

BU SAYIDA...

Bir hukuk dalı olarak ortaya çıktığı 1890'dan bu yana sürekli gelişme içinde olan rekabet hukukunda yaşanan hareketliliğin kaynağı olarak, her türden olayda geçerli olabilecek kuralların geliştirilmesinin zorluğu nedeniyle olayların ancak dava bazında ele alınabilmesi gösterilmektedir.

POSNER ve EHRlich'in *"İnsanoğlunun öngörüsü ile bilgisinin sınırlılığı ve dilin kendisinde varolan belirsizlik, kanun koyucunun pratikte uygulanabilecek genel standartları tam ve net olarak belirleyebilme yeteneğini sınırlamaktadır. Bu nedenle uygulanacak standartların bir kurallar bütününe bağlanması kendiliğinden bir eksik ve fazla içerimin gerçekleşmesine neden olmaktadır."* şeklindeki tespiti göz önünde bulundurulduğunda hukuk alanında gelişmenin sağlanabilmesi için, en az alınacak kararlar kadar yapılacak akademik çalışmalara da ihtiyaç duyulduğunu söylemek sanırız yerinde olacaktır.

Dergimizin bu sayısında, Kurumumuz eski Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR tarafından yapılan çalışma da bu açıdan önemli bir başlığı teşkil eden *"4054 sayılı Kanunun 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi"*ni konu edinmektedir.

Özellikle rekabet hukuku uygulamasında, uygulayıcılara ve muhataplara yol gösterecek ve ihtiyaç duyulan zengin akademik ortamın oluşmasını sağlayacak çalışmalarda *"sorulacak soruların doğru tespiti"* kuşkusuz büyük önem taşımaktadır, çünkü kanımızca ancak doğru sorulmuş bir sorunun cevabı olabilir. Sn. GÜRZUMAR, makalesinde bu noktadan hareketle *"4054 sayılı Kanunun m.4 hükmüne aykırı bir sözleşmenin geçersizliği butlan mıdır? Eğer bu geçersizliğin (BK m.19/20 hükmü dikkate alındığında haklı olarak ilk akla gelen bir geçersizlik çeşidi olarak) "emredici hükme aykırılık nedeniyle butlan" oluşturduğu kabul edilirse, bu sözleşmenin muafiyetten yararlanması halinde hüküm ve sonuç doğurması ve böylece de tarafları borç altına sokması nasıl açıklanabilir?"* şeklindeki soruları ortaya koymakta ve bu soruların cevabına geçmeden önce, *anlaşma* ve *sözleşme* kavramlarının Kanun karşısındaki konumuna değinmek suretiyle cevapların hangi zeminde aranması gerektiği konusuna açıklık getirmektedir.

Söz konusu kavramların açıklığa kavuşturulmasının ardından “4054 sayılı Kanunun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin aynı Kanunun m.56 hükmü gereğince tabi olduğu geçersizliğin hukuki niteliğinin” araştırılmasına geçildiği makalede, Türk hukuku ve yabancı hukuk uygulamaları ile doktrinde, konuya ilişkin görüşlere yer verilmekte ve yazar kendi görüşlerini, “geçersizliğin takdiri olup olmaması; geçersizliğin nedeni olan rekabeti sınırlama keyfiyetinin (hukuka aykırılığın) hangi merci tarafından belirleneceği; geçersizliğin butlan, askıda geçersizlik, noksanlık vb. geçersizlik türlerinden hangisine girdiği” çerçevesinde dile getirmektedir.

Sn. GÜRZUMAR makalesinde yapmış olduğu detaylı incelemede “geçersizliğin sonuca ilişkin takdir yetkisinin kullanılmasıyla devreye giren bir geçersizlik (yani teknik anlamda bir takdiri geçersizlik) olmadığı; adli mahkemelerin rekabetin sınırlanması keyfiyetini takdir ve tespit etme yetkisinin bulunmadığı ve mahkemelerin Rekabet Kurulunun bu konudaki nihai kararını elde etmeden karar veremeyeceklerini ileri sürmenin mümkün olmadığı; m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliğinin her zaman butlan oluşturduğu şeklindeki görüşleri paylaşmanın mümkün olmadığı ve 4. maddeye aykırı ve 5. maddedeki kümülatif şartları taşıyan ancak hakkında Kurul tarafından henüz muafiyet kararı verilmemiş anlaşmaların ortaya çıkan geçersizliğinin ‘askıda geçersizlik’ olarak nitelendirilebileceği” sonucuna ulaşmaktadır.

Ciro kavramı, rekabet hukuku uygulamasında gerek akademisyenler, gerek muhataplar, kimi zaman da ulusal otoriteler arasında farklı yorumlanabilmektedir. Bu nedenle ciro kavramı, birleşme devralmalara ilişkin uygulamada kritik bir önem taşımaktadır.

Konuya ilişkin Topluluk uygulamasının incelendiği “Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne İlişkin Düzenlemeler Bağlamında Ciro Kavramı” adlı çalışmada Rekabet Uzmanı Şebnem KULAKSIZOĞLU tarafından detaylı bir inceleme yapılmakta ve çalışmanın içerisinde “Ciro Tebliği”nin tam çevirisine yer verilmek suretiyle de söz konusu metin, uygulamada başvurulabilecek Türkçe kaynaklardan biri olarak Türk rekabet hukukuna kazandırılmaktadır.

Bu sayıda da uluslararası gelişmeler ile beraber “Seçilmiş Kararlar” bölümünde bir soruşturma bir devralma ve de bir ortak girişim kararına yer verilmektedir.

Dergimizin bu sayısının da ilgili çevreler için önemli bir kaynak teşkil edeceğine inanıyoruz.

Saygılarımızla...

4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 4. MADDESİNE AYKIRI SÖZLEŞMELERİN TABİ OLDUĞU GEÇERSİZLİK REJİMİ

Doç. Dr. Osman B. GÜRZUMAR*

I. GİRİŞ

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 anlaşmaları, uyumlu eylemleri ve kararları m.4 hükmüyle açıkça yasaklayan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 56'ncı maddesinde, m.4 hükmüne aykırı her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararının “geçersiz” olduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz Kanun'un m.56 hükmünde kullanılan “anlaşma” terimi, *bu maddede* Rekabet Hukuku'ndaki geniş anlamını yitirmekte ve artık teknik ve dar anlamda sözleşmeyi (yani *hukuki işlem niteliğindeki anlaşmaları*) işaret etmektedir¹. Çünkü 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi, aynen mehzazı

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu çalışmada yer alan görüşler, Rekabet Kurumu'nun görüşleri olmayıp, yazarın kendi görüşleridir.

¹ Anlaşma kavramının Rekabet Hukukunda Medeni Hukuktaki “sözleşme” kavramına göre daha geniş kapsamlı olması keyfiyeti ile ilgili olarak şu noktaya dikkat çekmekte yarar vardır: Bilindiği üzere, eğer “hukuk düzeni herhangi bir hukuki sonucu, ancak bu sonuca yönelen bir irade açıklamasına bağlamışsa” (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, İstanbul 1993, s.38), bu sonuca yönelen bir irade beyanının açıklanmasıyla bir hukuki işlem kurulur. Hukuki işlem, bu anlamda, hukuki sonuca yönelmiş (yani hukuki sonuç -örneğin, borç- doğurması için açıklanmış) irade beyanıdır ve sözleşme de (iki taraflı bir hukuki işlem olarak), “... kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak amacıyla yapılan bir anlaşmadır” (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.43/44). Ancak, irade beyanının hukuki sonuca yönelmiş olması şartının gerçekleşmiş olması için, örneğin Alman Hukukunda da artık egemen olduğu gözlenen yaklaşıma göre, irade beyanını açıklayan kişinin hukuken bağlanma iradesiyle hareket ettiği izlenimini yaratması yeterli görülmektedir (bkz. IMMENGA/MESTMAECKER, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, München 2001, Ernst J. MESTMAECKER, No 85 Pr.1, s.100; “hukuki sonuçlar teorisi”ne -Rechtsfolgentheorie- dayanan hukuki sonuca yönelmiş olma şartının anlamı için bkz. ayrıca N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985, s.105/106 ve GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, No 126, s.21). İşte, Rekabet Hukukunda “anlaşma” teriminin Medeni Hukuktaki “sözleşme”

teriminden daha geniş kapsamlı olması ile kastedilen de iki veya daha fazla teşebbüs arasındaki bir uzlaşmanın (mutabakatın) 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü anlamında bir anlaşma sayılabileceği için, bu uzlaşmanın hukuki sonuca yönelmiş irade beyanlarıyla oluşturulmasının şart olmadığıdır (doktrinde bu hususu açıkça vurgulayan bir yazar olarak bkz. M. Nazlı AKSOY, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002, s.26; aynı yönde ve daha dolaylı K. C. SANLI, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2000, s.76). Nitekim bu nedendir ki -uzlaşmanın hukuki değil sosyal, ahlaki veya ekonomik yaptırımlarla temin edilmek istendiği- centilmenlik anlaşmaları da 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü anlamında birer anlaşma sayılabilmektedirler. Dolayısıyla, herhangi bir irade uyuşmasını kuran açık ya da örtülü irade beyanları hukuki sonuca yönelmişse, bu uzlaşma bir sözleşmedir ve bu uzlaşmanın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık nedeniyle geçersizliğinden bahsedilebilir. Buna karşın bu uzlaşmayı oluşturan açık veya örtülü irade beyanları hukuki sonuca yönelmemişse, bir hukuki işlemden -sözleşmeden- ve dolayısıyla onun geçersizliğinden bahsedilemez; fakat yine de ortada Rekabet Hukuku anlamında bir anlaşma vardır ve eğer bu anlaşma 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı ise anlaşmanın tarafları bu Kanun'daki idari yaptırımlara maruz kalırlar. Doktrinde ve Rekabet Kurulu Kararlarında (RKK) sıklıkla rastlanılan "Kanun sözleşme terimi yerine, anlaşma kelimesini özellikle seçmiştir. Çünkü burada yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşma anlaşma olarak kabul edilmektedir." (Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. basım, Bursa 2001, s.72), "Türk rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle yazılı veya başka türlü bir şekil şartına bağlı olması gerekmemektedir" (RKK 27.10.1999 t., 99-49/536-337(a) s. -İstanbul Ekmek Pazarı-, Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.216), "... bir sözleşme Türk Rekabet Hukuku çerçevesinde yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmaksızın borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir" (RKK 26.11.1998 t., 93/750-159 s. -Adıyaman/LPG-, Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.482), "Rekabet Hukuku bakımından anlaşmaların yazılı olması koşul değildir." (RKK 26.4.2001 t., 01-21/191-149 s., -Haydarpaşa/Halkalı/Erenköy Gümrük Taahhütçüleri- RG 24515 s., 6.9.2001 t.) tarzındaki ifadeler ise "Rekabet Hukuku anlamında anlaşmanın kurulmuş ve varlık kazanmış olduğundan bahsedebilmek bakımından, bunların, **sözleşmelerden farklı olarak**, zımnen veya sarih, yazılı veya sözlü olarak yapılması önem taşımaz" **şeklinde yanlış anlaşılma** riskini taşımaktadırlar. Çünkü, hukuki işlem niteliğindeki anlaşmalar da (yani borçlar hukuku sözleşmeleri de) BK m.1/II hükmü gereğince, açık veya örtülü olarak (yani sarih veya zımni irade beyanlarıyla) kurulurlar. Keza bir (borçlar hukuku) sözleşme(si) kurmak için açıklanan irade beyanlarının yazılı veya sözlü olması da, aynen hukuki işlem niteliği taşımayan anlaşmalarda olduğu gibi, o sözleşmenin vücut bulması bakımından önem taşımaz. Zira, irade açıklamasının yazılı veya sözlü yapılabilmesi keyfiyeti, borçlar hukuku sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin kurulması (yani varlığı ya da yokluğu) ile değil, (dar anlamda) geçerlilik (veya dar anlamda geçersizlik=hükümsüzlük) ile ilgili bir keyfiyettir ki, BK m.11/I'e göre buradaki kural da zaten şekil özgürlüğüdür (yani kanun açıkça bir şekil öngörmedikçe hiçbir şekle bağlı olmamaktır). Şekil keyfiyeti konu bakımından ancak şu kapsamda bir anlam taşıyabilir: Kamunen geçerlilik şartı olarak belli bir şekle tabi kılınmış bir sözleşmeyi, taraf teşebbüsler bu şekle uymadan ve fakat 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı bir içerikle yaparlarsa, bu teşebbüsler, sözleşmelerinin şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğundan ve bu nedenle de sözleşme ile borç altına girmemiş olduklarından bahisle aynı Kanun'un m.9, m.16 ve m.17 hükümlerindeki idari yaptırımlardan kurtulamazlar. Diğer taraftan bu sözleşme, şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu için -hukuki niteliği 4054 sayılı Kanun'un muafiyet hükümleri şemsiyesi altında tespit edilmesi gereken ve bu makalenin konusunu oluşturan- m.56/1 hükmündeki geçersizlik rejimine de tabi olamaz; çünkü geçerlilik şekline aykırı olan böyle

olan Roma Antlaşması (RA) m.81/1 (eski m.85/1) hükmünde olduğu gibi, *davranış yasaklayıcı* bir özellik taşıırken; aynı Kanun'un 56'ncı maddesi bu yasağa aykırılığın özel hukuktaki sonuçlarından sadece *geçersizliği* (ve bunun neticelerini) düzenleyen bir yaptırım hükmü özelliği taşımaktadır. Geçersizliğin (veya *hükümsüzlüğün*) ise *hukuki işlemler* bakımından sözkonusu olacağı ise açıktır².

4054 sayılı Kanun rekabete aykırı (veya anti rekabetçi³) anlaşmaları 4'üncü maddesinde emredici bir hükümlerle yasaklamakta, bu tür anlaşmaları hukuka aykırı saymakta ve bu nitelikteki anlaşmaların hukuki işlem niteliği taşıyan türlerinin "geçersiz" olduğunu da 56'ncı maddede hükme bağlamakta ise de, yine aynı Kanun, m.5 hükmündeki şartların tamamının varlığı halinde, "*İlgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü*

bir sözleşmenin -etkisi itibarıyla m.5 hükmündeki kümülatif şartları doldursa bile- muafiyet almak suretiyle geçerlilik kazanabilmesi (muafiyet sadece sözleşmenin amacı, konusu ve etkisi perspektifinden yaratılmış bir idari yöntem olduğuna göre) mümkün değildir (nütekim ASLAN, s.75'deki "... 56. maddenin getirdiği geçersizlik yaptırımı bu kavramın" -yani anlaşma kavramının- "mahiyetini açıklayamaz. Çünkü 4. maddeye aykırı olup da hukuken bağlayıcı olan anlaşmalar için getirilmiş olan bu yaptırımın, ..." şeklinde yer alan ifadeyle kastedilmek istenen de ancak bu olabilir). Esasen yukarıdaki son iki cümlede yapılan tespit, diğer geçersizlik nedenleri bakımından da sözkonusudur. Gerçekten, iki teşebbüs arasında akdedilmiş olan bir sözleşme 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olduğu gibi aynı zamanda -başka bir somut nedenle- kamu düzenine veya bir başka emredici kanun hükmüne de aykırı olabilir. İşte bu durumda da taraf teşebbüsler, aralarındaki (4054 sayılı Kanun m.4'e aykırı) sözleşmenin zaten başka nedenle (örneğin, başka bir emredici kanun hükmüne aykırılık nedeniyle) batıl olduğundan ve borç doğurmadığından bahisle 4054 sayılı Kanun'daki idari yaptırımlardan kurtulamazlar. Esasen, Avrupa Birliği Hukuku literatürü ile Komisyon, İlk Derece Mahkemesi ve Adalet Divanı (AD) kararlarında, "RA m.81/1 hükmü anlamında bir anlaşmadan bahsedilebilmesi için bunların hukuken bağlayıcı olmasının gerekmediği" mealinde kullanılan ifadelerin de (bkz. örn. R. WHISH, Competition Law, Fourth Edition, 2001, s.76 vd.; BELLAMY & CHILD, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London 2001, No 2-016, s..52 ve bu yazarların zikrettiği kararlar) bu şekilde, yani "RA m.81/1 hükmü anlamında (ve bu hükme aykırı) bir anlaşmadan bahsedebilmek için, bu hükme aykırı olmasaydı tarafları bağlayacak ve borç altına sokacak olan bir sözleşmenin mevcut olması şart değildir" şeklinde anlaşılması gerekir (ve kastedilen de zaten budur). Anlaşma kavramı için bkz. ayrıca A. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, s.42 vd.; M. Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, s.168 (bu yazarın anlaşma kavramını daraltan ve sadece hukuki işlem niteliğindeki anlaşmalara inhisar ettiren yaklaşımını paylaşmıyoruz); E. BADUR, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, s. 58 vd.; Saibe Oktay ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s.164 vd.

² SANLI, s.390.

³ RA m.81/1 hükmündeki "... the prevention, restriction or distortion of competition" ifadesinin kapsadığı tüm hallerin "anti-competitive nature" terimiyle ifade edilebileceği konusunda bkz. BELLAMY&CHILD, No 1-096, s.98.

madde hükümlerinin uygulanmasından” muaf tutulabileceğini de açıklamaktadır. Kanun’un 5’inci maddesinden çıkan ve tartışmasız olan netice şudur: 4’üncü maddeye aykırı anlaşmalar, eğer Kanun’da (m.5 hükmünde) sayılan kümülatif şartları taşıyorlarsa, yenilenebilme şansı da dahil olmak üzere, beş yıl için bireysel muafiyet almak suretiyle⁴ 4’üncü maddeye aykırılığa bağlanan hukuki sonuçlardan kurtulabilirler⁵. Fakat Kanun, 13’üncü maddesinde, bu maddede sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde muafiyetin geri alınabileceğini de hükme bağlamaktadır.

4054 sayılı Kanun’un yukarıda anılan hükümleri dikkate alındığında, bir sözleşmenin rekabete aykırılık nedeniyle “geçersiz” olması halinde, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır:

Kanun’un 4’üncü maddesine aykırılık nedeniyle “geçersiz” olan bir sözleşme, eğer Kurul’un -başvuru üzerine- vereceği bir kararla (idari işlemle) bireysel muafiyet alabilirse, özel hukukta geçersizliğe bağlanan sonuçlardan (yenilenebilmek üzere, 5 yıl için) kurtularak hüküm ve sonuç doğurur hale gelir ve fakat -Kanun’da sayılan hallerden birinin sözkonusu olması halinde- Kurul’un kararıyla (veya 5 yıl sonra bireysel muafiyet yenilenmezse) tekrar eski haline (yani geçersizliğe bağlanan hukuki sonuçlara tabi olma statüsüne) geri dönebilir. Keza yine Kanun’un 4’üncü maddesine aykırı bir sözleşme, yapıldığı andan itibaren, herhangi bir grup muafiyeti tebliğinden yararlanıyor veya yapıldıktan sonra yürürlüğe giren böyle bir tebliğin kapsamına girmiş olabilir. Bu durumda da bu sözleşme birinci ihtimalde baştan, ikinci ihtimalde ise tebliğin yürürlüğe girdiği andan itibaren özel hukukta geçersizliğe bağlanan sonuçlardan kurtularak kendisini kuran irade beyanlarının yöneldiği sonuçları doğuracak ve fakat yine Kurul’un idari bir işlemiyle tekrar eski haline (yani geçersizliğe bağlanan hukuki sonuçlara tabi olma statüsüne) geri dönebilecektir⁶.

⁴ ... yahut da, Kurul’un çıkaracağı grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına giriyorlarsa ve bu tebliğdeki şartları taşıyorlarsa, bu sefer de m.5 hükmündeki kümülatif şartları -tebliğe uygun oldukları için- taşıdıkları varsayımıyla, grup muafiyetinden yararlanmak suretiyle ...

⁵ Kuşkusuz, eğer 4’üncü maddeye aykırı bir anlaşma Kanun’un m.10/I hükmünde öngörülen 1 aylık süre içinde değil de daha geç Kurul’a bildirilmişse, bu anlaşmanın 4’üncü maddeye aykırılığa bağlanan sonuçlardan kurtulabilmesi de ancak bildirim tarihinden itibaren etkili olmak üzere gerçekleşecektir.

⁶ Bkz. Rekabet Kurulu’nun dikey anlaşmalarla ilgili 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği (RG 14.7.2002 t., 24814 s.) m.6 ve motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarıyla ilgili 1998/3 sayılı Tebliği (RG 1.4.1998 t., 23304 s.) m.8.

Yukarıdaki tablo şu soruları akla getirmektedir: 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle söz konusu olan geçersizlik “*takdiri*” bir geçersizlik midir ve bu geçersizliği hangi merci tespit veya (takdiri butlan görüşü kabul görürse) takdir edecektir? 4054 sayılı Kanun’un m.4 hükmüne aykırı bir sözleşmenin geçersizliği *butlan* mıdır? Eğer bu geçersizliğin (Borçlar Kanunu’nun -BK- m.19/20 hükmü dikkate alındığında haklı olarak ilk akla gelen bir geçersizlik çeşidi olarak) “*emredici hükme aykırılık nedeniyle butlan*” oluşturduğu kabul edilirse, bu sözleşmenin muafiyetten yararlanması halinde hüküm ve sonuç doğurması ve böylece de tarafları borç altına sokması nasıl açıklanabilir? Yoksa bu hükümsüzlüğün, örneğin grup muafiyet tebliğlerinden hiçbirinin kapsamına girmeyen veya bunlardan birinin kapsamına girmekle birlikte ilgili tebliğin şartlarını haiz olmayan sözleşmeler bakımından, bireysel muafiyet alabilme imkanı dikkate alınarak *askıda geçersizlik* ve/veya -idari bir makamın tamamlayıcı unsur niteliğindeki bir bireysel idari işlemine muhtaç olma anlamında- bir *noksanlık* olarak mı değerlendirilmesi gerekir? Eğer bu görüş kabul edilirse, *askıda geçersizlik* ve *noksanlık* hallerinin şimdiye kadar geliştirilmiş olan geçersizlik modellerinde, *emredici hükümlere aykırılıktan* kaynaklanan geçersizlik hallerini kapsamaksızın düşünülmüş olması gerçeği nasıl aşılabilir? Ayrıca, muafiyet geri alınabileceğine göre, bunun muafiyetten yararlanan bir sözleşmenin hükümsüzlüğünün hukuki niteliği üzerinde herhangi bir etkisi olabilir mi? Öte yandan -benzer tereddütler açısından- grup muafiyetinden yararlanan sözleşmelerin geçersizlik teorisi çerçevesindeki durumu nedir?

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejiminin niteliğinin belirlenmesiyle yakından ilgili olan bu ve diğer soruları da kapsamak üzere, aşağıda, ilk önce Türk doktrininde konuyla ilgili olarak ileri sürülen görüşler özetlenecek, daha sonra AB, Alman ve İsviçre hukuklarındaki duruma kısaca değinilecek ve son olarak da konuyla ilgili görüşlerimiz açıklanacaktır.

II. TÜRK DOKTRİNİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğünün türünü ilkönce “... *kanunun emredici hükümlerine aykırı herhangi bir sözleşme gibi rekabet kanununa aykırı bir sözleşme de mutlak butlanla sakattır*”⁷ şeklinde açıklayan ASLAN, daha sonra kullandığı bir dipnotta “*Öte yandan BK 20. maddesi RKHK 56. madde ile öngörülen geçersizlik yaptırımını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.*

⁷ ASLAN, s. 380.

Nitekim butlanla malul olan bir sözleşme tarafların iradeleriyle dahi geçerli hale getirilemezken Rekabet Kurulunun muafiyet kararıyla geçerli hale getirilebilmektedir. RKHK 4 maddesine aykırı anlaşmalar iptale tabi (askıda geçerli) olarak da kabul edilemezler çünkü bunlar yapıldıkları andan itibaren muafiyet kararına kadar geçersizdirler hüküm ve sonuçlarını doğurmazlar⁸ açıklamasını yapmaktadır. Bireysel muafiyet almış bir sözleşmenin muafiyet süresinin dolmasından sonraki dönemde ortaya çıkan ihtimallerin “bu şekildeki anlaşmaları askıda geçerli olarak kabul etmemize” yol açtığını⁹ da belirten ASLAN’a göre Kurul’un bireysel muafiyet kararıyla anlaşmanın kanuna aykırı ve yasak olma durumu ortadan kaldırılmış olmaktadır¹⁰.

SANLI’ya göre “..., 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, sadece Kanun’un 4 ve 56. maddeleri göz önünde tutarak tespit etmek ve geçersizliğin türünü butlan olarak kabul etmek ... mümkün değildir. geçersizlik türünün (ve hükümlerinin) tespit edilmesinde, muafiyete ilişkin özelliklerin de dikkate alınması zorunludur”¹¹. SANLI, meseleye bireysel muafiyet açısından bakıldığında ve 4’üncü maddeye aykırı bir sözleşmenin Rekabet Kurulu’nun vereceği bir idari kararla geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) geçerli hale gelebildiği dikkate alındığında, geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldıran bu durumun butlan yaptırımının bünyesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir¹². Yazar’a göre 4’üncü maddeye aykırı olan bir sözleşme kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren sözkonusu olan ve hakim tarafından re’sen gözetilecek bir geçersizliğe tabi olmakla birlikte; bu geçersizlik, muafiyet alabilme imkan ve ihtimali nedeniyle, **askıda bir geçersizliktir**¹³. SANLI, grup muafiyetinden yararlanan veya bireysel muafiyet almış olan sözleşmelerin geçerliliğinin ise -4054 sayılı Kanun m.13 hükmündeki “muafiyetin geri alınması” olanağı düşünüldüğünde- askıda geçerlilik olarak nitelendirilebileceğini de belirtmektedir¹⁴. Anılan yazarın tarif ettiği modelde “butlan yaptırımı, ancak Kurul tarafından ... muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için sözkonusu” edilebilen “istisnai bir geçersizlik türü

⁸ ASLAN, s.384 dn.17.

⁹ ASLAN, s.381.

¹⁰ ASLAN, s.380.

¹¹ SANLI, s.399.

¹² SANLI, s.399.

¹³ SANLI, s.401/402.

¹⁴ SANLI, s.402.

olmaktadır"¹⁵. Nihayet SANLI, grup muafiyeti hükümlerinin uygulandığı bir durumda 4. maddenin tatbikine yer olmayacağına göre, böyle bir durumda geçersizlikten bahsetmenin mümkün olmadığını da belirtmektedir¹⁶.

Kapsamı hakkında doktrinde çok farklı yaklaşımlar bulunan "askıda geçersizlik" kavramını 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı ve Kurul'a bildirilmiş olan anlaşmalar için uygun bulmadığı anlaşılan TOPÇUOĞLU ise, Kurul'a bildirilen anlaşmaların "... Kurul'un muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süre içerisinde topal hukuki muamele" niteliğinde olduğunu; doktrinde bu hal için "askıda geçersizlik" teriminin kullanılmasının isabetli olmadığını; zira geçersizlik hükümlerinin kesin olduğunu; hükümsüz bir işlemin daha başlangıçta ölü doğmuş olduğunu ve sonradan dirilmesine, sıhhat kazanmasına imkan bulunmadığını; buna rağmen sakat bir işlem sonradan sıhhat kazanıyorsa, bu nitelikteki işlemlere eksik işlemler dendiğini; Rekabet Kurulu kararının, herhangi bir teşebbüsler arası anlaşmanın muteberliği veya hüküm ifade etmesi için gerekli bir unsur olmadığını; yasak faaliyetleri konu edinen anlaşmaların Kurul'un muafiyet kararına kadar Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olduğunu, fakat muafiyet tanındığı takdirde sözkonusu madde uygulamasından istisna tutulacağını; bu açıdan Kurul kararının anlaşma veya kararın tamamlanması gereken bir şartı olarak algılanamayacağını ve bu durumda da askıda geçersizlikten bahsedilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁷ Kurul'a bildirilmemiş anlaşmalar için ise, Yazar, "Kurula bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmayacağına göre, anlaşma ve kararlar kendiliğinden hükümsüz sayılacak"tır¹⁸ ifadesini kullanmakta ve fakat bu hükümsüzlüğün *butlan* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır¹⁹.

¹⁵ SANLI, s.402. Yazar, bireysel muafiyetin süreli olarak verilmesi zorunluluğu nedeniyle, bireysel muafiyet almış sözleşmelerin geçerliliğini "sınırlı süreli geçerlilik" (s.401) şeklinde adlandırmaktadır.

¹⁶ SANLI, s.402.

¹⁷ M. TOPÇUOĞLU, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, s.289-292.*

¹⁸ TOPÇUOĞLU, s.289.

¹⁹ Ancak sözkonusu yazarın anılan tezinin 288'inci sayfasının ilk paragrafındaki şu açıklamadan Kurul'a bildirilmemiş anlaşmaları *batıl* kategorisinde gördüğü neticesinin çıkarılabilmesi mümkündür: "Hükümsüzlük engelinin zamanla aşılması veya taraflarca düzeltilmesi mümkün olmadığından, hükümsüz bir anlaşma veya kararın sonuçlarını elde etmek isteyen taraflar, anlaşma veya kararı, Rekabet Kanununa aykırı olmayacak şekilde yeni baştan inşa etmelidirler.

Askıda geçersizlik nitelendirmesini reddeden bir başka yazar AKSOY'dur. 4054 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesinde düzenlenen geçersizliği **butlan** olarak nitelendiren AKSOY'a göre "Askıda geçersizlik kavramı, Borçlar Hukukunda eksik sözleşmelerin, eksiklik tamamlanıncaya kadar askıda bulunmalarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Askıda geçersiz sayılan eksik sözleşmeler, eksik unsur tamamlanınca geçerli hale gelmektedirler. Oysa 4. madde kapsamındaki anlaşmalarda herhangi bir unsurun eksikliği söz konusu değildir, bu anlaşmalar Kanun'a aykırıdır. Kanun'a aykırılığın yaptırımını ise mutlak butlandır. Askıda geçerlilik ise, iptal edilebilir sözleşmelerin hukuki niteliğini belirtmek için kullanılmaktadır. ... Rekabet Hukukunda muafiyetten yararlanan sözleşmelerin iptal edilebilir sözleşmelere benzetilmesi ... isabetli değildir. Zira 4. madde kapsamındaki anlaşmalara muafiyet tanınması, o anlaşmaların Kanun'a aykırılığını bir başka ifadeyle rekabeti kısıtlayıcı niteliğini değiştirmemekte, sadece muafiyet süresince Kanun'a aykırılığın yaptırımlarının uygulanmasını engellemektedir. Dolayısıyla geçersiz bir sözleşmenin muafiyet kararıyla birlikte geçerli hale gelmesi gibi bir durum söz konusu değildir. ... Kanun'a aykırı anlaşmaların başlangıçta askıda geçersiz, muafiyet kararı ile birlikte askıda geçerli olduğuna ilişkin görüş, 4054 sayılı Kanun'daki geçersizlik sistemini tamamen karmaşık bir hale getirmekle kalmayıp, Borçlar Hukuku kavramlarına da olduğundan farklı anlamlar yüklemektedir."²⁰

4054 sayılı Kanun'daki muafiyet hükümlerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan tabloya belirleyici bir unsur niteliği tanımaksızın, 4'üncü maddeye aykırı sözleşmelerin geçersizliğini **butlan** olarak nitelendiren BADUR'a göre "56. maddede düzenlenen geçersizlik, kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersizliği ile aynıdır. Yani kanunun emredici hükümlerine aykırı herhangi bir sözleşme gibi, RKHK'ya aykırı bir sözleşme de mutlak butlanla sakat olacaktır."²¹

Turgut ÖZ'e göre de, m.56 hükmündeki geçersizliğin niteliği butlandır. ÖZ, bu konuyla ilgili olarak, şu açıklamayı yapmaktadır ²²: "Görüldüğü üzere, RKHK'a aykırı anlaşmalar, iptal edilebilirlik değil, butlan yaptırımına bağlanmıştır. Böylece, Rekabet Kurulu'nun Kanuna aykırılığı belirleyen kararları, bozucu yenilik doğuran bir iptal kararı değil, bir tesbit kararı olacaktır. Anlaşma, BK m.20 anlamında kendiliğinden ve düzelemez şekilde batıl olacaktır. ... Ancak, hukukumuzdaki butlanın her

Yeni işlem, **batıl** hukuki işlemden bağımsız olduğundan, kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğuracaktır."

²⁰ AKSOY, s.45/46.

²¹ BADUR, s.159/160.

²² T. ÖZ, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997, s.62.

zaman hakim tarafından tespit edilebilmesi ilkesinin tersine, ihtilaf halinde bu hususu Kurul tesbit edecek ve 53. madde uyarınca Resmi Gazete'de yayınlatacaktır." ÖZ'e göre, buradaki butlan, sorumsuzluk anlaşmalarının butlanına ("haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile") hakim karar vereceğini belirten BK m.99/II hükmündeki "**takdiri butlan**"a benzeyen bir durumdur²³. Bununla birlikte ÖZ şu açıklamayı da gerekli görmektedir: "Ancak, rekabet hukukunda bu butlanı takdir yetkisi hakime bırakılmamış; bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olan Rekabet Kuruluna bırakılmıştır. Gene burada, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Kurulun bu yetkisini kullanırken uygulayacağı ölçütler ayrıntılı ve sınırlayıcı şekilde düzenlenmiş ve butlan kararının ancak Resmi Gazetede Kurul kararının yayınlanması ile hüküm ifade edeceği öngörülmüştür. Nihayet bu karar, bir de idari yargı denetimine tabi tutulmuştur. Gerçekten, bu karmaşık ve özel hukukumuzun geçersizlik sistemine yabancı düzenlemenin, takdiri butlan kavramının çerçevesine sokulması da oldukça zorlamalı olacaktır."²⁴

4054 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesinde sözkonusu edilen geçersizliğin hukuki niteliğini -İsviçre Rekabet Hukukundan da esinlenerek- irdeleyen S. Oktay ÖZDEMİR ise, bu konuda şu açıklamayı yapmaktadır: "RHK m.4'de düzenlenen ve rekabet yasağına giren karar ve işlemlerin hukuki yaptırımının Borçlar Hukuku m.19, m.20 anlamında geçersizlik olduğu ve burada aranan şartların gerçekleşmesi halinde sözkonusu olabilecekleri izlenimi doğmaktadır. Ancak butlanda işlemin yapıldığı anda geçersizlik sebebinin bulunması gerekirken, rekabet sınırlamasının kabulü, ilgili makam tarafından yapılan bir değerlendirme ile varlık kazandığından, bu alana uymamaktadır. Bu noktada kanunun 4. maddesinde getirilmiş karinelerin varlığı da farklı bir değerlendirme yapmaya yetmemektedir. Karinelerin varlığı halinde de yine rekabet sınırlamasının bulunduğu dair kararın aranması geçerliliğini korumaktadır. ... Kanımızca iki tür değerlendirme yapmak mümkündür. Butlanın verilen kararlar hüküm doğuracağı veya burada butlandan daha çok askıda hükümsüzlüğün varlığı düşünülebilir."²⁵ "... buradaki geçersizlik Rekabet Kanununa aykırılıktan doğan bir geçersizlik olduğundan BK.m.19, 20 anlamında bir geçersizliktir. Ancak bu geçersizliğin doğması için Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amacının açıklandığı 1. maddede belirtildiği gibi, getirilen bu şartlarla rekabetin engellenmiş, bozulmuş veya kısıtlanmış olması gerekmektedir. Böyle bir karar Rekabet Hukuku değerlendirmesi ile ve ilgili piyasanın

²³ ÖZ, s.62, dn.155.

²⁴ ÖZ, s.62, dn.155.

²⁵ ÖZDEMİR, s.177

koşulları göz önüne alınarak yapılacaktır. Kanunun 5. maddesindeki şartların varlığı halinde rekabet üzerinde yukarıdaki etkileri doğuran bir sözleşmenin geçersizliği kararı verilmeyebilecektir²⁶. ÖZDEMİR'e göre, "Rekabet Hukuku hükümleri rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığından bağımsız olacak şekilde, direkt olarak uygulanarak herhangi bir sözleşmenin BK m.20 gereği geçersiz olduğuna karar vermeyi sağlayamaz. Ancak Rekabet Hukukunun uygulanmasının maddi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verildikten sonra, yani rekabet sınırlamasının varlığı saptandıktan sonra geçersizlik değerlendirmesi yapılabilir."

Nihayet, 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliğine BK m.20/II hükmündeki *kısmi butlan* kuralının uygulanmasının imkan dahilinde olduğu ve fakat (tek amaçları rekabeti kısıtlamak, engellemek ya da ortadan kaldırmak olan) kartel anlaşmalarında kısmi geçersizliğin hemen hemen hiç gerçekleşmeyeceği konusunda doktrinde bir fikirbirliği bulunduğu söylenebilir²⁷. AKSOY'a göre, "en yüksek yasak hadde indirme ilkesinin de özellikle süre kayıtları bulunan rekabete aykırı sözleşmelerde" uygulanabilmesi mümkündür ve örneğin (artık yürürlükte olmayan) "Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4/d maddesi hükmü gereğince, 5 yıldan daha uzun bir süre için yapılmış olan anlaşmalar için en yüksek yasal hadde indirmeye ilişkin kuralın bu konuda uygulanması halinde, anlaşmanın 5 yıla kadar olan kısmının geçerli olduğu kabul edilecektir"²⁸.

III. YABANCI HUKUKLARDAKİ YAKLAŞIMLAR

4054 sayılı Kanun'un maddi hukuk kurallarının (4. ve 6. maddelerinin) mehazı olan Roma Antlaşması'nın m.81/1 (eski m.85/1) hükmünde üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve konuları itibarıyla ortak pazardaki rekabeti bozma, kısıtlama veya ortadan kaldırma etkisine sahip olan teşebbüsler arası anlaşmalar yasaklanmakta ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da bu aykırılığı taşıyan anlaşmaların "**kendiliğinden geçersiz**" olacağı açıklanmaktadır²⁹. Keza anılan

²⁶ ÖZDEMİR, s.276

²⁷ Bkz. TOPÇUOĞLU, s.293; SANLI, s.433 vd. (434); AKSOY, s. 47 vd (s.49). Butlan görüşünü reddeden (yahut butlanın istisnaen sözkonusu olacağını savunan) yazarlar, burada, doğal olarak, "kısmi geçersizlik" veya "kısmi hükümsüzlük" terimini kullanmaktadır.

²⁸ AKSOY, s.50.

²⁹ Hakim durumun sözleşmeler aracılığıyla kötüye kullanılması durumunda bu sözleşmelerin geçersizliği ve bunun neticeleri hakkında bkz. WHISH, 275/276; bkz. ayrıca N. İNAN, Rekabet Kanununun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, C.1, s.606/607.

hükmün üçüncü fıkrasında belli kümülatif şartların gerçekleşmiş olması halinde, birinci fıkraya aykırı anlaşmalara birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağına karar verilebileceği de belirtilmektedir.

Avrupa Birliği Hukukuna ilişkin literatürde, Adalet Divanı'nın daha yıllar öncesinde (*Béguelin Kararı*'nda³⁰) yaptığı nitelendirmeye dayanılarak, RA m.81/2 hükmü ile getirilmiş ve ulusal hukuklarda da doğrudan etkisi olan *geçersizlik*³¹ yaptırımının, baştan itibaren (*ab initio*) ve kendiliğinden (*ipso iure*) sözkonusu olan, sözleşmenin taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi neticesine yol açan, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken mutlak bir geçersizlik olduğu kabul edilmektedir³². Ayrıca, bu özelliklerden hareketle, doktrinde, buradaki geçersizlik için bazı yazarlarca **butlan**³³ terimi de kullanılmaktadır³⁴.

Ancak AB Hukukuna ilişkin literatürde, "butlan" terimini kullanmaksızın, sadece "geçersizlik" terimini kullanmayı tercih eden yazarların³⁵ yanısıra; Komisyon'a bildirilmesi gereken ve bildirilmiş bulunan (bireysel muafiyet talep edilen) sözleşmeler için "**askıda geçersiz**" kavramını kullanan yazarlar da vardır³⁶. Öte yandan Komisyon'a bildirilmesi gereken, 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü çerçevesinde usulüne uygun olarak (bireysel muafiyet almak üzere) bildirilmiş olan ve fakat anılan Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce aktedilmiş olan sözleşmeler için, Komisyon'un bireysel muafiyet talebini reddetmesi ve butlanı tespit etmesi anına kadarki süreç bakımından

³⁰ Case 22/71, *Béguelin Import v. G. L. Import Export* (1971) ECR 949. Aynı yönde Case 319/82, *Société. De Vente de Ciments et Betons v. Kerpen & Kerpen* (1983) ECR 4173.

³¹ "to be void" = "Ungültigkeit, Unwirksamkeit"

³² Bkz. örn. LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht, Bd.1, 8. Auflage, Berlin 1998, No 170 Art.85, s.170, s.1532. Geçersizliğin kendiliğinden olması konusunda bkz. ayrıca A. JONES/B. SUFRIN, EC Competition Law, Oxford 2001, s.87.*

³³ "Nullity" = "Nichtigkeit". Ancak İngiliz Hukukunda (kendiliğinden) geçersizlik (to be void) ile butlan (nullity) arasında kesin bir ayırım yapılmamakta, örneğin geçersizliğin kesin olmadığı haller için de butlan kavramı kullanılabilir (bkz. JONES/SUFRIN, s.136 ve aşağıda dn.39-42'nin ait olduğu ana metinde zikredilen *Passmore v Morlan* kararı). İngiliz Hukukunda sözleşmelerin geçersizlik türleri bakımından yapılan ayırımıda vurgu, kendiliğinden geçersizlik ("to be void" = hukuka aykırılık - "illegality"- ve sözleşme öncesi objektif imkansızlık halinde) ve geçersiz kılınabilme ("voidable" = örn. hata, hile, tehdit durumunda) üzerinde yoğunlaşmaktadır (bkz. D. BARKER/C. PADFIELD, *Law Made Simple, Eleventh Edition, Oxford, 2002, s.132-152*).

³⁴ Bkz. örn. BELLAMY & CHILD, No 10-029 vd. (özellikle No 10-31 ve 10-32); LANGEN/BUNTE, No 169/170 Art.85, s.1531/1532; AKINCI, s.331/332.

³⁵ Bkz. örn. WHISH, s.260 vd.

³⁶ Ü. TEKİNALP, *TEKİNALP/TEKİNALP, AB Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, No 95, s.432. Bu yaklaşımda, (geçmişte etkili bireysel muafiyet alabilmek için bildirim külfetine tabi olmayan anlaşmalar bakımından) artık 17/62 sayılı Tüzüğün 4'üncü maddesinin 1216/99 sayılı Tüzükle uğradığı değişikliğin kuşkusuz dikkate alınması gerekmektedir.*

“geçerliliği askıda”³⁷ terimi de (AD'nın bu konudaki yerleşik içtihatlarına dayanılarak) kullanılmaktadır³⁸.

Belirtmek gerekir ki, İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin *Passmore v Morland plc* davasında verdiği ilginç bir karar³⁹, RA m.81 (1) hükmüne aykırılıktan kaynaklanan geçersizliğin *ilgili anlaşmanın pazar üzerindeki olumsuz etkisinin bir zaman sonra ve yeni somut koşullar nedeniyle ortadan kalkması halinde, buna koşut olarak sona erebilecek zamansal (“temporal”) ve geçici (“transient”) bir geçersizlik olduğu* şeklindedir. Karara konu olan olayda, Passmore, İnntrepreneur Pub Co (“IPC”)’den hasılat kirası sözleşmesiyle kiraladığı ‘pub’ı işletmekte ve kira sözleşmesinde yer alan bir münhasırlık kaydı nedeniyle biralarını sadece (aynı zamanda bira üreticisi olan) IPC’den ve onun haleflerinden satın almak yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu kira sözleşmesinin yapıldığı sırada IPC’nin aynı münhasırlık kaydını içeren kira sözleşmeleriyle kiralananmış olan yaklaşık 4500 ‘pub’ı bulunmaktadır. Daha sonra, ‘pub’ın ve kiralayan sıfatının İngiliz Hukukuna göre geçerli bir şekilde (IPC’ye göre daha küçük bir teşebbüs -bira üreticisi- olan) Morland plc’ye intikal etmesinden sonra Passmore, bu teşebbüse karşı, kira sözleşmesindeki münhasırlık kaydının RA m.81/1’e aykırılık nedeniyle ve m.81/2 gereğince geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. İstinaf Mahkemesi ise, şu temel sorunun cevabının meselenin çözümünde belirleyici olduğunu açıklayarak, Passmore’un geçersizlik iddiasını reddetmiştir: *“Varsayılın ki, sözleşmedeki münhasır alım (tek elden satın alma) kaydı, sözleşmenin yapıldığı sırada IPC’nin benzer kayıtlarla yüklü kiralara konu olan 4500 ‘pub’a sahip olması ve bu nedenle de -kümülatif etki sonucunda- diğer bira üreticilerinin pazara girişinin önemli ölçüde engellenmesi tehlikesi yüzünden geçersizdi. Eğer bu ‘pub’ların bir kısmı daha sonra Morland gibi daha küçük üreticilerin eline geçseydi, muhtemeldir ki anılan kümülatif etki azalırdı veya sona ererdi ve böylece de sözkonusu pazara giriş engeli ortadan kalkardı. Acaba bu durumda da hala anılan münhasır alım (tek elden satın alma) kaydının geçersizliğinden bahsedilebilecek miydi? Diğer bir ifadeyle, m.81/2’deki geçersizlik yaptırımıyla ilişkilendirildiğinde, m.81/1’in, anlaşmaların, pazar koşullarına bağlı olarak zaman içerisinde geçersiz hale gelebilmeleri ve yine -koşullar değiştiğinde- bu durumdan kurtulabilmeleri şeklinde bir*

³⁷ “Provisional validity” = “vorläufige Gültigkeit”.

³⁸ Bkz. LANGEN/BUNTE, No 168/169 Art.85, s.1531/1532 (ve orada zikredilen AD kararları); TEKİNALP, No 99, s.432.

³⁹ Bu karar ve değerlendirmesi için bkz. WHISH, s.271/272; BELLAMY & CHILD, No 10-033 vd, s.783 vd. ve G. CUMMING, *David John Passmore v. Morland and Others*, (2000) ECLR 261.

*mantığa dayanması mümkün müdür?*⁴⁰ İstinaf Mahkemesi, eleştiri konusu olan ve hatta bazı yazarlar tarafından “m.81/2’ye dayanan geçersizlik savunmasına karşı Yargı’nın beslediği antipatinin bir örneği”⁴¹ olarak nitelendirilen bu kararında, yukarıdaki soruyu olumlu olarak yanıtlamış ve “m.81/2 hükmü ile öngörülen butlan, aynen m.81/1’deki yasaklama gibi zamansal ve arızı (geçici) bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, eğer yasaklama -koşulların değişmesi nedeniyle- anlaşmanın tarafları arasında artık uygulanma kabiliyetini yitirmişse, bu durumda sözkonusu anlaşmanın geçersizliği de ortadan kalkar.”⁴² neticesine varmıştır⁴³.

Nihayet RA m.81 hükmüne aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizliğin, geçersizliğe yol açan aykırı sözleşme kaydının sözleşmenin geri kalan kısmından ayrılmasının mümkün olduğu hallerde, *kısmi geçersizlik* teşkil edebileceğinin, ancak bu konunun her üye ülkenin kendi ulusal hukukuna göre karar bağlanacağına AB Hukukunda ifade edildiğini de burada eklemek gerekmektedir⁴⁴.

Öte yandan **Alman Hukukunda** da, Kartel Kanunu’nun (GWB⁴⁵) “Kartel Yasağı” kenar başlığını taşıyan ve “Rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı yahut bozucu amacı veya etkisi olan, (birbirleriyle rekabet ilişkisi içinde bulunan) teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler, yasaktır.” şeklinde Türkçeye çevrilebilecek olan 1’inci paragrafına⁴⁶ aykırı olan anlaşmaların geçersizliğinin (ki bu anlaşmalar, GWB’nin sistematığı içerisinde yalnızca yatay anlaşmaları işaret etmekte ve *kartel anlaşmaları* olarak nitelendirilmektedir), kural olarak, *butlan* teşkil ettiği belirtilmektedir⁴⁷. Eğer teşebbüsler arası bir

⁴⁰ WHISH, s.271.

⁴¹ FREEMAN & WHISH, *A Guide to Competition Act 1998*, Butterworths, 1999, No 2.31 (BELLAMY & CHILD, No 10-036, s.785’den naklen).

⁴² (1999) 1 CMLR 1150 (55 ve 56 nolu açıklamalar).

⁴³ Bu kararın çeşitli açılardan içerdiği ve/veya doğurduğu tartışmalı noktalar hakkında bkz. BELLAMY & CHILD, No 10-036, s.785/786.

⁴⁴ *Case 56/65, Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235; Case 319/82, Société de Vente de Ciments et Bétons de l’Est v Kerpen & Kerpen GmbH (1983) ECR 4173; Case 10/86, VAG France SA v Etablissements Magne SA (1986) ECR 4071; WHISH, s.268; BELLAMY&CHILD, No 10-037 vd., s.786 vd.; D. G. GOYDER, *EC Competition Law, Second Edition*, New York 1992, s.150/151; V. KORAH, *EC Competition Law and Practice, Sixth Edition*, Oxford 1997, s.74.*

⁴⁵ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* = “Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun”.

⁴⁶ “**Kartellverbot.** Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.”

⁴⁷ IMMENGA/MESTMAECKER, No 322 Pr.1, s.181; V. EMMERICH, *Kartellrecht*, 8. Auflage, München 1999, s.59. Aynı görüş, 1.1.1999 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı kanun

yatay anlaşma GWB Pr.9/III hükmü çerçevesinde usulüne uygun olarak bildirilmiş, Kartel İdaresi bildirilen anlaşmaya aynı hüküm çerçevesinde *itiraz süreci* başlatmış ve taraflar da bu itirazın kalkmasını sağlayamamışlarsa, sözkonusu butlanın, itirazın yürürlük kazandığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurduğu açıklanmaktadır⁴⁸. (Sözkonusu butlan Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 139'uncu paragrafındaki kısmi butlan hükmüne tabidir⁴⁹.) Buna karşın eğer bir yatay anlaşma GWB'nin 10'uncu paragrafı çerçevesinde (bireysel) muafiyet talebiyle (usulüne uygun olarak) bildirilmiş ise, butlanın, bu durumda, bireysel muafiyet talebinin reddini içeren idari tasarrufun⁵⁰ (red kararının) yürürlüğe girdiği andan itibaren hüküm ifade edeceği ve bu nedenle de muafiyet talebinin reddi veya kabulüne göre, bu tür anlaşmaların butlanının veya geçerliliğinin hüküm ifade ettiği ana kadarki süreç bakımından ortada bir **askıda geçersizliğin**⁵¹ bulunduğu belirtilmektedir⁵². GWB'nin 10'uncu paragrafının 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde, açıkça, bu anlaşmaların, muafiyet talebinin kabulünü içeren idari tasarrufun yürürlük kazanmasıyla (kesinleşmesiyle) geçerli hale gelecekleri ifade edilmektedir.

Alman Hukukunda, *butlan* yaptırımının, aynı Kanun'un, *dikey anlaşmalarda* yer alan ve taraflardan birinin üçüncü kişilerle yapacağı anlaşmalarda fiyat ve iş koşullarını belirleme özgürlüğünü kısıtlayan

değişikliğinden önceki dönemde de temsil edilmekteydi; bkz. LANGEN/BUNTE, No 123 vd. Pr.1, s.103 vd.

⁴⁸ IMMENGA/MESTMAECKER, No 323 Pr.1, s.181. GWB'nin anılan hükmüne göre, Kanun'un 2 ila 4/1'inci paragraflarında zikredilen ve tanımlanan anlaşmalar, bildirimden itibaren bir ay içinde Kartel İdaresi'nin itiraz etmemesi halinde, 1'inci paragrafdaki yasaklamadan muaf olur ve geçerli hale gelirler. GWB'nin 2 ila 4/1'inci paragraflarında zikredilen anlaşmalar ise şunlardır: "Norm ve tip kartelleri" ("Normen- und Typenkartelle") ile "koşul kartelleri" ("Konditionenkartelle"), "uzmanlaşma kartelleri" ("Spezialisierungskartelle") ve "orta sınıf kartelleri" ("Mittelstandskartelle" = küçük ve orta boy teşebbüslerin rekabet gücünü artıran rasyonelleştirmeyi amaçlayan işletmelerarası işbirliği anlaşmaları). Eğer Kartel İdaresi, bildirilen yatay anlaşmanın bu sayılanların Kanun'da tanımlanan niteliklerini taşımadığı şüphesine kapılırsa, itiraz süreci ("Widerspruchsverfahren") başlatır ve bu durumda ilgili teşebbüsler bildirdikleri anlaşmanın Kanun'un aradığı koşulları haiz olduğunu kanıtlamak kulfeti altında olurlar.

⁴⁹ IMMENGA/MESTMAECKER, No 328 vd. Pr.1, s.182 vd.

⁵⁰ "Özel hukuk alanında yenilik doğurucu işlevi haiz idari işlem" = "privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt" (EMMERICH, s.94).

⁵¹ "Schwebende Unwirksamkeit"

⁵² IMMENGA/MESTMAECKER, No 322 Pr.1, s.181. GWB'nin 10'uncu paragrafında zikredilen, muafiyet alabilecek olan anlaşmalar, aynı Kanun'un 5 ila 8'inci paragraflarında zikredilmiş ve tanımlanmış olan "rasyonelleştirme kartelleri" ("Rationalisierungskartelle"), "yapısal kriz kartelleri" ("Strukturkrisenkartelle"), Pr.7 hükmündeki koşulları taşıyan "diğer karteller" ("Sonstige Kartelle") ve (istisnai) bakanlık iznini alan kartellerdir (bu son sınıfa giren yatay anlaşmalar, Kartel İdaresi'nin değil, İktisat Bakanlığının izniyle geçerlilik kazanırlar).

kayıtları (15'inci paragraftaki istisnalar dışında) yasaklayan 14'üncü paragrafına⁵³ aykırılıkta da sözkonusu olduğu görüşü hakimdir⁵⁴. Ayrıca, GWB'nin 17 ve 18'inci paragraflarındaki yasaklamaya aykırı olan, başka bir ifadeyle lisans veya devir konusu olan fikri/sınai hakların maddi içeriğini aşar bir şekilde lisans alana veya devralana sınırlamalar yükleyen (ve 17'nci paragrafın 2 ve 3'üncü paragraflarına göre bireysel muafiyet de almamış olan) devir ve lisans anlaşmalarının geçersizliğinin de *butlan* teşkil ettiği belirtilmektedir⁵⁵. Keza her iki halde de, butlanın BGB Pr.139'daki kısmi butlan hükmüne tabi olduğu ve özellikle de sözleşmenin, "*kurtarıcı kayıtlar*"⁵⁶ içermesi halinde, rekabeti kısıtlayıcı ilgili kayıtlar dışında ayakta kalacağı ifade edilmektedir⁵⁷.

Diğer taraftan, AB'ne üye olmayan (ve fakat Türk Medeni Hukukunun temel yürürlük kaynakları olan Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun iktibas edildiği bir Avrupa ülkesi olarak dikkate alınmasında yarar bulunan) **İsviçre**'ye bakılırsa, bu ülkede 1996 yılından beri yürürlükte olan yeni Kartel Kanunu'nun ("*KG*"⁵⁸) 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, belli bir mal veya hizmet pazarındaki rekabeti dikkate değer ölçüde bozan⁵⁹ ve haklı iktisadi etkinlik gerekçelerine de dayanmayan

⁵³ "*Verbot von Vereinbarungen über Preisgestaltung oder Geschaeftsbedingungen. Vereinbarungen zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, sind verboten, soweit sie einen Beteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschaeftsbedingungen bei solchen Vereinbarungen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren oder über gewerbliche Leistungen schliesst.*"

⁵⁴ IMMENGA/MESTMAECKER, No 66 Pr.14, s.397; EMMERICH, s.113. Buna karşın, GWB'nin münhasırlık kayıtlarının belirli koşulların varlığı halinde Kartel İdaresi tarafından yasaklanabileceğini hükme bağlayan 16'ncı paragrafında farklı bir durumun sözkonusu olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde, Alman Hukukunda, AB Hukukundaki durumun aksine, münhasırlık kayıtları, **kural olarak**, hukuka aykırı ve yasak değildir; ancak Kartel İdaresi'nin kararıyla, bu tür kayıtlar, 16'nci paragrafdaki (alternatif nitelikteki şartın yanı sıra bir de kümülatif şarttan oluşan) koşulların gerçekleşmesi halinde yasaklanabilmekte ve böylece de ileriye etkili olarak hükümsüz kalılabilmektedir (EMMERICH, s.147). Ancak, sonradan devreye sokulan bu yasaklamaya rağmen taraflar aynı içerikte bir kayıta yeniden bir uzlaşmaya varırlarsa, bu durumda artık butlan sözkonusu olmaktadır (EMMERICH, s.147). Diğer taraftan, eğer bir münhasırlık kaydı AB üye ülkeleri arasındaki ticareti etkiliyorsa, o takdirde, RA m.85/1'e aykırılık sözkonusu olmakta ve bu durumdaki geçersizlik bu kerre butlan olarak nitelendirilmektedir (EMMERICH, s.150).

⁵⁵ IMMENGA/MESTMAECKER, No 159 vd. Pr.17, s.545 vd; EMMERICH, s.166.

⁵⁶ "*Salvatorische Klauseln*" = Sözleşmenin geri kalan kısmını ayakta tutan kayıtlar.

⁵⁷ IMMENGA/MESTMAECKER, No 66 Pr.14, s.397 ve No 160 vd. Pr.17, s.545 vd.

⁵⁸ "*Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*" = "*Karteller ve diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Federal Kanun*".

⁵⁹ Rekabet üzerindeki olumsuz etkinin dikkate değer ölçüde ("*erheblich*") olması şartının, rekabeti bozucu etkinin "*ürün çeşidi, fiyat ve satış şartları gibi iktisadi parametrelere dokunan ve ilgililerin*

anlaşmalar ile etkili rekabetin ortadan kalkmasına yol açan anlaşmaların yasaklandığı gözlenmektedir⁶⁰. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, RA m.81/3 ve 4054 sayılı Kanun m.5/1 hükümlerine benzer koşulların varlığı halinde, rekabeti kısıtlayıcı uzlaşmaların haklı iktisadi etkinlik gerekçesine dayandığının kabul edileceği belirtilmektedir. Buna göre, eğer rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir anlaşma, üretim veya dağıtım maliyetini azaltmak, ürünleri veya üretim sürecini düzeltmek, araştırmaya veya teknik yahut mesleki bilginin yaygınlaşmasına katkıda bulunmak ya da kaynakların rasyonel kullanımını sağlamak için gerekli ise ve taraf teşebbüslere hiçbir şekilde rekabeti ortadan kaldırma yolunu açmıyorsa, böyle bir anlaşma, iktisadi etkinlik bakımından haklı gerekçelere dayanıyor demektir⁶¹. Hüküm ayrıca son fıkrasında, aktüel veya potansiyel rakip teşebbüsler arasında yapılmış olmak kaydıyla, fiyatların doğrudan ya da dolaylı olarak belirlenmesine, üretimin veya alınacak ya da gönderilecek ürün miktarlarının sınırlandırılmasına ve pazarların coğrafi olarak veya müşteri bazında paylaşılmasına ilişkin anlaşmaların, rekabeti ortadan kaldırdığının karineten kabul edildiğini de belirtmektedir⁶². Kanun diğer taraftan, 6'ncı maddesinde, AB ve Türk Hukukundaki grup muafiyeti imkanına benzeyen (ve mevcudiyetleri halinde rekabet sınırlamalarına iktisadi etkinlik gerekçesiyle ve *kural olarak* haklılık kazandıracak şartları içeren) bir idari tasarruf imkanını düzenlemekte ve ayrıca 8'inci maddesinde de, yetkili makam tarafından yasak olduğu tespit edilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara, üstün nitelikteki kamu çıkarlarının gerektirmesi durumunda, Federal Konsey'in⁶³ kararıyla izin verilebileceğini hükme bağlamaktadır⁶⁴.

iktisadi durumları üzerinde hissedilen bir nitelik taşınması gerektiğini ifade ettiği" şeklindeki bir saptama için bkz. L. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 1997, No 462, 463 (s. 114).

⁶⁰ "Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig."

⁶¹ "Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen."

⁶² "Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern."

⁶³ "Bundesrat".

⁶⁴ Hükmün 2'nci fıkrasına göre ise, bir hukuk davasında, herhangi bir rekabet sınırlamasının, caiz olmasa bile üstün kamu yararı nedeniyle gerekli olduğu ileri sürülürse (mahkeme bu durumda Federal Konsey'e başvurmalı ve) bu konudaki kararı Federal Konsey vermelidir.

İsviçre Hukukunda, yukarıda zikredilen yasaklamalara aykırılık içeren fiillere (ve bu arada anlaşmalara) dayalı hukuk davalarının, KG m.12 vd. hükümlerinde düzenlendiği görülmektedir. Anılan Kanun'un m.12 hükmünde, rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir davranışla rekabeti engellenen kişilerin, bu engellemenin sona erdirilmesi veya ortadan kaldırılması, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) hükümleri çerçevesinde maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi ve elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre verilmesi konusunda dava haklarının bulunduğu açıklandıktan sonra; aynı Kanun'un 13'üncü maddesinde, rekabeti engelleyici davranışın sona erdirilmesi veya ortadan kaldırılması iddiasının haklı bulunması halinde, **mahkemenin, davacının talebi üzerine**

- "a. Sözleşmelerin tamamen veya kısmen geçersiz olduğuna;
b. Rekabetin engellenmesine yol açan tarafın rekabeti engellenen tarafla pazara uygun ve ilgili branş bakımından mutad bir sözleşme yapmasına"

karar verebileceği hükme bağlanmaktadır⁶⁵. Ayrıca, Kanun, m.15 hükmünün 1'inci fıkrasında, herhangi bir hukuk davasında bir rekabet sınırlamasının yasak olup olmadığı meselesinin halli gerekiyorsa, mahkemenin, bu konuda bilirkişi olarak Rekabet Komisyonu'na başvurması gerektiği de açıkça belirtilmektedir.

İsviçre'de de anılan Kanun'un yasakladığı tarzda teşebbüsler arası sözleşmelerin özel hukuktaki akıbeti *geçersizlik* olmakla birlikte, Kanun'un m.13 hükmünün lafzı, geçersizliğin, davacının talebi üzerine mahkeme tarafından verilecek olan *rekabeti engelleyici durumu (davranışı, fiili) sona erdirme veya ortadan kaldırma kararının uygulanmasını sağlayan bir araç* olarak düzenlendiği izlenimi doğurmaktadır. Kanun'un resmi gerekçesinde "*bir rekabet sınırlaması, ancak, bu sınırlamanın caiz olmadığına hukuken geçerli bir şekilde tespitiyle hukuka aykırı sayılabilir ve bunun bir hukuki sonucu olarak butlan yaptırımına tabi olabilir*"⁶⁶ denmekte; bu saptamadan, karar verilen "*butlanın geçmişe değil ileriye etkili*" olduğu sonucu çıkarılmakta⁶⁷ ve bu görüş doktrinde de bir kısım yazarlar tarafından paylaşılmaktadır. Esasen, İsviçre literatüründe, herhangi bir anlaşmada yer alan bir rekabet

⁶⁵ "Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen: a) Verträge ganz oder teilweise ungültig sind; b) der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben."

⁶⁶ BBl 1995 I 553.

⁶⁷ BBl 1995 I 553.

sınırlamasının caiz olmadığı (yani hukuka aykırı olduğu) ve bu nedenle de butlan yaptırımına maruz kalması gerektiği şeklinde hukuken icra edilebilir bir kararın verildiği ana kadar, böyle bir rekabet sınırlamasına Kartel Hukukuna aykırılık gerekçesine dayanan bir geçersizliğin sonuçlarının uygulanamayacağı, başka bir ifadeyle, bu sonuçların uygulanmasının karar anına kadar (kanun gereği) ertelenmiş olduğu konusunda bir fikir birliği bulunduğu söylenebilir⁶⁸. Ancak mahkeme kararıyla (ve fakat Rekabet Komisyonu'nun bilirkişiliğine dayanılarak) hüküm ifade edecek olan geçersizliğin geçmişe mi yoksa ileriye mi etkili olduğu hususu tartışmalıdır. Geçmişe etki (ve klasik *butlan*) görüşünü kabul eden HILTY, ileriye etki görüşünü kabul edenlerin buradaki geçersizliği "*ileriye etkili butlan*" olarak değil "*ileriye etkili geçersizlik*" olarak adlandırması gerektiğini; ancak bu geçersizliğin neden ileriye etkili olması gerektiğinin anlaşılmasının mümkün olmadığını; herhangi bir anlaşmanın Kartel Hukuku bakımından caiz ve bu nedenle de geçerli olmadığından sonradan bir hukuk mahkemesince hükme bağlanması halinde bu geçersizliğin hükümden önceki zamanı da kapsamaması (yani geçmişe etkili olması) keyfiyeti ile geçersizliğin sonuçlarının (uygulanmasının) bu mahkeme kararının kesinleşmesine kadar (kanun gereği) ertelenmiş olması keyfiyetinin birbirlerini dışlayan durumlar olmadığını ve geçersizlik mahkeme kararıyla bir kere belirlendikten sonra, bu karara kadar fiili bir uygulanma olanağından yararlanmış olan anlaşmanın bu fiili durumuna bir geçerlilik tanımının, İsviçre Kartel Kanunu'na yakıştırılan "*kötüye kullanmayı engelleyici kanun*"⁶⁹ olma özelliğinin aksine, "*kötüye kullanmanın hukuken korunması*"⁷⁰ anlamına geleceğini, tatmin edici gerekçelerle açıklamaktadır⁷¹.

IV. KONUNUN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Yaklaşım Yöntemi

4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin aynı Kanun'un m.56 hükmü gereğince tabi oldukları geçersizliğin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için bu Kanun'un öngördüğü muafiyet sisteminin dikkate alınmasının kaçınılmaz olduğu şeklindeki görüş⁷²,

⁶⁸ Bkz. PEDRAZZINI/MÜREN/MARBACH, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bern 1998, No 1061-1063, s.248; R. M. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Bern 2001, s.401-403 (ve orada zikredilen eserler).

⁶⁹ "*Missbrauchsgesetzgebung*". Bu kavram, "*Verbotsgesetzgebung*" ("*yasaklayıcı kanun*") kavramının zıddı olarak kullanılmaktadır.

⁷⁰ "*Missbrauch Rechtsschutz*".

⁷¹ Bkz. HILTY, s.399-403.

⁷² SANLI, s.399; bkz. ayrıca yukarıda II.

kanaatimizce, kuşkuyla yer bırakmayacak bir gerekliliği ifade etmektedir. Bu nedenle Kanun'un konuyu ilgilendiren hükümlerini veri olarak kabul ederek, bu hükümlerin ortaya çıkardığı somut neticelerden oluşan tabloyu doktrinde şimdiye kadar geliştirilmiş olan modeller ışığında değerlendirmek gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı sözleşmelerin m.56 hükmünde öngörülen geçersizliği, aynı Kanun'un muafiyet hükümleri dikkate alındığı zaman ortaya çıkan ihtimallerin her birini karşılamak üzere ve geçersizlik türleri bakımından şimdiye kadar yerleşmiş olan kavramlardan hangileriyle tanımlanmaya çalışılırsa çalışılırsa, bu kavramlar, aslında, *Kanun'un öngördüğü* karmaşık (komplex) bir tabloyu nitelendirmiş olacaklardır. Bu nedenle, *Kanun'a aykırı anlaşmaların başlangıçta askıda geçersiz, muafiyet kararı ile birlikte askıda geçerli olduğuna ilişkin görüşlerin 4054 sayılı Kanun'daki geçersizlik sistemini tamamen karmaşık bir hale getirdiği* şeklindeki bir saptamanın⁷³, *askıda geçersizlik* ve *askıda geçerlilik* kavramlarının yerindeliği tartışması baki kalmak üzere, Kanun'un bizzat oluşturduğu karmaşık yapıyı gözardı ettiği söylenebilir.

