; *per se* uygulamayı savunanlar, lafzi yorum yoluyla ticareti kısıtlayan anlaşmaların analiz edilmeksizin hukuka aykırı olmasını ileri sürmekteydiler. Bunun yanı sıra, karşı görüşte veya *rule of reason* ilkesini benimseyenler ise anlaşmaların makul olup olmadığının analiz

²¹⁵ Jebelli, (2010), 3.

²¹⁶ Buna “yasaklama sistemi” denilmektedir. Bkz. Günay, (2014), 40.

²¹⁷ Ata, Ç. D. (2009). *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 26. Ateş, (2013), 92.

²¹⁸ Buna “uzlaştırıcı sistem” ya da “karma sistem” de denilmektedir. Bkz. Günay, (2014), 40, 41. Yavuz, Ş. (2003). *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” Veya “Rule Of Reason”*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2 vd.

²¹⁹ Calvani, T. (2001). Some Thoughts On The Rule Of Reason. *E.C.L.R.*, (6), 201-207, 201.

²²⁰ Bu terimler hakkında detaylı bilgi için bkz. Ateş, (2013), 91, 92.

²²¹ Rodger/ Maccullotion , (2001), 178.

edildikten sonra hukuka aykırı veya uygun kabul edilmesini öngörmekteydi. Dolayısıyla bu iki ilke bu düşüncelerden hareketle birbiriyle çekişme içerisinde süregelmişlerdir²²². Bununla beraber ilerleyen zamanla beraber *rule of reason* ilkesi uygulamada ve halen günümüzde de kabul görmektedir²²³.

2.3.2. Yan Sınırlamalarda *Per Se* ve *Rule Of Reason* İlkeleri

Federal Mahkeme önceleri, Sherman Yasası'nın 1. maddesini, rekabeti azaltıcı veya rekabeti azaltıcı eğilimi olan tüm anlaşmaları yasakladığı şeklinde yorumlamaktaydı²²⁴. 1960'larda Mahkeme, yan sınırlamaları *rule of reason* ilkesine göre değerlendirerek izin vermektedir. Ancak Federal Mahkeme, bunun masraflı ve iş yükünü artırıcı olması gibi nedenlerle *per se* olarak hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermeye başladı²²⁵. Nihayet, 1979'da *rule of reason* ilkesini yeniden benimsemeye başladı²²⁶.

Amerikan hukukunda, fiyat sabitlemeye ilişkin değerlendirmeler de yan sınırlamalarla ilgilidir. Mahkemeler, fiyat sabitleme üzerine yapılan anlaşmaları ikiye ayırmaktaydı. Şayet anlaşma rekabete yararlı bir amacı bulunmamakta ve bir birleşme ve devralma işlemine yardımcı nitelikte de değilse mahkeme bu tür anlaşmaları kartel olarak kabul ederek *per se* hukuka aykırı görüyordu. Aksi halde *rule of reason* ilkesi gereğince değerlendirip yan sınırlama olarak kabul edebiliyordu²²⁷.

Avrupa Birliği ise yan sınırlamalarda, *per se* ve *rule of reason* ilkelerini değil, içtihat hukuku içerisinde eskiden beri değişerek gelen analizleri uygulamaktadır²²⁸.

²²² Ateş, (2013), 92.

²²³ Ata, (2009), 26.

²²⁴ Claire, T. (1991). Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act. *Duquesne Law Review*, (29), 291-311, 292.

²²⁵ Louis, M. B. (1980). Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?. *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 1980, 879-916, 880.

²²⁶ Louis, (1980), 880.

²²⁷ İnternet: Scott, Paul. Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints. URL:<http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>.

²²⁸ 04.<http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fwww.nzlii.org%2Fnz%2Fjournals%2FCanterLawRw%2F1999%2F9.html&date=2016-10-04>, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016.

Jebelli, (2010), 32.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere bir sınırlamanın yan sınırlama olarak nitelendirilmesinde yan sınırlamanın unsurlarının incelenmesi yöntemi, bugün itibarıyla AB’de ve dolayısıyla da Türkiye’de kabul edilen yöntemdir. Ancak AB ve Türkiye’de esas alınan bu yöntemin de temelde bir *rule of reason* incelemesi olduğu söylenebilir. Bununla beraber *rule of reason* ilkesine RKHK içerisinde doğrudan yer verildiğini söylemek mümkün değildir²²⁹.

2.4. YAN SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işleminin tarafları arasında irade serbestisi gereğince yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakeza, yan sınırlamalar tarafların karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla kurulmalarından dolayı, BK m. 1 gereğince sözleşme niteliğine sahiptirler. Yan sınırlamaların birer sözleşme olmaları, borçlar hukuku kapsamında da bir değerlendirme yapmayı gerektirir. O halde, sözleşmeler hakkında yer alan genel hükümler yan sınırlamalara ilişkin de önem taşımaktadır.

Her borç ilişkisinde, tarafların karşılıklı veya tek taraflı edim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Edimleri, taşıdıkları öneme göre asli ve yan edim yükümlülüğü olarak ikiye ayırmak mümkündür. Asli edim yükümlülüğü bir borç ilişkisindeki yer alan asıl borcu²³⁰ ifade etmektedir ki birleşme ve devralma işlemleri açısından asıl borç, teşebbüslerin birleşme veya devir yükümlülükleri ile karşılığında ödenen meblağlardan oluşur. Yan edim yükümlülükleri ise, hukuki ilişkiye ismini veren asıl borcun yanında tarafların öngörerek kararlaştırdıkları ikincil nitelikte daha az öneme sahip yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri, asli ifanın amaçladığı yararın gerçekleşmesine de yardımcı niteliktedir²³¹. Ayrıca yan edim yükümlülükleri asıl edimin ifasına yardımcı olabilecekleri gibi, asıl edimi teminat altına alan veya asıl edimi genişletici nitelikte de olabilirler²³². Yan sınırlamalara bakacak olursak, bunlar asli yükümlerin, yani birleşme ve devralma işlemlerinin tamamlanmasına hizmet

²²⁹ Günay, (2014), 41; Yiğit, (2013), 69. Mevzuatımızda, bazı durumlar, *per se* yasak kabul edilirken, bazıları *rule of reason* analizine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla hukukumuzda “karma sistemin” esas alındığı söylenmektedir. Bkz. GÜNAY, (2014), 41, 42.

²³⁰ Eren, (2015), 32.

²³¹ Antalya, G. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 12.

²³² Antalya, (2012), 12.

eden yan edim yükümlerdendir²³³. Özellikle asıl edimin ifasına yardımcı olan yan edim yükümlülükleri, ileride detaylı şekilde ele alınacağı üzere yan sınırlamalarda aranan gereklilik unsuruyla da bağdaşmaktadır. Zira birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi için sınırlamanın gerekli olması, yan sınırlamaların bir şartıdır.

Nitekim, Rekabet Kurulu bir kararında, "...söz konusu anlaşmaların her biri devralma işleminin bir parçasıdır. Bu noktada, devralma işleminin aslî unsurunun Varlık Alım Anlaşması olduğu, buna karşılık birtakım sınırlayıcı hükümlerin yer aldığı diğer anlaşmaların ise bu Varlık Alım Anlaşması'na bağlı olan... birer yan sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır²³⁴" ifadeleriyle, yan sınırlamanın yan edim yükümlülüğü yönüne dikkat çekmiştir.

Yan edim yükümlülükleri kaynaklandıkları yönden ise kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından doğan yükümlülükler olmak üzere kendi içerisinde üç sınıfa ayrılabilir²³⁵. Kanundan doğan yan edim yükümlülüklerine, BK m. 211 örnek gösterilebilir. Buna göre; aksine sözleşme veya âdet bulunmaması halinde, ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri ise alıcıya aittir. Görüldüğü üzere sözleşmenin asli unsurlarını oluşturmadığı halde, bu yan edim yükümlülükleri kanunda hükme bağlanmaktadır. Konumuz açısından birleşme ve devralmalarda ortaya çıkan yan sınırlamalar ise, sözleşmeden doğan yan edim yükümlülükleri olarak nitelendirilebilirler. Nitekim ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında da en çok görülen yan sınırlama türlerinden rekabet yasağı sözleşmesi²³⁶ bunun en belirgin örneğidir.

Yan edim yükümlülüklerinin önem taşıyan bir özelliği de bunların ayrıca dava edilebilmesidir²³⁷. Yan edim yükümlülükleri, ifa edilmedikleri takdirde ayrıca TBK m.

²³³ Erdem, (2004), 118.

²³⁴ 12.01.2011 tarihli 11-03/36-9 sayılı Kurul kararı.

²³⁵ Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ondokuzuncu Baskı). Ankara: Yetkin yayınları, 34. Yan edim yükümlülüğünü, dürüstlük kuralından doğan ve ayrıca dava edilemeyen yan yükümlülüklerle karıştırmamak gerekir. Yan yükümlülüklerle borçlunun aykırı davranışı yalnızca tazminat davası açma hakkını verirken, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinde ifa davasının söz konusu olduğu görülmektedir. Eren, (2015), 37.

²³⁶ Güven, (2002), 223.

²³⁷ Kılıçoğlu, A. (2007). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Dokuzuncu Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi, 20.

112 ve m. 125 hükümlerince dava olunabilirler²³⁸. Bu yönüyle de doğruluk ve güvenden kaynaklanan yan yükümlülüklerden ayrılmaktadır, zira yan yükümlülükler ayrı bir dava ile talep edilemezler²³⁹.

Borçlar hukukunda benimsenen taraf, borç ve edim kavramları, yan sınırlamalar açısından da bağlayıcı olmaktadır. Borçlar hukukuna göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler²⁴⁰. Yan sınırlamalar, yukarıda açıkladığımız üzere yan edim yükümlülüklerinden, yani BK m. 2’de belirtildiği üzere, sözleşmenin ikinci derece noktalarındandır²⁴¹. Dolayısıyla yan sınırlamalara ilişkin kurallar, sözleşmenin içeriği olarak serbestçe belirlenebilmelidir. Bununla beraber BK m. 27 ile bu serbestliğe bir sınır getirilmektedir. Yani yan sınırlamalar, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız ise kesin olarak hükümsüzdür. Dolayısıyla bu maddede belirtilen hükümsüzlük yaptırımı yan sınırlamalar açısından da söz konusudur. Ancak yan sınırlama niteliğini taşımayan başka sınırlamalar veya aşkın kısımlar Rekabet Kanunu’nun m. 4, m. 6’de düzenlenen emredici hükümler ile yasaklanmaktadır. Bu yasaklanan sınırlamalar, ileride inceleyeceğimiz üzere hukuka aykırı oldukları için aslında yan sınırlama niteliği taşımamaktadırlar.

Rekabet hukuku kapsamında ele alındığında ise yan sınırlamalar, aslında birer anlaşma niteliği taşımaktadırlar. RKHK m. 4’e göre, “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... hukuka aykırı ve yasaktır.” RKHK m. 4 ‘te anlaşmalara ilişkin düzenleme bulunmakla beraber, anlaşmanın tanımlanması

²³⁸ Eren, (2015), s 34.

²³⁹ Kılıçoğlu, (2007), 21.

²⁴⁰ Tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme iradelerine, irade serbestisi denilmesi hakkında bkz. Öz, K.; Oğuzman, T. (2010). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Sekizinci Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 19.

²⁴¹ Nitekim Komisyon, karşısına gelen olaylarda, asli anlaşmaların bir parçası olarak bildirilen bazı hususların, aslında yan nitelikte olduğuna değinerek, yan sınırlama olup olmadığı yönünde incelenmesi yoluna gitmektedir. Bkz. Case No IV/M.975 - ALBACOM / BT / ENI / MEDIASET kararı. Başka bir olayda ise, Kurul, belirtilen hususların yan nitelikte değil, asli nitelikteki noktalardan olduğuna karar vererek, işlemin yan sınırlama olarak ele alınamayacağı yoluna gitmiştir. Case No IV/M.984 - DUPONT / ICI kararı.

yoluna gidilmemiştir. Bununla beraber, madde gerekçesinde anlaşma tanımlanmıştır²⁴². Buna göre, anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşmadır²⁴³. Yazılı veya sözlü şekilde teşebbüsler arası anlaşmaların yapılabileceği de belirtilmiştir. Bu anlamda bir anlaşmadan bahsedilebilmesi için tarafların kendilerini bağlı kabul etmeleri yeterli olacaktır²⁴⁴. İşte yan sınırlamalar, bu düşüncelerden hareketle rekabet hukuku yönünden birer anlaşma olma niteliğine sahiptirler.

Anlaşmalar, rekabet hukuku anlamında çok geniş bir alanı kapsamaktadır²⁴⁵. Sözleşmelerin borçlar hukuku anlamında, hukuki bir sonuca yönelmeleri aranırken, rekabet hukukunda anlaşmaların, hukuki bir sonuca yönelmeleri aranmaz. Yine anlaşmaların, sözleşmelerde olduğu gibi, hukuken geçerli olmaları da gerekli değildir²⁴⁶. Kısaca, anlaşma kavramı, sözleşmeleri de kapsayıcı nitelikte olup yan sınırlamalar da birer anlaşma olarak belirtilebilir²⁴⁷.

Anlaşmalar, kendi içerisinde rekabet hukuku kapsamında yatay anlaşmalar²⁴⁸, dikey anlaşmalar²⁴⁹ ve karma anlaşmalar olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir²⁵⁰. Üretim veya dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerin aralarında

²⁴² Rekabet Kurulu, kararlarında anlaşma yerine kimi zaman “işbirliği” terimini kullanmaktadır. 24.09.2014 Tarih, 14-35/698-305 Sayılı; 16.09.2014 Tarih, 14-33/666-292 Sayılı Kurul kararları. Kimi zaman işbirliği ile anlaşma terimlerini beraber kullanmaktadır. 16.10.2014 Tarih, 14-40/737-329 Sayılı Kurul kararı. Bize göre, anlaşma işbirliğini de kapsadığı için, işbirliği terimine yer verilmesi yerinde değildir.

²⁴³ ATEŞ, anlaşmaları, en az iki tarafın iştirakini gerektiren, rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı veya açabilecek olması nedeniyle rekabet hukukunun yasakladığı ve kendisine yaptırım niteliğinde bazı sonuçlar atfedilen hukuka aykırı bir davranış şekli olarak tanımlamaktadır. Ateş, M. (2014). Rekabet Hukukundaki “Anlaşma” Ve Borçlar Hukukundaki “Sözleşme” Kavramları Üzerine. *FMR*, (1),84-92, 85.

²⁴⁴ Aslan, (2014), 50; Güven, (2009), 72; Badur, E. (2001). *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar(Uyumlu Eylem ve Kararlar)*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 58. Uyumlu eylemlerdeki gizli anlaşma dahi bu manada bir anlaşmadır. Yüksel, O. Y. (2004). *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 3.

²⁴⁵ Ateş, (2014), 86.

²⁴⁶ Güven, (2009), 71, 72.

²⁴⁷ Erdem, (2007), 92.

²⁴⁸ Kurul bunun yerine, “yatay işbirliği anlaşmaları” terimine yer vermektedir. 16.10.2014 Tarih, 14-40/737-329 Sayılı Kurul kararı.

²⁴⁹ Dikey anlaşmaların, rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekdi, B. (2009). *Hakim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

²⁵⁰ Günay, (2014), 51; Güven, (2009), 74 vd.

yapmış oldukları anlaşmalar yatay anlaşmalardır²⁵¹. Yatay anlaşmalar rakip teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar olup rekabete olumsuz etki potansiyeline sahiptirler²⁵². Yatay anlaşmalar, yatay birleşme ve devralmalara bu yönüyle benzer niteliktedir²⁵³. Yatay anlaşmalar hakkında, “Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz” yer almaktadır. Kılavuzda, yatay anlaşmaların çeşitli anlaşmalardaki RKHK m. 4 ve m.5 yönünden değerlendirilmesine yer verilmektedir.

Dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı, 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği²⁵⁴ m. 2’de, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. Dikey anlaşmaların rekabete karşı olumsuz etkisinin yanı sıra, verimliliği artırmak, ürün kalitesini artırmak gibi olumlu etkileri de bulunabilmektedir²⁵⁵. İşte dikey anlaşmalar, rekabete getirdikleri olumlu etkileri nedeniyle muafiyete tabi olabilmektedir²⁵⁶. Karma anlaşmalar ise, birbiriyle ilgisi olmayan dolayısıyla, rekabet etkisi az bulunan teşebbüsler arası anlaşmaları ifade etmektedir²⁵⁷. Nihayet yan sınırlamalar da, tarafların niteliğine göre yatay, dikey veya karma anlaşma olarak kararlaştırılabileceklerdir. Örneğin, yan sınırlama olarak kararlaştırılan bir rekabet yasağı sözleşmesi, bu anlamda yatay anlaşma niteliğinde olacaktır veyahut yan sınırlama olarak kararlaştırılan dağıtım sözleşmesi dikey anlaşma niteliğinde olabilecektir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, RKHK m. 4’te düzenlenen anlaşmalar hukuka aykırı niteliktedirler. Yan sınırlamalar ise hukuka uygun nitelikte olup ileride de değineceğimiz üzere birleşme ve devralmaya bağlı ve gerekli anlaşmalardır.

Yan sınırlamadan bahsedilebilmesi için, her şeyden önce bir birleşme ve devralma işleminin bulunması da gerekmektedir. Bu birleşme ve devralma işlemi ise

²⁵¹ Aslan, (2014), 85; Badur, (2001), 61; Kayar, M. A. (2003). *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısında Bir Değerlendirme*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 3.

²⁵² Aslan, (2014), 85; Kayar,(2003), 3.

²⁵³ Güven, (2009), 75.

²⁵⁴ 14.07.2002 tarih 24815 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

²⁵⁵ Aslan, (2014), 86; Güven, (2009), 76; Badur, (2001), 62.

²⁵⁶ Güven, (2009), 78.

²⁵⁷ Güven, (2009), 78, 79.

Rekabet Hukuku yönüyle önem taşımaktadır. O halde, Tebliğ m. 6 gereğince kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler gibi birleşme ve devralma sayılmayan hallerde, yan sınırlamaların bulunduğundan söz edilemeyecektir. Yine bunun yanı sıra, birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması gerekmektedir. RKHK m. 7'ye göre, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı olacaktır. Bu türden bir hukuka aykırı birleşme ve devralma işleminin bulunduğu hallerde, yan sınırlamalara ilişkin bir denetim söz konusu olamayacaktır. Zira asli noktalar sözleşmenin kuruluş amacını teşkil etmektedir. Bununla beraber esaslı noktaların, yani birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması önem taşımaktadır. Aksi halde ikinci derecedeki yan sınırlamaların hukuka uygun olmasının anlamı bulunmayacaktır. TBK m. 2'de bunların sözleşmenin esaslı noktaları olarak nitelendirildiği görülmektedir. İşte sözleşmenin asli edim yükümlülüklerini düzenleyen esaslı noktaların varlığı yan sınırlamaların da ön şartı olarak görülebilir.

Birleşme ve devralmaların; yatay, dikey veya karma birleşme ve devralma işlemleri olarak ortaya çıkabileceklerini belirtmiştik. Yan sınırlamaların, sözleşmenin asli unsurları olan birleşme ve devralma işleminin çeşidi konusunda önem taşıdığı söylenemez ancak daha çok yatay birleşme ve devralmalarda görülebilecekleri kanısına varılabilir. Bu yönde başta rekabet yasağı olarak görünen yan sınırlama çeşidinin görülebileceğini, yatay birleşme ve devralma işlemleri açısından ifade edebiliriz. Dikey birleşme ve devralma işlemleri açısından ise özellikle tedarik ve alım anlaşmalarının taraflarca tercih edileceği söylenebilir. Karma birleşme ve devralmalarda ise yan sınırlamalardan bahsetmek güçtür.

2.5. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ TARAFLARI

Yan sınırlama anlaşmalarında edim yükümlülükleri, tarafların arasındaki anlaşmanın niteliğine göre değişkenlik göstermektedir. Yan sınırlama

anlaşmasından doğan edim yükümünde de bir alacaklı ve borçlu taraf bulunmaktadır. Yan sınırlamanın borçlusu olan taraf rekabet etmeme, tedarik gibi edim yükümlülüklerine muhatap olmaktadır. Alacaklı taraf ise yan sınırlama anlaşmasına uygun olarak borcun yerine getirilmesini isteme hakkının sahibidir. Örneğin, tarafların arasındaki yan yükümlülük anlaşması rekabet yasağı ise borçlu taraf rekabet etmeme yani yapmama borcu altındadır. Alacaklı taraf ise, borçlunun kendisiyle rekabet etmekten kaçınmasını talep hakkına sahip olacaktır.

Yan sınırlama anlaşmasının, yan edim yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştik. O halde yan sınırlamaların taraflarının anlaşılması için öncelikle asli edim yükümlülüğünün taraflarının belirlenmesi gerekecektir. Yan sınırlama anlaşması bir devralma işleminden ya da bir ortak girişim anlaşmasından da kaynaklı olabilir. Şayet bir devralma işleminden bahsedilecek olursa, bu durumda devreden ve devralan teşebbüsler asli edim yükümlülüğünün ve dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasının taraflarını oluştururlar. Şayet yan sınırlama anlaşması, bir ortak girişim için kurulmuş ise, bu halde taraflar da değişmektedir. Ortak girişim ile ana teşebbüsler yan sınırlamaların tarafları haline gelmektedir ki alacaklı ve borçlu sıfatı da değişkenlik göstermektedir. Ortak girişimlerde, birleşme ve devralma işleminin tarafları, ana teşebbüsler ve ortak girişimdir. Yan sınırlamalar da, bu iki taraf arasında yapılan anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç olarak, yan sınırlama anlaşmasının tarafları, birleşme ve devralma işleminin taraflarından başkası değildir. Bu durum, ileride değineceğimiz üzere yan sınırlamaların makul olma özelliklerinden taraflar açısından makul olma niteliği ile bağlantılı olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.6. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI

2.6.1. Genel Olarak

Bir birleşme ve devralma işleminde, tarafların anlaştığı yan sınırlamaların, hukuka uygun kabul edilebilmeleri için belirli unsurları taşıması gerekir. Aksi halde rekabeti önemli ölçüde azaltması meşru ve hukuka uygun kabul edilemeyeceği için, buna bağlı olarak hukuka uygun kabul edilmeleri de söz konusu olmayacaktır.

