

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE
DEVRALMALARDA (YOĞUNLAŞMALARDA)
YAN SINIRLAMALAR

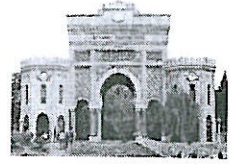
ALİ HAMZA ŞAHİN
NO: 2501070881

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ABUZER KENDİGELEN

İSTANBUL 2010



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501070392** numaralı **ALİ HAMZA ŞAHİN**'in hazırladığı **“TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR”** konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA-TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **26.10.2010 SALI** günü saat **14.00**'de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin*Kabul*.....'ne* ~~OYBİRLİĞİ~~/**OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF.DR.ABUZER KENDİGELEN	<i>Kabul</i>	<i>Akay</i>
PROF.DR.ARSLAN KAYA	<i>Düzeltilme</i>	<i>Akay</i>
Doç.DR.FÜSUN NOMER ERTAN	<i>Düzeltilme</i>	<i>H. F. Nomer</i>
DOÇ.DR.SAVAŞ AKDEL <i>BOZBAĞ</i>	<i>Kabul</i>	<i>S. Bozbağ</i>
YRD.DOÇ.DR.ALİ PASLI	<i>Kabul</i>	<i>Paslı</i>

ÖZET

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde rekabet hukuku anlamında birleşme ve devralmalar (yoğunlaşmalar) incelenmiştir. Bu bölümde, hangi hallerin birleşme ve devralma sayıldığı ve birleşme ve devralmaların şartları açıklanmaya çalışılmıştır. Tezimizin ikinci bölümünde ise yan sınırlama kavramı işlenmiştir. Bu bölümde de yan sınırlamaların niteliği, kapsamı, şartları ve uygulamada görülen yan sınırlama şekilleri ortaya konulmuştur. Üçüncü bölümde ise Rekabet Kurulunun yan sınırlamaları nasıl değerlendirdiği ve yan sınırlamalar hakkında Kurul tarafından nasıl kararlar verildiği izah edilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Our thesis consists of three parts. In the first part, mergers and acquisitions (concentrations) are examined in the Competition Law context. In this part, it is tried to explain which situations are considered merger and acquisition and their conditions. In the second part of the thesis, the notion of ancillary restraint is discussed. In this part, the quality, the scope and the conditions of the ancillary restraints and the types of ancillary restraint which are experienced in the practice are introduced. In the third part, it is tried to explain how The Competition Board evaluates ancillary restraints and what kind of decisions are made about ancillary restraints by The Board.

ÖNSÖZ

Rekabet, insan faaliyetlerinin her türünde görülmekte ve bu faaliyetlerden birisi olan ekonomik faaliyetlerde de önemli bir yer tutmaktadır. Sağlıklı bir rekabet ortamı; ekonomide, verimlilik ve teknik gelişme gibi, sosyal hayatta da paylaşım ve tüketicilerin korunması gibi katkıları nedeniyle sosyal refah için önemli bir araçtır. Nihayet rekabet hukuku da sağlıklı bir rekabet sisteminin oluşmasını sağlamaya çalışmaktadır. Ancak rekabet hukuku piyasada etkin rekabeti sağlamaya çalışırken ticari hayatın gereklerini de göz ardı edemez. Bunun sonucunda da rekabeti kısıtlayıcı bazı durumlar mazur görülebilmektedir. Bu durumlardan birisi olan, bir taraftan rekabeti kısıtlayıcı olmasına rağmen diğer taraftan da amaçlanan işlemin gerçekleşmesi bakımından hayati önemi haiz yan sınırlamalar tezimizin konusudur.

Rekabet hukuku kavramları klasik hukuk kavramlarına benzemekle birlikte, onlardan çok daha farklı anlamlar taşıyabilmektedirler. Yine rekabet hukuku yeni oluşan bir hukuk disiplini ve Türkiye’de, 1994’te RKHK’nın yürürlüğe girmesiyle gelişmeye başlamıştır. Farklı anlamlar taşıyan kavramları ve yeni gelişmekte olan bilim dalı olması gibi iki handikap nedeniyle rekabet hukuku üzerine çalışmak zor gibi gözükse de, bu zorluklar, çalışırken bana ayrı bir şevk ve heyecan vermiştir.

Çalışmamızın amacı; niteliği, unsurları ve şartları ortaya konulmuş derli toplu bir yan sınırlamalar teorisi ortaya koymaktır. Yan sınırlamalar, bir yoğunlaşma işlemi içerisinde, yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için gerekli, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi ile orantılı ve sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olan sınırlamalardır. Yeni gelişmekte olan bir disiplin içerisinde temel başlıklardan olmayan yan sınırlamalar konusu üzerine Türkiye ve dünyada bağımsız makale niteliğindeki çalışmalar haricinde çok kaynak bulunmamaktadır. Bunun için çalışmada yan sınırlamaların nitelendirilmesinde Amerikan antitröst ve AB rekabet hukuku ve doktrininden, uygulamaya yönelik görünüş şekillerinde ise Rekabet Kurulu kararlarından yararlanılmıştır. Bu kararlara ve ilgili Danıştay kararlarına Rekabet Kurumunun internet sitesinden ulaşılmıştır.

Nihayet çalışmaktan zevk aldığım bu konuyu tavsiye eden ve çalışma sürecinde de engin bilgi ve birikimini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'e, yine bu süreçte tavsiyeleriyle tezin biraz daha olgunlaşmasına katkıda bulunan Ticaret Hukuku kürsüsündeki diğer hocalarıma da teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	III
ABSTRACT	III
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	3
BİRLEŞME VE DEVRALMALAR (YOĞUNLAŞMALAR)	3
1. Kavram	3
2. Tanım	7
3. Birleşme ve Devralma (Yoğunlaşma) Türleri	8
3.1. Yatay (Horizontal) Birleşme ve Devralmalar	9
3.2. Dikey (Vertical) Birleşme ve Devralmalar	9
3.3. Aykırı (Conglomerate) Birleşme ve Devralmalar	10
4. Birleşme ve Devralmaların Rekabet Üzerindeki Etkileri	11
5. Türk Hukukunda Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)	14
5.1. Genel Olarak	14
5.2. 4054 sayılı RKHK'daki Düzenleme	18
5.3. Rekabet Kurulu Tebliği	22
5.3.1. 1997/1 No'lu, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ	22
5.3.1.1. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller	22
5.3.1.2. Birleşme ve Devralma Sayılmayan Haller	23
5.3.1.3. İzin Alınması Zorunlu Birleşme ve Devralmalar	26
5.3.2. Özelleştirme Yoluyla Birleşmelerin Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında 1998/4 no'lu Tebliğ	29

5.4.4054 sayılı RKHK ve 1997/1 No’lu Tebliğ Işığında Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)	33
5.4.1. Bağımsız İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi.....	33
5.4.1.1. Teşebbüs	33
5.4.1.2. Teşebbüsler İçin Ölçütler	34
5.4.2. Herhangi Bir Teşebbüs veya Kişinin Diğer Bir Teşebbüsün Malvarlığını ya da Ortaklık Paylarının Tümünü yahut Bir Kısımını veya Kendisine Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçları Devralması veya Kontrol Etmesi (Devralmalar)	36
5.4.3. Rekabeti Sınırlayıcı Amacı veya Etkisi Olmayan Ortak Girişimler	40
5.4.3.1. Tanım.....	41
5.4.3.2. Ortak Girişimin Birleşme ve Devralma Sayılması.....	44
5.5.4054 sayılı RKHK ve 1997/1 no’lu Tebliğ Işığında Birleşme ve Devralmaların Hukuka Aykırılık Şartları	47
5.5.1. Hakim Durum Yaratılması veya Mevcut Hakim Durumun Güçlendirilmesi.....	47
5.5.1.1. İlgili Pazar	50
5.5.1.2. Hakim Durum Tespitinde Ölçütler	53
5.5.2. Ülkenin Bütünü veya Bir Kısımında Herhangi Bir Mal veya Hizmet Piyasasında Rekabetin Önemli Ölçüde Azalması.....	55
BÖLÜM 2	58
YAN SINIRLAMALAR.....	58
1. Genel Olarak Yan Sınırlamalar	58
1.1. Hukuki Nitelik	58
1.2. Edim Yükümleri	59
1.2.1. Asli Edim Yükümleri	61
1.2.2. Yan Edim Yükümleri	61
1.3. Yan Yükümler	64
1.4. Yan Edim Yükümleri ve Yan Sınırlamalar.....	65
2. Kavram.....	66
2.1. Genel olarak.....	66
2.2. Tarihi gelişim.....	72
2.2.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda.....	72

2.2.2.	Amerikan Antitröst Hukuku'nda.....	74
2.3.	Tanım.....	75
2.4.	Avrupa Birliği Rekabet Mevzuatında.....	78
	Yan Sınırlamalar (Ancillary Restraints).....	78
3.	Yan Sınırlamaların Unsurları.....	80
3.1.	Sınırlamanın Varlığı.....	82
3.2.	Sınırlamanın Tali (Yan) Nitelikte Olması.....	82
4.	Yan Sınırlamaların Şartları.....	84
4.1.	Doğrudan İlgili Olma (Directly Related).....	85
4.2.	Gerekliklik (Necessity).....	88
4.3.	Amaçla Orantılılık (Proportionality).....	92
4.3.1.	Konu Bakımından.....	93
4.3.2.	Süre Bakımından.....	94
4.3.3.	Coğrafi Bakımdan.....	99
4.4.	Sadece Taraflar Açısından Sınırlayıcı Olma.....	100
5.	Yan Sınırlamaların Görünüş Şekilleri.....	102
5.1.	Rekabet Yasağı.....	103
5.1.1.	Rekabet Hukukunda Rekabet Yasağı.....	105
5.1.2.	Yan Sınırlama Olarak Rekabet Yasağı.....	108
5.1.2.1.	Şartları.....	109
5.1.2.2.	Ters Rekabet Yasağı.....	110
5.2.	Lisans Anlaşmaları.....	112
5.2.1.	Genel Olarak.....	112
5.2.2.	Rekabet Hukuku ve Lisans Anlaşmaları.....	112
5.2.2.1.	Yan Sınırlama Olarak Lisans Anlaşmaları.....	113
5.2.2.2.	Yan Sınırlama Olmayan Lisans Anlaşmaları.....	114
5.3.	Alım ve Tedarik Yükümleri.....	116
5.4.	Diğer Görünüş Şekilleri.....	118
5.4.1.	Fason Üretim Yükümleri.....	118
5.4.2.	Geçiş Dönemi Hizmetleri.....	120
5.4.3.	Bilgi Değişimi Yükümleri.....	121

BÖLÜM 3	123
REKABET KURULUNUN YAN SINIRLAMALAR ÜZERİNE VERDİĞİ KARARLAR.....	123
1. Genel Olarak Kurul Kararları.....	123
2. Kurulun Yan Sınırlamalar Üzerine Kararları.....	123
2.1. Genel Olarak	123
2.2. Sınırlamanın, Yan Sınırlama Olarak Kabulü Kararı.....	127
2.2.1. Şartlı Olarak Yan Sınırlama Kabulü Kararı	128
2.2.2. Yan Sınırlamalar ve Menfi Tespit Kararı.....	130
2.3. Sınırlamanın, Yan Sınırlama Olarak Kabul Edilemeyeceği Kararı.....	131
2.3.1. Muafiyet Kararı	132
2.3.2. İhlale Son Verilmesi Kararı.....	135
2.3.3. Birleşme ve Devralmaya İzin Verilmesi ve Yan Sınırlamalar	137
2.3.4. İdari Para Cezası Uygulanması	140
SONUÇ	146
KAYNAKÇA.....	150

KISALTMALAR

AAEA	: Avrupa Atom Enerjisi Anlaşması
AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Anlaşması
ABAD/Divan	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması
ae.	: aynı eser
age.	: adı geçen eser
An.	: Anayasa
AT	: Avrupa Toplulukları
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİAK	: Basın İzleme Araştırma Kurulu
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CFI	: Court of First Instance
CJEU	: Court of Justice of European Union
Co.	: Company
CMLR	: Common Market Law Review
Duyuru	: 2005 Tarihli Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Kısıtlamalar Hakkında AB Komisyon Duyurusu
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
EEC	: European Economic Community
Ed.	: Editör
Eu.	: European Union
İlk Derece Mahkemesi:	Avrupa İlk Derece Mahkemesi

Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Konsej	: Avrupa Birliği Konseyi
k.g.	: karşı görüş
Kurul	: Rekabet Kurulu
MarKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md.	: madde
MK	: Medeni Kanun
No	: Numara
OJ	: Official Journal
PatKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
R.A.	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SIEC	: Significant Impediment to Effective Competition
SLC	: Substantial Lessening of Competition
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
Tebliğ	: 1997/1 no’lu İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Tüzük	: 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü
v.	: versus
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Vol.	: volume
y.y.	: basım yeri yok

GİRİŞ

Belirtelim ki, tezimizin başlığının birleşme ve devralmalarda yan sınırlamalar olmasının nedeni, RKHK'nın yoğunlaşmalar için birleşme ve devralmalar ifadesini kullanmasıdır. Aslında birleşme ve devralma işlemleri, ekonomik yoğunlaşma doğuran hallerden ikisidir. Gerçekten birleşme ve devralmalarla birlikte ortak girişimlerin yoğunlaşmaları oluşturdukları gerek AB uygulamasında ve doktrininde gerek Türk rekabet mevzuatı ve doktrininde kabul edilmektedir. Nitekim RKHK tasarısında da birleşme ve devralmalar ifadesi yerine yoğunlaşma kelimesi tercih edilmiştir. Nihayet bu çalışmada, RKHK'da tercih edilen birleşme ve devralma ifadesi ile birlikte yoğunlaşma terimi de kullanılmıştır.

Rekabet hukuku, sosyal refah idealini gerçekleştirebilmek için ekonomik faaliyetlere müdahalede bulunmaktadır. Ancak gerek rekabeti olumlu etkileyebilecek nitelikteki kısıtlamalar gerek ticari hayatın gereklilikleri gibi nedenlerle bu müdahale sınırlanabilmektedir. Nitekim Amerikan antitröst hukukunda ortaya çıkan “rule of reason” ve AB rekabet hukukunda söz konusu olan “muafiyet” düzenlemeleri bu gereklilik sonucu müdahalenin bir yere kadar olduğunu gösteren kurumlardır.

Rekabeti sınırlayıcı nitelikli olan yan sınırlamalar da ticari hayatın gereklilikleri nedeniyle meşru görülmektedirler. Şöyle ki, yan sınırlama olarak öngörülen rekabet yasağı veya tedarik şartlarının taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı nitelikte oldukları açıktır ancak, bu kısıtlayıcı yükümler, yoğunlaşma işlemine eklenerek, yoğunlaşma işlemiyle ulaşılmak istenen amacın tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamaktadırlar. Dolayısıyla ana işlemle öngörülen ekonomik faaliyetin faydalarının tam anlamıyla elde edilebilmesi için yan sınırlamalar gereklidir. Mesela bir devralma işleminde devralan tarafın devir konusu ticari faaliyete tam anlamıyla vakıf olabilmesi için, devreden tarafın rekabetinden korunması gerekebilecektir. Aksi takdirde devralan söz konusu ticari faaliyetten umduğu faydayı sağlayamayacaktır. Dolayısıyla yan sınırlamalar olmaksızın böyle bir işlem hiç gerçekleşmeyebilecek veya daha yüksek maliyetlerle veya daha uzun sürelerle gerçekleşebilecektir. Ancak bir kısıtlamanın yan sınırlama kabul

edilebilmesi için diğ er geçerlilik Şartlarını da haiz olması gerekir. Bu Şartlar, işlemin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgililik, işlemin gerçekleşmesi ile orantılılık ve sadece işlemin tarafları açısından kısıtlama getirilmesidir.

Yan sınırlama teorisi sadece yoğunlaşma kapsamında öngörülen kısıtlamalara uygulanacaktır. Ancak anlaşmalar kapsamında öngörülen bazı kısıtlamalar da işlemin gerçekleşmesi bakımından gerekli kabul edilebilirler. Yoğunlaşma işlemi haricinde öngörülen kısıtlamalar için de yan sınırlama teorisinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, doktrinde açık bir tavır bulunmayıp, çoğunluk görüş sadece yoğunlaşma işlemleri kapsamında öngörülen sınırlamalara yan sınırlamaların uygulanacağını kabul etmektedir. Uygulamada ise gerek AB’de gerek Türkiye’de bazı sapmalar olmakla birlikte yoğunlaşma işlemleri kapsamında öngörülen kısıtlamalara yan sınırlama teorisi uygulanmaktadır. Dolayısıyla çalışmada öncelikle yoğunlaşma işlemlerinin neler olduğu ortaya konulacaktır.

Yan sınırlamalar yoğunlaşma işleminin yanında bir yan edim yükümü olarak  ng r lmektedir. Ana edim yanında bir yan edim niteliğinde olmalarının nedeni, alacaklının, yan sınırlamaların da ifasında bir menfaati olması ve karşı taraf ediminin bir kısmının karŐılığını yan sınırlamaların oluŐturmasıdır.

Nihayet yan sınırlamaların teoride pek irdelenmemiŐ olması, yan sınırlamaların unsurları ile bir yan sınırlamanın varlığı için gerekli olan Şartların karıŐmasına ve sistematik bir  er eve içerisinde ortaya konulamamasına neden olmuştur. Bu durum da uygulamada yan sınırlamaların bir açıklığa kavuŐmasını engellemektedir. Bunun için yan sınırlamaların Şartları ve unsurlarının çerçevesinin iyi çizilmesi, bir sınırlamanın, teknik olarak yan sınırlama olarak kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirmesini daha pratikleŐtirecek ve karışıklığa neden olmayacaktır.

Aralarında derin farklılıklar olmadığı için yan sınırlamaların yoğunlaşma sayılan hallere göre değerlendirilmesi yerine, uygulamada görülen yan sınırlama Şekilleri başlığı altında yoğunlaşma sayılan haller bakımından farklılıklar ortaya konularak konu incelenmiştir. Bu farklılıklar, özellikle kuruluş amacı, faaliyet alanı ve süresi belirli olan ortak girişimler bakımından g r lmektedir.

BÖLÜM 1

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR (YOĞUNLAŞMALAR)

1. Kavram

Birleşme ve devralma kavramları, incelendiği alana göre farklı değerlendirilmekte ve ona göre de tanımlanmaktadır. Rekabet hukukunun olaylara yaklaşımının hukuki olmaktan ziyade iktisadi temellere dayanması, ticaret hukukunun ise hukuki açıdan bakması, birleşme ve devralmalar konusunda terimsel karışıklığa neden olabilmektedir.

Rekabet hukuku değişik disiplinlerle ilintilidir. Bunun için, rekabet hukuku karma nitelikli bir hukuk dalı niteliğindedir. Mesela rekabet hukukunun ekonomi bilimiyle oldukça yakın ilişkisi¹, süjelerinin özel hukuk konusu olmaları, cezai müeyyidelerinin bulunması ve nihayet rekabet hükümlerinin emredici olması ve haksız rekabet hükümleri gibi doğrudan rakiplerin menfaatini değil de toplumsal refahı koruması bakımından kamu hukuku niteliği bulunması, rekabet hukukuna karma bir hukuk dalı görünümü kazandırmaktadır. Ancak doktrinde Akıncı, rekabet hukukunun bir özel hukuk dalı olduğunu düşünmektedir². Aslan ise, rekabet hukukunun, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanlarına yayıldığını, bunun için yeni gelişmekte olan sosyal hukukun bir dalı olduğunu kabul etmektedir³. Bu nedenle, rekabet hukukunu, kamu hukukuna yakın⁴, karma nitelikli⁵ bir hukuk dalı

¹ Nurkut İnan, “**Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi**”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, Ekim 1999, s. 3-30; Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984, s. 1 vd.

² Ateş Akıncı, **Mukayeseli Hukuk Açısından AT ve ABD Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, s. 17.

³ İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku** (Teori, Uygulama ve Mevzuat), Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 22.

⁴ Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s. 14,

⁵ Bilgin Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Tükenmiş Baskı, AÜHFY, Ankara, 1997, s. 5 ve 20.

kabul edip ona göre rekabet terimlerini değerlendirmeliyiz. Rekabet hukukunun nitelendirilmesi, rekabet hukuku kapsamında bir birleşme ve devralma tanımına ulaşmamız açısından önemli olduğu gibi Rekabet Kurulunun⁶ nitelendirilmesi, Kurul kararlarına karşı gidilecek yargı yolu, uygulanacak usul ve kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamamız açısından da önemli olabilecektir. Mesela bu değerlendirmeye göre yabancı unsurlu rekabete ilişkin olaylara uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının tespiti farklılaşacaktır⁷.

Rekabet hukukunda, birleşme ve devralmalar, özel hukuk anlamında birleşme ve devralmalardan daha geniş deęerlendirilmektedir⁸. Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁹, yine birleşme ve devralmalar terimini kullansa da düzenlemelerin içeriğinin bu terimleri aştığı açıktır¹⁰. Gerçekten birleşme ve devralmalar yerine gerek AB rekabet mevzuatında gerek Türk rekabet doktrinde ağırlıklı olarak konsantrasyon (yoğunlaşma) kelimesi kullanılmaktadır. Türk rekabet doktrinde, konsantrasyon kelimesiyle birlikte daha çok yoğunlaşma terimi kullanılmaktadır¹¹. Nitekim “concentration”ın Türkçe kelime anlamı temerküz,

⁶ Rekabet Kurulu 27.02.1997’ de atanmış, 05.03.1997’de göreve başlamış ve Kurul’un Oluşturulduğuna ilişkin 1997/5 no’lu Kurul Tebliği’nin, 04.11.1997 tarih ve 23160 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilmesiyle oluşmuştur. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un fiilen uygulanmasına Kurul’un kurulmasıyla başlanmıştır.

⁷ Tiryakioğlu, age. s. 5; Günseli Öztekin Gelgel, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, Beta, İstanbul, 2006, s. 197.

⁸ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu (Ünal Tekinalp), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş Onikinci Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 104.

⁹ 4054 sayılı, 07.12.1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

¹⁰ RKKH’da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin 19.05.2005 tarihli taslak metinde, md. 7 başlığında “Birleşme ve Devralma” ifadesi değil, “Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü” ifadesi kullanılmıştır. Yine metinde yer alan “birleşmeler, devralmalar ve ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri” şeklindeki ifadeden yoğunlaşmaların farklı şekillerde de görülebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Taslak için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi).

¹¹ Ercüment Erdem, **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, Beta, İstanbul, 2007, s. 1 vd.; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 533; Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, **Arupa Birliği Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 463; Arif Esin, **Rekabet Hukuku**, ESC Yayınları, s.1 vd., www.esccrc.com, (çevrimiçi);

yığışma, yoğunluktur¹². Ancak doktrinde yoğunlaşma yerine yukarıda belirtildiği gibi konsantrasyon¹³ veya merkezileşme¹⁴ terimleri de kullanılmaktadır. AB rekabet mevzuatında birleşme ve devralmalar hakkındaki düzenlemelerde “concentration” terimi kullanılırken¹⁵, doktrinde de birleşmeler, devralmalar ve ortak girişimler için çoğunlukla “concentration” terimi tercih edilmekte ve bu başlık altında birleşmeler için “mergers”, devralmalar için “acquisitions”, ortak girişimler için de “joint ventures” sözcükleri kullanılmaktadır¹⁶. Ancak doktrinde, birleşme ve devralmalar için bu üç kavramı da içine alacak şekilde, sadece “merger” teriminin kullanıldığı da görülmektedir¹⁷.

Yoğunlaşma terimi hukuki birleşme ve devralmalardan geniş bir anlam ifade etmekle birlikte RKHK md. 4 anlamında anlaşma ve uyumlu eylemlerden daha dar bir anlam ifade etmektedir. Gerçekten yoğunlaşma terimi, RKHK md. 4 anlamında anlaşma veya uyumlu eylemler kadar geniş değerlendirilemeyeceği gibi md. 4 anlamında anlaşma ve uyumlu eylemler de temeli bir anlaşmaya dayanan yoğunlaşma terimiyle karıştırılmamalıdır. Zira anlaşma ve uyumlu eylemler teşebbüslerin davranışlarını etkilerken, yoğunlaşmalar teşebbüs yapısını etkiler ve

Feridun Karakeçili, **Avrupa Birliğinde Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, No:143, İstanbul, 1997, s.1.

¹² Ziya Sak, **Terms of Law & Politics**, Hukuk ve Politika Terimleri Sözlüğü, A-A Yayınları, İstanbul, 1998, s. 99.

¹³ Sanlı, age., s. 314.

¹⁴ Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2003, s. 63.

¹⁵ Bkz. Comission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C, 95/01), OJ C 95/1, 16.04.2008; Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005; Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20.01.2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Meger Regulation), OJ L 24/1, 29.01.2004.

¹⁶ Richard Whish, **Competition Law**, Oxford University Press, Sixth Edition, Newyork, 2009, s. 120; Cristopher Bellamy, Graham Child, **European Community Law of Competition**, Sweet&Maxwell, London, 2001, s. 363; Valentine Korah, **An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice**, Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, s. 392.

¹⁷ Whish, age., s. 799.

yapısal değişikliğe neden olurlar. Yine rakipler arasındaki, yani yatay düzeydeki danışıklığı, anlaşmayı ifade eden karteller¹⁸ de kapsam olarak yoğunlaşmadan daha geniş bir terim olup ekonomik yoğunlaşma olmakla birlikte RKHK md. 7 anlamında yoğunlaşmadan farklı bir kavramdır. Şöyle ki kartel anlaşmaları, salt rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurması ve ekonomik bir sinerji ortaya çıkarmaması nedeniyle yasaklanırken, daha fazla ekonomik yoğunlaşma doğurmasına rağmen birleşme ve devralmalara izin verilebilmektedir.¹⁹

Ortak girişimlerin de yoğunlaşmalar içinde sayılması yoğunlaşma terimini daha esnek bir hale getirmektedir ve tanımlanmasını zorlaştırmaktadır²⁰. Gerçekten herhangi iki teşebbüs yapısal hiçbir değişikliğe uğramadan, gerek bir ticaret şirketi niteliğinde gerekse adi ortaklık niteliğinde olan bir ortak girişim kurabilirler. Dolayısıyla bu durum yoğunlaşma terimi için daha geniş bir tanımlama gerektirmekte ve bir tanım elde etmemizi güçleştirmektedir.

Nihayet bir yoğunlaşma tanımı veren 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü md. 3/1 hükmü, bir yoğunlaşmadan bahsedebilmek için söz konusu işlemlerde kontrolün kalıcı şekilde el değiştirmesi şartını aramaktadır²¹. Mevzuat olan AB rekabet mevzuatında yoğunlaşmalar başlığı altında birleşmeler, kontrol değişikliği getiren devralmalar ve ortak girişimler yoğunlaşma olarak sayılmıştır. Türk rekabet hukukunda da mevzuata benzer şekilde ele alınan konu RKHK md. 7’de Birleşme ve Devralma başlığıyla düzenlenmiştir. Aslında bu konunun ağıyarını mani, efradını cami bir terim olan yoğunlaşmalar ifadesi başlığı altında düzenlenmesi ve yoğunlaşma türlerinin alt başlıklar halinde hükme yerleştirilmesi daha uygun olacaktır.

¹⁸ Tekinalp/Tekinalp, **AB Hukuku**, s. 390.

¹⁹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 534.

²⁰ Sanlı, age., s. 317.

²¹ Bu Tüzükten hemen önceki 4064/69 no’lu Tüzük’te böyle bir şart aranmamaktaydı.

2. Tanım

RKHK md. 7 anlamında birleşme ve devralmalardan ekonomik yoğunlaşmaların kastedildiği açıktır ve 7. madde ile Tebliğ²²,de öngörülen hallerin tümünü konsantrasyon başlığı altında toplamak mümkündür. RKHK ve ilgili Tebliğ'de açıkça ifade edilmemekle beraber, 7. maddenin uygulanmasında merkezi önemi haiz olan kavramın, yoğunlaşma kavramı olduğunu söyleyebiliriz²³. 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü'nün 3. maddesinde birleşme, kontrol kazanımı (devralma) ve ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir. RKHK madde 7'de birleşme ve devralmalar için böyle bir tasnif bulunmayıp sadece birleşme ve devralmalar düzenlenmiş, 1997/1 no'lu Tebliğde ise, 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğüne benzer bir şekilde birleşme ve devralma sayılan haller başlığı altında birleşmeler, devralmalar ve ortak girişimler işlenmiştir.

Doktrinde Aslan, yoğunlaşmaları, ekonomik gücün ve karar alma gücünün azalan sayıdaki işletmeler arasında yeniden paylaşımı olarak tanımlamaktadır²⁴. Yine Sanlı tarafından yoğunlaşma, ekonomik karar alma gücünün, bir başka deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde yoğunlaşması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süjelerini azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması olarak tanımlamaktadır²⁵. 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü'nün 3. maddesinde ise tanım başlığı verilmekle birlikte tanımdan öte yoğunlaşmaların temel görünüşleri, unsurları ve nelerin yoğunlaşma sayılmayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu maddeden şöyle bir tanım çıkarabiliriz: Yoğunlaşma; birleşme, kontrolün kazanılması ve tam işlevsel ortak girişim gibi nedenlerden dolayı kontrolün kalıcı olarak el değiştirmesidir. Yine AB

²² Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, RG T: 12.08.1997, S: 23078; 1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile değişik.

²³ Sanlı, age., s. 317.

²⁴ İ. Yılmaz Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 265.

²⁵ Sanlı, age., s. 318.

Komisyonunun, doğrudan yoğunlaşma kavramına ilişkin bir Duyuru'su²⁶ bulunmaktaydı. Ancak bu Duyuru daha sonra başka kavramlara ilişkin duyurularla bütünleştirilmiştir. Bu Birleşik Duyuru'da²⁷ bir yoğunlaşma tanımı bulunmayıp, yoğunlaşma kavramı başlığı altında, yoğunlaşmaların unsurları olan birleşme, kontrolün kazanımı ve ortak girişimler işlenmektedir.

3. Birleşme ve Devralma (Yoğunlaşma) Türleri

Birleşme ve devralmalar, rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından, teşebbüslerin birbirleriyle piyasadaki rekabet konumları dikkate alınarak üç kategoriye ayrılmaktadır. Buna göre birleşme ve devralmalar; yatay, dikey ve karma birleşmeler ve devralmalar olarak sınıflandırılmaktadır ve bunların piyasadaki etkileri birbirinden farklıdır. Aynı birleşme yatay, dikey ve aykırı birleşmelerin farklı bileşenlerine yol açabilmekte ise de rekabet hukukunda bu ayrım caridir²⁸.

4054 sayılı RKHK ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan Tebliğlerde böyle bir ayrım yapılmamaktadır. Bununla beraber bu ayrım, doktrinde kabul edilen bir ayrımdır²⁹. Avrupa Konseyi Birleşmeler Tüzüğünde doğrudan bir ayrım yapılmamakla birlikte, birleşmelerin bildirimine ilişkin CO formunda yatay veya dikey ilişki ayrımına göre değerlendirme yapılacağı kabul edilmiş olup³⁰ yine Avrupa Komisyonu tarafından ve Avrupa rekabet uygulamalarında bu ayrım benimsenmiştir. Amerika'da her ne kadar 1992-97 tarihli birleşme rehberinde sadece yatay birleşmeler düzenlenmiş olsa bile yatay olmayan birleşmeler, yatay ve yatay olmayan birleşme ayrımı yapan 1982-84 birleşme rehberlerine tabi kalmıştır ve

²⁶ Commission Notice on the concept of concentration under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings (98/C 66/02), OJ C 66/5 2.3.1998.

²⁷ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/1), OJ C 95/1, 16.4.2008. Ayrıntı için bkz. bu çalışmada 133 no'lu dipnot.

²⁸ Korah, age., s. 411.

²⁹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s.535; Erdem, age. s. 7; Esin, age., s. 227 .

³⁰ Serpil Çınaroğlu, **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 56.

doktrin ve uygulamada, birleşme ve devralmalar bu sınıflamaya göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir³¹.

3.1. Yatay (Horizontal) Birleşme ve Devralmalar

Aynı coğrafi pazarda, aynı veya benzeri ürünleri satan, dolayısıyla doğrudan rakip olan teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşmelerdir³². Yatay birleşmeler, ilgili piyasada rekabet için aynı düzlemde, aynı aşamada bulunan ve dolayısıyla birbiriyle doğrudan rakip olan teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmelerdir. Şöyle ki piyasaya aynı malın arzı sürecinde, aynı çizgide bulunan teşebbüslerin birbirleriyle yaptıkları birleşmeler yatay birleşmelerdir. Mesela iki çimento üreticisinin birleşmesi durumunda yatay birleşme söz konusu olacaktır. Piyasada rekabete etkisi en yüksek olan birleşme ve devralma türü yatay birleşmelerdir. Bu tip bir birleşme sonucunda piyasada doğrudan rakip azalması gerçekleşeceğinden ilgili piyasaya arzda, piyasa koşullarının tüketici aleyhine daha kolay etkilenmesi sonucu doğabilecektir. Diğer birleşme türlerine göre rekabet üzerinde daha etkili olması nedeniyle Avrupa ve Amerikan rekabet uygulamalarında³³ bu tip birleşmelere daha katı bir yaklaşım sergilenebilmektedir.

3.2. Dikey (Vertical) Birleşme ve Devralmalar

Dikey birleşmeler, ürün veya hizmetin arzı sürecinde dikey düzlemde farklı pozisyonlarda bulunan işletmelerin birleşmesidir. Mesela bir çimento üreticisiyle distribütörün birleşmesi dikey bir birleşmedir. Nitekim Rekabet Kurumu bir kararında dikey birleşmeleri, bir firmanın üretimden dağıtıma kadar bir ürünün pazara ulaştırılması sürecindeki zincirde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir

³¹ Şebnem Kulaksızoğlu, **Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ve Öne Sürülen Savunma ve Yararlar**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 61; Çınaroğlu, age., s. 54.

³² E. Thomas Sullivan, Jeffrey L. Harrison, **Understanding Antitrust and Its Economic Implications**, Third edition, Matthew Bender & Company Incorporated, y.y., 1998, s. 339.

³³ İ. Yılmaz Aslan, **“Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, Ekim 1999, s. 82; Sanlı, age., s. 318.

bütünlük sağlaması olarak tanımlamıştır³⁴. Dikey birleşmeler, ileriye doğru (downstream) ve geriye doğru (upstream) birleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır³⁵. Genellikle, bir ürünün nihai tüketiciye ulaşmaya kadar geçirdiği üretim süreci yukarıdan aşağıya doğru bir sıra takip edilerek, nihai tüketiciye daha yakın olan aşamalar alt pazar, piyasaya giriş daha yakın aşamalar ise üst pazar olarak tanımlanır. Alt pazardaki firma üst pazarda da faaliyet göstermeye başlıyorsa geriye, üst pazardaki bir firma alt pazarda da faaliyet göstermeye başlıyorsa ileriye doğru dikey bütünleşmeden söz edilir³⁶.

Bu tarz birleşmeleri gerçekleştiren teşebbüsler, piyasaya arzda birbirlerinin ikamesi olmadıkları için piyasa yapısı değişmez ve bu tip birleşmeler yatay birleşmelere göre rekabeti daha az etkilemektedirler. Bununla birlikte ürün veya hizmetin piyasaya sunum sürecinin farklı aşamalarının tek bir teşebbüste toplanması diğer teşebbüslerin rekabet gücünü olumsuz etkileyebilecektir. İlgili ürünün arzı sürecinin herhangi bir aşamasında bulunan bir teşebbüs, diğer aşamalarda dikey birleşme gerçekleştirmiş teşebbüs kadar pratik ve ekonomik imkanlara sahip olamayacaktır. Yine piyasaya giriş yapacak teşebbüsler için pazara giriş veya kaynağa ulaşmada engel yaratıp rekabeti engelleyebilecektir.

3.3. Aykırı (Conglomerate) Birleşme ve Devralmalar

Aykırı birleşmeler, herhangi bir ürün veya hizmetin belirli bir piyasaya arzı sürecinde, aynı veya farklı aşamalarda bulunmayan, birbirleriyle fiili ve potansiyel rakip olmayan teşebbüslerin birleşmesi şeklinde gerçekleşen birleşmelerdir. Aykırı birleşmeler, birleşen teşebbüslerin önceden hiçbir ilişkileri olmayıp, potansiyel birer rakip olabilecek teşebbüslerin ortak bir sağlayıcı veya müşterilerinin olmaması olarak da tanımlanmaktadır³⁷. Birleşen teşebbüsler rakip olmayıp, farklı mal veya hizmet piyasasında faaliyet göstermektedirler. Mesela çimento sektöründe faaliyet

³⁴ Rekabet Kurulu Kararı, Karar S: 00-29/314-181, Karar T: 03.08.2000, Bu eserde tüm Kurul kararları için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi).

³⁵ Sullivan/Harrison, age. s. 340.

³⁶ Çınaroğlu, age, s. 4.

³⁷ Sullivan/Harrison, age., s.341.

gösteren bir teşebbüsün turizm sektöründeki bir teşebbüsle birleşmesi aykırı bir birleşmedir. Ülke ekonomisinin küçük ve kapalı ekonomi olması, politik güç sahibi olmak, profesyonel yönetim arayışı, ürün yelpazesini genişletme, pazar genişletme gibi etkenler bu tür birleşmelerin gerçekleşmesinde etkili olabilmektedir. Bu birleşme türünün, rekabet açısından diğer birleşme türlerinden daha az zararlı nitelikte oldukları kabul edilir. Zira bu tür bir birleşmeyle birleşen teşebbüslerin ilgili ürünün pazar payını artırıcı nitelikte olmamaktadır. Aykırı birleşmeler de tür olarak üçe ayrılmaktadırlar ve buna göre incelenmektedirler³⁸. Bunlardan birincisi; ürün yelpazesini genişleten (product-extension) birleşmelerdir. Bunlar, birbiriyle rekabet etmeyen, farklı ürünleri üreten, fakat birbiriyle ilişkili pazarlama kanalları ya da üretim süreçlerini kullanan, birbirinin ikamesi değil de birbirini tamamlayan ürün üreten teşebbüsler arasındaki birleşmelerdir. Örnek olarak çamaşır deterjanı ve yumuşatıcı üreticilerinin birleşmesi ürün yelpazesi genişleten bir birleşmedir. İkincisi; coğrafi genişleme (market extension) yaratan birleşmeler olup aynı ürünü farklı bölgelerde üretip satan firmalar arasındaki birleşmelerdir. Üçüncüsü de saf aykırı birleşmelerdir (pure conglomerate extension) ve bu birleşmeler, tamamen farklı piyasalarda faaliyet gösteren, aralarında hiçbir türde ilişkisi olmayan firmalar arasındaki birleşmelerdir. Mesela bir çimento üreticisiyle bir araba üreticisi teşebbüsün birleşmesi saf aykırı birleşmeye örnek gösterilebilir.

4. Birleşme ve Devralmaların Rekabet Üzerindeki Etkileri

Bilindiği gibi ekonomik gücün merkezileşmesinde birleşme ve devralmaların rolü oldukça büyük olduğundan, rekabet düzenlemeleri bu süreci göz ardı edemez³⁹. Bu merkezileşmenin piyasa açısından olumsuz etkileri olduğu gibi olumlu etkileri de olabilmektedir.

³⁸ Whish, age., s. 779.

³⁹ Topçuoğlu, age., s. 63-64.

Ticari faaliyette bulunan teşebbüsleri çeşitli amaçlar⁴⁰ bir araya getirebilmektedir. Zorlu piyasa koşullarında birleşmeler daha fazla ciro, kar ve daha az riskle rekabet avantajı sağlayabilmektedir⁴¹. Birleşme sonrası işletmeler, araştırma ve geliştirme faaliyetleri için daha fazla imkanlar ayırabilecek, üretim, dağıtım ve personel bakımından avantajlar yanında, yasal düzenlemeleri daha rahat aşabilecek ve vergi avantajı sağlayabileceklerdir⁴². Yine birleşmeler, en verimli üretim seviyesi olan ölçek ekonomilerine⁴³ ulaşmayı sağlayarak daha ucuz üretim yapılabilmesini sağlayacaktır⁴⁴. Ayrıca birleşmeler, kriz dönemlerinde şirket iflaslarını engelleyip genel olarak ekonomiye katkıda bulunabilmektedir. Bunların yanında birleşen işletmelerin birleşmeleri sonucunda, her birinin reel hisse değeri toplamından daha fazla bir değer oluşmakta ve bu hissedarlar için ek zenginleşme sağlamaktadır⁴⁵. Yine küçük işletmeler, birleşerek ulusal veya uluslararası düzlemde büyük işletmelere rakip olarak rekabete katkıda bulunabileceklerdir⁴⁶. Uluslararası birleşmeler de ülkeye sermaye, teknoloji girişi ve ihracat artışı sağlayıp yeni istihdam alanları yaratarak piyasa açısından faydalı olabilmektedirler⁴⁷.

Birleşme ve devralmaların, yukarıda belirtilen olumlu etkilerinin yanında ekonomi üzerinde çokça ve ciddi olumsuz etkileri de bulunmaktadır. Bu anti rekabetçi etkiler, tek taraflı ve koordine edilmiş etkiler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁸. Piyasadaki teşebbüslerin rekabeti engelleyici açık ya da gizli anlaşmalar

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Çelen, **Yatay Yoğunlaşmaların Tek Taraflı Etkilerinin Belirlenmesinde Talep Tahmini ve Simülasyon Tekniklerinin Uygulanması**, Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 16 vd., www.yok.gov.tr. (Çevrimiçi).

⁴¹ Tülin Durukan, **Kapitalistleşme Sürecinde Sanayileşme-Yoğunlaşma İlişkisi ve Rekabet**, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 15; Sanlı, age., s. 314

⁴² Whish, age., s. ; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 533.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynel Dinler, **Mikro Ekonomi**, Ekin Yayınevi, 16. Bası, Bursa, 2005, s. 182 vd.

⁴⁴ Whish, age., s. 802-803; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 534; Sanlı, age., s. 314.

⁴⁵ Durukan, age., s. 15.

⁴⁶ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 533, Sanlı, age., s. 314.

⁴⁷ Sanlı, age., s. 314.

⁴⁸ Remzi Özge Arıtürk, **Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2008, s. 5; Çelen, age., s. 25.

yapabilmelerini kolaylaştıracak bir ortam yaratmasına yoğunlaşmaların koordinasyon etkileri denir⁴⁹. Yoğunlaşmaların tek taraflı etkileri ise rakiplerin işbirliği doğurucu yanıtlarına ihtiyaç duymaksızın kendi davranışları aracılığıyla fiyatları artırabildiği ve kaliteyi, seçenekleri veya yeniliği azaltabildiği zaman görülmektedir⁵⁰. Böylece bir fiyat artırımını durumunda rakibi konumundaki firmaya kaptırma ihtimali bulunan müşterileri bu rakibiyle birleşmesi sonucunda kaybetmeyerek birleşen teşebbüsler için karşılıklı avantaj yaratılmaktadır.

Bugün serbest piyasa ekonomisini benimseyen tüm ekonomiler için piyasada var olan etkin, serbest rekabet, hayati önem taşımaktadır. Ancak serbest piyasa ekonomisi sistemlerinde piyasa yapısının tam değil eksik rekabet olduğu görülmektedir⁵¹. Genel olarak bakıldığında eksik rekabet ortamı üreticilerin piyasayı, stratejik davranıp daha rahat etkileyebildiği, tam rekabet ortamı ise üreticilerin piyasa üzerinde etkilerinin daha az olduğu rekabet ortamlarıdır⁵². Şu halde serbest piyasa sisteminde eksik rekabet şartlarına müdahalede bulunulması elzemdir. Bu müdahale farklı şekillerde olabilecektir, ancak en uygun müdahale iyi bir rekabet politikası uygulamak olacaktır⁵³. Zira rekabet ortamının sağlıklı olmadığı bir piyasada rekabetten nihai olarak yararlanan en geniş kesim olan tüketiciler⁵⁴ için elverişsiz bir durum oluşacaktır. Arz edilen mal ve hizmetlerin piyasada talep görmemesi nedeniyle genel olarak tüketicilerden önce ve doğrudan işletmeler de zarar görecektir. Nihayetinde durağan ve zayıf performanslı bir ekonomi ortaya çıkacaktır ve toplumsal refah sağlanamayacaktır.

⁴⁹ Çelen, age., s. 26.

⁵⁰ Arıtürk, age., s. 6.

⁵¹ İzak Atiyas, “**Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler**”, Rekabet Dergisi, Sayı 1, Ankara, 2000, s. 25.

⁵² Atiyas, ae., s. 26-27.

⁵³ Ayrıntı için bkz. Atiyas, ae, s. 41-42.

⁵⁴ Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Doktora tezi, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s. 15; Durukan, age. s. 16.

Genel olarak ekonomi için potansiyel bir tehdit olabilen yoğunlaşmalar da doğal olarak denetim altına alınmalıdır⁵⁵ ve sosyopolitik etkenler değerlendirilerek yoğunlaşmalara müdahaleci bir tutum takınılmalıdır⁵⁶. Bu müdahale elbette mutlak bir müdahale olmamalıdır. Yoğunlaşmaların yukarıda belirtilen ekonomik faydaları da yadsınamayacağından bir orta yolun seçilmesi daha uygundur⁵⁷. Şu halde relatif davranılarak, her bir yoğunlaşma kendi karakteristik özelliklerine göre değerlendirilmeli ve yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkan etkilerine göre, ilgili yoğunlaşmaya, en uygun tavır takınılmalıdır.

5. Türk Hukukunda Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)

5.1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu, birleşme ve devralma kavramlarını sadece ticari şirketler kapsamında değerlendirip tanımlarken, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise bu kavramları çok daha geniş değerlendirmekte ve birleşecek veya devralınacak birimin hukuki niteliği ne olursa olsun ve geçerlilik için bir şekli şart aramaksızın birçok birlikteliği bu kavramlar kapsamında değerlendirmektedir. Kooperatifler Kanunu’nun 84. maddesinde ‘Birleşme suretiyle dağılma’ başlığı altında yalnız devralınma suretiyle birleşme düzenlenmiştir. Yine Borçlar Kanunu’nun 179. ve 180. maddelerinde birleşme ve devralmalarla ilgili düzenleme bulunmakla birlikte, bu hükümlerde birleşme veya devralmalarla ilgili bir tanım bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde bir tanım verilmeden birleşme ve devralmaların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun iznine tabi olacağı belirtilmiştir.

TTK md. 146’ da birleşme; “iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir.” şeklinde

⁵⁵ Tekinalp/Tekinalp, **AB Hukuku**, s. 464.

⁵⁶ Whish, age. s. 811.

⁵⁷ Erdem, age. s. 3.

tarif edilmektedir⁵⁸. Bu maddeye göre birleşme; yeni kuruluş şeklinde birleşme ve devralma suretiyle birleşme şeklinde gerçekleşebilir. Yine TTK'ya göre birleşme, yalnız aynı neviden olan şirketler arasında caizdir. Şu kadar ki, birleşme bakımından kollektif ile komandit şirketler ve anonim ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, aynı neviden sayılacaktır. Ayrıca anonim ortaklıklar (md. 451 vd.) kısmında anonim ortaklıkta birleşmeye ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur, ancak ayrıca bir tanım yapılmamıştır.