B. Medeni Hukuk (ve Borçlar Hukuku) Dogmatğinde Geliştirilmiş Olan Geçersizlik Modellerine Kısa Bir Bakış

Medeni Hukukta (ve bu hukuk dalının bir parçası olan Borçlar Hukukunda) oluşturulan geçersizlik modellerine bakıldığı zaman, "*geçersizlik*" ("*hükümsüzlük*") kavramının, geniş anlamıyla, bir hukuki işlemin, kanunlarda öngörülen ve en hafifinden en ağırına kadar *işlemdaki* herhangi bir sakatlığı işaret eden nedenlerden biri yüzünden, baştan itibaren, kısmen veya tamamen, herkes ve/veya -eğer bir sözleşme sözkonusu ise- taraflardan biri veya her ikisi için, etkisiz olduğu veya sonradan etkisizleştiği her hali kapsadığı söylenebilir⁷⁴. Bu nedenle, örneğin,

⁷³ Bkz. AKSOY, s.45/46; yukarıda II

⁷⁴ Doktrinde bazı yazarlar "*hükümsüzlük*" kavramının, "*etkisizlik*" ("*Unwirksamkeit*") kavramına eşit olarak kullanıldığında, "*geçersizlik*" kavramından ayrıldığını ve geniş anlamıyla hükümsüzlüğün geçersizliği de kapsayan bir üst kavram olduğunu belirtmektedirler (bkz. K. OĞUZMAN/N. BARLAS, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 9. Bası, İstanbul, 2002, s.139/140; A. SCHWARZ, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çeviren: B. Davran, İstanbul 1948, s.367). Bu yazarlara göre, dar anlamda hükümsüzlük ise geçersizliği ("*Ungültigkeit*"), yani sadece "*hukuki muamelenin geçerli olmadığı halleri ifade eder*" (OĞUZMAN/ BARLAS, s.141). Buna karşılık "*hükümsüzlük*" kavramını "*geçersizlik*" kavramıyla eş anlamlı olarak kullanan yazarların çoğunlukta olduğu söylenebilir (bkz. örneğin, F. EREN, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 1998, s.307 vd.; H. HATEMİ, *Medeni Hukuka Giriş*, 2. Bası, İstanbul 1999, s.126 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.374 vd.). Bu makalede de "*geçersizlik*" ve "*hükümsüzlük*" kavramları eş anlamda kullanılmaktadır.

- Yapıldığı anda kanuna veya genel ahlaka yahut da kişilik haklarına aykırı olduğu ya da konusu imkansız olduğu için BK m.19/20 gereğince batıl olan,
- Hata veya hile yahut da tehdit nedeniyle sakat olduğu için bu sakatlığı (işlemlerle ilgili olmayan ilgili tarafça) bir yıl içinde diğer tarafa bildirilmek şartıyla (kural olarak) baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirilebilecek ve fakat bu sakatlığı bir yıl içinde ileri sürülmezse yahut da icazet verilirse baştan itibaren düzelebilecek olan (BK m.31),
- Gabin (aşırı yararlanma) nedeniyle sakatlanmış olduğu için, gabine maruz kalan tarafından bir yıl içinde iptal edilerek baştan itibaren kesin hükümsüz hale getirilebilecek olan (BK m.21),
- Sınırlı ehliyetsiz (örneğin ayırt etme gücüne sahip ve fakat kısıtlanmış) bir kişi tarafından kanuni temsilcinin (vasinin) izni alınmaksızın yapıldığı ve bu kişiyi borç altına sokmaya yöneldiği için bu kişiyi henüz bağlamayan, bu nedenle de henüz noksan olan ve karşı tarafın tayin ettiği süre içinde de kanuni temsilci tarafından icazet (onay) verilmezse veya bu onayın verilmeyeceği açıklanırsa karşı tarafı da baştan itibaren bağlamaz hale gelecek olan (MK m.16, m.451),
- Bir kişi adına ve hesabına ve fakat ondan temsil yetkisi alınmaksızın yapılmış olduğu için sözde temsil edilenin icazeti alınmadıkça onu bağlamayan, diğer tarafın ise icazetin belli bir süre içinde açıklanmasını isteme hakkına sahip olduğu ve bu süre içinde icazetin verilmemesi halinde artık bu tarafı da bağlayıcı olmaktan çıkacak olan (BK m.37, 38)

işlemlerin hepsinin durumları *geçersizlik* üst kavramı ile ifade edildiği gibi;

- Mutlak butlan sebeplerinden (MK m.145) biriyle malul ve fakat ancak (süreyle kayıtlı olmayan) bir dava neticesinde verilecek mahkeme kararıyla ve ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabilecek olan bir evliliğin (MK m.156),
- Aslında butlan sebepleri olmakla birlikte bu kerre iptal sebebi olarak öngörülen geçerlilik şartı niteliğindeki şekle yahut da hukuka veya genel ahlaka aykırılık nedeniyle ve ancak (hak düşürücü süreyle kayıtlı) bir dava neticesinde verilecek olan bir iptal kararıyla kesin olarak hükümsüzleşebilecek olan bir ölüme bağlı tasarrufun (MK m.557-559),
- Hakim tarafından onaylanmış olmadığı için (henüz) hüküm ve sonuç doğurmayan, boşanma veya ayrılığın yan sonuçlarına ilişkin bir anlaşmanın (MK m.184 b.5),

- Vesayet altındaki bir kişinin vasisi tarafından vesayet altındaki kişi adına yapılmış olmakla birlikte vesayet makamının özel izni alınmış olmadığı için hüküm ve sonuç doğurmayan bir taşınmaz satımının veya bir kambiyo taahhüdünün (MK m.462 b.1 ve b.5),
- Resmi şekilde yapılmakla birlikte noterlikçe tutulan özel sicile kaydedilmemiş olduğu için (henüz) hüküm doğurmayan mülkiyetin saklı tutulması (mülkiyeti muhafaza) kaydının (MK m.764)

ve

- Üçüncü şahıslara zarar vermek veya rehin hükümlerini dolanmak amacıyla yapıldığı için iç ilişkide hüküm doğurmakla birlikte, dış ilişkide üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek olan bir taşınır mülkiyeti devrinin (MK m.147)

hukuki durumu da *geçersizlik* üst kavramı altında ifade edilebilmektedir. Keza, *geçersizlik* kavramı, en geniş anlamıyla, hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde ortaya çıkan *yokluk* halini de kapsamaktadır⁷⁵. Hatta bazı yazarlar, “*hükümsüzlük*” kavramını, yukarıdaki tanım ve örnekleri aşar bir şekilde daha da genişletmekte ve (bizim paylaşmadığımız bir yaklaşımla) hukuki işlemin bizzat kendi bünyesinde mevcut olan sakatlıklar dışında yer alan (örneğin BK m.95, m.106/107 hükümlerindeki) nedenleri ifade eden “*dönme*” nedenlerini de, “*hükümsüzlük nedenleri*” kavramı içinde mütalaa etmektedirler⁷⁶.

Yukarıdaki açıklama ve örnekler, pozitif hukukun, hukuki işlemlerdeki sakatlıkları, bunların ağırlık ve niteliğine göre, farklı sonuçlara bağladığını ve fakat bu hallerin tümünün *geçersizlik* kavramı altında toplanabildiğini göstermektedir. İşte bundan hareketle, doktrinde Kıta Avrupası (özellikle de İsviçre ve Almanya) doktrininden de yararlanmak suretiyle, bu tür örnekler arasındaki farklılıklar veya ortak noktalar dikkate alınarak, geçersizlik modelleri geliştirilmiş ve bu modeller adlandırılmış; ancak bu konuda (aslında doğal olarak) herhangi bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Gerçekten, geçersizlik hallerini, örneğin, OĞUZMAN/BARLAS, *yokluk*, *butlan*, *iptal edilebilirlik*, *noksanlık* ve *nisbi etkisizlik* şeklinde sınıflandırırken⁷⁷, EREN, *eksiklik*, *butlan* ve *iptal kabiliyeti*⁷⁸; HATEMİ, *yokluk*, *butlan*, *askıda geçersizlik* ve *iptal kabiliyeti*⁷⁹; TUNÇOMAĞ, *butlan* ve *iptal müeyyidesi*⁸⁰; TEKİNAY, *butlan*

⁷⁵ Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.139-141; HATEMİ, s.126. Aksi görüşte EREN, s.307.

⁷⁶ Bkz. J. GÜRAL (AKİPEK), *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi*, Ankara 1953, s.2.

⁷⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s.139-148.

⁷⁸ EREN, s.306-320.

⁷⁹ HATEMİ, s.126-128.

ve askıda geçersizlik halleri (işlemdaki eksiklik, mevcut hükümsüzlüğün ortadan kalkabilmesi -veya geçerliliğin askıda olması- ve iptal kabiliyeti)⁸¹ ve ATAAY ise, yokluk, butlan, askıda olma (geçerliliğin askıda olması ve geçersizliğin askıda olması) ve aksak (topal) olma⁸² şeklinde sınıflandırmaktadır.

Ayrıca, sınıflandırmalar farklı olduğu gibi, bazen kullanılan ortak kavramlara da farklı anlamlar yüklenebildiği gözlenmektedir. Örneğin, askıda geçersizlik kavramı, HATEMİ tarafından yalnızca sonradan tamamlanması caiz olan eksikliklerin varlığı hali için kullanılır (ve böylece de bu yaklaşım OĞUZMAN/BARLAS'ın sınıflandırmasındaki⁸³ noksanlık haliyle örtüşmekte) iken⁸⁴; TEKİNAY'ın yaklaşımında askıda geçersizlik , noksanlığın yanısıra iptal kabiliyetini de kapsamakta ve fakat iptal kabiliyeti kavramı altında, hakim görüşten (yani iptal kabiliyetini ayrı bir grup olarak ele alan ve bundan irade fesadı, gabin, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliği vb. halleri anlayan yaklaşımdan) farklı olarak, örneğin BK m.236/II (sınırlı ehliyetsize yapılan bağışlamanın kanuni temsilci tarafından veto edilmesi) ve BK m.152 (bozucu şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin hükümsüzleşmesi) gibi haller de dikkate alınmaktadır⁸⁵. TEKİNAY⁸⁶, örneğin, irade fesadı hallerini iptal kabiliyeti kavramıyla ifade etmenin isabetli olmadığı düşüncesindedir.

Keza, bazı yazarlar tarafından askıda geçersizlik üst kavramı, bazı yazarlar tarafından ise iptal kabiliyeti kavramı altında mütalaa edilen geçersizlik halleri cümlesinden olmak üzere, irade fesadı nedeniyle sakat olan işlemlerin “düzelebilir hükümsüzlük” ve gabin ile sakat sözleşmelerin ise “bozulabilir muteberlik” şeklindeki farklı geçersizlik türlerine tabi olduğu görüşü de⁸⁷ herkes tarafından paylaşılmamaktadır.

Bunun yanısıra, hukuki işlemdaki geçersizlik nedeni yüzünden, taraflardan sadece birinin işlemlerle ilgili olmadığı ve diğerinin ise ilgili olduğu halleri ifade etmek üzere kullanılan “tek taraflı bağlamazlık”⁸⁸ ve

⁸⁰ K. TUNÇOMAĞ, *Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, İstanbul 1972, s.116-126.*

⁸¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.374-383.

⁸² A. ATAAY, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, İstanbul 1981, s.177-183*

⁸³ Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.145-147.

⁸⁴ Bkz. HATEMİ, s.126.

⁸⁵ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.382.

⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.382

⁸⁷ Bu görüşte OĞUZMAN/BARLAS, s.145.

⁸⁸ “Einseitige Verbindlichkeit”.

“total hukuki işlem”⁸⁹ kavramlarının⁹⁰ kapsamı ve somut örnekleri üzerinde de bir uzlaşma olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Gerçekten bazı yazarlar, bu son iki kavramı *ayrı bir kategori* olarak mütalaa ederken⁹¹, bazı yazarlar bu halleri *iptal kabiliyeti* grubu içinde yer alan bir alt grup olarak düşünerek, örneğin, irade fesadı halleri ile gabini bu alt gruba sokmakta⁹²; diğer bazı yazarlar ise *noksanlık* kavramı altında yaptıkları açıklamalarda verdikleri belli örneklerde, “*tek taraflı bağlamazlık*” kavramını ismen zikretmeksizin, bu tek taraflı bağlamazlık durumunun o örnekler için sözkonusu olduğunu zımnen açıklamaktadırlar⁹³.

Ancak, tüm bu nitelendirme, sınıflandırma ve örnekleme farklılıklarına karşın, doktrindeki görüş ayrılıklarının, başlıbaşına ve - yokluktan sonra- en ağır geçersizlik türünü oluşturan (*dar ve teknik anlamıyla*) “*butlan*”⁹⁴ yaptırımının sebepleri, özellikleri ve sonuçları bakımından, çok daha az olduğu söylenebilir. Gerçekten, “*butlan*”ın

⁸⁹ “*Hinkendes Rechtsgeschaef*”.

⁹⁰ Bkz. HATEMİ, s.128; EREN, s.319.

⁹¹ Bkz. ATAAY, s.182 vd.; ayrıca bkz. HATEMİ, s.128.

⁹² Bkz. EREN, s.319.

⁹³ Örneğin OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, *sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcinin iznini almaksızın yaptığı borçlandırıcı veya tasarrufi işlemleri “noksanlık” örneği olarak gösterirken, şu açıklamayı yapmaktadırlar: “Onayın verilip verilmediğinin belli olmadığı dönemde işlem askıda hükümsüz olduğundan, onay vermezse karşı taraf da işlem ile bağlı olmaktan kurtulur” (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2002, s.72). Sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcinin izni almaksızın yaptığı borçlandırıcı veya tasarrufi işlemin geçersizliğinin tek taraflı bağlamazlık olduğu konusunda bkz. özellikle AKİPEK/AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul 2002, s.347-349. Tek taraflı bağlamazlığın, sınırlı ehliyetsiz ile işlem yapan kişinin bu durumu bilmesi halinde sözkonusu olacağı (yani sınırlı ehliyetsiz işlemle bağlı değil iken, durumu bilen diğer tarafın bağlı olacağı) görüşü için bkz. EREN, s.309; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000, s.298. Bu işlemler için “askıda hükümsüzlük” kavramının kullanılması konusunda bkz. ayrıca DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.83.*

⁹⁴ Burada, “*dar ve teknik anlamda butlan*” kavramını kullanmamızın sebebi şudur: Eğer “*butlan eşittir kesin geçersizlik (kesin hükümsüzlük)*” önermesi veya “*butlan*” sözcüğünün karşılığı olarak “*kesin geçersizlik (kesin hükümsüzlük)*” terimini kullanan yaklaşım (bkz. örn. OĞUZMAN/BARLAS, s.141; HATEMİ, s.126) dikkate alınırsa, kesin geçersizlik halleri içinde, yukarıda ana metinde açıklanan butlanın bazı özelliklerine sahip olmayan kesin geçersizlik hallerinin yer aldığına da gözden kaçırılmaması gerekir. Gerçekten, örneğin, ayırt etme gücüne sahip bir kısıtlının kanuni temsilcisinin rızasını sormaksızın yaptığı bir borçlandırıcı işlemin kesin geçersizliği ancak, kanuni temsilci tarafından (karşı tarafın veya hakim belirlendiği süre içinde) icazetin verilmemesi (veya icazetin verilmeyeceğinin bu süre geçmeden kanuni temsilci tarafından açıklanması) halinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bundan önceki süreç bakımından askıda geçersiz (ve noksan) olan “böyle bir işlemin icazetin verilmemesiyle birlikte artık baştan itibaren kesin geçersiz hale geldiği” söylemi, “*butlan eşittir kesin geçersizlik*” önermesi temelinde, “*sözkonusu işlemin icazetin verilmemesiyle birlikte batıl hale geldiği*” şeklindeki bir ifadeyi de (bu

- Tam ehliyetsizlik⁹⁵; düzen hükmü niteliği taşıyanlar dışındaki emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına⁹⁶ aykırılık; (objektif) imkansızlık, geçerlilik şartı olan şekle aykırılık⁹⁷ ve muvazaa sebeplerine dayanan⁹⁸;
- İşlemin yapıldığı andan itibaren⁹⁹ ve kendiliğinden sözkonusu olan, devreye girmesi için herhangi bir davanın açılmasını (veya irade beyanında bulunulmasını yahut bir idari işlemin yapılmasını)

çerçeve) doğru kılmaktadır. Ancak, bu ikinci ifadedeki “batıl” sözcüğü, dar ve teknik (yani gerçek) anlamdaki butlanı işaret etmemektedir (çünkü dar ve teknik anlamda butlan, hukuki işlemin yapıldığı anda mevcut olup bu yüzden işlemin o anda “ölü doğmasına” neden olan ve devreye girmesi için -bu örnekte olduğu gibi- herhangi bir kişinin olumlu veya olumsuz bir fiilini gerektirmeyen bir geçersizliktir). Keza yukarıda dn.48’e atıf yapan ana metinde zikrettiğimiz IMMENGA/MESTMAECKER’a ait açıklamadaki “butlanın itirazın yürürlük kazandığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurduğu” ifadesi de aynı şekilde değerlendirilmelidir.

⁹⁵ Tam ehliyetsizliğin butlana değil, yokluğa neden olduğu yönünde İsviçre doktrinindeki azınlık görüşü için EREN, s.308.

⁹⁶ Kişilik haklarını İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.27 (MK m.23) hükmüne aykırı olarak sınırlandıran hukuki işlemlerin, sözkonusu hükmün kişilik hakkı sınırlandırılan kişiyi koruma amacı dikkate alınarak butlan olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığı görüşü ve bu durumda OR m.20 hükmü gereğince butlanı kabul etmenin sakıncaları hakkında bkz. A. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, s.265 vd. Sözkonusu sakıncaları önlemenin butlanı reddetmek yerine OR m.20 hükmünün ZGB m.27 ile ilişkilendirilerek yorumlanması ve uygulanması suretiyle mümkün olacağı konusunda bkz. GAUCH/SCHLUEP, No 687, s.116/117.

⁹⁷ Şekle aykırılığın butlana değil, kendine özgü (sui generis) bir geçersizliğe yol açtığı görüşünde: H. ALTAŞ, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s.143 vd.; EREN, s.270 vd. Bu görüş için bkz. ayrıca J. SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schulverträgen, Freiburg 1988, No 642 vd. (s.182 vd.), 666 (s.189), 690/691 (s.196/197).

⁹⁸ Bkz. örn. OĞUZMAN/BARLAS, s.141/142; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.383/384; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, İstanbul 2000, s.131.

⁹⁹ Ancak, başlangıçta hiçbir emredici hukuk kuralına aykırı olmamakla birlikte, daha sonra yapılan bir kanun değişikliği ile yürürlüğe koyulan bir emredici hukuk kuralına aykırı hale gelen bir sözleşmenin butlanı, sonradan ortaya çıkan bir butlandır. Öte yandan, bir evlenmede de örneğin “mutlak butlan” sebeplerinden biri var ise, bu işlem de yapıldığı anda sakattır, ancak hakim in butlan kararına kadar geçerli bir evlenmenin bütün sonuçlarını doğurur (MK m.156). Ayrıca, uygulanmış ve fakat devam etmekte olan bir sürekli borç ilişkisinin butlanının sonradan tespiti halinde de, işlemin yapıldığı andan itibaren sözkonusu olan butlanın sonuçlarının ileriye etkili olarak uygulanması ve ifa edilmiş edimlerinin geri istenmemesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. örn. OĞUZMAN/ÖZ, s.136; TUNÇOMAĞ, s.118/119). Geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak sürdürülmüş ve uygulanmış (sürekli) borç ilişkilerinin (uygulanmış ve ifa edilmiş kısmının) “fili sözleşme ilişkisi” (“faktisches Vertragsverhältnis”) teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda bkz. GAUCH/SCHLUEP, No 1189, s.217. Yazarlar, bizzat kendi içinde çelişkili olan fili akit ilişkisi kavramının “filiyatın (veya olgunun)” sözleşme kuramayacağı ve bu kavramla, sadece, bazı fili ilişkilerin, bunlar geçerli sözleşmelere dayalı borç ilişkileri olmadıkları halde, sanki geçerli birer sözleşme ilişkisiymiş gibi hukuki sonuçlara bağlanmalarını işaret ettiğini, haklı olarak vurgulamaktadırlar (GAUCH/SCHLUEP, No 1192, s.218). Bu konuda bkz. ayrıca BGE 110 II 248 vd.

gerektirmeyen, bu anlamda da *yenilik doğuran* değil *tespit* hükmünün konusu olan; hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken¹⁰⁰;

- Belli bir süre geçmesi, icazet verilmesi, eksikliklerin tamamlanması gibi sebeplerle düzelmesi mümkün olmayan¹⁰¹ ve bu anlamda bir *kesinlik* ifade eden;

¹⁰⁰ Bkz. örn. OĞUZMAN/BARLAS, s.142; EREN, s.309 vd.; TUNÇOMAĞ, s.117; OĞUZMAN/ÖZ, s.131; ATAAY, s.178 vd. Şekle aykırılığın kendine özgü geçersizliğe yol açtığı görüşünde olan yazarlar, bu geçersizliğin hakim tarafından re'sen dikkate alınmaması gerektiğini savunurlar (bkz. yukarıda dn.97). Bu yaklaşımın doğal bir sonucu, üçüncü kişilerin de şekil eksikliğine dayalı geçersizliği ileri sürememeleridir (bkz. A. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum,, 2. Teilband: Grundeigentum I., Art.655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1974, No 130 Art.657 ZGB).

¹⁰¹ OĞUZMAN/BARLAS, s.142; EREN, s.309 vd.; TUNÇOMAĞ, s.118; HATEMİ, s.127. Belirtmek gerekir ki, tasarruf yetkisi bulunmayan bir kişi tarafından yapılan tasarruf işleminin, sonradan bu yetkinin elde edilmesi halinde geçerli hale gelebileceği ifade edilmekte (GAUCH/SCHLUEP, Bd.I, No 291, s.50; OĞUZMAN/BARLAS, s.142, dn.229) ise de, bu görüşün kabulü, ancak, tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan tasarruf işlemlerinin geçersizliğinin butlan olarak nitelendirilmemesine yol açmalı ve burada batıl işlemlerin düzelenmeyeceği ilkesinin bir istisnasının bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim KANETİ, "... tasarrufta bulunanın tasarruf yetkisinin bulunmamasından ötürü geçersiz olan bir tasarruf işlemi, bu kimse sonradan tasarruf konusu hakkı kazanırsa düzelmiş olur" dedikten sonra eklediği "Batıl işlemlerin düzelmeye geçerlilik kazanmaları mümkün değildir" ifadesiyle (S. KANETİ, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972, s.10) herhalde bunu işaret etmektedir. Öte yandan, BGB'nin 141'inci paragrafında yer alan ve BK'da mevcut olmayan hükmün birinci fıkrasına göre batıl olan bir hukuki işlemin, onu yapmış olan kişi tarafından sonradan onaylanması (veya teyit edilmesi) halinde sözkonusu işlem yeniden yapılmış sayılır. Keza hükmün ikinci fıkrasına göre, batıl bir sözleşme taraflarca sonradan onaylanmışsa, şüphe halinde, taraflar, onaylanan sözleşme baştan itibaren geçerli olsaydı bu sayede neye sahip olacaklardı ise bunu birbirlerine karşı taahhüt etmiş sayılırlar. Alman Hukukundaki bu hüküm, batıl bir hukuki işlemin yöneldiği hüküm ve sonuçların doğabilmesi için o hukuki işlemin yeniden (ve fakat butlan sebebinin taşımaksızın) yapılması gereğini doğrulayan bir hükümdür. Onay ("Bestätigung") ise, sadece, hukuki işlemi (artık butlan sebebinin taşımaksızın) yeniden kuran irade beyanı olarak algılanmakta ve batıl olan hukuki işlemin aynı içerikle ve karineten geçmişe etkili olarak (yani, ilk yapıldığı sırada geçerli olsaydı tarafları hangi duruma getirecek idiyse, bu durumun gerçekleşmesini sağlayacak borçlarla) yeniden yapılmış sayılmasına neden olmaktadır. Buna karşın GÜRAL (AKİPEK) "Bir hukuki muamelenin hükümsüzlüğünü dermeyan selahiyetinden feragat" şeklinde -G. Lutzesco'ya atfen tanımladığı ve tek taraflı bir irade beyanıyla işlemdeki (artık evvelce mevcut olan sebebi de ortadan kalkmış bulunan) geçersizliği bertaraf etmeye yaradığını belirttiği "tasvip" in batıl işlemlerde (sözleşmelerde) bile sözkonusu olabileceği görüşündedir (GÜRAL (AKİPEK), s.112/113). Anılan yazara göre, "... kanuni bir menüyet dolayısıyla mevzuu imkansız ve BK 20 gereğince mutlak butlan müeyyidesine tabi bir muamelenin sonradan bu menüyetin kalkması halinde tasvibine hukuki herhangi bir mani tasavvur edilemeyeceği gibi muhit sebepleri de bunu icap ettirir." (GÜRAL (AKİPEK), s.113). Keza yazara göre, ayırdetme gücünden yoksun bir kişinin yaptığı bir hukuki işlem de, bu kişinin ayırdetme gücünü kazandıktan sonra işlemi "tasvip etmesi" ile düzelenmeyeceği gibi (GÜRAL (AKİPEK), s.113), başlangıçta batıl olan bir işlemin , belirli bir süre sonra ve/veya sonradan ortaya çıkan yeni sebepler dolayısıyla kendiliğinden geçerli hale gelmesi de mümkündür (GÜRAL (AKİPEK), s.115). Kanaatimizce, batıl olan bir sözleşmenin bu geçersizliğine sebep olan hukuki neden ortadan kalksa bile bu sözleşmenin taraflardan birinin veya her ikisinin irade beyanıyla yahut da irade beyanı yerine geçebilecek bir

- BK m.20/II hükmü çerçevesinde, durumuna göre *kısmi* veya *tam butlan* şeklinde ortaya çıkan¹⁰²

bir geçersizlik oluşturduğu konusundaki *genel* kabulün bugüne kadar değişmeden etkisini sürdürdüğü söylenebilir.

Nihayet, burada, bu çalışmanın konusu bakımından yapılacak tartışmalarda önem taşıyabilecek olan “*takdiri butlan*” kavramını da kısaca hatırlatmakta yarar vardır. “*Takdiri butlan*”, herhangi bir hukuki işlemin batıl sayılıp sayılmayacağı konusunda, hakime, MK m.4 anlamında bir takdir yetkisinin tanındığı geçersizlik hallerini işaret eden bir kavramdır. Doktrinde bu halin Borçlar Kanunu’nda açıkça

davranışıyla geçerli hale gelmesi (bu konuda -örneğin BK m.238/III’deki gibi- açık bir kanun hükmü bulunmadıkça) mümkün olmadığı gibi; emredici kanun hükümlerine aykırılık nedeniyle batıl olan sözleşmelerin koşulların veya kanun hükümlerinin değişmesi nedeniyle hukuka aykırılıklarının ortadan kalkması sonucu kendiliklerinden geçerli hale gelmesi de (hakim görüşün kabul ettiği üzere) mümkün değildir. Dolayısıyla, eğer bir sözleşme yapıldığı sıradaki hukuka aykırılığı nedeniyle batıl ise, hukuka aykırılığı sonradan herhangi bir nedenle ortadan kalkarsa, o sözleşme kendiliğinden geçerli hale gelmez. Ancak, örneğin sürekli bir borç ilişkisi kurmak üzere yapılmış ve fakat yapıldığı anda hukuka aykırılık nedeniyle batıl olan bir sözleşme, buna rağmen taraflarca uygulanmaktayken, bu sürecin bir yerinde hukuka aykırılık ortadan kalkar da taraflar da yine aynı uygulamaya devam ederlerse, bu vakta Borçlar Kanunu’nun sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümleri çerçevesinde karşılıklı ve birbirine uygun zımni irade beyanları olarak algılanabilmek kaydıyla, batıl sözleşmenin aynı içerikle yeniden (ve bu kerre hukuka aykırılık da sözkonusu olmadığı için ileriye etkili bir şekilde geçerli olarak) yapıldığı anlamını taşıyabilir ve batıl olan sözleşmenin hukuka aykırılığın ortadan kalktığı ana kadarki uygulamasına dayalı ifaların geri istenme olanağı da MK m.2 hükmü çerçevesinde ortadan kaldırılabilir (ki, bu konuda -yukarıda zikredilen- BGB Pr.141 hükmü de yol gösterici olabilir). Esasen geçersizlik sebebinin sonradan ortadan kalkmasıyla kendiliğinden geçerlilik kazanamama anlayışı, sadece butlan için değil, kural olarak, diğer geçersizlik halleri için de sözkonusudur. Gerçekten, örneğin, yapıldığı anda askıda geçersiz olan bir hukuki işlemin bu geçersizliğine neden olan sebebin sonradan ortadan kalkması halinde, geçersizlik -aksini öngören bir kanun hükmü bulunmadıkça- kendiliğinden ortadan kalkmaz. Mesela, sınırlı ehliyetsizin yaptığı bir borçlandırıcı hukuki işlem, sınırlı ehliyetsizin daha kanuni temsilci icazet verip vermeyeceğini açıklamadan önce tam ehliyetli hale gelmesi nedeniyle kendiliğinden geçerlilik kazanamaz. Doktrinde, böyle bir işlemin kanuni temsilcinin icazeti (veya artık tam ehliyetli olan sözkonusu kişinin onayı) ile geçerlilik kazanabileceği belirtilmektedir (OĞUZMAN/OKTAY/SELİÇİ, Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2002, s.69). İptal edilebilirlik şeklindeki bir geçersizliğe tabi olan hukuki işlemlerin iptal hakkına sahip kişinin onayıyla veya hak düşürücü sürenin bu hak kullanılmaksızın geçmesiyle geçerli hale gelmesi ise kanun hükmü gereğidir (bkz. örn. BK m.31).

¹⁰² Kısmi butlanla ilgili olarak, yukarıdaki dipnotlarda zikredilen eserler dışında bkz. V. BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998. Öte yandan özellikle belirtmek gerekir ki, batıl sözleşmelerin “*tahvili*” (“*çevrilmesi*”), batıl sözleşmenin butlanının düzelmesi şeklinde değerlendirilemez. Tahvilde, geçersiz bir sözleşmenin, geçerlilik şartlarını doldurduğu -ve tarafların yaptıkları sözleşmenin geçersizliğini bilselerdi aktedecekleri kabul edilebilen- başka bir sözleşmeye çevrilmesi sözkonusudur (bkz. KANETİ, s.10).

düzenlenmiş tipik örneği olarak BK m.99/II hükmü gösterilmektedir¹⁰³. Gerçekten, “*mesuliyetten beraet şartı*”nı (sorumsuzluk anlaşmaları”nı) düzenleyen BK m.99 hükmünün 2’nci fıkrasına göre, “*Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mes’uliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mes’uliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir*”. Bu hüküm gereğince hakim, hükümdeki şartlar altında yapılan ve borçlunun hafif kusurdan sorumluluğunu peşinen ortadan kaldırmaya yönelik olan bir sorumsuzluk anlaşmasının batıl olup olmadığına, kendi takdir yetkisine dayanarak ve somut ilişkinin içinde yer aldığı bütün koşulları değerlendirerek karar verecektir. Dolayısıyla, hakimin örneğin emredici hukuk kurallarına veya ahlaka aykırılık nedeniyle butlanı sadece *tespit etmesi* sözkonusu iken; hafif kusurdan beraet şartını (eğer BK m.99/II’deki alternatif hallerden biri var ise) - kendi takdir yetkisine dayanarak- “*batıl addetmesi*” sözkonusudur. Ancak, takdir yetkisine dayanarak hakimin butlana karar vermesi halinde de, butlan ile ilgili olarak yukarıda açıklanan neticeler ilgili sözleşme bakımından uygulama alanı bulur.

C. 4054 Sayılı Kanun m. 4 Hükmüne Aykırı Sözleşmelerin Geçersizliğinin Türü ve Özellikleri Hakkındaki Görüşlerimiz

1. Geçersizliğin “*Takdiri*” Olup Olmadığı Hakkında

Rekabete aykırı sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun m.56 hükmünde öngörülen geçersizliğinin, Kanun’un muafiyet hükümleri de dikkate alındığında, *butlan* mı, yoksa bunun dışında kalan bir geçersizlik türü mü oluşturduğu meselesine geçmeden önce, bu geçersizliğin *takdiri* bir geçersizlik olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması yararlı olacaktır. Sözkonusu geçersizliğin *butlan* oluşturup oluşturmadığı meselesinin hallinin sonraya bırakıldığı bu inceleme yönteminde, “*takdiri butlan*” değil “*takdiri geçersizlik*” kavramının kullanılması mümkün ve amaca uygun gözükmektedir. Sorunun yanıtlanması bakımından, 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin kurduğu yasaklama sisteminin (muafiyet hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gereken) özellikleri önem taşımakta ve 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine örnek teşkil eden RA m.81 hükmüyle ilgili AB doktrin ve uygulamasının dikkate alınmasında yarar bulunmaktadır. Hemen aşağıda (a)’da yapılan açıklamalar bu amaca yönelik olduğu gibi, bu makalenin ilerideki diğer bölümleri bakımından da önem taşımaktadır.

¹⁰³ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.131/132; TUNÇOMAĞ, s.122/123; R. SEROZAN, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul 1998, s.202; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.885.

a. Anlaşmaların 4054 Sayılı Kanun m. 4 Hükümü Çerçevesinde Hukuka Aykırılığının Analizinde Kullanılan Yöntem

RA m.81 hükmünün lafzını aşağıdaki şekilde Türkçeye çevirebiliriz:

“1. Üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek olan ve Ortak Pazar’daki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amacı veya etkisine sahip olan, bütün teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler, özellikle de

- (a)
- (b)
- (c)
- (d) ...
- (e)

Ortak Pazar ile bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır.

2. Bu maddeye göre yasaklanmış olan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

3. Ancak, malların üretiminde veya dağıtımında iyileşme sağlanmasına veya teknik ya da ekonomik gelişmeye katkı sağlayan ve bu sayede ortaya çıkan yararlardan tüketicinin adil bir pay alması sonucu doğuran ve, ayrıca,

a) teşebbüslere burada sözü edilen amaçlara ulaşmak için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar yüklemeyen,
b) teşebbüslere ilgili ürünlerin esaslı bir kısmı bakımından rekabeti ortadan kaldırma olanağı yaratmayan

- *teşebbüsler arası bir anlaşmaya veya anlaşma grubuna,*
- *bir teşebbüs birliği kararına veya böyle bir karar grubuna,*
- *bir uyumlu eyleme veya uyumlu eylem grubuna*

birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı ilan edilebilir.”

AB Hukukunda, bu hükümden hareketle, yasak kapsamına giren anlaşmaların belirlenmesi bakımından genel olarak sergilenen (ve fakat sözkonusu hukuk çevresinde tartışmasız ve kesin olduğu da hiçbir şekilde ileri sürülemeyecek olan) yaklaşım aşağıdaki şekilde¹⁰⁴ özetlenebilir:

1. Hükümdeki “amaç” ve “etki” kavramları, AD’nin *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* kararında¹⁰⁵ belirtildiği üzere, kümülatif değil alternatif şartları işaret eder. Bu nedenle, ilk

¹⁰⁴ WHISH, s.90-103. Bkz. ayrıca BELLAMY&CHILD, No 2-096 (s.98) - 2-104 (s.106) ve JONES/SUFRIN, s.146 vd.

¹⁰⁵ Bkz. Case 56/65, (1966) ECR 235 (249).

önce anlaşmanın amacının değerlendirilmesi gerekir; eğer amacın rekabete zarar verici nitelikte olup olmadığı konusunda bir belirginlik yoksa, o zaman, anlaşmanın rekabete zarar verici bir etkisinin olup olmadığı araştırılmalıdır.

2. Öyle anlaşmalar vardır ki, bunların anti rekabetçi özelliği bu anlaşmaların amacından hareketle rahatlıkla tespit edilebilir. Burada “amaç” sözcüğü ile kastedilen, esas itibarıyla, anlaşmanın taraflarının subjektif (öznel) niyet ve hedefleri değil, anlaşmaya -uygulanacağı iktisadi ilişkiler kapsamı bakımından izafe edilebilecek- objektif (nesnel) amaçtır¹⁰⁶.

3. Eğer bir anlaşmanın (yukarıda ifade edilen şekilde anlaşılması gereken) amacının rekabeti sınırlamak olduğu tespit edilirse, artık bu anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı bir etkisinin olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur¹⁰⁷. Dolayısıyla, eğer bir anlaşmanın amacının, örneğin, fiyat tespiti olduğu belirlenebiliyor ise, bu anlaşmanın taraflarına, fiyat tespitinin rekabeti sınırlamadığını iddia (ve ispat) imkanı tanınmaz¹⁰⁸. Bu husus, esasen, aynen fiyat tespitinde olduğu gibi, “hard-core” (ağır) sınırlamalar olarak adlandırılan (pazarların ürün bazında veya coğrafi olarak paylaşımı,

¹⁰⁶ WHISH, s.92/93.

¹⁰⁷ Case 56, 58/64 (1966), *Consten and Grundig v. Commission* ECR 299 (342); Case 45/85, *Vds v. Commission* (1987) ECR 405, (1988) 4 CMLR 264; Case C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v. Commission* (1990) ECR I-45; Case T-148/89, *Tréfilunion v. Commission* (1995) ECR II-1063. Aynı yöndeki Komisyon kararları için bkz. örn. *OJ* (1999) L 95/1, (1999) 4 CMLR 1415 (“TACA”).

¹⁰⁸ *BELLAMY & CHILD'a göre, rekabeti sınırlayıcı amacı açık olan bir anlaşmanın konusu olan ürünlerin ait olduğu ilgili pazarın ve buna dayanarak da anlaşmanın bu pazardaki etkisinin belirlenmesi* (1) “hissedilir” veya “dikkate değer etki” (“appreciable effect”) şartının gerçekleşip gerçekleşmediği, (2) anlaşmanın üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyici niteliğe sahip olup olmadığı, (3) verilecek cezanın ağırlığı, (4) muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konularının aydınlanması bakımından yine de sözkonusu olacaktır ve uygulamada, bu nedenle, anlaşmanın birincil olarak amacından hareket edildiği kararlarda bile bir etki analizi yapılmaktadır (*BELLAMY & CHILD*, No 2-99, s.102). WHISH, taraflara, bu cümleden olmak üzere, niceliksel bir savunma getirerek, örneğin kendilerinin pazardaki konumlarının çok zayıf olması nedeniyle, somut anlaşmanın hissedilir (yani dikkate değer) ölçüde rekabeti veya üye ülkeler arası ticareti etkileyici özellik taşımadığını iddia ve ispat olanağının tanınması gerekliliğinin, kavramsal olarak, taraflara “amacının rekabeti sınırlayıcı olduğu tespit edilmiş olan anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin bulunmadığı” savunmasını yapma olanağı verilmesinden farklı bir husus olduğunu özellikle vurgulamaktadır (WHISH, s.93/94). Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, RA m.81/1 hükmündeki yasak kapsamına girilebilmesi için aranan bir şart olarak “üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi” gerekliliği, rekabetin sınırlanması şartını tamamlayan ve mutlaka gerçekleşmiş olması gereken bir şarttır; bu nedenle, rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan bir anlaşma, eğer üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyici nitelikte değilse, RA m.81 hükmü kapsamında mütalaa edilemez. RA m.81 hükmündeki “etkilenme” unsurunun olumlu ya da olumsuz bir etkilenme olmasının önem taşıyıp taşımadığı konusunda yapılan tartışmalar için bkz. AKINCI, s.188 vd.

boykot vb.) kayıtların tamamı için geçerlidir. Bu tür kayıtlar, amaç itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olduğu açık¹⁰⁹ ve *per se* yasak (bu nedenle de, *de minimis* ilkesinin şartlarından yararlanmıyorlarsa¹¹⁰, ancak m.81/3 hükmündeki muafiyet yoluyla m.81/1'e bağlanan yaptırımlardan istisnaen kurtulabilecek) olan kayıtlardır.

4. Eğer bir anlaşmanın amacının rekabeti sınırlamak olduğu tespit edilememişse, bu durumda, sözkonusu anlaşmanın RA m.81/1 hükmünü ihlal edip etmediğinin belirlenebilmesi için, rekabeti sınırlayıcı *etki taşıyıp taşımadığına* bakmak gerekir. Burada "*etki*" ile kastedilen mevcut (aktüel) veya potansiyel etkidir.

5. Herhangi bir anlaşmanın, rekabeti sınırlayıcı etki taşıyıp taşımadığı, ancak, o anlaşmanın yapıldığı ve uygulandığı (veya uygulanacağı) somut iktisadi koşulların (yani, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar, bu pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller mevcut ise incelenen anlaşma veya anlaşmaların sözkonusu engellerin doğması ve/veya devamı yahut güçlenmesi bakımından herhangi bir etkisinin olup olmadığı vb. parametrelerin) belirlenmesi neticesinde ve bu koşullar dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme ile anlaşılabilir¹¹¹. Ancak, anlaşmanın yasak kapsamına girebilmesi için, iktisadi inceleme neticesinde belirlenen *olumsuz etkinin*, üye ülkeler arasındaki ticaret üzerinde *dikkate değer (hissedilir)* bir etki olması gerekir¹¹².

6. Nihayet, herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı *etkisinin* bulunup bulunmadığı araştırılırken dikkat edilmesi gereken bir nokta, her "*akdi kısıtlama*"nın¹¹³ varlığından hareketle, mutlaka ve her zaman *rekabeti sınırlayıcı bir etkinin* ve böylece de m.81/1 hükmünün ihlalinin sözkonusu olacağını kabul etmenin mümkün ve doğru olmadığıdır. Çünkü rekabetin sınırlanması pazar ile ilgili ekonomik bir kavramdır ve eğer bir anlaşmanın amacının rekabeti sınırlandırmak olduğu yukarıda

¹⁰⁹ İlk Derece Mahkemesi'nin bu yöndeki yaklaşımını içeren bir kararı için bkz. *European Night Services v. Commission*, (1998) ECR II-3141 .

¹¹⁰ BELLAMY & CHILD, No 2-098, s.100.

¹¹¹ Tipik ve çok önemli bir örnek olarak bkz. AD'nun *Delimitis v. Henninger Braeu AG* kararı, Case C-234/89 (1991) ECR I-935. İlkesel bazda büyük önem atfedilen bu kararında AD, üreticiden belirli bir miktarda bira alımı mecburiyetini içeren anlaşmaların amacının nitelik itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu anlaşmaların yapıldığı ve uygulandığı iktisadi çevre içindeki koşulların ayrı ayrı değerlendirilerek, rekabeti sınırlayıcı etki taşıyıp taşımadıklarının her somut olayda ayrıca araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

¹¹² Bu konuda bkz. BELLAMY & CHILD, a.g.e, No 2-141 (s.128)-No 2-149 (s.136) ve orada atf yapılan kararlar ile Komisyon'un (9.12.1997 tarihli aynı konudaki Duyurusu'nun yerine geçen) 22.12.2002 tarihli "*de minimis* Duyurusu"nda (OJ (2001) C 368/13) yer alan (ve fakat sadece yön gösterici olup AB mahkemelerini bağlamayan) kriter ve eşikler.

¹¹³ "Contractual restriction" (WHISH, s.99).

açıklanan şekilde belirlenemiyorsa (başka bir ifadeyle ortada bir “hard-core” sınırlayıcı anlaşma kaydı yoksa), sadece sözleşmede yer alan bir kısıtlayıcı kaydın varlığından hareketle, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkisinin kabul edilmesi doğru olmaz. Eğer herhangi bir akdi kısıtlama, nitelik itibarıyla kendisi rekabeti sınırlayıcı olmayan bir anlaşmanın yapılabilmesi ve amacına ulaşabilmesi zorunlu (ve fakat zaman, mekan ve konu bakımından -yani orantılı bir şekilde-sınırlandırılmış) bir unsur oluşturuyorsa, bu kısıtlamanın (üçüncü kişilerin rekabetini olumsuz etkilememesi şartıyla) rekabeti sınırlayıcı etkisinin olduğu ve bu suretle m.81/1 hükmünü ihlal ettiği söylenemez¹¹⁴. Ancak bu yaklaşım, m.81/3 hükmündeki muafiyet imkanının kurduğu sistem dikkate alındığında, Amerikan Antitröst Hukukundaki “rule of reason” prensibinin AB Hukukuna da ithal edildiği anlamını taşımaz¹¹⁵.

Şu halde AB Hukukunda, herhangi bir anlaşmanın RA m.81/1 hükmünü ihlal edip etmediğini belirleyecek olan mercinin -eğer

¹¹⁴ Bkz. ve krş. *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm kararı* (Case 56/65, (1966) ECR 235), *L C Nungesser KG v. Commission kararı* (Case 258/78 (1982) ECR 2015), *Coditel v. Ciné Vog Films (No 2) kararı* (Case 262/81 (1982) ECR 3381), *Pronuptia de Paris v. Schillgalis kararı* (Case 161/84 (1986) ECR 353), *Remia BV and Verenigde Bedrijven and Nutricia v. Commission kararı* (Case 42/84 (1985) ECR 2545) vb. Rekabet yasağı ile ilgili bir Komisyon kararı olarak bkz. ve krş. *Reuter/BASF kararı* (OJ (1976) L 254/40). Özellikle birleşme ve devralmalarda kullanılan (ve fakat diğer anlaşmalarda da sözkonusu edilebilen) bir ölçüt olan “yan sınırlamalar doktrini”nin temelini oluşturan bu yaklaşım, örneğin bir franchise sözleşmesinde yer alan ve franchise-verenin fikri ve sınai mülkiyet hakları ile sistem bütünlüğünün korunması için zorunlu olan bir çok akdi kısıtlamanın m.81/1 hükmüne aykırı olmadığı (Pronuptia kararı ki bu kararda caiz olduğu söylenen birçok akdi kısıtlama daha sonra yürürlüğe giren ve şu anda artık yürürlükte olmayan 4087/88 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü’nde de yer almıştır-) veya bir anlaşmadaki lisansın inhisariliğinin, lisans alanın yatırımını korumak için zaruri olması halinde, m.81/1’i ihlal etmediği sonucuna ulaşılabilmesini sağlamaktadır. Genel olarak yan sınırlamalar uygulaması ve bunun şartları hakkında bkz. özellikle MANZINI, s.397/398. Birleşme ve devralmalar bakımından (1990 ve 2001 tarihli ilgili Komisyon Duyurularında düzenlenen) yan sınırlamalar doktrini için bkz. özellikle C. GÜLERGÜN, *Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar*, *Rekabet Dergisi*, Sayı 6, 2001, s.3 vd.

¹¹⁵ Komisyon’un, rule of reason prensibinin AB Hukukuna ithal edilmediği görüşü için bkz. *White Paper on Modernisation*, OJ (1999) C 132/1; WHISH, 99. Genel olarak rule of reason etkisini doğurabilecek yaklaşımlar bakımından, herhangi bir anlaşmanın RA m.81 hükmü ışığında değerlendirilmesi faaliyetinin bu maddenin 1’inci ve 3’üncü fıkralarının birlikte dikkate alınması (birlikte okunması) şeklinde gerçekleştirilmesi halinde, anlaşmanın rekabetçi ve anti rekabetçi etkileri arasındaki dengenin (veya dengesizliğin) ortaya çıkacağı ve anlaşmanın yasağa aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığının ancak bu suretle anlaşabileceği, RA m.81/III hükmündeki (17/62 sayılı Tüzük ile Komisyon’a tanınmış olan) muafiyet koşullarını değerlendirme yetkisinin 17/62 sayılı Tüzüğün deiişmesiyle ulusal makamlara geçmesi sonucunda rule of reason prensibinin Avrupa’da da etkin olarak uygulanmasına bir engel kalmayacağı şeklindeki bir görüş için bkz. P. MANZINI, *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, (2002) ECLR 392 (397) ve orada zikredilen İlk Derece Mahkemesi kararı.

söz konusu anlaşmanın amacının (“hard-core” kısıtlamalarda olduğu üzere) rekabeti sınırlamak olduğu rahatlıkla anlaşılabilirse- her hal ve karda bir *etki analizi* yapmasının gerektiği ve ayrıca akdi kısıtlamaların niteliği itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olmayan anlaşmaların yapılabilmesi için zorunlu olması halinde caiz addedilmesi keyfiyetinin de -eğer *rule of reason* prensibine AB Rekabet Hukuku sisteminde *de lege lata* yer olmadığı kabul edilecek olursa- kavramsal olarak *etki analizi* cümlesinden kabul edildiği söylenebilir. Buna göre, AB Hukukunda, herhangi bir anlaşmanın m.81/1’e aykırılık nedeniyle m.81/2 anlamında *kendiliğinden geçersizliği*, amacının rekabeti sınırlandırmak olduğu açıkça anlaşılabilir anlaşmalar bakımından kolaylıkla, bunun dışında kalan anlaşmalar bakımından ise ancak belli bir (iktisadi) analizden sonra belirlenebilmektedir.

Türk Hukukundaki, 4054 sayılı Kanun’un RA m.81 hükmünü örnek alan m.4 (m.5) ve m.56 hükümlerinden hareketle belirlenmesi gereken duruma gelince:

4054 sayılı Kanun’un

“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.”

dedikten sonra, amaç veya etki itibarıyla bu nitelikte olan anlaşmaları (kararları ve uyumlu eylemleri) örnek kabilinden altı bend halinde sayan 4’üncü maddesi, Türk Hukukunda da, AB Hukukunda olduğu gibi ve yukarıda zikredilen şekilde, *amaç* ve *etki* alternatifleri bazında bir yaklaşımın benimsenmesine müsaittir ve hatta böyle bir yaklaşımı gerekli kılmaktadır.

Nitekim, Rekabet Kurulu’nun bir çok kararında, Kurul’un da aynı yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır. Gerçekten, Kurul’un 4.3.1999 tarihli *BİAK* kararında¹¹⁶, *“rekabeti kısıtlamak amacına yönelik anlaşmalar”* ve *“rekabetin kısıtlanmasına neden olan anlaşmalar”* (rekabeti kısıtlayıcı etkisi olan anlaşmalar) ayırımı yapılmış ve karara konu olan anlaşmanın amacının rekabeti sınırlamak olmadığı ve fakat anlaşmanın potansiyel olarak rekabeti kısıtlama etkisine sahip olduğu

¹¹⁶ Karar No: 99-13/99-40, RG 23744 s., 3.7.1999 t. (kararın 2.3 nolu bölümünün son kısmına bkz.). Aynı ayırım Rekabet Kurulu’nun 18.9.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı TEB (Türk Eczacılar Birliği) kararında da (RG 24550 s., 11.10.2001 t.) yapılmıştır (kararın 1/1 ve 2 nolu bölümlerine bkz.).

belirtilmiştir¹¹⁷. Keza Kurul, 17.6.1999 tarihinde verdiği Akçansa/Batıçim/Batısöke/Çimentaş/Denizli Çimento kararında da¹¹⁸

“Rekabet Hukuku açısından fiyat tespitine ve pazar paylaşımına yönelik bu tür anlaşmalar en ciddi rekabete aykırılık halleri arasında değerlendirilmiş ve çok açık bir biçimde yasaklanmıştır.

Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıkça, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, ‘per se’ bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır.”¹¹⁹

ifadesini kullanarak, AB uygulama ve doktrininde benimsenen yaklaşımı paylaştığını ortaya koymuştur. Kurul’un, 26.11.1998 tarihli Adıyaman/LPG kararında da¹²⁰ bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amacının açık olduğu hallerde anlaşmanın etkisine bakmanın gerekli olmadığı belirtilmiş ve aynı kararda ayrıca bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amacının tespit edilememesi halinde ise anlaşmanın bu etkiyi doğurabilecek olmasının onun 4054 sayılı Kanun m.4 kapsamına girmesi için yeterli olduğu vurgulanmıştır¹²¹. Öte yandan, herhangi bir anlaşmanın m.4 hükmüne aykırılığının belirlenebilmesi bakımından terditli bir analiz yapılmasının gerekli olduğu, dolayısıyla, amacının rekabeti sınırlamak olduğu (açıkça) anlaşılan anlaşmaların m.4 hükmündeki yasak kapsamına girmesi için bunların rekabeti sınırlayıcı etkisinin ayrıca araştırılmasına gerek bulunmadığı; buna karşın, amacının bu yönde olduğu tespit edilemeyen anlaşmaların ise rekabet üzerindeki mevcut ve potansiyel¹²² etkilerinin analiz edilmesinin gerektiği konusunda doktrinde de bir görüş birliği olduğu söylenebilir¹²³. Nihayet, herhangi bir *akdi kısıtlamanın* varlığının, mutlaka rekabeti sınırlayıcı etkiye yol açması gerekmediği, başka bir ifadeyle, nitelik itibarıyla kendisi rekabeti sınırlayıcı olmayan bir anlaşmanın yapılabilmesi ve amacına ulaşabilmesi

¹¹⁷ Bu karar hakkındaki eleştirel bir değerlendirme için bkz. ASLAN, s.105 vd.

¹¹⁸ Karar No: 99-30/276-166 (a), RG 24192 s., 6.10.2000 t.

¹¹⁹ Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.307/308.

¹²⁰ Karar No: 93/750-159, RG 24255 s., 9.12.2000 t.

¹²¹ Bkz. Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.477 ve 482. Bkz. ayrıca İstanbul Ekmek Pazarı kararı (Karar No: 99-49/536-337 (a), Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.216).

¹²² RA m.81 hükmünden farklı olarak, 4054 sayılı K. m.4 hükmü, potansiyel etkiyi de ayrıca (“doğurabilecek nitelikte olan” ifadesiyle) zikretmektedir.

¹²³ Bkz. ASLAN, s.103; SANLI, s.103-106; TOPÇUOĞLU, s.133 vd.; BADUR, s.81 vd.

zorunlu (ve fakat zaman, mekan ve konu bakımından -yani orantılı bir şekilde- sınırlandırılmış) unsurlar oluşturan kısıtlamaların, rekabeti sınırlayıcı etkisinin bulunmadığı şeklindeki değerlendirmenin, AB Hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da benimsenmesi mümkündür¹²⁴.

Şu halde, Türk Hukukunda da,

1. 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmünün açık lafzı karşısında, bu hükümdeki yasak kapsamına giren bir anlaşmanın belirlenebilmesi bakımından, *amaç* ve *etki* alternatifli ve terditli bir inceleme yapılması sözkonusudur;
2. Eğer, herhangi bir anlaşmanın fiyat tespiti, pazar paylaşımı, boykot vb. (bir kısmı m.4'de de örnek kabilinden sayılmış olan) rekabet sınırlaması olduğu açık (ve kanun koyucu tarafından da bu nitelikleri *per se* kabul edilmiş) sonuçlardan birisini (veya bir kaçını) amaçladığı anlaşılabiliriyorsa, bu anlaşmanın (*sözleşmenin*), rekabet üzerindeki aktüel veya potansiyel etkisinin araştırılmasına gerek kalmaksızın¹²⁵ yasak kapsamında yer aldığı, bu nedenle hukuka aykırı ve m.56 hükmü gereğince *geçersiz* olduğu tespit edilmiş olur¹²⁶;
3. Buna karşın, anlaşmanın amacının rekabeti sınırlamak olduğu tespit edilememişse, o zaman, anlaşmanın ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisinin (o anlaşmanın yapıldığı ve uygulandığı -veya uygulanacağı- somut iktisadi koşullar -ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar, bu pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller mevcut ise incelenen anlaşma veya anlaşmaların sözkonusu engellerin doğması ve/veya devamı yahut güçlenmesi bakımından

¹²⁴ Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 29.5.2001 tarih ve 01-25/240-62 sayılı (RG 24954 s., 2.12.2002 t.) kararının H.3.2.1 bölümünde kullanılan "Bir fason üretim anlaşmasında - tarafların rakip olmamaları şartıyla- know-how, teknolojik bilgi veya malzeme transferi sözkonusu olduğunda, üretici üzerine getirilen belli ölçüdeki rekabet kısıtlamalarının, Kanun'un 4. maddesi kapsamı dışında bırakılabileceği kanaatine varılmakla birlikte" ifadesi, böyle bir yaklaşımı işaret etmektedir. Rekabet Kurulu'nun, yan sınırlamalar doktrinini *birleşme ve devralmalar* bakımından uyguladığı örnek kararlar için bkz. GÜLERGÜN, a.g.m., s.33-36.

¹²⁵ Böyle bir araştırmanın verilecek cezanın ağırlığı bakımından yapılması ise başka bir konudur (YILMAZ, s.103).

¹²⁶ Ancak Türk doktrininde de, AB'de olduğu gibi, amacı *per se* yasak sonuçlar olan anlaşmaların, taraflarının pazardaki ekonomik gücünün çok küçük olması vb. sebeplerle yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmekte ve "hiçbir iktisadi gücü olmayan, ilgili ürün pazarındaki payları çok küçük olan iki işletmenin aralarında yaptıkları anlaşmanın bazı hükümlerinin amacının rekabeti sınırlayıcı olduğu tespit edilse bile bunları yasaklamanın bir anlamı yoktur" (ASLAN, s.103) denilerek, esasen, de *minimis* doktrinini işaret eden bir saptama yapılmaktadır. Öte yandan, burada "amaç" ile kastedilen, Türk Hukukunda da, tarafların subjektif niyet ve saikleri değil, anlaşmadan çıkarılacak objektif amaçtır (SANLI, s.104).

herhangi bir etkisinin olup olmadığı vb. parametreler- dikkate alınarak yapılacak) *iktisadi bir analiz* ile belirlenmesi gerekir¹²⁷; eğer bu analiz neticesinde anlaşmanın ilgili ürün pazarındaki rekabeti olumsuz etkilediği veya etkileyebileceği belirlenirse, o zaman, anlaşmanın (*sözleşmenin*) hukuka aykırı ve m.56 hükmü gereğince *geçersizliği* de belirlenmiş olur.

b. Geçersizliğin Takdiri Olup Olmadığı Sorusunun Hukuka Aykırılık Analizi Yöntemi Temelinde Yanıtlanması

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılığı AB Hukukundaki yaklaşımlar da örnek alınarak -hemen yukarıda (a)'da açıklanan şekilde- belirlenen bir anlaşmanın *geçersizliğinin takdiri bir geçersizlik* olup olmadığı konusunda şu saptamalar yapılabilir:

Türk Borçlar Hukuku bakımından *takdiri butlanın* örnek durumu olarak zikredilen yegane kural olan BK m.99/II hükmünde, butlan sonucuna yol açacak şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi bakımından değil, anılan hükümdeki hallerin gerçekleştiğinin hakim tarafından tespit edilmesi durumunda hakimin *sonucu uygulaması* (yani *butlana hükmetmesi*) bakımından düzenlenmiş bir takdir yetkisi sözkonusudur. Oysa, bir sözleşmenin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü gereğince yasak ve böylece de m.56 hükmü gereğince geçersiz olup olmadığı sorusu bakımından yapılacak değerlendirme, sadece, hukuka aykırılık ve bunun neticesi olarak da geçersizlik şartlarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi için yapılan bir değerlendirmedir¹²⁸. Diğer bir deyişle, **4054 sayılı Kanun m.4**

¹²⁷ Rekabeti sınırlama amacı olmamakla birlikte bu etkiye sahip olan anlaşmaların 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamında olacağı yönündeki RKK için bkz. örn. İstanbul Ekmek Pazarı kararı (Karar No: 99-49/536-337 (a), Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2002, s.216 -ad başlığından önceki son paragraf-).

¹²⁸ Gerçekten, MK m.4 hükmü anlamında tanınan takdir yetkisi, genel olarak, “bir hükmün uygulanması için gereken şartları takdir yetkisi” ve “uygulanacak sonucu takdir yetkisi” şeklinde ikiye ayrılmaktadır (bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.62/63; aynı ayırımı “olayların takdirine”, “hukuki sonuçların takdirine” ve “hem olayların hem de hukuki sonuçların takdirine” şeklinde adlandıran bir yazar olarak bkz. ayrıca E. ÖZSUNAY, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s.224). Örneğin, adın değiştirilmesi, MK m.27/I hükmü gereğince, ancak haklı sebepler varsa istenebilir. Burada, hakim, sonucu değil, adın değiştirilmesine neden olduğu ileri sürülen sebeplerin haklı olup olmadığını (yani hükmün uygulanma şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini) takdir eder. Keza, örneğin, bir işçi, BK m.344 hükmündeki “muhik sebeplerden dolayı gerek işçi, gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir” kuralına dayanarak hizmet sözleşmesini feshederse, uyumsuzluk durumunda, somut olayda işçinin gösterdiği fesih sebebinin “muhik sebep” olup olmadığının hakim tarafından değerlendirilmesi, feshin BK m.344 gereğince haklı sayılabilmesi konusundaki bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır. Hakim gösterilen sebebi “muhik” kabul ederse, feshin haklı olduğuna, aksi takdirde haksız olduğuna karar verecektir ve burada da hükmün uygulanma şartlarının varlığı bakımından takdir yetkisi

hükmündeki yasak kapsamına giren ve bu nedenle de aynı Kanun m.56 gereğince geçersiz olan bir sözleşme bakımından, sonuca ilişkin bir takdir yetkisinin (yani hukuka aykırı ve yasak olduğu belirlenmiş bir sözleşmenin geçersiz olup olmadığına karar vermek konusundaki bir takdir yetkisinin) varlığından söz etmek mümkün değildir. Eğer bir sözleşmenin amacının veya etkisinin rekabeti sınırlayıcı olduğu belirlenmişse, artık bu sözleşmenin geçerli olup olmadığına *takdire* karar vermek sözkonusu olamaz; anılan hükme aykırılığın tespitinin kanuni sonucu geçersizliktir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle m.56 hükmü bağlamındaki geçersizliğin *BK m.99/II hükmünde örneğini bulan dar anlamdaki takdiri butlan* kavramı içinde mütalaa edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Buna karşın, herhangi bir anlaşmanın (aktüel veya potansiyel olarak) *rekabeti sınırlayıcı* (engelleyci, bozucu ya da kısıtlayıcı) bir etkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi bağlamında AB Hukuku yerleşik uygulamasında kabul edilen “*etkinin üye ülkeler arasındaki ticaret bakımından hissedilir (dikkate değer) olması*” şartı, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmünün amaçsal yorumuyla, Türk Hukukuna da (“*rekabeti sınırlayıcı etkinin ilgili pazarda hissedilir ölçüde olması*” şeklinde) taşınırsa, bu şartın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini (yani *rekabeti sınırlayıcı etkinin somut olayda hissedilir ölçüde olup olmadığını*) belirleyecek makama¹²⁹ tanınmış bir takdir yetkisinin varlığından söz etmek daha isabetlidir olabilir. Gerçi, herhangi bir anlaşmanın *rekabeti sınırlayıcı bir etkiye* (aktüel veya potansiyel olarak) sahip olup olmadığının belirlenmesinin (bunun için gösterilen çaba, konuyla ilgili uzmanlık bilgisi gerektiren bir iktisadi analiz faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde ulaşılan sonuç da iktisat biliminin verilerine dayanan objektif bir sonucu ifade etmek durumunda olduğuna göre) MK m.4 hükmünde işaret edilen anlamda *takdir yetkisinin* kullanılmasından farklı bir olgu olduğu; yani, herhangi bir anlaşmanın yapıldığı ve uygulandığı (veya uygulanacağı) somut koşulları ifade eden (ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar, bu pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller mevcut ise incelenen anlaşma veya

sözkonusudur. Buna karşın, örneğin, açılmış bulunan bir boşanma davasında boşanma sebebinin kanıtlanmış olması halinde, hakimin boşanmaya ya da ayrılığa hükmedebilmesi (MK m.170/I) sonuca ilişkin bir takdir yetkisini ifade eder. İşte, BK m.99/II hükmünde düzenlenen takdiri butlan halinde de, hukuki sonuca ilişkin bir takdir yetkisi sözkonusudur. Dolayısıyla, hafif kusurdan sorumsuzluk kaydını içeren bir sözleşmenin yapıldığı sırada, örneğin, alacaklı borçlunun hizmetinde ise, hakim, hukuki sonuca ilişkin takdir yetkisini kullanarak, sözkonusu kaydın batıl olduğuna veya olmadığına karar verebilecektir.

¹²⁹ Rekabet Kurulu'nun yanı sıra adli mahkemelerin de bu konuda yetkili olup olmadıkları konusuna aşağıda 2'de ayrıca değinilecektir.

anlaşmaların sözkonusu engellerin doğması ve/veya devamı yahut güçlenmesi bakımından herhangi bir etkisinin olup olmadığı vb.) iktisadi parametreler dikkate alınarak toplanan veriler sonucunda ulaşılan rekabetin sınırlandırıldığı (sınırlanacağı) ya da sınırlandırılmadığı (sınırlanmayacağı) şeklindeki bir sonucun MK m.4 anlamında *takdire*n varılan bir sonuç sayılamayacağı da ileri sürülebilir¹³⁰. Ancak *de minimis* doktrini çerçevesinde, ilgili pazardaki rekabeti hissedilir düzeyde olmayan bir şekilde sınırlandıran anlaşmaların 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olmadığının kabulü gerekiyorsa, geçersizliğe yol açan hukuka aykırılığın şartları arasında, sınırları açıkça belli olmayan ve her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken *niceliksel bir unsurun* varlığı da aranacak demektir ki, bu durumun MK m.4 anlamında (ya da -rekabeti sınırlama ve böylece de hukuka aykırılık değerlendirmesini yapan merci bir mahkeme değil de Rekabet Kurulu ise- *MK m.4 hükmündekine benzer*) bir *takdiri* işaret ettiğinin ileri sürülmesi, herhalde, yanlış olmaz¹³¹. Bundan hareketle, 4054 sayılı Kanun m.56 hükmündeki geçersizlik de *takdiri butlan* olarak adlandırılırsa, bu, sadece terminolojik bir tercih olmaktan öteye gitmez ve bu kavramın şimdiye kadar işaret ettiği anlamın kapsamını genişletmek anlamını taşır. Kavramın bu şekilde geniş anlaşılması halinde, örneğin, iktisadi özgürlüğü aşırı kısıtladığı için ahlaka aykırı -ve aynı zamanda da kişilik hakkını ihlal edici- sayılan bir sözleşmenin MK m.23/II (ve BK m.19/II, m.20/I) gereğince butlanını da *takdiri butlan* olarak adlandırmak gerekecektir. Çünkü, buradaki ahlaka aykırılık için aranan “aşırı”lık şartı da, hiç kuşkusuz, hakim in takdir yetkisi alanına giren bir unsur oluşturmaktadır. Keza, yukarıda bahsedilen, nitelik itibarıyla kendisi rekabeti sınırlandırıcı olmayan bir anlaşmanın yapılabilmesi ve amacına ulaşabilmesi için zorunlu ve fakat zaman, mekan ve konu bakımından -yani orantılı bir şekilde- sınırlandırılmış unsurlar oluşturan akdi kısıtlamaların, rekabeti sınırlandırıcı etkisinin olmadığına tespiti de

¹³⁰ Bu konuda sonuca varmak için yapılan iktisadi analizde toplanan somut verilerin sonuç bakımından delil olarak değerlendirilmesi faaliyetinin ise maddi hukuka değil, yargılama hukukuna giren başka bir konu olduğu (ve olsa olsa -örneğin HUMK m.240 hükmünde de kullanılan anlamda- “delillerin takdiri”ni ifade ettiği - Bkz. S. EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 193, s.193-) açıktır.

¹³¹ Hatta, hissedilir olma şartının, bizzat rekabetin sınırlandırılması kavramının bir parçası olduğu da ileri sürülebilir ki, bu durumda, bizzat rekabeti sınırlandırıcı etkiden bahsedilip bahsedilmemesi keyfiyeti de bir takdir yetkisi olgusuna işaret eder. Örneğin Almanya’da, yeni GWB’de açıkça yer almadığı halde, hukuka aykırılık unsurunun varlığının kabulü için aranmaya devam edildiği söylenen “hissedilir olma şartı”nın (“Spürbarkeit”), ne zaman gerçekleşmiş sayılabileceğine ilişkin yapılan açıklamalarda kullanılan parametreler (alternatif rekabet, pazara giriş engelleri vb.) de *de minimis* mantığının bizzat rekabetin sınırlandırılması kavramının bir tamamlayıcısı gibi düşünülebileceğini göstermektedir (bkz. EMMERICH, s.45 vd.).

(özellikle *orantılı olma* şartı bakımından) aynı anlamda *takdiri* bir değerlendirmeye dayanır.

Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık nedeniyle ortaya çıkan geçersizliğin yukarıda açıkladığımız anlamda bir takdiri değerlendirme ile belirlenmesi keyfiyeti, bu geçersizliğin sözkonusu değerlendirme ile ortaya çıktığı andan itibaren (yani ileriye) etkili olacağı sonucuna hiç kuşku yok ki yol açamaz¹³². Bu bağlamda -lafzı, geçersizliğin ancak bir hakim hükmüyle sonuç doğuracağı şeklindeki anlayışı işaret eden- İsviçre Kartel Kanunu (KG) bakımından (bile) geçersizliğin geçmişe etkili olması gerektiğini belirten HILTY'nin yukarıda III'ün sonunda zikredilen argümanları, Türk Hukuku bakımından evleviyetle geçerlidir.