AB rekabet hukukunda ise yan sınırlamalara ilişkin Komisyon tarafından çıkarılan en son 2005/C 56/03 sayılı Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu yayımlanmış bulunmaktadır. Bu Duyuru'nun Türkiye'de yer alan Tebliğ ve Kılavuz'un açısından da önemli olduğunu bilmekteyiz. Rekabet Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, yan sınırlamaların unsurları, (i) doğrudan ilgili olma, (ii) gerekli olma, ve (iii) makul olma şeklinde üç sınıf halinde belirtilebilir²⁵⁸. Yan sınırlamadan bahsedebilmek için bu unsurların bir arada bulunması zorunludur. Makul olma unsurunu, Komisyon Duyurusu ve 2010/4 sayılı Tebliğ gibi gereklilik unsuru içinde kabul etmek mümkündür²⁵⁹. Ancak Kurul'un verdiği kararlarda makul olma unsuruna ilişkin, ayrıca değerlendirmede bulunması isabetlidir. Zira makul olma unsuruna aykırı sınırlamalar taraflarca giderilebilecek niteliktedir. Bu düşünceden hareketle çalışmamızda, makul olma da ayrı bir unsur olarak ele alınacaktır.

Ülkemiz hukukunda bu unsurlar, önceleri Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda belirtilmekteydi, zira herhangi bir düzenleme ile yan sınırlamalara değinilmemişti²⁶⁰. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ'de yan sınırlamalara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tebliğ'in 13'üncü maddesine göre, birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurulu'nun verdiği izinler, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları, yani yan sınırlamaları da kapsayacaktır. Rekabet Kurumu'nun bu Tebliğ'in uygulanmasını açıklamak üzere çıkardığı Kılavuz'da da Tebliğ'deki unsurların esas alınmasının yanısıra makul olma unsuru ayrıca incelenmektedir.

Rekabet Kurulu bir kararında; "genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterinin yanı sıra "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini de sağlaması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde yukarıda değinilen... ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶¹" hükmüne yer vermiştir. Dolayısıyla Kurul'un bu 4 unsurun

²⁵⁸ Güven, (2009), 438.

²⁵⁹ Notice par. 17 vd.

²⁶⁰ Erdem, (2003), 123.

²⁶¹ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

bulunmasını yan sınırlamalar açısından aradığı görülmektedir. Kararlarda yer verilen sadece taraflar açısından sınırlayıcı olma²⁶² unsurunu ise makul olma unsuru ile bağdaştırmak mümkündür. Zira taraflar açısından sınırlayıcı olmayan bir sınırlama, makul değildir. Yani bu durumda, yan sınırlamanın makul olma unsurunu ihlal ettiğinden söz edilebilir. Kurul'un sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma şeklinde belirttiği unsurun teorik olarak bir faydası olmadığı kanısındayız. Çalışmada, ifade ettiğimiz sebeplerle taraflar açısından kısıtlayıcı olma unsuru ayrıca incelenmeyecektir.

Yan sınırlamalara ilişkin eski kararlarda ise yan sınırlamaların üç unsur üzerinden değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Zira Rekabet Kurulu'nun kararlarında, "...rekabet yasağının, zorunlu, objektif ve makul bir yan sınırlama olduğu " şeklinde değerlendirme yapıldığı görülmektedir²⁶³". Ancak bu kararlarda doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmemesini bir eksiklik olarak belirtmek gerekir. Biz çalışmada, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma unsurlarından bahsedeceğiz.

2.6.2. Doğrudan İlgili Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesinde ve 2005 C 56/24 sayılı Komisyon Duyurusu'nda *directly related* yani doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinde ve Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da "işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili olma" ifadeleriyle bu unsura değinilmektedir. Rekabet Kurulu da

²⁶² Rekabet Kurulu taraflar açısından kısıtlayıcı olmayı, bir kararında; "yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yoğunlaşmanın tarafları olan kişi ve teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, ancak; yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir" şeklinde ifade etmiştir. 2012-2-142 tarih 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

²⁶³ 28.04.1999 tarihli 99-21/170-89 sayılı, 08.03.2000 tarihli 00-10/98-48 sayılı, 12.12.2000 tarih 00-49/517-282 sayılı, 20.02.2001 tarih 01-09/84-23 sayılı, 05.09.2002 tarihli 02-52/662-269 sayılı, 25.3.2004 tarihli 04-22/248-53 sayılı Kurul kararları.

karşısına gelen olaylarda yan sınırlamaların varlığı için doğrudan ilgili olma unsurunu araştırmaktadır²⁶⁴.

Doğrudan ilgili olma unsuru, yan sınırlamaları diğer anlaşmalardan ayırıcı niteliktedir²⁶⁵. Zira bir sınırlamanın doğrudan ilgili olması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemi²⁶⁶ ile bağlantısını göstermektedir. Dolayısıyla doğrudan ilgili olma unsuru birleşme ve devralmalardaki yan sınırlamalar için oldukça önemlidir. Zira yan sınırlamalar da aslında rekabet hukuku anlamında birer anlaşmadırlar. Ancak, anlaşmalar; RKKH m. 4 ile hukuka aykırı kabul edilirken, birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili olan anlaşmalar, 2010/4 sayılı Tebliğ'e göre bildirilecektir.

Komisyon Duyurusu'na göre, sınırlamanın birleşme ve devralma işlemiyle aynı şartlar altında yapılması ve aynı zamanda başlaması doğrudan ilgili olma unsuru için yeterli değildir. Doğrudan ilgili olma unsuru, ilgili birleşme ve devralma işlemi ile sınırlamanın doğrudan bağlantısının bulunması şartına bağlıdır²⁶⁷. Burada yan sınırlamanın, yan edim yükümü niteliğinin de etkisinin olduğunu söylemek mümkündür²⁶⁸. Duyuru'nun 12. paragrafında ise doğrudan ilgili olma unsuru, birleşme veya devralma ile sınırlamanın kendisinin yakın bağı bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca birleşme ve devralma işlemiyle, sınırlamanın ekonomik olarak ilgisinin bulunması, sınırlamanın pürüzsüz bir geçişin sağlanması için tasarlanmış olması da doğrudan bağlantının söz konusu olması için önemlidir. Bununla beraber doğrudan ilgili olma unsurunun da tek başına yan sınırlamadan bahsedebilmek için yeterli olmayacağını belirtmek gerekir. Burada doğrudan ilgili olma ile bütünleyici olmanın ayrımını yapmakta fayda vardır. Doğrudan ilgili olma, birleşme ve devralmanın ana amacı için ikincil nitelikte öneme sahip olmayı gerektirirken, bütünleyici olan şartlar, bir ekonomik birliğin kurulmasına ilişkindir²⁶⁹.

²⁶⁴ ERDEM, doğrudan ilgili olma unsuru için "zorunluluk" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Erdem, (2003), 99 vd.

²⁶⁵ ŞAHİN, (2010), 85.

²⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, Mustafa Sencer, Türk Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

²⁶⁷ Cook, C. J., Kerse C. S. (1996). E. C. Merger Control. London: Sweet & Maxwell, 172.

²⁶⁸ Şahin, (2010), 85.

²⁶⁹ Fine, F. L. (1994). *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC* (Second Edition). London: Graham and Trotman Ltd., 235.

Rekabet Kurulu'nun bir kararına göre; "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlama ile işlem arasında yakın bir ilişki olmasını gerektirir. Bu ilişki iktisadi bir nitelik taşımalı ve sınırlamanın amacı işlem sonrası oluşacak yeni yapıya daha yumuşak bir geçişin sağlanması olmalıdır²⁷⁰." Komisyon Duyurusu ile getirilen düzenlemelerin Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiği bu kararda açıkça görülmektedir.

Bu durumda Kurul karşısına gelen yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerinde doğrudan bağlantının varlığını şu kıstasları göz önünde bulundurarak tespit etmelidir:

- a) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı,
- b) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması,
- c) Sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması.

Bu üç kıstasın birarada bulunması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili olduğunu gösterecektir. Nitekim bu kıstasların mehz AB rekabet hukuku ile paralel nitelik taşıdığını da belirtmiştik²⁷¹.

Ayrıca Kılavuz'un 49. paragrafında belirtildiği üzere doğrudan ilgili olma unsuru olayın özelliğine göre objektif olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten doğrudan ilgili olma kıstasları arasında özellikle sınırlama ile birleşme ve devralma işlemi arasında yakın bağlantı bulunması kıstası somut olaya göre değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır. Zira bu kıstasın her olay için kabul edilebilecek belli bir ölçüsünün ortaya konulabilmesi söz konusu değildir. Aynı yönde yeni yapıya geçişin düzgün olmasını sağlama kıstası da somut olaya göre değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, doğrudan ilgili olma için sınırlamanın, ne birleşme ve devralmayı

²⁷⁰ 05.08.2010 tarihli 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

²⁷¹ *HAWK, HUSER* ise yalnızca taraflar açısından kısıtlayıcı olma koşulunu doğrudan ilgili olma unsurunun kapsamında incelemektedir. Bkz. Hawk, B. E., Huser, H. L. (1996). *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, 272.

oluşturan nitelikte ne de birleşme ve devralma işleminden tamamen ayrı olması gerekmektedir²⁷².

Birleşme ve devralmalarla doğrudan ilgili olmayan sınırlamalar ise yan sınırlama olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Bu tür sınırlamalar zaten RKHK m. 4 veya m. 6 hükmünce incelenmeli ve karara bağlanmalıdırlar, zira bunlar başlı başına rekabet hukuku anlamında birer anlaşma²⁷³ niteliğindedir. Bu anlaşmaların gereken şartları taşıması halinde ise, m. 5'e göre muafiyete konu olmaları da mümkündür. Bunların haricinde sınırlamaların kısmi olarak doğrudan ilgili olma unsurunu taşımaları da söz konusu olabilir. Bu durumda ise Tebliğ'in 13. maddesine göre Kurul'un şartlı izin vermesi mümkündür. Doğrudan ilgili olma şartını taşıyan kısımların ise diğer unsurları da taşıyıp taşımadığı incelemesine geçilebilecektir.

2.6.3. Gerekli Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesinde *restrictions...necessary for the implementation of the concentration* ifadesine yer verilmektedir. Bunu yoğunlaşmanın uygulanması için gerekli sınırlamalar olarak ifade etmek mümkündür. Komisyon Duyurusu'nda ise aynı manada *necessary to concentration* yani yoğunlaşma için gerekli olma ifadesine yer verilmektedir.

Yine gerekli olma unsuru²⁷⁴, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/5'de düzenlenmektedir. Bu maddede gerekli olma unsuru, "birleşme ve devralmaya ilişkin izin, ... gerekli sınırlamaları da kapsar" denilerek ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, Tebliğ'de yer alan bu ifade çok genel bir anlam taşımaktadır. Burada Konsey Tüzüğü'ndeki, birleşme ve devralmanın uygulanması için gerekli veya Avrupa Komisyonu tarafından benimsenen ifadenin benzeri olarak, birleşme ve devralma için gerekli sınırlamalar daha doğru bir ifade olacaktır. Zira zaten gereklilik unsurunun hiç

²⁷² Hawk; Huser, (1996), 272.

²⁷³ RKHK m. 4'de yer alan anlaşma terimi, yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşmayı ifade etmektedir. Bkz. Aslan, (2007), 142.

²⁷⁴ ERDEM bu terimin yerine, "objektif olma" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Erdem, (2004), 127.

açıklanmadığı Tebliğ’de, en azından daha somut bir ifadenin kullanılması yerinde olacaktır.

Bu düzenlemelerde yer alan sıralamalarda gerekli olma unsuru, doğrudan ilgili olma unsuruna göre ikinci sırada belirtilmektedir. Gerçekten de yukarıda ele aldığımız doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlamalar açısından gerekli olma unsurundan önce ve ilk sırada değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira bir sınırlama, Rekabet Kurumu tarafından doğrudan ilgili olma şartını taşımadığı durumda artık gerekli olma yönünden de incelemeye ihtiyaç göstermez.

Duyuru’nun 13. paragrafında, gerekli olma unsuru ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bu düzenlemede gereklilik unsurunun ne anlama geldiğine, neyi kastettiğine yer verilmektedir. Buna göre, sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak olmalı²⁷⁵, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Dolayısıyla bu durumda birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi aslında tehlikeye düşmektedir. Ayrıca Duyuru’da başkaca sınırlamaya ilişkin alternatifler bulunması halinde daha az rekabeti önleyici olan sınırlamanın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁶. Rekabet Kurulu da önüne gelen olaylarda bu yönde bir inceleme yaparak gereklilik unsurunun bulunup bulunmadığına karar vermektedir²⁷⁷.

Rekabet Kurulu’nun verdiği bir karara göre; gereklilik unsuru, “bu kısıtlamanın yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir²⁷⁸.” Kurul’un gereklilik unsuruna ilişkin bu değerlendirmesi mehzaz düzenlemeyle de paralellik göstermektedir.

²⁷⁵ Nitekim Komisyon, kararında, diğer türlü tarafların yoğunlaşma işlemlerinin başarıya ulaşmasının mümkün olamayacağından bahisle, aralarında kararlaştırdıkları rekabet yasağını yan sınırlama olarak uygun görmüştür. Bkz. Case No IV/M. 1046 AMERITECH / TELE DANMARK.

²⁷⁶ Komisyon, karşısına gelen bir olayda, kısıtlamanın yoğunlaşma işlemi doğrudan ilgili olduğu halde, uygun olmayan alternatifin seçildiğinden bahisle gerekli olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Case No IV/M.831 - P&O / ROYAL NEDLLOYD kararı.

²⁷⁷ Erdem, (2004), 126.

²⁷⁸ 30.12.2003 tarihli 03-84/1021-409 sayılı Kurul kararı.

Bunun haricinde yine gereklilik unsuru, somut olaydaki birleşme veya devralma işlemine göre belirlenmelidir²⁷⁹. Yani her somut olayda sınırlamanın gerçekten gerekli bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Burada devreden yerine başka bir teşebbüs bulunsaydı yine böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duyulacaktı denilebiliyorsa sınırlamanın gerekli olduğundan söz edilebilecektir²⁸⁰. Kısacası esas olan tarafların değil birleşme veya devralma işleminin böyle bir sınırlamayı gerekli kılıp kılmadığıdır²⁸¹.

Rekabet Kurulu'nun verdiği bir karara göre yine; "gereklilik ise sınırlamalar olmadan yoğunlaşmanın gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmamasını ya da ancak daha yüksek maliyetlerle, daha uzun bir zamanda, daha belirsiz bir ortamda gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda gereklilik, getirilen sınırlamanın, doğası, kapsamı ve süresi ele alındığında orantılı olup olmadığı ve üçüncü kişilere dönük bir yükümlülük içerip içermediği gibi hususların değerlendirmesini de içerecektir²⁸²." Bu kararda ise açıkça görüleceği üzere, makul olma unsuru gereklilik unsuru içerisinde değerlendirilmektedir. Gerçekten de bu yaklaşım ileride de değineceğimiz üzere bize göre de doğru bir öngörüdür.

Rekabet Kurulu diğer bir kararında; "rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının, satıcının devralma işlemi öncesi ilgili ürün ve hizmetlerini sunduğu coğrafya ve devralma konusu teşebbüsün ekonomik faaliyetlerini oluşturan ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmekte olup, devre konu teşebbüsün devralma öncesinde faal olmadığı ürün ve hizmetlere ilişkin ilgili ürün pazarlarında alıcıya koruma getiren düzenlemeler ise 'gereklilik' ölçütünü aşmaktadır²⁸³" ifadelerine yer vermektedir. Bu karardan da anlaşılabacağı üzere, Kurul gereklilik ölçütünü makul olmayı da kapsayıcı şekilde ele almaktadır. Dolayısıyla aslında bu kararda

²⁷⁹ Erdem, (2004), 127.

²⁸⁰ Erdem, (2004), 127.

²⁸¹ Yan sınırlamalara ilişkin olarak, *TAFT*'ın yaptığı tanıma göre de, semerenin gerçekleşmesine ve korunmasına yardımcı olması, gereklilik unsurunu ifade etmektedir *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899).

²⁸² 05.08.2010 tarihli 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

²⁸³ 04.07.2007 tarihli 07-56/657-227 sayılı Kurul kararı.

aykırılığın konu yönünden makul olma unsurunu ihlal edici olduğunu belirtmek gerekir.

2.6.4. Makul Olma²⁸⁴

Bir birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için son olarak bir de makul olma yönünden incelenmesi gerekecektir. Makul olma unsuru, niteliği gereği doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarına göre ikincil nitelikte önem taşımaktadır. Zira makul olmayan bir sınırlama aslında, yan sınırlama niteliğine sahiptir ancak süre, coğrafi alan, konu yönünden gerekli olan sınırlamayı aşmaktadır. Bundan dolayı *reasonable* yani makul olma unsuruna Komisyon Duyurusu'nda, yan sınırlamaların görünüm şekilleri içerisinde rekabet yasağı, lisans anlaşması şeklindeki türleri içerisinde yer verilmektedir. Bu düzenleme şeklinden anlaşılmaktadır ki, Komisyon da makul olma unsurunu yan sınırlamanın esaslı bir unsuru olarak görmemektedir. Rekabet Kurulu da aynı şekilde Kılavuz'da bu unsuru yan sınırlama çeşitleri içerisinde belirterek Komisyon Duyurusu ile paralellik göstermektedir.

Makul olma unsuru, sınırlamanın gerektiği kadar olmasını ifade etmektedir. Bu durumda yukarıda da değindiğimiz üzere, gereklilik unsurunun makul olma unsuru ile bir bağlantısı söz konusudur. Zira yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işleminin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan sınırlamalardır. Gerekli olması ise aslında makul olmayı da kapsamaktadır.

Sadece makul olma unsurunda eksiklik bulunan bir yan sınırlama, esasen kısmi olarak izin verilmesi gereken bir yan sınırlamayı içerisinde barındırmaktadır. Bunun yanı sıra makul olmayan sınırlamaları da aynı şekilde kapsamaktadır. Makul olan sınırlama, en başta doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarını içerdiği takdirde yan sınırlama niteliğini taşımakta ve buna bağlı olarak da Kurul tarafından hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Makul olmayan yani aşkın sınırlamalar ise rekabeti engelleyici ve hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyi gerektirir. Aslında bu anlamda makul olmayan bir sınırlama, aynı zamanda gerekli olma unsurunu da ihlal etmektedir. Sınırlamanın makul olmayan kısmı yan sınırlama olarak kabul

²⁸⁴ ŞAHİN, bunu "amaçla orantılılık" olarak ifade etmektedir. Şahin, (2010), 92.

edilemeyecektir. Dolayısıyla aşan kısmın kaldırılması için Kurul'un şartlı izin öngörmesi söz konusu olacaktır.

Makul olma unsuruna göre, yan sınırlama devrin gerçekleştirilmesine ilişkin olmalı ve bunun gerektirdiği sınırları aşmamalıdır²⁸⁵. Nitekim uygulamada da esas alındığı üzere, makul olma kapsamında, yan sınırlamaların ilgilendirdiği kişiler²⁸⁶, faaliyet konuları, uygulanılacak coğrafi alan hususlarına dikkat etmek gerekmektedir²⁸⁷. Yine makul olma unsuru, ayrıca yan sınırlamanın makul bir süre ile sınırlandırılmasını da barındırmaktadır. Nitekim bu süre her somut olayda değişiklik gösterebilecektir²⁸⁸.

Nihayet makul olma unsurunun dışına çıkan yan sınırlamalara karşı Rekabet Kurulu, şartlı olarak izin vermektedir. Somut olayda, şayet makul olmayan kısımlar düzeltilebilir nitelikte ise, Kurul taraflardan bunun makul hale getirilmesi şartını ileri sürmektedir. Aksi takdirde, bu sınırlamalar ancak RKHK m. 4 ve m. 6 kapsamında hukuka aykırı anlaşma olarak kabul edileceklerdir.

2.7. YAN SINIRLAMA ÇEŞİTLERİ

Önceki Kurul kararlarında ele alınmamış, yeni bir yönü bulunan sınırlamaların, Kurul tarafından taraflarca talep edilmesi halinde incelenebileceğini belirtmiştik. İşte burada ele alacağımız yan sınırlama çeşitleri Kurul tarafından ele alınmış, yani yeni bir yönü bulunmayan dolayısıyla da Kurul tarafından ayrıca incelenmesi gerekmeyen yan sınırlamalardır. Zira bu yan sınırlama türleri aşağıda da örneklerle inceleneceği üzere Kurul kararlarında örnekleri bolca bulunan yan sınırlamalardır. Bunlar, rekabet yasağı, lisans anlaşmaları, alım ve tedarik anlaşmaları ve diğerleri olarak bu bölümde incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, bir birleşme ve devralma

²⁸⁵ Erdem, (2004), 127.

²⁸⁶ Nitekim yan sınırlamanın makul olması için sadece devir işleminin tarafları ile sınırlı bulunması gerekmektedir. Bkz. Şahin, (2010), 100 v. d.

²⁸⁷ Şahin, (2010), 92; Erdem, (2004), 129.

²⁸⁸ ERDEM, makul süreyi ayrı bir başlık altında incelemektedir. Bkz. Erdem, (2004), 131.

işleminde, yan sınırlama türlerinden yalnızca birisi bulunabileceği gibi birden çok yan sınırlama anlaşmasının da bulunması mümkündür²⁸⁹.

2.7.1. Rekabet Yasağı

Rekabet yasağında, taraflardan birisi diğer tarafın lehine rekabet etmeme edimini yüklenmektedir²⁹⁰. Zira, rekabet etmesi durumunda diğer tarafın zararına yol açılması gündeme gelecektir. Birleşme ve devralma işlemlerinde de rekabet yasağı anlaşmaları, birleşme ve devralma işlemleri taraflarınca kararlaştırılabilmektedir.

Rekabet yasağı²⁹¹, Türk Borçlar Kanunu m. 396'da düzenlenmektedir. Buna göre; işçi, hizmet ilişkisi süresince, sadakat borcu gereği ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez²⁹². TBK m. 444 vd. hükümlerde ise, işçinin hizmet süresi bitiminden sonra rekabet yasağının düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, yazılı bir beyan ile işçi hizmet süresi bittikten sonra da işveren ile rekabet etmekten kaçınacağını taahhüt edebilecektir. Bunun geçerli olabilmesi için ise, hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi²⁹³ veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyor olması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte bulunması gerekir²⁹⁴. Yine rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez.

²⁸⁹ Komisyon, aynı olaya üzerinden bir kararında, hem rekabet yasağına, hem de lisans anlaşmasına ilişkin kararlaştırılan anlaşmaları yan sınırlama olarak kabul etmiş, iki anlaşmanın da makul olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case No IV/M. 1054 - LGV/BTR. Ayrıca bkz. Case No IV/M.1245 - Valeo / Itt Industries.

