

BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

GÜLŞAH YÖNCE HACİNEBİOĞLU

MAYIS 2019

İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR


GÜLŞAH YÖNCE HACİNEBİOĞLU

MAYIS 2019

Enstitü Onayı



Doç. Dr. Mehmet Efe BİRESSELİOĞLU
(Müdürün Adı ve Unvanı)

Bu tezin Yüksek Lisans/Doktora derecesi için gerekli şartları sağladığını onaylarım.


Prof. Dr. Huriye KUBİLAY
(Anabilim Dalı Başkanı)

27.06.2019

Tez tarafımızdan okunmuş, Yüksek Lisans/Doktora derecesi için kapsam ve kalite yönünden uygun olduğu kabul edilmiştir.


Dr. Öğretim Üyesi Özge ÖZSOY
(Tez Yöneticisi)




Yüksek Lisans/Doktora Sınavı Jüri Üyeleri

(Unvan ve Soyadı alfabetik sıralı olarak)

Doç. Dr. Burçak YILDIZ

Dr. Öğretim Üyesi Özlem DÖĞERLİOĞLU İŞIKSUNGUR

Dr. Öğretim Üyesi Özge ÖZSOY

ÖZET

BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA REKABET KURULU'NUN ŞARTLI İZİN VERMESİ (YAN SINIRLAMALAR)

Gülşah YÖNCE HACINEBİOĞLU

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Yöneticisi: Dr. Öğr. Üyesi Özge Özsoy

Mayıs 2019

Bu çalışma, Rekabet Hukuku bakımından oldukça önemli bir kurum olan birleşme ve devralmalarda yan sınırlamalar hakkındadır. Birleşme ve devralmaların ekonomi için önemi büyüktür. Birleşme ve devralmaların sağlıklı biçimde oluşması ve sürdürülebilmesi içinse yan sınırlamalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde, yürürlükte olan düzenlemeler ve mehz AB Hukuku kapsamında birleşme ve devralmalar konusu incelenmiştir. Bu bölümde birleşme ve devralmaların ne olduğu, türleri, birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller ile birleşme ve devralmaların kontrolü konularına yer verilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, yan sınırlamalar kavramı incelenmiştir. Bu bölümde yan sınırlamaların ne olduğu, nasıl doğduğu, unsurları ve çeşitleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Dördüncü ve son bölümlerdeyse yan sınırlamaların denetlenmesi konusu ile 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ülkemiz Rekabet Hukuku'na getirdikleri izah edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Birleşme ve devralmalar, yan sınırlamalar, şartlı izin, Birleşme ve Devralmalar Tebliği.

ABSTRACT

ANCILLARY RESTRAINTS IN MERGERS AND ACQUISITIONS

YÖNCE HACINEBİOĞLU, Gülşah

Private Law Graduate Program

Supervisor: Dr. Özge Özsoy

May 2019

This thesis analyzes the ancillary restraints in respect of the mergers and acquisitions. Mergers and acquisitions are important for the economy. Ancillary restraints are needed for healthy and sustainable mergers and acquisitions.

In the first and second parts, the mergers and acquisitions were examined. In this part, the definition of the mergers and acquisitions, kinds of mergers and acquisitions and control of mergers and acquisitions have taken place.

In the third part of the study ancillary restraints were examined. In this section, it is tried to reveal what are the ancillary restraints, how they are born, their elements and types.

In the forth and last parts, it has been tried to explain the monitoring of the ancillary restraints and the provisions of the new Communiqué numbered 2010/4.

Key words: Mergers and acquisitions, ancillary restraints, conditional authorization, Mergers and Acquisitions Communiqué.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	viii
BİRİNCİ BÖLÜM	
GİRİŞ.....	1
İKİNCİ BÖLÜM..... 3	
BİRLEŞME VE DEVRALMALAR..... 3	
2.1. HUKUKİ YÖNÜYLE BİRLEŞME VE DEVRALMALAR	
ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.	
2.1.1. Genel Olarak.....	4
2.1.2. Rekabet Hukukuna Göre Birleşme ve Devralmalar ...	8
2.2. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER.....	11
2.2.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi	12
2.2.2. Kontrolün Devralınması	13
2.2.3. Ortak Girişim (" <i>Joint Venture</i> ") Oluşturulması.....	16
2.3. BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILMAYAN HALLER... ..	19
2.4. BİRLEŞME VE DEVRALMA TÜRLERİ.....	20
2.4.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar.....	20
2.4.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar	21
2.4.3. Karma (Çok Pazarlı-Çapraz) Birleşme ve Devralmalar	
.....	22
2.5. İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR.....	25
2.6. BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ ...	29
2.6.1. İlgili Pazar.....	30
2.6.1.1. İlgili Ürün Pazarı.....	31

2.6.1.2. İlgili Coğrafi Pazar.....	32
2.6.2. Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesindeki Ölçüt ..	
.....	33
2.6.2.1. Hâkim Durum Oluşturma.....	33
2.6.2.2. Mevcut Bir Hâkim Durumu Güçlendirme ..	35
2.6.2.3. Etkin Rekabeti Önemli Ölçüde Azaltıcı Etki Gösterme.....	36
2.6.2.4. Batan Teşebbüs Savunması.....	37
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	39
YAN SINIRLAMALAR VE HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ.....	39
3.1. YAN SINIRLAMALAR	39
3.1.1. Yan Sınırlama Kavramı	39
3.1.2. Yan Sınırlamaların Tarihçesi	42
3.1.2.1. Amerikan Antitröst Hukukunda Yan Sınırlamalar.....	42
3.1.2.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Yan Sınırlamalar.....	44
3.1.2.3. Türk Hukuku'nda Yan Sınırlamalar	45
3.1.3. Yan Sınırlamaların Hukuki Niteliği.....	45
3.2. YAN SINIRLAMALAR, "PER SE", "RULE OF REASON" İLKELERİNİN İLİŞKİSİ.....	49
3.2.1. "Per se" ve "Rule of Reason" İlkeleri.....	49
3.2.1.1. "Per se" İlkesi	49
3.2.1.2. "Rule of Reason" İlkesi	50
3.2.2. Yan Sınırlamalarda "Per se" ve "Rule of Reason" İlkeleri 51	
3.3. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI.....	52
3.3.1. Doğrudan İlgili Olma.....	54
3.3.2. Gerekli Olma.....	56
3.3.3. Makul Olma	58
3.4. YAN SINIRLAMA ÇEŞİTLERİ.....	60
3.4.1. Rekabet Yasağı	61
3.4.1.1. Süre Yönünden Rekabet Yasakları	67

3.4.1.2. Konu Yönünden Rekabet Yasakları.....	68
3.4.1.3. Coğrafi Alan Yönünden Rekabet Yasakları	69
3.4.1.4. Kişi Yönünden Rekabet Yasakları.....	70
3.4.2. Lisans Anlaşmaları	72
3.4.3. Alım ve Tedarik Anlaşmaları	74
3.4.4. Diğer Yan Sınırlama Çeşitleri	76
3.5. ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR.....	78
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	81
YAN SINIRLAMALARIN DENETLENMESİ.....	81
4.1. YAN SINIRLAMALARIN BİLDİRİMİ.....	81
4.2. REKABET KURULU'NUN İNCELEME VE ARAŞTIRMA USULLERİ.....	82
4.3. BİRLEŞME VEYA DEVRALMALARA VE YAN SINIRLAMALARA İLİŞKİN KURUL KARARLARI.....	87
4.3.1. İzin Verilmesi Kararı	87
4.3.2. İzin Verilmemesi ve İhlale Son Verilmesi Kararları .	88
4.3.3. Şartlı İzin Verilmesi Kararı.....	91
4.3.4. Menfi Tespit Belgesi Verilmesi Kararı.....	98
4.3.5. Şarta Bağlı Menfi Tespit Belgesi Verilmesi Kararı .	101
4.3.6. Muafiyet Kararı.....	102
4.3.7. İdari Para Cezası Verilmesi	105
4.4. YAN SINIRLAMALARIN REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDAN AYRILMASI.....	109
4.5. İZNE TABİ OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARA İLİŞKİN YAN SINIRLAMALAR	111
4.6. YAN SINIRLAMA KARARLARINA KARŞI GİDİLEBİLECEK YARGI YOLLARI.....	114
4.7. YAN SINIRLAMALARIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI.....	116
4.8. 2010/4 SAYILI TEBLİĞ'İN GETİRDİĞİ YENİLİKLER...	119
BEŞİNCİ BÖLÜM	
SONUÇ.....	122

KISALTMALAR LİSTESİ

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü	: Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı ve 21.12.1989 tarihli Konsey Tüzüğü
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
Eski Tebliğ	: 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
İdari Para Cezası Yönetmeliği	: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
KK	: Kooperatifler Kanunu
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
mük.	: Mükerrer
Rekabet Kurumu Yönetmeliği	: 97/9468 sayılı "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"
RG	: Resmi Gazete
RKHK, Rekabet Kanunu	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SPKn	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

Rekabetin korunması, öncelikle aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, bu teşebbüslerin hizmet verdiği tüketiciler ve genel anlamda tüm ekonomi bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan, öncelikle sağlıklı bir rekabet ortamının oluşturulması, ardından bu ortamın korunması gereklidir.

Teşebbüsler; kârlılıklarını veya verimliliklerini arttırmak, ölçek ekonomilerinden yararlanmak veya maliyetlerini düşürmek gibi saiklerle, bir araya gelerek yeni oluşumlar meydana getirebilirler. Ancak birleşmeler veya devralmalar olarak adlandırılan bu birliktelikler, hâkim durum yaratmak gibi rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilir. Rekabetin haksız olarak önlenmesi ihtimali nedeniyle bir araya gelen bu teşebbüsler, belirli kurallara tabi olmalıdır. Bu kurallar da rekabet hukukunun bir bölümünü oluşturacaktır.

Birleşmelerin veya devralmaların her ne kadar rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurma ihtimali olsa da, ekonominin genel seyri bakımından olumlu sonuçları olduğu da inkâr edilemez. Bu bakımdan, birleşmelerde ve devralmalarda, taraflar farklı saiklerle ikincil nitelikte anlaşmalar yapabilirler. Yapılan bu ikincil nitelikteki anlaşmalar, birleşmenin ve devralmanın varlığını korumaya veya onu güçlendirmeye yönelik olabilir. İşte bu tali anlaşmalara rekabet hukukunda yan sınırlamalar denmektedir.

Çalışmamız rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemeler kapsamında, birleşmelerde ve devralmalarda yan sınırlamalar konularını incelemeye, bu konudaki teorik bilgileri uygulamada verilen kararlar ışığında değerlendirmeye odaklanmıştır. Bu bağlamda çalışmamız beş bölümden oluşmaktadır. Birinci ve ikinci bölümlerde, birleşmelerin veya devralmaların ne olduğuna, birleşmelere ve devralmalara ilişkin düzenlemelere, taraflarına, bunların yan sınırlamalarla nasıl bir ilişkileri olduğuna ve bunların denetlenmesi konularına değinilecektir.

Üçüncü bölümde, yan sınırlamaların ne olduğu, nasıl doğduğu, unsurlarının neler olduğu ve çeşitleri hakkında detaylı bilgilere yer verilecektir. Bu bilgiler verilirken öncelikle ülkemiz rekabet hukuku düzenlemelerinden, gereken yerlerde de

AB rekabet hukukunun ilgili düzenlemelerinden ve yargı kararlarından yararlanılacaktır.

Dördüncü ve son bölümlerdeyse, yan sınırlamaların denetlenmesi konusu irdelenecektir. Bu bölümde öncelikle yan sınırlamaların bildirim ve Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırma usulleri izah edilecek, ardından Rekabet Kurulu'nun yoğunlaşmalara ve yan sınırlamalara ilişkin olarak izin verilmesi, izin verilmemesi, şartlı izin verilmesi, menfi tespit belgesi verilmesi, muafiyet ve idari para cezası verilmesi kararları detaylı olarak incelenecektir. Ayrıca Rekabet Kurulu tarafından alınan bu kararlara karşı gidilebilecek yargı yolları, izne tabi olmayan birleşme ve devralmaların durumu üzerinde durulacak ve son olarak 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'le getirilen yenilikler konuları değerlendirilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

Ölçek ekonomisi veya diğer adıyla ölçeğe göre getiri kavramı, birim üretim başına ortalama maliyet ile ölçek arasındaki ilişkiyi açıklamakta kullanılmakta olup üretimin artmasıyla maliyetlerin azalması anlamına gelmektedir. Ölçek ekonomilerinden yararlanmak veya maliyetlerin düşürülmesi amacıyla, diğer bir deyişle kârlılığı veya verimliliği arttırmak için, teşebbüsler bir araya gelebilirler veya bir teşebbüs başka bir teşebbüsü devralabilir. Bu birleşmeler, küçük teşebbüslerin rekabete katılmasını sağlayabilirler.¹ Öte yandan, birleşme ve devralmalar, hâkim durum yaratmak gibi rekabeti engelleyici etkiler de ortaya çıkarabilir. İşte bu nedenle birleşmeler ve devralmalar, belirli kurallara tabi olmalıdır. Nitekim, 4054 sayılı RKHK'un² 7 nci maddesi ile 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği,³ birleşmelerin ve devralmaların denetimi konusunu düzenlemektedir.⁴ Bu bakımdan Türk rekabet hukuku, birleşme ve devralma yoluyla hâkim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasını önlemeyi amaçlar.⁵

Rekabet Kanunu ile 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde, "birleşme ve devralma" kavramının kullanıldığı, doktrinde ise bazı yazarlar tarafından "konsantrasyon" veya "yoğunlaşma" terimlerinin tercih edildiği görülmektedir.⁶ Ayrıca Rekabet Kurulu'nca çıkarılan kılavuzlarda⁷ da yer yer yoğunlaşma kavramının

¹ Aslan, Y. İ. 2001. *Rekabet Hukuku*. İkinci Basım, Bursa: Ekin Kitabevi, s. 49.

² RG: 13.12.1994-22140.

³ RG: 07.10.2010-27722. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. Maddesi çerçevesinde ilk olarak 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarılmış olup bu Tebliğ 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. 2010/4 Sayılı Tebliğ' de ise 24.02.2017 tarihinde değişiklikler yapılmış olup bu değişiklikler ilerleyen bölümlerde detaylı olarak ele alınacaktır.

⁴ Alpay, M. O. 2004. *Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 9.

⁵ Kocaer, Ş. 2015. *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 386.

⁶ Erdem, E. 2001. *Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 203; Günay, İ. C. 2014. *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 105 vd.; Güven, P. 2009. *Rekabet Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 217 vd.

⁷ Örneğin; 10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz", 04.06.2013 tarih ve 13-33/448-RM(7) sayılı "Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi

tercih edildiği görülmektedir. AB hukukundaysa “concentration”⁸ terimi kullanılmakta,⁹ AB fakat doktrininde “mergers and acquisitions”¹⁰ kavramının da tercih edildiği görülmektedir.¹¹ Bu kapsamda, her ne kadar mehz AB hukukunda ve doktrinde *yoğunlaşma* terimi kullanılıyor olsa da, *birleşme ve devralmaların*, ekonomik yoğunlaşmalar ve ortak girişimleri de içeren bir üst başlık olduğu görüşüne¹² katılarak, çalışmamızda birleşme ve devralmalar terimi kullanılacaktır.

Birleşme ve devralmalar veya yoğunlaşma kavramı, “ekonomik karar alma ve sevk etme gücünün başka bir deyişle iktisadi kontrolün teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu durumun ilgili piyasada rekabet halinde bulunan aktörlerin sayısını azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması” şeklinde tanımlanabilir.¹³

2.1.HUKUKİ YÖNÜYLE BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

2.1.1. Genel Olarak

Birleşme ve devralma kavramları, hukukumuzda farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmiştir. Çalışmamızda birleşme ve devralmalar Rekabet Kanunu kapsamında incelenecektir. Ancak kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için diğer kanunlarda birleşme ve devralmadan ne şekilde bahsedildiğine bakmakta yarar bulunmaktadır. Birleşme ve devralmalar, 6102 sayılı TTK’da¹⁴ yalnızca ticaret şirketleri bakımından düzenleme alanı bulurken; Rekabet Kanunu daha geniş bir perspektifte değerlendirmekte, hukuki niteliği ne olursa olsun (herhangi bir şekil şartı aramaksızın) birçok oluşumu *birleşme* veya *devralma* olarak değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Bunların dışında, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun¹⁵ 84 üncü maddesinde “Birleşme suretiyle dağılma” başlığının altında yalnızca devralarak

Hakkında Kılavuz”, 16.07.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı “Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz”.

⁸ “Concentration”, “yoğunlaşma” teriminin İngilizce karşılığıdır.

⁹ Güven, 2009; s. 217.

¹⁰ “Mergers and acquisitions”, “birleşme ve devralmalar” kavramının İngilizce karşılığıdır.

¹¹ Rodger, B. J. ve A. Macculloch. 2001. *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*. Second Edition, London and New York: Routledge-Cavendish, s. 203 vd.

¹² Aslan, İ. Y. 2014. *Rekabet Hukuku Dersleri*. Dördüncü Baskı, İstanbul: Ekin Yayınevi, s. 208.

¹³ Sezen, A. 2007. *Birleşme ve Devralmalar*, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar. Bursa: URTEB Yayınları, s. 105-114.

¹⁴ RG: 14.02.2011-27846

¹⁵ RG: 10.05.1969-13195.

birleşme hali düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK'nun¹⁶ 202 nci ve 203 üncü maddelerinde birleşme ve devralmalarla ilgili hususlar düzenlenmiş olmakla birlikte birleşme ve devralmaların tanımı yer almamaktadır. 5411 sayılı BK'nun¹⁷ 19 uncu maddesinde; bankaların, diğer banka veya finansal kuruluşlarla birleşmelerinin, tüm aktif ve pasifleriyle diğer hak ve yükümlülüklerini devretmelerinin veya hisse değişimlerinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine bağlı olduğu düzenlenmiştir.

TTK'nun 11 inci maddesinde ticari işletmenin devralınması, 135 ve devamı maddelerde ise ticaret şirketlerinin birleşmesi düzenlenmiştir. Ticari işletmelerin devri hem TBK'nun 202 nci maddesinde, hem de TTK'nın 11 inci maddesinde düzenlenmektedir. TTK'nın 11 inci maddesine göre;

“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”

Ancak, ticaret siciline tescil edilmeyen ticari işletmeler hakkında TBK'nun 202 nci maddesi hükümleri geçerli olacaktır.¹⁸ TBK'nun 202 nci maddesinde,

“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.”

denmektedir. İşletmelerin birleşmesi ise TBK'nun 203 üncü maddesinde düzenlenmiştir; *“Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin*

¹⁶ RG: 04.02.2011-27836

¹⁷ RG: 01.11.2005-25983 (mük.).

¹⁸ Ayhan, R., M. Özdamar ve H. Çağlar. 2016. Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları s. 139.

alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler.”

Ticaret şirketlerince gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri, TTK'nın 134 ila 158 inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK'nda birleşme kavramı devralmayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiş, Kanun'da “devralma şeklinde birleşme” ve “yeni kuruluş şeklinde birleşme” olmak üzere iki tür birleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.¹⁹

TTK'nın 145 inci maddesi kapsamında, birleşme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Birleşme sözleşmesi, birleşen şirketlerin yönetim kurulları tarafından imzalanıp, genel kurulları tarafından onaylanmalıdır. Genel kurulun bu sözleşmeyi onaylaması için gerekli nisaplar ise TTK'nın 151 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulunun birleşme sözleşmesini genel kurula sunmasının ardından, sözleşme genel kurul tarafından;

a) Anonim şirketlerde²⁰ esas sermayenin çoğunluğunu, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ise çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil edecek şekilde, hazır bulunanların dörtte üçü tarafından,

b) Bir kooperatifin devralacağı sermaye şirketlerinde, sermayenin çoğunluğunu temsil edecek şekilde, toplantıda hazır bulunanların dörtte üçü tarafından,

c) Limited şirketlerde, sermayenin asgari dörtte üçünü temsil eden payların toplantıda bulunması şartıyla, tüm ortakların dörtte üçü tarafından,

d) Kooperatiflerde, kullanılan oyların üçte ikisinin çoğunluğuyla; onaylanmalıdır.²¹ Birleşme işlemi, TTK'nın 153 üncü maddesi hükmü gereğince, ticaret siciline tescil edildiğinde geçerlilik kazanmaktadır. Ayrıca, TTK'nın 194 üncü maddesinde bir ticari işletmenin, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre, devralan ticaret şirketinin türüne göre, TTK'nın 138 ila 140 inci maddeleri ile 142 ila 158 inci maddeleri kıyasen uygulanacaktır. Böylece, kanun koyucunun iradesine uygun olarak, ticari işletmenin

¹⁹ Göktürk, K. 2013. *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), s. 631-662.

²⁰ Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerin birleşme kararları saklıdır.

²¹ Koçer, 2015; s. 105-107.

bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde de işletmesini dönüştüren tacirin sorumluluk rejimi, TTK md. 194/2 hükmünün atıf yaptığı tür değiştirme hükümleri arasında yer alan TTK md. 158 düzenlemesine göre belirlenebilecektir.²²

Türk rekabet hukuku ile Türk ticaret hukukundaki birleşme kavramları birbirinden farklılık göstermektedir. Rekabet hukukunda, Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir birleşme ve devralma; iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, bir teşebbüsün kontrolünün devralınması veya bir ortak girişim oluşturulması şeklinde üç biçimde gerçekleşebilmektedir.²³ TTK'da, birleşen ticaret şirketlerinin aynı ekonomik bütünlük içinde olup olmadıkları ile ilgilenilmezken, RKHK'da birbirinden hem ekonomik hem de yönetim açısından bağımsız birimlerin birleşebileceği düzenlenmektedir.²⁴ Öte yandan, birleşmede olduğu gibi, devralma bakımından da Türk rekabet hukuku ile Türk ticaret hukuku arasında farklılık bulunmaktadır. Buna göre TTK'da hisse satışı olan adlandırılan bu işlem RKHK'da bakımından devralma olarak adlandırılmaktadır.²⁵ Rekabet hukukuna göre birleşme ve devralmanın tanım ve unsurlarına ise aşağıda detaylı olarak değinilecektir.

Birleşmeler, 5411 sayılı BK'nda bankalar bakımından ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, BK'nun 19 uncu maddesinde "*Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır.*" hükmü yer almaktadır.

6362 sayılı SPKn'nun²⁶ 23 üncü maddesinde, halka açık anonim ortaklıkların önemli nitelikteki işlemleri düzenlenmiştir. Buna göre, diğer hususların yanı sıra, ortaklıkların birleşmesi, önemli nitelikteki işlemler arasında düzenlenmiştir. SPKn'nun 29 uncu maddesinde ise "*önemli nitelikteki işlem*"lere ilişkin kararların genel kurul tarafından kabul edilebilmesi için, esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmemişse, toplantı yeter sayısı aranmaksızın, genel kurula katılanların üçte

²² Hazroğlu, E.C. 2017. *Ticari Bir İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu*. (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/tfm/issue/31322/341752> >. [20 Nisan 2019])

²³ Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamın ilerleyen kısımlarında yer almaktadır.

²⁴ Kocaer, 2015; s. 390.

²⁵ Kocaer, 2015; s. 391.

²⁶ RG: 30.12.2012-28513.

ikisinin²⁷ olumlu oyu ile kabul edileceği hususu düzenlenmiştir. Ayrıca bu nisapları hafifleten ana sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlemesi de aynı maddede yer almaktadır.

2.1.2. Rekabet Hukukuna Göre Birleşme ve Devralmalar

Birleşme ve devralmaları rekabet hukukunda değerlendirebilmek için ilk olarak, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin incelenmesi gerekmektedir.²⁸ Teşebbüs²⁹ kavramı Rekabet Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3 üncü maddesinde, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" şeklinde tanımlanmıştır. Tekinalp teşebbüsü, "*mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden bütün gerçek ya da tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak, bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimler*" şeklinde tanımlanmaktadır.³⁰ Aslan'a göre ise teşebbüs bağımsız karar verebilme özgürlüğüne sahip; üretmek, dağıtım yapmak veya hizmet etmek gibi faaliyetlerde bulunan ekonomik varlıklardır³¹. Topçuoğlu ise, teşebbüsü; sürekli ve bağımsız bir şekilde ekonomik faaliyetleri konu edinen tüm birimler olarak tanımlanmaktadır.³² Bu arada tanımlamalarda geçen *bağımsızlık* ifadesi, hukuki

²⁷ SPKn 29 uncu maddenin altıncı fıkrasında "*Genel kurul toplantısında, sermayeyi temsil eden payların en az yarısının bulunması durumunda ve esas sözleşmede daha ağır bir oran öngörülmemişse, katılanların çoğunluğuyla karar alınır.*" hükmü yer almaktadır.

²⁸ Özdemir, S. O. 2002. *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul: Beta Basım Yayın, s.155.

²⁹ "Teşebbüs" ve "ticari işletme" kavramları, tanım olarak birbirine yakın ancak birbirinden farklı anlam taşıyan kavramlardır (Erdem, E. 2003. *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 19). Ticari işletme, TTK'nın 11 inci maddesinde "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeler*" olarak tanımlanırken, teşebbüs "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" şeklinde tanımlanmıştır. Buradan teşebbüs kavramının, ticari işletme kavramını kapsadığı (Ayhan, Özdamar ve Çağlar, 2016; s. 119; Erdem, 2003; s. 19.); dolayısıyla, tüm ticari işletmelerin birer teşebbüs olduğu, ancak her teşebbüsün ticari işletme olmayabileceği söylenebilecektir. Teşebbüs için yalnızca ekonomik faaliyetin olması yeterli ve gerekliyken, ticari işletme için TTK'nın 11 inci maddesinde sayılan unsurların varlığı gerekecektir. Öte yandan ticari işletmeler, bazı hukuki şekil şartlarına tabi iken, teşebbüsler herhangi bir şekil şartına bakılmaksızın rekabet hukuku bakımından incelemeye tabi tutulabilirler.

³⁰ Tekinalp, Ü. 2000. *AB Hukuku*. İkinci Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 390.

³¹ Aslan, 2014; s. 24.

³² Topçuoğlu, M. 2001. *Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50 (4), 129-165, s. 134.

anlamda değil ekonomik anlamda bağımsızlık olarak anlaşılmalıdır.³³ Bu tanımları bir arada değerlendirdiğimizde, teşebbüsün dört unsuru olduğu söylenebilir:

- 1) Mal veya hizmet üretmek, pazarlamak, satmak.
- 2) Gerçek veya tüzel kişi olmak.
- 3) Bağımsızlık.
- 4) Ekonomik bütünlük.

Teşebbüs birliği kavramının tanımı, RKHK'nun 3 üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre "teşebbüs birliği, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturdukları, tüzelkişiliğe sahip ya da tüzelkişiliği olmayan her türlü birlik" şeklinde tanımlanmıştır. Doğal olarak, teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için ortada birden fazla teşebbüs olmalıdır.³⁴ Rekabet Kanunu'nda yapılan tanımda, teşebbüs birliğinin nasıl bir amacının olması gerektiği izah edilmediğinden, bu durum, birliğin iktisadi olmayan bir amaçla da oluşturulabileceğini ortaya koymaktadır.³⁵ Bir başka deyişle, kanuni tanıma göre, kooperatifler, federasyonlar, dernekler vb. oluşumlar teşebbüs birliklerinin birer örneği³⁶ olabilir.³⁷ Ayrıca, bir teşebbüs birliği, bünyesinde hem teşebbüsleri, hem de teşebbüs birliklerini barındırabilir.³⁸ Örneğin avukatlık bir teşebbüsken, barolar birer teşebbüs birliği, Türkiye Barolar Birliği ise hem teşebbüsleri hem de teşebbüs birliklerini bünyesinde barındıran ayrı bir teşebbüs birliğidir.³⁹

³³ Güven, P. 2003. *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*. Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 107.

³⁴ Ateş, M. 2013. *Rekabet Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 244.

³⁵ Erdem, 2003; s. 21; İnan, N. ve M. B. Piker. 2007. *Rekabet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, s. 12; İkizler, M. 2005. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 229; Özdemir, 2002; s. 159.

³⁶ Rekabet Kurulu'nun, 04.11.2014 tarih ve 14-43/793-354 sayılı kararında, Denizli Sarraflar ve Kuyumcular Esnaf Sanatkarlar Odası; 11.08.2014 tarih ve 14-27/555-238 sayılı kararındaysa, Ege Bölgesi Sürücü Kursları Derneği birer teşebbüs birliği olarak nitelendirilmişlerdir.

³⁷ Özdemir, 2002; s. 159; Tekinalp, 2000; s. 392.

³⁸ Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı kararında "BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir." denmektedir.

³⁹ Demir, Ş. 2009. *Avukatlık Hizmetinin Rekabet Mevzuatına Tabiyeti*. (Erişim adresi: <URL: <https://www.samildemir.av.tr/2009/11/avukatlik-hizmetinin-rekabet-mevzuatına-tabiyeti/>>. [4 Mayıs 2019]).

Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak RKHK'nun 7 nci maddesinde bir tanım yer almamakla birlikte, birleşme ve devralmaların hangi şartlarda yasaklanacağı düzenlenmiştir. Buna göre 7 nci maddenin ilk fıkrasında;

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

denmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, *“hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul çıkaracağı tebliğlerle ilan eder”* hükmü düzenlenmiştir.

Buna göre, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinde birleşme veya devralma sayılan haller düzenlenmiştir. Aynı Tebliğ'in 6 ncı maddesinde ise birleşme ve devralma sayılmayan hallerin hangileri olduğu sayılarak bunların Kanun'un 7 nci maddesi kapsamı dışında tutulduğu ve bu işlemler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmediği hususları düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu'nun *“Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi”* başlıklı 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, yapılacak bildirim Kurul'ca değerlendirilmesine ilişkin usul düzenlenmiştir. Şöyle ki, bahsi geçen fıkrada;

“7 nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek 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 zorundadır. Bu durumda, bu Kanununun 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.”

hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasındaysa “Kurulun, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır” hükmüne yer verilmiştir.

Rekabet Kanunu'nun “Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi” başlıklı 11 inci maddesinde, bildirilmesi zorunlu olduğu halde Kurul'a bildirilmeyen birleşme ve devralmalara ilişkin olarak nasıl bir yöntem izleneceği hususu düzenlenmiştir. Buna göre;

“Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;

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

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

2.2.BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILAN HALLER

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

birleşme ve devralmaların kapsamına girdiği düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre;

“Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

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

hususları Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılmıştır. Ayrıca üçüncü fıkrada, *“bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması”*nın da yukarıda görülen (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olduğu ve bu tarz işlemlerde, tüm tarafların *“devralan”* olarak kabul edileceği hususları düzenlenmiştir.

Buna göre, Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir birleşme ve devralmanın;

- a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi,
- b) Teşebbüsün kontrolünün devralınması,
- c) Ortak girişim oluşturulması

halleri olmak üzere üç şekilde gerçekleşebileceği görülmektedir.

Öte yandan Türk rekabet hukukunda birleşme ve devralmalar, ekonomik anlamda dikkate alındığından, hukuki bakımdan şekil şartlarına uyulup uyulmaması birleşme ve devralmanın varlığını etkilememektedir.⁴⁰

2.2.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi

Önceden bağımsız olan⁴¹ iki veya daha fazla teşebbüsün, hukuki kişiliklerini sonlandırmak suretiyle yeni bir teşebbüse dönüşmek için bir araya gelmeleri durumunda Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında bir birleşme veya devralma ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bir teşebbüsün hukuki kişiliğinin sona ermesi, diğerinin hukuki kişiliğinin ise devam etmesi suretiyle, bir teşebbüsün tümüyle bir

⁴⁰ Günay, 2014; s. 114.

⁴¹ Güven, 2003; s. 181.

başka teşebbüsün bünyesine katılması halinde de Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken bir birleşme veya devralma doğmaktadır. Bunların dışında (öncesinde bağımsız olan) teşebbüslerin, tek bir tüzel kişilik oluşturmaları da, faaliyetlerini ekonomik bir bütünlük oluşturacak şekilde bir araya getirmeleri⁴² halinde yine benzer şekilde bir birleşme söz konusu olacaktır.

2.2.2. Kontrolün Devralınması

Bir veya birkaç teşebbüsün başka bir teşebbüste "belirleyici etki" elde etmeleri hali olarak tanımlanabilen kontrol kavramı, rekabet hukukundaki önemine rağmen, Kanun'da tanımlanmamıştır.⁴³ 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında kontrolün hangi şekillerde ortaya çıkabileceği ile kontrolü kimin elde edebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda kontrol, birlikte veya ayrı ayrı; sözleşmeler, haklar ya da başka araçlar ile meydana getirilebilir. Kontrol, hak sahipleri, hakları kullanmaya yetkili kişiler veya fiilen hakları kullanma gücüne sahip kişilerce ya da teşebbüslerce ele geçirilebilir.

Kontrol sağlayan araçlar, bir teşebbüsün malvarlığı üzerinde mülkiyet ya da kullanma hakkı, bir teşebbüsün kararları üzerinde veya organlarının oluşumunda belirleyici yetkiler sağlayan haklar ya da sözleşmelerdir.⁴⁴ Ayrıca, kontrolün devri için teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı olmalıdır.⁴⁵ Belirleyici etki ise teşebbüsün ekonomik kararlarına etki etme şeklinde tanımlanabilir.⁴⁶ Kontrolün elde edilmesi bakımından, belirleyici etkinin fiilen uygulamaya konulması gerekli olmayıp, bunu uygulamaya koyma imkânına sahip olmak yeterli olacaktır.

Tebliğ'in 5 inci maddesinin ilk fıkrası kapsamında bir teşebbüsün kontrolünün devralınması, "*hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla*" gerçekleştirilebilmektedir. Rekabet Kurulu' nun 12-29/849-249 sayılı ve 31.05.2012 tarihli kararında "*SMT ve Interflour tarafından iştirak suretiyle Intermil*

⁴² 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz"da "*iki veya daha fazla teşebbüsün hukuki kişiliklerini korumakla birlikte, sözleşme yoluyla ortak bir yönetim oluşturmaları*" hali bu duruma örnek olarak verilmiştir.

⁴³ Güngördü, A. 2003. *AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 18.

⁴⁴ Özşahin, A. B. 2018. *Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. İstanbul: Yetkin Yayınları, s. 34-35.

⁴⁵ Güngördü, 2003; s. 11.

⁴⁶ Güven, 2009; s. 235.

Holdings Pte Ltd. Unvanlı bir ortak girişim kurulacağı, yurt dışı menşeli bu ortak girişimin daha sonra Türkiye' de kuracağı Intermil Gıda San. Ve Tic. A.Ş. (Intermil Türkiye) vasıtasıyla Murat Un' un sahibi olduğu un öğütme vasfına haiz makine parkı, yedek parça vb. Taşınır mallar ile taşınmaz malların devredilmesi" 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olarak kabul edilmiştir.⁴⁷ Hisse devri yoluyla kontrolde kalıcı değişikliğe yol açılıp açılmadığına ilişkin bir inceleme ise Rekabet Kurulu' nun 14-45/808-363 sayılı ve 12.11.2014 tarihli kararında Real Hipermarketler Zinciri A.Ş.'nin %15 oranında hissesinin Beğendik Mağaza İşletmeleri Tic. ve San. A.Ş. tarafından ve Beğendik Mağaza İşletmeleri Tic. ve San. A.Ş.'nin %17,5 oranında hissesinin ise Real Hipermarketler Zinciri A.Ş. tarafından devralınması işlemine ilişkin başvuruya üzerine yapılmış olup, Rekabet Kurulu' nca yapılan inceleme sonucunda "mağaza konumlarının iki şirket arasındaki fiili rekabetin sınırlı olduğunu göstermesi, şirketlerin pazar paylarının düşüklüğü ve devralınan hisse oranlarının azınlık hakları dışında imtiyazlı sayılabilecek herhangi bir hak tanımadığı dikkate alındığında, işlem sonucunda tehlikeli bir koordinasyon riskinin ortaya çıkmayacağı gerekçesiyle" bildirim konusu işlemin kontrolde değişikliğe yol açmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında olmadığına kanaatine ulaşılmıştır.⁴⁸

Tebliğ'deki bu düzenleme kapsamında kira sözleşmeleri, franchising sözleşmeleri, yönetim sözleşmeleri ve uzun süreli tedarik sözleşmeleri aracılığı ile de kontrolde kalıcı değişikliğe yol açılabilmesi mümkündür. Nitekim, Rekabet Kurulu' nun vermiş olduğu 12-43/1323-436 Sayılı ve 10.09.2012 tarihli kararda Konya Çimento Sanayii A.Ş.'nin, Erdoğanlar İnşaat Malzemeleri Nakliye Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin sahip olduğu Antalya ili Aksu ilçesinde bulunan hazır beton tesisini 5 yıl süreyle kiralanması işlemine ilişkin olarak, bu işlemin kiralama suretiyle devralma işlemi olduğu ve 2010/4 Sayılı Tebliğ uyarınca izne tabi olduğuna karar verilmiştir.⁴⁹

⁴⁷ Rekabet Kurumu, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=f8b4eb87-1e79-41c9-9e41-522908681567>, Erişim Tarihi: 12.05.2019.

⁴⁸ Rekabet Kurumu, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar?sayfaAdi=&YayinlanmaTarihi=&PdfText=&KararTuruiD=&KararSayisi=14-45%2F808-363&KararTarihi=12.11.2014>, Erişim Tarihi:12.05.2019,

⁴⁹ Rekabet Kurumu, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=5c35748d-04d2-4b7e-aa69-e36e4398192c>, Erişim Tarihi: 12.05.2019.

Rekabet Kurulu, kontrolün devralınmasına ilişkin olarak yöntemleri sınırlamamakla birlikte hisse ya da mal varlığı satın alınmasında, kontrolün de eş zamanlı olarak el değiştirmesi gerekmektedir.⁵⁰ Öte yandan, teşebbüsün bir kısmının kontrolünün devralınması da birleşme ve devralma işlemi sayılmaktadır. Zira kontrol, kısmi devir işlemleriyle de el değiştirebilmektedir.⁵¹

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre kontrol, ayrı ayrı veya birlikte gerçekleştirilebilir. Kontrol, tek başına ve ortak olmak üzere ikiye ayrılabilir.⁵² Tek kontrolde, bir teşebbüs kontrolü devralırken; ortak kontrolde, iki veya daha fazla teşebbüs kontrolü devralmaktadır.⁵³

Ortak kontrolde, teşebbüsler diğer teşebbüsü birlikte kontrol etmektedirler. Ana teşebbüsün ortak girişim üzerindeki kontrolü buna örnek gösterilebilir.⁵⁴ Ortak kontrolde, kontrol eden teşebbüslerin ortak hareket etmeleri önemlidir,⁵⁵ ayrıca, temsilde eşitlik, eşit oy hakkı ve oylamalarda birlikte hareket, ortak kontrolün varlığını ortaya koymaktadır.⁵⁶ Öte yandan, azınlıklara bazı haklar verilmesi, ortak kontrolü ortadan kaldırmamaktadır.⁵⁷

Birleşme ve devralma işleminin gerçekleştirilmesi için kontrolde muhakkak değişiklik gerçekleşmelidir. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının a bendinde, kontrolde değişikliğe yol açmayan işlemlerin birleşme ve devralma sayılmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca kontrol değişikliğinin kalıcı olması da gerekmektedir.⁵⁸

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.*" hükmü yer almaktadır. İşlemlerin birbirine bağlı olması, işlemlerden biri olmadan diğerinin gerçekleşemeyecek olması anlamına gelmektedir.

⁵⁰ Aslan, 2014; s. 214.

⁵¹ Güngördü, 2003; s. 34.

⁵² Güngördü, 2003; s. 18; Güven, 2003; s. 189-190; Güven, 2009; s. 247 vd.

⁵³ Erdem, 2003; s. 55.

⁵⁴ Erdem, 2003; s. 56.

⁵⁵ Güngördü, 2003; s. 28.

⁵⁶ Güngördü, 2003; s. 22.

⁵⁷ Güngördü, 2003; s. 28.

⁵⁸ Aslan, 2014; s. 218.

Öte yandan, işlemler birbirine bağlı değilse, Tebliğ'e göre birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilmelidir.

Birbirinden farklı olduğu halde koşulla bağlı olan işlemlerin tek bir birleşme veya devralma olabilmesi için kontrolün aynı teşebbüs veya teşebbüslerce devralınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, ortak girişimlere ait farklı birimlerin girişimi oluşturan şirketler arasında paylaşılması tek bir işlem olarak değerlendirilmemelidir.⁵⁹ Öte yandan, bir teşebbüsün bir kısmının ortak kontrolünün devralınması ve aynı teşebbüsün bir başka kısmının tek kontrolünün devralınması işlemleri, iki ayrı birleşme veya devralmadır. Fakat bunlar birbirine bağlı işlemlerse ve tek kontrolü devralan teşebbüs aynı zamanda ortak kontrolü devralan teşebbüse, tek bir birleşme veya devralmadan söz edilebilir.⁶⁰

2.2.3. Ortak Girişim (“Joint Venture”) Oluşturulması

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir.” hükmü düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ortak girişimler RKHK'nun 7 nci maddesine göre bir birleşme ve devralma işlemi olduğu için, Rekabet Kurulu'nun izni gerekmektedir.⁶¹ Tebliğ'in 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, ortak girişimin tanımı yapılmamış ancak nitelikleri belirtilmiştir. Buna göre, ancak “bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim”, Tebliğ kapsamında olacaktır.