Öte yandan, herhangi bir sözleşmenin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki hukuka aykırılık şartlarını taşıdığını belirleme faaliyetinin (bu şartların içine *hissedilir* etki unsurunun dercedilmesi durumunda olduğu gibi) MK m.4 hükmü anlamında *takdiri* bir değerlendirmeyi içerdiğinin kabul edilmesi, bu geçersizliğin, sonuç itibarıyla, ancak hakimin iptale benzer (bozucu yenilik doğuran) bir hükmüyle kesin geçersizlik sonuçlarını doğuracak bir geçersizlik haline getirildiği anlamını taşımamaktadır. Burada açıklanan anlamdaki takdiri geçersizlik, içerdiği hüküm içi boşluk (aradığı hukuka aykırılık şartlarının somut olayda gerçekleştiğinin yetkili bir merci tarafından *takdir yetkisine dayanılarak tespit edilmesi* suretiyle) somut olayda doldurulmuş¹³³ olan emredici bir kanun hükmüne aykırılığın yol açtığı, yani her hal ve karda *ipso iure* (kendiliğinden = kanun gereği) sözkonusu olan bir geçersizliktir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, herhangi bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasak kapsamına girip girmediği ve böylece de hukuka aykırı olup olmadığı konusundaki hukuki değerlendirmenin yalnızca Rekabet Kurulu tarafından yapılabileceği görüşü kabul edilirse (ki bu konu hemen aşağıda 2'de açıklanmaktadır), geçersizliğin şartı olan hukuka aykırılık şartının gerçekleştiğini (rekabeti sınırlama keyfiyetinin *hissedilir* olması noktasında *takdire*n) belirleyen Rekabet Kurulu'nun bu görüşü karşısında, hukuk mahkemesinin, *ortada sonuca ilişkin bir takdir*

¹³² Geçersizliğin sonuçlarının, sürekli borç ilişkilerinde, MK m.2 hükmü nedeniyle ileriye etkili olarak uygulanması ihtimali ise saklıdır (bkz. bu konuda aşağıda 5).

¹³³ Burada kastedilen, hiçbir şekilde, MK m.1 hükmü anlamında bir kanun boşluğu doldurma olmayıp; tipik bir takdir yetkisi kullanma faaliyetidir. Bilindiği üzere, hakime takdir yetkisi tanınan haller, dar ve teknik anlamdaki kanun boşluğu kavramından tamamen farklı olan "hükümiçi (intra legem) boşluk" kavramıyla ifade edilmektedir.

yetkisi bulunmadığına göre, geçersizliği tespit etmekten başka bir seçeneği kalmayacaktır. Buna karşın hukuk mahkemesinin (de) sözkonusu hukuka aykırılığı tespit etme konusunda yetkili olduğu görüşü kabul görür ise, bu durumda, hukuka aykırılığı takdiri değerlendirmesi neticesinde tespit eden mahkeme, geçersizliği de tespit etmiş olacak ve bu ihtimal açısından, buradaki takdiri geçersizliğin sonuca mı şartlara mı ilişkin olduğu şeklindeki ayırım da teorik bir anlam ifade etmekten öteye gitmeyecektir.

Kanaatimizce, T. ÖZ'ün 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle m.56 hükmü çerçevesinde ortaya çıkan geçersizlik için "... burada öğretilde 'takdiri butlan' olarak ifade edilen istisnai bir duruma ... benzer bir düzenleme vardır" ¹³⁴ şeklinde yaptığı saptamadaki "benzerlik", yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilebilir.

2. Geçersizliğin Nedeni Olan Rekabeti Sınırlama Keyfiyetinin (Hukuka Aykırılığın) Hangi Mercî Tarafından Belirleneceği Hakkında

4054 sayılı Kanun'da, sözleşmeden kaynaklanan davalara bakan hukuk mahkemelerinin bu sözleşmelerin rekabete aykırı olduğu itiraz veya şüphesiyle karşı karşıya kalmaları halinde bu konuyu inceleyemeyeceklerini ve meselenin aydınlatılmak üzere mutlaka Rekabet Kurulu'na sorulması gerektiğini belirten bir hüküm yoktur. Aynı husus, kuşkusuz hakim durumun kötüye kullanılması, rekabete aykırı teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler için de geçerlidir. Aksine, Kanun'un

"Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davacılaraya geçer."

diyene m.59/1 hükmünün lafzı, rekabete aykırı bir uyumlu eylemden zarar gördüğü iddiasıyla, uyumlu eylem tarafı olan teşebbüslere m.57 ve m.58 hükümleri gereğince hukuk mahkemesinde tazminat davası açan bir kişinin *davalıların eyleminin rekabeti sınırlayıcı (böylece de hukuka aykırı) olduğu şeklindeki iddiasının, bu mahkeme önünde kanıtlanacağı ve sözkonusu iddianın varit olup olmadığının bu mahkeme tarafından karara bağlanacağı kanun koyucu tarafından benimsendiği görüşünü güçlendirici bir ifadeye sahiptir.*

¹³⁴ ÖZ, s. 62, dn.155.

Anılan m.59 hükmü, olması gerektiği gibi, Kanun'un "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı Beşinci Kısımında yer almaktadır ve 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir şekilde rekabeti sınırlayan eylemlerin özel hukuktaki sonuçlarının adli mahkemeler tarafından uygulanacağı konusunda da herhangi bir tartışma olamaz. Dolayısıyla, örneğin, sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifa edilmediği iddiasıyla hukuk mahkemesinde açılan bir davada, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı bir şekilde rekabeti sınırladığının *sabit olması halinde*, bu sözleşmenin *geçersiz* olduğunu tespit etmek de bu mahkemenin yetkisindedir.

Buna karşın, hukuk politikası bakımından tartışma konusu yapılabilecek olan (ve yapılan) husus, bir hukuk mahkemesinin *rekabetin sınırlanması keyfiyetinin sabit olup olmadığına Rekabet Kurulu'nun görüşünü hiçbir şekilde almak zorunda kalmaksızın karar verme yetkisine sahip olmasının* -rekabeti sınırlama sonucuna ulaşmak için yapılması gereken iktisadi analizin hemen yukarıda (1)'de açıklanan özellikleri de dikkate alınır- ne derece yerinde olduğudur¹³⁵. Hatta bir görüş, meseleyi, *de lege ferenda* değil, mevcut (pozitif) hukuki durum bakımından bile *herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirme ve tespit yetkisinin mahkemelere değil münhasıran Rekabet Kurulu'na ait olduğu* şeklinde çözmek eğilimindedir¹³⁶. Bu görüş, pozitif hukuk bakımından, tartışmaya açıktır ve bu tartışmalı durumun, örneğin, *4054 sayılı Kanun'da sözkonusu mesele bakımından (mesela m.59 hükmünün lafıyla ruhunun çatışmasından kaynaklanan) bir örtülü boşluğun bulunduğu ve bu boşluğun Kanun'un amaçsal yorumla tespit edilebilecek olan ruhuna uygun olarak doldurulması gerektiği* şeklinde veya benzeri bir hukuki gerekçeyle aşılabilmesi de oldukça güçtür. Nitekim doktrinde de, adli mahkemelerin, şu anda yürürlükte olan hukuka göre, önlerine gelen davalarda 4054 sayılı Kanun'a aykırılık meselesini (Rekabet Kurulu'na sormak ve keyfiyeti zorunlu bekletici sorun şeklinde değerlendirmek durumunda olmaksızın) inceleme yetkisine sahip oldukları görüşünün hakim olduğu söylenebilir¹³⁷. Bununla birlikte, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, hakim durumun kötüye kullanılması iddiasına dayanılarak açılan bir tazminat davasıyla ilgili olarak verdiği bir kararında

¹³⁵ Aynı soru, kuşkusuz, hakim durum tespiti ve hakim durumun kötüye kullanılması iddiaları bakımından da geçerlidir.

¹³⁶ Bu yönde ÖZ, s.62, dn.155.

¹³⁷ Bkz. İNAN, s.596 vd.; ASLAN, s.415/416.

“Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı ‘Rekabet Kurulu’ tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. / Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında, Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”¹³⁸

demek suretiyle, rekabet ihlali iddialarının varit olup olmadığı konusunda karar verme yetkisinin münhasıran Rekabet Kurulu’na ait bulunduğu görüşünü benimsemiştir. Bu içtihadın bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığına karar vermek yetkisinin de münhasıran Rekabet Kurulu’na ait olduğu görüşünü kendiliğinden içerdği söylenebilir^{138a}. Ancak, bu kararda “sonucu beklenmesi gereken” bir “ön

¹³⁸ Y. 19. HD, 1999/3350 E., 1999/6364 K. (FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.1, S.2, s.209).

^{138a} Buna karşın, Yargıtay 19. HD’nin 2002/2827 E., 2002/7580 K. sayılı (yayımlanmamış ve bu makalenin yazıldığı sırada da karar düzeltme aşamasında olan) yeni bir karar bu açıdan farklı bir özellik taşımaktadır. Daire, bu yeni kararında, “Öte yandan, davanın dayanaklarından biri 1998/3 sayılı tebliğdir.1998/3 sayılı tebliğdeki feshi ihbar sürelerinin taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etmesi hali için getirilmiş bulunmasına, somut olayda tarafların karşılıklı oluşan rızaları sonucu sözleşmenin fesih edilmiş olmasına ve protokol gereklerinin de taraflar tarafından yerine getirilmiş olduğunun anlaşılmasına, Rekabet Kurulu’nun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile de davalının 4054 sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanununun 58. maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına, olay ikrah oluşturmadığından 4054 sayılı Yasaya aykırılık dolayısı ile açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir.” ifadesini kullanmaktadır. Dairenin bu kararında zikredilen Kurul kararına (RG 6.8.2002 t., 24838 s.) konu olan başvuruda, Daire önündeki davada davacı olan teşebbüs, davalı teşebbüs aleyhine, Rekabet Kurulu’nda da bir şikayet başvurusu yapmış ve şikayet ettiği teşebbüsün, yetkili satıcıların yeniden satış fiyatını ve indirim oranını belirlemek, filo satışları esnasında yetkili satıcılar arasında farklı destek primi uygulamak, nakliye sübvansiyonu yapmak, rakip ve muadil yedek parça satışında kısıtlamalar getirmek, eşit edimdeki bayilere farklı davranmak, araç satış miktarlarını tek taraflı olarak belirlemek, yetkili satıcının anlaşma bölgesini değiştirmek, arz boykotu uygulamak ve 1998/3 sayılı Tebliğ’de öngörülen fesih sürelerine uymaksızın anlaşmayı feshetmek suretiyle 4054 sayılı Kanun’u ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Adli mahkemede (4054 sayılı Kanun m.58 hükmü çerçevesinde açılan) tazminat davasının da dayanakları olan bu iddiaların hepsi, Rekabet Kurulu’nca yapılan önaraştırmada incelenmiş ve iddiaların hiçbirinin varit olmadığı, ayrıca şikayet edilen teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda da bulunmadığı belirtilerek, soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Kurul kararında, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinin tek yanlı bir fesihle değil, bir protokol ile sona erdirildiği de belirtilmektedir. Buna karşın, anılan Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere, adli mahkemede aynı gerekçelerle açılan tazminat davası olumlu sonuçlanmış, davalı 4054 sayılı Kanun m.58 hükmü çerçevesinde davacının “...tazminat alacağıının takdiren bir misli artırılmak suretiyle TL

maddi.....” tazminata mahkum edilmiş ve yerel mahkeme bu kararında “... geçmişe yönelik feshin, 4054 Sayılı Kanuna göre çıkartılan 1998/3 sayılı tebliğ hükümlerinden kurtulma amacını taşıdığı, kanuna karşı hile amaçlı davranış sonucunda, imzalanan protokollerin geçersiz olduğu, normal şartlarda protokolü ve fesih sözleşmesini imzalamayacak durumda olan davacının ikrah sonucunda protokolleri yapmak zorunda kaldığı ...” şeklindeki bilirkişi raporunu esas almıştır. Yargıtay 19. HD ise taraflar arasındaki bayilik sözleşmesini ortadan kaldıran protokolün tehdit altında yapılmış sayılmayacağını ve ayrıca Rekabet Kurulu’nun anılan kararı ile de davalının 4054 sayılı Kanun’a aykırı bir eyleminin bulunmadığının saptandığını belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Ayrıca Daire’ye göre Kurul kararına karşı açılan idari davanın beklenmesine de gerek yoktur, çünkü olayda tehdit (ikrah) yoktur. Daire kararına üyelerden Sayın Coşkun Koçak’ın yazdığı karşı oy yazısının sonuç kısmında ise, aynı Daire’nin 1999 tarihli kararına atıf yapılarak, “Somut olayda, davacının rekabet ihlali yönünden Rekabet Kuruluna başvurduğu kurulca bu iddialar yerinde görülmeyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği ancak karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemeye idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar vermesi gerekirken bu yönün düşünülmemesi isabetli olmadığından hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşündeyim” denilmektedir. Dolayısıyla, karşı oy yazısında, 19. HD’nin 1999 tarihindeki ilk kararında ortaya koyduğu prensibi izlemediği ve bunun da doğru olmadığı belirtilmektedir. Gerçekten, anılan Daire’nin bu çok yeni kararında, bir yandan rekabet ihlalinin bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma açmama kararı alan Kurul’un bu kararı 4054 sayılı Kanun m.58’deki tazminat koşullarının oluşmadığı neticesi bakımından dayanak olarak gösterilmekteyken, diğer yandan sözkonusu Kurul kararına karşı açılmış olan idari yargının sonucunun beklenmemesi (bunun gerekçesi olarak ortada bir tehdidin bulunmaması gösterilse de) hem kendi içinde hem de Daire’nin önceki kararıyla çelişkili görünmektedir. Eğer Yargıtay bu yeni kararında tehditle protokol yaptırmak şeklinde gerçekleştirilen haksız fiili (fiyat belirleme, arz boykotu vb. ileri sürülen diğer iddialardan ayrı ve izole olarak) tamamen Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirseydi ve/veya dava (da) sadece tehdide dayalı bu haksız fiilin yol açtığı zarar bakımından incelenen (ve böylece de tazminat miktarı 4054 sayılı Kanun m.58 hükmündeki özel hukuk cezası çerçevesinde değil, münhasıran BK’na dayalı olarak tespit edilecek) bir dava olsaydı, o zaman burada bir çelişkidен söz edilmez ve Rekabet Kurulu kararının anılmasının da sadece (belki de destekleyici) bir atıf olduğu söylenebilirdi. Oysa, Daire’nin meseleyi böyle almadığı, kararın (pek de açık olmayan lafzından) anlaşılabilirlikindedir. Çünkü Daire kararı aynı cümlelerin içinde hem tehdidin bulunmamasını hem de Rekabet Kurulu kararını 4054 sayılı Kanun’un ihlal edilmediğinin dayanağı olarak göstermektedir. Rekabet Kurulu kararında ise, şikayet başvurusunda yer alan birçok ihlal iddiasının yanısıra bayilik anlaşmasının protokol adı altında ve fakat aslında tek yanlı bir fesihle 1998/3 sayılı Tebliğ’e aykırı olarak sona erdirildiği iddiası da incelenmiştir. O halde, eğer Kurul kararı dayanak alınmak suretiyle Daire’nin 1999 tarihli içtihadının devam ettiği gösterilmek isteniyorsa, bunun doğal neticesi, Kurul kararına karşı açılan idari davanın sonucunu beklemek olmalıydı. Oysa böyle yapılmamıştır. Kuşkusuz Yargıtay’ın burada, tehdit iddiasını da izole olarak BK çerçevesinde değil, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirmekle birlikte, 1998/3 sayılı Tebliğ’deki fesih sürelerine aykırı bir tek yanlı fesihle 4054 sayılı Kanun’un ihlal edilmiş olduğu şeklindeki davacı iddiası bakımından, somut olaydaki sona erdirmе protokünün tehdit altında yapılmış olup olmaması keyfiyetini bir ön mesele olarak gördüğü ve BK m.29/30 hükümleri çerçevesinde bir tehdidin varlığının şartlarını değerlendirmek açısından da Kurul’u değil adli yargıyı yetkili addettiği için, tabiri caiz ise “protokolün tehdit altında yapılıp yapılmadığına ben karar veririm, bence burada BK’nun tehdit şartları gerçekleşmemiştir, dolayısıyla ortada bir tek yanlı fesih yoktur, bu nedenle ne 1998/3 sayılı Tebliğ’in ne de böylece 4054 sayılı Kanun’un ihlalinden söz edilebilir” şeklinde bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir (ki Yargıtay 19. HD bu son kararında, 1998/3 sayılı Tebliğ’in hükümlerini de inceleme konusu yapmıştır). Ancak eğer bu

mesele"den bahsedilmekte ise de bu yaklaşımın, *zorunlu bekletici sorunların* pozitif hukukumuzda kanun hükümlerinde açıkça sayılanlarla sınırlı olması keyfiyetiyle¹³⁹ bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir^{139a}. Mahkemenin meseleyi (yani önündeki sözleşmenin rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı meselesinin maddi bir vakıa olarak -bu konuda uzman olan- Rekabet Kurulu tarafından aydınlatılmasını) ihtiyari bekletici sorun olarak değerlendirip, Rekabet Kurulu'nun kararını beklemesi ise mümkün olabilmelidir. Örneğin, bir distribütörlük sözleşmesine dayanılarak açılan bir ifa veya adem'i ifa nedeniyle tazminat davasında, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu şüphesine düşen veya davalının bu yöndeki bir *itirazıyla* karşılaşan hukuk hakimi, davacıya Rekabet Kurulu'na menfi tespit için başvuruda bulunmak üzere bir süre verebilmelidir. Bu durumda davacı kendisine verilen süre içinde Rekabet Kurulu'na başvurursa, hakim, Kurul kararının verilmesini önündeki dava için bekletici sorun yapar ve duruşmayı da Kurul'un karar vermesine kadar geçecek tahmini süreyi dikkate alarak ileriki bir tarihe erteler. Bu

yaklaşım benimsenmiş ise o zaman da Rekabet Kurulu kararının (tehdit yoluyla ihlal bakımından) dayanak yapılmasının bir anlamı yoktur. Şu halde Daire'nin 1999 tarihli kararında ortaya koyduğu prensibi, 2002 tarihli yeni kararında, aynen izlediğini söylemek güçtür. Nihayet belirtmek gerekir ki, bu karara konu olan olayın esası bakımından, hem Rekabet Kurulu'na yapılan başvuruda hem de mahkemede açılan davada ileri sürülen iddialar arasında yer alan "anlaşmanın 1998/3 sayılı Tebliğ'deki fesih sürelerine uyulmaksızın feshedilmiş olması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği" iddiasının -özellikle de anlaşmayı sona erdiren teşebbüsün hakim durumda olmadığı hallerde- ne derece dikkate alınabileceği meselesi, bu makale konusunun sınırlarını aşan (ancak mutlaka yapılması gereken) farklı bir tartışmanın konusudur. Burada sadece, adli mahkemelerin bazı kararlarında, muafiyet tebliğlerine, bunlara kanunla tanınan işlevi aşan bir hukuki değer atfetme eğiliminin gözlemlendiğini ve bunun son derece sakıncalı olduğunu vurgulamakla yetiniyoruz (bu konuda bkz. İNAN, s.605,616 ve ayrıca krş. aşağıda dn.203).

¹³⁹B..KURU/R.ARSLAN/E.YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*,12.Baskı,Ankara 2000,s.566vd.; H.PEKCANITEZ,*Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2000, s.280; aynı yazar,*Bekletici Sorun*, EÜHFD 1980/1,s.249

^{139a} *Doktrinde, geniş anlamda "ön sorun" kavramının "bekletici sorun"u da kapsadığı ve hakim bir ön sorunu önündeki davada kendi değerlendirmesiyle değil, başka bir mahkemenin görevine giren açılmış veya açılacak bir davada verilecek bir karara göre sonucu bağlamak durumunda olması halinde "bekletici sorun" kavramının kullanılması gerektiği belirtilmektedir (bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.563). Yargıtay anılan kararında her ne kadar "ön mesele" ifadesini kullanmakta ise de, Yüksek Mahkeme bu "ön mesele"nin davaya bakan mahkeme tarafından bizzat değil, mutlaka Rekabet Kurulu'nun vereceği karara göre açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirttiğinden (ki Rekabet Kurulu bir bilirkişi değildir ve ancak 4054 sayılı Kanun'daki usul hükümleri çerçevesinde karar verebilir), Rekabet Kurulu bir yargı organı olmamakla ve "bekletici sorun" kavramı da hep bir mahkemenin başka bir mahkemenin kararını beklemesi bağlamında kullanılmakla birlikte, Yargıtay'ın buradaki meseleyi esasen bir "bekletici sorun" (veya buna benzeyen ve dar anlamda ön sorun kavramını da aşan bir ön sorun) gibi algıladığı söylenebilir.*

durumda, davacının menfi tespit başvurusuyla ilgili olarak verilen Kurul kararını esas alarak bir hüküm vermesi beklenir^{139b}. Ancak Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeler bakımından HUMK m.236, 237, 287 vd., 388 vd hükümlerinde sınırlayıcı olarak sayılan kesin delillerden olmadığı dikkate alındığında^{139c}, mahkemelerin önlerindeki bir dava konusunu doğrudan ilgilendiren Kurul kararlarını beklemesi ve/veya bu kararlara uygun hüküm vermesi şeklinde bir *kanuni zorunluluktan* bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı ön sorunuyla doğrudan ilgili bir konunun incelendiği bir davada, rekabet ihlalleri konusunda uzman tek resmi merci olan Rekabet Kurulu'nun uzmanlığından yararlanılmaksızın verilen bir adli mahkeme kararının, bu yüzden (HUMK m.428/5'de yer alan -ve Yargıtay tarafından da -istinaf mahkemelerinin yokluğu nedeniyle- geniş bir yoruma tabi tutularak delillerin takdirine de uygulanan temyiz sebebi anlamında) "*meselei maddiyenin takdirinde hata edilmiş olması*" (*maddi vakıaların yanlış değerlendirilmiş olması*) riskine daha açık bir karar oluşturabileceği söylenebilir.

De lege ferenda, 4054 sayılı Kanun'a, herhangi bir anlaşmanın, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının hemen yukarıda (1)'de açıklanan anlamda *rekabete aykırı* olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalan adli mahkemelerin bu konuyu *Rekabet Kurulu*'nun kararını almak üzere *bekletici sorun yapmak zorunda olduğu* şeklinde bir hüküm eklenmesi düşünülebilir ise de, böyle bir tecih yapılırken davaların süresi bakımından ortaya çıkacak sakıncaların gözardı edilmemesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁴⁰. Bir idari karar merciinin kararının bekletici sorun yapılarak konunun mahkeme tarafından bu idari merciye sorulması şeklindeki zorunluluk, esas itibarıyla, hukuk sistemimizin aşına olmadığı bir yöntemdir. Ancak, her halde, Kanun'a böyle bir hüküm koyulacak olursa, henüz bir rekabet soruşturması yapılmamış olan bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı kendisine sorulan Rekabet Kurulu'nun, böyle bir başvuruyu, rekabet ihlali *soruşturmaları* için izlemesi gereken *soruşturma yöntemine* (yani 4054 sayılı Kanun'un bugün yürürlükte olan m.40 vd. hükümleri çerçevesinde) tabi olarak değil, bugün menfi tespit ve bireysel muafiyet başvurularında izlediği (nispeten daha süratli) yöntemle benzer bir usulle sonuçlandırmasını sağlayacak bir

^{139b} Doktrinde, bir konuyu ihtiyari bekletici sorun yapan hakimin bu sorun hakkındaki kararı beklenen mahkemenin verdiği hükümle kural olarak bağlı olduğu belirtilmektedir (bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.573).

^{139c} Bkz. İNAN, s.598.

¹⁴⁰ G. (AŞÇIOĞLU) ÖZ, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2000, s.188, dn.83; İNAN, s.597.*

mekanizmaya da Kanun'da açıkça yer verilmesinde yarar vardır. Keza *de lege ferenda*, zorunlu bekletici sorun çözümü yerine (fiili değilse de hukuki işlevi daha farklı ve kanaatimizce daha doğru bir yöntem olarak), herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı sorunuyla karşı karşıya kalan adli mahkemelerin, İsviçre Hukukunda olduğu gibi¹⁴¹, Rekabet Kurulu'nun *bilirkişiliğine başvurma zorunluluğunu* getiren bir hükmün eklenmesi de düşünülebilir¹⁴². Bu durumda, Rekabet Kurulu, HUMK m.276/II hükmü anlamında bir *resmi bilirkişi* sıfatını kazanır ve teşebbüsler arası anlaşmaların rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı sorunuyla karşı karşıya kalan adli mahkemeler, Rekabet Kurulu'nun konuyla ilgili bilirkişi "görüşleri"ni takdiri delil olarak değerlendirirler¹⁴³. Bilirkişilik alternatifinin de *de lege ferenda* benimsenmesi ihtimalinde de, Kanun'da, hakkında henüz soruşturma başlatılmamış anlaşmalar için adli mahkemelerce Kurul'un bilirkişiliğine başvurulması halinde, Kurul'un bu başvuruları soruşturma sürecinden daha süratli sonuçlandırmasını sağlayacak bir mekanizmaya Kanun'da açıkça yer verilmesinde yarar vardır.

3. Geçersizliğin "Butlan", "Askıda Geçersizlik", "Noksanlık" vb. Geçersizlik Türlerinden Hangisine Girdiği Hakkında

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin aynı Kanun'un m.56 hükmünde belirtilen geçersizliğinin, hiçbir ayırım yapmak gereğini hissetmeksizin, kanuna aykırılık nedeniyle, BK m.19/20 hükümleri çerçevesinde ve her zaman *butlan* oluşturduğunu ileri süren görüşe¹⁴⁴ katılmıyoruz.

4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasak kapsamına girdiği (yani *rekabeti sınırladığı*) için hukuka aykırı olarak nitelendirilen bir sözleşmenin özel hukuk alanındaki neticelerinden biri de *geçersizlik* olduğuna ve aynı Kanun bir başka hükmünde, belirli kümülatif şartların gerçekleşmesi halinde sözkonusu sözleşmenin "4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına" karar verilebileceğini belirttiğine göre, muafiyetin özel hukuk alanındaki bir anlamı da, 4054 sayılı Kanun m.5 hükmünde sayılan şartları haiz olan bir sözleşmenin, bu şartları haiz olduğu için kendisine tanınan (bireysel) *muafiyet* ile birlikte *geçerlilik kazanacağı* olabilir ve öyledir de. Dolayısıyla -"butlan" terimi ile

¹⁴¹ Bkz. yukarıda III.

¹⁴² Bilirkişiye başvurma zorunluluğunun açık kanun hükümleriyle öngörülmesi, hukuk sistemimize yabancı bir yol değildir (bkz. örn. MK m.165 ve m.409/II).

¹⁴³ Rekabet Kurulu'nun şu anda böyle bir görev ve işlevi olamayacağı şeklinde (bizim de katıldığımız) görüş için bkz. İNAN, s.602.

¹⁴⁴ Bu görüşte olan yazarlar ve gerekçeleri için bkz. yukarıda (II).

başlangıçta yapıldığı haliyle ve yapıldığı anda yöneldiği hüküm ve sonuçlarla birlikte sonradan (icazet veya benzeri başka bir işlemle) canlanabilmesi imkanı bulunmayan (o çok kullanılan ifadeyle “ölü doğmuş” olan) hukuki işlemlerin geçersizliği kastedildiğine göre¹⁴⁵ - 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasak kapsamına girmekle birlikte aynı Kanun’un m.5 hükmü çerçevesinde Kurul’dan muafiyet alarak geçerli hale gelen bir sözleşmenin (muafiyet kararından önce sözkonusu olan) geçersizliğinin de (bu geçersizlik “yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık”tan kaynaklansa bile -ki bu hususa aşağıda yeniden değineceğiz-) butlan teşkil etmemesi gerekir. Butlan **iyileşmez**. Batıl bir işlem, ne icazet ile ne de -burada olduğu gibi- idari bir işlemle sonradan geçerlilik kazanabilir¹⁴⁶.

Kanun’un m.5 hükmü çerçevesinde muafiyetten yararlandırılan bir sözleşmenin, Kurul’un *bireysel muafiyet* kararıyla geçerli hale gelmediği, bireysel muafiyete rağmen *butlanın* hala devam ettiği şeklindeki görüş¹⁴⁷, kanaatimizce kabul edilemez. Bu görüş, muafiyet kararının m.4 hükmüne aykırı bir sözleşmeyi geçerli hale getirmediğini, çünkü böyle bir sözleşmenin de rekabeti sınırlayıcı niteliğinin ve dolayısıyla hukuka aykırılığının devam ettiğini, muafiyet kararının sözkonusu sözleşmeye sadece muafiyet süresince Kanun’a aykırılığın yaptırımlarının uygulanmasını engellediğini ileri sürmektedir. Ancak, sözkonusu aykırılığın özel hukuktaki yaptırımlarından birinin de m.56 hükmünde vurgulanan *geçersizlik* olduğu gözardı edilemeyeceğine göre, sözkonusu görüşün kullandığı önermenin doğal sonucu da, esasen, muafiyetin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmeleri *geçerli hale getirdiği* olmalıdır. Aksi kabul edilirse, bugün Türkiye’de Rekabet Kurulu’ndan bireysel muafiyet almış yüzlerce (özellikle dikey anlaşma oluşturan) sözleşmeye dayanılarak yürütülen iktisadi faaliyetlerin tamamının *geçersiz borç ilişkilerine* dayanılarak geçerli bir şekilde (!) ifa edilen ve fakat buna rağmen hukuk düzenince (bir kurala bağlanmak suretiyle) göz yumulan edimlerle gerçekleşen faaliyetler olduğunu söylemek gerekecektir ki, böyle bir kabulün bir hukuk sisteminin iç tutarlılığı bakımından makul olduğunu söylemek güçtür. Geçersiz sözleşmelerin geçerli sözleşmeler gibi hüküm ve sonuç doğurmasının *kurallaştırılması* sözkonusu olamaz. Geçersiz bir sözleşmenin bu özelliğinin ileri

¹⁴⁵ Bkz. yukarıda (B). Belirtmek gerekir ki, buradaki geçersizliği butlan olarak nitelendiren yazarlar, Borçlar Hukuku bakımından bizim paylaşmadığımız bir sınıflandırma terminolojisiyle yapılan “mutlak butlan - nisbi butlan” ayırımındaki “mutlak butlan”ı kastetmektedirler (bkz. yukarıda II).

¹⁴⁶ Tasarruf işlemlerinin durumuyla ilgili olarak bkz. yukarıda dn.101.

¹⁴⁷ Bu görüşte AKSOY, s.46 (bkz. yukarıda (II)).

sürülmesine dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde *istisnaen* cevaz verilmemesi ve böylece o sözleşmenin geçersizliğine bağlanan sonuçların uygulanmaması kuşkusuz mümkündür; ancak bu başka bir durumdur. Eğer bir hukuk düzeni, belirli bir hukuk sahasındaki spesifik kurallara aykırılık nedeniyle hukuka aykırı addettiği sözleşmelere, belli şartları taşıyorlarsa, idarenin bir işlemiyle, o sözleşmelerin yöneldiği hüküm ve sonuçlarının uygulanabilmesi imkanını tanıyorsa, burada (idareye yapılan bir kanuni delegasyonu da içeren) kurallaştırılmış bir imkan var demektir ki, bunun anlamı da ancak o sözleşmelerin sözkonusu idari işlemle *geçerli* hale getirildikleri olabilir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun muafiyet sistemiyle, 4'üncü maddeye aykırı olmakla birlikte m.5 hükmündeki şartları haiz oldukları için muafiyetten yararlanan sözleşmelerin m.56 hükmünde vurgulanan *geçersizlik yaptırımından* kurtulmalarını (da) amaçladığı¹⁴⁸ açıktır. Dolayısıyla, m.4 hükmündeki yasağa aykırı olmakla birlikte, m.5 hükmündeki kümülatif şartları taşıdığı için yararlı yanlarının ağır bastığı Kurul'ca belirlenen bir sözleşme, bireysel muafiyet alınca, geçersizlik yaptırımından geçmişe (zamanında bildirilmişse yapıldığı andan, geç bildirilmişse bildirim tarihinden itibaren -m.10/l-) etkili olacak şekilde ve Kurul kararında (en fazla 5 yıl olmak ve fakat yenilenebilmek üzere) belirtilen bir süre için kurtulmaktadır¹⁴⁹.

Şu halde, 4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki şartları taşıyan ve bu nedenle de muafiyet alabilecek olan bir sözleşmenin bireysel muafiyet almadan önceki safhada sözkonusu olan *geçersizliği* öyle bir

¹⁴⁸ ... yani muafiyetten yararlanan sözleşmelerden doğan borçların ifa edilmemesi halinde bunların ifası için dava açılabilmesini, bu sözleşmelerin ifasının -durumuna göre- sebepsiz zenginleşme veya aynı hakka dayalı istihkak davalarına yol açmamasını, kısacası bu sözleşmelerin iktisadi hayat içerisinde hukuken korunan menfaatler -haklar- doğurarak bu hakların kullanılmasını sağlamalarını istediği ...

¹⁴⁹ Kuşkusuz 4054 sayılı Kanun m.5 f. son hükmüne dayanılarak çıkarılmış olan bir **grup muafiyeti** tebliğinin kapsamında olup da tebliğin koşullarını taşıyan bir sözleşme (veya sözleşme hükmü) de aynı Kanun'un m.4 hükmündeki yasak nedeniyle geçersiz olma neticesinden kurtulmuş bir sözleşmedir. Bir sözleşme, eğer yapıldığı anda böyle bir tebliğin kapsamına giriyor ve grup muafiyetinden yararlanma şartlarını da taşıyorsa, m.4 hükmünün bir yaptırımı olan m.56 hükmündeki geçersizlik sonucuna tabi olmayan bir sözleşme özelliğini yapıldığı andan itibaren kazanır. Buna karşın, eğer bir sözleşme, yapıldığı anda grup muafiyeti şartlarını taşımamakla birlikte, bazı hükümlerinin değiştirilmesiyle bu şartlara uygun hale getirilirse, somut durumun özelliklerine göre, ya bu sözleşme şartlara uygun değişikliğin yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelmiş addedilir ya da ortaya yeni ve geçerli başka bir sözleşme çıkmış kabul edilir. Nihayet belirtmek gerekir ki 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olan ve herhangi bir grup muafiyet tebliğinden de yararlanmayan bir sözleşme, bireysel muafiyet ile geçerli hale gelebileceğinden, bu sözleşmeler için de, çalışmamızın bundan sonraki kısmında henüz bireysel muafiyet almamış olan sözleşmelerin geçersizliği ile ilgili olarak yapacağımız açıklamalar geçerlidir.

geçersizliktir ki, bu geçersizliğin nedeni *yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık* olduğu halde, kendisi *kesin bir nitelik taşımamakta* ve eğer taraflarca usulüne göre muafiyet başvurusu yapılırsa *idari bir kararla geçmişe etkili olarak düzelebilmeye* imkanına sahip bulunmaktadır. Bu durumda, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin, *butlan* yerine, bir tür *askıda geçersizlik* (veya *geçersizlik*) olarak nitelendirilmesi mümkün olabilmelidir¹⁵⁰.

Kuşkusuz, *askıda geçersizlik* görüşüne karşı, şimdiye kadar Medeni Hukuk dogmatikliğinde geliştirilmiş olan geçersizlik modelleri içinde¹⁵¹ *askıda geçersiz* olarak nitelendirilen geçersizlik hallerinin hiçbirisinin dar anlamda *hukuka aykırılık* (burada: *yasaklayıcı kanun hükmüne aykırılık*) nedenine dayanan haller olmadığı itirazı yapılabilir¹⁵². Bu itiraz, özellikle, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğünü *askıda geçersizlik* olarak nitelendiren yaklaşımların, *noksanlık* haliyle örtüşecek sonuçlara yönelmesi durumunda¹⁵³ daha da önem kazanmaktadır. Ancak, dogmatik açıdan dayandığı tereddütler ciddiye alınması gereken böyle bir itiraza temel olan yaklaşımın, 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırı olduğu için BK m.19/20 anlamında *batıl* olduğu ileri sürülen bir sözleşmenin nasıl olup da bir idari kararla hüküm ve sonuç doğurur hale gelebildiğini de teorik temelde açıklaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu tür sözleşmelerin *doktrinde geliştirilmiş ve kapsadığı haller bakımından da üzerinde hiçbir şekilde fikir birliği olmayan*¹⁵⁴ *askıda geçersizlik* (ve *noksanlık*) kavramına giremeyeceğini (yukarıdaki gerekçeyle) savunan bir görüşün, *BK m.20 hükmünde kullanılmış bir kanuni terim olan ve kapsadığı ve işaret ettiği haller ile sonuç ve özellikleri bakımından belki de doktrinde üzerinde en az tartışma bulunan*¹⁵⁵ *butlan* kavramının, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasağa aykırı sözleşmeler bakımından nasıl olup da *idari bir*

¹⁵⁰ *Askıda geçersizlik nitelendirmesini 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olup henüz muafiyet almamış olan sözleşmeler için uygun bulmayan TOPÇUOĞLU'nun, bu sözleşmeleri, muafiyet almadan önceki durumları bakımından "topal hukuki muamele" olarak nitelendiren yaklaşımına (TOPÇUOĞLU, s.292) katılmıyoruz. Çünkü, yukarıda (B) 'de de belirttiğimiz üzere, "topal hukuki muamele" taraflardan biri için bağlayıcı olmayıp, diğeri için ise bağlayıcı olan işlemler için kullanılan bir kavramdır (bkz. HATEMİ, s.128; ATAAY, s.182/183) ve ayrıca, bizim katıldığımız tanımlamalar çerçevesinde, taraflardan biri için bağlayıcı olup diğeri için ise (henüz) bağlayıcı olmayan işlemler de zaten askıda geçersizlik ve/veya noksanlık üst kavramı içinde yer alan işlemlerden olabilirler (bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.145).*

¹⁵¹ Bkz. yukarıda (B).

¹⁵² Bu yöndeki bir itiraz için bkz. AKSOY, s.46 (ve yukarıda (B)).

¹⁵³ Bkz. O. B. GÜRZUMAR, *Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s.123; SANLI, s.463 Açıklama 92.*

¹⁵⁴ Bkz. yukarıda (B).

¹⁵⁵ Bkz. yukarıda (B).

kararla düzelebilen bir geçersizlik haline büründüğünü de açıklaması gerekir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, esasen, *askıda geçersizlik* (ve *noksanlık*) görüşü (görünüşte) *geçersizlik sebebi* bakımından, *butlan* görüşü ise *geçersizlik sonuçları ve özellikleri* bakımından, şimdiye kadar yerleşmiş olan geçersizlik dogmatiklerinden ödün vermektedirler. Ancak, *askıda geçersizlik* görüşünün verdiği ödün, *butlan* görüşünün verdiği ödünden daha mazur görülebilir. Çünkü, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin, hiçbir ayırım yapılmaksızın ve her zaman *batıl olduğu* şeklindeki görüş, butlanın (yokluktan sonra) *en ağır, ölü doğmuş ve düzelemez (kesin)* bir hükümsüzlüğü ifade eden özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Buna karşın, 4054 sayılı Kanun m.4'deki yasaklayıcı hükme aykırı olmakla birlikte, m.5 hükmündeki kümülatif şartları taşıdığı için -Kurul'a başvuru halinde- muafiyet alabilecek bir sözleşmenin geçersizliğinin *askıda geçersizlik* (ve hatta *noksanlık*) olarak nitelendirilmesi, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin *kesin nitelik taşımadığını ve Kurul'ca tanınacak bir muafiyetten yararlanmak suretiyle düzelebilmek imkanına sahip olduğunu* işaret etmesi bakımından daha makul bir yaklaşımdır.

Askıda geçersizlik görüşünün, özellikle *noksanlık* ile bağlantılandırılması veya bu tür hükümsüzlüğe benzetilmesi halinde, şimdiye kadar doktrinde kavramsallaştırılmaya çalışılmış olan sistemden (görünüşte) verdiği ödün, yukarıda da belirttiğimiz gibi, *sebepe* yönündendir. Gerçekten (*askıda geçersizlik* kavramını *noksanlık* ile örtüşen bir tarzda ele alan yazarların¹⁵⁶ açıklamaları da dahil olmak üzere) bu tür geçersizliğe verilen örnekler arasında, *konu veya amacın emredici (ve/veya yasaklayıcı) kanun hükümlerine aykırı olması sebebiyle* ortaya çıkan geçersizlik hallerine rastlanmamakta ve bu geçersizlik nedeni, doktrinde fikir birliği içinde, BK m.19/20 çerçevesinde bir *butlan nedeni* olarak zikredilmektedir. Örneğin, *askıda geçersizlik* ile örtüşen birer *noksanlık* hali olarak, *mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlıların kanuni temsilcilerinin iznini almadan yaptıkları borçlandırıcı hukuki işlemler ve yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemler* bakımından ortaya çıkan geçersizlik, bu işlemlerin her iki taraf için de hüküm ve sonuç doğurması için aranan *tamamlayıcı unsurların (izin/icazetin) eksikliğinden kaynaklanan* bir geçersizliktir. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un teşebbüsler arası anlaşmalar için amaç ve/veya etki bakımından *yasaklayıcı* bir işleve sahip olan 4'üncü maddesine aykırı bir sözleşmenin geçersizliğinin *askıda geçersizlik* ve hatta buna paralel

¹⁵⁶ Bkz. yukarıda (B).

olarak tamamlayıcı unsur olan muafiyet eksikliği nedeniyle noksanlık şeklinde nitelendirilmesi, klasik dogmatikğin şablonuna (en azından ilk bakışta) uymamaktadır.

Ne var ki 4054 sayılı Kanun m.5 hükmü “Kurul aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının **4’üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir**” dediğine göre, burada aslında bir anlamda, muafiyet şartlarını taşıyan bir sözleşmenin Kurul’un muafiyet tanıyan idari işlemiyle birlikte m.4 hükmündeki **yasak kapsamından çıktığının (veya bu kapsamda olmadığına)** tescil edileceğini ifade etmiş olmaktadır¹⁵⁷ (ki, 4054 sayılı Kanun’un m.5 hükmünde yer alan kümülatif şartların gerçekleştiğinin somut olayda Kurul tarafından tespit edilmiş olması halinde Kurul’un bireysel muafiyet tanıyıp tanımama konusunda sonuca ilişkin bir takdir yetkisi de -kanaatimizce- yoktur¹⁵⁸). **Bu durumda, 4054 sayılı Kanun’un m.5 hükmündeki kümülatif şartların tamamını taşıdığı için muafiyet alabilecek olan bir sözleşme, aslında, kanun koyucunun, bu şartları taşıdığı için yasak (ve böylece de hukuka aykırılık) kapsamı dışında tutulabileceğini -ve fakat bunun ancak Kurul kararıyla olabileceğini- baştan kabul ettiği bir sözleşmedir. Başka bir ifadeyle böyle bir sözleşme, esasen rekabeti sınırlayıcı etkisi olmakla ve bu nedenle de hukuka aykırı sayılması gerekmele, hatta yapıldığı anda öyle de gözükmele birlikte, hukuka uygunluk nedenleri şeklinde ortaya çıkan kümülatif muafiyet şartlarını taşıdığı için bu şartları taşımayan sözleşmelerden farklı muamele görmesi gerektiği kanun koyucu tarafından benimsenmiş olan bir sözleşmedir.** Kanun koyucu aslında

¹⁵⁷ RA Antlaşması m.81/3 hükmünün benzer lafzı (bkz. hemen yukarıda (1)) bakımından aynı görüş için bkz. LANGEN/BUNTE, No 128, Art.85, s.1513.

¹⁵⁸ Aynı görüşte LANGEN/BUNTE, No 149 Art.85, s.1521 ve ASLAN, s.138; aksi görüş için bkz. TOPÇUOĞLU, s.247. Kaldı ki, Kurul’un, muafiyet tanımayacak ise, “şartlar gerçekleşmiştir ama muafiyet tanımiyorum” şeklinde hükmü vereceğine, “şartlar(dan biri veya birkaçı) gerçekleşmemiştir, muafiyet vermiyorum” ifadesini içeren bir karar vermesi çok daha mantıklı ve ihtimal dahilinde olması gereken bir durumdur. Her hal ve karda, 4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki şartları taşıyan sözleşmelerin taraflarının “muafiyet alma hakları”nın bulunduğu bahsetmek mümkün gözükmektedir. Nitekim LANGEN/BUNTE, anılan eserlerinin hemen yukarıda atıf yaptığımız kısımlarında “Anspruch auf Freistellung” derken, bunu kastetmektedirler. 5’inci madde hükmünün aradığı her bir şartın gerçekleşmiş olup olmadığının Kurul tarafından değerlendirilecek olması ise başka bir konudur ve Kurul’un bu husustaki yetkisi hakkında bir fikir ayrılığı yoktur. Ancak Kurul’un bu yetkisi de keyfilik anlamına gelemeyeceği için, Kurul’un bir muafiyet talebini reddetmesinin -somut olayda m.5 hükmünün şartlarının gerçekleştiğini gözardı eden- keyfi bir değerlendirmeye dayanması halinde, bu kararın Danıştay tarafından bozulması gerekir. Öte yandan, m.4 hükmüne aykırı bir sözleşmeye muafiyet verilmesinden m.6 hükmünün de ihlal edilmesi nedeniyle kaçınılması başka bir meseledir.

burada, Amerikan Hukukundaki *rule of reason*'ın işlemlerini gerektiren sebepleri, muafiyet sistemi içinde, muafiyet sebepleri haline getirmiştir. Dolayısıyla, böyle bir sözleşme, Rekabet Hukuku ve 4054 sayılı Kanun terminolojisindeki *menfi tespit* kapsamında olan anlaşmalardan değildir, ama (m.5 hükmündeki kümülatif şartları, yani m.4 hükmündeki yasağın ve böylece de hukuka aykırılık sonucunun işlememesini sağlayan koşulları taşıdığından) Kurul'un muafiyet kararının alınması (yani şu anda henüz eksik olan bir *tamamlayıcı unsurunun* telafi edilmesi) durumunda geçerli hale gelebilecek olan bir sözleşmedir. **Şu halde, böyle bir sözleşmenin m.4 hükmüne aykırılığının BK m.19/20 hükmü anlamında kanuna ve/veya hukuka aykırılık ile aynı olduğunu iddia etmek pek makul gözükmemektedir.** Hatta, BK m.20 hükmünde açıkça *butlan* sonucu düzenlenmişken 4054 sayılı Kanun'un m.56 hükmünde 4'üncü maddeye aykırı sözleşmelerin "geçersiz" olduğunu ayrıca belirtmek ihtiyacını hissetmiş olan kanun koyucuya, bu tutumu nedeniyle, *4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan geçersizliğin -muafiyet sisteminin doğurduğu özellikler nedeniyle- her zaman butlan olamayacağını vurgulama* amacını izafe etmemiz de mümkündür.

Sonuç olarak, **4054 sayılı Kanun'un m.5 hükmündeki kümülatif şartları taşıyan ve henüz hakkında bir muafiyet kararı da verilmemiş olan bir sözleşmenin** aynı Kanun'un m.4 hükmü karşısındaki durumu nedeniyle ortaya çıkan geçersizliğinin **askıda geçersizlik** olarak nitelendirilmesi ve hatta bu askıda geçersizliğin de -yukarıdaki gerekçelerle- bir **noksanlık** haline tekabül ettiğinin kabul edilebilmesi mümkün gözükmemektedir^{158a}.

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olan ve **m.5 hükmündeki şartları da taşımadığı için muafiyetten yararlanmaması gereken** sözleşmelere gelince:

AB İlk Derece Mahkemesi'nin *Matra Hachette v. Commission* kararında¹⁵⁹ da belirtildiği üzere *salt hukuki açıdan, her tür rekabet*

^{158a} Ancak bu görüşümüzden, önüne 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı bir sözleşme gelen bir mahkemenin bu aykırılığı tespit ederken sözkonusu sözleşmenin aynı zamanda m.5 hükmündeki kümülatif şartları gerçekleştirdiğini de tespit edebileceğini düşündüğümüz neticesi çıkarılmamalıdır. Hiç kuşku yok ki -bu makalenin başka yerlerinde de belirttiğimiz gibi- sözkonusu kümülatif şartların gerçekleştiğini tespit etmek ve bireysel muafiyet vermek yalnızca Rekabet Kurulu'nun yetkisindedir. Mahkeme, önündeki davanın konusu veya temeli olan sözleşmenin sadece m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle ve m.56 gereğince geçersizliğini tespit edecek ve ona göre karar verecektir. Buna karşın sözleşme için Rekabet Kurulu'na bireysel muafiyet başvurusu yapılmışsa, mahkeme, yine m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle geçersizliği tespit etmekle birlikte (çünkü sözkonusu hükme aykırılığın sonucu geçersizliktir ve daha henüz bireysel

sınırlaması(nı içeren anlaşma) muafiyetten yararlanabilir. Dolayısıyla, sabit fiyat ve pazar paylaşımı anlaşmaları bile, çok istisnai hallerde de olsa, somut bir olayda, bireysel muafiyet şartlarını taşıyor olabilirler. AB literatüründe bunun tipik bir örneği olarak Komisyon'un *Reims II* kararı¹⁶⁰ zikredilmektedir¹⁶¹. Şu halde, 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmündeki yasak kapsamına giren ve m.5 hükmündeki şartları da haiz olmayan herhangi bir sözleşmenin bireysel muafiyete mazhar olmadığı keyfiyeti - 4054 sayılı Kanun'un getirdiği sistem içerisinde- ancak Kurul'un bireysel muafiyet talebini reddetmesiyle ortaya çıkabilir. Bu nedenle de, böyle bir sözleşmenin geçersizliğinin, esasen, muafiyet talebiyle ilgili karar verilmeden önce ki süreçte (de) zaten halihazırda (sözleşmenin yapıldığı andan itibaren) mevcut olan **ve fakat varlığı ancak bireysel muafiyet talebinin reddiyle (veya yanlış verilmiş muafiyetin Kurul'ca geri alınmasıyla ya da Danıştay tarafından iptal edilmesiyle) anlaşılabilen bir butlan** olduğu ve muafiyet talebinin reddi anına kadar olan süreçteki geçersizliğin -bu sebeple, sadece- **şeklen askıda** olduğu düşünülebilir ise de, 4054 sayılı Kanun'un m.13 hükmündeki *muafiyetin geri alınması* kurumunun etkisi bakımından getirilmiş olan sistem bu yaklaşımı da sınırlamaktadır. Şöyle ki:

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olmakla birlikte m.5 hükmündeki şartları taşımadığı için *bireysel muafiyet alamayacak olan (almaması gereken)* bir sözleşmeye yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak muafiyet verilmişse ve bu yanlışlık veya eksiklikte ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı sözkonusu değilse, bu muafiyetin Kurul kararıyla geri alınması, 4054 sayılı Kanun m.13/II gereğince, "verildiği tarihten itibaren" etkili olmaktadır¹⁶². Bu durumda, 4054 sayılı Kanun m.13 ve m.10/II

muafiyet de alınmamıştır), kararını, Kurul'un kararı çıkana kadar bekletecektir. Eğer Kurul bireysel muafiyet kararı verirse, mahkemenin bekletici meselenin nedeni olarak tespit ettiği ve fakat bireysel muafiyet kararıyla artık (durumuna göre, sözleşmenin yapıldığı andan veya bildirim tarihinden itibaren) ortadan kalkan geçersizliğin bireysel muafiyet kararından önceki safhada (aşağıda dn.159-164'e ilişkin ana metinlerde yaptığımız açıklamalar saklı kalmak kaydıyla) askıda geçersizlik olduğu ortaya çıkmış olacaktır. Mahkeme m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle geçersizliği tespit ederken bunun bir butlan veya askıda geçersizlik olduğu şeklinde bir nitelendirme yapmak zorunda değildir.

¹⁵⁹ Case T-17/93, (1994) ECR II-595, Pr.85.

¹⁶⁰ OJ (1999) L 275/17, (2000) 4 CMLR 704.

¹⁶¹ Bkz. WHISH, s.124.

¹⁶² 4054 sayılı Kanun'un m.13/II ve III "Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir. / (c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır." hükmünü haiz olmasına karşın, ASLAN (s.142) ve TOPÇUOĞLU (s.263), bu iki durum arasında farklılık bulunmadığını, muafiyetin verildiği tarihten itibaren etkili olmak üzere geri alınmasıyla hiç alınmamış sayılmasının altında aynı sonuca yol açtığını ileri sürmektedirler. SANLI ise bu görüşe katılmamakta ve (sakıncalarına

hükümleri birlikte yorumlandığında, böyle bir sözleşmeye, sözkonusu “yanlış” muafiyet kararıyla, (zamanında bildirilmişse) yapıldığı veya (geç bildirilmişse) Kurul’a bildirildiği tarih ile muafiyet kararı tarihi arasında geçerlilik tanındığı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁶³. Başka bir ifadeyle, esasen -4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki şartları taşımadığı için bireysel muafiyet alamayacak olan ve hukuka aykırılığı da -bu nedenle- BK m.19/20 hükmünde zikredilen hukuka aykırılıktan farklı olmadığı için hiçbir zaman kesitinde “geçerlilik yaşamaması” gereken bir sözleşme buna rağmen ve ilgili teşebbüsün hilesi sözkonusu olmaksızın yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak bireysel muafiyet almışsa, hakkındaki bu muafiyet kararı -bu karar sonradan geri alınsa (veya alınabilecek olsa) bile- o sözleşmeye, durumuna göre, yapıldığı veya bildirildiği tarih ile muafiyetin verildiği tarih arasında bir geçerlilik tanımış olmaktadır. Bu durumda, **4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olan ve ayrıca m.5 hükmündeki şartları da taşımayan sözleşmelerin bile, Kurul’dan - ilgili teşebbüslerin hilesi sözkonusu olmaması kaydıyla- alınacak (yanlış) bir muafiyet kararıyla belli bir zaman kesiti için geçerlilik kazanabilme ihtimali olan (ve, dolayısıyla, geçersizlikleri de bu anlam ve çerçevede kesin olmayan) sözleşmeler olduğu söylenebilir**^{163a}. Dolayısıyla, *butlanın düzelenmeyeceği* düsturu dikkate alındığında, bu sözleşmelerin geçersizliğinin de *butlan* kavramının çerçevesini aştığı gözlenmektedir¹⁶⁴.

rağmen) sözkonusu kanun hükmünün lafzı doğrultusunda yapılan yorumu benimsemektedir (bkz. SANLI, s.237/238, Açıklama 496). ASLAN ve TOPÇUOĞLU’nun savunduğu sonuca, kanaatimizce, ancak, 4054 sayılı Kanun m.13 hükmünün ruhu ile lafzı arasındaki açık bir çelişkidен kaynaklanan bir örtülü boşluğun varlığı kabul edilirse ulaşılabılır. Bu tür örtülü kanun boşlukları kanunun ruhuna göre doldurulmak gerektiğine göre, muafiyetin m.13 (b) ve (c) bendleri gereğince geri alındığı hallerde de muafiyet hiç alınmamış sayılacak ve ilgili sözleşmenin geçersizliği de her hal ve karda yapıldığı andan itibaren sözkonusu olacaktır. Belirtmek gerekir ki, AB Hukukunda 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü’nün m.8/III/d hükmünde, ilgili teşebbüslerin muafiyetin bağlandığı yükümlülüklerle aykırı davranması, muafiyetin alınmasının hileyle sağlanması ve teşebbüslerin muafiyeti kötüye kullanması nedenlerinden biriyle geri alınması durumunda, geri alma işleminin geçmişe etkili olarak dahi yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, AB Hukukunda da, sayılan sebeplerden biriyle muafiyetin geri alınması geçmişe etkili olmayabilmekte ve böylece muafiyeti geri alınan sözleşmeye belli bir zaman kesitinde geçerli kalabilme imkanı tanınmış olmaktadır.

¹⁶³ Aynı görüşte SANLI, s.238, Açıklama 496.

^{163a} Sözleşmenin bildirildiği tarih ile muafiyet aldığı tarih arasındaki zaman kesiti bakımından geçerli sayılması ihtimalinde, bildirim tarihine kadar olan geçersizliğin ileri sürülmesi imkanının MK m.2 hükmü çerçevesinde sınırlandırılması ve böylece de sözü edilen süreçteki geçersizliğin sonuçlarının (bildirimden sonra) uygulanmaması mümkündür.

¹⁶⁴ Dolayısıyla, muafiyet talebi reddedilmesi gereken ve Kurul’ca da reddedilen bir sözleşmenin zaten batıl olduğunun bu şekilde ortaya çıktığı şeklindeki bir yaklaşıma, muafiyetin geri alınmasının etkisini yukarıda anlatılan şekilde düzenleyen Kanun, getirdiği şu sonuçla engel

Şu halde, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı ve m.5 hükmündeki şartları da taşımayan bir sözleşmenin geçersizliğinin *hiçbir zaman kesiti için ve hiçbir şekilde düzelemeyecek hale gelmesi* anlamında **kesinlik kazanması**, her hal ve karda, *bireysel muafiyet şartlarının mevcut olup olmadığını inceleme yetkisine münhasıran sahip olan Rekabet Kurulu'nun bir işlemine (muafiyeti reddetme veya geri alma işlemine)* ihtiyaç göstermektedir. Yani Kurul, böyle bir sözleşme ile ilgili olarak yapılan bireysel muafiyet talebini reddedince veya ilgili teşebbüsün hilesiyle kullanılan yanlış ya da eksik bilgi üzerine verilen bireysel muafiyet Kurul'ca geri alınınca, bu sözleşmenin geçersizliği Kurul'un bu işlemleriyle birlikte **kesinleşmekte** ve bu durum da sözleşmenin yapıldığı ana kadar geçmişe etkili olmakta; Kurul'un yanlışlıkla -ve fakat ilgili teşebbüsün hilesi sözkonusu olmaksızın- verdiği bireysel muafiyetten yararlanan bir sözleşmenin geçersizliği ise, bu kerre, muafiyet kararının Kurul'ca geri alınması ile ortaya çıkarak **kesinleşmekte** ve fakat sözleşmenin yapıldığı veya Kurul'a bildirildiği tarih ile muafiyetin verildiği tarih arasında geçerli sayılmaktadır.

Özetle, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olup m.5 hükmündeki şartları da taşımadığı için muafiyet almaması gereken sözleşmelerin geçersizliği (de), yukarıda açıklanan özellikleri nedeniyle, *butlan* kavramının sınırlarını aşan *kendine özgü (sui generis)* bir nitelik taşımaktadır (ve eğer kapsadığı ve işaret ettiği haller bakımından üzerinde zaten bir görüş birliği bulunmayan *askıda geçersizlik* kavramına geniş bir anlam yüklenirse, muafiyet verilmeden önceki belli bir zaman kesiti için düzelebilmek ihtimali bağlamında, daha ziyade, askıda geçersizliğe yaklaşmaktadır).

Tartışmasız olması gereken nokta ise, hakkındaki muafiyet talebi Kurul'ca reddedilen veya muafiyeti (m.13 b ve c bendlerindeki sebeplerden biriyle) Kurul'ca geri alınan her sözleşmenin *geçersizliğinin* sözkonusu Kurul işlemleriyle birlikte geçmişe etkili olmak (ve fakat geçmişe etkisi farklı durumlarda farklı tarihlere tekabül etmek) üzere *kesin* bir nitelik kazandığı¹⁶⁵, yani *kesin geçersiz hale geldiğidir*¹⁶⁶.

olmaktadır: Böyle bir sözleşme, bireysel muafiyet talebi reddedilmeden önceki süreçte yanlışlıkla muafiyet alması ihtimali bakımından belli bir zaman kesiti için geçerlilik kazanabilecek ve bu nedenle de o süreçteki hükümsüzlüğü kesin olmayıp (belli bir zaman kesiti için) düzelebilecek olan bir sözleşmedir.

¹⁶⁵ Muafiyet almış bir sözleşmenin muafiyetinin kararın alınmasına esas teşkil eden bir olayda değişiklik olması nedeniyle geri alınması halinde ise sözleşme bu değişikliğin olduğu tarihten itibaren geçersiz hale gelir (4054 s. K. m.13/b ve m.13/II).

¹⁶⁶ Askıda geçersiz bir sözleşmenin kesin geçersiz hale gelmesinin "batıl hale gelmesi" şeklinde ifade edilmesiyle ilgili olarak bkz. yukarıda dn.94'de yaptığımız açıklama.

Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'un getirdiği sistem içerisinde, *kesin geçersiz sözleşmeler, bireysel muafiyeti reddedilmiş veya muafiyeti geri alınmış olan sözleşmelerdir*¹⁶⁷.

Nihayet belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılıktan kaynaklanan ve aynı Kanun'un m.56 hükmünde öngörülen (ve/veya vurgulanan) *geçersizliğin* yukarıda açıklanan şekilde *askıda geçersizlik* olarak nitelendirilmesi, hiçbir şekilde, bu geçersizliğin başlangıçtan (yani sözleşmenin yapıldığı ve/veya m.4 hükmüne aykırılığın başladığı andan) itibaren (*ab initio*)¹⁶⁸ ve kendiliğinden (*ipso iure*) bir geçersizlik oluşturduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca sözkonusu geçersizlik, hem *askıda geçersizlik* teşkil ettiği süreçte hem de *kesin geçersizlik* haline dönüştüğünde, herkes için etkilidir, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından da *re'sen* dikkate alınabilir (alınmalıdır)¹⁶⁹. Ayrıca bu geçersizlik, anlaşmanın başlangıçtaki rekabeti sınırlayıcı etkisinin piyasa koşullarının değişmesi neticesinde ortadan kalkması ve böylece de 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık anlamında hukuka aykırılığının sona ermesi nedeniyle *kendiliğinden* bertaraf olamaz. Amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıdığı için hukuka aykırı olan kartel anlaşmaları bakımından zaten sözkonusu olmayan böyle bir ihtimal, eğer (örneğin, sürekli borç ilişkisi kurmak üzere yapılmış bir dikey anlaşma bakımından) gerçekleşmişse, rekabeti sınırlayıcı etkinin ortadan kalktığı ana kadar taraflarca uygulanmış olan anlaşmanın bu andan sonra da uygulanmasına devam edilmesi, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümleri çerçevesinde karşılıklı ve birbirine uygun zımni irade beyanları olarak algılanabilmek kaydıyla, geçersiz anlaşmanın aynı içerikle yeniden (ileriye etkili bir şekilde ve -artık hukuka aykırılık da sözkonusu olmadığı için- geçerli olarak) yapıldığı anlamını taşıyabilir ve geçersiz olan sözleşmenin hukuka aykırılığın ortadan kalktığı ana kadarki uygulamasına dayalı ifaların geri istenme olanağı da MK m.2 hükmü çerçevesinde ortadan kaldırılabilir^{169a}.

¹⁶⁷ Aynı yönde SANLI, s.402.

¹⁶⁸ Ancak, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olup da sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde, bu geçersizliğin özel hukuktaki sonuçlarının, MK m.2 hükmü gereğince, ileriye etkili olarak uygulanabileceği konusunda bkz. aşağıda (5).

¹⁶⁹ Geçersizliğin nedeni (ve sözleşmenin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasak kapsamına girmesinin bir şartı) olarak rekabetin -hissedilir şekilde- sınırlanması keyfiyetinin açıklığa kavuşturulmasının, takdiri ve teknik bir değerlendirmeyi gerektirmesi de bu tespiti engel değildir (bkz. yukarıda (1)).

^{169a} Aynı görüşte SANLI, s.425. Bkz. ayrıca yukarıda dn.101. Geçersizliğin kendiliğinden düzeleceği görüşü için bkz. yukarıda (III)'de zikredilen Passmore kararı.

4. BK m.20/II (“Kısmi Butlan”) Hükümünün Uygulanabilirliği Hakkında

a. Genel Olarak

4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olan sözleşmelerin tabi olduğu geçersizliğe BK m.20/II hükmünün uygulanabileceği konusunda doktrinde hakim olan görüşe¹⁷⁰ biz de -askıda geçersizliğe bu uygulamanın kıyasen yapılacağı kaydıyla¹⁷¹ - katılıyoruz.

Buna göre, eğer bir sözleşmenin sadece bir kısmı (belirli hükümleri, kayıtları) 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı ise yalnızca bu kısım (bu sözleşme kayıtları) geçersiz olacak iken (BK m.20/I c.1), bu kayıtlar olmaksızın sözleşmenin geri kalan kısmını ayakta tutmak tarafların farazi iradelerine¹⁷² uygun sayılmıyorsa sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacaktır (BK m.20/II c.2)¹⁷³. Dolayısıyla, aksi sabit olmadıkça, tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin geçersiz olan kayıtlar dışında kalan kısmıyla ayakta kalması yönünde olduğu şeklindeki (*favor contractus* prensibinden kaynaklanan) ilke, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı kayıtlar taşıyan sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Kuşkusuz, uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere, sözleşmeye “kurtarıcı kayıtlar”¹⁷⁴ koyulmak suretiyle BK m.20/II c.2’nin uygulanma imkanı engellenebileceği gibi; sözleşmeye bir “geçersizlik kaydı”¹⁷⁵ koyulmak suretiyle BK m.20/II c.1 hükmündeki *kısmi geçersizlik* ilkesinin taraflar arasında geçerli olmadığı bizzat sözleşmede dile getirilmesi de mümkündür.

Öte yandan, herhangi bir sözleşmenin bir kısmının hukuka aykırı olması halinde BK m.20/II hükmünde açıkça öngörülmüş olan (*basit veya sade*) *kısmi geçersizlik*¹⁷⁶ ve *tam geçersizlik*¹⁷⁷ alternatifleri dışında

¹⁷⁰ Bkz. yukarıda II ve III.

¹⁷¹ Kısmi butlan hükmünün diğer geçersizlik hallerine de kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz. örn. GAUCH/SCHLUEP, No 852 (s.154) ve No 754 (s.135).

¹⁷² Burada “farazi iradeler” ile kastedilenin, taraflara sözkonusu geçersizliği bilselerdi dürüstlük kuralı çerçevesinde -bütün somut koşullar ve menfaat durumları dikkate alınmak suretiyle- objektif olarak izafe edilecek iradeler olduğu konusunda bkz. GAUCH/SCHLUEP, No 700, s. 120 ve orada zikredilen eserler.

¹⁷³ Kısmi butlanın uygulanabilmesi için gerçekleşmiş olması gereken objektif ve subjektif şartlar için bkz. örn. GAUCH/SCHLUEP, No 689 vd. (s.118 vd.); BAŞPINAR, s.64 vd.

¹⁷⁴ “Salvatorische Klauseln”.

¹⁷⁵ Kısmi butlan bakımından bu kavram İsviçre literatüründe “butlan anlaşması” (“Nichtigkeitsabrede”) şeklinde kullanılmaktadır. Bkz. bu konuda GAUCH/SCHLUEP, No 695 vd., s.119 vd. Ancak, anılan yazarların kullandığı “Nichtigkeitsabrede” terimi geniş anlam taşımakta ve sözleşmenin geri kalan kısmının geçersiz olmasını işaret eden kurtarıcı kayıtlar da bu kavram altında ifade edilmektedir (No 696, s.119/120).

¹⁷⁶ “Schlichte Teilnichtigkeit”.

(anılan hükmün -en azından lafzında- bulunmayan) başka alternatiflerin de sözkonusu olabileceği; yani sözleşmenin hukuka aykırı olmayan kısmı ayakta tutulurken **(a)** hukuka aykırı olduğu için geçersiz bulunan sözleşme kısmının hakim tarafından tarafların farazi iradesine uygun bir ikame kayıt¹⁷⁸ düşünülerek bu kayıt ile düzenlenmiş sayılabileceği (“değiştirilmiş kısmi geçersizlik”¹⁷⁹), **(b)** hukuka aykırılığı bir kanuni azami haddi geçmiş olmaktan kaynaklanan ve bu nedenle geçersiz olan sözleşme kısmının yerine sözkonusu kanuni azami haddin geçebileceği (veya geçmesi gerektiği)¹⁸⁰ ve/veya **(c)** hukuka aykırılığı bir emredici kanun hükmüne (b’dekinden başka bir şekilde) aykırılıktan kaynaklanan ve bu nedenle geçersiz olan sözleşme kısmının yerine sözkonusu emredici kanun hükmünün aynen uygulanacağı¹⁸¹ şeklinde doktrinde yapılan genel değerlendirmelerin 4054 sayılı Kanun’a aykırı sözleşmeler

¹⁷⁷ “Ganznichtigkeit”.

¹⁷⁸ “Ersatzregel”.

¹⁷⁹ Bu kavram kısmi butlan ihtimali için, İsviçre Hukukunda, “modifizierte Teilnichtigkeit” terimiyle ifade edilmektedir. Bu ihtimal bkz. GAUCH/SCHLUEP, No 703/704, s.121, 122; BGE 107 II 216 vd., 114 II 163 vd.. Değiştirilmiş kısmi butlan (ve burada zikretmediğimiz “genişletilmiş kısmi butlan”) kavramları için bkz. ayrıca, N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s.25-34; BAŞPINAR, s.149 vd.