²⁹⁰ Erdem, E. (2007). Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar. *Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler*, İstanbul, 69-109, 73.

²⁹¹ ERDEM, rekabet yasağını "işbirliği yapma niteliğinde" bir yan edim yükümü olarak nitelendirmektedir. Bkz. Erdem, (2007), 72.

²⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, M. P. (1994). *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

²⁹³ Ticari işletmenin devrinde, taraflar açıkça sözleşmede belirtmedikleri takdirde, müşteri çevresi(peştemaliye) devrin kapsamına dahildir. Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 126.

²⁹⁴ "mahkemece, davalı işçinin çalışmaya başladığı şirketin fiili olarak faaliyet alam tespit edilerek davacı şirkete rakip olup olmadığı, davalı işçinin davacı bünyesinde iken yaptığı işi yapıp yapmadığı değerlendirilerek davalının eyleminin davacının önemli bir zararına sebep olma ihtimalinin olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. HD, E. 2015/11383, K. 2016/6482 T. 13.06.2016. BATİDER, HAZİRAN 2016, 32 (3), 258-260.

Bu düzenlemelerden başka TBK m. 553'de, tacir yardımcılarının rekabet etme yasaklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre; ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamazlar ve kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramazlar. Adi ortaklıklarda ise TBK m. 626'ya göre; ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine, ortaklığın amacını engelleyen veya bu amaca zarar veren işleri yapamazlar. Kollektif şirketlerde rekabet yasağına ilişkin düzenleme TTK m. 230'da düzenlenmektedir. Buna göre; bir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın ne kendi ne bir başkası hesabına yapamayacağı gibi ne de aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak girebilir. TTK m. 311'e göre ise, 230. madde komanditerler hakkında uygulanmaz. Ancak, komanditer, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder. Anonim şirketlerde ise, TTK m. 396'ya göre, yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun izni olmaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. TTK m. 613'e göre ise limited şirketlerde, şirket sözleşmesiyle ortakların rekabet etmeleri yasaklanabilir. Limited şirketlerde müdürlere ilişkin rekabet yasağı ise TTK m. 626'da düzenlenmektedir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya yazılı izin verilmedikçe, müdürler şirketle rekabet oluşturacak bir faaliyette bulunamazlar.

TTK m. 123'e göre, acentelik ilişkisinin bitiminden itibaren taraflar rekabet yasağı kararlaştırabileceklerdir. Bu düzenlemelere bakarak rekabet yasağına ilişkin genel bir kanıya varmak mümkündür. Bu düzenlemelere göre, rekabet yasağı bir hakkın kötüye kullanılmasını engellemektedir. Bununla birlikte, bir tarafın hakkının korunmasına hizmet etmektedir, ancak belirli bir alan, süre ile de sınırlandırılmaktadır. Rekabet yasağının bu düzenlemeler açısından sadakat yükümlülüğünden kaynaklandığını söylemek mümkündür²⁹⁵. İşte burada ele

²⁹⁵ Kaya, M. İ. (2014). *Acentelik Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 127.

alacağımız rekabet yasağı da bu genel açıklamalar yönünden aynı genel özellikleri taşımaktadır ve fakat bir birleşme ve devralma işlemi ile doğrudan ilgili ve bu işlem için gerekli olma niteliğine sahiptirler. Belirtmek gerekir ki, burada ele alacağımız rekabet yasaklarının tümü sözleşmesel rekabet yasaklarındandır²⁹⁶. Kanuni rekabet yasaklarından, yan sınırlama niteliğindeki rekabet yasağının bir önemli ayrımı da taraflar açısından²⁹⁷. Zira yan sınırlama niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları, birleşme ve devralmanın muhatabı olan ilgili teşebbüslerdir. Oysa ki, kanuni rekabet yasağında taraflar, işçi ve işveren; temsilci ile temsil edilen, vekil ile müvekkil, şirket ile yönetim kurulu üyesi olabilmektedir.

Rekabet Kurulu, 14.07.2002 tarihinde, 2002/2 sayılı 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni çıkarmıştır. Bu Tebliğ'in birinci maddesine göre, amaç, dikey anlaşmaların 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmasının koşullarını ortaya koymaktır. Bu çalışmada ise, RKHK m. 7 kapsamında ortaya çıkan birleşme ve devralmalara bağlı olarak yapılan anlaşmalar önem taşımaktadır.

2002/2 sayılı Tebliğ m. 3'de rekabet yasağı tanımlanmaktadır. Buna göre; alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük olarak ifade edilmektedir. Bu tanım rekabet yasağını ortaya koymakla beraber, yan sınırlamalar için eksik niteliktedir. Yan sınırlamalar da, birleşme ve devralma işleminin bulunması ve gereklilik unsurlarının da bulunması gerektiğine daha önce değinmiştik.

Yan sınırlamaların bir türü olan rekabet yasağı, birleşme ve devralma sözleşmesindeki taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinden doğmaktadır²⁹⁸. Dolayısıyla, rekabet etmeme edimini yüklenen taraf, iradesi ile faaliyet alanını ve imkanını daraltmayı kabul etmektedir²⁹⁹. Bu sözleşme, kaynağını TBK m. 26'den

²⁹⁶ Güven, (2009), 313. Bu rekabet yasakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğan, F. (2005). *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 34 vd.

²⁹⁷ Güven, (2009), 314.

²⁹⁸ Erdem, (2004), 120, GÜVEN, (2009), 313.

²⁹⁹ Soyer, (1994), 8.

almaktadır. Nitekim bu maddeye göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceklerdir. Rekabet yasağı, yan sınırlamaların Türk rekabet hukuku uygulamasında en çok görülen çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰⁰.

Rekabet yasağı anlaşması, devralma sözleşmelerinde söz konusu olduğunda, çoğunlukla devreden taraf rekabet yasağı ile yükümlü tutulmaktadır³⁰¹. Zira devreden tarafın, ekonomik faaliyetleri sonucu elde ettiği ticari itibar (*goodwill*) ve edinmiş olduğu iş tecrübesi ile devrettiği mal ve hizmet piyasasında yeniden bir teşebbüs oluşturarak devralanla rekabet etmesi kabul edilebilir değildir³⁰². Nitekim, aksi durumun kabulü halinde gerçekte bir devrin gerçekleştiğinden bile bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla devreden tarafın devralanla rekabet etmesini önleyecek bazı hükümlerin kararlaştırılması, hedeflenen amaç bakımından gereklidir³⁰³. Bu gereklilik özellikle, maddi olmayan değerlerin³⁰⁴ de devriyle beraber, kendini daha çok belli etmektedir. Bu anlamda maddi olmayan değerlerin devrinde, devrin tam anlamıyla gerçekleşmesi için³⁰⁵ ve devralanın devraldığı değerleri

³⁰⁰ Erdem, (2004), 118. Yan sınırlamaların ortaya çıkışında da en yaygın türü olarak, rekabet etmeme şartından bahsedilmekteydi. Bkz. Goyder, D. G. (2003). *EC Competition Law* (Fourth Edition). Oxford University Press., 385.

³⁰¹ Nitekim, Komisyon karşısına gelen bir olayda, bildirilen işlemde yer alan 3 senelik rekabet yasağını, devralandan çok devredeni koruduğu gerekçesiyle yan sınırlama olarak kabul edemeyeceğini belirtmiştir. OJ: [C301](#) Of 02.10.1997, Case No IV/M.1003 - ALCOA / INESPAL.

³⁰² 1.4.2013 Tarih, 2013/1159 Sayılı Danıştay kararına göre, “bir yan sınırlama kapsamında getirilecek rekabet yasakları, bir teşebbüsün tamamen ya da kısmen veya sadece belli bir malvarlığının devredildiği hallerde, alıcının korunması için satıcıya getirilen yasaklardır. Burada satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amaç, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve maddi olmayan varlıkların tüm değeriyle alıcıya geçmesini sağlamaktır. Çünkü rekabet yasağının yokluğunda satıcı eski müşterilerini çekebileceğinden alıcı devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranabilecektir. Böyle bir durumda, satıcıya getirilecek rekabet yasağı satışın istenen sonucu doğurması noktasında olumlu etkiye sahip olabilmektedir. Dolayısıyla, yan sınırlama satıcıyı değil, alıcıyı korumaya yönelik rekabet yasağı öngörmelidir. ... İncelenen olayda ise, yan sınırlamayla ilgili olarak genel prensibin aksine satıcı tarafından alıcıya getirilmiş olan bir ters rekabet yasağı söz konusu olduğundan, anılan anlaşma ve taahhütname ile alıcıya getirilen rekabet yasağının süresi ne olursa olsun, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi hukuken olanaklı değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰³ Erdem, (2004), 116.

³⁰⁴ İşletmelerin ve dolayısıyla da teşebbüslerin maddi unsurları, bina, malzeme deposu, makineler gibi duran malvarlığı ve hammadde, yarı mamul mallar gibi dönen malvarlığından oluşmaktadır. İşletmenin maddi olmayan unsurları ise, müşteri çevresi, kiracılık hakkı gibi gayri maddi değerleri ifade etmektedir. Bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 124 vd.

³⁰⁵ Komisyon da, kararlarında sıklıkla, yan sınırlamaların, devredilen malvarlığının tam değeriyle devri için gerekli olduğu yönüne vurgu yapmaktadır. Bkz. Case No IV/M.1056 - Stinnes/BTL; Case No IV/M.1078 - BP/HÜLS; Case No IV/M.1088 - Thomson/Fritidsresor; Case No IV/M.1094 - Caterpillar / Perkins Engines kararları.

koruması ve kendi müşteri çevresini oluşturmaları³⁰⁶ ancak rekabet yasağı ile mümkün olacaktır. Bununla birlikte devredenin kısmi olarak devirde bulunduğu durumlarda devralanın da rekabet yasağına muhatap olabileceği söz konusu olmaktadır³⁰⁷. Yine bununla birlikte birleşme olarak kabul edilen, ortak girişim sözleşmelerinde ise, ana teşebbüslerin ortak girişim ile rekabet etmesini engelleyen rekabet yasağı hükümleri söz konusu olabilecektir. Rekabet yasağının getirilmesindeki amaç, bir Rekabet Kurulu kararında ise “...devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği rekabet yasakları, alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, bu çerçevede alıcının yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak alması...”³⁰⁸ olarak belirtilmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin, asli ve tali olarak yapılan ayrımı da burada önem taşımaktadır. Asli rekabet yasağı sözleşmeleri, doğrudan veya dolaylı olarak rekabetin engellenmesini, bozulmasını amaç edinirken; tali rekabet yasağı sözleşmeleri, başka bir asli sözleşmeye bağlı ve onun ifasına yardımcı niteliktedirler³⁰⁹. Yan sınırlama türlerinden olan rekabet yasağı asli olan sözleşmelerden değil, tali rekabet yasağı sözleşmelerindendir³¹⁰. Şayet asli rekabet yasakları burada söz konusu olursa bu durumda RKHK m. 4’e göre değerlendirilmesi gerekecektir³¹¹. RKHK m. 4’e göre; “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.” Tali yani yan sınırlama olarak nitelendirilebilecek olan rekabet yasağı sözleşmeleri ise birleşme ve devralmadan beklenen yararın sağlanmasına yöneliktir³¹².

Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Kılavuz’da, yan sınırlama olarak uygulama yönünden sadece rekabet yasağına yer verildiği dikkat çekmektedir. Kılavuz ile düzenlenen bu maddelerin uygulamadan kaynaklandığını söyleyebiliriz.

³⁰⁶ Erdem, (2004), 119.

³⁰⁷ Aslan, (2014), 235.

³⁰⁸ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

³⁰⁹ Erdem, (2007), 93, 94.

³¹⁰ Asli rekabet sözleşmeleri ve tali rekabet sözleşmeleri ayrımı için bkz. Erdem, (2003), 97.

³¹¹ Erdem, (2003), 96.

³¹² Erdem, (2003), 98.

Aksi takdirde, diğer yan sınırlama türlerine Kılavuz'da yer verilmemesinin bir eksiklik olduğunu belirtmek gerekir.

Avrupa Komisyonu yan sınırlamalar hakkında çıkardığı Duyuru'nun 18 ila 26'ncı paragraflarında, rekabet yasağı anlaşmalarını ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bu Duyuru'nun 18. paragrafında, rekabet yasağının amaçlarına değinilmiştir. Rekabet yasağının, devrin tam değeriyle gerçekleştirilmesi, alıcı tarafın satıcının rekabetinden korunması, tüketici bağlılığı ve iş tecrübelerinin alıcıya devredilmesi amaçlarını taşıdığı belirtilmektedir. Bu sayede rekabet yasağı ile maddi varlığın tam değeri ile alıcıya geçmesi mümkün olabilecektir³¹³. Maddi ve maddi olmayan değerlerin devrinin bu kapsamda olduğuna da dikkat çekilmektedir. Müşteri çevresi, *know-how*³¹⁴ ve iş tecrübelerinin maddi olmayan değerler kapsamında olduğu bilinmektedir. Bu değerlerin, birleşme ve devralmalar açısından öngörülmesinin gereklilik olduğuna ve aksi takdirde teşebbüsün devrinin başarılı olarak gerçekleştirilemeyeceği hususlarına da dikkat çekilmektedir³¹⁵. Gerçekten de gerek Türk doktrininde gerek Rekabet Kurulu kararlarında bu düzenlemelerin benimsendiğini görmekteyiz.

Rekabet yasağının kabulünün bir diğer şartı da, süre, coğrafi alan, kişi yönünden sınırlamanın makul düzeyde olmasıdır³¹⁶. Kılavuz'un 53. paragrafında da yer aldığı üzere rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi bazı sınırlamalara tabidir. Rekabet yasağının süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşp aşmadığı da burada önem arz etmektedir.

2.7.1.1. Süre Yönünden

Duyuru'da rekabet yasağına ilişkin kararlaştırılabilecek sürelerle yer verilmektedir. AB Komisyonu, devirde, yalnızca ticari itibarın da devri söz konusu

³¹³ Erdem, (2007), 81.

³¹⁴ ERBAY'a göre *know-how*, sınai alandaki, teknik ticari, işletme, yönetim ve organize karakterli hukuken korunmayan, gizli veya gizli olmayan, sahibine ekonomik yarar sağlayan bilgi ve tecrübelerdir. Erbay, İ. (2002). *Know-How Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 78. *Know-How* hakkında başkaca tanımlar için bkz. Erbay, (2002), 69 v. d.

³¹⁵ Notice par. 18.

³¹⁶ Notice par. 19, Güven, (2009), 315.

ise rekabet yasağının 2 yıla kadar olabileceğini³¹⁷, ticari itibarla (*goodwill*) beraber iş tecrübesinin (*know-how*) de devrinin söz konusu olması halinde, 3 yıla kadar rekabet yasağı şartının yan sınırlama olarak kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir³¹⁸. Ülkemiz hukukunda da paralel bir yol izlendiği görülmektedir. Kılavuz 54. paragrafında, 3 yıla kadar olan rekabet yasaklarının makul olduğu, ancak müşteri bağımlılığının daha uzun sürdüğü ve *know-how*'un gerekli kıldığı hallerde daha uzun süreli olabileceğine yer verilmektedir³¹⁹.

Rekabet Kurulu'nun bu konudaki diğer bir kararı ise şu şekildedir: "Aktif Elektroteknik'in %60 oranında hissesinin devredilmesinin yanı sıra, bir kısım satıcılar bu şirkette hissedar olarak kalmaya devam etmektedirler. Diğer yandan satıcıların Aktif Elektroteknik ile olan ilişkilerini basit bir hissedarlık ilişkisi olarak nitelendirmek de mümkün görünmemektedir. Nitekim satıcılar birlikte şirketin %40 gibi azımsanamayacak oranda hissesine sahip olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla bildirim konu işlemle ortaya çıkan yapılanmanın, satıcıların kontrolünü devrettikleri teşebbüs yönetiminde hiçbir şekilde herhangi bir söz hakkına sahip olmaksızın sadece yatırım amaçlı olarak hissedar kalmaya devam ettikleri bir yapılanmadan çok, alıcı ve satıcının ortaklık kurdukları bir yapılanmaya daha yakın olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, işlemin kendine has özellikleri nedeniyle, rekabet yasağının süresi bakımından devralma işlemlerindeki genel prensipten ayrılabilineceği değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, somut olayda beş yıllık sürenin makul olduğu anlaşılmaktadır³²⁰."

Uygulamada, rekabet yasağı anlaşması için birbirinden farklı sürelerin de taraflarca kararlaştırıldığı görülmektedir. Kurul buna ilişkin bir olayda, kapanış tarihinden itibaren 5 yıl veya son tesis devir tarihinden itibaren 3 yıl olarak kararlaştırılan sürelerin makul olduğuna karar vermiştir³²¹. Bu durumda, tarafların

³¹⁷ Bkz. Case No IV/M.771 - AMB / Rodutch kararı.

³¹⁸ Notice par. 20; bkz. Case No IV/M.1376 - CARGILL / CONTINENTAL GRAIN; Case No IV/M.1404 - GENERAL ELECTRIC / ALSTOM kararları.

³¹⁹ CAN'a göre, bir acente ile müvekkil arasında gerçekleştirilen devralmalarda yan sınırlamalarda, TTK m. 123 hükmü de devreye gireceğinden sürenin 2 yıl olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Can, O. (2014). Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 69-89, 85.

³²⁰ 02.05.2010 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

³²¹ 02.12.2010 tarihli 10-75/1530-586 sayılı Kurul kararı.

yan sınırlamalar bakımından seçimlik süreler öngörmesinin de mümkün olduğu sonucuna varmaktayız.

Kurulun bir kararında ise, “devreden ortakların ortak olarak kalmaya devam etmeleri, altı kişiden oluşacak yönetim kurullarında iki kişiyi belirleme hakkına sahip olmaları ve böylelikle şirketin tüm kararlarına katılma ve her türlü bilgisine (*know-how* ve ticari sırlar dahil) erişim olanağına sahip olmaları da dikkate alınarak, hissedarlık süresince ve ilave beş yıllık rekabet yasağı makul görülmüştür. Mevcut dosya özelinde de benzer bir durum söz konusudur. Ayrıca, ... tarafından üretilen ürünlerin teknik özellikleri ağır basan ve ekonomik ömrü uzun olan ürünler olduğu anlaşılmaktadır. Ürünün niteliği de göz önüne alındığında ticari itibar ve *know-how*’ın korunması hususları öne çıkmaktadır. Bu çerçevede, işlem kapsamında öngörülen rekabet yasağı süresinin makul olduğu sonucuna varılmıştır³²².”

2.7.1.2. Konu Yönünden

Rekabet yasağı, konu yönünden özellikle devredenlerin faaliyette bulunduğu mal ve hizmetlerle sınırlı olarak öngörülmelidir. Henüz pazara çıkmamış ancak geliştirilmesi tamamlanmış olan ürünler de konu yönünden rekabet yasağı kapsamında öngörülebilir³²³. Kısmi devirlerde ise devredilen kısma ilişkin mal ve hizmet dikkate alınarak rekabet yasağı hükümleri getirilmesi makul görülecektir³²⁴. Kısmi devir halinde değişkenlik gösteren bir husus da, rekabet yasağının alıcı tarafa yükletilmesinin söz konusu olmasıdır³²⁵. Zira bu halde, satıcının da faaliyetleri devam etmekte dolayısıyla korunmayı gerektirmektedir³²⁶.

Duyuru’da satıcının, devredilenle rakip olan şirketlerin hisselerini almaları veya muhafaza etmeleri de sınırlandırılabilir ve bunlar da makul olmaları halinde yan sınırlama olarak düşünülebilir denilmektedir. Ancak rakip firmada doğrudan ya da

³²² 16.02.2006 tarihli 06-13/154-38 sayılı Kurul kararı.

³²³ Notice par. 23.

³²⁴ Güven, (2002), 227.

³²⁵ Aslan, (2014), 235.

³²⁶ “... hükümde yer verilen rekabet yasağının, hisseleri devredilen Bölünmez Petrolcülük’ün yanı sıra alıcı konumunda bulunan Milangaz Petrol’ün faaliyetlerine şumülü bulunması, bu yan sınırlama 80 hükmünün kapsamının gereğinden fazla geniş tutulduğuna yönelik tereddüt doğurmuştur.” 08.07.2010 tarihli, 10-49/932-330 sayılı Kurul kararı.

dolaylı olarak herhangi bir maddi etki oluşturmeyen, yönetim işlevi sağlamayan sırf yatırım amaçlı hisse alımı veya muhafazası rekabet yasağı kapsamında değerlendirilemez³²⁷.

Bir başka Kurul kararında; "Hissedarlar Anlaşması'nın 11. maddesi işlem taraflarına aralarındaki ortaklık devam ettiği sürece ve sona erdikten sonra 2 yıl boyunca rekabet yasağı getirilmiştir. Rekabet yasağı Tat'ın ve Düzey A.Ş.'nin meyve suyu pazarındaki mevcut faaliyetlerini kapsamamaktadır. Söz konusu rekabet yasağı yan sınırlama olarak değerlendirilmiştir³²⁸" hükmü yer almaktadır. Kurul burada, devredene ilişkin yalnızca devralınan faaliyetlere ilişkin rekabet yasağı getirilmesini, konu yönünden makul kabul etmiştir.

2.7.1.3. Coğrafi Alan Yönünden

Komisyon Duyurusu'nda coğrafi alana ilişkin somut ölçülere yer verilmektedir. Buna göre; rekabet yasağının sınırlı olması gerektiği alan, satıcının devirden önceki ilgili ürün ve hizmet faaliyetlerini yürüttüğü alanlardır³²⁹. Bunun yanında bir istisnaya da yer verilmekte, buna göre şayet satıcı devir aşamasında, halihazırda giriş yapmayı planladığı alanlar var idiyse ve önceden bir yatırımda bulunması şartıyla bu alanların da rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktır³³⁰. Zira, henüz yatırım yapılmamış alanlara ilişkin kısıtlamalar doğrudan ilgili olma unsuru yönünden yan sınırlama olarak kabul edilmeye aykırıdır. Aynı hükümler, Kılavuz'un 56. paragrafında Kurul tarafından da aynen benimsenmektedir.

Bir Kurul kararında, "...ayrıca Jantsa için getirilen rekabet yasağı hissedarlık ilişkisi sona erdikten iki yıl sonrasına kadar tüm dünya için getirilmiştir. Dolayısıyla taraflarca taahhüt edilen rekabet yasaklarının, bu haliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır³³¹" ifadesi ile coğrafi alanın makul bir şekilde belirlenmesi gerektiğinin üzerinde durulmuştur. Gerçekten de, dünyanın coğrafi alan

³²⁷ Notice par. 25.