Doktrinde, ortak girişimlere ilişkin yapılan tanımlara bakıldığında; *Kemal Dayınlarlı*'ya göre ortak girişim (joint venture), “bir partnership veya tüzel kişiliği haiz herhangi bir şirket kurmaksızın belli bir ticarî işletmeden kâr elde etmek isteyen

⁵⁹ 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 30.

⁶⁰ Rekabet Kurulu'nun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1245-401 sayılı kararında “Stelliferi Fındık'ın Nat İşi'nin tamamının Ferrero'nun kontrolündeki teşebbüsler tarafından devralınması, Ferrero ve Stelliferi Grup arasında ortak girişim kurulması ve bu ortak girişimin Stelliferi Fındık'ın SL İşi'ni devralması işlemleri 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin son fıkrası uyarınca yakın ilişkili işlemler biçiminde değerlendirilerek tek bir işlem olarak kabul edilmiştir.” denmektedir.

⁶¹ Erdem (2003; s. 77)'e göre, ortak girişim kavramına RKHK'nun 7 nci maddesinde yer verilmesi gerekmektedir.

iki veya daha ziyade kişinin özel işbirliği" dir.⁶² İbrahim Kaplan ise ortak girişimi "iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız gerçek kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır" şeklinde tanımlamıştır.⁶³ Görüldüğü üzere Kaplan, "belirli bir amacı gerçekleştirmek" demek suretiyle kar elde etme amacının dışında da bir kuruluş sebebi olabileceğini öngörerek, ortak girişimi daha kapsamlı tanımlama yoluna gitmiştir. Bu nedenle her iki tanıma da katılmakla birlikte, daha geniş kapsamlı olduğu için Kaplan'ın tanımını ortak girişim için daha uygun bulmaktayız.

Ortak girişimler, tam işlevsel⁶⁴ olan ve tam işlevsel olmayan olarak ikiye bölünebilir.⁶⁵ Tam işlevsel ortak girişim, en az iki teşebbüs tarafından ortak kontrol edilebilen, bütün fonksiyonlarını bağımsız ve kabıcı olarak yerine getirebilen ortak girişimlerdir.⁶⁶

Bir ortak girişimin tam işlevsel olabilmesi, operasyonel anlamda ekonomik bağımsızlığa sahip olmasıyla mümkün olabilecektir. Ancak bunu, önemli kararlar alınması konusunda, ana teşebbüslerden bağımsızlık olarak anlamamak gerekir.⁶⁷ Bir ortak girişimin, tam işlevsel olabilmesi için;

1. Faaliyetlerini bağımsız olarak yürütebilecek şekilde yeterli kaynağa sahip olması,⁶⁸
2. Ana şirketin belirli bir işlevinin ötesinde faaliyet göstermesi,⁶⁹
3. Satış ve satın almada ana şirkete bağımlı olmaması,⁷⁰

⁶² Dayınlarlı, K. 2007. *Joint Venture Sözleşmesi*. Dayınlarlı Yayıncılık, s. 54.

⁶³ Kaplan, İ. 2013. *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı - Joint Venture-*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 18.

⁶⁴ Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'da tam işlevsellik kriteri, "ortak girişimin 'tamamen yeni bir işleme' şeklinde oluşturulması ya da tarafların önceden münferit olarak sahip oldukları varlıklarla ortak girişime katkıda bulunması hallerinde, Tebliğ'in tarafların oluşturduğu ortak girişimlere uygulanmasının temel şartıdır. Diğer bir ifade ile bu gibi hallerde ortak girişimin Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir işlem olabilmesi için tam işlevsellik kriterini karşılaması gerekmektedir" şeklinde yer almıştır. Bkz. 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 79.

⁶⁵ Güven, 2009; s. 279 vd.; Kayıhan, L. 2003. *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 7.

⁶⁶ Güven, 2009; s. 280.

⁶⁷ Kocaer, 2015; s. 410; 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 80.

⁶⁸ 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 82.

⁶⁹ 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 83-84.

⁷⁰ 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 85-90.

4. Kalıcı şekilde faaliyet göstermesi⁷¹
gerekmektedir.

Rekabet hukuku bakımından bir ortak girişimin, ortak kontrol, bağımsızlık, rekabeti sınırlayıcı etki taşımama⁷² ve süreklilik unsurlarını taşıması gerekmektedir.⁷³

Ortak kontrol unsuru, ana teşebbüslerin, ortak girişimin ticari faaliyetlerine ilişkin kararlara eşit etki edebilme gücü⁷⁴ veya ortak girişimin karar alma mekanizmasında sahip oldukları belirleyici etki⁷⁵ şeklinde tanımlanabilir. Bağımsızlık, ayrı bir malvarlığı ve iş gücü ile ekonomik anlamda bağımsız karar alabilme yetkisi şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁶ Rekabeti sınırlayıcı etki taşımama ifadesiyle, ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlanmaması kastedilmektedir.⁷⁷ Süreklilik unsuruysa, ortak girişimin geçici bir nitelikte olmadığını, kalıcı yapısal bir değişikliği⁷⁸ gerçekleştirebilecek bir süre için oluşturulduğunu ifade eder.

Ortak girişimler, kuruluş şekline göre “Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişimler ve Sermaye Katılımlı Ortak Girişimler” olmak üzere ikiye ayrılır.⁷⁹ Sözleşme yoluyla kuruluş joint venture sözleşmesinin taraflarca imzalanması yoluyla mümkün iken sermaye katılımlı ortak girişimler için herhangi bir sözleşme zorunluluğu aranmamaktadır. Sermaye katılımlı ortak girişim kuruluşuna örnek olarak Rekabet Kurulu’ nun 19.08.2009 tarih ve 09-47/1161-295 sayılı kararında incelenen ortak girişim incelemesi örnek verilebilir.⁸⁰ Bu kararda Etap Tarım ve Gıda Ürünleri Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin sermayesinin 1/3’ünün Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş. ve 1/3’ünün Burlingtoun LLP tarafından devralınması işlemi incelenmiş, *ortak girişimin ana şirketi ile üçüncü kişiler arasında fark gözetmemesi beklenmediği ve böyle bir durumda ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilmesi*

⁷¹ 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9) sayılı Kılavuz, paragraf 91-93.

⁷² Güven, 2003; s. 232; Güven, 2009; s. 280 vd.

⁷³ Kocaer, 2015; s. 410.

⁷⁴ Erdem, 2003; s. 84.

⁷⁵ Kayıhan, 2003; s. 30.

⁷⁶ Erdem, 2003; s. 79.

⁷⁷ Aslan, 2014; s. 248 vd.

⁷⁸ Kayıhan, 2003; s. 39.

⁷⁹ İslamov, Nazim, *Joint Venture* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, 2003), s. 37-38.

⁸⁰ Rekabet Kurumu, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=e765ae71-8173-4e43-b05d-569ebdb0b1c1>, Erişim Tarihi: 12.05.2019.

için satışlarının en az %20'sini üçüncü kişilere yapması gerektiği vurgulanarak' Etap Tarım'ın bir ortak girişim şirketi haline dönüştürülmesi işlemine izin verilmiştir.

Neticede, tam işlevsellik kistasını sağlayan tüm ortak girişimler, 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında devralma işlemi sayılarak Rekabet Kurulu' nun denetimine tabi olacaktır.

2.3.BİRLEŞME VE DEVRALMA SAYILMAYAN HALLER

Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesine dayanarak, Rekabet Kurulu'nea çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 07.10.2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 6 ncı maddesinde, birleşme ve devralma sayılmayan hallere ilişkin düzenlenmeye yer verilmiştir. Buna göre;

“(a) kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler,

(b) 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 çıkararak teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,

(c) Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,

ç) Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.”

durumları Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamı dışında tutulmuş ve bu işlemler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmediği hususları düzenlenmiştir. Bu kapsamda burada sayılan dört halden herhangi birisinin mevcudiyeti halinde, birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yükümlülükler doğmayacaktır. Bu açıdan, yan sınırlamalar da bu tip işlemler bakımından söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere bir birleşme veya devralmanın izne tabi olması, kontrol değişikliklerine yol açmasına bağlıdır. Nitekim 16.7.2013 tarih ve 13-45/583-RM(9)

sayılı "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz"a göre grup şirketleri arasındaki bir *yeniden yapılanma*, herhangi bir birleşme veya devralma meydana getirmedeği için izne tabi olmayacaktır.⁸¹

2.4.BİRLEŞME VE DEVRALMA TÜRLERİ

Birleşme ve devralmalar yatay, dikey ve karma olmak üzere üç çeşittir. Bu bölümde birleşme ve devralmaların türleri incelenecektir.

2.4.1. Yatay Birleşme ve Devralmalar

Bir üretim ya da dağıtım zincirinde, aynı seviyedeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmalar, yatay birleşme ve devralmalar şeklinde adlandırılmaktadır.⁸² Diğer bir deyişle, *yatay birleşme ve devralmalar*, aynı ürün pazarındaki ve potansiyel rakipler arasında gerçekleşen birleşme veya devralma işlemleridir.⁸³ Bu türde teşebbüsler, genellikle aynı ya da benzer ürünlerin piyasalarında faaliyette bulunmaktadır.⁸⁴ Bu tipteki birleşme ve devralmalar, rakip sayısını azaltması nedeniyle rekabet azaltıcı bir etki yaratmaktadır.⁸⁵ "Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz"a göre, yatay birleşmeler iki şekilde rekabeti azaltırlar:

"(a) Tek taraflı etkiler bağlamında bir veya daha fazla teşebbüs üzerindeki önemli düzeydeki rekabetçi baskıların ortadan kaldırılması"

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun 19.01.2011 tarih ve 11-04/67-29 sayılı kararı bu duruma örnek olarak verilebilir. Buna göre söz konusu kararda "*aynı ortaklara ait olan ve biri diğeri tarafından kontrol edilen bildirim konusu işleme taraf şirketler ise, ayrı ayrı tüzel kişiliklere sahip olmakla 110 birlikte, aynı ekonomik bütünlük içinde yer almaları nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun açısından tek bir teşebbüs niteliğindedirler. Nitekim, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin (a) bendinde, 'kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler' birleşme veya devralma sayılmayan haller arasında sayılarak, bunların Rekabet Kurulu iznine tabi olmadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak, aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan AKUA'nın, KONT tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır.*" denmektedir.

⁸² Akyüz, H. B. 2007. *Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar*. Ankara: Adalet Yayınları, s. 37; Aslan, 2014; s. 209; Erdem, 2003; s. 37; Günay, 2014; s. 142; Güven, 2009; s. 226.

⁸³ 04.06.2013 tarih ve 13-33/448-RM(7) sayılı "Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz". Paragraf 4.

⁸⁴ Günay, 2014; s. 143; Güven, 2003; s. 116.

⁸⁵ Aslan, 2014; s. 209; Erdem, 2003; s. 37; Güven, 2003; s. 116.

sonucunda hâkim durum yaratılması ya da mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi (tek başına hâkim durum).

(b) İlgili pazarda cereyan eden rekabetin doğasında değişikliğe yol açarak daha önce davranışları arasında koordinasyon bulunmayan teşebbüslerin, koordinasyon içinde bulunmak suretiyle rekabeti önemli ölçüde engellemeleri (birlikte hâkim durum). Böyle bir birleşme, ilgili pazardaki teşebbüsler arasındaki hâlihazırda mevcut olan koordinasyonu işlem öncesi duruma göre daha kolay, istikrarlı ya da etkin hale getirebilir.⁸⁶

Öte yandan yatay birleşme ve devralmaların rekabeti olumsuz etkilemedikleri durumların olması da mümkündür. Örneğin küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin daha büyük firmalarla rekabet edebilmek amacıyla birleşmeleri halinde rekabetin olumsuz etkilenmesi söz konusu olmayabilir.⁸⁷

2.4.2. Dikey Birleşme ve Devralmalar

Bir üretim veya dağıtım zincirinde, farklı seviyelerdeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmalar, dikey birleşme ve devralmalar⁸⁸ olarak adlandırılmaktadır.⁸⁹ Ya da bir ürünün üretilmesinden satılmasına kadar olan farklı aşamalarda faaliyet gösteren şirketler arasında olan birleşme ve devralmalar olarak da ifade edilebilir.⁹⁰ Dikey birleşme ve devralmaların, rekabeti azaltıcı etkileri her zaman olmasa⁹¹ da, piyasaya giriş serbestisini⁹² ve kaynak erişimini kısıtlamak suretiyle rekabete olumsuz etkileri olabilmektedir.⁹³ Dikey birleşme ve devralmalar, yatay

⁸⁶ 04.06.2013 tarih ve 13-33/448-RM(7) sayılı Kılavuz, Paragraf 22.

⁸⁷ Güven, 2003; s. 116-117.

⁸⁸ Rekabet Kurulu kararlarında, "dikey bütünleşme" veya "dikey yoğunlaşma" terimi kullanılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun 18.07.2013 tarih ve 13-46/585-256 sayılı; 17.07.2014 tarih ve 14-25/506- 224 sayılı, 12.11.2013 tarih ve 13-63/881-375 sayılı, 13.08.2013 tarih ve 13-47/635-274 sayılı kararları örnek verilebilir.

⁸⁹ Aslan, 2014; s. 209; Erdem, 2003; s. 38; Günay, 2014; s. 143; Güven, 2003; s. 117; Güven, 2009; s. 227.

⁹⁰ Akyüz, 2007; s. 38.

⁹¹ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı "Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz"da, "Yatay olmayan birleşmelerin genel olarak yatay birleşmelere kıyasla hâkim durum yaratmaya veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirmeye yönelik olarak, rekabeti önemli ölçüde azaltma ihtimali daha düşüktür." denmektedir.

⁹² Pınar, H. 2014. *Rekabet Hukuku İle Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi*. Rekabet Dergisi, 15 (2), s. 59-87.

⁹³ Günay, 2014; s. 144.

birleşmelerden farklı olarak, aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arası rekabetin ortadan kalkmasına veya azalmasına neden olmaz.⁹⁴ Fakat bazı durumlarda üst veya alt piyasalardaki teşebbüsler, birbirlerine ciddi anlamda potansiyel rakip olabilirler.⁹⁵

Dikey birleşme ve devralmalar rekabete iki tip olumsuz etkide bulunur; (a) tek taraflı etkiler, (b) koordinasyon doğurucu etkiler.

Tek taraflı etkiler ("unilateral effects"); esas itibarıyla dikey birleşme ve devralmaların pazarı kapatabileceği⁹⁶ hallerde ortaya çıkabilir. Pazar kapama ("*forclosure*") sonucunda, birleşik teşebbüsün, fiyatları yükseltme ihtimali olacaktır. Fiyatlarda artışa neden olabilecek bu birleşmenin, yeni bir hâkim durum yaratması ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendirmesi, bunun neticesinde de rekabeti önemli ölçüde azaltması söz konusu olabilecektir.⁹⁷

Koordinasyon doğurucu etkiler ("coordinated effects"); birleşme sonrasında teşebbüslerin aralarındaki koordinasyonla fiyatları artırma veya rekabeti azaltma olasılıklarının ciddi şekilde artması anlamına gelmektedir. Pazardaki teşebbüsler birleşme öncesinde, zaten koordine bir şekilde hareket ediyor olmaları halindeyse, birleşme işlemi koordinasyonun etkili, kolay ve kalıcı bir şekilde devamını sağlayacaktır. Bu da piyasada birlikte hâkim durum yaratılmasına ya da mevcut bir hâkim durumun gücünün artmasına, bunun doğal bir sonucu olarak da rekabetin azalmasına neden olabilecektir.⁹⁸

2.4.3. Karma (Çok Pazarlı-Çapraz) Birleşme ve Devralmalar

Karma (çok pazarlı⁹⁹-çapraz) birleşme ve devralmalar, birleşen teşebbüslerin arasında ne yatay ne de dikey bir ilişki olduğunda ortaya çıkan birleşme veya

⁹⁴ Güven, 2003; s. 119.

⁹⁵ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz, paragraf 13.

⁹⁶ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz'da, *pazarı kapama*, birleşme veya devralma nedeniyle (mevcut ve potansiyel) rakiplerin hammadde kaynaklarına veya pazarlara erişiminin engellenmesi (veya zorlaştırılması) ve bu sayede rakiplerin rekabet edebilme imkânının azaltılması şeklinde açıklanmıştır.

⁹⁷ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz, paragraf 20.

⁹⁸ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz, paragraf 21.

⁹⁹ Karma birleşme ve devralmalar için "Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz"da "çokpazarlı" kavramı tercih edilmiştir. Çolak (2006) ise, "küme birleşmeler" terimini kullanmıştır. Bkz. Çolak, M. 2006. "Şirket Birleşmeleri ve Rekabete Etkileri". Yüksek Lisans

devralmalardır. Bu gruba aralarında tamamlayıcılık ilişkisi olan ürün ve hizmetleri kapsayan pazarlardaki ya da aynı müşteri grubunun tercih ettiği ürün ve hizmetleri kapsayan pazarlardaki birleşme ve devralmalar girmektedir. Karma birleşme ve devralmaların, hâkim durum oluşturarak veya bir hâkim durumu güçlendirerek, rekabeti azaltma olasılığının düşük olduğu bilinmesine karşın, bazı durumlarda bu ihtimal mümkün olabilmektedir.¹⁰⁰ Örneğin, aralarında tamamlayıcılık ilişkisi olan ürünlerin veya birbiriyle ilişkili ürün ve hizmetlerin birleşik teşebbüsçe sağlanması halinde, birleşik teşebbüsün bir pazardaki hâkim pozisyonunu diğer pazarlarda kaldıraç olarak kullanması mümkündür.¹⁰¹ Nitekim bu ihtimal nedeniyle Rekabet Kurulu karma birleşmeleri inceleme kapsamına alabilmektedir.¹⁰²

Karma birleşme ve devralmalar, birbirine rakip olmayan ayrı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmalardır.¹⁰³ Yatay ve dikey olmayan bütün birleşme ve devralmalar, karma (çok pazarlı) birleşme ve devralma olarak nitelendirilebilecektir.¹⁰⁴ Bu tip birleşme ve devralmalar teşebbüsler tarafından, daha ziyade ürün farklılaştırma, pazar büyütme gibi amaçlara yönelik olarak tercih edilebilirler.¹⁰⁵

Bu tip birleşme veya devralmaların herhangi bir rekabet sorunu yaratması beklenmez. Fakat bu tür birleşme veya devralma, piyasadaki mevcut hâkim durum nedeniyle başka pazarlardaki rekabeti olumsuz etkileyebilir.¹⁰⁶

Tezi. Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26. Güven (2003) ise “aykırı” birleşme ve devralmalar terimini kullanmıştır. Güven, 2003; s. 120.

¹⁰⁰ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz, paragraf 90-91.

¹⁰¹ 04.06.2013 tarih ve 13-33/449-RM(8) sayılı Kılavuz, paragraf 92.

¹⁰² Rekabet Kurulu'nun 19.12.2013 tarih ve 13-71/957-405 sayılı kararında çok pazarlı birleşmelerin hâkim durum yaratma ihtimali olduğu belirtildikten sonra somut olayın neden inceleme kapsamında olduğu “Elektronik ödeme sistemlerinin kurulması, geliştirilmesi ve lisanslanması alanında dünya çapında sadece beş teşebbüsün faaliyet gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda, MASTERCARD'ın ürün ve hizmetlerinin yukarıda özetlenen duruma uygunluk gösterdiği değerlendirilmektedir. Diğer yandan, devralma işlemi neticesinde MASTERCARD'ın PROVUS'un arzettiği ürün ve hizmetleri kendi hizmetleri ile beraber bir paket halinde sunması ve hatta müşterileri her iki ürünün beraber alımına zorlaması ihtimal dahilindedir. Bu durumda, daha önceleri PROVUS'la aynı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından bir pazar kapama etkisi doğabilecek ve söz konusu teşebbüslerin satışları MASTERCARD'ın bu yöndeki olası uygulamalarından olumsuz etkilenebilecektir.” demek suretiyle izah edilmiştir.

¹⁰³ Aslan, 2014; s. 210; Erdem, 2003; s. 39; Güven, 2003; s. 120; Güven, 2009; s. 228; Günay, 2014; s. 145.

¹⁰⁴ Aydemir, S. 2005. *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 3.

¹⁰⁵ Aydemir, 2005; s. 5; Günay, 2014; s. 145.

¹⁰⁶ Ulu, H. 2004. *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 12.

Rakip olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirildiğinden, karma birleşme ve devralma işlemlerinin; pazar payı artırıcı bir etkilerinin olmadığı,¹⁰⁷ bu nedenle RKHK'nun 7 nci maddesi kapsamında rekabeti azaltıcı niteliğinin bulunmadığı, dolayısıyla Rekabet Kurulunca izin verilmesi gereken işlemler olduğu¹⁰⁸ değerlendirilebilecektir.

Karma birleşme ve devralmalar, pazar genişletmeye yönelik, ürün ağını genişletmeye yönelik ve saf karma olmak üzere üçe türe ayrılabilir. Pazar genişletmeye yönelik birleşme veya devralmalar, aynı mal veya hizmeti ürettikleri halde coğrafi pazarları farklı olduğu için rakip olmayan teşebbüslerin birleşmesi; ürün ağını genişletmeye yönelik birleşme veya devralmalar, birbirine yakın piyasalarda oldukları halde farklı ürünlerin piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmesi ve bunların dışında kalan saf karma birleşme veya devralmalar da faaliyet gösterdikleri piyasalar arasında hiçbir ilişki olmayan teşebbüslerin birleşmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁰⁹

Sonuç olarak; karma birleşmeler, işlem maliyetinin azaltılması, ürün tasarımı-üretim-satış ve dağıtım organizasyonunun etkinleşmesi gibi faydalar sağlamakla birlikte, karma birleşmenin birbirinin tamamlayıcısı olan veya birbiriyle ilişkili pazarlarda gerçekleşmesi halinde bir pazardaki güçlü pozisyonun (örneğin tanınırlığın ve pazarda tercih edilen bir mal/hizmet grubuna sahip olmanın) diğer pazarlarda kaldıraç olarak kullanılmasına imkan vermektedir. Bu nedenle, karma birleşme ve devralmaların olumsuz yanlarından ilki, bu kaldıraç etkisidir. Karma birleşme ve devralmaların diğer olumsuz etkisi ise, birleşen teşebbüslerin belirli koordinasyon koşulları hakkında mutabakata varma ihtimalinin varlığıdır. Bu olumsuz etkiler dikkate alınarak, Rekabet Kurulu' nca karma birleşme ve devralmalar da incelenmektedir.

¹⁰⁷ Erdem, 2003; s. 39.

¹⁰⁸ Aydemir, 2005; s. 13 vd.

¹⁰⁹ Ürem, M. 2009. "Türk Rekabet Hukukunda Devralma Sayılan ve Sayılmayan Haller". Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32

2.5.İZNE TABİ BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in "İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar" başlıklı 7 nci¹¹⁰ maddesinde, belirlenen ciroları aşan bir birleşme veya devralma işleminin, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu şekilde, bir birleşme veya devralma işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için gereken ciro eşikleri belirlenmiştir. Buna göre;

"Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

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

b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur."

Bu hükümden hareketle, birleşme veya devralma işlemlerinin taraflar arasında belirlenen eşiklerin altında kalan ciroya sahip olanları için, rekabeti hissedilir ölçüde etkilemedikleri¹¹¹ söylenebilecektir.¹¹² Öte yandan, birleşme işleminin tarafları, eşikleri dikkate almadan da Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunabilirler. Bu gibi durumlarda, Kurul, işlemin izne tabi olmadığı kararını verebilecektir.¹¹³

¹¹⁰ Söz konusu maddede, 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2012/3 Sayılı Tebliğ ile değişiklik yapılmış; maddenin ikinci fıkrası, 24.02.2017 tarih ve 29989 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2017/2 Sayılı Tebliğ ile ilga edilmiştir.

¹¹¹ De minimis kuralı, rekabetin hissedilir ölçüde sınırlanması olarak ifade edilebilir. Tomur, K. 2004. *Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 60.

¹¹² Erdem, 2003; s. 133; Solmaz, E. 2010. *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 5.

¹¹³ Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 25.06.2014 tarih ve 14-22/421-185 sayılı kararında "...Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ciro eşiklerinin aşılmaması nedeniyle izne tabi olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir" denmektedir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 7 nci maddesinde yer alan birleşme ve devralma işleminin taraflarının ciro eşiklerinin hesaplanmasında, Tebliğ'in 8 inci maddesinde yer verilenlerin cirolarının toplamı esas alınır. Taraflar, bu hesaplamalar sayesinde, birleşme ve devralma işlemlerinin, Rekabet Kurulu'na bildirilmesinin gerekip gerekmediğini tespit edebileceklerdir. Düzenlemede, ciroların nasıl dikkate alınacağı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, Tebliğ'in 7 nci maddesinin uygulanabilmesi için, işlem taraflarının cirolarının hesaplanmasında;

a) İlgili teşebbüsün,¹¹⁴

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

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

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

d) a-ç'de sayılanların, b'de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu kişilerin veya ekonomik birimlerin

ciroları toplamı esas alınır. Bu cirolar hesaplanırken, işlem taraflarının bazı kısımları¹¹⁵ devredilirse, devreden taraf açısından sadece devredilen kısmın cirosu dikkate alınır. Devir işlemi üç yıllık bir zaman zarfında, aynı kişi veya taraflar arasında veya aynı ilgili ürün pazarında aynı teşebbüs tarafından iki veya daha fazla defa gerçekleştirilirse ciroların hesaplanmasında bunlar tek işlem olarak dikkate alınırlar.

Ayrıca ilgili teşebbüslerin yukarıda (b) bendinde belirtilen haklara ve yetkilere **birlikte** sahip oldukları teşebbüslerin ciroları, sahip olan teşebbüs sayısına bölünerek hesaplanır. Son olarak, teşebbüsler ve üçüncü şahısların işlerini birlikte yönetme

¹¹⁴ Tebliğ'in 4 üncü maddesine göre ilgili teşebbüs, "birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birimleri" ifade etmektedir.

¹¹⁵ Düzenlemede, bu kısımların tüzel kişiliğinin olup olmaması önemli görülmemiştir.

hakkına sahip oldukları ortak girişimlerin ciroları, hak sahibi sayısına bölünerek bulunur.

Ciro, bildirimden önceki mali yılın sonundaki (bu tespit edilemiyorsa, bildirimde en yakın mali yılın sonunda) net satışların toplamından meydana gelir. Ciro hesabı yapılırken yukarıda birinci maddede yer alan kişi veya teşebbüslerin kendi aralarında yapılan satışlar ciro hesabında dikkate alınmaz. Ciro hesaplanırken, cironun gerçekleştiği mali yıla ilişkin TCMB döviz alış kurunun ortalaması kullanılır.

Bunların dışında 2010/4 sayılı Tebliğ'in 9 uncu maddesinde finansal kuruluşların cirolarının hesaplanmasında hangi gelir tablosu kalemlerinin dikkate alınacağı detaylı olarak sayılmıştır. Buna göre, bankalar ve katılım bankaları için,¹¹⁶ "faiz veya kâr payı gelirleri, alınan ücret ve komisyonlar, temettü gelirleri, ticari kâr/zarar (net) ve diğer faaliyet gelirleri"; faktöring, finansal kiralama ve finansman şirketleri için,¹¹⁷ "esas faaliyet gelirleri ve diğer faaliyet gelirleri"; aracı kurumlar ve portföy yönetim şirketleri için,¹¹⁸ "satış gelirleri, faiz, ücret, prim, komisyon ve diğer gelirler, diğer faaliyet gelirleri, özkaynak yöntemiyle değerlendirilen yatırımların kâr/zararlarındaki paylar ve esas faaliyet dışı finansal gelirler"; emeklilik, sigorta ve reasürans şirketleri için,¹¹⁹ sigorta şirketlerinde "yurt içi direkt prim üretimi (brüt)", reasürans şirketlerinde "yurt içi direkt prim üretimi (brüt)", emeklilik şirketlerinde "toplam katkı payı tutarı, toplam fon tutarı" ile hayat dalında da faaliyet gösteren emeklilik şirketlerinde ayrıca "yurt içi direkt prim üretimi (brüt)"; diğer finansal kuruluşlar için, "faiz ve benzeri gelirler, menkul kıymetlerden elde edilen gelirler, komisyonlar, finansal faaliyetlerden elde edilen net kâr ve diğer faaliyet gelirleri" toplamının ciro olarak kabul edileceği hususu düzenlenmiştir.

¹¹⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkarılan, 10.02.2007 tarih ve 26430 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, "Bankalarca Kamuya Açıklanacak Finansal Tablolar ile Bunlara İlişkin Açıklama ve Dipnotlar Hakkında Tebliğ" kapsamında hazırlanan gelir tablosunda yer alan kalemler.

¹¹⁷ BDDK tarafından çıkarılan, 17.05.2007 tarih ve 26525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, "Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketlerince Uygulanacak Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi ile Kamuya Açıklanacak Finansal Tabloların Biçim ve İçeriği Hakkında Tebliğ" kapsamında hazırlanan gelir tablosunda yer alan kalemler.

¹¹⁸ Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan, 09.04.2008 tarih ve 26842 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Seri: XI, No: 29 sayılı "Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği" kapsamında hazırlanan ayrıntılı gelir tablosunda yer alan kalemler.

¹¹⁹ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Hazine Müsteşarlığı veya Emeklilik Gözetim Merkezi tarafından yayınlanan en son finansal tablolarda yer alan kalemler.

Tebliğ’de ciro eşiklerinin bu kadar kapsamlı olarak düzenlenmiş olmasının sebebi, “hukuki belirlilik ilkesi” çerçevesinde hareket edilmesinin sağlanması ve ticari açıdan bağlantılı olup olmadığına bakmaksızın birleşme veya devralma ile ortaya çıkan kaynakların tamamının dikkate alınmasıdır.¹²⁰

Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalara ilişkin bildirim, işlemten önce yapılmalıdır. Birleşme ve devralmaların bildiriminin nasıl yapılacağı Rekabet Kanunu’nun “Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi” başlıklı 10 uncu maddesinde, “Birleşme ve Devralmanın Kurula Bildirilmemesi” başlıklı 11 inci maddesinde ve “Bildirim” başlıklı 12 nci maddesinde düzenlenmiştir. RKHK’nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre,

“7 nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek 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 zorundadır.”

RKHK’nun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Rekabet Kurulu’nun birleşme veya devralmaya ilişkin başvuruyu süresi içerisinde sonuçlandırmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmalarının bildirimden 30 gün sonra yürürlüğe gireceği ve hukukî geçerlilik kazanacağı hükmü yer almaktadır.

Birleşme ve devralmanın Rekabet Kurulu’na bildirilmemesi durumu Rekabet Kanunu’nun 11 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bildirilmesi zorunlu bir işlemin, Rekabet Kurulu’na bildirilmediği durumlarda, birleşmeden haberdar olan Kurul, re’sen birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonuçlandığında Kurulca, birleşme veya devralmanın Rekabet Kanunu’nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmediği kararı verilirse, Kurul birleşme veya devralmaya izin verip, bildirimde bulunulmadığı için idari para cezası tesis eder.¹²¹ Birleşme veya

¹²⁰ Kocaer, 2015; s. 453.

¹²¹ Örneğin; Rekabet Kurulu’nun 05.09.2013 tarih ve 13-50/717-304 sayılı kararında, özetle, bildirim konusu işlemin izne tabi olduğu, işlem sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmadığından işleme izin verildiği, söz konusu işlemin Rekabet Kurulu’nun izni olmaksızın gerçekleşmesi nedeniyle ilgililer hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verildiği hususları belirtilmektedir.

devralmanın Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına girdiği kararının verilmesi durumunda, idari para cezasının yanında, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesi, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılması, ele geçirilen payların veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iade edilmesi ve gerekli görülen diğer tedbirlerin alınması sağlanır.

Rekabet Kanunu'nun 12 nci maddesine göre bildirim, *Kurul tarafından hazırlanacak Bildirim Formları*¹²² ile *tarafardan herhangi biri tarafından*¹²³ yapılabilir. Bildirim Rekabet Kurulu'na ulaştığı tarihte yapılmış sayılır.

Birleşme ve devralmaların bildirimini nasıl yapılacağı 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in "*Birleşme ve devralmaların bildirilmesi*" başlıklı 10 uncu maddesi ile "*Bildirim geçersizlik tarihi*" başlıklı 11 inci maddesinde düzenlenmiştir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 10 uncu maddesinde Rekabet Kanunu'nun farklı maddelerinde yer alan hususlar detaylandırılarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddede ayrıca; bildirim, istenen tüm bilgi ve belgeleri tam olarak içermesi gerektiği; izin alınması gereken birleşme ve devralmalara ilişkin yapılan bildirim hakkında, Rekabet Kurulunca (açıkça veya zimnen) herhangi bir karar verilmeden birleşme veya devralmanın hukuki geçerlilik kazanamayacağı; birleşme veya devralmanın, kontrolün değiştiği tarihte gerçekleşmiş olacağı hususları düzenlenmiştir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 11 inci maddesinde bunlara ek olarak; yanlış, yanıltıcı, eksik bilgilerin varlığı halinde, bu bilgilerin tamamlandığı veya değiştirildiği tarihin bildirim tarihi olarak kabul edileceği; kamu kurum veya kuruluşlarından görüş alınması gerektiği hallerdeyse, Rekabet Kanunu'nun 10 uncu maddesindeki sürelerin görüşlerin Rekabet Kurulu'na intikali ile başlayacağı düzenlenmiştir.

2.6.BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN DENETLENMESİ

Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak RKHK'nun 7 nci maddesinde,

¹²² 2010/4 sayılı Tebliğ'in 10 uncu maddesine göre *bildirim formu ve ekindeki belgeler, ayrıca elektronik ortamda hazırlanarak elden veya posta yoluyla Rekabet Kurulu'na gönderilir.*

¹²³ *Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır.*

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

hükmü yer almaktadır. Buna göre kanun koyucunun hukuka aykırı bir birleşme ve devralma işleminin, “hâkim durum yaratmak” (veya “hâkim durumu güçlendirmek”) ve “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” olmak üzere, iki unsuru sakıncalı gördüğü anlaşılmaktadır. Öte yandan rekabetin azaltılması durumunun, “ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasında” gerçekleşmesi denilmek suretiyle yer bakımından ve ürün bakımından sakıncanın sınırları çizilmiştir.

Bu bakımdan birleşme ve devralmaların denetlenmesinde belirli eşikleri aşan birleşme ve devralmaların tespiti için öncelikle ilgili pazarın belirlenmesi, ardından söz konusu birleşme veya devralmanın rekabet üzerindeki etkisinin hâkim durum ölçütleri uygulanarak belirlenmesi gerekmektedir. Kısaca hâkim durumun belirlenebilmesi için öncelikle ilgili pazarın incelenmesi gereklidir.¹²⁴

2.6.1. İlgili Pazar

10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”a göre, pazarın tanımlanması, teşebbüslerin arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmek için yararlanılan bir araçtır. Bu tanımlamanın amacı, teşebbüslerin içinde buldukları rekabet şartlarını tespit etmektir. “Pazar tanımı, pazar gücüne ilişkin olarak, RKHK'nun özellikle 6 ve 7 nci maddelerinin uygulanması bakımından önem taşıyan pazar payı hesaplamaları yapılmasını sağlamaktadır.”¹²⁵

¹²⁴ Kısa, S. U. 2004. *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 70; Tekinalp, 2000 s. 444.

¹²⁵ 10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”, paragraf 1.

İlgili pazar kavramının, RKHK'nun 7 nci maddesinde yer alan, *ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasında ifadelerinden hareketle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir birleşme ve devralma işleminin hukuka aykırı olup olmadığı ilgili pazar dikkate alınarak belirlenecektir. İlgili pazar, teşebbüslerin birbiriyle rekabet ettiği pazar olduğu için ilgili ürün pazarının belirlenmesi gereklidir.*¹²⁶ İlgili ürün pazarının belirlenmesinin ardından ilgili coğrafi pazar da belirlenmelidir.

2.6.1.1.İlgili Ürün Pazarı

Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesinde yer alan, *"herhangi bir mal veya hizmet piyasası"* ifadesiyle ilgili ürün pazarı kastedilmektedir. İlgili ürün pazarı, ikame edilebilen mallar veya hizmetlerden oluşan pazar olarak tanımlanabilir.¹²⁷

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde tüketici tercihleri önemlidir.¹²⁸ İlgili ürün pazarı, tüketici için fiyat, nitelik ve kullanım amacı açılarından aynı kabul edilen mal ve hizmetler şeklinde tanımlanabilir.¹²⁹

İlgili ürün pazarı incelenirken öncelikle pazarı hangi ürünlerin oluşturduğuna bakılmalıdır. Bu incelemede öncelik ürünün ikame edilebilir olup olmadığıdır. İkame edilebilirlik ölçütü, ilgili ürün pazarına ilişkin önemli bir unsurdur;¹³⁰ bu talep ve arz yönlü olmak üzere iki şekilde olabilir. Tüketici bir mal veya hizmetin yerine başka bir mal veya hizmeti tercih ediyorsa, burada talep ikamesinden bahsedilebilir;¹³¹ buna çapraz elastikiyet de denmektedir.¹³² İlgili ürün pazarında ürünlerin tüketici bakımından ikame dereceleri yüksekse, aynı ürün pazarının varlığından bahsedilebilecektir.¹³³ Özetle tüketicinin, üründe bir fiyat değişikliği söz konusu

¹²⁶ Rodger ve Macculloch, 2001; s. 81; Günay, 2014; s. 70.

¹²⁷ Fishwick, F. 1986. *Definition of the Relevant Market*. Belgium: Publication of the Commission of the European Communities, s. 49.

¹²⁸ Güven, 2009; s. 162.

¹²⁹ Günay, 2014; s. 76.

¹³⁰ Esin, A. 1998. *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları, s. 183; Günay, 2014; s. 76.

¹³¹ Günay, 2014; s. 79.

¹³² Güven, 2009; s. 165.

¹³³ Ateş, 2013; s. 281; Esin, 1998; s. 184.

olduğunda, ürünün yerine tercih edilen ürünler de, aynı pazar içinde değerlendirilmelidir.¹³⁴

Diğer taraftan üreticiler de küçük değişikliklere sahip, birbiriyle ikame edilebilir ürünler üretmektedirler. Bu ürünlerin de aynı pazar içinde değerlendirilmesi gerekir.¹³⁵ Bu durumda ise arz ikamesi söz konusudur. Pazar payının düşük çıkması yani hâkim durumun doğru tespit edilebilmesi¹³⁶ için ilgili ürün pazarının belirlenmesinde arz ikamesi ve talep ikamesinin birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır.¹³⁷

2.6.1.2.İlgili Coğrafi Pazar

Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesinde yer alan, *ülkenin bütünü yahut bir kısmında* ifadesiyle ilgili coğrafi pazar kastedilmektedir.¹³⁸ İlgili ürün pazarının tespitinin ardından ürün pazarının sınırları coğrafi olarak belirlenmelidir; bu da ilgili coğrafi pazardır.¹³⁹ İlgili coğrafi pazar, üretilen mal ve hizmetlerin arz ve talebine ilişkin olarak, teşebbüsün faaliyette bulunduğu ve rekabet koşulları diğer bölgelerden farklı olan bölgeler şeklinde tanımlanabilir.¹⁴⁰ Buna göre, Türkiye'nin belirli bir kısmında hâkim durumda olan bir teşebbüse, bu kısmın büyüklüğüne ve ülke içindeki önemine bakılmaksızın RKHK'nun uygulanması mümkün olacaktır.¹⁴¹

İlgili coğrafi pazar belirlenirken, ilgili mal veya hizmetin özelliklerinin, tüketici tercihleri açısından pazara giriş engellerinin, geleneksel yapının, bölgeler arası farklılıkların, dağıtım özelliklerinin dikkate alınması gerekir.¹⁴² Fiyat yükselişi, tüketicinin bir başka bölgenin ürününe yönelmesine neden olabilir (talep ikamesi). Teşebbüsün üretimde yapacağı değişikliklerle, ikame mallar üretmesiyle de arz

¹³⁴ Öz, G. A. 2000. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 92.

¹³⁵ Esin, 1998; s. 184.

¹³⁶ Günay, 2014; s. 81.

¹³⁷ Günay, 2014; s. 80; Güven, 2009; s. 173.

¹³⁸ Aslan, 2007; s. 562.

¹³⁹ Erdem, 2003; s. 136.

¹⁴⁰ Günay, 2014; s. 82.

¹⁴¹ Öz, G. A. 1999. *Competition Law and Practice in Turkey*. ECLR, Volume 20: Issue 3-March 1999, s. 149-158.