¹⁸⁰ GAUCH/SCHLUEP, No 706, s.122/123. Bu yazarların da belirttiği üzere, “izin verilen hadde indirim” (“Reduktion auf das erlaubte Mass”) olarak adlandırılan bu ihtimal de, esasen bir tür “değiştirilmiş kısmi geçersizlik” halidir. Anılan yazarlar, azami haddin sözleşmenin geçersiz olan kısmının yerine geçmesi (ve böylece de sözleşmenin tamamının geçersiz addedilmemesi) için de tarafların (geçersizliği bilselerdi, dürüst ve doğru kişiler olarak sahip olacakları) farazi iradelerinin buna uygun olması gerektiğini belirtmektedirler (bkz. bu konuda aşağıda dn.203’deki açıklamalarımız). Bu görüşün uygulama alanını pozitif hukukumuz bakımından daraltan (bkz. ancak aşağıda dn.203) ve “Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça, batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde Borçlar Kanunu’nun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi tatbik olunmaz.” diyen TTK m.1466 hükmünün de bir tür “değiştirilmiş kısmi butlan” halini işaret ettiği konusunda bkz. EREN, s.315. Taraflara izafe edilebilecek olan “sözkonusu geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi yapmazlardı” şeklindeki bir ortak farazi iradenin kabulünden bahisle sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması imkanının -ihlal edilen emredici kuralın amacının gerektirmesi nedeniyle- azami hadleri aşmaktan kaynaklanan geçersizliklerde mevcut olmadığı konusunda bkz. ayrıca OĞUZMAN/ÖZ, s.136.

¹⁸¹ Örneğin, borçlunun her türlü kusurdan sorumsuzluğunu düzenleyen bir sorumsuzluk kaydının (“sorumluluktan beraet şartı”nın = BK m.99) butlanı nedeniyle borçlunun ağır kusurdan sorumlu olmaya devam etmesi (BK m.99/1) bu cümledendir (GAUCH/SCHLUEP, No 711, s.124; EREN, s.315). Bu ihtimal de GAUCH/SCHLUEP tarafından (m.20/II’de zikredilmeyen) bir “değiştirilmiş kısmi geçersizlik” olarak adlandırılmakta ve yazarlarca, burada, batıl olan sözleşme kısmının ihlal edilen emredici kural ile ikame edildiği kabul edilmektedir (No 712, s.124). Bu ihtimalde tarafların aksi yöndeki farazi iradelerinin dikkate alınarak sözleşmenin tamamının batıl sayılmayacağı konusunda doktrinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

bakımından da dikkate alınması gerektiği düşüncesi¹⁸² de^{182a}, genel bir yaklaşım tarzı olarak, kabul edilebilir.

Keza, BK m.19/II hükmünde düzenlendiği haliyle *kısmi geçersizliğin*, tek amaçları rekabeti kısıtlamak, engellemek ya da ortadan kaldırmak olan *kartel anlaşmaları* bakımından hemen hemen hiç gerçekleşmeyeceği şeklindeki görüş¹⁸³ de bir gerçeği ifade ettiği gibi; bu tür anlaşmalar bakımından, hemen yukarıdaki paragrafta zikredilen değerlendirmelerin -aynı gerekçelerle- fazla önem taşımadığı da söylenebilir. Ancak bu nitelikte olmayan, örneğin başka bir amaçla aktedilmiş olmakla birlikte rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar da taşıyan anlaşmalar -özellikle de dikey anlaşmalar bakımından- kısmi geçersizliğin ve anılan değerlendirmelerin önemi yatsınamaz. Aşağıda, konunun dikey anlaşmalar bakımından gösterdiği özelliğe değinilmektedir.

b. Dikey Anlaşmalar Bakımından

Bilindiği üzere, bugün Türkiye’de dikey anlaşmalar bakımından yürürlükte olan iki grup muafiyet tebliği vardır. Bunlardan biri yalnızca motorlu taşıtlarla ilgili dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin olan 1998/3 sayılı “Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”¹⁸⁴, diğeri ise 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”¹⁸⁵dir.

Söz konusu Tebliğlerden ikincisinin (2002 sayılı Tebliğ’in) “Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar” başlığını taşıyan m.4 hükmü

“Aşağıda sayılan, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz.”

¹⁸² Bkz. SANLI, s.486 Açıklama 248. Bkz. ayrıca AKSOY, s.50 (ve yukarıda II).

^{182a} ... 4054 sayılı Kanun’un yasaklayıcı hükümlerinde herhangi bir azami had belirlenmemiş olması nedeniyle doğrudan doğruya bu Kanun temelinde bir uygulama alanı bulamayacak ve grup muafiyeti tebliğlerinde getirilen azami hadler bakımından da -hemen aşağıda (b)’de dikey anlaşmalar bakımından açıklayacağımız şekilde- normatif bir gereklilik olarak kabul edilmemesi gereken azami hadde indirme ilkesindeki özellikler hariç olmak üzere ... (bkz. aşağıda dn.203).

¹⁸³ Bkz. yukarıda II. Bu konuda bkz. ayrıca GOYDER, s.150/151. Yazar haklı olarak, bu tür anlaşmaların geçersiz olmasının taraflar için (anlaşmayı yargı organları nezdinde zorla uygulatmak amacını hiçbir şekilde taşımadıklarına göre) önemli bir yaptırım olmadığını, teşebbüsler için bu tür anlaşmalar için sadece uygulanacak idari para cezalarının işlevsel olduğunu belirtmektedir.

¹⁸⁴ RG 1.4.1998 t., 23304 s. Bu Tebliğ’in 6’ncı maddesinin (b) ve (c) bendleri 2000/3 sayılı Tebliğ (RG 4.10.2000 t., 24190 s.) ile mehzazına uygun bir şekilde değiştirilmiştir.

¹⁸⁵ RG 14.7.2002 t., 24814 s.

dedikten sonra, dört bend halinde bu sınırlamaları saymakta ve bu arada (alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin olarak getirilen kısıtlamaları da sözkonusu sınırlamalardan biri olarak zikreden (b) bendinin) 1 ila 4'üncü alt bendlerinde ise bölge veya müşteri kısıtlaması olmakla birlikte muafiyeti istisnaen engellemeyen sınırlamalara yer vermektedir. Aynı Tebliğ'in "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" başlığını taşıyan m.5 hükmünün başlangıç cümlesinde ise

"Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülüklerle uygulanmaz:"

dendikten sonra, grup muafiyetinden yararlanamayacak olan rekabet etmeme yükümlülükleri ile bunların istisnaları (ikisi alt paragraflara ayrılmış) üç bend halinde sayılmaktadır.

Keza, anılan Tebliğ'in örnek alındığı AB Komisyonu'nun dikey anlaşma ve uyumlu eylemlere ilişkin 2790/1999 sayılı (grup muafiyeti) Tüzüğü'nün¹⁸⁶ m.4 hükmünün başlangıç cümlesinde de *grup muafiyetinin herhangi bir dikey anlaşmaya uygulanmamasına neden olan rekabet sınırlamalarından* (veya, daha doğru bir ifadeyle, *amaçları*¹⁸⁷ sözkonusu maddede sayılan rekabet sınırlamalarından¹⁸⁸ biri olduğu için muafiyetten yararlanamayan dikey anlaşmalardan¹⁸⁹) bahsedilirken, m.5 hükmünde *dikey anlaşmalarda yer alan ve grup muafiyetinden yararlanamayan yükümlülükler*¹⁹⁰ den bahsedilmektedir.

Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliği'nin m.4 ve 5 hükümleriyle Komisyon'un 2790/1999 sayılı Tüzüğü'nün m.4 ve 5 hükümleri bu açıdan birbirine paraleldir.

Bu durumda, grup muafiyeti ile ilgili bu düzenlemelerin hemen yukarıda (b)'de açıkladığımız ve BK m.20/II hükmünden kaynaklanan *kısmi geçersizlik* ile ilgili değerlendirmelerde, dikey anlaşmalar bakımından herhangi bir değişikliğe yol açıp açmayacağı sorusu akla

¹⁸⁶ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ (1999) L 336/21.

¹⁸⁷ Bu hükümde, RA m.81 (1) hükmünden farklı olarak, yalnızca "object" sözcüğünün kullanılıp, "effect" sözcüğünün (de) kullanılmamış olmasına rağmen, sözkonusu hükümle öngörülen muafiyetten yararlanamama neticesinin kapsamının oldukça geniş olduğu konusunda bkz. WHISH, s.581/582.

¹⁸⁸ Hard-core restrictions" = "ağır sınırlamalar".

¹⁸⁹ "The exemption shall not apply to vertical agreements which have as their object:"

¹⁹⁰ "The exemption shall not apply to any of the following obligations contained in vertical agreements."

gelmektedir. Esasen bu çerçevede, iki farklı sorunun formüle edilebilmesi mümkündür.

1. Birinci soru şu olabilir:

Tebliğ'in m.5 hükmünde sadece *rekabet yasağı* kayıtlarının muafiyetten yararlanamayacağı belirtilirken, m.4 hükmünde **anlaşmanın muafiyetten yararlanamayacağı** açıklanmak suretiyle iki durum arasında açık bir farklılık yaratıldığına göre, eğer herhangi bir dikey anlaşmada, 2002/2 sayılı Tebliğ'in m.4 hükmünde sayılan ve maddenin lafzına göre **anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamamasına yol açan** rekabet sınırlamalarından biri veya birkaçı yer alıyorsa, bu durumda, "bu anlaşma için BK m.20/II hükmünün ilk cümlesindeki (ana kural olan) kısmi geçersizlik ilkesi hiçbir şekilde uygulanmayacak ve böylece de bu anlaşmanın (sözleşmenin) tamamen geçersiz sayılabilmesi için aynı hükmün son cümlesindeki koşulun aranmasına gerek kalmayacaktır" diyebilir miyiz?

Bu soruyla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, Komisyon'un 2790/1999 sayılı Tüzük ile ilgili olarak yayımladığı (Rehber) Duyuru'nun¹⁹¹ 46 numaralı açıklamasında,

"Grup Muafiyeti Tüzüğü, 4'üncü maddesinde, dikey **anlaşmanın tamamının** Tüzüğün uygulama alanından çıkmasına neden olan ağır sınırlamaların bir listesini vermektedir. Bu tür ağır sınırlamalar içeren dikey anlaşmaların bireysel muafiyet alabilmesi de beklenilmez (çok az muhtemeldir)"¹⁹²

ve 66 numaralı açıklamasında ise (mealen)

"Ağır sınırlamalar için ayrılma (veya 'ayrılabilirlik') ilkesi uygulanmaz."¹⁹³

denmektedir. Keza, literatürde de Komisyon Duyurusu'na atfen, aynı açıklamalar yapılmaktadır¹⁹⁴.

Rehber'de yer alan bu açıklamalar, Türk Hukukunda da -2002/2 sayılı Tebliğ'in etkisi bakımından- yol gösterici bir özellik taşımaktadırlar. Ancak gerek bu açıklamaların dikkate alınması, gerekse Tebliğ'in lafzı,

¹⁹¹ Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1.

¹⁹² "The BER contains in Article 4 a list of hardcore restrictions which lead to the exclusion of the whole vertical agreement from the scope of application of the BER. Individual exemption of vertical agreements containing such hardcore restrictions is also unlikely."

¹⁹³ "There is no severability for hardcore restrictions."

¹⁹⁴ Bkz. WHISH, s.581.

Tebliğ'in m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamalar içeren dikey anlaşmalarda BK m.20/II hükmünün ilk cümlesindeki (ana kural olan) kısmi geçersizlik ilkesinin artık uygulanmayacağı ve böylece de bu anlaşmaların (sözleşmelerin) tamamen geçersiz sayılabilmesi için aynı hükmün son cümlesindeki koşulun aranmasına artık gerek kalmadığı şeklindeki bir neticeyi haklı kılamaz. Çünkü:

Bu tür anlaşmaların grup muafiyeti kapsamı dışına çıkması ile burada kastedilen, bu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olmakla birlikte Tebliğ'in 4'üncü maddesindeki ağır (*hard-core*) sınırlamalar dışında kalan ve bu nedenle de aslında grup muafiyetinden yararlanabilme kapasitesine sahip bulunan diğer rekabeti sınırlayıcı kayıtlarının **da** grup muafiyetinden yararlanamayacağı ve böylece bunların **da** -Tebliğ m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamalarla birlikte- m.56 hükmündeki geçersizliğe tabi kalacaklarıdır. Herhangi bir anlaşmanın tamamının grup muafiyetinden yararlanamamasının anlamı da zaten, bu anlaşmada yer alan rekabeti sınırlayıcı kayıtların hiçbirisinin grup muafiyeti kapsamında yer almadığıdır. Böylece, burada, Tebliğ'in m.4 hükmündeki ağır sınırlamalardan birini veya birkaçını içeren bir dikey anlaşmanın, *aslında bu sınırlamalar olmasaydı ("kara liste"ye girmedikleri için) grup muafiyetinden yararlanabilecek olan rekabeti sınırlayıcı diğer kayıtları (veya rekabeti kısıtlayıcı diğer bir kayıt) ile sözkonusu ağır sınırlamalar arasında ayrılabilirlik özelliğini ortadan kaldıran bir fiksasyonun, yani (bir anlamda) bir **ayrılmazlık fiksasyonunun** yaratıldığı* söylenebilir. Böyle bir fiksasyonu yaratmak -grup muafiyeti tebliğlerinin bir işlevi de *rekabeti sınırlayıcı kayıtların* 4054 sayılı Kanun m.4 ve m.56 hükümleri karşısındaki akıbetini düzenlemek olduğuna göre- Rekabet Kurulu'nun yetki alanı dahilindedir. Fakat bu, böyle bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı kayıtları (ağır sınırlama oluşturanlar ile rekabeti sınırlayıcı diğer kayıtları) dışında kalan kısmı bakımından BK m.20/II c.1 hükmünün uygulanabilirliğinin (yani bu hükmün öngördüğü genel kuralın) sözkonusu Tebliğ m.4 ile ortadan kaldırıldığı anlamına hiçbir şekilde gelemeyeceği gibi; Tebliğ'e böyle bir fonksiyon yüklemek de zaten mümkün değildir. Rekabet Kurulu, böyle bir Tebliğ ile yalnızca anlaşmaların *rekabeti sınırlayıcı kayıtlarının* durumunu düzenleyebilir ve bu tür kayıtlar içeren anlaşmaların (sözleşmelerin) bu kayıtlardan geriye kalan kısmının geçerliliği ile ilgili olarak ise herhangi bir idari düzenleme getiremez. Dolayısıyla BK m.20/II c.1'deki genel kural, Tebliğ m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamaları içeren sözleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı kayıtlarından geri kalan kısmının ayakta tutulabilme imkanı bakımından hala caridir ve bu tür sözleşmelerin geri kalan kısmının geçersizliği de BK m.20/II c.2'deki koşulun gerçekleşmiş olduğunun

somut olayda kabulüne bağlıdır. Çoğu somut sözleşmede BK m.20/II c.2 hükmündeki koşulun, yani “*tarafaların, kısmi geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacakları yönündeki farazi iradeleri*” şartının gerçekleşmiş olma ihtimalinin çok yüksek olması ise, genel genel düzenleyici nitelikteki bir idari işlemde hareketle, “*ağır sınırlamalar içeren dikey anlaşmalarda kısmi geçersizlik cari olmayıp bu anlaşmalar (sözleşmeler) her zaman tam geçersizliğe tabidir*” şeklinde bir ilkenin pozitif hukukumuzda kabul edilmiş olduğu sonucuna varabilmemiz için yeterli bir gerekçe olamaz.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye’de halen yürürlükte bulunan motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarının grup muafiyeti ile ilgili 1998/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği’nin m.7 hükmünün son fıkrası da yukarıda (esasen çok doğal olmakla birlikte uyanabilecek tereddütleri veya ortaya çıkabilecek yanlış anlamaları engellemek için) yaptığımız tespitin bir ifadesidir. Gerçekten anılan hükmün son fıkrasında, aynen;

“Bu maddenin a, b, c, ve d bentlerinde sıralanan rekabet sınırlamalarından bir veya birkaçı anlaşmada yer alıyorsa, anlaşmada yer alan rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki tüm hükümler de muafiyetten yararlanamaz. e, f, g, h, i, j ve k bentlerinde sıralanan rekabet sınırlamalarından bir veya birkaçı varsa, bu uygulamayı yapan üretici, sağlayıcı veya dağıtım sistemi içindeki diğer bir işletme lehine olan rekabet sınırlamaları muafiyetten yararlanamaz. Her halukarda anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olmayan hükümlerinin sonuçları etkilenmez.”

denmektedir¹⁹⁵. Alıntıladığımız bu hükmün son cümlesi, Rekabet Kurulu’nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerinin hukuk sistemi içindeki işlevi dikkate alındığında, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, sadece hukuki bir gerçeği ifade etmektedir.

¹⁹⁵ Söz konusu Tebliğ’in mehzarı olan ve 30.9.2002 tarihinde yürürlükten kalkan 1475/95 sayılı Komisyon Tüzüğü’nün (Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements, OJ (1995) L 145/25) m.6/2 hükmü de aynı yöndedir. Bu Tüzüğün yerine 1.10.2002 tarihinde yürürlüğe giren 1400/2002 sayılı Komisyon Tüzüğü’nde (Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to the categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, OJ (2002) L 203/30) ise, yukarıda açıkladığımız konu bakımından, 2790/1999 sayılı Tüzüğün lafzına paralel bir düzenleme getirilmiştir. Gerçekten, motorlu taşıt sektörüyle ilgili yeni Tüzüğün m.5/1 ve 2’nin giriş cümlelerinde, mealen, “...muafiyet herhangi bir dikey anlaşmada yer alan (aşağıdaki) yükümlülüklerle uygulanmaz:” ifadesi kullanılırken; m.4/1 hükmünün giriş cümlesinde ise amaçları söz konusu maddede sayılan rekabet sınırlamalarından biri olduğu için muafiyetten yararlanamayan dikey anlaşmalardan bahsedilmektedir.

2. Dikey anlaşmalarla ilgili 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'nin yukarıda anılan düzenlemelerinden kaynaklanabilecek **ikinci soru** ise şu olabilir:

Tebliğ'in m.4 hükmünde **anlaşmanın muafiyetten yararlanamayacağı** belirtilirken m.5 hükmünde ise sadece (bu hükümde tanımlanan) *rekabet yasağı* kayıtlarının (*rekabet etmeme yükümlülüklerinin*) muafiyetten yararlanamayacağı açıklanmak suretiyle iki durum arasında açık bir farklılık yaratılmakla birlikte, m.5 hükmü gereğince muafiyetten yararlanamayan bir rekabet yasağının (*rekabet etmeme yükümlülüğünün*) herhangi bir dikey anlaşmada yer alması halinde ortaya çıkacak olan geçersizliğe her zaman BK m.20/II hükmünün tam anlamıyla uygulanabilmesi yine de mümkün müdür ve bu çerçevede doktrinde BK m.20/II hükmünün *kısmi butlan* adı altında toplanan durumlara uygulanabilirliği ile ilgili olarak yapılan değerlendirmeler Tebliğ m.5 hükmünde zikredilen (ve caiz addedilmeyen) rekabet yasaklamalarına ne derece aktarılabilir?

2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'nin m.5 hükmünün mehzarı olan 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün m.5 hükmüyle ilgili olarak, Komisyon'un yukarıda anılan (Rehber) Duyurusu'nun 67 numaralı açıklamasında

*"Buna karşın, Grup Muafiyet Tüzüğü'nün 5'inci maddesindeki koşullara ayrılma ilkesi uygulanır. Bu nedenle, grup muafiyetinin yararları sadece anlaşmanın 5'inci maddedeki şartlarla uyumlu olmayan kısmı bakımından ortadan kalkar."*¹⁹⁶

ve 57 numaralı açıklamasında da

*"Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün 5'inci maddesi pazar payı eşiği aşılmamış olsa bile belirli yükümlülükleri Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün kapsamından çıkartmaktadır. Buna karşın, eğer anlaşmanın geri kalan kısmının muafiyetten yararlanmayan yükümlülüklerden ayrılabilmesi mümkün ise, Grup Muafiyet Tüzüğü'nün bu kısma uygulanabilirliği devam eder."*¹⁹⁷

¹⁹⁶ "The rule of severability does apply, however, to the conditions set out in Article 5 of the BER. Therefore, the benefit of the block exemption is only lost in relation to that part of the vertical agreement which does not comply with the conditions set out in Article 5."

¹⁹⁷ "Article 5 of the BER excludes certain obligations from the coverage of the BER even though the market share threshold is not exceeded. However, the BER continues to apply to the remaining part of the vertical agreement if that part is severable from the non-exempted obligations."

denmektedir. Keza, literatürde de Komisyon Duyurusu'na atfen, aynı açıklamalar yapılmaktadır¹⁹⁸. Gerçi Komisyon Tüzüğü'nde ve (Rehber) Duyuru'da m.5 hükmü çerçevesinde "ayrılabilirlik" (veya "bölünebilirlik") kriterinden ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak, WHISH'in de haklı olarak belirttiği gibi, herhangi bir akdi (sözleşmesel) borcun RA m.81 (2) hükmünün uygulanabilirliği çerçevesinde (sözleşmenin diğer hükümlerinden) ayrılabilir olup olmadığı meselesi, tamamen, o sözleşmeye uygulanacak (ulusal) maddi hukukla ilgili bir konudur.

Buna göre, yukarıda alıntılanan açıklamalar çerçevesinde, AB Hukukunda, herhangi bir dikey anlaşmada, Tüzüğün 5'inci maddesinde caiz görülen sınır ve tanımlamaları aşan bir rekabet yasağı (*rekabet etmeme yükümlülüğü*) kararlaştırılmışsa ve bu anlaşmada yer alan (ve ağır sınırlama niteliğinde olmadığı için m.4 hükmündeki kara listeye de girmeyen) diğer rekabet sınırlamaları da rekabet yasağından ayrılabilir nitelikte iseler, rekabet yasağı dışındaki sözkonusu sınırlamalar muafiyetten yararlanabilecek; buna karşın aksi varitse, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı bütün kayıtları grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak ve, her iki halde de, sözleşmenin geçersizliğinin tam veya kısmi bir geçersizlik olup olmadığı, sözleşmeye uygulanacak ulusal maddi hukuka göre belirlenecektir.

Türk Hukuku bakımından da durum, kanaatimizce, 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği çerçevesinde ve yukarıdakine benzer bir yaklaşımla şu şekilde açıklanabilir:

Eğer herhangi bir dikey anlaşmada Tebliğ m.5 hükmünde caiz addedilen sınır ve tanımlamaları aşan bir rekabet yasağı (*rekabet etmeme yükümlülüğü*) yer alıyorsa, bu anlaşmada bulunan (ve ağır sınırlama niteliğinde olmadığı için m.4 hükmündeki kara listeye de girmeyen) diğer rekabeti sınırlayıcı kayıtlar, bunların rekabet yasağı ile doğrudan bir bağlantısı bulunmaması şartıyla, grup muafiyeti kapsamında yer alırken, sözkonusu rekabet yasağı grup muafiyetinden yararlanamayarak *geçersiz* olacak ve BK m.20/II hükmünün uygulanabilirliğine ilişkin olarak doktrinde (genel olarak *kısmi butlan* bakımından) yapılan değerlendirmelerin¹⁹⁹ bu geçersizlikle ilgili olarak ne derecede cari olduğunun araştırılması gerekecektir. Örneğin, sağlayıcı (S) ile alıcı (A) arasında yapılan 10 yıl süreli bir dağıtım anlaşmasında, 2002/2 sayılı Tebliğ m.4/b hükmünün 1 ila 4'üncü alt bendlerinde açıklanan (serbest bırakılan) rekabet sınırlamalarından biri veya birkaçı

¹⁹⁸ Bkz. WHISH, s.586.

¹⁹⁹ Bkz. hemen yukarıda (a).

ile anılan Tebliğ'de hiç sözü edilmeyen başka sınırlayıcı kayıtlar da bulunuyor, bunun yanısıra (A)'ya, ayrıca, (anılan Tebliğ'in m.5/a hükmünün alt paragraflarındaki şartlar da gerçekleşmediği halde) 8 yıl müddetle (S) ile rekabet etmeme yükümlülüğü yükleniyorsa, bu rekabet etmeme yükümlülüğü ile rekabeti sınırlayıcı olan diğer kayıtlar arasında herhangi bir bağlantının bulunduğu sabit olmadıkça, sadece rekabet etmeme yükümlülüğü geçersiz olacak ve -yine sadece bu sözleşme kaydı ekseninde- BK m.20/II hükmü ile doktrinde *kısmi geçersizliğe* ilişkin olarak yapılan diğer değerlendirmelerin sözkonusu anlaşmaya nasıl aktarılacağı hususunda ortaya çıkabilecek farklı görüşlerin dikkate alınması gerekecektir. Böylece, eğer burada *hukuka aykırılığı bir kanuni azami haddi geçmiş olmaktan kaynaklanan ve bu nedenle geçersiz olan sözleşme kısmının yerine sözkonusu kanuni azami haddin geçmesini gerektiren* bir durumun (veya -buradaki azami had dar ve teknik anlamda bir kanun hükmünden değil, bir Tebliğ'den kaynaklandığı için- buna benzer bir durumun) varlığı kabul edilecek olursa²⁰⁰, kısmi geçersizliğin sadece objektif şartının varlığıyla yetinilerek, *değiştirilmiş kısmi geçersizlik* teorisinin uygulama alanlarından biri²⁰¹ çerçevesinde, rekabet yasağının (*rekabet etmeme yükümlülüğünün*) sadece 5 yılı aşan 3 yıllık kısmi geçersiz sayılacaktır (ve hatta bu kabulün bir sonucu olarak, "*bu kaydın geçersizliğini bilselerdi taraflar bu sözleşmeyi yapmazlardı*" şartının gerçekleşmiş olup olmadığının araştırılarak sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması imkanı da artık sözkonusu edilemeyecektir²⁰²). Buna karşın, burada, kanuni azami hadde indirme ilkesinin (TTK m.1466 hükmü anlamında kurallaştırılmış bir mutlaklıkla, yani normatif bir gerekliliğin sonucu olarak) uygulanamayacağı savunulursa (ki biz bu görüşteyiz²⁰³), bu durumda BK m.20/II hükmü, sözkonusu rekabet yasağı

²⁰⁰ Şimdi yürürlükte olmayan 1997/4 sayılı Tebliğ m.4/d hükmü bakımından bu görüşte AKSOY, s.50, dn.139. Ayrıca bkz. yukarıda (a).

²⁰¹ Bkz. yukarıda dn. 178'de GAUCH/SCHLUEP'e atfen yapılan açıklamalar. Ancak, orada da belirttiğimiz üzere, bu yazarlar, azami hadde indirme ilkesinin mutlak olmadığını, kanuni azami hadlerin aşılmasından doğan geçersizliklerde de tarafların farazi iradelerinden hareketle, azami haddi içeren ikame kaydın kabulü yerine, sözleşmenin tamamının batıl sayılabileceğini belirtmektedirler.

²⁰² Aksi görüş için bkz. yukarıda dn.199'da GAUCH/SCHLUEP'e atfen yapılan açıklama. Bkz. ayrıca ve özellikle hemen aşağıda dn.203.

²⁰³ **Azami hadde indirme ilkesinin uygulanmasının grup muafiyeti tebliğlerindeki azami hadleri aşan anlaşmalar bakımından normatif bir gereklilik teşkil edemeyeceği şeklindeki görüşümüzün gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir: Grup muafiyetinin bireysel muafiyetten tek farkı, birincisinde, Rekabet Kurulu'nun kendi öngördüğü şartları taşıyan belirli anlaşma türleri bakımından 4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki kümülatif şartların gerçekleşmiş olduğu varsayımdır. Böylece Kurul'un çıkarttığı herhangi bir grup muafiyeti tebliğindeki şartları taşıyan ve bu tebliğde tanımlanan türe giren anlaşmalar, sözkonusu varsayım nedeniyle, tebliğdeki koşullara sahip oldukları andan itibaren Kanun'un m.5 hükmünde öngörülen**

muafiyetten, peşinen, ayrıca bir Kurul kararına gerek olmaksızın ve fakat Kanun'un m.13 hükmündeki şartların varlığı halinde de geri alınmak üzere yararlanırlar. Bireysel muafiyette ise, başvuru üzerine Kurul, başvuru konusu anlaşmayı Kanun'un m.5 hükmündeki şartlar bakımından özel olarak inceledikten sonra bireysel bir idari işlemle, o anlaşmanın m.4 hükmünün sonuçlarından muaf tutulmasına karar verir. Eğer Kurul, örneğin, bireysel muafiyet başvurusu yapılmış olan ve çok çeşitli rekabet sınırlamaları içeren 5 yıl süreli bir anlaşmadaki sözkonusu sınırlamalardan spesifik olarak bir tanesinin kendisinin öngördüğü ve şart koştuğu belli bir şekilde değiştirilmesi halinde bu anlaşmanın Kanun'un m.5 hükmündeki kümülatif şartları gerçekleştireceği kanısına varıp da, anlaşmadaki rekabeti kısıtlayıcı kayıtlara sözkonusu değişikliğin yapılması şartıyla bireysel muafiyet verdiğini açıklarsa, anlaşmanın o sınırlaması hiçbir şekilde otomatikman Kurul'un öngördüğü şekilde değiştirilmiş olmaz (ki, buna uzan süreye bağlanmış rekabet sınırlamalarının sürelerinin azaltılmasının Kurul'ca şart koşulması durumu da dahildir). Taraflar ya anlaşmanın ilgili hükmünü Kurul'un istediği şekilde değiştirerek muafiyetten yararlanırlar, ya da anlaşmayı değiştirmezler ve muafiyetten de yararlanamazlar. İşte, işlevsel bakımdan -anlaşmaları 4054 sayılı Kanun m.4 hükmünün sonuçlarından muaf tutma anlamında- bireysel muafiyetten hiçbir farkı olmayan grup muafiyetinde de (bu ikincisi genel düzenleyici bir idari işlem teşkil etse bile) bu bakımdan farklı bir uygulamaya gitmek mümkün değildir. Nasıl bir bireysel muafiyet kararında yer alan şartlar taraf teşebbüslerin başvuru konusu yaptığı anlaşmanın kendiliğinden bir parçası haline gelmiyorsa; aynı sonuç grup muafiyeti tebliğlerinde yer alan muafiyet koşulları bakımından da sözkonusudur ve bunlara azami hadleri gösterilen rekabet sınırlamaları da dahildir. Kaldı ki, herhangi bir grup muafiyeti tebliğindeki şartlara uymadığı için bu tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanamayan bir anlaşmanın tarafları (taraflardan her ikisi veya sadece biri), sözkonusu anlaşmanın bireysel muafiyet alabilmesi için Rekabet Kurulu'na başvurma hakkına sahiptir. Grup muafiyeti tebliğinde yer alan bir azami had hükmünü (konumuz bakımından: 2002/2 sayılı Tebliğ m.5 hükmündeki rekabet yasağı süresini) aşması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayan bir anlaşma (veya veya 2002/2 sayılı Tebliğ'in m.5 hükmüne aykırılık halinde olduğu gibi, bir anlaşma kaydı) için bireysel muafiyet alabilme imkan ve ihtimali, ağır (hard-core) sınırlamalar içermeleri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmalar için bireysel muafiyet alınabilmesi ihtimalinden daha yüksektir. Dolayısıyla, grup muafiyeti tebliğlerindeki bu tür hadleri aşan sınırlamalar içeren anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin bireysel muafiyete başvurma imkanları, anlaşmada yer alan ve tebliğde gösterilen azami haddi aşan ilgili kaydın (azami hadde indirme ilkesi gereğince) anlaşmanın yapıldığı andan itibaren azami had üzerinden kararlaştırılmış sayıldığı (ki, azami hadde indirme ilkesinin uygulanmasının anlamı budur; bkz. TTK m.1466) gerekçesiyle, engellenemez. Bu anlamda, Rekabet Kurulu'nun grup muafiyet tebliğlerinin işlevleri arasına, aşılmışlarsa sözleşme kaydı yerine geçecek sınırlar ihdas etmek gibi bir işlevin dahil edilmemesi gerekir (aynı görüşte İNAN, s.605 ve 616). Başka bir ifadeyle, Rekabet Kurulu'nun çıkardığı herhangi bir grup muafiyeti tebliğinde (grup muafiyetinden yararlandırma şartı olarak) öngörülmüş olan azami hadlerin işleviyle, TTK m.1466 hükmünde sözü edilen "... selahiyetli makamların kabul etmiş olduğu" en yüksek hadlerin işlevinin özdeş olduğunu kabul etmek, kanaatimizce, mümkün değildir. Rekabet Kurulu'nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğleri, sadece, 4054 sayılı Kanun'a aykırı oldukları için aynı Kanun'un m.56 hükmü gereğince geçersiz olan anlaşmaların, tebliğdeki şartları taşıyorlarsa muafiyetten yararlanmalarını ve bunun neticelerinden biri olarak da m.56 hükmündeki geçersizlikten kurtulmalarını sağlar. Tebliğlere bunun dışında bir işlev yüklenemez. Böylece (4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmünün nitelik itibarıyla TTK m.1466 hükmü kapsamındaki yasaklayıcı ticari hükümlerden biri kisvesine büründüğünün ve Rekabet Kurulu grup muafiyeti tebliğlerinin düzenlediği ilişkilerin -nitelik itibarıyla- TTK m.1466 hükmünün kapsamındaki işlerden olduğunun kabulü halinde bile -ki bu da ayrı bir tartışma konusudur-) azami hadde indirme ilkesinin Kurul tebliğlerindeki azami

kaydıyla ilgili olarak tamamen (yani aynen lafzının öngördüğü şekilde) uygulama alanı bulacaktır. Keza, örneğin, bir seçici dağıtım anlaşmasında, 2002/2 sayılı Tebliğ'in m.4 hükmündeki kara listede bulunmayan bazı rekabeti sınırlayıcı kayıtların yanında dağıtıcıya bir de spesifik olarak belirlenmiş rakip sağlayıcıların ürünlerini satmama yükümlülüğü yüklenmişse, bu yükümlülüğün yol açtığı geçersizlik bakımından da BK m.20/II hükmünün tamamıyla (lafzının öngördüğü şekilde) uygulanmasında herhangi bir tereddüt yaşanmayacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ m.5 hükmündeki düzenlemenin yol açabileceği ikinci ihtimal ise, bir dikey anlaşmada yer alan ve Tebliğ'in m.5 hükmüne aykırı olan bir yükümlülük ile yine anlaşmada yer alan (ve Tebliğ'in m.4 hükmündeki kara listeye de girmeyen) başka bir rekabeti sınırlayıcı kayıt (veya kayıtlar) arasında (doğrudan) bir bağlantının bulunması durumudur. Örneğin, sağlayıcı (S) ile alıcı (A) arasında 10 yıl müddet için yapılan, (A)'ya (S) karşısında (sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren) 8 yıllık bir rekabet yasağı (*rekabet etmeme yükümlülüğü*) yükleyen bir dağıtım anlaşmasında yer alan (ve (S)'nin -sınırları dahilinde- son kullanıcıya satış yapmamayı ve başka teşebbüslere distribütörlük hakkı vermemeyi (A) karşısında taahhüt ettiği) bir münhasır bölge kaydının, sözleşmenin yapılmasından sonraki 8'nci yılın sonunda ortadan kalkacağı kararlaştırılmış ise durum budur. Gerçekten bu ihtimalde, sözleşmenin MK m.2 hükmüne çerçevesinde yorumu münhasır bölge kaydının rekabet yasağının devamına bağlandığı neticesini doğuracağına göre, rekabet yasağının geçersizliği münhasır bölge kaydını da etkileyecek ve yukarıda bir önceki paragrafta yaptığımız değerlendirmeler, bu sefer, sözleşmenin bu iki kaydı bakımından (yine benimsenecek görüşe göre iki ihtimalli olarak) yapılacaktır. Böylece, eğer birinci görüş kabul edilecek olursa, sözkonusu sözleşmede, hem (A) aleyhine kararlaştırılmış olan rekabet yasağının (azami hadde indirim ilkesi uygulanmak suretiyle) 5 yılı aşan kısmının geçersizliği, hem de bu kaydın geçersizliğine bağlı olarak (A) lehine kararlaştırılmış olan münhasırlık kaydının 3 yıllık kısmının hüküm ifade etmemesi kabul

hadleri aşan anlaşmalara kurallaştırılmış mutlaklıkla uygulanması gerektiği söylenemez. Buna karşın, somut bir olayda, ortaya çıkan uyumsuzluk üzerine önüne böyle bir geçersizlik meselesi gelen hakim, MK m.2 hükmü çerçevesinde ve somut olayın koşulları nedeniyle, somut sözleşmenin tebliğdeki azami haddi aşan ve hakkındaki bireysel muafiyet talebi de Kurul'ca reddedilmiş olan bir hükmünü, grup muafiyeti tebliğindeki azami had çerçevesinde ayakta tutma, sözkonusu kaydın sadece bu haddi aşan kısmını geçersiz sayma ve "bu durum bilinseydi sözleşme yapılmazdı" şeklindeki bir savunmayı da dikkate almama yetkisine sahip olduğu kabul edilebilir.

edilecek²⁰⁴; buna karşın azami hadde indirme ilkesinin Kurul tebliğlerinde öngörülen hadler bakımından uygulanamayacağı görüşü benimsenirse, ya her iki sözleşme kaydı da -sözleşmenin geri kalan kısmı ayakta kalmak üzere- tümüyle geçersiz sayılacak ya da BK m.20/II c.2 hükmünün lafzı aynen uygulanmak suretiyle sözleşmenin tamamının geçersiz olduğu kabul edilecektir²⁰⁵.

5. Geçersizliğin Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Sınırlandırılması Hakkında

Medeni Kanun'un m.2 hükmünde düzenlenmiş olan "dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı"nın, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesi olanağı ve bu geçersizliğin sonuçlarının uygulama alanının kapsamı bakımından da önem taşıdığı kuşkusuzdur. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun'a aykırılıktan kaynaklanan geçersizliğin uygulama alanının MK m.2 hükmü çerçevesinde belli sınırlamalara tabi olabileceği, özellikle de, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı bir sözleşmenin sürekli borç ilişkisi oluşturması halinde geçersizliğe bağlanan sonuçların (somut ilişkinin özellikleri çerçevesinde ve bu özellikler gereğince) ileriye etkili olarak uygulanmasının gerekebileceği veya 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü muafiyet sistemi nedeniyle ortaya çıkan geçersizliğin zamanla ilişkisi dikkate alınarak bazı durumlarda bu geçersizliğin ileri sürülmesinin (örneğin geç bildirilmekle birlikte bireysel muafiyet almış olan ve fakat muafiyetten de bildirim tarihinden itibaren yararlandığı için bu tarihten itibaren geçersizlikten kurtulan bir sözleşmenin sözkonusu tarihten önceki geçersizliğinin ileri sürülmesinin) hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği şeklinde doktrinde açıklanan görüşlerin²⁰⁶ isabetinin tartışma dışı olduğu açıktır.

²⁰⁴ Bu durumda da bir "değiştirilmiş kısmi geçersizlik" uygulaması sözkonusudur. Ancak buradaki değiştirilmiş kısmi geçersizlik, aynı zamanda "genişletilmiş kısmi geçersizlik" ("erweiterte Teilungültigkeit") (bkz. hemen aşağıda dn.205) uygulamasına da girmektedir.

²⁰⁵ Böyle bir durumda, tarafların (dürüst ve doğru davranmaları halinde sahip olacakları) farazi iradelerinden hareketle, kanuna aykırı olduğu için geçersiz olan kısmın yanısıra (bu kısım bir anlamda bağlantılı olan) diğer kısmın geçersiz olacağı ve fakat sözleşmenin bunlar dışında geri kalan kısmının geçersiz sayılmayacağı görüşü için bkz. GAUCH/SCHLUEP, No 705, s.122.

²⁰⁶ Bkz. bu konuda SANLI, s.436 vd. ve ayrıca yukarıda dn.99'da fiili sözleşme ilişkisi ile ilgili olarak yapılan açıklamalar. Öte yandan, RA m.81 (1)'e aykırılık nedeniyle m.81 (2)'deki geçersizliğin ileri sürülmesi ("Euro-defence") bakımından, "rekabet hukuku tekniğine dayanılarak sözleşme yükümlüklerinin ifasından kaçınılması halinde pacta sunt servanda ilkesinin etkisi" hakkında bkz. WHISH, s.266 vd. ve orada zikredilen yargısal kararlar.

V. SONUÇ

Önceki bölümlerde yapılan tüm değerlendirmeler ışığında, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan geçersizlik ve bu geçersizliğin özellikleri bakımından benimsediğimiz yaklaşım, aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

1. Buradaki geçersizlik sonuca ilişkin bir takdir yetkisinin kullanılmasıyla devreye giren bir geçersizlik (yani teknik anlamda bir takdiri geçersizlik) değildir. 4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne aykırılığın bir şartı olan rekabeti sınırlama keyfiyetinin bir unsuru olarak hissedilir olma şartının belirlenmesi bakımından takdiri bir değerlendirmenin varlığından söz edilebilirse de, geçersizliğin bundan hareketle takdiri geçersizlik olarak nitelendirilmesi bu kavramın kapsamını genişleten bir terminolojik tercih olmaktan öteye gitmez.

2. Adli mahkemelerin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılıktan kaynaklanan geçersizliğin nedeni olan rekabeti sınırlama keyfiyetini takdir ve tespit etme yetkisinin bulunmadığını ve mahkemelerin Rekabet Kurulu'nun bu konudaki nihai kararını elde etmeden karar veremeyeceklerini ileri sürmek mümkün değildir. De lege ferenda, adli mahkemelere Rekabet Kurulu'nun resmi bilirkişiliğine başvurma zorunluluğu getirilebilir.

3. 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin aynı Kanun'un m.56 hükmünde belirtilen geçersizliğinin, hiçbir ayırım yapılmaksızın, kanuna aykırılık nedeniyle ve BK m.19/20 hükümleri çerçevesinde, her zaman butlan oluşturduğu şeklindeki görüşü paylaşmak mümkün değildir.

4. 4054 sayılı Kanun'un m.5 hükmündeki kümülatif şartları taşıyan ve henüz hakkında bir muafiyet kararı da verilmemiş olan bir sözleşmenin aynı Kanun'un m.4 hükmü karşısındaki durumu nedeniyle ortaya çıkan geçersizliği askıda geçersizlik olarak nitelendirilebilir ve hatta bu askıda geçersizliğin bir noksanlık haline tekabül ettiğinin kabul edilebilmesi dahi mümkündür.

5. 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olup m.5 hükmündeki şartları da taşımadığı için muafiyet almaması gereken sözleşmelerin geçersizliği (de), Kanun'un muafiyetin geri alınmasının zaman bakımından etkisi hakkında yaptığı normatif tercihler gereğince, butlan kavramının sınırlarını aşan kendine özgü (sui generis) bir nitelik taşımaktadır (ve hatta muafiyet verilmeden önceki belli bir zaman kesiti için düzelebilmek ihtimali çerçevesinde, daha ziyade, askıda geçersizliğe yaklaşmaktadır).

6. 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan askıda (veya hemen yukarıdaki 5 numaralı açıklamadaki sui generis) geçersizlik, başlangıçtan itibaren ve kendiliğinden oluşan, herkes tarafından ileri sürülebilecek, herkes için etkili ve hakim tarafından re'sen dikkate alınacak bir geçersizliktir.

7. Hakkındaki muafiyet talebi Kurul'ca reddedilen veya muafiyeti Kurul'ca (4054 sayılı Kanun m.13 b ve c bendlerine göre) geri alınan her sözleşmenin geçersizliği sözkonusu Kurul işlemleriyle birlikte geçmişe etkili olmak (ve fakat geçmişe etkisi farklı durumlarda farklı tarihlere tekabül etmek) üzere kesin bir nitelik (kesin geçersizlik özelliği) kazanacağından, 4054 sayılı Kanun'un getirdiği sistem içerisinde, kesin geçersiz sözleşmeler, bireysel muafiyeti reddedilmiş veya muafiyeti geri alınmış olan sözleşmelerdir.

8. BK m.20/II'de getirilmiş olan düzenleme 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliği bakımından da uygulama alanı bulabileceği gibi, doktrinde kısmi geçersizlikle ilgili olarak geliştirilen ve incelenen (değiştirilmiş kısmi geçersizlik, genişletilmiş kısmi geçersizlik vb.) kavram ve kurumların 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılıktan kaynaklanan geçersizlikte de dikkate alınması sözkonusu olabilir. Bu çerçevede dikey anlaşmaların özel bir önemi vardır. Dikey anlaşmalar bu açıdan değerlendirilirken, ilgili grup muafiyeti tebliğlerindeki hükümlere, Rekabet Kurulu'na Kanun'la tanınan görev ve yetkilerin sınırını zorlayan bir işlev tanımaktan kaçınmak gerekir.

9. 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesi imkanının somut ilişkinin özelliği dikkate alınarak MK m.2 hükmü çerçevesinde belirli sınırlamalara tabi tutulabileceği açıktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
AD	Adalet Divanı
Bd.	Band
BBl.	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
C.	Cilt
CMLR	Common Market Law Reports
BER	Block Exemption Regulation
BK	Türk Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
dn.	Dipnot
EC	European Community
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Court Report
EÜHFD	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun, Almanya)
HD	(Yargıtay) Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Karteller ve diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Federal Kanun, İsviçre)
krş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MK	Türk Medeni Kanunu
No	Numara
OJ	Official Journal
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Örn.	Örneğin
Pr.	Paragraf
RA	Roma Antlaşması
RG	Resmi Gazete
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RKK	Rekabet Kurulu Kararları
s.	Sayfa, sayı
t.	Tarih
v.	versus
vb.	ve bunlar gibi
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKLAR

A. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001

AKİPEK/AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul 2002

M. Nazlı AKSOY, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2002

H. ALTAŞ, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998

Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Bursa 2001

A. ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, Üçüncü Bası, İstanbul 1981

E. BADUR, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001

D. BARKER/C. PADFIELD, Law Made Simple, Eleventh Edition, Oxford, 2002

V. BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998

BELLAMY & CHILD, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London 2001

G. CUMMING, David John Passmore v. Morland and Others, (2000) ECLR 261

DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002

S. EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2.Bası, Ankara 1983

V. EMMERICH, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999

F. EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1998

GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I

D. G. GOYDER, EC Competition Law, Second Edition, New York 1992

C. GÜLERGÜN, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Rekabet Dergisi, Sayı 6, 2001

- J. GÜRAL (AKİPEK), Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953
- O. B. GÜRZUMAR, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999
- H. HATEMİ, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1999
- R. M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001
- IMMENGA/MESTMAECKER, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, München 2001
- N. İNAN, Rekabet Kanununun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002
- A. JONES/B. SUFRIN, EC Competition Law, Oxford 2001
- S. KANETİ, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972
- N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985
- N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996
- V. KORAH, EC Competition Law and Practice, Sixth Edition, Oxford 1997
- B. KURU/R. ARSLAN/E. YILMAZ, Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2000
- LANGEN/BUNTE, Kommentar zum deutschen und europaeischen Kartellrecht, Bd.1, 8. Auflage, Berlin 1998
- P. MANZINI, The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt, 2002 ECLR 392
- A. MEIER-HAYOZ, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum,, 2. Teilband: Grundeigentum I., Art.655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1974
- K. OĞUZMAN/N. BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 9. Bası, İstanbul, 2002
- OĞUZMAN/OKTAY/SELİÇİ, Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2002
- OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, İstanbul 2000

G. (AŞÇIOĞLU) ÖZ, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2000

Turgut ÖZ, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997

Saibe Oktay ÖZDEMİR, Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002

E. ÖZSUNAY, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986

PEDRAZZINI/MÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998

H. PEKCANITEZ, Bekletici Sorun, EÜHFD 1980/1

H. PEKCANITEZ, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000

Rekabet Kurulu Kararları, Rekabet Kurumu Yayını, Birinci Baskı, Ankara 2002

K. C. SANLI, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2000

J. SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldvertraegen, Freiburg 1988

A. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, Çeviren: B. Davran, İstanbul 1948

R. SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998

Ü. TEKİNALP, TEKİNALP/TEKİNALP, AB Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, İstanbul 1993

M. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001

K. TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, İstanbul 1972

R. WHISH, Competition Law, Fourth Edition, 2001

ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000

BİRLEŞME VE DEVRALMALARIN KONTROLÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA CİRO KAVRAMI

Şebnem KULAKSIZOĞLU*

GİRİŞ

Birleşme ve devralmaların piyasadaki rekabet koşullarını ne şekilde etkileyeceğini doğru bir şekilde değerlendirebilmek açısından birleşme taraflarının büyüklüklerinin ölçülmesi gerekmektedir. Bu büyüklüklerin ölçülmesi genellikle ciro yoluyla olmaktadır. Ciro ilgili teşebbüslerin bir önceki mali yılda mal ve hizmet satışından elde ettikleri gelirleri ifade etmektedir.

Ciro eşikleri, birleşmelerin kontrolü konusundaki yetkinin Topluluk ile üye ülkeler arasındaki dağılımında belirleyici bir role sahiptir. Çalışmanın I numaralı bölümünde AB’de birleşmelerin kontrolüne ilişkin düzenlemelerde cironun yerine değinildikten sonra II numaralı bölümde bu yetki dağılımı konusuna yer verilmiştir. Bir birleşmenin (veya devralmanın) Topluluk boyutu olup olmadığına karar vermek için öncelikle ciro eşiklerine bakılmakta, daha sonra gerekli rekabet testleri yoluyla kapsama giren işlemlerin ortak pazarla uyumlu olup olmadığı incelenmektedir.

III numaralı bölümde 4064/89 sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük”e (kısaca 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü) ilişkin genel bir açıklama yapıldıktan sonra ciroya ilişkin 1 ve 5 nci maddeler ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu esnada, maddelerde geçen bazı kavramların ne şekilde anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmuştur. Bunların en önemlileri olağan faaliyet, net ciro, ilgili mali yıl, cironun coğrafi dağılımı vb.dir. Bu kavramlar V numaralı bölümde yer alan “Cironun Hesaplanması Hakkında Tebliğ”i²⁰⁷ (bundan böyle Ciro Tebliği olarak anılacak) doğru bir şekilde yorumlayabilmek açısından da gerekli olacaktır.

* Rekabet Kurumu Uzmanı. Bu makalede yer alan görüşler, Rekabet Kurumu’nun görüşleri olmayıp, yazarın kendi görüşleridir.

²⁰⁷ OJ 1998 C66/25.

Ciro testinin uygulanması açısından öncelikle “ilgili teşebbüs”ün doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. İlgili teşebbüs kavramına IV.1. numaralı bölümde değinilmiştir. İlgili teşebbüsün ayırıcı özelliği bağımsız bir ekonomik varlık olmasıdır; yani teşebbüsün yasal şeklinden ziyade fonksiyonel varlığı önem arz etmektedir. Bu nedenle bir teşebbüs, söz konusu varlığın ekonomik bağımsızlığı bulunup bulunmamasına bağlı olarak, tek bir şirket, bir şirketler grubu, bir ortak girişim, bir ortaklık veya bir birey olabilir. Bir yoğunlaşmadaki ilgili teşebbüs “İlgili Teşebbüsler Kavramı Hakkında Tebliğ”²⁰⁸ in (bundan sonra İlgili Teşebbüsler Tebliği olarak anılacak) 3 ncü paragrafına göre, genel anlamıyla, birleşen ya da devralan ve devralınan taraflardır. 5 nci paragrafta da, ilgili teşebbüslerin bir birleşme veya kontrolün devralınması işlemine doğrudan katılanlar olduğu ifade edilmiştir. IV.2. numaralı bölümde ise çeşitli türdeki teşebbüs ve işlemlerde cironun ne şekilde hesaplanacağı üzerinde durulmuştur.

V Nolu bölüm ise bütünüyle Ciro Tebliği'nin hükümlerine ayrılmıştır. Ciro Tebliği'nin hükümleri konumuz açısından büyük önem arz ettiğinden metnin tam çevirisi yoluna gidilmiştir.

Son bölümde ise ciro eşikleri ve piyasa paylarına ilişkin olarak Türkiye uygulamasına değinilmiş, Komisyon uygulamaları üye ülkeler bazındaki uygulamalar açısından da yol gösterici olduğu için ayrıca üye ülke uygulamalarına yer verilmemiştir.

Oldukça kapsamlı bir araştırmayı gerektirmesi nedeniyle çalışmamızda fazlaca yer verilememiş bir kavram “ilgili pazar” kavramıdır. Bazı ülkelerde, ilgili teşebbüslerin büyüklükleri hakkında daha doğru bir bilgi edinebilmek açısından ciro eşığının yanı sıra piyasa paylarına da bakılabilmektedir; bu durumda ilgili pazar payının hangi ilgili pazar itibarıyla hesaplanacağı önem kazanmaktadır. Belçika, Fransa, Yunanistan, Portekiz, İspanya ve İngiltere'deki birleşme incelemelerinde mutlak değere dayanan ciro eşiklerinin yanısıra bu tür bir piyasa payı eşiği de bulunmaktadır. Türkiye'de de “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun” a istinaden çıkarılan 1998/2 sayılı Tebliğ'in 1 nci maddesi 2 nci fıkrasında “.....birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, *toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması* halinde veya bu oranı aşmasa bile *toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması* halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur” ifadesi yer almakta, dolayısıyla hem mutlak bazdaki ciro eşiklerine hem

²⁰⁸ OJ 1998 C66/14.

de piyasa paylarına atıfta bulunmaktadır. Piyasa payını kullanmada karşılaşılan zorluklar öncelikle piyasanın tanımlanmasındaki zorluklardan kaynaklanmaktadır. Piyasa payının doğru bir şekilde hesaplanabilmesi için öncelikle “ilgili pazar”ın doğru bir şekilde tanımlanması gerekir. Tutarlı ve öngörülebilir bir piyasa tanımlaması sayesinde, piyasa payı ölçüsünün kullanılması daha kullanışlı hale gelecektir. Dolayısıyla ciroyu esas alan bir çalışmanın arkasından bu tür bir çalışmanın gelmesi gerektiği aşıkardır.

I. AB’DE BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE CİRONUN YERİ

Birleşmelere ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu, Komisyon tarafından, ilk olarak 1973 yılında gündeme getirildiği halde hem ulusal yasalardaki hem de yaklaşımlardaki farklar yetki dağılımı ve birleşmelerin kontrolü konularında anlaşmaya varmayı zorlaştırmıştır. Bilindiği üzere, AT Anlaşması spesifik olarak birleşmeleri ilgilendiren hükümler içermemektedir. Bu nedenle 1989 dan önce, hakim durumu güçlendiren birleşmelerin kontrolü amacıyla madde 85 ve 86 kullanılmış, ancak bu yeterli olamamıştır. Sonunda 1989 yılında 4064/89 sayılı “Teşebbüsler arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük”²⁰⁹ kabul edilerek Avrupa Komisyonu’na Topluluk boyutu olan yoğunlaşmaları düzenleme yetkisi verilmiştir. Böylece DGIV içerisinde bir Merger Task Force kurulmuştur. Düzenleme, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü olarak bilinmekle birlikte birleşme ifadesi hiç kullanılmamakta, bunun yerine “yoğunlaşmaların kontrolü” ifadesi yer almaktadır. Sadece normal ticari anlamda kullanılan birleşmeler değil, hisse veya varlıkların devri yoluyla bir teşebbüsün diğerinin kontrolünü almasını sağlayan bütün yoğunlaşmalar kapsam dahilindedir²¹⁰.

4064 sayılı Birleşme Tüzüğü’nde sadece önemli bir Topluluk boyutu olan birleşme ve ortak girişimler içerilmekte, yani Komisyon sadece belli büyüklükteki birleşmelerle ilgilenmektedir. Topluluk boyutu kavramının en önemli yararı, Toplulukta önemli bir ciroya sahip olan yoğunlaşma taraflarının tek bir kontrol mekanizmasına tabi olmasıdır (one-stop shop). Böylece farklı sistemler uygulanmasından doğacak potansiyel çatışmalar önlenmiştir²¹¹. Tüzüğün ciroya ilişkin 1 ve 5 nolu maddelerine çalışmamızın III numaralı bölümünde değinilmektedir.

²⁰⁹ Council Regulation (EEC) No.4064/89 OJ L 395/1 30 November 1989.

²¹⁰ Nitekim ekonomik sonuçları açısından fark olmadığından birleşme terimi çalışmamız boyunca devralma terimini de içerecek şekilde kullanılmıştır.

²¹¹ Rodger ve MacCulloch 1999, Bölüm 6.

Bunun ardından bir bildirim formu ile sırasıyla “yan kısıtlamalar hakkında” ve “yoğunlaşma doğurucu ve işbirliği doğurucu işlemler arasındaki farklar hakkında” tebliğleri²¹² içeren tamamlayıcı Tüzük gündeme gelmiştir. 1993 ve 1994’de Komisyon birleşmelerin kontrolü sürecinin daha etkin ve açık bir şekilde işlemlerini sağlamak için yeni bir bildirim formu ve “yoğunlaşma doğurucu ve işbirliği doğurucu işlemler arasındaki fark hakkında” yeni bir tebliğ içeren ikinci bir tamamlayıcı Tüzük benimsemiştir²¹³.

Aynı yıl Komisyon şu üç tebliği yayınlamıştır: Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Tebliğ²¹⁴, İlgili Teşebbüs Kavramı Hakkında Tebliğ²¹⁵ ve **Cironun Hesaplanması Hakkında Tebliğ**²¹⁶. Esas ilgi alanımızı oluşturan bu Ciro Tebliği’ne çalışmamızın V numaralı bölümünde değinilmektedir.

1997 yılında Birleşme Kontrolü Hakkında Tüzüğün tadilatına paralel olarak tamamlayıcı tüzük ve tebliğler de tekrar tadil edilmiştir²¹⁷.

Toplam ciro, satış indirimleri, katma değer vergisi ve ciroyla doğrudan ilgili benzin, alkol ve sigara vergileri gibi diğer vergiler düşüldükten sonra ilgili teşebbüslerin olağan faaliyetleri kapsamına giren mal ve hizmetlerin satışından elde ettikleri gelirlerdir. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü’nde üç farklı cirodan bahsedilmektedir: Tarafların dünya çapındaki cirosu, ortak pazardaki ciro ve üye ülkelerdeki ciro. Topluluk veya üye ülkelerdeki ciro, duruma göre, Topluluktaki veya o üye ülkedeki teşebbüs veya tüketicilere satılan mal ve hizmetleri kapsamaktadır. Yoğunlaşma bir veya birden fazla teşebbüs parçasının (parçalarının) devralınmasıyla oluşuyorsa sadece efektif olarak devralınan parçanın (parçaların) cirosu dikkate alınacaktır. Ancak Tüzük’te taraflar arasında iki yıllık bir dönemde cereyan eden birden çok işlemin tek işlem olarak ele alınacağına dair özel bir hüküm mevcuttur.

Tüzük’te ve Tebliğ’de aşağıda sayılanların cirosunun hesaplanması konusunda özel hükümler mevcuttur²¹⁸:

1- Şirket Grupları: Bir ilgili teşebbüsün cirosu sadece kendisinin halihazırdaki cirosunu değil, doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen

²¹² OJ 1990 C 203/5 ve 10.

²¹³ Regulation 3384/94 (OJ 1994 L 377/1)

²¹⁴ OJ 1994 C 385/5

²¹⁵ OJ 1994 C 385/12

²¹⁶ OJ 1994 C 385/21

²¹⁷ OJ 1997 L180/1. “Full-function Ortak Girişim Hakkındaki Tebliğ” “Yoğunlaşma Doğurucu ve İşbirliği Doğurucu İşlemler Arasındaki Farklar Hakkındaki Tebliğ”in yerini almıştır.

²¹⁸ Canenbly-Hözlzer (1995: s.9)

teşebbüslerin, kontrolü elinde bulunduran ana şirketlerin, aynı ana şirketin kontrol ettiği diğer şirketlerin ve Tüzüğün 5(4) maddesinde sayılan iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen teşebbüslerin cirosunu da içerecektir. Toplam ciro aynı şirket grubuna ait olan teşebbüsler arasındaki mal ve hizmet satışını kapsamayacaktır (iç cironun düşülmesi).

2- Ortak Girişimler. Toplam cironun hesaplanması açısından, bağlı bir teşebbüs ile onu (ya da bağlantılı herhangi bir diğer teşebbüsü) kontrol eden teşebbüsler arasındaki mal ve hizmet satışından kaynaklanan ciro dikkate alınmayacaktır. Bağlı teşebbüsle üçüncü taraflar arasındaki işlemlerden kaynaklanan ciro ilgili teşebbüsler arasında eşit bir şekilde paylaşılacaktır.

3- Banka ve Sigorta: Bankalar söz konusu olduğunda, teşebbüsün büyüklüğünün bir ölçüsü olan cironun yerini Tüzüğün 5(3)(a) maddesinde sayılan kalemlerden elde edilen gelir alırken, sigorta şirketleri sözkonusu olduğunda gayrisafi primlerin değeri almaktadır 5(3)(b).

4- Kamu teşebbüsleri: Kamu sektörü söz konusu olduğunda, cironun hesaplanmasında birlikte “bağımsız karar gücü bulunan bir ekonomik birim” teşkil eden teşebbüsler dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, sermayenin tutulma ve şekli ve mevcut yönetsel kontrol önemli değildir. Komisyon, Ciro Tebliği’nde her iki şirketin de devlet sahipliğinde olmasının 5 nci madde amaçları açısından otomatik olarak bir grubun parçası oldukları sonucuna yolaçmayacağına, daha ziyade her şirketin bağımsız bir ekonomik birim teşkil edip etmediğine bakılması gerektiğine dikkat çekmiştir.

II. BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNE İLİŞKİN YETKİNİN AB VE ÜYE ÜLKELER ARASINDA DAĞILIMINDA CİRONUN ROLÜ: ÇOKLU DOSYALAMA

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü “one-stop shop” olarak adlandırılan tek yetki sistemine dayanmaktadır. Buna göre, düzenleme kapsamına giren bütün birleşme ve birleşme benzeri işlemler açısından bütün sorumluluk Komisyon’dadır. Düzenleme kapsamına girmeyen işlemlerde ise sorumluluk üye devletlere geçmektedir.

Topluluk boyutu olan herhangi bir yoğunlaşma Komisyon’a ön bildirim tabidir. İşlem birleşme, devralma ve belli tip ortak girişimleri içerecek şekilde bir yoğunlaşma olup olmadığı açısından bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bu konuda esas olarak ciro eşiklerinden yararlanılmaktadır. Kapsamda değilse, uygun olduğu ölçüde,

madde 85 veya 86 ve /veya ulusal yasalar çerçevesinde ele alınmaktadır. İşlemin Topluluk boyutu olup olmadığına karar vermek açısından, Avrupa Birliği ve üye ülkeler arasında yetki dağılımını belirlemede kullanılan ciro eşiklerinden yararlanılmaktadır. Söz konusu işlemin Topluluk boyutu varsa gerekli rekabet testleri yoluyla 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün kapsamına giren bu işlemlerin ortak pazarla uyumlu olup olmadığı incelenmektedir. Topluluk çapında ciro eşiklerinin sağlanmadığı daha küçük çapta birleşmelerde ise inceleme yetkisi ulusal rekabet otoritelerindedir.

Gerek ciro gerekse bunun cironun coğrafi dağılımı, yetkinin case-by-case tahsisi açısından, görece olarak kullanışlı bir yol olmakla birlikte, birleşmenin Topluluk çapındaki olası yayılma etkilerini yansıtmayabilecektir. Bu tür eşik sınırlamaları konulduğunda sadece bir ülkede etki doğuran ve dolayısıyla ulusal olarak değerlendirilmesi gereken bazı birleşmeler Topluluk kontrolüne tabi tutulabilirken, daha geniş etkilere sahip diğer bazı birleşmeler dışarıda bırakılabilmektedir. Birinci problem açısından; 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün, Topluluk boyutu bulunmakla birlikte, Komisyon'un davayı üye ülkeye havale etmesine imkan tanıyan 9 ncu maddesi yol gösterici iken, ikinci problem konusunda bir düzenleme getirilmemiş, dolayısıyla sınır ötesi etkileri belirlenen eşiklerin altında kalan birleşmeler konusunda Komisyona bir yetki verilmemiştir. Sadece Madde 22(3) sayesinde, üye devletlere eşikleri karşılamamakla birlikte Topluluk çapında etkisi olan yoğunlaşmaları incelemek üzere Komisyonu çağırma yetkisi verilmiştir. Bu madde sayesinde henüz ulusal birleşme kontrolü sistemi getirememiş ülkeler için geçici bir düzenleme yapılmıştır.

Ciro eşikleri bir birleşmenin Topluluk boyutu olup olmadığının belirlenmesine ve 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü altında incelenmesine zemin hazırlamaktadır. Tüzüğün 1(2) maddesindeki orjinal eşiklere göre,

- *Bir birleşmenin Topluluk boyutuna sahip olması için tarafların dünya çapındaki ciroları toplamının 5 milyar ECU'dan fazla olması gerekmektedir (dünya çapında ciro testi).* Genel eşik olarak da adlandırılabilir.

- *İki veya daha fazla teşebbüsün her birinin Topluluk çapındaki cirolarının 250 milyon ECU'dan fazla olması gerekmektedir (Topluluk çapında ciro testi).* De-minimis eşiği olarak da adlandırılabilir.

Ancak, teşebbüslerin her birinin Topluluk çapındaki cirosunun üçte ikiden fazlası tek ve aynı üye devlette ise yoğunlaşmanın Topluluk boyutu olmayacak dolayısıyla 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü uygulanmayacaktır (üçte iki testi).

Ciro eşikleri her zaman tartışma yaratmıştır. Ulusal birleşmeler üzerindeki kontrolü sürdürmek isteyen ülkelerin desteğini elde etmek için eşikler başlangıçta çok yüksek tutulmuştu. Eşiklerin 1993'de gözden geçirilmesi öngörülmüşken revizyon ancak 1996'da tamamlanabilmiş ve bir Yeşil Kitap yayınlanmıştır²¹⁹. Bu kitapta, eşiklerin doğrudan düşürülmesi kabul edilmezse "ikinci en iyi çözüm"ün Komisyonun, birden çok ulusal otoritenin yetki alanına giren yoğunlaşmalarla (çoklu dosyalama) ilgilenmesini sağlamak olduğu öne sürülmüştü. Böylece Komisyon'un yetkisi artmış olacaktı. Nitekim, Konsey 1997 yılında eşiklerin doğrudan doğruya düşürülmesi yerine çoklu dosyalamaya dayanan düzenlemeyi benimsemiş²²⁰ ve böylece 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1(3) maddesinde yer alan ek eşikler gündeme gelmiştir. Bu ikinci eşikler seti, Madde 1(2) anlamında Topluluk boyutuna haiz olmayan, fakat en azından üç üye ülkede milli rekabet kuralları altında bildirilmesi gereken (çoklu bildirim olarak adlandırılmaktadır) işlemlerle ilgilenmek için tasarlanmıştır. Bu amaçla, Madde 1(3) ilgili teşebbüsler açısından hem dünya çapında hem de Topluluk çapında daha düşük ciro eşikleri koymaktadır. Buna göre, Tüzüğün 1(2) maddesindeki orjinal eşikleri karşılamayan bir yoğunlaşmanın yine de Topluluk boyutunun olabilmesi için,

(a) *İlgili teşebbüslerin tümünün dünya çapındaki toplam birleşik cirosu 2,500 milyon ECU'yu aşmalıdır,*

(b) *En azından üç üye ülkenin her birinde ilgili teşebbüslerin tümünün toplam birleşik cirosu 100 milyon ECU'yu aşmalıdır.*

(c) *(b) bendi amaçları doğrultusunda kapsama alınan en az üç üye devletin her birinde en az iki ilgili şirketin her birinin cirosu 25 milyon ECU'dan fazla olmalıdır,.*

(d) *En az iki ilgili şirketin herbirinin Topluluk çapındaki toplam cirosu 100 milyon ECU dan fazla olmalıdır.*

Ancak bu dört kriter karşılanırsa bile ilgili teşebbüslerin her biri Topluluk çapındaki cirosunun 2/3'ünden fazlasını tek (ve aynı) ülkede elde ediyorsa yoğunlaşmanın Topluluk boyutu olduğu söylenemeyecektir.

Dolayısıyla ek eşikler madde 1(2)'deki Dünya ve Topluluk çapındaki toplam ciro düzeylerini düşürmüş ve iki aşamalı bir kriter getirmiştir. Önce 1(2) maddesindeki orjinal kriterin sağlanıp sağlanmadığına bakılmakta, orjinal eşikler sağlanmıyorsa ilgili teşebbüslerin belirlenmesi ve cironun hesaplanması açısından daha

²¹⁹ *Community Merger Control - Green Paper on the Review of the Merger Regulation, COM(96) 19 final. En son yeşil kitap 2001 yılında yayınlanmıştır.*

²²⁰ *Council Regulation 1310/97 [1997] O.J.L.180.*

düşük olan ek eşiklere bakılmaktadır. Ciroların toplanması ve Topluluk boyutu olup olmadığının belirlenmesi açısından “ilgili teşebbüsler”, genellikle, tek (veya ortak) kontrolü elde eden teşebbüs (ya da teşebbüsler) ve üzerinde kontrol hakkı kazanılan teşebbüstür. Devralmanın, devralma işlemi için kurulmuş araç niteliğindeki bir şirket yoluyla yapıldığı durumda, Komisyon arka plandaki teşebbüs(ler)i ilgili teşebbüs(ler) olarak alacaktır. İlgili teşebbüslerin belirlenmesi ve belli tür işlemler açısından cironun hesaplanması konularına çalışmamızın IV numaralı bölümünde değinilmektedir.