Doktrinde ise birleşme kavramı, “bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi; bu suretle malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Diğer bir yazar ise birleşmeler için “en az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (devralma yoluyla) veyahut en az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları (yeni ortaklık kurulması yoluyla) sonucunda iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık haline gelmesidir” şeklinde bir tanım yapmaktadır⁶⁰. Bu tanımlardan birleşme ve devralmalara ilişkin bazı unsurlar çıkarabiliriz. Bunları; birleşen veya devrolan ortaklığın infisah etmesi, tasfiyesiz olarak malvarlığının intikali (malvarlığının kendiliğinden geçişi ilkesi⁶¹),

⁵⁸ TTK tasarısında md. 136 vd. birleşmeler daha geniş işlenmiştir. Tasarıda birleşmelerin, yeni bir şirket içinde bir araya gelme veya bir şirketin diğerini devralması şekillerinde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Birleşmenin, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşeceği ifade edilerek, birleşme için aranan aynı neviden olma şartı esnetilmiş, daha geniş bir çerçevede birleşme imkanı tanınmıştır.

⁵⁹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (Tekinalp), age., s. 91.

⁶⁰ Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Yayın No: 185, Ankara, Haziran 1986, s. 37-38.

⁶¹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (Tekinalp), age., s. 90.

külli halefiyet gereği eski şirketin malvarlığının aktif ve pasifleriyle olduğu gibi yeni şirkete geçmesi ve malvarlığının devri için her malvarlığına özgü devir şekilleri gerekmeden devredilmesi⁶² olarak sayabiliriz. Birleşme için en az iki tane ticaret şirketi olması şarttır, bu bütün birleşme tanımları için geçerli temel bir ayrımdır⁶³. En fazla kaç şirketin birleşebileceğine ilişkin kanuni bir sınırlama olmamakla beraber uygulamada en fazla birkaç şirketin birleşmesinin gerçekleşebildiği görülmektedir⁶⁴. Yine ticaret şirketi dışındaki birleşmeler Ticaret Kanunu kapsamında değerlendirilmemektedir. Mesela iki adi ortaklık veya bir ticaret şirketi ve bir adi ortaklık arasındaki birleşme, Türk Ticaret Kanunu anlamında bir birleşme olmayacaktır⁶⁵. Ticaret şirketi olma zorunluluğu yanında ayrıca bu şirketlerin aynı neviden olmaları da şarttır. Ancak bu katı birleşme şartına karşılık daha liberal anlayışla düzenlenen nevi değiştirme⁶⁶ sayesinde veya toptan satış yahut toptan devir yoluyla aynı neviden olma şartı aşılabılır⁶⁷.

Yine TTK'da, ticaret ortaklıklarının birleşmesi başlığı altında yer alan 146. maddede bir veya daha fazla ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesi bakımından birleşmeler düzenlenmiştir. TTK md. 451, 453 ve 454'te devralma ifadeleri kullanılsa da bu düzenlemeler iltihak yoluyla devralmayı içermektedir. Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler, her ne kadar devralma kavramına yer veriyor olsa da, RKHK 7. madde anlamındaki devralmadan ziyade, iki veya daha fazla ortaklığın hukuksal, ekonomik ve toplumsal anlamda birleşmelerini düzenlemekte ve bu itibarla, gerek hukuki, gerekse iktisadi anlamda (ve rekabet hukuku anlamında) “birleşme” kavramı, bu tip birliktelikler için daha uygun düşmektedir⁶⁸.

⁶² Poroy, Tekinalp, Çamoğlu (Tekinalp), ae., sh 91; Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s.150

⁶³ Türk, ae., sh12

⁶⁴ Türk, ae., s. 48-49; Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No: 205, Ankara, 1987, s. 46.

⁶⁵ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, s. 50-52

⁶⁶ Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, , Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Ankara, Haziran, 1986. s. 315.

⁶⁷ Türk, **Nevilerin Aynı Olması Koşulu**, s. 346 vd.

⁶⁸ Sanlı, age., s. 325.

BK md 179’da işletmenin ve malvarlığının devri kavramı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, bir işletmenin veya malvarlığının bütün olarak devri halinde, devredilen işletmenin alacaklılarının menfaatlerini koruma gayesi güden bir hükümdür ve dolayısıyla doğrudan doğruya bir “devir” muamelesini düzenleme amacı taşımamaktadır. Yine bu maddede, bir malvarlığının ve işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmesi halinde, devralan ile birlikte devreden de belirli bir süre müteselsilen sorumlu olacağını öngörmekte ve bu durumun borcun naklinin özel bir halini teşkil edeceği belirtilmektedir. Rekabet hukukunun öznesi olan teşebbüsün karşılığı olmamakla birlikte, teşebbüs olarak sayılabilecek ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletme sahibinin el değiştirmesidir⁶⁹. İşletme ve malvarlığı devrinde BK md. 179 uyarınca devrolunan borçlar, kanundan dolayı devralana geçer. Ancak buradaki nakil külli halefiyetten farklıdır. Alacaklar açısından ise m. 179’da açık bir hüküm yoktur, dolayısıyla alacaklar ve haklar bakımından cüz-i halefiyet ilkesi söz konusu olmaktadır. BK 179’a göre ticari işletmenin devrinde tüm aktif ve pasiflerin devri şart değildir. Bazı aktif ve pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılması, BK 179 uyarınca ticari işletmenin devrinin gerçekleşmesine engel değildir⁷⁰. Buna karşılık birleşmelerde ise külli halefiyet gereği, şirketin tüm aktif ve pasiflerinin devri söz konusu olmaktadır.

⁶⁹ Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 25, dipnotta belirtilen yazar.

⁷⁰ Arıcı, age., s. 56; Ancak bu konu doktrinde tartışmalıdır. BK md. 179’da kanun gereği borçların nakli söz konusudur. Yani külli halefiyet söz konusu değildir. Doktrinde Arkan, BK md. 179 hükmünün emredici olduğu dolayısıyla pasiflerin, devir kapsamı dışında tutulmasının söz konusu olamayacağını ifade etmektedir, Arkan, age., s. 42; yine Kendigelen de BK md 179’un emredici olduğunu, dolayısıyla pasiflerin taraf menfaatleri açısından devir dışı bırakılmasının mümkün olmadığını, işletmenin aktifleri bakımındansa aktiflerin bir kısmının devir kapsamı dışında tutulabileceğini belirtmektedir. Hüseyin Ülgen v.d. (Kendigelen), **Ticari İşletme Hukuku**, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 170-171.

5.2. 4054 sayılı RKHK'daki Düzenleme

Öncelikle belirtmek gerekir ki RKHK, Avrupa Birliği⁷¹ rekabet kurallarına paralel düzenlemeleri içermekte ve Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİA-eski ATA) ve diğer düzenlemeler bu anlamda RKHK'ya mehzaz teşkil etmektedir. RKHK' nın 7. maddesinde bir tanım verilmemle birlikte hangi şartlarda birleşme ve devralmaların yasaklanacağı belirtilmektedir. Bu maddeye 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

⁷¹ Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (The Treaty on the Functioning of the European Union) 13.12.2007'de imzalanan, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lisbon anlaşmasıyla eski Avrupa Toplulukları Anlaşması'nın değiştirilmiş halidir. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 83/47 30.03.2010; Consolidated version of the Treaty on the European Union, OJ C 83/13 30.03.2010, <http://eur-lex.europa.eu> (çevrimiçi)

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın, ilk adı Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'ydı (European Economic Community). 23.03.1957 tarihinde imzalanmış, 01.01.1958 tarihinde yürürlüğe girmişti. Yine aynı tarihte imzalanan ve yürürlüğe giren Avrupa Atom Enerjisi Antlaşması (European Atomic Energy Community) da bulunmaktadır. Her iki antlaşma da Roma' da imzalanmıştır ve bunun için Roma Antlaşmaları (AAEA Roma 1; AETA Roma 2) olarak tesmiye edilmiştir. Nihayet Lizbon Antlaşmasıyla, ATA yukarıda belirtilen şekilde dönüştürülmüş, AAET antlaşması ise bazı ek protokollerle yapılacak değişikliklerle yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Avrupa Birliği Antlaşması (Treaty on European Union) ise 7.2.1992' de imzalanmış olup Avrupa' nın siyasi birliğini sağlamaya yönelik ve aynı zamanda tadil amaçlı bir antlaşmadır. Bu antlaşmayla Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının ismi Avrupa Topluluğu Antlaşması olarak değişmişti. ATA da Amsterdam Antlaşmasıyla madde numaralarında değişikliğe uğramıştır.

Lisbon Antlaşmasıyla ABA'nın adı aynı kalırken; ATA, ABİA olarak değiştirilmiştir. Lisbon Antlaşması ile Topluluk yerine Birlik kelimesi getirilmiş ve ABA md. 47 ile Birliğin tek bir tüzel kişiliğinin bulunduğu belirtilmiştir. Yine Birliğin ABA ve ABİA üzerine kurulduğu her iki antlaşmada da ifade edilmiştir (ABA md. 1/3, ABİA md. 1/2).

Nihayet Lisbon Antlaşmasıyla değiştirilmiş ve yeniden isimlendirilmiş olan ABİA'da; anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin düzenlemeler md. 101'de (eski ATA md. 81, Amsterdam Antlaşmasıyla değişmeden önce md. 85'ti); hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemeler ise md. 102'de (eski ATA md. 82, Amsterdam Antlaşmasıyla değişmeden önce md. 86'ydi) bulunmaktadır.

doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, hangi birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulunun iznine tabi olacağı Rekabet Kurulunun çıkaracağı tebliğle belirleneceği belirtilmektedir.

Yine RKHK'nın 10. maddesinde "Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi" başlığı altında yapılacak bildirim üzerine takip edilecek usul hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki; 7. madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurulun, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermesi ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda, yani Kurulun incelemeye almaya karar verdiği halde bu Kanunun ön araştırma yapılmasını düzenleyen 40. maddesiyle ispata ilişkin hükmü düzenleyen 59 uncu madde hükümleri uygulanır.

Yine RKHK'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında Kurulun, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmalarının bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanacağı da belirtilmiştir.

Kanun'un 11. maddesinde de bildirilmesi zorunlu birleşme ve devralmaların Kurula bildirilmemesi halinde nasıl bir yol izleneceği hüküm altına alınmıştır. Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurulun, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alacağı belirtilmiştir. İnceleme sonucunda;

a) Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin vereceği, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulayacağı,

b) Birleşme veya devralmanın 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 vereceği belirtilmiştir.

11. maddenin a bendinde, bildirim yapılmayan ancak 7/1. madde kapsamına da girmeyen birleşmeler için bildirimde bulunulmadığı için para cezası uygulanacağı belirtilmektedir. Bu hüküm, 2008 yılında 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle RKHK'da değişiklik yapılmadan önce para cezalarını düzenleyen md 16/1-c hükmüne dayanmaktaydı. Ancak RKHK'nın, para cezalarını düzenleyen 16/1. maddesinde, 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, birleşme ve devralmaların Kurula bildirilmemesi halinde idari para cezasına hükmedileceğine ilişkin "c" bendi değiştirilmiş ve aynı maddenin "b" bendinde, izne tabi birleşme ve devralmaların Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi Kanun'un bir maddesi, birleşme ve devralmalarda bildirimde bulunmamayı para cezası yaptırımına tabi tutmaktayken, bunun dayanağı olan hükümde yapılan değişiklikle, bildirimde bulunmama durumu değil, fakat izne tabi birleşme ve devralmaların izinsiz gerçekleştirilmesi durumu para cezası yaptırımına tabi tutulmaya başlanmıştır. Ancak md 11/a hükmü, bildirim tabi birleşme ve devralmaların bildirilmemesi üzerine para cezası verileceğini içeren ayrıca uygulanabilecek ve halen mevcut bir düzenlemedir.

Bildirimi zorunlu birleşme ve devralma işlemlerinin hangileri olduğunu da ayrıca tartışmak gerekmektedir. Öncelikle hangi tür birleşme ve devralmaların Kurula bildirilerek izin alınması gerektiği md. 7/2'nin göndermesiyle 1997/1 no'lu Tebliğ'in⁷² 2 ve 5. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerden 2. maddede, hangi durumların birleşme ve devralma olarak sayılacağı ve izne tabi olduğu, 5. maddede ise "Bildirim, bu Tebliğ'in 2. maddesi çerçevesinde birleşme veya devralma sayılan halleri gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce" yapılır diyerek izne tabi birleşme ve devralmaları gerçekleştirenlerin bildirim yükümü bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Yine 5728 sayılı Kanunla RKHK'nın 16. maddesinde değişiklik yapılmadan önce de 2006/2 sayılı Tebliğ ile 1997/1 sayılı Tebliğin 5. maddesine eklenen son fıkrada, izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın gerçekleşmesi halinde Kanun'un 16/1-c hükmü uyarınca para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi RKHK'da 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "birleşme veya devralmanın ya da 4. maddenin kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde" idari para cezası uygulanacağına ilişkin madde bendi kaldırılmıştır. Dolayısıyla Kanunda ikili bir yapı olmuştur. Bildirime tabi birleşme ve devralmaların, md. 16/1 hükmünde yapılan değişiklik sonrası, bildirilmemesi üzerine para cezası, halen var olan md. 11/a hükmüne göre verilebilecektir. Danıştay da Kanun'da yapılan değişiklik sonrası, izne tabi birleşme ve devralmanın izin olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde para cezasına hükmedileceğine karar vermiştir⁷³.

Nihayet Kanun'un 16/1. maddesinin son cümlesinde birleşme işlemini gerçekleştirenlerin her birine, devralma işlemini gerçekleştirenlerden ise sadece devralana para cezasının verileceği belirtilmiştir. Ortak girişimlerde para cezasının kime verileceğine ilişkin ise açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁷² RG, 12.08.1997, S. 23078, 1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile değişik Tebliğ.

⁷³ Danıştay Onuüçüncü Dairesi, Esas No: 2007/4872, Karar No: 2010/9, Karar Tarihi: 05.01.2010, Bu çalışmada Danıştay kararları için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi).

5.3. Rekabet Kurulu Tebliğleri

Kanun koyucu, geçerlilik kazanabilmesi için bildirimde bulunulması gereken birleşme ve devralmalar için herhangi bir kriter belirtmemiştir. Bu konuda kural belirlemeyi Rekabet Kuruluna bırakmıştır. Kanun ifadesinden izne tabi birleşme ve devralmaları belirleme işleminde Rekabet Kurulunun münhasır bir yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu bu maddeye dayanarak birleşme ve devralmalarla ilgili iki tebliğ yayınlamıştır. Bu tebliğlerden ilki 1997/1 no’lu “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”, ikincisi 1998/4 no’lu “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kuruluna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁷⁴” dir.

5.3.1. 1997/1 No’lu, Rekabet Kurulundan İzin

Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

1997/1 no’lu Tebliğde birleşmeler hakkında, önce birleşme ve devralma sayılan haller başlığı altında 2. maddede, sonra birleşme ve devralma sayılmayan haller başlığı altında 3. maddede, son olarak da izne tabi birleşme ve devralmalar başlığı altında izin için gerekli eşik oran veya miktarı belirten 4. maddede düzenlemeler yapmıştır.

5.3.1.1. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller

1997/1 no’lu Tebliğ madde 2’de Birleşme ve Devralma Sayılan Haller olarak şunlar sayılmıştır:

a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.

b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi.

⁷⁴ 1998/5 no’ lu Tebliğle değişik, RG Tarihi ve Sayısı, T. 12.09.1998, S. 23461,

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

Aynı madde devamında, “Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir” denilerek kontrol kavramı için açık ve esnek sınırlar çizilmiştir.

Kontrol hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir. Bu madde hükmüne giren durumlar, RKHK madde 7 uyarınca birleşme ve devralma kabul edilip bu hallerde, 1997/1 no’lu Tebliğin 4. maddesindeki koşullara göre Rekabet Kurulundan izin alınması gerekmektedir.

Birleşme ve devralma sayılan hallere ve ortak girişimlere ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir.

5.3.1.2. Birleşme ve Devralma Sayılmayan Haller

Tebliğin 3. maddesinde, birleşme ve devralma sayılmayan hallerin varlığı halinde Kuruldan izin alınması gerekmediği belirtilmiştir. Bu haller;

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

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

c) Bu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi olarak sayılmıştır.

Tebliğ'in 3. maddesine göre gerçekleşen birleşme ve devralmalarda RKHK madde 7 uyarınca Kuruldan izin alınması gerekmeyecektir.

Yukarıda sayılan maddelerde görüldüğü gibi görünüşte bir birleşme ve devralma sayılan ancak rekabeti sınırlayıcı nitelikte ve bir ticari faaliyet sonucu olmayan bazı durumlar yoğunlaşma doğurucu işlem değildir. İşbu bu tarz birleşme ve devralmalar yoğunlaşma kavramının kapsamı dışında bırakılmakta ve rekabet kurallarının amaca uygun bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu kavram sınırlanmaktadır.

Öncelikle Tebliğin "a" bendinde, kendileri veya başkaları adına menkul kıymet alım satımıyla olağan işi olarak uğraşan teşebbüslerin yeniden satmak amacıyla aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarını menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamak şartıyla ve geçici olarak ellerinde bulundurmaları halinde yasak bir yoğunlaşma olmadığı kabul edileceği ve bunun sonucu olarak söz konusu devrin bildirim ve izne tabi olmayacağı belirtilmiştir. Metinde belirtilen menkul kıymet, Tebliğ'de tanımlanmamıştır⁷⁵. Yine Tebliğ'de menkul kıymet alım satımını olağan iş

⁷⁵ Menkul kıymete ilişkin tanım Sermaye Piyasası Kanunu md. 3/b'de bulunmaktadır. Buna göre menkul kıymet, ortaklık ve alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları kurulca (SPK) belirlenen kıymetli evraktır. Madde metninden de anlaşılabileceği gibi menkul kıymet bir kıymetli evrak türüdür ve belirtilen unsurları taşıması halinde menkul kıymet olarak nitelenir. Menkul kıymetlerin kaynakları Medeni Kanun, Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve diğer bazı kanunlar, SerPK' ya dayanarak SPK' nın düzenlediği tebliğler ve Bakanlar Kurulu kararlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2006, s. 25.

olarak yapan teşebbüsler muhatap alınmıştır. Tebliğin belirttiği diğer şartlardan olan geçicilik ifadesi için bir açıklık yoktur. 139/2004 sayılı AB Konseyi Birleşmeler Tüzüğü, madde 3/5-a’da bu süre bir yıl olarak belirtilmiştir.

Tebliğin “b” bendinde, bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından, tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle bir teşebbüsün Kanun gereği elde edilmesi düzenlenmiştir. Öncelikle Tebliğ metni çokça özensiz ve hatalıdır. Mesela tasfiyede tasfiye memuruna, iflasta iflas dairesine veya konkordatoda konkordato komiserine bir devir ve bunun sonucunda Tebliğ’in belirttiği gibi bir “elde etme” söz konusu olmayıp yerine göre denetim yerine göre de denetimle beraber tasarruf yetkisi tanınmaktadır. Bu durumda elde etme değil de kontrol ifadesi kullanılsaydı daha uygun olacaktı. Yine “kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi” ifadesi de hatalıdır. Mesela görevini icra ederken resmi bir organ sıfatını haiz konkordato komiserinin⁷⁶ ne böyle bir yetkisi ne de sıfatı bulunmaktadır. Bu halde de ‘kanunlarda öngörülen organ’ ifadesi tercih edilseydi daha uygun olurdu. Yine infisah eden bir ortaklık TTK md. 439 gereği doğrudan tasfiyeye gireceği için Tebliğ metninde ayrıca belirtilmesine gerek yoktu.

Nihayet Tebliğin 3. maddesinin “b” bendi; Tasfiye, İflas, Konkordato veya özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle Kanun gereği teşebbüsün kontrolünün Kanunlarda öngörülen organlar tarafından yüklenilmesi, şeklinde düzenlenebilirdi. Burada kontrol, bir kazanım olarak değil de bir kanuni vazife olduğu için kontrolün elde edilmesinden veya kontrolün kazanılmasında da bahsedilemeyecektir.

Tebliğin “c” bendinde ise temel insan haklarından olan ve Anayasa’nın 35. maddesinde ifade edilen miras hakkı dikkate alınarak, Kanun’da da belirtildiği gibi miras yoluyla gerçekleşen birleşme ve devralmalar yasak kapsamında birleşme ve devralmalardan istisna edilmiştir. 139/2004 sayılı AB Konseyi Birleşmeler

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 707.

Tüzüğü'nde ise miras durumunun yoğunlaşma kapsamı dışında olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Tebliğ ifadesine göre de Tebliğin 2. maddesinde belirtilen yasak kapsamında birleşme ve devralma sayılan hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi halinde bu durumların birleşme ve devralma sayılmayacağı belirtilmiştir. Miras durumunda, bir birleşme ve devralma, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığına veya hakim durum oluşup oluşmadığına bakılmaksızın yasak birleşme veya devralma olarak sayılmayacaktır.

5.3.1.3. İzin Alınması Zorunlu Birleşme ve Devralmalar

Rekabet hukukunda, bir birleşme veya devralma işlemi sonucunda ortaya çıkan işlemi gerçekleştiren teşebbüslerin, ekonomik ölçütleri belli seviyelerden yukarı olanlar doğrudan rekabet için tehdit olarak addedilip izne tabi kılınmıştır. Bu ölçütlerin altında kalan birleşme ve devralmalar ise bu izin kapsamına sokulmamıştır. Gerçekten bu tarz bir muafiyetin hem pratik açıdan hem de ekonomik açıdan faydaları olabilmektedir. Öncelikle her birleşme ve devralma işleminin Kurul önüne gitmesi, Kurulun incelemelerinin niteliğinin düşmesine ve incelemelerde bir tıkanıklığa neden olabilecektir. Yine ekonomik olarak da belirli eşiklerin altındaki birleşme ve devralma işlemlerinin rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayacağı varsayımından birleşme ve devralmaların olumlu yönleri ortaya çıkabilecektir. Bu da tabii ki piyasaya olumlu katkıda bulunacaktır. Ancak bu muafiyet mutlak değildir. Zira bu eşiklerin altında kalan işlemlerin, rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayacağı bir varsayım olup sadece izinsiz olarak yapılıp geçerlilik kazanmaları sağlanmaktadır. Bu anlamda Rekabet Kurulu tarafından verilecek izin konsantrasyona neden olan işlemin geçerlilik kazanabilmesi açısından tamamlayıcı unsur niteliğindedir⁷⁷. Rekabet üzerinde olumsuz etkileri söz konusu olması halinde, haliyle Kurul tarafından bu işlemin kaldırılması veya değiştirilmesi yaptırımı uygulanabilecektir.

1997/1 no'lu Tebliğin 2. maddesi uyarınca izne tabi birleşme ve devralmalar için eşik değer, 1998/2 no'lu Tebliğ ile değişik 4. maddede belirtilmiştir. Bu

⁷⁷ Sanlı, age., s. 342.

maddeye göre Tebliğ'in 2 nci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş milyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur⁷⁸. Tebliğ metninden de anlaşılabileceği gibi izin mecburiyeti için birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin piyasadaki toplam pazar payları veya toplam ciro miktarları olmak üzere iki kriter kabul edilmiştir. Bu iki kriterdeki eşiklerden birinin aşılması halinde söz konusu birleşme veya devralma izne tabi olacaktır. Yine madde metninden anlaşılabileceği üzere piyasadaki pazar payında ilgili ürün pazar payına bakılmakta, cirolarda ise teşebbüslerin tüm ciroları dikkate alınacaktır⁷⁹. Tebliğin 4. maddesinin 2. bendinde hesaplamaya esas olarak birleşme veya devralma işlemini gerçekleştiren teşebbüslerin kendi ciroları ve varsa bu teşebbüslerin dolaylı olarak da ilgili oldukları teşebbüslerin de ciroları dahil edilerek, birlikte toplam cirolarının veya pazar paylarının dikkate alınacağını hüküm altına alınmıştır.

Tebliğ'de öngörülen bu eşiklerin neye göre tespit edileceği hususunda, takip eden bentlerde, her bir sektör için ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu suretle yoğunlaşmanın gerçekleşebileceği çeşitli olasılıkların yaratacağı farkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁸⁰.

AB rekabet mevzuatında ise Birliğin ulusal üstü yapısı ve birleşme ve devralmalar için Birlik genelinde bir rekabet sınırlaması öngörüldüğü için Tebliğ hükümlerinden biraz farklı düzenlemeler söz konusudur. 139/2004 sayılı AB

⁷⁸ Fıkranın eski hali: "Bu Tebliğ'in 2 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının on trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur."

⁷⁹ Nurkut İnan, "Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları", Rekabet Bülteni, Sayı: 2, 2000, ESC Consulting, s. 18-22.

⁸⁰ Sanlı, age., s. 340.

Birleşmeler Tüzüğü'nün 1. maddesinde belirtilen kapsam dahilinde olan yoğunlaşmalar, ilgili teşebbüsün merkezi neresi olursa olsun AB hukukuna tabi olacak ve tüm Birlik boyutunda değerlendirilecektir. Birlik boyutuna ulaşmasa dahi yoğunlaşmanın, üye ülkeler arasında ticareti etkilemesi kaydıyla diğer bir ülkenin şikayeti üzere işlem, AB Komisyonu denetimine tabi olabilecektir. Yine Birlik boyutunda gerçekleşen bir yoğunlaşma ilgili devletin 'ayrılabilir piyasasında' etkili ise ve ülkenin bildirimi ile Komisyon, 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü md. 4/5 hükmüne göre, denetimi kendisi de devam ettirebileceği gibi ilgili ülkenin rekabet kurumlarına da tevdi edebilir. Yine Tüzük md. 9/2 ve 9/3'e göre, 'ayrılabilir piyasa', ancak Avrupa Birliği'nin önemli bir kısmını oluşturmayan coğrafyalar olarak kabul edilmektedir.

Yoğunlaşma işleminin Birlik boyutunda olup olmadığının tespit edilmesi için ise, 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü md. 1/2'ye göre, öncelikle ilgili teşebbüslerin dünya çapında toplam cirolarının 5 milyar Euro'dan fazla olması ve en az iki ilgili teşebbüsün topluluk çapındaki ciroları toplamının 250 milyon Euro' dan fazla olması, ancak her bir ilgili teşebbüsün topluluk çapındaki cirosunun üçte ikisinden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi kaydıyla topluluk boyutunda bir yoğunlaşma olduğu kabul edilecektir. Teşebbüsler bu eşikleri karşılayamıyorsa Tüzük md. 1/3'e göre, topluluk çapındaki toplam cironun 2/3'ten fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi kaydıyla ilgili teşebbüslerin Dünya çapındaki cirolarının 2.5 milyar Euro'dan, en az üç üye devletin her birindeki toplam cirolarının 100 milyon Euro'dan, en az üç üye devletteki toplam cironun hesabına dahil edilen ilgili teşebbüslerden en az ikisinin toplam cirosunun 25 milyon Euro'dan fazla olması, ayrıca en az iki ilgili teşebbüsün her birinin topluluk çapındaki cirolarının 100'er milyon Euro'nun üzerinde olması halinde yine topluluk boyutunda bir yoğunlaşma varlığı kabul edilecektir. Bu ifadeden de anlaşılabileceği gibi 139/2004 sayılı Tüzük piyasa payına ilişkin bir oran öngörmemiş ve sadece ciroları dikkate almıştır. Avrupa' da yerel düzeydeki düzenlemelerde ise bazen pazar payının bazen cironun bazense her ikisinin birlikte esas alındığı görülmektedir⁸¹. 1997/1 no'lu Tebliğ, piyasa payı ve yerellik bakımından 139/2004 sayılı Tüzükten farklılık

⁸¹ Sanlı, ae., s. 375.

göstermektedir. Doktrinde, piyasadaki pazar paylarının hesaplanması çok zor ve sübjektif bir analiz gerektirdiğinden eşik değer olarak sadece ciro kavramının uygulanması gerektiği düşünülmektedir⁸². Ciroların hesaplanması açısından ise ilgili ürün pazarındaki ciroların değil de toplam ciroların hesaplanmasının, diğer alanlarda çok güçlü olan bir teşebbüsün gücünü kullanarak ilgili piyasada tahakküm kurma ihtimalinin ortadan kaldırılması bakımından doğru bir tercih olacağı düşünülmektedir⁸³.

5.3.2. Özelleştirme Yoluyla Birleşmelerin Geçerlilik

Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna

Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin

Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar

Hakkında 1998/4 no’lu Tebliğ

Özelleştirme, sermaye şirketine dönüştürülen veya esasen sermaye şirketi olan kamu işletmelerinin hisse senetlerinin halka, özel kişi ve kuruluşlara satışı olarak tanımlanmaktadır⁸⁴. Piyasa ekonomisini güçlendirmek amacıyla yapılan özelleştirmelerde, kamu teşebbüslerinin sahip olduğu ayrıcalıkların özel teşebbüslere tanınması, kamu teşebbüslerinin haiz olduğu hukuki veya fiili imtiyazların devralan teşebbüse de tanınması özel tekellerin oluşması sonucunu doğuracaktır⁸⁵. Dolayısıyla böyle olumsuzlukların ortaya çıkmasını engellemek için rekabet piyasasında oluşacak sonuçlar düşünülerek ve denetlenerek özelleştirmelerin yapılması gerekmektedir.

⁸² Serap Zuvin, Tolga İşmen, “**Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması**”, Rekabet Bülteni, S. 3, ESC Consulting, 2000. s. 29-33.

⁸³ Gülperi Yörüker, **Türk Rekabet Hukuku**, Rekabet Bülteni, S. 3, ESC Consulting, 2000, s. 23-26.

⁸⁴ P. Pınar Eryürekli, **AB Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi**, T.C: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü Yayın No: 50, Ankara, 1999, s. 89

⁸⁵ İ. Hakkı Karakelle, **Birleşme ve Devralma İşlemlerine Yönelik Rekabet Kurumu Uygulamaları**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Aylık Konferansı, 08.04.1999, s. 32

4054 sayılı RKHK’ da özelleştirmelerle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Kanun’un birleşme devralmalara ilişkin 7. maddesinde teşebbüsler için kamu veya özel teşebbüs ayrımı yapılmaması ve rekabet hukukunun amaçları çerçevesinde RKHK’ nın özelleştirmeler için de uygulanabileceği sonucuna ulaşabiliriz. Özelleştirmeler için yine Özelleştirmeler Kanunu’nda da düzenlemeler mevcuttur. Bu Kanunla Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Özelleştirme Yüksek Kurulu kurulmuştur. Özelleştirme Kanunu’nun mülga 16. maddesinde, rekabeti bozabilecek ve tekelleşmeye neden olabilecek birleşme ve devralmalar hakkında gerekli önlemlerin alınması yetkisi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’ na verilmişti. Ancak daha sonraki tarihli olan RKHK’nın hükümlerinin ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan 1998/4 no’lu Tebliğ’in 4046 sayılı Kanunla paralel düzenlemeler içermesi nedeniyle ortaya iki yetkili kurum çıkmış ve hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda tereddüde düşen Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Danıştay’a başvurmuştur. Danıştay, rekabetin korunması alanını yeniden düzenleyen ve sonradan yürürlüğe giren bir genel kanun olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un, daha önce aynı alanda düzenleme yapan 4046 sayılı Özelleştirmeler Kanunu’nun 16. maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı ve bu nedenle özelleştirme uygulamaları sonucunda özelleştirilen kuruluşlara da 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁶. Nihayet 5398 sayılı Kanunla⁸⁷ bu dağınıklık ortadan kaldırılmış ve 4046 sayılı Kanunun 16. maddesi ilga edilmiştir.

İhalelerde hangi teşebbüsün ihaleyi kazanacağı önceden belli olmadığı için ihaleye katılan teşebbüslerin bütün hepsinin Kurula bildirimde bulunması ve izin alması gibi bir durum söz konusu olabilecektir. Böyle bir durum elbetteki gereksiz birçok işleme neden olacağı için özelleştirme yoluyla birleşme ve devralmalar için özel bir usulün getirilmesi daha uygun olacaktır⁸⁸. Bunun için Rekabet Kurumu 1998/4 no’lu Tebliği çıkarmıştır. Bu Tebliğde değişiklik yapan 1998/5 no’lu Tebliğle

⁸⁶ Danıştay 1. Dairesi, , E:995/3, K:995/153, Karar T: 14.07.1995.

⁸⁷ 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. Sayısı: 25882, R.G. Tarihi: 21.07.2005

⁸⁸ Turgut Tan, “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurulu’ nun Yeri”, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, s. 30, 5.11.1999, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını.

Özelleştirme İdaresiyle birlikte diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirler de Tebliğ kapsamına sokulmuştur.

Bu Tebliğde; amaç, kapsam, ön bildirim tabi özelleştirme yolu ile devralmalar, ön bildirimlerde takip edilecek usul, izin başvurusuna tabi özelleştirme yolu ile devralmalar, izin başvurularında takip edilecek usul ve diğer hükümler düzenlenmiştir.

Tebliğin 1. maddesine göre amaç “... Özelleştirme İdaresi ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirlerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esasları belirlemek⁸⁹”tir.

Tebliğin 2. maddesinde de kapsam, “bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçların tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devri bu Tebliğ hükümlerine tabidir” denilerek belirtilmiştir. Bu ifadeden kontrolün elde edilmiş olması veya mal ya da hizmet üretimine yönelik birimlerin devri hallerinin bu Tebliğ kapsamına girdiğini anlayabiliriz. Aynı maddenin 2. fıkrasında da kapsam dışında kalan özelleştirmeler belirtilmiştir. Buna göre;

- Mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler,
- Mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan gayrimenkullerin devri,
- Yurt dışı sermaye piyasalarında satışlar,
- Halka arz,
- Sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak kaydı ile süresi 3 yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar,

⁸⁹ Fıkranın eski hali: Bu Tebliğ’in amacı, 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7 nci ve 27nci maddesinin (f) bendi uyarınca, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca gerçekleştirilecek devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esasları belirlemektir.

- Çalışanlara devirler,
- Borsada normal ve/veya teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışlar,
- Menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar.

Kurul, görüldüğü gibi çalışanlara devri de kapsam dışında tutmuş ve bunun ne anlama geldiğini 3. fıkrada belirtmiştir. Buna göre, bu Tebliğ uygulamasında, kontrolün açıkça özelleştirilecek teşebbüsün çalışanlarında ve/veya emeklilerinde olacağı ortak girişim ve sair organizasyonlara satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruf yöntemlerinden herhangi birinin veya birkaçının birlikte uygulanması ile yapılan devirler çalışanlara devir olarak kabul edilir.

Kurulun, Tebliğ kapsamına giren birleşme ve devralmalar için Tebliğin 4. maddesinde öngörülen ihaleye çıkmadan önce görüş bildirme ve ardından 5. ve 6. maddelerinde öngörülen şekilde izin başvurularını değerlendirme görevleri vardır. Tebliğin 4. maddesine göre, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca Rekabet Kurumuna, Rekabet Kurulunun görüşü alınmak üzere ön bildirimde bulunulur. Tebliğin 5. maddesinde de; bu Tebliğ uyarınca Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde ve ön bildirimde tabi olmamakla birlikte bu Tebliğ kapsamında olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25 milyon Türk Lirasını aşması halinde; devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınması zorunlu olduğu belirtilmektedir. Tebliğin 6. maddesinde de Rekabet Kurumuna izin başvurusu, Özelleştirme Yüksek Kurulunun nihai devir işlemine ilişkin kararından önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Özelleştirme Yüksek Kuruluna sunacağı Özelleştirme Yüksek Kurulu karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar şeklinde yapılacağı belirtilmiştir.

5.4. 4054 sayılı RKHK ve 1997/1 No’lu Tebliğ Işığında

Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)

5.4.1. Bağımsız İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi

Birleşmeler hakkında yukarıda⁹⁰ açıklamalarda bulunulduğu için burada konu tekrar edilmeyecektir. RKHK’nın birleşme ve devralma işlemlerini gerçekleştirebilecek özne olarak aldığı teşebbüs kavramına değinilecektir.

5.4.1.1. Teşebbüs

RKHK rekabette özne olarak teşebbüs ifadesini kullanmıştır. Kanun’daki teşebbüs kavramının ne ifade ettiğini yine RKHK’nın 3. maddesi tanımlar kısmında belirtmektedir. İlgili maddede teşebbüs; piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade etmektedir. RKHK’nın tanımından teşebbüsün, TTK’ da düzenlenen ticari işletmelerden⁹¹ ve Ticaret Sicil Nizamnamesinde tanımlanan⁹² ticari işletme kavramından daha geniş tanımlandığı anlaşılmaktadır⁹³. Bu farklılık yukarıda değinildiği gibi rekabet hukukunun sosyal pozisyonu sonucu, meselelere yaklaşımının ekonomik olmasından kaynaklanmaktadır. Her işletme bir teşebbüs olabilir, ancak rekabet hukukuna özel anlam taşıyan teşebbüs, bir işletme olmayabilir⁹⁴. Ancak doktrinde RKHK anlamında teşebbüsle, ticari işletmenin aynı anlama geldiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır⁹⁵. Doktrinde teşebbüs, “üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar

⁹⁰ Bkz. bu çalışmada s. 14 vd.

⁹¹ TTK’ da ticari işletme tanımı yapılmamıştır. Sadece 11-12 ve 13. maddelerinde hangi kuruluşların ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir.

⁹² 08.02.1957 tarih ve 9530 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Ticaret Sicili Nizamnamesi

⁹³ Ticari işletme kavramı için bkz. Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Dokuzuncu Tıpkı Baskı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 2005, s. 19 vd.

⁹⁴ Arıcı, age., 14.

⁹⁵ İ. Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, Mevci Ergün, **İşletme Hukuku**, Ekin, Bursa, 2002, s. 3.

verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁶. Teşebbüs için rekabet hukukunun konusuna uygun, esnek bir çerçeve tanım vermek gerçekten zordur.

Teşebbüsler için RKHK md. 3 metninden de çıkarılabileceği gibi şekli ölçüt ve fonksiyonel ölçüt olmak üzere iki ölçüt bulunmaktadır. Piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma gibi ekonomik faaliyette bulunmak fonksiyonel ölçütken; bağımsız karar verme ve ekonomik bütünlük oluşturma şekli ölçüt olarak kabul edilir⁹⁷.

5.4.1.2. Teşebbüsler İçin Ölçütler

Şekli ölçütlere bakacak olursak rekabet hukuku anlamında bir teşebbüsten bahsedebilmek için iktisadi faaliyet gösteren ve bağımsız karar verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı gerekmektedir. Buradan RKHK’nın ekonomik bütünlük ilkesini benimsediği, dolayısıyla yavru şirketlerin tek başına değil de bağlı oldukları şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Birleşme ve devralmaların tanımında olduğu gibi bağımsızlıkta da rekabet hukuku anlamında bağımsızlık için aranan koşullarla ticaret hukuku anlamında bağımsızlık için aranan koşullar birbirinden farklıdır. Zira rekabet hukuku anlamında bağımsızlık için ekonomik bağımsızlık şartken, Ticaret Hukuku anlamında bağımsızlık için hukuki bağımsızlık esastır. Bir teşebbüs, iktisadi faaliyeti olmakla beraber kararlarını başka teşebbüsün kontrol veya yönlendirmeleri sonucu alıyorsa, yön veren teşebbüsle aynı ekonomik birim olarak değerlendirilip ana teşebbüsle birlikte tek teşebbüs olarak kabul edilecektir. Gerçekten Rekabet Kurulu, ilkin hukuki bağımsızlık arayan bir yorumla karar vermiş⁹⁸, ancak daha sonraki tarihli kararlarında bu düşüncesinden dönerek ekonomik bağımsızlığı temel alan kararlar vermiştir⁹⁹. AB rekabet

⁹⁶ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 47.

⁹⁷ Karar Sayısı:01-12/114-29, Karar Tarihi 13.03.2001,

⁹⁸ Karar Sayısı: 42/278-23, Karar Tarihi: 10.12.1997, <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi)

⁹⁹ Karar Sayısı: 99-12/93-35, Karar Tarihi: 03.03.1999, Bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 544.

hukukunda da bağımsızlık için hukuki anlamda bağımsızlık değil ekonomik anlamda bağımsızlık gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁰.

RKHK anlamında teşebbüs kapsamına kamu teşebbüsleri ile kendisine özel inhisari veya imtiyazlı haklar tanınmış teşebbüsler de dahildir. Teşebbüs olarak nitelemeye hukuki şekil ve faaliyet türü önemli değildir. Bir kamu tüzel kişisi olan Eti Holding A.Ş. Rekabet Kurulu ve Danıştay tarafından teşebbüs olarak kabul edilmiştir¹⁰¹. Yine Türkiye Futbol Federasyonu’nun teşebbüs olup olmadığına ilişkin değerlendirmede Kurul, TFF’ nin teşebbüs olduğuna oy çokluğuyla karar vermiştir¹⁰². Doktrinde, Kanun’un sadece özel teşebbüslere uygulanabilecek şekilde kaleme alındığı, dolayısıyla bizzat kendisi teşebbüs niteliği taşımayan kamu tüzel kişilerine uygulanmayacağı, bunun da rekabet hukukunun amacına aykırı olduğu düşünülmektedir¹⁰³. Kanun metninde bir ayırım yapılmamakla birlikte kapsamı çizen 2. maddenin gerekçesinde kamu teşebbüslerinin de özel teşebbüsler gibi RKHK kapsamında olduğu belirtilmiştir. Buna göre özel teşebbüslerden farklı uygulama olmadan kamu teşebbüsleri de RKHK hükümlerine tabi olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki teşebbüs niteliği bulunmayan kamu kuruluşları bu Kanun kapsamında olmayacaktır. Nihayet Milli Emlak Genel Müdürlüğü’nün RKHK anlamında bir teşebbüs olmadığı ve bu idarenin yapacağı işlemin Kanun kapsamı dışında kalacağına ilişkin bir Kurul kararını Danıştay 10. Dairesi Kanuna aykırı bulmamıştır¹⁰⁴. RKHK’ nın dayanağı olan Anayasa’nın 167. maddesinde “devletin piyasada fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkan tekelleri önleme görevi” hüküm altına alınmış olup aynı maddenin gerekçesinde önleme görevinin hem özel hem kamu kesimi için olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine ABİA md. 110’da üye ülkeler kamu teşebbüslerine de rekabet kanunlarını uygulamakla yükümlü tutulmuştur.

¹⁰⁰ Korah, , age., s. 42-44.

¹⁰¹ Kurul Kararı, Karar Sayısı: 00-1/2-2, Karar Tarihi: 04.01.2000; Danıştay Kararı, Onuncu Daire, E:1999/1253, K:2001/3, Karar Tarihi: 09.01.2001 tarihli karar.

¹⁰² Karar Sayısı:01-07/62-19, Karar Tarihi: 06.02.2001.

¹⁰³ Ateş Akıncı, “**Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış**”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’ un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 51-65.

¹⁰⁴ Danıştay 10. Dairesi, 09.01.2001 tarih ve E: 1999/618, K: 2001/2 no’ lu dosya

Nihayet Kanun’da muhatap olarak, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütünlük teşkil eden birimler olan teşebbüsler belirtilmiştir. Bu ifadeden gerçek veya tüzel kişiliği olmayan birimlerin de rekabeti sınırlayabileceği anlaşılmaktadır. Ancak rekabetin ihlal edilmesi halinde gerek soruşturmaya başlanması için Kurul, gerekse idari para cezalarını düzenleyen RKHK md. 16 gerekçesi, hukuki kişiliği dikkate almıştır. Kurul, BİAK kararında tüzel kişiliği bulunmayan BİAK’ a karşı soruşturma açmamış, BİAK’ı oluşturan teşebbüs ve teşebbüs birliklerine karşı soruşturma başlatmıştır¹⁰⁵. Bu karar Kurulun idari para cezaları açısından hukuki kişiliğe önem verdiğinin bir göstergesidir¹⁰⁶. Yine Kanun’un idari para cezalarını düzenleyen 16. maddenin gerekçesinde “...Para cezaları teşebbüs niteliğindeki gerçek kişilere, tüzel kişilikte tüzel kişiliğe, tüzel kişiliği olan teşebbüs birliklerinde tüzel kişiliğe, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliklerinde bu birliği oluşturan üyelere verilir...” denilmektedir. Avrupa rekabet uygulamasında da Avrupa Birliği Komisyonu kararlarında uygulamada ortaya çıkabilecek muhtemel problemleri önleyebilmek için genelde tüzel kişiliği haiz teşebbüslere yaptırım uygulamaktadır¹⁰⁷.

5.4.2. Herhangi Bir Teşebbüs veya Kişinin Diğer Bir Teşebbüsün Malvarlığını ya da Ortaklık Paylarının Tümünü yahut Bir Kısımını veya Kendisine Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçları Devralması veya Kontrol Etmesi (Devralmalar)

RKHK ve Tebliğ hükümlerinden devralmalar için üç ayrı durumun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar malvarlığının, ortaklık payının ve yönetimde

¹⁰⁵ Kurul Kararı, Karar Sayısı:99-13/99-40, Karar Tarihi:04.03.1999.

¹⁰⁶ İ. Yılmaz Aslan, “Rekabet Kurulunun BİAK Kararı üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, Sayı: 2, 2000, s. 10.

¹⁰⁷ Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 130.

hak sahibi olmaya yetkisi veren araçların devridir. Rekabet hukuku bakımından kısmen veya tamamen devir önem taşımamaktadır. Zira önemli olan kontrolün değişmesidir. Tebliğ hükmünde kullanılan “kontrol etme” kavramı RKHK’daki devralma ifadesine göre daha geniş anlamlar taşımaktadır. 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü ise sadece kontrolün kazanılması, devralınması ifadesini kullanmaktadır. Görüldüğü üzere rekabet hukukunda devralmadan bahsedebilmek için mutlaka devre konu teşebbüse ait malvarlığı devri aranmamakta, bir teşebbüsün yönetiminde etkili olma imkanı veren araçların kontrolü de devralma olarak sayılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken kavram öncelikle kontrol kavramıdır. Kanun’daki devralma ifadesinden ve 1997/1 no’ lu Tebliğ’den anlaşılması gereken “ekonomik kontrolün” ele geçirilmesi olmalıdır. Gerçekten 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü md. 3/1-b “...halihazırda bir veya daha fazla teşebbüsü kontrol eden bir veya birden çok kişinin veya bir veya birden çok teşebbüsün, başka bir veya birden fazla teşebbüsün, hisselerini veya malvarlığını satın almak suretiyle, sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde kısmen veya tamamen doğrudan veya dolaylı olarak kontrolü ele geçirmesi” halinde yoğunlaşma gerçekleşeceği belirtilmiştir.

1997/1 no’ lu Tebliğ’de kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir. Yine kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir. Tebliğ metninin ifadesinden de anlaşılabileceği gibi bir teşebbüs üzerindeki kontrol, tek başına (sole) elde edilebileceği gibi ortak bir kontrol (joint control) de söz konusu olabilmektedir.

Kanun ve Tebliğ hükümlerinde bazı ifade yanlışlıkları söz konusudur. Şöyle ki herhangi bir kişinin başka bir teşebbüsün malvarlığını veya ortaklık paylarının tamamını veya bir kısmını devralması veya kontrol etmesi halinde de bu devir, Tebliğ’de belirtilen eşikleri aşıyorsa bildirim ve izin mecburiyeti gerektiği anlaşılabilecektir. Yine herhangi bir teşebbüs ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığı veya ortaklık paylarının bir kısmını devralması veya kontrolünü elinde bulundurması halinde teşebbüsün kontrolü bakımından bir değişiklik yaratmasa dahi yine devir veya kontrol, Tebliğin belirttiği eşikleri aşması halinde bildirim ve izne tabi olacağı düşünülebilecektir. Örneğin bir vatandaşın Ziraat Bankası’ndan 150 adet hisse senedi alması halinde banka tek başına ciro ve pazar payı eşiklerini aştığı için bankanın kontrolünde bir değişiklik olmadığı halde bu işlem bildirim tabi olmamalıdır¹⁰⁸. Gerçekten bazı hisselerin devrinde teşebbüsün kontrolünde bir değişiklik olmuyorsa bu rekabet hukuku anlamında bir birleşme veya devralma sayılmamalı ve bu nedenle de izin alınması da gerekmez¹⁰⁹.