¹⁴² Ateş, 2013; s. 286; Güven, 2009; s. 173; İnan ve Piker, 2007; s. 16.

ikamesi ortaya çıkacaktır.¹⁴³ Bu nedenle, ilgili coğrafi pazar bunlar göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.¹⁴⁴

10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”a göre, coğrafi pazar tanımlanırken, ilk olarak rakiplerin pazar paylarından ve fiyat farklılıklarından yararlanır. Ardından, farklı bölgelerdeki teşebbüslerin müşteriler için alternatif bir arz kaynağı olup olmadığına bakılır. Bunlar yapılırken, talebin yapısı ve incelenen teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa sürede başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydıramayacakları dikkate alınır.¹⁴⁵

2.6.2. Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesindeki Ölçüt

Rekabet Kurulu’na bildirilen bir birleşme veya devralma işlemi, eğer *hâkim durum* oluşturmuyorsa ya da belirli bir bölgedeki bir mal veya hizmet piyasasında *rekabeti önemli ölçüde azaltmıyorsa*, Rekabet Kurulu kendisine bildirilen bu işleme izin vermek durumundadır. Bu durumda hâkim durumun varlığına veya rekabetin azaltıldığına ilişkin bir tespit yapılması gerekecektir. Öte yandan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in “İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar” başlıklı 7 nci maddesinde, belirlenen ciro eşiklerinin altında kalan birleşme ve devralma işlemleri için Kurul izninin aranmaması, bu işlemler hâkim durum oluşturmduğundan, yapılan bildirim bu eşiklerin altında kalıp kalmadığının tespit edilmesi gerekliliğini de ortaya koymaktadır.

2.6.2.1. Hâkim Durum Oluşturma

Hâkim durum, RKHK’nun 3 üncü maddesinde yer alan tanıma göre, “*belirli bir piyasadaki bir ya da birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*” ifade etmektedir.

¹⁴³ Günay, 2014; s. 80.

¹⁴⁴ Günay, 2014; s. 76.

¹⁴⁵ 10.01.2008 tarih ve 08-04/56-M sayılı Kılavuz, paragraf 19.

Hâkim durumu belirlemeye yönelik somut bir yaklaşım yoktur. Bir teşebbüsün hâkim durum yaratıp yaratmadığını tespit etmek için Rekabet Kurulu tarafından yapılacak bir incelemede, öncelikle ilgili mal veya hizmet piyasasının coğrafi anlamda büyüklüğü, ekonomik anlamda büyüklüğü, piyasada kaç teşebbüsün faaliyet göstermekte olduğu, teşebbüsün pazar payı, rakip teşebbüslerin pazar payı, teknolojik üstünlük, pazara giriş engelleri, teşebbüsün piyasa koşullarını belirleyebilme gücü, ürün çeşitliliği, ürünün ikame özellikleri, dikey bütünlüğün bulunup bulunmadığı ve ilgili teşebbüslerin farklı pazarlardaki faaliyetleri gibi birçok kıstasın değerlendirilmesi yapılır,¹⁴⁶ ardından bu verilere dayanarak teşebbüsün alacağı kararların piyasa fiyatını ve pazarın diğer şartlarını etkileme gücüne sahip olup olmadığı tespit edilir. Tabii farklı piyasalarda farklı parametreler olabilecektir.¹⁴⁷

Öz'e göre hâkim durumun belirlenmesinde öncelikle araştırılması gereken konu, teşebbüsün ilgili pazardaki payıdır. Ancak bu konuda belirli bir oran bulunmamakta, her işlemin kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan pazar payının yüksek olması hâkim durumu tek başına ortaya koymamakla birlikte, önemli bir gösterge sayılmaktadır.¹⁴⁸

Kısaca, teşebbüslerin, hâkim durum oluşturup oluşturmadıklarının belirlenebilmesi için, öncelikle ilgili pazarın belirlenmesi, ardından birleşme veya devralmanın bu pazarda hâkim durum yaratıp yaratmadığının incelenmesi gerekmektedir.¹⁴⁹

Daha önce belirtildiği üzere hâkim durum, "*belirli bir piyasadaki bir ya da birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*"nü ifade etmektedir. Rekabet Kanunu'nun 3 üncü maddesinde yer alan bu tanımından hareketle, hâkim durumun varlığı için bağımsızlık ve ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün bir arada olması, ayrıca bunların devamlılık¹⁵⁰ arz etmesi gereklidir. Öte yandan, ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün ne kadar

¹⁴⁶ Akyüz, H. B. 2003. "Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar". Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 29; Aslan, 2014; s. 164 vd; Erdem, 2003; s. 123 vd.; Günay, 2014; s. 73.

¹⁴⁷ Akyüz, 2003; s. 29.

¹⁴⁸ Öz, 2000; s. 108.

¹⁴⁹ Kısa, 2004; s. 19.

¹⁵⁰ Aslan, 2014; s. 160; Erdem, 2003; s. 120.

olması gerektiğinin olay bazında değerlendirilmesi gerekir.¹⁵¹ Bağımsızlık ise teşebbüsün rakip ve müşterilerinden ekonomik anlamda bağımsız hareket etmesi anlamına gelmektedir. Teşebbüsün kendi çıkarlarını gözetmesi bağımsızlık unsurunu zedelememektedir.¹⁵² Son olarak teşebbüsün ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün devamlılık göstermesi gerekmektedir. Ancak devamlılığın ne kadar olacağı olay bazında belirlenebilir.¹⁵³

Daha önce belirtildiği üzere hâkim durumun belirlenmesinde birçok parametre dikkate alınmaktadır, ancak pazar payı önemli bir etken olduğu halde hâkim durumun belirlenmesinde tek başına yeterli olmayabilir.¹⁵⁴ Bu nedenle, yüksek pazar payına sahip bir teşebbüsün de hâkim durumda olmama ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁵⁵ Nitekim kanaatimizce salt ilgili ürün pazarındaki *hâkim durumun bulunması* tek başına RKHK'nun 7 nci maddesinin ihlali anlamına gelmez, hâkim durumun *birleşme veya devralma sonucunda* meydana gelmesi ve *rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte*¹⁵⁶ olması da gerekir.¹⁵⁷ Sonuç olarak, hâkim durumun belirlenebilmesi, piyasanın iyi bir şekilde analiz edilmesiyle mümkün olacaktır.¹⁵⁸

2.6.2.2. Mevcut Bir Hâkim Durumu Güçlendirme

RKHK'nun 7 nci maddesi kapsamında; bir veya daha fazla teşebbüs tarafından, "*hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak*", belirli bir bölgedeki bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde, birleşme veya devralma gerçekleştirilmesi hukuka aykırı ve yasaktır. Bu hükme göre, zaten hâkim durumda olan bir teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki hâkim durumunu daha da güçlendirmesi ve bunun rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte olması gerekmektedir.¹⁵⁹ Rekabet Kurulu'nun, öncelikle mevcut hâkim durumun varlığını tespit etmesi gerekmektedir. Bu tespitten ardından, ilgili pazardaki rekabeti

¹⁵¹ Aslan, 2014; s. 160; Erdem, 2003; s. 121; Günay, 2014; s. 69; Öz, 2000; s. 108.

¹⁵² Erdem, 2003; s. 122.

¹⁵³ Aslan, 2014; s. 162.

¹⁵⁴ Erdem, 2003; s. 123; Günay, 2014; s. 74; Kısa, 2004; s. 74; Tekinalp, 2000; s. 445.

¹⁵⁵ Kısa, 2004; s. 22.

¹⁵⁶ Aslan'a göre, yalnızca birleşme veya devralma yoluyla hâkim durum oluşturulması rekabetin önemli ölçüde azalması anlamına gelmektedir. Bkz. Aslan, 2014; s. 211.

¹⁵⁷ Erdem, 2003; s. 127; Günay, 2014; s. 146; Güven, 2009; s. 253.

¹⁵⁸ Kısa, 2004; s. 71.

¹⁵⁹ Erdem, 2003; s. 127; Günay, 2014; s. 146; Güven, 2009; s. 253. Aksi görüş için bkz. Aslan, 2014; s. 211.

önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde bir birleşme veya devralmanın varlığının tespit edilmesi gereklidir. Öte yandan hâkim durumun daha da güçlenmesinin olay bazında değerlendirilmesi gerekir.¹⁶⁰ Öte yandan, salt ilgili ürün pazarındaki *hâkim durumun daha da güçlendirilmesi* tek başına RKHK'nun 7 nci maddesinin ihlali anlamına gelmez, hâkim durumun *birleşme veya devralma sonucunda* meydana gelmesi ve *rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte* olması da gerekir.

2.6.2.3.Etkin Rekabeti Önemli Ölçüde Azaltıcı Etki Gösterme

RKHK'nun 7 nci maddesinde yalnızca "*birleşme veya devralma işleminin, hâkim durum oluşturması veya hâkim durumu daha da güçlendirilmesi*" hukuka aykırı görülmemiş, ayrıca "*rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte*" sonuç doğurması da aranmıştır. Yani birleşme veya devralma işlemi hâkim durum oluştursa bile (veya mevcut hâkim durumu daha da güçlendirirse de), bunlar ilgili mal veya hizmet pazarında *rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikte* sonuç doğurmadıkça, hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir.¹⁶¹ Öte yandan, rekabeti önemli ölçüde azaltıcı bir durumun Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında hukuka aykırılığının ileri sürülebilmesi için de, bu durumun bir *hâkim durumdan* veya *hâkim durumun daha da güçlendirilmesinden* kaynaklanması gerekmektedir.

RKHK'nun 7 nci maddesinde, hâkim durum yaratmaya yönelik olarak herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin *önemli ölçüde azaltılması* sonucunu doğuracak nitelikte bir birleşme veya devralma işleminden bahsedilmiştir. Yani azaltılan rekabetin mutlaka *önemli ölçüde* olması gerekmektedir.¹⁶² Duruma göre, ilgili mal veya hizmet piyasasına giriş-çıkışların engellenmesi veya potansiyel rekabetin¹⁶³ azalması hallerinde, rekabetin önemli ölçüde azalmasından bahsedilebilir.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Güven, 2009; s. 151. 36

¹⁶¹ Özşahin, 2018; s. 49-50.

¹⁶² Erdem, 2003; s. 128.

¹⁶³ Ardıç (2004)'e göre *potansiyel rekabet, ilgili pazarda henüz herhangi bir faaliyeti bulunmamakla birlikte, pazara girmesi muhtemel firmaların yarattığı rekabettir.* Ardıç, İ. Y. 2004. *Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet.* Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 27.

¹⁶⁴ Güven, 2009; s. 255.

2.6.2.4. Batan Teşebbüs Savunması

Bir teşebbüs ekonomik kriz, kötü yönetim, talep daralması ve daha farklı birçok nedenle faaliyetlerini faaliyetlerine devam edemeyecek hale gelebilir. Fakat bir teşebbüsün faaliyetini sonlandırması hem iktisadi, hem de sosyal sebeplerle istenmeyen sonuçlara neden olabilir. Bu yüzden bu tip teşebbüsler, faaliyetlerin daraltılması, yeniden yapılanma, devlet desteği, birleşme veya devralma gibi yollarla batmaktan kurtarılmaya çalışılır.¹⁶⁵

Batan teşebbüs savunması,¹⁶⁶ faaliyete devam edemeyecek halde olan ve piyasa dışına çıkması muhtemel olan bir teşebbüsün tarafı olduğu bir birleşme veya devralmanın, piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlaması halinde; bu birleşme veya devralmanın özel bir değerlendirmeye tabi tutulmasının gerekli olduğunu ileri süren bir görüş olarak tanımlanabilir.¹⁶⁷ Bu teze göre rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme veya devralmaların bazı olumlu neticeler doğurabileceği, bu yüzden bu birleşme veya devralmaya izin verilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶⁸ Öte yandan bir başka görüşe göre, *rekabetin azalmasına* batmakta olan teşebbüsün taraf olduğu birleşme veya devralmanın sebep olmadığı, buna teşebbüsün piyasa dışına çıkmasının veya faaliyetlerine son vermesinin sebep olduğu ileri savunulmaktadır.¹⁶⁹

Batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi ve birleşme veya devralmaya izin verilebilmesi için aşağıdaki şartların bir araya gelmesi gerekmektedir,¹⁷⁰

1- Birleşme veya devralmaya izin verilmemesi halinde, teşebbüsün pazar dışına çıkması veya artık faaliyetlerine devam edemeyecek olması gereklidir. Buna

¹⁶⁵ Alpay, 2004; s. 20-26.

¹⁶⁶ Örnek olarak Rekabet Kurulu'nun 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararında, diğer hususların yanısıra, "Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek durumda olması, söz konusu teşebbüsün durumunun, rekabet hukukunun sosyal boyutunu ortaya koyan ve literatürde 'batan teşebbüsün savunulması' şeklinde ifade eden düşünce çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, devralma işlemine izin verilmese dahi Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding'e kayabileceği, bu devralma işlemi neticesinde atıl duruma düşebilecek hem makina hem de işgücünün atıl vaziyette kalmadan ve pazar dışına çıkmadan, pazar içinde değerlendirileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının var olmadığı gibi hususlar da değerlendirmede dikkate alınarak anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." denmektedir.

¹⁶⁷ Alpay, 2004; s. 21.

¹⁶⁸ Alpay, 2004; s. 17.

¹⁶⁹ Alpay, 2004; s. 20-26.

¹⁷⁰ Alpay, 2004; s. 20-26; Aslan, 2014; s. 230.

göre birleşme ve devralma taraflarından en az biri batan teşebbüs ise işleme izin verilmemesi, teşebbüsü pazar dışına çıkaracak, ardından rakip teşebbüsler batan teşebbüsün pazar payını paylaşacaklar, bu da birleşme veya devralma gerçekleşmese bile rekabeti kısıtlayacaktır.

2- Faaliyetlerin daraltılması veya yeniden yapılanma gibi yöntemlerle teşebbüsün batmaktan kurtarılmasının mümkün olmamasıdır. Batan teşebbüsün yeniden yapılanması ancak maliyeti önemsizse dikkate alınabilecektir.

3- Batan teşebbüs savunması kapsamında gerçekleşen birleşme veya devralma işlemi, ilgili mal veya hizmet piyasasındaki rekabet bakımından en olumlu birleşme veya devralma alternatifi olmalıdır.¹⁷¹

Bu şartların dışında birleşme veya devralmanın gerçekleşmemesi halinde, batan teşebbüse ait pazar payının yine de devralan teşebbüse geçecek olması da, batan teşebbüsün birleşmesi veya devralmasına izin verilmesine imkân sağlayabilir.¹⁷²

¹⁷¹ Göksoy, Y. C. 2003. "Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi – Maddi Hukuk Yönünden". Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 719.

¹⁷² Alpay, 2004; s. 20-26.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAN SINIRLAMALAR VE HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

Çalışmanın İkinci Bölümü'nde birleşme ve devralmalar hakkında detaylı bir incelemeye yer verilmişti. Bu bölümde ise yan sınırlamaların ne olduğu, nasıl geliştiği, unsurları, tarafları ve çeşitleri üzerinde durulacaktır.

3.1. YAN SINIRLAMALAR

3.1.1. Yan Sınırlama Kavramı

Yan sınırlamalar ifadesi, Avrupa Birliği doktrininde “*ancillary restraints*” olarak kullanılmaktadır.¹⁷³ Avrupa Komisyonu da 2005 yılına kadar aynı kavramı kullanmaktayken,¹⁷⁴ 05.03.2005 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan “*Yoğunlaşmaların Uygulanmasıyla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalara İlişkin Komisyon Bildirimi*”nde *doğrudan ilgili ve gerekli* kavram grubu yan sınırlama kavramıyla birlikte kullanılmaya başlanmıştır.¹⁷⁵ Türk rekabet hukukunda ise çoğunlukla “yan sınırlamalar” kavramı kullanılmaktadır.¹⁷⁶

Kavram olarak *yan sınırlama*, Rekabet Kanunu'nda da, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde de düzenlenmemiştir. Ancak 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında; “*Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır.*” hükmü düzenlenmiştir. Düzenlemede yer alan “işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ifadesi ile yan sınırlamalar

¹⁷³ Diaz, F. E. G. 1995. *Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*. Fordham International Law Journal, 19(3), s. 951-998. (Erişim adresi: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol19/iss3/8/>>. [16 Ekim 2018]).

¹⁷⁴ Özşahin, 2018; s. 53-54.

¹⁷⁵ 2005/C 56/03 sayılı “Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations”. (Erişim adresi: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1539660858502&uri=CELEX:52005XC0305\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1539660858502&uri=CELEX:52005XC0305(02))>. [16 Ekim 2018]).

¹⁷⁶ Aslan, 2014; s. 233; Erdem, 2003; s. 91; Güven, 2009; s. 437; Özşahin, 2018; s. 54.

kast¹⁷⁷ edilmektedir. Öte yandan 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı “Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz”un 48 inci paragrafında “*Yan sınırlamalar; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili¹⁷⁸ ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli¹⁷⁹ olan sınırlamalardır*”¹⁸⁰ şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

Rekabet Kurulu’nun 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı kararında,¹⁸¹ “*Yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir.*” şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi ise 05.11.2010 tarihli bir içtihadında¹⁸² yan sınırlamaları, “*Yan sınırlamalar, bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan kısıtlamalardır. Yan sınırlamalar, rekabeti kısıtlayıcı unsuru içinde barındırmakla beraber ana işlevi yönüyle rekabeti*

¹⁷⁷ Bunu Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı “Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz”un 45 inci paragrafında Tebliğ’in 13 üncü maddesinin 5 inci fıkrası verildikten sonra, 46 ncı paragrafta “*Bu düzenleme ile bütün yoğunlaşma işlemlerinde yan sınırlamaların değerlendirilmesi yönündeki önceki uygulama terk edilerek, bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığının değerlendirilmesi esas itibarıyla işlem taraflarının sorumluluğuna bırakılmaktadır.*” denmesinden anlamak mümkündür.

¹⁷⁸ 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz’un 50 nci paragrafında “*Sınırlamaların doğrudan ilgili olması için, yoğunlaşma işlemi ile aynı kapsam veya zamanda yapılması yeterli olmayıp, ana işlem ile ekonomik olarak yakından ilişkili olması ve yoğunlaşma sonucu oluşacak yeni yapıya sorunsuz bir geçiş için öngörülmüş olması gerekmektedir.*” denmektedir.

¹⁷⁹ 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz’un 51 inci paragrafında “*Gereklilik ölçütü ise, ilgili sınırlamanın yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için zorunlu olması ya da sınırlama olmaksızın asıl işlem bakımından önemli ölçüde belirsizlik ve maliyet artışı olması gibi durumlarda karşılanabilecektir. Bir sınırlamanın gerekli olup olmadığının tespit edilebilmesi için, sınırlamanın niteliği yanında, süresi ve kapsamı da dikkate alınır. Öte yandan, aynı sonucu elde etmeye yarayan alternatif sınırlamalardan, rekabeti en az sınırlayan alternatifin tercih edilmesi gerekmektedir*” denmektedir.

¹⁸⁰ 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı “Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz”, paragraf 48.

¹⁸¹ “*Setaş Elektrik ve Makine San. ve Tic. A.Ş. hisselerinin Ahmet Ensar GÜVENMAN, Tolga ESİN, Selahattin CANER ve Freim S.p.a. tarafından devralınması*”nın değerlendirildiği 02.05.2013 tarih ve 13-25/333-151 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁸² Danıştay 13. Dairesi’nin 05.11.2010 tarih, E. 2007/13885, K. 2010/7567 sayılı içtihadı. (Erişim adresi: <<https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2007-13885-k-2010-7567-t-05-11-2010-danistay-13-daire-karari/746473/yan-t-s-%c4%bln-%c4%blrlama>>. [17 Ekim 2018]).

sınırlayıcı olmaktan ziyade, ana işlemin varlığı için gerekli meşru bir ticari menfaati koruyan ek hükümlerdir.” şeklinde tanımlamıştır.¹⁸³

Doktrinde yan sınırlamaların nasıl tanımlandığına bakacak olursak; Erdem'e göre “birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır”¹⁸⁴ şeklinde tanımlanabilir. Yiğit ise “bir anlaşmada yer alan asıl edimle, yani tarafların varmak istedikleri asıl amaçla, bu amaca varılması için öngördükleri çeşitli yan edimlerdir”¹⁸⁵ şeklinde bir yan sınırlama tanımı yapmıştır. Gülergün yan sınırlamalara “rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümlerdir.”¹⁸⁶ şeklinde bir tanımlama getirmiştir. Şahin ise yan sınırlamaları, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam manasıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilebilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir.”¹⁸⁷ şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir. Yan sınırlamalar; rekabet etmeme şartı, fikri ve sınai haklara ilişkin sınırlandırmalar ile satın alma ve tedarik anlaşmalarına ilişkin kısıtlamalar şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁸⁸ Öte yandan yan sınırlamalar kavramı, rekabet hukukuna özeldir. Özelliklerine bakıldığında, borçlar hukukunda yer alan yan edimin bir şekli olarak kabul edilebilir.¹⁸⁹

¹⁸³ Söz konusu içtihatla ayrıca “Rekabete ilişkin kısıtlamaların bir yoğunlaşma işleminin yan sınırlaması olarak görülerek kabul edilebilir bulunması için dört koşulun varlığı aranmaktadır: Sınırlamanın işlev görmesi için sahip olması zorunlu olan kapsamı aşmaması, konu yönünden objektif ve makul olması ve kendisinden beklenen meşru faydayı gerçekleştirilmesi için gereken makul süreyi aşmaması gerekir. Yoğunlaşmaya ilişkin olarak alıcı tarafından satıcıya geçici bir süre için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü de bir yan kısıtlamadır.” demek suretiyle yan sınırlamaların unsurlarından da bahsedilmiştir.

¹⁸⁴ Erdem, E. 2004. *Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2004, s. 119-120.

¹⁸⁵ Yiğit, İ. 2013. *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 55.

¹⁸⁶ Gülergün, E. C. 2003. *Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 3.

¹⁸⁷ Şahin, A. H. 2010. “Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 77.

¹⁸⁸ Güven, 2003; s. 271 vd.

¹⁸⁹ Şahin, 2010; s. 58.

3.1.2. Yan Sınırlamaların Tarihçesi

3.1.2.1. Amerikan Antitröst Hukukunda Yan Sınırlamalar

Yan sınırlamalar İngiltere ve Amerika içtihat hukukunda ortaya çıkmıştır.¹⁹⁰ Sınırlamalar 1890'dan önce, asli sınırlamalar¹⁹¹ ve yan sınırlamalar olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Asli sınırlamalar hukuka aykırı kabul edilmekteyken, yan sınırlamalar hukuka uygun görülmekteydi.¹⁹² Sınırlamalar ilk defa, Amerika'da 1890 yılında kabul edilen Sherman Antitröst Yasası'yla¹⁹³ düzenlenmiştir. Sherman Antitröst Yasası'nın 1 inci maddesinde¹⁹⁴ "*Federe devletlerarası (eyaletler arası) ya da ABD ile başka devletlerarası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, her türlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışlar hukuka aykırıdır.*" denmektedir. Buna göre rekabeti kısıtlayan tüm sözleşmeler hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu bakımdan, sözleşmelerde tarafların özgürlükleri bir şekilde sınırlandırıldığı için, her türlü sözleşmenin rekabete aykırı sayılabileceği hususu Sherman Antitröst Yasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren tartışılmaya başlanmıştır.¹⁹⁵

Öte yandan Sherman Antitröst Yasası kapsamında tüm sınırlamaların hukuka aykırı kabul edilmesinin yanlış olacağı mahkemeler tarafından ileri sürülmeye başlanmıştır.¹⁹⁶ Sherman Antitröst Yasası'nda yan sınırlamalara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı, Yasa ile yasaklanan anlaşmaların, asli sınırlamalar olduğu düşünülmekteydi. Kanun metninde yer alan "ticaretin sınırlanması"¹⁹⁷ ifadesinden asli

¹⁹⁰ Jebelli, K. H. EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1), s.1. (Erişim adresi: <URL:http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318>. [17 Ekim 2018]).

¹⁹¹ Amerikan antitröst hukukunda "naked restraints" olarak olarak kullanılmaktadır. Harrison, J. L. 1982. *Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping with Maricopa County*. U. Ill. L. Rev. 925, 925-949, s. 932. (Erişim adresi: <URL:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unilllr1982&div=45&id=&page=>>. [17 Ekim 2018]).

¹⁹² Roberts, R. G. 1988. *Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints*. Southern California Law Review, 61(4), 988-1016, 992.

¹⁹³ The Sherman Antitrust Act, 27.05.1890.

¹⁹⁴ Madde metni Öz (2000)'den alınmıştır. Bkz. Öz, 2000; s. 27.

¹⁹⁵ Akıncı, A. 2001. *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 214; Sanlı, K. C. 2000. *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 96;

¹⁹⁶ Akıncı, 2001; s. 215; Jebelli, 2010; s. 3; Özşahin, 2018; s. 57-58.

¹⁹⁷ "Restraint of Trade".

sınırlamaların kastedildiği kabul edilmekteydi.¹⁹⁸ Yan sınırlamaların Sherman Antitröst Yasasınca yasaklandığı düşünülüyordu.¹⁹⁹

Yan sınırlamalara ilişkin ilk önemli görüş, 1899 tarihli *Addyston Pipe & Steel Co.* davasında²⁰⁰ yargıç Taft tarafından ortaya konmuştur.²⁰¹ Taft'ın "ticarete ilişkin hiçbir alışlagelmiş sınırlama uygulanamaz, meğerki anlaşma, yalnızca meşru sözleşmenin ana amacına bağlı yan nitelikte ve sözleşmenin meşru semerelerinden tam faydalanılmasına veya karşı tarafın bu semereleri haksız kullanmasında taahhütte bulunulan tarafı korumaya yönelik olsun." ifadesiyle, yan sınırlamalara ilişkin görüşü ilk defa Amerikan yargısında yer almıştır.²⁰² Bu kararın hukuki işlemin tam olarak gerçekleşebilmesi için rekabeti sınırlayan tali nitelikteki anlaşmaların geçerli olacağı ilk defa kabul edilmiştir. Öte yandan Yargıç Taft'ın kararda yaptığı değerlendirme Profesör Robert Bork tarafından ortaya konulana kadar fark edilmemiştir.²⁰³

Nihayetinde, yan sınırlamalarla ABD'de ilk defa 1899 tarihli bir içtihadta karşılaşılmuştur. Daha sonraki bölümlerde detaylı inceleyeceğimiz "rule of reason" kuralı ise ilk defa 1911 yılında ise *Standard Oil*²⁰⁴ kararıyla uygulama alanı bulmuştur. Yine sonraki bölümlerde izah edeceğimiz "per se" ilkesinin ilk izlerini 1911 yılında *Standard Oil* kararında görmek²⁰⁵ mümkünse de, kuralın ilk defa kullanılabilir hale gelmesi 1927 yılında alınan *Trenton Potteries*²⁰⁶ kararıyla olmuştur.²⁰⁷

¹⁹⁸ Roberts, 1988; s. 996.

¹⁹⁹ Roberts, 1988; s. 996; Jebelli, 2010; s. 3.

²⁰⁰ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898). Kaynak: Werden, G. J. 2013. *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*, s. 47. (Erişim adresi: <URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227097>. [17 Ekim 2018]).

²⁰¹ Diaz, 1995; s. 953; McKenzie, R. B. ve D. R. Lee. 2008. *In The Defense of Monopoly*. University of Michigan Press, s. 167.

²⁰² Werden, 2013; s. 47.

²⁰³ Bork, R. H. 1959. *Ancillary Restraints and The Sherman Act. Section of Antitrust Law*, vol. 15, 211-234. (Erişim adresi: <URL: https://www.jstor.org/stable/25750084?read-now=1&refreqid=excelsior%3Aeef43fc83f00d1ff00b77a067b12a2b7&seq=1#page_scan_tab_content>. [20 Ekim 2018]).

²⁰⁴ *United States v. Standard Oil Co. Of New Jersey*, 221 US 1 (1911). Kaynak: Ata, Ç. D. 2009. *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Anlaşması 81. Madde ve Muafiyet*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 5.

²⁰⁵ Ata, 2009; s. 6-8.

²⁰⁶ *United States v. Trenton Potteries*, 273 US 392 (1927). Kaynak: Ata, 2009; s. 8.

²⁰⁷ Ata, 2009; s. 8.

3.1.2.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Yan Sınırlamalar

Yan sınırlamalarla ilişki kurulabilecek ilk uygulamaların 17 nci yüzyıl İngiltere'sinde, işletme satışlarında karşılaşılan rekabet yasakları olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁸ Bu dönemde İngiltere mahkemelerinde görülen *Jollyfe v. Broad* (1620) ve *Reynolds v. Mitchel* (1711) davaları bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Mesela *Reynolds v. Mitchel* kararında, bir fırın kiralanması işleminde, fırın kiracısının kiraya verenin rekabetinden korunması için, beş yıllığına rekabet yasağı konması rekabetin kısıtlanması olarak kabul edilmemiştir.²⁰⁹

Ancak yan sınırlamaların Avrupa Birliği'ndeki gelişimine bakarsak; AB'nin kurulma amaçlarından birinin ortak bir pazar kurulması olduğu bilinmektedir. Bu nedenle bu ortak pazarda uygulanabilecek bir rekabet düzenlemesine ihtiyaç vardı,²¹⁰ bu kapsamda 01.01.1958'de Roma Antlařması²¹¹ yürürlüğe girmiştir. Ancak Roma Antlaşması'nda rekabet düzenlemelerine yer verilmiş olsa da yan sınırlamalar konusunda bir düzenleme yer almamıştır.²¹²

Roma Anlaşması yan sınırlamalara ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermediğinden, 1989'da "*Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı ve 21.12.1989 tarihli Konsey Tüzüğu*" (4064/89 sayılı Konsey Tüzüğu) yayımlanmıştır.²¹³ 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğu'nün 8 inci maddesinde, bir birleşme veya devralma işlemine ilişkin kararın, birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağı düzenlenmişti. Bu düzenlemenin yan sınırlamalara ilişkin eksikliklerinin giderilmesi amacıyla 1990'da "*Yan Sınırlamalar Hakkında 203/05 sayılı Duyuru*" yayımlanmıştır.²¹⁴ Konuyla ilgili en son "*Yoğunlaşmaların Uygulanmasıyla Doğrudan*

²⁰⁸ Holley, D. L. 1990. *Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures*. B. Hawk: ed. Fordham Corporate Law Institute, s. 423-459. (Holley, 1990'dan aktaran şahin, 2010; s. 72.)

²⁰⁹ şahin, 2010; s. 72 vd.

²¹⁰ Öşahin, 2018; s. 58-59.

²¹¹ 25.03.1957 tarihinde Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Batı Almanya tarafından imzalanan Roma Anlaşması, 01.01.1958 tarihinde yürürlüğe girmiş Avrupa Ekonomik Topluluğu doğmuştur. Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Rome, [Erişim tarihi: 18 Ekim 2018].

²¹² Öşahin, 2018; s. 58-59; Öşahin, 2017; s. 44-45.

²¹³ Erdem, 2004; s. 133; Öşahin, 2018; s. 59.

²¹⁴ Erdem, 2004; s. 136; Öşahin, 2018; s. 59.

İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Bildirimi"²¹⁵ 2005 yılında yürürlüğe girmiştir.²¹⁶

3.1.2.3. Türk Hukuku'nda Yan Sınırlamalar

Türk rekabet hukukunda yan sınırlamaların gelişimine bakıldığında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Kanun'un 7 nci maddesi çerçevesinde 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ yayımlanmıştır;²¹⁷ bu Tebliğ'de yan sınırlamalar konusunda bir düzenleme yer almamıştır. Bu dönemde Rekabet Kurulu kararlarında yan sınırlamalara ilişkin kararlar alınmıştır. Ardından 07.10.2010 tarihinde 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tebliğ'in 13 üncü maddesinde yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme yer almış, 2013 yılındaysa "Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz" yayımlanmıştır. 05.04.2018 tarihinde ise Kılavuz güncellenmiştir.

3.1.3. Yan Sınırlamaların Hukuki Niteliği

Yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işlemlerinde, taraflar arasında yapılan rekabeti sınırlayan anlaşmalardır. Bu bakımdan yan sınırlamalar, TBK'nun 1 inci maddesi kapsamında birer sözleşmedir. Yani, sözleşmelere ilişkin genel hükümler, yan sınırlamalar bakımından da geçerlidir.

Bir borç ilişkisinde, tarafların birbirlerine karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları davranış edim olarak adlandırılmaktadır. Edim bir şeyi yapma, yapmama veya verme şeklinde ortaya çıkabilir. Edim, önemine göre asıl edim ve yan edim olmak üzere ikiye ayrılabilir. Asıl edim bir borç ilişkisinde, yerine getirilmesi gereken asıl borcu²¹⁸ ifade eder. Birleşme ve devralma işlemleri bakımından da asıl edim,

²¹⁵ "Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations". (2005/C 56/03) (Erişim adresi: <URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN)>. [18 Ekim 2018]).

²¹⁶ Özşahin, 2018; s. 59.

²¹⁷ RG: 12.08.1997-23078.

²¹⁸ Eren, 2015; s. 32.

teşebbüslerin birleşmeleri veya birinin diğerini devralması ile bunların karşılığında ödenecek tutardır.

Yan edim ise bir borç ilişkisinde, asıl borcun dışında kalan, tarafların yerine getirilmesi konusunda anlaştıkları davranışlardır. Yan edim, asıl edimin ifa edilmesine yardımcı olabilmektedir.²¹⁹ Ayrıca yan edim, asli edimi genişletici veya onun gerçekleşmesini teminat altına alıcı nitelikte olabilir.²²⁰ Dikkat edilirse yan sınırlamalar da birleşme ve devralma işlemlerini tamamlayıcı²²¹ nitelikte yükümlülüklerdir.²²²

Yan edimler kaynakları bakımından, sözleşmeden, kanundan ve dürüstlük kuralından doğabilirler.²²³ Bu bakımdan, birleşme ve devralma işlemlerinde yer alan yan sınırlamalar, genellikle sözleşmeden kaynaklanan yan edim yükümlülükleridir. Rekabet yasağı sözleşmesi²²⁴ sözleşmeden kaynaklanan yan edim yükümlülükleri için ülkemizde en çok karşılaşılan örneklerden biridir.

Borçlar hukukunda, sözleşme içeriği kanunda çizilen sınırlar içinde serbestçe belirlenebilir.²²⁵ Yan sınırlamalara ilişkin kurallar da bu serbestlik kapsamında olmalıdır. Ancak TBK'nun 27 nci maddesinde yer alan "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*" hükmü ile bu serbestliğe bir sınır çizilmektedir. Bu itibarla yan sınırlamalar beş halde kesinlikle hükümsüz olmaktadır; kanunun amir hükümlerine aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına

²¹⁹ Antalya, G. 2012. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 12.

²²⁰ Antalya, 2012; s. 12.

²²¹ Rekabet Kurulu'nun 12.01.2011 tarih ve 11-03/36-9 sayılı kararında "...söz konusu anlaşmaların her biri devralma işleminin bir parçasıdır. Bu noktada, devralma işleminin asli unsurunun Varlık Alım Anlaşması olduğu, buna karşılık birtakım sınırlayıcı hükümlerin yer aldığı diğer anlaşmaların ise bu Varlık Alım Anlaşması'na bağlı olan... birer yan sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır." demek suretiyle yan sınırlamanın bir yan edim olduğu vurgulanmıştır.

²²² Erdem, 2004; s. 118.

²²³ Eren, F. 2015. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ondokuzuncu Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 34.

²²⁴ Güven, 2002; s. 223.

²²⁵ Oğuzman, M. K. ve M. T. Öz. 2010. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Sekizinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.19.

aykırılık ve sözleşmenin konusunun imkânsız olması. Buna uygun olarak yan sınırlamalar da bu beş halde hükümsüz olacaktır.

RKHK'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." hükmü yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında hangi hallerin birinci fıkra kapsamında olduğu sayılmış ancak anlaşmanın tanımı yapılmamıştır. Öte yandan madde gerekçesinde, anlaşma²²⁶ ifadesinin "Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma" anlamında kullanıldığı belirtilmiş, anlaşmanın yazılı veya sözlü olabileceği de ifade edilmiştir. Bu bakımdan tarafların kendilerini bağlı hissettikleri tüm uzlaşma ve uyuşmalar birer anlaşma olmaktadır.²²⁷ Bu bakımdan yan sınırlamalar da rekabet hukuku açısından birer anlaşmadırlar.

Rekabet hukukunda anlaşmalar geniş bir yer tutmaktadır.²²⁸ Borçlar hukukunda sözleşmeler hukuki bir sonuca bağlanmaları beklenirken, rekabet hukukunda buna gerek yoktur. Ayrıca anlaşmalar, sözleşmelerdeki gibi, hukuken geçerli olmak zorunda da değildir.²²⁹ Özetle anlaşmalar sözleşmeleri de içermekte olup yan sınırlamaların birer anlaşma olduğu söylenebilir.²³⁰

Rekabet hukukunda anlaşmalar, yatay, dikey ve karma olmak üzere üçe ayrılabilir.²³¹ Yatay anlaşmalar, üretim veya dağıtım zincirinde aynı seviyede olan teşebbüslerce yapılan anlaşmalardır.²³² Rakip teşebbüsler arasında yapılan yatay

²²⁶ Ateş (2014)'e göre Rekabet Hukuku'nda anlaşma "en az iki tarafın iştirakini gerektiren, rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı veya açabilecek olması nedeniyle rekabet hukukunun yasakladığı ve kendisine yaptırım niteliğinde bazı sonuçlar atfedilen hukuka aykırı bir davranış şeklidir". Ateş, M. 2014. *Rekabet Hukukundaki "Anlaşma" ve Borçlar Hukukundaki "Sözleşme" Kavramları Üzerine*. FMR, (1), 84-92, s. 85.

²²⁷ Aslan, 2014; s. 50; Badur, E. 2001. *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 58; Güven, 2009; s. 72; Yüksel, O. Y. 2004. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 3.

²²⁸ Ateş, 2014; s. 86.

²²⁹ Güven, 2009; s. 71, 72.

²³⁰ Erdem, 2007; s. 92.

²³¹ Günay, 2014; s. 51; Güven, 2009; s. 74 vd.

²³² Aslan, 2014; s. 85; Badur, 2001; s. 61; Kayar, M. A. 2003. *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısında Bir Değerlendirme*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 3.

anlaşmaların, rekabeti olumsuz etkileme ihtimalleri vardır.²³³ Bu bakımdan yatay anlaşmalar ile yatay birleşme veya devralmalar benzerlik göstermektedirler.²³⁴ Rekabet Kurulunca çıkarılan 30.4.2013 tarih ve 13-24/326-RM(6) sayılı “Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz”un 3 üncü paragrafında, “*Yatay işbirliği anlaşmaları, özellikle, birbirini tamamlayıcı faaliyet, beceri veya varlıkları bir araya getirdiği zaman önemli ekonomik faydalar ortaya çıkarabilmektedir.*” dense de takip eden paragraflarda, yatay anlaşmaların çeşitli rekabet sorunlarına yol açtığından bahsedilmiştir. Bu açıdan 30.4.2013 tarih ve 13-24/326-RM(6) sayılı Kılavuz, yatay anlaşmalara ilişkin olarak Rekabet Kanunu’nun 4 üncü ve 5 inci maddeleri kapsamında yapılacak değerlendirmelerde dikkate edilmesi gereken ilkeleri belirlemiştir.

Dikey anlaşmalar, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin²³⁵ 2 nci maddesinde, “*üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar*” şeklinde tanımlanmıştır. Rekabet Kurulunca çıkarılan 29.03.2018 tarih ve 18-09/179-RM(1) sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz”da da 2002/2 sayılı Tebliğ’de yer alan tanıma atıf yapılarak dikey anlaşmanın tanımı netleştirilmiştir. Dikey anlaşmalar da, yatay anlaşmalar gibi, rekabet bakımından olumsuz etkilere sahip oldukları halde, ürün kalitesi ve verimliliğini artırıcı olumlu etkilere de sahiptirler.²³⁶ Bu bakımdan dikey anlaşmalar bazı muafiyetlere de tabi olmaktadır.²³⁷

Karma anlaşmalar ise rekabete etkisi çok az olan ve birbirleriyle ilgisi olmayan teşebbüslerin arasındaki anlaşmalardır.²³⁸ Sonuçta yan sınırlamalar, yatay, dikey ve karma anlaşmalar olarak yapılabileceklerdir. Örnek olarak, rekabet yasağı sözleşmesi yatay anlaşma, dağıtım sözleşmesi ise dikey anlaşma olarak yapılmış olacaktırlar.²³⁹

Öte yandan yan sınırlamalara Rekabet Kanunu’nun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri uygulanamaz, çünkü bu Kanunun bu maddelerinde hukuka aykırı nitelik taşıyan

²³³ Aslan, 2014; s. 85; Kayar, 2003; s. 3.

²³⁴ Güven, 2009; s. 75.

²³⁵ RG: 14.07.2002-24815.

²³⁶ Aslan, 2014; s. 86; Güven, 2009; s. 76; Badur, 2001; s. 62.

²³⁷ Güven, 2009; s. 78.

²³⁸ Güven, 2009; s. 78, 79.