Gerek orjinal eşikler gerekse ek eşikler açısından **üçte iki kuralı** geçerlidir. Bu kural sayesinde, sözkonusu tarafların Topluluk çapındaki cirosunun üçte ikisinin tek ve aynı üye devlette yaratıldığı, dolayısıyla ulusal incelemeye tabi olması gereken durumlar Tüzüğün inceleme kapsamı dışında kalabilmektedir. Uygulanması kolay olmakla birlikte bu kuralın bazı eksikleri vardır²²¹: Birincisi üçte iki kuralına uyan bazı gruplar aslında kendi piyasalarının dışında da önemli bir faaliyet gösteriyor olabilirler. Üçte iki kuralı nisbi terimlerle ifade edildiğinden, Topluluk üyesi diğer ülkelerdeki faaliyet düzeyinin değerlendirilmesi mutlak rakamlardan ziyade tarafların AB'deki toplam faaliyetlerinin oranına bağlı olacak ve dolayısıyla kuralın etkisi üye ülkenin büyüklüğüne göre değişecektir. İkinci olarak, taraflardan biri nispeten ufaksa ve üçte iki kuralını karşılamıyorsa yetki ulusal otoriteden Topluluk'a geçecek ve görelî terimlerle ifade edilmekten kaynaklanan başka bir anormallik ortaya çıkacaktır. Üçüncüsü, ülke konumunun güçlendirilmesi, dışarıdan yeni girişi zorlaştırma ve/veya diğer Topluluk üyesi ülkelerle olan ticaret akışını etkilemek gibi yollarla bir takım yayılma etkileri (spillover) ortaya çıkaracaktır.

Tüzüğün 1993'deki revizyonu sırasında eşik düzeylerinin düşürülmesinin yanısıra üçte iki kuralının kaldırılmasının (veya dörtte üçe indirilmesinin²²²) yaratacağı olası etkiler araştırılmış, ancak mevcut sisteme kıyasla fazla bir avantajının olmayacağına karar verilmiştir. Komisyon, üçte iki kuralını sürdürmenin “üye ülkelerin politik gücü” (subsidiarity) kuralıyla daha tutarlı olduğuna hükmetmiştir. Kuralı görelî terimler yerine mutlak olarak ifade etme konusuna ise değinilmemiştir. Miktar eşiklerinin problemleri, 1996 Yeşil Kitap sırasında da tartışıldığı halde sadece mevcut eşiklerin düşürülmesi üzerinde durulmuş, aşağıda

²²¹ Morgan (2000:168).

²²² Bu sayede, önemli sınır ötesi etkileri olan işlemlerin Tüzüğün kapsamına daha rahat alınabileceği düşünülmüştü.

değınilecek olan türden bir piyasa payı göstergesi getirilmesi konusuna değinilmemiştir.

Piyasa Payı

Yetkiyi, Avrupa çapında önem arz eden birleşmeleri Topluluk kontrolüne tabi tutabilecek şekilde tanımlamak ve potansiyel anti rekabetçi etkiler yaratabilecek birleşmeleri teşhis etmek açısından yukarıda değinilen ve mutlak bazda belirlenen bu eşikler önemli olmakla birlikte, rekabet üzerindeki anti rekabetçi etkileri öngörmek açısından tek başına iyi birer gösterge değildir. rn uzmanlaşmasının derecesi ve firmaların hacmi gibi sektörel özelliklerin de dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin Reed International ve Elsevier'in birleşmesi ile dünyanın en büyük yayın gruplarından biri oluşturulduğu halde her iki şirketin dünya çapındaki cirosunun 5 milyar ECU'dan az olması nedeniyle bu birleşme 4064 sayılı Birleşme Tzğu kapsamı dışında kalmıřtır²²³. Birleşme Tzğu altında, kk piyasalarda büyük piyasa paylarına sahip olabilen uzmanlaşmış kk girişimlerden ziyade, büyük piyasalarda faaliyet gösteren firmalar ve aykırı firmalar incelenmektedir.

Bu nedenle, piyasa yapısı üzerinde önemli etkiler doğurabilecek birleşmelerin teşhis edilmesinde ve bildirme-değerlendirme prosedürünün uygulanmasında piyasa payı göstergelerine de ihtiyaç vardır. Bu göstergeler eşiklere ek veya alternatif şekilde olabilir. Eğer eşiklerle birleştirilirse uzmanlaşmış piyasalardaki nisbeten kk işlemlerin ve önemli piyasa payı olmakla birlikte bazı taktiklerle incelemeden kaçan büyük firmaların kapsama alınmasına yardımcı olacaktır. Üstelik piyasa payı göstergesi enflasyondan ve firmaların artan mutlak hacimlerinden etkilenmemektedir²²⁴.

Bir birleşmenin potansiyel maliyetleri piyasa gücünde ve piyasa büyüklüğündeki artışla ilgilidir. Örneğin, basit statik kısmi denge çerçevesinde monopolcü bir kaynak dağılımından kaynaklanan refah kaybı, ilgili piyasada rekabetçi koşullarda toplam satış miktarının, talep esnekliğinin ve monopolleşmeden kaynaklanan fiyat çarpıklığının bir fonksiyonudur²²⁵. Dolayısıyla, incelemeye tabi olması gereken birleşmeleri teşhis etmekte kullanılan ekonomik göstergeler bu değişkenlere dayanmalıdır. Ancak uygulamada piyasayı teşhis etmek zor olduğundan, etkilenen piyasaya ilişkin bu tür göstergeleri kullanmak da zor olmaktadır. Bu nedenle bazı otoriteler seçme kriteri olarak piyasa

²²³ Morgan (2000: 164)

²²⁴ Morgan 2000:165.

²²⁵ (Scherer 1990:662).

payını kullanırken ikincil ve düzeltici bir faktör olan ciro eşiklerini de kullanmaya devam etmektedir.

Bir piyasa payı eşiği belirlenirse herhangi bir işlemin bildirilip bildirilmeyeceği konusundaki yasal belirsizliğin artabileceğinden yola çıkarak, taslak Tüzükte bulunan piyasa payı eşiği sonradan çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Tüzük'te yine de piyasa payı göstergelerine atıfta bulunmaktadır. Bildirim formunda, firmaların, belirli piyasa payı eşiklerinin karşılanmadığı piyasa verilerini sağlamaktan muaf tutulduğu ifade edildiği gibi, Tüzüğün girişinde de ilgili teşebbüslerin piyasa payının Toplulukta ya da onun önemli bir kısmında, %25'i aşmadığı durumlarda yoğunlaşmanın efektif rekabeti engellemeyeceği varsayımı yapılmaktadır²²⁶. Belçika, Fransa, Yunanistan, Portekiz, İspanya ve İngiltere'deki birleşme incelemelerinde mutlak değere dayanan eşiklere ek olarak bir piyasa payı eşiği de bulunmaktadır.

Piyasa payını hesaplamada karşılaşılan problemler öncelikle piyasanın tanımlanmasındaki zorluklardan kaynaklanmaktadır. Tutarlı ve öngörülebilir bir piyasa tanımlaması sayesinde, piyasa payı ölçüsünün kullanılması daha kullanışlı hale gelecektir. Ürün tanımlamaları ve coğrafi tanımlamalar ile kararlar arasındaki çelişkiler 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü altında bir çekişme kaynağı olmuştur. Bunun üzerine Komisyon 1997 yılında piyasa tanımlaması konusunda bir dizi ilke yayınlamıştır²²⁷. Bu kaynak, Komisyon kararlarında benimsenen yaklaşımların faydalı bir özetini içermektedir. Piyasa payı göstergesinin gelecekte daha uygulanabilir olması isteniyorsa daha öngörülebilir ve daha tutarlı tanımlamalara ihtiyaç duyulacaktır.

Piyasa payı kavramı Türk Rekabet Mevzuatı içinde de yer almıştır. 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"a istinaden çıkarılan 1997/1 ve 1998/2 sayılı Tebliğ'lerde, birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili piyasadaki payının %25'i aştığı durumlarda Rekabet Kurulu'ndan izin alınacağı hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla ilgili piyasanın doğru bir şekilde tanımlanması ve yorumlanması Türk rekabet sistemi açısından da önem taşımaktadır.

²²⁶ Girişin 15 numaralı maddesi.

²²⁷ Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, C72 OJ (1997).

**III. 4064/89 SAYILI BİRLEŞME TÜZÜĞÜNÜN
CİROYA İLİŞKİN MADDELERİ ve İLGİLİ KAVRAMLAR:
Olağan Faaliyetler, Net Ciro, İlgili Mali Yıl,
Cironun Coğrafi Dağılımı, Üye Ülke Paralarının Euro'ya
Çevrilmesi**

Tüzüğün ciroya ilişkin maddeleri 1 ve 5 numaralı maddelerdir. Ciroya ilişkin 1 ve 5 nci maddeler arasında kalan 2 nci ve 3 ncü maddeler Tüzüğün temel ilgi alanına ilişkin hükümler içerdiğinden 1 ve 5 nci maddelere geçmeden kısaca bunlara da değinmekte fayda vardır.

2 nci madde 1. paragrafta, Komisyon'un ihlal koşulları olup olmadığını belirlemesi açısından hangi faktörlerin önemli olduğu ifade edilmiştir: İlgili teşebbüslerin piyasa durumu ve ekonomik ve finansal güçleri, ürünü arz edenler ve kullanıcılar açısından mevcut alternatifler, ürünlere veya piyasalara girebilme kabiliyeti, herhangi bir yasal veya diğer giriş engeli olup olmaması, ilgili mal ve hizmetler için arz ve talep eğilimleri, ara malı ve nihai mal tüketicilerinin çıkarları, tüketicinin yararına olması ve rekabeti engellememesi koşuluyla teknik ve ekonomik gelişmenin sağlanması.

2. maddenin 2. ve 3. paragraflarında ise regülasyonun temel endişesinin birleşmelerin ve yeni oluşumların rekabet üzerindeki etkisi olduğu dile getirilerek ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında efektif rekabeti önemli ölçüde engelleyecek bir hakim durum yaratmayan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen bir yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olduğu (2. paragraf), aksi halde ortak pazarla uyumlu olmadığı (3. paragraf) ifade edilmektedir. Dolayısıyla bir yoğunlaşma hakim durum yaratmadığı ya da mevcut hakim durumu güçlendirmedığı sürece bir ihlal değildir, ortak pazarda ya da onun önemli bir kısmında efektif rekabetin engelleniyor olması da gerekmektedir. Görüldüğü üzere 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü de AT Anlaşması gibi hakim durum yaratan ya da güçlendiren yoğunlaşmaları yasaklamaktadır.

3. maddede yoğunlaşma teriminin kapsamlı bir tanımı yapılmaktadır. Komisyon bunun nasıl uygulanacağına ilişkin daha detaylı bir yol gösterici tebliğ (notice) yayınlamıştır²²⁸.

Bu aşamada Tüzüğün ciroya ilişkin maddelerine bakabiliriz. 1 nci maddede bir yoğunlaşmanın dünya çapındaki ve Topluluk çapındaki cirolar açısından Topluluk boyutuna sahip olmasının koşulları belirlenirken, 5 nci maddede cironun hesaplanmasına ilişkin kurallar yer almaktadır.

²²⁸ *Commission Notice on the Concept of Concentration, OJ C66/5, 1998.*

TÜZÜĞÜN 1 NCI MADDESİ: Bu maddede esas olarak, bir yoğunlaşmanın Dünya çapındaki ve Topluluk çapındaki cirolar itibarıyla Topluluk boyutuna sahip olmasının koşulları belirlenmektedir.

1 (1) numaralı paragrafta,

“Bu Tüzük, madde 22 hükmü saklı kalmak koşuluyla, paragraf 2 ve 3 de açıklanan türden bir Topluluk boyutu olan bütün yoğunlaşmalara uygulanır” hükmü yer almaktadır

1 (2) numaralı paragrafta, bir yoğunlaşmanın Topluluk boyutuna sahip olduğuna, dolayısıyla üye ülkeler yerine Komisyon incelemesine tabi olacağına hükmedilebilmesi için,

(a) İlgili teşebbüslerin tümünün dünya çapındaki toplam birleşik cirosu 5,000 milyon ECU’yu aşmalıdır,

(b) En azından iki ilgili teşebbüsün her birinin Topluluk çapındaki toplam cirosu 250 milyon ECU’yu aşmalıdır.

Ayrıca her şirket Topluluk cirosunun 2/3’ünden fazlasını tek ve aynı üye devlette yaratıyor olmamalıdır. Başka bir deyişle eğer her şirket Topluluk çapındaki cirosunun 2/3’ünden fazlasını tek ve aynı üye devlette gerçekleştiriyorsa bu yoğunlaşma dışarıda bırakılmaktadır.

Topluluk boyutu olan yoğunlaşmalardan kasıt, genel olarak, çok uluslu birleşmeler ve ortak girişimlerdir.

1 (3) numaralı paragrafta göre, 2 nci paragrafta belirtilen eşikleri karşılamayan bir yoğunlaşmanın Topluluk boyutunun olması için,

(a) İlgili teşebbüslerin tümünün dünya çapındaki toplam birleşik cirosu 2,500 milyon ECU’yu aşmalıdır,

(b) En azından üç üye ülkenin her birinde ilgili teşebbüslerin tümünün toplam birleşik cirosu 100 milyon ECU’yu aşmalıdır.

(c) (b) bendi amaçları doğrultusunda kapsama alınan en az üç üye devletin her birinde en az iki ilgili şirketin her birinin cirosu 25 milyon ECU’dan fazla olmalıdır,

(d) En az iki ilgili şirketin herbirinin Topluluk çapındaki toplam cirosu 100 milyon ECU dan fazla olmalıdır.

Ancak bu dört kriter karşılanırsa bile ilgili teşebbüslerin her biri Topluluk çapındaki cirosunun 2/3’ünden fazlasını tek (ve aynı) ülkede elde ediyorsa yoğunlaşmanın Topluluk boyutu olduğu söylenemeyecektir.

1 Mart 1998’den itibaren yürürlüğe giren bu **yeni eşikler** sayesinde, bir yoğunlaşma madde 1(2)’deki orjinal eşikleri karşılamasa da Komisyon’un yetki alanına girebilmektedir. Bir birleşmenin AB’nin

birleşme kontrolüne tabi olup olmadığının belirlenmesinde iki aşamalı bir süreç söz konusudur. Önce 1(2) maddesindeki orjinal kriterin sağlanıp sağlanmadığına bakılmakta, orjinal eşikler sağlanmıyorsa ilgili teşebbüslerin belirlenmesi ve cironun hesaplanması açısından ek eşiklere bakılmaktadır. Ek eşikler için de orjinal eşikler için geçerli olan kurallar uygulanmaktadır. Ek eşikler hem madde 1(2)'de yer alan Dünya ve Topluluk çapındaki toplam ciro düzeylerini düşürdüğü, hem de (b) ve (c) maddeleri sayesinde "sınır-ötesi" etkilere ağırlık verdiği için Topluluk boyutu kriterinin sağlanmasını kolaylaştırmış, böylece Komisyon'un yetkisini arttırmıştır.

Bununla birlikte, yoğunlaşmanın Topluluk boyutuna sahip olduğuna hükmedilebilmesi için, değinilen eşiklerin bütün ilgili teşebbüsler açısından sağlanıyor olması gerekmez; en az iki şirketin Toplulukta önemli bir ciroya sahip olması yeterlidir. Bu durumda, Topluluk cirosu az olan ya da hiç olmayan bir veya birden çok teşebbüsün katılımıyla oluşan bir yoğunlaşma Tüzüğü'nün yaptırımından kurtulamayacaktır. Ayrıca teşebbüslerden birinin devralan grupta, diğerinin ise hedef grupta bulunması gerekli değildir. Bu, daha ziyade konsorsiyum ihaleleri ve ortak girişimler için önemlidir. Örneğin, A ve B C'nin ortak kontrolünü üstlendiğinde, A ve B Topluluk boyutu kriterini sağladığı sürece, C'nin cirosu ve büyüklüğü Tüzüğü'nün uygulanması açısından ilgisizdir.

Ancak, önemli bir Topluluk cirosu bulunmakla birlikte bu cironun tek ve aynı üye devlette gerçekleştiği durumda birleşme, üye devletin rekabet otoritesinin yetki alanına girecektir.

Tüzükte yer alan bütün bu eşikler ECU itibarıyla tanımlanmıştır. 1 Ocak 1999'da euro nun kullanıma girmesiyle ECU ile euro arasında birebir dönüştürme yapılmış ve bu tarihten itibaren aynı eşikler euro itibarıyla ifade edilmiştir. Üye ülke parası cinsinden tutulan hesapları **euro'ya çevirmede kullanılacak kur** Komisyon'dan elde edilebilecek olan on iki aylık toplam ortalama kur olmalıdır. Bireysel olarak çevrilen ve üç aylık, aylık ya da haftalık rakamlara denk gelen satış rakamlarının toplamı kullanılamaz. Teşebbüsün satışları birden çok para cinsindense euro'ya çevirme denetlenmiş konsolide hesaplarındaki döviz üzerinden olacaktır²²⁹.

TÜZÜĞÜN 5 NCİ MADDESİ: Bu maddede esas olarak cironun hesaplanması üzerinde durulmaktadır.

²²⁹ Cook-Kerse (2000:67), Hawk-Huser (1996:82).

5(1) numaralı paragraf hükmüne göre; “*madde 1(2) anlamındaki toplam ciro, bir önceki mali yılda ilgili teşebbüsün satış indirimleri, katma değer vergisi ve ciroyla doğrudan ilgili diğer vergiler düşüldükten sonra olağan faaliyetleri kapsamına giren mal ve hizmet satışından elde ettiği miktarları kapsayacaktır. İlgili teşebbüsün toplam cirosu 4 ncü paragrafta değinilen teşebbüsler arasındaki mal ve hizmet satışını içermeyecektir. Topluluktaki veya bir üye ülkedeki ciro, duruma göre Topluluktaki veya o üye ülkedeki teşebbüs ve tüketicilere sağlanan mal ve hizmetleri kapsayacaktır.*”

Bu madde açısından bazı kavramları netleştirmekte fayda vardır. Bunlardan biri **olağan faaliyetler** kavramıdır. Komisyon tebliğlerinde veya kararlarda bu kavrama fazla değinilmemiş, dolayısıyla kavramın yaygın anlamından anlaşılması hedeflenmiştir. Bununla birlikte bazı kararlarda olağan faaliyetlere ilişkin açıklamalar bulmak mümkündür. Accor/Wagon Lits kararından²³⁰ yola çıkarak; eğer sözkonusu taraf periyodik (veya düzenli) olarak alım satım yapıyorsa ticari faaliyette kullandığı varlıkların (özellikle bu ticari faaliyet bir hizmet endüstrisi ise) transferinden elde edilen gelirlerin kısmen veya bütün olarak toplam ciro rakamlarına dahil edilmesi gerektiği öne sürülebilir. Devlet yardımları, sübvansiyonlar veya teşebbüse yapılan diğer doğrudan ödemeler teşebbüsün toplam cirosuna eklenmelidir. Ödemeler bir seferlik veya olağanüstü nitelikte olduğunda ise ciroya ekleme sözkonusu olmayacaktır. Ancak olağan faaliyetlerin bir parçası olan devlet ödemelerinin ciroya eklenebilmesi için şu iki koşulun sağlanması gerekir²³¹:

1- Bu tür ödemeler ürün fiyatlarına yansımak suretiyle sözkonusu teşebbüsün mal ve hizmet satışıyla doğrudan ilgili olmalıdır.

2- Yardımdan fiili olarak yararlanan sözkonusu teşebbüs olmalıdır. Teşebbüsün ödemediği nihai olarak yararlanacak olan açısından sadece bir aracı olduğu durumda bu yardımlar cironun bir parçası olarak alınmayacaktır.

Fiili sağlayıcı ve nihai tüketici arasında aracı niteliğinde olan belli hizmet endüstrileri açısından da Komisyon aynı “aracı-yararlanıcı” kuralını uygulamaktadır. Örneğin, hizmetleri karşılığında aldıkları komisyonlar seyahat veya reklam acentalarının cirosuna eklenebilirken,

²³⁰ Case No. IV/M.126 (April 28,1992).

²³¹ Hawk-Huser (1996:79).

nihai tüketicilerin nihai sağlayıcıdan acenta vasıtasıyla satın aldığı tatil veya reklam paketi için ödedikleri gelirler ciroya eklenmeyecektir²³².

Netleştirilmesi gereken diğer bir kavram **net ciro** kavramıdır. Net ciro açısından, participating faiz geliri, sabit varlıkların bir parçasını oluşturan diğer faiz ve benzer gelirler ve olağanüstü gelirlerin (ticari faaliyette kullanılan ve bu işletmenin ürünü olmayan varlıkların satışından elde edilen kar gibi) düşülmesi gerekmektedir. *Ciro Tebliği*'nde hizmetin diğer sağlayıcıların aracılığıyla satıldığı belli hizmet sektörlerinde cironun hesaplanmasında problemler yaşanabileceği ifade edilmiştir. Aracı gibi faaliyet gösteren bu tür hizmet teşebbüslerinin cirosu, yukarıdaki paragrafta da ifade edildiği üzere, tamamen aldıkları komisyonlardan ibaret olacaktır.

5(1)'nci maddede satış indirimleri, katma değer vergisi ve ciroyla doğrudan ilgili diğer vergilerin düşülmesi hükmü yer almaktadır. Satış indirimleri teşebbüsün müşterileriyle ticari görüşmeleri esnasında verdiği ve satılan miktar üzerinde *doğrudan bir etki yaratan* bütün indirim ve iskontoları ifade etmektedir. *Ciroyla doğrudan ilgili vergiler*, alkollü içki vergileri gibi, dolaylı vergileme şekillerini ifade etmektedir.

Yoğunlaşmanın Topluluk boyutu olup olmadığını test etmek açısından, ilgili teşebbüsün cirosunun nerede elde edildiği, yani **cironun coğrafi dağılımı** da önemlidir. Cironun ne kadarı üye devlette ne kadarı Toplulukta elde edilmektedir? 5(1)'de yer alan "*.....Topluluk'taki veya bir üye ülkedeki ciro, duruma göre Topluluk'taki veya o üye ülkedeki, teşebbüs ve tüketicilere sağlanan mal ve hizmetleri kapsayacaktır*" ibaresi cironun coğrafi olarak tahsisine ilişkindir.

Cironun elde edildiği yer malların dağıtıldığı ve hizmetlerin sağlandığı yer midir yoksa müşterilerin bulunduğu yer midir? Bu ikisi her zaman özdeş değildir. Örneğin Paris'te yerleşik bir kişiye Berlin'de bir motorlu taşıt satılabilir²³³. Şirket hesaplarına bu konuda düşülen notlar genellikle yeterli olmamakla birlikte denetlenmiş kesin hesapların bulunmadığı durumlarda Komisyon şirketlerin sağladığı rakamlardan yararlanmak zorunda kalabilmektedir²³⁴.

Komisyon "veri bir bölgede" hangi mal ve hizmetlerin meydana geldiğini belirlemek açısından "dağıtım noktası" kriterini uygulamaktadır. Bu genel kural, kendisine malların dağıtıldığı veya hizmetlerin sağlandığı

²³² Hawk-Huser (1996:79).

²³³ Cook-Kerse (2000:68).

²³⁴ *Ciro Tebliği*'nin 29 ncu paragrafı.

müşterilerin bulunduğu yeri (location) esas almaktadır²³⁵. Birçok mal ve hizmet için bu yer, malların dağıtıldığı ve hizmetlerin sağlandığı yerle aynıdır²³⁶. Sonradan faturanın kesildiği yer müşterinin bulunduğu yerden farklı olduğunda da durum değişmeyecektir²³⁷.

Elle tutulabilir mallar açısından bazı kurallar sayılabilir²³⁸. Birincisi, veri bir coğrafi satış bölgesine bir acenta veya satıştan sorumlu şirket (subsidiary) tahsis edilmişse, bunlar tarafından yapılan tüm satışların bu bölgeye tahsis edilmesi gerekmektedir. Örneğin Kanada'daki satışlar için satıştan sorumlu bir şirket tahsis edilmişse bu şirketin satışlarının hiçbirisi Topluluk çapında ciro olarak sayılmayacaktır.

İkincisi, doğrudan ihracat durumunda, müşterinin yerleştiği olduğu veya performansın meydana geldiği ülke farklı bile olsa, ilgili ülke olarak, malların taşındığı ülke alınmalıdır.

Üçüncüsü, aynı ülkedeki bir alıcıya bir satış yapılsa ve bu alıcı da malı başka bir ülkede yerleşik birine satsa (dolaylı ihracat) cironun hesaplanması açısından ilk alıcının yeri belirleyici olacaktır.

Bazen elle tutulabilir ürünlere bağlı olan birtakım hakların satışı sözkonusu olabilir. Örneğin, bir kargo ham petrol Suudi Arabistan'dan Hollanda'ya taşınırken farklı ülke tacirleri arasında birkaç kez ticarete tabi olabilir. Bu durumda elle tutulabilir ürünün kendisinin satışından ziyade buna bağlı bir elle tutulamaz hakkın satışı sözkonusudur ve alıcının yeri alıcının ikamet ettiği yer (residence) olarak alınacaktır.

Hizmetler durumunda da hizmeti tüketen olanın yeri önem arz etmektedir. Alıcı, sözkonusu hizmeti sağlayıcının yerinde elde ediyorsa satış bu yere tahsis edilmelidir. Ancak, alıcı hizmeti evde otururken elde edebiliyorsa satış alıcının yerine göre tahsis edilmeli, yani alıcının ikametgahı esas alınmalıdır. Bu ana kural birçok hizmet sektörü için çözüm niteliğinde olmakla birlikte bazı hizmet türleri açısından problemler doğabilmektedir:

Örneğin ulaştırma ve kurye hizmetleri sözkonusu olduğunda; malların taşınmasında temel kural iyi işlemekle birlikte uluslararası insan taşımacılığı konusunda problem doğmaktadır. Bu durumda uygulanabilecek üç method sözkonusudur²³⁹: 1-Bütün satış geliri

²³⁵ Dolayısıyla, cironun coğrafi tahsisi açısından esas konu işlemin nerede meydana geldiğidir, müşterinin nerede yerleşik olduğu değil.

²³⁶ Hawk-Huser (1996:83).

²³⁷ Ciro Tebliği 46 ncı paragraf.

²³⁸ Broberg (1997:104).

²³⁹ Hawk-Huser (1996:84-85).

varılacak ülkeye tahsis edilebilir (yani New York'tan Paris'e bir gidiş-dönüş bileti sözkonusu olduğunda toplam gelir Fransa'ya tahsis edilecektir). 2- Gelir, çıkış yapılan ülke ile varılacak ülke arasında yarı yarıya tahsisi edilebilir. 3- Bütün gelir satışın yapıldığı ülkeye tahsis edilebilir. Ciro Tebliğinde bu konuda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Komisyon üçüncü seçeneği yani satış noktası kriterini benimsemiştir²⁴⁰. Dolayısıyla, uluslararası insan taşındığı durumda satış noktası kriteri uygulanmalıdır.

Uluslararası kurye taşımacılığına benzetilebilecek olan telekom hizmetleri durumunda da genel kural alıcının ikametgahı olmalıdır. Ancak mobil telefonlar bir istisna oluşturmaktadır. Örneğin, bir İngiliz telekom GSM abonesi Hamburg'tan Münih'e telefon ettiğinde konuşma Alman GSM sağlayıcısı ağı yoluyla yapıldığı halde İngiliz Telekomuna charge edilmektedir. İngiliz Telekom bu ciroyu arayanın ikamet ettiği İngiltere yerine Almanya'da yarattığı için daha iyi görüş İngiliz Telekomun bu ciroyu Almanya'ya tahsis etmesi gerektiğidir.

Uzak mesafe telefon kabloları ve uydu sistemleri, genellikle, kapasiteyi telekom operatörleri konsorsiyumuna satacak olan bir müteahhit tarafından inşa edilmektedir. Müteahhitin donanımın mülkiyetini elinde bulundurduğu durumda, yaratılan ciro konsorsiyum üyelerinin coğrafi mekanına göre (location) tahsis edilmelidir²⁴¹. Diğer bir deyişle telekom işlemleri yoluyla yaratılan ciro, alıcının ikametgahı şeklindeki ana kurala göre tahsis edilmelidir. Bu kuralın tek istisnası, yukarıda da değinildiği üzere, cironun telefon edenin fiili yerine göre tahsis edildiği mobil telefonlar durumudur.

Cironun coğrafi tahsisi açısından problem yaratan diğer bir hizmet sektörü banka ve sigortacılık sektörüdür. Bu sektöre Tüzüğün aşağıda yer alan 5(3) maddesinde ayrıntılı olarak değinilecektir.

Cironun hesaplanması açısından **ilgili mali yıl** da önemlidir. Ciro bir önceki mali yıldaki (yani yoğunlaşmanın bildirildiği yıldan hemen önceki yıldaki) toplam cirodur. A ve B arasındaki yoğunlaşma Eylül 1999'da meydana geliyorsa ve A'nın mali yıl sonu Mart sonu, B'nin mali yıl sonu ise Ekim sonuna denk geliyorsa ciro, sırasıyla 1 Nisan 1998-31 Mart 1999 ve 1 Kasım 1997-31 Ekim 1998 mali yıllarındaki ciro olacaktır²⁴².

²⁴⁰ *Swissair – Sabena davası 7 nci dipnot. Case No. IV/M.616 (July 20, 1995) 15.*

²⁴¹ *Alcatel/STC Case No. IV/M366.*

²⁴² *Cook-Kerse (2000:66)*

Uygulamada, Komisyon teşebbüsün gerçek mali durumunu her zaman tam olarak yansıtmayabilen en son denetlenmiş hesapları dikkate almaktadır. Böylece, örneğin işlemde hemen önceki dönemde, siparişlerde veya üretimde bir azalma şeklinde şirketin mali durumunda geçici bir değişme oluyorsa cironun hesaplanmasında bu tür faktörler gözardı edilmektedir. Kesin hesaplara bunları dahil edecek şekilde bir ayarlama yapılmayacaktır.

Yoğunlaşma mali yılın bitiminden hemen önce meydana geliyorsa ve o mali yıl için denetlenmiş hesaplar henüz mevcut değilse problem yaşanmaktadır. Normalde Komisyon denetlenmemiş, geçici veya işletme hesaplarına güvenmezken bir önceki yıla cari yılın hesapları arasında çok ciddi bir farkın olduğu istisnai durumlarda nihai taslak rakamlar varsa bunları dikkate alabilmektedir.

Çalışmamızın V numaralı bölümünde değinilecek olan Ciro Tebliği'ne göre, bir devralma (örneğin yavru şirket ya da bir fabrika) denetlenmiş hesaplar tarihi ile bildirim yükümlülüğünü doğuran olay arasında meydana geliyorsa şirketin yarattığı ciro veya devralınan varlıklar teşebbüsün son denetlenmiş hesabındaki cirosuna eklenmelidir. Benzer şekilde, şirket bu dönemde bir yavru şirketi elden çıkarıyor veya bir fabrikayı kapatıyorsa bu yavru şirket ya da fabrikanın yarattığı ciro son denetlenmiş hesaptan düşülmelidir. Komisyonun bu konuda resmi bir rehberi bulunmamakla birlikte varsayım olarak, şirket yeni kurulmuş ve ciro elde etmiş ancak henüz mali yılı tamamlanmamışsa da aynı şey geçerli olmalıdır.

5(2) numaralı paragraf hükmüne göre, birinci paragraftan kısaltma yoluyla, yoğunlaşma, yasal varlıklar olarak teşkil edilmesinden bağımsız olarak, bir veya birden çok teşebbüs parçasının devralınmasıyla ortaya çıkıyorsa, satıcı ya da satıcılar açısından sadece işleme konu kısma ilişkin ciro dikkate alınacaktır. Ancak aynı şahıs ya da teşebbüsler arasında iki yıllık bir dönemde meydana gelen birinci paragraf anlamındaki iki veya daha fazla işlem son işlem tarihinde ortaya çıkan tek ve aynı yoğunlaşma olarak ele alınacaktır.

Bu kuralın amacı devralan firmanın hedef firmayı, her parçaya ait Topluluk çapındaki ciro 250 milyon ECU eşiğinin altında kalacak şekilde, parçalar halinde alarak Birleşme Tüzüğü'nün yaptırımından kaçmasına engel olmaktadır²⁴³.

²⁴³ Hawk-Huser (1996:86).

5(3) numaralı paragraf hükmü doğrultusunda;

1998 Mart ayında kredi ve diğer finansal kurumlar açısından, bankacılık gelirlerinin esas alındığı yeni bir ciro hesaplama yöntemi getirilmiştir. Bundan önce kredi ve diğer finansal kurumların cirolarının hesaplanması açısından varlıklara dayalı bir hesaplama söz konusuydu. Bu hesaplamada Dünya çapında cironun yerini varlıkların onda biri kavramı almaktayken Topluluk çapında cironun hesaplanması açısından;

Toplulukta yerleşik kredi kurumları ve müşterilere verilen borç ve avanslar

Tüm kredi kurumları ve müşterilere verilen toplam borç ve avanslar

oranı toplam varlıkların 1/10'u ile çarpılmaktaydı. Eşiğin karşılanması için sonucun, en azından iki ilgili teşebbüs durumunda, 250 milyon ECU veya daha fazla çıkması gerekmektedir.

2/3 eşiği açısından ise;

X üye ülkesinde yerleşik kredi kurumları ve müşterilere verilen borç ve avanslar

Toplulukta yerleşik kredi kurumları ve müşterilere verilen borç ve avanslar toplamı

oranı kullanılmaktaydı. Bulunan rakam 2/3'den az ise eşik sağlanmaktaydı.

Bazı finansal kurumlar borç ve avans vermediğinden cironun coğrafi tahsisini yapmak mümkün olamamaktaydı. Komisyon bu problemi ortadan kaldırmak için varlıklara dayalı bir metod yerine bankacılık gelirine dayanan bir hesaplama getirmiştir. Üstelik, varlıklar testi esas alındığında, önemli bir cirosu (örneğin fee geliri şeklinde), fakat çok az sayıda varlığı bulunan bazı finansal kurumlar söz konusu olduğunda; genel ciro kuralları yerine varlıklara dayalı bu tür özel kurallar kullanılmasının etkisi, ciroları genel kurallara uygun hesaplanıyorsa Topluluk boyutu olduğuna hükmedilecek bazı işlemlerin Topluluk boyutunun bulunmadığı sonucuna varılması olmaktadır. Bu nedenle bankacılık gelirlerinin esas alındığı yeni bir hesaplama yöntemi getirilerek Tüzüğün varlıklara dayalı eski 5(3) (a) maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Buna göre cironun yeri açısından aşağıdakiler kullanılacaktır:

(a) Kredi kuruluşları ve diğer mali kuruluşlar açısından, 1(2) ve (3) hususunda, "Banka ve diğer mali kurumların yıllık ve konsolide hesapları

hakkındaki 86/635 sayılı Konsey Yönergesi"nde yer alan aşağıdaki kalemlerin katma değer vergisi ve bu kalemlerle doğrudan ilişkili diğer vergiler düşüldükten sonraki toplamı:

- (I) Faiz geliri ve benzeri gelirler
- (II) Menkul kıymet geliri
 - Hisse senedi ve değişken getirili diğer menkul kıymet geliri
 - Participating faiz geliri
 - Bağlı teşebbüslerdeki hisse geliri
- (III) Alınabilir komisyonlar
- (IV) Finansal faaliyetlerden net kar
- (V) Diğer faaliyet geliri

Topluluk ya da üye ülkedeki kredi veya finans kuruluşunun cirosu, duruma göre Topluluk veya üye ülkede kurulmuş olan kuruluşun şubesi ya da kolunun elde ettiği yukarıda betimlenen gelir kalemlerini kapsayacaktır.

(b) Sigorta şirketleri durumunda ise; dünya ve Topluluk çapındaki cirolar yerine dünya ve Topluluk çapındaki gayri safi primlerin değeri kullanılmaktadır. Üçte iki kuralı ise sigorta şirketinin Topluluk vatandaşlarıyla yapılan sigortadan elde edilen gayri safi primlerin üçte ikisinin tek ve aynı ülkede elde edilip edilmediği şeklinde değişikliğe uğramaktadır. Üzerinde yazılı gayri safi primler, ilgili sigorta şirketi tarafından veya onun adına çıkarılan sigorta sözleşmeleri itibarıyla alınan ve alınabilir miktarlardan oluşmaktadır (ödenen reasurans primleri dahildir), vergi ve parafiskal katkılar ile bireysel veya toplam prim miktarına göre alınan vergiler düşülmelidir.

5(4) numaralı paragraf hükmüne göre, 2 numaralı paragraf hükmü saklı kalmak koşuluyla, madde 1 (2) ve (3) anlamındaki bir ilgili teşebbüsün toplam cirosu sırasıyla aşağıdaki ciroları toplayarak hesaplanabilir:

- a- İlgili teşebbüsün kendisinin cirosu,
- b- İlgili teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,
- c- İlgili teşebbüs üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,

- d- (c) 'de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,
e- (a)-(d) de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları.

5(4)'den yola çıkarak, bir yoğunlaşmadaki ilgili teşebbüsün cirosu, grup kelimesi maddede yer almamakla birlikte, gruba üye bütün şirketlerin cirosunun toplanmasıyla hesaplanacaktır. 5(1) hükmüne göre, bir şirket grubunun diğerine sağladığı mal ve hizmetler, iki kere saymaya neden olmamak amacıyla, cironun hesabında dikkate alınmayacaktır. 5(5) (a) sayesinde, yoğunlaşma tarafları ile ortaklaşa kontrol edilen teşebbüs arasındaki arz da dışlanmaktadır.

5(5) numaralı paragraf hükmüne göre;

Yoğunlaşmanın ilgili teşebbüslerinin birlikte, 5(4)(b)'de sayılan haklara veya güce sahip olduğu durumda ilgili teşebbüslerin, 1(2) ve (3) amaçları doğrultusunda, toplam cirolarının hesaplanmasında;

a) Ortak teşebbüsle ilgili teşebbüsler veya bunlardan herhangi biriyle 5(4)(b)-(e) de belirtildiği şekilde ilişkili diğer ilgili teşebbüsler arasındaki mal ve hizmet satışından kaynaklanan ciro dikkate alınmayacaktır.

b) Ortak teşebbüsle herhangi bir üçüncü teşebbüs arasındaki mal ve hizmet satışından kaynaklanan ciro dikkate alınacaktır. Bu ciro ilgili teşebbüsler arasında eşit bir şekilde paylaşılacaktır.

IV. CİROSU HESAPLANACAK İLGİLİ TEŞEBBÜSÜN BELİRLENMESİ ve BELLİ TÜR İŞLEMLERDE CİRONUN HESAPLANMASI

IV.1. Cirosu Hesaplanacak İlgili Teşebbüsün Belirlenmesi

Ciro testinin uygulanması açısından ilgili teşebbüs kavramı merkezi bir öneme sahiptir. Ciro eşiklerini uygulamak için öncelikle ilgili teşebbüslerin teşhis edilmesi gerekmektedir. 5(4) ncü maddeye göre, her ilgili teşebbüsün cirosunun hesaplanmasında bu teşebbüslerin cirosuyla grubun kalanının (yani her yavru şirketin, ana ve collateral teşebbüslerin ve bu şirketlerin 5(4)'de sayılan türden birlikte kontrol ettikleri diğer teşebbüslerin) cirosunun toplanması gerekmektedir. A ve B'nin bir ortak girişimi olan AB'nin C'nin kontrolünü devraldığı durumu düşünelim. A ve B'nin Toplulukta ciddi boyutta bir cirosu olsun²⁴⁴.

²⁴⁴ Örnek tablo ve açıklaması, Cook ve Kerse (2000:71)'den alınmıştır.

<u>Teşebbüs</u>	<u>Dünya çapında ciro</u>	<u>Topluluk çapında ciro</u>
A	2500 m euro	325 m euro
B	3000 m euro	300 m euro
AB	60 m euro	60 m euro
C	50 m euro	40 m euro

Eğer ilgili teşebbüs olarak A ve B'nin kendisi alınırsa en az iki teşebbüsün Topluluk çapındaki cirosu 250 milyon eurodan fazla olduğundan 1(2)(b) maddesine göre Topluluk boyutu kriteri sağlanacaktır; fakat ilgili teşebbüs olarak AB alınırsa A ve B'nin ciroları yalnızca 5(4) yoluyla hesaba katılabilecek ve Topluluk boyutu gündeme gelmeyecektir. Çünkü 5(4)'deki toplama usulüne göre yalnızca bir teşebbüs (AB) 250 milyondan fazla bir topluluk cirosuna sahip olabilecektir.

İlgili teşebbüsün ayırıcı özelliği bağımsız bir ekonomik varlık olmasıdır; yani teşebbüsün yasal şeklinden ziyade fonksiyonel varlığı önem arz etmektedir. Bu nedenle bir teşebbüs, söz konusu varlığın ekonomik bağımsızlığı bulunup bulunmamasına bağlı olarak, tek bir şirket, bir şirketler grubu, bir ortak girişim, bir ortaklık veya bir birey olabilir.

Bir yoğunlaşmadaki ilgili teşebbüs ise İlgili Teşebbüsler Tebliği 3 ncü paragrafına göre, genel anlamıyla, işlemdeki birleşen ya da devralan ve devralınan taraflardır. Bir birleşme veya devirden söz edebilmek için de ortada birbirinden bağımsız olan iki işletmenin söz konusu olması gerekir. Eğer birbirlerinden bağımsız olmayan yani aynı gruba bağlı olan işletmeler arasında bir birleşme sözkonusu ise bu bir grup içi birleşmedir, rekabet hukuku kapsamında bir birleşme veya devralma olarak kabul edilemez. Bir işletmenin zaten kontrol ettiği veya ortak bir kontrol altında olan iki işletmenin birleşmesi rekabet hukuku anlamında bir birleşme değildir ve bunlar için izin alınması gerekmez. Bu gibi işletmeler tek bir işletme olarak kabul edilir²⁴⁵.

5 nci paragrafta ise, ilgili teşebbüslerin bir birleşme veya kontrolün devralınması işlemine *doğrudan katılanlar* olduğu ifade edilmektedir. Kontrolün devralınması işleminde satıcı yoğunlaşmanın ilgili teşebbüsü değildir; yoğunlaşmaya doğrudan katılmamaktadır ve devralma işleminden sonra herhangi bir rolü kalmamaktadır. İlgili Teşebbüsler Kavramı Hakkında Tebliğ'nin 8 nci paragrafına göre; işlemin satıcının rızası olmaksızın gerçekleşmeyeceği aşikar olmakla birlikte işlem tamamlandığı zaman devralınan şirket üzerindeki tüm kontrolü

²⁴⁵ Aslan, Y. (2001:257).

kaybettiğinden satıcının rolü sona ermekte ve şirketle bütün bağları kopmaktadır.

ICI/Tioxide kararında²⁴⁶ ICI ve Cookson'ın her biri Tioxide'de %50 paya sahipti. ICI Cookson'dan %50'yi devraldığına Komisyon ilgili teşebbüsleri ICI (devralan taraf) ve bir bütün olarak Tioxide (devralınan taraf) olarak belirlemiştir. Satıcı konumundaki Cookson ise ilgili teşebbüs olarak alınmamıştır. İlgili Teşebbüsler Kavramı Hakkında Tebliğ'ne göre böyle bir durumda ilgili teşebbüsler kalan (devralan) hissedar ve ortak girişimdir, devralma işleminden sonra herhangi bir rolü kalmayan hissedar ilgili teşebbüs olarak alınmaz²⁴⁷.

Ortak kontrolün devralındığı, yaratıldığı ya da kullanıldığı durum ise biraz daha karışıktır. Örneğin A ve B'nin birlikte kontrol ettiği AB, C'nin kontrolünü devralırsa ilgili teşebbüs olarak hangisi alınacaktır? Genel kural olarak, eğer ortak girişim ticari faaliyetini devamlılık esasına göre sürdürmesini sağlayan yeterli kaynağa sahip (mali ve diğer) bir full-function ortak girişim ise ilgili teşebbüsün birlikte kontrol edilen AB olduğu kabul edilmektedir. Ortak girişim sadece hedef şirketin devralınmasına yönelik bir araç niteliğinde olduğunda ise ilgili teşebbüs olarak kabul edilmeyecektir²⁴⁸.

İlgili teşebbüslerin kimliği tesbit edildikten sonra bunların cirosu, ilgili teşebbüsle 5(4) de sayılan türden bağı olan diğer teşebbüslerin cirosunun toplanması suretiyle bulunmaktadır.

IV.2. Belli Tür İşlemlerde Cironun Hesaplanması

Bu bölümün hazırlanmasında kullanılan başlıca kaynaklar Cook ve Kerse (2000) ile Hawk ve Huser (1996)'dır.

- Birleşmeler

Yoğunlaşmaların bir türü bir şirketin diğerini devralması (birleşme) veya ortak girişim oluşturulmasıdır. Taraflar, devralınan tarafların hiçbirinin diğeri üzerinde kontrol sahibi olmayacağı şekilde, ortak girişim durumunda ticari faaliyetlerinin bir kısmını, birleşme durumlarında ise tamamını tek bir şirket veya ticari varlık oluşturmak üzere biraraya getirirler. Bu tür birleşmelerde cironun hesaplanması kolaydır. İlgili teşebbüs birleşme sonucu ortaya çıkan yeni varlık değil, (iki veya daha fazla) bağımsız varlıktır.

²⁴⁶ IV/M.023 (Nov.28,1990).

²⁴⁷ Cook ve Kerse (2000: 72).

²⁴⁸ Cook ve Kerse (2000: 73).

- Teşebbüsün Tamamı Üzerinde Tek Kontrolün Devralınması

Bu durumda iki ilgili teşebbüs vardır: Devralan teşebbüs ve devralınan (ya da hedef) teşebbüs. Kontrol azınlık hisselerinin devralınmasıyla oluştuğunda da durum aynıdır.

- Teşebbüsün Bir Kısmı Üzerinde Tek Kontrolün Devralınması

Yoğunlaşma bir veya birden çok teşebbüsün parçalarının devralınmasının bir sonucuysa cironun hesaplanmasında sadece devralan teşebbüsün ve devralınan parçaların cirosu dikkate alınmalıdır. Satıcının cirosu ilgisizdir. Tüzüğün 5(2) birinci alt paragrafı hükmüne göre; "...yoğunlaşma yasal varlıklar olarak teşkil edilmesinden bağımsız olarak bir veya birden çok teşebbüs parçasının devralınmasıyla ortaya çıkıyorsa, satıcı ya da satıcılar açısından sadece işleme konu kısma ilişkin ciro dikkate alınacaktır. Ancak aynı şahıs ya da teşebbüsler arasında iki yıllık bir dönemde meydana gelen birinci paragraf anlamındaki iki veya daha fazla işlem son işlem tarihinde ortaya çıkan tek ve aynı yoğunlaşma olarak ele alınacaktır". Bu hükümde "parçaların" devralınması şeklinde çoğul bir ifade kullanılmışsa da İlgili Teşebbüsler Tebliği'nde bunun tekili de içerdiği açıkça ifade edilmiştir. Parça veya parçalar bir veya birden çok farklı yasal varlık (yavru şirketler gibi) veya yasal kişiliği bulunmayan divisionlar veya kendi başlarına cironun atfedilebileceği ticari faaliyeti oluşturan spesifik varlıklar olabilir. Bu tür varlıklar marka veya lisanslar veya hava yolları durumundaki spesifik rotalar olabilir. Devralınanın belli bir faaliyete son vermesinin devralmanın ön koşulu olduğu durumda, 5(2) açısından, devralınan kısım olarak devam eden faaliyetler alınacak, sona erdirilen faaliyet dikkate alınmayacaktır.

Teşebbüs parçası üzerinde tek kontrolün elde edildiği bulunduğu durumlarda satıcının azınlık hissesini koruduğu durumda bile 5(2) uygulanacaktır. Magneti Marelli/CEAc davasında²⁴⁹, Fiat, CEAc'nin yavru şirketi olan Alcate Alsthom'un %50.1 hissesini devraldığında satıcı (CEA) %48.3 hisseyi elinde tutmaya devam etmiştir. Devralma Fiat'a Alcatel Alsthom üzerinde tek kontrol sağladığından, Komisyon, 5(2) açısından Fiat'ın ve Fiat'ın devraldığı kısmın (Alcate Alsthom) cirosunu dikkate almıştır. Linde/Fiat davasında ise tersi bir durum gözlenmiştir. Linde Iveco'nun bir parçası olan yavru şirket Carrelli'nin %51 hissesini devralmış, satıcı (Iveco) ise kalan %49'u korumuştur. Iveco'nun %49 hissesine ticari planlar, bütçe vb konulardaki veto hakkı eşlik ettiğinden Linde ve Iveco'nun ortak kontrolü söz konusu olmuş, %51 hisseye

²⁴⁹ [1991] O.J. L222/38 [1992]4 C.M.L.R.M61.

rağmen Iveco Carrelli'nin tek kontrolünü alamamıştır. Cironun hesaplanmasında da buna paralel olarak Linde, Carrelli ve Iveco'nun ciroları dikkate alınmıştır.

- *Teşebbüs Parçası Üzerindeki Tek Kontrolün Aşamalı Olarak Devralınması*

Teşebbüs parçalarının zaman içinde aşamalı olarak devralınması durumunda Madde 5(2) yine geçerlidir. Eğer iki veya daha fazla teşebbüs parçasının devralınması iki yıllık bir dönemde meydana geliyor ve aynı iki şahıs ya da teşebbüs arasındaki işlemlerden kaynaklanıyorsa bu devralmalar son devralma tarihinde meydana gelmiş tek ve aynı yoğunlaşma olarak ele alınacaktır.

Bu tür bir aşamalı işleme örnek Volvo/Lex'tir. 4 aylık aralıklarla Volvo önce İngiltere'deki Lex yavru şirketinin varlıklarını daha sonra da İrlanda'daki Lex yavru şirketinin hisselerini devralmıştır. İkinci işlemde devralınan parçanın Topluluk cirosu 20 milyon euro (yani eşğin altında) olduğu halde bu işlemin Topluluk boyutuna sahip bir işlem olduğu sonucuna varıldı. Çünkü 20 milyon euro ciro, ilk işlemde devralınan parçanın 784 milyonluk Topluluk ciroyuyla toplanmıştır. Ancak hissedarlığın iki yıllık bir dönemde aşamalı olarak devralınmasının bu hükmün dışında kaldığına dikkat edilmelidir.

- *Önceden Ortak Kontrol Varken Tek Kontrolün Devralınması*

Teşebbüsün önceden ortak kontrole tabi şirketlerin tam kontrolünü devraldığı işlemler genellikle ikiye ayrılmaktadır: Birinci ve daha genel olan durum bir ortak girişimdeki bir hissedarın daha önce başka hissedar ya da hissedarların elinde olan hisseyi (veya en azından tek kontrolü sağlayacak kadar büyük bir hisseyi) devralmasıdır. Bu durumda birleşme durumunda uygulanan hüküm uygulanmakta ve bu tek bir yoğunlaşma olarak ele alınmaktadır. Yani sadece iki ilgili teşebbüs vardır: Devralan ana şirket ve tek kontrolünü devraldığı ortak girişim. İkincisi, önceden mevcut bir ortak girişimin varlıklarının/işlemlerinin bir kısmı üzerinde tek kontrole sahip ana şirketlerce parçalandığı demerger durumudur. Bu durumda her devralma ayrı bir devralma olarak değerlendirilecektir. Ancak her yoğunlaşma için yine iki ilgili teşebbüs olacaktır. Devralan ana şirket ile üzerinde tek kontrolün devralındığı ortak girişim kısmı. İkinci işleme örnek olarak Solvay ve Laporte'un her birinin %50 hissedar olduğu ortak girişim verilebilir²⁵⁰. Ana şirketler Interrox'u, Solvay'in Interrox'un faaliyetlerinden birinin, Laporte'un ise diğerinin tek kontrolünü (%100) devralacağı şekilde parçalamaya karar vermişlerdir.

²⁵⁰ Case No. IV/M.197 (April 30, 1992).

İşlemin iki adet yoğunlaşmadan ibaret olduğu sonucuna varılmıştır. Birinde ilgili ciro Solvay'ın ve devraldığı Interlox'un cirosuyken, diğerinde Laporte'un ve devraldığı Interlox kısmının cirosuydu.

- Ortak Kontrolün Devralınması: Yeni Kurulan Şirketler

İlgili Teşebbüsler Tebliği 21 nci paragrafına göre bir ortak girişim yeni kurulmuşsa kendi cirosu olamayacağından ilgili teşebbüs olarak sadece ortak kontrolü devralan şirketler alınacaktır.

Ancak Komisyonun ana şirketlerle bağlantılı bütün grubun cirosunu alması konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Volvo/Atlas²⁵¹ ve Steetley/Tarmac²⁵² davalarında Komisyon ortak girişime katılan taraflarla bağlantılı olan bütün grubun cirosunu dikkate almışken, Sanofi/Sterling Drug²⁵³ davasında ortak girişimin sadece hali hazırdaki "ana şirketlerinin" cirosunu almıştır, ait oldukları grupları değil. Linde-Fiat davasında, Carrelli'nin ortak kontrolü yoluyla ana şirketlerden biri olmaya devam eden Iveco'nun da cirosunu dahil etmiş fakat tüm Fiat grubunun cirosunu katmamıştır.

- Ortak Kontrolün Devralınması: Mevcut Şirket

İki veya daha fazla bağımsız varlık başka bir varlığın ortak kontrolünü devraldığında, alıcı cephesinde, bütün bu varlıklar ayrı birer ilgili teşebbüs olarak kabul edilirken, üzerinde ortak kontrolün devralındığı hedef şirketin ayrı bir ilgili teşebbüs olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda bu şirketin niteliğine bakılmaktadır. Bu noktada şirketin önceden kurulmuş bir şirket mi yoksa yeni kurulan bir şirket veya ortak girişim mi olduğu önem kazanmaktadır. Önceden kurulmuş bir teşebbüse ilgili teşebbüs olarak Kabul edilirken, yeni kurulmuş bir teşebbüse veya ortak girişimse ayrı bir ilgili teşebbüs olarak Kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla, mevcut bir şirketin ortak kontrolü söz konusu olduğunda Komisyon ilgili teşebbüs olarak, ortak kontrolü alan şirketleri ve ayrıca kontrolü devralınan mevcut şirketi almaktadır. Ortak kontrol daha önce mevcut bir yavru şirket üzerinde tek kontrole sahip olan ana şirketin bu yavru şirketteki hissesini satmasıyla oluşuyorsa ilgili teşebbüsler yeni taraflar ve hedef şirket (şu anda ortak kontrole tabi olan daha önceki yavru şirket) olacaktır.

İki şirket önceden mevcut olan tek kontroldeki faaliyetlerinin bir kısmını yeni kurulan bir ortak girişim altında birleştirdiğinde ise, ortak

²⁵¹ [1992] 4 C.M.L.R. 345.

²⁵² [1992] 4 C.M.L.R. 343.

²⁵³ [1993] 5 C.M.L.R. M1.

girişimin ayrı bir ilgili teşebbüs olarak alınıp alınmayacağı konusunda Komisyon net değildir. Ortak girişimin yeni kurulduğu mu düşünülmelidir yoksa önceden mevcut olduğu mu? Burada uygulanabilecek kural, önceden mevcut ve tanımlı bir yıllık cirosu bulunduğundan ortak girişimi ayrı bir ilgili teşebbüs olarak kabul etmektir.

Ortak girişimin kendisinin ayrı bir ilgili teşebbüs olarak alınıp alınmayacağından bağımsız olarak Komisyon, işlem nedeniyle ortak kontrolü devralan veya elinde tutan her ana şirketin ayrı bir ilgili teşebbüs olarak alınması kuralını uygulamaktadır. Bu kural Toplulukta önemli bir etkisi bulunmayan işlemlerin de Birleşme Tüzüğü'nün kapsamına alınmasına yardım etmiştir. Bu durumda, örneğin General Motors ve IBM birlikte Mexico City'de bir otel devraldığına bu işlem ortak girişimin de minimis niteliğine rağmen ciro eşiklerini sağlayacaktır²⁵⁴.

- *Ortaklaşa Kontrol Edilen Şirketlerce Yapılan Devralmalar/
Ortak Girişim*

Ortaklaşa kontrol edilen şirketlerce yapılan devralmalar bazı karışıklıklara yolaçabilmektedir. Topluluk boyutu olup olmadığına karar vermek açısından ortaklaşa kontrol edilen şirketin devralma amacıyla mı kurulduğu yoksa önceden kurulmuş bir full-function ortak girişim mi olduğu önem kazanmaktadır. Her halükarda, Tüzüğün 5(4) maddesi gereği, ana şirketlerin ve bunların bağlantılı gruplarının cirosu alınmakla birlikte tarafların ilgili teşebbüs olarak alınmasında fark vardır.

İlgili Teşebbüsler Tebliği 28 nci paragrafına göre; devralma ana şirketlerin devralma amacıyla kullandığı bir araçtan ibaretse (konsorsiyum ihalesindeki gibi) ilgili teşebbüs ortak girişimin kendisi değil ana şirketlerin her biri ve hedef şirket olacaktır. Özellikle ortak girişimin hedef şirketi devralma amacıyla kurulduğu, henüz faaliyet göstermeye başlamadığı, yasal bir kişiliğinin veya full function niteliğinin bulunmadığı, ve teşebbüs birliği olduğu durumlar böyledir. Ana şirketlerin işlemin arkasındaki gerçek oyuncular olduğuna dair göstergeler bulunduğu da aynı kural uygulanacaktır. Bu göstergeler, ana şirketlerin işlemin teşviki, organizasyonu ve finansmanına garkolduğu durumları içerebilir. Ayrıca, devralmanın ortak girişimin faaliyetlerinin niteliğinde önemli bir çeşitlendirmeye yol açması da ana şirketlerin işlemin gerçek oyuncuları olduğunu gösterebilir. Ortak girişimin farklı bir ürün piyasasında faaliyet gösteren bir hedef şirketi devraldığındaki durum budur. Bu tür durumlarda ana şirketler ilgili teşebbüs olarak alınacaktır.

²⁵⁴ Hawk-Huser (1996:93).

İlgili teşebbüsün cirosunun hesaplanmasında 5(4)'e göre her ana şirketin cirosu ile grubun kalanının cirosu toplanmalıdır. Ana şirketlerin her ikisinin ilgili teşebbüs olduğu durumda cironun hesaplanmasında 5(5) hükümleri de dikkate alınacaktır.

Piyasada zaten faaliyet göstermekte olan full-function ortak girişimlerin yaptığı devralmalarda ise durum tersinedir. Burada ilgili teşebbüsler ortak girişimin ana şirketleri değil, ortak girişimin kendisi ve hedef şirket olacaktır²⁵⁵. Bu, ana şirketlerin cirosunun gözardı edildiği anlamına gelmez sadece ana şirketler ayrı birer ilgili teşebbüs olarak sayılmamaktadır. Komisyonun görüşüne göre, 5(4) gereği olarak, ortak girişimin cirosu hem ana şirketlerin hem de bunların ilgili gruplarının cirosu toplanarak bulunmalıdır.

Bu görüşün altında yatan mantık 5(4) (c)'nin yorumlanmasıyla ilgilidir. 5(4) (c)'ye göre, "ilgili teşebbüsün" cirosu, ilgili teşebbüs üzerinde 5(4) (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip teşebbüslerin pazar payları veya cirolarını da içerecektir. Ortaklaşa kontrol edilen bir şirketin her ana şirketi, doğrudan veya dolaylı olarak sermayenin veya ticari varlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine sahip olmasa da şirketlerin (birlikte) teşebbüsün işlerini idare etme hakkına sahip olduğu tartışılabilir. Komisyona göre, maddede "ilgili teşebbüste ilgili haklara sahip olan teşebbüsler" şeklinde çoğul kullanılmasından yola çıkarak, Komisyon, bir ortak girişimi ortaklaşa kontrol eden teşebbüslerin her ikisini dikkate almak gerektiği görüşündedir. Nitekim, Ciro Tebliği'nde de 5(4) (c)'nin ortaklaşa kontrol edilen teşebbüsün ana şirketlerine uygulanma amaçlı olduğu ifade edilmiştir.

- *Önceden Mevcut Olan Bir Ortak Girişimin Hissedar Yapısında Değişme*

Bir ortak girişimde ya da ortaklaşa kontrol edilen bir şirketteki hissedarlık yapısının değişmesine yol açabilen çeşitli işlemler olabilir.

Birincisi, bir veya birden çok hissedar ortak girişimden ayrıldığında bunun etkisi kalan hissedarlara daha önceki ortak kontrol yerine tek kontrol vermek olabilir. Bu durumda ilgili teşebbüs tek kontrolü devralan hissedar ile üzerinde böyle bir kontrolün kullanıldığı önceden birlikte kontrol edilen şirkettir. Tek ya da birlikte kontrol hakkı olmayan diğer şirket hissedarları ilgili teşebbüs olarak sayılmayacaktır.

²⁵⁵ *İlgili Teşebbüsler Kavramı Hakkında Tebliğ (OJ 1998 C66/14) 57 nci paragraf.*

Diğer bir durum hissedarların ortak girişimden ayrıldığı, ancak bunun kalan hissedarların tek ya da birlikte kontrolü devralmasına yol açmadığı durumdur. İki olasılık söz konusudur. Birincisi, mevcut hissedarların ayrılmasıyla ortak kontrolün kalan hissedarlarca daha yoğun bir şekilde kullanılmasıdır. Bu duruma örnek olarak Avesta II²⁵⁶ davası verilebilir. Bu olayda işlemten önce dört ana hissedar arasında bir ortak girişim vardı. Bunlardan British Steel ve NCC tüm veto haklarını kullanırken Axel Johnson ve AGA sınırlı veto hakkına sahipti. Axel Johnson paylarını satarak ortak girişimden ayrılınca artık tüm veto hakkını kullanabildiği için AGA'nın konumu güçlenmiştir. Komisyon AGA'nın ortak girişimdeki konumunun "önemli ölçüde değiştiği"ni ve kontrolün niteliğinde bir değişme meydana geldiğini ifade etmiştir. Böyle bir durumda ilgili teşebbüsler, ortak kontrolü ve ayrıca ortak girişimi yürüten kalan hissedarların her biridir. Kontrolün niteliği değişmeksizin sadece ortak kontrole sahip taraf sayısında bir azalma oluştuğunda ise işlem yeni bir yoğunlaşma olarak ele alınmayacaktır.

Son olarak, hissedar sayısının azalması, artması ya da aynı kalmasından bağımsız olarak, bir işlem bir veya birden çok hissedarın kontrolü devralmasıyla sonuçlandığında Komisyon kontrolün niteliğinin değiştiğini varsaymaktadır. Bu, yeni bir hissedarın kontrol hakkı elde etmesiyle, önceden kontrol hakkı bulunmayan bir hissedarın kontrol hakkı elde etmesiyle veya bir hissedarın kontrol hakkını üçüncü bir tarafa devretmesiyle gerçekleşebilir. Komisyon bu tür bir işlemin ortak girişimin kontrolü konusunda değişikliğe, dolayısıyla bir yoğunlaşmaya yol açtığını öne sürmektedir. Bu durumda ilgili teşebbüsler kontrol hakkı olan hissedarlarla (mevcut ve yeni) ortak girişimin kendisidir²⁵⁷. Bu konudaki örnek bir dava iki hissesardan birinin ortak girişim şirketindeki payını üçüncü bir tarafa devrettiği Synthomer/Yule Catto davasıdır.²⁵⁸

- *İlgili Teşebbüslerin Mevcut Bir Ortak Girişimde Hissedar Oldukları Durum*

İlgili teşebbüslerin başka bir teşebbüs üzerinde 5(4)(b)'de sayılan türden ortaklaşa "kontrol hakları"nın bulunduğu durumlarda, ortaklaşa kontrol edilen varlığın cirosunun toplanması açısından 5(5) özel bir hüküm getirmektedir. Birincisi, ortak girişim ile ilgili teşebbüslerin her biri arasında veya 5(4)(b)-(e)'ye uygun olarak cirosunun ilgili teşebbüsün cirosuyla toplanacağı diğer herhangi bir teşebbüs arasındaki mal ve hizmet akımından doğan ciro dikkate alınmayacaktır.

²⁵⁶ Case IV/M.452, Decision of 9 June 1994.

²⁵⁷ Bellamy-Child 1996: paragraf 6-011.

²⁵⁸ Case IV/M.376, Decision of 22 October 1993.

İkincisi ortak girişimin üçüncü taraflara satışından elde edilen ciro, ortak girişimdeki fiili paylarından bağımsız olarak, ciroyu ana şirketler arasında eşit bir şekilde paylaşmak suretiyle ilgili teşebbüsün ciroyuyla toplanmaktadır. Böylece eğer A ve B bir ortak girişim şirketindeki 50:50 hissedarsa ortak girişimin cirosu bunlar arasında eşit olarak oranlanacaktır. Oranlanmış rakamlar madde 5'e uygun olarak diğer cirolar ile toplanacaktır. Ancak ortak girişimdeki oranın 60:40 olduğu durumda da 50:50 paylaşımı yapılacaktır. Ayrıca, bir ortak girişimi A, B ve C şeklinde üç tarafın işlettiği durumda da aynı 50:50 paylaşımı uygulanmakla birlikte, A ve B'nin ortak girişimdeki payları ortak kontrolü almaları için yeterliyse yoğunlaşmanın ilgili teşebbüsleri olarak sadece A ve B alınmaktadır²⁵⁹.

- Aset Değiş Tokuşu

İki veya daha fazla şirket varlıklarını değiş tokuş ettiğinde her birinin diğerinin varlıkları üzerindeki kontrolü devralması farklı yoğunlaşmalar olarak alınmaktadır. Her bir yoğunlaşma açısından, ilgili teşebbüsler, devralan şirket ve devralınan varlıklardır. Değiş tokuşların birbirini gerektirmesi ve belli bir anlaşmayla uyumlu olması da durumu değiştirmeyecek ve Komisyon bunları ikiden fazla ilgili teşebbüsün bulunduğu tek bir yoğunlaşma olarak kabul etmeyecektir.

- İşletme Hisselerinin Devralınması

İşletme hisselerinin devralınması ve benzer işlemler ilgili teşebbüsün belirlenmesinde bazı zorluklara neden olmaktadır. Temel soru hisselerin devralınmasından sonra teşebbüsün kontrolünü kimin alacağıdır: Bireysel yöneticiler mi, bir araç şirket mi, veya bir dış yatırımcı mı? Yöneticilerin, işletme hisselerinin devralınmasına yönelik bir şirket yoluyla, bir hedef şirketi devraldığı durumda ilgili teşebbüs, full-function bir ortak girişim niteliğinde olduğu sürece işletme hisselerinin devralınmasına yönelik şirkettir. Yöneticiler ve dış yatırımcıların gerçek oyuncular olduğu durumda ise bu hüküm geçerli olmayacaktır.

Kontrol işlevinin bireysel yöneticiler yerine dış yatırımcılar tarafından yerine getirildiği ve şirketin devralınmasının sadece bir araç olduğu durumda ilgili teşebbüs dış yatırımcılardır. CWB/Goldman Sachs/Tarkett²⁶⁰ olayında iki yatırımcı grubunun her biri, hisselerin devralınmasına yönelik olarak kurulan yeni şirketteki oy haklarının %44'ünü elinde tutmaktaydı. Yatırımcı gruplarından biri ortaklaşa kontrol

²⁵⁹ Madde 5(5) (b)'nin uygulanması açısından *Mc Dermott/ETPM* olayına bakılabilir: [1998] 5 C.M.L.R. 148.

²⁶⁰ [1994] 4 C.M.L.R. 604.

edilmekteydi ve sadece bir araç niteliğindedi. Bu nedenle ilgili teşebbüs, ortaklaşa kontrol edilen yatırımcı grubun iki ana şirketi ile diğer yatırım grubuydu.

Kontrolün bireysel yöneticilerin elinde olduğu durumda eğer bunlar fiili olarak teşebbüs ise ilgili teşebbüsler olarak alınacaklardır.

- Şahısların Kontrolü Devralması

Bir şahıs eğer dış ekonomik faaliyetleri kendi hesabına gerçekleştiriyorsa Komisyon bu şahsı bir teşebbüs olarak kabul etmektedir. Şahsın ilgili teşebbüs olarak cirosu, 5(4)'e uygun olarak kontrol ettiği teşebbüslerin cirolarının toplamından oluşacaktır.

- Kontrolün Kamu Şirketlerince Devralınması

4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 12 nci resitaline göre bir kamu şirketi de ilgili teşebbüs olabilir; dolayısıyla yoğunlaşmaların kontrolü konusunda kamu ve özel sektör arasında ayırım yapılmamaktadır. Bir kamu teşebbüsünün cirosu, sermayelerinin tutulma şekline ve uygulanan yönetsel denetleme kurallarına bakılmaksızın, "bağımsız karar gücü bulunan bir ekonomik birim teşkil eden" bütün teşebbüslerin cirosunu içerecektir. CEA Industrie/France olayında bu kural uygulanarak, Fransız hükümetinin atom enerjisi şirketi ile telefon şirketi, her ikisinin de sahibi aynı devlet olduğu halde, ayrı ilgili teşebbüsler olarak ele alınmıştır.