³²⁸ 26.12.2013 tarihli 13-72/1013-431 sayılı Kurul kararı.

³²⁹ Notice par. 22.

³³⁰ Notice par. 22. Komisyon, karşısına gelen bir olayda, henüz yatırım yapılmamış ama ihtimal dahilinde olan alanlarda faaliyette bulunmamaya ilişkin kısıtlamayı reddetmiştir. Bkz. Case No IV/M.1332 - THOMSON / LUCAS kararı.

³³¹ 21.12.2011 tarihli 11-62/1632-569 sayılı Kurul kararı.

olarak rekabet yasağı için benimsenmesi taraflar için asla bir menfaatin korunması amacına hizmet etmemektedir.

2.7.1.4. Kişi Yönünden

Rekabet yasağının kişi yönünden de makul sınırdan bulunması gerekmektedir. Zira yan sınırlamanın kısıtlama özelliği yalnız taraflar açısından olmalıdır. Kişi yönünden makul olma, taraflar açısından sınırlayıcı olma unsuru olarak da yan sınırlamaların ayrı bir unsuru olarak da ele alınmaktadır³³². Üçüncü kişilerin yani birleşme ve devralma işleminin tarafı olmayan diğer kişilerin rekabet etme hakkını kısıtlayacak olursa, bu durumda RKHK m. 4 devreye girecektir. Bu tür bir kısıtlama gereklilik yönünden de yan sınırlama olma özelliğinden uzaktır.

Nitekim Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Kılavuz'un 57. paragrafında, rekabet etmeme yükümlülüğünün, satıcının kendisini veya iktisadi bütünlük oluşturan birimlerini, acentelerini kapsaması mümkün kabul edilmiştir. Ancak satıcının bayilerini veya kullanıcılarını kapsayan yükümlülükler makul görülmemelidir.

Bununla ilgili bir kararda, “devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği rekabet yasakları ve bu yasakların tamamlayıcısı olarak değerlendirilen satıcının devredilen işletmenin çalışanlarını istihdam etmemesine ve sağlayıcılarıyla çalışmamasına yönelik yükümlülükler, alıcıların yaptıkları yatırımın karşılığını tam olarak almasının bir aracı olarak görülmektedir. Bu yönüyle devralma işleminde satıcılara getirilen rekabet yasakları ve diğer söz konusu yükümlülükler, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli oldukları takdirde yan sınırlamalar kapsamında değerlendirilmektedir³³³” denilerek kişi yönünden kapsam belirtilmektedir.

Diğer bir Kurul kararında ise; “...rekabet yasağı devredenlerle birlikte ikinci dereceden akrabalarına da getirilmiştir. Kılavuz'da satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri 12-25/717-203 3 / 3 bakımından getirilen kısıtlamaların makul kabul edilebileceği değerlendirilmiştir.

³³² Şahin, (2010), 100 vd.

³³³ 02.08.2010 tarihli 10-51/954-333 sayılı Kurul kararı.

Ancak, satıcıların akrabalarını da kapsayan türde bir rekabet yasağının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aştığı anlaşıldığından, akrabaları bağlayamayacağı sonucuna ulaşılmıştır³³⁴.” Burada tarafların yakınlarının da devralma sözleşmesinde rekabet yasağına dahil edildiği görülmektedir. Ancak bununla birlikte üçüncü kişi olan perakendeci ve kullanıcılara ilişkin sınırlamalar kişi yönünden makul kapsamda görülemez, dolayısıyla yan sınırlama niteliğinde değildir³³⁵.

Dikkat edilmesi gereken bir husus da devredenin dilerse kontrolündeki şirketleri de rekabet etmeme ile yükümlü tutma ihtimalidir³³⁶. Bu durumda da kişi yönünden rekabet yasağının aşıldığından bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, rekabet yasağı devredenin iştirakçilerine, acentelerine ilişkin olarak da kararlaştırılabilir³³⁷.

Bunların haricinde; yan sınırlama niteliği taşımayan rekabet yasağı sözleşmeleri, yatay anlaşmalar kapsamında RKHK m. 4 gereğince incelenmektedir. Zira bir birleşme ve devralma işlemi söz konusu olmaksızın da taraflar aralarında rekabet yasağı kararlaştırabilirler. Ancak bu durumda rekabetin kısıtlanmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim burada amaç, rekabetin kısıtlanarak tarafların menfaat elde etmesine yöneliktir.

2.7.2. Lisans Anlaşmaları

Lisans anlaşmaları, bir hakkın kullanımının, belirli bir süre ve yerle sınırlı olarak devrini ele almaktadır³³⁸. Dolayısıyla lisans anlaşmaları açısından, hakkın devrinin değil, kullanımın devri söz konusu olmaktadır. Lisans sözleşmesi ile, fikri veya sınai hak sahibi kişi, kararlaştırılan belirli bir ücret karşılığında, hakkın kullanımını

³³⁴ 09.05.2012 tarihli 12-25/717-203 sayılı Kurul kararı.

³³⁵ Erdem, (2007), 145.

³³⁶ Notice par. 23; Güven, (2002), 227.

³³⁷ Erdem, (2007), 145.

³³⁸ Özdemir, (2002), 25; Arbek, Ö. (2005). *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 63. Lisans hakkının hukuki niteliği hakkında, doktrindeki tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Arbek, (2005), 54 vd. , Lisans hakkının RKHK m. 4 ve m. 5 bakımından değerlendirilmesi açısından bkz. Baş, M. (2001). “Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu”, *FMR*, (2), 79-88.

başkasına devretmektedir³³⁹. Lisans sözleşmesi kanunda düzenleme alanı bulmadığından isimsiz sözleşmeler arasında yer almaktadır³⁴⁰. Birçok hak, lisans sözleşmelerinin konusunu oluşturabilmektedir³⁴¹. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁴² m. 24'e göre, marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilmektedir. Kanunun 75'inci maddesine göre, tasarım hakkı, m. 125'e göre, patent, m. 148'e göre sınai mülkiyet hakkı lisans konusu olabilir. Yine aynı maddelerin devamı hükümlerde marka, tasarım hakkı ve patent lisansının, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisansa konu olabileceğine yer verilmektedir. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari olmayan lisans olarak kabul edilecektir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren hakkı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de lisansa konu hakkı kullanamaz. Yine, lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir.

Doktrinde ticaret unvanı³⁴³ ve işletme adlarının³⁴⁴ da, lisansa konu olabileceği kabul edilmektedir³⁴⁵.

İşte bir teşebbüsün tamamının veya bir kısmının devri, devredilen malvarlığından tam yararlanılabilmesi amacıyla, fikri ve sınai hakların veya *know-how*'un da alıcıya devrini içermeyi gerektirir³⁴⁶. Ancak devreden taraf, devredilenden

³³⁹ Baş, (2001), 81.

³⁴⁰ Özdemir, (2002), 52.

³⁴¹ Arbek, (2005), 66 vd.; Özsoy, Saadet Hande, Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2011, 26.

³⁴² 22/12/2016 tarih 6769 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³⁴³ Ticaret unvanı, kısaca tacirlerin ticari işletmelerine ilişkin kullandıkları ad olarak tanımlanabilir. Bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 181.

³⁴⁴ İşletme adı, TTK m. 53'e göre, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ad şeklinde tanımlanabilir. Ancak işletme adının, ticaret unvanından farklı olarak işletmeden ayrı devredilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ayhan, Özdamar, Çağlar, (2016), 334.

³⁴⁵ Arbek, (2005), 67, 68; Özsoy, (2011), 27. TTK m. 49'a göre, "devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir." Ancak dilerse, devralan bu ticaret unvanını kullanmayacaktır. Bu durumda ise artık bir lisans anlaşmasının yapılmasının gerekmeyeceği açıktır. Zira TTK m. 49'a göre ticaret unvanı, işletmeden ayrı devredilemeyeceği için de rekabete aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır.

³⁴⁶ Notice par. 27.

başka faaliyetlerde bu haklardan faydalanabilmek için bu hakların sahibi olarak kalmayı sürdürmeyi de istemektedir. Dolayısıyla burada lisans anlaşması gündeme gelecektir. Bu lisans, *know-how*, patent veya benzer haklara ait lisans olabileceği gibi birleşme ve devralmanın uygulanabilmesi için de gerekli olabilir³⁴⁷. Şayet fikri ve sınai haklar teşebbüs ile beraber alıcıya devredilmiş ise, devralanın da devredene lisans vermesi kararlaştırılabilir³⁴⁸. Bu lisans anlaşmaları Duyuru'nun 28. paragrafına göre, inhisari olabileceği gibi inhisari olmayan lisans şeklinde de olabilir. Süre sınırlamasına da ihtiyaç duymaz. Yine benzer şekilde, ana teşebbüsler ortak girişime lisans yoluyla teknoloji transferinde bulunabilir³⁴⁹. Burada ise, lisans anlaşmasının, birleşme ve devralma işlemi ile doğrudan bağlantılı, gerekli ve makul olmasına bakılacaktır³⁵⁰.

Lisans anlaşmaları da devredilen teşebbüsün faaliyetlerine uygun düştüğü ölçüde kullanım alanı olarak sınırlandırılabilir³⁵¹. Yine devreden ve devralanın aralarında rekabet etmeme şartı öngörmelerinden ötürü lisans anlaşmasına bölgesel sınırlandırmalar getirmeleri de mümkündür³⁵².

Rekabet Kurulu kararında, "işlem ile getirilen bir diğer sınırlama ise Kaynaksu'nun Sırmakeş markasının fikri mülkiyet haklarının kullanımının sınırlandırılmasıdır. Zira bu sınırlama Sırmakeş ve Sırma markaları arasındaki isim benzerliği nedeniyle Sırma'nın zarar görmesi ve dolayısıyla işlemde beklenen ekonomik değerin azalmasının önlenmesini amaçlamaktadır. Bu sınırlama, Kaynaksu'nun halihazırda Sırmakeş markalı su üretimi ve dağıtımını yaptığı illerdeki faaliyetini kapsamamakta ve ayrıca Kaynaksu'nun Sırmakeş haricinde yeni bir marka ile benzer ürünler üretmesi ve dağıtımını engellememektedir. Bu bakımdan Sırmakeş markasının fikri mülkiyet haklarının kullanımının sınırlandırılmasının da işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu ve dolayısıyla yan sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır³⁵³." Somut olayda marka lisansının yan sınırlama olarak kabul edildiği görülmektedir. Burada yan sınırlama niteliğindeki

³⁴⁷ Notice par. 27.

³⁴⁸ Erdem, (2007), 146.

³⁴⁹ Cook/ Kerse, (1996), 176.

³⁵⁰ Güven, (2009), 122.

³⁵¹ Notice par. 28; Gülergün, (2003), 26.

³⁵² Notice, par. 29.

³⁵³ 29.05.2013 tarihli 13-32/426-188 sayılı Kurul kararı.

lisans anlaşmasının, genel lisans anlaşmasından ayırıcı noktası, bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili olması ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olmasıdır.

Lisans sözleşmeleri, bir birleşme veya devralma işlemi bulunmadan da taraflar arasında tercih edilebilen, rekabeti kısıtlayıcı nitelikte anlaşmalardır. Dolayısıyla bu tür anlaşmalara ilişkin muafiyet tanınmasının şartlarını belirlemek üzere,(yer sorunu)Rekabet Kurulu, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği³⁵⁴ çıkarmıştır. Bu Tebliğ'in birinci maddesine göre; amaç, teknoloji transferi anlaşmalarının, 07/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmasının koşullarını ortaya koymaktır. Dolayısıyla, burada yan sınırlama niteliğinde ele alacağımız lisans anlaşmaları RKHK m. 7 kapsamında olup bir birleşme veya devralma işlemiyle ilgili olmayı gerektirmektedir.

2.7.3. Alım ve Tedarik Anlaşmaları

Alım ve tedarik anlaşması, taraflar arasında karşılıklı edim doğuran bir sözleşmedir. Buna göre satıcı, belirli bir malı, alıcıya belirli sürelerde teslim etme borcu altındadır. Alıcı ise, karşılığında belirli miktar ücret ödemeyi kabul etmektedir. Bu sayede, alıcı, tüketiciye aldığı ürünü ulaştırmayı hedeflemekte, satıcı ise belli bir süre satım yapmayı garantilemiş bulunmaktadır. Bir birleşme ve devralma işlemi ile doğrudan bağlantılı ve bu işlemin gerçekleşmesi için gerekli olduğunda ise alım ve tedarik anlaşması yan sınırlama olarak kabul edilmektedir.

Duyuru'nun, 32. paragrafına göre, bir teşebbüsün, tamamının veya bir kısmının devri, satıcının ekonomik birliği içerisinde önceki ekonomik bütünlüğüne dayalı ortaya çıkan, alım ve tedarikğin geleneksel çizgisinin bozulmasına sebep olabilmektedir. Birleşme ve devralma işlemiyle beraber, yeni oluşan teşebbüsün veya devreden teşebbüsün satış noktalarının devamlılığını sağlayabilmek³⁵⁵ ve geçişi sorunsuz kılmak³⁵⁶ için alım ve tedarik yükümlülükleri yüklenmesi gerekebilmektedir. Satıcının, ekonomik bütünlüğünün parçalanmasını ve

³⁵⁴ 23 Ocak 2008 tarih, 26765 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³⁵⁵ Güven, (2009), 457.

³⁵⁶ Gülergün, (2003), 32.

malvarlığının da kısmi olarak devrini sağlamak için, makul şartlar altında, satıcı ve alıcı arasında mevcut veya benzer bağların geçiş dönemi için sürdürülmesi gerekebilir³⁵⁷. Bu ise ancak, alıcı ve satıcı taraflar arasında alım ve tedarik anlaşmasının yapılması ile mümkündür. Alım ve tedarik anlaşması, alıcının olduğu kadar satıcının da lehine olabilir³⁵⁸.

Alım ve tedarik anlaşması geçiş süresi için yapılmaktadır ki bu süre Duyuru'da azami 5 yıl olarak belirlenmiştir³⁵⁹. Dolayısıyla 5 yıldan fazla bir süre için tedarik ve alım anlaşması yapılması halinde istisnalar haricinde aşkın kısımlar, yan sınırlama olarak kabul edilemeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da sürenin, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin ortadan kalkmasına yetecek kadar olmasıdır³⁶⁰. Süre somut olaya göre değerlendirilecektir. Yine belirsiz miktar sağlamaya yönelik olan veya tedarikçi imtiyazlı, alıcı imtiyazlı olan alım ve tedarik anlaşmaları, sabit miktar sağlamaya yönelik olan alım ve tedarik anlaşması gibi birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli, yani yan sınırlama olarak görülemez³⁶¹.

Komisyon, karşısına gelen olaylarda, üretimin farklı seviyelerindeki malzemelerin, yedek parçaların, yan hizmetlerin konu olduğu tedarik anlaşmalarını yan sınırlama olarak kabul etmektedir³⁶².

Miktarın belirsiz olduğu tedarik sözleşmeleri ile münhasır tedarik sözleşmeleri ise yan sınırlama olarak değerlendirilemez³⁶³. Duyuru'ya göre; servis ve dağıtım anlaşmalarının da tedarik anlaşmalarına eş değer etkileri bulunduğundan, aynı düşüncelerle bunlara da tedarik anlaşmalarına ilişkin aynı esasların uygulanması söz konusudur³⁶⁴. Dolayısıyla, yukarıda tedarik ve alım anlaşmaları hakkında

³⁵⁷ Notice par. 32; Aslan, (2007), 600.

³⁵⁸ Notice par. 32.

³⁵⁹ Notice par. 33.

³⁶⁰ Erdem, (2007), 84; Gülergün, (2003), 32.

³⁶¹ Notice par. 34.

³⁶² Gülergün, (2003), 30.

³⁶³ Erdem, (2003), 220, Case No IV/M.1298 - KODAK / IMATION; Case No IV/M.1335 - DANA / GLACIER VANDERVELL kararları.

³⁶⁴ Notice par. 35.

yapılan açıklamaların, servis ve dağıtım anlaşmaları için de geçerli olduğu kabul edilmelidir.

2.7.4. Diğerleri

Yukarıda ayrı başlıklar altında ele aldığımız yan sınırlama çeşitleri sınırlı sayıda değildir. Zira KILAVUZ'un 46. paragrafında da yeni bir yönü bulunan yan sınırlamalardan bahsedilmektedir. Dolayısıyla, rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ve alım, tedarik sözleşmeleri yan sınırlama türlerinden sadece bir kaçıdır. Kurul, yeni bir yönü bulunan anlaşmaların, yan sınırlamanın unsurları olan, doğrudan ilgili olma, gereklilik ve makul olma yönlerini dikkatle incelemek durumundadır.

Geçiş dönemi hizmetleri, uygulama ile yan sınırlama olduğu kabul edilen anlaşmalardandır. Geçiş dönemi hizmetleri de, devralanın pazara adapte olarak faaliyetlerini sürdürmesi için önemlidir³⁶⁵. Yine bilgi değişimi, fason imalat hükmü de gerekli unsurları taşıması halinde yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir³⁶⁶. Özellikle, taraflar fason imalatın, birleşme veya devralmanın tamamlanmasına kadar devam etmesini kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda işlem, yan sınırlama olarak kabul edilerek izin alabilmektedir³⁶⁷.

Sır saklama ve gizlilik anlaşmaları da yan sınırlama olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁸. Bu anlaşmalar niteliği gereği, hakkın kötüye kullanımının hukuka aykırı olmasının doğal bir sonucudur. Rekabet yasağı gibi değerlendirilen bu anlaşmalar, rekabet yasağından daha uzun süreli olarak da kararlaştırılabilmektedir³⁶⁹. Bununla ilgili bir Kurul kararına göre; "...satıcının devredilen işletmenin müşterilerini çekmemesine, çalışanlarını istihdam etmemesine ve gizliliğe yönelik yükümlülükler rekabet yasaklarını tamamlayıcı yükümlülükler olarak görülmekte ve etkilerinin benzer olması gerekçesiyle rekabet

³⁶⁵ Aslan, (2014), 236.

³⁶⁶ Aslan, (2014), 236.

³⁶⁷ Case No IV/M.984 - DUPONT / ICI kararı.

³⁶⁸ Erdem, (2007), 146, 152.

³⁶⁹ Erdem, (2007), 146. Bkz. Case No IV/M.1043 - BAT / ZÜRICH kararı.

yasakları çerçevesinde bu yasaklara uygulanan kriterler bakımından değerlendirilmektedir³⁷⁰.”

Kurul bir kararında; “tüm hissedarlara...görevleri süresince edinmiş oldukları bilgileri gizli tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre; hissedarlar, diğerinin ön izni olmadıkça şirketin veya diğer hissedarların işi, hesap, finans, akde bağlı düzenlemeleri veya sair işlemleriyle ilgili olarak öğrenebileceği gizli bilgileri kullanmayacağını veya kendisinin veya şirketin bunları bilmesi gereken yetkilileri, çalışanları, danışmanları, denetçileri vb. veya mevcut ve gelecekteki yatırımcıları, gayrimenkul etiketli fonları ve bu fonların yatırımcılarını vb. başka bir kişiye açıklamayacağını taahhüt etmektedir. Gizlilik yükümlülüğünün, devralma işleminin yapılandırılması amacıyla tarafların birbirlerine ilişkin bilgilerin gizli tutulması anlamında, standart nitelikte olduğu görülmektedir. Bu sınırlamanın da, tarafları açısından da orantılı ve makul olduğu³⁷¹” hükmüne yer verilmiştir. Ancak burada yükümlülüğün ne kadar süreceği yer almamaktadır. Dolayısıyla gizlilik yükümlülüğünün süresiz olarak kabul edilmesi gerektiğini anlamaktayız. Bu bakımdan, gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasağına benzemekle beraber süre açısından farklılık arz ettiğini söylemek mümkündür.

Kurul, diğer bir kararda; “Hissedarlık Sözleşmesinin “Rekabet Etmeme ve Ayartmama” başlıklı 28. maddesi tarafların rekabet etmeme yükümlülüklerini düzenlemektedir. İşlem bir ortak girişim niteliğinde olmasa da Dişli Holding A.Ş. ve Karabacak Holding A.Ş.’nin Sırma’da hissedarlığının devam edecek olması ve Sırma’nın ticari olarak hassas bilgilerine erişim imkanlarının olması nedeniyle, işlemle birlikte getirilen rekabet etmeme ve istihdam etmeme yükümlülüklerinin işlemle doğrudan ilgili ve gerekli yan sınırlamalar olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır³⁷².” Uygulamada genellikle, ayartmamaya ilişkin anlaşmalar, rekabet yasağı ile beraber kararlaştırılmaktadır³⁷³.

³⁷⁰ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

³⁷¹ 24.10.2013 tarihli 13-59/823-348 sayılı Kurul kararı.

³⁷² 29.05.2013 tarihli 13-32/426-188 sayılı Kurul kararı.

³⁷³ Case No IV/M.971 - KLÖCKNER / COMERCIAL DE LAMINADOS kararı. 27.10.2010 tarihli, 10-67/1423-539 sayılı; 05.12.2013 tarihli, 13-69/932-393 sayılı; 7.11.2008 tarihli, 08-62/1018-394 sayılı Kurul kararları.

Devralma işlemlerinde, müşteri çevresinin önemi ortadadır. Ancak, bazen teşebbüs devralınsa dahi, satıcının müşterileri geri kazanmaya yönelik davranışları söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, uygulamada, satıcıların, devre konu şirketlerin müşteri ya da çalışanlarına teklif götürmesine ilişkin yasağın da Kurul tarafından yan sınırlama olarak kabul edildiği görülmektedir³⁷⁴.

2.8. ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR

Ortak girişimler ile teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemleri, birbirlerinden farklı özellikler göstermeleri nedeniyle Komisyon Duyurusu'nda da devralmalardan ayrı düzenlenmişlerdir. Yan sınırlamalara ilişkin 2005 tarihli Komisyon Duyurusu'nda; giriş, genel prensipler, devralmalarda yan sınırlamaların uygulanabilirliği ve ortak girişimlerde yan sınırlamaların uygulanabilirliği olmak üzere dört bölüm bulunmaktadır. Komisyon, Duyuru'da ortak girişimlere ilişkin bölümde yan sınırlamalar rekabet yasağı, lisans sözleşmesi, alım ve tedarik anlaşmaları olarak üç alt başlık halinde düzenlemektedir. Burada yukarıda yer verdiğimiz yan sınırlamalara ilişkin açıklamalardan farklı olan yönleri incelemekle yetineceğiz.