²³⁹ Özşahin, 2018; s. 67.

anlaşmalar düzenlenmiştir.²⁴⁰ Yan sınırlamalar ise birleşme ve devralma açısından gerekli ve hukuka uygun anlaşmalardır. Bu itibarla yan sınırlamanın var olabilmesi için öncelikle bir birleşme ve devralmanın olması gerekli olduğundan, birleşme ve devralma sayılmayan hallerde yan sınırlamaların bulunmadığı söylenebilecektir.

3.2.YAN SINIRLAMALAR, “*PER SE*”, “*RULE OF REASON*” İLKELERİNİN İLİŞKİSİ

3.2.1. “*Per se*” ve “*Rule of Reason*” İlkeleri

Rekabet hukukunda en sık karşılaşılan kavramlardan ikisi “*per se*” ve “*rule of reason*” kavramlarıdır. Bu kavramları kısaca aşağıdaki bölümlerde izah edilmiştir.

3.2.1.1. “*Per se*” İlkesi

“*Per se*” ilkesi: Rekabeti açıkça ihlal eden,²⁴¹ rekabeti bozacakları açıkça belli olan,²⁴² rekabet kurallarını bozan,²⁴³ rekabeti ortadan kaldırma amacı taşıyan²⁴⁴ veya doğası gereği rekabet hukukuna aykırı olan²⁴⁵ eylem ve davranışların, rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek bile duyulmadan,²⁴⁶ her şart altında yasaklanması durumudur. *Per se* ilkesine “yasaklama sistemi” de denilmektedir.²⁴⁷ Bu eylem ve davranışı gerçekleştiren tarafın, eylemlerinin rekabeti bozmadığı, önemli ölçüde etkilemediği veya amacının bu olmadığı yönündeki savunmaları geçersiz²⁴⁸ kabul edilmekte, bu tarafın eylem ve davranışları değerlendirilirken haklı sebeplerinin

²⁴⁰ 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz, paragraf 44.

²⁴¹ Başsorgun, R. H. 2006. "Rekabet Hukukunun Anayasal Dayanakları ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan Cezai Hükümlerin Hukuki Niteliği". Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 7; Özer, S. 2009. "Rekabet Hukuku Açısından Rekabet Yasakları". Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 40.

²⁴² Öz, 2000; s. 43.

²⁴³ Dolmacı, N. 2011. "Yoğunlaşmaların Kontrolü ve Şartlı İzin". Yüksek Lisans Tezi. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10-11

²⁴⁴ Topçuoğlu, M. 2001. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 18.

²⁴⁵ Çağlayan, A. İ. 2003. Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 53; Topçuoğlu, 2001; s. 18.

²⁴⁶ Günay, 2014; s. 40.

²⁴⁷ Günay, 2014; s. 40.

²⁴⁸ Öz, 2000; s. 43.

bulunabileceği varsayımı kabul edilmemektedir.²⁴⁹ Buna örnek olarak “pazar paylaşımı” ve “fiyat belirleme” anlaşmaları verilebilir.

3.2.1.2. “Rule of Reason” İlkesi

“Rule of reason” ilkesi: Rekabete *per se* aykırı olmayan eylemlerin, rekabete etkilerinin,²⁵⁰ ekonomik yönlerinin,²⁵¹ iç özelliklerinin²⁵² değerlendirilerek karar verilmesidir.²⁵³ Bu kapsamda rekabeti sınırlandıran eylemin veya bunu gerçekleştiren tarafın amacı rekabeti bozmak değilse²⁵⁴ ya da ticarete faydalı etkileri varsa²⁵⁵ veya bu eylem haklı sebeplere dayanıyorsa²⁵⁶ yasaklanmamalıdır. “Rule of reason” ilkesine “uzlaştırıcı sistem” de denilmektedir.²⁵⁷

“Rule of reason” ilkesi kapsamlı bir inceleme ve araştırma gerektirdiği için, görülmekte olan bir dava uzun ve masraflı olabilmekteyken,²⁵⁸ “per se” ilkesi, kapsamında herhangi bir hukuka aykırılık incelemesi yapmaya gerek bulunmamaktadır.²⁵⁹ Öte yandan *per se* ilkesi uyarınca yapılan yasaklamalar rekabete yararlı durumları da engelleyebilir.²⁶⁰ Bu şekilde bakıldığında, *per se* ve *rule of reason* ilkelerinin birbirine ters sonuçlar doğurduğu görülebilecektir.²⁶¹

Yan sınırlamaların doğuşunda “per se” ve “rule of reason” ilkeleri etkili olmuştur.²⁶² Bu ilkeler ise Amerikan antitröst hukukundaki uygulamalar ile şekillenmiştir. İlk olarak Sherman Antitröst Yasası’nın, rekabeti kısıtlayan anlaşmaların hukuka aykırı olduğuna ilişkin maddelerinin uygulanması bakımından mahkemelerin aldığı kararlar bu iki yaklaşımın²⁶³ doğuşuna kaynaklık etmiştir. O dönemde, *per se* ilkesini savunan yargıçlar, lafzi yorum yaparak rekabeti sınırlayan

²⁴⁹ Sanlı, 2000; s. 97; Topçuoğlu, 2001; s. 70.

²⁵⁰ Çağlayan, 2003; s. 53; Dolmacı, 2011; s. 10-11; Özer, 2009; s. 40.

²⁵¹ Çağlayan, 2003; s. 53; Öz, 2000; s. 43.

²⁵² Başsorgun, 2006; s. 7

²⁵³ Ata, 2009; s. 26; Ateş, 2013; s. 92; Öz, 2000; s. 43.

²⁵⁴ Öz, 2000; s. 43.

²⁵⁵ Topçuoğlu, 2001; s. 69.

²⁵⁶ Topçuoğlu, 2001; s. 69.

²⁵⁷ Günay, 2014; s. 40-41; Yavuz, Ş. 2003. *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” veya “Rule of Reason”*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2 vd.

²⁵⁸ Günay, 2014; s. 40-41; Yavuz, 2003; s. 2 vd.

²⁵⁹ Günay, 2014; s. 40.

²⁶⁰ Calvani, T. 2001. *Some Thoughts On The Rule Of Reason*. E.C.L.R., (6), 201-207, s. 201.

²⁶¹ Özşahin, 2018; s. 60.

²⁶² Jebelli, 2010; s. 3.

²⁶³ Rodger ve Macculloch, 2001; s. 178.

anlaşmaların analiz bile edilmeksizin hukuka aykırı olduğunu ileri sürüyorlardı. *Rule of reason* ilkesini savunanlarsa, rekabeti kısıtlayan anlaşmaların makul bir sebebinin olup olmadığının incelenmesinden sonra bu konuda karar verilmesinin gerektiğini iddia ediyorlardı. Bu nedenle *per se* ve *rule of reason* ilkeleri hep birbiriyle çekişme halinde olmuştur.²⁶⁴ Ancak günümüzde *rule of reason* ilkesi uygulamada daha çok kullanılmaktadır.²⁶⁵

3.2.2. Yan Sınırlamalarda “*Per se*” ve “*Rule of Reason*” İlkeleri

20 nci yüzyılın başlarında Sherman Antitröst Yasası'nın 1 inci maddesi, ABD Federal Mahkemesince, rekabeti kısıtlayan bütün anlaşmaların hukuka aykırı oldukları şeklinde yorumlanmaktaydı.²⁶⁶ Zaman içerisinde *rule of reason* ilkesi uygulamada daha çok kullanılmaya başlandı.²⁶⁷ ABD Federal Mahkemesi 1960'lı yıllara kadar, yan sınırlamalara *rule of reason* ilkesi kapsamında izin vermektedir; ancak sonrasında, *rule of reason* ilkesi iş yükünü artırdığı ve masraflı olduğu için, kararlarında yan sınırlamaların *per se* hukuka aykırı olduklarını vurgulamaya başladı.²⁶⁸ 1979 yılında ise yeniden *rule of reason* ilkesi doğrultusunda kararlar almaya başladı.²⁶⁹

Amerikan mahkemeleri, rekabete yararlı bir amacı yoksa ve bir birleşme veya devralmayı desteklemiyorsa, fiyat sabitleme anlaşmalarını kartel olarak görüyor ve *per se* hukuka aykırı olduğuna karar veriyordu. Ancak mahkemeler, rekabete yararlıysa ve bir birleşme veya devralmayı desteklemek için yapılmışsa, fiyat sabitleme anlaşmalarının *rule of reason* ilkesi kapsamında olduğunu değerlendirip, yan sınırlama olduklarına karar veriyordu.²⁷⁰

²⁶⁴ Ateş, 2013; s. 92.

²⁶⁵ Ata, 2009; s. 26.

²⁶⁶ Claire, T. 1991. *Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act*. *Duquesne Law Review*, (29), 291-311, s. 292. (Claire 1991'den aktaran Özşahin, 2018; s. 61.)

²⁶⁷ Ata, 2009; s. 26.

²⁶⁸ Louis, M. B. 1980. *Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*. *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 879-916, s. 880. (Erişim adresi: <URL: https://www.jstor.org/stable/1072624?read-now=1&refreqid=excelsior%3A71489b8161207e3d9f2373e9560bef70&seq=1#page_scan_tab_contents>. [20 Ekim 2018]).

²⁶⁹ Louis, 1980; s. 880.

²⁷⁰ Scott, P. 1999. *Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints*. *Canterbury Law Review* 403. (Erişim adresi: <URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>>. [20 Ekim 2018]).

Avrupa Birliği'nde ise yan sınırlamalarda, *per se ve rule of reason* ilkeleri değil, *common law* geleneği içinde oluşmuş analizlerden yararlanılmaktaydı.²⁷¹ Öte yandan bu yöntemin de esas olarak *rule of reason* olduğu kabul edilebilir.²⁷²

3.3.YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI

Birleşme ve devralma işlemlerinde, tarafların üzerinde uzlaştıkları yan sınırlamalar, ancak belirli unsurlara sahip olmaları halinde hukuka uygun kabul edileceklerdir.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında; "*Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar...*" denmektedir. Öte yandan 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 48 inci paragrafında, "*Yan sınırlamalar; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır*" şeklinde bir tanım yer almaktadır. Bu bakımdan Rekabet Kurulu düzenlemelerinden, yan sınırlamaların *doğrudan ilgili olma* ve *gerekli olma* şeklinde iki unsura sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bunun dışında 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un, yan sınırlamaların uygulanmasına ilişkin ilkelerin yer aldığı bölümünde, Kılavuz'un 53,²⁷³ 54,²⁷⁴ 56²⁷⁵ ve 57²⁷⁶ nci paragraflarında yan sınırlamaların makul olmasından veya makul düzeyde olmasından bahsedilmiştir. Bu itibarla Kılavuz'da yer alan yan sınırlama tanımının içine konulmamış olsa da, yan sınırlamalar bakımından "makul olma" ayrı bir kıstas olarak dikkate alınmıştır.

²⁷¹ Jebelli, 2010; s. 32.

²⁷² Özşahin, 2018; s. 62.

²⁷³ "*Satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşmaması gerekmektedir.*"

²⁷⁴ "*Süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin genel olarak makul olduğu kabul edilmektedir.*"

²⁷⁵ "*...satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul edilebilecektir.*"

²⁷⁶ "*Satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri bakımından getirilen kısıtlama makul kabul edilebilecek iken, bunun ötesinde, özellikle satıcının bayileri ya da kullanıcılar bakımından getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü gerekli ve ilgili bir sınırlama olarak kabul edilmeyecektir.*"

Rekabet Kurulu kararlarında²⁷⁷ da, yan sınırlamaların, doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma şeklinde üç unsurunun olduğu görülebilmektedir.²⁷⁸ Doğal olarak yan sınırlamanın varlığı bu üç unsurun bir arada olmasına bağlıdır.²⁷⁹ Öte yandan Rekabet Kurulu'nun 02.05.2013 tarih ve 13-25/333-151 sayılı kararında; "...genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterinin yanı sıra 'sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma' ve 'orantılılık' kriterlerini de sağlaması gerekmektedir..."²⁸⁰ denmiştir. Taraflar için sınırlayıcı olmayan bir anlaşmanın makul olmayacağı yaklaşımıyla, kararda yer alan "sadece taraflar açısından sınırlayıcı olma" unsuru "makul olma" unsuru ile yakın kabul edilebilir.²⁸¹

Doktrinde yan sınırlamaların unsurlarıyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Erdem yan sınırlamaların objektif olma, zorunlu olma, makul olma ve makul bir süreye bağlanma şeklinde dört unsuru olduğunu belirtmiştir.²⁸² Gülergün ise unsurları sınırlama, orantılı ve gerekli olma, doğrudan ilgili olma ile diğer koşullar olmak üzere dörde ayırmıştır.²⁸³ Gürkaynak ve Özgökçen'e göre, "rekabete ilişkin kısıtlamaların bir yoğunlaşma işleminin yan sınırlaması olarak görülerek kabul edilebilir bulunması için dört koşulun varlığı gereklidir: Sınırlamanın işlev görmesi için sahip olması zorunlu olan kapsamı aşmaması, konu yönünden objektif ve makul olması ve kendisinden beklenen meşru faydayı gerçekleştirme için gereken makul süreyi aşmaması"²⁸⁴ olarak sayılmıştır.

²⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamalara ilişkin eski tarihli kararlarında, yan sınırlamaların "zorunlu", "objektif" ve "makul" olmak üzere üç unsurunun olduğu görülmektedir. Örnek olarak Rekabet Kurulu'nun 25.3.2004 tarih ve 04-22/248-53 sayılı, 05.09.2002 tarih ve 02-52/662-269 sayılı, 20.02.2001 tarih ve 01-09/84-23 sayılı, 12.12.2000 tarih ve 00- 49/517-282 sayılı, 08.03.2000 tarih ve 00-10/98-48 sayılı, 28.04.1999 tarih ve 99-21/170-89 sayılı kararları verilebilir. Bkz. Özşahin, 2018; s. 71.

²⁷⁸ Güven, 2009; s. 438.

²⁷⁹ Özşahin, 2018; s. 69.

²⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 02.05.2013 tarih ve 13-25/333-151 sayılı kararı.

²⁸¹ Hawk, B. E. ve H. L. Huser. 1996. *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*. Hague (Lahey): Kluwer Law International, s. 272; Özşahin, 2018; s. 71.

²⁸² Erdem, E. 2007. *Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, s. 167; Erdem, 2003; s. 99.

²⁸³ Gülergün, 2003; s. 7-16.

²⁸⁴ Gürkaynak, G. ve H. Özgökçen. 2007. Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Müdahale Gerekli mi?. Rekabet Demegi Rekabet Forumu, Sayı 36. (Erişim adresi: <URL: <http://elig.com/docs/Evaluation-of-Confidentiality-Provisions-in-the-scope.pdf>>. [21 Ekim 2018]).

3.3.1. Doğrudan İlgili Olma

Doğrudan ilgili olma unsuru, 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nde ve 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük'ün²⁸⁵ 21²⁸⁶ inci maddesinde yer almaktadır. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, "işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili" olmaktan ve 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 48 inci paragrafında, "yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili" olmaktan bahsedilmektedir.

Birleşme ve devralma işlemindeki bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için birleşme veya devralmayla doğrudan ilgili olmak zorundadır.²⁸⁷ Nitekim 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 50 nci paragrafında "Sınırlamaların doğrudan ilgili olması için, yoğunlaşma işlemi ile aynı kapsam veya zamanda yapılması yeterli olmayıp, ana işlem ile ekonomik olarak yakından ilişkili olması ve yoğunlaşma sonucu oluşacak yeni yapıya sorunsuz bir geçiş için öngörülmesi gerekmektedir." demek suretiyle yan sınırlama ile yoğunlaşma arasında net bir ilişki kurulmuştur. Görüldüğü üzere "doğrudan ilgili olma", sınırlama ile birleşme veya devralma işlemi arasında bağlantının ne kadar güçlü olması gerektiğini göstermektedir.

Öte yandan, 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 12 nci paragrafında²⁸⁸ da sınırlamanın yoğunlaşma ile aynı bağlamda ve aynı zamanda yapılması doğrudan ilgili olma unsuru bakımından yeterli görülmemiştir; birleşme

²⁸⁵ "Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings". (Erişim adresi: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN> >. [21 Ekim 2018]).

²⁸⁶ 139/2004 sayılı Tüzük'ün 21 inci maddesinde, ilgili teşebbüslerin, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları kabul ettikleri durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁸⁷ Şahin, 2010; s. 85.

²⁸⁸ 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 12 nci paragrafında yer alan "For restrictions to be considered 'directly related to the implementation of the concentration', they must be closely linked to the concentration itself. It is not sufficient that an agreement has been entered into in the same context or at the same time as the concentration. Restrictions which are directly related to the concentration are economically related to the main transaction and intended to allow a smooth transition to the changed company structure after the concentration." şeklindeki düzenleme 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 50 nci paragrafında yer alan düzenlemeye çok yakın bir anlam taşımaktadır. Hatta Rekabet Kurulu'nun 05.08.2010 tarih ve 10-52/980-347 sayılı kararı kararında yer alan "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlama ile işlem arasında yakın bir ilişki olmasını gerektirir. Bu ilişki iktisadi bir nitelik taşımalı ve sınırlamanın amacı işlem sonrası oluşacak yeni yapıya daha yumuşak bir geçişin sağlanması olmalıdır." ifadesi, 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nde yer alan düzenlemelerin Rekabet Kurulunca ne kadar benimsendiğini gözler önüne sermektedir.

veya devralmayla doğrudan ilişkili olan sınırlamalar, ana işlemle ekonomik olarak ilişkili olmalı ve birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya yumuşak bir geçişe izin vermeyi amaçlamalıdır. Kısaca ancak ilgili birleşme veya devralma işlemiyle sınırlama arasında doğrudan bir bağlantının olması halinde doğrudan ilgili olma unsurunun varlığından söz edilebilecektir.²⁸⁹ Ancak bir sınırlamanın, doğrudan ilgili olması için, ne tam olarak birleşme veya devralmayı oluşturan nitelikte, ne de birleşme veya devralmadan bağımsız olması gerekir.²⁹⁰

Görüldüğü üzere doğrudan ilgili olma unsuru, yan sınırlamanın varlığından söz edebilmek için yeterli olmamaktadır. Hatta doktrinde, sınırlamaların doğrudan ilişkili kabul edilebilmesi için birleşme veya devralmanın uygulanmasına yardımcı olacak nitelikte olması gerektiği de vurgulanmıştır.²⁹¹ Ancak burada doğrudan ilgili olmak, tamamlayıcı olmak anlamına gelmemektedir; doğrudan ilgili olma bir birleşme veya devralma için ikincil öneme sahipken, tamamlayıcı şartlar, ekonomik birlikteliğin kurulmasını desteklemektedir.²⁹²

05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 49 uncu paragrafına göre, "*doğrudan ilgililik ve gereklilik ölçütleri olayın özelliklerine göre objektif olarak*" değerlendirilmelidir. Hem AB rekabet hukukunda hem de Türk rekabet hukukunda yapılan "ilgili olma" tanımlarında, birleşme veya devralma ile sınırlama arasında *iktisadi nitelik taşıyan yakın bir ilişki* olması gerektiği belirtilmektedir. Bu ilişkinin tespiti ise ancak olay bazında yapılabilmektedir. İşte olay bazında değerlendirme yapılırken objektif olmaya çalışılması önem taşımaktadır. Nitekim 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 11 inci paragrafında²⁹³ doğrudan ilgililik ve gereklilik kriterlerinin doğaları gereği objektif oldukları belirtilmiştir.

Tüm bunlar dikkate alındığında birleşme veya devralmayla sınırlama arasında, yakın bir ilişkinin olması, bu ilişkinin iktisadi bir niteliğinin olması, sınırlamanın birleşme veya devralma sonrasına geçişi kolaylaştırmak için yapılmış olması ve son olarak bunların olayın özelliklerine göre objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği

²⁸⁹ Cook, J. ve C. Kerse. 1996. *EC Merger Control*. London: Sweet & Maxwell, s. 172.

²⁹⁰ Hawk ve Huser, 1996; s. 272.

²⁹¹ Diaz, 1995; s. 970.

²⁹² Fine, F. L. 1994. *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*. Second Edition, London: Graham and Trotman Ltd., s. 235; Özşahin, 2018; s. 72.

²⁹³ 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 11 inci paragrafında "The criteria of direct relation and necessity are objective in nature." hükmü yer almaktadır.

anlaşılmaktadır. Tüm bunların varlığı ise birleşme veya devralma ile sınırlamanın doğrudan ilgili olduğunu ortaya koyacaktır. Eğer sınırlama, birleşme veya devralmayla doğrudan ilgili değilse, sınırlama *yan sınırlama* olarak nitelenemeyecektir.

3.3.2. Gerekli Olma

Gereklilik unsuru, aynen ilgili olma unsuru gibi, 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nde ve 139/2004 sayılı Tüzük'ün 21²⁹⁴ inci maddesinde yer almaktadır. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, birleşme ve devralmaya ilişkin Rekabet Kurulu tarafından verilecek iznin "*gerekli sınırlamaları*" kapsayacağı belirtilmiş, 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 48 inci paragrafında ise yan sınırlamaların "*işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli*" olması gerektiği düzenlenmiştir.

05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 51 inci paragrafında "*Gereklilik ölçütü ise, ilgili sınırlamanın yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için zorunlu olması ya da sınırlama olmaksızın asıl işlem bakımından önemli ölçüde belirsizlik ve maliyet artışı olması gibi durumlarda karşılanabilecektir. Bir sınırlamanın gerekli olup olmadığının tespit edilebilmesi için, sınırlamanın niteliği yanında, süresi ve kapsamı da dikkate alınır. Öte yandan, aynı sonucu elde etmeye yarayan alternatif sınırlamalardan, rekabeti en az sınırlayan alternatifin tercih edilmesi gerekmektedir.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere sınırlamanın olmaması, birleşme veya devralmanın varlığını etkileyebilir, birleşme veya devralmada belirsizlik veya maliyet artışı doğurabilir.

Öte yandan hem Türk rekabet hukukunda, hem de AB rekabet hukukunda gereklik, doğrudan ilgili olma unsurundan sonra gelmektedir.²⁹⁵ Nitekim bir birleşme veya devralmada *doğrudan ilgili olma* unsuru bulunmuyorsa, *gereklik unsurunun* incelenmesi anlam taşımayacaktır.

²⁹⁴ 139/2004 sayılı Tüzük'ün 21 inci maddesinde, ilgili teşebbüslerin, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili ve **gerekli** sınırlamaları kabul ettikleri durumlarda uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁹⁵ Özşahin, 2018; s. 74.

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 13 üncü paragrafında,²⁹⁶ gereklilik unsuru detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sınırlamanın olmaması, birleşme veya devralmanın ya gerçekleşmemesine, ya da maliyetlerin yükselmesi, gerçekleşme süresinin uzaması veya daha büyük zorluklarla karşılaşılacak olması gibi şartların altında gerçekleşmesine neden olabilecektir. Ayrıca aynı paragrafın son cümlesinde rekabeti daha az kısıtlayan sınırlamanın tercih edilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu incelediği birleşme ve devralmalarda, gereklilik unsurunun bulunup bulunmadığını dikkate almalıdır.²⁹⁷ Buna göre her somut olayda sınırlamanın gerekli olup olmadığı, birleşme ve devralma işlemine göre tespit edilmelidir.²⁹⁸ Burada tespit edilmesi gereken husus sınırlamanın birleşme veya devralma için (tarafklar için değil) gerekli olup olmadığıdır.²⁹⁹

Daha önce belirtildiği üzere, 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 49 uncu paragrafına göre, "*doğrudan ilgililik ve gereklilik ölçütleri olayın özelliklerine göre objektif olarak*" değerlendirilmelidir. Hem AB rekabet hukukunda hem de Türk rekabet hukukunda yapılan "gerekli olma" tanımlarında, "*ilgili sınırlamanın yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için zorunlu olması ya da sınırlama olmaksızın asıl işlem bakımından önemli ölçüde belirsizlik ve maliyet artışı olması gibi durumlar*"a yol açabileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan ilgili sınırlamanın olmadığı varsayılarak ortaya çıkabilecek durumların incelenmesi ancak olay bazında değerlendirilebilecek bir husustur. Olay bazında yapılacak değerlendirme ise objektif olmalıdır. Nitekim 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 11 inci paragrafında³⁰⁰

²⁹⁶ 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 13 üncü paragrafında yer alan "*Agreements must be necessary to the implementation of the concentration, which means that, in the absence of those agreements, the concentration could not be implemented or could only be implemented under considerably more uncertain conditions, at substantially higher cost, over an appreciably longer period or with considerably greater difficulty.*" şeklindeki düzenleme 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 51 inci paragrafında yer alan düzenlemeyle çok yakın bir anlama sahiptir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı kararında, gerekli olma unsurunun "*yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir.*" şeklindeki değerlendirmesi de dikkate alındığında Rekabet Kurulu düzenleme ve değerlendirmeleri ile AB düzenlemelerinin paralelliği ortaya çıkmaktadır.

²⁹⁷ Erdem, 2004; s. 126.

²⁹⁸ Erdem, 2004; s. 127.

²⁹⁹ Özşahin, 2018; s. 75.

³⁰⁰ 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 11 inci paragrafında "*The criteria of direct relation and necessity are objective in nature.*" hükmü yer almaktadır.

doğrudan ilgililik ve gereklilik kriterlerinin doğal gereği objektif oldukları belirtilmiştir.

3.3.3. Makul Olma

Daha önce bahsedildiği üzere 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un yan sınırlamaların uygulanmasına ilişkin ilkelerin yer aldığı bölümünde, yan sınırlamaların makul olmasından veya makul düzeyde olmasından bahsedilmiştir. Buna göre Kılavuz'un 53 üncü paragrafında "*Satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşmaması gerekmektedir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Aynı şekilde 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 19 uncu paragrafında rekabet etmeme yükümlülüğünün süre, coğrafi alan, konu ve kişi bakımından makul³⁰¹ düzeyi aşmaması gerektiği hususu düzenlenmiştir.

05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 54 üncü paragrafında ise "*Süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin genel olarak makul olduğu kabul edilmektedir. Ancak, müşteri bağımlılığının daha uzun sürmesi ve devredilen know-how'ın³⁰² niteliği gereği gerekli olması durumunda, somut olayın gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, üç yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilmektedir. Öte yandan, ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik uzun süreli ya da süresiz rekabet etmeme yükümlülükleri yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir.*" denmektedir. Benzer şekilde 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 20 nci paragrafında da 3 yıla kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün makul³⁰³ kabul edildiği düzenlenmiştir.

³⁰¹ Komisyon Bildirimi'nin 19 uncu paragrafında "*However, such non-competition clauses are only justified by the legitimate objective of implementing the concentration when their duration, their geographical field of application, their subject matter and the persons subject to them do not exceed what is reasonably necessary to achieve that end.*" denmektedir. Burada *justify* fiili makul kabul edilme anlamında kullanılmıştır.

³⁰² Know-how, sınai alanda, hukuken korunmayan ve sahibine ekonomik yarar getiren bilgi ve tecrübeler olarak tanımlanabilir. Erbay, İ. 2002. *Know-How Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 78.

³⁰³ Komisyon Bildirimi'nin 20 nci paragrafında "*Non-competition clauses are justified for periods of up to three years, when the transfer of the undertaking includes the transfer of customer loyalty in the*

05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 56 ncı paragrafında "Benzer şekilde, rekabet etmeme yükümlülüğü, coğrafi bakımdan, işlem öncesinde satıcının faaliyet gösterdiği alanlarla sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte, satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul edilebilecektir." hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 22 nci paragrafında rekabet etmeme yükümlülüğünün coğrafi bakımdan satıcının daha önce faaliyette bulunduğu bölgeyle sınırlı olduğu düzenlenmiş, yeni bölgelere yatırım yapılması halinde sınırlamanın genişletilebileceği belirtilmiştir.³⁰⁴

Son olarak 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 57 nci paragrafında ise "Satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri bakımından getirilen kısıtlama makul kabul edilebilecek iken, bunun ötesinde, özellikle satıcının bayileri ya da kullanıcılar bakımından getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü gerekli ve ilgili bir sınırlama olarak kabul edilmeyecektir." hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 24 üncü satıcının kendisini, iştiraklerini ve ticari temsilciliklerini bağlayabileceği, ancak başkalarına yükümlülükler getiremeyeceği düzenlenmiştir.³⁰⁵

Görüldüğü üzere hem Rekabet Kurulu hem de Komisyon makul olmayı esaslı bir unsur şeklinde düzenlememiştir. Rekabet Kurulu bu unsuru Kılavuz'da Yan Sınırlamalara İlişkin Genel İlkeler bölümünde yukarıda yer alan maddelerde olduğu şekliyle düzenlemiştir. AB Komisyonu ise konuyu Komisyon Bildirimi'nin Rekabet Etmeme Yükümlülüğüne İlişkin Maddeler bölümünde ele almıştır.

form of both goodwill and know-how. When only goodwill is included, they are justified for periods of up to two years." düzenlemesi yer almaktadır. Burada da makul kabul edilme kavramı justify fiili ile ifade edilmiştir.

³⁰⁴ Komisyon Bildirimi'nin 22 nci paragrafında "The geographical scope of a non-competition clause must be limited to the area in which the vendor has offered the relevant products or services before the transfer, since the purchaser does not need to be protected against competition from the vendor in territories not previously penetrated by the vendor. That geographical scope can be extended to territories which the vendor was planning to enter at the time of the transaction, provided that he had already invested in preparing this move." denmektedir. Burada makul kavramı kullanılmasa da komisyon düzenlemesi kılavuzda yer alan düzenleme ile neredeyse aynıdır.

³⁰⁵ Komisyon Bildirimi'nin 24 üncü paragrafında "The vendor may bind herself/himself, her/his subsidiaries and commercial agents. However, an obligation to impose similar restrictions on others would not be regarded as directly related and necessary to the implementation of the concentration. This applies, in particular, to clauses which would restrict the freedom of resellers or users to import or export." düzenlemesi yer almaktadır. Burada da makul kavramı kullanılmamıştır, ancak düzenleme kılavuzda yer alan düzenleme ile neredeyse aynıdır.

Doğrudan ilgili olma ve gereklilik unsurlarıyla kıyaslandığında, *makul olma unsurunun*, nispeten önemsiz olduğu iddia edilebilir.³⁰⁶ Zira makul olmayan bir sınırlama, yan sınırlama niteliğine sahip olsa bile süre, coğrafi alan, konu yönünden gerekli olan sınırlamayı aşacaktır.³⁰⁷ Makul olma, sınırlamanın ihtiyaç duyulduğu kadar olması anlamına gelmektedir. Bu da gerekli olma unsuru ile makul olma unsurunun bağlantılı olduğunu göstermektedir. Yani gerekli olma unsuru esas olarak makul olma unsurunu kapsamaktadır.

Bir sınırlama, makul olma, gerekli olma ve doğrudan ilgili olma unsurlarının hepsine sahip olduğu durumlarda, yan sınırlama olarak kabul edilmekte ve ilgili rekabet otoritesince hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak sınırlamanın makul olmayan bir kısmı varsa, o bölüm yan sınırlama olarak kabul edilemeyecek, aşan kısmın kaldırılması için ilgili otorite şartlı izin verebilecektir. Bu bakımdan makul olmayan unsurlar içeren sınırlamalara aşkın sınırlamalar da denilmektedir.

3.4.YAN SINIRLAMA ÇEŞİTLERİ

Yan sınırlamalar birleşme ve devralmanın niteliğine göre olay bazında farklı şekillerde ortaya çıkabilir. 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 55 inci paragrafında rekabet etmeme yükümlülüğü, 58 inci paragrafında satıcının devre konu teşebbüse ait ticari sırları açıklamaması ve kullanmaması ile satıcının devre konu teşebbüsün çalışanlarını istihdam etmemesi gibi yan sınırlamalardan bahsedilmiştir. Öte yandan yan sınırlama çeşitleri sınırlı sayıda da değildir.³⁰⁸ Ancak çalışmamızda özellikle Türk rekabet hukukunda en çok karşılaşılan rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ile alım ve tedarik anlaşmalarının üzerinde durulacaktır. Öte yandan bir birleşme veya devralma işleminde yalnızca bir tip yan sınırlama olabileceği gibi daha fazla yan sınırlamanın olması da mümkündür.

Doktrinde, yan sınırlamalar üç farklı türe ayrılmıştır.³⁰⁹ Bunların ilki birleşme veya devralmayı oluşturan esas unsurların tamamlayıcı parçası olan, ekonomik bütünlük ya da ortak kontrol kurulmasına katkı sağlayan kısıtlamalardır. İkincisi,

³⁰⁶ Özşahin, 2018; s. 76.

³⁰⁷ Özşahin, 2018; s. 77.

³⁰⁸ Özşahin, 2018; s. 94.

³⁰⁹ Bellamy, C. ve G. Child. 2001. *European Community Law of Competition*. London: Sweet&Maxwell, s. 424. (Bellamy ve Child, 2001'den aktaran Şahin, 2010; s. 69.)

birleşme veya devralmaların etkilerinin doğmadan öncesine ilişkin olanlardır. Sonuncu tür ise birleşme veya devralmanın doğumundan itibaren tarafların davranışlarını konu alan kısıtlamalardır.³¹⁰

3.4.1. Rekabet Yasağı

Rekabet yasağı, doğuşundan itibaren hem Türk rekabet hukukunda,³¹¹ hem de dünyada³¹² en çok karşılaşılan yan sınırlamaların başında gelmektedir. Rekabet yasağı, adından da anlaşılacağı üzere, anlaşma taraflarından birinin anlaşmanın diğer tarafında yer alanların lehine, rekabet etmemesi halidir;³¹³ bunun sebebi, rekabetin olması halinde, diğer tarafın zarara uğrayacak olmasıdır. Ya da, rekabet yasağı teşebbüslerin karar alma sürecine etki eden, Anayasa ile güvence altına alınan özgürlükleri sınırlayan ve serbest rekabet ilkesine bir istisna oluşturan hukuki bir müessesedir.³¹⁴ Rekabet yasağı anlaşmalarının şartları, birleşme ve devralma işleminin mahiyetine göre taraflarca belirlenebilmektedir.

Rekabet yasağı Rekabet Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Ancak Kanun'un 3 üncü maddesinde rekabet "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" şeklinde tanımlanmıştır. Rekabet yasağı kavramını daha detaylı irdeleyebilmek için Türk Borçlar Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere göz atmak faydalı olacaktır.

İşçi-işveren ilişkisi bakımından rekabet yasağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 396 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında "*İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre işçi bakımından iş ilişkisinin devam ettiği dönemde bir rekabet yasağı söz konusudur. İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağı ise TBK'nun 444-447 nci maddeleri arasında düzenlenmektedir. Buna göre 444 üncü maddenin ilk fıkrası hükmüne göre "*Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene*

³¹⁰ Bellamy ve Child, 2001; s. 424; Şahin, 2010; s. 69.

³¹¹ Erdem, 2004; s. 118.

³¹² Goyder, D. G. 2003. *EC Competition Law*. Fourth Edition, London: Oxford University Press, s. 385.

³¹³ Erdem, 2007; s. 73.

³¹⁴ Aydoğan, F. 2005. *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 4.

karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, ... kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir." Bu rekabet yasağının "ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse" geçerli olacağı ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. TBK'nun 445 inci maddesinin ilk fıkrasında rekabet yasağı "işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz." demek suretiyle sınırlandırılmıştır. İşçinin rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında, onun her türlü faaliyeti değil, sadece kendi çalıştığı işle bağlantılı olarak işveren ile rekabet oluşturacak ve bu nedenle sadakat borcunu da ihlal edecek faaliyeti yasaklanmaktadır.³¹⁵ Ayrıca iş akdi veya rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılabilecek olan söz konusu yasağın, iç yönetmeliklerle veya bu belgelere atıf yapılmak suretiyle düzenlenemez.³¹⁶

Ticari işletme bakımından rekabet yasağı TBK'nun 553 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir işletmenin tüm işlerini yöneten "ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmazlar." hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucunun bağımlı tacir yardımcıları için rekabet yasağı öngörmesinin temel nedeni, bu kişilerin tacirle ilişkilerinin güven ilkesi temelinde çok sıkı olmasıdır.³¹⁷

Adi ortaklıklar bakımından rekabet yasağı ise TBK'nun 626 ncı maddesine göre "Ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar." şeklinde düzenlenmiştir.

³¹⁵ Arslan E. A.2010. *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: XII Levha Yayınları, s.328.

³¹⁶ Süzek, S. *Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu*. (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97936>>. [20 Nisan 2019]).

³¹⁷ Aydın, S., H. A. Kaplan. 2014. *Bağı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. XVIII, s.3-4 (Erişim adresi: <URL: http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_9.pdf> [5 Nisan 2019]).

TTK'nun 123 üncü maddesinde, acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra geçerli olmak üzere, tarafların aralarında rekabet yasağı kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir. Rekabet yasağı anlaşması ile birlikte acentenin, müvekkiline karşı, belirli süreliğine rakip olması ihtimali ortadan kaldırılmaktadır.³¹⁸ Kolektif şirketler bakımından rekabet yasağı TTK'nun 230 uncu maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir şirketin ortağı şirketinin *"yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez."* denmiştir. Bu hüküm, TTK'nun 311 inci maddesine göre, komanditerler hakkında uygulanmaz. Fakat yine aynı maddeye göre komanditer ortak, şirketin yaptığı türden bir ticari işletme açarsa veya bu türden ticari işletme açan biriyle ortak olursa ya da böyle bir işletmeye girerse, komandit şirkete ait belge ve defterleri inceleme hakkını kaybetmiş olur. Anonim şirketler bakımından rekabet yasağı TTK 396 ncı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesi *"genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez."* hükmü düzenlenmiştir. Limited şirketlerdeyse TTK'nun 613 üncü maddesi hükmüne göre, *"şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlar"*ı yasaklanabilir. Son olarak TTK'nun 626 ncı maddesinde limited şirketlerde müdürlerin şirketle aralarında rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamayacakları hususu düzenlenmiştir.

Rekabet yasağına ilişkin tüm bu düzenlemeler, bir hakkın başkasının zararına olacak şekilde kullanılmasını engellemeye, yani bir tarafın hakkını korumaya çalışıldığını göstermektedir. Bu düzenlemeler bakımından rekabet yasağının kaynağının sadakat yükümlülüğü olduğu söylenebilecektir.³¹⁹ Öte yandan rekabet yasağına ilişkin bu düzenlemelerin ortak noktası, yasağın muhatabının devamlı olumsuz bir edim yükümlülüğüne tabi olmasıdır.³²⁰ Rekabet yasağının amacı, rekabet olduğunda ortaya çıkabilecek bazı riskleri ortadan kaldırmaktır.³²¹

³¹⁸ Can, O. 2014. *Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi*. Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 72 (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/398159> > [5 Nisan 2019]).

³¹⁹ Kaya, M. İ. 2014. *Acentelik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 127.

³²⁰ Soyer, M. P. 1994. *Rekabet Yasağı Sözleşmesi: BK md. 348-352*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 11.

³²¹ Soyer, 1994; s. 8.

Görüldüğü üzere TBK ve TTK'da yer alan tüm bu rekabet yasakları genel olarak benzer özellikler taşımaktadırlar ve hepsi kanundan doğan birer yasaktır. Rekabet hukuku bakımından inceleyeceğimiz rekabet yasağı ise öncelikle bir birleşme veya devralma işlemiyle ilgili olmalı, ayrıca söz konusu birleşme veya devralmanın gerçekleşebilmesi için gerekli de olmalıdır. Yani rekabet hukukunda ele alınan yan sınırlama niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmeden kaynaklanmaktadır.³²² Kanuni rekabet yasakları ile sözleşmeden doğan rekabet yasaklarının en önemli farkı taraflar bakımındandır.³²³ Sözleşmeden doğan rekabet yasağında taraflar, aynı zamanda birleşme veya devralmanın da tarafı olan teşebbüslerdir. Kanuni rekabet yasağında işveren-işçi, işletme sahibi-tacir yardımcısı, şirket-ortak, şirket-yönetim kurulu üyesi ve müvekkil-vekil gibi taraflar söz konusu olmaktadır.

Rekabet yasağı, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 3 üncü maddesinde "rekabet etmeme yükümlülüğü" adı altında tanımlanmıştır. Buna göre Tebliğ'in 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde rekabet etmeme yükümlülüğü;

"Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir."

şeklinde tanımlanmıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir tür yan sınırlama olan rekabet yasağı, birleşme veya devralma işlemindeki taraflar arasında, sözleşmeden doğmaktadır.³²⁴ Bu itibarla, rekabet etmeme yükümlülüğünü üstlenen taraf, kendi kararıyla faaliyet alanını daraltmış olmaktadır.³²⁵

³²² Güven, 2009; s. 313.

³²³ Güven, 2009; s. 314.

³²⁴ Erdem, 2004; s. 120; Güven, 2009; s. 313.

³²⁵ Soyer, 1994; s. 8.