- Kredi ve Diğer Mali Kurumlar ile Sigorta Şirketleri

Kredi ve diğer finansal kurumlara ilişkin hükümler Tüzüğün 5 nci maddesinin (a) bendinde yer alırken, sigorta şirketlerine ilişkin hükümler (b) bendinde yer almaktadır.

1 Mart 1998'den sonranydana gelen yoğunlaşmalara uygulanan 5(3)(a)'da finansal teşebbüsler için ciro hesaplanması kuralları yer alırken şu gelir kalemleri de tanımlanmaktadır: faiz ve benzeri gelir, menkul kıymet gelirleri, alınabilir komisyonlar, finansal işlemlerden elde edilen net kar ve diğer faaliyet gelirleri.

Cironun bu şekilde hesaplanması sayesinde spesifik gelir kalemleri esas alınmış ve eski "varlıklar" testinden kaynaklanan problemler ortadan kalkmıştır. Varlıklar testine ve ortaya çıkan problemlere Tüzüğün 5(3) maddesinin açıklandığı bölümde değinilmiştir.

5(3) sigorta şirketleri için de özel bir hüküm içermektedir. 5(3)(b)'de cironun yerini prim geliri almış, dolayısıyla, Tüzüğün 1(2) (b) ve 1(2)'nin son kısmındaki hükmü itibarıyla, Topluluk cirosu ve üye devlet

cirosunun yerini sırasıyla Topluluk sakinlerinden ve üye devlet sakinlerinden alınan gayri safi primler almıştır.

Sigorta şirketi reasurans, hayat sigortası ve emeklilik sigortası gibi sigorta faaliyeti gerçekleştiren tüm şirketleri ifade etmektedir. Sigorta brokerları veya sigorta danışmanları gibi sigortalama dışında kalan sigorta işleri diğer finansal kurumlar olarak sınıflandırılmaktadır.

Önceki mali yıldaki prim düzeyini hesaplarken sadece sözkonusu yılda yapılan yeni sigorta sözleşmelerine ilişkin değil, önceki yıllarda yapılan ve ele alınan dönemde yürürlükte bulunan sözleşmelere ilişkin bütün primler dikkate alınmaktadır.

Bir sigorta şirketi yatırım yaptığında, yatırım yaptığı teşebbüs üzerinde kontrol hakkı sağlayan yatırımlarla (bu durumda teşebbüsün cirosu ile sigorta şirketinin kendisinin üzerinde yazılı gayrisafi primleri toplanmaktadır) sigorta şirketinin teşebbüsün yönetimine dahil olmadığı tamamen finansal yatırımlar arasında ayırım yapılması önemlidir (bu durumda ciro sayılmamaktadır).

Primlerin coğrafi dağılımı açısından temel kural, tahsisin sigorta primini ödeyen müşterilerin ikamet ettiği yere göre yapılmasıdır. Müşteriler bankalar veya (reasurans durumunda) diğer sigorta şirketleriyse; şubeler, kollar ve yasal kişiliği bulunmamakla birlikte kalıcı bir şekilde faaliyet gösteren diğer teşebbüsler kuruldukları ülkenin yerleştiği olarak ele alınacaktır.

- Faaliyet Alanı Karmaşık Olan Finansal Şirketler

Bir yoğunlaşmanın ilgili teşebbüsü olan finansal şirket kredi, sigorta brokerliği, sigorta işleri veya sıradan faaliyetler (örneğin seyahat acenteliği gibi) şeklinde birden fazla kategoride faaliyet gösterebilirler. Böyle bir durumda grubun toplam konsolide cirosuna bakmak yerine grubun farklı parçalarına farklı kriterler uygulanması, daha sonra da elde edilen bu alt toplamaların toplanması gerekecektir. Bu, Tüzüğün 5(4) maddesindeki, bir yoğunlaşmadaki ilgili teşebbüsün cirosunun grubun bütün şirketlerinin cirosunun toplanması yoluyla hesaplanacağı şeklindeki hükümlerle de tutarlıdır.

**V. CİRÖNÜN HESAPLANMASI HAKKINDA
KOMİSYON TEBLİĞİ²⁶¹**

(TEŞEBBÜSLER ARASI YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ
HAKKINDAKİ 4064/89 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ (AET)
ÇERÇEVESİNDE)
(Avrupa Ekonomik Derneği İliintili Metin)

- I. Cironun “Muhasebe” Şeklinde Belirlenmesi
 1. Ticari Faaliyetin Bir Yansıması Olarak Ciro
 - 1.1. Ciro
 - 1.2. Olağan Faaliyetler
 2. “Net” Ciro
 - 2.1. İndirim ve Vergilerin Düşülmesi
 - 2.2. “İç” Cironun Düşülmesi
 3. Farklı Türde Faaliyetler İçin Ciro Hesaplama Kurallarının Uyumlaştırılması
 - 3.1. Genel Kural
 - 3.2. Şirket Parçalarının Devralması
 - 3.3. Aşamalı (Staggered) İşlemler
 - 3.4. Grupların Ciro su
 - 3.5. Devlet Sahipliğindeki Şirketlerin Ciro su
- II. Cironun Coğrafi Olarak Tahsisi
 1. Genel Kural
 2. Cironun ECU'ya Çevrilmesi
- III. Kredi Kurumları ile Diğer Mali Kurumlar ve Sigorta Şirketleri
 1. Tanımlar
 2. Cironun Hesaplanması

1. Bu Tebliğin amacı son olarak 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü²⁶² (AT) tarafından tadil edildiği haliyle 4064 sayılı Konsey Tüzüğü'nün²⁶³ (bundan sonra 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü olarak anılacak) 1 ve 5 nci madde metnini genişleterek prosedüre ve uygulamaya ait şüphe ve sıkıntı yaratan belli sorunları aydınlatmaktır.

²⁶¹ OJ 1998 C66/25

²⁶² OJ 1997 L180/1

²⁶³ OJ 1989 L395/1; düzeltilmiş versiyonu OJ 1990 L257/13

2. Bu Tebliğ Komisyonun 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nü güncelleştirme uygulamasından elde ettiği tecrübeye dayanmaktadır. Tebliğde öne sürülen ilkeler Komisyonun bireysel durumlardaki uygulamaları tarafından takibedilecek ve daha da geliştirilecektir.

Bu Tebliğ cironun hesaplanması konusundaki Tebliğ'in²⁶⁴ yerini almıştır.

3. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde Komisyonun *görevleri* açısından iki yönlü bir test mevcuttur. Birinci test işlemin Madde 3 anlamında bir yoğunlaşma olması gerektiğidir²⁶⁵. İkincisi Madde 1'de yer alan ciro eşiklerini kapsamaktadır ve Topluluk üzerinde bir etkisi olan ve Topluluğun çıkarına olduğuna hükmedilebilecek bu tür işlemleri teşhis etmek için tasarlanmıştır. Ciro bir yoğunlaşmada biraraya getirilen ekonomik kaynakların bir temsili (proxy) olarak kullanılmakta ve bu kaynakların coğrafi dağılımını yansıtmak açısından coğrafi olarak tahsis edilmektedir.

Madde 1'de sırasıyla 2 nci ve 3 üncü paragraflarda iki grup eşik açıklanmaktadır. Madde 1(2) öncelikle işlemin bir Topluluk boyutu olup olmadığını belirlemek için kontrol edilmesi gereken eşikleri açıklamaktadır. Bu açıdan, dünya çapındaki ciro eşikleri ilgili teşebbüslerin bütün boyutlarını ölçmeye yöneliktir; Topluluk ciro eşiği, yoğunlaşmanın Toplulukta minimum bir faaliyet düzeyi içerip içermediğini belirlemeye çalışmaktadır; üçte iki kuralı tamamıyla ülke içi olan işlemleri Topluluğun yetki alanının dışında bırakmayı amaçlamaktadır.

Madde 1(3) sadece Madde 1(2)'de belirtilen eşiklerin karşılanmadığı durumda uygulanmalıdır. Bu ikinci eşikler seti Madde 1(2) altında Topluluk boyutuna haiz olmayan fakat en azından üç üye ülkede milli rekabet kuralları altında bildirilmesi gereken (çoklu bildirim olarak adlandırılmaktadır) işlemlerle ilgilenmek için tasarlanmıştır. Bu amaçla, Madde 1(3) ilgili teşebbüsler açısından hem dünya çapında hem de Topluluk çapında daha düşük ciro eşikleri koymaktadır. Eğer bu daha düşük eşikler sağlanırsa ve ilgili teşebbüsler en azından üç üye ülkede minimum bir faaliyet düzeyi elde ederse bu yoğunlaşmanın bir Topluluk boyutu vardır. Madde 1(3) ayrıca tamamen yurtiçi olan işlemleri belirlemeyi amaçlayan Madde 1(2) ninkine benzeyen bir üçte iki kuralı içermektedir.

4. Eşikler yoğunlaşma taraflarının piyasa durumunu ya da eylemin etkisini değerlendirmek için değil, bir yetki tesis etmek için tasarlanmıştır. Bu eşikler, sadece doğrudan yoğunlaşma işleminde içerilenleri değil,

²⁶⁴ OJ 1994 C385/21

²⁶⁵ Yoğunlaşma Kavramı Hakkındaki Tebliğ'e bakınız.

tarafların bütün faaliyet alanlarından elde ettikleri ciolarla bütün faaliyet alanlarına tahsis ettikleri kaynakları içermektedirler. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5 nci maddesi cironun ne şekilde hesaplanması gerektiğini açıklarken, 1 nci maddesi Topluluk boyutuna sahip bir yoğunlaşmanın belirlenmesinde kullanılacak eşikleri belirlemektedir.

5. Piyasa payı veya diğer kriterler yerine sadece ciro hesaplanmasına dayanması nedeniyle 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1 nci maddesindeki eşiklerin tamamen kantitatif olması, bu eşiklerin amacının işlemlerinin Topluluk boyutuna haiz olup olmadığı ve dolayısıyla bildirilebilir olup olmadığını belirlemek açısından birleşmeye taraf şirketlerin kolayca kullanabileceği basit ve objektif bir mekanizma sağlamak olduğunu göstermektedir.

6. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1 nci maddesi açısından kesin netice, cironun hangi sektörde elde edildiğine ve bu sektörlerin sözkonusu işlemde etkilenip etkilenmeyeceğine bakılmaksızın ilgili teşebbüslerin ciro rakamları itibarıyla ayrı ayrı ekonomik gücünü ölçmektir. Bu suretle 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü birleşmenin Topluluk çıkarına olup olmadığına karar vermek açısından birleşme yoluyla biraraya getirilen bütün ekonomik ve mali kaynakların belirlenmesine öncelik vermiştir.

7. Bu çerçevede, cironun işleme taraf teşebbüslerin ekonomik gücünü mümkün olduğu kadar doğru bir şekilde yansıtmaları gerektiği aşıkardır. Ortaya çıkan rakamların ekonomik gerçekliği doğru bir şekilde ifade etmesini sağlamak üzere tasarlanmış olan 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5 nci maddesindeki kurallar setinin amacı budur.

8. Cironun hesaplanmasıyla ilgili olarak Komisyonun Maddde 1 ve 5 'i yorumu, İlk Derece Mahkemesi ve ATAD tarafından getirilebilecek yoruma zarar vermemektedir.

1. CİRONUN MUHASEBE ŞEKLİNDE HESAPLANMASI

1. Ticari Faaliyetin Bir Yansıması Olarak Ciro

1.1. Ciro Kavramı

9. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5 nci maddesinde kullanıldığı haliyle ciro kavramı açıkça "malların satışı ve hizmetlerin sağlanmasından elde edilen miktarları" ifade etmektedir. Böylece hem mal hem de hizmet açısından teşebbüsün faaliyetinin bir yansıması olan satış, cironun hesaplanmasındaki zorunlu kriterdir. "Satıştan elde edilen gelir" şirket hesaplarında genellikle satış başlığı altında görünmektedir.

10. Mallar söz konusu olduğunda ciro, mülkiyetin el değiştirmesini içeren her ticari faaliyet teşhis edilerek kolaylıkla belirlenebilir.

11. Hizmetler durumunda ise, ticari faaliyet bir değer transferi içerdiği için, cironun hesaplanmasında dikkate alınacak faktörler çok daha karmaşıktır.

12. Hizmetler durumunda cironun hesaplanma yöntemi, genel olarak, mallar durumunda kullanılanı farklı değildir; Komisyon toplam satış miktarını dikkate almaktadır. Hizmetin sağlayıcı tarafından doğrudan tüketiciye satıldığı durumda, ilgili teşebbüsün cirosu son mali yıldaki toplam satış miktarından oluşmaktadır.

13. Hizmet sektörünün karmaşıklığından dolayı, bu genel prensibin sağlanan hizmetin spesifik koşullarına adapte edilmesi gerekebilir. Nitekim, belli faaliyet sektörlerinde (turizm ve reklamcılık gibi), hizmet diğer sağlayıcıların aracılığıyla satılıyor olabilir. Bu tür sektörlerin çeşitliliğinden dolayı birçok farklı durum ortaya çıkabilir. Örneğin aracı gibi davranan bir hizmet teşebbüsünün cirosu sadece aldığı komisyonlardan ibaret olabilir.

14. Benzer şekilde, kredi, finans ve sigorta gibi bir dizi alanda ciro hesaplanmasında III. Bölümde üzerinde durulacak teknik problemler doğmaktadır.

1.2. Olağan Faaliyetler

15. Madde 5(1) hükmüne göre, ciro hesaplanmasına dahil edilecek miktarlar ilgili teşebbüslerin olağan faaliyetlerine karşılık gelmelidir.

16. Kamu otoritelerince teşebbüslere sağlanan yardımlar açısından, ilgili teşebbüsün sıradan faaliyetleriyle ilişkili herhangi bir yardımın eğer yardımı alan teşebbüsün kendisiyse ve yardım doğrudan mal ve hizmet satışıyla ilgiliyse ve bu nedenle de fiyata yansıtılıyorsa ciro hesaplanmasına dahil edilmesi gerekmektedir²⁶⁶. Örneğin bir mal tüketimine yönelik bir yardım, imalatçının tüketicinin fiili olarak ödediğinden daha yüksek bir fiyattan satmasını sağlar.

17. Hizmetler açısından, Komisyon teşebbüsün hizmeti sunmak için gerekli olan kaynakların tesisine ilişkin faaliyetlerine bakmaktadır. Accor/Wagons Lits kararında²⁶⁷ Komisyon Wagons-Lit'in kar-zarar

²⁶⁶ IV/M.156- 27 Kasım 1991 tarihli Cereol/Continentale Italiana davasına bakınız. Bu davada Komisyon Topluluk yardımını ciro hesaplanmasının dışında bırakmıştır. Çünkü yardım birleşmeye taraf teşebbüslerden birinin ürettiği ürünlerin satışını değil teşebbüsün kullandığı hammaddenin (tahıl) üreticilerini desteklemeyi amaçlıyordu.

²⁶⁷ IV/M.126 –28 Nisan 1992 tarihli Accor/Wagons-Lits davası.

hesabındaki “diğer faaliyet geliri” kalemini dikkate almıştır. Komisyon araba kiralama faaliyetlerinden elde edilen geliri içeren bu kalemin alt kalemlerinin Wagon-Lits’in mal ve hizmet satışından türetildiğini ve olağan faaliyetlerinin bir parçası olduğunu düşünmüştür.

2. “Net” Ciro

18. Dikkate alınması gereken, Tüzükte belirtilen bir dizi kalem düşüldükten sonraki net cirodur. Komisyonun amacı ciroyu, teşebbüsün reel ekonomik ağırlığı konusunda karar vermeyi sağlayacak şekilde uyumlaştırmaktır.

2.1. Vergi ve İndirimlerin Düşülmesi

19. Madde 5(1)’de satış indirimleri ile katma değer vergisi ve ciroyla doğrudan ilgili diğer vergilerin düşülmesi hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, indirimler ticari faaliyet bileşenleri (satış indirimleri) ve vergi bileşenleriyle (katma değer ve ciroyla doğrudan ilgili diğer vergiler) bağlantılıdır.

20. Satış indirimleri, teşebbüsün müşterileriyle ticari görüşmeleri esnasında kabul ettiği ve satış miktarı üzerinde doğrudan etkisi olan bütün indirim veya iskontoları ifade edecek şekilde alınmalıdır.

21. Vergilerin düşülmesi açısından, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü KDV ve ciroyla doğrudan ilgili diğer vergilere işaret etmektedir. Söz konusu, katma değer vergisi olduğu sürece vergilerin düşülmesi genel olarak herhangi bir problem yaratmamaktadır. “Ciroyla doğrudan ilgili diğer vergiler” kavramı alkollü içki vergileri gibi ciroyla doğrudan ilişkili vergiler olduğundan açıkça dolaylı vergilere bir göndermedir.

2.2. “İç” Cironun Düşülmesi

22. Madde 5(1)’in ilk paragrafı hükmüne göre; Bir ilgili teşebbüsün toplam cirosu paragraf 4’de bahsedilen ilgili teşebbüsle bağları olan (ana şirket veya yavru şirket) teşebbüsler arasındaki mal ve hizmet satışını içermemelidir.

23. Amaç, her varlığın gerçek ekonomik ağırlığını hesaba katmak açısından grup içindeki ticari muamelelerden doğan gelirleri dışlamaktır. Nitekim, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü’nde yer alan “miktarlar” yalnızca teşebbüs gurubuyla üçüncü taraflar arasında meydana gelen işlemleri yansıtmaktadır.

3. Farklı Tür Faaliyetler İçin Ciro Hesaplama Kurallarının Uyumlaştırılması

3.1. Genel Kural

24. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5(1) maddesine göre; toplam ciro ilgili teşebbüsün bir önceki mali yılda mal ve hizmet satışından elde ettiği gelirleri kapsamaktadır. Bu nedenle, temel kural her ilgili teşebbüs için dikkate alınacak cironun işlem tarihine en yakın olan mali yılın cirosu olduğudur.

25. Genellikle, işlem den bir gün önce sona eren yıla ait denetlenmiş hesap bulunmadığından söz konusu şirketin bütün yıla ait faaliyetlerinin en iyi temsilcisi, en son mali yılın ciro rakamlarıdır.

26. Komisyon mevcut olan doğru ve güvenilir rakamları esas almak istemektedir. Bu nedenle genel kural olarak, denetlenmiş hesaplara veya diğer nihai hesaplara atıfta bulunmaktadır. Ancak, Topluluk ile üye olmayan ülkenin muhasebe standartları arasında fark bulunduğu durumlarda Topluluk, bu hesapların ciro açısından Topluluk standartlarıyla uyumlu olacak şekilde yeniden ifade edilmesinin gerekli olduğuna hükmedebilir. Komisyon işletme hesapları veya herhangi diğer geçici hesapları arzi durumlar dışında kullanma eğiliminde değildir (sonraki paragrafa bakınız). Bir yoğunlaşma yılının ilk aylarında meydana gelirse ve en son mali yılın kesin hesapları henüz mevcut değilse dikkate alınması gereken rakamlar önceki yıla ilişkin olanlardır. İki hesap kümesi arasında esaslı bir fark varsa ve özellikle en son yıla ait rakamların nihai taslağı mevcutsa Komisyon bu taslak rakamları dikkate almaya karar verebilir.

27. 26 ncı paragrafa rağmen kesin hesap tarihinden sonraki devralma ya da tasfiyeler için daima bir ayarlama yapılması gerekir. Bu, yoğunlaşmanın esas kaynaklarının teşhis edilmesi için gereklidir. Nitekim bir şirket faaliyetinin bir kısmını nihai anlaşmanın imzalanmasından, kamu ihalesinin duyurulmasından veya yoğunlaşmaya ilgi uyanmasına neden olan bir kontrol değişikliğinden önceki herhangi bir tarihte feshederse veya böylesi bir tasfiye veya kapatma faaliyetin ön koşuluysa ticari faaliyetin bu kısmına atfedilecek olan ciro, bildirimde bulunan tarafın son denetlenmiş hesabında gösterilen cirosundan düşülmelidir. Tersine, kontrolün son kesin hesapların hazırlanmasından sonra devralındığı varlıklara atfedilebilecek ciro, şirketin bildirim amaçlı cirosuna eklenmelidir.

28. İşlemden önceki dönemde ürün siparişlerinde azalma veya üretim sürecinde bir yavaşlama gibi ciroyu geçici bazda etkileyebilen diğer

faktörler cironun hesaplanması amacıyla gözardı edilecektir. Bunları dahil etmek amacıyla nihai hesaplara bir uyumlaştırma yapılmayacaktır.

29. Denetlenmiş hesaplar çoğunlukla 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün öngördüğü türden bir coğrafi ayırım sağlamadığından, cironun coğrafi dağılımı açısından Komisyon, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü 5(1)'de bahsi geçen kurala uygun olarak, şirketlerden elde edilen mevcut rakamları esas almaktadır (bölüm II.1'e bakınız).

3.2. Şirket Parçalarının Devralınması

30. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5(2) nci maddesine göre; yoğunlaşma, yasal varlıklar olarak oluşturulmuş olsun ya da olmasın, bir veya birden çok teşebbüsün hisselerinin devralınmasıyla oluşuyorsa satıcı veya satıcılar açısından sadece işleme konu kısmı ilgilendiren ciro gözönüne alınmalıdır.

31. Bu hükme göre, devralan bütün grubu değil sadece birini ya da ticari faaliyetinin bir kısmını devralıyorsa (yavru şirket şeklinde teşkil edilip edilmediğinden bağımsız olarak), cironun hesaplanmasında sadece devralınan kısmın cirosu içerilmelidir. Aslında alım-satım anlaşması onsuz sonuçlandırılmayacağından satıcı, işleme yasal açıdan yavru şirketleriyle bir bütün olarak taraf olduğu halde, anlaşma yapıldıktan sonra herhangi bir rolü olmayacaktır. Anlaşmanın piyasadaki olası etkisi, bağımsız olmaya devam eden satıcının kalan ticari faaliyetine değil sadece devralaninkilerle beraber bir mülkiyet transferine tabi olan ekonomik ve mali kaynakların bileşimine bağlı olacaktır.

3.3 Aşamalı (Staggered) Faaliyetler

32. Birbirini izleyen bazı işlemler bazen sadece aynı taraflar arasındaki daha geniş bir strateji dahilindeki bireysel adımlardır. Sadece yetki belirlemek amacıyla bile her işlemi tek başına düşünmek ekonomik gerçekliği gözardı etmek anlamına gelecektir. Öte yandan söz konusu aşamalı faaliyetlerin bir kısmı tarafların ihtiyaçlarını daha iyi karşılayacağı gerekçesiyle bu geleneğe göre dizayn edildiği halde diğerleri 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün uygulanmasını önlemek amacıyla bu şekilde yapılandırılabilir.

33. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü madde 5(2) 2 nci paragrafta yer alan aynı şahıs ya da teşebbüsler arasında iki yıllık bir dönemde meydana gelen birinci paragraf anlamındaki iki veya daha fazla işlemin son işlem tarihinde ortaya çıkan tek ve aynı yoğunlaşma olarak ele alındığı senaryoları önceden görmüştür.

34. Gerçekten, bu hüküm A şirketi B şirketinin, B'nin toplam faaliyetlerinin %50'sini temsil eden, bir yavru şirketini satın alırsa ve bir yıl sonra diğer yavru şirketi (B'nin kalan %50'si) devralırsa her iki işlem tek işlem olarak farzedileceğini ifade etmektedir. Her iki yavru şirketin Toplulukta sadece 200 milyon ECU elde ettiği varsayımıyla ilk işlem madde 1(3) de öne sürülen koşulları yerine getirmediği sürece bildirilebilir olmayacaktır. Ancak ikinci işlem iki yıllık bir dönemde meydana geldiğinden ikinci işlem meydana gelince her ikisi tek bir işlem olarak bildirilmek zorundadır.

35. Eşikler kümülatif olarak karşılanınca, son işlemle beraber önceki işlemlerin (iki yıl içindeki) bildirilebilir hale geldiği için hüküm önem taşımaktadır.

3.4. Grupların Cirosu

36. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün (1) nci maddesi anlamındaki bir yoğunlaşmadaki ilgili teşebbüs²⁶⁸ bir gruba ait olduğunda, eşiklerin karşılanıp karşılanmadığını belirlemek açısından bir bütün olarak grubun cirosu dikkate alınmalıdır. Amaç yine, bu faaliyet yoluyla biraraya gelen ekonomik kaynakların toplam hacmini elde etmektir.

37. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü grup kavramını soyut terimlerle tanımlamak yerine ilgili teşebbüsle doğrudan ya da dolaylı bağları olan hangi şirketlerin grubun bir parçası olarak ele alınacağını belirlemede kıstas olarak, şirketlerin teşebbüsün işlerini idare etme hakkı olup olmadığı üzerinde durmaktadır.

38. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'ndeki Madde 5(4) aşağıdaki gibidir:

"2 nci paragraf [parçaların devralınması] hükmü saklı kalmak koşuluyla, bir ilgili teşebbüsün madde 1(2) ve (3) anlamındaki cirosu sırasıyla aşağıdaki cirolar toplanarak hesaplanmalıdır:

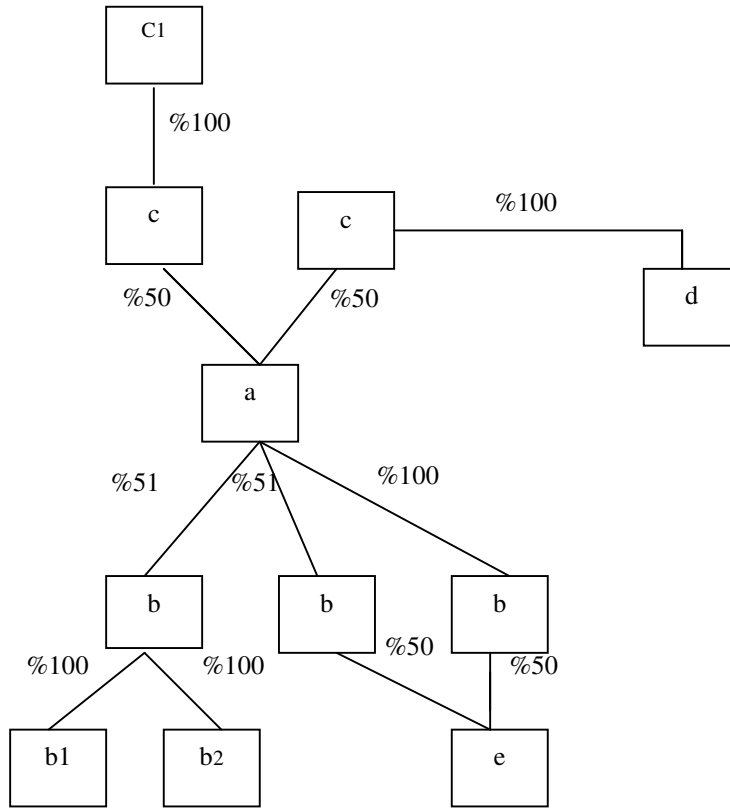
- a- İlgili teşebbüsün kendisinin cirosu,
- b- İlgili teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,
- c- İlgili teşebbüs üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,
- d- (c) 'de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,

²⁶⁸ İlgili teşebbüs kavramı hakkındaki Komisyon Tebliğine bakınız.

e- (a)-(d) de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları.

İşleme doğrudan katılan şirketin cirosu (a bendi), yavru şirketlerini (b bendi), ana şirketlerini (c bendi), ana şirketlerinin diğer yavru şirketlerini (d bendi), ve gruba ait iki veya daha fazla şirket tarafından ortaklaşa kontrol edilen (e bendi) herhangi diğer teşebbüsü içermelidir.

İlgili teşebbüs ve ilgili teşebbüs grubu şu şekildedir:



a- İlgili teşebbüs

b- İlgili teşebbüsün yavru şirketleri ve onların yavru şirketleri (b1 ve b2)

c- İlgili teşebbüsün ana şirketleri ve onların ana şirketleri (c1)

d- İlgili teşebbüsün ana şirketlerinin diğer yavru şirketleri

e- Grubun iki (veya daha fazla) şirketi tarafından ortaklaşa kontrol edilen şirketler

Not: Bu harfler madde 5(4)'ün ilgili maddelerine denk gelmektedir.

Bu haritadan bazı çıkarsamalar yapılabilir:

1. (b) deki kontrol testi gerçekleştiği sürece, kontrol eden şirketin fiili hisselerine bakılmaksızın söz konusu yavru şirketin bütün cirosu dikkate alınacaktır. Örnekte, ilgili teşebbüsün üç yavru şirketinin (b ile temsil edilen) toplam cirosu dahil edilecektir.

2. Gruba dahil şirketlerden herhangi biri diğerlerini de kontrol ederse bunlar da hesaba katılmalıdır. Örnekte, yavru şirketlerden birinin (b) kendi yavru şirketleri vardır (b1, b2).

3. Teşebbüsün işlerini idare etmek açısından her birinin ve tamamının rızasının gerekmesi anlamında, iki veya daha fazla şirket ilgili teşebbüsü (a) ortaklaşa kontrol ettiğinde hepsinin cirosu dahil edilmelidir²⁶⁹. Örnekte, ilgili teşebbüsün (a) iki ana şirketinin yanısıra (c), bunların ana şirketi de (c1) dikkate alınacaktır. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü bu kuralla açıkça ilgili teşebbüsün aslında bir ortak girişim olduğu durumlara atıfta bulunmasa da ana şirketlerden bahsedilirken çoğul kullanılması nedeniyle madde 5(4) (c)'nin metninden bu çıkarsama yapılabilmektedir.

4. Herhangi bir grup-içi satış grubun cirosundan düşülmelidir (paragraf 22'ye bakınız).

39. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü ayrıca bir işlemdeki iki veya daha fazla ilgili teşebbüsün diğer şirketi ortaklaşa kontrol ettiği spesifik senaryoyla da ilgilenmektedir. Madde 5(5) (a) bendine uygun olarak, ortak girişimle her bir ilgili teşebbüs veya madde 5(4) anlamında bunlardan biriyle ilişkili herhangi bir diğer şirket arasındaki mal ve hizmet satışından kaynaklanan ciro dışarıda bırakılmaktadır. Bu kuralın amacı iki kere sayma probleminden kaçınmaktır. Madde 5(5)'in b bendi hükmüne göre, ortak kontrolü yansıtmak açısından üçüncü taraflarla yapılan işlemlerden kaynaklanan ortak girişim cirosunun ilgili teşebbüsler arasında eşit olarak oranlanması gerekmektedir.

40. Kıyaslama yoluyla madde 5(5) (b) bendindeki kuraldan yola çıkarak, ilgili teşebbüslerle üçüncü taraflar arasındaki ortak girişimler durumunda Komisyonun uygulaması, ortak girişimde kontrolü elinde bulunduran bütün şirketler tarafından eşit olarak paylaşılan ciroyu her bir ilgili

²⁶⁹ İlgili teşebbüs kavramı hakkındaki Komisyon Tebliğine (paragraf 26-29) bakınız.

teşebbüse tahsis etmek olmuştur. Ancak bütün bu durumlarda ortak kontrol ispatlanmalıdır²⁷⁰.

Uygulama ortak girişim ya da ortak kontrol durumlarında cironun hesaplanması açısından ortaya çıkabilecek bütün senaryoların mevcut tebliğede içerilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir. Belirsizliklerin doğduğu durumlardaki değerlendirmelerde daima iki kere saymadan kaçınma ve işleme dahil teşebbüslerin olsaı ekonomik gücünü olabildiğince doğru yansıtma prensiplerine öncelik verilmelidir²⁷¹.

41. Madde 5(4)'ün yoğunlaşma nedeniyle ortaya çıkan yeni yapıları değil sadece işlem sırasında zaten mevcut olan grupları (yani bir işlemdeki her bir ilgili teşebbüs grubu) kastettiğine dikkat edilmelidir. Örneğin eğer yavru şirketleriyle birlikte, A ve B şirketleri birleşecekse ilgili teşebbüs olarak nitelenen, yeni oluşum değil A ve B şirketleridir ve her iki grubun cirosu bağımsız olarak hesaplanmalıdır.

42. Hükmün amacı cironun hesaplanması amacıyla mevcut gruplara ait şirketleri teşhis etmektir. 5(4)'deki teşebbüsün işlerini idare etme hakkına sahip olma testi²⁷² ile 3(3) de yer alan ve incelemeye tabi işlem vasıtasıyla gerçekleşen kontrolün devralınmasına işaret eden kontrol testinden farklıdır. Factual kanıt temelinde ilkinin ispatlamak daha kolay ve basit olduğu halde ikincisi kontrol devralınmadığı zaman daha zorlayıcı olmaktadır.

3.5. Kamu Mülkiyetindeki Şirketlerin Ciro

43. İlgili teşebbüsün cirosunun hesaplanması amacıyla tabi olduğu ekonomik gruplamayı belirlemede kullanılacak metodu ortaya koyan Madde 5(4) kamu mülkiyetindeki teşebbüsler açısından 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 12 nci resitali ile birlikte okunmalıdır. Bu resital kamu ve özel sektör ayırımından kaçınmak için hesabın "sermayenin tutulma veya uygulanacak supervisionın şeklinden bağımsız olarak bağımsız bir karar birimi olan bir ekonomik birlik teşkil eden teşebbüsler" olarak alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Bu nedenle, her iki şirketin kamu mülkiyetinde olması gerçeği madde 5 amaçları açısından otomatik olarak bir grubun parçası olduğu sonucuna

²⁷⁰ Örneğin A ve B şirketleri C ortak girişimini kursun. Bu iki şirket aynı zamanda D'yi ortak olarak %60 A'ya, %40 B'ye ait olacak şekilde ortaklaşa kontrol ediyor olsun. A ve B'nin C ortak girişimini kurdukları sıradaki cirosu hesaplanırken D'nin üçüncü taraflarla olan cirosu A ve B'ye eşit olarak dağıtılmaktadır.

²⁷¹ Örneğin, IV/M.806- 26 Ağustos 1996 tarihli BA/TAT davasına bakınız.

²⁷² Örneğin, IV/M.126-28 Nisan 1992 tarihli Accor/Wagons-Lit ve IV/M.940 – 9 Temmuz 1997 tarihli UBS/Mister Minit davalarına bakınız.

yol açmayacaktır. Daha ziyade, şirketlerin bağımsız bir ekonomik birlik oluşturduğu kanaatini uynadırarak bir zemin bulunup bulunmadığı düşünülmelidir.

44. Böylece, kamu mülkiyetindeki bir şirket bütün bir endüstriyel holding şirketinin parçası değilse ve kamu mülkiyetindeki diğer holdinglerle herhangi bir koordinasyona tabi değilse madde 5 amaçları doğrultusunda bağımsız bir grup olarak ele alınmalıdır, bu Kamunun mülkiyetinde olan diğer şirketlerin cirosu dikkate alınmamalıdır. Ancak bir üye ülkenin çıkarlarının holding şirketlerinde toplandığı veya birlikte yönetildiği veya diğer nedenlerle kamu mülkiyetindeki şirketlerin bağımsız karar gücü olan bir ekonomik birimi teşkil ettiği durumlarda bu bu ticari faaliyetten doğan cironun, madde 5 doğrultusunda, ilgili teşebbüs grubunun parçası olduğu düşünülmelidir.

II. CİRONUN COĞRAFİ OLARAK TAHSİSİ

1. Genel Kural

45. Madde 1(2) (a) ve Madde 1(3)(a)'da konular dışındaki eşikler, Topluluk çıkarı bulunması açısından, belli bir Topluluk cirosu bulunan ve niteliği itibarıyla esas olarak sınır ötesi olan durumları ayırt etmektedir. Bunu yapabilmek açısından cironun coğrafi olarak tahsisi gerekmektedir. 5(1)'in ikinci alt paragrafında cironun tahsisinin müşterilerin işlem tarihindeki tahsisi tarafından belirlendiği hükmü yer almaktadır.

“Topluluktaki veya bir üye ülkedeki ciro Topluluktaki veya o üye ülkedeki teşebbüslere veya müşterilere satılan mal ve hizmetleri ihtiva etmelidir”.

46. Satılan mallar ve sağlanan hizmetlere atıf yapılmasının amacı mallar söz konusu olduğunda satış, hizmetler söz konusu olduğunda ise yer (hizmetin satıldığı yerden farklı olabilir) üzerinde durarak mal ve hizmetler arasında ayırım yapmak değildir. Her iki durumda da, ciro açısından müşterinin bulunduğu yere atıfta bulunulmalıdır, bir çok durumda bu yer, bir anlaşmanın yapıldığı, söz konusu sağlayıcı açısından cironun yaratıldığı ve alternatif sağlayıcılarla rekabetin meydana geldiği yerdir²⁷³. Madde 5(1)'in ikinci alt paragrafı, mal ve hizmetin elde edildiği ya da mal ve hizmetin faydasının türetildiği yer üzerinde durmaz. Mobil bir mal durumunda, motorlu bir araç satın alan tarafından Avrupa'nın her yerine götürülebilir ama yalnızca bir yerde satılabilir. Paris, Berlin veya Madrid gibi...Bu, hizmet satışını dağıtımından ayırmanın mümkün olduğu hizmetler durumu için de geçerlidir. Paket tatiller durumunda, tatillerin

²⁷³ Tüketicinin mal ve hizmeti satın aldığı sırada bulunduğu yer ile sonradan faturalamanın yapıldığı yer farklıysa ciro ilkine tahsis edilecektir.

seyahat acentaları yoluyla satılması şeklindeki rekabet, perakende alışverişte olduğu gibi, bölgesel olarak meydana gelecektir. Oysa hizmet bir dizi uzak bölgede sağlanabilmektedir. Ancak bu ciro nihai tatil yerinde değil, bölgesel olarak kazanılmaktadır.

47. Bu, Topluluğun satın alma stratejisinin bulunduğu ve mal ve hizmet gereksinimlerini tek bölgeden karşıladığı çok uluslu bir şirket durumunda bile uygulanabilir. Parçaların daha sonra çeşitli üye ülkelerdeki on farklı fabrikada kullanılıyor olması, grubun dışından bir şirketle yapılan işlemin yalnızca bir ülkede meydana geldiği gerçeğini değiştirmez. Diğer taraflara sonradan yapılan tahsis ilgili teşebbüs açısından tamamen bir iç meseledir.

48. Ancak cironun coğrafi tahsisi açısından (Bölüm III'ebakınız) belli sektörlere özgü bazı problemler ortaya çıkmaktadır.

2. Cironun ECU'ya Çevrilmesi

49. Ciro rakamlarını ECU ya çevirirken kullanılan döviz kuruna çok dikkat edilmesi gerekir. Bir şirketin yıllık cirosu ilgili on iki aya ilişkin ortalama oran üzerinden çevrilmelidir. Bu ortalama, Komisyondan elde edilebilir. Onaylanmış yıllık ciro rakamları üç aylık, aylık veya haftalık parçalara ayrılmamalıdır. Bireysel olarak üç aylık, aylık veya haftalık oranlara denk gelecek....

50. Bir şirketin satışları farklı paralar cinsinden olduğunda prosedür yine aynıdır. Şirketin denetlenmiş konsolide hesaplarda yer alan toplam cirosu ve reporting dövizini on iki aylık ortalama oran üzerinden ECU'ya çevrilmektedir. Bölgesel döviz satışları, şirketin denetlenmiş konsolide hesapları şeklinde olmadığından bunlar ECU'ya doğrudan çevrilememektedir.

III. KREDİ KURUMLARI VE DİĞER MALİ KURUMLAR İLE SİGORTA ŞİRKETLERİ

1. Tanımlar

51. Bankacılık ve sigortacılık faaliyetlerinin spesifik karekteri bu sektörlerdeki cironun hesaplanması açısından spesifik hükümler içeren 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nce resmen tanınmıştır. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde kredi kurumları ve diğer mali kurumlar terimlerinin (madde 5(3) (a) bendi anlamında) tanımı yer almamakla birlikte Komisyon, uygulamalarında mütemediyen Birinci ve İkinci Bankacılık Yönergelerindeki tanımları benimsemiştir:

- "Kredi kuruluğu, işi halktan mevduat veya diğer geri ödenebilir fonlar toplamak ve kendi hesabına krediler vermek olan bir teşebbüs" anlamına gelir.

- Finansal kurum temel faaliyeti hisse almak veya Ek'deki 2 ila 12 nci maddelerde sayılan faaliyetlerin bir veya birkaçını yerine getirmek olan ve kredi kurumu dışında kalan bir teşebbüstür.

52. Yukarıda verilen mali kurum tanımından bir yandan holding şirketlerinin öte yandan Ek'in 2 ila 12 nci maddelerinde açıkça ifade edilen faaliyetlerin bir veya birkaçını düzenli olarak temel faaliyet olarak yerine getiren teşebbüslerin 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü 5(3) (a) bendi anlamında finansal kurum olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu faaliyetler şunlardır:

- Ödünç verme (tüketici kredisi, ipotek kredisi, faktöring....),
- Finansal kiralama,
- Para nakil hizmetleri,
- Ödeme araçlarının çıkarılması ve yönetimi (kredi kartları, seyahat çekleri, ve banker's draft),
- Garanti ve taahhütler,
- Para piyasası araçları, döviz, mali future ve opsiyonlar, döviz ve faiz oranı araçları ve transfer edilebilir menkul kıymetler açısından kendi veya müşterileri adına işlem yapma,
- Hisse çıkarımına katılma ve bu tür konularla ilgili hizmetler sunma,
- Sermaye yapısı, endüstriyel strateji ve ilgili sorunlar hakkında teşebbüse öneride bulunma, birleşme ve teşebbüsün satın alınması konusunda öneri ve hizmetler,
- Para bozma,
- Portfolyo yönetimi ve öneriler,
- Menkul kıymetlerin korunması ve yönetimi.

2. Cironun Hesaplanması

53. Kredi kurumları ve diğer finansal kurumlar ile sigorta şirketleri açısından cironun hesaplanma yöntemi 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5(3) ncü maddesinde tanımlanmaktadır. Bu bölümün amacı sayısı 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün ilk yıllarında artan yukarıda adı geçen türdeki teşebbüslerin cirosunun hesaplanmasına ilişkin ek sorunlara cevap vermektir.

2.1. Kredi Kurumları ve Mali Kurumlar (Finansal holding şirketlerinin dışındakiler)

2.1.1.Genel

54. Dünya çapındaki cironun tanımı açısından kredi kurumları ile diğer tür mali kurumlara bankacılık gelir kriterinin uygulanmasında normal olarak herhangi bir problem yoktur. Zorluklar Topluluk çapındaki ciro ile üye ülkelerdeki cironun belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu amaçla uygun kriter 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün ikinci paragrafı 5(3) (a) (v) bentlerindeki branch veya bölünme residence kriteridir.

2.1.2. Kiralama Şirketlerinin Ciro

55. Finansal kiralama ile alışveriş amaçlı kiralama arasında önemli bir ayırım sözkonusudur. Özünde, finansal kiralama alışveriş amaçlı kiralamalara kıyasla daha uzun dönemler için yapılmaktadır ve mülkiyet kiralama sözleşmesine konan bir satın alma opsiyonu yoluyla kiralama döneminin sonunda genellikle kiracıya geçmektedir. Alışveriş amaçlı bir kiralama, aksine, kiralama döneminin sonunda mülkiyet kiracıya geçmemekte, kiralama sözleşmesinde kiralanan teçhizatın bakım, onarım ve garanti maliyetleri yer almaktadır. Bu nedenle bir finansal kiralama kiralayan tarafından verilen ve kiracının sözkonusu varlığı satın almasını sağlayan bir borç görevi görmektedir. Bu nedenle bir finansal kiralama şirketi 5(3) (a) anlamında bir mali kurumdur ve ciro "kredi ve diğer mali kuruluşların cirosunun hesaplanmasına" ilişkin spesifik kuralların uygulanması yoluyla hesaplanmaktadır. Alışveriş amaçlı kiralama faaliyetlerinin ödünç verme fonksiyonunun bulunmaması nedeniyle bu faaliyetlerin mali kurumlarca en azından temel faaliyet alanı olarak yerine getirildiği düşünülmediğinden madde5(1)'deki genel ciro kriterleri uygulanmalıdır.

2.2. Sigorta Şirketleri

2.2.1. Üzerinde Yazılı Gayri-Safi Prim

56. Sigorta şirketlerinin cirosunu ölçmek açısından üzerinde yazılı gayri safi prim kavramının uygulanması, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü 5(3) (b) bendinde yer alan tanımlara rağmen bazı ek problemler yaratmıştır. Aşağıdaki açıklamalar yerinde olacaktır:

- Üzerinde yazılı gayri-safi primler alınan primlerin (ilgili teşebbüsün yeniden sigorta alanında faaliyetleri varsa alınan yeniden sigorta primlerini de içerebilir) toplamıdır. Ödenmiş ve ödenebilir yeniden sigorta primleri (yani yeniden sigorta kapsamında olmak için ilgili teşebbüs tarafından ödenen ve ödenebilecek tüm miktarlar) zaten 4064

sayılı Birleşme Tüzüğü anlamında üzerinde yazılı gayri-safi primlerde içerilmektedir.

- Primler kelimesi kullanıldığında (gayri safi primler, net (kazanılmış) primler, ödenen yeniden sigorta primleri vb) bunlar sadece sözkonusu muhasebe yılında yapılan yeni sigorta sözleşmelerini değil önceki yıllarda yapılan ve ele alınan dönem boyunca yürürlükte kalan sözleşmelere ilişkin tüm primleri kastetmektedir.

2.2.2. Sigorta Şirketlerinin Yatırımları

57. Sigorta poliçesi üzerinden ödenecek rakamlar için uygun bir rezerv teşkil etmek açısından, kurumsal yatırımcılar olarak ta düşünülebilen sigorta şirketleri çok büyük bir portfolyoyu sigorta şirketlerinin cirosunda yer almayan ve yıllık bir gelir sağlayan hisse, faize endeksli menkul kıymet, arazi ve mülk ve diğer varlıklar şeklinde tutarlar.

58. 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün uygulanması açısından, sigorta şirketinin yatırım yapılan teşebbüslerin yönetimine karışmadığı tamamen finansal olan yatırımlarla, veri bir şirkette interest giving kontrolün devralınmasına yol açan ve böylece sigorta şirketinin yavru ve bağlı şirketin iş idaresi konusunda kesin bir etkisinin olmasına yol açan yatırımlar arasında ayırım yapılması gerekir. Bu tür durumlarda, 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 5(4) ncü maddesi uygulanabilir; 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nde yer alan eşiklerin belirlenmesi amacıyla yavru veya bağlı şirketin cirosu sigorta şirketinin cirosuna eklenmelidir.

2.3. Finansal Holding Şirketleri

59. Bir finansal holding şirketi finansal bir kurum olduğundan cirosunun hesaplanması kredi ve diğer finansal kurumların cirosunun hesaplanması amacıyla 5(3) (a) da konulan kriteri izlemelidir. Ancak finansal holding şirketinin temel amacı diğer teşebbüslerde katılım elde etmek ve yönetmek olduğundan, sigorta şirketlerine gelince, finansal holding şirketinin sözkonusu teşebbüsün iş idaresi konusunda bir etki kullanmasına imkan sağlayan bu ortaklıklar açısından 5(4) de uygulanır. Böylece, bir finansal holding şirketinin cirosu temelde 5(3)'e göre hesaplanabilir, ancak 5(4)'de sayılan kategorilere giren teşebbüslerin (5(4) şirketleri) cirosunun eklenmesi gerekebilir.

Ancak uygulamada, öncelikle (birleştirilmemiş) bir finansal holding şirketinin cirosu dikkate alınmalıdır. Sonra 5(4) şirketlerinin cirosu eklenmeli ve bunu yaparken şirketlerin finansal holdinglelere dağıttığı kar payı ve diğer gelirler düşülmelidir. Aşağıda bu tür bir hesaplama örneği yer almaktadır:

1. Finansal faaliyetlere ilişkin ciro (from non-consolidated P&L),
2. 5(4) sigorta şirketlerine ilişkin ciro (üzerinde yazılı gayri safi primler),
3. 5(4) endüstriyel şirketlerinin cirosu.
4. 2 ve 3 de yer alan 5(4) şirketlerinden elde edilen kar payı ve diğer gelirlerin düşülmesi.
5. Finansal holdingin ve grubunun toplam cirosu.

60. Bu tür hesaplamalarda özellikle konsolide hesapların (Topluluktaki ile uyumlaştırılmıştır ancak özdeş değildir) hazırlanmasına ilişkin olarak farklı hesaplama kurallarının gözönünde tutulması gerekir. Birleşme Tüzüğü kapsamına giren herhangi bir ilgili teşebbüse uygulanan bu kurallar özellikle finansal holding şirketleri için önem arz etmektedir. Bu tür şirketler durumunda, kontrol edilen teşebbüslerin sayısı ve çeşitliliği ile holdingin yavru ve bağlı şirketler ile hissesinin bulunduğu diğer şirketler üzerindeki kontrolünün derecesi dikkatli bir incelemeyi gerektirmektedir.

61. Yukarıda açıklandığı üzere, finansal holding şirketlerinin cirosunun hesaplanması uygulamada zahmetli olabilir. Bu nedenle, finansal holding şirketinin cirosunun Birleşme Tüzüğü'ndeki eşiklere yakın gözüktüğü durumlarda bu metodun titiz ve ayrıntılı bir uygulaması gerekirken, cironun Birleşme Tüzüğü'ndekilere yaklaşmadığı durumlarda yetki dağılımı açısından yayınlanmış hesaplar yeterli olacaktır.

VI. TÜRKİYE'DE DURUM

Birleşme ve devralmalara ilişkin hükümler 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" un 7 nci maddesinde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre;

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

Bu maddeye istinaden çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in "İzne Tabi Birleşme veya Devralmalar" başlıklı 4 ncü maddesinde "... Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam

pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon²⁷⁴ Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur" hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, Türkiye'de izne tabi birleşme ve devralmaların belirlenmesi açısından hem ciro eşiği hem de bir piyasa payı eşiği sözkonusudur.

Pazar payının veya cironun hesaplanmasında aşağıdaki teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar paylarının toplamı veya cirolarının toplamı esas alınmaktadır²⁷⁵:

- a- Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları,
- b- Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari varlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,
- c- Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,
- d- (c) 'de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları,
- e- (a)-(d) de sayılan teşebbüslerin, üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olduğu teşebbüslerin pazar payları veya ciroları.

Maddenin devamında, cironun tek düzen hesap planına göre bir önceki mali yıldaki net satışlardan oluştuğu ve ciro hesaplanırken yukarıda sayılan teşebbüslerin kendi aralarındaki satışlardan doğan ciroların hesaba katılmayacağı ifade edilerek teşebbüslerin kısmen devri ile oluşan birleşme ve devirlerde devredilen kısmın cirosunun esas alınacağı ifade edilmiştir.

1998/6 sayılı Tebliğ'le yukarıdaki maddeye mali kurumlar açısından bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, eşiklerin hesaplanmasında mali kurumlarda ciro olarak;

²⁷⁴ 1998/2 sayılı Tebliğ'le değiştirilmiştir.

²⁷⁵ Türkiye henüz üye ülke olmadığı için Birleşme Tüzüğü'ndeki gibi "üye ülke" ve "Topluluk" ciroları testini uygulamak yerine ilgili ürün piyasasındaki cirolara bakılmaktadır.

A- Bankalar için;

3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 51 nci maddesinin (5) numaralı bendine göre Hazine Müsteşarlığınca usul ve esasları belirlenen kar ve zarar tablolarında yer alan;

- 1) Faiz gelirleri;
 - a- Kredilerden alınan faizler,
 - b- Mevduat munzam karşılıklarından alınan faizler,
 - c- Bankalardan alınan faizler,
 - d- Bankalararası para piyasası işlemlerinden alınan faizler
 - e- Menkul değerler cüzdanından alınan faizler,
 - f- Diğer faiz gelirleri,
- 2) Faizdışı gelirler,
 - a- Alınan ücret ve komisyonlar,
 - b- Sermaye piyasası işlem karları,
 - c- Kambiyo karları,
 - d- İştirakler ve bağlı ortaklıklardan alınan kar payları,
 - e- Olağanüstü gelirler,
 - f- Diğer faiz dışı gelirler,

B- Özel Finans Kurumları için;

Hazine Müsteşarlığınca kurumlardan istenen gelir tablosunda yer alan;

- 1) Cari hesaplardan gelirler,
- 2) Katılma hesaplarından gelirler,
- 3) Özel fon havuzlarından gelirler,
- 4) Özkaynaklardan kullansız fonlardan gelirler,
- 5) Diğer faaliyetlerden gelirler ve karlar,
- 6) Olağan gelir ve karlar,

C- Finansal Kiralama Şirketleri için;

28/4/1992 tarihli 21212 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliğin 8 nci maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak istenen gelir tablosunda yer alan;

- 1) Finansal kiralama gelirleri,
- 2) Diğer faaliyetlerden olağan gelirler ve karlar,
- 3) Olağandışı gelir ve karlar,

D- Faktöring şirketleri için,

Hazine Müsteşarlığınca kurumlardan istenen gelir tablosunda yer alan;

- 1) Faktöring gelirleri,
 - a) Faktöring faiz geliri,
 - b) Faktöring komisyon geliri,
- 2) Diğer faaliyetlerden olağan gelir ve karlar,
- 3) Olağandışı gelir ve karlar,

E- Aracı kuruluşlar için;

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan ve 29/1/1998 tarihli ve 20064 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Seri:XI, No:1 sayılı "Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğe" göre istenen ayrıntılı gelir tablosunda yer alan;

- 1) Brüt satış karı,
- 2) Diğer faaliyetlerden gelirler ve karlar,
- 3) Olağanüstü gelirler ve karlar,

F- Sigorta şirketleri için;

Hazine Müsteşarlığınca çıkarılan Tek Düzen Hesap planına göre Sigorta Denetleme Kurulu tarafından istenen mali tablolardan konsolide teknik kar-zarar hesaplarında yer alan;

- 1) Alınan primler,
- 2) Alınan komisyonlar,
- 3) Diğer gelirler,

toplamı kabul edilir.

KAYNAKÇA

ASLAN, Y. (2001), "Rekabet Hukuku", Genişletilmiş İkinci Basım, Ekin Kitabevi.

BELLAMY & CHILD (1993), "Common Market Law of Competition" Sweet & Maxwell Limited.

BELLAMY & CHILD (1996), "Common Market Law of Competition" First Supplement to the Fourth Edition, Sweet & Maxwell Limited.

BROBERG, M. (1997) "The Geographic Allocation of Turnover under Merger Regulation" 1997 2 ECLR s.103-109.

CANENBLEY and HÖLZLER (1995) " EC Merger Control Monitor" 1995 Verlag Dr. Otto Schmidt KG.

COOK C.J. and C. KERSE (2000), "EC Merger Control" Sweet & Maxwell Limited

Commission Notice on Calculation of Turnover under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the Control of Concentrations Between Undertakings.

EUROPEAN ANTITRUST REVIEW (2002) "A Global Competition Review Special Report".

EUROPEAN COMMISSION (1994) "European Economy: Community Merger Control Policy" No:57.

MORGAN, Eleanor (2000), "Subsidiarity and the Division of Jurisdiction in EU Merger Control", The Antitrust Bulletin/Spring 2000, s.153-193.

Regulation 4064/89 On the Control of Concentrations Between Undertakings.

SCHERER, F.M. and ROSS, D. (1990), "Industrial Market Structure and Economic Performance", third edition, Boston, Houghton Mifflin.

ULUSLARARASI GELİŞMELER

- Avrupa Birliği'nden ve Dünyadan Rekabet Haberleri
- Microsoft Tekel Davasını Kazandı

▪ AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN ve DÜNYADAN REKABET HABERLERİ

- AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, 1 Ekim 2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren motorlu taşıt satışı ve servis hizmetlerine uygulanacak yeni rekabet kurallarını tanıtmak amacıyla bir broşür hazırlamıştır. Broşür için: <http://europa.eu.int/Communique/competition/car-sector/>.²⁷⁶
- AB Komisyonu, şirket devralmaları ('take over bids') için ortak kurallar belirleyen bir yönerge önerisinde bulunmuştur. Öneride AB şirketlerine, sınır ötesi şirketleri devralmalarında katılımcı bütün tarafların çıkarlarını koruyan yasal güvence sunulmaktadır. Söz konusu Yönerge'nin 2005'te tamamen bütünleştirilmesi hedeflenen AB sermaye piyasalarının işlerliği açısından çok önemli olduğu belirtiliyor. Bu konuda bir önceki yönerge önerisi 12 yıl süren müzakereler sonunda Temmuz 2001'de Avrupa Parlamentosu tarafından reddedilmişti.²⁷⁷
- AB Komisyonu Amerikan fast-food zinciri Burger King şirketinin Amerikalı yatırımcılar TPG Advisors III, Goldman Sachs Group ve Bain Capital Fund VII. tarafından satın alınmasını onaylamıştır.²⁷⁸
- AB Birinci Derece Mahkemesi, Fransız elektrik şirketleri Schneider ve Legrand'ın birleşmelerine karşı AB Komisyonu'nun geçen yıl aldığı kararı iptal etmiştir. Komisyon söz konusu birleşmeye elektrik malzemeleri pazarındaki rekabete zarar vereceği gerekçesiyle izin vermemiştir.²⁷⁹
- AB Birinci Derece Mahkemesi AB Komisyonu'nun, İsveçli paketleme şirketi Tetra Laval ve Fransız şirketi Sidel'in birleşmesine ilişkin geçtiğimiz yıl aldığı veto kararını iptal etmiştir. AB Mahkemesi karara gerekçe olarak yapılan ekonomik analizde rekabet karşıtı etkilerin kanıtlanmasının yetersizliği ve bazı değerlendirme hatalarının varlığını gerekçe göstermiştir.²⁸⁰
- AB Komisyonu, Japon video oyun üreticisi şirketi Nintendo ve onun AB'deki yedi dağıtım şirketinin, fiyatları yüksek tutan anlaşmalar vasıtasıyla düşük fiyatla ticaret yapılmasını engelledikleri gerekçesiyle, ilgili teşebbüsleri toplam 167.8 milyon Euro para cezasına çarptırmıştır.

²⁷⁶ *Brüksel'de Bir Hafta, Türk Sanayici ve İşadamları Derneği Avrupa Birliği Temsilciliği, Brüksel, 1-7 Ekim 2002, no:2002/35, s.3.*

²⁷⁷ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 1-7 Ekim 2002, no:2002/35, s.3.*

²⁷⁸ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 14-21 Ekim 2002, no:2002/37, s.3.*

²⁷⁹ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 28 Ekim 2002, no:2002/37, s.2-3.*

²⁸⁰ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 28 Ekim 2002, no:2002/37, s.3.*

Bu ceza Komisyon'un bu alanda verdiği en yüksek 5'inci ceza olmuştur. Nintendo, 1998 yılına dek AB rekabet kurallarına aykırı davrandığını kabul etmekle birlikte, cezanın miktarına karşı çıkararak bunun için temyize gideceğini açıklamıştır.²⁸¹

- AB ile ABD rekabet makamları tarafından, büyük çaplı şirket satın almalarında başarılı bir işbirliğine yönelik esaslara ilişkin olarak ortak bir rapor yayınlanmıştır. Ortak çalışmayla şirket satın almalarına ilişkin soruşturmalarda kamu güveninin sağlanması amaçlanmaktadır.²⁸²
- 9 Ekim 2002 tarihi itibarıyla AB Komisyonu 2002 yılı ilerleme raporlarını Avrupa Parlamentosu'na (AP) sunmuştur. Türkiye'ye ilişkin raporda; ekonomik kıstaslar çerçevesinde, Türkiye'nin pazar ekonomisinin işleyişi alanında kaydettiği ilerlemenin, dış rekabet baskısına karşı direncini güçlendirdiği, bununla birlikte ekonomik gerileme ve mali krizlerin etkisinin hala sürdüğü, rekabet politikası alanında ise devlet yardımları konusunda AB müktesebatına uyumda hiçbir ilerleme sağlanamadığı belirtilerek öncelikle bağımsız bir devlet yardımları kurulu oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir.²⁸³
- "İkinci Avrasya Ülkeleri Rekabet Hukuku ve Uygulamaları" konulu toplantı 14.10.2002 tarihinde İstanbul'da yapılmıştır. 3 gün süren toplantıya Türkiye ile birlikte Arnavutluk, Azerbaycan, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Gürcistan, Hırvatistan, Kazakistan, Kırgızistan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Moğolistan, Moldova, Özbekistan ve Romanya'dan Rekabet Kurulu Başkan ve üst düzey yöneticileri katılmıştır. Toplantının ilk gününde "Doğal Tekeller ve Regülasyon" ile "AB ve Türk Rekabet Mevzuatındaki Son Değişiklikler" konuları ele alınmıştır.²⁸⁴
- İtalya'da Bakanlar Kurulu'nca görüşülüp kabul edilen ve Medya Yasası'ndaki yeni düzenlemeleri içeren kararname, İletişim Bakanı Maurizio Gasparri tarafından açıklanmıştır. Kararnamede, devlet televizyonu Rai'nin 21 Ocak 2004 tarihinden itibaren özelleştirilmeye başlanması, televizyon kanallarının yayın haklarının çoğaltılması, medya kurumlarında karteli engellemek için en büyük katılımın %30'dan %20'ye indirilmesi, medyadaki kârların %5'inin Telecom İtalia'ya aktarılması ve radyo frekanslarının düzenlenmesi öngörülmüştür.²⁸⁵

²⁸¹ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 28 Ekim-04 Kasım 2002, no:2002/39, s.3.*

²⁸² *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 28 Ekim-04 Kasım 2002, no:2002/39, s.4.*

²⁸³ http://www.belgenet.com/arsiv/ab/ab_rapor02_1.html.

²⁸⁴ *Dünya Gazetesi, 15 Ekim 2002, s. 16.*

²⁸⁵ *Dünya Gazetesi, 15 Ekim 2002, s. 13.*

- Alman araştırma şirketi ProCon GfK, araştırma şirketi İngiliz Strateji MORI'yi satın almıştır. Böylece İngiliz araştırma şirketi MORI Türkiye pazarından çekilirken, GfK, Türkiye'de daha da büyümüş oluyor. Yeni yapılanma içerisinde Strateji MORI; Strateji GfK ismini almıştır. Ayrıca ProCon GfK'nın ve Strateji GfK'nın birbirinden bağımsız olarak faaliyetlerini sürdürecekleri belirtilmiştir.²⁸⁶
- Avrupa Komisyonu dört büyük alçılı levha üreticisini kartel oluşturmalarından ve yasal olmayan fiyat anlaşmalarından dolayı para cezasına çarptırmıştır. Toplam 478 milyon Euro olan ceza şu ana kadar verilen cezaların en yüksek ikincisidir.²⁸⁷
- Christie's ve Sotheby's müzayede evlerinin 1993'te başlayıp 2000 yılının başlarına kadar süren anlaşma ile aralarındaki rekabeti düzenlemeleri konusu ile ilgili olarak Komisyon henüz ortada bir soruşturma açılmamışken ihlâl ile ilgili delilleri Komisyon'a ileten Christie's'in muafiyetten tam olarak yararlanmasına karar vermiş ve söz konusu ihlâl ile ilgili olarak ihlâlin ağırlığını, süresini ve Sotheby's'in soruşturma süresince göstermiş olduğu işbirliğini göz önüne alarak %40 oranında indirim yapıp Sotheby's'i tüm dünyadaki cirosunun %6'sı olan 20.4 milyon Euro cezaya çarptırmıştır. Christie's ise sağladığı bilgiler ve işbirliği sebebiyle bu soruşturmadan ceza almamıştır. Eş zamanlı olarak Amerika'da yürütülen soruşturmanın neticesinde yine Christie's işbirliği yaptığı için cezadan kurtulmuş ancak Sotheby's 45 milyon \$ ve şirketin başkanı Alfred Taubman 1 yıl hapis ve 7.5 milyon \$ para cezasına çarptırılmıştır.²⁸⁸

▪ MICROSOFT TEKEL DAVASINI KAZANDI

- Yazılım devi Microsoft, 4 yıldır devam eden tekel davasından galip çıkmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi 2 Kasım 2002 tarihinde Microsoft ile 19 eyalet arasında Kasım 2001 tarihinde yapılan anlaşmayı onayladığını ve bu anlaşmanın kamu zararına olmadığını açıklamıştır. Ancak halihazırda Microsoft'a karşı açılan daha pek çok dava bulunmaktadır. Bunlardan ikisini AOL Time Warner ile Sun Microsystems'in Microsoft aleyhine açtığı davalar oluşturuyor.

Davanın konusunu Microsoft'un tekel olması diğer bir deyişle anti-tekel yasasını çiğnemesi oluşturmaktaydı. Davacılara göre Microsoft, Windows işletim sisteminin içerisine koyduğu internet tarayıcısı

²⁸⁶ Milliyet Gazetesi, 17 Ekim 2002, s.9.

²⁸⁷ Prof.Dr. Arif ESİN, Finansal Forum Gazetesi, 26 Aralık 2002, s.4.

²⁸⁸ Prof.Dr. Arif ESİN, Finansal Forum Gazetesi, 7 Kasım 2002, s.4.

Explorer'la tekel olmayı amaçlamıştı. 19 eyaletin temsilcisi geçen yıl Amerikan yargısının Microsoft'un bölünmemesi yolunda karar almasıyla, kararın temyizi için yüksek yargıya başvurmuşlardı. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi Microsoft lehine geçen yıl verdiği kararı tasdik ederek, Microsoft ile hükümet arasında yapılan anlaşmayı onaylamıştır. Anlaşma; bilgisayar üreticilerinin, bilgisayarlarına biçim verirken daha özgür olmalarını ve diğer firmaların Microsoft'un ürünlerine rakip yeni yazılımlar geliştirip, bilgisayarların içine koymalarına izin veriyor.²⁸⁹

• Microsoft'un dava ile ilgili olarak kaydettiği olumlu gelişmelere rağmen yazılım devi için tehlike geçmiş görünmüyor çünkü diğer bir gelişme; Microsoft'un piyasaya yeni sürdüğü Windows XP ürününden ötürü, tekelcilik karşıtı kanunları ihlâl ettiği gerekçesiyle, Avrupa Birliği tarafından Microsoft'a karşı yeni bir dava açılacağı yönündedir.²⁹⁰

²⁸⁹ *Akşam Gazetesi*, 3 Kasım 2002, s.9.

²⁹⁰ *Finansal Forum Gazetesi*, 5 Kasım 2002, s.14.