Malvarlığının devrinde, TTK anlamında bir devralma aranmamaktadır. Hukuksal devralma şart olmayıp malvarlığının fiilen devralınması halinde de diğer koşullar da oluşursa söz konusu devralma yasaklanır. Gerçekten Kurul da birçok kararında malvarlığı devrini devralma olarak kabul etmiş ve incelemeye almıştır¹¹⁰. Yine bu devralmalar işletilebilir malvarlıklarının devralınması şeklindedir. İşletilmeye müsait olmayan bir malvarlığının devri devralma olarak kabul edilemez ve izne tabi değildir. Örneğin bir teşebbüse ait olan boş bir arazinin devri birleşme ve devralma olarak kabul edilemez¹¹¹.

Ortaklık payının devrinde, herhangi bir kişi veya teşebbüsün diğer bir teşebbüsün ortaklık paylarını tamamen veya kısmen devralması söz konusudur. Ortaklık payının devri her bir ortaklığa göre farklılık arz etmektedir. Bu anlamda

¹⁰⁸ İnan, Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, s. 20.

¹⁰⁹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, sh 555.

¹¹⁰ Aslan, ae, s. 540.

¹¹¹ İnan, Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, s. 19.

ortaklık payının devrinin geçerli olabilmesi için pay devri işleminin TTK hükümlerine uygun yapılmış olması gerekmektedir.

Yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devrinde, bu devir her ne şekilde olursa olsun, teşebbüslerin karar mekanizmasında istenilen kararları çıkarmaya yetecek şekilde ise yasaktır. Yönetimde hak sahibi olma yetkisi verecek araçların neler olduğu Tebliğ’de tahdidi sayılmamıştır. Bu nedenle teşebbüs yönetiminde belirleyici etki yaratabilecek her türlü işlem kontrolün elde edilmesine esas olabilir. Bu araçlara aslında yukarıda belirtilen kontrolün elde edilmesini sağlayan sebepler de dahildir. Diğer araçlardan birisi olarak, şirket organlarında temsil edilme hakkı verilen ortaklık paylarının edinimi halidir. Bu durumda şirket organlarında temsil edilme hakkı şirket ana sözleşmesiyle belirli pay ya da paylara tanınmış olabilir¹¹². Bir diğer araç olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan oyların belli bir yönde kullanılması veya kullanılmaması veya çekimser kalınmasını öngören oy sözleşmelerini kabul edebiliriz¹¹³. Bunların yanında, oyda imtiyaz veya veto hakkı kullanmada imtiyaz, önleyici azınlık hakkı, ya da devralan teşebbüse yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı gibi araçları da sayabiliriz¹¹⁴.

Bir teşebbüs üzerinde kontrol, belirleyici etki sağlamaya yarayan hakların yanında sözleşmeler yoluyla veya başka şekillerde meydana getirilebilir. Bunlara örnek olarak “Hakimiyet Sözleşmeleri” veya “Yönetim Sözleşmeleri” gösterilebilir¹¹⁵. Gerçekten Tebliğ’de belirtilen kontrolü elde etme tahdidi olarak düzenlenmeyip başka araçlarla diyerek örneklendirdiği için hukuksal olarak kontrol olanağı bulunmasa bile fiilen bir kontrol gücü söz konusuysa yine kontrolün varlığı

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Abuzer Kendigelen, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, 1. Bası, Beta Yayınevi, 1999, , s. 213.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan Moroğlu, **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 4 vd.

¹¹⁴ Erdem, age., s. 10.

¹¹⁵ Hakimiyet Sözleşmeleri için ayrıntılı bilgi bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 167 vd.; Yönetim Sözleşmeleri için ayrıntılı bilgi bkz. Turgut Öz, **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, Kazancı Kitap A.Ş., İstanbul, 1997.

kabul edilecektir. Ayrıca sadece teşebbüsün yıllık raporlarını veto edebilme yetkisine sahip olabilme veya sadece hasılat üzerinden bir ortaklığın söz konusu olduğu ve sessiz ortaklık olarak tanımlanan bir ortaklık ilişkisi bulunması durumunda kontrole sahip olduğundan bahsedilemeyecektir.

Yine kontrolün fiilen söz konusu olmadığı ancak olma ihtimalinin olduğu hallerde kontrolün elde edileceği Avrupa Komisyonunun Birleşik Duyurusunda belirtilmiştir¹¹⁶. Buna karşın Rekabet Kurulu, ileride gerçekleşebilecek bir hisse devrini içeren opsiyon sözleşmesi için henüz bir devrin olmadığı, ileriki bir tarihte opsiyon hakkının kullanılması halinde gerekiyorsa bildirim tabi olacağı, dolayısıyla şu anda bir değerlendirmeye gerek olmadığına karar vermiştir¹¹⁷.

5.4.3. Rekabeti Sınırlayıcı Amacı veya Etkisi Olmayan Ortak Girişimler

Ortak Girişimler, Tebliğ'e göre birleşme ve devralma sayılan durumlardan üçüncüsü olarak sayılmıştır. Yani yoğunlaşmaların görünüş şekillerinden üçüncüsü ortak girişimlerdir. Ortak girişim ticari hayatta son yıllarda oldukça sık rastlanan bir ortaklık türüdür. Bunun nedeni; bu tarz bir işbirliği ya da birleşme modelinin, ortak girişime taraf teşebbüsler arasındaki işbirliğinde esnekliği sağlaması, bu modelin çözülme ve tasfiyesinin hukuki birleşmelere nazaran daha kolay olması ve ticari hayatın istediği çabukluğu sağlaması gibi pratik faydalarının yanında ticari riskin¹¹⁸ de paylaşılarak azalmasında oynadığı roldür¹¹⁹.

¹¹⁶ Birleşik Duyuru P. 21. Duyuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. bu çalışma 133 no'lu dipnot.

¹¹⁷ Karar Sayısı: 01-06/54-17, Karar Tarihi: 30.01.2001; Karar Sayısı: 05-39/529-130, Karar Tarihi: 13.06.2005

¹¹⁸ İngilizce kelime anlamı olarak, venture: macera, risk anlamındadır. Joint Venture'u risk birlikteliği olarak çevirebiliriz. Bkz. Nami Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşmeler**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 236; Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 32.

¹¹⁹ Lerzan Kayıhan, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 10.

5.4.3.1. Tanım

Bu oluşumların herhangi bir yasal düzenlemenin münhasıran konusunu oluşturmaması ve çok farklı amaç ve şekillerde ortaya çıkması, bir tanımlama yapılmasını güçleştirmektedir¹²⁰. Gerçekten ortak girişimler için bir sınırlama olmayıp, bir ortak girişimin konusu hukuka aykırı olmamak kaydıyla, dağıtım, pazarlama, üretim gibi herhangi bir düzlemde ve inşaat, finans, araştırma-geliştirme (ar-ge) gibi herhangi bir konu olabilir¹²¹. Yine bir ortak girişim hukuki kişilik sahibi olabileceği gibi hukuki bir kişilik taşımadan da oluşturulabilir. Doktrinde bir tanım yapılmasının güçlüğündeki fikri birlik, tanımlama yaparken kaybolmaktadır. Yapılan tanımlamalardaki farklılıklar meselenin ne kadar belirsiz ve geniş olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır¹²². Bu tanımlardan biri; müşterek teşebbüs ortaklığı (joint venture), iki veya daha fazla hukukî ve iktisaden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken beli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır¹²³ şeklindedir. Diğer bir tanım ise joint venture, hukukî ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır¹²⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Nihayet bir başka tanım da joint venture, biri yabancı diğeri yerli, en az iki şirketin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ortak bir iş tehlikesini birlikte üstlenerek bir taahhüt işini, bir yatırımı birlikte hareket etmek ve işbirliği yapmak

¹²⁰ Sanlı, age., s. 332; Kemal Dayınlarlı, **Joint Venture Sözleşmesi**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 54-55; Barlas, age., s. 236; Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, **“Joint Venture”**, Karayalçın’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 150.

¹²¹ Tekinalp/Tekinalp, **Joint Venture**, s. 158.

¹²² Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 618.

¹²³ İbrahim Kaplan, İnşaat sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara, 1994, s. 6.

¹²⁴ Barlas, age., s. 237.

üzere kurdukları sözleşmedir¹²⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi tanımlar birbirinden farklı olup her biri, joint venture'un ayrı noktaları üzerinde durmuşlardır. Dolayısıyla bir işbirliğinin ortak girişim olup olmadığının tespiti her olayın özelliği ve niteliği dikkate alınarak tespit edilmelidir¹²⁶. Yine ortak girişimler farklı görünüm biçimleriyle farklı ihtiyaçları karşılamakta ve söz konusu ihtiyaçlar ortak girişimin hukuki niteliği ve yapısını belirlemektedir.¹²⁷ Ortak girişimler değişik bakış açlarına göre farklı türlere ayrılmaktadır¹²⁸. Bu ayrımlardan en belirgin olanı¹²⁹ ve daha hukuksal değer taşıyanı¹³⁰ yapısal bakımdan yapılan ayrımdır. Bu ayrıma göre ortak girişimler salt sözleşmesel ortak girişim ve sermaye katılmalı ortak girişim olarak ikiye ayrılmaktadır. Salt sözleşmesel ortak girişim, tek bir işin veya geçici nitelikteki faaliyetlerin yürütülmesine yardım ederken; sermayeye katılmalı ortak girişimler, daha uzun vadeli ticari faaliyetlerin ortaklaşa yürütülmesine zemin oluşturur¹³¹.

Ortak girişimlere ilişkin Tebliğ düzenlemesi ise Tebliğin 2. maddesinin 3. bendinde, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimlerin, birleşme ve devralma sayılacağı şeklindedir. Metinden de anlaşılabilirliği gibi Tebliğ'de ortak girişimler için AB Birleşmeler eski Tüzüğü olan 4064/89 sayılı eski Tüzük'teki ilk düzenlemeye paralel biçimde, bir ortak girişimin konsantrasyon olarak kabul edilmesi hususunda biri olumlu, diğeri olumsuz, oldukça genel mahiyette iki koşul öngörülmüştür¹³². Olumlu koşula göre, bir ortak girişimin 7. madde anlamında bir birleşme veya devralma sayılabilmesi için, amaçlarını

¹²⁵ Şener Akyol, **Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Fasikül, İstanbul 1997, s. 59.

¹²⁶ Dayınlarlı, age., s. 56.

¹²⁷ Altay, age., s. 34.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, age., s. 38 vd.

¹²⁹ Altay, ae., s. 38.

¹³⁰ Barlas, age., s. 242-243.

¹³¹ Altay, age., s. 38-39.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan, age, s. 24 vd.; 4064/89 no' lu Tüzük, önce 1310/97 no'lu Tüzükle değiştirilmiştir. Ardından 139/2004 no'lu Tüzük 4064/89 no'lu Tüzüğün yerini almıştır.

gerçekleştirmek üzere gerekli işgücü ve malvarlığına sahip olarak bağımsız bir iktisadi varlık olması gerekmektedir. Olumsuz koşul ise ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması, yani taraflar arasındaki rekabetin koordinasyonu amacına hizmet etmemesi gerekmektedir. Olumlu ve olumsuz şart olarak belirtilen unsurlardan olumlu koşul, ortak girişimin yoğunlaşma yaratmaya yönelik tarafını; olumsuz koşul ise ortak girişimin, işbirliği yaratmaya yönelik olan tarafını ifade etmektedirler. Ancak bu, 4064/89 sayılı eski Tüzüğün ilk yaklaşımı olup, gerek bu Tüzüğün değiştirilmiş halinde gerekse 139/2004 sayılı yeni Tüzükte birlikte bu yaklaşım terk edilmiştir. 139/2004 sayılı Tüzük md. 3/4'teki ifadeye göre, ortak girişimler, tam işlevli ve kısmi işlevli olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. AB Komisyonu Birleşik Duyuru'sunun¹³³ ortak girişimlere ilişkin 4. bölümünde 92. paragrafta tam işlevli ortak girişim kavramını, sürekli temel işlevlerini yerine getirebilen kendi kendine yetebilen ekonomik varlığın karşıladığı belirtilmiştir.

Ortak girişimler adından da anlaşılabileceği gibi iki ya da daha fazla kişi ya da teşebbüs tarafından kontrol edilir. Girişimin hukuki şekli rekabet hukuku açısından önem taşımaz. Yukarıdaki tanımlardan bazı unsurlar tespit ederek bir çerçeve ortak girişim nitelemesi yapabiliriz. Öncelikle bu girişim üzerinde ortak bir kontrol olmalıdır. Gerçekten ortak girişimlerin birleşme ve devralmadan farkı, birleşme ve devralma halinde teşebbüslerden birinin kontrolü diğer bir teşebbüs veya kişinin eline geçmekte, ortak girişimde ise ortak bir kontrol söz konusudur. Yine bu kontrol 1997/1 no'lu Tebliğin 2. maddesinin ilk fıkrasının “b” bendinde belirtilen ortak kontrolün elde edilmesinden de farklıdır. Yukarıda açıklandığı¹³⁴ üzere herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma

¹³³ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/1), OJ C 95/1, 16.4.2008. Bu Duyuru, Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Duyuru (OJ c 66, 2.3.1998, s. 5), Tam İşlevli Ortak Girişimlere İlişkin Duyuru (OJ c 66, 2.3.1998, s. 1), İlgili Teşebbüs Kavramına İlişkin Duyuru (OJ c 66, 2.3.1998, s. 14) ve Eşiklerin Hesaplanmasına İlişkin Duyuru (OJ c 66, 2.3.1998, s. 25)'nin yerini almıştır.

¹³⁴ Bkz. s. 37.

yetkisi veren araçları kontrol etmesi tek başına sağlanabileceği gibi ortak bir kontrol şeklinde de olabilir. Ortak girişimin (joint venture) ortak kontrolden (joint control) farkı, yeni bir sözleşmeyle yeni bir girişim yaratılmasıdır diyebiliriz. Yine ortak girişimin, kontrol sahiplerinden bağımsız bir varlığı olmalıdır. Ortak girişimin ayrı bir ekonomik varlık olarak faaliyette bulunmasını sağlayacak kadar bir bağımsızlığının bulunması gerekmektedir¹³⁵. Aksi düşünce ortak girişimlerin, ortak kontrolle karıştırılmasına neden olacak ve zaten pek açık olmayan ortak girişim kavramını iyice karmaşık hale getirecektir. Son olarak da ortak girişimlerin iktisadi bir faaliyetin icrasına yönelik olmasını bir unsur olarak sayabiliriz. Bu faaliyette karın amaçlanıp amaçlanmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar ortak girişimin kar amacıyla faaliyet göstermesinin şart olmadığı¹³⁶, diğer bazı yazarlar ise karın amaçlandığı görüşündedirler¹³⁷.

Nihayet bir ortak girişimin sözleşmeyle kurulduğu ve bu sözleşmenin de şekle tabi bir sözleşme olmadığı yönünde doktrinde fikir birliği vardır. Yine bu sözleşmenin Borçlar Kanunu'nun 520 ve devamı maddelerinde yer alan Adi Ortaklık Sözleşmesi'nden farklı bir sözleşme olmadığı yönünde de doktrinde fikri bir birlik vardır¹³⁸. Dolayısıyla adi şirketin tarifini yapan BK madde 520' de bu akdin herhangi bir şekilde yapılacağına ilişkin şart konmadığı için ortak girişim sözleşmesi şekle tabi değildir. Meğer ki ortak girişim TTK hükümlerine tabi bir şirket olsun.

5.4.3.2. Ortak Girişimin Birleşme ve Devralma Sayılması

Ortak girişim anlaşmalarının rekabete her zaman zarar vereceği gibi mutlak bir durum yoktur. Yani rekabeti bozmayan ortak girişim anlaşması söz konusu olabilir. Rekabeti bozucu ortak girişimlerinse hangi rekabet kuralları kapsamına

¹³⁵ Aynı görüş için bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 624; Sanlı, age., s. 333. k.g. için bkz. Tekinalp/Tekinalp, **Joint Venture**, s. 156; Kaplan, age., s. 3.

¹³⁶ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 624; Sanlı, age., s. 333

¹³⁷ Tekinalp/Tekinalp, **Joint Venture**, s. 153; Kaplan, age., s. 7.

¹³⁸ Barlas, age., s. 239; Tekinalp/Tekinalp, **Joint Venture**, s. 155,157; Kaplan, age., s. 113; Dayınlarlı, age., s. 179; Akyol, age., s. 75.

gireceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi ortak girişimlerin çok farklı konu ve şekillerde karşımıza çıkması ve ortak girişim taraflarının çok farklı amaçlarına yönelik olması bu sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu anlamda bir ortak girişim sözleşmesi, RKHK madde 4 anlamında rekabeti sınırlayabileceği gibi, madde 7 anlamında da rekabeti sınırlayabilir. Dolayısıyla ortak girişimlerin madde 4 kapsamında mı yoksa madde 7 kapsamında mı değerlendirileceği sorundur. Bu sorunun çözümü için söz konusu ortak girişimin bir konsantrasyona (yoğunlaşmaya) mı yoksa koordinasyona (danışıklılığa) mı yol açtığına bakarak bir sonuca ulaşabiliriz¹³⁹. Bu değerlendirme her bir olay için ayrıca yapılmalıdır. Mesela ortak girişimin kurulduğu alanda tek bir teşebbüsün bulunması halinde bu durum, danışıklığa değil yoğunlaşmaya yol açar ve RKHK md. 4 kapsamında değil, md. 7 kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴⁰. Zira ortak girişimle ortak girişimi kuran ana teşebbüsler arasında faaliyet konusu bakımından işbirliği söz konusu olamayacaktır.

Ortak girişimler, önceden işbirliğine yönelik veya yoğunlaşmaya yönelik olmaları bakımından ikiye ayrılmaktaydı¹⁴¹. Ancak AB uygulamalarında, 4064/89 sayılı eski Birleşmeler Tüzüğü'nde yapılan değişiklikten sonra ve 139/2004 sayılı yeni Tüzükle birlikte tam fonksiyonlu ve kısmi fonksiyonlu ortak girişimler şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrıma göre herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın bütün fonksiyonlara sahip olarak devamlı bir şekilde faaliyette bulunan ve ekonomik olarak bağımsız olan ortak girişimler tam fonksiyonlu, kendilerini oluşturan teşebbüslere bağımlı ve sadece ana teşebbüslerin kendilerine verdikleri alanda faaliyette bulunan ortak girişimler ise kısmi fonksiyonlu ortak girişimler olarak tanımlanmaktadır¹⁴². 1997/1 no'lu Tebliğ halen zımnen işbirliğine yönelik,

¹³⁹ Sanlı, age., s. 335.

¹⁴⁰ Kayhan, age., s. 58.

¹⁴¹ 4064/89 sayılı Birleşmeler Tüzüğü'nün ilk hali bu şekilde ayırım yapmaktaydı. Tekinalp/Tekinalp, **AB Hukuku**, s. 40; Pınar Öztürk, **Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'lerin Değerlendirilmesi**, Oğuz İmregün' e Armağan, s. 512, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998

¹⁴² Tekinalp/Tekinalp, **Joint Venture**, s. 470.

yani koordinasyon sağlayıcı ve yoğunlaşmaya yönelik ayrımını ihtiva ettiği için biz de bu çalışmada Tebliği esas alarak ona göre konuyu inceleyeceğiz.

Bilindiği gibi ortak girişimler, 1997/1 no’lu Tebliğin 2. maddesinin 3. bendinde birleşme ve devralmalardan sayılmıştır. Bu metne bakacak olursak, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler birleşme ve devralma sayılacaktır. Bu ifadeden de anlaşılabileceği gibi birleşme ve devralma dışında tutulan ortak girişimler söz konusudur. Şöyle ki taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkileri olmayan ortak girişimlerin bu Tebliğ ve dolayısıyla RKHK madde 7 kapsamında olacağı anlaşılmaktadır.

Ortak girişim sözleşmesi, ana şirketler arasında koordinasyon, yani işbirliği yaratacak ve rekabeti kısıtlayıcı (yani yeni ayrıma göre kısmi fonksiyonlu) şekilde yapılmamalıdır. Eğer bu amaçla yapılırsa ortak girişim sözleşmesi, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları düzenleyen RKHK madde 4 anlamında “anlaşma” kapsamında değerlendirilir.

Yukarıda ortak girişimler için belirtilen olumsuz koşuldan da anlaşılabileceği gibi, taraflar arasındaki rekabeti koordine amaçlı olan ortak girişimler birleşme ve devralmalardan sayılmayacaktır. Bu durumda ortak girişimin rekabeti kısıtlaması halinde RKHK madde 4’ te belirtilen “anlaşma”lar kapsamında değerlendirilecektir.

Gerçekten piyasada rakip konumdaki teşebbüsler kuracakları ortak girişimle hem kendi aralarındaki rekabeti minimize edebilirler hem de müşterilere, diğer rakiplere yönelik avantajlar sağlayabilirler. Haliyle bu amaçlara yönelik sözleşmelerin RKHK’nın md. 4 hükmü kapsamına gireceği açıktır.

Bir ortak girişimin RKHK madde 7 kapsamında veya madde 4 kapsamında değerlendirilmesi birçok bakımdan farklılık yaratacaktır. Madde 4 kapsamında değerlendirilirse diğer teşebbüsler arası anlaşma durumlarında olduğu gibi, madde 7

kapsamında değerlendirilirse diğer birleşme ve devralmalarda olduğu gibi aynı prosedür uygulanacaktır. Öncelikle madde 4' ün getirdiği kriterlerin sağlanması madde 7' ye göre daha kolaydır. Ardından Rekabet Kurulunun meseleye müdahalesi de farklılaşacaktır. Madde 4' e göre sözleşmenin yürürlüğe girmesi için Kurula bildirim yapılması ve Kuruldan izin alınması gerekmez. Madde 7 kapsamında olan bir ortak girişim sözleşmesinin Kurula bildirimi yapılmadan ve Kuruldan izin alınmadan uygulanması halinde bu sözleşme geçerlilik kazanamaz. Yine madde 4 kapsamında bir ortak girişim sözleşmesi için her zaman Kurula başvurulabilir, madde 7 kapsamında ise bir kez izin alındıktan sonra bir daha söz konusu sözleşme Kurulun önüne gitmez.

5.5. 4054 sayılı RKHK ve 1997/1 no'lu Tebliğ Işığında Birleşme ve Devralmaların Hukuka Aykırılık Şartları

5.5.1. Hakim Durum Yaratılması veya Mevcut Hakim Durumun Güçlendirilmesi

Hakim durum, RKHK madde 3'te; belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Ancak bu gücün hangi ölçütlerle belirleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Avrupa Birliği rekabet uygulamasında da ABİA (eski ATA-Roma 2) Antlaşmasının 82. (eski 86.) maddesi ve 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü'nde hakim duruma ilişkin bir tanım olmamakla birlikte, Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı¹⁴³ kararlarında tanım için kıstaslar ortaya konulmuştur. Bu kıstaslar

¹⁴³ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (European Court of Justice of European Union/CJEU, Lisbon Antlaşmasıyla değişik ABA md. 13'te ismi ATAD'dan ABAD'a dönüştürülmüştür) yanı sıra (1989 yılında kurulan İlk derece (Bidayet) Mahkemesi (The Court of First Instance) bulunmaktaydı.

Lisbon Antlaşmasıyla değişik ABA md. 19'da Adalet Divanı'nın, Genel Mahkeme ve ihtisas mahkemelerini de içereceği belirtilmiştir. Yani İlk Derece Mahkemelerinin adı Genel Mahkeme olarak değişmiştir. ABAD'ın görevi Avrupa Antlaşmalarının hukuka uygun biçimde yorumlanması ve uygulanmasını sağlamaktır. Genel Mahkemenin (General Court) bakacağı davalar, ABİA md. 256'da

Türk rekabet uygulaması açısından yönlendirici olabilecektir. Hakim durum, AT Adalet Divanı tarafından, bir teşebbüsün, rakipleri, müşterileri ve tüketicilerden bağımsız olarak hareket ederek karar verebiliyorsa¹⁴⁴ ve piyasada rekabeti önleyebilecek pazar gücünü haizse¹⁴⁵ hakim durumda olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶. Madde metninde yer alan “hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak” ifadesi birleşmelerin yasaklanması için özel bir amaç aranıyormuş gibi anlaşılabilir bile böyle bir kast aranmamaktadır.

Yine R.A. madde 82’ye paralel olan RKHK madde 3’te hakim durum öznesi olarak, “bir veya birden fazla teşebbüs...” ifadesi kullanılmıştır. Buradan bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumda olabileceği anlaşılmaktadır. Birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olmaları; ya birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olmaları şeklinde ya da birden fazla teşebbüsün pazarda ayrı ayrı hakim durumda olmaları şeklinde görülebilir.

Birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olmaları, bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem sonucunda da olabilir. RKHK madde 4 anlamında anlaşma yapma, uyumlu eylemde bulunma ve karar alma fiillerini bir teşebbüs, haliyle diğer teşebbüslerle birlikte gerçekleştirebilir. Nitekim 4. maddede rekabeti kısıtlayan ‘teşebbüsler arası’ anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmaktadır. Birlikte hakimiyet durumunu madde 6 kapsamına sokmak madde 4’ ü hakim durumda bulunmayan teşebbüslere indirmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla birlikte hakimiyet durumunu RKHK madde 4 kapsamı dışında düşünmek madde 4’ ün kapsamını oldukça daraltacaktır. Şöyle ki, sadece bir tanesi hakim durumda bulunan

belirtilmiştir. Bu görevler, ihtisas mahkemelerinin ve ilk derece olarak ABAD’ın bakacağı davalar haricinde, Tüzükle belirtilen görevlerdir ve sınırlı olarak sayılmamıştır. Buradan Mahkemenin başka davalara da bakabileceği anlaşılmaktadır.

Başvuru mercii Adalet Divanı olup Divan, gelen davaları havale etmektedir. Havale edilen konulardan birisi de Rekabet davalarıdır. Divanın doğrudan bakabileceği davalar var olmakla birlikte Divan, Genel Mahkeme kararlarına karşı yapılan temyiz taleplerine de bakmaktadır.

¹⁴⁴ Telemarketing, ECR 1985, 311/84.

¹⁴⁵ Deutsche Grammaphon/Metro, ECR 1971, 78/70.

¹⁴⁶ Tekinalp/Tekinalp, **AB Hukuku**, s. 444.

veya hakim durumda bulunmayan iki veya daha fazla teşebbüsün anlaşma, uyumlu eylem ve kararları için madde 4' ün uygulanacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Hakim durumda olsun veya olmasın Kanunun 4. maddesinin uygulanabilirliği çok daha pratik olup madde 6' yı uygulamak için hakim durum tespiti ve saireyle uğraşmaya gerek kalmayacaktır. Bu hallerde AB rekabet uygulamasında daha çok anlaşma ve uyumlu eylemleri düzenleyen md. 81/1' in uygulanması tercih edilmektedir¹⁴⁷. Gerçekten “paralel tutum” veya “ilişkilerde benzerlik¹⁴⁸” adı altında yapılan nitelermelerin anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar kavramları dışında değerlendirmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bir paralel tutum veya benzer ilişkide bulunmanın, R.A. ve RKHK'da çok geniş düzenlenen anlaşma, uyumlu eylem ve kararların kapsamı dışında kalması imkanı yoktur. Doktrinde anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla bir birlikte hakim durum varsa, ortada RKHK md. 6'nın uygulanmasını gerektiren başka bir neden yoksa md. 4'ün uygulanacağı düşünülmektedir¹⁴⁹. Yine aynı fiil nedeniyle hem RKHK md. 4 hem de md. 6'yı ihlal eden işletmelere bundan dolayı iki ayrı ceza verilmemesi gerektiği düşünülmektedir¹⁵⁰. Gerçekten aksi düşünce ceza hukukunun aynı fiile birden fazla ceza verilemeyeceği (non bis in idem) ilkesine aykırı düşecektir. Bu ilke, aynı eylem ve aynı konu nedeniyle mükerrer yargılama ve cezalandırmanın yapılamamasına ilişkin ceza hukuku ilkesidir¹⁵¹. İdari yaptırımlar alanında bu ilkenin uygulanıp uygulanmayacağı, sınırlı uygulama olanağının bulunduğu görüşü baskın olmakla birlikte doktrinde tartışmalıdır¹⁵². Ancak çoğunluk görüşte de non bis in idem ilkesinin sınırlı da olsa uygulanabileceği kabul edilmektedir. Nihayet Kabahatler Kanunu'nun içtima başlıklı

¹⁴⁷ Daniel G. Goyder, **EC Competition Law**, Oxford University Press, Fourth Edition, 2003, s. 331-332.

¹⁴⁸ Aslan, **AT Rekabet Hukuku**, s. 194.

¹⁴⁹ Öz, age, s. 155

¹⁵⁰ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 456 vd.

¹⁵¹ İlhan Özay, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 35.

¹⁵² Bu konuda öncelikle disiplin cezalarıyla diğer idari yaptırımları ayırarak bir değerlendirme yapılmalıdır. İdari yaptırımlar bakımından ise mesela geçersizlik ve para cezası gibi farklı amaçlı idari yaptırımlar birlikte uygulanabilecektir ve bu non bis in idem ilkesine aykırı düşmeyecektir. Ancak aynı nitelikte ve aynı amaçlı idari yaptırımlar ise defaaten uygulanamamalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma**, s. 79, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

15. maddesinin 1. fıkrasında “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse sadece idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüşse, bu yaptırımlardan her birinin uygulanmasına karar verilir.” denilmektedir. Bu hükümden mesela geçersizlik yaptırımı ile idari para cezasının birlikte uygulanabileceği ancak iki farklı hüküm nedeniyle iki kez para cezasının uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.

Birden fazla teşebbüsün pazarda ayrı ayrı hakim durumda olmaları durumunda ise aralarında hiçbir ilişki olmaksızın, pazarda hiçbir teşebbüsün tek başına en güçlü olmayıp birden çok teşebbüsün hakim durumu paylaşması söz konusu olmaktadır.

Burada ayrıca belirtilmesi gereken konu, RKHK md. 7’de yasaklanan durum, mevcut olan hakim durum değil, sonradan oluşan veya güçlenen ve rekabeti kısıtlayan hakim durumlardır. Gerçekten RKHK’nın hakim durumu düzenleyen 6. maddesi de hakim durumda bulunmayı değil, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

5.5.1.1. İlgili Pazar

Birleşme ve devralmaların denetiminde belirli eşikleri aşan birleşme ve devralmalar için ilgili pazarın belirlenmesinden sonra söz konusu birleşme veya devralmanın rekabet üzerindeki etkisi hakim durum ölçütleri uygulanarak belirlenmektedir. Ancak hakim durum tespiti açısından öncelikle ilgili pazar (relevant market) kavramının kapsamı belirlenmelidir. Türk rekabet uygulamasında ilgili pazar hakkında, Kurulun çıkardığı “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”¹⁵³ bulunmaktadır. Her ne kadar ismi tanıma yönelik olsa da kılavuzda ilgili pazar tanımı bulunmamaktadır. Avrupa rekabet uygulamasında da ilgili pazara ilişkin bir tanım bulunmamaktadır¹⁵⁴. İlgili pazar kavramı, AB Komisyonu¹⁵⁵ ve Adalet

¹⁵³ “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz” için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi)

¹⁵⁴ Öz, age, s. 92

Divanı tarafından ilgili ürün(mal-hizmet) pazarı, ilgili coğrafi pazar ve ilgili zaman süreci olmak üzere üç farklı açıdan incelenmekte ve her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenmektedir. İlgili pazar bu yönlerden incelenirken arz, talep ikamesi ve potansiyel rekabet ilkeleri çerçevesinde bir inceleme yapılır.

İlgili ürün pazarı (relevant product market), birbiriyle ikame edilebilen mal veya hizmetlerin oluşturduğu pazar olarak tanımlanabilmektedir¹⁵⁶. İlgili pazara ilişkin AB Komisyon Duyurusu'nun 13. paragrafında ilgili ürün pazarının, arz ikame edilebilirliğine ve daha çok da talep ikame edilebilirliğine göre belirlenebileceği ifade edilmiştir. Yine ilgili ürün pazarı, bir malın veya hizmetin alıcıları ve satıcıları arasında iletişim sağlayan her türlü organizasyon, her türlü teknik olarak da tanımlanabilmektedir¹⁵⁷. Ancak ürün için genel hatlı bir coğrafik tanım olan ikinci tanım yerine ilk tanım daha tercih edilebilir gözükmektedir. Nitekim 1997/1 no'lu Tebliğin 4. maddesinin sonuncu fıkrasında “ilgili ürün pazarının tespitinde birleşme ve devralma konusu mal ve hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal ve hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir” denilmektedir. İlgili ürün pazarının incelenmesinde, pazarın hangi ürünlerden oluştuğu incelenmelidir. Bu incelemede öncelikle belirleyici faktör ürünün ikame edilebilirliğidir. Bir mal veya hizmetin talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer mal veya hizmetlerin fiyatlarındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden talep esnekliği ile bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden arz esnekliği, ilgili pazarın belirlenmesinde çok önemlidir. Tüketicinin ilgili üründe fiyat değişikliği

¹⁵⁵ İlgili Pazar hakkında bkz. Commission Notice on Definition of the Relevant Market for the Proposes of the Community Competition Law, OJ (1997) C 372/5.

¹⁵⁶ F. Fishwick, **Definition of the Relevant Market**, Publication of the Commission of the European Communities, Belgium, 1986, s. 49.

¹⁵⁷ Nahit Töre, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Bodrum, 1998, s. 35.

karşısında söz konusu ürünü başka ürünlerle ikame edebilme imkanı varsa, ikame edilebilen ürünler de söz konusu ürünlerle aynı pazar içinde değerlendirilmelidir¹⁵⁸.

İlgili pazarın coğrafi (relevant geographical market) açıdan da değerlendirilmesi gerekmektedir. Coğrafi pazarın kapsamında RKHK ve AB rekabet kurallarında farklılık vardır. Şöyle ki; AB rekabet kurallarında “ortak pazarın tümü ya da önemli bir bölümünde hakim durumda olmak”tan söz edilirken (139/2004 sayılı Birleşmeler Tüzüğü md. 2/3), RKHK’ da “ülkenin bütünü ya da bir bölümünde” hakim durumda olmak yeterli olup ülkenin bir bölümünde hakim durumda olan bir teşebbüse, bu bölümün Türkiye genelinde büyüklüğü ve önemine bakılmadan RKHK’nın uygulanması söz konusu olabilecektir¹⁵⁹. Burada amaç hakim durumda olan teşebbüsün hakim durumda oldukları coğrafi sınırların belirlenmesidir. Türk rekabet hukukunda ilgili coğrafi pazar 1997/1 no’lu Tebliğin 4. maddesinin sonndan bir önceki fıkrasında, “1. fıkra anlamında ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır” denilmektedir. İlgili coğrafi pazarın nasıl tanımlanacağı AB Komisyon Duyurusu’nda belirtilmiştir. Buna göre ilgili teşebbüsün mal ya da hizmetlerinin arz ve talebini kapsayan alan ilgili coğrafi pazar olup rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu pazarlar, ilgili coğrafi pazar olarak belirlenmiştir. Homojen yapı ise Adalet Divanı tarafından yine her somut olaya göre farklı değerlendirilmiştir. Homojen yapı, ithalat-ihracat bölgesi rejimi, ürünün piyasada dolanım kabiliyeti, mevzuat farklılıkları, ticari koşullar gibi faktörlerden etkilenmektedir. Adalet Divanı her bir olaya göre bütün Avrupa Birliği ülkelerini

¹⁵⁸ Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 92.

¹⁵⁹ Gamze Aşçıoğlu Öz, “**Competition Law and Practice in Turkey**”, ECLR, Volume 20 : Issue 3-March 1999, s.149-158.

homojen yapı içerisinde gördüğü gibi Avrupa Birliği ülkelerinden birkaçı veya sadece birini homojen yapı içerisinde görerek ilgili coğrafi pazar olarak değerlendirebilmektedir¹⁶⁰.

Yine ilgili pazarın zaman açısından da incelenmesi gerekmektedir. Buna göre rekabet ihtimali bulunan teşebbüsler değil, güncel rekabetçi teşebbüsler değerlendirilmelidir¹⁶¹. Zira ürünün piyasaya arzı veya piyasada talebi kısa veya uzun vadelerde değişebilmektedir¹⁶². Şöyle ki; tatilcilik sektörünün arz ve talep esnekliği mevsimlere göre veya kriz döneminde teşebbüslerin dayanıklılığı veya krize tepkileri değişebilmektedir. Dönemsel durumlar ilgili pazarda hakim durum tespitinde sağlıklı sonuçlar çıkabilmesine neden olabilecektir. Bunun için hakim durum tespiti zamanın koşulları değerlendirilerek yapılmalıdır.

5.5.1.2. Hakim Durum Tespitinde Ölçütler

İlgili pazarın belirlenmesinden sonra hakim durum tespitinde niteliksel ve niceliksel ölçütler olmak üzere iki ölçüt kullanılmaktadır. Yapısal, işlevsel ve ekonomik güç olmak üzere farklı ölçütler de tartışılmıştır¹⁶³. Hakim durum tespitinde işletmenin pazar payı, pazardaki diğer teşebbüslerin sayısı ve pazar payı gibi sayısal verilerle ulaşılan niceliksel ölçütler ve pazara giriş engelleri, fikri ve sınai mülkiyet hakları, teknolojik üstünlük, dikey bütünleşme, işletme politikaları, ölçek ekonomisi gibi sayısal verilerle ölçülemeyen niteliksel ölçütler dikkate alınmaktadır¹⁶⁴. Bu ölçütlerin yanında tabii ki belirli bir süre hakim durumda bulunmak da önemlidir. Zira dönemlik parlama gösterebilecek teşebbüsleri, sadece o dönemi ile değerlendirmek rekabet piyasası hakkında yanlış bir fikir edinmemize neden olabilir. AB uygulamasında hakim durumda bulunma süresi beş yıldan fazla olarak kabul edilmektedir. Yani teşebbüsün hakim durumda bulunduğu kabulü için beş yıldan

¹⁶⁰ Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 101

¹⁶¹ Whish, age., s. 27.

¹⁶² M. Erdal Ünsal, s. 94, **Mikro İktisat**, İmaj Yayıncılık, Genişletilmiş 6. Baskı, 2005.

¹⁶³ Aslan, **AT Rekabet Hukuku**, s. 194.

¹⁶⁴ Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 107-115.

fazla bu durumu sürdürmesi gerekmektedir. Ancak bu süre her bir somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁶⁵.

Niceliksel ölçütlerden olan işletmenin pazar payı, öncelikle incelenen ölçüttür. Pazar payı tek başına bir kriter olmamakla birlikte hakim durum belirlenmesi açısından çok önemli bir kriterdir. Pazar payının tespitinde de büyük ölçüde ilgili teşebbüsün piyasadaki satış oranları dikkate alınır. Bu konuda Adalet Divanı, sabit bir oran kabul etmemiş, her bir olaya göre oranı değerlendirmiştir¹⁶⁶. Pazar payı oranı düşük teşebbüsler pazardaki diğer teşebbüslerin sayısı ve pazar paylarına göre de hakim durumda sayılabilmektedir. Gerçekten söz konusu teşebbüsün pazar payı (absolute market share) ve diğer teşebbüslerin pazar payları karşısında ifade ettiği görece değer (relative market share) birlikte değerlendirilmelidir ve gerçek pazar payını bu iki durum birlikte ifade etmektedir¹⁶⁷. Ancak bir teşebbüsün pazar payı oranı çok yüksekse bu durumda diğer teşebbüslerin pazar payları dikkate alınmayabilir.

Niteliksel ölçütlere gelince Adalet Divanı sadece pazar payı değerlendirmesini yeterli görmeyip başka ölçütlere de bakmaktadır. Bunlar; ilgili pazara giriş engelleri, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, teknolojik üstünlük, ölçek ekonomileri, dikey entegrasyon ve işletme politikalarıdır¹⁶⁸.

Nihayet hakim durum tespitinden sonra söz konusu yeni yaratılan veya güçlenen hakim durumun, rekabeti önemli ölçüde sınırlayıp sınırlamadığına bakmak gerekmektedir. 139/2004 sayılı Tüzük öncesinde yoğunlaşmaların Ortak Pazar’la uyumlu olup olmadığının tespiti için Avrupa Birliği uygulamasında “Hakim Durum Testi” uygulanmaktaydı. Yani hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi yoğunlaşma işleminin yasaklanması için yeterliydi. Türkiye’de de

¹⁶⁵ Sinan Ülgen, **Avrupa Birliğinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Türk Sanayici ve İş Adamları Derneği, 1998, s. 43.

¹⁶⁶ Öz, **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, s. 108.

¹⁶⁷ Cristopher Bellamy, Graham Child, **Common Market Law of Competition**, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, 1997, s. 161 vd.

¹⁶⁸ Öz, **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, s. 110.

mehaz mevzuata koşut biçimde RKHK md. 7 ifadesinden hakim durum testinin kabul edildiği anlařılmaktadır¹⁶⁹. Ancak 139/2004 sayılı Tüzüğün 2/3 hükmü “Ortak Pazarda veya onun önemli bir kısmında etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek ve özellikle sonuç olarak bir hakim durum yaratacak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirecek yoğunlaşmalar Ortak Pazarla bağdaşmayan yoğunlaşmalardır.” diyerek artık hakim durum testinin kullanılmayacağını açıkça ifade etmiştir. Amerikan antitröst hukuku uygulamasında da “Rekabet Testi” uygulanmaktadır¹⁷⁰. Yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin hangi testlerin (esasa ilişkin test-substantive test) uygulandığına aşağıda ayrıca değinilecektir.

5.5.2. Ülkenin Bütününü veya Bir Kısımında Herhangi Bir Mal veya Hizmet Piyasasında Rekabetin Önemli Ölçüde Azalması

RKHK’nın 7. maddesi metninden, hakim durum yaratacak veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak “rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde” gerçekteşen birleşmeler veya devralmaların yasaklandığı anlaşılmaktadır. Yani birleşme ve devralmaların hakim durum yaratması veya hakim durumu güçlendirmesi ile birlikte rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasının da aranacağı belirtilmiştir. Bu ifadeden oluşan hakim durum veya güçlenen hakim durumun rekabeti azaltmayacağı ihtimallerinin de bulunduğu çıkarılabilir. Gerçekten rekabet hukukunda içkin olan sosyal fayda ideali gereği hakim durum yaratılması da ekonomiye faydalı olabilecektir. Nitekim Kurul’un, bazı kararlarında sadece hakim durum testini uyguladığı görölmekle birlikte¹⁷¹ bazı kararlarında ise rekabeti önemli ölçüde azaltmıyorsa birleşme ve devralmaya izin verdiđi¹⁷² görölmektedir. Nihayet

¹⁶⁹ Arıtürk, age., s. 64.

¹⁷⁰ E. Cenk Gülergün, “Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi: Rekabet Testi”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu, Rekabet Kurumu, 4 Mart 2003 Ankara, s. 153 vd.

¹⁷¹ Karar No: 05-86/1190-342, Karar Tarihi: 20.12.2005; Karar No: 00-43/464-254, Karar Tarihi: 03.11.2000

¹⁷² Karar No: 52/379-43, Karar Tarihi: 12.2.1998, Erciyas Biracılık-Toros Biracılık ve Malt Sanayi A.ř.

Kurulun bazı birleşme ve devralmalar için şartlı izin vermesi elbette ki rekabeti önemli derecede kısıtlamadan söz konusu birleşme ve devralmayı ayakta tutma amacının sonucudur. Doktrinde Erdem, sadece oluşan hakim durum veya güçlenen hakim durum varlığının yoğunlaşmaların değerlendirilmesine yetmeyeceğini ayrıca rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığının da aranması gerektiğini belirtmektedir¹⁷³. Ancak doktrinde rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının ayrı bir şart olarak kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir¹⁷⁴. Yine doktrinde Esin'e göre, hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalara, rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadıklarına bakılmaksızın izin verilmemelidir¹⁷⁵. Bu yazarlara göre hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşmelerde bir de rekabetin önemli ölçüde azalmasını aramak yersizdir. Zira bu yazarlar tarafından, hakim durumun, "per se" olarak rekabeti ciddi bir biçimde azaltacağı, kısıtlayacağı kabul edilmektedir.

Yoğunlaşmaların etkilerinin tespiti için, ilgili yoğunlaşmaya izin verip vermeme konusunda dikkate alınacak temel ölçüt olarak kullanılan esasa ilişkin testler üçe ayrılmaktadır. Bunlar kamu yararı testi, rekabet temelli testler ve sektör spesifik testlerdir. Rekabet temelli testler ise kendi içinde rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi (substantial lessening of competition, SLC Test), hakim durum testi (dominance test) ve melez testler olarak üçe ayrılmaktadır. Nihayet 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü'nün öngördüğü etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi (Significant Impediment to effective competition, SIEC Test) melez testlerden sayılmaktadır¹⁷⁶.

Her ne kadar doktrinde çoğunlukla, yeni oluşan veya güçlenen hakim durumun rekabeti doğrudan kısıtlayacağı düşünülse de rekabeti önemli ölçüde azalması şartı da aranmalıdır. Nitekim yeni yaratılan veya güçlendirilen hakim durum, piyasada bir değişiklik yaratmayabilir. Yine hakim durum oluşturan

¹⁷³ Erdem, age. s. 281, ancak Erdem aynı eserdeki önceki tarihli "Türk İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar" isimli makalesinde aksi görüşü savunmaktaydı.

¹⁷⁴ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 539.

¹⁷⁵ Arif Esin, **Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı Üzerine**, (çevrimiçi) www.esrc.com.

¹⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Arıtürk, s. 10 vd.

yoğunlaşma işlemlerinin doğrudan yasaklanması hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen RKHK md. 6 hükmüyle de ters düşecektir. Zira bu maddede hakim durum değil, bunun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Oluşacak hakim durum, yaratacağı ekonomik sinerji ile sosyal refah için daha çok katkıda da bulunabilecektir. Dolayısıyla ülkemizde de sadece pazar payı esaslı bir tespitle oluşan hakim durum testinden rekabet testine geçilmelidir. Nihayet yukarıda belirtildiği gibi, ABD’de yoğunlaşmalar için uygulanagelen rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi, AB rekabet otoriteleri tarafından da benimsenmiş ve hakim durum testinden vazgeçilmiştir¹⁷⁷. Türkiye’de de doktrinde artık hakim durum testinden rekabet testine geçilmesi önerilmiştir¹⁷⁸. Nitekim RKHK’nın değiştirilmesine ilişkin taslakta da “rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak” birleşme ve devralmalar ifadesi kullanılarak rekabet testine (SLC) geçilmesi önerilmiştir.

¹⁷⁷ Nitekim Komisyonun 22.09.1999 tarihli Airtours/First Choise (OJ L 93 2000) kararı, eski Tüzükte öngörülen testin birleşmelerin etkilerini belirlemeye yeterli olmayacağını ifade etmektedir.