Yan sınırlama anlaşmaları, devretme işlemlerinde devreden ve devralan taraflar arasında yapılırken, ortak girişim işlemlerinde bu anlaşmalar ortak girişim ile ana teşebbüsler arasında yapılmaktadır³⁷⁵. Görüleceği üzere teşebbüs sayısı olarak da ortak girişim işlemleri devralmalardan farklılık arz etmektedir. Bu durumda yan sınırlama anlaşmasının kişi yönünden kapsamı da daha geniş bir görünüm arz edecektir. Devralma sözleşmelerinde devreden ve devralan arasında yapılan yan sınırlamalara ilişkin anlaşmalar, ortak teşebbüslerde ana teşebbüs ve ortak girişim arasında gerçekleştirilebilmektedir.

Bir ortak girişim, ana teşebbüslerin, yapılan yatırımlara kolayca ulaşmalarını engellemek için rekabet etmelerini yasaklayabilir³⁷⁶. Ortak girişimlere ilişkin yan

³⁷⁴ 12.01.2011 tarihli, 11-03/49-16 sayılı Kurul kararı.

³⁷⁵ Notice, par. 36.

³⁷⁶ Kattan, J. Balter, D. A. (1993). Analyzing Joint Ventures' Ancillary Restraints. *ANTITRUST L.J.*, 8(1), 13-18, 15.

sınırlama niteliğindeki rekabet yasağı anlaşmaları coğrafi alan yönünden, kişi yönünden, süre yönünden, konu yönünden farklılıklar göstermektedir.

Coğrafi alan; ortak girişimlerde, devralma işlemindekine benzer olarak ortak girişim kurulmadan önce ana teşebbüslerin faaliyet gösterdiği ilgili ürün ve hizmet alanı ile sınırlıdır³⁷⁷. Devralma işleminden devredenine yerine burada ana teşebbüslerin geçtiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak burada daha geniş bir faaliyet alanı ve ürün ve hizmet pazarı yer almaktadır. Zira ana teşebbüsler birden çok olup ürün ve hizmet alanları da çeşitlilik gösterir nitelikte olabilecektir.

Konu yönünden; ortak girişimlerin sınırlandırılması da ortak girişimin faaliyet göstereceği ürün ve hizmet pazarını kapsayıcı nitelikte olabilecektir.

Kişi yönünden; ilgili bir kararda; "...sözleşme'nin 26. maddesinde getirilen rekabet yasakları sözü edilen kriterlere uymamaktadır. Öncelikle, rekabet yasaklarının, sadece yeni kurulacak ortak girişim şirketini belirli bir süreliğine koruması temel felsefe iken, başvuru konusu işlemde ana şirketler de birbirinin rekabetine karşı korunmaktadır. Esasen, ana şirketlerin ortak girişim dışında kalan faaliyetleri için korunmaya muhtaç olmadıkları düşünülmekte; bilakis bu alanlarda rekabet etmeleri beklenmektedir. Aksi halde, rekabet otoritelerinin yasalara aykırı saydığı kartel oluşumlarının, aralarında ortak girişim kurarak, tüm faaliyetlerinde rekabetten kaçınmaları mümkün olacaktır ki; bu durum rekabet kanunlarının korumaya çalıştığı ekonomik amaçlara ve toplumsal menfaatlere ters düşmektedir. Dolayısıyla JMW'nin kurulması işleminde ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetin yasaklanması, taraflar bakımından yan sınırlama olabilecekken ana şirketlerin kendi aralarındaki rekabeti kısıtlamalarının yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir" hükmü ile kişi yönünden rekabet yasağının sınırı ortaya konulmuştur³⁷⁸. Gerçekten de kişi yönünden kapsamın makul bir şekilde olması önem taşımaktadır. Aksi halde bir yan sınırlamadan da söz edilemeyecektir.

³⁷⁷ Notice, par. 37.

³⁷⁸ 21.12.2011 tarihli 11-62/1632-569 sayılı Kurul kararı.

Süre yönünden; KILAVUZ'a göre; ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik uzun süreli veya süresiz rekabet etmeme yükümlülükleri de yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir³⁷⁹. Uygulama da bu yöndedir. Rekabet Kurulu'nun bir kararında; "Kılavuz'da üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin makul görüldüğü belirtilmekle beraber, ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik uzun süreli ya da süresiz rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama olarak kabul edilebileceği³⁸⁰" hükmüne yer verilmektedir. Nitekim ortak girişimlere ilişkin süresiz rekabet yasağı makuldür, zira ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki ilişkinin de süreklilik göstermesini, bunun sebebi olarak belirtebiliriz³⁸¹.

Yan sınırlama niteliğindeki lisans hakları açısından da ortak girişimler bazı farklılıklar göstermektedir. Ana teşebbüsler tarafından ortak girişime verilmiş olan lisans hakkının, inhisari veya süreli olup olmamasının bir önemi olmayacaktır³⁸². Her halde yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir³⁸³. Lisans anlaşması, ana teşebbüsler arasında yapılmaktaysa ortak girişim işlemi açısından bir yan sınırlama olarak ele alınmayı gerektirmeyecektir³⁸⁴. Ortak girişimlerde de, lisans anlaşmaları açısından ortak girişimin faaliyet alanıyla sınırlı olacak şekilde alan sınırlaması öngörülebilecektir³⁸⁵. Ancak ortak girişimlerde yan sınırlama niteliğindeki lisans anlaşması, teşebbüsler ile ortak girişim arasında bulunmalıdır. Ana teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmaları yan sınırlama olarak kabul edilemez³⁸⁶. Lisans verenin, lisans alandan daha çok korunduğu tür sınırlamalar da yine birleşme ve devralma için gerekli olmayıp yan sınırlama niteliğinde görülemeyecektir³⁸⁷.

³⁷⁹ Hakeza, Komisyon da karşısına gelen bir olayda, ortak girişim işleminde, 30 yıl süre ile kararlaştırılan rekabet yasağı anlaşmasını yan sınırlama olarak makul kabul etmiştir. Bkz. Case COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogéma/JV kararı. Ayrıca bkz. Case No IV/M.1162 - GE / BAYER.

³⁸⁰ 05.12.2013 tarihli 13-69/932-393 sayılı Kurul kararı.

³⁸¹ Komisyon, karşısına gelen bir olayda, ortak girişim ile ana teşebbüslerin rekabet yasağı anlaşmasını, ortak girişimin süresi ile sınırlı olarak hukuka uygun kabul ederken, taraflardan birinin ayrılması durumunda ayrıca 5 yıl rekabet yasağına uyulmasına ilişkin öngörülen süreyi, hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Case No IV/M.1368 - FORD / ZF kararı.

³⁸² Case No IV/M.1301 - TEXACO / CHEVRON.

³⁸³ Notice. par. 42.

³⁸⁴ Notice, par. 43.

³⁸⁵ Notice par. 42.

³⁸⁶ Notice par. 43.

³⁸⁷ Notice par. 30.

Ortak girişimlerdeki alım ve tedarik anlaşmaları süre yönüyle diğer yan sınırlama türlerinden ayrılmaktadır. Zira ortak girişimlerde, alım ve tedarik sözleşmeleri süre ile sınırlı olmak zorundadır, aksi takdirde ortak girişimin tam işlevsellik unsuru ihlal edilmiş olacaktır³⁸⁸. Şayet ana teşebbüsler, ortak girişimin üst veya alt pazarında yer alıyorsa, alım ve tedarik anlaşmaları teşebbüsün devrindeki gibi ele alınacaktır³⁸⁹.

Rekabet Kurulu'nun, "Ortak girişim işlemlerinde, beş yıla kadar olan bir geçiş süresi boyunca üst veya alt pazarlarda faaliyet gösteren ana teşebbüsler ile kurulacak ortak girişim arasında alım veya satım yükümlülükleri getirilmesi, ortak girişim işlemi için doğrudan ilgili ve gerekli bir yan sınırlama olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bir ortak girişim olan Goodrich-THYT'nin yeni bir teşebbüs olarak piyasada varlığını gösterebilmesi ve aktif bir oyuncu olabilmesi bakımından söz konusu geçiş süresi boyunca ana teşebbüslerden THY'nin bakım, onarım ve revizyon hizmetlerini Goodrich-THYT'den almasında, işlem ile doğrudan ilgili ve gerekli bir düzenleme olması nedeniyle sakınca görülmemiştir. Ancak beş yıldan sonra ortak girişimin artık kendi ayakları üzerinde durabilen bir teşebbüs olacağı öngörüldüğünden, bu tür bir alım yükümlülüğüne de gerek kalmayacağı varsayılmıştır. Ayrıca Goodrich-THYT'nin uzun süre THY'ye bağımlı olacak olması söz konusu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması koşulunun yerine gelmesini engelleyeceğinden, ortak girişimin tam işlevsel bir ortak girişim olmayacağı kabulüne de dayanır³⁹⁰" ifadeleri bunu onaylamaktadır.

³⁸⁸ Gülergün, (2003), 46.

³⁸⁹ Notice par. 44.

³⁹⁰ 14.09.2011 tarihli 11-47/1167-413 sayılı Kurul kararı.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAN SINIRLAMALARIN DENETLENMESİ

İkinci bölümde, yan sınırlamanın tanımı, niteliği, çeşitleri üzerinde durmuştuk. Ancak yan sınırlamaların, nasıl bir incelemeye tabi tutulacağı, hangi kararlara muhatap olacağı, bu kararlar sonucunda tarafların hangi yollara başvurabileceği de önem taşımaktadır. Bu bölümde belirttiğimiz bu hususlara yer vermekle beraber, yan sınırlamaların özel hukuk alanında nasıl sonuç doğuracağını da ayrıca inceleyeceğiz. Nitekim yan sınırlamalar, yalnızca idari kararlara değil adli kararlara da muhatap olabilecektir. Yan sınırlamalar, yukarıda değindiğimiz üzere yalnızca RKHK m. 4 anlamında anlaşma değil, borçlar hukuku anlamında birer sözleşme olma özelliğine de sahiptirler. Dolayısıyla, yan sınırlamalar oldukça geniş bir alanda etki doğurmakta ve bu yönleriyle de incelemeyi gerektirmektedir.

3.1. YAN SINIRLAMALARIN BİLDİRİMİ

Yan sınırlamalar, hukuki alanda mevcut olmak için bir birleşme veya devralma işlemine muhtaçtır. Birleşme ve devralma işlemleri ise duruma göre bildirim tabi olmaktadır. Ancak yan sınırlamalar, bildirim tabi olmayan birleşme veya devralma işlemleri için de geçerli olabilmektedir. Burada, ikili bir ayrım yaparak yan sınırlamaların bildirimi üzerinde duracağız.

Yan sınırlamalarda yapılacak bildirim, birleşme ve devralmaların izne tabi olup olmadığı durumuna göre değişiklik göstermektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ 10. maddesinde, birleşme veya devralmaların bildirimine ilişkin düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre bildirim, bildirim formuyla yerine getirilmelidir³⁹¹. Birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu hallerde bildirimde bulunulması halinde yan sınırlamalar da yan yükümlülük olarak aynı muameleye tabi tutulacaktır³⁹². Yine bildirimi, taraflardan birisi yapabileceği gibi temsilcileri aracılığıyla beraber yapmaları da mümkündür. Dolayısıyla, bildirim, Bildirim Formlarının istediği bilgileri

³⁹¹ Tebliğ, m. 10/2'ye göre, "Bildirim Formu ve ekindeki belgeler, ayrıca elektronik ortamda hazırlanarak elden veya posta ile Ankara'da bulunan Kurum merkezine iletilir. Evraklar arasında kopyalar varsa, bildirimde bulunanların bunların asıllarına uygunluğunu onaylamaları gerekir."

³⁹² Erdem, (2007), 141.

tam ve eksiksiz olarak içermelidir. Bildirimi taraflardan herhangi biri yapabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmelidir. Bildirime ilgili belgeler eklenir ve bildirim Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır (RKHK m. 12). Bu durumda, Kurul'a bildirimde bulunulduğu tarihten itibaren Kurul, on beş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin verir ya da bu işlemi nihaî incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ eder (RKHK m. 10).

KILAVUZ'un 43. paragrafında belirtildiği üzere, yan sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olsa dahi, ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı anlaşılmaktadır. Ancak 46. paragrafa, Kurul, tarafların talepte bulunması halinde, KILAVUZ' da ya da önceki kararlarında ele alınmamış, yeni bir yönü bulunan sınırlamaları, yoğunlaşmaya ilişkin kararlarında değerlendirecektir. Bu düzenleme esasen mehz AB hukukunda yer almaktadır. 139/2004 sayılı Tüzük'ün; 21. paragrafına göre; yan sınırlamaların ilgili teşebbüslerin talebi durumunda, belirsizliğe yol açan yeni veya çözümlenmemiş sorunları Komisyon'un değerlendirmesinin söz konusu olabileceği öngörülmektedir. Buna göre; yeni veya çözümlenmemiş sorunlardan yürürlükteki bir Komisyon Duyurusu'nda yer almayan veya herhangi bir yayınlanmış Komisyon kararında olmayan durumlar anlaşılmalıdır. Bu Duyuru'nun 5. paragrafında, tarafların yan sınırlama olup olmadığına dair değerlendirmelerinde yayınlanmış Komisyon kararlarından faydalanabilecekleri ve bu gibi durumlarda artık yeni veya çözümlenmemiş sorunlardan bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Bu düzenlemenin bir benzeri KILAVUZ' un 46. paragrafında görülmektedir. Buna göre; Kurul, tarafların talepte bulunması halinde, bu Kılavuzda ya da önceki kararlarında ele alınmamış, yeni bir yönü bulunan sınırlamaları, yoğunlaşmaya ilişkin kararlarında ayrıca değerlendirecektir.

İzne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerindeki yan sınırlamalara ilişkin denetim, rekabeti engelleyici olması nedeniyle önemlidir. Bu tür yan sınırlamaların bildirimleri ise birleşme ve devralmalardan ayrı olarak RKHK m. 4'e göre

yapılmaktadır³⁹³. RKHK m. 4'de teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmaktadır. Bu durumda, anlaşmalara ilişkin bildirimler hakkında Rekabet Kurumu, Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz yayınlamıştır. Kılavuz'un 5. paragrafında, Kurul'un, kendisine bildirilmemiş, ancak herhangi bir şekilde haberdar olduğu anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara Kanun'un 5 inci maddesindeki şartları taşıması halinde resen muafiyet tanıyabileceği de yer almaktadır. Dolayısıyla anlaşmanın Kurul'a bildirilmiş olma şartı aranmayacaktır. Kılavuz'un 6. paragrafında ise muafiyet kararlarının, anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren geçerli olacağı belirtilmektedir. Yani izin verme veya izin vermeme kararı anlaşmanın yapıldığı tarihe kadar geriye yürüyecek o zamandan itibaren etkili olacaktır. Ayrıca, Kurul'un muafiyet verilebilmesi için koşul öngördüğü hallerde muafiyet, koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Bildirimde bulunan taraf aynı zamanda, anlaşma için menfi tespit mi yoksa muafiyet mi talep ettiğini de açıkça belirtmelidir³⁹⁴.

Şayet yan sınırlamalar izne tabi bir birleşme ve devralma ile beraber bildiriliyorsa bu kapsamda incelenirken, anlaşma kapsamında bildiriliyorsa sadece yan sınırlama anlaşması incelemeye tabi tutulmaktadır. İzne tabi birleşme ve devralmalara ilişkin yan sınırlamalar, birleşme veya devralmanın gerçekleştirilmesinden önce doğrudan ilgili olduğu birleşme ve devralmalarla beraber işlemin gerçekleştirilmesinden önce bildirilmelidir³⁹⁵. İzne tabi olmayan birleşme ve devralmalarda ise yan sınırlamaların bildirimi için bir süre bulunmamaktadır. Etkin rekabete etkileri bakımından, izne tabi olan birleşme ve devralma işlemlerinde yer alan yan sınırlamalar daha önemli olsa da bildirimleri arasındaki farkların makul olmadığı söylenebilir.

Yan sınırlamalara, Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddelerinin uygulanması ise mümkün değildir. Ancak, yan sınırlama niteliği taşımayan sınırlamalar Kanunun 4'

³⁹³ ERDEM'in bizim de katıldığımız görüşüne göre; bu bildirimler Kurul'un iş yükünü artırmaktadır. Dolayısıyla, bu tür yan sınırlamaların bildirimi için belli ölçütlerin öngörülmesi gerekmektedir. Erdem, (2007), 154.

³⁹⁴ Erdem, (2003), 144.

³⁹⁵ Tebliğ, m. 11'e göre; "Bildirim, Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır. Bildirim Formunda istenen bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması ya da bu bilgilerde değişiklik yapılması halinde bildirim, bu bilgilerin tamamlandığı veya değiştirildiği tarihte yapılmış sayılır."

üncü, 5'inci ve 6'ncı maddelerinin kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, yan sınırlama olmadığı halde yan sınırlama olarak bildirilen anlaşmalar, anlaşmaya diğer hükümlerin uygulanmasına zarar getirmeyecektir.

3.2. KURUL'UN İNCELEME VE ARAŞTIRMA USULLERİ

Yan sınırlamaların, bildirimini inceledik. İşte, yan sınırlamaların bildiriminden sonra ise Kurul'un bu anlaşmaları incelemesi gündeme gelecektir. Yapılan bildirim üzerine veya bildirimde bulunulmadıysa kendiliğinden Kurul'un inceleme ve araştırmada bulunması söz konusudur. 4054 sayılı RKHK m. 27 ile Kurul'un görevleri düzenlenmektedir. Kurul, m. 27/a bendine göre, yasaklanan faaliyetler ve hukukî 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 idarî para cezaları uygulamakla görevlidir.

Kurul'un inceleme ve araştırmasına ilişkin görevleri RKHK m. 40 vd. ile düzenlenmektedir. Buna göre, Kurul, kendiliğinden veya başvuru üzerine öğrendiği işlemler hakkında soruşturma açılıp açılmayacağını tespit için, öncelikle ön araştırma yapılmasına karar verecektir. Ön araştırma kararı üzerine, Kurul başkanı, meslek uzman veya uzmanlarını raportör olarak görevlendirecektir. Raportör olan kişi veya kişiler 30 gün içinde gerekli bilgi ve delilleri ve kendi görüşlerini yazılı olarak Kurul'a iletecektir (RKHK m. 40).

Raporun teslimini takip eden 10 gün içerisinde, Kurul yapacağı toplantı ile soruşturma açılıp açılmaması yönünde karar verecektir (RKHK m. 41). Kurul şikayet ve ihbarları ciddi bulması durumunda, bunu ihbar veya şikayette bulunan tarafa yazılı olarak bildirir (RKHK m. 42).

Kurul açıkça yapılan başvuruları reddedebileceği gibi, sessiz kalmak yoluyla da reddetmiş sayılabilir. Bu durumda, doğrudan veya dolaylı olarak menfaatini belgeleyen herkesin red kararına karşı yargı yoluna başvurması mümkündür (RKHK m. 42/2).

Kurul soruşturma kararı ile beraber, 15 gün içerisinde durumu ilgili taraflara bildirir. Bu bildirimle beraber tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içerisinde göndermelerini ister (RKHK m. 43/2). Soruşturmaya karar verilmesi halinde, Kurul raportör veya raportörleri belirler. Soruşturma en geç 6 ay içerisinde tamamlanmalıdır, ancak bir defaya mahsus olarak 6 aya kadar ek süre verilebilir (RKHK m. 43).

Raportörler soruşturmayı yürütürken, m. 14 gereğince ilgili kamu kurum, kuruluşlarından veya teşebbüslerden gerekli gördüğü bilgileri isteyebilir. Bu kurum veya teşebbüsler de kendilerinden istenen bilgileri Kurul tarafından belirlenen süre içerisinde vermek zorundadırlar (RKHK m. 14). Yine raportörlerin, RKHK m. 15 gereğince yerinde incelemede bulunması da mümkündür. Yerinde incelemenin engellenmesi durumunda sulh ceza hakiminin kararı ile yerinde inceleme yapılabilecektir. Ayrıca yerinde incelemenin engellenmesi durumunda, RKHK m. 16 gereğince idari para cezası da verilebilecektir. Yine yerinde incelemede bulunacak raportörlerin, yanlarında yetki belgesi bulundurması da gerekmektedir³⁹⁶. Bu yetki belgesinde, incelemenin konusu, amacı ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı bilgileri yer almalıdır (RKHK m. 15).

RKHK m. 44'te yer alan önemli bir düzenleme ise, kanunu ihlal ettiği ileri sürülen kişi veya kişiler kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler.

Nihayet soruşturma sonunda hazırlanan rapor Kurul üyelerine ve ilgili taraflara tebliğ olunur. Bununla beraber kanunu ihlal ettiği belirlenenler için 30 günlük yazılı

³⁹⁶ "Olayda, davacı şirket yetkilisi T. K.'ın, raportörler tarafından sunulan yetki belgelerinin uygun olmadığını, tanınan yetkinin kullanılamayacağını ifade ettiği, devamında avukatı tarafından telefonda ikaz edilmesine rağmen bu tutumunu sürdürerek yerinde incelemeyi engellediği, sonrasında avukatının gelmesinin beklenmesini istediği, ancak bu sürenin 2 saati bulduğu, böylece yerinde incelemenin 2 saat süreyle engellendiği, ayrıca bu süre zarfında şirket yetkilisine sözlü olarak hiçbir şekilde masasına, çekmecelerine veya bilgisayarına dokunmaması gerektiği belirtilmesine rağmen, anılan şahsın dizüstü bilgisayarından bir klasörü sildiği anlaşılmakta olup, bütün bu tutum ve davranışlar nedeniyle yerinde incelemenin gerektiği şekilde yapılmasının engellendiği sonucuna ulaşılmıştır." Danıştay 13. Daire, E. 2009/5890, K. 2013/847, T. 26.3.2013 (KAZANCI İBB).

Bu durumda, K... Petrol yetkililerinin Kurum raportörlerine karşı davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddelerinde yasaklanmış olan "yerinde incelemenin engellenmesi" niteliğini taşıdığı anlaşıldığından, Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmiş olan idari para cezasının uygulanmasına ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

savunmalarını vermeleri için süre verilir. Süresi içinde verilmeyen savunmalar dikkate alınmaz (RKHK m. 45). Tarafların savunma dilekçelerinde talep etmeleri veya Kurul'un isteği üzerine sözlü savunma toplantısı yapılması mümkündür. Sözlü savunma toplantısı soruşturmanın bitiminden itibaren en az 30, en çok 60 gün içinde yapılır. Sözlü savunma toplantısına ilişkin davetiye taraflara en az 30 gün önceden gönderilir (RKHK m. 46). Bu bildirimler RKHK m. 61 gereğince, Tebligat Kanunu hükümlerince yerine getirilir.