Özellikle devralma işlemlerinde, genellikle devreden taraf rekabet yasağı ile yükümlü olmaktadır. Çünkü devreden tarafın, edindiği tecrübeyi kullanarak aynı piyasada yeniden bir teşebbüs oluşturması ve teşebbüsü devralanla rekabet etmesi ahlaki olmayacaktır.³²⁶ Bu nedenle devreden devralanla rekabetinin önlenmesi amacıyla, bir anlaşma yapılması gerekmektedir.³²⁷ Özellikle de telif hakları, patentler, beceriler, ilişkiler, bilgi sistemleri, liderlik, kültür, firmanın şöhreti, müşteri çevresi ve yetenekler gibi maddi olmayan değerlerin³²⁸ devredilmesi halinde böyle bir anlaşmaya daha çok ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu bakımdan devrin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi, devralanın kendi müşteri çevresini oluşturabilmesi³²⁹ ancak devreden rekabet etmemesiyle mümkün olabilecektir. Öte yandan kısmî bir devrin söz konusu olduğu hallerde devralana da rekabet yasağı getirilmesi mümkündür.³³⁰

Rekabet yasaklarını asli ve tali rekabet yasağı olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Asli rekabet yasakları, rekabeti engelleyen ve bozan müstakil³³¹ birer işlemdir. Tali rekabet yasakları ise başka bir işleme bağlı ve bağlı olduğu işlemin gerçekleşmesine yardımcı olan işlemlerdir.³³² Yan sınırlama olan rekabet yasaklarını, tali rekabet yasağı olarak tanımlamak mümkündür.³³³ Zaten eğer birleşme veya devralma işlemindeki rekabet yasağının asli rekabet yasağı olduğu bir durum söz konusu olsa, bu durumun RKHK'nun 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilmesi

³²⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 01.04.2013 tarih ve E. 2009/863 K. 2013/1159 sayılı kararında, "bir yan sınırlama kapsamında getirilecek rekabet yasakları, bir teşebbüsün tamamen ya da kısmen veya sadece belli bir malvarlığının devredildiği hallerde, alıcının korunması için satıcıya getirilen yasaklardır. Burada satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amaç, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve maddi olmayan varlıkların tüm değerleriyle alıcıya geçmesini sağlamaktır. Çünkü rekabet yasağının yokluğunda satıcı eski müşterilerini çekebileceğinden alıcı devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranabilecektir. Böyle bir durumda, satıcıya getirilecek rekabet yasağı satışın istenen sonucu doğurması noktasında olumlu etkiye sahip olabilmektedir. Dolayısıyla, yan sınırlama satıcıyı değil, alıcıyı korumaya yönelik rekabet yasağı öngörmelidir. ... İncelenen olayda ise, yan sınırlamayla ilgili olarak genel prensibin aksine satıcı tarafından alıcıya getirilmiş olan bir ters rekabet yasağı söz konusu olduğundan, anılan anlaşma ve taahhütname ile alıcıya getirilen rekabet yasağının süresi ne olursa olsun, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi hukuken olanaklı değildir." denmektedir. (Erişim adresi: <<https://legalbank.net/belge/d-idrddk-e-2009-863-k-2013-1159-t-01-04-2013/1364858/>>. [24 Ekim 2018]).

³²⁷ Erdem, 2004; s. 116.

³²⁸ Ayhan, Özdamar, Çağlar, 2016; s. 124; Naktiyok, A. ve C. K. Karabey. 2007. *İşletmelerin Maddi Olmayan Kaynakları ve Çevresel Olumsuzluk Alguları İle Stratejik Yönelimleri Arasındaki İlişki*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(4), 203-225, s. 207.

³²⁹ Erdem, 2004; s. 119.

³³⁰ Aslan, 2014; s. 235.

³³¹ Soyer, 1994; s. 9.

³³² Erdem, 2007; s. 93, 94; Soyer, 1994; s. 9.

³³³ Erdem, 2003; s. 97.

gerekecektir.³³⁴ Bilindiği gibi Rekabet Kanunu'nun 4 üncü maddesinde; "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmü yer almaktadır. Bu bakımdan asli rekabet yasakları hukuka aykırı olacaktır. Öte yandan tali rekabet yasakları, yan sınırlama olmaları nedeniyle, birleşme veya devralma işleminden beklenen fayda sağlamaya yöneliktirler.³³⁵

Rekabet Kurulunca çıkarılan 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı "Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"da, yan sınırlama olarak yalnızca rekabet yasaklarına yer verilmiştir. Aslında bu uygulamada rekabet yasakları ile sıkça karşılaşılması nedeniyledir. Ancak yine de Rekabet Kurulu'nun farklı yan sınırlama çeşitlerine Kılavuz'da yer vermesi uygun olurdu.³³⁶

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 18-26 ncı paragrafları arasında, rekabet yasağı anlaşmaları detaylı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 18 inci paragrafında rekabet yasağının neden yapıldığı ve ne tür faydalar sağladığı hususlarından bahsedilmiştir. Düzenlemede, rekabet yasağı sayesinde devralanın, devreden rekabetinden korunacağı, tüketici bağlılığının ve iş tecrübelerinin devralana aktarılmasının sağlanacağı belirtilmiştir. Rekabet yasağı sayesinde devredilen varlığın gerçek değerinin devralana geçmesi sağlanabilecektir.³³⁷

Kısaca rekabet yasakları süre, konu, coğrafi alan ve kişi bakımından sınırlamalar getirebilmektedir. Aşağıda bu rekabet yasaklarına ilişkin bilgiler ve Rekabet Kurulu kararlarından örnekler verilmiştir.

³³⁴ Erdem, 2003; s. 96.

³³⁵ Erdem, 2003; s. 98.

³³⁶ Özşahin, 2018; s. 83-84.

³³⁷ Erdem, 2007; s. 81.

3.4.1.1.Süre Yönünden Rekabet Yasakları

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 20 nci paragrafında, bir birleşme ve devralma işleminde yalnızca ticari itibarın³³⁸ devredildiği hallerde rekabet yasağının en fazla 2 yıla kadar kararlaştırılabileceğini, ticari itibarın yanında *know-how*'ın³³⁹ da devredildiği hallerdeyse rekabet yasağının 3 yıla kadar belirlenebileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 54 üncü paragrafında, 3 yılı aşmayan rekabet yasaklarının makul kabul edileceği, ancak müşteri bağımlılığının 3 yıldan daha fazla sürdüğü ve *know-how*'ın niteliğinden dolayı gerekli olması halinde daha uzun süreli³⁴⁰ rekabet yasaklarının da yan sınırlama olarak kabul edilebilecekleri hususlarına yer verilmiştir.

Rekabet yasağı, uygulamada, taraflarca farklı sürelerde kararlaştırılmaktadır. Örneğin Rekabet Kurulu'nun 02.12.2010 tarih ve 10-75/1530-586 sayılı kararında

"... 'Kapamış Tarihi'nden itibaren 5 yıl veya son 'Tesis Devir Tarihinden' itibaren 3 yıllık bir süre (hangisi uzunsa) öngörülmüştür. Öte yandan... taraflara 18 aylık istihdam etmeme yükümlülükleri getirilmiştir. Söz konusu işlemle taraflara yüklenen bu yükümlülüklerin mevcut haliyle hem süre hem de kapsam bakımından 'yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma', 'sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma', 'orantılılık' kriterlerini sağladığı ve yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği"

sonucuna ulaşılmıştır. Rekabet Kurulu'nun 02.05.2010 tarih ve 13-25/333-151 sayılı kararındaysa;

"Aktif Elektroteknik'in %60 oranında hissesinin devredilmesinin yanı sıra, bir kısım satıcılar bu şirkette hissedar olarak kalmaya devam etmektedirler. Diğer yandan satıcıların Aktif Elektroteknik ile olan ilişkilerini basit bir hissedarlık ilişkisi olarak nitelendirmek de mümkün görünmemektedir. Nitekim satıcılar birlikte şirketin %40 gibi azımsanamayacak oranda hissesine sahip olmaya devam etmektedir. ... Dolayısıyla bildirimde konu işlemle ortaya çıkan yapılanmanın, satıcıların

³³⁸ Goodwill.

³³⁹ Know-how kavramı, iş tecrübesi, bilgi birikimi, teknik bilgi vb. farklı şekillerde tercüme edilmekle birlikte çalışmamızda, Rekabet Kurulu'nun düzenlemelerde tercih ettiği gibi, know-how şeklinde kullanım tercih edilmiştir.

³⁴⁰ Örneğin Rekabet Kurulu'nun 24.11.2005 tarih ve 05-79/1088-314 sayılı, 14.8.2008 tarih ve 08-50/741-297 sayılı, 15.4.2009 tarih ve 09-15/343-85 sayılı kararları incelenebilir.

kontrolünü devrettikleri teşebbüs yönetiminde hiçbir şekilde herhangi bir söz hakkına sahip olmaksızın sadece yatırım amaçlı olarak hissedar kalmaya devam ettikleri bir yapılanmadan çok, alıcı ve satıcının ortaklık kurdukları bir yapılanmaya daha yakın olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, işlemin kendine has özellikleri nedeniyle, rekabet yasağının süresi bakımından devralma işlemlerindeki genel prensipten ayrılabilineceği değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, somut olayda beş yıllık sürenin makul olduğu anlaşılmaktadır.”

değerlendirmesine yer verilerek, incelemeye konu devir işleminin Tebliğ'in 7 nci maddesinin birinci fıkrasında belirlenen eşiklerin aşılması nedeniyle izne tabi olmadığına karar verilmiştir.

3.4.1.2.Konu Yönünden Rekabet Yasakları

05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 55 inci paragrafında, *“Rekabet etmeme yükümlülüğü kural olarak işlem öncesinde devre konu ekonomik birimin faaliyet alanını oluşturan mal ve hizmetlerle sınırlı olmalıdır. Gelişim aşamasını tamamen ya da büyük ölçüde tamamlamış, ancak henüz pazarlama aşamasına geçilmemiş mal ve hizmetler de bu kapsama dâhil edilebilecektir.”* hükmü yer almaktadır. 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 23 üncü paragrafına göre, rekabet yasağı, devredilen teşebbüsün faaliyet konusunu oluşturan ürün ve hizmetlerle sınırlı olmalıdır. Ayrıca devrin gerçekleştiği dönemde henüz üretim aşamasında olan veya geliştirilmiş ancak henüz satışa sunulmamış olan ürünler de rekabet yasağı kapsamına alınabilir. Komisyon Bildirimi'nin 25 inci paragrafına göreyse satıcının, devredilenle rakip olan bir şirkete ait hisseleri alma veya tutma hakkını sınırlandıran hükümler birleşme veya devralmayla doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilebilir. Ancak rakip firmada yönetim işlevi sağlamayan ve maddi etki oluşturmayan, yatırım amaçlı hisse alımı veya muhafazası rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir.

Kısmi devirlerde, devredilen kısımla ilgili mal ve hizmetlerin rekabet yasağı kapsamına alınması uygun olacaktır.³⁴¹ Kısmi devirlerde, kimi zaman devralan tarafa da rekabet yasağı getirilmesi söz konusu olabilecektir;³⁴² devredeninin de faaliyetlerine

³⁴¹ Güven, 2002; s. 227.

³⁴² Aslan, 2014; s. 235.

devam etmesi dolayısıyla korunması gerekebilir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 08.07.2010 tarih ve 10-49/932-330 sayılı kararında "...rekabet yasağının, hisseleri devredilen Bölünmez Petrolcülük'ün yanı sıra alıcı konumunda bulunan Milangaz Petrol'ün faaliyetlerine şümulü bulunması, bu yan sınırlama hükmünün kapsamının gereğinden fazla geniş tutulduğuna yönelik tereddüt doğurmuştur." değerlendirmesi yer almaktadır.

Rekabet Kurulu'nun 26.12.2013 tarih ve 13-72/1013-431 sayılı kararında "Hissedarlar Anlaşması'nın 11. maddesi işlem taraflarına aralarındaki ortaklık devam ettiği sürece ve sona erdikten sonra 2 yıl boyunca rekabet yasağı getirilmiştir. Rekabet yasağı Tat'ın ve Düzey A.Ş.'nin meyve suyu pazarındaki mevcut faaliyetlerini kapsamamaktadır. Söz konusu rekabet yasağı yan sınırlama olarak değerlendirilmiştir." değerlendirmesine yer verilmiştir.

3.4.1.3.Coğrafi Alan Yönünden Rekabet Yasakları

05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 56 ncı paragrafında, "rekabet etmeme yükümlülüğü, coğrafi bakımdan, işlem öncesinde satıcının faaliyet gösterdiği alanlarla sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte, satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul edilebilecektir." hükmü yer almaktadır. Bu hükme benzer şekilde 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 22 inci paragrafına göre rekabet yasağının coğrafi kapsamı satıcının devirden önce ilgili ürün ve hizmetleri sunduğu alanla sınırlı olmalıdır. Ancak rekabet yasağı, satıcının giriş yapmayı planladığı ve önceden yatırım yaptığı alanlara da genişletilebilir.

Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 24.05.2017 tarih ve 17-17/ 248-102 sayılı kararında;

"Bildirim konu işlemden ana teşebbüsler, ... OG ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Ancak bu rekabet yasağı... Bu düzenlemelerin OG'nin ilgili piyasalarda aktif ve etkin bir şekilde faaliyet göstermesi için gerekli, orantılı ve makul olduğu anlaşılmaktadır. Bu tür coğrafi kısıtlamalar ve belli piyasa segmentlerine ilişkin kısıtlamalar; yatırımların korunması, çabaların etkin olmayan bir şekilde tekrarının önlenmesi ve ortak girişimin ilgili pazarlarda ekonomik gücünü koruması

açısından işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olup, bildirim konu ortak girişim işleminin rekabetçi davranışların koordinasyonu riski taşımadığının da bir göstergesidir. Bu bağlamda, bildirim konusu işlemin, tarafları arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu riski taşımadığı kanaatine varılmıştır.”

değerlendirmesine yer verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı kararındaysa;

“...Jantsa için getirilen rekabet yasağı hissedarlık ilişkisi sona erdikten iki yıl sonrasına kadar tüm dünya için getirilmiştir. Dolayısıyla taraflarca taahhüt edilen rekabet yasaklarının, bu haliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır. ...sözleşme bitiminden itibaren iki yıl boyunca tüm dünya genelinde geçerli olacak rekabet yasaklarının, mevcut haliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine... karar verilmiştir.”

sonucuna varılmıştır. Görüldüğü üzere rekabet yasağının tüm dünya genelinde uygulanması herhangi bir menfaati korumamaktadır.

3.4.1.4. Kişi Yönünden Rekabet Yasakları

Kişi yönünden makul olma, yalnızca taraflar bakımından sınırlayıcı olma olarak anlaşılmalıdır.³⁴³ Devredenin iştirakçilerinin ve acentelerinin de rekabet yasağına alınması bu kapsamda değerlendirilmelidir³⁴⁴. Birleşme ve devralma işleminin tarafı olmayan kişilere herhangi bir kısıtlama getirilmesi, sınırlamanın yan sınırlama olma özelliğini kaldıracaktır. Nitekim 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 57 nci paragrafında, *“Saticının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri bakımından getirilen kısıtlama makul kabul edilebilecek iken, bunun ötesinde, özellikle satıcının bayileri ya da kullanıcılar bakımından getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü gerekli ve ilgili bir sınırlama olarak kabul edilmeyecektir.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre satıcının kendisine, iktisadi bütünlük oluşturan birimlerine ve acentelerine rekabet yasağı

³⁴³ Şahin, 2010; s. 100 vd.

³⁴⁴ Erdem, 2007; s. 145; Güven, 2002; s. 227.

getirilebilecekken, bayilerine veya kullanıcılarına rekabet yasağı uygulanması mümkün olmayacaktır.

Rekabet Kurulu'nun 02.08.2010 tarih ve 10-51/954-333 sayılı kararında;

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

denilmek suretiyle kişi yönünden kapsama ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır.

Rekabet Kurulu'nun 09.05.2012 tarih ve 12-25/717-203 sayılı kararındaysa;

“Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde, Devredenler'e getirilen rekabet yasağı iki yıl olarak öngörülmüştür. İlgili düzenlemenin gerek süresi gerekse konu yönünden kapsamı bakımından... Kılavuz'un yan sınırlamalara ilişkin hükümleri ışığında işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak rekabet yasağı Devredenler'le birlikte ikinci dereceden akrabalarına da getirilmiştir. Kılavuz'da satıcının kendisi ve satıcı ile ekonomik bütünlük oluşturan iktisadi birimler ve acenteleri bakımından getirilen kısıtlamaların makul kabul edilebileceği değerlendirilmiştir. Ancak, satıcıların akrabalarını da kapsayan türde bir rekabet yasağının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aştığı anlaşıldığından, akrabaları bağlayamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.”

değerlendirmesi yapılmıştır. Bu kapsamda üçüncü kişi konumunda olanlara uygulanacak olan sınırlamaların yan sınırlama olarak kabul edilmeyecekleri³⁴⁵ anlaşılmaktadır.

³⁴⁵ Erdem, 2007; s. 145.

3.4.2. Lisans Anlaşmaları

Lisans anlaşmaları, lisans verenin, kendisine ait bir hakkın, lisans alan tarafından kullanımına belirli bir süre ve yerle sınırlı olarak izin verdiği, lisans alanınnsa bunun karşılığında lisans verene bir bedel ödediği anlaşmalardır.³⁴⁶ Burada kullanımı devredilen hak; know-how, marka ve patent gibi fikri, ticari ve sınai haklardandır.³⁴⁷

Lisans sözleşmeleri, birçok hak için düzenlenebilmektedir.³⁴⁸ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁴⁹ (SMK)'nun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre "marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için"; 75 inci maddesinin birinci fıkrasına göre "tasarım hakkı"; 125 inci maddesinin birinci fıkrasına göre "patent başvurusu veya patent"; 148 inci maddesinin birinci fıkrasına göre "sınai mülkiyet hakkı" lisans sözleşmelerine konu olabilmektedirler.³⁵⁰ Doktrinde, ticaret unvanı³⁵¹ ile işletme adının³⁵² da lisans sözleşmesine konu olabilecekleri söylenmektedir.³⁵³

Bu tip haklar, birbirleriyle rekabet eden teşebbüsleri bir diğerine karşı avantajlı konuma getirebilmektedir.³⁵⁴ Bu bakımdan, bu hakların kullanım şekilleri rekabet hukukunun konusuna girecektir.³⁵⁵

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 27 nci paragrafına göre bir teşebbüsün tamamının veya bir kısmının devri, faydanın tam olarak elde edilebilmesi

³⁴⁶ Arbek, Ö. 2005. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 63; Baş, M. 2001. Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001/2, 79-88, s. 81; Gürzumar, O. B. 1995. *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukten Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 91; Özdemir, 2002; s. 25.

³⁴⁷ Baş, 2001; s. 81; Şahin, 2010; s. 112.

³⁴⁸ Arbek, 2005; s. 66 vd.; Özsoy, S. H. 2011. *Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 26.

³⁴⁹ RG: 22/12/2016-6769.

³⁵⁰ SMK'nun 24, 75 ve 125 inci maddelerinde ayrıca, marka, tasarım hakkı ve patentin, inhisari lisansa ya da inhisari olmayan lisansa konu olabilecekleri de düzenlenmiştir. Ancak lisans, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmesinde hak, lisans veren tarafından kullanılabilir gibi, aynı konuda başka lisanslar olarak üçüncü kişilere de verilebilir. Bunun tersine inhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, (hakkını açıkça saklı tutmadıkça) lisansa konu hakkı kendisi kullanmadığı gibi, başkasına lisans olarak da veremez.

³⁵¹ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, 2016; s. 181.

³⁵² Ayhan, Özdamar ve Çağlar, 2016; s. 334.

³⁵³ Arbek, 2005; s. 67-68; Özsoy, (2011), 27.

³⁵⁴ Pınar, H. 2005. *Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*. Rekabet Dergisi, Sayı 23, s. 31.

³⁵⁵ Taylan, E. Ç. 2001. *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 143.

için, fikri mülkiyet haklarının veya know-how'ın da alıcıya devrini içerebilir. Ancak devreden taraf, başka faaliyetlerinde kullanmak amacıyla bu hakların sahibi olarak kalmak isterse, bir lisans anlaşmasıyla bunu sağlayacaktır. Öte yandan söz konusu haklar teşebbüsle birlikte tamamen alıcıya devredilmişse, devralan da devredene lisans verebilir.³⁵⁶ Bu lisans anlaşmaları 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 28 inci paragrafına göre, birleşme veya devralmanın ayrılmaz bir parçası olabilir ve süreyle sınırlandırılmazlar, ayrıca özel kullanım alanları³⁵⁷ ile kısıtlanabilirler. Bunun dışında, ana teşebbüsler ortak girişimlerine lisans anlaşması aracılığıyla teknoloji transfer edebilirler.³⁵⁸ Tabii ki burada lisans anlaşmasının, birleşme veya devralmayla doğrudan ilgili, makul ve gerekli olması aranacaktır.³⁵⁹ Bununla birlikte, 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 29 uncu paragrafına göre, devreden ve devralan arasındaki rekabet yasağıyla lisans anlaşması bölgesel sınırlamalara tabi olabilir.

Rekabet Kurulu'nun 09.02.2006 ve 06-11/127-5 sayılı kararında, "*Ortak girişim ile Titan Italia SpA. arasındaki 'Teknik Bilgi Lisans Anlaşması'nun, ana teşebbüslerin her biri ile ortak girişim arasındaki münhasır olmayan dağıtım anlaşmalarının ve ayrıca Ortak Girişim Sözleşmesi'nde yer alan, ana teşebbüslerin ortak girişim ile rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin birer yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine*" sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda know-how lisans anlaşmasının birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğuna karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 29.05.2013 tarih ve 13-32/426-188 sayılı kararındaysa,

"İşlem ile getirilen bir diğer sınırlama ise Kaynaksu'nun Sirmakeş markasının fikri mülkiyet haklarının kullanımının sınırlandırılmasıdır. Zira bu sınırlama Sirmakeş ve Sirma markaları arasındaki isim benzerliği nedeniyle Sirma'nın zarar görmesi ve dolayısıyla işlemde beklenen ekonomik değer azalmasının önlenmesini amaçlamaktadır. Bu sınırlama, Kaynaksu'nun hâlihazırda Sirmakeş markalı su üretimi ve dağıtımını yaptığı illerdeki faaliyetini kapsamamakta ve ayrıca Kaynaksu'nun Sirmakeş haricinde yeni bir marka ile benzer ürünler üretmesi ve dağıtımını engellememektedir. Bu

³⁵⁶ Erdem, 2007; s. 146.

³⁵⁷ Gülergün, 2003; s. 26.

³⁵⁸ Cook ve Kerse, 1996; s. 176.

³⁵⁹ Güven, 2009; s. 122.

bakımdan Sirmakeş markasının fikri mülkiyet haklarının kullanımının sınırlandırılmasının da işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu ve dolayısıyla yan sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği”

sonucuna ulaşılmıştır. Burada lisans anlaşması bir yan sınırlama olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere lisans anlaşması, bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleşmesi bakımından gereklidir.

Bir birleşme ve devralma işlemi kapsamında olmayan lisans anlaşmaları 2008/2 Sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği³⁶⁰ kapsamında bulunmaktadır. Tebliğ'in 4 üncü maddesinde teknoloji transferi anlaşmasının, “*ilgili fikri mülkiyet haklarının ve know how'ın tek tek veya karma halde lisansının verildiği anlaşmaları*” ifade ettiği ifade edilmiştir.

3.4.3. Alım ve Tedarik Anlaşmaları

Alım ve tedarik anlaşması, faaliyetlerin sürekliliğinin sağlanması için,³⁶¹ satıcının belli bir malı belli sürelerde alıcıya teslim etmeyi, bunun karşılığında alıcının da belli miktarda ücret ödemeyi kabul etmesidir.³⁶² Bu, alıcının belli bir ürüne ulaşmasını garantilemekte, satıcının ise belli bir süre satım yapmasını garantilemektedir. Alım ve tedarik anlaşması, bir birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgiliyse ve işlemin gerçekleşmesi bakımından gerekliyse, yan sınırlama olarak kabul edilebilir. Alım ve tedarik anlaşmaları, rekabet yasağından sonra en çok karşılaşılan yan sınırlama anlaşmasıdır. Buna örnek olarak, ürün veya hizmet tedariki, dağıtım yükümleri ve bilgi sağlama gibi yükümler gösterilebilir.³⁶³

Rekabet Kurulu'nun 09.02.2006 ve 06-11/127-5 sayılı kararında, “*Ortak girişim ile Titan Italia SpA. arasındaki 'Teknik Bilgi Lisans Anlaşması'nın, ana teşebbüslerin her biri ile ortak girişim arasındaki münhasır olmayan dağıtım anlaşmalarının ve ayrıca Ortak Girişim Sözleşmesi'nde yer alan, ana teşebbüslerin ortak girişim ile rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin birer yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine*” sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda know-

³⁶⁰ RG: 23/01/2008-26765.

³⁶¹ Şahin, 2010; s. 116.

³⁶² Özşahin, 2018; s. 92.

³⁶³ Şahin, 2010; s. 116.

how lisans anlaşmasının birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğuna karar verilmiştir.

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 32 nci paragrafında, bir teşebbüsün tamamen veya kısmen devrinin, satıcının önceki ekonomik bütünlüğüne dayalı alım ve tedarik zincirinin bozulmasına neden olabileceği belirtilmektedir. Birleşme ve devralma işleminin gerçekleşmesi sonrası, satıcı ve alıcı arasındaki bağların geçiş döneminde sürdürülmesi veya devreden teşebbüsün satış bağlantılarının alıcıya aktarılması³⁶⁴ ve sorunsuz bir geçişin sağlanması³⁶⁵ için alım ve tedarik anlaşmalarının yapılması gerekebilir. Alım ve tedarik anlaşması, hem alıcının hem de satıcının yararına olabilir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 20.07.2006 ve 06-53/683-190 sayılı kararında;

“Sözleşme kapsamında satın alınacak ve satılacak ürün Invista tesislerinden tedarik edilecek belli tip polyester polimerdir. Söz konusu dosya itibarıyla, Tedarik Sözleşmesi devralma tarihinden itibaren üç yıl geçerli olacak ve Taraflar Tedarik Sözleşmesi'nin 1 yıl daha uzatılması konusunda karşılıklı olarak mutabakata varmış olmadıkları sürece 3 yılın sonunda otomatik olarak sona erecektir. Tedarik anlaşmasının süresi, 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 açıklanamayacaktır. Bu sınırlamalarda genellikle 3 yıl makul bulunmaktadır. Bu bağlamda tedarik sözleşmesinin işlemin gereği çerçevesinde ortaya çıkması, işlemle doğrudan ilgili olması ve 3 yıllığına akdedilmiş olması nedeniyle yan sınırlama olarak nitelenmesi mümkün olduğu kanaatine varılmıştır.”

değerlendirmesine yer verilmiştir.

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 33 üncü paragrafındaysa alım ve tedarik anlaşmasının 5 yıla kadar bir süre belirlenebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu

³⁶⁴ Güven, 2009; s. 457.

³⁶⁵ Gülergün, 2003; s. 32.

süre, taraflar arasındaki bağımlılığın kaybolmasına kadar olmalıdır.³⁶⁶ Nitekim Rekabet Kurulu'nun 29.12.2006 ve 06-96/1224-369 sayılı kararında;

“THY ve Ortak Girişim arasında THY'nin en az 5 yıl süre ile münhasıran ortak girişimden uçak içi ikram hizmet alımına ilişkin olarak imzalanması planlanan anlaşmanın işlemle doğrudan ilgili ve gerekli bir yan sınırlama niteliğinde olmadığı, yapılması öngörülen söz konusu anlaşmanın Kanun'un 4. maddesi anlamında teşebbüsler arası bir anlaşma niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. THY'nin pazardaki pozisyonu dikkate alındığında bu tür bir münhasır anlaşmanın özellikle pazarın en büyük müşterisinin üst pazardaki mevcut ve potansiyel rakiplere 5 yıl süreyle kapatılması yönünden (customer foreclosure) ilgili pazardaki rekabet üzerinde önemli etkiler yaratabileceği, bu nedenle Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.”

denmek suretiyle 5 yıla kadar bir hizmet alımının münhasırlık içermesi nedeniyle yan sınırlama olmadığına karar verilmiştir.

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 34 üncü paragrafına göre, belirsiz miktarlı veya münhasır alım ve tedarik anlaşmaları³⁶⁷ ile aşırı haklar ve imtiyazlar sağlayan alım ve tedarik anlaşmaları, birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmemiştir. Komisyon Bildirimi'nin 35 inci paragrafına göre; hizmet ve dağıtım anlaşmalarının alım ve tedarik anlaşmalarıyla eşdeğer olduğu, aynı düzenlemelerin onlar için de geçerli olduğu ifade edilmiştir.

3.4.4. Diğer Yan sınırlama Çeşitleri

Daha önce de ifade edildiği üzere yan sınırlamaların çeşitleri sınırlı değildir. Yukarıda başlıklar halinde verilen yan sınırlama türleri birleşme veya devralmalarda sıklıkla karşılaşılanlardır. Bu kapsamda, rekabet otoriteleri birleşme veya devralmalarda karşılaştıkları yeni tiplerdeki sınırlamaların ve anlaşmaların doğrudan ilgililik, gereklilik ve makul olma bakımından incelemesini yaparak bunların yan

³⁶⁶ Erdem, 2007; s. 84; Gülergün, 2003; s. 32.

³⁶⁷ Erdem, 2003; s. 220.

sınırlama olup olmadığına karar vereceklerdir. Örneğin, bilgi değişimi, geçiş dönemi hizmetleri, fason imalat anlaşmaları ve sır saklama veya gizlilik anlaşmaları³⁶⁸ gereklilik, doğrudan ilgililik ve makul olma unsurlarını taşımaları halinde yan sınırlama olabileceklerdir.³⁶⁹ Rekabet yasağına benzeyen bu anlaşmalarda, genellikle daha uzun süreler için uzlaşılabilir. ³⁷⁰ Bununla ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun 24.10.2013 tarih ve 13-59/823-348 sayılı kararında;

“Sözleşmenin 22. maddesi ile tüm hissedarlara, şirketteki hissedarlıkları ya da görevleri süresince edinmiş oldukları bilgileri gizli tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre; hissedarlar, diğerinin ön izni olmadıkça şirketin veya diğer hissedarların işi, hesap, finans, akde bağlı düzenlemeleri veya sair işlemleriyle ilgili olarak öğrenebileceği gizli bilgileri kullanmayacağını veya kendisinin veya şirketin bunları bilmesi gereken yetkilileri, çalışanları, danışmanları, denetçileri vb. veya mevcut ve gelecekteki yatırımcıları, gayrimenkul etiketli fonları ve bu fonların yatırımcılarını vb. başka bir kişiye açıklamayacağını taahhüt etmektedir. Gizlilik yükümlülüğünün, devralma işleminin yapılandırılması amacıyla tarafların birbirlerine ilişkin bilgilerin gizli tutulması anlamında, standart nitelikte olduğu görülmektedir. Bu sınırlamanın da, tarafları açısından da orantılı ve makul olduğu kanaatine varılmıştır.”

sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü gibi süresiz bir gizlilik yükümlülüğünün orantılı ve makul olduğu değerlendirilmiştir.

Bir başka örneğe Rekabet Kurulu'nun 30.09.2010 tarih ve 10-62/1283-485 sayılı kararıdır. Buna göre söz konusu kararda,

“Ayrıca ilk etapta, Anlaşma'ya bağlı olarak akdedilen bir fason üretim anlaşması ile DYO'nun DPR ürünlerini, satışa konu formüllerle Euroresins adına üretmesi ile devralan tarafın, varolan müşterileri kaybetmeden yoluna devam etmesi sağlanabilecektir. Bu bakımdan, belli bir satış potansiyeline sahip ve müşteri listeleri, müşterilerle olan alım-satım anlaşmaları ve ürün formüllerini içeren DPR işinin DYO tarafından

³⁶⁸ Erdem, 2007; s. 146-152.

³⁶⁹ Aslan, 2014; s. 236.

³⁷⁰ Erdem, 2007; s. 146.

Euroresins Türkiye'ye satılması, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi kapsamında bir devralmadır."

değerlendirmesi yapılmıştır. Yine Rekabet Kurulu'nun 05.12.2013 tarih ve 13-69/932-393 sayılı kararında;

Bildirim konusu işlemde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü her pay sahibinin, pay sahibi olduğu sürece devam edecek ve Sabri GÜLEL, Serkan GÜLEL, Cavit GÜLEL'in hissedarlığın son bulması halinde iki yıl daha geçerli olacaktır. KILAVUZ'da üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin makul görüldüğü belirtilmekle beraber, ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik uzun süreli ya da süresiz rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. İşlemlerle birlikte getirilen rekabet etmeme ve istihdam etmeme yükümlülüklerinin işlemlerle doğrudan ilgili ve gerekli yan sınırlamalar olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaati oluşmuştur."

sonucuna varılmıştır. Burada da istihdam etmeme yükümlülüğünün bir yan sınırlama olduğu değerlendirilmiştir.

3.5.ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR

2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nde ortak girişimlerde kısıtlamalara ilişkin ilkeler ayrı bir bölüm olarak ele alınmıştır. Kısıtlamalara ilişkin ilkeler bu bölümde rekabet yasağı yükümlülükleri, lisans sözleşmeleri ile alım ve tedarik anlaşmaları başlıkları altında verilmiştir.

Ortak girişimlerde de, yan sınırlama niteliğinde olan **rekabet yasakları** coğrafi alan, kişi, süre ve konu bakımından farklı özellikler gösterebilir. 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 36 ncı paragrafına göre, ana teşebbüsler ile bir ortak girişim arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü, ortak girişimin ömrü boyunca birleşme veya devralmanın uygulanmasıyla doğrudan ilişkili ve gerekli görülebilir. Bu kapsamda, bir ortak girişim ana teşebbüslerin rekabet etmelerini yasaklayabilir. 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 37 nci paragrafına göre, rekabet yasağının coğrafi kapsamı, ana teşebbüslerin ortak girişim kurulmadan önce ilgili ürünleri veya hizmetleri pazarladıkları alanla sınırlı olmalıdır. Ancak bu kapsam eğer daha önceden yatırımı

yapılmışsa, ana teşebbüslerin ortak girişimin kurulması aşamasında girmeyi planladığı yeni bölgelere de genişletilebilir. Benzer şekilde, Komisyon Bildirimi'nin 38 inci paragrafında, rekabet yasağının ortak girişimin ekonomik faaliyetini oluşturan ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerektiği düzenlenmiştir. Takip eden paragrafta, ortak girişim yeni bir pazara girmek üzere kurulduğunda, ana teşebbüslerin birbirlerine karşı rekabet yasağı uygulanmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, Komisyon Bildirimi'nin 40 ıncı paragrafında kontrol gücü olmayan ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki rekabet yasağının, birleşme veya devralmanın uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli olmadığı düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 02.04.2008 ve 08-27/308-98 sayılı kararında coğrafi alan bakımında rekabet yasaklarına örnek olarak verilebilir. Bu kararda şöyle bir değerlendirme yer almaktadır:

“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 Arzum'nun faaliyetlerine ve faaliyetlerin bulunduğu coğrafi pazarlara yönelik olarak getirildiği ve bu yönüyle makul olduğu görülmektedir.”

Rekabet Kurulu'nun 25.12.2009 ve 09-57/1392-361 sayılı kararında hem konu hem de süre bakımından rekabet yasağına örnek olarak verilebilecektir. Buna göre; *“Mevcut dosya kapsamında tarafların birbirlerine getirdikleri yan sınırlamaların Medikal Park'ın faaliyet alanı ile sınırlı tutulması, diğer faaliyet alanlarını kapsamaması ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini ortak girişiminin ömrünün belirliyor olmasından hareketle, işlemde yer alan sınırlamaların yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği anlaşılmıştır.”*

Ortak girişimlerde yan sınırlamaları, lisans hakları bakımından da değerlendirmek gerekir. 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 42 nci paragrafına göre, ana teşebbüslerce ortak girişime verilen bir lisansın, münhasır olup olmadığına ve süre ile kısıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, doğrudan ilgili ve konsantrasyonun gerçekleşmesi bakımından gerekli olduğu kabul edilebilir. Öte yandan Komisyon Bildirimi'nin 43 üncü paragrafı kapsamında ana teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmaları, ortak bir girişimin gerçekleşmesi bakımından doğrudan ilişkili ve gerekli değildir. Nitekim daha önceki bölümlerde verilen Rekabet

Kurulu'nun 09.02.2006 ve 06-11/127-5 sayılı kararında, ortak girişim ile ana teşebbüs arasında düzenlenen know-how lisans anlaşmasının birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğuna karar verilmiştir.

Ortak girişimlerde alım ve tedarik anlaşmaları, ortak girişimin tam işlevsellik unsurunun ihlal edilmemesi için, süre bakımından sınırlı olmalıdır.³⁷¹ Öte yandan 2005/C 56/03 sayılı Komisyon Bildirimi'nin 44 üncü paragrafına göre ana teşebbüsler eğer ortak girişimin altındaki veya üstündeki bir pazar faaliyet gösteriyorsa, alım ve tedarik anlaşmaları teşebbüsün devri durumunda geçerli olan ilkelere tabi olacaktır. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 29.12.2006 ve 06-96/1224-369 sayılı kararında, ortak girişim ile ana teşebbüs arasında 5 yıllık münhasır bir hizmet alım sözleşmesi akdedilmiş olduğu belirtilmiş, ancak anlaşmanın süresi göz önünde bulundurulmaksızın münhasırlık içermesi nedeniyle yan sınırlama olmadığına karar verilmiştir.

³⁷¹ Gülergün, 2003; s. 46.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAN SINIRLAMALARIN DENETLENMESİ

Birinci ve ikinci bölümde birleşme ve devralmalara ilişkin bilgilere, üçüncü bölümdeyse yan sınırlamamın tanımı, unsurları ve çeşitleri hakkında bilgilere yer verilmişti. Bu bölümde yan sınırlamaların kontrolü ve denetimi üzerinde durulacaktır.

4.1.YAN SINIRLAMALARIN BİLDİRİMİ

Daha önce üzerinde durulduğu gibi Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında hangi durumlarda birleşme veya devralmaların hukuka aykırı ve yasak oldukları düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, *"hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul çıkaracağı tebliğlerle ilan eder"* hükmü düzenlenmiştir. İşte bu kapsamda 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 10 uncu maddesinde, birleşme veya devralmaların bildirimlerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Ancak ne Rekabet Kanunu'nda ne de 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde yan sınırlamaların Rekabet Kurulu'na bildirilmesinin gerekli olduğuna dair hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca Tebliğ'in ekinde yer alan "Bildirim Formu"nda da bu yönde bir madde bulunmamaktadır. Nitekim 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'da da yan sınırlamaların bildirilmesinin gerekli olduğuna ilişkin kayda yer verilmemiştir.

Öte yandan yan sınırlamaların bildirilmemesi gerektiğine dair de bir hüküm veya düzenleme yoktur. Bu bakımdan yan sınırlamaların ihtiyari olarak Rekabet Kurulu'na bildirilmeleri mümkündür. Diğer yandan doktrinde yan sınırlamaların bildirim tabi oldukları yönünde görüşler mevcuttur.³⁷² Bu görüşü savunanların; *sınırlamaların birleşme veya devralma işlemine ilişkin anlaşmanın birer parçası olduğu, bu nedenle birleşme ve devralma anlaşmasının bir parçası olarak Rekabet Kurulu'na bildirilecekleri, Rekabet Kurulu'nun izin vermesi sonrasında*

³⁷² Özşahin, 2018; s. 102-103.

sınırlamaların yan sınırlama haline geleceği, bu nedenle dolaylı olarak bildirilmesinin gerekli olduğu şeklinde bir mantık izlemiş olmaları mümkündür.

Ancak 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşmış olduğunun tespitini işlem taraflarının yapması esastır." hükmüyle ilgili olarak 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 46 ncı paragrafında aynen,

"Bu düzenleme ile bütün yoğunlaşma işlemlerinde yan sınırlamaların değerlendirilmesi yönündeki önceki uygulama terk edilerek, bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığının değerlendirilmesi esas itibarıyla işlem taraflarının sorumluluğuna bırakılmaktadır. Dolayısıyla, Tebliğde yer alan söz konusu düzenleme ile Kurulun yoğunlaşmalara yönelik kararlarında yan sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olsa dahi, ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı prensibi kabul ve ilan edilmiş olmaktadır. Ancak Kurul, tarafların talepte bulunması halinde, işbu Kılavuzda ya da önceki kararlarında ele alınmamış, yeni bir yönü bulunan sınırlamaları, yoğunlaşmaya ilişkin kararlarında değerlendirecektir."

değerlendirmesi yer almaktadır. Bu değerlendirmede görüldüğü üzere bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığının değerlendirmesi taraflara bırakılmıştır; öyleyse sınırlamanın bildirilip bildirilmemesi de taraflarca belirlenebilir.

Kısaca; kanaatimizce yan sınırlamaların bildirimini için bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, bildirilmesinde bir sakınca bulunmaktadır.