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

(01.10.2002 - 31.12.2002)

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

REKABET İHLALLERİ

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	02-60/755-305	Türk Telekomünikasyon A.Ş.(TTAŞ) tarafından internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlardaki hakim durumunun bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarında kötüye kullanıldığı; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı bu ihlalleri nedeniyle TTAŞ'ın 1.136.376.790.621.-TL. para cezası ile cezalandırılması; ihlalin sona erdirilmesi ve ilgili piyasalarda sağlıklı rekabet ortamının oluşturulabilmesi için TTAŞ'ın, Rekabet Kurulu'nca öngörülen önlemleri yerine getirmesi gerektiği.	02-10-2002
2	02-61/768-310	Bazı yabancı maden kuruluşlarının Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Maden Mühendisleri Odası hakkındaki başvuruya konu uygulamaların, 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem yapılacak nitelikte olmadığı, şikayetin reddi, talebin asıl ilgilisi olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na intikal ettirilmesi.	04-10-2002
3	02-61/769-311	MEPA A.Ş. ve Gökçe A.Ş. haklarında yapılan başvuru konusunda 4054 sayılı Kanun uyarınca herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı.	04-10-2002
4	02-61/770-312	Maltepe Belediyesi hakkında yapılan başvurunun 4054 Sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	04-10-2002
5	02-61/771-313	Derman Hastanesi hakkında yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi, talebin ilgisi nedeniyle Sanayi Ticaret Bakanlığı, Reklam Kurulu'na gönderilmesi.	04-10-2002
6	02-61/772-314	İstanbul Madeni Eşya Sanatkarları Odaları Birliği'nin İstanbul'daki belediyeler hakkındaki başvurusunun 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı, şikayetin reddi.	04-10-2002
7	02-62/779-317	Bastem Bilgisayar Ltd. Şti hakkında T.C. Kars Valiliği Özel İdare Müdürlüğü tarafından yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, T.C. Kars Valiliği Özel İdare Müdürlüğü'nün bu yönde bilgilendirilmesi.	11-10-2002
8	02-62/780-318	T. C. Çalışma Bakanlığı SSK Genel Müdürlüğü hakkında Çözüm Bilgisayar Tic. Ve San. Ltd. Şti. tarafından yapılan başvuru konusu uygulamalara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılmasına yer olmadığı, şikayetin reddi.	11-10-2002
9	02-62/781-319	Kayseri Büyükşehir Belediyesi hakkında Kayseri İli Balıkçı Esnafı tarafından yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	11-10-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
10	02-62/782-320	GİMSA Marketler hakkında yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	11-10-2002
11	02-62/783-321	Tepe Ucuzluk Tuhafiyesi ve semt pazarcıları hakkında yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	11-10-2002
12	02-62/784-322	Metro, Özkaymak ve Kontur unvanlı yolcu taşıma şirketleri hakkında yapılan başvuru konusu uygulamalara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılmasına yer olmadığı, şikayetin reddi; bununla beraber uygulamalar hakkında Konya Valiliği'nin bilgilendirilmesi.	11-10-2002
13	02-64/803-325	DTV Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş., Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş., Star TV Hizmetleri A.Ş., AKS Televizyon Reklamcılık ve Filmcilik A.Ş. ve Ülke TV Programcılık Reklam Film Yayın Pazarlama A.Ş. ile bu şirketlerin reklam yerlerini geçmişte pazarlamış olan ve/veya halen pazarlayan Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. tarafından ilgili piyasada 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik soruşturmaya ilişkin nihai kararda; Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş.'nin Cine 5 A.Ş.'yi piyasa dışına çıkartmaya yönelik rekabet ihlali teşkil eden bir eyleminin bulunmadığı; DTV Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş., Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş., Star TV Hizmetleri A.Ş., AKS Televizyon Reklamcılık ve Filmcilik San. ve Tic. A.Ş. ve Ülke TV Programcılık Reklam Film Yayın Pazarlama A.Ş.'nin BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. aracılığı ile kendilerine ait reklam yerlerinin fiyat ve diğer satış koşullarını aralarındaki rekabeti ortadan kaldırarak birlikte belirlemelerinin ise Kanun'un 4 üncü maddesi 2 nci fıkrasının (a) bendi anlamında rekabet ihlali oluşturduğu, bu doğrultuda ihlale karışan her bir teşebbüse ihlalin gerçekleşmesindeki rolü ile ihlalden oluşan zararın ağırlığı gibi unsurlar da dikkate alınarak Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası ile dördüncü fıkrasına göre para cezası verilmesi; Kanun'un 9'uncu maddesi gereğince, rekabet ihlaline son verilmesi ve TV yayıncılığı alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin reklam yerlerinin satışı piyasasında rekabetin tesis edilmesi amacıyla, her bir TV kanalına yapmaları veya kaçınmaları gereken durumların bildirilmesi.	21-10-2002
14	02-65/807-326	TSE belgeleri olmamasına karşın müşterilerine malların TSE belgeli olduğu söylenerek haksız kazanç sağlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	23-10-2002
15	02-65/808-327	TEKEL'e ait Tütün Depoları O.G. ve Yangın İhbar Tesisatı İşleri Yapımı ile ilgili şartnamenin rekabeti sınırladığı iddiasına ilişkin başvurunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi.	23-10-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
16	02-65/809-328	Özel Çare Tıp Polikliniği'nin Sağlık Bakanlığı'nın Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'in 20. maddesinde belirtilen özel sağlık kuruluşlarının dış tabelalarının uygunluğuna ilişkin sınırlamalara uymayarak haksız rekabet ettiği iddiasını içeren başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, şikayetin reddi; ilgili dolayısıyla başvurunun Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu'na iletilmesi.	23-10-2002
17	02-65/810-329	Çağdaş Turizm Otomotiv Pet. Gıda San. Tic. Ltd. Şti.'nin, İnan Turizm San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin Niğde şehirlerarası otobüs terminalinde Ulaştırma Bakanlığı Ankara Bölge Müdürlüğü tarafından onaylanmış fiyat tarifelerinde belirtilen fiyatlara %25'den fazla indirim yaparak haksız ve yıkıcı rekabete yol açtığı iddiasını içeren başvuruya yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılmasına yer olmadığı, şikayetin reddi.	23-10-2002
18	02-66/814-332	Kargo İşletmeleri Derneği (KARİD) üyesi kargo şirketlerinin, dernekleri vasıtasıyla, dağıtım firmaları aleyhine uygulamalarda bulunarak 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak; şikayet dilekçelerinde belirtildiği şekilde kargo şirketlerinin KARİD çatısı altında aldıkları bir karar doğrultusunda dağıtım şirketlerinin gönderilerini taşımadıkları iddiasının gerçeği yansıtmadığı, zaman zaman ortaya çıktığı anlaşılan sözkonusu uygulamalar için bir teşebbüs birliği kararının bulunmadığı ve ayrıca bu yönde kargo şirketleri arasında bir anlaşmanın veya uyumlu eylemin olduğuna ilişkin herhangi bir tespitin de bulunmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlalinin sözkonusu olmadığı, şikayetin reddi.	31-10-2002
19	02-68/821-333	BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. hakkında yürütülen soruşturmaya ilişkin nihai kararda: BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. Ana Sözleşmesi'nin 3. maddesinin hukuka uygun hale getirilmesini ve 38. ve 39. maddelerinin ise sözleşmeden çıkarılmasını öngören 17.7.2000 tarih, 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda belirtilen düzenleme gereklerinin hakkında soruşturma yürütülen taraflarca yerine getirilmediği; bununla birlikte, ilgili Rekabet Kurulu kararında tespit olunan rekabet ihlalinin dışında, BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin kendilerine tebliğ olunan 17.07.2000 ve 14.12.2000 tarihli Rekabet Kurulu kararları sonrasındaki uygulama ve eylemlerinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yeni bir rekabet ihlali oluşturmadığı; 17.7.2000 tarih, 00-26/292-162 sayılı Karar'da öngörülen değişiklikleri yerine getirmemeleri ve dolayısıyla rekabet ihlalinin devam edi-	06-11-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		yor olması nedeniyle 31.7.2001 tarih, 01-37/364-M sayılı Karar ile taraflar hakkında başlatılan süreli para cezası uygulaması devam ettiğinden, hakkında soruşturma açılan taraflara ayrıca bir idari para cezası verilmesine gerek bulunmadığı; BİRYAY ana sözleşmesindeki ilgili hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle oluşan hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla ve Kanun'un 27. Maddesinin (a) bendi uyarınca, dava açma yoluna gidilmesi; gazete ve dergi yayıncılığı piyasası açısından önemi dikkate alındığında, gazete ve dergi dağıtım piyasasının Rekabet Kurumu tarafından izlenebilmesini ve dolayısıyla oluşabilecek yeni ihlallerin engellenmesini teminen, 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereğince, Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş., Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BBD Merkez Dağıtım Organizasyon Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin ve bu teşebbüslerin ortaklarının kuracakları veya bizzat kendilerinin ortaklık yapısı içerisinde yer alacakları başkaca gazete ve dergi dağıtım şirketlerinin, dağıtım uygulamaları ile ilgili olarak üç yıl boyunca Rekabet Kurumu'nu bilgilendirmeleri gerektiğinin adı geçen teşebbüslere bildirilmesi.	
20	02-69/830-335	Erpen Plastik San. ve Tic. A.Ş.'ye ilişkin şikayetin reddi.	07-11-2002
21	02-69/831-336	SONY Yetkili Servisi'ne ilişkin şikayetin reddi.	07-11-2002
22	02-69/832-337	Telsim hakkındaki şikayetin reddi.	07-11-2002
23	02-69/833-338	Superonline hakkındaki şikayetin reddi.	07-11-2002
24	02-69/834-339	Art Televizyonu ve Kanal 68'e ilişkin şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	07-11-2002
25	02-69/835-340	Bazı TV kanallarına ilişkin şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	07-11-2002
26	02-69/836-341	Türk Telekom A.Ş.'ye ilişkin şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	07-11-2002
27	02-69/837-342	Krank mili ithal eden bazı firmalar hakkındaki şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	07-11-2002
28	02-69/838-343	Carrefour Karşiyaka, KİPA Karşiyaka, TANSAS Karşiyaka hakkındaki şikayet ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılmasına yer olmadığı.	07-11-2002
29	02-70/844-348	Bartın İli Mahalli Çevre Kurulu'na ilişkin şikayette belirtilen uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	14-11-2002
30	02-70/845-349	Dell marka bilgisayarların distribütörü olan Centim unvanlı şirket hakkındaki şikayete ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem yapılmasını gerektirecek yeterlikte bilgi ve iddia bulunmadığı.	14-11-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
31	02-70/846-350	Şifresiz yayın yapan ulusal kanalların Digitürk standart paketi dahilinde şifreli yayın yapmalarının muhtelif kanunlar açısından değerlendirilmesi talebini içeren başvuru konusu uygulamalara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir işlem olmadığı.	14-11-2002
32	02-70/847-351	Real Hipermarket/Bilkent hakkındaki şikayet ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir işlem olmadığı.	14-11-2002
33	02-70/852-352	Mimar, İnşaat, Elektrik ve Makina Mühendisleri Odalarının Adana Temsilcilikleri hakkındaki şikayet ile ilgili olarak; şikayete konu fiyat belirleme uygulamaları Rekabet Kurulu'nca daha önce soruşturulmuş ve 28.01.2002 tarih, 02-04/40-21 sayı ile karara bağlanmış olduğundan dosya konusu başvuruya yönelik olarak ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmadığı.	14-11-2002
34	02-72/864-354	Ankara Elektrik Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi (EGO) ile ilgili şikayet dilekçesinin ilgili piyasanın doğrudan düzenlenmesi ve denetimi ile görevli olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na iletilmesi.	21-11-2002
35	02-72/865-355	Türdeş Ltd. Şti. hakkındaki başvurunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	21-11-2002
36	02-75/883-360	Sahte kakao sattığı iddia edilen firmalar hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal teşkil etmediği, şikayetin reddi.	28-11-2002
37	02-75/884-361	British American Tobacco (BAT) hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların, ilgili teşebbüsün sözkonusu piyasada hakim durumda olmadığı kanaati ile, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı.	28-11-2002
38	02-75/885-362	Ankara Büyükşehir Belediyesi hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	28-11-2002
39	02-75/886-363	Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	28-11-2002
40	02-75/887-364	Kocaeli Özel Atafen Lisesi (İlköğretim Okulu) ve Özel Seymen Lisesi (İlköğretim Okulu) ile ilgili başvurunun, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı.	28-11-2002
41	02-75/888-365	YİMPAŞ Market hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	28-11-2002
42	02-77/895-368	Türkiye Fırıncılar Federasyonu Başkanı Halil İbrahim BALCI'nın Eylül ayı içerisinde çeşitli basın organlarında yer alan ve ekmek fiyatlarının %25 oranında artırılacağına dair açıklamaları ile ilgili olarak herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı.	12-12-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
43	02-77/906-369	Ekosis ve Ekotest Çevre Danışmanlık ve Ölçüm Hizmetleri ile ilişkili kişiler hakkındaki başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	12-12-2002
44	02-77/907-370	Eko Gaz Sistemleri A.Ş. hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	12-12-2002
45	02-77/908-371	Diyanet İşleri Başkanlığı ve Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB) hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	12-12-2002
46	02-77/909-372	Dinar Belediyesi hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların, ilgili piyasada rekabeti önemli ölçüde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı bir etkisi olmadığı kanaati ile, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı.	12-12-2002
47	02-77/910-373	Bankacılık Düzneleme ve Denetleme Kurumu hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	12-12-2002
48	02-77/911-374	Sağlık sigortası şirketleri hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	12-12-2002
49	02-78/917-375	Türk Standartları Enstitüsü'nün 4054 sayılı Kanun'u ihlâl edip etmediği ile ilgili başvuru konusu uygulamaların bu Kanun kapsamında bulunmadığı.	19-12-2002
50	02-78/924-377	Yerli enerji regülatörlerinin üretiminde ve yabancı ürünlerin ithalatında TSE standartlarına uyulmaması ile ilgili ETRA Elektromekanik san. Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	19-12-2002
51	02-78/925-378	Antalya Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği'nin benzin istasyonlarını şikayeti ile ilgili başvuru konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	19-12-2002
52	02-78/926-379	Konya'da faaliyet gösteren şehirlerarası otobüs işletmeleri ile ilgili başvuru konusu uygulamaların, ilgili piyasada rekabeti önemli ölçüde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı bir etkisi olmadığı kanaati ile, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı.	19-12-2002
53	02-78/927-380	Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile ilgili başvuruya konu olan ilaçlar için kanundan kaynaklanan bir yetkiye dayanılarak azami fiyat tespiti yapıldığı, tespit edilen bu azami fiyatların altında satış yapılmasının mümkün olduğu, bu şekilde satış yapanlar ile ilgili olarak Rekabet Kurumu'nun herhangi bir yaptırımının sözkonusu olmadığı yönünde başvuru sahibinin bilgilendirilmesi.	19-12-2002
54	02-78/928-381	Taşucu'da faaliyet gösteren Akgünler ve Fergün unvanlı taşıma firmaları ile ilgili başvuru benzeri uygulamalara yönelik olarak 06.06.2002 tarih, 02-36/408-172 sayılı ve 11.10.2002 tarih, 02-62/784-322 sayılı Kurul kararları doğrultusunda gereği yapılmış olduğundan, bu aşamada başkaca bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı.	19-12-2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
55	02-78/929-382	Özkaymak, Kontur ve Metro unvanlı teşebbüsler ile ilgili başvuru benzeri uygulamalara yönelik olarak 06.06.2002 tarih, 02-36/408-172 sayılı ve 11.10.2002 tarih, 02-62/784-322 sayılı Kurul kararları doğrultusunda gereği yapılmış olduğundan, bu aşamada başkaca bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı.	19-12-2002
56	02-80/937-385	PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş. ile JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.'nin sigara fiyatlarına aynı veya yakın tarihlerde ve aynı oranlarda zam yaparak uyumlu eylemde buldukları iddiasının tespitine yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlâl oluşturacak şekilde uyumlu eylem gerçekleştirildiğine dair yeterli delil bulunmadığı.	24-12-2002
57	02-81/940-387	Unilever Tüketim Ürünleri Satış, Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasını içeren şikayete yönelik soruşturma açılması için yeterli bilgi ve bulguya ulaşılamadığı.	26-12-2002
58	02-81/942-388	Ar-Tuğla Pazarlama Ltd. Şti. hakkındaki şikayet ile ilgili başvuru konusu uygulamaların, ilgili piyasada rekabeti önemli ölçüde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı bir etkisinin bulunmadığı kanaati ile, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı, şikayetin reddi.	26-12-2002
59	02-81/943-389	Eskişehir'de kurulu Pancar Üreticileri Kooperatifi ile ilgili başvuru konusu uygulamaların, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir ihlal olarak nitelenemeyeceği, şikayetin reddi.	26-12-2002
60	02-81/944-390	Türk Demirdöküm Fabrikaları A.Ş. hakkındaki şikayet konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	26-12-2002

MENFİ TESPİT/MUAFİYET

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	02-69/826-334	Özel Başar Tıp Teşhis ve Tedavi Kliniği Hizmetleri Ticaret Anonim Şirketi'nin hisselerinin %60'ının RTS Renal Tedavi Hizmetleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, tarafların sahip olduğu toplam pazar payının ve cironun ilgili eşiklerin altında kalması nedeniyle 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı; "Hisse Devir Sözleşmesi"nin 11. maddesiyle satıcı konumundaki kişiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, ilgili coğrafi pazar olan Eskişehir ili ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılabileceği ve bu yönde değişiklik yapılması halinde ilgili sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebileceği.	07-11-2002
2	02-70/843-347	Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. A.Ş. ile Miller Brewing Company arasında yapılan lisans anlaşmasına menfi tespit belgesi verilemeyeceği ancak 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınabileceği.	14-11-2002
3	02-76/891-367	Türk Telekomünikasyon A.Ş. hizmetlerinin Türk Telekom bayileri aracılığı ile verilmesine ilişkin düzenlenen "Türk Telekom Bayilik Sözleşmesi"nin "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında bir anlaşma olarak grup muafiyetinden yararlandığı.	02-12-2002
4	02-80/935-384	Mercedes-Benz Türk A.Ş.'nin, %99,92 oranında iştirakinin olduğu Mercedes-Benz Uluslararası İç ve Dış Tic. A.Ş.'ni devralması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi ve bu maddenin son fıkrasına dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı, talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesi.	24-12-2002

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	02-61/758-306	LNM Holdings N.V. tarafından Çek Cumhuriyeti Ulusal Mülkiyet Fonu elinde bulunan NOVA HUT A.S.'nin %67.25 oranındaki hissesinin devralınması işlemine izin verilmesi.	04-10-2002
2	02-61/759-307	Parıltı Toplu Yemek Üretim ve Hizmet A.Ş. hisselerinin %20'sinin Sofra Yemek Üretim ve Hizmet A.Ş. tarafından devralınmasına izin verilmesi.	04-10-2002
3	02-61/762-308	Nouvelles Frontieres Touraventure S.A.'nın, Nouvelles Frontieres Turizm İşletmeleri A.Ş.'deki hisselerinin, Tantur Turizm Seyahat Ltd. Şti. tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	04-10-2002
4	02-61/763-309	Otokar Otobüs Karoseri San. A.Ş.'nin İstanbul Freuhauf Taşıt Araçları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ni devralması işleminin izne tabi bir işlem olmadığı.	04-10-2002
5	02-62/773-315	MOPEF, MOPET, EMOC'un Mersin Rafinerisi'nde sahip oldukları tüm malvarlığı, hak ve menfaatlerin BP REFINING tarafından devralınmasına izin verilmesi.	11-10-2002
6	02-62/774-316	Mikes hisselerinin bir kısmının Aselsan Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Savunma Sanayii Müsteşarlığı tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	11-10-2002
7	02-63/793-323	İndeks Bilgisayar Sistemleri Mühendislik Sanayi Tic. A.Ş.'nin ortaklık hisselerinin bir kısmının Pouliadis and Associates Societe Anonyme Industries and Commercial of High Technology Systems S.A.'ya devredilmesi işleminin izne tabi bir işlem olmadığı.	18-10-2002
8	02-63/794-324	Burger King Acquisition Corporation'ın Burger King Corporation'ı devralması işlemine izin verilmesi.	18-10-2002
9	02-66/812-330	Northrop Grumman Corporation'un TRW Incorporated'ın bütün hisselerini satınalmak suretiyle devralmasına izin verilmesi.	31-10-2002
10	02-66/813-331	DHL International Limited şirketinin hissedarlarından Deutsche Post AG'nin, hisse oranını %50.64'den %75.67'ye çıkartarak tek kontrolü devralacak şekilde Lufthansa Cargo AG'nin söz konusu şirketteki 12,542,500 adet hissesini satın alınmasına izin verilmesi.	31-10-2002
11	02-70/840-344	Wendel Investissement ve Kohlberg Kravis Roberts & Co. LP. konsorsiyumu şeklinde oluşturulan Lumina Parent SARL tarafından, Schneider Electric SA'dan, Legrand SA'nın %98 oranındaki hisselerinin devralmasının izne tabi bir işlem olmadığı.	14.11.2002
12	02-70/841-345	Tamek Gıda ve Konsantre Sanayii A.Ş.'nin %99,96 oranında iştirakinin olduğu Ege Konserve Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi ve %98'ine Tamek Holding A.Ş.'nin sahip olduğu Tamek Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'ni devralması işleminin, bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmemesi ve devre konu	14.11.2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		teşebbüslerin kontrollerinde herhangi bir değişikliğin ortaya çıkmaması nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olmadığı.	
13	02-70/842-346	Otopar Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, aynı ekonomik birlik içinde bulunduğu anlaşılan Anadolu Isuzu Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ve bu maddenin son fıkrasına dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olmadığı.	14.11.2002
14	02-72/859-353	Telecom Italia S.P.A.'nın bağlı ortaklarından Telespazio S.p.A.'nın hisselerinin tamamının Finmeccanica S.p.A. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	21.11.2002
15	02-72/864-354	Ankara Elektrik Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi (EGO) ile ilgili şikayet dilekçesinin ilgili piyasanın doğrudan düzenlenmesi ve denetimi ile görevli olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na iletilmesi.	21.11.2002
16	02-72/865-355	Türdeş Ltd. Şti. hakkındaki başvurunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı.	21.11.2002
17	02-74/872-356	Konya Şeker Fabrikası A.Ş.'nin Çumra Şeker San. ve Tic. A.Ş.'ndeki hisse oranını % 92,8'e çıkarması ve Çumra Şeker San. ve Tic. A.Ş.'nin infisah ederek Konya Şeker Fabrikası A.Ş. bünyesine iltihak etmesi ile ilgili olarak, Çumra Şeker San. ve Tic. A.Ş.'nin fiili durumu itibarıyla, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan anlamda bir "teşebbüs" olmadığı, dolayısıyla bildirim konu işlemin Kanun'un 7. maddesi kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı.	25.11.2002
18	02-75/873-357	Beldesani Otomotiv Yan Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, Sachs Beldesani Süspansiyon Sistemleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ndeki %50 hissesinin, Beldesani Sachs'ın diğer hissedarı olan ZF Sachs AG tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	28.11.2002
19	02-75/874-358	Armaport Liman İşletmeleri San. ve Tic. A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifleriyle tasfiyesiz olarak Marport Liman İşletmeleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin herhangi bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması sonucu yoğunlaşma doğurucu bir işlem niteliğini taşımadığı ve 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı.	28.11.2002
20	02-75/878-359	Inteltek İnternet Teknoloji Yatırım ve Danışmanlık Ticaret A.Ş. sermayesinin %25'inin Intralot SA Trading, Support and Management of Software and Electronic Systems of Multiple Use-Instant Lottery tarafından devralınması işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı.	28.11.2002

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
21	02-76/890-366	Kureha Chemical Industry Company'nın darbe mukavemet artırıcıları alanındaki faaliyetlerinin Rohm and Haas Company tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	02.12.2002
22	02-78/918-376	Türk Traktör ve Ziraat Makineleri A.Ş.'nin New Holland Traktör ve Ziraat Makineleri A.Ş.'ni devralması işleminin, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 2. maddesinde birleşme ve devralma sayılan hallerden olmaması dolayısıyla izne tabi olmadığı.	19.12.2002
23	02-80/934-383	Petrol Ofisi A.Ş. tarafından İş Doğan Petrol Yatırımları A.Ş.'nin bütün aktif ve pasifiyle birlikte devralınması işleminin, teşebbüslerin kontrol yapısında değişmeye sebep olmamasından dolayı 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi ve bu maddenin son fıkrasına dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tâbi bir işlem olmadığı.	24.12.2002
24	02-80/935-384	Mercedes-Benz Türk A.Ş.'nin, %99,92 oranında iştirakinin olduğu Mercedes-Benz Uluslararası İç ve Dış Tic. A.Ş.'ni devralması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi ve bu maddenin son fıkrasına dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı, talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesi.	24.12.2002
25	02-81/939-386	Astel Kağıtçılık Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ana şirketi olan Ontex N.V.'nin %77,96 oranındaki hissesinin Candover Investments plc. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	26.12.2002
26	02-81/945-391	Pharmacia Corporation ile Pfizer Inc.'nin birleşmesi işlemine izin verilmesi.	26.12.2002
27	02-81/946-392	Anadolu Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin elinde bulunan bazı varlıkların Konya Çimento Sanayii A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi ve "Varlık Alım-Satım Sözleşmesi"nin 7.3'üncü maddesinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün, devralma işleminin zorunlu unsuru olarak bir yan sınırlama niteliğinde kabul edilebileceği.	26.12.2002
28	02-81/948-393	Opet Petrolcülük A.Ş.'de Fikret Öztürk ve Nurten Öztürk'e ait toplam %50 oranındaki hissenin Koç Holding A.Ş.'nin iştirakleri olan Aygaz A.Ş., Bursa Gaz ve Ticaret A.Ş., Demir Export A.Ş. Mogaz Petrol Gazları A.Ş. ve Beko Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	26.12.2002

SEÇİLMİŞ KARARLAR

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
• BBD-YAYSAT-BİRYAY (3)	06.11.2002	02-68/821-333
• BORÇELİK	26.06.2001	01-29/282-83
• BEMKA	11.07.2002	02-43/504-209

Dosya Konusu: Rekabet Kurulu'nca alınan 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Karar'da rekabetin tesisi amacıyla öngörülen düzenlemelerin yerine getirilmemesi nedeniyle BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.'nin varlığının ve Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında yeni bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının incelenmesi.

Dosya Sayısı : SR/02-10 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 02-68/821-333

Karar Tarihi : 6.11.2002

Konu : Rekabet Kurulu'nca alınan 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Karar'da rekabetin tesisi amacıyla öngörülen düzenlemelerin yerine getirilmemesi nedeniyle BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.'nin varlığının ve Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında yeni bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının incelenmesi.

A - TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Dr. Kemal EROL (II. Başkan)

Üyeler : Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN,
R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Mustafa PARLAK,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL.

B - SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Rıfki ÜNAL

Raportörler : Barış EKDİ, Hakan Suat ÖLMEZ,
Hakan BİLİR, Bayram Ali GEÇGİL

C - ŞİKAYET EDENLER

Resen

D - HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR**Birleşik Basın Dağıtım A.Ő. (BBD)**

Fatih Mahallesi, Hasan Basri Caddesi, Ford Otosan Arkası,
81470 Samandıra/ İSTANBUL

YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ő. (YAYSAT)

Doğan Medya Tesisleri, HoŐdere yolu, 34850, Esenyurt / İSTANBUL

BİRİYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ő. (BİRİYAY)

Evren Mahallesi, Gůlbahar Caddesi, No:68 Asmakat B:1 GůneŐli /
İSTANBUL

E - İDDİALARIN ÖZETİ

Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı kararı, gerekçeli olarak 12.03.2001 tarihinde haklarında soruŐturma yapılan BirleŐik Basın Dağıtım A.Ő. (BBD), BİRİYAY BirleŐik Yayın Dağıtım A.Ő. (BİRİYAY) ve YAYSAT Yayın SatıŐ, Pazarlama ve Dağıtım A.Ő.'nin (YAYSAT) temsilcisine tebliğ edilmiŐtir. Sōz konusu Karar'da BİRİYAY'ın Ana SōzleŐmesi'nin 3. maddesinin hukuka uygun hale getirilmesi, 38 ve 39. maddelerinin de sōzleŐmeden çıkartılmasına hůkmedilmiŐ ve bu deđiŐikliklerin yapılması iēin taraflara 45 gůnlük sůre tanınmıŐtır.

Tarafların belirtilen sůre iēerisinde ve sonrasında Karar'da emredilen deđiŐiklikleri yaptıklarına dair herhangi bir bilgi veya belgenin Rekabet Kurumu'na ulaŐmaması, İstanbul Ticaret Sicili Memurluđu kayıtlarında BİRİYAY Ana SōzleŐmesi'nde deđiŐiklik yapıldığına dair herhangi bir kayıtın bulunmaması, taraflar ve tarafların temsilcileri tarafından konu ile ilgili olarak yapılan bildirimlere cevap verilmemiŐ olması nedeniyle Kurul Kararı'na uyulmadığı anlaŐılmıŐ olup, Kurul Kararı'na konu olan rekabet ihlallerinin sůrmesi veya ilgili pazarda yeni ihlallerin ortaya çıkması olasılığına karŐı 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri bağlamında rekabet ihlali olup olmadığının tespiti amacıyla soruŐturma aēılmasına karar verilmiŐtir.

F - DOSYA EVRELERİ

- 1- Rekabet Kurulu'nun 31.07.2001 tarih ve 01-37 sayılı toplantısında; BBD, BİRİYAY ve YAYSAT hakkında resen soruşturma aēılmasına karar verilmiştir.

- 2- Bu karar üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca 14.08.2001 tarihinde taraflara konuya ilişkin bildirim yapılmış ve taraflardan yazılı savunmaları istenmiştir. BBD'nin ilk yazılı savunması 13.9.2001 tarihinde, YAYSAT'ın ilk yazılı savunması ise 18.9.2001 tarihinde Kurumumuz kayıtlarına girmiştir.
- 3- Rekabet Kurulu'nun 30.01.2002 tarih ve 02-05/41-M sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.
- 4- Soruşturma Heyeti'nce düzenlenen 26.07.2002 tarih ve SR/02-10 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul Üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerden 30 gün içinde ikinci yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.
- 5- Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, BİRYAY ve YAYSAT'ın ikinci yazılı savunmaları sırasıyla, 23.08.2002 ve 22.08.2002 tarihlerinde Kurumumuz kayıtlarına girmiştir. Söz konusu savunmalar ertesinde Soruşturma Heyetince hazırlanan ek görüş taraflara sırasıyla 10.09.2002 ve 09.09.2002 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. BİRYAY ve YAYSAT'ın ek görüşe ilişkin yazılı savunmaları 30 günlük sürenin bitimi olan 10.10.2002 tarihine kadar Kurumumuza ulaşmamıştır.
- 6- BBD, 22.08.2002 tarih ve 3715 sayı ile Kurumumuz kayıtlarına giren yazısında, Kanun'un 45'inci maddesi uyarınca ikinci yazılı savunma hakkı için 30 günlük ek süre talep etmiştir. Söz konusu talep Rekabet Kurulu'nun 29.08.2002 tarih ve 02-51 sayılı toplantısında görüşülerek ikinci yazılı savunma süresinin 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir. Adı geçen Kurul Kararı, ilgili teşebbüse 07.09.2002 tarihinde tebliğ edilmiştir. İlgili teşebbüsün yazılı savunması ek 30 günlük sürenin bitimi olan 07.10.2002 tarihine kadar Kurumumuza ulaşmamıştır.
- 7- BİRYAY, BBD ve YAYSAT'ın ilgili savunma haklarını süreleri içerisinde kullanmamaları sebebiyle, yazılı savunma süreci 10.10.2002 tarihi itibarıyla sona ermiştir.
- 8- BİRYAY, BBD ve YAYSAT sözlü savunma talebinde bulunmamışlardır.
- 9- Rekabet Kurulu'nun 31.10.2002 tarih ve 02-66/819-M sayılı Kararı'nda konu ile ilgili nihai karar görüşmelerine başlanması öngörülmüştür.

10- Rekabet Kurulu, 6.11.2002 tarihinde 02-68/821-333 sayılı ile nihai kararını vermiştir.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Dosyanın raportörleri;

1. BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, 17.07.2000 ve 14.12.2000 tarihli Rekabet Kurul'u kararları sonrasındaki davranışlarının 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yeni bir rekabet ihlali oluşturduğuna ilişkin herhangi bir bulguya rastlanılmadığından, hakkında soruşturma açılan taraflara idari para cezası verilmesine gerek bulunmadığı,

2. Doğan Grubu'nun, Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş. (Doğan Dağıtım), YAYSAT ve BİRYAY vasıtasıyla gazete ve dergi dağıtımını piyasasında hakim duruma geldiği,

3. Gazete ve dergi yayıncılığı piyasası açısından kilit nitelikte olan dağıtım piyasasının yakından izlenebilmesini teminen, Doğan Dağıtım, YAYSAT ve BİRYAY'ın, Soruşturma Raporunun "Değerlendirme ve Öneriler" bölümünde istenilen bilgileri aynı bölümde öngörülen dönemlerde Rekabet Kurulu'na bildirilmeleri gerektiği,

sonuç ve kanaatine ulaşmışlardır.

H - İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İLGİLİ PAZAR

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın başlıca faaliyet alanlarının "gazete ve dergi dağıtımını" olduğu göz önüne alınarak, ilgili ürün pazarı "gazete ve dergi dağıtımını pazarı" olarak belirlenmiştir.

Gazete ve dergi dağıtımını; yayınevi tarafından dağıtım şirketine teslim edilen mevkutenin son satış noktalarında okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan hizmeti kapsar. Dolayısıyla, gazete ve dergi dağıtımını pazarı, dağıtım şirketlerini, ana bayileri ve son satış noktalarını kapsamaktadır.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

BBD, YAYSAT ve BİRYAY'ın gazete ve dergi dağıtımını yurt çapında gerçekleştirdikleri dikkate alınarak coğrafi pazar olarak "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" kabul edilmiştir.

H.2. TARAFLAR HAKKINDA BİLGİLER

H.2.1. YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin 21.09.1992 tarih ve 3118 sayılı nüshasında ilan edilen şirketin merkezi İstanbul'da bulunmaktadır. YAYSAT'ın hisselerinin %75'i Doğan Grubu şirketlerine, %25'i ise İhlas Grubu şirketlerine aittir.

H.2.2. BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin 21.10.1991 tarih ve 2885 sayılı nüshasında ilan edilen şirketin merkezi İstanbul olup, şirketin hisselerinin %68'i Sabah Grubu'na, %20'si Star Gazetesi'ne (Uzan Grubunun sahibi bulunduğu Medya Park Yayıncılık Sanayi A.Ş.'ye devredilmiş bulunan Sabah Elektronik Yayıncılık A.Ş. vasıtasıyla), %10'u K... Y... 'e (Gençlik Yayınları A.Ş. vasıtasıyla), %2'si ise Feza Gazetecilik (Zaman Gazetesi) A.Ş.'ye aittir.

H.2.3. BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin 28.05.1996 tarih ve 4046 sayılı nüshasında ilan edilen şirketin merkezi İstanbul olup, % 49 oranında YAYSAT ve % 49 oranında BBD iştiraki ile kurulmuştur. Şirketin %2'lik hissesi ise, A... D... D... B... ve anılan şahısların sahip oldukları teşebbüsler arasında eşit olarak paylaştırılmıştır.

H.3. YAPILAN İNCELEME ve TESPİTLER

H.3.1. Yerinde İnceleme ve Tespitler

YAYSAT Lojistik Direktörü, 15.08.2001 tarihinde kendisiyle yapılan görüşmede; 17.07.2000 tarihli Kurul Kararı'na karşı Danıştay'a itiraz edilmesi nedeniyle BİRİYAY Ana Sözleşmesi'nde henüz değişiklik yapılmadığını, YAYSAT'ın bir lojistik ve planlama şirketi olarak faaliyetine devam etmekte ve faturalama ile ilgili faaliyetlerin Doğan Dağıtım aracılığı ile yürütülmekte olduğunu, BİRİYAY ile sözleşme imzalayan müşteri yayınevlerinin bir kısmının yayınlarının YAYSAT tarafından dağıtıldığını ancak faturalamanın Doğan Dağıtım adına yapıldığını; Kurul'un söz konusu kararı neticesinde bayiliklere ilişkin olarak münhasırlığın kaldırıldığını, diğer dağıtım şirketlerinin yayınlarının belediyelere ait büfelerde satılması yönünde herhangi bir engel kalmadığını, bunun yanı sıra hiçbir son satış noktasına diğer yayınları satmaması yönünde talimat gitmediğini, gazete satış büfelerini işletenlerin BİRİYAY, BBD veya YAYSAT bayisi olmalarının zorunlu olmadığını belirtmiştir.

BİRYAY'ın Genel Müdürü, 14.08.2001 tarihinde kendisi ile yapılan görüşmede; 17.07.2000 tarihli Kurul Kararı'na karşı Danıştay'da itirazda bulunulduğunu, sürecin hâlâ devam etmekte olduğunu ve bu nedenle BİRYAY'ın Ana Sözleşmesinde henüz değişiklik yapılmadığını, yayıncı kuruluşların BBD ve YAYSAT ile dağıtım sözleşmesi yapmaları konusunda herhangi bir engel bulunmadığını, BİRYAY'ın faturalarının Doğan Dağıtım'a kesildiğini, ücretin belirlenmesinde yayınevleri ile teker teker görüşülüp pazarlık yapıldığını ve yayının fiyatı, niteliği, satış şansı vb. unsurların dikkate alındığını ve satış şansı yüksek olmayan yayınlardan sabit dağıtım bedeli alındığını belirtmiştir.

15.08.2001 tarihinde yapılan yerinde incelemede ayrıca, BİRYAY'a ait Ortaklık Pay Defteri, Genel Kurul Karar Defteri ve Yönetim Kurulu Karar Defteri incelenmiştir. Elde edilen bilgiler ve yapılan tespitler aşağıdaki gibidir.

Ortaklık Pay Defteri : BİRYAY'a ait, İstanbul 13. Noteri tarafından 22 Mayıs 1996 tarihinde 22748 yevmiye numarası ile tasdikli 78 sayfalık Ortaklık Pay Defteri'ndeki en son kayıt 17. sayfada 24 Eylül 1998 tarihli olup, söz konusu kayıta 24.09.1998 tarihli devir sözleşmesi gereği Doğan Yayın Holding A.Ş.'nin 24 adet hissesinin Milliyet Gazetecilik A.Ş.'ye devredildiği beyan edilmektedir.

Genel Kurul Karar Defteri: BİRYAY'a ait, İstanbul 13. Noteri tarafından 22 Mayıs 1996 tarihinde 22744 yevmiye numarası ile tasdikli 134 sayfalık Genel Kurul Karar Defteri'ndeki en son kayıt, sayfa numarası verilmemiş olan defterin 11 ve 12. sayfalarında yer alan, 30 Nisan 2001 tarihli Olağan Genel Kurul Toplantı tutanağı olup, kayıtlardan bir önceki Genel Kurul tarihinin 31.03.2000 olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetim Kurulu Karar Defteri: BİRYAY'a ait, İstanbul 19. Noteri tarafından 21 Aralık 2001 tarihinde 96089 yevmiye numarası ile tasdikli 287 sayfalık Yönetim Kurulu Karar Defteri'ndeki son kayıt, sayfa numarası verilmemiş olan defterin 1. sayfasında yer alan, 19 Şubat 2001 ve 11 numaralı Yönetim Kurulu Kararı olup Hazine Müsteşarlığı'na verilecek taahhütname ile ilgilidir.

Yukarıda yer alan tespitlerden, ticaret sicili kayıtlarından ve tarafların beyanından, BİRYAY'ın Şirket Ana Sözleşmesi'nde inceleme tarihi itibarıyla, 17.07.2000 tarihli Kurul Kararı gereğince herhangi bir değişiklik yapılmadığı anlaşılmaktadır.

H.3.2. BBD'nin Gazete ve Dergi Dağıtım Pazarındaki Durumu

2000 yılı ikinci yarısında, Bilgin Grubu'nda (Karar'da Bilgin Grubu ifadesi, Grubun başka gruplarla olan ortaklığı öncesi yapıyı, Sabah Grubu ifadesi ise söz konusu ortaklıklar sonrası oluşan yeni yapıyı nitelemek üzere kullanılmıştır), ekonomik sıkıntılar nedeniyle, yerli ve yabancı ortak arayışı başlamış ve bu süreçte T... C... 'e ait olduğu bilinen Park Grubu ile bir ortaklık anlaşmasına varılmıştır. Yönetim Kurulu Kararı ile, Sabah Yayıncılık A.Ş.'nin A grubu imtiyazlı hisselerinin yarısının Park Grubu'na devrine karar verilmiştir.

Sabah Yayıncılık A.Ş.'nin Park Grubu'na devrinden yaklaşık bir hafta sonra, 27.10.2000 tarihinde, Bilgin Grubu'nun sahibi olduğu Etibank A.Ş. (Etibank) Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilmiştir. Bu devir sonrasında Banka'nın hissedarı ve yönetim kurulu üyelerinin malvarlıklarına ihtiyati tedbir konulmuş, Medya Holding A.Ş., Medya Sabah Holding A.Ş. ve Bilgin Holding A.Ş.'nin malvarlığı ve iştirakleri ya da bağlı ortaklıkları üzerinde Bilgin Grubu'nun tasarrufta bulunma hakkı kısıtlanmıştır.

Bu süreçte Park Grubu, Grubun tümünü devralabilecek ortaklık arayışlarına girmiştir. Bu arayışlar neticesinde, M... E... K... (Çukurova Grubu), T... C... (Park Grubu) ve M... V... (MV Holding)'dan oluşan MTM Haber Yatırım ve Ticaret A.Ş. (MTM) Bilgin Grubu'nu devralmak üzere D... B... ile anlaşmıştır. 30.11.2000 tarihli Sabah Gazetesinde D... B... bir veda yazısı yayınlarak Grubu devrettiğini belirtmiştir. Ancak yukarıda yer verilen tedbir kararı nedeniyle şirketlerle ilgili resmi bir hisse devri yapılamamıştır.

Dinç BİLGİN'in Gruptan ayrılmasından sonra MTM temsilcisi üyeler Sabah Yayıncılık A.Ş., Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş., Medya Basın Servisleri Tic. A.Ş. gibi Bilgin Grubu'nun önemli şirketlerinin yönetim kurullarında görev almışlar ve fiilen MTM konsorsiyumu bu şirketleri yönetmeye başlamıştır. Ancak, bu şirketlerde herhangi bir hisse devri gerçekleştirilmemiştir.

7 Ocak 2001 tarihinde yine Sabah Gazetesinde D... B...'in Grubun başına döndüğü açıklanmıştır. Bir süre sonra, adı geçen şirketlerde olağanüstü genel kurullar yapılarak yönetimler Bilgin Grubu tarafından oluşturulmaya başlanmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, BBD'de de diğer bazı grup şirketleri gibi belirli bir süre hisse devri olmaksızın MTM konsorsiyumunca yönetilen ancak D... B...'in dönmesiyle tekrar Bilgin Grubu'nun kontrolüne giren şirketlerdendir. Bununla birlikte, finansal krizin etkisinin

geçmiş olmamasından dolayı, şirket faaliyetlerine eskisi gibi devam edememiş ve maliyetlerde indirimde gidecek uygulamalara hız vermiştir.

Bu soruşturma çerçevesinde, 27.06.2002 tarihinde kendisi ile görüşülen BBD Genel Müdürü; Sabah Grubu'nun geçtiğimiz yıllarda yaşamış olduğu ekonomik kriz nedeni ile tasarruf sürecine girdiğini, gazete ve dergilerin tirajlarının düşmesine bağlı olarak artan nakliye masraflarının düşürülmesi amacıyla YAYSAT ile anlaşıldığını ve YAYSAT ile BBD'nin aynı nakliye araçlarını kullanmaya başladığını, BBD'nin saha çalışmaları, internet tabanlı sistemde toplanan satış bilgileri, promosyon dağıtımı gibi hizmetler karşılığında YAYSAT'a masraflar dahil %6,5 oranında komisyon ödediğini, BBD'nin promosyonları kendi binasında bulundurmadığını, bunların YAYSAT tarafından depolanıp dağıtıldığını belirtmiştir. Genel Müdür ayrıca, satışların düşmesi sonucunda sadece BBD bayisi olanların kazançlarının da düştüğünü, bayilerin mali açıdan güçlendirilmesinin sağlanması ve YAYSAT'ın bayiliklerdeki yayınların satışını izleme konusunda İnternet tabanlı bir sistem geliştirmiş olması nedenleriyle BBD ile YAYSAT'ın ana bayileri ile son satış noktalarının da bir araya getirildiğini, bütün bayiler ve satış noktalarının YAYSAT ile ortak olduğunu, söz konusu tasarruf süreci nedeniyle BBD'de yaklaşık 400 olan personel sayısının 70 civarına indiğini, BBD'nin müşteri yayınlarının dağıtımından da vazgeçmek durumunda kaldığını ve müşteri yayınlarının YAYSAT tarafından dağıtıldığını ifade etmiştir.

Soruşturma Raporunun tesliminden sonra piyasada bazı yeni gelişmeler yaşanmış, Sabah grubu yayınları YAYSAT'ın dağıtımından alınarak BBD ile aynı gruba bağlı olan ve yeni kurulan BBD Merkez Dağıtım Organizasyon Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye (BBD Merkez) verilmiştir. BBD Merkez'in çoğunluk hissesi aynı zamanda Sabah Grubu'nda ortaklığı bulunan T... C...'in şirketi Merkez Basın Yayın Filmcilik Programcılık Reklamcılık Organizasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye aittir. BBD Merkez'in kurulmasıyla birlikte Sabah Grubu yayınları dışında, dağıtımı BİRİYAY'da bulunan Akşam Grubu yayınları ile YAYSAT'ın dağıttığı Cumhuriyet gazetesi de bu yeni şirket ile dağıtılmaya başlanmıştır. Böylece BBD kağıt üzerinde dağıtım şirketi olma hüviyetini korurken, faaliyetini yine Sabah Grubunun ortaklarından bir kısmının sahip olduğu BBD Merkez aracılığıyla yürütmeye başlamıştır.

H.3.3. Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama Anonim Şirketi'nin Kuruluşu

29.06.2002 tarihinde kendisi ile görüşülen Doğan Dağıtım Mali İşler Direktörü; belirli bir sinerjinin ve ihtisaslaşmanın olması için BİRYAY ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar da dikkate alınarak Haziran 2001'de Doğan Dağıtım'ın kurulduğunu, bunu müteakip yayınevleri ile görüşüldüğünü, Akşam Grubu'na ait gazete ve dergilerin BİRYAY'da kalmayı, diğer yayınevlerinin de Doğan Dağıtım ile sözleşme yapmayı tercih ettiklerini, bu nedenle, bu aşamada BİRYAY'da yalnızca Akşam Grubu'nun sözleşmesinin bulunduğunu, Doğan Dağıtım'ın kurulması ile hem Doğan Grubu'nun yayınları hem de eskiden "müşteri yayınları" olarak tanımlanan yayınların aynı koşullarda Doğan Dağıtım ile dağıtılmaya başlandığını, dolayısıyla, "müşteri yayınları" ve "grup yayınları" gibi bir ayırımın kalmadığını, tüm yayınların Doğan Dağıtım tarafından aynı koşullarda dağıtıldığını, bu yeni yapılanma çerçevesinde YAYSAT'ın yalnızca, lojistik faaliyetleri yürütmekle görevli kılındığını ve herhangi bir yayınevinin YAYSAT ile dağıtım sözleşmesinin kalmadığını belirtmiştir.

2001 yılının Haziran ayında kurulan Doğan Dağıtım'ın amacı, Şirket Ana Sözleşmesi'nin Amaç ve Konu başlıklı 3. maddesinde;

"Basın ve her türlü vasıtalarla basılmış yayınların, eserlerin pazarlanması, dağıtılması, taşınması, satılması, aracılık edilmesi, gerekli yerlere ulaştırılması ve bayilik işlerini icra etmek üzere yurt dışından ithal edilmesi ve aynı maksatla Türkiye'de basılmış her türlü eserleri yurt dışına ihraç etmek ve bunlarla ilgili olarak her nevi ticari ve sınai faaliyetlerle iştigal etmek üzere kurulmuş ve kurulacak yerli ve yabancı şirketlerin sermaye ve idarelerine iştirak edilmesi"

olarak tanımlanmıştır. Doğan Dağıtım'ın çoğunluk hisseleri Doğan Yayın Holding A.Ş.'ye aittir.

H.3.4. Soruşturma Sürecinde Gazete ve Dergi Dağıtım Piyasası

H.3.4.1. BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.

Bilindiği üzere, Haziran 1996'da BİRYAY'ın kurulmasından sonra, Doğan Grubu ve Bilgin Grubu yayınları dışındaki yayınların hemen hemen tümü (müşteri yayınları) BİRYAY ile sözleşme imzalamak zorunda kalmışlardır. BİRYAY da kendisi ile sözleşme imzalayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtımını BBD veya YAYSAT aracılığı ile sağlamıştır.

09.05.2001 tarihli YAYSAT Mali İşler Müdürlüğü'nden BİRYAY'a gönderilen yazıda aynen "Bölgelerde dağıtım 01.06.2001 tarihinde yapılan yayınların faturaları tarafınızdan Doğan Dağıtım A.Ş. olarak tanzim edilecektir." ifadesi yer almaktadır.

Söz konusu yazı sonrasında BİRYAY tarafından yayinevlerine 31.05.2001 tarihinde gönderilen yazılarda aynen; "Daha önce 31 Mayıs'a kadar tanzim ettiğiniz irsaliyelerinizde "BİRYAY A.Ş. adına YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'ye teslim edilmek üzere" ibaresi yerine 1 Haziran 2001 (dahil) tarihinden itibaren "BİRYAY A.Ş. adına Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş.'ye teslim edilmek üzere" ibaresinin mutlaka yazılması gerekmektedir." ifadeleri yer almaktadır.

Bu çerçevede, Haziran 2001'den itibaren Akşam Grubu dışında BİRYAY ile sözleşme imzalamış olan yayinevleri Doğan Dağıtım'a geçmişlerdir. BİRYAY'da ise Akşam Grubu'na ait (Alem Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Akşam Pazarlama Dış Ticaret A.Ş.), 3 gazete (Akşam, Güneş ve Bulvar), 18 adet haftalık dergi ve 3 adet aylık dergi kalmış olup, anılan yayınlar Doğan Dağıtım vasıtasıyla dağıtılmıştır. Söz konusu dağıtım faaliyeti için BİRYAY; Akşam Grubu'ndan, dergiler için, %.....'ini Doğan Dağıtım'a vermek ve %.....'unu da kendisinde kalmak üzere %..... oranında, gazeteler için ise %.....'sini Doğan Dağıtım'a vermek ve %... 'ü de kendisinde kalmak üzere %.... dağıtım komisyonu almıştır. Ayrıca gazetelerin yanında verilen dergilerden alınan %...-... oranındaki komisyonun sırasıyla % ve %... 'lük kısmı BİRYAY'a kalmış, %..... ve %.....'lik kısmı ise Doğan Dağıtım'a verilmiştir.

Daha önce de belirtildiği gibi, Soruşturma Raporunun tesliminden sonra BBD Merkez faaliyete geçerek, Sabah Grubu yayınları dışında Akşam Grubu yayınlarını da dağıtmaya başlamıştır. Bir başka deyişle BİRYAY'la dağıtım anlaşması bulunan tek grup olan Akşam Grubu da BİRYAY'dan ayrılmıştır. Buna rağmen BİRYAY'ın kağıt üzerinde varlığı hala devam etmekte olup, ortaklık yapısı ve faaliyet konusunda istenilen değişikliklerin yapılmasına ilişkin herhangi bir gelişme olmamıştır.

H.3.4.2. Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.

BBD, gazete ve dergi dağıtım piyasasının ikinci büyük teşebbüsü iken bağlı bulunduğu grubun 2000 yılının sonlarına doğru yaşadığı mali kriz nedeniyle dağıtım faaliyetlerinde zorlanmaya başlamıştır. Aynı süreçte, BİRYAY'dan BBD'ye gönderilen müşteri yayınları Doğan Dağıtım ile sözleşme imzalama yolunu seçerlerken, BBD, Bilgin Grubu yayınlarının dağıtımını üstlenmiştir. Söz konusu kriz sonrası BBD dağıtım fonksiyonlarından nakliye, sevkiyat, denetim, pazar araştırmaları gibi

faaliyetleri bedeli karşılığında YAYSAT'a yaptırmaya başlamış, Bilgin Grubu tesislerinde basılan yayınlar, YAYSAT'ın elemanlarının yardımıyla, masraflarını YAYSAT ve BBD'nin karşıladığı nakliye araçlarına yüklenerek, Doğan Dağıtım'ın dağıtmakta olduğu diğer yayınlarla birlikte son satış noktalarına sevk edilmiştir. Sözü edilen gelişmeler değerlendirildiğinde, anılan dönem içinde BBD'nin fiilen dağıtım piyasasından çekildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte, Soruşturma Raporunun teslimini müteakip, Sabah Grubu, yayınlarını YAYSAT'a dağıtırmaktan vazgeçmiş ve yayınlarını, çoğunluk hissesine yine Sabah Grubu ortaklarından T... C...'in sahibi olduğu BBD Merkez'e dağıtırmaya başlamıştır. Bu anlamda Sabah Grubu, fiilen gazete ve dergi dağıtım işine tekrar dönmüştür.

H.3.4.3. YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.

Doğan Dağıtım kurulana dek Doğan Grubu yayınları ile BİRYAY'ın kendisine gönderdiği müşteri yayınlarının dağıtımını üstlenen YAYSAT'ın 2002 yılı itibariyle herhangi bir yayınevi ile sözleşmesi kalmamıştır. YAYSAT halihazırda yalnızca lojistik (nakliye, denetim) faaliyeti yürütmektedir. Bunun yanı sıra, YAYSAT, BBD ile ortak ana bayilik ve son satıcılık teşkilatına sahiptir. Yeni yapılanma çerçevesinde, yayınevleri ile sözleşmeleri Doğan Dağıtım yapmakta, dağıtım işini ise YAYSAT gerçekleştirmektedir.

H.3.4.4. Doğan Dağıtım A.Ş.

Doğan Grubu'nun bir diğer dağıtım şirketi olan Doğan Dağıtım yalnızca yayınevleri ile sözleşme yapma ve faturalama işlemleri ile ilgilenmektedir. Sabah, Star (Uzan) ve Akşam (Çukurova) grupları dışındaki tüm yayıncılarla dağıtım sözleşmesi imzalamış olan Doğan Dağıtım, söz konusu yayıncıların yayınlarının dağıtımını YAYSAT vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Bunun yanı sıra, BBD Merkez faaliyete geçene kadar, BİRYAY ile sözleşmesi bulunan Akşam Grubu'nun yayınlarını da Doğan Dağıtım yine YAYSAT vasıtasıyla yapmış, bunun karşılığında BİRYAY'a fatura kesmiştir. Kararın daha önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, BBD de Bilgin Grubu yayınlarını (Doğan Dağıtım'ın aracılığı olmaksızın) bir dönem YAYSAT eliyle dağıtmıştır.

2001 yılı sonuna kadar yayınevlerinin BİRYAY ile yapmış oldukları sözleşmelerde yer alan koşullar yayınevi bazında muhtelif değişiklikler içermekle beraber genel olarak şu şekildedir:

BİRYAY'ın Dağıtım Koşulları :

Dergiler	:	%	komisyon + (sabit ücret)
Erotik Dergiler	:	%	komisyon + (sabit ücret)
Gazeteler	:	%	komisyon + (sabit ücret)

Doğan Dağıtım A.Ş.'nin Yayın Dağıtım Koşulları :

Dergiler	:	%	komisyon + Nakliye + Asgari Birim Dağıtım Bedeli
Erotik Dergiler:	:	%	komisyon + Nakliye + Asgari Birim Dağıtım Bedeli
Gazeteler	:	%	komisyon + Nakliye + Asgari Birim Dağıtım Bedeli
Kitaplar	:	%	komisyon + Nakliye + Asgari Birim Dağıtım Bedeli

H.3.4.5. Medya Pazarlama Yayın Dağıtım A.Ş

Ekim 1999'da faaliyete geçmiş olan Medya Pazarlama Yayın Dağıtım A.Ş., (Medya) yalnızca Star Grubu'na ait Star, Damga ve Turkish News gazetelerini, Hayat ve Star Life dergilerinin dağıtımını yapmaktadır. Medya'nın, Türkiye genelinde ve KKTC'de toplam 487 adet ana bayisi ve yaklaşık 18.500 adet son satış noktası vardır.

I. SAVUNMALAR VE DEĞERLENDİRME

Tarafların yapmış oldukları savunmalarda; genel olarak, Rekabet Kurulu'nun 17 Temmuz 2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı kararına karşı yargı yoluna müracaat edildiği, ilgili işlemin iptali için dava açıldığı, bu nedenle henüz kesinleşmemiş olan Kurul Kararı sebebiyle Kurul'ca res'en soruşturma açılmasına karar verilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı belirtilerek soruşturmanın kaldırılması talep edilmiştir.

YAYSAT'ın savunmasında ayrıca; BİRYAY ana sözleşmesi ile ilgili değişikliğin, BİRYAY'ın ayrı bir tüzel kişilik olması nedeniyle kendilerinin değil BİRYAY'ın sorumluluğunda olduğu belirtilmiştir.

Savunmalarda bahsedilen, 17 Temmuz 2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Karar'a karşı yargı yoluna gidilmiş olmasının, bu sektörde yeni bir rekabet ihlali ihtimali karşısında Kurul'un tekrar soruşturma açmasını engellemeyeceği açıktır.

BİRYAY ana sözleşmesi ile ilgili değişikliğin, BİRYAY'ın ayrı bir tüzel kişilik olmasından dolayı BBD ve YYSAT'ı ilgilendirmediği

savunması ise; BBD ve YAYSAT'ın yaklaşık % 99'luk toplam hisse payları ile BİRYAY'ı kontrol ettikleri ve BİRYAY'ın sözleşme değişikliği için genel kurulun toplanmasının bu iki teşebbüsün bağlı oldukları grupların inisiyatifinde olması nedeniyle, haklı görülmemektedir.

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Rekabet Kurulu'nun BİRYAY, YAYSAT ve BBD hakkında daha önce yürütmüş olduğu iki soruşturmanın sonucunda;

- 17.07.2000 tarihinde alınan Karar'da, BİRYAY Ana Sözleşmesinin muafiyet ve menfi tespit alamayacağına ve söz konusu sözleşmenin 38 ve 39. maddelerinin sözleşmeden çıkarılması ve 3. madde olan amaç maddesinin ise hukuka uygun hale getirilmesi,
- BBD ve YAYSAT'ın, birlikte kurmuş oldukları BİRYAY vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak, gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek, müşteri yayınlarını paylaşmak, müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücreti birlikte tespit etmek suretiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri,
- Ayrıca yine 17.07.2000 ve 14.12.2000 tarihlerinde alınan kararlarda, BBD, YAYSAT ve BİRYAY'ın, birlikte hakim durumlarını kötüye kullanarak, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı **piyahasındaki rekabet** koşullarını bozmaya yol açan faaliyetlerde bulunarak Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri

hüküm altına alınmıştır.

Kurul'un yukarıda yer alan kararlarının gerekçelerine bakıldığında; oligopol hatta düopol bir pazar yapısı arz eden gazete ve dergi dağıtım piyasasının en büyük ve rakip iki aktörü olan YAYSAT ve BBD'nin normal piyasa işleyiş mekanizmasının dışına çıkarak rekabet etmek yerine aralarında anlaşmaları ve bu durumu diğer dağıtım şirketleri ve yayınevlerinin aleyhine kullanmış oldukları görülmektedir.

Söz konusu Kurul kararlarında ayrıca taraflara rekabet ihlallerinde bulunmamaları için yapmaları gerekenler de tebliğ edilmiştir. Ancak, tarafların Kurul kararlarının gereklerini yerine getirmemeleri üzerine süreli para cezası işletilmeye başlanmış ve başkaca rekabet ihlallerinin olup olmadığının tespiti amacıyla taraflar hakkında yeniden soruşturma açılmıştır.

Bu aşamada değerlendirmeye geçmeden önce Karar'ın yukarıda yer alan bölümlerinde belirtilen gelişmelere kısaca yeniden göz atmakta fayda bulunmaktadır:

- Bilgin Grubu 2000 yılının ikinci yarısında mali kriz yüzünden sıkıntıya girmiş, Eylül 2000'de Bilgin Grubuna ait Etibank'ın yönetimi TMSF'na geçmiştir. Grup yaşanan gelişmeler sonrası borçlarına karşılık şirketlerini devretme yolunu seçmiş, ancak TMSF'nun hisseler üzerindeki tedbir kararı nedeniyle hisse devirleri gerçekleştirilememiştir.
- Ocak 2001'de Bilgin Grubu, yönetimini devrettiği şirketlerin başına yeniden dönmüş, ancak ülkenin ve Grubun içerisinde bulunduğu mali kriz sonucu, Grup bazı alanlardan çekilmiş ve küçülme politikası uygulamaya başlamıştır. Grubun küçülme kararı aldığı alanlardan biri de BBD'nin faaliyette bulunduğu gazete ve dergi dağıtım pazarıdır.
- Diğer yandan, Doğan Grubu Haziran 2001'de Doğan Dağıtım'ı kurmuştur.
- Doğan Dağıtım'ın kurulması üzerine BİRYAY ile sözleşme imzalayan ve YAYSAT ile dağıtım gerçekleştirilen müşteri yayınları ile YAYSAT ile sözleşmeleri bulunan Grup yayınları Doğan Dağıtım'a devredilmiştir.
- BBD'nin küçülme stratejisi ve Doğan Dağıtım'ın kurulması sonrası BİRYAY ile sözleşme imzalamış olan fakat dağıtım BBD tarafından gerçekleştirilen yayınlar da Doğan Dağıtım'a devredilmiş, BBD'de yalnızca Bilgin Grubu'na ait gazetelerin dağıtım kalmıştır. Bu süreçte, Bilgin Grubu'nun yayınlarına ilişkin dağıtım sözleşmeleri BBD ile imzalanmış olsa da yayınların dağıtım komisyon karşılığında fiilen YAYSAT tarafından yapılmıştır.
- Yine aynı süreçte, Bilgin Grubu yayınları basıldıkları tesislerden YAYSAT elemanlarınca ortak nakliye araçlarına yüklenmiş, sevkiyat, denetim, saha çalışması gibi tüm dağıtım fonksiyonları YAYSAT tarafından gerçekleştirilmiştir. Ayrıca maliyetleri düşürme ve küçülme sürecinin bir parçası olarak tüm Türkiye çapındaki YAYSAT ve BBD ana bayileri ortak bayiliklere dönüştürülerek, hem ana bayilik teşkilatının hem de son satış noktalarının sayısında indirime gidilmiştir.
- Bu anlamda ülkemizdeki gazete ve dergi dağıtımının tamamı yalnızca kendi grubunun yayınlarını dağıtan Star Grubu haricinde

Doğan Grubu (Doğan Dağıtım ve YAYSAT) tarafından gerçekleştirilmeye başlanmıştır.

- Bir müddet sonra Sabah Grubu YAYSAT ile olan anlaşmasına son vererek, yayınlarını BBD Merkez vasıtasıyla dağıtmaya başlamıştır. Bu gelişme ile, Sabah Grubu fiilen gazete ve dergi dağıtım işine tekrar dönmüştür. Sabah Grubu yayınları haricinde, Akşam Grubu yayınları ve Cumhuriyet Gazetesi de yeni şirket ile dağıtım anlaşması yapmışlardır. Bunun neticesinde BBD Merkez, dağıtım piyasasında fiilen varlık göstermeye başlamıştır.

Gazete ve dergi dağıtım piyasasının geçmişine bakıldığında, piyasanın oligopol bir yapı arz ettiği gözlemlenecektir. Yaşanan mali krizin sektörü ve Bilgin Grubu'nu olumsuz etkilemesi yüzünden bir dönem özellikle soruşturma sürecinde piyasada Doğan Grubu'nun tek başına hakim durumda olduğundan söz etmek mümkündür. Söz konusu gelişmelerin yanı sıra Doğan Grubu sektörde yıllarca bulunmasından kaynaklanan tecrübesi, bayilik ilişkileri, sahip olduğu yayın portföyü gibi avantajlarının yanı sıra, geliştirerek telifini aldığı İnternet tabanlı sistem ile Türkiye coğrafyasında dağıtımını oldukça zor ve maliyetli bir iş olan gazete ve dergi dağıtımında teknolojik olarak çok üst seviyeye gelmiştir. Söz konusu sistem ile satış noktaları günlük olarak takip edilebilmekte, söz konusu noktaların günlük satışları ile birlikte, tahmini satış rakamları gibi bilgiler de çok büyük bir doğruluk oranıyla tespit edilebilmektedir. Bu anlamda dağıtımın en büyük sorunlarından olan iade, saha çalışması ve denetim konularında büyük aşamalar kaydedilmiş, satış noktaları konusunda bilgiler her an güncellenerek, yayınevlerine daha iyi hizmet verilmeye başlanmıştır. Söz konusu sistem Doğan Grubu'na, tiraj, net satış, iade oranları, satış projeksiyonları, promosyon etkinlikleri gibi –aynı zamanda rakibi olan – yayıncılara ait önemli bilgilere yayıncılardan önce ulaşma şansını da sağlamıştır.

Yaşanan ihtisaslaşma ve teknolojik gelişmeler bir yandan Doğan Grubu'nun gazete ve dergi dağıtım ve yayıncılığı piyasasındaki yerini daha da sağlamlaştırırken, diğer yandan da gazete ve dergi dağıtım piyasasında Grubun etkin güce ulaşmasını da kolaylaştırmıştır.

Bununla birlikte, Sabah Grubu, BBD Merkez Dağıtım vasıtasıyla hem kendi yayınlarını hem de Akşam Grubu yayınları ile birlikte Cumhuriyet gazetesini de dağıtmaya başlayarak tekrar gazete ve dergi dağıtım piyasasında aktif hale gelmiştir. Yaşanan bu gelişmeler piyasanın yapısının yeniden analiz edilmesi gerekliliğini ortaya çıkartmıştır. Ancak daha önce de yer verildiği üzere Doğan grubunun

piyasada sahip olduğu lojistik ve teknolojik üstünlükler piyasadaki lider konumunu güçlendirmiştir.

Bu anlamda gazete ve dergi dağıtım piyasasının özellikleri şöyle özetlenebilir:

- Yoğunlaşma oranı çok yüksektir.
- Talebin fiyat esnekliği düşüktür. Yayınevlerinin dağıtım şirketleri karşısında pazarlık güçleri zayıftır.
- Dağıtım şirketi kurmanın maliyeti (nakliye, denetim, saha çalışması, bilgisayar ağı kurulması vb.) yüksektir.
- Piyasaya girecek yeni dağıtım şirketlerinin mevcut son satış noktalarının tamamına erişememesi durumunda, yeni bir teşkilat oluşturabilmesi için satış noktalarını besleyecek yayın portföyünün de bulunması gereklidir. Gazete ve dergi yayıncılığı piyasasının yaklaşık %...-....'ini elinde bulunduran Doğan ve Sabah gruplarının yayın portföylerinin genişliği, dağıtım piyasasına girecekler açısından önemli bir dezavantaj oluşturmaktadır.
- Diğer yandan, gazete ve dergi dağıtımının neredeyse tamamının Doğan ve Sabah gruplarının elinde bulunması da paradoksal bir biçimde gazete ve dergi yayıncılığına girişi etkilemektedir (Yalnızca kendi yayınlarının dağıtımını yapan Medya Dağıtım dikkate alınmamıştır.). Bu iki grup, talep ettikleri dağıtım komisyonları vasıtasıyla rakibi olan yayıncıların maliyetlerini (ve dolayısıyla yayınların fiyatlarını) doğrudan etkileme imkanına sahiptirler.

Bu aşamada, yukarıda yer alan tespitler sonrasında, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, 4054 Sayılı Kanun'u ihlal edip etmediklerine bakmak gerekmektedir.

Piyasanın ikinci büyük şirketi konumundaki BBD'nin dağıtım piyasasından fiilen çekilmiş olduğu dönemde, Doğan Grubu'nun elde etmiş olduğu konum, piyasa hakimiyeti açısından BBD ile anlaşması gereğini ortadan kaldırmıştır.

Bir başka deyişle, daha önceki soruşturmalar sonucunda Kurul'ca tespit edilen gazete ve dergi dağıtım pazarının ve müşteri yayınlarının paylaşımı, komisyon oranlarının ve sabit ücretlerin birlikte tespit edilmesi gibi rekabet ihlalleri kendiliğinden ortadan kalkmış, tüm müşteri yayınlarının ve hatta Bilgin Grubu yayınlarının dağıtımını üstlenen Doğan Grubu, komisyon oranlarını ve sabit ücretleri tek başına belirleme imkanını elde etmiştir.

BBD'nin bir takım mali zorluklar nedeniyle YAYSAT'tan bazı hizmetleri satın almasını ve ortak nakliye araçlarını kullanmasını, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayan bir anlaşmadan ziyade, Bilgin Grubu'nun içerisinde bulunduğu mali kriz sonucu ortaya çıkan zorunluluklarla açıklamak mümkündür.

Bu anlamda BİRİYAY ile sözleşmesi bulunan müşteri yayınevlerinin Doğan Dağıtım'a devredilmesi de aynı çerçevede değerlendirilmiştir. Ayrıca, söz konusu devirlerin, Kanun'un 6. maddesi bağlamında bir kötüye kullanma olduğuna dair herhangi bir kanıt ulaşılamamıştır.

Bununla birlikte, Sabah Grubu fiilen dağıtım işine başlamıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, piyasanın neredeyse tamamına sahip bulunan söz konusu iki grubun kurduğu bir ortak girişimin ve bu ortak girişimi oluşturan şirketlerden birinin müşterilerini diğer tarafa devretmesi, hatta kendisinin de karşı tarafın müşterisi haline gelmesi, daha sonra ise tekrar faaliyete başlayarak eski pazar payına yakın bir orana ulaşması, piyasadaki güç dengesinin ne denli bu iki gruba bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu değişikliklerin sonucunda önce Doğan Grubu gazete ve dergi dağıtım piyasasında tek başına hakim duruma gelmiş, ardından Sabah Grubu söz konusu piyasada aktif duruma geçmiştir. Sektörde meydana gelen bütün bu hızlı değişiklikler piyasanın Rekabet Kurumu'nca izlenmesini ve yeniden analiz edilmesini gerektirmektedir.