Nihai karar, sözlü savunma toplantısı yapıldıysa aynı gün veya gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde verilir. Sözlü savunma toplantısı söz konusu değilse, nihai karar dosya üzerinden yapılacak incelemeye göre ve soruşturma safhasının bitiminden itibaren 30 gün içerisinde verilir (RKHK m. 48).

3.3. YAN SINIRLAMALAR HAKKINDA KURUL KARARLARI

Rekabet Kurulu'nun verebileceği kararlar, Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, Kurul, Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen, araştırma ve soruşturma yapmak, Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak, ilgililerin muafiyet ve menfî tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfî tespit belgesi vermek, verilen muafiyet kararları ve menfî tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip ederek, bu piyasalarda ya da tarafların durumlarında değişiklikler tespit edilmesi halinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek, birleşme ve devralmalara izin vermek yetkisine sahiptir.

3.3.1. İzin Verilmesi

Bildirimi gerekmeyen birleşme ve devralmalara ilişkin yan sınırlamalar için ayrıca inceleme yapılması gerekmektedir. Ancak bunlar için muafiyet ve menfî tespit kararları verilebilecektir. Öncelikle izne tabi birleşme ve devralmalar açısından yan sınırlamalara izin verilmesinden bahsedeceğiz. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinde, birleşme ve devralmalara ilişkin verilen Kurul izninin yan sınırlamaları

da kapsayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla birleşme ve devralmaya ilişkin verilen Kurul izni aynı zamanda bu birleşme ve devralmayla beraber kararlaştırılmış olan yan sınırlamaları da kapsayıcı olarak anlaşılmalıdır. Yani ayrıca kararlarda, yan sınırlamaya izin verilip verilmeyeceği gibi bir açıklamaya ihtiyaç olmayacaktır. Nitekim uygulamada da yan sınırlamalara değil birleşme ve devralmalara izin verilmektedir³⁹⁷. Yan sınırlama özelliği taşımayan anlaşmalar ise Kurul'un şartlı izin, izin vermeme kararlarına konu olacaklardır.

Kurul'un birleşme ve devralmalar hakkındaki izin sistemi yan sınırlamaları da bağlamaktadır. Bu durumda, RKHK m. 10 hükmü yan sınırlamaları da kapsamaktadır. Buna göre; kurul, birleşme ve devralmanın bildirilmesinden itibaren on beş gün içerisinde izin verebileceği gibi nihai incelemeye de alabilecektir. Nihai karar halinde işlem karar verinceye kadar askıda olacaktır. Nihai karar ise izin veya işlemin hukuka aykırı olduğu yönünde olabilir. Ancak şayet Kurul bildirimle rağmen herhangi bir karar vermez, işlem yapmaz ise bildirim tarihinden itibaren 30 gün sonra işlem, hukuki geçerlilik kazanmış olur.

Tebliğ'den önce ise, yan sınırlamalara ilişkin izin ayrıca kararlarda belirtilmekteydi. Nitekim, Rekabet Kurulu bu konuda; "...devir sözleşmesinde ve rekabet etmeme beyanında yer alan rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin yan sınırlama olarak kabul edilerek bildirim konusu işleme izin verilmesine..." karar vermiştir³⁹⁸.

Yan sınırlamalar bu manada ayrıca bir bildirimle ihtiyaç olmaksızın birleşme ve devralmalara tabi olmaktadır. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ m.13'e göre; yan sınırlamanın kapsamı aşip aşmadığının tespitinin taraflarca yerine getirilmesi esastır. 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 21. paragrafında da, birleşme ve devralmaların ortak pazarla bağdaştığına ilişkin Komisyon kararlarının, özellikle kararlarda değerlendirilmese dahi otomatik olarak yan sınırlamaları da kapsayacağı

³⁹⁷ Komisyon ise, hukuka aykırılığı bulunmayan birleşme ve devralma işlemleri için, ortak pazarla uyumlu olduğuna karar vermektedir. Bkz. Case No IV/M.1014 - British Steel / Europipe, Case No IV/M.102 - TNT / Canada Post, Dbp Postdienst, La Poste, Ptt Post & Sweden Post, Case No IV/M.1035 - Hochtief/Aer Rianta/D, sseldorf Airport kararları.

³⁹⁸ 08.07.2005 tarihli 05-44/623-158 sayılı Kurul kararı.

düzenlenmektedir. Görülmektedir ki, 2010/4 sayılı Tebliğ bu açıdan AB düzenlemelerine de paralel niteliktedir.

Nihayet Kurul'a bildirim gerektiği halde bildirilmeyen birleşme ve devralmalarda, Rekabet Kurulu'nun, RKHK m. 11 gereğince kendiliğinden harekete geçmesi halinde de işlemi incelemeye alması mümkündür. Bu inceleme sonucunda da, işleme izin verilebilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, bildirimde bulunulmaması nedeniyle ilgililere idari para cezası verilecektir.

3.3.2. İzin Verilmemesi ve İhlale Son Verilmesi

Kurul, birleşme ve devralmalar için gerek bildirim üzerine yaptığı incelemelerde gerekse kendiliğinden harekete geçerek yaptığı incelemelerde yahut menfi tespit talebinde bulunduğu hallerde, işlemi hukuka aykırı bularak RKHK m. 8 ve m. 10 hükümlerince reddedebilmektedir. Rekabet Kurulu tarafından, birleşme ve devralma işlemine 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/2 hükmünce, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin tümünde yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracaksa izin verilemez.

Tebliğ m. 13/5 'de, birleşme ve devralma işlemine ilişkin verilen iznin yan sınırlamaları kapsayacağına yer verilmektedir. Ancak izin verilmemesi durumunda yan sınırlamaların ne olacağına değinilmemiştir. Zira bir birleşme veya devralma işlemine izin verilmemesi halinde, bu işlem için gerekli olan yan sınırlamaların artık değerlendirilmesi işlemin doğasına aykırıdır. Başka bir deyişle yan sınırlamalar, bu işlemlerle beraber yasak kapsamında kabul edileceklerdir.

Bazen birleşme veya devralma işlemi hukuka uygun kabul edilirken, tarafların aralarında yaptıkları anlaşmalar yan sınırlama olarak kabul edilmeyebilmektedir³⁹⁹. Bu anlaşmalar, yan sınırlamaların unsurlarına uymadıklarından hukuka aykırı kabul edilebilmektedirler. Dolayısıyla bu tür anlaşmalar, bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan bağlantılı veya işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli nitelikte olmayabilirler. Bu

³⁹⁹ Nitekim Komisyon, izin verdiği yoğunlaşma işlemlerine ilişkin kararlarda verdiği iznin bu anlaşmaları kapsamadığını ilgili kısımlarda açıklama yaparak ifade etmektedir. Bkz. Case No IV/M.1132 - BT / ESB kararı.

durumda, bu anlaşmaların yan sınırlama olarak birleşme ve devralma işlemi ile beraber izne dahil kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Buna bağlı olarak da, ortada bir hukuka aykırı anlaşma bulunduğu sebebiyle geçerli bir anlaşmadan söz edilemeyecek, taraflar da bu anlaşmaya dayanarak talepte bulunamayacaklardır⁴⁰⁰.

RKHK m. 9 hükmünce Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir. Şikayet, meşru bir menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılabilir. Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı şekilde bildirir (RKHK m. 9/3). Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir (RKHK m. 9/4).

Nihayet Kurul'a bildiri gerektiği halde bildirilmeyen birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulu'nun, RKHK m. 11 gereğince kendiliğinden harekete geçmesi halinde de işlemi incelemeye alması mümkündür. Bu inceleme sonucunda da, işlemi m. 7 kapsamına girdiği gerekçesiyle hukuka aykırı olarak kabul edebilecektir. Bu durumda birleşme ve devralma işlemine ilişkin yan sınırlamalar da red edilme kararına konu olabilecektir.

3.3.3. Şartlı İzin Verilmesi

RKHK'de Kurul'un şartlı izin vermesi yönünde doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁰¹. Ancak, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/4 gereğince, Kurul'un Tebliğin 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine izin vermesi

⁴⁰⁰ Bkz. 3.7. Yan Sınırlamaların Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları.

⁴⁰¹ Güven, (2009), 371; Aslan, (2014), 232. Şartlı iznin yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle ortaya çıkan tartışmalar için bkz. Ulu, H. (2004). *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 58 vd.

halinde, şart ve yükümlülük öngörmesi de mümkündür⁴⁰². Dolayısıyla Rekabet Kurulu karşısına gelen davalarda şartlı olarak izin verme yetkisine de sahiptir⁴⁰³. Buradan hareketle Rekabet Kurulu yan sınırlamalar hakkında da şartlı izin yetkisini uygulamada kullanmakta, yan sınırlamaları birleşme ve devralma işlemi içerisinde değerlendirmektedir. Aksi halde yan sınırlamalar için şartlı izin verilmesinin hukuki bir dayanağından bahsedilemeyecektir.

2010/4 sayılı Tebliğ m. 13'e göre; birleşme ve devralmalarla getirilen sınırlamaların doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar olması, yani yan sınırlamaların unsurlarını taşıması aranacaktır. Bunun tespitini ise taraflar yapacaklardır. Asıl olan bu olmakla birlikte Kurul önüne gelen olaylarda, yan sınırlamaların bulunup bulunmadığını, makul olup olmadıklarını incelemektedir. Nitekim yan sınırlamalara ilişkin şartlı izin kararları da makul olma unsurları ile bağlantılı çıkmaktadır. İşte bu incelemeler sonucunda yan sınırlamanın bulunduğu ancak bununla beraber, kapsamının makul bulunmadığına karar verebilmektedir. Dolayısıyla, süre yönünden, yer yönünden, konu yönünden makul seviyeyi aşmakta olan bir yan sınırlama anlaşması için Kurul şartlı izin kararı verebilmektedir.

Bununla ilgili bir kararda, "Hisse Alım Anlaşması'nın 7.1 maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün 2 yıl ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine⁴⁰⁴..." değinilmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere aslında şartlı izinden kasıt, getirilen sınırlandırmaların makul hale getirilerek yan sınırlamanın gereken düzeye getirilmesi ve böylece izin verilmesine yöneliktir.

Rekabet Kurulu'nun, "ancak, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin 6.4.1. maddesinde yer alan ve satıcıya 10 sene boyunca tüm Türkiye'de geçerli olacak şekilde getirilen rekabet yasağının süresinin 5 yıl ve sadece İstanbul ilinde geçerli

⁴⁰² Burada şart ve yükümlülük arasındaki ayırmadan da bahsetmek gerekir. Taahhüdün esasa ilişkin kısımları şarta, uygulamaya ilişkin hükümler ve yan hükümler ise yan yükümlülüğe delalet eder. Varol, N. (2010). *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 77.

⁴⁰³ Komisyon da karşısına gelen olaylarda, makul olmayan sınırlamaların fazlaya ilişkin kısımlarının azaltılması halinde hukuka uygun kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Case No COMP/M.3178. *ñ Bertelsmann / Springer/JV*; Case No IV/M.1097 - Wacker / Air Products, Case No IV/M.1334 - VOLVO AERO / ABB / TURBOGEN kararları.

⁴⁰⁴ 22.12.2005 tarihli 05-87/1206-350 sayılı Kurul kararı.

olacak şekilde düzenlenmesi halinde yan sınırlama sayılmasına...⁴⁰⁵ ifadelerinden şartlı olarak taraflarca, süre ve coğrafi alana ilişkin düzeltmeler yapılması halinde yan sınırlama olarak izin verilebileceğini anlıyoruz.

Nihayet Kurul'a bildiri gerektiği halde bildirilmeyen birleşme ve devralmalarda, Rekabet Kurulu'nun, RKHK m. 11 gereğince kendiliğinden harekete geçmesi ve birleşme ve devralma işlemini incelemeye alabilmesi söz konusudur. Bu inceleme sonucunda da, işleme izin verilebilmesi mümkündür. RKHK m. 11'de şartlı izne dair bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/4 gereğince burada Kurul'un şartlı olarak izin verebileceği kabul edilebilecektir.

26.03.2014 Tarih ve 14-12/221-97 Sayılı Kurul kararında yer alan bir karşı oy yazısında ise KALDIRIMCI' ya göre; "rekabet yasağının süre ve yer yönünden sınırlandırılması halinde şartlı izin verilebileceğine ilişkin kararın, sözleşmeye müdahale ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olacağı" belirtilmektedir. AY m. 48'e göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. TBK m. 26'ya göre ise taraflar sözleşme içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde kalmak kaydıyla özgürce belirleyebileceklerdir. Bu durumda, yan sınırlamalara ilişkin şartlı izin verilmesi gerçekten de sözleşme özgürlüğüne aykırı görülebilir. Zira kanuni olarak bir temele dayanmadan sınırlama getirilmesi Anayasa'ya da aykırılık oluşturmaktadır. Ancak şartlı izin halinde aşkın kısımda zaten RKHK m. 4 hükmü uygulanmaktadır. Yani bir kanun maddesine aykırılık bulunduğu savunulabilir.

3.3.4. Menfi Tespit Belgesi Verilmesi

Yan sınırlamalara menfi tespit belgesi verilmesi öncelikle menfi tespit konusuna da ayrıca değinmeyi gerektirmektedir. Burada menfi tespit hakkında genel olarak yer verilen bilgiler yan sınırlamanın konu olduğu menfi tespit için de geçerli olacaktır.

Menfi tespit hakkında RKHK m. 8'de düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre; "ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve

⁴⁰⁵ 26.03.2014 tarihli 14-12/221-97 sayılı Kurul kararı.

devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.” Görüldüğü üzere burada birleşme ve devralmalara ilişkin RKHK m. 11'deki gibi Rekabet Kurulu'nun kendiliğinden harekete geçmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Kurul, teşebbüslerin başvurusu ile harekete geçmektedir.

Menfi tespit belgesi istenmesindeki sebepler, tarafların güven içerisinde emin bir şekilde hareket edebilmelerini sağlamaktır. Ayrıca bu sayede Kurul soruşturma açma hakkının bulunmadığını beyan etmiş olur ve özel hukuk alanında da işlem geçerli bir şekilde yürütülebilir⁴⁰⁶. Zira Rekabet Kurumu bu kararıyla artık anlaşma, karar veya işlemin hukuka uygun olduğunu kabul etmiş olacaktır.

Hükümde açıkça, menfi tespit belgesi verilebilmesi için Rekabet Kurulu'na başvuruda bulunulması gerektiği yer almakla beraber başvurunun şekli hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Rekabet Kurumu başvurunun şeklini belirlemek kastıyla, menfi tespit belgesi talebi için Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu⁴⁰⁷ yayınlamıştır. Bu formda tarafların menfi tespit başvuru mu muafiyet bildirimini mi yaptığını belirtebilecekleri iki seçenek bulunmaktadır. Yine formda, bildirim konu olan anlaşma, karar veya uyumlu eylemin niteliğini, kapsamını ve amaçlarını tarafların belirtmelerini istenmektedir. Formun 6'ncı bölümünde, başvuruya konu anlaşmanın hangi hüküm açısından incelenmeyi gerektirdiğine ilişkin bilgi verilmesi istenmektedir. Bu durumda, yan sınırlama anlaşması için bir menfi tespit başvurusu söz konusu ise, m. 7 kapsamında bir inceleme yapılarak yan sınırlama açısından değerlendirilmesi taraflarca talep edilebilecektir. Ancak bu durumda izne tabi olmayan birleşme ve devralma işleminden bahsedilmektedir. Zira izne tabi bir birleşme ve devralma işlemi söz konusu ise zaten yan sınırlamalara ilişkin karar verilmiş olmaktadır.

⁴⁰⁶ Aslan, (2007), 914. Erdem, (2003), 157. Aynı zamanda menfi tespit, ticari hayatın belirsizlikten kurtulmasına da hizmet etmektedir. Bkz. Günay, (2014), 64.

⁴⁰⁷ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Genel+%C4%B0%C3%A7erik/kilavu%20.pdf>. Son Erişim tarihi: 20.07. 2016.

Rekabet Kurulu ayrıca “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz⁴⁰⁸” yayınlamıştır. Kılavuzda, bildirim taraflardan herhangi birinin yapabileceği ve ortak bildirimde bulunmanın da mümkün olduğu ifade edilmiştir. Taraflardan herhangi birinin bildirimde bulunması halinde, bildirimde bulunanın diğer ilgili tarafı da bilgilendirmesi gerekecektir. Yine menfi tespit başvurusunun, bir temsilci aracılığıyla da yapılabilmesi mümkündür. Bu temsilci teşebbüsün veya tarafların ortak bir temsilcisi de olabilir. Ancak temsil yetkisini gösteren noter tasdikli belgelerini de başvuru formuna eklemeleri gerekmektedir. Yetkisiz temsilcinin başvurusunun geçersiz olacağı da belirtilmiştir.

Başvuruda istenilen bilgi ve belgeler tam ve doğru olmalıdır. Bilgiler de meydana gelen değişiklikler Kurul karar verene kadar Kurul’a bildirilmelidir. Nihayet başvuru formu 3 nüsha olarak Rekabet Kurumu merkezine posta yoluyla yahut elden teslim edilir. Menfi tespit başvurusu, Kurul kayıtlarına intikal edildiği veya bilgilerde eksiklik varsa tamamlandığı tarihte yapılmış sayılacaktır.

RKHK m. 13 hükmüne göre ise; “aşağıdaki hallerde menfi tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir:

- a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması,
- b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,
- c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması.

Bununla birlikte menfi tespit belgesinin geri alınma usulü ve şekli hakkında bir düzenlemeye de gidilmemiştir⁴⁰⁹. Menfi tespitin, bireysel bir karar veya tebliğ ile geri alınması mümkün görülmektedir⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBas%C4%B1n+Duyurusu%2FAnla%C5%9Fma.pdf> Son Erişim Tarihi: 28. 08. 2016.

⁴⁰⁹ Güven, (2009), 524.

⁴¹⁰ Aslan, (2014), 139. Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 6 gereğince, “Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5’inci

Yan sınırlamaların; rekabet yasağı, lisans sözleşmesi, tedarik ve satın alma ve diğer sözleşme şekillerinde ortaya çıkabileceklerini belirtmiştik. İşte bu sözleşmeler başlı başına rekabeti bozucu etkiye sahip olma potansiyeli taşımaktadır. Menfi tespit belgesi ise bir anlaşma, karar, eylem veya birleşme ve devralmanın m. 4, 6 ve 7' ye aykırı olmadığını gösterir. Bu durumda yan sınırlamalar hakkında verilen menfi tespit belgesinin, birleşme ve devralmanın m. 7' ye uygunluğunu gösterdiğini anlamak gerekir. Nitekim yan sınırlamalar, yan edim yükümlülüğü niteliğinde olup asıl öneme sahip olan birleşme ve devralma işleminden bağımsız değildir.

Belirtilmesi gereken bir diğer nokta da birleşme ve devralmanın izne tabi bulunup bulunmadığıdır. İzne tabi bulunan birleşme ve devralmaların Kurul'a bildirilmesi, RKHK m. 10 ve devamı hükümlerince zorunludur. Bu durumda ise iki ihtimal gündeme gelmektedir. Birinci ihtimal, bildirim yapıldığı ihtimalidir. Bu ihtimal üzerinden gidilecek olursak, Kurul izin verebileceği gibi birleşme ve devralmayı yasaklayabilecektir. Dolayısıyla verilen iznin yan sınırlamaları da kapsayacağı bilindiğine göre bu ihtimalde menfi tespite ilişkin bir bağ bulunmamaktadır. İzin verilmediği halde ise yan sınırlamaların yan edim yükümlülüğü niteliğinden dolayı ayrıca değerlendirilme gereği bulunmamaktadır.

İkinci ihtimal ise bildirim yapılmadığı ihtimalidir. Bu durumda Rekabet Kurumu RKHK m. 11 gereği kendiliğinden harekete geçebilecektir. Buna göre, Rekabet Kurulu izin verme veya birleşme ve devralmanın ortadan kaldırılmasına karar verecektir. Yan sınırlama anlaşmalarının da bulunması durumunda, Rekabet Kurulu'nun birleşme ve devralmaya izin vermesi veya birleşme ve devralmayı ortadan kaldırma kararı vermesi yan sınırlamalar için de geçerli olacaktır. Zira 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/5'de birleşme ve devralmaya verilen iznin yan sınırlamaları da kapsayacağı açıkça belirtilmiştir. Yani Kurul'un kendiliğinden harekete geçerek birleşme ve devralma işlemini incelemesi bu kuralı değiştirmeyecektir. Kurul'un kendiliğinden harekete geçmesi sonucu birleşme ve

maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir." Yine Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği m. 9, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği m. 8 gereğince, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği m. 11, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar Ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tebliği m. 7'da aynı yönde geri almaya ilişkin hükümler yer almaktadır.

devralma işlemini ortadan kaldırma kararı alması yan sınırlamanın da sona ermesi sonucunu doğal olarak doğuracaktır. Bu durumda menfi tespit kararı söz konusu olmayacaktır, zira talep bulunmamaktadır.

Kurul'un kararlarında önem arz eden bir husus ise, yan sınırlamaların, unsurları yönünden değerlendirilmesi ile beraber, RKHK m. 4'e aykırılığın bulunmadığına işaret edilmesidir. Nitekim, bu tür yan sınırlamalar, RKHK m. 4'e aykırılığın bulunmadığına dair tarafların bildirimine konu olmaktadır⁴¹¹.

3.3.5. Şarta Bağlı Menfi Tespit Belgesi Verilmesi

RKHK m. 13/1-b fıkrasında; karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde menfi tespit belgesinin geri alınabileceği düzenlenmektedir. Buradan çıkan sonuca göre Kurul menfi tespit belgesini şarta veya kayda bağlı olarak verebilecektir.

Kurul'un bir kararında, "... Hissedarlık Sözleşmesi'nin 7.1. ve 7.2. maddelerinde yer alan rekabet yasağının; şirket üzerindeki ortak kontrolün sona ermesi haline bağlı olacak şekilde tadil edilmesi şartıyla yan sınırlama sayılarak 7. madde çerçevesinde menfi tespit belgesi alabileceğine ... karar verilmiştir⁴¹²" denilerek şartlı izin verildiği görülmektedir.