4.2.REKABET KURULU'NUN İNCELEME VE ARAŞTIRMA USULLERİ

Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri RKHK'nun 27 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre birinci fıkranın (a) bendinde yer alan "Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak" hükmü ile (d)

bendinde yer alan "Birleşme ve devralmalara izin vermek" hükmü bu görev yetkilerdendir.³⁷³ Bu görevlerin nasıl yapılacağı veya yetkilerin nasıl kullanılacağı hususlarıysa Rekabet Kanunu'nun "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmiştir.³⁷⁴

Rekabet Kanunu'nun 40 inci maddesinin birinci fıkrasına göre Kurul, "resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir." Önaraştırma³⁷⁵ yapılmasına karar verilirse aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında Kurul Başkanı "meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak" görevlendirir. Önaraştırma yapmak üzere görevlendirilen raportör³⁷⁶ ise "30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini" yazılı olarak Rekabet Kurulu'na teslim eder. Rekabet Kanunu'nun 41 inci

³⁷³ 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 97/9468 sayılı "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in (Rekabet Kurumu Yönetmeliği) 14 üncü maddesinde Rekabet kurulu'nun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) alt bendinde "Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vermek; önaraştırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vermek", (b) alt bendinde "İhbar ve şikayet başvurularında ileri sürülen iddiaların ciddi ve yeterli bulunması durumunda, ihbar ve şikayet edenlere, ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğunu ve araştırmaya başlandığını yazılı olarak bildirilmesini sağlamak" ve (c) alt bendinde "Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Başkan tarafından görevlendirilecek raportör veya raportörler ile birlikte gerektiğinde Kurul üyesi veya üyelerini de belirlemek, başlatılan soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ilgili taraflara bildirmek ve bu bildirim yazısı ile birlikte iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndererek tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içerisinde göndermelerini istemek" hükümleri yer almaktadır.

³⁷⁴ Bu görevlerin nasıl yapılacağı veya yetkilerin nasıl kullanılacağı hususları Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin altıncı bölümünün "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı ikinci kısmında detaylı olarak düzenlenmiştir.

³⁷⁵ Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 55 inci maddesinin birinci fıkrasında "Kuruma intikal eden başvurular, ilgili Daire Başkanlığı'na intikal ettirilir. İlgili Daire Başkanlığı re'sen kendisine intikal eden başvurularla ilgili olarak meslek personeli uzmanlar arasından görevlendirilecek raportörlere ilk incelemeyi yaptırır ve raportörlerin hazırlayacağı rapora istinaden başvurunun, Kurumun çalışma konularının kapsamı dışında olduğunun anlaşılması halinde, durum, başvuru sahiplerine Başkanlıkça bildirilir." hükmü yer alır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında "Kurul re'sen veya yukarıda belirttiğimiz şekilde kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına, ya da önaraştırma yapılmamasına, karar verir." denmektedir.

³⁷⁶ Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 58 inci maddesinin birinci fıkrasında "Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörler (Rekabet Uzmanları) yapacakları önaraştırma ile ilgili olmak kaydıyla Kurul adına Kanun'un 14 ve 15 nci Maddelerinde düzenlenen 'Bilgi isteme' ve 'yerinde inceleme yapma' yetkilerini haizdirler. Verilecek süre içinde gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istenebilir." hükmü yer almaktadır.

maddesi çerçevesinde Kurul, 10 gün içinde toplanarak, bir soruşturma açılıp veya açılmayacağına karar verir.³⁷⁷

Kanun'un 42 nci maddesinin birinci fıkrasında; *"Kurulun, ihbar veya şikâyet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikâyet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirilir."* hükmü yer almaktadır.³⁷⁸ Soruşturma yapılmasına karar verilirse Rekabet Kurulu, Kanun'un 43 üncü maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde *"İlgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler. Soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır. Gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir."* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göreyse Kurul, *"başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir."*³⁷⁹

Rekabet Kanunu'nun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında, Kurul'un *"bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden"* isteyebileceği düzenlenmiştir. Takip eden ikinci fıkradaysa kendisinden bilgi istenen makamların veya bunların yetkililerinin *"istenilen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde"* vermek zorunda oldukları hükmü yer almaktadır.

Kanun'un 15 inci maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un, *"bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve*

³⁷⁷ Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 56 ncı maddesinin birinci fıkrasında *"Önarastırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde Kurul, elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek karar vermek üzere toplanır ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verir."* hükmüne yer verilmiştir.

³⁷⁸ Kurulun başvurulara ilişkin aldığı kararlara karşı izlenecek yol aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre *"Kurulun, gerek başvuruları açıkça reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabilir."*

³⁷⁹ Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında *"Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, görevli raportör veya raportörler ile gerektiğinde birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyeleri de belirlenir. Soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır. Gerekli görüldüğü hallerde, bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir."* denmektedir.

teşebbüs birliklerinde incelemelerde” bulunabileceği belirtildikten sonra “teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler” yapabileceği hususu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Rekabet Kanunu, Kurul’a çok geniş bir denetim ve soruşturma yetkisi vermiştir. Rekabet Kanunu’nun 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “İnceleme, Kurulu(n) emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.” demek suretiyle Kurul incelemelerinde görevlendirilecek personel ve yetkilendirilmelerine ilişkin usul belirlenmiştir. Son fıkrada ise ilgililerin kendilerinden istenen bilgi, belge, defter ve diğer evrakın örneklerini teslimle yükümlü oldukları ve yerinde incelemeyi engelleyemeyecekleri hususu düzenlenmiştir.

Kanun’un 44 üncü maddesinin ilk fıkrası uyarınca, Kurulca belirlenen ve görevlendirilen raportörlerden oluşan soruşturma heyeti, Kanun’un 14 üncü maddesi kapsamında bilgi isteyebilir ve Kanun’un 15 inci maddesiyle verilen yetkileri Kurul adına kullanabilir.³⁸⁰ Öte yandan soruşturma devam ederken, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delil, incelenen kişiler tarafından her zaman Kurul’a sunulabilir. Kanun’un 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasında *“Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.”* hükmü yer almaktadır.³⁸¹ Öte yandan aynı maddenin son fıkrasında Kurul’un

³⁸⁰ Rekabet Kurumu Yönetmeliği’nin 60 ncı maddesinin birinci fıkrasında *“Görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında Kanun’un 14 üncü Maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 nci Maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Verilecek bu süre içinde gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istenebilir.”* hükmü yer almaktadır.

³⁸¹ Rekabet Kurumu Yönetmeliği’nin 61 inci maddesinin birinci fıkrasında *“Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.”* hükmü yer almaktadır.

" tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak" yapamayacağı hususu düzenlenmiştir.³⁸² Nitekim 45 inci maddenin birinci fıkrası hükmü gereğince " soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ" edilir.³⁸³

Öte yandan 45 inci maddenin ikinci fıkrasına göre, ilgililere " yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermeleri" tebliğ edilir. Gönderilen savunmaya karşı soruşturmayı yürüten heyet " 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir" ve ilgililer " 30 gün içinde bu görüşe cevap" verebilirler. Bu süreler " tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde" bir seferliğine en fazla bir katı kadar uzatılabilir.³⁸⁴ Tüm bunların yanında savunmaların burada belirtilen süre içinde Kurul'a verilmesi zorunludur. 45 inci maddenin son fıkrası hükmüne göre " süresi içinde verilmeyen savunmalar" dikkate alınmazlar.

Rekabet Kanunu'nun 46 nci maddesi hükmü uyarınca, soruşturmanın tamamlanmasından sonra " tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine" veya Kurul kendiliğinden " sözlü savunma toplantısı"³⁸⁵ yapılmasına karar verebilir.

Kanun'un 48 inci maddesine göre bir soruşturmaya ilişkin nihai karar; eğer sözlü savunma yapılmışsa " aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde", eğer sözlü savunma yapılmamışsa " soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde" verilir.

³⁸² Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 61 inci maddesinin ikinci fıkrasında " Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz." hükmü yer almaktadır.

³⁸³ Bu husus Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 62 nci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir.

³⁸⁴ Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 62 nci maddesinin ikinci fıkrasında " Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurul'a göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yapmakla görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermeleri halinde bu süreler, bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir." denmektedir.

³⁸⁵ Sözlü savunma toplantısına ilişkin hükümler Rekabet Kurumu Yönetmeliği'nin 63 ve 64 üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

4.3.BİRLEŞME VEYA DEVRALMALARA VE YAN SINIRLAMALARA İLİŞKİN KURUL KARARLARI

Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak Rekabet Kurulunca yapılan değerlendirmeler neticesinde Kurul kendisine Rekabet Kanunu'nun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentleriyle verilen görev ve yetkileri kullanmak suretiyle; anlaşmalara izin verebilir, ihlale son verilmesine karar verebilir, şartlı izin verebilir, menfi tespit belgesi verilmesine karar verebilir, muafiyet kararı verebilir ve gerekli hallerde idari para cezası verebilir. Bu bölümde öncelikle Rekabet Kurulu kararlarından bahsedip, ardından saydığımız kurul kararları incelenecektir.

4.3.1. İzin Verilmesi Kararı

Rekabet Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun'un 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmalarına ilişkin olarak Kurul, kendisine "*bildirildiği tarihten itibaren... onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihaî incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek*" zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Kısaca Kurul kendisine yapılan bildirimden itibaren 15 gün içinde ya izin vermeli ya da incelemeye ilişkin gerekli prosedürü başlatmalıdır. Bu inceleme sonucunda da Rekabet Kurulunca izin verilmesi söz konusu olabilir.

Rekabet Kurulu'nun "*süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukukî geçerlilik*" kazanacağı hükmüyle bir sonraki fıkrada düzenlenmiştir. Bu da Kurul'un olumlu veya olumsuz bir işlem yapmadığı hallerde bildirim yürürlüğe gireceği, yani zımnen izin verilmiş sayılacağını göstermektedir.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un, bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş olan birleşme veya devralmalara ilişkin olarak inceleme başlatacağı belirtilerek, bu inceleme sonucunda "*Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi*

durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulanır” hükmü düzenlenmiştir.

Buna göre birleşme veya devralmaya şu dört halde Rekabet Kurulunca (açıkça veya zimnen) izin verilmesi mümkündür:

- 1- Birleşme veya devralmanın bildiriminden itibaren 15 gün içinde izin verilmesi,
- 2- Birleşme veya devralmanın bildiriminden sonra birleşme veya devralmanın incelemeye alınıp, inceleme sonrasında izin verilmesi,
- 3- Kurul’un herhangi bir işlem yapmaması halinde, bildirimden itibaren 30 gün içinde birleşme veya devralmanın hukuki geçerlik kazanması,
- 4- Kurul’un bildirimi yapılamamış bir birleşme veya devralmayı incelemeye aldıktan sonra izin vermesi.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği’nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, *“birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar”* denmektedir. Bu bakımdan bir birleşme ve devralma işlemine ilişkin olarak Rekabet Kurulunca verilecek izin, aynı işlemler birlikte kararlaştırılmış yan sınırlamaları da kapsamaktadır. Bununla birlikte aynı fıkranın devamında *“Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır”* demek suretiyle, bir sınırlamanın yan sınırlama niteliğinde olup olmadığına ilişkin kararın taraflarca verilmesi uygulamasına geçilmiştir. Bu uygulama, Rekabet Kurulu kararlarında birleşme ve devralma işlemindeki yan sınırlamalara ilişkin herhangi bir değerlendirme yer almasa da, ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

4.3.2. İzin Verilmemesi ve İhlale Son Verilmesi Kararları

Rekabet Kanunu’nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun’un 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmalarına ilişkin olarak, Kurul yaptığı ön inceleme sonucunda anlaşmayı incelemeye almaya karar verirse, *“ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer*

*tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek*³⁸⁶ zorundadır. Bu durumda Rekabet Kanunu'nun 40 ıncı maddesi ve sonrasında yer alan hükümler kapsamında yapılacak değerlendirmeler sonrasında Kurul birleşme veya devralma işlemine izin vermeyebilir.³⁸⁷ Nitekim 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında *"Tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez."* denmektedir.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un, bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş olan birleşme veya devralmalara ilişkin olarak inceleme başlatacağı belirtilerek, bu inceleme sonucunda;

"Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiilî 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 devralman teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir."

hükmü düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu, birleşme veya devralmanın hukuka aykırı ve yasak olduğuna karar verip, işleme izin vermedikleri gibi işlemin hukuka aykırı sonuçlarının da ortadan kaldırılmasına yönelik bir kısım tedbirler almakla yetkilendirilmiştir. Bu tedbirler;

³⁸⁶ Bu hükme paralel şekilde 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında *"Kurul, bu Tebliğin 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine ya izin verir 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 eder. Bu durumda, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde Kanununun 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır."* hükmü yer almaktadır.

³⁸⁷ Daha detaylı bilgi için bkz. Bu çalışmanın "3.2. Rekabet kurulu'nun İnceleme ve Araştırma Usulleri" başlıklı bölümü.

- a) Birleşme veya devralma işleminin sonra erdirilmesi,
- b) Hukuka aykırı durumların ortadan kaldırılması,
- c) Ele geçirilen mal ve payların sahiplerine iadesi, bunun mümkün olmaması durumunda üçüncü kişilere temlik
- d) Bunların dışında Kurul'u gerekli gördüğü diğer kararlar,

şeklinde sayılabilir.³⁸⁸

Rekabet Kurulu'nun birleşme veya devralmanın Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi halinde, bu hukuka ne şekilde son verileceği Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kanunu'nun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında "*Kurul, ihbar, şikâyet³⁸⁹ ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Rekabet Kurulu aynı maddenin üçüncü maddesi hükmü uyarınca, 9 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında bir karar almadan önce "*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini*" yazılı şekilde bildirir.

Son olarak, 9 uncu maddenin dördüncü fıkrasında Rekabet Kurulu'nun "*nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler*" alabileceği hükme bağlanmıştır.

Daha önce ifade edildiği üzere 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında Rekabet Kurulunca verilecek izin, birleşme veya devralma ile birlikte kararlaştırılmış yan sınırlamaları da kapsayacağı belirtilmiştir. Ancak ne Rekabet Kanunu'nda, ne de Birleşme ve Devralma Tebliği'nde birleşme veya devralma işlemine izin verilmemesi halinde yan

³⁸⁸ Güven, 2003; s. 414-415;

³⁸⁹ Aynı maddenin ikinci fıkrasında, "*meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler*"in şikayette bulunabilecekleri hususu düzenlenmiştir.

sınırlamaların ne olacağı hususu düzenlenmemiştir. Ancak açıkça görüleceği üzere bir birleşme veya devralma işlemine izin verilmemesi halinde, bu işleme bağlı olarak oluşturulan sınırlamaların yan sınırlama olma özellikleri sona erecek, başka bir ifadeyle yan sınırlamalar da yasak kapsamına gireceklerdir.³⁹⁰

4.3.3. Şartlı İzin Verilmesi Kararı

Şart, hukukî bir işlemin hüküm ve sonuç doğurmasının veya hüküm ve sonuçlarının sona ermesinin taraflarca kararlaştırıldığı, geleceğe yönelik ve sonucu şüpheli olay şeklinde tanımlanabilir.³⁹¹ Şart kavramı ayrıca, hukuki işlem yapıldığı anda henüz varlığı bilinmeyen olayların, söz konusu işlem üzerinde gelecekte etkili sonuçların doğmasını sağlayacak şekilde dikkate alınması olarak da tarif edilebilir.³⁹² Bu tanımlardan hareketle şartın varlığı için geleceğe ait bir olayın varlığının gerekli olduğu ayrıca bu olayın gerçekleşmesinin de “şüpheli” olması gerektiği ileri sürülebilir. Gelecekte gerçekleşecek olayın “şüpheli” olmaması halinde şarttan değil vadeden söz etmek gerekir.³⁹³

Bilindiği üzere, Türk rekabet hukukunda birleşmeler ve devralmalar, rekabeti bozucu şekilde hâkim durum yaratıyorsa veya bir hâkim durumu olduğundan daha güçlü hale getiriyorsa hukuka aykırı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Ancak yasaklama üzerine kurulu bir sistem, bazı pazarlarda etkinliği artıracak birleşme veya devralmaların gerçekleşmesine, dolayısıyla da rekabet ortamının gelişmesine engel olabilmektedir. Bu nedenle, birleşme veya devralmanın tamamen yasaklanması yerine, hem rekabetin engellenmesine neden olan uygulamaların ortadan kaldırılmasını hem de ekonomik anlamda faydalı birleşmenin veya devralmanın gerçekleşmesini sağlayacak bir yöntem, rekabet hukukunun amaçları bakımından daha uygun olacaktır.³⁹⁴ İşte bu durumdaki birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde şartlı izin yönteminin veya taahhüt mekanizmasının kullanılması, birleşme veya

³⁹⁰ Özşahin, 2018; s. 108.

³⁹¹ Akıntürk, T. 1970. *Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme*. AÜHFD, 1970, C. 27, 219-247, s. 224. (Erişim adresi: <URL: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3174.pdf>>. [30 Ekim 2018]).

³⁹² Sirmen, L. 1992. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s.1.

³⁹³ Dolmacı, 2011; s. 102.

³⁹⁴ Dolmacı, 2011; s. 106.

devralmanın rekabeti kısıtlayıcı yönünün azaltılmasına imkân vermekte, bu sayede genel refahın artması da sağlanmaktadır.³⁹⁵ Diğer bir ifadeyle, bir birleşmenin veya devralmanın yasaklanarak gerçekleşmesinin engellenmesi yerine, belirli şartlar altında birleşmenin gerçekleşmesine imkân verilmiş olmaktadır.³⁹⁶

Rekabet Kanunu'nda, Rekabet Kurulu'nun birleşme veya devralmalara şartlı izin verebileceği şeklinde bir düzenleme yer almamaktadır.³⁹⁷ Ancak, Rekabet Kanunu'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "*Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin*³⁹⁸ yerine getirilmemesi" durumu, muafiyet veya menfi tespit belgesi verilmesi kararlarının geri alınabileceği haller arasında sayılmıştır. Her ne kadar Rekabet Kanunu'nda şartlı izin verilmesi hali açıkça düzenlenmemiş olsa da bir karara şart veya yükümlülük bağlanabileceği bu maddeden anlaşılmaktadır. Bunun yanında Rekabet Kanunu'nda şartlı izin verilmesini engelleyecek bir hüküm de bulunmamaktadır.³⁹⁹

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde "*Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük*⁴⁰⁰ *öngörebilir.*" hükmüne yer verilmiştir. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında "*Kurul, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilir.*" denmektedir. Bu bakımdan Rekabet Kurulu Birleşme ve Devralma Tebliği'nde yer alan bu hükümler çerçevesinde şartlı izin kararları alabilmektedir.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında "*Teşebbüsler, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt*

³⁹⁵ Kaya, Ş. D., Z. Madan ve E. Sesli. 2009. *Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi*. Rekabet Dergisi, 10 (2), s. 31-32.

³⁹⁶ Gürkaynak, G., B. İkiler ve A. G. Yeniaras, 2009. *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, s. 174.

³⁹⁷ Aslan, 2014; s. 232; Güven, 2003; s. 403-404; Güven, 2009; s. 371; Özşahin, 2018; s. 109; Ulu, 2004; s. 62.

³⁹⁸ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz (2006)'a göre "*Şart ile yükümlülük arasındaki en önemli fark, şartın gerçekleşmesi ile hukuki işlemin sonuç doğurması veya sonuçlarının ortadan kalkmasıdır. Buna karşılık yükümlülük, hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasına veya ortadan kalkmasına doğrudan etki etmemektedir.*" Aksoy, N., H. Bolatoğlu ve Ş. Yavuz. 2006. *Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması*. Rekabet Dergisi, S: 25, 3-28, s. 6.

³⁹⁹ Ulu, 2004; s. 70.

⁴⁰⁰ Varol (2009)'a göre iznin esasa ilişkin kısımlara şart, uygulamaya ilişkin kısımlara ise yükümlülük denmektedir. Varol, N. 2009. *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 77.

verebilirler. Teşebbüsler tarafından verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olmalıdır.” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu taahhütleri, esas olarak rekabet sorunları doğuran ve Rekabet Kurulu’nun inceleme konusunu oluşturan eylemlerden kaçınılması oluşturmaktadır.⁴⁰¹

Rekabet Kanunu’nun 7 nci maddesi kapsamına girebilecek birleşme veya devralma işlemlerinde, taahhüt kurumunun yerleştirilmesi, bu kapsamda işleme ilişkin şart ve yükümlülüklerin getirilebilmesi, birleşme veya devralma işlemlerine taraf olan teşebbüslerin bilgilendirilmesine ve görüşlerinin değerlendirilmesine bağlıdır.⁴⁰² Nitekim Rekabet Kurulu kararlarında taahhütlere ve taahhütlerin uygulanabilir olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır.⁴⁰³

⁴⁰¹ Arı M. H., E. Aygün ve H. G. Kekevi, 2009. *Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, s. 232.

⁴⁰² Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 23.

⁴⁰³ Örneğin, Tesco Overseas Investments Limited kontrolünde olan Tesco Kipa Kitle Pazarlama Ticaret Lojistik ve Gıda San. A.Ş. hisselerinin %95,495 inin Migros Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebinin görüşüldüğü, Rekabet Kurulu’nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı toplantısında söz konusu işlemin hem yatay hem de dikey örtüşmeler bakımından değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek, Migros Ticaret A.Ş.’den yatay ve dikey endişelere ilişkin ayrı ayrı taahhütler alındığı, Rekabet Kurulu’nun da söz konusu taahhütleri detaylı olarak değerlendirdiği görülmektedir. Söz konusu kararda dikey endişelere yönelik taahhütlere ilişkin değerlendirme şu şekilde yer almıştır: “...taahhüdün 1/a bendinde yer alan “mevcut ticari ilişkiler” ifadesidir. Bahse konu taahhüt metninde mevcut durum, 2016 yılının Mayıs ayı olarak belirlenmiştir (3 numaralı taahhüt). MİGROS, taahhüt metni ekinde yer alan çalışmalarını uyarınca işleme konu mağazalarda, Mayıs 2016 itibarıyla kullanımda olan planogramlara dayanarak ortaya çıkan EFES ve başlıca rakibine ait raf payları, her bir mağazada bira satışına ayrılan raf metrajları ile ağırlıklandırılarak ortalamasını almıştır. Söz konusu ağırlıklı raf payı ortalama değerlerinin (EFES için %(.....), TUBORG için %(.....)), ileriki dönem bakımından referans ortalama değer olarak kabul edileceği, işleme konu mağazalardaki raf paylarının ağırlıklı ortalamasının, 1.a no’lu benette sayılan diğer koşullar da gözetilerek bu değer ile uyumlu olmasının sağlanacağı belirtilmiştir.

Dosya konusu işlemin 2016 yılının Haziran ayında Kuruma bildirildiği dikkate alındığında, bildirim tarihinden gerekçeli kararın tebliğine kadar geçecek zaman zarfında devre konu mağazalarda bira pazarındaki rakipler aleyhine birtakım değişiklikler gerçekleştirilmiş olabileceği yönünde şüphelerin gündeme gelmesi olasıdır. Mevcut durum bakımından 2016 yılının Mayıs ayının referans alınmasının, söz konusu şüphelerin bertaraf edilmesi bakımından yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Taahhüt metninde; 1.a no’lu benette sayılan tüm kriterlerin her bir yeni dönemde, bir önceki dönemin dikkate alınarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu noktada pazarın dinamik yapısına aykırılık teşkil etmemesi bakımından, 2016 Mayıs ayının bir başlangıç kriteri olması ve sonraki dönemler bakımından “mevcut ticari ilişkiler” ifadesi bakımından bir önceki döneme ilişkin verilerin dikkate alınması önemlidir.

AEH/MİGROS kararından farklılık arz eden bir diğer husus ise, bildirime konu işlem bakımından taahhüdün devralma işlemi sonrasında iki yıllık süre boyunca ve her halükarda AEH/MİGROS kararıyla bağlayıcı kılınan taahhütlerin süresini aşmayacak şekilde uygulanacağını belirtilmiş olmasıdır. Bunun yanında, AEH/MİGROS kararında kabul edilen taahhüde paralel olarak sürenin sonunda Kurul tarafından yeniden değerlendirme yapılabileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz, AEH/MİGROS kararı çerçevesinde MİGROS mağazaları bakımından sunulan taahhütlerle, bildirime konu işlem çerçevesinde -hangi ad altında faaliyet gösterecek olursa olsun- devre konu TESCO KİPA mağazaları bakımından sunulan taahhütler birbirleriyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle, bildirime konu işlem sonrasında esasen tümü MİGROS bünyesinde faaliyet gösterecek mağazalara ilişkin taahhütler bakımından farklı zamanlarda yeniden değerlendirme yapılması işlem maliyeti yaratabileceği gibi bütünlüğün gözden kaçırılmasına da yol açabilecektir. Ayrıca, gerek AEH/MİGROS kararında gerekse

Rekabet Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun'un 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmalarına ilişkin olarak, Kurul yaptığı ön inceleme sonucunda, anlaşmayı incelemeye almaya karar verebilir. Kurul madde metninde yer alan tebligata ilişkin hükümlere uyup, Rekabet Kanunu'nun 40 ıncı maddesi ve sonrasında yer alan hükümler kapsamında değerlendirmeler yaptıktan sonra birleşme veya devralma işlemine izin verebilir. İşte burada Kurul 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi hükmüne uygun olarak izin kararını bir şarta bağlayabilir. Yine Rekabet Kurulu'nun, Rekabet Kanunu'nun 11 inci maddesi kapsamında kendiliğinden harekete geçerek, birleşme ve devralma işlemini incelemeye alması mümkündür. Bu incelemenin sonunda Kurulca işleme izin verilebilir. Buradaki izinde de Kurul izin kararını bir şarta bağlayabilir. Birleşme ve devralma işlemleri, bir iştirakin veya mal varlığının satılması gibi yapısal nitelikte olabileceği gibi, belli bir süre boyunca fiyat garantisi verme ve altyapının rakiplerce kullanılmasına izin verme gibi davranışsal nitelikte de olabilmektedir.⁴⁰⁴

Şartlı izin müessesesi, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, daha iyi anlaşılacaktır. Tesco Overseas Investments Limited'in kontrolündeki Tesco Kipa Kitle Pazarlama Ticaret Lojistik ve Gıda San. A.Ş. hisselerinin %95,495 inin Migros Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebine ilişkin, Rekabet Kurulu'nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı kararı şu şekildedir;

"Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin

bildirime konu işlem kapsamında sunulan taahhütlerin aynı yöndeki endişeleri gidermeyi hedef aldığı dikkate alındığında, bir işlem kapsamında sunulan taahhütlerin sona ermesinden sonra, diğer işlem kapsamında sunulan taahhütlerin uygulanmasına devam edilmesi çelişkiye yol açabilecektir.

Bu bağlamda, gerek usul ekonomisi gerekse bildirim konu işlem sonrasında tümü MİGROS bünyesinde faaliyet gösterecek mağazalar bakımından bütünlüğün sağlanması uyarınca her iki işlem kapsamında sunulan taahhütlerin süresinin aynı zamanda dolması ve akabinde Kurul tarafından taahhütlere ilişkin aynı anda yeniden değerlendirmede bulunulmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Kuşkusuz Kurul her iki karar açısından birlikte değerlendirme yaparak karar alabileceği gibi her bir dosya özelinde birbirinden farklı kararlar da alabilecektir.

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen taahhüt paketinin bildirim konu işlemin dikey boyutu çerçevesinde ortaya çıkabilecek endişeleri giderebilecek nitelikte ve yeterlilikte olduğu değerlendirilmektedir."

⁴⁰⁴ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 21.

Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna,

2. Söz konusu işlemin, aynı Kanun'un 7. maddesi kapsamında yatay yoğunlaşmanın gerçekleştiği; (.....) olmak üzere (.....) ilçe bakımından hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek bir işlem olduğuna,

3. Ayrıca işlemin, Anadolu Endüstri Holding A.Ş.⁴⁰⁵ iştiraklerinden Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayii A.Ş.'nin bira pazarında hâkim durumunu güçlendirebilecek ve bu şekilde rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurabilecek bir işlem olduğuna,

4. Bununla birlikte Migros Ticaret A.Ş. tarafından 25.01.2017 tarih ve 580 sayı ile sunulan taahhüt paketinin yukarıda yer verilen endişeleri gidermekte genel anlamda yeterli olduğuna; bu çerçevede Migros Ticaret A.Ş. tarafından 25.01.2017 tarih ve 580 sayı ile sunulan taahhüt paketi çerçevesinde bildirim konu işleme izin verilmesine,

⁴⁰⁵ Rekabet Kurulu'nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı kararında yer alan bilgilere göre; Anadolu Endüstri Holding A.Ş., 2015 yılında MH Perakendecilik ve Ticaret A.Ş. paylarının %80,50'sini satın alarak Migros T.A.Ş.'nin %40,25'ine dolaylı olarak sahip olmuştur. Söz konusu dönemde Migros T.A.Ş., Anadolu Endüstri Holding A.Ş. ve Moonlight Capital S.A. tarafından ortak şekilde kontrol edilmekteydi.

5. Migros Ticaret A.Ş. tarafından... sunulan taahhüt paketinde yer alan 1⁴⁰⁶, 2⁴⁰⁷, 8⁴⁰⁸, 9/c⁴⁰⁹, 11⁴¹⁰, 12⁴¹¹, 13⁴¹², 15⁴¹³, 16⁴¹⁴ ve 17⁴¹⁵ numaralı

⁴⁰⁶ MİGROS, "İşlem sonrasında iki (2) yıllık süre boyunca ve her halükarda MİGROS'un 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Kurul kararı kapsamında yükümlendiği taahhütlerin süresini aşmayacak şekilde, AEH'nin MİGROS ve EFES ve TESCO KİPA üzerinde kontrol hakkı devam ettiği müddetçe:

a. bira kategorisinde, genel bira pazar şartlarını, hızlı tüketim mallarının organize perakende pazarı dinamiklerini, kendi müşterilerinin tercihlerini gözetmek suretiyle, İşlem'e Konu Mağazalar'da süregelen mevcut ... ticari ilişkileri, bu ilişkilerin içerdiği sözleşmeleri, teamüllerdeki ticari şartlarını dikkate alarak; EFES'in tüm rakipleri ile ticari ilişkilerine, halihazırda satışı yapılan ve satışı yapılacak yeni ürünler bakımından, işbu paragrafta belirtilen kriterlere uygun ve objektif olarak devam edeceğini,

b. bira kategorisinde, yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak, bira pazarına giriş yaparak EFES'e yeni rakip olacak üretici/tedarikçiler ile, yine yukarıda belirtilen kriterlere uygun ve objektif olarak, ticari ilişki kuracağını;

c. bira kategorisinde, yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak; EFES'in ürünlerine rakip olan ürünlerin satışını engellemeyeceğini ve bira kategorisinde müşterilerine sunduğu tüm tedarikçi/üretici, ürün ve marka çeşitliliğini ve yine yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak sıcak/soğuk alanlarındaki raf paylarını ve teşhirlerini devam ettireceğini" taahhüt etmektedir.

⁴⁰⁷ "AEH'nin, 2015 AEH/MİGROS kararı kapsamında üstlendiği, MİGROS'un bira kategorisinde EFES'in tüm rakipleri ile olan ticari ilişkilerine, kendisinin veya herhangi bir iştirakinin ve/veya ilişkili şirketinin herhangi bir yöntem ile ... müdahil olmayacağına ilişkin taahhüdü, İşlem için de geçerlidir."

⁴⁰⁸ "İşlem'in kapanışının ardından Taahhüt'ün uygulamada kaldığı süre boyunca, İşlem'e Konu Mağazalar'ın mağaza adlarının/unvanlarının değiştirilmesi halinde, İşlem'e Konu Mağazalar'da Taahhüt'ün gereklerinin ifası bakımından işbu Taahhüt Metni'nde belirlenen esaslar geçerliliğini koruyacaktır."

⁴⁰⁹ Tesco Kipa'nın grup içinde başka şirkete devrinin söz konusu olması halinde, Taahhütler yerine getirilmeye devam edecektir.

⁴¹⁰ Bu madde ticari sır içerdiği için Rekabet Kurulu tarafından karar metninden silinmiştir.

⁴¹¹ "MİGROS, Elden Çıkarılacak Mağazalar için, Yürürlük Tarihi'nden itibaren (.....) içinde ("Migros'un Alıcı Bulma Dönemi") Uygun Alıcıları bularak bunlar ile kira sözleşmeleri veya alt kira sözleşmelerinin akdedilmesini veya kira sözleşmelerinin Uygun Alıcılar'a devrinin gerçekleştirilmesini sağlayacaktır. Şöyle ki, MİGROS mülkiyeti altındaki mağazayı kiralayabileceği veya kira sözleşmesine tabi mağazayı alt kira ile kiralayabileceği gibi sözleşmenin hukuki durumu elverişli ise kira sözleşmesini devretmeyi veya kira sözleşmesinin Tesco Kipa tarafından devredilmesini sağlamayı veya mülk sahibi ile Uygun Alıcı arasında kira sözleşmesinin akdedilmesini sağlamayı uygulamaya koyabilecektir. MİGROS'un Alıcı Bulma Dönemi bitiminde Elden Çıkarılacak Mağazalar'ın tamamı veya bir kısmı bakımından kira veya alt kira sözleşmeleri akdedilmemiş olursa, MİGROS Madde 19'da düzenlenen nitelikleri, görev ve yetkileri haiz ve Kurul tarafından onaylanacak bir bağımsız uzmana ("Uzman"), Elden Çıkarılacak Mağazalar'ın tamamı veya bir kısmını kiralamak üzere münhasır yetki verir. Uzman, MİGROS'un Alıcı Bulma Dönemi'nin bitiminden itibaren (.....) ("Uzman'ın Alıcı Bulma Dönemi") Uygun Alıcılar bularak bunlar ile kira veya alt kira sözleşmelerinin akdedilmesini sağlayacaktır. Kira veya alt kira sözleşmelerinin veya kira sözleşmesi devirlerinin kapanışı ("Kapanış") her durumda Kurul'un (.....) için Uygun Alıcılar'ın ve bunlarla akdedilecek kira veya alt kira sözleşmelerinin veya bunlara yapılacak kira sözleşmesi devirlerinin tamamının onaylandığı ve Elden Çıkarılmalar'a ilişkin sürecin ("Elden Çıkarma Süreci") tamamlandığına ilişkin Kurul kararının MİGROS'a bildirilmesini takip eden (.....) içinde gerçekleşecektir. Kapanış ifadesi Uygun Alıcı'ya ilgili mağazanın fiilen teslimi ve ilgili mağazaya ait demirbaşlarının bedeli mukabili satışı olarak anlaşılmalıdır. Kurul'a Uygun Alıcı'nın ve kira veya alt kira sözleşmelerinin veya kira sözleşmesi devirlerinin onaylanmasına yönelik başvuru yapılması durumunda bu maddede düzenlenen sürelerin duracağı kabul edilir. Kurul harici resmi mercilerden izin veya onay alınmasının gerekli olduğu durumlarda da bu maddede düzenlenen sürelerin duracağı kabul edilir."

⁴¹² "Uygun Alıcı, Taraflar'dan bağımsız ve Taraflar'la ilişkisiz, finansal kaynaklara, perakende sektöründe deneyime, Elden Çıkarılacak Mağazalar aracılığıyla ilgili pazarda rakip olma yeteneğine sahip nitelikte olacaktır. Rekabet ile ilgili yeni bir soruna yol açmayacak, Alıcı Elden Çıkarılacak Mağazalar'ın kiralanması ve işletilmesi konusunda tüm ilgili düzenleyici otoritelerden gerekli izinleri alabilecek nitelikte olacaktır."

başlıktaki unsurların şart, geri kalan taahhütlerin ise yükümlülük niteliğinde olduğuna,

6. Taahhüt kapsamında belirlenen şartların süresi içinde hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, verilen iznin geçersiz sayılacağına,

7. İşleme konu taahhütlerin uygulanmasını kolaylaştırmak bakımından, denetleyici uzman(lar) ve ayırıştırma uzman(lar)ı ile imzalanacak anlaşmaların onaylarının yapılabilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine,

8. 14.06.2016 tarih, 3826 sayılı ve 11.07.2016 tarih ve 4261 sayılı başvuruların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, başvuruların reddine gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYÇOKLUĞU⁴¹⁶ ile karar verilmiştir.”

⁴¹³ “MIGROS, Kapanış’a kadar geçecek süre zarfında, Elden Çıkarılacak Mağazalar’ı perakende mağazası olarak işletilmeye hazır durumda muhafaza edecek, bu mağazaların müşteri gözünde itibarını ve tercih edilebilirliğini zedeleyecek tasarruflarda bulunmayacaktır. Bu süre zarfında Elden Çıkarılacak Mağazalar’ın kiralamaya elverişli durumda yaşayabilirliği ve rekabet edebilirliğinin korunması için MIGROS söz konusu mağazaların bütün değerlerini basiretli davranarak koruyacak ve bu mağazalar üzerimde olumsuz etkiye sahip olabilecek her türlü davranıştan kaçınacak, Elden Çıkarılacak Mağazalar’ın bu ara dönemde etkin bir şekilde yönetilmesini gözetecektir.”

⁴¹⁴ “Elden çıkarılacak mağazanın kiralık değil Taraflar’ın mülkiyeti altında mağaza olması durumunda akdedilecek kira sözleşmelerinin süresi (.....) olarak düzenlenecektir. Bununla beraber, Uygun Alıcı’nın kira süresinin sonunu beklemeksizin kendi iradesiyle kira sözleşmesini feshetmesi, Uygun Alıcı’nın temerrüdü, aczi, iflasi, taşınmaza zarar vermesi ve benzeri hallerde kiraya verenin kira hukukundan ve kira sözleşmesinden doğan haklarını kullanması, Uygun Alıcı’nın tahliyesine yol açmayacak mülkiyet değişiklikleri Uygun Alıcı’yi kapamaya zorlama ve taahhütlere aykırılık olarak değerlendirilmeyecektir.”

⁴¹⁵ “Alt kira sözleşmelerinin ve mülk sahibi ile Uygun Alıcı arasında doğrudan akdedilecek kira sözleşmelerinin süresi Kapanış’tan itibaren asgari (.....) olarak düzenlenecek olmakla birlikte, MIGROS, ilgili sözleşmenin kalan süresi (.....) aşıyor ise, kalan sürenin tamamı için mağazayı alt kiraya verecektir ya da Tesco Kipa tarafından alt kiraya verilmesini sağlayacaktır. MIGROS, Uygun Alıcı’nın Kapanış’tan itibaren en az (.....) sürelerde alt kiracı olarak kalacağını taahhüt etmekle birlikte, Uygun Alıcı’nın kira süresinin sonunu beklemeksizin kendi iradesiyle alt kira sözleşmesini feshetmesi, Uygun Alıcı’nın temerrüdü, aczi, iflasi, taşınmaza zarar vermesi ve benzeri hallerde alt kiraya verenin kira hukukundan ve alt kira sözleşmesinden doğan haklarını kullanması Uygun Alıcı’yi kapamaya zorlama ve taahhütlere aykırılık olarak değerlendirilmeyecektir.”

⁴¹⁶ Karara muhalif kalan Rekabet Kurulu üyesinin karşı oy gerekçesinin ilgili kısmı ise şöyledir; “Ülkemizdeki hızlı tüketim malları sektörünün henüz doyumluğa ulaşmadığı ifade edilmesi gereken diğer bir gerçektir. AB ülkelerinde bir milyon nüfusa 15 hipermarket ve 150 süpermarket düşerken ülkemizde bu rakamlar 3’e 17’dir. Ülkemizde hane halkının hızlı tüketim malları harcamasının 2015’te % 10 artmış olması hızlı tüketim malları sektörünün ülkemizde doyumluğa erişmesinin daha uzun zaman alacağı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak yukarıda ifade olunan tespitler çerçevesinde ülkemiz için halen gelişmekte ve büyümekte olan ve doyumluğa erişmesi uzunca bir zaman alacak hızlı tüketim malları sektöründeki teşebbüslerin son yıllarda küçük ve orta ölçekli market formatında rekabet ettikleri, fiyatların genellikle ülke düzeyinde belirlendiği, MIGROS’ un müşterilerinin diğer market zincirlerine göre ayrıştığı ve bu durumun devam edeceği hususları ile MIGROS’un ulusal ve yerel

Görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu'nun kararında, devralma işleminin izne tabi bir işlem olduğu ve rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek nitelikte olduğu tespiti yapılmıştır. Ayrıca, rekabetin engellenmesine yönelik endişelerin, Migros T.A.Ş. tarafından sunulmuş olan *taahhüt paketi* ile giderildiği belirtilerek işleme izin verilmiştir. Buna ek olarak, taahhüt kapsamındaki şartların yerine getirilmemesi durumunda, iznin geçersiz sayılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Son olarak, Rekabet Kurulu, bir birleşme veya devralma işlemi incelerken, bir sınırlamanın, yan sınırlamaların genel şartlarını taşıdığı halde, bazı bakımlardan gerekli şartların kapsamını aştığını tespit edebilir. İşte bu gibi durumlarda, Rekabet Kurulu söz konusu sınırlamaların, yan sınırlamaların şartlarına, uyumlu hale getirilmesini şart koşabilir. Burada görülenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü kapsamında kısmi butlan olduğu söylenebilir.⁴¹⁷ Bu hükme göre "*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.*" Bu kapsamda, hukuka uygun olmayan kısımların hukuka uygun hale getirilmesi sözleşmenin tamamına geçerlilik kazandıracaktır. Bu itibarla Rekabet Kurulu 'nce yapılan uygulamanın kısmi butlanı ortadan kaldırmaya yönelik çalışmalar olduğu söylenebilir.⁴¹⁸

4.3.4. Menfi Tespit Belgesi Verilmesi Kararı

Rekabet Kanunu'nun 8 inci maddesinin birinci fıkrasına göre "*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanununun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.*" Her ne kadar Rekabet Kanunu'nda menfi tespite ilişkin açık bir tanım yer almasa da, 8 inci maddede yer alan "*bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme*

düzeyde mevcut ve potansiyel çok sayıda rakibinin olduğu ve olacağı dikkate alındığında bahse konu birleşmenin rekabet üzerinde gerek ulusal ve yerel düzeyde olumsuz bir etkisinin görülmeyeceği, tüketici refahına olumsuz etki edebilecek fiyat artışlarına sebep olmayacağı değerlendirildiğinden Kurulca alınan birleşme işlemine (.....) mağazanın elden çıkarılması şartıyla izin verilmesini içeren kararının 4. ve 5. maddelerine katılmıyorum." Buradan anlaşılacağı üzere, karşı oy devralma işleminin rekabeti olumsuz yönde etkilemediği görüşünü savunmaktadır.