¹⁷⁸ Gülergün, **Rekabet Testi**, s. 213; Ancak bunun sakıncaları bulunduğu da doktrinde belirtilmektedir. En azından bunca süredir uygulanan hakim durum testinin bırakılarak rekabet testine geçilmesi personel ve teknik bakımdan zor olabilecektir. Rekabet testinin bu sakıncaları ve faydaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arıtürk, age. s. 72 vd.

BÖLÜM 2

YAN SINIRLAMALAR

1. Genel Olarak Yan Sınırlamalar

1.1. Hukuki Nitelik

Yan sınırlama kavramı Türk hukukunda ne yasalarda özel olarak düzenlenmiş ne de doktrinde teori olarak işlenmiş ve incelenmiştir¹. Gerçekten yan sınırlamaların hukukten nasıl nitelendirileceği konusu doktrinde yeterince tartışılmamıştır. Yan sınırlamaların, hukuk aleminde nerede durdukları; sadece rekabet hukukuna münhasır bir kavram olup olmadıkları veya bir borç ilişkisi sonucu ortaya çıktıkları için genel borçlar hukuku içerisinde bir üst başlık altında mı bulundukları pek tartışılmamıştır. Avrupa Birliği rekabet uygulamalarında da yan sınırlamalar hakkında bazı düzenlemeler² bulunmakla birlikte, konu teori olarak ayrıntılı bir şekilde incelenmemiştir. AB doktrininde öncelikle yan sınırlamaların neden meşru kabul edilebilecekleri ve ardından nelerin yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği AB Komisyon ve mahkeme kararları eşliğinde örneklendirilerek işlenmektedir.

Rekabet hukukunun meselelere yaklaşımının hukuki olmaktan ziyade ekonomik temellere dayalı olmasını, gerçek anlamda bir yan sınırlama doktrininin ortaya çıkmamasının başlıca sebebi olarak kabul edebiliriz. Gerçekten yan sınırlamaların öncelikle hukukten nitelendirilmesi ve ardından bu nitelendirmeye göre tarafların borç ilişkisinin içinin doldurulması gibi özel hukuka ilişkin meseleler, rekabet hukukunun ve dolayısıyla da rekabet otoritelerinin pek ilgi alanına girmemektedir. Ancak bunlarla ilgilenmemekle beraber rekabet hukuku, meselelerin özel hukuka ilişkin sonuçları üzerinde tahdit edici düzenlemeler içerebilmektedir. Nitekim 4054 sayılı RKHK'nın beşinci bölümde rekabetin kısıtlanmasının özel

¹ Erdem, age, s. 162

² Council Regulation On The Control Of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation), No: 139/2004, OJ L 24/1, 29.01.2004.

Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

hukuk alanındaki sonuçları başlığı altında md. 56 ve devamında düzenlemeler bulunmaktadır. RKHK md. 56'ya göre, md. 4 anlamındaki anlaşmalar ve teşebbüs birlikleri kararları geçersizdir ve bu anlaşma veya kararlar sonucu doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geri istenmesinde iade borcu sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olan BK madde 63 ve 64 hükümlerine tabi olacaktır. Yine RKHK md. 56'nın devamında, BK md. 65 hükmünün ise bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Yan sınırlamaların, nihayetinde bir borç ilişkisi sonucu ortaya çıktıkları için genel borçlar hukukunu da ilgilendiren yönleri bulunmaktadır. Gerçekten bu sınırlamalar da taraflara bir edim borcu yüklemektedirler ve borç ilişkisi içerisinde bir karşılıkları bulunmaktadır. Yan sınırlamaları; asıl edim yanında, borçluya başka, ikincil yükümler de yükleyen edimler manasında kullanılan yan edim yükümlerinden sayabiliriz. Zira yan sınırlamalarda da ana edimi içeren sözleşme içerisinde veya ana edimi içeren sözleşmeden bağımsız olarak, ana edimin yanında ana edimin ifasının tamamlanmasına yardımcı olan veya ana edimin ifasına hizmet eden bir yan edim yükümlülüğü söz konusudur.

Bunun için yan sınırlamaları incelemeyi önce yan edim yükümlerini açıklamamız, yan sınırlamaların özel hukuka ilişkin boyutlarının değerlendirilmesi açısından bir fikir edinmemiz için önemlidir. Mesela tarafların geçersiz sayılan bir yan sınırlama hükmünün sonucunda hak ve borçlarının kapsamının belirlenebilmesi için yan edim yükümleri bize yol gösterici olabilecektir. Bunun için öncelikle edim yükümleri, ardından yan edim yükümleriyle karıştırılma ihtimali olan yan yükümlülük kavramı incelenecektir.

1.2. Edim Yükümleri

Edim, borçlunun borcunun konusudur³. Yani borçlunun, borç ilişkisinde yerine getirmekle yükümlü olduğu, alacaklının ifasını talep etme yetkisine sahip

³ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Altıncı Basıdan Tıpkı Yedinci Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 5.

olduğu davranışlara edim denir. Bu davranışlar genel bir ifadeyle verme, yapma veya yapmama olarak görülmektedir.

Borç ilişkisinden doğan yükümler, asli (ilk) yükümler ve yan (ikincil) yükümler olmak üzere ikiye ayrılır⁴. Asli yükümler, borç ilişkisinden doğan edim yükümlerini ifade ederler ve asli edim yükümü ve yan edim yükümünden oluşurlar. Yan yükümler ise borç ilişkisinden doğan ve edim yükümleri dışında kalan diğer yükümlerdir⁵.

Doktrinde yan edim yükümü ve yan yüküm oldukça karmaşık bir biçimde incelenmektedir. Bunun sonucunda da yan yükümlerle yan edim yükümleri birbirine karışmaktadır. Klasik doktrin, özen borcu denilen borçlunun ifa sırasında kendisinden beklenebilecek özenle davranma yükümünü, edim niteliğini haiz bir yan borç olarak düşünmektedir⁶. Alman hukukçularının geliştirdiği yeni teoriye göre, bir borç ilişkisi içerisinde somut olarak bir şeyi verme, yapma veya yapmama borçları (edim yükümleri) dışında, genel olarak karşı tarafın zarar görmemesini sağlama şeklinde genel koruma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir⁷. Buna göre bu yükümler, ilk ve ikincil edim yükümleri dışında yan yükümlerdir.

Asli edim yükümleri, borç ilişkisinin nitelendirilmesini sağlayan, borç ilişkisine ismini veren yükümlerdir⁸. Yan edim yükümleri ise asli edim yükümüyle beraber borç ilişkisinde, karşı taraf ediminin bir kısmının karşılığı olmakla birlikte asli edime bağlı, ikinci derecede yükümlerdir. Bu edim yükümleri asli edimlerin yanında görünebilmektedirler veya asli edimlerin yerine geçebilmektedirler⁹. Mesela yan edim yükümleri, hakkını kısmen veya tamamen elde edemeyen kişiye BK md.

⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2008, s. 31; Necip Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı), **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme** (Birinci Cilt) , Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 7 vd.

⁵ Eren, age., s.31.

⁶ Bkz. Oğuzman/Öz, age., s.4.

⁷ Oğuzman/Öz, ae., s. 4.

⁸ Oğuzman/Öz, age., s.4.

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, age., s. 8.

96'ya göre asli edim yerine bir tazmin talebi sağlayan bir hak olarak görülebileceği gibi BK md.106'ya göre borçlu temerrüdüne neden olabileceklerdir. Yan yükümler ise bir edim veya asli edime bağlı yan edim olmayıp ikincil nitelikteki yükümlerdir.

Borç ilişkisinin sadece birincil (yani asli) edimin ifası amacıyla sınırlandırılması uygulamada birçok ihtiyaca cevap vermediği görüldünce yine edimin ifasına yönelik olarak yan edim yükümleriyle birlikte, dürüstlük kuralı temeli üzerinde tarafların sözleşme ile güttükleri ekonomik amaca uygun olmayan davranışlardan kaçınmaları hususu gibi koruma yükümleri de kabul edilmiştir¹⁰.

1.2.1. Asli Edim Yükümleri

Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümlerine asli edim yükümü denilmektedir¹¹. Bunlar sözleşmenin asıl unsurunu oluştururlar ve sözleşmenin türü ve niteliğiyle doğrudan ilgili olan edimlerdir¹². Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcının satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti devir borcu ve alıcının da buna karşılık satım parasını alıcıya ödeme yükümü bir asli edim yükümüdür. Yine bir devralma sözleşmesinde satıcının devre konu teşebbüsün maddi ve maddi olmayan varlıklarını alıcıya teslim, tescil ve devir borcu bir asli edim yükümü örneği olacaktır.

Asli edim yükümleri borç ilişkisinin birinci derecedeki içeriğini oluşturan, yan edim yükümlerinden bağımsız, ifası doğrudan doğruya dava edilebilen yükümlerdir¹³.

1.2.2. Yan Edim Yükümleri

Doktrinde çoğunlukla¹⁴ kabul edilen ayırım, asli ve yan edim yükümleri ve bunların haricinde kalan ve edim yükümü olmayan yan (tali) yüküm ayırımıdır.

¹⁰ Nejat Aday, **Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2000, s. 144.

¹¹ Eren, age., s. 32; Kocayusufpaşaoğlu, age., s. 7.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 18

¹³ Eren, age., s. 32.

Ancak doktrinde, yukarıda değinildiği gibi klasik teoriye göre de ayırım yapıp asli edim yükümlerini asli yüküm, yan edim yükümlerini de yan yükümler başlığı altında tali yükümlerle birlikte sınıflandırma da yapılmaktadır¹⁵. Buna göre yan yükümler de kendi içerisinde kapsam bakımından ve bağımsız olarak dava edilip edilemediklerine göre ayrılmaktadır. Bağımsız olarak dava edilebilenler, temel veya asli yan yükümlülükler olarak isimlendirilmiştir. Bağımsız olarak dava edilemeyenlere ise özel amaçlı olmayan tali, yan yükümlülükler denilmektedir. Kapsam olarak yapılan ayırmda ise özen ve koruma yükümlülükleri, iletme yükümlülükleri, sağlama yükümlülükleri ve işbirliği yapma yükümlülükleri olarak ayırma gidilmiştir¹⁶. Bu ayırım somut, pratik bir sınıflandırma olmayıp karmaşaya sebep olabilecektir. Aslında edim yükümleri başlığı altında incelenmesi gereken edim yükümü niteliğindeki yükümler böylelikle edim yükümü olmayan yükümlerle bir başlık altında işlenmiş olacaktır.

BK, öncelikle asli edim yükümünden hareket etmiş ve bu tür edim yükümlerini düzenlemiştir¹⁷. Sözleşmelerden doğan yükümler yalnızca asli edim yükümleri değildir. Zira BK md. 19’da da ifade edildiği gibi taraflar yapmak istedikleri sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebileceklerdir. Gerçekten bizzat BK çeşitli sözleşme tiplerinde asli edim yanında yan edim yükümlerini de açıkça hükme bağlamıştır. Mesela BK md. 168/2’ de alacağı temlik eden kimsenin alacak senedini vermekle yükümlü olması, yine md. 194’te satılan maldaki ayıplardan satıcının sorumlu olması bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Tarafların sözleşmeyle getirecekleri yan edim yükümlerine, bir satım sözleşmesinde satıcın sattığı malın kurulumunu üstlenmesini veya bir kira sözleşmesinde kiracıya, bahçeye ekin ekme yükümünün getirilmesini örnek olarak verebiliriz. Yine bir devir sözleşmesinde satıcıya getirilen rekabet yasağını da sözleşmeyle getirilen yan edim yükümlerine örnek olarak gösterebiliriz.

¹⁴ Kılıçoğlu, age., s. 19; Eren, age., s. 31.

¹⁵ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuk ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 308.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Edis, ae., s 310 vd.

¹⁷ Edis, ae., s. 308.

Yan edimler, sözleşmenin niteliğini belirleyen, adını koyan asli edim değillerdir. Sözleşmenin niteliğini belirleyen asli edime bağlı ve onun yanında ikincil bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Yan edim yükümleri her ne kadar asli edime bağlı bir edim olsa da nihayetinde bir edim yükümü doğurmaktadırlar. Bu nedenle de alacaklı, yan edim yükümlerini de asli edim yükümlerinden bağımsız olarak talep edip bunun ifasını dava edebilir¹⁸. Yan edim yükümleri tali ve tabi nitelikte olsalar bile ayrı bir edim yükümüdürler ve bunların yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır¹⁹.

Yan edim yükümleri bir sözleşme içerisinde asli edime bağlı olmakla birlikte başka bir sözleşme içerisinde asli nitelikli bir edim konusu da olabilirler. Dolayısıyla bu yükümler, taraflarca ayrı bir asli edime bağlı kılınmaktadır. Ancak bu bağlılık nedeniyle sözleşme, karma nitelikli sözleşme haline gelmemektedir. Zira karma sözleşmelerde farklı tip sözleşme türlerine ait asli edimler sözleşme içerisinde de bu özelliklerini korumaktadırlar ve bir asli edim diğer bir asli edime bağlı olarak yan edim haline dönüşmemektedir²⁰.

Asli edimle birlikte borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan yan edim yükümleri, karşı taraf ediminin bir kısmını oluşturur. Yani karşı edim her neyse bunun bir kısmı yan edim yükümünü karşılar. Yan edim yükümünün ifa edilmemesi halinde alacaklı ifa davası açabilir. Bu halde alacaklı, BK md. 96' ya göre alacak hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği gerekçesiyle tazmin isteminde bulunabileceği gibi md. 106 hükmüne göre de borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir.

Yan edim yükümleri, yukarıda bahsedildiği gibi yan edim yükümleri kanundan, sözleşmeden kaynaklanabilecektir. Bunlarla birlikte doktrinde dürüstlük ilkesinden de kaynaklanabileceği belirtilmektedir²¹.

¹⁸ Eren, age., s. 33.

¹⁹ Eren, ae., s. 33.

²⁰ Eren, ae., s. 34.

²¹ Kılıçoğlu, age., 20.

1.3. Yan Yükümler

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, edim yükümleri dışında başkaca yükümler de içerebilir. Bu yükümler doktrinde, özen yükümleri, diğer davranış yükümleri²² veya bağımlı yan yükümler²³ olarak da adlandırılabilir. Bu yükümler kaynağını objektif iyiniyet ilkesi, yani dürüstlük (MK md. 2) kuralından alırlar²⁴.

Yan yükümler, her ne kadar asli edimden bağımsız olsalar da söz konusu asli borç nedeniyle doğmuş oldukları için asli yükümlerden ayrı değildir. Bunun için yan yükümlere aykırı davranış halinde asli yükümlerden ayrı talep edilemezler. Ancak asli yükümlere bağlı olsalar da yan yükümler, asli ve yan edim yükümlerinden farklı ve bağımsız kavramlardır. Asli veya yan edimden bağımsız olmaları, bu yan yükümlerin asli edim mükellefiyetinin yerine getirilmesine ilişkin menfaatler dışında olmalarından kaynaklanmaktadır. Yan yükümler, edim niteliğinde olmadıkları için bağımsız bir ifa davasına konu olamazlar. Bu yükümlere aykırılık halinde alacaklı ancak tazminat davası açabilir²⁵.

Yan yükümler, ifaya yardımcı yan yükümler ve koruyucu yan yükümler olmak üzere ikiye ayrılırlar. İfa yardımcı yan yükümlerde ifa hazırlıkları ve ifa anında ortaya çıkan yükümler söz konusu olmaktadır²⁶. Asli yükümün tam ve doğru biçimde ifa edilmesine yardım ettikleri için bunlara ifaya yardımcı yan yükümler denilmektedir. Koruyucu yan yükümlerde ise ifa ile dolaylı olarak ilgili olup alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinin ifa nedeniyle uğrayabileceği zararlardan korunması amacını taşırlar. Bunlar, edimin ifasıyla ilgili olmayıp alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler²⁷.

²² Kılıçoğlu, age., 21.

²³ Eren, age., s.37.

²⁴ Kılıçoğlu, age., 21; Eren, age., s. 38.

²⁵ Kılıçoğlu, age., 21.

²⁶ Kılıçoğlu, ae., 21.

²⁷ Eren, age., s.38.

Bir borç ilişkisi içerisinde borç, sadece edimlerden ibaret değildir. Borç aynı zamanda borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğü kapsar. Bu anlamda karşı tarafı aydınlatma, karşı tarafa bilgi verme gibi yükümler de dürüstlük ilkesi gereği borç ilişkisinin bir boyutudur. Bu yükümlere aykırı davranış halinde aykırı davranan taraf karşı tarafın zararını tazminle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla bir edim yükümü içermedikleri için bu yükümlerin ihlali halinde BK md. 106 uyarınca borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanamaz. Ancak BK md. 96 genel hükmü uyarınca tazmin talebi hakkı doğar.

1.4. Yan Edim Yükümleri ve Yan Sınırlamalar

Yan sınırlamalar, bir yoğunlaşma sözleşmesi içerisinde asıl borca bağlı, tali nitelikli sınırlamaları, yükümlülükleri ifade etmektedir. Yan sınırlama ihtiva eden sözleşmelerde asıl borç, bir devir veya ortak girişime katılma borcu iken bunların yanında ayrıca temel borç ilişkisine bağlı bazı edimlerde bulunma yükümlülükleri söz konusu olmaktadır. Mesela devir işleminin yanında devre konu teşebbüs için bazı mal veya hizmetlerin satıcıdan tedariki yükümü, asıl borç yanında öngörülmüş ikincil bir edim yükümlülüğüdür.

Yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmelerden doğan yükümler yalnızca asli edim yükümleri değildir. Asli edimler yanında ayrıca sözleşmeyi, karma sözleşme haline getirmeyen yan edimler de öngörülebilir. Bu nitelikteki edimler, sözleşmenin adını koyan asli edim değildirler. Sözleşmenin niteliğini belirleyen asli edime bağlı ve onun yanında ikincil bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Ancak nihayetinde bu yükümler de bir edimi ihtiva eden yükümlerdir. Zaten bunun sonucunda yan edim yükümleri, bir sözleşme içerisinde asli edime bağlı olmakla birlikte başka bir sözleşme içerisinde asli nitelikli bir edim konusu da olabilirler.

Yan sınırlamalar da sözleşmenin adını koyan edim yükümleri değildirler. Nitekim bir devralma sözleşmesi içerisinde öngörülmüşlerse, sözleşmenin ismi yine devralma sözleşmesi olacaktır. Yine yan sınırlama olarak öngörülen edim yükümleri ayrıca başka bir sözleşmenin asli edimi olarak başlı başına bir edim yükümü olarak

da kabul edilebilecek niteliktedirler. Ayrıca yan sınırlama olarak öngörülen yükümler için de alıcı, satıcıya karşı bir borç altına girmektedir.

Nihayet yan sınırlamaları birer yan edim yükümü olarak kabul edebiliriz. Yan edim yükümleri, yukarıda belirtildiği gibi²⁸ alacaklının ayrıca bağımsız bir ifa menfaati olduğu için, alacaklı tarafından, asli edim yükümlerinden bağımsız olarak talep edilebilir ve bunun ifası dava edilebilir. Bu imkan, BK md. 96 hükmüne göre veya BK md. 106 hükmüne göre kullanılabilir. Bu noktada yan sınırlamalar için yan edim yükümlerinden bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Rekabete ilişkin diğer özel hukuk meselelerinde olduğu gibi yan sınırlamalarda da rekabet hukukunun farklı yaklaşımı nedeniyle doğacak sonuçlar bakımından bazı farklılıklar vardır. Nitekim rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki etkileri, 4054 sayılı RKHK md. 56'da düzenlenmiştir. Buna göre RKHK md. 4 anlamındaki anlaşmalar ve teşebbüs birlikleri kararları geçersiz olacaktır ve bu anlaşma veya kararlar sonucu doğan edimlerin ifası istenemeyecektir. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geri istenmesinde de iade borcu, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olan BK madde 63 ve 64 hükümlerine tabi olacaktır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Rekabet Kurulu, yan sınırlama olarak değerlendirmedeği kısıtlamaları, RKHK md. 4 anlamında bir anlaşma veya karar olarak yaptırma tabi tutmaktadır. Bunun yanında söz konusu kısıtlamalar, RKHK md. 4 anlamında bir anlaşma veya karar kabul edildiği için doğrudan geçersiz olacaklardır. Geçerli bir devralma işlemi veya ortak girişim işlemi söz konusu olduğunda sadece kısıtlamalara ilişkin kısım RKHK md. 4 anlamında bir anlaşma veya karar olarak kabul edileceğinden geçersiz sayılacaktır.

2. Kavram

2.1. Genel olarak

Yan sınırlama kavramı, rekabet hukukuna münhasır bir kavramdır. Nitelik olarak bir borç ilişkisi içerisinde bir edim yükümlülüğü içerdiği için borçlar hukukuna ilişkin yan edim yükümlerinin bir örneği veya görünüş şekli olarak da

²⁸ Bkz. s. 63.

kabul edilebilir. Ancak bu kavram, teknik olarak sadece rekabet hukuku kapsamında bulunan bir kavramdır.

Yan sınırlamalar, aslında rekabeti sınırlayıcı niteliklidirler. Ancak yan sınırlama olarak meşru kabul edilmelerinin nedeni; ekonomik gereklilikler nedeniyle söz konusu yoğunlaşma işleminin tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamalarıdır. Dolayısıyla yan sınırlamaların öncelikli amacı, rekabeti sınırlamak olmayıp, gerçekleştirilmek istenen ana işlemin, yani yoğunlaşma işleminin tam anlamıyla uygulanabilirliğini sağlamaktır.

Yan sınırlama kavramı, Amerikan antitröst hukukunda ve AB rekabet uygulamalarında kullanılan ‘Ancillary Restraint’ kavramının Türkçe karşılığıdır. AB Konseyi’nin yoğunlaşmalar üzerine yayımladığı tüzüklerde “doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. AB Komisyonu yan sınırlamalar üzerine yayımladığı ilk Duyuru’da²⁹ ‘Ancillary Restraints’ kavramını kullanmıştır. Ancak yan sınırlamalar üzerine yayımlanan sonraki duyurularda Komisyon, başlıkta yoğunlaşmayla doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar kavramını, yan sınırlamalar yerine tercih etmiş fakat sonrasında, metinde bundan başka ‘Ancillary Restraints’ kavramının da kullanılacağı belirtilmiştir³⁰.

Amerikan antitröst hukukunda yan sınırlama doktrini, temel olarak kısıtlamalara makul sebep kuralının uygulanmasını sağlayan bir araç olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla yan sınırlamalar, yatay anlaşmalar kapsamında, “per se³¹” kuralı gereği doğrudan rekabeti bozucu değerlendirilen kısıtlamaların,

²⁹ Comission Notice Regarding Restrictions Ancillary to Concentrations, OJ C 203/05, 14.08.1990.

³⁰ Bkz. Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005, Giriş bölümü ikinci paragraf.

³¹ Per se ve Rule of Reason yargısal doktrinleri Amerikan Hukuku’nda ortaya çıkmıştır. ABD’de, Sherman Kanununun 1. maddesi rekabeti sınırlayıcı her türlü anlaşma geçersiz kabul edilmekteydi. Ancak bu tür anlaşmaların bir kısmı daha az sınırlayıcı olup bir kısmının da ekonomi üzerinde olumlu etkileri olabildiği için, ayrıca değerlendirilmeleri gereği doğmuştur. Nihayet 1. maddenin yasaklayıcı amir hükmüne karşı yargıçlar, daha az kısıtlayıcı olmaları veya ticarete etkileri nedeniyle zamanla ‘rule of reason’, yani makul sebep varsa anlaşmanın yasaklanmayabileceği sonucuna ulaşmışlardır.

“rule of reason” kuralıyla meşru görülmesini sağlayan bir araç olarak kullanılmaktadır³². Şöyle ki, yan sınırlamalar doktrini her türlü antirekabetçi anlaşmalara uygulanabilecek bir doktrindir³³. Buna göre yan sınırlama doktrini, dağıtım anlaşmaları, acentelik anlaşmaları, fiyat tespiti veya pazar paylaşımı anlaşmaları gibi yatay veya dikey anlaşmalara uygulanabilecektir. Nitekim doktrinde, rule of reason kuralının en sık uygulandığı sınırlamaların yan sınırlama niteliğindeki sınırlamalar olduğu belirtilmektedir³⁴. Nihayet sınırlamaların amacına bakılarak yan sınırlama olup olmadığının tespit edilebileceği³⁵ ve dolayısıyla Amerikan uygulamasında herhangi bir işlem için gerekli ve makul görülen her türlü sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebileceği görülmektedir.

AB rekabet hukukunda, yan sınırlamalar üzerine iki temel görüş bulunmaktadır³⁶. Bu görüşlerden ilkinde göre, Amerikan uygulamasına benzer şekilde, yan sınırlama kavramından anlaşılması gereken, sözleşmelerdeki ABİA md. 101/1 (eski 81/1) hükmünü ihlal etmeyen herhangi hüküm veya kısıtlamalardır³⁷. İkinci görüşe göre ise yan sınırlamalar kavramı daha sınırlı kapsamlı kabul edilmektedir³⁸. Bu görüşe göre, ABİA md. 101/1 (eski 81/1) hükmünü ihlal etmeyen anlaşmalar bir alt başlık halinde bölünebilir. ABİA md. 101/1’i ihlal etmeyen alt kategorilerden birisi de yan sınırlamalar olacaktır³⁹. Yine bu düşüncedeki diğer bir yazar, bu tür sınırlamaların yoğunlaşmalar dışında başka bir ekonomik işlemde öngörülmeleleri

Ayrıca açıkça rekabeti kısıtlayıcı sonuç ve amacı olan anlaşmalar başka analize gerek olmadan ‘per se’ yasaktırlar. Geniş bilgi için bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 215 vd.

³² Enrique Gonzalez Diaz, “**The Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law**”, Fordham International Law Journal, Volume: 19, Şubat 1996, s. 951-998, <http://heinonline.org> (çevrimiçi). 16.04.2010, 10.41.

³³ Paul Scott, **Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints**, Cantenbury Law Review, 1999 (9), s. 2. <http://www.austlii.edu.au/nz/journals> (çevrimiçi) 13.04.2010, 13.08.

³⁴ Herbert Hovenkamp, **Antitrust Law**, Vol. XI, Second Edition, Aspen Publishers, 2005, s. 320-322.

³⁵ Scott, ae., s. 31.

³⁶ Diaz, ae., s. 954-955.

³⁷ Korah, age., s. 81.

³⁸ Whish, age., s. 120; Bellamy/Child, **EC Law of Competition**, s. 423; Goyder, age., s. 385 vd.

³⁹ Whish, age., s. 120.

halinde ABİA md. 101/1 hükmüne göre yasak olarak kabul edileceğini ifade etmiştir⁴⁰. Diğer bir yazar da İlk Derece Mahkemesi ve ABAD tarafından md. 101/1 kapsamında görülmeyen, ticari anlaşmalarda kararlaştırılan kısıtlamalardan bir bölümünün ‘yan (ancillary)’ olarak kabul edilen sınırlamalar olduğunu belirtmiştir⁴¹.

Doktrinde, Bellamy ve Child tarafından, yan sınırlamaların üç ayrı türü olduğu ifade edilmiştir⁴². Buna göre yan sınırlamaların türlerinden ilki, yoğunlaşmanın kendisini kuran temel unsurların bir parçası olan yan sınırlamalardır. Bu tür kısıtlamalar, tali olmayıp yoğunlaşmanın bütünüleyici parçası olan, ekonomik bütünlüğü veya ortak kontrolün kurulmasını sağlayan kısıtlamalardır. Yan sınırlamaların türlerinden ikincisi, yoğunlaşmaların etkilerini doğurmaya başladığı tarihten önceye ilişkin yan sınırlamalardır. Bu tür kısıtlamalar ise işlemi gerçekleştiren satıcının, işlemin gerçekleşmesinden önceye ilişkin kabul ettiği kısıtlamalardır. Yan sınırlamaların türlerinden üçüncüsü ise, yoğunlaşma işlemini takip eden taraf davranışlarına ilişkin kısıtlamalardır. Bu tür kısıtlamalar ise işlemin gerçekleşmesinden sonraki süreç için satıcıya getirilen kısıtlamalardır. Buna örnek olarak ise lisans anlaşmaları ile alım ve tedarik anlaşmaları örnek olarak gösterilmiştir. Diğer türlere ilişkin olarak ise yazar tarafından örneklendirme yapılmamıştır.

Yan sınırlamaların görünüş şekillerinden olan kısıtlamaların yoğunlaşmalar haricinde başka işlemlerde de yan sınırlamalara benzer şekilde öngörülmesi karışıklığa neden olmaktadır. Dikey anlaşmalardan olan acentelik sözleşmelerinde acente lehine görülen rekabet yasağı veya dağıtım sözleşmelerindeki dağıtıcının belirli bir ürünü sağlayıcıdan temini zorunluluğu şeklindeki kısıtlamalar buna örnektir. Bu tür kısıtlamaların, ticari risk nedeniyle getirildiği görülmektedir. Acentenin, müvekkilin sahip olduğu know-how veya diğer bilgiler nedeniyle

⁴⁰ Bellamy&Child, **EC Law of Competition**, s. 423 vd.

⁴¹ Goyder, age., s. 385.

⁴² Bellamy&Child, **EC Law of Competition**, s. 424.

müvekkilin rekabetinden korunması söz konusu olabilmektedir⁴³. Yine dağıtıcı için öngörülen sağlayıcıdan temin zorunluluğu belirli süreleri aşmamak kaydıyla kabul edilebilmektedir. Bu durumlar aslında bir yoğunlaşma işlemi sonucu ortaya çıkmadıkları için yan sınırlama kavramından kolayca ayırt edilebilir. Ancak yan sınırlamalar kavramını ABİA md. 101/1'i ihlal etmeyen sözleşmesel hükümler olarak düşünen görüş, bu tür kısıtlamaları da yan sınırlama kavramı kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüş md. 101/1'i ihlal etmeyen kısıtlamaları kategorize etmenin yapay olduğunu ve böyle bir ayırımın sadece avukatlara ve rekabet idarelerine çok küçük faydalarının bulunduğunu ileri sürmektedir⁴⁴. Böyle bir ayırımın, her iki kısıtlama türünün de söz konusu işlemin gerçekleşmesi için gerekliliğinden dolayı, hem pratik faydası olmadığı, hem de ticari hayata zorluklar çıkaracağı düşünülmektedir.

Yan sınırlamalar kavramının dar yorumlanması, yani ABİA md. 101/1'i ihlal etmeyen bütün kısıtlamaların alt bölümlere ayrılarak bu kavram kapsamına dahil edilmemesi doğru olan yaklaşımdır. Her ne kadar diğer kısıtlamalar da işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli gözükseler de yan sınırlamalar için derin ekonomik analizlerin yapılması gerekli olmayıp nispi bir değerlendirmeye bu gereklilik tespit edilebilirken, diğer kısıtlamalar için ekonomik analizler gerekebilmektedir⁴⁵. Yine böyle bir kısıtlama ABİA md. 101/1 ve RKHK md. 4 kapsamında bir anlaşma içerisinde olacağı için söz konusu kısıtlamanın anlaşma hükümlerinden ayrılması pratik olarak da mümkün değildir. Gerçekten bir bütün olarak rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirilecek anlaşmaların bir kısmının rekabeti kısıtlayıcı görülmemesi, anlaşmanın bir şartının ise kısıtlayıcı olduğu, ancak rekabeti bozmadığı gerekçesiyle yan sınırlama doktrinini tatbik etmek pek uygulanabilir gözükmemektedir. Nitekim rekabeti kısıtlayıcı bir hüküm içeren anlaşmalar için muafiyet hükümleri

⁴³ Kural olarak rekabet yasağı, alıcılara (acenteye) getirilen bir yasaktır. Nitekim TTK md. 118 ve 2002/2 no'lu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği md. 3'te bu açıkça ifade edilmiştir. Ancak yan sınırlamalar bakımından kural olan satıcıya getirilen rekabet yasağıdır. Ayrıntı için bkz. bu çalışmada s. 104-105.

⁴⁴ Korah, age., s. 83.

⁴⁵ Diaz, age., s. 953.

uygulanabilecektir. Yan sınırlama kavramının geniş yorumlanması görüşünü savunan Korah, rekabetçi kısıtlamaların yan sınırlama kapsamında değerlendirilmemesinin, rekabeti bozucu bir anlaşma olmasa bile, bu tip bir anlaşma yapan taraflara zor bir ispat yükü yüklediğini ifade etmektedir⁴⁶.

Yan sınırlama kavramına, sadece ana edim yanında taraflara getirilebilecek yan edim yükümlülüklerini ifade eden kapsamı yanında, ayrıca, yan sınırlama kavramı içerisine, rekabeti ihlal edici nitelikte görülmeyen anlaşmalar da AB uygulamalarında görülebilmektedir. Aslında bu kavramın kapsamının bu kadar genişletilmesi yan sınırlama kavramının sınırlarının tam olarak belirlenmesinde sorunlara neden olabilecektir. Gerçekten Komisyon ve ABAD bazı kararlarında amaç yönünden rekabeti kısıtlamayan anlaşmalara ‘yan sınırlamalar doktrini’ uygulamıştır. Bir kararında Divan, franchise verenin franchise alana sağladığı know-how’ ın rakip teşebbüsler tarafından da kullanılmasının engellenmesine ilişkin bir anlaşma hükmünün ABİA’ nın 101/1 hükmünü ihlal etmediğine karar vermiştir⁴⁷. Bu yöndeki düşünce ABİA md 101/1’ in uygulamasının kapsamını daralttığı⁴⁸ gibi böyle genel bir değerlendirme, yan sınırlamaların da kapsamının esnemesine, teknik olarak yan sınırlama olmayan anlaşmaların, yan sınırlama kavramı kapsamına dahil edilmesi, giderek yan sınırlama kavramının belirsizleşmesine neden olacaktır. Gerçekten ABİA md. 101/1’ e göre yasak olan ancak rekabetçi nitelikleri nedeniyle haklı sebep kuralından yararlandırılması gereken anlaşmalar için muafiyet öngören ABİA md. 101/3 hükmü vardır. Nihayet bu tarz rekabeti artırıcı anlaşmalar için de yan sınırlama doktrininin uygulanması md. 101/3’te öngörülen muafiyet hükmünü atıl hale getirecektir. AB Komisyon kararlarında da işlemlerdeki antirekabetçi

⁴⁶ Korah, age., s. 83.

⁴⁷ Alper Karakurt, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, Lisansüstü Tez, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2005, s. 62; Karar için bkz., Pronuptia de Paris v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, Judgement of The Court of 1986, Case 161/84, ECR 353, (1986) 1 CMLR 414.

⁴⁸ J. Faull, A. Nikpay, **The EC Competition Law**, Oxford University Press, Newyork, 1999, s. 444.

unsurları makulleştiren yan sınırlama doktrininin; seçici dağıtım, fikri mülkiyet hakları ve birleşmeler gibi çeşitli işlem tiplerine uygulandığı da görülmüştür⁴⁹.

Türk Rekabet uygulamasında ise Rekabet Kurulu yan sınırlamaları birleşme ve devralmalar, yani yoğunlaşmalar kapsamında değerlendirmektedir. Kurulun birleşme ve devralma işlemi olarak nitelemeyip RKHK madde 4 anlamında “anlaşma” olarak değerlendirdiği işlemlerde öngörülen rekabet yasakları yan sınırlama olarak değil, rekabet kısıtlamaları olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. Danıştay da, önüne gelen bir dosyada, anlaşmanın ortak girişim adını taşıdığını ancak 1997/1 no’lu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen anlamda bir ortak girişim söz konusu olmadığı ve ortak girişim anlaşmasında öngörülen hizmet ve tedarik hükümlerinin, dikey anlaşmalar olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁵¹.

2.2. Tarihi gelişim

2.2.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda

Yan sınırlamalara ilişkin uygulamaların ilk olarak on yedinci yüzyılda İngiltere’de işletme devirlerinde rekabet yasağı olarak görüldüğü belirtilmektedir⁵². Bu tarihlerde İngiliz mahkemelerinde görülen davalar (Broad v. Jollyfe, 1620-Mitchel v. Reynolds, 1711) buna örnek gösterilmektedir. Bu kararlardan Mitchel v. Reynolds kararında, bir fırının kiralanması işleminde kiracının, kiralayanın rekabetinden korunmasına yönelik olarak belirli bir bölgede beş yıl rekabet yasağı getirilmesi ticaretin kısıtlanması olarak görülmemiştir.

⁴⁹ Duncan Sinclair, Ancillary Restraints Under The Merger Regulation: The Commission’s approach cast into doubt by the CFI, ECLR, 2003, Vol: 24, S. 7, s. 315-320.

⁵⁰ Karar Sayısı: 06-67/909-263, Karar Tarihi: 28.09.2006

⁵¹ Danıştay Onüçüncü Daire, Esas No: 2005/9936, Karar No: 2007/4097, Karar Tarihi: 25.06.2007.

⁵² Donald L. Holley, **Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures**, , Fordham Corporate Law Institute, Ed: Barry Hawk, 1990, s. 423-459.

Avrupa Birliği uygulamasında yan sınırlamalar, AB Komisyonu kararlarında ilk kez 1964 tarihli Nicholas Freres v. Vitapro kararında⁵³ bir devir işleminde öngörülen beş yıllık rekabet etmeme koşulu üzerinde uygulanmış, söz konusu sınırlama, ABİA md. 101/1'i (eski 81/1) ihlal edici görölmemiştir⁵⁴. Yan sınırlama doktrininin geniş yorumlanması gerektiğini düşünen Korah, 1966 tarihli bir Adalet Divanı kararında⁵⁵ ilk kez geçmesiyle gelişme gösterdiğini belirtse de bu karar bir dağıtım anlaşması kapsamında öngörülen kısıtlamaları ihtiva etmektedir⁵⁶. Bu kararda Divan "Dağıtıcı, piyasadaki bedavacılar (free riders) korunmadıkça ilgili yatırımı yapmayacak idiyse söz konusu korumanın ABİA madde 101/1'i (eski md. 81) ihlal etmeyeceğini" ifade etmiştir. Yine kararlaştırılan sınırlama, ana işlemin yaşama geçirilebilmesi için gerekli ise ve gerektiğinden fazla bir kısıtlama getiriyorsa ABİA md. 101/1'i ihlal etmeyeceğı belirtilmiştir.

AB Komisyonunun yan sınırlamalar karşısındaki tutumunun olgunlaştığı ilk önemli karar ve fırsat Reuter/Basf kararıdır⁵⁷. Bu kararda Dr. Reuter tarafından Basf'a yapılan malvarlığı devrinde Dr. Reuter'e getirilen rekabet yasağı irdelenmiştir. Yapılan anlaşmada Dr. Reuter'e birçok farklı sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlamalardan birisi ilgili pazarda sekiz yıl devre konu işle meşgul olmaması, diğeri sahip olduğı know-how ve tecrübi bilgiyi yine sekiz yıl ifşa etmemesi, sonuncusu ise incelemelerini uygulamaktan men edilmesidir. Komisyon söz konusu kararda, genişçe açıklamalarla birlikte bazı durumlarda, elbette sınırsız görölmemek ve gerekli olduğı kadarını aşmamak kaydıyla, anlaşmanın etkili uygulanabilmesi için alıcının satıcının rekabetinden korunmasının ve satıcının rakiplerle işbirliğine giderek tekrar piyasadaki müşterileri çekmesinin önüne geçilmesinin kabul

⁵³ Nicholas Freres v Vitapro, OJ L 2287/64, Commission Decision of 30.07.1964; Carl H. Fulda, **First Antitrust Desicions of the Commission of the EEC**, Columbia Law Review, 1965, Vol: 65, s. 625-645, <http://heinonline.org> (cevrimici), 10.05.2010 pazartesi.

⁵⁴ Diaz, age., s. 958; E. Cenk Gülergün, **Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 4

⁵⁵ Societe La Thecnique Miniere v. Maschinenbau Ulm GmbH, Judgement of The Court of 30.06.1966, Case 56/65

⁵⁶ Korah, age., s. 80.

⁵⁷ Reuter v. Basf, OJ L 254/40, Commission Decision of 26.07.1976.

edilebileceğini ifade etmiştir. Nihayet Komisyon, sadece sürelerle müdahale etmiş ve beş yıl süreli rekabet yasağının gerekliliği aşmayacağını belirterek, öngörülen sekiz yıllık rekabet yasağını beş yıla çekmiştir. Bu karar, aynı zamanda makullük prensibinin de uygulanmaya başlandığı ilk karardır ve bu uygulama, yine Komisyonun Remia BV⁵⁸ kararıyla da teyit edilmiştir⁵⁹. Bu kararlar üzerine ABAD, işletmenin maddi olan varlıkları yanında maddi olmayan goodwill ve know-how gibi değerlerinin birlikte satışının tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için alıcının, satıcının rekabetinden korunabileceği belirtilmiştir.

2.2.2. Amerikan Antitröst Hukuku'nda

Amerikan uygulamasında da Sherman Kanunu'nun⁶⁰ yürürlüğe girmesinden hemen sonra yan sınırlama kavramı Hakim Taft tarafından Sherman Kanunu uygulamalarına dahil edilmiştir⁶¹. Yan sınırlama doktrininin ilk defa bu kararda, bu günkü anlamıyla açıkça ifade edildiği ve bu kararla birlikte kurulduğu kabul edilmektedir⁶². İlgili davada (1898, United States v. Addyston Pypes&Steel Co.) Taft, “Hukuki bir sözleşmemenin ana amacının yanında bir yan sınırlama olduğu açık olmayan ve tarafların, sözleşmenin meşru getirilerinden tam anlamıyla yararlanmalarını sağlamak için veya tarafları, karşı tarafın haksız kullanımlarından korumak için gerekli olmayan, ticareti sınırlayıcı hiçbir akdi sınırlama icra edilemez.” şeklinde bir yargıya vararak bugünkü anlamda yan sınırlama kavramı Amerikan yargı içtihatlarına girmiştir. Bu kararla “Hukuki işlemin etkin bir biçimde yapılması için işleme yardımcı ve ikincil nitelikteki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların geçerli olabileceği” kabul edilmiş ve bu doktrinin kabulü rekabet hukukuna kolaylık

⁵⁸ Remia BV and Verenidge Bedrijven and Nutricia, Desicion no: 83/670/EEC, OJ L 376/22, Commission Decision of 11.07.1985.

⁵⁹ Whish, age., s. 101.

⁶⁰ The Sherman Antitrust Act, 27.05.1890. Amerikan Antitröst Hukukunun temeli olan Kanun.

⁶¹ Gregory J. Werden, **The Ancillary Restraints Doctrine, American Bar Association-Section Of Antitrust Law**, 54th Antitrust Spring Meeting, Washington D.C., 29-31.03.2006, s. 1 vd.; www.abanet.org/antitrust/at-committees.

⁶² Richard B. McKenzie and Dwight R. Lee, **In The Defense of Monopoly**, University of Michigan Press, 2008, s. 167.

sağlamıştır⁶³. Ne var ki Taft' ın bu analizi, diğer bir hakim Robert Bork tarafından gün yüzüne çıkarılana kadar gözden kaçırılmıştır⁶⁴.

Nihayet yan sınırlamalar, ABD'de 1898 tarihli bir kararda işlenmiştir. Rule of reason kuralı ise 1911 tarihinde uygulanmaya başlamıştır. Dolayısıyla bu süreçte yan sınırlama kavramı unutulmuş, ancak daha sonra rule of reason kuralının bir uygulanış biçimi olarak kabul edilmiştir. Ancak ne doktrinde ne de uygulamada rule of reason'ın uygulanış biçimleri gibi bir sınıflandırma bulunmaktadır. Dolayısıyla makul sebep kuralının hangi hallerde uygulanacağına ilişkin kesin kuralların bulunmaması nedeniyle bir anlaşmaya, makul sebep kuralının uygulanıp uygulanmayacağına her olayın kendine özgü niteliklerine göre değerlendirme yapılarak karar verilmektedir. Buradan da anlaşılabilceği gibi Amerikan antitröst hukukunda yan sınırlamaların uygulanışı bakımından bir istikrar bulunmamaktadır.

2.3. Tanım

Yukarıda belirtildiği gibi yan sınırlamalar hakkında doktrinde, niteleyici açıklamalar bulunmamaktadır. Çoğunlukla hangi şartlarda bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilip meşru sayılacağı ve bunların AB Komisyon veya ATAD kararlarıyla örneklendirilmesi şeklinde incelemeler vardır. Dolayısıyla yan sınırlamaların tanımlanmasında da aynı kıtlık söz konusudur. Gerçekten yapılan tanımlar, yan sınırlamaların şartlarının bir veya bir kaçından mürekkep, tanım değil de yan sınırlamaların bir yönünü belirten ifadelerdir.

Aslında alternatifli tanımlar pek bulunmamakla birlikte, Korah tarafından, ABİA md 101/1'i ihlal etmeyen, yan sınırlamaların makullüğünü ifade eden ve ana

⁶³ Texaco Inc. v. Shell Oil Company, Supreme Court Of The United States, Nos. 04-805 And 04-814, May 2005.

⁶⁴ Robert H. Bork, **Ancillary Restraints and The Sherman Act**, A.B.A. Antitrust Section 211, 1959. Bkz. Gregory J. Werden, age., s. 1 vd.

işlemin gerçekleşmesini sağlayacak gerekliliği aşmayan birden çok yan sınırlama tanımı bulunabileceği belirtilmektedir⁶⁵.

Yan sınırlamalara ilişkin ilk tanım AB Komisyonunun yan sınırlamalar için kullandığı klasik tanımdır. Buna göre, ana işlemin (yoğunlaşma işleminin) gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar yan sınırlamalar olarak kabul edilmektedir⁶⁶. Aynı tanım Avrupa İlk Derece Mahkemesi (European Court of First Instance-CFI) de kullanmaktadır⁶⁷.

Doktrinde Diaz tarafından yapılan tanıma göre, yan sınırlama doktrini, belirli hukuki işlemlerde değerin tam anlamıyla transferinin veya tam korumanın sağlanması için gerekli kısıtlamaları meşrulaştıran doktrindir⁶⁸. Korah tarafından yapılan tanıma göre ise yan sınırlama, doğal olarak rekabeti bozucu olmayıp hukuki işlemin yürürlüğünü sağlayan ve yeni bir pazara girişte emsal olan hükümleri kapsayan bir terimdir⁶⁹. Bu tanımın, anlaşma yapılmasaydı ne olacağıyla mevcut durumu karşılaştırmaya imkan tanıyacağı belirtilmiştir. Ancak bu tanım yan sınırlamalar kavramını geniş olarak yorumlayan yazar tarafından yapılmış olup, doğasında rekabeti bozucu olmayan kısıtlamaların yan sınırlama olarak kabulü ile yapılmış bir tanımdır.

Türk rekabet hukuku doktrininde bu anlamda iki yazar tarafından tanımlama yapılmıştır. Bu yazarlardan Erdem⁷⁰, “yan sınırlamalar, birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belirli süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır” şeklinde bir tanımlama yapmıştır. Diğer yazar Gülergün⁷¹ ise yan sınırlamaları, “temel bir

⁶⁵ Korah, age., s. 81.

⁶⁶ Bkz. Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

⁶⁷ Case T- 206/99, Metropole TV and Others v. Commission, ECR (2001) II 1061

⁶⁸ Diaz, age., s. 955.

⁶⁹ Korah, age., s. 81.

⁷⁰ Erdem, age., s. 163.