Aynı şekilde Kurul başka bir kararında, "ortak girişimin kuruluş sözleşmesine ilave olarak akdedilmiş bulunan "Ege Liman İşletmeleri A.Ş. Hissedarlar Sözleşmesi'nin 12.2. maddesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hükmün, ortak kontrolün devamı yerine hissedarlığın devamı şartına bağlanmış olması sebebiyle, zorunlu ve makul olma sınırını aştığına, bu haliyle yan sınırlama sayılmasının mümkün olmadığına, anılan hükmün değiştirilerek, rekabet yasağının ortak kontrolün devam edeceği süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılabileceğine...karar vermiştir⁴¹³."

⁴¹¹ 24.10.2013 tarihli 13-59/823-348 sayılı Kurul kararı.

⁴¹² 23.02.2006 tarihli 06-14/171-43 sayılı Kurul kararı.

⁴¹³ 28.7.2005 tarihli 05-49/707-192 sayılı Kurul kararı.

3.3.6. Muafiyet Kararı

Yan sınırlamalar, RKHK m. 4 anlamında aynı zamanda birer anlaşma özelliğine sahiptir. Kanun koyucu, bazı durumların varlığı halinde, RKHK m. 4'te yer alan anlaşmaların yasaktan muaf olabileceğini düzenlemektedir. İzne tabi olmayan, birleşme ve devralmalara ilişkin yan sınırlamaların, anlaşmalara ilişkin muafiyet formu ile bildirimi gerekmektedir. Menfi tespit için, tarafların başvuru ve talebi aranırken, muafiyet kararı için böyle bir şarta yer verilmemektedir.

Kurul'un muafiyete ilişkin kararı RKHK m. 5'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

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

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

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

Görüldüğü üzere muafiyet kararı, söz konusu işlemin, yararlı olması⁴¹⁴, tüketicinin yararına olması, sınırlamanın zorunlu miktardan fazla olmaması, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartlarının hepsini taşıması halinde verilebilecektir⁴¹⁵.

Yararlı olma kıstası, somut olayda Kurul tarafından incelenmelidir. Kanun' da belirtildiği üzere anlaşma, muhakkak yeni ekonomik veya teknik gelişme ve iyileşmeler içermelidir. Diğer yandan tüketicinin de yararına olması gerekir.

⁴¹⁴ Bunu "ekonomik fayda" olarak nitelendirmek de mümkün. Bkz. İnan; Pikel, (2007), 50.

⁴¹⁵ Aslan, (2014), 117 vd.; Günay, (2014), 62.

Tüketicinin ürün ve hizmete ulaşımının kolaylaştırılması⁴¹⁶ bu konuda örnek verilebilir. Aynı şekilde sınırlama gerekli düzeyde ve makul ölçüde olmalıdır⁴¹⁷.

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır.

Kurul, ilgili hükümle birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarmaya da yetkili kılınmıştır.

Yine Rekabet Kurulu'nun, muafiyet kararını şarta bağlaması da mümkün olabilecektir. Bu durumda ise muafiyet kararı, şartın yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır (RKHK m. 5).

Rekabet Kurulu da buradan hareketle yan sınırlamalar hakkında muafiyet kararı verebilmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu yan sınırlamalar izne tabi olmayan birleşme ve devralmalara ilişkindir. Zira birleşme ve devralma işlemi izne tabi ise bu durumda Kurul'un izin, şartlı izin veya red kararlarından birisini vermesi gerekir.

Kurul her ne kadar, yan sınırlamalar hakkında bireysel muafiyet kararı veremekteyse de, burada RKHK m. 5'te yer alan unsurlara göre bir değerlendirme yapmamaktadır. Bunun yerine, isabet edilerek yan sınırlamaların kendi unsurları üzerinden bir incelemede bulunduğu görülmektedir⁴¹⁸. Ancak, bu durumda yan sınırlamaların bireysel muafiyet kararına konu olmasının uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır.

⁴¹⁶ Aslan, (2014), 118.

⁴¹⁷ Aslan, (2014), 118. Bunu "ölçülülük" şartı olarak da belirtmek mümkün. İnan; Pikel, (2007), 52.

⁴¹⁸ 28.08.2012 tarihli 12-42/1318-431 sayılı Kurul kararı.

Muafiyet kararları da, menfi tespit kararları gibi geri alınabilmektedir⁴¹⁹. Şayet olayda bir değişikliğin olması nedeniyle muafiyet kararı geri alınmaktaysa, bu durumda geri alma değişikliğin olduğu tarihten itibaren sonuç doğuracaktır. Şayet, yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilen bir muafiyet kararı söz konusuysa, bu durumda kararın verildiği tarihten itibaren geri alma kararı geçerli olacaktır. Nihayet muafiyet kararının verilmesinde teşebbüsün hilesi veya kastından bahsedilebiliyorsa, karar hiç alınmamış sayılacaktır(RKHK m. 13).

3.3.7. İdari Para Cezası

Rekabet Kurulu'nun kanunda aranan belli şartların meydana gelmesinden dolayı, ilgili teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine idari para cezası vermesi söz konusu olabilmektedir⁴²⁰. Yan sınırlamalara ilişkin anlaşmalarda da ilgili şartların bulunması halinde idari para cezaları gündeme gelecektir. RKHK m. 16'ya⁴²¹ göre bu şartlar;

⁴¹⁹ Bkz. 3.3.4. Menfi Tespit Belgesi Verilmesi.

⁴²⁰ Zira Rekabet Kurumu idari bir otorite olup idari işlem yapma yetkisine sahiptir. Koç, E. (2012). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul. *TBB Dergisi*, 2012, (98), 231-282, 235. Kanun koyucu, teşebbüsler için cezalar öngörerek, ihlalin sona ermesini veya ortaya çıkmasını engellemeyi amaç edinmektedir, buna genel caydırıcılık denilmektedir. Bir de yeniden ihlalde bulunulmaması amacıyla cezalandırma söz konusu olur ki, bu da özel caydırıcılık olarak nitelendirilir. Günay, (2014), 172.

⁴²¹ Değiştirilen Maddenin Eski Şekli:

Madde 16- Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine;

a) Muafiyet, menfi tespit ve birleşme veya devralma için izin başvurusu ile bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan anlaşmalara ilişkin bildirim ve başvurularda yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi halinde yüz milyon lira,
b) Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde (Ek ibare: 02.07.2005-5388/2.Md) hiç bilgi verilmemesi, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde yüz milyon lira,
c) (Değişik ibare: 02.07.2005-5388/2.Md) İzne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde elli milyon lira,
d) Bu Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulun verdiği muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde altmış milyon lira,
Para cezası verir.

Bu Kanunun 4 üncü ve 6'ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safî gelirin yüzde onuna kadar para cezası verilir.

Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır.

a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,

b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,

c) 14 ve 15. maddelerin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,

d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması⁴²², şeklindedir⁴²³.

RKHK'nin 4, 6 ve 7' nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.

Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır. Süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmemeleri durumunda Kurulun vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz.

⁴²² "...4054 Sayılı Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da, bilgi ve belgelerin verilmesinin reddedildiği tarih itibarıyla adı geçen teşebbüsün Yönetim Kurulu'nda görev yapan A. K., M. S. G. ve N. K.'ya ayrı ayrı ve teşebbüse verilen cezanın takdiren % 5'i oranında olmak üzere 171,60-TL idari para cezası verildiğinin anlaşıldığı; bu durumda, 4054 Sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 15. maddesinde, Kurum raporörlerinin istediği bilgilerin, yazılı olarak istenmesi gerektiği yolunda herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi uyumsuzluk konusu olayda, istenen bilgilerin şirket merkezinden faks yoluyla gönderilebilecek nitelikte oldukları saptandığından ve şirkete verilen ceza Dairelerinin 19.10.2010 tarihli E:2007/14587, K:2010/7123 Sayılı kararı ile hukuka uygun bulunduğu, yerinde inceleme sırasında istenen bilgi ve belgelerin raporörlere sunulmaması sebebiyle şirket yöneticisi olan davacı hakkında idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekisiyle davanın reddine karar verilmiştir." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2011/117, K. 2014/1779, T. 22.4.2014 (KAZANCI İBB).

⁴²³ Kurul; (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz. Bu fıkranın (b) bendine göre idarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların herbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.

Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17'nci⁴²⁴ maddesinin ikinci fıkrası gereğince, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları gözönünde bulunduracaktır⁴²⁵.

⁴²⁴ Değiştirilen Maddenin Eski Şekli:

Madde 17- Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine kararda belirtilecek tarihten başlamak üzere her gün için;

- a) 9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde elli milyon lira,
- b) 11 inci maddenin (b) bendinde öngörülen Kurul kararlarının ve tedbirlerinin yerine getirilmemesi halinde yirmibeş milyon lira,
- c) 13 üncü maddenin birinci fıkrasına göre yasaklanan davranışların yapılması halinde yirmibeş milyon lira,
- d) 15 inci madde uyarınca Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi halinde yirmi milyon lira,

Sürelî para cezası verir.

8Kaldırılan Maddenin Eski Şekli:

Bu Kanunda düzenlenen her türlü para cezası idarî nitelikte para cezasıdır. Para cezası veya sürelî para cezası bu Kanuna aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı uygulanır.

Sürelî para cezası verilmesine ilişkin karara karşı yargı yoluna başvurulması halinde, sürelî para cezası konusunda yürütmeyi durdurma kararı verildiği takdirde yargıya başvurma tarihinden itibaren sürelî para cezası uygulanmaz.

Kaldırılan Maddenin Eski Şekli:

Kurulun para cezası ve sürelî para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir:

- a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl,
- b) Diğer hallerde beş yıl.

Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar.

Bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser.

Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser.

⁴²⁵ Madde 17,

Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16'ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı almak kaydıyla,

- a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması,
- b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,
- c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi,

durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlölöklere uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlölök getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.

Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği yapan⁴²⁶ teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir hükmüne de yer verilmektedir⁴²⁷. Bu hüküm ceza hukukundaki etkin pişmanlık hükümlerine benzer niteliktedir. İhlalin deşifre edilmesine yönelik teşebbüslerin teşvikine yöneliktir⁴²⁸.

Rekabet Kurulu tarafından, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik çıkarmıştır. Bu yönetmelik ile RKHK m. 4 ve 6 ile yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanunun 16'ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlenmektedir. Bu yönetmeliğin 5'inci maddesinde, kanundan ayrı olarak temel para cezasının hesaplanmasına ilişkin usul düzenlenmiştir. Buna göre, teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerine göre hesap yapılacaktır.

4054 sayılı Kanun'da ödemenin yapılması gereken süre hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, 6183 sayılı 37'nci maddesine göre, usulünce yapılan tebliğden itibaren bir ay içerisinde idari para cezasının ödenmesi gerekmektedir⁴²⁹.

⁴²⁶ "...4054 Sayılı Kanunun 4 ve 6 maddelerini ihlal ettiği sabit olan davacı şirketin, hakkında yürütülen soruşturmaya dair nihai kararın verilmesini beklemeden yaptığı değişiklikler ve düzenlemeler sonucunda ihlale son vermesinin ve soruşturma heyeti ile sürdürdüğü iyi niyetli işbirliği ve soruşturma raporunda yer verilen beyan ve taahhütlerinin hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulması sonucu, aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ihlalin 2004 yılında da devam ettiği dikkate alınarak 2003 yılı net satışlarının %1 (yüzde bir)'i oranında olmak üzere idari para cezası ile cezalandırılmasına dair davaya konu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2011/634, K. 2014/1563, T. 16.4.2014 (KAZANCI İBB).

⁴²⁷ ABD Hukuku'nda, ayrıca kişiler için hapis cezaları da öngörülmektedir. Güven, (2009), 374.

⁴²⁸ Bkz. 16. madde gerekçesi.

⁴²⁹ Aslan, (2014), 361.

5236 sayılı Kabahatler Kanunu m. 17/6 gereğince, idari para cezasına muhatap olan kişi, kanun yoluna başvurmadan önce ödeme yoluna giderek, yalnızca cezanın dörtte üçünden mesul olacaktır. Ayrıca bu durum kanun yoluna başvurma hakkını da zedelemeyecektir.

5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nda idari para cezasına muhatap olan kişilere bir kolaylık da tanınmakta, taksitlendirme fırsatı verilmektedir. Buna göre; kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, ilk taksitin peşin ödenmesi koşuluyla, cezanın bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine de karar verilebilecektir. Ancak, taksitlerin zamanında ödenmemesi durumunda veya taksitin tam ödenmemesi halinde idarî para cezasının kalan kısmının tamamının istenmesi söz konusu olacaktır.

İdari para cezalarına ilişkin zamanaşımı süresi, Kanun'da 19. madde ile⁴³⁰, "Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı" başlığı altında düzenlenmekte ve buna göre, ihlalin meydana geldiği günden başlayarak 5 yıl olarak belirlenmişti. Bu hükmün Kanun'dan çıkarılması sonucu, Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı kabul edilmektedir⁴³¹.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, "soruşturma zamanaşımı" başlıklı 20. maddesine göre, soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına hükmedilemeyecektir. Zamanaşımının başlama süresi ise bu maddede, kabahate ilişkin fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. İdari para cezalarına ilişkin zamanaşımı süresi, m. 20'de 8 yıl olarak düzenlenmektedir. Ancak, işlenen fiilin aynı zamanda suç oluşturmaları halinde suça ilişkin dava zamanaşımı uygulanacaktır.

⁴³⁰ Mülga: 23.1.2008-5728/578. Md.

⁴³¹ Aslan, (2014), 278; Günay, (2014), 176; Güven, (2009), 385. "Davaya konu olaydan ve dava tarihinden önce yürürlüğe giren 30.3.2005 tarih ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "idari yaptırım" gerektiren eylemlerin "kabahat" niteliğindeki suçlar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunun 16. maddesinde ise "idari para cezası" idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20/4. maddesinde ise "nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl" olarak belirlenmiştir... Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu 6.6.2008 tarih ile bu davaya esas 29.10.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır." Yargıtay 11. H. D. E. 2014/13296, K. 2015/4424, T. 30.03.2015 (Kazancı İBB).

3.5. YAN SINIRLAMALARIN, REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDAN AYRILMASI

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, yukarıda ele aldığımız üzere yan sınırlamaları kapsayan ve dolayısıyla yan sınırlamalarla bağlantılı olan bir konudur. Rekabet hukuku anlamında, yan sınırlamalar da birer anlaşma sayılmaktadır. Ancak bununla beraber bir anlaşma, yan sınırlama olarak şayet kabul edilmezse m. 4 hükmüne göre rekabete aykırı anlaşma olarak değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir⁴³².

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, RKHK m. 4 hükmü ile yasaklanmaktadır. Buna göre, bir mal veya hizmet piyasasında, doğrudan ya da dolaylı olarak, rekabeti engelleme, bozma, kısıtlama amacı taşıyan veya böyle bir etki doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırıdır. Bu hükümden yola çıkarak rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları tanımlamak mümkündür. m. 4'e göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" olarak tanımlanmaktadır.

Kanunun tercih ettiği "anlaşma" kavramı, her türlü uzlaşmayı kastetmede kullanılmaktadır⁴³³. Bu manada yan sınırlamaların da, Rekabet Hukuku anlamında anlaşma kapsamında olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yan sınırlama ile rekabeti sınırlayıcı anlaşma hukuka aykırılık yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar RKHK m. 4 hükmünce hukuka aykırı oldukları halde, yan sınırlamalar birleşme ve devralma işlemi ile beraber hukuka uygun kabul edilebilmektedirler. Dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar RKHK m. 9 gereğince ihlale son verme yaptırımına tabidir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, RKHK m. 56 gereğince, geçersiz olup, bu anlaşmadan doğan edimlerin ifası istenemezken, yan sınırlamalardan doğan edimin

⁴³² Bu anlamda, RKHK m. 4 hükmüne göre incelenen anlaşmalar, rekabeti doğrudan sınırlayan anlaşmalardır. Yan sınırlamalar ise RKHK m. 4 hükmü dışındaki rekabeti ikinci dereceden sınırlayan anlaşmalardır. Akıncı, (2001), 46, 47.

⁴³³ Aslan, (2007), 142; Günay(2014), 50.

ifası istenebilecektir. Ayrıca, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardan zarar görenlerin zararını da RKHK m. 57 hükmünce karşılamak durumundadırlar.

Diğer yandan yan sınırlamalar birleşme ve devralma işlemiyle ilişkili olarak ortaya çıkabilir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ise bir birleşme veya devralma işleminden bağımsız olarak da ortaya çıkabilirler. Diğer bir deyimle, yan sınırlamalar yan edim yükümlülüğü niteliğindeyken, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda bu tür bir nitelik aranmayacaktır.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, yan sınırlamaları kapsayıcı niteliktedir. Zira yan sınırlamalar da RKHK m. 4'de belirtildiği üzere, rekabeti engelleyici, bozucu, kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmalardandır. Ancak doğrudan ilgili olma, gereklilik, makul olma şartlarını taşıması nedeniyle hukuka uygun kabul edilmektedir. RKHK m. 4 'de yer alan anlaşmalar ise m.5'teki şartları taşııyorsa per se hukuka aykırıdır.

Kurul bir kararında, “başvuru konusu işleme bakılacak olursa; ortak girişim işlemindeki yan sınırlama boyutlarını aştığı için, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine aykırılık taşıdığı anlaşılan rekabet yasakları, 5. madde kapsamında muafiyet incelemesine tabi tutulabilir. Esasen, inceleme konusu işlemde, taraflardan Jantsa’ya getirilen, tüm Dünya’daki jant ticaretine yönelik, ortak girişimdeki hissedarlık bittikten sonra iki yıl daha sürecek rekabet yasaklarının tüketiciye bir faydası bulunmamakta; bilakis pazarın Türkiye’deki triopol yapısı göz önüne alınırsa önemli zararlar doğurması muhtemel gözükmemektedir. Ayrıca, Ortak Girişimin sağlayacağı gelişmelere nazaran, öngörülen rekabet kısıtlamalarının orantılı olmadığı değerlendirilmektedir⁴³⁴.”

Yine kurul tarafından; “...işlemle doğrudan ilgili ve gerekli bir yan sınırlama niteliğinde olmadığı, imzalanması planlanan söz konusu anlaşmaların Kanun’un 4. maddesi anlamında teşebbüsler arası anlaşma niteliğinde olabileceği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda mevcut başvurunun; ortak girişim şirketi kurulduktan sonra, işlemin tarafları ile ortak girişim şirketi arasında imzalanacak yan

⁴³⁴ 21.12.2011 tarihli 11-62/1632-569 sayılı Kurul kararı.

sözleşmeler imzalandıktan sonra muafiyet değerlendirmesi için Kurumumuza başvurulabileceği şeklindeki karar doğrultusunda yapıldığı ifade edilmiştir⁴³⁵.”

3.4. İZNE TABİ OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARA İLİŞKİN YAN SINIRLAMALAR

Rekabet Kurulu yan sınırlamaları, bağlı olduğu birleşme ve devralma işlemleri ile beraber incelemektedir. Bundan dolayı, izin alınması gereken birleşme ve devralma işlemi ile izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemleri farklılık göstermektedir. Zira izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinde, yan sınırlamalar da Kurul’un incelemesine tabi tutulmaktadır. Ancak izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde yan sınırlamaların bildirimi RKHK m. 4 kapsamında yapılmaktadır. Elbette burada bildirim usulü bakımından bir farklılık olup yine de yan sınırlamanın bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır.

İzne tabi birleşme ve devralma işlemleri RKHK m. 11 hükmünce bildirimi zorunlu olduğu halde izne tabi olmayan birleşme ve devralmaların bildirimi gerekmemektedir ve hukuka aykırılığı da bulunmamaktadır.

Esas olan ise yan sınırlamanın gerekli şartları taşıyıp taşımadığıdır. Nitekim, birleşme ve devralma ile doğrudan ilgili, birleşme ve devralma işleminin yapılması için gerekli, makul bir sınırlama ise yan sınırlamadan bahsedilebilecektir. Bu durumda yan sınırlama içeren birleşme ve devralma anlaşması için isteğe bağlı olarak muafiyet talep edilebilecektir. Alternatif olarak yan sınırlamanın yer aldığı anlaşmanın tarafları, her zaman RKHK m. 8 hükmünce yaptıkları anlaşmanın hukuka uygun olduğunu gösteren bir menfi tespit belgesi verilmesini de Kurul’dan talep edebilirler. Ancak yan sınırlamanın gerekli şartları taşıyamaması halinde RKHK m. 4 hükmündeki yasaklama devreye girecektir.

İzne tabi olmayan bir birleşme ve devralma işlemi barındırdığı yan sınırlama anlaşmasıyla beraber Kurul’a bildirilmiş olabilir. Bu durumda Kurul izne gerek olmadığına karar verecektir. Ancak izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde yan sınırlamalara şarta bağlı izin verilmesi de söz konusu olabilecektir.

⁴³⁵ 14.09.2011 tarihli 11-47/1167-413 sayılı Kurul kararı.

Bu konuda da izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinde görülen yan sınırlamalardan farklılık göstermemektedir.

Ancak yan sınırlamanın gerekli şartları taşımaması durumunda artık Kurul yasaklama yoluna giderek m. 9 gereğince ihlale son verme kararı veya uygun nitelikteyse m. 5 gereği muafiyet kararı verebilecektir.

3.6. YAN SINIRLAMA KARARLARINA KARŞI GİDİLEBİLECEK YARGI YOLLARI

İdari yaptırım kararlarına karşı Ankara idare mahkemesinde dava açılabilir. Daha sonra Danıştay'a temyiz başvurusu yapılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması durumunda kararların uygulanması ve idarî para cezalarının takip ve tahsili ise kesintiye uğramayacaktır (RKHK m. 55).

Burada Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamalara ilişkin açtığı dava, idari davalardan iptal davası türünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte süreye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu kararlarına karşı gidilecek yollarda süre olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na müracaat edilmesi gerekmektedir⁴³⁶. Zira İYUK m. 7'ye göre, dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış gün olarak kabul edilecektir. Bu süre ise, RKHK m. 54'te düzenlendiği üzere, gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. Ancak Rekabet Kurulu'nun süresi içinde bildirimde bulunmayarak ret etmesi durumunda ortada bir tebliğden bahsedilemeyecektir. Bu halde ise, ret edilmiş sayılan süreden itibaren 60 gün içerisinde bu karara karşı yargı yoluna gidilmesi gerekecektir. Yine davanın idare mahkemelerinde görülmesi sebebiyle, davanın işleyişine dair her türlü usul de İYUK' da yer alan düzenlemelere göre yürütülecektir⁴³⁷.

Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamalara ilişkin verdiği kararlarına karşı açılacak davada, aleyhine karar verilen teşebbüsler davacı olabilirken, davalı tarafı ise Rekabet Kurumu oluşturacaktır. Ancak, zımni olarak ret kararı verilmesi söz konusu

⁴³⁶ Aslan, (2014), 358; Güven, (2009), 389.

⁴³⁷ Aslan, (2014), 359.

ise bu durumda davalı taraf Rekabet Kurumu Başkanlığı olacaktır⁴³⁸. Burada usul ve esastan bir inceleme yapabilecektir⁴³⁹.

3.7. YAN SINIRLAMALARIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI

Genel olarak rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları, RKHK m. 56 ila 59' da düzenlenmektedir. m. 56, "Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukuki Niteliği; m. 57, "Tazminat"; m. 58, "Zararın Tazmini" ve nihayet m. 59, "İspat Yükü" başlıkları altında düzenlenmektedir. Nitekim RKHK maddelerinin ihlal edilmesi aynı zamanda özel hukuk bakımından da haksız fiil niteliğini taşımaktadır⁴⁴⁰.

Yan sınırlamalar ise, hukuka uygun olup bu düzenlemelere tabi değildir. Zira anlaşma kapsamında bildirim tabi tutulsa dahi muafiyet veya menfi tespite muhatap olunacağından yine hukuka uygun kabul edilmektedir. Dolayısıyla esasen yan sınırlamaların özel hukuktaki sonuçları için genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla özel hukuk hükümleri idare değil adli mahkemelerin yargılamasına tabi olarak sonuç doğuracaktır⁴⁴¹.

Yan sınırlamalar özü gereği hukuka uygun olup anlaşmanın tarafları edimin ifasını talep edebilecektir. Ancak, yan sınırlamaların unsurlarından birisini taşımayan veya makul olma yönünden belirli seviyeyi aşan nitelikteki anlaşmalar için farklı sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Zira RKHK m. 56'ya göre; kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma geçersizdir. Bu durumda aslında anlaşma kurulmuş ancak hukuk düzenince tarafların gerçekleştirmek istedikleri hukuki sonuç engellenmiştir⁴⁴². Yine burada geçersizlik hallerinden butlandan söz edilmesi gerekmektedir, zira burada kanuna ve dolayısıyla hukuka

⁴³⁸ Güven, (2009), 392.

⁴³⁹ Esas ve usul denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eğerci, A. (2005). *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 291 vd.

⁴⁴⁰ Ateş, (2013), 356; Topçuoğlu, (2001), 299. Bu konuda karşılaştırmalar için bkz. AKINCI, (2001), 328 vd.

⁴⁴¹ İnan; Piker, (2007), 103; Ateş, (2013), 356.

⁴⁴² Eren, (2015), 332.

aykırılık bulunduğundan söz edilebilir. Dolayısıyla herkes tarafından geçersizliği ileri sürülebilir⁴⁴³.

Nitekim, TBK m. 27'ye göre; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz kabul edilecektir. Bu türden batıl bir anlaşma ise hiçbir şekilde hukuki geçerlilik kazanamayacaktır⁴⁴⁴. Nihayet yan sınırlamanın unsurlarını taşımayan anlaşmaların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, m. 56 gereğince, bu anlaşmalardan doğan edimlerin ifası istenemeyecek, ifade bulunulmuşsa bunlar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceklerdir. Burada TBK m. 63 ve 64. maddelerine göndermede bulunulmuştur. Ancak yeni TBK'nın 79 ve 80. maddelerini anlamak gerekecektir. Bununla birlikte kısmi geçersizliğe ilişkin kısmın iadesi de buna göre geri ödenebilecektir⁴⁴⁵. Bunun yanı sıra m. 57'ye göre; hukuka aykırı bu anlaşmadan dolayı zarar görenlerin her türlü zararlarının tazmini aranacaktır⁴⁴⁶. Burada tazmin için dava edebilecek olanlar yalnızca rakipler değil müşterilerin de bu hakka sahip olduğu kabul edilmelidir⁴⁴⁷. Yan sınırlamalarda teşebbüslerin beraber ihlalde bulunduğu da gözönüne alınınca zarar görenlere karşı müteselsil sorumluluktan bahsedilmesi gerekecektir⁴⁴⁸. Ancak burada tazmini gereken zarar yalnızca maddi zarar değil, elde edilmesi muhtemel karı da kapsar⁴⁴⁹.

RKHK m. 58'e göre; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlandırmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin

⁴⁴³ Öz, G. A. (2000). *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 180.

⁴⁴⁴ Eren, (2015), 334.

⁴⁴⁵ Topçuoğlu, (2001), 297.

⁴⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sekmen, O. (2013). *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi. RKHK m. 57 gereğince maddi zararlar yanında manevi zararların da istenmesinin kabulü hükme uygun düşmektedir. Aslan, (2014), 297.

⁴⁴⁷ İnan; Piker, (2007), 105; Aslan, (2014), 295; Güven, (2009), 412; Topçuoğlu, (2001), 304.

⁴⁴⁸ İnan; Piker, (2007), 105; Aslan, (2014), 296.

⁴⁴⁹ İnan; Piker, (2007), 105; Aslan, (2014), 298. *GÜVEN*, yansıma yoluyla oluşan zararların RKHK hükümleri kapsamında tazmininin istenemeyeceği kanısında bkz. Güven, (2009), 425; Topçuoğlu, (2001), 303; Öz, (2000), 182; Yiğit, (2013), 294.

sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler ise bütün zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanacaktır. Ancak ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata karar verebilecektir⁴⁵⁰. Yine burada önleme ve durdurma davalarının ise uygulanamayacağını belirtmek gerekir⁴⁵¹.

Yan sınırlamaların makul seviyeyi aşan kısımları içinse kısmi butlan hali söz konusu olabilecektir⁴⁵². Kısmi butlanda ise geçerli olan kısımlarla sözleşmeyi ayakta tutmaya tarafların iradesi uygun olursa, sözleşme bu şekliyle uygulanabilecektir⁴⁵³. Kanımızca, makul seviyeyi aşan kısımlar için de RKHK m. 56 vd. maddeler uygulanabilmelidir. Örneğin, birleşme ve devralmalara ilişkin bir işlemde taraflar makul süreyi aşkın bir süre kararlaştırmış olabilirler. Bu halde, Rekabet Kurumu bu olayla ilgili şartlı izin verebilecektir. Ancak bildirimde bulunulmaması durumunda ve bu sınırlamaların uygulanması durumunda kısmi butlan devreye girmelidir. Bundan

⁴⁵⁰ “Her ne kadar ...zararını RKHK’nun 57 ve 58.maddeleri çerçevesinde kanıtlayamadığı mevcut bilirkişi raporları ile ortaya konulduğundan davanın reddine karar verilmiş ise de, RKHK’nun 58. maddesinde “rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle, rekabet sınırlandırmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlandırmasından etkilenen rakip teşebbüsler bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlandıran teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar geçmiş yıllara ait bilançolarda dikkate alınarak hesaplanır” hükmünü amirdir. Bu durumda mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek davacının geçmiş yıllara ait bilançoları, tüm ticari defter ve kayıtları üzerinde üç kişilik uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılıp iddia ve savunma da değerlendirilmek suretiyle alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 19. HD. E. 2007/7136 K. 2008/731 T. 4.2.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

GÜNAY, m. 58/2’de yer alan düzenlemenin, dava açılmasını teşvik, caydırıcılık amacını taşıdığını belirtmektedir. Bkz. Günay, (2014), 190; Sert, S. (2006). 4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat, *Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, İstanbul, 701-716, 714. ASLAN, bunu bir tür cezai tazminat olarak nitelendirmektedir. Bkz. Aslan, (2014), 295. Üç katına kadar tazminata karşı yapılan eleştiriler için bkz. YİĞİT, (2013), 266 vd.

⁴⁵¹ Akıncı, (2001), 390.

⁴⁵² ASLAN’a göre de, tüm birleşmenin geçersiz kabul edilmesi yerine ilgili hükmün geçersiz sayılması menfaatler dengesine ve taraf iradelerine üstünlük tanıma ilkesine daha uygundur. Bkz. Aslan, (2014), 292; Öz, (2000), 180.

⁴⁵³ Günay, (2014), 188; Aslan, (2014), 293.

dolayı, aşkın kısım için RKHK m. 56 vd. 'nın uygulamaya konulması yerinde olacaktır. Zararın ve hukuka aykırı anlaşmanın varlığını ispat yükü ise davacı taraftadır⁴⁵⁴. Nihayet, hukuk mahkemesi önüne gelen olayda tazminata hükmetmek için Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararın varlığını aramamalı ancak verilmiş bir karar varsa bunu delil olarak değerlendirebilmelidir⁴⁵⁵.

Yine burada muafiyet kararına konu olan yan sınırlamalar için bahsedilmesi gereken başka bir durum daha söz konusu olmaktadır. Muafiyete konu olan yan sınırlamalar, askıda geçersizlik durumuyla karşılaşmaktadır, şayet muafiyet geri alınacak olursa bu durumda da tekrar geçersiz olmasından bahsedilebilecektir⁴⁵⁶.

Gerekli unsurları taşıyan yan sınırlamalar ise hukuka aykırılık taşımayıp genel hükümler gereğince edimlerin ifası talep edilebilecektir. Burada yan sınırlamalar, özel hukuktaki hukuka uygun herhangi bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır. Zira yan sınırlama sözleşmeleri karşılıklı edim doğuran niteliktedir. Dolayısıyla edimin yerine getirilmemesi halinde borçlar hukuku genel hükümlerine başvurulması mümkündür. Yan sınırlama anlaşmasının tarafları arasında karşılık irade beyanlarıyla kurulan bir sözleşme söz konusudur(TBK m. 1). Yine adli mahkemelerden talepte bulunulması söz konusu olacaktır. TBK m. 112 vd. hükümleri burada devreye sokulabilir. Buna göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe borçlu, alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür.

⁴⁵⁴ İnan; Piker, (2007), 106.

⁴⁵⁵ İnan; Piker, (2007), 107. ASLAN'a göre, kesinleşmemiş Rekabet Kurulu kararları mahkemeyi etkilememeli ancak mahkeme dilerse kesinleşmesini bekleyebilmelidir. Bkz. Aslan, (2014), 305. Aynı yönde Güven, (2009), 439; Eğerci, (2005), 258 vd. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yiğit, (2013), 334 vd.; Öz, (2000), 188 vd. AB Hukuku'nda ise, ulusal mahkemeler Komisyon kararları ile bağlı olup ya buna uyacaktır ya da Avrupa Adalet Mahkemesi'ne dava açabilecektir. Yiğit, (2013), 340, 341. "Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu'na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu'nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için bekletici mesele yapılması gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilerek, Rekabet Kurulu Kararı'na konu itirazın sonucu beklenerek, neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. H. D. E. 2015/5134, K. 2016/2543, T. 8.3.2016 (Kazancı İBB).

⁴⁵⁶ Günay, (2014), 188.

Nitekim yan sınırlama anlaşmaları gözönünde tutulduğunda, rekabet yasağı anlaşması yönünden kusursuzluğun ileri sürülemeyeceğini söylemek mümkündür. Alım ve tedarik açısından ise bunun aksi söylenebilir.

Edimin yan sınırlama anlaşmasındaki borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde alacaklı zararının giderilmesini istemelidir. Ancak TBK m. 136 gereğince, borcun ifası borçluya yüklenemeyecek sebeplerle imkansız olursa borç sona erecektir, yani borçlu borcundan kurtulacaktır. Ve dolayısıyla karşı taraftan aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerince verme borcu altına girecektir. Yine imkansızlığı hemen alacaklıya bildirmelidir, aksi tutum söz konusu olduğunda doğan zarardan sorumlu olacaktır(TBK m. 136).

Yan sınırlama anlaşmasına ilişkin edim, şayet imkansız olursa bu durumda, birleşme ve devralma işleminin yapılması anlamını yitireceği için borcun tamamı da sona erecektir(TBK m. 137).



SONUÇ

Amerika ve İngiltere içtihat hukuku ile beraber ortaya çıkan yan sınırlamalar sınırlayıcı bir anlaşma olmasına rağmen tarihi süreçle beraber hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Amerika’da, yan sınırlamalar, hukuka aykırı değerlendirilmeyerek, rule of reason analizi ile uygulamada tespiti yoluna gidilmiştir. Sonrasında, AB hukukunda da, rule of reason benzeri bir yolla inceleme yoluna başvurulmuştur. Türk doktrini, bu sınırlamaları yan edim niteliğinde kabul ederek “yan sınırlama” terimi ile ifade etmektedir. Ancak uygulamada yan sınırlamaların unsurlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira Rekabet Kurulu, karşısına gelen olaylarda yan sınırlamanın bulunup bulunmadığını bu unsurlara bakarak anlayabilecektir.

Yan sınırlamaların unsurlarını ise doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma şeklinde üç başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre Rekabet Kurulu sıralamayı da takip ederek bir karara varmalıdır. Öncelikle sınırlamanın bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan bağlantısının olduğuna, sonra bunun gerekli yani başka bir yolla veya daha az maliyetle elde edilip edilemeyeceğine, en nihayetinde ise makul düzeyde sınırlayıcı olup olmadığına bakılması gerekir. Doğrudan ilgili olma unsurunun doğru tespiti içinse şu üç kıstas gözönünde bulundurulmalıdır: Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı, birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması, sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması. Gerekli olma unsuruna göre ise sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak olmalı, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Bu iki unsurun belirlenmesi uygulama açısından pek sorun teşkil etmeye elverişli değilse de daha çok makul olma unsurunun önem taşıdığını söyleyebiliriz. Zira makul olma konu, kapsam, kişi ve süreyi de kapsamaktadır ve ihlale de elverişlidir. Yan sınırlamaların makul olmaması halinde Kurul aşkın kısımları belirterek karar vermek durumundadır. Zira aşkın kısımlar için yan sınırlama niteliğinden de bahsedilemeyecektir. Diğer kısımlar için ise hukuka uygunluk söz konusu olacaktır.

Yan sınırlamalar rekabet hukukunda ortaya çıkan bir anlaşma niteliğine sahip olmakla beraber aynı zamanda da borçlar hukuku anlamında da sözleşme niteliğine sahiptir. Dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasının tarafı olan ilgili teşebbüsler, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararların muhatabı olduğu gibi bir yandan da adli mahkeme kararlarına da muhatap olabilmektedir. Zira yan sınırlamalar, hukuka uygun olup ve RKHK m. 56 devamınca özel hukukta sonuçlar doğurabilmektedir.

Yan sınırlamalara ilişkin Tebliğ'de düzenleme bulunsa dahi bildirimine ilişkin ne yapılacağı ise belirsizdir. Zira anlaşmalar gibi bildirilen yan sınırlamaların izne tabi olmayan birleşme ve devralmalara ilişkin yapılmasında ayrı bir bildirim şekli öngörülmesi uygun olacaktır.

Yan sınırlamaların AB Duyurusu da gözden geçirilerek daha kapsamlı ele alınmasının gerektiği kanısındayız. Zira ne Tebliğ ne Kılavuz yan sınırlamalar için yeterli bir kapsamda değildir. Uygulamada yan sınırlamaların rekabet etmeme anlaşmasının dışında diğer türlerinin de işler halde olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla bunların da Kılavuz'da gözönünde bulundurulması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, A. (2001). *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Alpay, M. O. (2004). *Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Antalya, G. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Arbek, Ö. (2005). *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ardıç, İ. Y. (2004). *Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Arı, Z. (2002). Rekabet hukukunda De Minimis Kuralı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 21(4), 69-97.
- Aslan, İ. Y. (2004). *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar Teori ve Uygulama*. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Aslan, İ. Y. (2014). *Rekabet Hukuku Dersleri* (Dördüncü Baskı). İstanbul: Ekin Yayınevi.
- Aslan, İ. Y. (2007). *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat* (Dördüncü Baskı). Bursa: Ekin Yayınevi.
- Ata, Ç. D. (2009). *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Ateş, M. (2013). *Rekabet Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ateş, M. (2014). Rekabet Hukukundaki “Anlaşma” Ve Borçlar Hukukundaki “Sözleşme” Kavramları Üzerine. *FMR*, (1),84-92.
- Aydemir, S. (2005). *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Aydoğan, F. (2005). *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Badur, E. (2001). *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar(Uyumlu Eylem ve Kararlar)*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Bafra, E. (2009). *Rekabet Hukuku Açısından Banka Birleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Baş, M. (2001). Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu, *FMR*, (2), 79-88.
- Calvani, T. (2001). Some Thoughts On The Rule Of Reason. *E.C.L.R.*, (6), 201-207.
- Can, M. Ç. (2016). Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 27-64.
- Can, O. (2014). Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi. *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 69-89.
- Claire, T. (1991). Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act. *Duquesne Law Review*, (29), 291-311.
- Cook, C. J., Kerse C. S. (1996). *E. C. Merger Control*. London: Sweet & Maxwell.
- Çolak, M. (2006). *Şirket Birleşmeleri ve Rekabete Etkileri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş.
- Diaz, F. E. G. (1995). Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law. *Fordham International Law Journal*, 19(3), 951-998.
- Eğerci, A. (2005). *Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Ekdi, B. (2009). *Hakim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Erbay, İ. (2002). *Know-How Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Erdem, E. (2007). Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar. *Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler*, İstanbul, 69-109.
- Erdem, E. (2004). Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar. *Perşembe Konferansları*, Ankara, 115-156.
- Erdem, E. (2003). *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ondokuzuncu Baskı). Ankara: Yetkin yayınları.
- Esin, A. (1998). *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları.
- Esin, İ. G., LOKMANHEKİM, S. T. (2003). *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Fine, F. L. (1994). *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC* (Second Edition). London: Graham and Trotman Ltd.

- Goyder, D. G. (2003). *EC Competition Law* (Fourth Edition). Oxford University Press.
- Göktürk, K. (2013). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci Ve Bazı Sorunlar. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 631-662.
- Güçer, S. (2005). *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Gülergün, E. C. (2003). *Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Günay, İ. C. (2014). *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güngördü, A. (2003). *AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları
- Güven, P. (2009). *Rekabet Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güven, P. (2002). *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Güzel, O. (2003). *Rekabet Hukuku'nda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Harrison, J. L.(1982). Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping with Maricopa County. *U. Ill. L. Rev.* 925, 925-949.
- Hawk, B. E., Huser, H. L. (1996). *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*.
- Ilıcak, A. (2003). *Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- İkizler, M. (2005). *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İnan, N., Piker, M. B. (2007). *Rekabet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları.
- Kara, M. S. (2000). *Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Kattan, J. Balter, D. A. (1993). Analyzing Joint Ventures' Ancillary Restraints. *ANTITRUST L.J.*, 8(1), 13-18.
- Kaya, M. İ. (2014). *Acentelik Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayar, M. A. (2003). *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısında Bir Değerlendirme*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

- Kayıhan, L. (2003). *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. (2007). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Dokuzuncu Baskı), Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kısa, S. U. (2004). *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, İstanbul: Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst.
- Koç, E. (2012). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul. *TBB Dergisi*, 2012, (98), 231-282.
- Korkmaz, T. K. (2009). *Bankacılık Sektöründe Birleşme ve Rekabet*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Louis, M. B. (1980). Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?. *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 1980, 879-916.
- Öz, G. A. (2000). *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara:
- Öz, K. Oğuzman, T. (2010). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Sekizinci Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özdemir, S. O. (2002). *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Özkan, A. F. (2009). Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları. *Rekabet Dergisi*, 10 (3), s.115-209.
- Pınar, H. (2014). Rekabet Hukuku İle Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi. *Rekabet Dergisi*, 15 (2), 59-87.
- Roberts, R. G. (1988). Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints, *Southern California Law Review*, 61(4) , 988-1016.
- Rodger, B. J., Macculloch, A. (2001). *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, (Second Edition), London and New York: Routledge-Cavendish.
- Sanlı, K. C. (2000). *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Sarıkamış, C. (2003). *Şirket Birleşmeleri*. İstanbul: Avcıol Basım Yayın.

- Sert, S. (2006). 4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat, *Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, İstanbul, 701-716.
- Sekmen, O. (2013). *Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Solmaz, E. (2010). *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Soyer, M. P. (1994). *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Şahin, A. H. (2010). *Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (2000). *AB Hukuku*, B. 2, İstanbul: Beta Yayınları.
- Tokatlı, A. (2010). *Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Tomur, K. (2004). *Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Topçuoğlu, M. (2001). Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), 129-165.
- Türk Dil Kurumu. (2011). *Türkçe Sözlük* (11. Baskı). Ankara: TDK.
- Ulu, H. (2004). *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Varol, N. (2010). *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Yavuz, Ş. (2003). *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per Se" Veya "Rule Of Reason"*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Yiğit, İ. (2013). *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Yüksel, O. Y. (2004). *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

İnternet kaynakları,

İnternet: Jebelli, K. H.. EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1). URL:http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318.
<http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2>

Fsol3%2Fpapers.cfm%3Fabstract_id%3D2166318&date=2016-10-04, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016.

İnternet: Scott, Paul. Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints. URL:<http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>.
04.<http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fwww.nzlii.org%2Ffnz%2Fjournals%2FCanterLawRw%2F1999%2F9.html&date=2016-10-04>, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016.

İnternet: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı. URL:<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf>.
<http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Fwww2.tbmm.gov.tr%2Fd24%2F1%2F1-0882.pdf&date=2016-10-04>, Son Erişim Tarihi: 04.10.2016.

İnternet: Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations. . 2016-10-04. URL:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:EN:PDF>.
<http://www.webcitation.org/query?url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLexUriServ%2FLexUriServ.do%3Furi%3DOJ%3AC%3A2005%3A056%3A0024%3A0031%3AEN%3APDF&date=2016-10-04> Son Erişim Tarihi : 04.10.2016.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ÖZŞAHİN, Ahmet Baybars
Uyruğu : T. C. Vatandaşı
Doğum tarihi ve yeri : 20.10.1988 Keçiören/ANKARA
Medeni hali : Bekar
Telefon : 0532 174 25 60
e-mail : baybarsozsahin@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Lisans	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010
Lise	Cumhuriyet Anadolu Lisesi	2005

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2012	Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce, Almanca.

Yayınlar

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 3, Temmuz 2016, “Yan Sınırlama Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği ve Unsurları”.

Hobiler

Masa tenisi, satranç, yüzme, araştırma yapma, saz çalma, şiir yazma.



GAZİ GELECEKTİR..