⁴¹⁷ Şahin, 2010; s. 127.

⁴¹⁸ Şahin, 2010; s. 127.

ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren” ifadesinden, menfi tespit maddede sayılan işlemlerin hukuka uygun olduğunun Rekabet Kurulu tarafından belirlenmesi olarak anlayabiliriz. Bu bakımdan maddenin ikinci fıkrasında “Kurul, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 13 üncü maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden her zaman dönebilir. Ancak bu durumda taraflara Kurulun görüş değiştirmesine kadar geçen süre için cezaî müeyyide uygulanmaz.” demek suretiyle, Kurul’un gerektiğinde verdiği karardan dönebilmesi imkânı da getirilmiş olmaktadır.

Menfi tespit uygulamasında, Rekabet Kurulu kendi kendine değil, teşebbüslerin başvurusuyla harekete geçmektedir. Teşebbüslerin menfi tespit belgesi istenmelerinin sebebi, tarafların güven içerisinde hareket edebilmelerini sağlamaktır.⁴¹⁹ Diğer taraftan Rekabet Kurulu da, bu belgeyi vermesiyle birlikte, anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme veya devralmanın hukuka uygun olduğunu ve soruşturma açma hakkının olmadığını kabul etmiş olacaktır.⁴²⁰ Ayrıca menfi tespit, ticari hayattaki belirsizlikleri de ortadan kaldırmaktadır.⁴²¹

Öte yandan menfi tespit belgesi verilmesi kararı, kurucu olmayan, açıklayıcı nitelikte bir işlemdir. Yani bir durumu tespit etmektedir. Bu nedenle geçersiz bir işlemi geçerli hale getirme veya sonucunda bir hak doğması söz konusu değildir. Menfi tespit belgesi verilmesine ilişkin kararı o anın bir fotoğrafı gibi görmek gerekir.⁴²²

Rekabet Kanunu’nun 8inci maddesi metninde menfi tespit belgesinin “*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine*” verilebileceği belirtilmiş olmasına rağmen, başvurunun ne şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 07.02.2006 tarih ve 06-09/123-M sayılı “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz-Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu” ile başvurunun nasıl yapılacağı düzenlenmiş ve Menfi Tespit Bildirim Formu yayınlanmıştır.

07.02.2006 tarih ve 06-09/123-M sayılı Kılavuz-Form’da, teşebbüslerin isteğe bağlı muafiyet bildirimlerinde izleyecekleri usul detaylı olarak anlatıldıktan sonra, 16 ncı paragrafta izah edilen esasların, Rekabet Kanunu’nun 8 inci maddesi kapsamındaki

⁴¹⁹ Özşahin, 2018; s. 111.

⁴²⁰ Aslan, 2007; s. 914. Erdem, 2003; s. 157; Özşahin, 2018; s. 111.

⁴²¹ Günay, 2014; s. 64.

⁴²² Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 7-8.

menfi tespit başvuruları için de uygulanacağı belirtilmiş, Kılavuz'da yer verilen "bildirim" ifadesinin, menfi tespit bakımından "başvuru" ifadesini de içerdiği ifade edilmiştir. Buna göre menfi tespit başvurusu özetle şu şekilde yapılabilir:

1. Başvurular Kılavuz'un ekindeki Form ile yapılmalıdır. Başvuru ortaklaşa veya taraflardan biri tarafından yapılabilir. Bir teşebbüs birliği kararı varsa, başvuruyu ilgili teşebbüs birliği yapmalıdır.
2. Başvuru Formuna noter tasdikli imza sirküleri veya gerekiyorsa noter tasdikli vekâletnameler eklenmelidir. Yetkisi olmayan kişilerin yapacağı başvurular geçersizdir.
3. İstenen tüm bilgi ve belgeler başvuruya tam ve doğru şekilde konmalıdır. Rekabet Kurulu, konuya ilişkin karar verene kadar bilgi ve belgelerde değişiklik olması halinde durum ivedilikle bildirilmelidir.
4. Yabancı dildeki metinlerin Türkçe çevirileri de başvuruya eklenmelidir.
5. Başvuru Formu ve ekleri hem basılı olarak hem de elektronik ortamda hazırlanmalı ve Rekabet Kurulu'na gönderilmelidir.

Rekabet Kanunu'nun 13 üncü maddesinin ilk fıkrasında, hangi hallerde menfi tespit kararlarının geri alınacağı hususları düzenlenmiştir. Buna göre; "a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması" hallerinde kararın geri alınması söz konusu olacaktır. Öte yandan maddenin ikinci fıkrası hükmünce "Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren" geçerli olacağı hususu düzenlenmiştir. Bunun dışında "(c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile" gerçekleşmesi halindeyse kararın hiç alınmamış sayılacağı hususu ise son fıkrada hüküm altına alınmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere Rekabet Kanunu'nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereğince geri alınan kararlara ilişkin olarak, görüşün değiştiği tarihe kadar olan dönem için taraflara yaptırım uygulanamayacaktır. Diğer taraftan menfi tespit belgesinin nasıl bir yöntemle geri alınacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴²³

⁴²³ Aslan, 2014; s. 139; Güven, 2009; s. 524.

Birleşme ve devralmalar bakımından izah edilen menfi tespit belgesi verilmesinin hususunun yan sınırlamalar bakımından da değerlendirilmesi gerekir. 2. Bölümde izah edildiği gibi, yan sınırlamalar özü itibariyle rekabeti kısıtlayan ancak belirli şartlarda yapılmasına izin verilen anlaşmalardır. Hâlbuki menfi tespit belgesi bir anlaşma, karar, eylem veya birleşme ve devralmanın Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını göstermek, yani işlemin sınırlayıcı veya rekabeti bozucu olmadığını tespit etmek amacıyla verilmektedir. Buradan görüldüğü üzere rekabeti kısıtlayıcı (ancak meşru) bir yan sınırlamaya menfi tespit belgesi verilmesi, bu anlaşmanın rekabeti kısıtlamadığını ortaya koyacak, bu da yan sınırlamanın artık bir sınırlama olmadığını gösterecektir. Bu nedenle yan sınırlamalara menfi tespit belgesi verilmesi mümkün gözükmemektedir.

4.3.5. Şarta Bağlı Menfi Tespit Belgesi Verilmesi Kararı

Bir önceki bölümde izah edildiği üzere menfi tespit belgesi verilmesi kararı, kurucu olmayan, açıklayıcı nitelikte bir işlemdir. Yani bir durumu tespit etmektedir. Bu nedenle geçersiz bir işlemi geçerli hale getirme veya sonucunda bir hak doğması söz konusu değildir. Menfi tespit belgesi verilmesine ilişkin kararı o anın bir fotoğrafı gibi görmek gerekir.⁴²⁴ İşte bu nedenle bir başvurunun yapıldığı andaki duruma göre verilmesi gereken menfi tespit belgesi, durumun değişmesine ya da bazı ihtimallerin gerçekleşmesine bağlanmamalıdır.⁴²⁵ Bu itibarla şarta bağlı şekilde menfi tespit belgesi verilmesi doğru olmayacaktır. Menfi tespit belgesinin verilmesi bir şarta bağlanırsa, bu zaten hali hazırdaki duruma ilişkin menfi tespit belgesinin verilemediği yani talebin reddedildiği anlamına gelecektir.⁴²⁶

Öte yandan konuya farklı bir bakışla yaklaşanlar da mevcuttur. Buna göre Rekabet Kanunu'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre "*Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*" halinde menfi tespit belgesinin geri alınabileceği düzenlenmesinden çıkan sonuca göre Kurul'un menfi

⁴²⁴ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 7-8.

⁴²⁵ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 7-8.

⁴²⁶ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 7-8.

tespit belgesini şarta veya kayda bağlı olarak verebileceği iddia edilmektedir.⁴²⁷ Ancak tarafımızca bu görüşe katılmamaktadır.

4.3.6. Muafiyet Kararı

Rekabet Kanunu'nun 4 üncü maddesinin ilk fıkrasında "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*" denmektedir. Takip eden fıkra⁴²⁸ ise bu hallerin sayılması yoluna gidilmiştir. 4 üncü maddenin son fıkrasında da tarafların uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecekleri hususu düzenlenmiştir. Ancak dördüncü fıkra hükmünü bir muafiyet veya istisna olarak algılamamak gerekir. Zira bu madde olmasa da taraflar uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlayabilirler, bu nedenle bu hüküm aslında malumun ilanıdır denilebilir.

Öte yandan muafiyet hükmü Rekabet Kanunu'nun 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre aşağıda sayılan şartların hepsinin varlığı halinde Rekabet Kurulu, "*teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları*" hakkında 4 üncü maddede yer alan hükümlerin uygulanmasına ilişkin muafiyet tanıyabilir;

- a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,"*

Görüldüğü üzere muafiyet, söz konusu anlaşmanın; ekonomik veya teknik gelişme sağlanması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ilgili pazarın önemli

⁴²⁷ Özşahin, 2018; s. 115.

⁴²⁸ Detaylı bilgi için bkz. 3.5. nolu bölüm.

bir kısmında ortadan kalkmaması, rekabetin gereğinden fazla sınırlanmaması koşullarının tamamını taşıması halinde söz konusu olabilecektir.⁴²⁹

Öte yandan muafiyet müessesesi, menfi tespitten farklı olarak bir başvuruya veya talebe bağlı değildir.⁴³⁰ Ancak isteğe bağlı olarak bildirim yapılması mümkündür. Nitekim bu konuyla ilgili olarak 07.02.2006 tarih ve 06-09/123-M sayılı “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz-Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu” ile bildirim nasıl yapılacağı düzenlenmiş ve ekinde Muafiyet Bildirim Formu yayınlanmıştır.

07.02.2006 tarih ve 06-09/123-M sayılı Kılavuz-Form’da, teşebbüslerin isteğe bağlı muafiyet bildirimlerinde izleyecekleri usul detaylı olarak anlatılmıştır. Buna göre muafiyet bildirim özetle şu şekilde yapılabilir:

1. Bildirim Kılavuz’un ekindeki Form ile yapılmalıdır. Bildirim ortaklaşa veya taraflardan biri tarafından yapılabilir. Bir teşebbüs birliği kararı varsa, bildirim ilgili teşebbüs birliği yapılmalıdır.
2. Bildirim Formuna noter tasdikli imza sirküleri veya gerekiyorsa noter tasdikli vekâletnameler eklenmelidir. Yetkisi olmayan kişilerin yapacağı bildirimler geçersizdir.
3. İstenen tüm bilgi ve belgeler bildirim tam ve doğru şekilde konmalıdır. Rekabet Kurulu, konuya ilişkin karar verene kadar bilgi ve belgelerde değişiklik olması halinde durum ivedilikle bildirilmelidir.
4. Yabancı dildeki metinlerin Türkçe çevirileri de bildirim eklenmelidir.
5. Bildirim Formu ve ekleri hem basılı olarak hem de elektronik ortamda hazırlanmalı ve Rekabet Kurulu’na gönderilmelidir.

5 inci maddenin ikinci fıkrasında, “*Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren*” geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla muafiyetin bir koşula bağlanabileceği hususu da üstü örtülü olarak

⁴²⁹ Aslan, 2014; s. 117 vd.; Günay, 2014; s. 62.

⁴³⁰ 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı yasa ile madde metninde “*ilgilerin talebi üzerine*” ifadesi madde metinden çıkarılmıştır.

düzenlenmiş olmaktadır. Uygulamada karşılaşılan şartlar, daha ziyade muafiyetin devamına ilişkin “bozucu” nitelikte olmakta, muafiyet kararlarının geçerliliği “erteleyici” şartların yerine getirilmesine bağlanmamaktadır.⁴³¹ Yani muafiyet karar geri alınana kadar geçerli olmaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde; Rekabet Kurulu’nun önüne gelen muafiyet incelemelerinin büyük çoğunluğunda “şart” kavramını “sözleşmelerdeki bazı hükümlerin değiştirilmesi ve tayin edilen bir süre içerisinde bu değişikliğin yapılarak Kurum’a tevsik edilmesi” olarak değerlendirdiği söylenebilecektir.⁴³²

Öte yandan Kurul üçüncü fıkrada yer alan hüküm çerçevesinde, ilk fıkrada belirlenen koşulların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma çeşitlerine grup muafiyeti tanınmasını düzenleyen tebliğler çıkarmaya yetkili kılınmıştır. Nitekim halen yürürlükte olan 2017/3 sayılı “Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”,⁴³³ 2016/5 sayılı “Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”,⁴³⁴ 2013/3 sayılı “Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”,⁴³⁵ 2008/3 sayılı “Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği”,⁴³⁶ 2008/2 sayılı “Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”⁴³⁷ ve 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”⁴³⁸ çıkarılmıştır. Bu kapsamda bir anlaşmanın yukarıda yer alan tebliğlerle getirilen korumadan faydalanması halinde, Kanun’un 5 inci maddesinde yer alan koşulları sağladığı için, taraflar bu koşulların gerçekleştiğini göstermek durumunda kalmazlar.⁴³⁹ Ancak anlaşmanın ilgili tebliğ kapsamında olduğunun tespitini anlaşma tarafları yapmak zorundadır.⁴⁴⁰

Son olarak Rekabet Kanunu’nda belirli türlerdeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların muafiyet kapsamı dışında bırakıldığı bir düzenleme yer almamaktadır; yani 5 inci maddede sayılan şartları sağlayan rekabeti kısıtlayan tüm anlaşmalar teorik

⁴³¹ Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 10.

⁴³² Aksoy, Bolatoğlu ve Yavuz, 2006; s. 12.

⁴³³ RG: 24.02.2017-29989

⁴³⁴ RG: 16.03.2016-29655

⁴³⁵ RG: 26.07.2013-28719

⁴³⁶ RG: 11.02.2008-26774

⁴³⁷ RG: 23.01.2008-26765

⁴³⁸ RG: 14.07.2002-24815

⁴³⁹ 28.11.2013 tarih ve 13-66/923-RM(10) sayılı “Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz”, paragraf 18.

⁴⁴⁰ 28.11.2013 tarih ve 13-66/923-RM(10) sayılı Kılavuz, paragraf 18.

olarak muafiyet korumasından yararlanabileceklerdir.⁴⁴¹ Bu bakımdan Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamalar hakkında da muafiyet kararı verebilmesi mümkündür.⁴⁴² Öte yandan yan sınırlamaların, rekabetçi kısıtlamalar olmadıklarından doğrudan muafiyet kararına konu olamayacaklarının öne sürüldüğü görüşler⁴⁴³ de mevcuttur ancak kanaatimizce bu hatalı bir bakış açısıdır.

4.3.7. İdari Para Cezası Verilmesi

Rekabet Kanunu'nun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, *"bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak"* Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Rekabet Kurulu'nun kimlere, hangi hallerde, ne kadar idari para cezası uygulayacağı ile bu cezaların hangi şartlarda indirilebileceği hususlarıysa Rekabet Kanunu'nun 16 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 17 nci maddesindeyse nispi idari para cezaları düzenlenmiştir. Uygulanacak idari para cezalarının tespitine yönelik usul ve esaslar ise Kanun'un 16⁴⁴⁴ ve 27 nci maddelerine dayanılarak çıkartılan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik"⁴⁴⁵ (İdari Para Cezası Yönetmeliği) ile düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu'nun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında Kurulun, *"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,

⁴⁴¹ 28.11.2013 tarih ve 13-66/923-RM(10) sayılı Kılavuz, paragraf 20.

⁴⁴² Özşahin, 2018; s. 117.

⁴⁴³ Şahin, 2010; s. 134.

⁴⁴⁴ RKHK'nun 16 ncı maddesinin son fıkrasında *"Bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağımsızlık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."* hükmü yer almaktadır.

⁴⁴⁵ RG: 15.02.2009-27142.

c) Kanunun 14⁴⁴⁶ ve 15⁴⁴⁷ 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 engellenmesi⁴⁴⁸ ya da zorlaştırılması,”

hallerinde⁴⁴⁹ idari para cezası vereceği düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu, bu hallerden (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alanlar için;

“teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir.”

hükmüne yer verilmiştir. Bunlara ilaveten belirlenecek cezanın 10.000 TL'den az olamayacağı hususu ile birleşme işlemleri için her iki tarafa, devralma işlemleri içinse yalnızca devralana para cezası verileceği hususu da ilgili fıkra düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu'nun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, Rekabet Kanunu'nun 4⁴⁵⁰, 6⁴⁵¹ ve 7⁴⁵² nci maddeleri kapsamında yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirenlere; “ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun

⁴⁴⁶ Bilgi isteme hususunun düzenlendiği Kanun maddesi.

⁴⁴⁷ Yerinde inceleme hususunun düzenlendiği Kanun maddesi.

⁴⁴⁸ 16 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre mahkeme kararıyla yerinde incelemenin gerçekleşmesinin sağlanması “öngörülen idarî para cezasının uygulanmasını” engellemeyecektir.

⁴⁴⁹ Bu hallerden (a), (c) ve (d) bentlerinde yer alanlar, Rekabet Kanunu'nun uygulanmasını zorlaştıran, engelleyen veya geciktiren haller olarak nitelenebilir. Bu hallerle ilgili olarak Rekabet Kanunu'nun 17 nci maddesi kapsamında “Nispi İdarî Para Cezası” adı altında zorlaştırma, geciktirme veya engellenmenin devam ettiği her gün için ayrıca idari para cezası uygulanabileceği hususu düzenlenmiştir.

⁴⁵⁰ RKHK'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası: “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”

⁴⁵¹ RKHK'nun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası: “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütümünde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”

⁴⁵² RKHK'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası: “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütümünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası” verileceği⁴⁵³ düzenlenmiştir. Takip eden fıkrada ise bu kapsamda verilen idari para cezalarına ilişkin olarak “ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası” verileceği hükmü yer almaktadır.

Rekabet Kanunu’nun 16 ncı maddesinin altıncı fıkrasında, Rekabet Kanunu’na aykırı durumun tespit edilebilmesi için Rekabet Kurumu ile “aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim” yapılabileceği hükmüne yer verilmiştir. İhlalin ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla teşebbüslerin teşvik edilmesini öngören bu hüküm ceza hukukundaki etkin pişmanlık müessesesine benzemektedir.⁴⁵⁴ Kanunla verilen bu yetkiye istinaden “Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik”⁴⁵⁵ çıkarılmıştır. Bu yönetmelikte, RKHK’nun 4 üncü maddesinde yasaklanan kartellerin ortaya çıkarılması için Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüsler, teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, idari para cezası verilmemesine ya da verilecek cezaların azaltılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu’nun uygulanmasının zorlaştırılması, engellenmesi veya geciktirilmesi durumlarında Rekabet Kanunu’nun 17 nci maddesi hükmü kapsamında “Nispi İdari Para Cezası” uygulanabilecektir. Buna göre Rekabet Kurulu, Kanun’un 17 nci maddesi kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliklerine;

⁴⁵³ Rekabet Kurulu’nun üçüncü fıkra kapsamında vereceği cezalarda hangi hususları dikkate alacağı 16 ncı maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.”

⁴⁵⁴ Özşahin, 2018; s. 121-122.

⁴⁵⁵ RG: 15.02.2009-27142.

“a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle 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 gün⁴⁵⁶ için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idari para cezası”

verecektir.

İdari Para Cezası Yönetmeliği'nde Rekabet Kanunu'nun 4 ve 6 ncı maddelerinde yasaklanan davranışları gerçekleştiren teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bunların üyeleri, yöneticileri yahut çalışanlarına verilecek idari para cezasının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Yönetmelik'te, para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler, temel para cezası,⁴⁵⁷ ağırlaştırıcı unsurlar, hafifletirici unsurlar ile yönetici ve çalışanlara uygulanacak para cezaları detaylı olarak düzenlenmiştir.

Rekabet Kanunu'nda, idari para cezalarının nasıl ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un⁴⁵⁸ 37 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“Hususi kanunlarında ödeme zamanı tesbit edilmemiş amme alacakları... yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir.”* hükmüne uygun şekilde ödenmelidir.⁴⁵⁹

Son olarak, idari para cezalarına ilişkin olarak Rekabet Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nun⁴⁶⁰ 3 üncü maddesinin

⁴⁵⁶ Maddenin ikinci fıkrasında gün hesabının ne zaman başlayacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre: *“Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idari para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklerle uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idari para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idari para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.”*

⁴⁵⁷ Rekabet Kanunu'nda yer almayan bu kavramın tanımı Yönetmelik'te de yer almamaktadır. Ancak özü itibarıyla idari para cezası tutarının nasıl hesaplanacağına ilişkin bir yöntemdir.

⁴⁵⁸ RG: 28.07.1953-8469

⁴⁵⁹ Aslan, 2014; s. 361.

⁴⁶⁰ RG: 31.03.2005-25772

birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan Kanun'un genel hükümlerinin "idari para cezası... yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında" uygulanacağı hükmüne uygun davranılması gerekmektedir.

4.4. YAN SINIRLAMALARIN REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALARDAN AYRILMASI

Rekabet Kanunu'nda "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma"nın açık bir tanımı yer almamaktadır. Ancak Kanun'un 3 üncü maddesinde "rekabet" kavramının "Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı" ifade ettiği düzenlenmiştir. Buradan hareketle rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın, teşebbüsler arasındaki bu yarışın kurallara uygun devam etmesini engelleyen anlaşmalar olarak tanımlanması mümkündür.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4 üncü maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Buna göre maddenin ilk fıkrasında "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri"nin hukuka aykırı ve yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Takip eden ikinci fıkrada⁴⁶¹ ise bu hallerin neler olduğu maddeler halinde sıralanmıştır. Burada da rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın tam bir tanımı yer almasa da ikinci fıkrada sayılan hallerin "doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan" haller

⁴⁶¹ "Bu haller, özellikle şunlardır:

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
- e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
- f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,"

olduğu, yani rekabeti sınırlayan haller olduğu görülebilecektir. Buradan da bu hallerin bir anlaşmaya konu olması hali rekabeti sınırlayıcı anlaşma kavramı için, Rekabet Kanunu bakımından, en uygun tanım olduğu ileri sürülebilir.

Öte yandan yan sınırlamaların birer anlaşma olduklarından daha önce⁴⁶² bahsedilmişti. Bilindiği üzere yan sınırlamaların Rekabet Kanunu'nda bir tanımı yer almamakla beraber 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı "Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"un 48 inci paragrafında "*Yan sınırlamalar; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır*" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Yine daha önce bahsi geçen Danıştay 13. Dairesi'nin 05.11.2010 tarihli bir içtihadında yan sınırlamalar için, "*Yan sınırlamalar, rekabeti kısıtlayıcı unsuru içinde barındırmakla beraber ana işlevi yönüyle rekabeti sınırlayıcı olmaktan ziyade, ana işlemin varlığı için gerekli meşru bir ticari menfaati koruyan ek hükümlerdir.*" şeklinde tanım yer almaktadır. Buradan yan sınırlamaların, bir birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili olduğu, rekabeti kısıtlayıcı özelliklerinin olduğu, ancak bağlı olduğu birleşme veya devralmanın gerçekleşmesi bakımından gerekli olduğu, meşru bir ticari menfaati koruduğu çıkarılabilir.

Bu tanımları ve çalışmamızda konuya ilişkin olarak daha önce değindiğimiz hususları birlikte değerlendirdiğimizde, yan sınırlamalar ile rekabeti sınırlandıran anlaşmaların farklılıklarını şu şekilde ifade edebiliriz;

- 1- Kanun'un 4 üncü maddesinde yer verilen anlaşmaların, rekabeti doğrudan sınırladıkları, yan sınırlamaların ise 4 üncü maddesi dışında kalan ve rekabeti ikinci dereceden sınırlayan anlaşmalar oldukları söylenebilecektir.⁴⁶³
- 2- Bunun dışında, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ile yan sınırlama hukuka aykırılık yönünden farklılık göstermektedirler. Buna göre rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar Rekabet Kanunu'nun 4 üncü maddesince hukuka aykırı olup, yan sınırlamalarsa bir birleşme veya devralma işleminin parçası olarak hukuka uygundur.

⁴⁶² Detaylı bilgi için bkz. 2.1. nolu bölüm.

⁴⁶³ Aktıncı, 2001; s. 46-47.

3- Bir birleşme veya devralma işlemi olmadığında yan sınırlamaların varlığından söz edilemediği halde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar tek başlarına veya farklı anlaşmaların parçası olarak var olabilirler.

4- Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, Rekabet Kanunu'nun 56 ncı maddesi⁴⁶⁴ kapsamında hukukten geçersiz anlaşmalar oldukları için bu anlaşmalardan kaynaklanan edimlerin ifa edilmesi istenemez. Yan sınırlamalar ise hukukten geçerli anlaşmalardır ve taraflar sözleşmeden doğan edimlerin ifasını talep edebilmektedirler.

Son olarak, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların, rekabetin sınırlandırılması bakımından yan sınırlamaları kapsadığı iddia edilebilecektir.⁴⁶⁵

4.5. İZNE TABİ OLMAYAN BİRLEŞME VE DEVRALMALARA İLİŞKİN YAN SINIRLAMALAR

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5 inci maddesinde hangi durumların, RKHK m. 7'de belirtilen birleşme ve devralmaların kapsamına girdiği düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre;

“Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

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

hususları Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılmıştır. Ayrıca üçüncü fıkrada, *“bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması”*nın da

⁴⁶⁴ “Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”

⁴⁶⁵ Özşahin, 2018; s. 123.

yukarıda görülen (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olduğu ve bu tarz işlemlerde, tüm tarafların “devralan” olarak kabul edileceği hususları düzenlenmiştir.

Öte yandan 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin “Birleşme veya devralma sayılmayan haller” başlıklı 6 ncı maddesinde, hangi mahiyetteki işlemlerin Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamı dışında oldukları belirlenerek, “*bu tür işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre madde metninde sayılan dört halden herhangi birisinin mevcudiyeti halinde, işlem bir birleşme veya devralma sayılmayacak ve buna ilişkin yükümlülükler doğmayacaktır.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin “İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar” başlıklı 7 nci maddesinde, belirlenen ciroları aşan bir birleşme veya devralma işleminin, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu şekilde bir birleşme veya devralma işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için gereken ciro eşikleri belirlenmiştir. Burada birleşme veya devralma işlemlerinin taraflarından belirlenen eşiklerin altında kalan ciroya sahip olanları için, *rekabeti hissedilir ölçüde etkilemedikleri* söylenebilecektir.⁴⁶⁶ Öte yandan birleşme işleminin tarafları eşikleri dikkate almadan da Rekabet Kurulu'na bildirimde bulunabilir ve Kurul bu tip bildirimleri de değerlendirecektir.

Yukarıda bahsedilen üç madde hükmü bir arada değerlendirildiğinde Tebliğ'in 5 inci maddesi kapsamına giren bir işlem, 6 ncı maddede sayılan hallerden birine uymuyorsa ve son olarak taraflar 7 nci maddede belirtilen ciro eşiklerinin altında cirolara sahiplerse “izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemi” olarak adlandırılabilir. Bu tip birleşme ve devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanmaları hususunda Tebliğ'de bir düzenleme yoktur. Ancak daha büyük ciroya sahip birleşme ve devralmaların Rekabet Kurulu'nun izniyle hukuki geçerlilik kazanmasından hareketle daha önemsiz ciroya sahip bu işlemlerin izin almaksızın hukuki geçerliliğe sahip olduklarını söylemek mümkündür. Nitekim her ne kadar bildirimde bulunma zorunluluğu olmasa da tarafların eşikleri dikkate almadan bildirimde buldukları durumların değerlendirildiği Rekabet Kurulu kararlarından da

⁴⁶⁶ Erdem, 2003; s. 133; Solmaz, 2010; s. 5.

bunu görmek mümkündür. Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 25.06.2014 tarih ve 14-22/421-185 sayılı kararında;

"...Başkent Gölbaşı Maden Enerji Kömür Elektrik Üretim ve San. Tic. Ltd. Şti. 'nin hisselerinin tamamının Anayurt Kömür Madencilik San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin ise; 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna; ancak aynı Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir."

sonucuna varılmıştır. Görüldüğü gibi incelemeye konu işlemin Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olduğu tespiti yapılmış, ancak yine Tebliğ'de belirlenen ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle işlemin izne tabi olmadığına karar verilmiştir.

Konuyu yan sınırlamalar açısından değerlendirmek gerekirse, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, *"Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır."* hükmü yer almaktadır. Bu itibarla *"Tebliğde yer alan söz konusu düzenleme ile Kurulun yoğunlaşmalara yönelik kararlarında yan sınırlamalara ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olsa dahi, ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı prensibi kabul ve ilan edilmiş olmaktadır"*.⁴⁶⁷ Yani izne tabi olmayan birleşme ve devralmalar bakımından da yan sınırlamalar söz konusu olabilecektir.

İzne tabi olmayan birleşme ve devralmalara ilişkin yan sınırlamaların bildirilip bildirilmeyeceği hususu ile ilgili olarak; öncelikle herhangi bir yan sınırlamanın bildirim tabi olmadığını söylemek gerekir.⁴⁶⁸ Bu bakımdan izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yan sınırlamaların da bildirilmesine gerek yoktur. İkinci olarak ana işlem olan birleşme devralmanın da bildirim tabi olmadığı bu bölümde değerlendirilmişti, bu bakımdan ana işlemin bildirilmesi gerekli değilken yan işlemin bildirilmesinin zorunlu tutulması mümkün değildir.

⁴⁶⁷ 05.04.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) Kılavuz, paragraf 46.

⁴⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. bu çalışmanın 3.1. nolu bölümü.

4.6.YAN SINIRLAMA KARARLARINA KARŞI GİDİLEBİLECEK YARGI YOLLARI

Rekabet Kanunu'nun 55 inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, Rekabet Kurulunca alınan "*İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde*⁴⁶⁹ *dava*" açılabilir. Öte yandan aynı fıkra da Rekabet Kurulu kararlarına karşı açılacak her türlü davanın öncelikli işlerden sayılacağı hususu da düzenlenmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nun⁴⁷⁰ 32 nci maddesinin birinci fıkrasında "*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.*" hükmü yer almaktadır. Bu itibarla 55 inci maddede *yetkili idare mahkemesi* açıkça yer almadığı için Rekabet Kurulu'nun merkezi Ankara'da bulunduğu idari yaptırım kararlarına karşı Ankara İdare Mahkemesinde dava açılabilir. Bu bakımdan ister birleşme ve devralmayla ilgili olsunlar, ister yan sınırlamalarla ilgili olsunlar Rekabet Kurulu'nun aldığı tüm kararlara karşı Ankara İdare Mahkemesinde dava açılması gerekmektedir.

Öte yandan Kanun'un 55 inci maddesinin ikinci fıkrasında "*Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm İYUK'nun 27 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz*" hükmüyle paraleldir. Ancak Kurul Kararı'nın "*uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması*" ve "*açıkça hukuka aykırı olması*" şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde ilgili mahkeme İYUK'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "*yürütmenin durdurulması*" yönünde karar verebilecektir.

⁴⁶⁹ 55 inci maddenin birinci fıkrasının ilk hali "*Kurulun nihai kararlarında, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararn taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya bavorulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir.*" şeklindedir. 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla birinci fıkra "*Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür.*" şeklinde değiştirilmiştir. Her iki mülga düzenlemede de yetkili mahkeme Danıştay olarak düzenlenmişti. Ancak 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde metni mevcut haline getirilmiş, dolayısıyla yetkili mahkeme değişmiştir.

⁴⁷⁰ RG: 20.01.1982-17580

Rekabet Kanunu'nda dava açma süresine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle yine idari yargılama hukukunun dava açmaya ilişkin hükümleri geçerli olacaktır. Bu bakımdan İYUK'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince Rekabet Kurulu kararlarına karşı dava açma süresi 60 gündür. Söz konusu 60 günlük sürenin RKHK'nun 54 üncü maddesi kapsamında *"gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren"* başlayacağı düzenlenmiştir. Nitekim sürenin başlangıcına ilişkin bu düzenleme de İYUK'nun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle uyumludur.

Yine sürelerle ilgili olarak, RKHK'nun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Kurulun süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır."* hükmünden de anlaşılacağı üzere Rekabet Kurulunca bildirim yapılmayan idari işlemlerin varlığı da söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda ilgili işlemin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 günlük sürenin işlemeye başlayacağı söylenebilir.

Son olarak RKHK'nun 42 nci maddesinin ikinci fıkrasında Kurulun başvuruları *"süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması"* halinden bahsedilmektedir. Böyle bir durumda taraflara gerekçeli bir karar tebliğ edilmemiş olduğundan sürenin başlangıcı için İYUK'nun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne bakmak gerekir. Buna göre söz konusu fıkrada *"Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler."* hükmü yer almaktadır. Rekabet Kurulu'na yapılan bir başvuru sonrasında Kurul'un sessiz kalarak başvuruyu reddetmiş sayılması durumunda, ilk yapılan başvurudan itibaren 60 gün sonra dava başlama süresi başlayacaktır.

Son olarak, Rekabet Kurulu kararlarına karşı açılacak bir davanın işleyişi İYUK'nda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülecektir.⁴⁷¹

⁴⁷¹ Aslan, 2014; s. 359.

4.7.YAN SINIRLAMALARIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI

Piyasa ekonomisi, ekonomik anlamda özgürlüktür; piyasa ekonomisi ortadan kalktığında tüm özgürlükler ve haklar da ortadan kalkar. Piyasa ekonomisi ise özgürlüğü ancak rekabet ile sağlayabilir.⁴⁷² Rekabetin herhangi bir şekilde kısıtlanması, mal ve hizmet piyasalarındaki arz ve talebi veya arz ve talebi belirleyen etmenleri etkileyecektir. Arz ve talebin etkilenmesi ise fiyatları, üretilen mal miktarını, üretilen mal kalitesini, refahı, karları, istihdamı, gelir dağılımını ve birçok farklı unsuru etkileyecektir. Bu bakımdan rekabetin kısıtlanmasına neden olan bir anlaşma, yalnızca tarafların etkilenmesine neden olmayacak, anlaşmanın bulunduğu pazarı, benzer mal üreten diğer pazarları, bu malların tüketicilerini, kamuyu kısaca tüm toplumu uzaktan veya yakından bir şekilde etkileyecektir.⁴⁷³ Bu etkilenme birçok durumda zarar görme şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu bakımdan rekabet hukuku kurallarının ihlal edilmesi yalnızca sözleşme hukukunda değil aynı zamanda haksız fiil hukukunda da sonuç doğmasına neden olacaktır.⁴⁷⁴

Bu bakımdan kanun koyucu rekabete ilişkin kuralların ihlal edilmesi sonucu zarar görenlerin durumlarını gözeterek Rekabet Kanunu'nda bu durumu düzenleyen bazı kuralların bulunmasını tercih etmiştir. Rekabet Kanunu'nun beşinci kısmı "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlığını taşımaktadır. Bu kısımda, 56 ncı maddede "Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukuki Niteliği", 57 nci maddede "Tazminat Hakkı", 58 inci maddede "Zararın Tazmini" ve 59 uncu maddede "İspat Yükü" düzenlemelerine yer verilmiştir.

Rekabet Kanunu'nun 56 ncı maddesinin ilk fıkrasında "*Bu Kanununun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine⁴⁷⁵ tabidir.*" hükmü yer almaktadır. Burada esasen daha önceden yapılan bir anlaşmanın veya alınan bir kararın hukuken

⁴⁷² Günay, E. 2015. "İktisadi Düşüncenin Evrimi ve Kapitalizmin Piyasa Tarihi". Doktora Tezi. Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 55-66.

⁴⁷³ Akıncı, 2001; s. 355.

⁴⁷⁴ Akıncı, 2001; s. 355.

⁴⁷⁵ Madde kanunlaştığı dönemde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64 üncü maddelerine yapılmış bu atıflar, 6098 sayılı Kanun'da (sırasıyla) 79 ve 80 inci maddeler olarak anlaşılmalıdır.

geçersiz⁴⁷⁶ olduğu belirlenmiş, ayrıca tarafların ulaşmaya çalıştıkları sonuç da engellenmiştir.⁴⁷⁷ Bu sonucun tüm toplum üzerinde etki doğuracağı da açıktır; yani herkes tarafından işlemin geçersizliği ileri sürülebilecektir.⁴⁷⁸ Öte yandan Rekabet Kanunu'nda yer alan bu madde yalnızca Kanun'un 4 üncü maddesindeki ihlallerle sınırlandırıldığından, Rekabet Kanunu'nun yasaklama öngören diğer hükümlerinin ihlal edilmesi halinde, anlaşma veya kararın geçersizliği TBK'nun 27 nci⁴⁷⁹ maddesi kapsamında ileri sürülebilecektir.⁴⁸⁰ Öte yandan yine 56 ncı madde kapsamında, bu anlaşma veya kararlardan kaynaklanan edimlerin ifası istenemediği gibi, ifade bulunmuş olması halinde yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme hükümleri⁴⁸¹ kapsamında talep edilebilecektir.⁴⁸²

Nitekim Rekabet Kanunu'nun 57 nci maddesinde, 56 ncı maddede yer verilen sebepsiz zenginleşme atıflarına paralel bir şekilde, "*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur*" demek suretiyle halinde zarar görenlerin tazminat hakkı da ayrıca düzenlenmiştir. Madde metninde açıkça ifade edilmese de "her türlü zararını" lafzı nedeniyle maddi zararın, kanuna aykırı işlem nedeniyle yoksun kalınan kârı kapsayacağı da ileri sürülebilecektir.⁴⁸³ Ayrıca madde metninde yer alan "her tür zarar" ifadesinin, yalnızca maddi zararların değil manevi zararların da talep edilmesinde kullanılabilmesi düşünülebilir.⁴⁸⁴ Bunun dışında tazminat talep hakkı yalnızca anlaşmanın tarafları için değil, hukuka aykırı işlemden zarar gören herkes için söz konusu olacaktır.⁴⁸⁵ 57 nci maddenin devamında yer alan

⁴⁷⁶ Eren, 2015; s. 334.

⁴⁷⁷ Eren, 2015; s. 332.

⁴⁷⁸ Öz, 2000; s. 180.

⁴⁷⁹ TBK'nun 27 nci maddesinde Kesin Hükümsüzlük hali düzenlenmiştir. Madde metni; "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

⁴⁸⁰ Öz, 2000; s. 181. Öz (2000) ayrıca Rekabet Kanunu'nun 56 ncı maddesi düzenlenmemiş olsaydı bile TBK'nun 27 nci maddesi ile istenen sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu vurgulamıştır.

⁴⁸¹ Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerinde zenginleşen tarafın iade etme yükümlülüğü TBK'nun 79 uncu maddesinde, zenginleşenin iyi niyetle yaptığı giderleri talep etme hakkı TBK'nun 80 inci maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁸² Özşahin, 2018; s. 128.

⁴⁸³ Aslan, 2014; s. 298; İnan ve Piker, 2007; s. 105; Öz, 2000; s. 184-187.

⁴⁸⁴ Aslan, 2014; s. 297.

⁴⁸⁵ Aslan, 2014; s. 295; Güven, 2009; s. 412; İnan ve Piker, 2007; s. 105; Topçuoğlu, 2001; s. 304.

"Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur" hükmü ise zararın tazmin edilebilme gücünü artırmaktadır.