⁷¹ Gülergün, **Yan Sınırlamalar**, s. 3.

düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümler” olarak tanımlamıştır.

Böylece yukarıda belirtildiği gibi doktrinde ayrıntılı incelemeler bulunmadığı için, doktrinel bahislerden çok Kurul kararları ve AB uygulamaları, yan sınırlamaların tanımını ve kapsamını belirlememizde bize yol gösterici olabilecektir.

Rekabet Kurulu, kararlarında, işlemin gerçekleştirilmesi için yardımcı unsur olarak düzenlenen yan sınırlamaların; devredilen malvarlığının değerinin korunması gereğinden ve alıcıların, maddi ve maddi olmayan mal varlıkları değerlerinden eksiksiz yararlanabilmeleri ve yaptıkları yatırımların karşılıklarını tam olarak alabilmeleri amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir⁷². Kurul, kararlarında yan sınırlama kavramının tanımlamasıyla ilgilenmemiş olup sadece, yan sınırlama getirilmesinin amaçları ve yan sınırlamaların geçerliliği için hangi şartları haiz olması gerektiğini tartışmakla yetinmiştir.

Yan sınırlamalar için, yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir diyebiliriz. Bu tanım kapsamında “ekonomik fayda”, karşılığında bir bedel ödenen teknik bilgi veya ticari itibar devri veya ticari faaliyetlerdeki sürekliliğin sağlanabilmesi gibi faydaları ifade etmektedir. Yine “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan faydanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için” ifadesi de yan sınırlamanın, yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olması hususlarını belirtir niteliktedir. Nihayet “ana işleme eklenen” ifadesi yan sınırlamaların tali yönünü; “doğası gereği meşru kabul edilen ifadesi” de yan sınırlamaların, kısıtlayıcı olmakla birlikte ticari gerekler nedeniyle hukukilik yönünü vurgulamaktadır.

⁷² Bu kararlardan bazıları; Karar Sayısı: 09-58/1400-366, Karar Tarihi: 09.12.1999; Karar Sayısı: 09-43/1097-277, Karar Tarihi: 01.10.2009; Karar Sayısı: 08-50/729-287, Karar Tarihi: 14.08.2008; Karar Sayısı: 07-77/914-394, Karar Tarihi: 04.10.2007.

2.4. Avrupa Birliği Rekabet Mevzuatında

Yan Sınırlamalar (Ancillary Restraints)

Avrupa Birliği rekabet mevzuatında yan sınırlamalar hakkındaki düzenlemeler çok geç oluşmuştur. Yoğunlaşmalar hakkında herhangi bir düzenleme bulunmadığı dönemde yoğunlaşmaların denetimi ATA md. 81 ve 82 (o dönemde md. 85 ve 86, yeni ABİA⁷³ md 101 ve 102) hükümlerine göre yapılmaktaydı. Bu maddelerin yoğunlaşmaların denetimi için yeterli olup olmadıkları tartişmaya neden olmuřtur⁷⁴. Nitekim bu dönemde yoğunlaşma işlemlerinde öngörülen yan sınırlamalar da ilkin bu hükümlerden ATA md. 81 (ABİA md. 101) kapsamında deđerlendirilmekteydi⁷⁵. Ancak AB Komisyonu bir kararında söz konusu yan sınırlamayı sadece ATA md. 81 kapsamında değer, ayrıca hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan md. 82 kapsamında da tartiřmıřtır⁷⁶. Bu kararda, yan sınırlamalara, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ATA md. 82'nin uygulanmasının, pazardaki rekabet koşulları sonucunda söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Nihayet AB Komisyon ve ABAD kararlarında yoğunlaşmaların denetlenmesi için ATA md. 81 ve 82 (ABİA md. 101 ve 102) hükümlerinin yeterli olmadığı konu edilince⁷⁷ ve teşebbüslerin istemleri sonucunda⁷⁸ AB Konseyi tarafından 4064/89 sayılı ve 1989 tarihli Birleşmeler Tzđ⁷⁹ yayınlanmıştır.

Yan sınırlamalar hakkında, AB uygulamalarında ilkin 4064/89 sayılı ve 1989 tarihli Birleşmeler Tüzüğü'nün Giriş kısmının 25. paragrafında, “yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilen kısıtlamaların da Tüzüğün uygulama

⁷³ Avrupa Birliğinin işleyişine dair Antlaşma, Avrupa Toplulukları Antlaşmasının Lisbon Antlaşmasıyla değeritirilmiş yeni adıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. bu çalışmada s. 18.

⁷⁴ Aslan, **AT Rekabet Hukuku**, s. 271.

⁷⁵ Bkz. Reuter v. Basf (, OJ L 254/40, 26.07.1976), Nutricia kararı (OJ L 376/22, 12.12.1983), BPCL/ICI kararı (OJ L 212/1, 1985), ENI/MONDETISON kararı (OJ L 5/13, 1987)

⁷⁶ Bkz. Mecaniver/PPG kararı, OJ L 35/54, 1985.

⁷⁷ Erdem, age., s. 178.

⁷⁸ Korah, age., s. 390.

⁷⁹ Council Regulation (EC) No 4064/89 of 21.12.1989 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation), OJ L 395/1, 30.12.1989.

kapsamı alanında olacağı” belirtilmiştir. Ardından uygulamaya ilişkin olarak bir AB Komisyon Duyurusu yayımlanmıştır⁸⁰. 4064/89 sayılı Tüzükte değişiklik yapan 1310/97 sayılı ve 1997 tarihli Tüzüğün⁸¹ yürürlüğe girmesinin ardından yeni bir Komisyon Duyurusu daha yayımlanmıştır⁸². Nihayet 139/2004 sayılı 2004 tarihli AB Konsey Tüzüğü⁸³ yürürlüğe girmiş ve bunun üzerine de bir Komisyon Duyurusu yayımlanmıştır⁸⁴. 1310/97 sayılı Tüzükle birkaç konuda değişiklik gerçekleştirmiş olup yan sınırlamalara ilişkin bahislerde herhangi bir farklı açıklamaya gidilmemiştir. 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğü ise 4064/89 sayılı Tüzüğü tadil eden değil, bu Tüzüğün yerini alan bir Tüzük’tür. Bu Tüzük’ten hemen önce AB Komisyonu, yan sınırlamaların belirlenmesi ve değerlendirilmesi hususunda daha önceki uygulamalarından vazgeçtiğini belirtmiştir⁸⁵.

139/2004 sayılı Tüzüğün Giriş kısmının 21. paragrafında, Tüzüğün, doğrudan ilgili ve gerekli yan sınırlamalara uygulanacağı ifade edilmekle birlikte, AB Komisyonunun sınırlamaları dikkate almaksızın vereceği, bir yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olduğuna ilişkin kararının, otomatikman sınırlamayı da kapsayacağı belirtilmiştir. Ancak takip eden cümlelerde, eğer ilgili Komisyon duyurusunda değinilmemişse veya yayımlanmış Komisyon kararlarında mesele işlenmemişse o meselenin gerçek belirsizlik doğuran yeni ve çözülmemiş sorun kabul edileceği ve böyle bir sorunun varlığı halinde ilgili teşebbüsün istemi üzerine, Komisyonun bu sınırlamayı da değerlendireceği Tüzükte belirtilmiştir. Yine Tüzüğün madde 6/1 (b) ikinci cümle, 8/1 ikinci cümle ve 8/2 üçüncü cümlelerdeki hükümlerinde, yukarıdaki paragraf hükmüyle uyumlu olarak söz konusu yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu

⁸⁰ Comission Notice Regarding Restrictions Ancillary to Concentrations, OJ C 203/05, 14.08.1990.

⁸¹ Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30.06.1997, OJ L 180/1,

⁸² Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2001/C, 188/03), OJ C 188/5, 04.07.2001.

⁸³ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20.01.2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Meger Regulation), OJ L 24/1, 29.01.2004

⁸⁴ Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

⁸⁵ Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, 11.12.2002, www.europa.eu.int.

olduğuna ilişkin Komisyon kararının doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağı belirtilmiştir.

Nihayet Türk rekabet mevzuatı mehzaz olarak aldığı AB rekabet mevzuatını takip etmekte, Rekabet Kurulu da AB Komisyon uygulamalarını dikkate alarak kararlar vermektedir. Bunun için yan sınırlamalara ilişkin Komisyon Duyuruları, Kurul kararlarında sıkça işlenmiş olup kriterlerin tespitinde Duyuru'da belirtilen ifadelerin neredeyse aynısına yer verilmiştir.

3. Yan Sınırlamaların Unsurları

Doktrinde unsurlar başlığı altında her ne kadar farklı sınıflandırmalar⁸⁶ yapılsa da öncelikle yan sınırlamaların unsurlarıyla şartlarını ayırmak gerekmektedir. Zira unsurlar yan sınırlama kavramını oluşturan bileşenlerdir. Yan sınırlamaların şartları ise hangi koşullarda bir hükmün yan sınırlama olarak kabul edileceğini belirten niteliklerdir. Avrupa Birliği ve Amerikan rekabet doktrinde böyle bir ayırım bulunmamaktadır. AB doktrinde⁸⁷ bu konuda incelemeler bir sınırlamanın yoğunlaşma işlemiyle birlikte kararlaştırılması, o sınırlamanın, yan sınırlama olarak değerlendirilmesi için yeterli olmayacağı şeklindedir. Söz konusu sınırlamanın doğası gereği ana işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olması gerekmektedir. Ancak

⁸⁶ Erdem yan sınırlamalar için zorunlu, makul, objektif olma ve makul bir süreye bağlanma olmak üzere dört unsur belirlemiştir. Bkz. Erdem, age., s. 167; Gülergün ise unsurlar başlığı altında sınırlama, doğrudan ilgili olma, orantılı ve gerekli olma ve diğer koşullar olarak inceleme yapmaktadır, Bkz. Gülergün, **Yan Sınırlamalar**, s. 7; Gürkaynak ise, rekabete ilişkin kısıtlamaların bir yoğunlaşma işleminin yan sınırlaması olarak görülerek kabul edilebilir bulunması için dört koşulun varlığı gerektiğini belirtmiştir. Bu koşullar: Sınırlamanın işlev görmesi için sahip olması zorunlu olan kapsamı aşmaması, konu yönünden objektif ve makul olması ve kendisinden beklenen meşru faydayı gerçekleştirmesi için gereken makul süreyi aşmaması, Bkz. Gönenç Gürkaynak, Hakan Özgökçen, **Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Müdahale Gerekli mi?**, Rekabet Derneği Rekabet Forumu, S. 36, 20.07.2007, s. 11-19., Ancak bu sınıflama, sınırları belli olmayan, kavramları birbirine girmiş bir sınıflamadır. Aslan ise bu şartları unsur olarak değil kriter olarak değerlendirmiştir, bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s.589.

⁸⁷ Bkz. Bellamy&Child, **EC Law of Competition**, s. 425; John Cook, Cristopher Kerse, **EC Merger Control**, Sweet&Maxwell, London, 2000. s. 172-173.

bunların yanında, yan sınırlamaların değerlendirilmesi için genel prensipler başlığı altında orantılılık prensibi (principle of proportionality) incelenmektedir ve bu prensip başlığı altında da süre, konu ve coğrafi alan bakımından incelemelere gidilmiştir. Bu prensipler, doğrudan ilgililik ve gereklilik ilkeleri yanında, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için sınırlamanın, işlemin gerçekleşmesi için gereğinden fazla olup olmadığını tespit ve daha hafif bir sınırlama tercih edilip edilemeyeceği hakkında bize yardımcı olacaktır. Bu yazarlardan Bellamy ve Child, bu prensiplerin, sınırlamanın, doğrudan ilgililik ve gereklilik şartını sağlayıp sağlamadığını tespit birer araç olduğunu ifade etmektedir⁸⁸. Ancak bir şartın bir şey için salt bir biçimde gerekli görülmesiyle, şartın ne oranda olması birbirinden farklı değerlendirilmesi gereken şeylerdir. Mesela bir devir işleminde öngörülen rekabet yasağı, süresi bakımından makul olandan daha uzun süreli olsa bile yine o işlemin gerçekleşmesi için gerekli görülebilecektir.

AB Komisyon Duyurusu'nda ise yan sınırlamalar için sadece, kısıtlamalar kelimesini niteleyen doğrudan ilgili olma ve gerekli olma kriterlerine yer verilmiştir. Duyuru'nun genel prensipler başlığı altında bulunan 13. paragrafında, bir sınırlamanın gerekli olup olmadığı hakkında karar verebilmek için, söz konusu sınırlamanın sadece doğasının değil, ayrıca, gerekli olup olmadığı hakkında kanaate ulaşabilmek için süre, kapsam ve coğrafi alan bakımından da değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Duyuru metninden, dolaylı olarak orantılılık kriterinin, gereklilik kriterinin sağlanmasına yardımcı bir unsur olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Yan sınırlamaların unsurlarından ilki, ortada bir sınırlamanın var olmasıdır. Diğer unsur ise; bu sınırlamanın tali nitelikli (colleteral), yani salt kendiliğinden bir yükümlülük getirici olmayıp aksine ikincil, bir yan (ancillary) yükümlülük getiriyor olmasıdır.

⁸⁸ Bellamy&Child, **EC Law of Competition**, s. 425.

3.1. Sınırlamanın Varlığı

Bir yan sınırlamanın varlığından bahsedebilmek için öncelikle yükümlülük doğurucu bir şartın, kısıtlamanın bulunması gerekmektedir. 4054 sayılı RKHK’ da sınırlamaya ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. 139/2004 sayılı AB Birleşmeler Tüzüğünde sınırlama (restraint) kavramı ile birlikte, doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar (restrictions directly related and necessary) şeklinde daha ayrıntılı bir öbek kullanılmıştır. Sınırlama, son Duyuru’nun 10. paragrafında, “yoğunlaşma işleminin tamamlayıcı parçası olmayan, fakat yoğunlaşma işleminde tarafların, pazarda kendi hareket özgürlüklerini kısıtlayan yükümler” şeklinde ifade edilmiştir.

Sınırlama, aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği gibi çeşitli şekillerde olabilir. Örnek verecek olursak, taraflardan birine getirilen rekabet yasağı, tedarik veya lojistik destek sağlama şartı, bilgi sağlama, fason imalat yapma kaydı gibi kayıtlar sınırlama olarak kabul edilmektedir. Sınırlamalar bu şekillerle tahdidi olmayıp birçok kayıt sınırlama olarak değerlendirilebilecektir. Yoğunlaşma işlemlerinde daha çok sınırlama olarak rekabet yasağı ile karşılaşılacaktır. Bunun için verilecek örnekler de daha çok rekabet yasağı üzerinden yapılacaktır.

Söz konusu sınırlama, ana işlemle birlikte tek bir sözleşmenin içerisinde öngörülebileceği gibi ana işleme bağlı olarak ayrı bir sözleşmeyle de yapılabilir. Yukarıda değinildiği gibi tek bir sözleşme içerisinde yapılması bu sözleşmeyi karma nitelikli sözleşme haline getirmeyecek; sözleşme, yalın bir sözleşme olma özelliğini koruyacaktır⁸⁹.

3.2. Sınırlamanın Tali (Yan) Nitelikte Olması

Sınırlamanın tali nitelikli olması, yukarıda belirtilen sınırlamaların yoğunlaşmayı doğuran sözleşmenin asli unsuru olmaması, aksine sözleşmenin asli konusunun yanında öngörülen, asli unsurun ifasına eklenen ve bu ifaya yardımcı olan bir sınırlama olmasını ifade etmektedir. Bu durumdaki bir sınırlama, sözleşmenin

⁸⁹ Bkz. s. 63.

tipini belirleyen bir asli edim olmayıp, bu asli edime bağılı karşı tarafın ediminin karşılığının bir kısmını oluşturan bir yan edim olarak öngörölmüş olmalıdır.

Rekabet hukuku kapsamında her tali, ikincil kısıtlama yan sınırlama olarak kabul edilemez. Zira kendisi bir yoğunlaşma işlemi olmayan RKHK md. 4 anlamında anlaşmalar kapsamında da ikincil, yan kısıtlamalar öngörölmektedir. Bu tip kısıtlamalar da özellikle rekabet yasağı ve tedarik yükümlölüğü gibi şekillerde ortaya çıkıp söz konusu anlaşma için gerekli görölebilmektedir. Bu tip kısıtlamalar daha çok dikey anlaşmalar kapsamında olan dağıtım, acentelik ve franchise anlaşmaları içerisinde öngörölebilmektedir. Yan sınırlamalar, AB rekabet uygulamalarında, Amerikan antitröst hukukunda olduğı gibi bir ‘rule of reason’ olarak görölmediğinden, yani nesnel olarak rekabeti kısıtlayıcı ancak etkileri bakımından kısıtlayıcı olmayan anlaşmalara meşruluk kazandıran bir kurum olmadığından RKHK md. 4 anlamındaki anlaşmalar kapsamında öngörölen tali kısıtlamalar, teknik olarak bir yan sınırlama sayılmayacaktır. Bu tip kısıtlamalar, rekabetçi etkileri nedeniyle RKHK md. 5’teki muafiyet hükmü kapsamında değerdendirilip söz konusu anlaşmaya muafiyet verilebilecektir. Nihayet AB Komisyon Duyurusu’nun 7. paragrafında, ABİA md. 101 ve 102 (eski ATA md. 81 ve 82)’nin uygulanacağı kısıtlamaların, doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlama, yani yan sınırlama olarak değerdendirilemeyeceğı belirtilmiştir.

Yine taraflardan birine getirilen rekabet yasağı, tedarik veya lojistik destek sağlama şartı, bilgi sağlama, fason imalat yapma kaydı gibi sınırlamaların asli olarak bir sözleşmenin konusu olmaları halinde de yan sınırlama kavramından bahsedilemeyecektir. Sınırlama, asli bir edim olarak borç ilişkisinin merkezi unsuru ise (mesela rekabet yasağı sözleşmesinde rekabet yasağı) bu sınırlamanın bağımsız bir düzenleme olduğı kabul edilecektir. Bu durumda böyle bir sözleşme, rekabeti sınırlayan bu tarz anlaşmalarla ilgili olan RKHK madde 4 kapsamına girecektir. Zira böyle bir durum doğrudan rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma niteliğini haiz olacaktır. Tek başına bir rekabet yasağı sözleşmesi, bilgi değışimi sözleşmesi veya tedarik sözleşmesi, RKHK md. 4 anlamında “doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar” niteliğinde sayılıp

yasaklanacaktır. Bu konuda Rekabet Kurulu, söz konusu sınırlamanın, yan sınırlamalara ilişkin koşulları taşınamaması ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olması halinde RKHK md. 4 kapsamında anlaşma olarak değerlendirileceğini kararlarında belirtmiştir⁹⁰.

Tali nitelikli sınırlama öngören sözleşmenin, ana sözleşme ile bağlılığına rağmen ana sözleşmeyle biçimsel bir bağının bulunması gerekmeyecektir⁹¹.

4. Yan Sınırlamaların Şartları

Yan sınırlamalar için gerek doktrinde gerekse Rekabet Kurulu kararlarında bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartları haiz olmayan bir yan sınırlamanın, geçerli bir yan sınırlama olmayacağı, yukarıda belirtildiği gibi, Kurul tarafından RKHK md. 4 anlamında anlaşma olduğu kabul edilmektedir. Yani doğrudan geçersiz olarak kabul ederek yasaklamayıp RKHK md. 4 anlamında anlaşma kapsamında değerlendirme yaparak taraf iradelerine önem vermektedir⁹². Kurulun bu kararları Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunmaktadır⁹³. Danıştay, süre bakımından sınırlanmayan bir rekabet yasağının, yan sınırlamaların niteliklerini taşımadığından yan sınırlama sayılamayacağı yönündeki Kurul işleminin hukuka aykırılık taşımadığına karar vermiştir⁹⁴.

Rekabet Kurulu kararları ve AB rekabet uygulamaları, bu şartları tespit ederken bize yol gösterici olacaktır. Bu şartlar, Kurulun ilk kararlarında⁹⁵ ayrı

⁹⁰ Karar Sayısı: 08-09/106-34, Karar Tarihi: 31.1.2008; Karar Sayısı: 03-70/854-370, Karar Tarihi: 30.10.2003.

⁹¹ Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, s. 9, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.

⁹² Nitekim 1997/1 no'lu Tebliğin 8. maddesinde "Bildirim Dönüşmesi" başlığı altında, birleşme ve devralma sayılmayan işlemlerin bildirimlerinin muafiyet veya menfi tespit başvurusu olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

⁹³ Danıştay Onüçüncü Dairesi, Esas No: 2005/6200, Karar No: 2006/157, Karar Tarihi: 18.01.2006.

⁹⁴ Danıştay Onüçüncü Dairesi, Esas No: 2006/1603, Karar No: 2009/111, Karar Tarihi: 09.01.2009.

⁹⁵ Karar Sayısı: 99-12/94-36 ve Karar Tarihi: 03.03.1999; Karar Sayısı: 00-7/62-29, Karar Tarihi: 15.02.2000.

kelimelerle ifade edilseler de aynı amacı karşılamaktadırlar. Bu kararlarında Kurul, “zorunlu kısıtlamalar”, “zorunlu, makul ve objektif sınırlamalar” gibi ifadeler kullanmıştır. Nihayet Kurul, sonraki kararlarında şartlar için “yan sınırlamanın, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olması, sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olması ve orantılı olması” ifadelerini tercih etmiştir⁹⁶. Bu şartları Kurul kararları ışığı altında ifade edecek olursak; doğrudan ilgililik, gereklilik (zorunluluk), amaçla orantılılık (makullük) ve sadece taraflar açısından sınırlayıcı olma olarak belirtebiliriz.

Kurul kararlarında da şartlar belirtilirken kriterler veya koşullar olarak⁹⁷ bahsedilmekle birlikte unsur ifadesi ile kriter ifadesinin birlikte kullanıldığı da görülmektedir⁹⁸. Doktrinde bu şartlar, farklı tasniflere tabi tutulsa da çoğunlukla yan sınırlamalar için unsur olarak sayılmaktadır⁹⁹.

4.1. Doğrudan İlgili Olma (Directly Related)

Birleşme ve devralma işleminde öngörülen sınırlama, söz konusu birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili olmalıdır. Yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili olmayan başka konulara ilişkin anlaşma niteliğindeki sınırlamalar yan sınırlama olarak değerlendirilmeyecektir. Yoğunlaşma ile doğrudan ilgililik ifadesinden, yoğunlaşma işlemiyle bağlantılı ve sınırlamanın, ekonomik olarak nihai işlemle ilgili olmasının anlaşılması gerektiği Kurul kararlarında ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Kurul kararlarında ve AB mevzuatında kullanılan doğrudan ilgili olma (directly related) ifadesi yan sınırlamanın tali niteliğini belirtir bir ifadedir. Burada tartışılması gereken işleme eklenen her türlü yan edim yükümünün yan sınırlama

⁹⁶ Karar Sayısı: 09-58/1400-366, Karar Tarihi: 09.12.2009; Karar Sayısı: 08-69/1124-440, Karar Tarihi: 04.12.2008; Karar Sayısı: 07-89/1129-440, Karar Tarihi: 06.12.2007

⁹⁷ Karar Sayısı: 09-45/1139-287, Karar Tarihi: 08.10.2009; Karar No: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.7.2003

⁹⁸ Karar Sayısı: 09-57/1392-361, Karar Tarihi: 25.11.2009

⁹⁹ Bkz. bu çalışmada s. 80.

¹⁰⁰ Karar Sayısı: 09-57/1354-347, Karar Tarihi: 25.11.2009.

olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Diğer şartlarla birlikte bir değerlendirmeye söz konusu kısıtlamanın bir yan sınırlama olup olmadığı tespit edilir, ancak yan sınırlamaların karakteristik özelliğini belirten, genel olarak yan edim yükümünden ayıran en belirleyici etken yoğunlaşmayla doğrudan ilgililik şartıdır.

Yan sınırlama olarak öngörülen kısıtlamalar, tek başlarına değerlendirildiğinde birer rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardır. Yan sınırlama olarak meşru kabul edilmelerinin nedeni; tamamen ekonomik gereklilikler nedeniyle söz konusu yoğunlaşma işleminin tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamalarıdır. Dolayısıyla yan sınırlamalar, özlerinde her halde rekabeti kısıtlayıcı özellikleri taşırlar. Özlerinde rekabeti kısıtlayıcı olmayan, sözleşmelere eklenen herhangi yan edim yükümleri teknik olarak birer yan sınırlama olarak kabul edilemeyecektir. Burada belirtilen doğrudan ilgililik salt yapılan işleme ilişkin bir ilgililik değil, aksine rekabetin kısıtlanmasına ilişkin bir ilgililiktir. Zira rekabetin kısıtlanmasıyla ilgili olmayan sınırlamalar bir yan edim yükümü olmakla birlikte rekabet hukuku anlamında bir yan sınırlama olmayacaktır. Mesela özelleştirme işlemlerine eklenen stratejik önemi haiz kurum veya kuruluş devrinde imtiyazlı hisse tayini veya devletin bazı stratejik kurumlarının ihtiyaçlarının öncelikle karşılanması gibi kısıtlamalar devir işlemiyle ilgili olmakla birlikte rekabeti kısıtlayıcı nitelikli değildir. Dolayısıyla bu tip sözleşmesel hükümler yan sınırlama olarak değerlendirilemezler.

Yan sınırlamalar bir yan edim yükümü sayılmakla beraber söz konusu işlemle ilgili her yan edim yükümü, teknik olarak bir yan sınırlama değildir ve rekabet hukukunun ve Kurulun ilgilendiği bir konu olmayacaktır. Gerçekten gizlilik hükmüyle getirilen sınırlamalara ilişkin bir kararında Kurul, ifşa etmeme ve kullanmama yükümlerini ayırarak ifşa etmeme yükümünü değerlendirmeye almamıştır¹⁰¹. Ancak Kurulun bu konudaki kararları istikrar kazanmamış olup Kurul tarafından farklı kararlar da verilebilmektedir. Mesela yine tarafların ‘sözleşmeyle edindikleri, önceden bilmedikleri ve kamuya mal olmamış bilgileri ifşa etmeme’ yükümüne ilişkin olarak Kurul değerlendirme yapmış ve rekabeti sınırlayıcı olduğu

¹⁰¹ Karar Sayısı:08-45/635-239, Karar Tarihi: 17.07.2008.

için iki yılla sınırlandırılmasına karar vermiştir¹⁰². Gerçekte rekabeti sınırlandırıcı etkisi olmayan buradaki ifşa etmeme yükümü genel bir değerlendirmeye yan sınırlama olarak kabul edilmiş ve böylece Kurul kararları arasında bir çelişki oluşmuştur. Kurul, diğer bir kararında ise süresiz olarak öngörülen, rekabet üzerinde bir etkisi olmayan ve sözleşme feshedilse bile yürürlükte kalacak olan ifşa etmeme yükümünü değerlendirmiş ve işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu sonucuna varmış ve yan sınırlama olarak işlemle birlikte izin verilmesine karar vermiştir¹⁰³. Söz konusu dosyada ortak girişimin tam anlamıyla hayata geçirilmesi için ifşa etmemeye ilişkin sınırlamanın varlığı gerekli de değildir. Bu kapsamdaki ifşa etmeme sınırlamalarını, Kurul, çoğunlukla değerlendirip yan sınırlandırma sayarak söz konusu sınırlamaya ilgili işlemle birlikte izin verilmesine karar vermektedir¹⁰⁴. Ancak bu kapsamdaki ifşa etmeme yükümlerinin yan sınırlama olarak değerlendirilmesine gerek olmayıp, Kurul kararlarının, yukarıda belirtilen ifşa etmeme ve kullanmama ayıran ve ifşa etmeme yükümünü değerlendirmeyen karar yönünde istikrar kazanması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu tarz bir sınırlama, sözleşmede öngörülme dahi MK md. 2’de düzenlenen “Dürüstlük İlkesi” uyarınca bir borç ilişkisi içerisine giren taraflar için yan yüküm olarak zaten var olacaktır.

Kurul diğer bir kararında ise *“Satıcı tarafından ... satılmasında ve devredilmesinde üçüncü kişiler tarafından verilen en iyi teklifi kabul ettiği takdirde, Alıcı’ nın önalım hakkı olacaktır. Sözleşmenin incelenmesi sonucunda, bu hükmün işlemin gerçekleştirilmesi ile doğrudan bir ilgisi olmadığı, bu nedenle yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği görülmüş, bu doğrultuda hükmün ayrı bir konu olarak ele alınması gerektiği anlaşılmıştır. Ancak söz konusu önalım hakkının, rekabeti sınırlayıcı bir niteliği olmaması nedeniyle 4054 Kanun kapsamında ele alınmasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”* diyerek alıcıya tanınan önalım hakkının devir işlemiyle doğrudan bir ilgisi olmadığı ve bir yan sınırlama olarak

¹⁰² Karar Sayısı:06-92/1175-353, Karar Tarihi: 20.12.2006. Kararda bu yönde bir karşı oy yazısı da bulunmaktadır.

¹⁰³ Karar Sayısı:06-51/657-185, Karar Tarihi: 13.07.2006.

¹⁰⁴ Karar Sayısı:06-11/127-5, Karar Tarihi: 09.02.2006.

değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁵. Burada öngörülen ön alım hakkı salt bir biçimde işlemle elbette ilgilidir ve o işlemle birlikte tarafa getirilen bir yan edim yükümü olarak değerlendirilebilir. Ancak yoğunlaşma işleminin tam anlamıyla gerçekleştirilmesiyle doğrudan bir ilgisi bulunmadığı için yan sınırlama olarak değerlendirilmemiştir.

Yine bir başka kararında ise Kurul, yatırım amaçlı olan hisse edinimlerinde de satın alınacak hisselerin, şirketin konsolide cirosunun yüzde on beşini bulması halinde satıcının, bunları alıcıya satmayı teklif etmesi zorunluluğunu devir işlemiyle doğrudan ilgili görmüş ve bir yan sınırlama olabileceğini ancak bu sınırlamayı işlemin gerçekleşmesi için gereğinden fazla, dolayısıyla orantılı bulmadığı için yan sınırlama olarak kabul etmemiştir¹⁰⁶. Burada taraflardan birine getirilen, yatırım amaçlı olan hisse edinimlerinde satın alınacak hisselerin belli bir oranı bulması halinde alıcıya satma teklifi yükümü, yapılacak devralma işleminin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili görülmüştür.

AB Komisyon Duyurusu'nda¹⁰⁷ doğrudan ilgililik, genel prensipler başlığı altında 12. paragrafta işlenmiştir. Sınırlamanın, yoğunlaşmaların uygulamasında doğrudan ilgili sayılabilmesi için yoğunlaşmanın kendisiyle yakın bir bağlantı olması gerektiği belirtilmiştir. Sınırlamanın, yoğunlaşmayla aynı metinde ve aynı zamanda kararlaştırılmış olması doğrudan ilgili sayılması için yeterli olmayacaktır. Yine bu maddeye bağlı dipnotla da sınırlama, diğer şartları haizse, yoğunlaşmanın ana konusuyla aynı zamanda kararlaştırılmamış olsa bile yine yan sınırlama sayılabileceği ifade edilmiştir.

4.2. Gereklilik (Necessity)

Bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesinin şartlarından ikincisi, söz konusu sınırlamanın birleşme veya devralma için varlığının gerekli

¹⁰⁵ Karar Sayısı:05-40/556-135, Karar Tarihi: 17.06.2005.

¹⁰⁶ Karar Sayısı:05-22/261-72, Karar Tarihi: 07.04.2005.

¹⁰⁷ Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

(necessary) olmasıdır. Gereklilik şartı, zorunluluk olarak da ifade edilebilmektedir. Zorunluluktan maksat, birleşme ve devralmanın uygulanabilirliği açısından objektif olarak gerekli bir sınırlama olmasıdır. Yoksa taraflar, birleşme ve devralma işleminin uygulanabilirliği için ana işlemle birlikte mutlaka bir sınırlama getirecekler diye bir kayıt yoktur. Bir yan sınırlama getirmek tarafları ilgilendirir ve taraflar, nihayetinde böyle bir sınırlamayı öngörmeyebilirler. Dolayısıyla karışıklığa neden olabilecek zorunluluk ifadesi yerine gereklik ifadesi tercih edilmelidir. Yine Kurul kararlarında çokça görülen “gereğini aşan, gereğinden fazla bir kısıtlama” gibi ifadeler de gereklikle değil, orantılılıkla alakalı ifadelerdir.

Söz konusu işlemin uygulamaya geçirilebilmesi için bir yan sınırlamanın öngörülmesi elzemse bu durumda sınırlamanın gerekliliğinden bahsedebiliriz. Kurul kararlarında gereklik, kısıtlamaların yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olması olarak ifade edilmektedir¹⁰⁸. Bu ifade, 2001 tarih ve 188/03 sayılı AB Komisyon Duyurusu’ndaki ifadeyle neredeyse aynıdır. Duyuru’da ayrıca böyle bir kısıtlama olmaması halinde işlemin normalden daha uzun sürede yapılabilmesine neden olabileceği de belirtilmiştir. 2005 tarih ve 56/03 sayılı AB Komisyon Duyurusu da önceki Duyuru’yla aynı ifadeleri kullanmıştır. Nihayet Kurul da gereklik şartını, son kararlarında *“ilgili sınırlamaların mevcut olmaması halinde, işlemin yürütülememesini ve yahut yürütülmesinin oldukça zor hale gelmesini veya daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle, daha uzun sürede gerçekleştirilebilmesi”* şeklinde ifade etmektedir¹⁰⁹.

Bir devralma işleminde devre konu teşebbüsün sadece maddi malvarlığı değerleri devri değil, diğer malvarlığı değerleri de devrolunabilmektedir. Teşebbüsün konusuna ilişkin üretim faaliyetine yardımcı her türlü araç gerecin yanında, devre konu teşebbüsün teknik bilgisi, pazar bilgisi, know-how, marka-patent hakları,

¹⁰⁸ Karar Sayısı: 03-84/1020-408, Karar Tarihi: 30.12.2003

¹⁰⁹ Karar Sayısı: 09-58/1400-366, Karar Tarihi: 09.12.2009; Karar Sayısı: 09-43/1097-277, Karar Tarihi: 01.10.2009

müşteri portföyü de devre konu varlıklardandır. Gerçekten bazen üretime ilişkin araç gerecin elde edilmesinden çok maddi olmayan varlık değerlerinin elde edilmesi daha önemli olabilmektedir. Maddi mal varlıklarının devri kısa sürede ve daha az maliyetle gerçekleşebilecektir. Ancak maddi olmayan varlıkların devri ise daha uzun süre gerektirebilmekte ve daha maliyetli olabilmektedir. Zira ilgili teşebbüs söz konusu gayri maddi değerlere tam anlamıyla vakıf olabilmek için personel eğitimi, gerekli bilgileri teşebbüsün bütün uzuvlarıyla özümsemesi ve reklam gibi yapacağı giderlerle birlikte piyasada kabul görebilmek için uzun sürelerle ihtiyaç duyulabilecektir. Dolayısıyla daha kolay ve sağlıklı bir devir için yan sınırlamalar gerekmektedir. Ancak bu tarz bir sınırlamayla devir işleminde arzulanan sonuç ortaya çıkabilecek, alıcının, devir kapsamındaki tüm varlıkları tam anlamıyla kazanımı sağlanabilecektir. Aksi halde, maddi ve maddi olmayan değerleriyle bir bütün olan teşebbüs, devir bedelini karşılamayacak ve alıcı mağdur olabilecektir. Nihayetinde satıcı elinde tuttuğu maddi olmayan değerler sayesinde pek bir şey kaybetmeyecek ve devir işlemi sonrasında yeniden bir teşebbüs kurarak faaliyetlerine devam edebilecektir. Kurulun rekabet yasakları özelinde belirttiği yan sınırlamaların amacı, söz konusu devralma işleminin tam olarak gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. İşte yan sınırlamaların amacı, ancak o işlem için gerekli kısıtlamaların öngörülmesiyle gerçekleşebilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi Kurulun ilk kararlarında yan sınırlamalar için objektiflik şartı da sayılmaktaydı. Ancak sınırlamanın objektifliği gereklilik şartının içerisinde mündemiç olduğu için ayrıca bir şart olarak bahsetmeye gerek yoktur. Objektiflikten anlaşılması gereken, getirilen sınırlamanın, taraflardan bağımsız düşünüldüğünde o işlem için yine öngörülebilecek bir sınırlama olmasıdır. Söz konusu devir işleminin gerçekleşmesi için her devir işleminde yine böyle bir sınırlama getirilebilecek ise sınırlamanın objektifliği sağlanmış olur. Objektiflik, gereklilik şartını tamamlayıcı bir görünümdedir. Zira başkalarının da devir işlemi için öngörebileceği bir sınırlamanın, gereklilik şartını da haiz olduğu kabul edilebilir.

Nihayet Kurul kararlarından örnek verecek olursak; bir kararında Kurul, *“hisselerin devrinden önce Sözleşme’nin feshedilmesi halinde de Satıcılara rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu düzenleme, hisse devrinin yapılmasından*

vazgeçildiği bir ortamda Satıcılara rekabet etme yasağı getirmektedir. Devralmanın gerçekleşmemesi durumunda, devralma işlemine bağlı ve devirden beklenen sonuçların gerçekleşmesi için gerekli bir yan sınırlamadan bahsedilebilmesinin de mümkün olmayacağı açıktır” diyerek sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce dahi feshi halinde geçerli olacak rekabet yasağının, işlemin gerçekleşmesi açısından gerekli olmadığı kanaatine varmıştır¹¹⁰. Kurul bir başka kararında, “Bildirim konusu devralma işleminde devredilen teşebbüs hali hazırda taraflarca ortak kontrol altında idare edilmektedir. Devre konu teşebbüste her ikisi de aynı know-how’a sahiptir ve Inteltek’ in sahip olduğu ticari itibar diğer hissedar olan Turktell ile birlikte bu teşebbüslere aittir. Dolayısıyla bir know-how ya da ticari itibar devrinden söz etmek mümkün değildir. İşlem, şirket ortaklarından birinin ortaklık payını arttırmasından ibarettir. Kaldı ki, Intralot firması dünyanın çeşitli bölgelerinde şans oyunları konusunda yatırımları olan ve bu alanda geniş bir know-how’a sahip olan bir firmadır. Dolayısıyla know-how bakımından satıcılardan daha üstün bir konumdadır. Yukarıda sayılan nedenlerle, alıcının piyasaya adaptasyonu için zamana da ihtiyacı yoktur. Ayrıca, spor bahis oyunları ile ilgili olarak yeni bir ihalenin yapılmasına kadar faaliyet göstermesi mümkün olmadığından müşteri portföyünün korunması ihtiyacı da bulunmamaktadır. Şu da ilave edilmelidir ki, bahis oyunlarında müşteri yapısı yüksek miktarlı işlem yapan büyük alıcılardan oluşmamaktadır, çok sayıda, değişken bahis iştirakçisi mevcuttur. Yani müşteri portföyünün pratikte korunmaya değer bir yanının olmadığı ifade edilebilir. Satıcı konumundaki teşebbüsün Inteltek’in faaliyet gösterdiği spor bahis oyunları bakımından devir işleminin gerçekleşmesinden itibaren üç yıl süreyle alıcıya rakip olması, bu konudaki yasal giriş engeli nedeniyle muhtemel görünmemektedir. Özetle getirilen rekabet yasağı yoğunlaşmanın gerçekleşmesi ve devamı için gerekli değildir.” diyerek gerek devralan teşebbüsün devir konusuyla ilgili önceden sahip olduğu know-how gerekse devir konusu faaliyetin müşteri portföyünün büyük yatırımcılar olmaması ve müşteri tavırlarının değişken olması nedeniyle öngörülen rekabet yasağının gerekli olmadığına karar vermiştir¹¹¹.

¹¹⁰ Karar Sayısı: 08-12/125-42, Karar Tarihi: 07.02.2008.

¹¹¹ Karar Sayısı: 05-87/1201-349, Karar Tarihi: 22.12.2005

AB Komisyon Duyurusu'nun¹¹² Genel Prensipler kısmının, 13. paragrafında yan sınırlamalar gereklilik açısından değerlendirilirken sadece sınırlamanın varlığının gerekliliği değil, aynı zamanda sınırlamanın süresi, konusu ve coğrafi alanının da hesaba katılması, yoğunlaşmanın hayata geçirilmesi için makul gereklilikleri aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Aynı amaca ulaştıracak başka alternatifler mevcutsa rekabeti daha az kısıtlayıcı olan sınırlamanın tercih edilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Rekabet Kurulu kararlarında duyurunun bu hükümleri de kullanılmaktadır¹¹³. Bizim aşağıda işleyeceğimiz şartları Komisyon, gereklilik bahsi içerisinde işlemiştir. Duyuru'nun bu hükmü, bir sınırlamanın, diğer şartları taşımadığı hallerde gerekli sayılamayacağını ifade etmektedir. Mesela bir sınırlama, İstanbul ili bakımından sınırlandırılması yeterliyken, tüm Türkiye'yi kapsıyorsa bu halde orantılılık şartı ihlal edilmiş olacak, aynı zamanda da tüm Türkiye bakımından sınırlama, işlemin yürütülmesi için gereklilik şartını taşımayacaktır.

4.3. Amaçla Orantılılık (Proportionality)

Bir sınırlamanın, yan sınırlama sayılabilmesi için gerekli olmasının yanında söz konusu sınırlama amaçla orantılı olmalıdır. Orantılılık bazen makullük olarak da ifade edilmektedir. Orantılılık şartı, devralmanın gerçekleşmesi için gerektiği kadar bir sınırlamanın öngörülmesini ifade etmektedir. Bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil, aynı zamanda kapsamının, süresinin ve coğrafi uygulama alanının da işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Orantılılığın sağlanıp sağlanmadığını belirlemek için yapılan kapsam, süre ve coğrafi alan bakımından değerlendirme, her bir yan sınırlama için ayrı ayrı dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, yan sınırlamaların en çok görülen şekli olan rekabet yasağı için üç unsur bakımından değerlendirme gerekirken, Duyuru'da da belirtildiği gibi ekonomik olarak hakların kısmen devri söz konusu olan lisans anlaşmalarında süre

¹¹² Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

¹¹³ Karar Sayısı: 09-56/1338-341, Karar Tarihi: 18.11.2009; Karar Sayısı: 09-57/1354-347, Karar Tarihi: 25.11.2009

bakımından bir sınır aranmamaktadır ve buna gerek de yoktur, ancak lisansın kullanılacağı belirli coğrafi alanlarda sınır aranmaktadır. Yine alım ve tedarik kısıtlamaları bakımından da süre bakımından piyasaya alışkanlık sağlanması için gerekli olan kadar ve ilgili ürün bakımından sınırlama getirilebileceği için ürün ve süreler bakımından orantılılık aranacaktır. Coğrafi alan açısından ise sözleşmedeki bir alım veya tedarik kısıtlamasında, coğrafi bakımdan öngörülmesi gerekecek bir sınırlama pratik olarak olmayacaktır. Orantılılığı değerlendirirken bakılan unsurlar bakımından farklılık olabilse de nihayetinde bütün kısıtlamalar orantılı olmak kaydıyla yan sınırlama kabul edilecektir.

Bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabulü için, amaçla orantılılık her yan sınırlama çeşidinde farklılık arz etmekle birlikte genel olarak üç farklı halde aranmaktadır. Bunlardan ilki, konu bakımından amaçla orantılılıktır. İkinci halde süre bakımından amaçla orantılılık söz konusu olmalıdır. Üçüncü halde ise coğrafi bakımdan orantılılık aranmaktadır.

4.3.1. Konu Bakımından

Sınırlama, devri gerçekleştiren teşebbüslerin faaliyet alanlarıyla ilgili ürün veya hizmetleri kapsamalıdır. Sınırlamanın kapsamı ilgili ürün veya hizmet piyasası dışında bir piyasaya da yönelik olursa söz konusu sınırlama, yan sınırlama olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda ileride ayrıntılı değinileceği gibi ilgili sınırlama ya yasaklanacaktır ya da değiştirilmesi istenecektir.

AB Komisyon Duyurusu'nun 23. paragrafında, devrolunan teşebbüsün ekonomik faaliyetinin bulunduğu ürün veya hizmet pazarında satıcıya rekabet yasağı getirilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca hangi ürün ve hizmetlerin yasak kapsamında değerlendirileceği de belirtilmiştir. Buna göre rekabet yasağı, devir işleminin gerçekleştiği anda pazarlanan en gelişmiş ürün veya hizmetleri veya pazarlanmamış olsa dahi en gelişmiş ürünleri kapsayabilecektir. Nihayet devreden teşebbüsün daha önce faaliyette bulunmadığı bir alan için öngörülecek rekabet yasağının, işlemin gerçekleşmesi için gerekli görülmeceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu bir kararında “*Fantuzzi Grubu’nun devir işlemine konu şirketleri dışındaki şirketleri vasıtasıyla edindiği ve/veya ilgili ürün pazarı ile dolaylı olarak bağlantılı olan pazarlar için geçerli olan fikri mülkiyet hakları üzerinde bir sınırlama getirilmesi durumunun, rekabet hukuku açısından bir yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.*” şeklinde bir değerlendirme yaparak ilgili olmayan piyasada veya dolaylı bağlantılı olan pazarlar için getirilen rekabet yasağını yan sınırlama kapsamında görmemiştir¹¹⁴. Kurul bir başka kararında, “*Rekabet yasaklarının kapsamının devralınan teşebbüsün faaliyet gösterdiği ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. Nitekim alıcının satıcının rekabetinden devredilen teşebbüsün devir öncesinde faaliyet göstermediği ürün ya da hizmet pazarlarında korunmasına ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu yönüyle, incelenen rekabet yasağının konusu bakımından devredilen teşebbüsün faaliyet alanından daha geniş bir faaliyet alanını kapsamasının işlemle doğrudan ilgili ve işlem için gerekli olma niteliğini taşımadığı ve yan sınırlamalarda orantılılık ilkesini konu yönünden karşılamadığı kanaatine varılmıştır.*” değerlendirmesi yaparak satıcı firmaya getirilen faaliyette bulunmadığı bir ürün ya da hizmet piyasasıyla ilgili sınırlamayı, yan sınırlama olarak kabul etmemiştir¹¹⁵.

Ortak girişimler için ise tamamen ortak girişimin konusuyla sabit bir faaliyet kapsamı vardır. Kurul bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir¹¹⁶, “*Ortak girişim işlemlerinde getirilen rekabet yasağının yan sınırlama sayılabilmesi için rekabet yasağının kapsadığı coğrafi alanın ve faaliyetlerin, ortak girişimin faaliyetleriyle sınırlı olması gerekmektedir. Dosya konusu işlemde rekabet yasağının, satıcı (...)’nın faaliyetlerine yönelik olarak getirildiği ve bu yönüyle makul olduğu görülmektedir.*”.

4.3.2. Süre Bakımından

Sınırlama için öngörülen süreler de amacı sağlamaya yönelik olarak orantılı olmalıdır. Gerçekten devir işleminin sağlıklı bir biçimde uygulamaya girebilmesi için sınırlamaların belli bir süre devam etmesi öngörülebilir. Sözleşmede belirtilen

¹¹⁴ Karar Sayısı: 08-64/1124-440, Karar Tarihi: 04.12.2008

¹¹⁵ Karar Sayısı: 07-68/967-368, Karar Tarihi: 09.10.2007

¹¹⁶ Karar Sayısı: 08-27/308-98, Karar Tarihi: 02.04.2008

sürenin devir işleminin uygulanabilirliğine katkıda bulunabilecek kapsamı aşması halinde, yukarıda belirtildiği gibi, sınırlama rekabeti bozucu anlaşma olarak değerlendirilip yasaklanabileceği gibi söz konusu sürenin makul hale getirilmesi istenebilecektir.

Bu bağlamda süreler bakımından AB Komisyon Duyurusu'nda Rekabet Yasağı (non-competition clauses) başlığı altında, yirminci paragrafta Komisyon tarafından referans süreler öngörülmüştür. Buna göre ticari itibar (goodwill) ve teknik bilgi (know-how) devri birlikte yapılmaktaysa bu halde üç yıllık rekabet yasağının makul sayılacağı, sadece ticari itibar devri halinde ise sadece iki yıllık bir rekabet yasağı şartının orantılı olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Süreler bakımından bu uygulama, Komisyon kararlarıyla başlamış olup 2001 tarih, 188/03 sayılı mevcut duyurudan bir önceki yan sınırlamalar üzerine Komisyon Duyurusu'yla da mevzuata girmiştir. Öncesinde AB Komisyon uygulaması beş yıllık bir sürenin makul görülmesi yönündeydi¹¹⁷ ve Rekabet Kurulu da ilk kararlarında makul süreyi beş yıl olarak kabul etmekteydi¹¹⁸.

Rekabet Kurulunun kararları da süreler bakımından, istisnalar olmakla birlikte, bu yönde istikrar sağlamıştır. Gerçekten müşteri bağımlılığının üst düzeyde olduğu, devredilen know-how' ın kapsam ve doğası nedeniyle devrin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için daha uzun süreli rekabet yasağı gerekebilmektedir. Bu gibi hallerde istikrar sağlanan sürelerden sapmalar olabilmekte ve rekabet otoritesi esnek davranabilmektedir. Yine Kurul, yan sınırlamaların diğer görünüş şekilleri için de yukarıda belirtilen süreleri dikkate almaktadır¹¹⁹.

Bu süreler, Duyuru' da rekabet yasakları başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte 26. paragrafta gizliliğe ilişkin düzenlemede yapılan atıfla gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasaklarıyla aynı etkileri olduğu, bunun için aynı şekilde değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu anlayış Kurul tarafından da benimsenmiş olup

¹¹⁷ Gülergün, **Yan Sınırlamalar**, s. 55.

¹¹⁸ Karar Sayısı: 01-02/4-2, Karar Tarihi: 04.01.2001; Karar Sayısı: 01-25/249-69, Karar Tarihi: 29.05.2001

¹¹⁹ Karar Sayısı: 06-96/1224-369, Karar Tarihi: 29.11.2006

gizliliğe ilişkin yüküm içeren devir işlemlerinde uygulanmaktadır. Gizlilik yükümlülüğü Kurul tarafından, “*her ne kadar piyasadaki rekabet üzerinde, rekabet yasakları kadar etkileri olmasa da gizlilik yükümleri de rekabet yasağına benzer şekilde değerlendirilmelidir*”¹²⁰ şeklinde ifade edilmekte ve gizlilik yükümüne ilişkin kararlarda, iki ve üç yıllık süreler dikkate alınmaktadır¹²¹. Ancak sürelerin orantılılığı hususu herhalde Rekabet Kurulunun takdir yetkisinde olup, farklı değerlendirmelerle bu kurallar dışında da kararlar Kurul tarafından verilebilmektedir. Nihayet gizlilik yükümü açısından öngörülen beş yıllık süreleri Kurulun, devir işleminin gerçekleşmesi için makul olduğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır¹²². Kurul bazı kararlarında ise süresiz olarak öngörülen gizlilik yükümlerini makul bulmuştur¹²³. Bu kararlarda Kurul, sır ifşa etmeme ve edinilen bilgileri kullanmama olarak ikili bir ayrıma giderek buna göre değerlendirme yapmaktadır.

Kurul bir kararında süresiz getirilen rekabet yasağını yan sınırlama olarak kabul etmemiş olup satıcı grubun süresiz pazar dışında tutulmasının geçerli bir sebebinin bulunmadığına karar vermiştir¹²⁴. Yine diğer bir kararında Kurul, devir sözleşmesinde öngörülen on yıllık rekabet yasağının makul olmadığı, üç yılla sınırlandırılması halinde sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır¹²⁵. Kurulun beş yıllık süre öngörülmüş rekabet yasaklarını makul bulduğu kararları da mevcuttur¹²⁶. Bu kararlarında ilgili pazarda etkin bir rekabetin varlığı, ilgili teşebbüslerin pazar paylarının düşüklüğü gibi sebeplerle, yasağın Türkiye pazarı açısından kayda değer bir etki doğurmayacak olması nedeniyle beş yıllık sınırlama makul bulunmuştur. Yine beş yıllık bir sınırlamayı orantılı bulduğu

¹²⁰ Karar Sayısı: 08-37/495-176, Karar Tarihi: 05.06.2008

¹²¹ Karar Sayısı: 07-78/979-377, Karar Tarihi: 09.10.2007; Karar Sayısı: 07-59/688-243, Karar Tarihi: 11.07.2007

¹²² Karar Sayısı: 07-67/836-314, Karar Tarihi: 23.08.2007; Karar Sayısı: 07-59/686-241, Karar Tarihi: 11.07.2007

¹²³ Karar Sayısı: 06-53/683-190, Karar Tarihi: 20.07.2006

¹²⁴ Karar Sayısı: 08-64/1124-440, Karar Tarihi: 04.12.2008

¹²⁵ Karar Sayısı: 09-04/68-25, Karar Tarihi: 04.02.2009

¹²⁶ Karar Sayısı: 08-51/781-310, Karar Tarihi: 29.08.2008; Karar Sayısı: 08-49/687-264, Karar Tarihi: 31.07.2008

bir kararında Kurul, işlemin gerçekleştiği ilgili ürün pazarının yapısı, müşteri bağımlılığı nedenleriyle orantılılığı sağladığını ifade etmiştir¹²⁷. Diğer bir kararında ise Kurul, AB ülkeleri için getirilen üç yıllık yan sınırlama yanında diğer ülkeler için uygulanması kararlaştırılan beş yıllık rekabet yasağıyla ilgilenmeyerek söz konusu sınırlamayı orantılı bulmuş yan sınırlama olarak kabul etmiştir¹²⁸.

Yine ortak girişimler için de süreler bakımından farklı bir durum söz konusudur. AB Komisyon Duyurusu'nun dördüncü bölümünde ortak girişimlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bölümde 36. paragrafın son cümlesinde, öngörülecek rekabet yasağının ortak girişim süresince kabul edilebileceğini, ortak girişim süresiyle sınırlı olabileceği belirtilmiştir¹²⁹. Kurul da kararlarında bu düzenlemeye uygun değerlendirme yaparak rekabet yasağının süresini, doğrudan ortak girişimin ömrünün belirlediğini ifade etmektedir¹³⁰. Kurul kararlarında ortak girişim süresini aşan sınırlama öngörüldüğünde bu sınırlamalar, yan sınırlama olarak değil RKHK md. 4 anlamında 'anlaşma' kabul edileceği ve ortak girişim süresi boyunca öngörülen sınırlamaların makul bulunacağı ifade edilmektedir¹³¹. Yine Rekabet Kurulu bu kurallarla mutlak olarak bağlı olmayıp farklı kararlar da verebilmektedir. Nitekim Kurul bir kararında, bir ortak girişimde tarafların hissedarlıkları süresince ve hissedarlıklarının sona ermesinden itibaren iki yıl boyunca taraflara getirilen rekabet yasağının süre bakımından makul olduğunu kabul etmiştir¹³². Diğer bir kararında Kurul, ortak girişim süresini aşan rekabet yasaklarının herhalde RKHK md. 4 anlamında "anlaşma" sayılamayacağı, söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün ilgili pazarda düşük bir pazar payına sahip olan teşebbüsün ortaklarına getirildiği, bu kısıtlamanın pazarda etki doğuracak

¹²⁷ Karar Sayısı: 05-79/1088-314, Karar Tarihi: 24.11.2005

¹²⁸ Karar Sayısı: 05-55/832-225, Karar Tarihi: 08.09.2005

¹²⁹ Comission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C, 56/03), OJ C 56/24, 05.03.2005.

¹³⁰ Karar Sayısı: 09-57/1392-361, Karar Tarihi: 25.12.2009

¹³¹ Karar Sayısı: 07-88/1117-437, Karar Tarihi: 29.11.2007; Karar Sayısı: 07-53/582-193, Karar Tarihi: 20.06.2007

¹³² Karar Sayısı: 08-73/1179-454, Karar Tarihi: 18.12.2008

rekabet kısıtlaması olmadığı gerekçesiyle ortak girişim süresini aşacak bir sınırlamanın makul olduğunu kabul etmiştir¹³³.

Kurul ortak girişim anlaşmalarında öngörülen sınırlamalarda, neden sürelerin ortak girişimlerin ömrüyle sınırlı tutulduğunu da bazı kararlarında izah etmektedir. Bu kararlarında “*Taraflar ile ortak girişim arasındaki rekabet yasağını ortak girişimin süresini aşan bir şekilde hükme bağlayan düzenlemeler süre açısından orantılılık ölçütünü aşmaktadır. Zira ortak girişimin taraflarının sonradan yapacakları hisse devri yeni bir devir işlemi olacağı için, bu devir sırasında satıcı hissedara rekabet yasağı getirilebilecektir. Bu nedenle söz konusu hisse devri sonrasındaki dönem için geçerli olacak rekabet yasaklarına ortak girişimin kurulduğu anda değil, ileride gerçekleşecek olan hisse devri sırasında karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim ileride belirsiz bir tarihte gerçekleşmesi olası ve kontrol değişikliğine yol açacak bir hisse devri işlemi sırasında hisselerini devredecek tarafa bugünden bağlayıcı nitelikte bir rekabet yasağı getirilmesi, bu rekabet yasağının geçerli olacağı döneme ait koşulların henüz belirsiz olduğu ve dolayısıyla bu düzenlemenin sonuçlarının şimdiden öngörülemediği dikkate alındığında, orantılılık ölçütü açısından gerekli olandan daha fazla bir sınırlama olacaktır.*” diyerek yan sınırlamanın ortak girişim süresince öngörülebileceğini belirtmektedir¹³⁴. Ancak Kurul yine bu kararlarında “*Bununla birlikte bu değerlendirme; alıcının, kendisine söz konusu teşebbüs üzerindeki ortak kontrolün tarafı olma imkânı veren hisselerini, bu teşebbüs üzerinde hali hazırda ortak kontrolün diğer taraflarına devretmesi durumunda geçerli olacaktır.*” diyerek ortak girişim tarafları arasındaki devirlerde ortak girişim süresinin dikkate alınacağını, üçüncü kişilere devir halinde ise ortak girişim süresini aşacak sınırlamaların kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

Devir işlemlerinde hisse devirlerinde satıcının bir kısım hissesi devir dışıysa, yani satıcı halen hisse sahibiyse bu durumda Kurul, bir ortak kontrol söz konusu olup

¹³³ Karar Sayısı: 07-61/732-262, Karar Tarihi: 25.02.2007

¹³⁴ Karar Sayısı: 08-41/558-211, Karar Tarihi: 27.06.2008; Karar Sayısı: 08-29/366-120, Karar Tarihi: 17.04.2008

olmadığına göre rekabet yasağı süresini değerlendirmektedir. Satıcının elinde tuttuğu hisseler ortak kontrol sağlayacak nitelikte ise, hisse devir sözleşmelerinde getirilen sınırlamaların bu ortak kontrol süresince olabileceği Kurul kararlarında işlenmiştir. Kurul bir kararında hissedarlık süresince öngörülen rekabet yasağının, işlemin gerçekleştirilmesi amacıyla orantılı olmayacağına hükmetmiştir¹³⁵.

Kurul kararlarıyla da sabit olduğu üzere taraflara getirilen rekabet yasakları yoğunlaşma işleminin tamamlandığı, mesela devir işleminde devrin gerçekleştiği tarihten itibaren geçerli olacaktır¹³⁶. Rekabet yasağının başlangıç tarihi, yoğunlaşma işleminin gerçekleşme tarihinden başka herhangi bir olay veya şarta bağlanamaz. Bu yaklaşım devir işleminden sonra halen elinde hisse bulunduranlar açısından önemlidir. Zira aksi halde, mesela hisselerin elden çıkarılması şartıyla yapılan sözleşmelerde, rekabet yasağı süresi ayrıca örtülü olarak uzayacaktır. Bilindiği gibi hissedarlık süresince öngörülen rekabet yasakları ancak ortak kontrol söz konusuysa mümkün görülmektedir. Hisselerin elden çıktığı tarihinden itibaren öngörülecek rekabet yasağı ortak kontrol olmadığı halde rekabet yasağını uzatacak nitelikte olacaktır. Nihayet işlemin tamamlanmasından önceki bir zaman dilimi için öngörülen sınırlamaları işlemin gerçekleşmesi için doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmeyecektir. Duyuru'nun 14. paragrafında aşamalar halinde gerçekleşecek yoğunlaşma işlemleri için kontrolün kazanımının tamamlanmasından önceki dönemler için öngörülen sınırlamaların yan sınırlama olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla kontrolün geçişinin tamamlanmasından itibaren bir sınırlama işlemin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilebilecektir.

4.3.3. Coğrafi Bakımdan

Devir işlemi için öngörülen sınırlamaların amaçla orantılılığı değerlendirilirken, sorun ayrıca coğrafi bakımdan da incelenmelidir. Zira ilgili teşebbüsün faaliyet alanı dışındaki pazarlar için de getirilen rekabet yasağı devir işleminin tam anlamıyla gerçekleştirilmesi amacını aşmış olacaktır.

¹³⁵ Karar Sayısı: 08-01/4-3, Karar Tarihi: 03.01.2008

¹³⁶ Karar Sayısı: 06-59/774-224, Karar Tarihi: 24.08.2006; Karar Sayısı: 06-16/188-48, Karar Tarihi: 02.003.2006

Alıcı teşebbüsün, faaliyet alanı dışındaki pazarlarda satıcının rekabetinden korunması gibi bir şey söz konusu olamayacağı için taraflara getirilen böyle bir sınırlama makul olmayacak ve yan sınırlama kapsamında değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde kısıtlama satıcının ilgili ürün pazarına dahil olan ürünleri ürettiği coğrafi pazarla sınırlı olmalıdır. Bir başka deyişle, AB Komisyon Duyurusu’nun 23. paragrafının ifadesiyle satıcının daha önce faaliyette bulunmadığı pazarlarda alıcının korunması gerekli görülmemektedir.

Satıcıların rakip işlerle iştigal etmesinin ancak ilgili bölgelerle sınırlı olarak engellenmesi devralmadan beklenen sonuçların gerçekleşmesi için makul kabul edilebilecektir. Aksi halde öngörülen sınırlama, RKHK madde 4 anlamında rekabeti kısıtlayıcı “anlaşma” olarak değerlendirilecektir.

Rekabet Kurulu bir kararında¹³⁷ “*Orantılılık kriteri gereği rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için kapsamının işlemin gerçekleşmesi için gerekli olandan daha geniş olmaması gerekmektedir. Sözleşme ile taraflara Türkiye genelinde faaliyette bulunmama yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülüğün işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli olan bir yükümlülük olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak, Sözleşmede yer alan rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için rekabet yasağının coğrafi olarak Genesis tarafından kontrol edilen hastanelerin faaliyet gösterdiği ve bu dosya kapsamında en geniş ilgili coğrafi pazar olarak belirlenen İstanbul ili ile sınırlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*” diyerek İstanbul ilinin bazı ilçelerinde özel hastane işletmekte olan satıcıya getirilen Türkiye genelinde rekabet yasağını makul bulmamıştır.

4.4. Sadece Taraflar Açısından Sınırlayıcı Olma

Nihayet söz konusu kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi sadece taraflar için yükümlülükler getirmesi şartına bağlıdır.

Yoğunlaşmanın tarafları olan kişi ve teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı

¹³⁷ Karar Sayısı: 08-62/1019-395, Karar Tarihi: 07.11.2008

müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir. Bu genel prensip devralma işlemlerinde, rekabet yasakları özelinde değerlendirildiğinde, bu yasaklar satıcıya, satıcının bağlı kuruluşlarına ya da satıcının temsilcilerine getirilebilmektedir¹³⁸. Aksi halde sınırlamanın kapsamı yan sınırlamaları aşacak ve Kurul tarafından, başlı başına rekabeti engelleyici anlaşma kapsamında değerlendirilecektir. Bu bağlamda Kurul, bir teşebbüsün kendisine, kendisine bağlı kuruluşlarına veya ekonomik birlik içinde bulunan birimlerine getirilen sınırlamalar için üçüncü kişi nitelendirmesinde bulunmamaktadır¹³⁹. Nitekim aralarında ekonomik birlik bulunan bu birimler, rekabet hukuku anlamında tek bir teşebbüs olarak kabul edileceklerdir.

Rekabet Kurulu bir kararında “*Her bir mevcut pay sahibi doğrudan veya dolaylı (yakın aile üyesi kişiler vasıtasıyla yapılanlar dahil fakat onunla sınırlı olmamak üzere)...* şeklinde yer alan ifadeden söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün sadece ODE’ nin kontrolünde yetki sahibi olacak taraflar ile sınırlı olmayıp yakın aile üyesi kişileri dahil sınırları belirsiz bir kapsam içindeki kişiler için de geçerli olduğu anlaşılmıştır. Anılan düzenlemenin bu haliyle sadece taraflar açısından sınırlandırıcı olma ölçütünü aştığı ortadadır” değerlendirmesi yaparak sınırlamanın sadece ODE’ nin kontrolünde yetki sahibi olacak kişilerle sınırlı tutulması gerektiği ve ancak böylelikle yan sınırlama olarak kabul edileceğini belirtmiştir¹⁴⁰. Diğer bir karında Kurul, “*Tarafların kendilerinin, iştiraklerinin, hissedarlarının iştiraklerinin ve hissedarlarıyla iştirak bağlantısı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, kapanıştan sonra hiçbir şekilde üç yıl boyunca gıda perakendeciliği ile iştirak edemeyeceklerine*” ilişkin öngörülen bir rekabet yasağını orantılı bularak yan sınırlama kapsamında değerlendirmiştir¹⁴¹. Bu kararında Kurul, yoğunlaşmanın tarafları olarak çok geniş bir değerlendirmede bulunmuştur. Zira hissedarlarla iştirak

¹³⁸ Karar Sayısı: 07-78/967-368, Karar Tarihi: 09.10.2007; Karar Sayısı: 08-73/1179-454, Karar Tarihi: 18.12.2008

¹³⁹ Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

¹⁴⁰ Karar Sayısı: 07-53/582-193, Karar Tarihi: 20.06.2007

¹⁴¹ Karar Sayısı: 05-76/1030-287, Karar Tarihi: 31.10.2005

bağlantısı bulunan gerçek veya tüzel kişilere de getirilen rekabet yasağının makul bulunması “üçüncü kişiler” kapsamını daraltıcı bir değerlendirme olmuştur.

AB Komisyon Duyurusu’nun 24. paragrafında satıcının sadece kendisini, ticari alt birimlerini veya acentelerini kayıtlayabileceğini, bunun dışındaki kişiler için öngörülecek kısıtlamanın doğrudan ilgili ve gerekli görülmeyeceği ifade edilmiştir.

5. Yan Sınırlamaların Görünüş Şekilleri

Yan sınırlamalar, ana işlemin gerçekleşmesi için gerekli görülebilecek değişik tiplerde karşımıza çıkabilmektedirler. Bunların en yaygın olarak kullanılanı rekabet yasağıdır. Diğer görünüş şekilleri ise her bir işlem için durumun gereklerine göre gizlilik yükümü, lisans anlaşması, alım veya tedarik anlaşmaları, fason imalat anlaşmaları, bilgi değişimi anlaşmaları veya diğer gerekli görülebilecek sınırlamalar olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Yan sınırlamalar, bağlı oldukları işlemin niteliğine göre farklı değerlendirilmelidir. Devralma işleminde öngörülen yan sınırlamalarla ortak girişim anlaşmasındaki yan sınırlamalar kapsam bakımından az da olsa farklılaşabilecektir. Bu farklılık yukarıda sayılan dört şarttan biri olan orantılılığın değerlendirilmesinde ortaya çıkabilmektedir. Bu farklılık daha çok ortak girişim anlaşmalarının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira kurulacak ortak girişim sonucu öngörülecek yan sınırlamaların coğrafi alanı, ürün veya hizmet alanı veya süresi ortak girişimin kendi faaliyet alanıyla bire bir bağlı olduğu için böyle bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıklara aşağıda her bir yan sınırlama şekline ilişkin açıklamalarda ayrıca değinilecektir.

AB Komisyon Duyurusu’nda her bir yan sınırlama devralmalar ve ortak girişimler başlıkları altında ayrı ayrı incelenmiştir. Bu başlıklar altında da rekabet yasakları (non-competition clauses), lisans anlaşmaları (licence agreements) ve alım ve tedarik yükümleri (purchase and supply obligations) olarak inceleme yapılmıştır. Ayrıca 2005 tarihli bu Duyuru’dan önceki 2001 tarihli Duyuru’nun 32-34. paragraflarında “ortak kontrol kazanımlarına” uygulanacak prensipler başlığı da düzenlenmekteydi. Yeni Duyuruda bulunmayan bu düzenlemeye göre iki veya daha

fazla teşebbüsün, kazanılacak teşebbüs veya teşebbüsleri veya bunların aktiflerini aralarında paylaşmak amacıyla yaptıkları kazanımlarda öngörülen kısıtlamalara da yan sınırlamalar doktrini uygulanacaktır.

5.1. Rekabet Yasağı

Rekabet yasağı; mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce kararlar verilebilmesini sağlayan yarış olarak tanımlanan¹⁴² rekabeti, kısıtlayıcı olan, başkalarının bazı menfaatlerinin ihlalinin engellenmesi için öngörülebilir bir yasaktır. Dolayısıyla rekabet yasağı, teşebbüslerin özgürce karar almaları sürecini etkileyen, Anayasa’ da teminat altına alınan çalışma ve sözleşme yapma (An. md. 48) özgürlüklerini kısıtlayan ve yine serbest rekabet ilkesinin istisnası olan bir hukuki kurumdur¹⁴³.

Rekabet yasaklarının amacı, genel anlamıyla rekabetin ortaya çıkaracağı riskleri kaldırmaktır¹⁴⁴. Rekabet yasağı, temelini dürüstlük kuralında veya hizmet sözleşmeleri açısından emeği tahsis ilkesinde bulur ve kural olarak süresi, hukuki işlemin süresiyle sınırlıdır¹⁴⁵. Hukuki işlemin nihayete ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak ise rekabet yasağı ancak istisnai hallerde kabul görmüştür. Rekabet yasaklarının bir kısmı kanun koyucu tarafından kanunlarda düzenlenmiştir. Bunların yanında taraflar da rekabet yasağını, sözleşmeyle rekabet etmeme şartı veya rekabet yasağı gibi isimlerle öngörebilirler. Nitekim rekabet yasağını düzenleyen hükümler sınırlayıcı değildir ve taraflar başkaca rekabet yasakları da öngörebilirler¹⁴⁶.

Doktrinde rekabet yasakları asli rekabet yasakları ve tali rekabet yasakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Asli rekabet yasaklarının özelliği müstakil bir düzenleme olmalarıdır. Tali rekabet yasakları ise kurulmasına neden olan bir başka sözleşme ile sınırsız bir bağlılık içerisindedir ve ancak o sözleşmeyle bir anlam ifade etmektedir.

¹⁴² RHK md. 3.

¹⁴³ Fatih Aydoğan, **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 4.

¹⁴⁴ Soyer, age., s. 8.

¹⁴⁵ Nisim Franko, **Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti**, Batider, C. 13, S. 1, Haziran, 1985, s. 23

¹⁴⁶ Franko, age., s. 27.

Bunlara rekabet yasağı kaydı da denilmektedir ve kaynak sözleşme ile biçimsel bir bağılıklarının bulunması zorunlu değildir¹⁴⁷.

Türk Hukukunda rekabet yasağı Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nda; hizmet akdini düzenleyen md. 348-352'de, ticari mümessilliği düzenleyen md. 455'te ve adi ortaklıklarda rekabet yasağını düzenleyen md. 526'da rekabet yasağı düzenlemeleri vardır. Türk Ticaret Kanunu'nda md. 118'de acenteye yönelik, TTK md. 172, 250, 335, 483 ve 543'te de ticaret ortaklıklarının ortak veya yöneticilerine yönelik rekabet yasağı düzenleyen hükümler bulunmaktadır.

Yasalarda öngörülen bu yasakların ortak noktası, yasağa tabi olan tarafın sürekli ve menfi bir edim yükümlülüğü altına girmesidir¹⁴⁸. BK md. 348 hükmü uyarınca hizmet akdi kapsamında öngörülecek rekabet yasağında, hizmet akdinin hitamından sonraya ilişkin işçinin müşterileri tanınması veya işlere nüfuz etmesi nedeniyle işverene karşı rekabet etmeme şartı konulabilecektir. Hizmet akdi süresince işçi üzerinde rekabet etmeme yükümünü düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte İş Kanunu'nun iş akdinin haklı sebeple feshini düzenleyen 25/2. maddesindeki "işverenin meslek sırrını ortaya atmak" hükmünden rekabet yasağının anlaşılabilirliği doktrinde belirtilmektedir¹⁴⁹. BK md. 455'te düzenlenen tacir yardımcılarının rekabet etmeme yükümünde, tacir yardımcıları, işletmenin yaptığı iş türünden bir işi işletme sahibinin izni olmaksızın kendi adlarına veya üçüncü kişiler adına yapamayacaklardır. Yine BK md. 526'da düzenlenen adi ortaklıklarda rekabet yasağı kapsamında, ortaklardan hiçbiri, ortaklığın amacına aykırı ve ortaklığa zarar verecek işleri kendi hesabına yapamayacaktır.

TTK' da düzenlenen rekabet yasağı, ticaret ortaklıklarında, ortaklığın ortak veya yöneticileri üzerine rekabet etmeme yükümü getirmektedir. Bu halde ortaklık haricindeki işleri için ortaklık dolayısıyla elde ettikleri bilgileri kullanmaları ihtimali

¹⁴⁷ Soyer, age., s. 9.

¹⁴⁸ Soyer, ae., s. 11.

¹⁴⁹ Kudret Ertaş, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 63.

halinde ortaklığa zarar verebilecekleri için ortak ve yöneticilere rekabet etmeme yükümü getirilmiştir. Yine TTK md. 118’de acenteler bahsinde de rekabet yasağı öngörülmüştür. Bu düzenleme doğrudan işletmenin yaptığı işi yapmamak gibi bir yasak öngörmeyip sadakat yükümü dolayısıyla işletmenin uğraştığı işle uğraşan başka işletmeler hesabına acentelik yapmamasına yönelik bir düzenlemedir.

5.1.1. Rekabet Hukukunda Rekabet Yasağı

Rekabet hukuku anlamında rekabet yasağıyla TTK’da düzenlenen haksız rekabet hükümleri arasında amaç, araç ve yaptırımlar bakımından farklılıklar bulunmaktadır¹⁵⁰. Rekabet hukukunun amacı sosyal refah sağlayacak olan etkin rekabeti korumak olduğu için yukarıda sayılan rekabet yasağı hükümlerine rekabet hukukunda daha müdahaleci bir yaklaşım söz konusudur. Dolayısıyla korunan nesneler bakımından bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukukunda korunan, piyasadaki etkin rekabet olup, yukarıda sayılan hükümlerde ise uğranılması muhtemel kişisel zararları önlemeye yönelik olarak kişiler korunmaktadır. Diğer bir ifadeyle rekabet hukukunda korunan rakipler değil, düzgün işleyen bir rekabet piyasasıdır¹⁵¹.

Yukarıda belirtilen kanunların hükümlerinde düzenlenen rekabet yasaklarında, rekabet belli şartlar altında da olsa yasaklanmaktadır. Buna karşılık rekabet hukuku ise bu düzenlemelerin aksine, rekabet yasaklamalarının karşısında durmaktadır. Rekabeti yasaklayıcı hükümlerin amacıyla rekabet hukukunun amaçları arasında görünüşte bir zıtlık söz konusu olmaktadır. Ancak nihayetinde ticari faaliyetlerin olağan akışının da bozulmaması için rekabet hukuku da bazı kriterler dahilinde rekabet yasaklarını tanımak zorundadır. Ancak bu tanıma makul sınırlar çerçevesinde kabul edilebilecek rekabet yasakları için söz konusu olabilecektir. Aksi halde öngörülen rekabet yasağı, rekabet hukuku kapsamında yasaklanacaktır.

¹⁵⁰ Erdem, age., s. 145 vd.

¹⁵¹ Mustafa Ateş, “Son Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 7, No: 2, Ankara, Bahar 2008, s. 47-76.

Rekabet yasağı, RKHK’da düzenlenmemiştir. Rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme Kurulun çıkarmış olduğu 2002/2 no’lu ‘Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹⁵²’nde mevcuttur. Yine bu Tebliğ, tekel kaydı içeren dikey anlaşmaları da kapsamaktadır ve bu tip anlaşmaların da muafiyetten yararlanabileceği Tebliğ md. 4/b-1’de belirtilmiştir. Sağlayıcının, dağıtıcısına (acente, tek satıcı, dağıtıcı) tahsis etmiş olduğu yer veya bölgesine, doğrudan veya diğer sağlayıcılar vasıtasıyla, mal satamaması veya hizmet sunamaması halinde tekel kaydından söz edilir¹⁵³. Tekel kaydı, rekabet yasağına benzer amaçlara hizmet etmektedir ve alıcının piyasaya tutunmasını sağlamaktadır. Ancak nihai olarak bu anlaşmalar birer asli nitelikli tekel kaydı içeren acentelik, franchise ve dağıtım anlaşmalarıdır ve bu anlaşmaların içerisinde ayrıca başka bir yan sınırlama öngörülmesi de mümkündür.

Rekabet hukukunda rekabet yasağı, yoğunlaşmalarda devralma veya ortak girişimler kapsamında öngörülen yan sınırlamalar yanında, yukarıda belirtilen Tebliğden de anlaşılacağı gibi dikey anlaşmalarda da görülebilmektedir. Şöyle ki dikey anlaşmalar kapsamında olan acentelik anlaşmalarında, dağıtım anlaşmalarında veya tek satıcılık sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Bu tür dikey anlaşmalarda görülen düzenlemelere 2002/2 sayılı Rekabet Kurulunun çıkardığı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” uygulanmaktadır¹⁵⁴. Bu Tebliğin 5. maddesinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

¹⁵² RG Sayısı: 24815, Tarihi: 14.07.2002.

¹⁵³ Metin Topçuoğlu, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, Rekabet Dergisi, S. 18, s. 3-57.

¹⁵⁴ Resmi Gazete Tarihi: 14.07.2002, Sayısı: 24815. Bu Tebliğden önce bu konuya ilişkin Kurulun ayrı ayrı çıkardığı Tebliğler vardı. Bu Tebliğler; 1997/3 sayılı ‘Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’, 1997/4 sayılı ‘Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’, 1998/3 sayılı ‘Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ ve 1998/7 sayılı ‘Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ idi. Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte tek elden dağıtım, tek elden satın alma ve franchise anlaşmalarına ilişkin 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler yürürlükten kalkmıştır. Nihayet bu Tebliğ de 2007/2 sayılı Tebliğle değişikliğe uğramıştır.

düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; bu madde kapsamı dışında bir rekabet etmeme şartı öngörülümüşse sadece bu şart muafiyet kapsamında tutulamayacaktır, yani anlaşmanın geçerliğini etkilemeyecektir. Ayrıca bu madde rekabet etmeme yükümlülüğünü sözleşme sırasında ve sözleşme bittikten sonraya ilişkin ve belirli markaya yönelik olarak ayrı ayrı düzenlemiştir. Tebliğin 5. maddesinin (a) bendinde, sözleşme sırasında öngörülen rekabet yasağında ayırıksı haller belirtilerek belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümleri muafiyet kapsamında değerlendirilmeyecektir. Sözleşme sonrası için de maddenin (b) bendinde yine ayırıksı durumlar belirtilerek alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyet kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Yine maddenin (c) bendinde belirli bir rakip markaya yönelik olarak getirilen rekabet yasağının muafiyet kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu bu Tebliğle AB Komisyonu Grup Muafiyeti Tüzüğüyle¹⁵⁵ paralel bir düzenleme yapmıştır¹⁵⁶. Nitekim bu Tüzükte de sözleşme öncesi ve sonrası olarak bir ayrıma gidilmiş ve bu öngörülen rekabet etmeme şartının maddeye aykırılığı halinde, söz konusu şartın ayrılabilir olması kaydıyla¹⁵⁷, muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmiştir¹⁵⁸.

Dikey anlaşmalar kapsamında öngörülen rekabet yasağının belirtilmesi yoğunlaşma işlemlerinde öngörülen rekabet yasağıyla farklılıklarının ortaya çıkarılması açısından bize yardımcı olacaktır. 2002/2 no'lu Tebliğ'in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Yoğunlaşma işlemlerinde ise rekabet yasakları kural olarak satıcı üzerine

¹⁵⁵ 2790/99 sayılı Dikey Anlaşmalar Hakkında Grup Muafiyeti Tüzüğü, Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, OJ, L 336/21, 29.12.1999.

¹⁵⁶ İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2004, s. 151.

¹⁵⁷ Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1, p. 66.

¹⁵⁸ Osman Berat Gürzumar, **"2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar"**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri, 4 Nisan 2003, s. 87.

getirilmektedir. Devralmalarda veya ortak girişimlerde öngörülen rekabet yasaklarında alıcıya ve ortak girişime getirilen rekabet yasakları kural olarak işlemin gerçekleşmesi için gerekli görülmeyip yan sınırlama olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla bu tür rekabet yasakları yoğunlaşma işlemlerinde yasak kapsamında kalmaktadırlar.

5.1.2. Yan Sınırlama Olarak Rekabet Yasağı

Bir yoğunlaşma işleminde öngörülen rekabet yasağı, daha çok alıcıyı korumaya yönelik bir araçtır. Dolayısıyla rekabet yasağı, alıcı lehine satıcıya yükümlülük getiren bir şart olarak görünmektedir. Ortak girişimlerde ise rekabet yasağı, ana teşebbüslere getirilmektedir. Ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağı, ana teşebbüslerin, ortak teşebbüsün faaliyet alanından çekilmeleri veya faaliyet alanına girmemeleri anlamına geleceği için ana teşebbüsler arasında söz konusu olabilecek ortak teşebbüsün koordinasyon sağlaması ihtimali önemli ölçüde azalacaktır¹⁵⁹. Yine ortak teşebbüslerde rekabet yasağı, kurucu teşebbüsler tarafından getirilen know how ve ticari itibarın ortak girişimce özümsemesini sağlayıcı bir etken olmaktadır.

Getirilen rekabet yasağının amacı henüz piyasayı tanımayan alıcının devre konu maddi malvarlığı yanındaki maddi olmayan varlıkları da tam anlamıyla ediniminin sağlanmasıdır. Devreden teşebbüsün sahibi olduğu know-how ve müşteri portföyünün kazanılması açısından öngörülen rekabet yasağı işlemin gerçekleşmesi için hayati önem taşıyabilmektedir. Gerçekten bu tip maddi olmayan varlıklar, bir teşebbüsün devrinde maddi varlıklardan çok daha önemli ve değerli olabilmektedirler. Nitekim AB Komisyon Duyurusu'nda 20. paragrafta sadece maddi değerlerle sınırlandırılan devirlerde rekabet yasağının gerekli görülmeyeceği ifade edilmiştir.

Maddi olmayan varlıkların kazanılması için doğrudan rekabet yasağı öngörülebildiği gibi dolaylı olarak rekabet etmeyi engelleyici çeşitli araçlarla da rekabet yasağı kabul edilebilmektedir. Bu dolaylı araçlar ise; çalışanları ayartmama

¹⁵⁹ Karar Sayısı: 08-27/308-98, Karar Tarihi: 02.04.2008.

veya istihdam etmeme, müşterileri çekmeme, devir dolayısıyla elde edilen bilgilerin ifşa edilmemesi veya kullanılmaması, satıcıların devre konu teşebbüsle rekabet eden başka teşebbüste doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olmama veya danışmanlık yapmama veya istihdam edilmeme şeklinde örneklendirebilir. Bu gibi yükümler de etkileri dolayısıyla rekabet yasağının dolaylı görünümüleri olup Kurul tarafından, rekabet yasaklarını tamamlayıcı nitelikte oldukları için rekabet yasaklarına uygulanan kriterlerin bunlar için de aranacağı kabul edilmektedir¹⁶⁰. Yine AB Komisyon Duyurusu'nda da 26. maddede istihdam etmeme ve gizli tutma hükümlerinin rekabet yasakları ile aynı etkiyi doğurması nedeni ile rekabet yasaklarına uygulanan şartların bunlara da uygulanacağı belirtilmiştir. Hükme ait dipnotta ise rekabet yasaklarına ilişkin know-how devrinin bulunup bulunmamasına bağlı olarak kabul edilen 2-3 yıllık makul sürenin gizlilik hükümlerinin konusunu müşteri, fiyat ve miktarın oluşturması durumunda aynen uygulama alanı bulacağı, teknik bilgiye (know-how'a) ilişkin gizlilik hükümlerinin ise istisnai olarak ve kabul edilebilir bir zemine oturtulması durumunda 2-3 yıldan daha fazla bir süre uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir.

5.1.2.1. Şartları

Yukarıda yan sınırlamaların şartları bahsinde ayrıntılı açıklama yapıldığı için burada genel kuralları belirtmekle yetinilecektir. Öngörülen rekabet yasağı, ana edim konusu olan işlemle doğrudan ilgili olmalı, ana işlemin gerçekleşmesi için gerekli, ana işlemin gerektirdiği orantıda sınırlama öngörmeli ve sadece tarafları bağlayıcı nitelikte kısıtlama içermelidir.

Doğrudan ilgili olması, rekabet yasağının yoğunlaşma işlemiyle bağlantılı ve ekonomik olarak nihai işlemle ilgili olmasını ifade etmektedir.

Gerekli olması, söz konusu rekabet yasağının yokluğu halinde ilgili işlemin hayata geçirilememesi veya çok daha zor, belirsiz koşullarda, daha maliyetli ve daha uzun sürede hayata geçirilmesini ifade etmektedir.

¹⁶⁰ Karar Sayısı: 09-36/916-223, Karar Tarihi: 19.08.2009; Karar Sayısı: 09-02/17-02, Karar Tarihi: 14.01.2009; Karar Sayısı: 08-16/168-58, Karar Tarihi: 21.02.2008.

Orantılılık (makullük) şartı ise öngörülen rekabet yasağının kapsamının yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi için gerekli kapsamda olmasını ifade etmektedir. Orantılılık şartının değerlendirilmesinde sınırlamanın süresi, coğrafi alanı ve ürün veya hizmet kapsamı incelenmektedir. Ortak girişimlerde ise orantılılık tespiti doğrudan ortak girişimin faaliyette bulunduğu alan ve ürün veya hizmet piyasası açısından değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ortak girişimin faaliyet kapsamını ve alanını aşan rekabet yasakları gerekli kabul edilmeyecektir. Ortak girişimlerde süre açısından değerlendirme ise ortak girişimin ömrü dikkate alınarak tespit edilmektedir. Bu süreyi aşan sınırlamalar kural olarak yan sınırlama olarak kabul edilmemektedir. Devralmalarda bu süre, ticari itibar ve know-how devri birlikte gerçekleşiyorsa sınırlamanın süresi üç yıla kadar kabul edilebilir. Ancak sadece ticari itibar devri söz konusuysa iki yıllık bir süre makul görülecektir. Yine Kurul bu sürelerle mutlak bir biçimde bağlı olmayıp duruma göre daha esnek davranabilecektir. Zira know how devrinin söz konusu olmadığı veya müşteri bağımlılığının yüksek olmadığı alanlarda rekabet yasağının öngörülmesi pek gerekli görülmebilecektir. Aynı şekilde müşteri bağımlılığı yüksek seviyelerde ise daha uzun süreli rekabet yasakları makul kabul edilebilecektir. Devralmalarda devre konu faaliyetin kapsamındaki ürün veya hizmetler açısından sınırlama öngörülebilecektir. Yine coğrafi alan bakımından değerlendirmede ise devralan teşebbüsün faaliyette bulunduğu alan dahilinde öngörülen rekabet yasağı makul kabul edilecektir.

Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma şartından ise; rekabet yasağının, üçüncü kişiler üzerinde de bir etkisinin olmaması, sadece taraflar için rekabet etmeme yükümünü havi olması anlaşılmalıdır.

5.1.2.2. Ters Rekabet Yasağı

Kural olarak rekabet yasağı, alıcı veya satıcı taraflara getirilebilecek bir yükümlülüktür. Gerçekten dikey anlaşmalar kapsamında öngörülen rekabet yasaklarında, alıcıya (acenteye, alt dağıtıcıya, tek satıcıya) getirilen rekabet yasağı kabul edilmiştir. Ancak yan sınırlamalar bakımından rekabet yasağında ise devralan tarafın, devreden tarafa karşı korunması söz konusudur. Yani devralan taraf, haiz olduğu bilgiler dolayısıyla devreden tarafın rekabetinden korunması gerektiği için

kural olarak devreden tarafa yani satıcıya rekabet etmeme şartı getirilmektedir. Dolayısıyla yan sınırlamalar açısından kural olan satıcıya getirilen rekabet yasağıdır. Bunun aksi ise yan sınırlamalar bakımından ters rekabet yasağı oluşturan bir durum olmaktadır. Nitekim rekabet yasaklarının alıcının lehine olmasından hareketle satıcı lehine rekabet yasağı öngörülen haller “ters rekabet yasağı (reverse non compete)” olarak adlandırılmıştır¹⁶¹.

Devredilen teşebbüste veya ortak girişimde, alıcının veya ortak girişimin aleyhinde öngörülen rekabet etmeme yükümleri, yan sınırlamalar açısından, kural olarak ana işlemin gerçekleşmesi bakımından gerekli görülmedikleri için yan sınırlama olarak kabul edilmemektedirler¹⁶² ve yasağa tabi tutulmaktadırlar¹⁶³. Ancak alıcıya getirilen ters rekabet yasağı, Kurul tarafından, satıcının devretmediği faaliyetleri ile devredilen faaliyetleri arasında çok yakın ilişki ve arz ikamesinin varlığı halinde, devir işlemi ile doğrudan ilgili ve zorunlu bir unsur olarak kabul edilmektedir¹⁶⁴. Gerçekten satıcının, teşebbüsün tamamını değil de bir kısmını sattığı durumlarda satıcı, devir dışındaki faaliyet alanı için kendisine rakip yaratmak istemeyecek ve kendi alanını korumaya çalışacaktır. Bunun sonucunda da rekabet yasağı öngörülmektedir. Satıcı, alıcının rekabetinden korunmadıkça işlem de gerçekleşmeyecektir. Bunun için bu tip rekabet yasakları da makul kabul edilebilmektedir.

Yan sınırlamalar üzerine AB Komisyon Duyurusu’nun 17. paragrafında genel bir ifadeyle alıcı için öngörülecek korumanın satıcının korunmasından daha elzem olduğu, dolayısıyla satıcıyı koruyan sınırlamaların kural olarak yan sınırlama olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir.

¹⁶¹ K Desai, **Reverse Non Competes under EC Competition Law**, European Competition Law Review (ECLR), Vol. 18, No: 3, 1991, s. 178-181.

¹⁶² Karar Sayısı: 07-39/439-159, Karar Tarihi: 09.05.2007

¹⁶³ Karar Sayısı: 06-59/774-227, Karar Tarihi: 24.08.2006

¹⁶⁴ Karar Sayısı: 08-33/413-139, Karar Tarihi: 15.05.2008; Karar Sayısı: 07-27/251-86, Karar Tarihi: 22.03.2007; Karar Sayısı: 06-16/188-48, Karar Tarihi: 02.03.2006.

5.2. Lisans Anlaşmaları

5.2.1. Genel Olarak

Lisans anlaşması, lisans verenin (licencor), lisans alana (licencee), kendisine ait maddi olmayan bir mal veya fiili tekel durumunun kullanımına izin vermeyi, lisans alanının da lisans verene bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı anlaşmalardır¹⁶⁵. Dolayısıyla lisans için; patent, know-how veya marka gibi ticari ve sınai hakların bir başka kişi ya da kuruluşa sahibi tarafından satılan kullanma hakkıdır diyebiliriz. Lisans anlaşmaları münhasır lisans anlaşmaları ve münhasır olmayan lisans anlaşmaları olarak ikiye ayrılmaktadır (PatKHK md. 88/1, MarKHK md.21/1). Münhasır lisans anlaşmasında lisans veren, söz konusu hakkı hem kendisinin kullanmayacağı hem de daha sonra aynı konuda ve aynı sınırlar (bölge, süre) içinde başkasına lisans hakkı vermeyeceğini taahhüt etmektedir (PatKHK md. 88/4, MarKHK md.21/3). Münhasır olmayan lisans sözleşmeleri ise lisans verenin, söz konusu hak için kendi kullanım hakkını veya başkasıyla da lisans anlaşması yapma hakkını saklı tuttuğu anlaşmalardır (PatKHK md. 88/3, MarKHK md.21/2).

5.2.2. Rekabet Hukuku ve Lisans Anlaşmaları

Fikri mülkiyet hakları (intellectual property rights), fikri ve sınai mülkiyet veya fikri, sınai ve ticari mülkiyet hakları gibi değişik kelimelerle ifade edilseler de bunların anlam ve kapsamı aynıdır¹⁶⁶. Yukarıda sayılan ve diğer sınai ve ticari mülkiyet hakları mutlak hak niteliğinde olup, hak sahibine inhisari kullanma hakkı vermektedir¹⁶⁷. Know-how' lar da her ne kadar oluşan bir fiili durum ise de sahiplerine tekel yetkisi benzeri bir koruma sağlamaktadırlar¹⁶⁸. İşte bu tip tekelci haklar, mal ve hizmet piyasalarında birbirleriyle rekabet eden teşebbüsleri diğerlerine

¹⁶⁵ O. Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması*, Beta, İstanbul, 1995, s. 91.

¹⁶⁶ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş Dördüncü Bası, Arıkan, İstanbul, 2005, s. 1 vd.

¹⁶⁷ Tekinalp, ae., s. 7.

¹⁶⁸ Fatma Gözlükaya, **Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Anara, 2007, s. 12.

karşı avantajlı duruma getirmektedir¹⁶⁹. Rekabet kuralları ise tekelleşmeye ve özellikle tekel gücünün kullanılarak rekabetin bozulmasına karşı çıkmaktadır. Ancak sosyal refah için bir araç olan yeni buluşların teşviki ve etkin bir piyasa, fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun nihai ortak hedefleridir. Bu nedenle bu hakların varlığı değil de hakların kullanımı rekabet hukukunun ilgi alanına girecektir¹⁷⁰. Dolayısıyla, bu hakların kendileri değil kullanım şekilleri rekabet kurallarını ihlal edecektir.