Rekabet Kanunu'nun 58 nci maddesinin birinci fıkrasında "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir." denmektedir. Burada 57 nci maddeden farklı olarak zararın⁴⁸⁶ ne kadar talep edilebileceği daha net bir şekilde gösterilmiştir. Bu bakımdan yoksun kalınan karın talep edilebileceği hususu 58 nci maddede açıkça görülmektedir.⁴⁸⁷

Diğer yandan, 58 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir." hükmü, zararın bir anlaşma, karar veya ağır kusur sebebiyle gerçekleştirilmesi halinde ödenecek tazminatın ağırlaştırılmasını düzenlemektedir. Bu hüküm caydırıcılık bakımından etkili olacaktır.⁴⁸⁸

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK)'nun⁴⁸⁹ 6 ncı maddesinde "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" yer almaktadır. Bu itibarla Rekabet Kanunu'nun 59 uncu maddesi bir koşula bağlı olarak bu hükme aykırılık teşkil etmektedir. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında "zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları" koşuluyla uyumlu eylem içinde bulunmadığını ispatlama yükümlülüğü davalı tarafa geçmektedir. Yani rekabeti

⁴⁸⁶ Zararın hesaplanmasında izlenecek yöntem 58 nci maddenin ilk fıkrasının devamında yer alan "Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır" hükmüyle belirlenmiştir.

⁴⁸⁷ Öz, 2000; s. 185.

⁴⁸⁸ Öz, 2000; s. 187.

⁴⁸⁹ RG: 08.12.2001-24607.

kısıtladığı için hukuka aykırı davranmış olan fail ancak kusursuzluğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir.⁴⁹⁰ Ayrıca, 59 uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir*” hükmü de ilk fıkrada yer alan koşulu desteklemektedir. Ancak burada mahkemenin kendisine sunulan kanıtları dikkatle değerlendirmesi, rekabetin sınırlanmadığı durumlarda bu yola başvurulmasını engellemesi gerekecektir.

Rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçlarını yan sınırlamalar bakımından da değerlendirmek gerekir. Öncelikle yan sınırlamalar hukuka uygun düzenlemeler olduklarından, yan sınırlamalar ile Kanun’un 4 ve 6 nci maddelerinde yer alan hükümlerin ihlal edilmesi mümkün değildir. Eğer bu maddeler ihlal edilmişse zaten yan sınırlama değil rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma söz konusu olacaktır ki bu durumda yukarıda izah ettiğimiz hususlar geçerli olacaktır. Bu durum Rekabet Kanunu’nun 56 ve 57 nci maddelerinde ortaya çıkmaktadır. Zira her iki madde hükmünde de rekabetin engellenmesi ancak kanuna aykırı bir fiile gerçekleştirildiğinde sonuç doğmaktadır. Ancak Rekabet Kanunu’nun 58 inci maddesinde tazminat talep edebileceklerin, rekabetin engellenmesi sonucu zarar görenler olarak belirlenmesi ve rekabetin hukuka aykırı bir fiille engellenmesinden bahsedilmemesi nedeniyle yan sınırlamalar bakımından bu maddenin hüküm ifade edeceği söylenebilir. Burada hukuka aykırı olmayan bir fiille rekabetin nasıl engelleneceği sorusu akla gelse de, yan sınırlamaların rekabeti kısıtlayıcı olmaları nedeniyle bundan zarar görenlerin olması ihtimalinin varlığı bu soruyu bertaraf edecektir. Bunun dışında yan sınırlamaların, herhangi bir sözleşme gibi, özel hukuk kapsamında hüküm ve sonuç doğurması beklenenecektir.

4.8.2010/4 SAYILI TEBLİĞ’İN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Rekabet Kanunu’nun 7 nci maddesi çerçevesinde 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Eski Tebliğ) 12.08.1997 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete’de yayımlanana kadar da yürürlükte kalmıştır. 2010/4 sayılı Birleşme ve

⁴⁹⁰ Akıncı, 2001; s. 369-370.

Devralma Tebliği'nin 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Türk rekabet hukukuna bazı yeni uygulamalar katılmış ve Eski Tebliğ'de yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğu uygulamadan kalkmıştır. Aşağıda söz konusu iki düzenleme arasındaki farklar kısaca sıralanmaya çalışılmıştır.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 5 inci maddesinde birleşme ve devralma sayılan hallerin hangileri olduğu belirtilirken "kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde" birleşme veya devralmadan ilk defa bahsedilmiştir.

Eski Tebliğ'de izne tabi olacak birleşme veya devralmaların belirlenmesinde hem pazar payı, hem de ciro kullanılmaktayken, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde yalnızca ciroların dikkate alındığı bir eşik sistemine geçilmiştir. Buna göre Tebliğ'in 7 nci maddesinde, izin alma zorunluluğunun doğması için aşılması gereken Türkiye ve dünya ciroları eşik olarak verilmiştir. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği ile dünya cirosu kavramı ilk defa mevzuatımıza girmiş ve Pazar payına bağlı bildirim sistemine son verilmiştir.

Eski Tebliğ ilgili hükmünden farklı olarak, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, birleşme veya devralma işlemine ilişkin *bildirim*in taraflardan herhangi biri tarafından yapılabileceği, ancak bildirim yapan tarafın diğer tarafı durumdan haberdar etmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir. Bu durum işlemleri hızlandırdığı gibi, bürokrasinin azalmasına⁴⁹¹ da katkı sağlayan bir yeniliktir.

Eski Tebliğ ilgili hükmünden farklı olarak, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 10 uncu maddesinin sekizinci fıkrasında, "*Birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi, kontrolün değiştiği tarihtir*" hükmüne yer verilmiştir.

Eski Tebliğ düzenlemesinden farklı olarak, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin "Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi" başlıklı 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında "birlikte hâkim durum yaratma"⁴⁹² kavramı kullanılmıştır.

⁴⁹¹ Topçuoğlu, M. ve N. Dolmacı. 2011. *Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin ve 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler*. S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, 91-124, s. 101.

⁴⁹² Ashında bu kavram yalnızca Tebliğ bakımından bir yeniliktir. Zira Rekabet Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ilk fıkrasında yer alan "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütümünde ya da bir*

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği öncesinde, Eski Tebliğ'de yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme yer almadığı için, bu konu Rekabet Kurulu tarafından olay bazında değerlendirilmekteydi. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında⁴⁹³ yer alan düzenlemeyle hem yan sınırlamalar mevzuatımıza dâhil edilmiş, hem de yan "sınırlamaların unsurları"na ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun farklı kararlarında yer alan farklı yorumlamaları bir kenara bırakılarak⁴⁹⁴ konu yeknesaklığa kavuşturulmuştur.

Eski Tebliğ'de yer almayan taahhüt sistemi 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 14 üncü maddesi ile mevzuatımıza girmiştir. Buna göre, teşebbüslerin Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında oluşabilecek sorunlarının "*giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt*" verebilecekleri hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun, izin kararında "*taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük*" öngörebileceği hususu da düzenlenmiştir.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin ekinde yer alan Bildirim Formu'nun bazı bölümlerinin, Eski Tebliğ uygulamasından farklı olarak, doldurulması zorunluluğu kaldırılmıştır. Buna göre; etkilenen pazarlara ilişkin istenen bilgiler, pazara giriş koşulları ve potansiyel rekabete ilişkin istenen bilgiler ve etkinlik kazanımlarına ilişkin istenen bilgilerin verilmesi isteğe bağlı hale gelmiştir.

Eski Tebliğ'in 4 üncü maddesinde yer alan ilgili coğrafi pazar kavramına, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği metninde yer verilmemiş, Tebliğ ekinde yer alan Bildirim Formu'nun 5 inci maddesinde yer verilmiştir.

Eski Tebliğ'de yer almayan, etkilenen pazar kavramına ise 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin ekinde yer alan Bildirim Formu'nun 5 inci maddesinde yer verilmiştir.⁴⁹⁵

bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." hükmünde birlikte hakim durum yaratmaya ilişkin kullanım mevcuttur.

⁴⁹³ 13 üncü maddenin beşinci fıkrası: "*Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar. Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır.*"

⁴⁹⁴ Özşahin, 2018; s. 70.

⁴⁹⁵ Etkilenen Pazar kavramına 2010/3 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin ilk halinde, 7 nci maddenin ikinci fıkrasında yer verilmişti. Ancak, 24.02.2017 tarihinde 2017/2 sayılı Tebliğ'le söz konusu fıkra ilga edilmiştir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ

Ölçek ekonomilerinden yararlanmak veya maliyetlerin düşürülmesi amacıyla, diğer bir deyişle karlılığı veya verimliliği arttırmak için, teşebbüsler bir araya gelebilirler veya bir teşebbüs başka bir teşebbüsü devralabilir. Bu birleşmeler, küçük teşebbüslerin rekabete katılmasını sağlayabilir. Öte yandan, birleşme ve devralmalar, hâkim durum yaratmak gibi, rekabeti engelleyici etkiler de ortaya çıkarabilir. İşte bu nedenle birleşme ve devralmalar, belirli kurallara tabi olmalıdır. Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7 nci maddesi ile 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ", birleşme ve devralmalar konusunu düzenlemektedir. Bu bakımdan rekabet hukuku, birleşme ve devralma yoluyla hâkim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

RKHK'nun 7 nci maddesinde birleşme ve devralmaların hangi şartlarda yasaklanacağı düzenlenmiştir. Buna göre *"bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır."*

Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesine dayanarak, Rekabet Kurulu'nca çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 07.10.2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Tebliğ'in 5 inci maddesi hükmüne göre;

- a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi,
- b) Teşebbüsün kontrolünün devralınması,
- c) Ortak girişim oluşturulması

halleri Rekabet Kurulu'nun iznine tabi birleşme ve devralmalar olarak belirlenmiştir. Tebliğ'in "İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar" başlıklı 7 nci maddesindeyse, belirlenen ciroları aşan bir birleşme veya devralma işleminin, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu şekilde bir birleşme veya devralma işleminin hukuken geçerlilik kazanabilmesi için ciro eşikleri sistemi getirilmiştir.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 6 ncı maddesinde, birleşme ve devralma sayılmayan hallere ilişkin düzenlenmeye de yer verilmiştir. Buna göre;

- a) Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler,
- b) Faaliyet konusu menkul kıymet işlemleri gerçekleştirmek olan teşebbüslerin geçici olarak ellerinde bulundurdukları paylar,
- c) Kanun gereği kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması gibi bir sebeple bir kamu kurumunca elde edilmesi,
- d) Birleşme veya devralmanın miras yoluyla gerçekleşmesi

durumları Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamı dışında tutulmuş ve bu işlemler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmediği hususları düzenlenmiştir. Bu kapsamda burada sayılan dört halden herhangi birisinin mevcudiyeti halinde, birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yükümlülükler doğmayacaktır. Bu açıdan, yan sınırlamalar da bu tip işlemler bakımından söz konusu olmayacaktır.

Birleşme ve devralmalar yatay, dikey ve karma olmak üzere üç çeşittir. Bir üretim ya da dağıtım zincirinde, aynı seviyedeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmalar, yatay birleşme ve devralmalar şeklinde adlandırılmaktadır. Diğer bir deyişle *yatay birleşme ve devralmalar*, aynı ürün pazarındaki ve potansiyel rakipler arasında gerçekleşen birleşme veya devralma işlemleridir. Bir üretim veya dağıtım zincirinde, farklı seviyelerdeki teşebbüslerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmalar *dikey birleşme ve devralmalar* olarak adlandırılmaktadır. Ya da bir ürünün üretilmesinden satılmasına kadar olan farklı aşamalarda faaliyet gösteren şirketler arasında olan birleşme ve devralmalar olarak da ifade edilebilir. Karma birleşme ve devralmalar ise, birbirine rakip olmayan teşebbüslerin gerçekleştirdikleri birleşme ve devralmalardır. Yatay ve dikey olmayan bütün birleşme ve devralmalar, karma (çok pazarlı) birleşme ve devralma olarak nitelendirilebilecektir.

Yan sınırlama, Rekabet Kanunu'nda da, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde de açıkça düzenlenmemiştir. Ancak 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı "Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz"un 48 inci paragrafında "*Yan sınırlamalar; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır*" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

Birleşme ve devralma işlemlerinde, tarafların üzerinde uzlaştıkları yan sınırlamalar, ancak belirli unsurlara sahip olmaları halinde hukuka uygun kabul edileceklerdir. 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında; "*Birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar...*" denmektedir. Bunun dışında 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un, yan sınırlamaların uygulanmasına ilişkin ilkelerin yer aldığı bölümünde, Kılavuz'un 53, 54, 56 ve 57 nci paragraflarında yan sınırlamaların makul olmasından veya makul düzeyde olmasından bahsedilmiştir. Bu kapsamda yan sınırlamaların *doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma* şeklinde üç unsura sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Yan sınırlamalar, birleşme ve devralmanın niteliğine göre olay bazında farklı şekillerde ortaya çıkabilir. 05.4.2018 tarih ve 18-10/195-RM(2) sayılı Kılavuz'un 55 inci paragrafında rekabet etmeme yükümlülüğü, satıcının devre konu teşebbüse ait ticari sırları açıklamaması ve kullanmaması ile satıcının devre konu teşebbüsün çalışanlarını istihdam etmemesi gibi yan sınırlamalardan bahsedilmekle birlikte yan sınırlama çeşitleri sınırlı sayıda da değildir. Öte yandan bir birleşme veya devralma işleminde yalnızca bir tip yan sınırlama olabileceği gibi daha fazla tip yan sınırlamanın olması da mümkündür.

Doktrinde yan sınırlamaların nasıl tanımlandığına bakacak olursak; *Erdem'e göre "birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır"* şeklinde tanımlanabilir. *Yiğit* ise "*bir anlaşmada yer alan asıl edimle, yani tarafların varmak istedikleri asıl amaçla, bu amaca varılması için öngördükleri çeşitli yan edimlerdir*" şeklinde bir yan sınırlama tanımı yapmıştır. *Gülgün* yan sınırlamalara "*rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek*

hükümlerdir.” şeklinde bir tanımlama getirmiştir. Şahin ise yan sınırlamaları, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam manasıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilebilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir.” şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir.

Rekabet Kurulu kararlarında, yan sınırlamaların, doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma şeklinde üç unsurunun olduğu görülmektedir. Doğal olarak yan sınırlamanın varlığı bu üç unsurun bir arada olmasına bağlıdır. Doktrinde yan sınırlamaların unsurlarıyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. *Erdem* yan sınırlamaların objektif olma, zorunlu olma, makul olma ve makul bir süreye bağlanma şeklinde dört unsur olduğunu belirtmiştir. *Gülergün* ise unsurları, sınırlama, orantılı ve gerekli olma, doğrudan ilgili olma ile diğer koşullar olmak üzere dörde ayırmıştır. *Gürkaynak* ve *Özgökçen* ise rekabete ilişkin kısıtlamaların bir birleşme veya devralma işleminin yan sınırlaması olarak görülerek kabul edilebilir bulunması için: “*sınırlamanın işlev görmesi için sahip olması zorunlu olan kapsamı aşmaması, konu yönünden objektif ve makul olması ve kendisinden beklenen meşru faydayı gerçekleştirilmesi için gereken makul süreyi aşmaması*” unsurlarının varlığı şartını aramışlardır.

Birleşme ve devralma işlemindeki bir sınırlamanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için birleşme veya devralmayla doğrudan ilgili olmak zorundadır. Nitekim Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz’da “*Sınırlamaların doğrudan ilgili olması için, yoğunlaşma işlemi ile aynı kapsam veya zamanda yapılması yeterli olmayıp, ana işlem ile ekonomik olarak yakından ilişkili olması ve yoğunlaşma sonucu oluşacak yeni yapıya sorunsuz bir geçiş için öngörülmüş olması gerekmektedir.*” denmektedir. Görüldüğü üzere “doğrudan ilgili olma” unsuru, yan sınırlama ile birleşme veya devralma işlemi arasında bağlantının ne kadar güçlü olması gerektiğini göstermektedir.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği’nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, birleşme ve devralmaya ilişkin Rekabet Kurulu tarafından verilecek iznin “*gerekli sınırlamaları*” kapsayacağı belirtilmiş, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz’da ise yan sınırlamaların “*işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli*” olması gerektiği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere sınırlamanın olmaması, birleşme veya devralmanın varlığını etkileyebilir, birleşme veya devralmada belirsizlik veya maliyet artışı doğurabilir. Öte yandan hem Türk

rekabet hukukunda, hem de AB rekabet hukukunda gereklilik, doğrudan ilgili olma unsurundan sonra gelmektedir. Nitekim bir birleşme veya devralmada *doğrudan ilgili olma* unsuru bulunmuyorsa, *gereklilik unsurunun* incelenmesi anlam taşımayacaktır.

Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un yan sınırlamaların uygulanmasına ilişkin ilkelerin yer aldığı bölümünde, yan sınırlamaların makul olmasından veya makul düzeyde olmasından bahsedilmiştir. Buna göre "*Satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşmaması gerekmektedir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Kılavuz'da ayrıca "*Süre bakımından üç yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüklerinin genel olarak makul olduğu kabul edilmektedir.*" hükmü ile "*Benzer şekilde, rekabet etmeme yükümlülüğü, coğrafi bakımdan, işlem öncesinde satıcının faaliyet gösterdiği alanlarla sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte, satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul edilebilecektir.*" hükmünde de makul olma unsuruna yer verilmiştir.

Yan sınırlamalar birleşme ve devralmanın niteliğine göre olay bazında farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da rekabet etmeme yükümlülüğü, satıcının devre konu teşebbüse ait ticari sırları açıklamaması ve kullanmaması ile satıcının devre konu teşebbüsün çalışanlarını istihdam etmemesi gibi yan sınırlamalardan bahsedilmiştir. Öte yandan yan sınırlama çeşitleri sınırlı sayıda da değildir. Doktrinde, yan sınırlamalar üç farklı türe ayrılmıştır. Bunların ilki birleşme veya devralmayı oluşturan esas unsurların tamamlayıcı parçası olan, ekonomik bütünlük ya da ortak kontrol kurulmasına katkı sağlayan kısıtlamalardır. İkincisi, birleşme veya devralmaların etkilerinin doğmadan öncesine ilişkin olanlardır. Sonuncu tür ise birleşme veya devralmanın doğumundan itibaren tarafların davranışlarını konu alan kısıtlamalardır.

Ne Rekabet Kanunu'nda ne de 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nde *yan sınırlamaların* Rekabet Kurulu'na bildirilmesinin gerekli olduğuna dair hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca Tebliğ'in ekinde yer alan "Bildirim Formu"nda ve kılavuzlarda da bu yönde bir madde bulunmamaktadır. Bu bakımdan yan sınırlamaların ihtiyari olarak Rekabet Kurulu'na bildirilmeleri mümkündür.

Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nca yapılan değerlendirmeler neticesinde Kurul kendisine Rekabet Kanunu'nun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentleriyle verilen görev ve yetkileri kullanmak suretiyle; anlaşmalara izin verebilir, ihlale son verilmesine karar verebilir, şartlı izin verebilir, menfi tespit belgesi verilmesine karar verebilir, muafiyet kararı verebilir ve gerekli hallerde idari para cezası verebilir.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un, bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş olan birleşme veya devralmalara ilişkin olarak inceleme başlatacağı belirtilerek, bu inceleme sonucunda "*Birleşme veya devralmanın 7 nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular*" hükmü düzenlenmiştir. Buna göre birleşme veya devralmaya şu dört halde Rekabet Kurulunca (açıkça veya zımnen) izin verilmesi mümkündür:

- 1- Birleşme veya devralmanın bildiriminden itibaren 15 gün içinde izin verilmesi,
- 2- Birleşme veya devralmanın bildiriminden sonra birleşme veya devralmanın incelemeye alınıp, inceleme sonrasında izin verilmesi,
- 3- Kurul'un herhangi bir işlem yapmaması halinde, bildirimden itibaren 30 gün içinde birleşme veya devralmanın hukuki geçerlik kazanması,
- 4- Kurul'un bildirim yapılamamış bir birleşme veya devralmayı incelemeye aldıktan sonra izin vermesi.

2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında, "*birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsar*" denmektedir. Bu bakımdan bir birleşme ve devralma işlemine ilişkin olarak Rekabet Kurulunca verilecek izin, aynı işlemler birlikte kararlaştırılmış yan sınırlamaları da kapsamaktadır. Bununla birlikte aynı fıkranın devamında "*Birleşme veya devralma ile getirilen sınırlamaların bu kapsamı aşıp aşmadığının tespitini işlem taraflarının yapması esastır*" demek suretiyle, bir sınırlamanın yan sınırlama niteliğinde olup olmadığına ilişkin kararın taraflarca verilmesi uygulamasına geçilmiştir. Bu uygulama, Rekabet Kurulu kararlarında birleşme ve devralma işlemindeki yan

sınırlamalara ilişkin herhangi bir değerlendirme yer almasa da ilgili izin kararının yan sınırlamaları da kapsayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Rekabet Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun'un 7 nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmalarına ilişkin olarak, Kurul yaptığı ön inceleme sonucunda anlaşmayı incelemeye almaya karar verirse, *"ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek"* zorundadır. Bu durumda Rekabet Kanunu'nun 40 ıncı maddesi ve sonrasında yer alan hükümler kapsamında yapılacak değerlendirmeler sonrasında Kurul birleşme veya devralma işlemine izin vermeyebilir. Nitekim 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında *"Tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez."* denmektedir.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun 11 inci maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un, bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş olan birleşme veya devralmalara ilişkin olarak inceleme başlatacağı belirtilerek, bu inceleme sonucunda Rekabet Kurulu, birleşme veya devralmanın hukuka aykırı ve yasak olduğuna karar verip, işleme izin vermedikleri gibi işlemin hukuka aykırı sonuçlarının da ortadan kaldırılmasına yönelik bir kısım tedbirler almakla yetkilendirilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun birleşme veya devralmanın Rekabet Kanunu'nun 7 nci maddesi kapsamında hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi halinde, Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9 uncu maddesi hükmü gereğince, *"Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir."*

Daha önce ifade edildiği üzere, 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliği'nin 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasında Rekabet Kurulunca verilecek iznin, birleşme veya devralma ile birlikte kararlaştırılmış yan sınırlamaları da kapsayacağı

belirtilmiştir. Ancak ne Rekabet Kanunu'nda ne de Birleşme ve Devralma Tebliği'nde birleşme veya devralma işlemine izin verilmemesi halinde yan sınırlamaların ne olacağı hususu düzenlenmemiştir. Ancak açıkça görüleceği üzere bir birleşme veya devralma işlemine izin verilmemesi halinde, bu işleme bağlı olarak oluşturulan sınırlamaların yan sınırlama olma özellikleri sona erecek, başka bir ifadeyle yan sınırlamalar da yasak kapsamına gireceklerdir.

Rekabet Kanunu'nun 8 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "*İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.*" Her ne kadar Rekabet Kanunu'nda menfi tespiti ilişkin açık bir tanım yer almasa da 8 inci maddede yer alan "*bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren*" ifadesinden, menfi tespitin maddede sayılan işlemlerin hukuka uygun olduğunun Rekabet Kurulu tarafından belirlenmesi olarak anlayabiliriz. Bu bakımdan maddenin ikinci fıkrasında "*Kurul, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 13 üncü maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden her zaman dönebilir. Ancak bu durumda taraflara Kurulun görüş değiştirmesine kadar geçen süre için cezaî müeyyide uygulanmaz.*" demek suretiyle, Kurul'un gerektiğinde verdiği karardan dönebilmesi imkânı da getirilmiş olmaktadır.

Yan sınırlamalar, özü itibarıyla rekabeti kısıtlayan ancak belirli şartlarda yapılmasına izin verilen anlaşmalardır. Hâlbuki menfi tespit belgesi bir anlaşma, karar, eylem veya birleşme ve devralmanın Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını göstermek, yani işlemin sınırlayıcı veya rekabeti bozucu olmadığını tespit etmek amacıyla verilmektedir. Buradan görüldüğü üzere rekabeti kısıtlayıcı (ancak meşru) bir yan sınırlamaya menfi tespit belgesi verilmesi, bu anlaşmanın rekabeti kısıtlamadığını ortaya koyacak, bu da yan sınırlamanın artık bir sınırlama olmadığını gösterecektir. Bu nedenle yan sınırlamalara menfi tespit belgesi verilmesi mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan menfi tespit belgesi verilmesi kararı, kurucu olmayan, açıklayıcı nitelikte bir işlemdir. Yani bir durumu tespit etmektedir. Bu nedenle geçersiz bir işlemi geçerli hale getirme veya sonucunda bir hak doğması söz konusu değildir. Menfi tespit belgesi verilmesine ilişkin kararı o anın bir fotoğrafı gibi görmek gerekir. İşte bu

nedenle bir başvurunun yapıldığı andaki duruma göre verilmesi gereken menfi tespit belgesi, durumun değişmesine ya da bazı ihtimallerin gerçekleşmesine bağlanmamalıdır. Bu itibarla şarta bağlı şekilde menfi tespit belgesi verilmesi doğru olmayacaktır. Menfi tespit belgesinin verilmesi bir şarta bağlanırsa, bu zaten hali hazırdaki duruma ilişkin menfi tespit belgesinin verilemediği yani talebin reddedildiği anlamına gelecektir.

Rekabet Kurulu, "teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları"nın; ekonomik veya teknik gelişme sağlaması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ilgili pazarın önemli bir kısmında ortadan kalkmaması, rekabetin gereğinden fazla sınırlanmaması koşullarının tamamını taşıması halinde Kanun'un 4 üncü maddesinde yer alan hükümlerin uygulanmasına ilişkin muafiyet tanıyabilir. Ancak muafiyet müessesesi, menfi tespitten farklı olarak bir başvuruya veya talebe bağlı değildir. Ancak isteğe bağlı olarak bildirimini yapılması mümkündür. Nitekim bu konuyla ilgili olarak "Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz-Menfi Tespit/Muafiyet Bildirim Formu" ile bildirim nasıl yapılacağı düzenlenmiş ve ekinde Muafiyet Bildirim Formu yayınlanmıştır. Son olarak Rekabet Kanunu'nda belirli türlerdeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların muafiyet kapsamı dışında bırakıldığı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır; yani 5 inci maddede sayılan şartları sağlayan rekabeti kısıtlayan tüm anlaşmalar teorik olarak muafiyet korumasından yararlanabileceklerdir. Bu bakımdan Rekabet Kurulu'nun yan sınırlamalar hakkında da muafiyet kararı verebilmesi mümkündür. Öte yandan yan sınırlamaların, rekabetçi kısıtlamalar olmadıklarından doğrudan muafiyet kararına konu olamayacaklarının öne sürüldüğü görüşler mevcut olsa da kanaatimizce bu hatalı bir bakış açısıdır.

Bilindiği üzere, Türk rekabet hukukunda birleşmeler ve devralmalar, rekabeti bozucu şekilde hâkim durum yaratıyorsa veya bir hâkim durumu olduğundan daha güçlü hale getiriyorsa hukuka aykırı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Ancak yasaklama üzerine kurulu bir sistem, bazı pazarlarda etkinliği artıracak birleşme veya devralmaların gerçekleşmesine, dolayısıyla da rekabet ortamının gelişmesine engel olabilmektedir. Bu nedenle birleşme veya devralmanın tamamen yasaklanması yerine hem rekabetin engellenmesine neden olan uygulamaların ortadan kaldırılmasını, hem de ekonomik anlamda faydalı birleşmenin veya devralmanın gerçekleşmesini sağlayacak bir yöntem rekabet hukukunun amaçları bakımından daha uygun olacaktır.

İşte bu durumdaki birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde **şartlı izin yönteminin** veya taahhüt mekanizmasının kullanılması, birleşme veya devralmanın rekabeti kısıtlayıcı yönünün azaltılmasına imkân vermekte, bu sayede genel refahın artması da sağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir birleşmenin veya devralmanın yasaklanarak gerçekleşmesinin engellenmesi yerine, belirli şartlar altında birleşmenin gerçekleşmesine imkân verilmiş olmaktadır. Ancak Rekabet Kanunu'nda, Rekabet Kurulu'nun birleşme veya devralmalara şartlı izin verebileceği şeklinde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Rekabet Kanunu'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "*Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*" durumu, muafiyet veya menfi tespit belgesi verilmesi kararlarının geri alınabileceği haller arasında sayılmıştır. Her ne kadar Rekabet Kanunu'nda şartlı izin verilmesi hali açıkça düzenlenmemiş olsa da, bir karara şart veya yükümlülük bağlanabileceği bu maddeden anlaşılmaktadır. Bunun yanında Rekabet Kanunu'nda şartlı izin verilmesini engelleyecek bir hüküm de bulunmamaktadır.

Çalışmamızda ulaşılan tespitler değerlendirildiğinde, yan sınırlamalara ilişkin olarak gerek 4054 Sayılı Kanun' da gerek 2010/4 Sayılı Tebliğ' de gerekse diğer düzenlemelerde açık bir tanımın yer almamakta olup yalnızca Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz' un 48. Paragrafında bu kavrama yer verilmiştir. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' da ve 2010/4 Sayılı Tebliğ' de yan sınırlamaların tanımına yer verilmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir. Bu bakımdan en azından bir Tebliğ değişikliği ile tanımın netleştirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Yine Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz' da her ne kadar rekabet etmeme yükümlülüğü, satıcının devre konu teşebbüse ait ticari sırları açıklamaması ve kullanmaması ile satıcının devre konu teşebbüsün çalışanlarını istihdam etmemesi gibi yan sınırlama türlerinden bahsedilmekte ise de, yan sınırlamaların türlerinin sınırlı sayıda olmadığı göz önüne alındığında, Türk rekabet hukukunda en çok karşılaşılan yan sınırlama türleri olan lisans anlaşmaları ile alım ve tedarik anlaşmalarına da ilgili Kılavuz kapsamında yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ateş. 2001. *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Aksoy, Nazlı., Hilmi Bolatoğlu ve Şahin Yavuz. 2006. *Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması*. Rekabet Dergisi, S: 25, 3-28.
- Akyüz, Helin Berfin. 2007. *Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar*. Ankara: Adalet Yayınları.
- Akyüz, Helin Berfin. 2003. "Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar". Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Alpay, Mustafa Okan. 2004. *Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Antalya, Gökhan. 2012. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Arbak, Ömer. 2005. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ardıç, İsmail Yücel. 2004. *Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları
- Arı, M. Haluk, Esin Aygün ve H. Gökşin Kekevi, 2009. *Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları. s. 229-294.
- Arslan E. Arzu. 2010. *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Aslan, İ. Yılmaz. 2001. *Rekabet Hukuku*. İkinci Basım, Bursa: Ekin Kitabevi.
- Aslan, İ. Yılmaz. 2014. *Rekabet Hukuku Dersleri*. Dördüncü Baskı, İstanbul: Ekin Yayınevi.
- Ata, Çağlar Deniz. 2009. *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Ateş, Mustafa. 2013. *Rekabet Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ateş, Mustafa. 2014. *Rekabet Hukukundaki "Anlaşma" ve Borçlar Hukukundaki "Sözleşme" Kavramları Üzerine*. FMR, (1), 84-92
- Aydemir, Salim. 2005. *Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Aydoğan, Fatih. 2005. *Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Ayhan, Rıza, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar. 2016. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Badur, Emel. 2001. *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Baş, Mustafa. 2001. *Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu*. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001/2, s. 79-88.

Başsorgun, Rıza Hakan. 2006. "Rekabet Hukukunun Anayasal Dayanakları ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan Cezaî Hükümlerin Hukuki Niteliği". Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bellamy, C. ve Graham D. Child. 2001. *European Community Law of Competition*. London: Sweet&Maxwell.

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

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

Cook, John ve Christopher Kerse. 1996. *EC Merger Control*. London: Sweet & Maxwell.

Çağlayan, Ali İhsan. 2003. *Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Dayınlarlı, Kemal. 2007. *Joint Venture Sözleşmesi*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık.

Dolmacı, Nilgün. 2011. "Yoğunlaşmaların Kontrolü ve Şartlı İzin". Yüksek Lisans Tezi. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erbay, İsmail. 2002. *Know-How Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Erdem, Ercüment. 2001. *Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul: Beta Basım Yayın.

Erdem, Ercüment. 2003. *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*. İstanbul: Beta Yayınları.

Erdem, Ercüment. 2004. *Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar*. Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2004. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları. 115-156.

Erdem, Ercüment. 2007. *Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler*. İstanbul: Beta Basım Yayın.

Eren, Fikret. 2015. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ondokuzuncu Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Esin, Arif. 1998. *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları.

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

Fishwick, Francis. 1986. *Definition of the Relevant Market*. Belgium: Publication of the Commission of the European Communities.

Goyder, Daniel. G. 2003. *EC Competition Law (Fourth Edition)*. Oxford: Oxford University Press.

Göksoy, Yaşar Can. 2003. "Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi – Maddi Hukuk Yönünden". Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Göktürk, Kürşat. 2013. *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1-2), s. 631-662.

Gülergün, E. Cenk. 2003. *Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Günay, Cevdet İlhan. 2014. *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Günay, Enver. 2015. "İktisadi Düşüncenin Evrimi ve Kapitalizmin Piyasa Tarihi". Doktora Tezi. Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Güngördü, Abdulgani. 2003. *AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmalarda Kontrol unsuru*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Gürkaynak, Gönenç, Bora İkiler ve Arın Gül Yeniaras, 2009. *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Koşullu İzin Yaklaşımları*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları. s. 171-228.

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

Güven, Pelin. 2003. *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*. Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Güven, Pelin. 2009. *Rekabet Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Hawk, Barry E. ve Henry L. Huser. 1996. *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*. Hague (Lahey): Kluwer Law International.

Holley, Donald L. 1990. *Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures*. B. Hawk: ed. New York: Fordham Corporate Law Institute.

- İkizler, Metin. 2005. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Inan, Nurkut ve Mehmet B. Piker. 2007. *Rekabet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları.
- İslamov, Nazım. 2003, *Joint Venture*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Kaplan, İbrahim. 2013. *İnşaat Sektöründe Müsterek İş Ortaklığı - Joint Venture-*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kaya, Mustafa İsmail. 2014. *Acentelik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kaya, Şerife Demet, Zeynep Madan ve Evren Sesli. 2009. *Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi*. *Rekabet Dergisi*, 10 (2), s. 29-72.
- Kayar, Mehmet Akif. 2003. *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısında Bir Değerlendirme*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Kayihan, Lerzan. 2003. *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Kısa, Seda Ulaş. 2004. *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kocaer, Şenol. 2015. *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- McKenzie, Richard B. ve Dwight R. Lee. 2008. *In The Defense of Monopoly*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Naktiyok, Atılhan ve Canan Nur Karabey. 2007. *İşletmelerin Maddi Olmayan Kaynakları ve Çevresel Olumsuzluk Alguları İle Stratejik Yönelimleri Arasındaki İlişki*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(4), s. 203-225.
- Oğuzman, M. Kemal. ve M. Turgut Öz. 2010. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Sekizinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Öz, Gamze Aşçıoğlu. 2000. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.
- Öz, Gamze Aşçıoğlu. 1999. *Competition Law and Practice in Turkey*. ECLR, Volume 20: Issue 3-March 1999, s.149-158.
- Özdemir, Saibe Oktay. 2002. *Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Özer, Suna. 2009. "Rekabet Hukuku Açısından Rekabet Yasakları". Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özsoy, Saadet Hande. 2011. *Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.

Özşahin, Ahmet Baybars. 2018. *Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar*. İstanbul: Yetkin Yayınları.

Pınar, Hamdi. 2005. *Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*. Rekabet Dergisi, Sayı 23, s. 30-88.

Pınar, Hamdi. 2014. *Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi*. Rekabet Dergisi, 15 (2), s. 59-87.

Pınar, Hamdi. 2005. *Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*. Rekabet Dergisi, Sayı 23, s. 30-88.

Pınar, Hamdi. 2014. *Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi*. Rekabet Dergisi, 15 (2), s. 59-87.

Roberts, Gary R. 1988. *Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints*. Southern California Law Review, 61(4), 988-1016.

Rodger, Barry J. ve Angus Macculloch. 2001. *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*. Second Edition, London and New York: Routledge-Cavendish.

Sanlı, Kerem Cem. 2000. *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Sezen, Ayşe. 2007. *Birleşme ve Devralmalar, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu: Bildiriler- Tartışmalar*. Bursa: URTEB Yayınları, s. 105-114.

Sirmen, Lale. 1992. *Türk Özel Hukukunda Şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.

Solmaz, Ekrem. 2010. *Yoğunlaşmaların Kontrolünde Bildirim Eşikleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Soyer, M. Polat. 1994. *Rekabet Yasağı Sözleşmesi: BK md. 348-352*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Şahin, Ali Hamza. 2010. "Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar". Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Taylan, Esin Çamlıbel. 2001. *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık

Tekinalp, Ünal. 2000. *AB Hukuku*. İkinci Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Tomur, Kerem. 2004. *Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Topçuoğlu, Metin. 2001. *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 18.

Topçuoğlu, Metin. 2001. *Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50 (4), s. 129-165.

Topçuoğlu, Metin ve Nilgün Dolmacı. 2011. Yoğunlaşmaların (Birleşme veya Devralmaların) Kontrolünde Şartlı İzin ve 2010/4 Sayılı Tebliğ'in Getirdiği Yenilikler. S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.1, s. 91-124.

Ulu, Harun. 2004. *Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Ürem, Müge. 2009. "Türk Rekabet Hukukunda Devralma Sayılan ve Sayılmayan Haller". Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Varol Nazlı. 2009. *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Yavuz, Şahin. 2003. *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per Se" veya "Rule Of Reason"*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

Yiğit, İlhan. 2013. *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Yüksel, Onur Yelda. 2004. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları.

İnternek Kaynakları

Akıntürk, Turgut. 1970. Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme. AÜHFD, 1970, C. 27, 219-247. (Erişim adresi: <URL: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3174.pdf>>. [30 Ekim 2018]).

Aydın, Sema, H. A. Kaplan. 2014. *Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. XVIII, s.3-4 (Erişim adresi: <URL: http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_9.pdf>[5 Nisan 2019]).

Bork, Robert. H. 1959. *Ancillary Restraints and The Sherman Act. Section of Antitrust Law*, vol. 15, 211-234. (Erişim adresi: <URL: https://www.jstor.org/stable/25750084?read-now=1&refreqid=excelsior%3Aeef43fc83f00d1ff00b77a067b12a2b7&seq=1#page_scan_tab_contents>. [20 Ekim 2018])

Demir, Şamil. 2009. *Avukatlık Hizmetinin Rekabet Mevzuatına Tabiyeti*. (Erişim adresi: <URL: <https://www.samildemir.av.tr/2009/11/avukatlik-hizmetinin-rekabet-mevzuatina-tabiyeti/>>. [4 Mayıs 2019]).

Diaz, F. Enrique González. 1995. *Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*. *Fordham International Law Journal*, 19(3), s. 951-998. (Erişim adresi: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol19/iss3/8/>>. [16 Ekim 2018]).

Gürkaynak, Gönenç ve Hakan Özgökçen. 2007. *Gizlilik Hükümlerinin Yan Sınırlama Rejimi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Müdahale Gerekli mi? Rekabet Derneği Rekabet Forumu, Sayı 36*. (Erişim adresi: <URL: <http://elig.com/docs/Evaluation-of-Confidentiality-Provisions-in-the-scope.pdf>>. [21 Ekim 2018]).

Harrison, Jeffrey L. 1982. *Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping with Maricopa County*. *U. Ill. L. Rev.* 925, 925-949, s. 932. (Erişim adresi: <URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unillr1982&div=45&id=&page=>>>. [17 Ekim 2018]).

Haziroğlu, E.C. *Ticari Bir İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu*. (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/tfm/issue/31322/341752>>. [20 Nisan 2019])

Jebelli, Kayvan Hazemi. 2010. *EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1), s.1*. (Erişim adresi: <URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318>. [17 Ekim 2018]).

Louis, Martin B. 1980. *Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?*. *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 879-916. (Erişim adresi: <URL: https://www.jstor.org/stable/1072624?read-now=1&refreqid=excelsior%3A71489b8161207e3d9f2373e9560bef70&seq=1#page_scan_tab_contents>. [20 Ekim 2018]).

Can, Ozan. 2014. *Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi*. *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s. 72 (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/398159>> [5 Nisan 2019])

Scott, Paul G. 1999. *Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints*. *Canterbury Law Review* 403. (Erişim adresi: <URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>>. [20 Ekim 2018]).

Süzek, S. *Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu*. (Erişim adresi: <URL: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97936>>. [20 Nisan 2019])

Werden, Gregory J. 2013. *Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters*. (Erişim adresi: <URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227097>. [17 Ekim 2018]).

Danıştay 13. Dairesi'nin 05.11.2010 tarih, E. 2007/13885, K. 2010/7567 sayılı içtihadı. (Erişim adresi: <<https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2007-13885-k-2010-7567-t-05-11-2010-danistay-13-daire-karari/746473/yan+s%c4%bln%c4%blrlama>>. [17 Ekim 2018]).

Danıştay İdari Dava Daireleri'nin 01.04.2013 tarih ve E.2009/863 K.2013/1159 sayılı kararı. (Erişim adresi: <<https://legalbank.net/belge/d-idrddk-e-2009-863-k-2013-1159-t-01-04-2013/1364858/>>. [24 Ekim 2018]).

“Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations”. (Erişim adresi: <URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN)>. [18 Ekim 2018]).

“Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings”. (Erişim adresi: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>>. [21 Ekim 2018]).

https://en.wikipedia.org/wiki/Treaty_of_Rome, [Erişim tarihi: 18 Ekim 2018].