5.2.2.1. Yan Sınırlama Olarak Lisans Anlaşmaları

Türk rekabet uygulamalarında çok karşılaşılmamakla birlikte yan sınırlamaların görünüş şekillerinden birisi de lisans anlaşmalarıdır. Bir teşebbüsün devrinde çoğunlukla devir işleminde amaçlanan yararın tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için ticari ve sınai haklar ve know how' un devri de söz konusu olmaktadır. Ancak devredenler devre konu olmayan başka faaliyetlerinde kullanmak için bu tip maddi olmayan varlıkları kendi uhdelerinde tutmayı yeğleyebilirler. Bunun sonucunda da devralan kişinin devir işleminden tam anlamıyla yararlanabilmesi için devralan kişiye lisans verilmektedir. İşte bu tip yoğunlaşma işlemlerinde AB Komisyon Duyurusu'nun Lisans Anlaşmaları başlığı altında 17. paragrafındaki ifadesiyle lisans, patent veya diğer benzeri haklar veya know-how için verilebilecektir ve söz konusu lisans anlaşması, yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli görülebilecektir. Nihayet bu hakların yanında Duyuru'da 17. paragrafın sonunda dipnotla ayrıca faydalı modellerin, tasarımların, yarı iletken topoğrafyaların ve patent uygulamalarının da patent kapsamında değerlendirilip doğrudan ilgili ve gerekli görülebileceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulunun önüne, ortak girişimle ana teşebbüs arasında yapılan 'teknik bilgi lisans sözleşmesiyle' ana teşebbüsün, ilgili ürünlerin üretimi ve

¹⁶⁹ Hamdi Pınar, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Dergisi, S. 23, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, s. 31.

¹⁷⁰ Esin Çamlıbel Taylan, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin, Ankara, 2001, s. 143.

pazarlanması için sözleşmenin ekinde yer alan teknik bilgi ve yenilikler için ortak girişime münhasır haklar veren bir lisans anlaşması gelmiştir. Know-how lisans anlaşması olan bu sözleşme hükmü, Kurul tarafından, söz konusu yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmiştir¹⁷¹.

Lisanslarla ilgili sınırlamalar, orantılılık şartı bakımından değerlendirilirken; konu açısından yapılan değerlendirmede, doğası gereği lisans verilen ürün veya hizmetler bakımından sınırlama getirilmesi beklenmez. Yine coğrafi açıdan yapılan incelemede, AB Komisyon Duyuru'sunun 28. paragrafında belirtildiği gibi lisansın kullanılacağı alanlar ile sınırlanabilecektir, devredilen teşebbüsün faaliyet alanı içerisinde ise zaten bir sınırlandırılmaya gerek yoktur. Süre bakımından değerlendirilirken ise Duyuru'da yine aynı paragrafta, yoğunlaşma işleminde verilen lisansın, yoğunlaşma işleminin bütünleyici bir parçası olduğu ve süre bakımından da sınırlandırılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Ancak süre bakımından lisansın, ticari veya sınai hakların süresiyle orantılı olarak verilebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Nihayet Duyuru'da alıcıdan çok satıcıyı koruyan lisans anlaşmalarının yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli görülmeceği belirtilmiştir.

Ortak girişimler açısından ise Duyuru'nun 42. paragrafında, süre bakımından sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına veya özel bir lisans anlaşması olup olmadığına bakılmaksızın lisans anlaşmasının uygulanacağı belirtilmiştir. Yine cümlelerin devamında coğrafi bakımdan ise ortak girişimin faaliyet alanının kapsamında lisansın sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

5.2.2.2. Yan Sınırlama Olmayan Lisans Anlaşmaları

Bir yoğunlaşma işlemi kapsamında öngörülme-yen lisans anlaşmaları için Türk rekabet hukukunda Kurulun çıkarmış olduğu Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹⁷² bulunmaktadır. Bu Tebliğ'in 4.

¹⁷¹ Karar Sayısı: 06-11/127-5, Karar Tarihi: 09.02.2006

¹⁷² Resmi Gazete Tarihi:23.01.2008 ve Sayısı: 26765.

maddesinde teknoloji transferi anlaşmasının, ilgili fikri mülkiyet haklarının ve know how'ın tek tek veya karma halde lisansının verildiği anlaşmaları ifade ettiği belirtilmiştir. Yine bu maddenin devamında bu anlaşmaların, ürünlerin satışı ve alımına veya diğer fikri mülkiyet haklarının lisansının verilmesine veya devredilmesine ilişkin hükümler içermeleri halinde, bu tür hükümlerin anlaşmanın esas amacını oluşturmaması ve anlaşma konusu ürünlerin üretimi ile doğrudan ilgili olması kaydıyla bu tanım kapsamına girdikleri kabul edilecektir. Tebliğin gerekçe kısmında ise teknoloji transferi anlaşmalarının; patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, entegre devre topoğrafyası, ıslahçı hakkı veya yazılım üzerindeki hakkı ifade eden fikri mülkiyet hakları ve know-how'ı içerdiği ifade edilmiştir. Tebliğ, RKHK md. 4 kapsamında değerlendirilebilecek teknoloji transferi anlaşmalarının, grup olarak RKHK md. 5 kapsamında muafiyetten yararlanmalarına yönelik şartları belirlemek amacıyla düzenlenmiştir. Tebliğ, aşağıda incelenecek olan AB Komisyon Tüzüğü'ne çok benzer düzenlenmiştir.

AB uygulamasında teknoloji transferi anlaşmalarının hangi hallerde ABİA md. 101/1'den (eski ATA md. 81/1) muaf tutulacağına ilişkin 772/2004 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüğü¹⁷³ bulunmaktadır. Bu Tüzüğe göre teknoloji transferi anlaşması (md.1/1-b); ürünlerin satılması ya da satın alınmasına ilişkin patent, know-how veya yazılım hakkı lisans anlaşmasını veya karma bir patent, know-how, yazılım hakkı lisans anlaşmasını, veyahut teknolojinin kullanılmasına bağlı riskin bir bölümünün devredende kaldığı patent, know-how, yazılım hakkı ya da bunların bir bileşeninin devrini ifade etmektedir. Aynı maddede, anlaşmanın birincil konusu olmamaları ve doğrudan sözleşme konusu ürünlerin üretimi ile ilgili bulunmaları koşuluyla diğer fikri mülkiyet haklarının lisans olarak verilmesi ya da devredilmesine ilişkin hükümler içeren lisanslar da teknoloji transferi sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Ancak madde kapsamından da anlaşılacağı üzere marka lisansları bu kapsamda bulunmamaktadır. Marka lisansı sözleşmeleri, lisansın doğrudan malların ve hizmetlerin kullanımı, satışı ya da yeniden satışına ilişkin olmaları ve anlaşmanın

¹⁷³ Commission Regulation (EC) No 772/2004, OJ L 123, 27/04/2004, on the applications of Article 81/3 of the Treaty to categories of technology transfer agreements.

birincil konusunu oluşturmadaıkları takdirde, dikey anlaşmalar hakkındaki 2790/1999 sayılı AB Komisyon Tüzüğü kapsamında değerlendirilmeye devam edileceklerdir.

5.3. Alım ve Tedarik Yükümleri

Alım ve tedarik yükümleri, alıcı veya satıcının faaliyetlerinin sürekliliğinin sağlanması için öngörülmektedirler. Yan sınırlamalar alıcı veya satıcı lehine düzenlenebilecektir. Ancak daha çok alıcı lehine öngörülen yan sınırlamalar işlemle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmektedir. Bu bağlamda tedarik yükümleri, daha çok satıcı üzerine getirilen yükümlerdir. Alım yükümleri ise daha çok alıcı üzerine getirilen yan sınırlamalardandır. Ancak bu durum mutlak değildir ve değişkenlik gösterebilir.

Tedarik yükümleri, Türk rekabet uygulamasında rekabet yasaklarından sonra en çok görülen yan sınırlama şeklidir. Bu yükümler de farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Nitekim henüz know-how sahibi olmayan teşebbüsün söz konusu faaliyeti yürütmek için fiziki imkanları da henüz yeterli olmayabilir. Bundan ötürü bu eksiklikler tedarik yükümleriyle giderilmektedir.

Tedarik yükümlerine örnek olarak, dağıtım yükümleri, ürün veya hizmet tedarigi ve bilgi sağlama gibi yükümleri sayabiliriz. Bu yükümleri açmak gerekirse, hammadde veya yarı mamül tedarigi, gerekli makine veya donanımları yurt dışından sağlama, iç pazarda satışına destek sağlama, yurt dışına satışını sağlama, şeklinde örneklendirebiliriz. Ortak girişimlerde de ana teşebbüslerin her birine bu yükümlülükler getirilebilir. Mesela ortak girişime kaydırılan veya kazandırılacak müşteri çevresinin talebine ortak girişimin yetişmesi hemen mümkün olamayabileceği için ana teşebbüslere getirilen münhasır olmayan dağıtım yükümleri yan sınırlama olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Ayrıca bir işletmenin tamamının ya da bir kısmının devralınması, satıcının eski ekonomik bütünlüğünün içinde mal temin etmesinde ve arzda kesintilere neden olabilmektedir. Satıcının ekonomik bütünlüğünün kesintiye uğramaması ve kısmi

¹⁷⁴ Karar Sayısı: 06-11/127-5, Karar Tarihi: 09.02.2006

devralmanın uygun koşullarda gerçekleştirilmesi için geçici bir dönemde taraflar arasında işlem öncesindeki bütünlüğe benzer bir ilişkinin kurulması gerekebilmektedir. AB Komisyon Duyurusu'nda bu ilişkiyi sağlamak üzere alıcı ile satıcı arasında yapılan tedarik anlaşmalarının, devralanın ve daha çok devredenin yararına olup yan sınırlama sayılabileceği belirtilmiştir. Burada amaç satıcının faaliyetlerinde sürekliliğinin sağlanabilmesidir. Dolayısıyla tedarik yükümü, satıcı ile alıcı arasındaki ekonomik bağımlılık ilişkisinin bağımsızlığa dönüşmesine yetecek kadar olmalıdır. Her iki tarafın da yeni satın alma, arz veya dağıtım ilişkilerinde bulunmasına yeterli olacak bir geçici dönemi aşan sınırlamalar bu çerçevede açıklanamayacaktır¹⁷⁵. Bu kayıtlarla tedarik sözleşmesinin yan sınırlama olarak kabulü mümkün olabilecektir.

AB Komisyon Duyurusu'nun 33. paragrafında bu sürenin, geçiş ve sürekliliğin sağlanması için 5 yıla kadar kabul edilebileceği belirtilmiştir. Duyuru'da ortak girişimlere ilişkin alım ve tedarik yükümleri başlığı altında, ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ileriye doğru (ana teşebbüsten ortak girişime) veya geriye doğru (ortak girişimden ana teşebbüse) öngörecekları alım veya tedarik yükümlerine devralmalara ilişkin kuralların uygulanacağı belirtilmiştir.

Alım yükümlerinde, alıcının veya ortak girişimin faaliyetinin devamlılığının sağlanması için satıcıya bir satın alma yükümlülüğü getirilmektedir. Mesela temel sözleşmede öngörülen, ortak girişimden satın alma yükümlülüğünün, sabit miktarlar ve belli bir süre için öngörülen satma veya satın alma yükümlülükleri yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁶.

Alım veya satım yükümlerinin değerlendirilmelerinde, genellikle alıcı veya satıcının ticari bütünlüğünün ve faaliyetlerinin devamlılığının sağlanması gereği bu gibi yükümler yan sınırlama olarak kabul edilmektedir. Bu gereklilik ise belli bir süre veya belirli bir miktar alım veya tedarikle karşılanmış olacaktır ve bu miktar veya süreden fazlası için öngörülen kısıtlamalar, yan sınırlama olarak kabul

¹⁷⁵ Karar Sayısı: 06-53/683-190, Karar Tarihi: 20.07.2006

¹⁷⁶ Karar Sayısı: 06-96/1224-369, Karar Tarihi: 29.12.2006

edilmeyecektir. Ayrıca bu tip yükümlerde öngörülecek münhasırlık, yani sadece devreden veya devralandan alım veya tedarik yükümü; pazar yokluğu, ürün özelliği gibi ayrık haller dışında, işlem için doğrudan ilgili ve gerekli görülmeyecek ve yan sınırlama olarak kabul edilmeyecektir¹⁷⁷.

5.4. Diğer Görünüş Şekilleri

Yan sınırlamalar, yukarıda sayılan şekiller haricinde değişik isimlerle de görülebirlirler. Ticari hayatın gereklerine göre daha farklı yan sınırlama şekilleri de öngörülmesi mümkündür. Bu şekillere örnek olarak fason imalat yükümleri, geçiş dönemi hizmetleri, bilgi değişimi yükümlerini sayabiliriz.

5.4.1. Fason Üretim Yükümleri

Kurul kararlarında fason üretim anlaşması, bir mal veya hizmetin, ana firma tarafından ilişkide bulunduğı yan firmaya, ana firma adına sipariş verilmesi ve yan firmanın da istenilen şartlara uygun mal veya hizmet üretmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷⁸. Yine Kurulun çıkarmış olduğı Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'a göre¹⁷⁹ fason üretim anlaşmaları, bir teşebbüs (iş sahibi) adına ya da bu teşebbüs için söz konusu teşebbüsün talimatları doğrultusunda diğer tarafın (yüklenici) bir malın üretilmesi, bir hizmetin sunulması ya da bir işin yapılmasını üstlendiğı anlaşmalardır. Kılavuzda da belirtildiğı gibi kılavuz kapsamındaki fason üretim anlaşmaları, dikey nitelikte anlaşmalardır.

Satıcı devir işlemiyle bütün faaliyetlerini terk etmeyip bazı işlerine devam ediyor olabilir. Satıcı işletmesini devrettikten sonra gerekli altyapı ve tesisi kurana kadar o işletmede ürettiğı bazı malların kendi adına bir süre daha üretilmesini isteyebilmektedir¹⁸⁰. Gerçekten devreden teşebbüs birçok faaliyeti söz konusu

¹⁷⁷ Karar Sayısı: 06-96/1224-369, Karar Tarihi: 29.12.2006

¹⁷⁸ Karar Sayısı: 03-78/954-395, Karar Tarihi: 11.12.2003

¹⁷⁹ Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr> (çevrimiçi)

¹⁸⁰ Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

tesislerde gerçekleştiriyorsa devir işlemi sonrası devir kapsamına girmeyen ürünlerin üretimi için söz konusu işletmeyi kullanması gerekli olabilmektedir. Yine alıcı da satıcının üretim tesislerini tamamen veya kısmen devralmadığı durumlarda da alıcı açısından böyle bir gereklilik doğabilecektir¹⁸¹.

Rekabet Kurulu önüne gelen bu tip fason üretim yükümü içeren sözleşmeleri, yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulmuştur. Kurul alıcı için satıcının fason üretim yapma yükümü içeren devralma işlemine ilişkin bir kararında, *“bazı devralma işlemlerinde, arzın devamlılığının sağlanabilmesi için geçici bir döneme yönelik olarak taraflar arasında işlem öncesi bütünlüğe benzer bir ilişkinin kurulması gerekebilmektedir. Bu amaçla, alıcı ve satıcı arasında işlem sonrasında belli bir geçiş dönemi boyunca geçerli olacak tedarik düzenlemeleri, bu düzenlemenin rekabeti kısıtlayıcı yönleri bulunsa dahi, devralma işleminin hayata geçirilmesi için gerekli ve işlemle doğrudan ilgili kabul edilmektedir”* diyerek söz konusu fason üretim şartını yan sınırlama olarak kabul etmiştir.

Yukarıdaki kararda da bahsedildiği üzere fason üretim yükümü, tedarik yükümü niteliğinde bir yükümdür. Nitekim her iki anlaşmanın da amacı arzda sürekliliğin sağlanmasıdır. Ancak tedarik yükümlerinde her bir teşebbüs yine kendi bağımsız adlarıyla tedarikte bulunurken, fason üretim yükümlerinde teşebbüslerden birisi diğeri ad ve hesabına üretimde bulunmaktadır. Nihayet Kurul, her iki düzenlemenin de amaçlarının aynı olması nedeniyle fason üretim yükümlerinin değerlendirilmesinde tedarik yükümlerine ilişkin bakış açısının esas alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁸².

Satıcı için alıcının fason üretim yapmasını içeren bir devralma işleminde Kurul, *“satıcının devralma işlemi öncesi sahip olduğu ekonomik bütünlük içerisinde gerçekleştirdiği tedarik, üretim ve arz entegrasyonunda bozulmalar meydana gelebilmektedir. Satıcının ekonomik bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanan bu gibi durumlarda arzın devamlılığının sağlanabilmesi için belli bir geçiş dönemi*

¹⁸¹ Karar Sayısı: 03-78/954-395, Karar Tarihi: 11.12.2003

¹⁸² Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

boyunca bazı ilişkilerin satış sonrasında da devam ettirilmesi, devralma işlemi için doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilebilmektedir.” diyerek söz konusu kısıtlamayı bir yan sınırlama olarak kabul etmiştir¹⁸³.

Yukarıda bahsedilen Kurul kararlarından da anlaşılacağı üzere fason üretim yükümlerinin, “belli bir geçiş dönemi boyunca öngörülmesi” halinde devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilebilecektir. Bahsi geçen kararlarda, devralma işlemlerinde öngörülen fason üretim yükümlerinde üç yıl olarak öngörülen sürelerin makul kabul edilebileceği belirtilmiştir. Yine bu kararlarda Kurul tarafından, bu sürelerden sonra tarafların fason üretim yükümünün devamına ilişkin karar vermeleri halinde ilgili anlaşma için bir menfi tespit/muafiyet başvurusunda bulunmaları gerektiği belirtilmiştir. Nitekim makul süreleri aşan düzenlemeler yan sınırlama olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda Kurulun genel yaklaşımı nedeniyle RKHK md. 4 kapsamında anlaşma olarak değerlendirilecektir. Yukarıda ifade edildiği gibi fason üretim anlaşmalarına ilişkin kılavuzda fason üretim anlaşmaları, dikey anlaşma olarak kabul edilmektedir. Bu durumda RKHK md. 4 kapsamında değerlendirilen bir fason üretim anlaşması, 2002/2 no’lu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde öngörülen şartları taşıması halinde, bir başvuruya gerek olmaksızın md. 4 kapsamında yasaktan doğrudan muaf olacaktır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen Kurul kararında ifade edilenin aksine bir başvuruya gerek olmayacaktır.

5.4.2. Geçiş Dönemi Hizmetleri

Devir işlemi gerçekleştikten sonra, devralanın, yabancısı olduğu pazara uyumunun sağlanabilmesi için geçiş döneminde devredenden hizmet alması devir işlemi için gerekli kabul edilebilecektir.

Bir devralma işleminde bazı hizmetlerin satıcının yerine getirmesini içeren devralma sözleşmesine ilişkin olarak Kurul, “*devralma sonrası alıcının benzer bir sistem kurması gerektiği ve bunun kısa da olsa belli bir süre gerektirdiği, dolayısıyla*

¹⁸³ Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

alıcının pazarda tam anlamıyla yer alabilmesi için” geçiş dönemi hizmetlerinin devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli görülebileceğini kabul etmiştir¹⁸⁴.

Kurulun bu ifadelerinden de anlaşılabilceğı gibi söz konusu geçiş dönemi hizmetleri de tedarik yükümü benzeri yükümdür. Zira alıcının piyasaya etkin bir biçimde girebilmesi ve arzda devamlılığı sağlayabilmesi için gerekecek bazı hizmetlerden yararlanması da, bir hizmet tedarigi söz konusu olduğı için tedarik, sağlama yükümü sayılabilir.

5.4.3. Bilgi Değışimi Yükümleri

Devir işlemlerinde taraflar arasında bilgi değışimi sağlanmasına yönelik hükümler de konulabilmektedir. Bu tip hükümlerin aslında koordinasyon doğurma ihtimali oldukça yüksektir. Bundan ötürü devralma işleminin gerçekleşmesi için gerekli olup olmadıkları ve orantılılıkları oldukça sıkı bir biçimde denetlenmelidir.

Kurul, “koordinasyon toplantıları ve tesislere giriş” başlıklı bir hükme ilişkin bir kararında¹⁸⁵, *“taraflar toplantılar yaparak ürünlerin ve rakip teşebbüslerin satış performanslarını ve piyasa bilgilerini değerlendireceklerdir. Alıcının ürettiğı ürünlerin satış performansı ve satışlarının ne şekilde arttırılabileceğı hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla böyle bir hükme ihtiyaç duyulduğı anlaşılmaktadır. Diğer yandan her iki teşebbüsün de 18 litrelik yağları Unipa aracılığıyla satacak olması nedeniyle sözleşme maddesi bu ürünlere ilişkin olarak koordinasyon riskini de içermektedir. Alıcı teşebbüs açısından kendi ürünlerinin piyasa performanslarına ilişkin olarak bilgi edinmesi şirket açısından önem arz ettiğinden ilgili sözleşme hükmü, bu aşamada kanunun yasaklayıcı hükümleri kapsamında değerlendirilmemiştir.”* diyerek, söz konusu bilgi değışimi içeren hüküm yan sınırlama olarak kabul etmiştir. Ancak tarafların o sıradaki faaliyet alanlarının niteliğı de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira taraflar, rakip olarak nitelenebilecek faaliyette bulunuyorlarsa böyle bir hüküm, koordinasyona neden olabilecektir ve bunun sonucunda da rekabetin bozulması sonucunu doğurabilecektir.

¹⁸⁴ Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

¹⁸⁵ Karar Sayısı: 03-51/577-253, Karar Tarihi: 17.07.2003

Nihayet bilgi değişimi yükümleri de çoğunlukla satıcıya yüklenen, bilgi sağlama yükümü niteliğinde oldukları için tedarik yükümü benzeri bir yüküm olarak sayılabilir.

BÖLÜM 3

REKABET KURULUNUN YAN SINIRLAMALAR ÜZERİNE VERDİĞİ KARARLAR

1. Genel Olarak Kurul Kararları

Rekabet Kurulunun aldığı kararlar ikiye ayrılmaktadır. Bunların birisi ara karar niteliğinde kararlardır. Diğeri ise RKHK'nın (md. 48 ve 51) açıkça ifade ettiğİ üzere nihai kararlardır. Kural olarak ara kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz. Bu kuralın istisnası Kanun'un 55. maddesinde ifade edildiğİ üzere Kurulun geçici tedbir kararlarıdır ve bu kararlara karşı yargı yolu açıktır. Nihai kararlar ise kesin ve yürütülebilir bir işlem oldukları için haliyle yargı yolu açık kararlardır.

Kurulun ara kararları, bilgi isteme, yerinde inceleme, tedbir, soruşturma açılması, ön araştırma açılması kararlarıdır. Kurulun nihai kararları ise soruşturma açılması talebinin reddi, muafiyet, menfi tespit, birleşme ve devralma işlemine izin verilmesi, ihlale son verme (birleşme ve devralma işlemine izin verilmemesi) ve para cezalarından oluşmaktadır.

2. Kurulun Yan Sınırlamalar Üzerine Kararları

2.1. Genel Olarak

Kurul, yan sınırlamaları incelerken söz konusu birleşme ve devralma işleminin izne tabi olup olmasını dikkate almadan inceleme yapmaktadır. Şöyle ki söz konusu yoğunlaşma işlemi izne tabi olmasa dahi Kurul, rekabeti kısıtlayıcı nitelikleri nedeniyle, önüne gelen bir dosyada öngörülen sınırlamaların yan sınırlama olup olmadığını incelemektedir. Dolayısıyla Kurul, söz konusu birleşme veya devralma izne tabi olsun veya olmasın birleşme ve devralmalarda öngörülen ve rekabeti kısıtlayıcı olan sınırlamaların, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ayrıca

incelemektedir ve söz konusu sınırlamanın, yan sınırlama kabul edilip edilmeyeceğini de kararlarında belirtmektedir¹.

AB rekabet uygulamasında, yoğunlaşmalar üzerine 139/2004 sayılı Birleşmeler Tüzüğünde, birleşmelerin ortak pazarla uyumlu olduğuna ilişkin AB Komisyonu kararlarında yan sınırlamaların ayrıca incelenmeyeceği belirtilmiştir. Bu ifadeden Komisyonun bu yöndeki kararlarının, yan sınırlamaları da örteceği, kapsayacağı anlaşılmaktadır. Ancak ilgili AB Komisyon Duyurusu'nda değinilmemişse veya yayımlanmış Komisyon kararlarında mesele işlenmemişse, o meselenin gerçek belirsizlik doğuran yeni ve çözülmemiş sorun kabul edileceği ve böyle bir sorunun varlığı halinde ilgili teşebbüsün istemi üzerine, Komisyonun bu sınırlamayı da değerlendireceği belirtilmiştir.

AB uygulamasında Komisyon'un tutumu Tüzük yayımlanmadan önce bu yönde gelişmeye başlamıştır. Ancak Avrupa İlk Derece Mahkemesi, Lagardere/Canal+² davasıyla Komisyon'un yan sınırlamalar üzerine güncel yaklaşımını reddetmiş ve kararda yan sınırlamaların ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir³. Ancak 139/2004 sayılı Tüzükle AB uygulamasına yan sınırlamaların ayrıca değerlendirilmemesi politikası yerleşmiştir.

Komisyon'un yan sınırlamalara daha esnek sayılabilecek yaklaşımı taraflar açısından olumlu sayılabilir. Zira işlem daha pratik çözülmektedir. Yine bu politikaya uyacak kurumlar için de daha kolay bir inceleme sağlanmış olacaktır. Ancak bu olumlu yönleri yanında, birleşme ve devralma işlemine izin kararının yanında yan sınırlamaların incelenmemesi nedeniyle, test edilmemiş birçok şartın yoğunlaşmalar içerisine yan sınırlama olarak girebilmesi mümkün olacaktır. Yine yan sınırlama olarak kabul edilebilecek hükümlerin de şartlar bakımından geniş

¹ Bkz. izne tabi olmayan devralma ve ortak girişimler için yan sınırlama değerlendirmeleri, Karar Sayısı: 01-37/365-97, Karar Tarihi: 31.07.2001; Karar Sayısı: 03-58/674-307, Karar Tarihi: 21.08.2003; Karar Sayısı: 04-55/945-223, Karar Tarihi: 19.10.2004.

² Case T-251/00 Lagardere/Canal+ v Commission, 20.11.2002.

³ George Metaxas and Hector Armengod, EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions: The Evolution of the European Commission's Policy, ECLR, 2005, Vol: 26, S. 9, 500-506.

tutulmaları, çokça rekabet bozulmalarına neden olabilecektir. Nihayet Komisyon'un son dönem liberal yaklaşımı, faydaları yanında rekabet üzerinde olumsuz etkileri daha fazla olabileceği için pek doğru bir yaklaşım değildir.

Kurul, yaptığı inceleme sonucunda yan sınırlama hakkında birleşme ve devralma işleminden bağımsız olarak yan sınırlama olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermektedir. Kurulun, bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabulü kararları, çoğunlukla “ilgili sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebileceği” şeklinde olmaktadır. Bazen de Kurul, ilgili sınırlamanın, bazı şartların gerçekleştirilmesi şartıyla yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine karar verebilmektedir. Bu kararlardan sonra da istem varsa yan sınırlamalar için menfi tespit belgesi de verilebilmektedir. Yan sınırlama olarak kabul edilemeyecek sınırlamalar ise RKHK madde 4 anlamında anlaşma olarak değerlendirilmekte ve sonrasında iki şekilde karar verilebilmektedir. Kurulun verebileceği bu kararlardan ilki söz konusu sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilememesi halinde söz konusu sınırlamayı madde 4 anlamında anlaşma olarak kabul edip bu sınırlamaya muafiyet veya başvuru varsa menfi tespit belgesi verilmesi kararlarıdır. Yine yan sınırlama olarak sayılamayan sınırlamalar için muafiyet veya menfi tespit kararı da verilmeyen sınırlamalar için Kurul, yan sınırlama sayılmayacağına ve kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verilebilmektedir. Bazen de Kurul, ilgili sınırlamayı md. 4 kapsamında anlaşma olarak değerlendirilip bu sınırlamanın sözleşmeden çıkarılması halinde birleşme ve devralma işlemine izin verilebileceğini ifade etmektedir⁴. Kurulun, söz konusu sınırlamanın sözleşmeden çıkarılması koşuluyla birleşme ve devralma işlemine izin verilebileceğine ilişkin kararları dolaylı olarak ihlale son verilmesi kararıdır. Bu nitelikte, ana işlem olan yoğunlaşma işlemine izin verilebilmesi için bir koşul olarak kabul edilen sınırlamanın kaldırılması veya değiştirilmesi hakkındaki kararlar, aslında md. 4 kapsamında değerlendirilen sınırlamaların değiştirilmesi veya kaldırılması için bir yaptırım niteliğindedir. Yani yoğunlaşma işlemine ihlalin düzeltilmesi veya kaldırılması koşuluyla izin

⁴ Karar Sayısı: 05-87/1201-349, Karar Tarihi: 22.12.2005; Karar Sayısı: 05-22/261-72, Karar Tarihi: 07.04.2005; Karar Sayısı: 08-12/125-42, Karar Tarihi: 07.02.2008

verileceğinin belirtilmesi, ihlale son verilmesi niteliğindeki kararın yerine getirilmesi için caydırıcı bir yaptırım olarak kabul edilebilir.

Yan sınırlama olarak kabul edilmeyen veya şartları yerine getirilmeyen ve menfi tespit veya muafiyet belgesi verilemeyen sınırlamalar için para cezalarını düzenleyen RKHK md. 16 ve 17. maddelerin uygulanacağı Kurul tarafından belirtilmektedir⁵.

Kurulun yan sınırlamaların şartları bakımından değerlendirmelerinde yakaladığı istikrarı, yan sınırlamalar üzerine verdiği kararlar bakımından yakalayamadığını söyleyebiliriz. Diğer bir ifadeyle Kurulun yukarıda belirtilen kararlardan sapmalar yaşadığı görülmektedir. Nitekim bazı kararlarında Kurul, zımnen de olsa yan sınırlama olarak kabul ettiği sınırlamaların md. 4'ü ihlal etmediği gerekçesini kullanmaktadır. Bu yaklaşım ise yan sınırlama olarak kabul edilen sınırlamaların doğrudan meşruiyet kazanamaması, aksine dolaylı ve doğasına aykırı olarak meşruiyet kazanmasına neden olacaktır. Kurul, sadece yan sınırlamalar için menfi tespit istemli bir dosyada, ileri bir vadede gerçekleşecek kontrolün devrinden sonraki yan sınırlamaların o tarihte inceleneceği, o tarihten önceki yan sınırlamaların ise RKHK md. 4 hükmü çerçevesinde rekabeti kısıtlayıcı olmadığı dolayısıyla sınırlamaları içeren sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebileceğine hükmetmiştir⁶. Kurulun bu değerlendirmesi, yan sınırlamalar teorisine aykırıdır. Kurul, sadece md. 8'de düzenlenen menfi tespit kapsamında yaptığı değerlendirme nedeniyle sadece madde 4 kapsamında aykırılığı değerlendirmiş ve aykırılık görmemiş olabilir.

Bir başka menfi tespit istemli dosyada Kurul, RKHK md. 4 anlamında bir ihlal olmadığı şeklinde değerlendirme yapmayıp, söz konusu sınırlamaların yan sınırlama olarak kabul edileceği ve RKHK'yı ihlal etmediği kanaatine varmıştır⁷. Kurulun bu kararı yan sınırlamalar doktrinine daha uygun bir karardır. Zira rekabeti

⁵ Karar Sayısı: 03-58/674-307, Karar Tarihi: 21.08.2003; Karar Sayısı: 03-69/832-362, Karar Tarihi: 23.10.2003

⁶ Karar Sayısı: 05-39/529-130, Karar Tarihi: 13.06.2005

⁷ Karar Sayısı: 00-7/62-29, Karar Tarihi: 15.02.2000

sınırlayıcı özelliği olan yan sınırlamanın md. 4 anlamında rekabeti kısıtlayıcı olmadığını ilişkin bir karar değildir.

2.2. Sınırlamanın, Yan Sınırlama Olarak Kabulü Kararı

Kurul, yan sınırlamaların genel şartlarını taşıyan sınırlamaların, yan sınırlama olarak kabul edilebileceği şeklinde bir karar vermektedir. Bu karar üzerine ayrıca bir karar almaya veya işlem yapmaya gerek olmaksızın söz konusu sınırlama, yan sınırlamaların doğası gereği, meşruiyet kazanmaktadır.

Kurulun bir sınırlamanın, yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine ilişkin kararlarında, söz konusu sınırlamanın yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği veya söz konusu sınırlamanın makul görüldüğü şeklinde ifadeler de kullanılmıştır⁸.

Yukarıda belirtildiği gibi talep halinde Kurul, yan sınırlama olarak kabul ettiği sınırlamalar için rekabeti sınırlayıcı olmadıklarını belirten menfi tespit belgesi de verebilmektedir.

Sınırlamanın, yan sınırlama olarak kabulü durumunda muafiyet kararı verilemeyecektir. Zira ortada RKHK md. 4 anlamında bir anlaşma, uyumlu eylem veya karar bulunmamaktadır. Nitekim Kurul bir kararında belli şartların yerine getirilmesi koşuluyla yan sınırlama olarak değerlendirilebilecek bir sınırlama için muafiyet şartlarını taşımadığı için bireysel muafiyet tanınamayacağına karar vermiştir⁹. Muafiyet, aşağıda belirtileceği gibi sadece yan sınırlama olarak değerlendirilemeyecek ancak RKHK md. 4 anlamında anlaşma olarak değerlendirilen ve diğer muafiyet şartlarını taşıyan sınırlamalar için söz konusu olabilecektir¹⁰.

Yan sınırlama olarak kabul kararı aslında, muafiyet şartlarını tamamen taşımamakla birlikte, muafiyet benzeri bir karardır. Zira her iki kurumda da halen bir

⁸ Karar Sayısı: 09-58/1400-366, Karar Tarihi: 09.12.2009

⁹ Karar Sayısı: 03-58/674-307, Karar Tarihi: 21.08.2003

¹⁰ Karar Sayısı: 04-70/1013-248, Karar Tarihi: 04.11.2004; Karar Sayısı: 06-96/1225-370, Karar Tarihi: 29.12.2006

sınırlama var olmakla birlikte belirli şartlar altında diğer sınırlamalara göre ayrıksı bir durum tanınmaktadır. Yan sınırlama kabulü kararına rule of reason, yani makul sebep uygulamasının bir görünüşü olarak da bakılabilir¹¹. Ancak bilindiği üzere Sherman Kanunu'nda muafiyet veya buna benzer hükümler düzenlenmemiştir. Bu eksiklik ise yargı içtihatlarıyla getirilen rule of reason kuralıyla giderilmeye çalışılmıştır. Türkiye'de rekabet düzenlemelerine mehzaz olan AB uygulamalarında ise muafiyet kurumu yerleşmiş bulunmaktadır. Gerçekten muafiyet kurumu, AB ve Türkiye'de oldukça yerleşik bir hukuki kurumdur. Kişisel başvuruların ötesinde bazı anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti düzenlemeleri bu yerleşik uygulamayı göstermektedir. Bu nedenle hem mehzaz mevzuatta bulunan hem de uygulamada çerçevesi daha belirli bir muafiyet kurumu, yüzyıldır uygulanmakta olan ancak hala hangi hallerde uygulanacağına ilişkin kesin kuralların bulunmadığı rule of reason kuralına tercih edilebilir. Nihayet bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesi kararı, bir menfi tespit olarak değil; rekabeti kısıtlayıcı bir durumun halen varlığı nedeniyle, RKHK md. 7 özelinde muafiyet benzeri bir karar olarak değerlendirilebilir. Ancak şu hususu da ayrıca vurgulamak gerekir ki, yan sınırlama kabulü kararı muafiyet benzeri bir karar olacaktır. Zira yan sınırlama olarak kabul edilen bir kısıtlama, klasik muafiyet kavramı kapsamında rekabet üzerinde olumlu etkiler doğuran, tüketici için faydalı nitelikte kısıtlama değildir. Bu tip ilk amacı rekabeti bozma olmayan ancak rekabeti kısıtlayıcı hükümler, ticari hayatın gerekleri nedeniyle meşru kabul edilmektedir.

2.2.1. Şartlı Olarak Yan Sınırlama Kabulü Kararı

Kurul, bir yoğunlaşma işlemi kapsamında öngörülen sınırlamanın, yan sınırlamaların genel şartlarını taşımakla birlikte, bazı hususlarında bu şartların kapsamını aşan sınırlamaları, yan sınırlamaların şartlarına uyumlaştırılması şartıyla yan sınırlama olarak kabul etmektedir¹². Bu tip kararlar çoğunlukla yan

¹¹ Nitekim Gülergün, işlemin bütünlüğü ve pazar koşullarının birlikte değerlendirildiği bir düşüncenin "rule of reason" ilkesiyle benzer olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Gülergün, Yan Sınırlamalar, s. 67.

¹² Karar Sayısı: 04-49/663-167, Karar Tarihi: 29.07.2004; Karar Sayısı: 06-96/1225-370, Karar Tarihi: 29.12.2006; Karar Sayısı: 07-56/657-227, Karar Tarihi: 04.07.2007

sınırlamaların süre şartının aşılması durumunda görülmekle birlikte, diğer şartlar olan taraflar açısından kısıtlayıcı olma ve orantılılık şartının diğer unsurları olan coğrafi ve ürün bakımından orantılılığın aşılması hallerinde de söz konusu olabilmektedir¹³. Burada aslında uygulanan BK md. 20/2 hükmü uyarınca kısmi butlan yaptırımıdır. Bu hükme göre sözleşmenin bir kısmı, hukuka veya ahlaka aykırılık veya imkansızlık nedeniyle batıl ise tarafların iradelerinden aksi anlaşılmadıkça sadece bu kısım geçersiz kabul edilecektir. Yine bu hükümlerin, hukuka uygun olmayan kısımları hukuka uygun hale getirilerek de sözleşmeye geçerlilik kazandırılabilir. Yan sınırlamaların şartlarına uygun olmayan bir sınırlamanın çevresi, şartlara uygun hale getirilerek işlemin yaşatılması BK md.20/2 hükmünün uygulanmasıdır.

Kurul, yan sınırlama olarak kabul edilebilecek sınırlamalar için teşebbüslerin talepleri üzerine menfi tespit belgesi verilebilmesi için de söz konusu sınırlamanın yan sınırlamanın genel şartlarıyla uyumlaştırılması şartıyla menfi tepsî belgesi verilebileceğini belirtmiştir¹⁴.

Bazen de bu şartların yerine getirilmemesi halinde md. 4 anlamında anlaşma olarak kabul edilecek sınırlamanın muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağı değerlendirilmektedir. Kurulun bu yönde sınırlamanın, yan sınırlamaların şartlarıyla uyumlaştırılması kararı sonrasında, şartların uyumlaştırılmaması nedeniyle, RKHK madde 5 anlamında muafiyet şartlarını da taşımadığı için muafiyet tanınamayacağına ilişkin kararları vardır¹⁵. Bu karardan sonra Kurul, söz konusu kısıtlamanın işlemde çıkarılması veya değiştirilmesi şeklinde ihlale son verilmesine yönelik karar vermektedir¹⁶.

¹³ Karar Sayısı: 08-62/1019-395, Karar Tarihi: 07.11.2008; Karar Sayısı: 08-69/1224-440, Karar Tarihi: 04.12.2008

¹⁴ Karar Sayısı: 03-69/832-362, Karar Tarihi: 23.10.2003

¹⁵ Karar Sayısı: 04-70/1013-248, Karar Tarihi: 04.11.2004; Karar Sayısı: 06-96/1225-370, Karar Tarihi: 29.12.2006

¹⁶ Bu durumda birleşme ve devralma işleminin nasıl bir akıbete uğrayacağı hakkında bkz. s. 135.

2.2.2. Yan Sınırlamalar ve Menfi Tespit Kararı

Bilindiği gibi tarafların istemi halinde Kurul tarafından RKHK md. 8 kapsamında menfi tespit belgesi verilebilmektedir. RKHK madde 8’de “Teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, aralarında giriştikleri işbirliği faaliyetlerinin (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları), birleşme ve devralmalar ile hakim durum uygulamalarının rekabet kurallarını ihlal ettiği kanaatini taşıdıkları takdirde, Kurula başvurarak söz konusu uygulamaların bu Kanun’un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olup olmadığının incelenmesini isteyebilirler. Böyle bir başvuruyu inceleyen Kurul, eğer 4, 6 ve 7. maddelere bir aykırılık bulmazsa, bu durumu tespit eden bir ‘menfi tespit kararı’ verir” denilmektedir. Menfi tespit belgesi, ilgili teşebbüsün başvurusu üzerine bir anlaşma, karar, uyumlu eylem veya birleşme ve devralmanın RKHK’nın 4, 6 veya 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir belgedir. Menfi tespit belgesi sayesinde ilgili teşebbüs belirsizlikten kurtulmaktadır ve daha rahat hareket etme imkanı bulmaktadır. Yine Kurul menfi tespit belgesi verirken elindeki bilgiler kapsamında değerlendirme yapmaktadır. RKHK md. 8/2 uyarınca menfi tespit kararı süresince Kurul söz konusu anlaşma veya karar aleyhine soruşturma başlatmayacak ve para cezası yaptırımında bulunmayacaktır. RKHK md. 13’te ise menfi tespit belgesinin geri alınması düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi yan sınırlama olarak kabul edilebilecek bir sınırlama, yan sınırlamaların doğası gereği başka bir şey yapmaya gerek kalmaksızın meşruiyet kazanacaktır. Yan sınırlamalarda rekabeti sınırlayıcı bir hüküm halen vardır, ancak yan sınırlamalar kapsamında değerlendirilen bu sınırlama meşru kabul edilmektedir. Menfi tespit belgesi ise eldeki bilgiler kapsamında bir anlaşma, karar, eylem veya birleşme ve devralmanın RKHK’ya aykırı olmadığını yani rekabeti bozucu veya sınırlayıcı olmadığını tespit amacıyla verilmektedir. Yan sınırlama olarak öngörülen sınırlamalar yoğunlaşma işleminden ayrı, bağımsız halde birer rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardır. Yan sınırlama olarak meşru kabul edilmelerinin nedeni; tamamen ticari hayatın gerekleri nedeniyle söz konusu yoğunlaşma işleminin tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamalarıdır. Dolayısıyla yan sınırlamalar,

özlerinde her halde rekabeti kısıtlayıcı özellikleri taşırlar. Özlerinde rekabeti kısıtlayıcı olmayan, sözleşmelere eklenen herhangi sınırlayıcı hüküm teknik olarak birer yan sınırlama olarak kabul edilemeyecektirler.

Dolayısıyla bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabulü kararıyla, ilgili anlaşmada rekabeti sınırlamayan bir durum olmadığına ilişkin bir tespit yapılmamaktadır. RKHK madde 8 hükmünde, bir birleşme veya devralmanın, madde 7 hükmünü ihlal etmediğine ilişkin menfi tespit belgesi verilebileceği belirtilmektedir. Bir birleşme veya devralma içerisinde öngörülen sınırlamanın da madde 7'yi ihlal etmediğine ilişkin menfi tespit belgesi verilebileceği düşünülebilir. Ancak bir yan sınırlamaya, hakim durum yaratmadığına veya mevcut hakim durumu güçlendirmediyine ve rekabeti bozucu olmadığına ilişkin menfi tespit belgesi her halde verilemez.

Yan sınırlama olarak değerlendirilen bir sınırlamaya, menfi tespit belgesi verilmesi, hem yan sınırlamaların doğası gereği gerekli değildir, hem de RKHK madde 8 hükmüne uygun değildir. Ancak teşebbüslerin başvurusu üzerine menfi tespit belgesi verilmesi, belki hukuki ve ticari güvenlik açısından kabul edilebilir.

2.3. Sınırlamanın, Yan Sınırlama Olarak Kabul Edilemeyeceği Kararı

Kurul, bir sınırlamayı yan sınırlama olarak kabul etmemesi halinde söz konusu sınırlamayı, md. 4 anlamında anlaşma ve buna bağlı olarak md. 5 anlamında muafiyet kapsamında değerlendirmektedir¹⁷. Buna göre söz konusu sınırlamanın ya ihlale son verilmesi yoluna gidilmekte ya da sınırlamaya muafiyet veya talep varsa menfi tespit belgesi de verilebilmektedir.

Kurul, ilgili teşebbüsün başvurusu olmadığı için menfi tespit belgesi vermemişse veya şartları haiz olmadığı için muafiyet verilemiyorsa, söz konusu sınırlama hakkında yine md. 4 kapsamında nihai karar vermektedir. Bu değerlendirme sonucunda da ihlale son verilmesi niteliğinde kararlar verilmektedir.

¹⁷ Karar Sayısı: 06-96/1224-369, Karar Tarihi: 29.12.2006

İhlale son verilmesi kararları, söz konusu sınırlamanın değiştirilmesi veya kaldırılması bildirimi şeklindedir¹⁸.

Kurul ilgili teşebbüsün başvurusu varsa md. 4 kapsamında değerlendirdiği sınırlamaya menfi tespit belgesi verebilmektedir. Yukarıda bahsedildiği gibi aslında menfi tespit belgesi veriliş amacı açısından yan sınırlamalar için uygulanması uygun düşmemekle birlikte, teşebbüslerin hukuki güvenliği için menfi tespit belgesi verilmesi mümkündür.

Yukarıda belirtildiği gibi yan sınırlama olarak kabul edilmeyen ve menfi tespit veya muafiyet belgesi verilemeyen sınırlamalar için para cezalarını düzenleyen RKHK md. 16 ve 17. maddelerin uygulanacağı Kurul tarafından belirtilmektedir¹⁹.

2.3.1. Muafiyet Kararı

Muafiyet kararları bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı olduğunu, ancak RKHK madde 5’te belirtilen şartları haiz olduğu için madde 4’te belirtilen yasağın uygulanmayacağını belirten kararlardır. Muafiyet kararları taraflara bazı şartlar veya yükümlülükler getirilerek de verilebilir.

Muafiyet rejimi, temel yasağın uygulanmasına mutlak bir muafiyet getirmemekte şartları ile süreleri belirlemek suretiyle anlaşmalara temel yasaktan daha dar bir kısıtlama getirmektedir. Teşebbüsler arası faaliyetlere asgari olarak rekabeti sınırlandırma izni taşımakta, böylelikle dengeli piyasa oluşumlarında toplam rekabetin etkinliğini tüketici yararına artırmayı hedeflemektedir. Gerçekten bazı anlaşmalar rekabeti kısıtlayıcı olmalarına karşın, bu anlaşmaların kısa veya uzun vadede rekabet ve ekonomik etkinlik üzerinde olumlu etkileri de olabilmektedir. Bunun için yasaklama rejiminin mutlak bir biçimde uygulanması hem teşebbüsler

¹⁸ Karar Sayısı: 05-87/1201-349, Karar Tarihi: 22.12.2005; Karar Sayısı: 05-22/261-72, Karar Tarihi: 07.04.2005; Karar Sayısı: 08-12/125-42, Karar Tarihi: 07.02.2008

¹⁹ Karar Sayısı: 03-58/674-307, Karar Tarihi: 21.08.2003; Karar Sayısı: 03-69/832-362, Karar Tarihi: 23.10.2003

bakımından adil olmayacaktır hem de ekonomik bakımdan yarardan çok zarara neden olacaktır.

Muafiyet rejiminin uygulanması 5. maddede belirtilen şartları taşıyan anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar için söz konusu olabilecektir. Kanun maddesinde şu şartlarla madde 4 anlamında anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar için muafiyet uygulanacağı belirtilmiştir:

(a) malların üretim ve dağıtımında yenilik, hizmetlerin sunulmasında iyileşme, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin sağlanması gibi yararlı sonuçlar doğurması gerekir.

(b) Tüketicinin yarar sağlaması: Anlaşmanın sağladığı yararlardan tüketicinin de bir pay alması gerekir. Ekonomik ve teknolojik alanlarda üretimde ve pazarlamada ortaya çıkan iyileşmeler tüketiciye de yansıtılmalıdır.

(c) Sınırlamanın zorunluluğu: anlaşmanın ortaya çıkardığı yararlı etkilerin elde edilmesi için rekabetin kısıtlanması zorunlu olmalıdır.

(d) İlgili pazarın bir bölümünde rekabetin tamamen ortadan kalkmaması gerekmektedir.

Danıştay madde 5'te belirtilen koşulların tamamının gerçekleşmesi halinde muafiyet verilebileceğini kabul etmektedir²⁰.

Doktrinde bu şartlar içerisinde kamu yararı şartının bulunmaması eleştirilmektedir²¹. Kurulun kamu yararı nedeniyle soruşturma açmaması kararlarının bu halde hukuka aykırı olacağı sonucu ortaya çıkacağı için bir tezat olduğu düşünülmektedir.

Kurul, muafiyet kararlarında münhasıran yetkilidir. Ancak bu münhasıran yetki Kurula sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır. Kurul, sadece madde 5'te belirtilen şartlarla mukayyettir. Bu şartların tamamının varlığı halinde Kurulun takdir

²⁰ Danıştay 10. Dairesi, E:2001/1441, K: 2003/4468, Karar Tarihi: 18.11.2003; naklen Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Lisansüstü Tez Serisi No: 14, Rekabet Kurumu, 2005, s. 198.

²¹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 220.

yetkisinin bulunup bulunmadığı ise tartışmalıdır. Doktrinde Sanlı, Kurulun bağlı yetkisi olduğu, dolayısıyla muafiyet vermek zorunda olduğu belirtmektedir²². Ancak Kanun metninin ‘muaf tutulmasına karar verebilir’ şeklindeki açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere Kurul böyle bir bağlı yetkiyle bağlı değildir. Nihayet Gül, yerinde bir düşünceyle, Kurulun muafiyet kararı verebilmesi için aranan dört şartın varlığının gerekli olduğu, ancak bu dört şart var olduğu durumlarda dahi Kurulun muafiyet kararı vermekte ihtiyarı olduğunu ifade etmektedir²³. Dolayısıyla RKHK’nın “tamamının varlığı halinde” şeklindeki açık ifadesi Kurulun şartlar bakımından bir takdir yetkisi bulunmadığını göstermektedir.

Kanun’un 5. maddesinin ilk fıkrası ifadesinden, bireysel muafiyet kararı verilebileceği, son fıkrasından ise belirli anlaşma türlerine grup muafiyeti tanıyacak tebliğler çıkarılabileceği anlaşılmaktadır. Kurul bu muafiyet kararlarını tarafların herhangi bildiriminden bağımsız da verebilir. Nihayet RKHK’da yapılan bir değişiklikle ön şart olarak kabul edilmiş olan tarafların bildirimi şartı Kanun metninden çıkarılmıştır²⁴.

Yan sınırlamalar için doğrudan muafiyet kararı verilmesi öncelikle RKHK md. 5’in açık hükmü nedeniyle sadece md. 4 kapsamındaki anlaşmalara uygulanması nedeniyle mümkün değildir. Yine bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinin nedeni işlemin gerçekleştirilmesi ve işlemle hedeflenen ekonomik faydaya ulaşılabilmesi için gerekli olmalarıdır. RKHK md. 5 anlamında muafiyet ise söz konusu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın özünde rekabetçi etkileri taşıması ve tüketiciye faydalı olması nedeniyle verilmektedir. Dolayısıyla yan sınırlama olarak kabul edilen sınırlamalar, bu tip rekabetçi kısıtlamalar olmadıkları için doğrudan muafiyet kararına muhatap olamazlar.

²² Sanlı, age., s. 127.

²³ İbrahim Gül, **Rekabet Kurulu’nun Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi**, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, s. 4, Ankara, 1999.

²⁴ 02.07.2005 tarihli 5388 sayılı Kanunun 1. maddesiyle ‘ilgililerin talebi üzerine’ ifadesi metinden çıkarılmıştır.

Muafiyet kararı verilmesi, yan sınırlama olarak kabul edilmeyen ve RKHK md. 4 anlamında anlaşma olarak kabul edilen sınırlamalara, md. 5'teki şartları taşımaları kaydıyla uygulanması mümkündür. Yine yan sınırlama olarak kabul edilmeyen kısıtlama, 2002/2 no'lu Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği veya 2008/2 no'lu Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği²⁵ kapsamında bulunan anlaşmalardan iseler RKHK md. 4 çerçevesinde yasak olarak değerlendirilmeyeceklerdir. Söz konusu kısıtlamalar, bu Tebliğler kapsamında grup muafiyeti tanınan anlaşmalar kapsamında değil iseler Kurul tarafından ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutulacaklardır. Bu değerlendirme sonucuna göre kısıtlamaya muafiyet tanınabileceği gibi ihlal varlığı nedeniyle ihlalin son verilmesine de karar verilebilecektir.

2.3.2. İhlale Son Verilmesi Kararı

RKHK'nın 9. maddesine göre Kurul, ihbar şikayet veya Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 veya 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun'un dördüncü bölümünde belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi veya ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi veya kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar bildirir.

Kanun'un ifadesinden anlaşıldığı üzere Kurul, taraflara bazı davranışları yasaklama veya bazı davranışlarda bulunmayı emretme yetkisini haizdir. Rekabet hukukunun amacı sosyal refahın sağlanabilmesi için sağlıklı bir rekabet ortamının ve ekonomik etkinliğin sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için rekabet otoritesine piyasalardaki her türlü rekabeti bozucu faaliyete müdahale etme yetkisi tanınması ve bunun için yaptırım uygulama yetkisi sağlanması tabiidir.

Kurul yaptığı soruşturma sonunda anlaşma, karar veya uyumlu davranış, rekabeti sınırlayıcı ve muafiyet verilmesi için gerekli koşullara sahip olmadığını (m. 4, 5) veya hakim durumda olan bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullandığını (m. 6) ya da kendisine bildirilmiş bir birleşme veya devrin hakim durum oluşturduğunu

²⁵ Resmi Gazete Tarihi:23.01.2008 ve Sayısı: 26765

veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiğini tespit ederse bu eylem ve işlemleri yasaklar ve geçersiz sayar.

Birleşme ve devralmalarla ilgili olarak RKHK'nın 9. maddesinin uygulanması bazı farklılıklar arz etmektedir. Eğer birleşme ve devralma, süresi içinde bildirilmiş olup da henüz uygulamaya sokulmamışsa, Kurul böyle bir birleşme ve devrin yasaklanmasına ilişkin kararını yukarıda açıklanan RKHK md. 9/1 hükmüne göre verecektir. Eğer birleşme ve devir bildirilmeden ya da izin alınmadan uygulanmışsa ve böyle bir birleşme ve devrin 7. maddeye aykırı olduğu saptanmışsa, verilecek ihlale son verme kararının içeriğinin ne olacağı ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Çünkü böyle bir birleşmenin yasaklanması yeterli değildir. Ayrıca birleşmeden önceki duruma dönülebilmesi için neler yapılması gerektiğinin gösterilmesi lazımdır. RKHK'nın 11/b maddesine göre Kurul, birleşme veya devralmanın 7. maddenin 1. fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleşmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüsün yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir. Görüldüğü gibi ayrılmanın ne şekilde yapılacağı RHKK'da gösterilmiştir. Kurul, bunu somut olaya uygulayarak kararında işletmelerin birleşen mallarını, haklarını ayıracak ve yönetime ilişkin tedbirleri alacaktır.

RKHK'nın 9/3. maddesine göre Kurul bir karar almadan ihlallerin ne şekilde sonlandırılacağına ilişkin görüşlerini teşebbüslere bildirir. Dolayısıyla ilgili teşebbüs, belirtilen görüşler doğrultusunda hareket ederse ihlal ortadan kalkacağı için soruşturmanın kalkması gerekmektedir²⁶. RKHK'nın 17/1-a maddesine göre, Kurulun vereceği ihlale son verme kararına tarafların uymaması halinde, uyuluncaya kadar geçecek her gün için süreli para cezası hükmedilebilecektir.

²⁶ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 924.

Nihayet yukarıda bahsedildiği gibi Kurul yan sınırlama olarak nitelendirmediği kısıtlamaların ya değiştirilmesine ya da kaldırılmasına yönelik karar vermektedir. Bu karar bir ihlale son verilmesi kararı niteliğindedir ve bu karara uyulmaması halinde Kurul RKHK 17/1-a maddesi uyarınca para cezasına hükmedebilecektir.

2.3.3. Birleşme ve Devralmaya İzin Verilmesi ve Yan Sınırlamalar

Yukarıda belirtildiği gibi Kurul, bazı kararlarında da söz konusu kısıtlamanın kaldırılması veya değiştirilmesi halinde ilgili birleşme ve devralma işlemine izin verilebileceğini belirtmektedir. Ancak bu konuyu kararlarında tartışmayıp, sadece bu hususu ifade etmekle yetinmiştir.

Kurul, hakim durum yaratmayan veya hakim durumu güçlendirmeyen ve ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurmayan birleşme, devralma ya da ortak girişimlere, yani yoğunlaşma işlemlerine izin verebilecektir.

Kurul, yoğunlaşma işleminin kendisine bildirildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde yapacağı bir ön inceleme sonucunda izin kararı verebilir. Bu süre içinde izin kararı vermeyerek işlemi nihai incelemeye almaya karar verip ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme ve devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere tebliğ etmek zorundadır.

Kurul söz konusu yoğunlaşma işlemine doğrudan izin vermeyerek şartlı olarak izin de verebilir. Bu halde Kurul, gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve belirlenen bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla işleme izin verebilir. Yani rekabeti önemli ölçüde azaltmayacak hale getirilmesi halinde birleşme ve devralma işlemine izin verebilmektedir.

Şartlı izin RKHK'da açıkça düzenlenmemiş olup karara şart ve yükümlülükler eklenebileceği, muafiyetlerle ilgili madde 5/2 hükmü ve muafiyet ve

menfi tespit kararlarının geri alınmasıyla ilgili madde 13'te düzenlemeler bulunmaktadır. Yine birleşme ve devralmalara ilişkin 1997/1 no'lu Tebliğin 6/3. maddesinde 'Kurul, bildirilen birleşme ve devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülöklere uyulması koşuluyla izin verebilir.' denilmektedir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Kurul, ilgili yoğunlaşma işlemine şartlı izin verebilecektir. Bu şart ise bozucu bir şart niteliğinde olup söz konusu kararla birleşme ve devralma işlemi hayata geçirilmekte, ancak şartın gerçekleştirilmemesi halinde söz konusu birleşme ve devralma işlemi geçersiz hale gelecektir.

Birleşme ve devralma işleminin gerçekleşmesi açısından hayati önemi haiz sınırlamaların, yan sınırlama olarak değerlendirilmemesi halinde birleşme ve devralma işleminin illa geçersiz sayılacağı veyahut işleme şartlı izin verileceğı gibi bir durum yoktur. Zira Kurul kararlarının çoğunda, ilgili sınırlama yan sınırlama kabul edilmemekle birlikte, birleşme ve devralma işlemine izin verildiğı görölmektedir. Kurulun söz konusu sınırlamanın çıkarılması şartıyla birleşme ve devralma işlemine izin verileceğı yönünde çok az kararı bulunmaktadır. Kurulun bu kararları da söz konusu rekabeti ihlal edici sınırlamanın kaldırılması için bir müeyyide niteliğindedir.

Ayrıca yan sınırlama olarak kabul edilmeyen ve kaldırılması veya değiştirilmesi istenen bir hüküm nedeniyle birleşme ve devralma işleminin taraflar açısından akıbetinin ne olacağı sorunu vardır. Zira taraflar söz konusu sınırlama olmaksızın ilgili işlemi gerçekleştirmek istemeyebileceklerdir. Gerçekten yan sınırlamalar, eklendikleri ana işlemin yürütölebilmesi için hayati önem taşımaktadırlar ve bu sınırlamalar olmaksızın işlemde amaçlanan ekonomik fayda tam olarak sağlanamayacaktır. Böyle bir unsur olmaksızın taraflar açısından ana işlem de fazla bir anlam ifade etmeyebilecektir. Sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka veya ahlaka aykırı bulunması veya imkansız olması, yani kısmen geçersiz olması halinde ne olacağına ilişkin Borçlar Kanunu md. 20/2'de "Akdiñ muhtevi olduğı şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdiñ yapılmayacağı meczum bulunduğı takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur." şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Hükümden de

anlaşılabileceği gibi kısmen geçersizlik halinde kanun koyucu, sözleşme lehine yorum ilkesine uyarak akdin yaşatılması yolunu seçmiştir. Ancak sözleşmedeki kısmi bir hükmün sakatlığı tüm sözleşmeyi etkiliyorsa bu durumda tüm sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilecektir. Geçersizliğin tüm sözleşmeye aksetmesi ise tarafların farazi iradelerine bağlıdır. Zarara maruz kalacak taraf sözleşmeye değişik muhtevasıyla bağlanmak ve onu bu haliyle muhafaza etmek istiyorsa kısmi geçersizlik hükmü uygulanacaktır. Buradan sözleşmede zarara maruz kalacak taraf, sözleşmenin tam veya kısmi butlanı hakkında karar vermek zorundadır²⁷. Yan sınırlamalarda da mesela öngörülen bir rekabet yasağı, yan sınırlama şartlarını taşımadığından bahisle geçersiz kabul edilirse bu sınırlamadan yararlanması beklenen alıcının söz konusu birleşme ve devralma işleminin bu haliyle de gerçekleşmesini istememesi halinde, bütün sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilecektir. Dolayısıyla birleşme ve devralma işlemi bütünüyle geçersiz olacaktır. Bir zarara maruz kalacak taraf işlemin o haliyle de yürütülmesini isteyebilecektir.

Kural olarak hukuka, ahlaka aykırı veya imkansızlık nedeniyle geçersiz kabul edilen sözleşmelerin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesine gerek olmaksızın sözleşme baştan itibaren geçersizdir²⁸. Ancak istisnaen bir sözleşmenin geçersiz kabul edilip edilmeyeceğinin takdiri hakime veya başka bir makama bırakılmış olabilir. RKHK md 27'ye göre Rekabet Kurulu bu makamlardan birisidir²⁹. Nihayet RKHK md 56'ya göre bu geçersizlik sonucu bir edim ifası istenemez, önceden yerine getirilmiş edimlerin iadesi BK md. 63 ve 64'e göre geri istenebilir.

Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki kısmen geçersizlik nedeniyle, karşı tarafın yan sınırlamaya ilişkin yükümünü yerine getirmemesi haliyle, geçerli bir yan sınırlama yükümünün yerine getirilmemesi hali farklıdır. Geçerli bir yan sınırlama hükmünü yerine getirmeyen tarafa karşı alacaklı taraf, yan sınırlamaların yan edim yükümü nitelikleri nedeniyle alacaklı hakkını kısmen istifa edemediği gerekçesiyle

²⁷ Eren, age., s. 303.

²⁸ Eren, ae., s. 301.

²⁹ Turgut Öz, age., s. 57 vd.

BK md. 96 hükmü uyarınca veya alacaklı temerrüdüne ilişkin BK md. 106 hükmü uyarınca talepte bulunabilecektir.

Nihayet yan sınırlamalar birleşme ve devralma işleminden ayrı olarak da incelenebilir. Zira izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde yan sınırlamalar Kurul tarafından incelenip haklarında karar verilmektedir. İzne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinin, hakim durum yaratmadıkları ve rekabeti önemli ölçüde kısıtlamadıkları varsayım olup bu işlemlerde yine bir ekonomik yoğunlaşma söz konusudur. Bunun için bu işlemlerde öngörülen kısıtlamaların yan sınırlama olarak kabul edilip edilemeyecekleri değerlendirilmelidir. İçerisinde bir sınırlama öngörülen her izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemi Kurul önüne gelmesi gibi bir durum, Kurulun iş yükünü artıracak ve izin sistemiyle de bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Ancak yan sınırlamalar nihayetinde rekabeti kısıtlayıcı nitelikte oldukları için her halde değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bunun nedeni ise yan sınırlamaların şartlarını taşımayan sınırlamaların, RKHK md. 4 kapsamında anlaşma niteliğinde olup rekabeti bozucu bir sınırlama olabilme ihtimalidir. Ancak bildirim kapsamında bulunmayan birleşme ve devralma işleminden Kurulun nasıl haberdar olacağı sorunu vardır. Ancak RKHK'nın 9. maddesinde Kurulun, ihbar şikayet veya Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 veya 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse inceleme yapabileceği belirtilmektedir.

RKHK md. 7/1 kapsamında yasak kapsamında bulunan bir birleşme ve devralma işlemi ise geçersiz kabul edileceği için artık bir yan sınırlamanın varlığından da bahsedilemeyecektir.

2.3.4. İdari Para Cezası Uygulanması

Bilindiği gibi idare, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak ve bu yöndeki taleplere cevap verebilmek için bir takım üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmıştır. Bu üstün el olma niteliği kamu hizmetlerinin etkin bir biçimde yerine getirilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır ve toplumun üstün menfaatinin tesis için idareye sağlamaktadır. Kamu hizmetlerinin etkin bir biçimde yürütülmesi için idareye

sağlanan güçlerden birisi de idari yaptırım uygulama yetkisidir. İdari işlemlerin idari yaptırımlarla güçlendirilmesi gereği ise açıktır. Uygulanacak idari yaptırım, işlemin uygulanması için caydırıcı bir etki doğururken, aynı zamanda işlemin sonuçlarını kabul ettirici zorlayıcı bir özellik de gösterir. Aksi halde, yaptırımla desteklenmeyen idari işlem çoğu kez uygulanmama ve ciddiye alınmama riskiyle karşılaşabilir³⁰.

İdari yaptırım olarak RKHK, teşebbüslerin Kurul kararlarına aykırı davranması ya da kararın gereğini yerine getirmemesi halinde, kararın cebren icra edilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer vermemiş, buna karşılık teşebbüslerin bu kararlara uymalarını sağlamak üzere, Kurula para cezaları tatbik etme olanağı tanımıştır³¹. Yine Rekabet Kurumu tarafından “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” yayımlanmıştır³². Söz konusu Yönetmelik, izne tabi birleşme ve devralmaların izinsiz gerçekleştirilmesi üzerine uygulanacak para cezalarını kapsamamakta, sadece anlaşma, uyumlu eylem ve kararları içeren RKHK md. 4 ve hakim durumun kötüye kullanılmasını içeren RKHK md. 6 kapsamındaki ihlaller üzerine uygulanacaktır. Bundan başka, RKHK’da Kurul kararlarının yerine getirilmesini sağlayıcı nitelikli adli ve inzibati tedbirlere RKHK’da yer verilmemiştir³³.

Para cezaları RKHK’nın, idari para cezaları başlığı altında 16. ve süreli para cezaları başlığı altında 17. maddelerinde düzenlenmiştir. Doktrinde para cezaları; konu bakımından usule ve esasa ilişkin para cezaları olarak; nitelik bakımından da maktu (ani) para cezaları ve süreli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁴. Bu ayırmadan, madde 16’da “idari para cezası” başlığı altında maktu nitelikte para cezaları, madde 17’de “nispi para cezası” başlığı altında süreli nitelikte para cezaları düzenlemiştir diyebiliriz. Maktu (ani) para cezaları, esas amacı cezalandırma ve

³⁰ Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Ayrımı**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s. 152, 1999.

³¹ Sanlı, age., s. 385.

³² Resmi Gazete Tarihi: 15.02.2009 ve Sayısı: 27142

³³ Topçuoğlu, age., s. 88.

³⁴ sanlı, age., s. 385-386.

caydırma olan klasik anlamdaki idari cezalardır. Bunlar belirli bir davranışın ortaya çıkması halinde uygulanır ve uygulanmakla sona erer. Kanun'da öngörülen, idari para cezalarının büyük bir kısmı bu niteliği haizdir. Süreli para cezaları ise Rekabet Kurulunun vermiş olduğu bir kararın, gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak üzere, kararda belirtilen hususların yerine getirilmediği her gün için ayrı ayrı tatbik edilen para cezalarıdır³⁵.

RKHK'nın 16/1 hükmüne göre, Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;

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) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin 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 zorlaştırılması,

hallerinde idari para cezası uygulayacağı belirtilmiştir. RKHK'da 2008 tarihinde 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle yapılan değişiklikle "birleşme veya devralmanın ya da 4. maddenin kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde" idari para cezası uygulanacağına ilişkin madde bendi kaldırılmıştır. Nihayet RKHK md. 10/1'de düzenlenmiş olan madde 4 anlamında anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirimi durumu 2005 tarih 5388 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Dolayısıyla md. 4 anlamında anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmemesi üzerine para cezası uygulanması durumu kalmamıştır.

Birleşme ve devralmalar bakımından ise 16/1-b hükmü uyarınca izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde para cezasına hükmedilecektir. Hangi tür birleşme ve devralmaların Kurula bildirilerek izin alınması gerektiği ise md. 7/2'nin göndermesiyle 1997/1 no'lu Tebliğin 2 ve 5.

³⁵ Sanlı, age., s.386.

maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerden 2. maddede, hangi durumların birleşme ve devralma olarak sayılacağı ve izne tabi olduğu, 5. maddede ise ‘Bildirim, bu Tebliğ’in 2. maddesi çerçevesinde birleşme veya devralma sayılan halleri gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce’ yapılır diyerek izne tabi birleşme ve devralmaları gerçekleştirenleri bildirim yükümünün bulunduğu belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi RKHK’da 2008 tarihinde 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ‘birleşme veya devralmanın ya da 4. maddenin kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde’ idari para cezası uygulanacağına ilişkin madde bendi kaldırılmıştır. Dolayısıyla izne tabi olmayan birleşme ve devralmaların bildirimi yapılmaması nedeniyle para cezası uygulanması söz konusu değildir. Bildirime tabi birleşme ve devralmaların, md. 16/1 hükmünde yapılan değişiklik sonrası bildirilmemesi üzerine para cezası md. 16/1-b hükmü uyarınca verilebilecektir. Zira bu 16/1-b maddesinde izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Yine 16/1. maddenin son cümlesinde ise, “b” bendinin ihlali halinde birleşme işlemini gerçekleştirenlerin her birine, devralma işlemini gerçekleştirenlerden ise sadece devralana para cezasının verileceği belirtilmiştir.

RKHK’nın 17. maddesinde, ‘Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklere 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’ diyerekten süreli para cezasını kabul etmiştir.

RKHK’nın 16 ve 17. maddesi kapsamında bulunan ihlallere Kurul, para cezası uygulayıp uygulamamak bakımından bir ihtiyar sahibi değildir. Ancak para cezasının miktarı bakımından RKHK md. 16/5 hükmü uyarınca Kurulun bir takdir yetkisi bulunmaktadır. RKHK’nın md. 16/5 hükmü, Kurul idari para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17/2 maddesi bağlamında bazı hususları dikkate alacağını belirtmiştir. Bu hususlar; ihlalin tekerrürü, süresi,

teşebbüsün piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması ve gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı olarak belirtilmiştir. Ayrıca yukarıda belirtilen para cezalarına ilişkin yönetmelikte de ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar olarak düzenlenmiş olup bu hükümler, Kurul’a bazı durumların varlığı halinde temel para cezası üzerinde belirli oranlarda artırıma veya indirimde gitme yetkisi vermiştir.

RKHK’nın 16/3 hükmünde “Kanun’un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı davranışlarda bulunanlara” ifadesi yer almaktadır. Mesela 4. maddeye göre ‘rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan’ anlaşma yapan veya uyumlu eylemde bulunan teşebbüsler md. 16/3 kapsamına girmektedir. Buradan md. 16/3’le bağlı olan Kurulun rekabeti bozucu etkileri ortaya çıkmayan ancak rekabeti bozma amaçlı veya bu nitelikteki anlaşma ve uyumlu eylemlere para cezası uygulamak durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Kurulun bazen, Kanun’a aykırı bir durumu tespit etmiş olmasına rağmen para cezası uygulamadığı görülmektedir. Doktrinde de rekabeti sınırlama amacı ya da rekabeti sınırlama ihtimali olan fakat rekabeti sınırlayıcı fiili etkiler doğurmamış olan bir anlaşmaya para cezası verilmemesi gerektiği düşünülmektedir³⁶. Yine Danıştay da Kanun’un 16/2 hükmünün uygulanması için açık bir ihlal varlığı aramaktadır³⁷.

Kanun’un 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun’un 578. maddesiyle ilga edilen 18. maddesinde, idari para cezalarının, Kanuna aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı uygulanacağı belirtilmekteydi. Yani rekabete aykırı eylem veya işleme birden fazla teşebbüsün taraf olması halinde bunların tümüne tek bir para cezası uygulanmayıp her birine birbirinden bağımsız olarak para cezası uygulanmaktaydı. Ancak ilga edilen hüküm nedeniyle Kurulun takdir yetkisi genişlemiştir.

Nihayet yukarıda belirtildiği gibi Kurulun yan sınırlama olarak kabul etmediği ve muafiyet veya menfi tespit kararı da verilemeyen durumlarda Kurul, söz

³⁶ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 726; Eğerci, age., s. 213.

³⁷ Danıştay 10. Dairesi, 06.03.2003, E.2001/777, K.2003/760; 15.5.2003, E.2001/656, K.2003/1774; 5.6.2003, E.2001/871, K.2003/2267. Bkz. Eğerci, age., 213.

konusu kısıtlama nedeniyle RKHK md. 16/3 hükmü uyarınca 4, 6 ve 7. maddelerde yasaklanan davranışlarda bulunulduğu için idari para cezası uygulayacaktır. Yine Kurul, ihlale son verilmesi kararına uyulmaması halinde RKHK md. 17/1-a hükmü uyarınca para cezası uygulanmasına karar verecektir.

SONUÇ

RKHK md. 7’de kullanılan birleşme ve devralmalar ifadesi, kastettiği yoğunlaşma işlemlerine göre daha dar bir kapsamı belirtmektedir. Bu kavramlar yoğunlaşma işlemlerinin her yönünü kapsayıcı nitelikli olmadıkları için, bu ifadeler yerine yoğunlaşma ifadesi tercih edilmelidir.

Bir yoğunlaşma işleminin sadece hakim durum yaratması veya hakim durumu güçlendiriyor olması, o işlemin RKHK md. 7 kapsamında değerlendirilmesi için yeterli olmayacaktır. Nitekim AB rekabet hukukunda hakim durum tespiti için artık hakim durum testi değil rekabet testi uygulanmaktadır. Yine RKHK md.7 ifadesinden de bir yoğunlaşma işleminin yasak kapsamında değerlendirilmesi için sadece hakim durum yaratması veya hakim durumu güçlendirmesi değil, aynı zamanda ülkenin önemli bir bölüme veya bütününde rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının da arandığı anlaşılmaktadır.

Yan sınırlamalar yoğunlaşma işlemlerinde çoğunlukla rekabet yasağı olarak öngörülmektedir. Ancak bunun yanında tedarik yükümleri ve lisans anlaşmaları uygulamada görülen diğer yan sınırlamalardandır.

Yan sınırlamaların gerek doktrin gerekse rekabet otoritelerince yer yer unsur, yer yer de kriter olarak dağınık biçimde değerlendirilmiş olan unsurları ve şartları ise, sınırları belirli bir yan sınırlama teorisi için iyi bir tasnife tabi tutulması ve her birinin çerçevesinin iyi çizilmesi gerektiği görülmüştür. Bu açıdan yan sınırlamaların unsurları, bir sınırlama olması ve bu sınırlamanın tali nitelikli sınırlama olması şeklinde belirlenmiş; şartları ise sınırlamanın ana işlemin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgili olması, ana işlem için gerekli olması, amaçla orantılı olması ve sadece taraflar açısından sınırlayıcı olması olarak da şartları belirlenmiştir.

Yan sınırlamaların gerek nitelendirilmesi gerekse kapsamının belirlenmesindeki eksiklikler, rekabet hukuku ve rekabet otoritelerinin meselelerin sadece piyasadaki rekabete etkilerine odaklanmaları, yani meselenin ekonomik boyutuyla ilgilenmelerinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu problemlerin hukuki boyutlarının çokça irdelenmemesi genel olarak rekabet hukukunun bütün

kavramlarında olduğu gibi yan sınırlamalar bakımından da kavramsal boşluklara neden olmuştur. Bunun için yan sınırlamalar kavramının hukuken nitelendirilmesine özellikle çalışılmıştır.

Yan sınırlamaların nelerden müteşekkil olduğu ve hangi işlemler bünyesinde öngörülebilecekleri de diğeri bir sorun olarak karşımıza çıkmıştır. Gerçekten RKHK’da md. 4’teki anlaşmalar, md. 6’daki hakim durumun kötüye kullanılması veya md. 7’deki yoğunlaşmalar kapsamında yasak işlemlerden herhangi biri içerisinde öngörülen ve o işlemin gerçekleşmesi için gerekli kabul edilebilecek sınırlamaların her biri yan sınırlama olarak kabul edilebilecek midir? Bu soruya yan sınırlamaların geniş yorumlanması gerektiğini düşünen yazarlar evet cevabını verirken, yan sınırlamaların dar yorumlanması taraftarı olan yazarlar ise her işlemde öngörülen sınırlamaların yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. Amerikan antitröst hukukunda yan sınırlamalar doktrini geniş yorumlanmakta ve bir rule of reason uygulaması olarak görülmektedir. AB rekabet hukukunda ise doktrinde ve uygulamada çoğunlukla dar yorumlanmaktadır. Türkiye’de de AB uygulamasında olduğu gibi yan sınırlamalar dar yorumlanmaktadır. Bu yaklaşım ise doğru yaklaşımdır. Çünkü AB uygulamalarında anlaşmalar kapsamında uygulanan muafiyet kurumu uygulaması yerleşmiş durumdadır. Gerek kişisel istekle gerekse grup muafiyeti tüzükleriyle bazı anlaşmalara muafiyet tanınabilmektedir. Bu gibi muafiyet kararlarının bazı anlaşma türlerine tanınabildiği gibi ana işlem içerisinde öngörülecek bazı kısıtlayıcı hükümleri kapsamasında bir sakınca yoktur. Hakim durumun kötüye kullanılması kurumunda ise rekabeti kısıtlayıcı ancak kısa veya uzun vadede rekabete katkıları olabilecek anlaşmalar zaten hakim durumun kötüye kullanılması olarak görülmeyecektir. Nihayet yan sınırlamaları yoğunlaşma işlemlerine hasredebiliriz. Zaten uygulamada çoğunlukla yoğunlaşma işlemlerinde görülmekle birlikte, RKHK md. 4 kapsamında anlaşmalar içerisinde de yan sınırlamaların görünüş şekilleri öngörülebilme ve o anlaşmanın gerçekleşebilmesi için bu sınırlamalar da gerekli olabilmektedirler. Bu duruma bir dikey anlaşma içerisinde öngörülebilecek olan rekabet yasağını örnek olarak gösterebiliriz. Ancak RKHK md.4 anlamında anlaşmalar için md. 5’te düzenlenen muafiyet hükümleri uygulanabilecektir. Aksi

düşünce hem md. 5'te düzenlenen muafiyet kurumunun kapsamının daralmasına hem de yan sınırlamalar kavramının çerçevesinin esnemesine neden olacaktır. Bu durumda RKHK md. 4 kapsamında anlaşma içerisinde öngörülen bir sınırlamanın, daha pratik olan yan sınırlamalar kapsamında değerlendirilmemesi bu işlemi yapanlar açısından bir zorluğa neden olacaktır gibi bir itiraz ileri sürülebilecektir. Zira yan sınırlamaların değerlendirilmesinde derin iktisadi analizlere gerek olmamaktadır. Ancak bu itiraz, muafiyet bütün anlaşmayı kapsadığı için zaten yapılacak olan muafiyet başvurusunda verilecek karar veya grup muafiyetleri, söz konusu kısıtlamayı da kapsayacağı için fazladan bir emek harcanmasına neden olmayacaktır. Yine bu gibi durumlarda muafiyet kurumu nedeniyle bir boşluk olmayacaktır. Nihayet yan sınırlamaları yoğunlaşma işlemleri içerisinde öngörülen sınırlamalara uygulanır diyebiliriz.

Yan sınırlamalar herhalde rekabeti kısıtlayıcı niteliklidirler. Rekabeti kısıtlayıcı olmayan herhangi bir sözleşme hükmü yan sınırlama olarak değerlendirilemez. Bu durum, istisnalar olmakla birlikte, uygulamada da kabul edilmekte ve buna göre kısıtlayıcı olmayan sözleşme hükümleri değerlendirmeye alınmamaktadır.

Yan sınırlamanın rekabeti kısıtlayıcı özelliği nedeniyle, rekabeti kısıtlayıcı olmadığı kanaatine varılan anlaşma hükümlerine verilen menfi tespit belgesinin, yan sınırlama kabul edilen bir sınırlama için verilmesi yan sınırlamaların doğasına aykırı karar olacaktır. Yine bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesi halinde başka bir işleme gerek kalmasızın söz konusu kısıtlama meşruiyet kazanacaktır. Bunun için ayrıca bir menfi tespit belgesi verilmesine gerek yoktur. Yine yan sınırlamalar hakkında muafiyet kararı da verilemeyecektir. Zira hem RKHK md. 5'in, muafiyetin md. 4'teki anlaşmalara uygulanacağına ilişkin açık ifadesi hem de yan sınırlamanın kısıtlayıcı özelliğinin md. 5'teki şartları sağlamaması nedeniyle muafiyet verilemeyecektir. Şöyle ki, bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak mazur görülmesi ticari gereklilikler nedeniyledir, muafiyet kurumunda olduğu gibi kısıtlamanın rekabetçi etkileri ve tüketiciye olumlu yansımaları nedeniyle değildir.

Nihayet Kurulun, bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabulü kararı sonrasında herhangi bir tamamlayıcı nitelikte bir işleme gerek kalmaksızın söz konusu sınırlama meşruiyet kazanacaktır. Kurul yan sınırlamaların şartlarına uymayan bazı yan sınırlama olarak değerlendirilebilecek sınırlamaların, şartlara uygun hale getirilmesi kaydıyla da yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine ilişkin bir karar verebilmektedir. Kurulun bir sınırlamanın, yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin kararı sonucunda, öncelikle söz konusu kısıtlamaya menfi tespit veya muafiyet verilip verilemeyeceği değerlendirilmektedir. Menfi tespit veya muafiyet kapsamında değerlendirilemiyorsa söz konusu sınırlamanın ya değiştirilmesi ya da kaldırılması şeklinde bir ihlale son verilmesi kararı verilmektedir. Bu karara uyulmaması halinde ise RKHK md. 16 ve 17 hükümleri uyarınca para cezasına hükmedilebilmektedir.

KAYNAKÇA

- ADAY, Nejat : **Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2000.
- ALTAY, Sıtkı Anlam : **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- AKINCI, Ateş : **Mukayeseli Hukuk Açısından AT ve ABD Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.
- AKINCI, Ateş : **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi**, Yayına Hazırlayan Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996.
- AKYOL, Şener : **Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Fasikül, İstanbul, 1997.
- ARICI, Mehmet Fatih : **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ARITÜRK, Remzi Özge : **Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye için Çıkarımlar**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2008

- ARKAN, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 2005
- ASLAN, İ. Yılmaz : **Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi**, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999.
- ASLAN, İ. Yılmaz : **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1992. (AT Rekabet Hukuku)
- ASLAN, İ. Yılmaz : **Rekabet Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007. (Rekabet Hukuku)
- ASLAN, İ. Yılmaz : **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2004.
- ASLAN, İ. Yılmaz : **Rekabet Kurumu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler**, Rekabet Dergisi, S. 2, 2000.
- ASLAN, Yılmaz; ŞENYÜZ Doğan; ERGÜN, Mevci : **İşletme Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002.
- ATEŞ, Mustafa : **Son Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış**, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 7, No: 2, Ankara, Bahar 2008.
- ATİYAS, İzak : **Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler**, Rekabet Dergisi, Sayı 1, Ankara, 2000.

- AYDOĞAN, Fatih : **Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- BARLAS, Nami : **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- BAYKAN, Renan : **Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri Öneriler ve Ekonomik Etkileri**, İTO, Yayın No:1996-23, İstanbul, 1996.
- BELLAMY&CHILD (Cristopher Bellamy, Graham Child) : **Common Market Law Of Competition**, Sweet&Maxwell, London, 1997.
- BELLAMY&CHILD (Cristopher Bellamy, Graham Child) : **European Community Law of Competition**, Sweet&Maxwell, London, 2001. (EC Law Of Competition)
- BORK, Robert H. : **Ancillary Restraints and The Sherman Act**, A.B.A. Antitrust Section 211, 1959.
- COOK, John; KERSE, Cristopher : **EC Merger Control**, Sweet&Maxwell, London, 2000.
- ÇELEN, Aydın : **Yatay Yoğunlaşmaların Tek Taraflı Etkilerinin Belirlenmesinde Talep Tahmini ve Simülasyon Tekniklerinin Uygulanması**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 16 vd., www.yok.gov.tr. (Çevrimiçi)
- ÇINAROĞLU, Serpil : **Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003

- DAYINLARLI, Kemal : **Joint Venture Sözleşmesi**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ankara, Ankara, 2007.
- DESAI, Kiran S. : **Reverse Non Competes under EC Competition Law**, European Competition Law Review, Vol. 18, No: 3, 1997.
- DIAZ, Enrique Gonzalez : **The Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law**, Fordham International Law Journal, Volume: 19, Şubat 1996, [http://heinonline.org\(cevrimici\)](http://heinonline.org(cevrimici)). 16.04.2010, 10.41.
- DİNLER, Zeynel : **Mikro Ekonomi**, Ekin Kitabevi, 16. Bası, Bursa, 2005.
- DURUKAN, Tülin : **Kapitalistleşme Sürecinde Sanayileşme- Yoğunlaşma İlişkisi ve Rekabet**, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, 2003
- EDİS, Seyfullah : **Medeni Hukuk ve Başlangıç Hükümleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- EĞERCİ, Ahmet : **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Lisansüstü Tez Serisi No:14, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2005.
- ERDEM, Ercüment : **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler**, Beta, İstanbul, 2007
- EREN, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 2008.

- ERTAŞ, Kudret : **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu,**
: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,
Ankara, 1982.
- ERYÜREKLİ, Pınar : **AB Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde
Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi,** T.C.
: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Avrupa Topluluğu
Koordinasyon Genel Müdürlüğü Yayın No: 50,
Ankara, 1999
- ESİN, Arif : **Rekabet Hukuku,** ESC Yayınları,
: www.escrc.com (çevrimiçi)
- ESİN, Arif : **Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı Üzerine,**
: www.escrc.com (çevrimiçi)
- FAULL, J. : **The EC Competition Law,** Oxford University
: Press, Newyork, 1999.
- NİKPAY, Ali : **"Definition of the Relevant Market"
Definition of the Relevant Product Market
In Community Competition Policy,**
Publication of the Commission of the European
Communities, 1986.
- FISHWICK, F. : **Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti,**
: Batider, C. 13, S. 1, Haziran, 1985.
- FRANKO, Nisim : **First Antitrust Desicions of the Commission
of the EEC,** Columbia Law Review, 1965, Vol:
: 65, <http://heinonline.org>(çevrimiçi), 10.05.2010
Pazartesi.
- FULDA, Carl H.

- GELGEL,
Günseli Öztekin
- Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak
: Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği
Düzenlemesi**, Beta, İstanbul, 2006
- GOYDER, Daniel G.
- EC Competition Law**, Oxford University
: Press, Fourth Edition, 2003.
- GÖZLÜKAYA, Fatma
- Teknoloji Transferi Sözleşmelerine İlişkin
: Rekabet Hukuku Uygulaması**, Uzmanlık
Tezi, Rekabet Kurumu, Yayını, Ankara, 2007.
- GÜL, İbrahim
- Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararlarının
Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi**,
: Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu,
Ankara, 1999.
- GÜLERGÜN,
E. Cenk
- Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme
ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar**,
: Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını,
Ankara, 2003. (Yan Sınırlamalar)
- GÜLERGÜN,
E. Cenk
- Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli
Önerisi: Rekabet Testi**, Rekabet Politikası ve
: Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu
Rekabet Kurumu, 4 Mart 2003, Ankara.
- GÜRKAYNAK, Gönenç;
ÖZGÖKÇEN, Hakan
- Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi
Çerçevesinde Değerlendirilmesi**, Müdahale
: Gerekli mi?, Rekabet Derneği Rekabet Forumu,
S. 36, 20.07.2007
- GÜRZUMAR,
Osman Berat
- 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği
: Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar**, Rekabet
Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I,
Kayseri, 4 Nisan 2003

GÜRZUMAR,
Osman Berat

Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin
: **Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken**
Korunması, Beta, İstanbul, 1995.

GÜVEN, Pelin

Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet
: **Hukukunda Birleşme ve Devralmaların**
: **Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin
Yayınevi, Ankara, 2003.

HOLLEY, Donald L.

Ancillary Restrictions in Mergers and Joint
: **Ventures**, Fordham Corporate Law Institute,
Ed. Barry Hawk, 1990.

HOVENKAMP, Herbert

: **Antitrust Law**, Vol. XI, Second Edition,
Aspen Publishers, 2005.

İNAN, Nurkut

Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel
: **Sorunları**, Rekabet Bülteni, Sayı 2, 2000, ESC
Consulting. (Birleşme ve devralma kurallarının
temel sorunları)

İNAN, Nurkut

Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle
: **İlişkisi**, Perşembe Konferansları, Rekabet
Kurumu Yayını, Ankara, Ekim, 1999.

KAPLAN, İbrahim

: **İnşaat sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint**
Venture, Ankara, 1994.

KARAKEÇİLİ, Feridun

Avrupa Birliğinde Piyasalarda
: **Yoğunlaşmanın Denetimi**, İktisadi Kalkınma
Vakfı Yayınları, No:143, İstanbul, 1997.

- KARAKELLE, İsmail H. : **Birleşme ve Devralma İşlemlerine Yönelik Rekabet Kurumu Uygulamaları**, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Aylık Konferansı, 08.04.1999.
- KARAKURT, Alper : **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, Lisansüstü Tez Serisi No:11, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2005.
- KAYIHAN, Lerzan : **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.
- KENDİGELEN, Abuzer : **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, 1. Bası, Beta Yayınevi, 1999.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı) : **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme** (Birinci Cilt), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- KORAH, Valentine : **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, Ninth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

- KULAKSIZOĞLU, Şebnem : **Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ve Öne Sürülen Savunma ve Yararlar**, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
- KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder : **İcra ve İflas Hukuku**, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- McKENZİE, Richard B. and LEE, Dwight R. : **In The Defense of Monopoly**, University of Michigan Press, 2008.
- METAXAS, George; ARMENGOD, Hector : **EC Merger Regulation and the Status of the European Commission's Policy**, ECLR, 2005, Vol: 26, S. 9.
- MOROĞLU, Erdoğan : **Oy Sözleşmeleri**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- OĞURLU, Yücel : **İdari Yaptırımlara Karşı Kanun Yolları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- OĞURLU, Yücel : **İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Ayrımı**, Atatürk Üni. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999.
- OĞUZMAN, M. Kemal; ÖZ, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Altıncı Basıdan Tıpkı Yedinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- ÖZAY, İlhan : **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.

- ÖZ, Gamze Aşçıoğlu : **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000. (Hakim Durumun Kötüye Kullanılması)
- ÖZ, Gamze Aşçıoğlu : **Competition Law and Practice in Turkey**, ECLR, Volume 20, Issue 3-March 1999.
- ÖZ, Turgut : **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, Kazancı Kitap A.Ş., İstanbul, 1997.
- ÖZTÜRK, Pınar : **Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’lerin Değerlendirilmesi**, Oğuz İmregün’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- PINAR, Hamdi : **Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku**, Rekabet Dergisi, S. 23, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005.
- POROY, Reha; TEKİNALP, Ünal, ÇAMOĞLU, Ersin : **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş Onikinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- SAK, Ziya : **Terms of Law & Politics**, Hukuk ve Politika Terimleri Sözlüğü, A-A Yayınları, İstanbul, 1998.
- SANLI, Kerem Cem : **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

- SCOTT, Paul : **Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints**, Cantenbury Law Review, 1999 (9), [http://www.austlii.edu.au/nz/journals\(çevrimiçi\)](http://www.austlii.edu.au/nz/journals(çevrimiçi)) 13.04.2010, 13.08.
- SINCLAIR, Duncan : **Ancillary Restraints Under The Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the CFI**, ECLR, 2003, Volume: 24, S. 7.
- SOYER, Polat : **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- SULLIVAN, Thomas, : **Understanding Antitrust and Its Economic Implications**, Third edition, Matthew Bender & Company Incorporated, y.y., 1998.
- HARRİSON, Jeffery L.
- TAN, Turgut : **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1984.
- TAN, Turgut : **Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurulu'nun Yeri**, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 5.11.1999, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- TAYLAN, Esin Çamlıbel : **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin, Ankara, 2001.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin : **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Tükenmiş Baskı, AÜHFY, Ankara, 1997.

TEKİNALP, Ünal, TEKİNALP, Gülören	: Arupa Birliği Hukuku , Beta Yayınevi, İstanbul, 2000. (AB Hukuku)
TEKİNALP, Ünal, TEKİNALP, Gülören	: Joint Venture , Karayalçın'a Armağan, İstanbul, 1995. (Joint Venture)
TEKİNALP, Ünal	: Fikri Mülkiyet Hukuku , Güncelleştirilmiş Dördüncü Bası, Arıkan, İstanbul, 2005
TOPÇUOĞLU, Metin	: “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar” , Rekabet Dergisi, S. 18, 2004.
TOPÇUOĞLU, Metin	: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları , Lisansüstü Tez Serisi No:7, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003.
TÖRE, Nahit	: Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Bodrum, 1998.
TÜRK, Hikmet Sami	: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi , Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Ankara, Haziran 1986. (Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi)
TÜRK, Hikmet Sami	: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu , Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, , Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Ankara, Haziran 1986. (Nevilerin Aynı Olması Koşulu)

ÜLGEN, Hüseyin; HELVACI, Mehmet; KENDİGELEN, Abuzer; KAYA, Arslan

: **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2006.

ÜLGEN, Hüseyin; v.d. (KENDİGELEN, Abuzer)

: **Ticari İşletme Hukuku**, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÜLGEN, Sinan

: **Avrupa Birliğinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Türk Sanayici ve İş Adamları Derneği, 1998.

ÜNSAL, M. Erdal

: **Mikro İktisat**, İmaj Yayıncılık, 7. Baskı, 2007.

WERDEN, Gregory J.

: **The Ancillary Restraints Doctrine**, American Bar Association Section Of Antitrust Law, 54th Antitrust Spring Meeting, Washington D.C., 29-31.03.2006, www.abanet.org/antitrust

WHISH, Richard

: **Competition Law**, Oxford University Press, Sixth Edition, Newyork, 2009.

YANLI, Veliye

: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

YILMAZ, Ejder

: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin, Ankara, 2005.

YÖRÜKER, Gülperi

: **Türk Rekabet Hukuku**, Rekabet Bülteni, S. 3, 2000, ESC Consulting.

ZUVİN, Serap; İŞMEN, Tolga

: **Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması**, Rekabet Bülteni, S. 3, 2000, ESC Consulting.