Gazete ve dergi yayıncılığı piyasası açısından kilit nitelikte olan bu piyasada yaşanan çarpıcı gelişmeler hem yayıncılık hem de dağıtım piyasasında yeni rekabet ihlallerinin ortaya çıkması olasılığının her zaman var olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, yaşanan gelişmeler ve Rekabet Kurulu'nun anılan piyasada şu ana değin üç soruşturma yürütmüş olması da dikkate alındığında, piyasanın Rekabet Kurumu tarafından belli bir süre için gözlemlenmesi ve bazı bilgilerin dönemler itibarıyla Kurul'a bildirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede, Rekabet Kurulu'nun ilgili tebliğlerinde belirtilen yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla;

A) Doğan Dağıtım, BİRİYAY, YAYSAT, BBD ve BBD Merkez Dağıtımın;

a-başta komisyon ve sabit ücretler olmak üzere, genel olarak, ilan edilen dağıtım koşullarında herhangi bir değişiklik yapmaları,
b-portföylerinde bulunan yayınları bir diğer dağıtım şirketine devretmeleri,
c-gerçek veya tüzel kişi olan ortaklarının ortağı veya sahibi olacağı herhangi bir dağıtım şirketinin kurulması ya da faaliyetine son verilmesi,

d-başka dağıtım şirketleri ile dağıtım, nakliye, pazarlama, araştırma geliştirme vb. konularda anlaşma yapmaları

halinde durumun Rekabet Kurumu'na 30 gün içerisinde bildirilmesinin,

B) Söz konusu teşebbüslerin üç yıl boyunca, her yılın 6. ve 12. aylarını izleyen 15 gün içerisinde olmak üzere dağıtımını yaptıkları yayınlar ile ilgili olarak;

a-Yayınevinin adı (Dağıtım şirketi ile sözleşme imzalayan yayınevleri veya başka bir dağıtım şirketi ile imzalanan anlaşma uyarınca yayınları dağıtılan yayınevleri ayrı ayrı belirtilmek suretiyle)

b-Yayınevinin bağlı bulunduğu grubun adı (varsa)

c-Dağıtılan yayın adı

d-Dağıtılan yayının periyodu

e-Dağıtılan yayınına uygulanan komisyon oranı

f-Dağıtılan Yayınına uygulanan sabit ücret bedeli

bilgilerini içeren bir tabloyu Rekabet Kurumu'na göndermelerinin

gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Ayrıca, soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin isim değişikliklerine gitmeleri veya yeni şirket kurmaları durumunda, istenilen bilgilerin söz konusu şirketler tarafından da Rekabet Kurumu'na gönderilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, sektörde faaliyette bulunan, ancak, soruşturma kapsamında yer almayan BBD Merkez Dağıtım Organizasyon Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş.'nin de söz konusu bilgileri aynı kapsamda Kurumumuza intikal ettirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen şirketlerin ortaklarının kuracakları veya bizzat kendilerinin ortaklık yapısı içerisinde yer alacakları diğer gazete ve dergi dağıtım şirketlerinin de bu Karar kapsamında yukarıda istenen bilgileri Kuruma bildirmeleri gerekmektedir.

Diğer yandan, Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı'nda, BİRYAY'ın Ana Sözleşmesi'nin 3. maddesinin hukuka uygun hale getirilmesi, 38. ve 39. maddelerinin de sözleşmeden çıkartılması hüküm altına alınmıştır. Tarafların anılan Karar'da belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediklerinin anlaşılması üzerine, Rekabet Kurulu'nun 31.07.2001 tarih ve 01-37 sayılı toplantısında, 17.07.2000 tarihli kararın tebliğ edilmesi ile başlamış olan 45 günlük sürenin bittiği 26.04.2001 tarihinden başlamak üzere, BBD, BİRYAY ve YAYSAT hakkında Kanun'un 17. maddesinin (a) bendi ve 2001/1 sayılı Tebliğ gereğince her gün için 949.104.000 –TL. süreli para

cezası uygulanmasına karar verilmiştir (Kanun'un 17. Maddesinin (a) bendi uyarınca verilen süreli para cezalarının miktarı, her mali yılın başında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 28.7.1999 tarih ve 4421 sayılı Kanun ile değişik Ek 2. maddesindeki usule göre artmaktadır).

Söz konusu süreli para cezası, yukarıda bahsedilen Kurul Kararı'na uyulmaması nedeniyle verilmiş olup, yürütülen bu soruşturmada bağımsızdır. Bu nedenle, yürütülen soruşturmada tarafların davranışlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında yeni bir ihlal oluşturduğuna dair herhangi bir bulguya rastlanılmamış olması, söz konusu idari para cezasına hanel getirecek nitelikte değildir.

Bununla birlikte, yapılan incelemelerde süreli para cezasının başladığı 31.07.2001 tarihinden sonra da BİRYAY'ın Ana Sözleşmesi'nde Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı çerçevesinde herhangi bir düzenleme yapılmadığı ve BİRYAY'ın bu haliyle rekabet ihlali taşıyan bir oluşum olma niteliğinin devam ettiği görülmüştür. Rekabet Kurulunun belirtilen Kararı'nda, BİRYAY'ın Kuruluş Ana Sözleşmesinin amaç maddesi olan 3. maddesi ve ayrıca 38 ve 39. maddelerinin rekabet ihlali niteliğinde olduğu ve 4054 sayılı kanunun 4. maddesini ihlal ettiği belirtilmiştir. BİRYAY ana sözleşmesindeki ilgili hükümlerin şu ana kadar düzeltilmemesi nedeniyle oluşan hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi uyarınca dava açma yoluna gidilmesi gerekli görülmüştür.

K. SONUÇ

1- BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. Ana Sözleşmesi'nin 3. maddesinin hukuka uygun hale getirilmesini ve 38. ve 39. maddelerinin ise sözleşmeden çıkarılmasını öngören 17.7.2000 tarih, 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda belirtilen düzenleme gereklerinin hakkında soruşturma yürütülen taraflarca yerine getirilmediğine OYÇOKLUĞU ile;

2- Yukarıda belirtilen Rekabet Kurulu kararında tespit olunan rekabet ihlalinin dışında; BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin kendilerine tebliğ olunan 17.07.2000 ve 14.12.2000 tarihli Rekabet Kurulu kararları sonrasındaki uygulama ve eylemlerinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yeni bir rekabet ihlali oluşturmadığına, 17.7.2000 tarih, 00-26/292-162 sayılı Karar'da öngörülen değişiklikleri yerine getirmemeleri ve dolayısıyla rekabet ihlalinin devam ediyor olması nedeniyle 31.7.2001 tarih, 01-37/364-M sayılı Karar ile taraflar hakkında

başlatılan süreli para cezası uygulaması devam ettiğinden, hakkında soruşturma açılan taraflara ayrıca bir idari para cezası verilmesine gerek bulunmadığına OYÇOKLUĞU ile;

3- BİRYAY ana sözleşmesindeki ilgili hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle oluşan hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla ve Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi uyarınca, dava açma yoluna gidilmesine OYBİRLİĞİ ile;

4- Gazete ve dergi yayıncılığı piyasası açısından önemi dikkate alındığında, gazete ve dergi dağıtım piyasasının Rekabet Kurumu tarafından izlenebilmesini ve dolayısıyla oluşabilecek yeni ihlallerin engellenmesini teminen, 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereğince;

A) Doğan Dağıtım Satış ve Pazarlama A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş., Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BBD Merkez Dağıtım Organizasyon Pazarlama Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin ve bu teşebbüslerin ortaklarının kuracakları veya bizzat kendilerinin ortaklık yapısı içerisinde yer alacakları başkaca gazete ve dergi dağıtım şirketlerinin;

- a) Başta komisyon ve sabit ücretler olmak üzere, uygulanan dağıtım koşullarında herhangi bir değişiklik yapmaları,
- b) Portföylerinde bulunan yayınları başka bir dağıtım şirketine devretmeleri (Portföydeki yayınların başka bir dağıtım şirketine devredilmesi hususu aşağıdaki durumlarda da gerçekleşmiş sayılacaktır.),
 - Sözleşmeleri bitmeksizin veya sözleşmelerinin bitiminde, yayınevlerinden başka bir dağıtım şirketi ile sözleşme yapmalarının veya başka bir dağıtım şirketi adına irsaliye kesmelerinin talep edilmesi,
 - Başka bir dağıtım şirketi ile sözleşmesi olup fiilen dağıtım yapılan yayınların dağıtım faaliyetlerinin başka bir dağıtım şirketine devredilmesi,
- c) Kendilerinin veya gerçek / tüzel kişi olan ortaklarının, ortağı veya sahibi olacağı herhangi bir dağıtım şirketinin kurulması ya da kurulmuş olan dağıtım şirketinin faaliyetine son verilmesi,
- d) Rekabete aykırı hususlar içermese dahi, başka dağıtım şirketleri ile dağıtım, nakliye, pazarlama, araştırma geliştirme vb. konularında anlaşmalar yapılması,

halinde durumu en geç 30 gün içinde Rekabet Kurumu'na bildirmeleri;

B) Söz konusu teşebbüslerin dağıtımını yaptıkları yayınlar ile ilgili olarak;

- a) Yayınevinin adı (dağıtım şirketi ile sözleşme imzalayan yayınevleri veya başka bir dağıtım şirketi ile imzalanan anlaşma uyarınca yayınları dağıtılan yayınevleri ayrı ayrı belirtilmek suretiyle),
- b) Yayınevinin bağlı bulunduğu grubun adı (varsa),
- c) Dağıtılan yayının adı,
- d) Dağıtılan yayının periyodu,
- e) Dağıtılan yayına uygulanan dağıtım koşulları (sabit ücret, nakliye bedeli, komisyon oranı vb.),

bilgilerini içeren tabloları, yılın ilk ve ikinci altı aylık dönemlerine ilişkin olarak ve ilgili dönemleri izleyen 15 gün içinde, üç yıl boyunca Rekabet Kurumu'na bildirmeleri

gerektiğinin adı geçen teşebbüslere bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile;

yukarıda yer alan kararla ilgili her türlü sürenin, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren başlayacağından bahisle ve Danıştay yolu açık olmak üzere 6.11.2002 tarihinde karar verilmiştir.

**Rekabet Kurulu'nun 06.11.2002 tarih ve 02-68/821-333 sayılı
Kararına)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı kararında, BBD Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.(BBD) ile YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT)'ın bizzat kendileri gazete ve dergi dağıtım pazarında faaliyet gösterirken, gene aynı pazarda müşteri yayınlarını dağıtmak üzere kurdukları BİRYAY Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY)'nin ortak girişim olarak aynı pazarda faaliyet göstermesi rekabet koordinasyonuna yol açacağından kanuna aykırı görülmüş ve rekabetin tesisi için BİRYAY sözleşmesindeki,

- Kurucuların sahip olduğu yayınlar dışındaki yayınları münhasır dağıtma yetkisi veren 38. madde ile,
- Gazete ve dergilerden alınacak asgari dağıtım komisyon oranlarını düzenleyen 39. maddenin

sözleşmeden çıkarılması ve şirketin "Amacı" başlığını taşıyan 3. maddesinin dağıtım piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin de dahil olduğu mevcut ortaklık yapısı itibariyle rekabet hukukuna aykırı olduğundan, aykırılığın giderilmesi, kararlaştırılmıştır.

Yani, ortak girişim ile ortak girişimi kuran tarafların aynı piyasada faaliyet göstermesi rekabet koordinasyonuna yol açacağından uygun görülmemiştir.

Uygulamaya devam edilmesi üzerine de 31.07.2001 tarih ve 01-37/364-M sayılı karar ile taraflar hakkında süreli para cezası başlatılmıştır.

İhlalin sona erebilmesi için üç tarzda hareket edilmesi mümkündür.

Birinci yol, ortak girişim oluşturan taraflardan birinin hissesini bir başkasına devretmesidir. Bu taktirde 3.madde ile ilgili sorun sona erecek 38. ve 39. maddelerin ise sözleşmeden çıkarılması gerekecektir.

İkinci yol, ortak girişimin (BİRYAY) amacı değiştirilerek gazete ve dergi dağıtım piyasası dışında bir piyasada faaliyet göstermesidir.

Bir diğer yol da ortak girişimin faaliyetini durdurmasıdır.

Soruşturma Raporu'ndan BİRYAY'ın faaliyetini durdurduğu, ortak girişimi oluşturan tarafların ise ihlalden önce olduğu gibi (farklı

teşebbüsleri aracılığıyla) gazete ve dergi dağıtım pazarında faaliyetlerini sürdürdüğü anlaşılmıştır.

Kurul, BİRİYAY'ın faaliyetini durdurmasına rağmen sözleşmesinde öngörülen değişiklikleri yapmamasını ihlali devam ettirme şeklinde değerlendirmiş olup, faaliyetin durması sonucu ihlal kesinlikle ortadan kalkmış olduğu ve bu nedenle BİRİYAY'ın faaliyetini durdurduğu tarih itibariyle taraflar hakkında işletilen süreli para cezasının da sona erdirilmesi gerektiği kanaat ve görüşü ile Karar'ın K.1 ve K.2. maddelerindeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Nejdet KARACEHENNEM
Kurul Üyesi

Dosya Konusu: Usinor Grubu'na bağlı Sollac Mediterranee S.A.'nın hisse devralması suretiyle Borusan Grubu'na bağlı Borçelik Çelik Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülme-sine izin verilmesi talebi.

Dosya Sayısı : D1/1/E.C.G.-01/1 (Devralma)
Karar Sayısı : 01-29/282-83
Karar Tarihi : 26.6.2001

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU
Üyeler: Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK,
Nejdet KARACEHENNEM, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,
Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖR: E.Cenk GÜLERGÜN

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - Borusan Holding A.Ş.
Temsilcisi Prof.Dr. Arif Esin
Akaretler S.Seba Caddesi No:67
80680 Beşiktaş - İstanbul

D- TARAFLAR: - Sollac Mediterranee S.A.
Immeuble "La Pacifi" la defense 7 11-13 Cours
Valmy
92800 Puteaux FRANSA
- Borusan Holding A.Ş.
Meclisi Mebusan Cad. 103 80040 Salıpazarı -
İstanbul
- Borusan Birleşik Boru Fabrikaları A.Ş.
Meclisi Mebusan Cad. 103 80040 Salıpazarı -
İstanbul
- Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş.
Meclisi Mebusan Cad. 103 80040 Salıpazarı -
İstanbul
- Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve
Ticaret A.Ş.
Mihrabat Cad. Martı İş Merkezi No:238 Kat:3-4 81630

Kavacık Beykoz- İstanbul
- Birlik Galvaniz Sac San. ve Tic. A.Ş.
Meclisi Mebusan Cad. 103 80040 Salıpaazarı-İstanbul
- Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.
Karadeniz Ereğlisi
- International Finance Corporation
2121 Pennsylvania Avenue, NW, Washington DC 20433 ABD

E- DOSYA KONUSU: Usinor Grubu'na bağlı Sollac Mediterranee S.A.'nın hisse devralması suretiyle Borusan Grubu'na bağlı Borçelik Çelik Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülmesine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 17.4.2001 tarih ve 1567 sayı; 15.5.2001 tarih ve 2007 sayı; 7.6.2001 tarih ve 2441 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 21.6.2001 tarih, D1/1/E.C.G.-01/1 sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 21.6.2001 tarih, REK.0.05.00.00/57 sayılı Başkanlık önergesi ile 01-29 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Usinor Grubu'na bağlı Sollac Mediterranee SA işletmesinin hisse devralmasıyla Borçelik Çelik Sanayi Ticaret A.Ş.'nin (Borçelik) ortak girişime dönüştürülmesi işlemine izin verilmesi; işlemi düzenleyen Genel Anlaşma'nın 6.5 ve 6.6. maddelerinde öngörülen kısıtlamaların aynen, bu Anlaşma ile Ticari Anlaşma'nın 10. maddesindeki "gizli bilginin kullanılmaması ve üçüncü kişilere açıklanmaması" hükmünün ise taraflardan birinin hissedarlıktan ayrılmasından itibaren 5 yıl geçerli kalacak şekilde yan sınırlama sayılması; Borçelik'in alım-satımlarının dağılımına ilişkin yıl sonu kümülatif değerlerin 2001 yılı sonundan itibaren başlamak üzere Kuruma bildirilmesi koşulunun taraflara yüklenmesi gerektiği, ayrıca söz konusu Anlaşmalarda yer alan ve olası işlem, ilişki ve anlaşmaların gerçekleştirilmesine yönelik niyet beyanından ibaret olan madde hükümlerinin kesin ve nihai düzenleme niteliğinde olmaması nedeniyle, bu aşamada değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1.Taraflar

Sermaye artırımını yapılacak ve ana sözleşmesi değiştirilecek işletme Borçelik olup, ortaklarından Borusan Holding A.Ş., Borusan

Birleşik Boru Fabrikaları A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş., Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. ile Birlik Galvaniz Sac Sanayi ve Ticaret A.Ş. Borusan Grubu'na dahildir. İşlem sonrasında Borçelik'in kontrolünü paylaşacak Sollac Mediterranee SA (Sollac) ise Fransız Usinor Grubu'na bağlıdır. Diğer ortaklar ise Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. ile International Finance Corporation'dır.

H.1.1. Borusan Grubu

Borusan Grubu, yatırım, dağıtım ve çelik alanlarındaki şirketleri ile diğer işletmelerinden oluşmaktadır. Yatırım alanında, Borusan Grubu şirketlerine iştirak edilmekte (Borusan Holding A.Ş. ile Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş.); distribütörlük alanında ise BMW, Land Rover ve temsil edilen diğer markalara ilişkin motorlu taşıtlar ile iş makineleri (Caterpillar) ve güç sistemleri (jenaratör, motor, forklift ve kojenarasyon) satılmakta, bunlara ilişkin hizmetler sunulmaktadır. Ayrıca Grup, nakliyat alanında da faaliyette bulunmaktadır.

Borusan Grubu, çelik alanında Mannesmann AG ile ortak olduğu Borusan-Mannesmann Boru Yatırım Holding A.Ş. aracılığıyla faaliyette bulunmaktadır. Borusan Grubu'na bağlı ve yassı çelik üreticisi olan Borçelik, Birlik Galvaniz Sac Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Birlik Galvaniz) ile Kerim Çelik Mamülleri İmalat ve Ticaret A.Ş. (Kerim Çelik), sıcak haddelenmiş sac ürünlerinin sonraki endüstriyel aşamalarını gerçekleştirmektedir.

H.1.2. Usinor Grubu

Usinor Grubu, dünyanın önde gelen çelik üreticilerinden olup, 22.150 milyon ton'luk üretimiyle dünya sıralamasında üçüncüdür.

Usinor Grubu, Türkiye'deki faaliyetlerini aşağıdaki işletmelerle yürütmektedir.

Tablo 1- Usinor Grubunun Türkiye'deki Faaliyetleri

İşletme Adı	Faaliyet Alanı
Usinor Çelik Ticaret A.Ş.	Nitelikli yassı çelik ürünlerinin sanayici alıcılara satış ve pazarlamasını düzenlemektedir.
Sollac Ambalaj Çeliği ve Ticaret A.Ş. (Gemlik/Bursa), Uginox Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Gebze/Kocaeli)	Metal ambalaj sanayini ilgilendiren tenekeleri rulo halinde alıp işleyerek teneke ambalaj sanayicilerine baskı ve kutu

	yapımına hazır halde sunmaktadır.
Bamesa Çelik Servis Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Orhangazi/Gemlik/Bursa)	İthal edilmiş sac ürünleri ve galvanizli sac ürünlerini dilme ve boy kesme işlemlerinden geçirerek otomotiv sanayi kuruluşlarına sağlamaktadır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1.Ürün Pazarı

Demir cevherinin ve/veya hurdanın yüksek sıcaklıkta fırınlarda işlenmesiyle farklı et kalınlıklarında (çelik parçasının yüksekliği ya da derinliği) HR üretilmektedir. Sıcak sac olarak da adlandırılan HR yassı çelik ürünlerinin başlangıç formudur. Türkiye'de tek HR üreticisi Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. (Erdemir) olup, ithalat yapılabilecek üreticiler Thyssen-Krupp-Stahl Grubu (Almanya), Arbed (Belçika), Riva (İtalya), Corus (İngiltere), Aceralia (İspanya), Kösice (Slovakya) ve Usinor (Fransa)'dur.

Rulo halinde satılan HR'nin rulo açma işleminden sonra asitlenerek temizlenmesi, yağlanması ve yeniden sarılmasıyla DKP elde edilmektedir. DKP'den ürünün fiziksel ve mekanik özellik kazandığı haddeme (sacın bir taraftan gerilirken diğer taraftan preslenmesiyle inceltmesi) işleminden sonra FH olarak adlandırılan soğuk haddelenmiş sac elde edilmektedir. Bu aşamada DKP %70-80 oranında inceltilmektedir. Ancak bunun bir anda yapılması ürüne zarar verebileceğinden, işlem dört-beş defa tekrarlanmakta ya da sac aynı presin içinde bir defadan fazla gezdirilmektedir. FH tane (molekül) büyüklüklerinin ve mekanik özelliklerinin istenen seviyeye getirilmesi için tavlama fırınlarında 72-80 saat boyunca ısı işleme tabi tutulmakta, nihai yüzey ve mekanik özellikleri kazandırılmak amacıyla düşük oranda (%5-10) inceltilerek CR denilen soğuk sac elde edilmektedir. CR çoğunlukla rulolar halinde ticareti yapılan, farklı et kalınlıklarında inceltmiş ve uygun koşullarda saklanmaması halinde kolayca pas tutabilecek bir üründür.

Soğuk haddelenmiş ürünler pasa karşı dayanıklı değildir. Bu nedenle, CR'nin metalle kaplanmasıyla paslanmaya karşı koruma sağlanmaktadır. CR'nin çinko kaplanmasıyla galvanizli sac, kalay kaplanmasıyla teneke elde edilmektedir. Galvanizli sac üretiminde elektrogalvanizleme ve/veya sıcak daldırma yöntemi kullanılmaktadır.

CR'nin, galvanizli sacın ve tenekenin organik madde kaplanmış formuna ise boyalı sac denilmektedir.

CR'nin üretilmesinden ya da galvanizleme işleminin gerçekleştirilmesinden sonra, talep doğrultusunda sacın kesilmesi gerekmektedir. Bu işlem çelik merkezleri tarafından yerine getirilmektedir. Çelik merkezleri, sacı kullanmaya en uygun ebatlarda ve dört köşeli olmak üzere kesmektedir. Bazı gelişmiş çelik merkezlerinde, kesilmiş parçaların içi boşaltılabilmekte ve hatta aynı parçanın farklı kısımları farklı inceliklerde kesilebilmektedir.

Galvanizleme işleminde, elektrogalvanizleme sıcak daldırma yöntemi ile kıyaslandığında iki sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlar, yoğun elektrik kullanımının üretim maliyetini artırması ile yüzey kaplama kalınlığının diğer yönteme göre ince olmasının sanayi kullanımında yarattığı olumsuzluklardır. Sıcak daldırma yöntemi ile gerçekleştirilen galvanizleme işlemini de, üretim sürecinde kullanılan teknoloji yönüyle iki grupta incelemek gerekmektedir. Bu teknolojilerden ilki 1930'lu yıllara, ikincisi ise son yıllara aittir. Aşağıda bu teknolojilerin temel farklılıklarına yer verilmektedir.

Tablo 2- Sıcak Daldırma Yöntemi Teknolojilerinin Karşılaştırılması

Eski Teknoloji	Yeni Teknoloji
1. Hammadde olarak CR kullanılmaktadır.	1. Hammadde olarak FH'nin kullanılması üretim esnekliği getirmektedir.
2. 1300 mm. genişliğe kadar sac levhaların işlenebilmesi nedeniyle, başta otomotiv sanayi olmak üzere, yekpare genişlik gerektiren birçok alanda bu ürünler kullanılmamaktadır.	2. 1500 mm.'ye kadar levhaların işlenebilmesiyle yekpare geniş parçalar galvanizlenebilmektedir.
3. Galvaniz kaplama kalitesi düşüktür.	3. Sac, otomotiv sanayinde olduğu gibi, görünür yüzeylerde teknik boyama işlemine tabi tutulabilecek kaliteye ulaştırılmaktadır.

Erdemir'in galvanizli sac yatırımı 2001 yılında tamamlanacaktır. Tezcan teşebbüsünün galvanizli sac üreten tesisi 2000 yılının ikinci yarısında devreye girmiştir. Borçelik tesisi Türkiye'de yeni teknoloji ile

galvanizli sac üreten üçüncü tesis olacaktır. Bu tesisler dışında bulunan tesisler (Birlik Galvaniz dahil) eski teknoloji ile üretim yapmaktadır.

Yukarıda açıklanan aşamaların herbirinin sonunda elde edilen ürünlerin, bir sonraki aşamanın girdisi olmasının yanısıra başka kullanım alanları da bulunmaktadır. Bu itibarla HR, DKP, FH, CR ve kaplanmış sac ticari üründür. HR, yassı çelik ürünlerinin üretiminde kullanıldığından, üreticilere satılmaktadır. DKP tüp (tüpgaz) yapımında, ağırlıklı olarak otomotiv ve cüzi miktarda beyaz eşya sanayinde kullanılmaktadır. FH ise ambalaj çemberi ve yurt dışında el arabası yapımında, ayrıca inşaatın ara bölümlerinde trapez (örtü ve ayırım malzemesi) olarak kullanılmaktadır. Kaplama öncesindeki nihai ürün olan CR'nin (soğuk sacın) ve kaplanmış sacın ise kullanım alanı geniştir.

Nitekim, Borçelik satışlarının yaklaşık %80, %13 ve %7'si sırasıyla CR, FH ve DKP satışlarından oluşmaktadır.

Borçelik'in üretim faaliyetlerinin başlangıç girdisi HR'dir. HR'nin kimyasal yapısı, elde edilmesinde kullanılan demir cevheri ve/veya hurdaya bağlıdır. HR'nin işlenmesiyle başlayıp CR üretilmesine kadar olan aşamalarda ürünün kimyasal yapısı değiştirilememekte, yalnızca fiziksel özellikleri istenen hale getirilebilmektedir.

DKP, birçok sanayide kullanılmak için kalın ve gerekli mekanik özelliklere sahip olmayan bir üründür. Bu nedenle, DKP'nin kullanım alanı diğer ürünlere göre dardır. CR ile FH arasında incelik yönüyle önemli bir fark olmamakla birlikte, bu ürünler sertlik noktasında farklılaşmaktadır. FH oldukça sert bir ürünken; tavlama işlemine tabi tutulan CR daha yumuşak, buna bağlı olarak sanayi kullanımında daha kolay şekle sokulan ve daha nitelikli bir sacdır. Bu nedenle, CR ve FH kullanıcı gözünde nitelik ve kullanım alanları itibarıyla denk ürünler değildir. Ancak aynı üretim sürecinin farklı aşamalarında elde edilen ürünlere ilişkin pazar tanımı yapılmasında, üretim yapısı önem kazanmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, üretimin çeşitli aşamalarının sonunda elde edilen ürünlerin bir sonraki aşamanın girdisi olarak kullanılması veya satılması tercihinin yapılmasında esneklik olduğu anlaşılmıştır. DKP ile FH'ye olan talebin karşılanması ve nihai olarak CR üretimine yönelik ara madde temin edilerek olağan faaliyetin sürdürülmesi, mevcut üretim akışı ve girdi temini açısından mümkündür. Ayrıca, Türkiye'de yassı çelik ürünlerinin üretimini gerçekleştiren iki firmadan Erdemir'in demir cevheri ve/veya hurdanın, Borçelik'in ise HR'nin işlenmesinden itibaren CR'nin elde edilmesine kadar tüm

aşamaları yerine getirmesi, sözü edilen esneklikle birlikte göz önüne alındığında; üretici firmaların ara mamüller bazında değil, bütün üretim süreçleriyle rakip oldukları sonucunu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla DKP, FH ve CR'nin herbiri farklı ilgili ürün pazarı değildir.

Yatırım sonrasında Borçelik yeni teknoloji sıcak daldırma yöntemiyle galvanizli sac üretecektir. Elektrogalvanizleme ve sıcak daldırma yöntemleri, maliyet ve kaplama kalınlığı açısından farklılaşmaktadır. Sıcak daldırma yönteminde ise eski ve yeni teknoloji, kaplanabilecek levha genişliği, kaplama kalitesi ve üretim esnekliği yönüyle birbirinden ayrılmaktadır. Bu çerçevede, galvanizleme faaliyetine yönelik olarak esas itibarıyla, sıcak daldırma yöntemiyle 1500 mm. genişliğe kadar üretilen galvanizli ürünler pazarı tanımlanmıştır.

Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde ilgili ürün pazarları, "soğuk sac (DKP ve FH dahil) pazarı" ve "1500 mm.'ye kadar sacların elektrokimyasal yüzey hazırlık ve ısıl işlemleri entegre olan daldırma yöntemi ile galvanizleme sürecinden geçirilmesiyle üretilen galvanizli ürün pazarı" olarak tanımlanmıştır.

Öte yandan, Borusan Grubu'na bağlı Kerim Çelik ile Usinor Grubu'nun ortak kontrole sahip olduğu Bamesa'nın faaliyet gösterdiği çelik merkezi hizmetleri, Usinor Grubu'ndan Sollac Ambalaj ve Uginox'un gerçekleştirdiği çelik ambalaj üretimi ile Usinor Çelik Ticaret A.Ş.'nin yer aldığı nitelikli yassı çelik satışları da ilişkili faaliyetler olarak belirlenmiştir.

H.2.2. Coğrafi Pazar

Yassı çelik üreticisi ve işleyicisi teşebbüsler genellikle müşterileri olan sanayi işletmelerinin ağırlıklı olarak faaliyet gösterdiği Marmara Bölgesi'nde yoğunlaşmıştır. Erdemir, Türkiye'nin kuzeyinde faaliyet göstermekle birlikte, Borçelik'in ürettiği tüm ürünlerde bu işletmeyle rekabet halindedir. Dolayısıyla, soğuk sac elde edilmesine yönelik faaliyetlerde ve galvanizli sac üretimindeki rekabetin tanımlanmasında bölgesel pazarlardan söz etmek mümkün değildir. Bu bağlamda, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Dosya mevcudu bilgilerden, Borusan Holding A.Ş. ile Sollac arasında 22.3.2001 tarihinde imzalanan "Genel Anlaşma"yla düzenlenen işlem sonucunda, halihazırda Borusan Grubu'nun kontrol ettiği Borçelik'in, Borusan ve Usinor Grupları tarafından birlikte kontrol edilen bir ortak girişime dönüştürüleceği anlaşılmıştır. Buna göre, Borçelik'in 2001 yılında yapılacak genel kurul toplantısında sermaye artırımını ve ana

sözleşme değişikliği gerçekleştirilecek, Usinor Grubu'na bağlı Sollac'ın, Borçelik'te %12.54 olan hisse oranı %21.96'ya çıkarılacak ve Sollac (A) grubu hisselerin tümüne sahip olacaktır.

Ayrıca, 22.3.2001 tarihinde Borusan Holding A.Ş. ile Sollac arasında imzalanan "Ticari Anlaşma"da üretim kapasitesini artırma amaçlı yatırım planı düzenlenmiş ve taraflar arasındaki ticari ilişkilerle ilgili ilkeler belirlenmiştir. "Ticari Anlaşma"ya göre, "Satış Acenteliği Anlaşması" yapılacak ve Borçelik tarafından üretilen, birinci sınıf otomotiv ürünlerinin yapımında kullanılan galvanizli sacın dünya pazarlarına pazarlanmasında Usinor Auto SA tek ticari acente olarak yetkilendirilecektir. Söz konusu satışlarda Usinor Auto SA'nın Borçelik ürünlerini birinci sınıf otomotiv üreticilerine tanıtması, satış koşullarının Borçelik tarafından onaylanması ve Borçelik'in kendisine acentelik hizmeti veren ve markasını kullandıran Usinor Auto SA'ya ciro üzerinden %1 pay vermesi öngörülmüştür. Ayrıca bu Anlaşma'nın 6. maddesi gereğince "Teknik Yardım Anlaşması" ve "Hizmet Anlaşması" hazırlanarak uygulamaya sokulacaktır.

H.3.1. İşlemin 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 2. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bildirime konu işlem öncelikle, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 2(c) maddesi açısından incelenmiştir.

H.3.1.1. Ortak Kontrol

Borçelik'in işlem öncesindeki "Esas Mukavelesi"ne göre; Yönetim Kurulu (A), (B) ve (C) grubu hissedarlar tarafından aday gösterilenlerden sırasıyla 4, 1 ve 4 kişi olmak üzere 9 kişiden oluşmaktadır. (A) grubu hisselerin yarısından fazlası ve (C) grubu hisselerin tamamının Borusan Grubu'nda oluşu Yönetim Kurulu Üyeleri'nin dağılımına yansımıştır. "Esas Mukavele"de, Şirket Yönetim Kurulu'nda Borusan Grubu'nun 5, Sollac ve Erdemir'in ise 2'şer üyesi olduğu belirtilmiştir. Mukavele'de ayrıca, Yönetim Kurulu Başkanı'nın (C) grubu hissedarların (Borusan Grubu şirketleri) adayları arasından seçileceği ifade edilmiştir. Bu noktada, "Esas Mukavele"nin 14(c) maddesi dikkate alınmaksızın, %61.18 oranında hisseyi elinde bulunduran Borusan Grubu'nun Borçelik'i tek başına kontrol ettiği sonucuna ulaşmak olanaklı değildir, çünkü bu maddede stratejik kararları veto etme hakkına ilişkin düzenlemeye gidilmiştir.

Anılan madde şu şekildedir: "SOLLAC (A) grubu hisselerin çoğunluğuna sahip olduğu sürece, yukarıdaki hüküm gözönüne

alınmadan, aşağıda belirtilen konularda Yönetim Kurulu'nca karar verilebilmesi için (A) grubu temsilcilerinden en az birinin ve (C) grubu temsilcilerinden en az birinin nisap içinde bulunması ve bu temsilcilerin onayının bulunmasını gerektirir.

Kararlar;

- * Esas Mukavele'nin 3 üncü maddesinin 1inci fıkrası gereğince diğer demir çelik çeşitlerinde de faaliyette bulunulması.
- * Yıllık şirket iş planı ve bütçe ve bunlarla ilgili değişkenlerin onaylanması.
- * Şirketin 500.000.-\$ ABD Dolar'ı karşılığında daha yüksek mertebede yapacağı yeni yatırımlar.
- * Her türlü mali katılımlar ve mevcutlarda yapılacak değişiklikler.
- * Süresi bir yılı aşan veya miktarı 1.000.000.-\$ ABD Dolar'ı mertebesinin üzerinde mal alımı veya satımı dışındaki anlaşmaların yapılması veya sona erdirilmesi.
- * Şirketçe 3 üncü taraflara aynı ve şahsi her türlü garantinin verilmesi.
- * Alınacak orta ve uzun vadeli krediler.
- * Alınacak 2.000.000.-\$ ABD Dolar'ı karşılığında daha yüksek kısa vadeli krediler.
- * Esas Mukavele'nin 25 (B) (III) maddesine göre, Yönetim Kurulu Üyelerine dağıtılacak temettü hakkında karar alınması.”

Bu çerçevede, Sollac'ın (A) grubu hisselerin çoğuna sahip olması halinde, (A) ve (C) grubu hissedarların Yönetim Kurulu'ndaki en az birer temsilcisinin onayıyla bazı stratejik kararlar alınabilecektir. Diğer bir deyişle, söz konusu temsilcilerin olumsuz oyu stratejik kararların veto edilmesi ve bu konularda karar alınamaması sonucunu doğuracaktır. Ancak bu sürecin işlemesi için Sollac'ın (A) grubu hisselerinin çoğuna sahip olması gerekmektedir. Oysa ki, toplam hisseler içindeki payı itibarıyla, Borusan Grubu %11.59 oranında (A) grubu hissesine sahiptir ve %10.37 oranında (A) grubu hissesi bulunan Sollac bu koşulu karşılamamaktadır.

Diğer yandan, gündelik işlerin ne şekilde yürütüleceği hususu da ortak kontrolün varlığı açısından önemlidir. “Esas Mukavele”ye göre; Şirket Genel Müdürü ile teknik ve mali işler müdürleri (A) ve (C) grubu hissedarların herbirinin çoğunluğunun göstereceği adaylar arasından Yönetim Kurulu tarafından seçilecektir. Bu çerçevede, (A) grubu hisselerin çoğunluğuna ve (C) grubu hisselerin tamamına sahip olan Borusan Grubu'nun göstereceği adaylar arasından Grubun çoğunlukla temsil edildiği Yönetim Kurulu'nun atayacağı kişiler üst düzey yöneticiler olarak seçilecektir. Böylece, stratejik kararların alınmasında olduğu gibi,

Şirket'in gündelik davranışlarının yönlendirilmesinde de Borusan Grubu'nun belirleyici olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, Borçelik Borusan Grubu tarafından kontrol edilmektedir.

Bildirime konu işlem sonrasında (A) grubu hisselerin tümü Sollac'a geçecektir. Bu şekilde, Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri'nin dördünü Sollac, dördünü Borusan Grubu ve birini Erdemir -sırasıyla (A), (C) ve (B) grubu hisselerin tamamına sahip olacağından- gösterecektir. Böylece, Yönetim Kurulu'nda Sollac ve Borusan Grubu eşit sayıda üyeyle temsil edilecektir. Ayrıca, "Esas Mukavele"nin stratejik kararlarla ilgili 14(c) maddesinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu maddede, (A) ve (C) grubundan en az bir temsilcinin onayı olmaksızın hakkında karar alınamayan hususlara yenileri eklenmiştir. Bunlardan bazıları aşağıdadır:

- Şirket'in geçiş hakları ve sanayi tesisine karadan ve denizden ulaşılabilmesine ilişkin her türlü sözleşmenin akdi, değiştirilmesi veya feshi,
- 500.000 ABD Doları'nı aşan miktarda ekipman, tesis veya arazi satışı, Şirket'in doğrudan veya dolaylı olarak (A), (B) ya da (C) grubu hissedarlarla sözleşme imzalaması,
- Ana Sözleşme'nin ve faaliyet alanlarının değiştirilmesi, Şirket'in tasfiyesi ve sermayesinin artırılması veya azaltılmasıyla sınırlı olmak üzere Genel Kurul gündeminin hazırlanması.

Ayrıca, üst düzey yöneticilerin seçilmesine ilişkin düzenleme, Genel Müdür, Finans, Satış ve Pazarlama, Tedarik ve Planlama, Üretim Müdürleri ile şirket işlerinin yürütülmesi için gerekli diğer üst düzey yöneticilerin atanması ve görevlerine son verilmesini içerecek şekilde genişletilmiştir.

Sonuç olarak, mevcut durumda Borusan Grubu tarafından kontrol edilmekte olan Borçelik işlem sonrasında Sollac'ın da dahil olacağı şekilde ortak kontrol edilecektir.

H.3.1.2. Tam İşlevsellik

Mevcut durumda, soğuk sac üretimine yönelik faaliyet gösteren Borçelik amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahiptir. Yatırım sonrasında da bu durumda bir değişiklik olmayacaktır. Borçelik gündelik işlerini yürütecek bir yönetime ve belirlenen alanlarda faaliyet gösterebilecek şekilde yeterli finansmana, insan kaynaklarına ve malvarlığına sahip olacaktır.

Tam işlevselliğin sağlanmasında, ana teşebbüslerden ortak girişime satışlarda, ilgili ürün veya hizmetlere ortak girişim seviyesinde önemli düzeyde katma değer eklenmesi hususunun dikkate alınması gerekmektedir. Borçelik'in sağlayıcıları arasında ana teşebbüsler bulunmaktadır. Borçelik'in, hammadde alımında en büyük dördüncü sağlayıcı Sollac Groupe Usinor, diğer alımlarında ise Borusan Lojistik Dağıtım ve Depolama Taşıma ve Ticaret A.Ş. ile Borusan Holding A.Ş. sırasıyla birinci ve beşinci sağlayıcıdır. Borçelik'in mal ve hizmet alımlarında özellikle Sollac Groupe Usinor'dan yapılan ve yapılabilecek hammadde alımı önemlidir. Hammadde alımlarının büyük kısmı Erdemir'den yapılıyor olmakla birlikte, ortaklık sonrasında Usinor'un ağırlığının artması ve sırasının değişmesi kuvvetle muhtemeldir.

Öte yandan, ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki alım ve satımların piyasa koşullarında gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi tam işlevsellik unsuru açısından önemlidir. Genel Anlaşma'nın 3.2. maddesi, *"Taraflar; Şirket'in bir kar merkezi olarak faaliyet göstereceğini ve bununla sınırlı kalmaksızın ve fakat, yürürlükte bulunan ve gelecekte yapılacak olan anlaşmalar ve lojistik ve diğer giderler de dahil olmak üzere, Şirket, Sollac, Borusan Holding ve onların bağlı şirketleri veya iştirakleri arasındaki bütün ticari işlem ve ilişkilerin cari piyasa fiyatları üzerinden gerçekleştirileceğini ve Yönetim Kurulu'nun onayına tabi olacağını prensip olarak kabul ederler."* şeklindedir. Ticari Anlaşma'nın 2(i) ve Genel Anlaşma'nın 6.4. maddelerinde de aynı niyet ortaya koyulmuştur. Bu şekilde niyet beyan edilmiş olması, ortak girişimin bağımlı sayılmasını gerektirecek şekilde ilgili işletmelere ayrıcalık tanınmadığını göstermektedir.

H.3.1.3. Rekabetçi Davranışların Koordinasyonu

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(c) maddesine göre, ana teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlama amacıyla ortak girişim kurulması birleşme-devralma sayılan hallerden değildir. Bu tür işlemler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında anlaşma olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, değerlendirme yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınmıştır:

- İki veya daha fazla ana teşebbüsün, ortak girişimin pazarında ya da bunun alt, üst yahut komşu pazarlarında faaliyetlerini önemli düzeyde sürdürüp sürdürmediği,
- ortak girişim oluşturulmasının doğrudan sonucu olan işbirliğinin ilgili teşebbüslere piyasalardaki rekabetin önemli bir kısmını ortadan kaldırma olanağı getirip getirmediği.

Mevcut durumda, Borçelik ile Usinor ve Borusan Grubu şirketleri önemli düzeyde alım-satım ilişkisi içindedir. Taraflara bağlı birçok işletme Borçelik'le aynı veya ilişkili pazarlarda faaliyet göstermektedir. Borusan Grubu'na bağlı Birlik Galvaniz, elektrogalvaniz ve eski teknoloji sıcak daldırma yöntemleriyle üretim yapmaktadır. Buna karşın, bu işletme ile yatırım sonrasında yeni teknoloji sıcak daldırma yöntemiyle galvanizli sac üretecek Borçelik'in faaliyetleri, esas olarak inşaat endüstrisi ve genel kullanım alanlarına, ayrıca beyaz eşya ve otomotiv sanayinde bazı iç parçalarda (görünmez yüzeylerde) kullanıma yönelik üretimde çakışacaktır. Diğer yandan, Borusan Grubu'ndan Kerim Çelik ve Usinor teşebbüsünün ortak kontrole sahip olduğu Bamesa işletmeleri, çelik merkezi hizmetleri sunmaktadır. Ancak Bamesa, Kerim Çelik'e göre çok daha gelişmiş bir tesise sahip olup, daha karmaşık talepleri karşılayabilmektedir. Bu itibarla, Bamesa ile Kerim Çelik'in faaliyetlerinin örtüşmesi sınırlıdır. Kaldı ki, rekabet kuralları açısından, Bamesa ortak kontrol edilen, bağımsız bir işletmedir.

Usinor Çelik Ticaret A.Ş. nitelikli yassı çelik ürünleri satışı faaliyetinde bulunan ithalatçı bir firmadır. Bu ürünler, karbon oranı yüksek HR'den elde edilen ve galvanizlenen ürünler olup, bunların amortisörün ortasındaki mil gibi özel kullanım alanları bulunmaktadır. Bu yönüyle, mevcut durumda Borçelik ile Usinor Çelik Ticaret A.Ş. rakip değildir ve yatırımdan sonra da olmayacaktır. Usinor Grubu'na bağlı Sollac Ambalaj ve Uginox ise tenekeyi rulo olarak alıp işleyerek baskı ve kutu yapımına hazır halde ambalaj sanayicilerine sunmaktadır. Teneke soğuk sacın kalay kaplanmış hali olduğundan, yatırım sonrasında da bu işletmeler ile Borçelik'in alım-satım ilişkisinde olması söz konusu değildir.

Sonuç olarak, yatırım öncesinde ve sonrasında, ortak girişim ile ana teşebbüslerin her ikisinin de aynı pazarda yer alması söz konusu değildir. Ortak girişimle Birlik Galvaniz'in ve Kerim Çelik'le Bamesa'nın faaliyetlerindeki çakışma ise sınırlıdır. Bu çerçevede, ortak girişim kurulması işleminin rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayacağı, dolayısıyla anılan işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu kanaatine varılmıştır.

H.3.2. İşlemin 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Hakim Durum Tesbiti

1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde, %25'lik pazar payı veya 25 trilyon TL.'lik ciro eşliğinin aşıldığı birleşme-devralmaların Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğu ifade edilmiştir. Ortak kontrol edilecek Borçelik, ana teşebbüslerden bağımsız bir işletme olacaktır. Bu itibarla, yoğunlaşma Borçelik üzerinde

gerçekleşecek ve ana teşebbüslerin devretmediği faaliyetlerden kaynaklanan pazar gücü yoğunlaşmayı etkilemeyecektir. Bu nedenle, Borçelik'in ortak girişime dönüştürülmesi işleminde eşiklerden birinin aşılp aşılmadığının belirlenmesinde, yalnızca bu işletmenin ilgili pazardaki payı ve cirosu dikkate alınmıştır.

Borçelik'in 2000 yılı cirosu 107.298.329.000.000 TL.'dir. Borçelik satışlarının yaklaşık %90'unun CR, FH ve DKP satışlarından oluştuğu dikkate alındığında, ciro eşığının aşıldığı, dolayısıyla, bildirim konu ortak girişim oluşturulması işleminin izne tabi olduğu anlaşılmıştır.

Yurt içi CR satışlarının firmalar arasındaki dağılımı aşağıda yer almaktadır.

Tablo 3- Yurtiçi CR Satışları

	Borçelik		Erdemir		İthalat		Toplam	
	Satış (bin ton)	Pazar Payı (%)	Satış (bin ton)	Pazar Payı (%)	Satış (bin ton)	Pazar Payı (%)	Satış (bin ton)	Pazar Payı (%)
1997	236	14	559	34	864	52	1659	100
1998	231	15	599	40	685	45	1515	100
1999	217	15	813	57	400	28	1430	100
2000	225	14	731	47	600	38	1556	100

İşlem sonucunda hakim durum yaratılması veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu değildir; çünkü Usinor'un Türkiye'de yürüttüğü herhangi bir faaliyet ortak girişime devredilmeyeceğinden, halihazırda Borusan Grubu'na bağlı olan Borçelik'in işlem sonucunda pazar gücünün artması söz konusu olmayacaktır.

H.3.3. Genel Anlaşma ve Ticari Anlaşma'daki Bazı Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Bildirim konu işlemi düzenleyen Genel Anlaşma'da ve bununla eşzamanlı yapılan Ticari Anlaşma'da niyet beyanından ibaret olan madde hükümlerine yer verilmiştir.

Borçelik ürünlerinin alım merkezi yurt dışında bulunan birinci sınıf otomotiv üreticilerine Usinor Auto SA tarafından pazarlanmasına ilişkin Genel Anlaşma'nın özellikle 2.5, 6.3 (i) ve 7.3 maddeleri ve bunun bazı ayrıntılarını içeren Ticari Anlaşma'nın 3. maddesi başta olmak üzere, 4, 5

ve 6. maddeleri anlaşma, işlem ve ilişkileri konu almıştır. Bu çerçevede, Genel Anlaşma ve Ticari Anlaşma'nın söz konusu maddelerinin, somut düzenleme getirmemesi ve gelecekte gerçekleştirilebilecek işlemlerle ilgili ilkeleri belirlemesi dikkate alınarak, bu aşamada herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Ticari Anlaşma'nın 7. maddesi, "*Tarafların her biri, Türkiye'de Borçelik'in ve Birlik Galvaniz'in imal ettiği tipte ve kapsamda yassı çelik ürünler imal eden bir şirkete iştirak etmeden ya da Türkiye'de yeni imalat tesisleri kurmadan önce, diğer tarafa, her durumda ve proje bazında tespit edilecek olan sermaye payları ve haklarına göre ve aynı koşullarla müşterek yatırım yapma fırsatını verecektir...Ortak Girişim'le doğrudan rekabet etmese bile, Ortak Girişim'in ürün dizisiyle bağlantılı olan veya bu ürün dizisinin devamı niteliğinde olan piyasa sektörlerindeki tesisler/şirketler veya ticari faaliyetler konusunda da, taraflar aynı ilkeyi uygulama olanağını araştırarak ve inceleyeceklerdir. Kerim Çelik ticari hizmetleri ve faaliyetleri bu maddenin kapsamı dışındadır. Bu işbirliği kurallarının uygulanması, bu İşbirliği Anlaşması taraflar arasında müzakerelere başlanmasından önceki son üç ay içinde imzalanmamış olduğu sürece, taraflardan birinin ilgili faaliyet sahası içinde üçüncü şahıslarla imzaladığı İşbirliği Anlaşmalarının hüküm ve koşullarına da uyulması şartına tabi olacaktır.*" şeklindedir. Bu maddede esas olarak, Borçelik ve Birlik Galvaniz'in ürünleri ile bunlarla ilişkili ürünler alanında tarafların doğrudan veya dolaylı olarak faaliyet göstermek istemesi halinde, önceliğin ortak yatırım yapılmasına verilmesi yönünde niyet açıklanmıştır. Tarafların münferiden ya da başka teşebbüslerle veya birbirleriyle ortaklık kurarak ilgili pazarlara girmesinin belirli bir takvime bağlanmadığı madde hükmünün, "koordinasyon riski" yönüyle değerlendirilmesi olanaklı değildir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, yatırım sonrasında Borçelik ile Birlik Galvaniz'in tam anlamıyla rakip olmayacağı, bu iki firmanın sınırlı sayıda ürünü birbirinin yerine kullanabileceği, ancak bu durumun, Borçelik ile Birlik Galvaniz'in komşu (ilişkili) pazarlarda yer aldığı gerçeğini değiştirmedeği, dolayısıyla, Borçelik'le aynı veya ilişkili alanlarda faaliyet gösterilmesini ilgilendiren düzenlemenin, Birlik Galvaniz'i de etkileyeceği, bu itibarla, Ticari Anlaşma'nın sözü edilen 7. maddesine Birlik Galvaniz'in de konu edilmiş olmasının, niyet beyanının kapsamını genişletmediği ve bu şekilde "doğrudan ilgililik" unsuruna halel getirilmediği anlaşılmıştır.

Genel Anlaşma'nın 10. maddesinde, "*Tarafların hiçbiri, diğer Taraftan veya Şirket aracılığıyla erişim imkanına sahip olduğu gizli bilgileri üçüncü şahıslara ifşa etmeyecek ve bu gizli bilgileri, bunlarla*

sınırlı kalmaksızın ve fakat, araştırma amacı, sınai veya ticari amaçlar da dahil herhangi bir başka amaçla kullanmayacaktır. Bu gizlilik yükümlülüğü, Tarafların her birini, Şirket'in hissedarlığından ayrıldığı tarihten itibaren 5 yıl süreyle daha bağlayıcı olmaya devam edecektir..." hükmüne yer verilmiştir. Ticari Anlaşma'nın 10. maddesinde ise, bilginin gizli tutulması sınırlamasının, taraflardan birinin hissedarlıktan ayrılmasını izleyen 9 yıl boyunca geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Bilginin gizli tutulmasına ilişkin düzenlemeler temel olarak, sır niteliğindeki bilginin (ticari ve teknik) üçüncü kişilere açıklanmaması ve kullanılmaması yükümlülüklerini içermektedir.

Sır niteliğindeki bilginin kullanılmaması pazara girişi doğrudan güçleştirecek, gizli bilgiyi kullanamayacak teşebbüs yeni bilgi üretmenin veya bu bilgiye ulaşmanın maliyetine katlanmadıkça ilgili faaliyetlerde bulunamayacaktır. Ortak girişimlerde hissedarlıktan ayrılmasından sonraki döneme yönelik bu tür düzenlemeler, bildirim konusu işlem sonucunda olabileceği gibi, ortaklıktan ayrılan ana teşebbüsün ilgili pazara dönüşünün önünde bir engeldir.

Bilginin üçüncü kişilere ifşa edilememesi de benzer etkileri dolaylı olarak doğurabilecektir. Özellikle hissedarlıktan ayrılan bir ana teşebbüsün ortak girişimin bir rakibine, kontrolün yapısal değişikliğe uğramasına yol açmayacak biçimde ortak olması halinde, bilginin açıklanarak rakip işletme tarafından kullanılmaması ana teşebbüsün pazara girişini güçleştirebilecektir. Aynı ana teşebbüsün ilgili faaliyetler alanında tecrübeli bir işletmeyle yeni bir ortak girişim kurması ve bu bilginin diğer ortak tarafından "fiilen" kullanılması da anılan kısıtlamayla engellenecektir.

Ortaklık sırasında edinilen bilginin açıklanmaması kısıtlaması, bu bilginin kullanılmasının yasaklanmasında olduğu gibi, hissedarlıktan ayrılan teşebbüsün bağımsızca karar alma özgürlüğünü sınırlandıracaktır. Bu çerçevede, gizli bilginin "açıklanmaması" ve "kullanılmaması" kısıtlamalarının birbirinden bağımsız incelenemeyeceği, bütün olarak ele alınması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Rekabet hukuku yönünden, Usinor Grubu'na bağlı işletmeler bu Gruptan bağımsız değildir. Genel Anlaşma ve Ticari Anlaşma'nın her ikisinin de tarafları Borusan ve Usinor teşebbüsleridir. Bu nedenle, tarafları aynı ve birbirine benzer düzenlemelerden oluşan anlaşmaların "Gizliliğe" ilişkin maddeleri birlikte değerlendirilmiştir.

Hissedarlık süresince bilginin gizli tutulması, ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı faaliyette bulunmasını güçleştireceğinden

koordinasyon riskinin azaltılmasına katkı verecektir. Söz konusu düzenleme aynı zamanda, Borçelik'e transfer edilecek maddi olmayan varlıkların değerinin korunmasını da sağlayacaktır.

Teknik bilginin hissedarlıktan ayrılmayı takip eden dönemde de gizli tutulması, Borçelik'in faaliyet alanının genişletilmesi için gerekli maddi olmayan varlıkların tam değeriyle transfer edilmesini sağlayacaktır. Soğuk sac ve özellikle 1990'lı yılların teknolojisiyle galvanizli sac üretimi oldukça karmaşık ve masraflı bir üretim sürecini gerektirmekte, bu nedenle, işlemin uygulamaya sokulmasında yoğun bir şekilde hak transferi söz konusu olmaktadır. İlgili faaliyetlerde bulunulabilmesi için yeni teknolojinin bulunması veya başka bir şekilde edinilmesinin oldukça masraflı olmasının yanında, oldukça uzun bir zamanı gerektirmesi bu aşamada göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede, "Gizlilik" başlığı altındaki düzenlemelerin tam işlevsel ortak girişim oluşturulmasına yönelik olduğu, işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunduğu anlaşılmıştır.

Ancak, bildirim formunun ekinde sunulan Ticari Anlaşma'nın sözü edilen 10. maddesine göre 9 yıl olan gizlilik yükümlülüğü, hissedarlıktan ayrılmasından sonra Borusan Grubu'na pazarı, gerektiğinden uzun bir süreyle kapatacaktır. Bu nedenle, gizli bilginin kullanılmaması ve üçüncü kişilere açıklanmaması yükümlülüğünün, taraflardan herhangi birinin Borçelik hissedarlığından ayrılmasını izleyen 5 yılın sonuna kadar geçerli olacak şekilde düzenlenmesi halinde yan sınırlama sayılacağı gibi taraflar arasındaki Genel Anlaşma'nın aynı nitelikteki hükmü ile de benzerlik arzedecektir. Nitekim bildirimde bulunan tarafın temsilcisi, Kurum kayıtlarına 7.6.2001 tarih ve 9085 sayı ile giren yazısı ile Ticari Anlaşma'nın gizli bilgileri kullanmama yükümlülüğü getiren ve hitam tarihi itibarıyla 9 yıl olarak belirlenen sürenin 5 yıl olarak değerlendirmeye alınması yolundaki beyanını iletmiştir.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında;

1.a) Usinor Grubu'na bağlı Sollac Mediterrance S.A. işletmesinin hisse devralması suretiyle Borçelik Çelik Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülmesi işlemini düzenleyen Genel Anlaşma'nın 6.5. ve 6.6. maddelerinde öngörülen kısıtlamaların aynen, bu Anlaşma ile Ticari Anlaşma'nın 10. maddesindeki "gizli bilginin kullanılmaması ve üçüncü kişilere açıklanmaması" hükmünün ise taraflardan birinin hissedarlıktan ayrılmasından itibaren 5 yıl süreyle geçerli olacak şekilde yan sınırlama sayılmasına ve bu doğrultuda işleme izin verilmesine,

b) Söz konusu anlaşmalarda yer alan ve olası işlem, ilişki ve anlaşmaların gerçekleştirilmesine yönelik niyet beyanından ibaret olan madde hükümleri kesin ve nihai düzenleme niteliğinde olmadığından, bu hükümlere yönelik olarak bir değerlendirme yapılamayacağına

OY BİRLİĞİ ile,

2. Raportör görüşünde ifade edilen "Borçelik'in alım-satımlarının dağılımına ilişkin yıl sonu kümülatif değerlerin 2001 yılı sonundan itibaren başlamak üzere Kurumumuza bildirilmesi koşulunun işlemin taraflarına yükletilmesi" önerisi ile ilgili olarak bir işlem ve karar tesisine gerek bulunmadığına OY ÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Usinor Grubu'na bağlı Sollac Sa'nın gerçekleştireceği hisse devriyle Borçelik Çelik San.Tic.A.Ş.'nin ortak girişime dönüştürülmesine izin verilmesine dair 26.06.2001 tarih ve 01-29/282-83 sayılı Kurul kararının Raporun "Sonuç" bölümünde önerilen "ortak girişimin alım-satım dağılımına ilişkin kümülatif değerlerin 2001 yıl sonundan itibaren Kuruma bildirilmesi" hususunda bir işlem tesisine gerek olmadığına dair bölümüne aşağıda belirttiğim gerekçelerle katılmam mümkün olamamıştır.

Ortak girişimin oluşturulmasında, ortak girişimin tarafları ile ortak girişim arasında ticari ilişkilerle ilgili ilkeler benimsenmiştir.Örneğin;

- Ticari Anlaşmaya göre, Ortak Girişim ile Usinor Auto SA arasında "Satış Acenteliği Anlaşması" yapılacak ve Borçelik tarafından üretilen birinci sınıf otomotiv ürünlerinin yapımında kullanılan galvanizli sacın Türkiye dışında pazarlanması Usinor Auto SA. tarafından yapılacaktır.

- Usinor Auto SA. Türkiye dışında birinci sınıf otomotiv müşterilerine Borçelik adına rülolar pazarlayacaktır.

- Borçelik, birinci sınıf müşterilere doğrudan veya dolaylı olarak otomobil çelik rüloları pazarlamayacaktır.

- Usinor Auto SA. ihracat siparişlerini teklif etme hakkına sahip olacaktır.Bu durumda Gemlik'ten müşteriye nakliyeden kimin sorumlu olacağı Usinor Auto SA ile Borçelik arasında kararlaştırılacaktır.

Bu tür hükümlere rağmen Ortak Girişimin bağımsız davranabileceği düşüncesiyle ortak girişim oluşturulmasına Raportörler izin verilmesini teklif etmişlerdir.Ancak Ortak Girişim uygulamada

“bağımsız” davranabileceği gibi, bu hükümler karşısında ortak girişimi oluşturan taraflara karşı “bağımlı” da kalabilir.

Kurul, ortak girişimin “bağımsız” kalacağı düşüncesiyle izin vermiştir.

Dosyanın Raportörleri, Ortak Girişimin bir taraftan “bağımsız” davranmasını temin etmek diğer taraftan bu durumu kontrol edebilmek için Borçelik’in alım satımlarına ilişkin yıl sonu kümülatif değerlerin 2001 yıl sonundan itibaren Kurumumuza bildirilmesi koşulunun taraflara yüklenmesini teklif etmişlerdir.

Bu teklifi, gözetilen amaç bakımından yararlı bulduğumuz için çoğunluk kararına katılamamaktayız.

Kemal EROL

Nejdet KARACEHENNEM

İsmet CANTÜRK

İl. Başkan

Kurul Üyesi

Kurul Üyesi

MUHALEFET ŞERHİ

01-29 / 282-83 Sayılı Karara İlişkin

"Ortak Girişim" statülerinde izlemeyi teminen sınırlı bazı hususlarda bilgi talebinin gerekliliği, tarafların ileride aynı pazarda çalışmalarının gündeme gelebileceği, ortak girişim ve ana teşebbüsler arasında yoğun ilişkilerin bulunması karşısında tek başına bir ölçek olarak kabul edilememesine rağmen, belirli bir süre için talep edilecek bilgilerin değerlendirmede yarar sağlayacağı, öte yandan bu kapsamda ilgililere fazla bir yük öngörülmediği, nihayet yasal açıdan da 1997/1 tebliğinin 4.maddesinin bu talebe imkan tanıdığı gerekçeleriyle bilgi talep edilmemesine ilişkin çoğunluk görüşüne karşıyım.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Dosya Konusu: Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş., Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş., Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin faaliyetlerini Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo Sanayi A.Ş. adında bir ortak girişimin bünyesinde birleştirmelerine izin verilmesi talebi.

Dosya Sayısı : 2002-1-49 (Ortak Girişim)

Karar Sayısı : 02-43/504-209

Karar Tarihi : 11.7.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ

B- RAPORTÖRLER: Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Abdulgani GÜNGÖRDÜ, M. Oğuzcan BÜLBÜL

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş.
- Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş.
- Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.
- Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Temsilcisi: Hüsamettin KAVİ
Sanayi Mah. Sanayi Yolu Cad. No:20
Kurtköy Pendik - İstanbul

D- TARAFLAR: - Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş.
Fevzi Çakmak Cad. No:18 Sefaköy - İstanbul
- Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş.
Sanayi Mah. Sanayi Yolu Cad. No:20
Kurtköy Pendik - İstanbul
- Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Mahmut Bey Merkez Mah. Taşocağı Cad. No:25
Bağcılar - İstanbul
- Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Sarkuysan İş Merkezi Okçu Musa Cad. No:1
Şişhane - İstanbul

E- DOSYA KONUSU: Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş., Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş., Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin faaliyetlerini Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo Sanayi A.Ş. adında bir ortak girişimin bünyesinde birleştirmelerine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 3.5.2002 tarih ve 2054 sayı, 13.5.2002 tarih ve 2176 sayı, 31.5.2002 tarih ve 2468 sayı, 17.6.2002 tarih ve 2681 sayı, 20.6.2002 tarih ve 2731 sayı ile intikal bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 5.7.2002 tarih ve 2002-1-49/Öİ-02-HHÜ sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu 5.7.2002 tarih ve REK.0.05.00.00/81 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-43 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş., Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş., Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo Sanayi A.Ş. (Bemka) unvanıyla bir ortak girişim kurulması işleminin;

- 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in kapsamında izne tabi bir işlem olduğu,

- İlgili ürün pazarında hakim durum yaratacak ya da hakim durumu güçlendirecek nitelikte olmadığı ve ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı, bu nedenle, söz konusu işleme izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş. (Emsan)

Yönetim Kurulu, Mehmet Emin CANKURTARAN, Uğur EKŞİOĞLU, Çelik ARSEL, Ali Cüneyt CANKURTARAN'dan oluşmaktadır. Şirketin ortaklık yapısına aşağıda yer verilmiştir.

Tablo1-Emsan'ın ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Cankurtaran Holding A.Ş.	53.85
İbrahim Ethem Aydın	10.55
Timsan Turizm İnş. Mad.	9.00
Diğer	26.60
Toplam	100.00

H.1.2. Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş. (Kavi)

Yönetim Kurulu Zeki KAVI, Hüsamettin KAVI, Nizamettin Nafiz KAVI, Mehmet Alp AĞAOĞLU, Ali ÇETİNER, Ünal TOPÇUOĞLU, Turgut PAMUK'dan oluşmakta olup, ortaklık yapısına aşağıda yer verilmiştir.

Tablo 2- Kavi'nin ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Kavi Holding A.Ş.	94.97
Zeki Kavi	1.25
Hüsamettin Kavi	1.01
Diğer	2.77
Toplam	100.00

H.1.3. Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Botel)

Yönetim Kurulu, Samuel KAMHI, Levent GABAY, Hayati KAMHI, Vili KAMHI, Şahan L. KÜÇÜK, Pal RAKOS, Sabri DELİÇ'den oluşmakta olup, ortaklık yapısı aşağıda sunulmuştur.

Tablo 3- Botel'in ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Profilo Holding A.Ş.	26.00
Jak V. Kamhi	17.50
Levent Gabay	7.25
Pearly Gabay	7.00
Şarlot Gabay	7.00
Ceyda Gabay	7.00
Artun Cem Küçük	6.20
Noy Can Küçük	6.20
Diğer	15.85
Toplam	100.00

H.1.4. Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Bektaş)

Yönetim Kurulu, Cihan BEKTAŞ, Sami SUCU, İbrahim GÜNGÖR Maksut URUN, Hayrettin ÇAYCI'dan oluşmakta olup, ortaklık yapısı aşağıda sunulmuştur.

Tablo 5- Bektaş'ın ortaklık yapısı

Hissedar	Hisse Oranı (%)
Sarkuysan Elektronik Bakır San. ve Tic. A.Ş.	91.51
Sarda Dağıtım ve Tic. A.Ş.	8.33
Diğer	0.16
Toplam	100.00

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. Ürün Pazarı

Bildirim konusu ortak girişimin tarafları Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş bakırdan elde edilen ve üzeri emaye kaplanan emaye bobin teli üretimini ve pazarlamasını yapmaktadır. Kurulacak olan ortak girişim şirketi Bemka da aynı ürün pazarında faaliyet göstereceğinden ilgili ürün pazarı bakırdan elde edilen "emaye bobin teli" olarak belirlenmiştir.

H.2.2. Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak kabul edilmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. Ortak Girişimin Niteliği

Dosya mevcudu belgelerde, Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş arasında emaye bobin teli üretimi ve pazarlanması konusunda kurulması düşünülen ortak girişim "...birbirinden bağımsız 4 teşebbüsün, amaçlarını gerçekleştirmek üzere kendi iş gücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde tüm 4 teşebbüsün bilgi, kabiliyet, kapasite ve teknolojisini bir çatı altında toplayarak bağımsız bir iktisadi varlık..." olarak tanımlanmış ve ortak girişimin aşağıda yer alan usul ve esaslar çerçevesinde kurulması hususunda taraflar arasında mutabakata varıldığı ifade edilmiştir:

- Ortak girişimin, katılımcı teşebbüsler olan Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş'ın bilanço aktif ve pasiflerinin devri suretiyle değil, esas olarak katılımcı teşebbüslerin aktiflerinde olup, bildirim formuna ekli listede sayılan makine parkuru ve kapasiteleri, belirlenecek değerleri

karşılığı aynı ve nakdi sermayeyi oluşturmak üzere kurulacak ortak girişim şirketine devretmeleri suretiyle yapılması uygun görülmüştür.

- Kurulacak ortak girişim şirketinin ilk yıllarda arsa, bina ve alt yapı maliyetlerinin oluşmaması için katılımcı ortakların mevcut gayrimenkulleri ile kuruluş tesislerinin kiralanması yoluna gidilmesi benimsenmiştir.
- Ortak girişimin fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren, katılımcı şirketler ve bu şirket ortakları emaye bobin teli iş kolunda hiçbir suretle faaliyet göstermeyeceklerini taahhüt etmişlerdir.
- Ortak girişime katılan firmalar önceki alacak ve borçlarından kendileri sorumlu olacaktır.
- Makineler dışında ortak girişimde esas alınacak isim hakkı, marka gibi gayri maddi hakların tespiti ve değerlemesi şirket temsilcileri tarafından hisse oranlarına yansıtılmıştır. Buna göre tarafların ortak girişim şirketi Bemka'daki ortaklık paylarının aşağıdaki gibi olması öngörülmüştür:

Tablo 6- Tarafların Bemka'daki Hisse Oranları

Taraflar	Hisse Oranı (%)
Emsan	36.50
Kavi	24.00
Botel	22.50
Bektaş	17.00
Toplam	100.00

H.3.2. Ortak Girişimin Değerlendirilmesi

1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinde, "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)." tanımlaması yer almaktadır.

Bu tanımdan hareketle, bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu nitelikte kabul edilmesi, dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması (ortak girişim),
- Bu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,

- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisinin olmaması.

H.3.2.1. Ortak Girişimde Ortak Kontrolün Sağlanması

Ortak kontrol, iki veya daha fazla ana şirketin ortak girişimin karar verme mekanizması üzerinde tek başına etkili olmaması olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede, herhangi bir şirkette ortak kontrolün olup olmadığı tespitinde, bazı unsurların varlığı aranmalıdır. Bu hususlar; ortak girişimdeki hisselerin ana teşebbüsler arasındaki oransal dağılımı, hisseler arasındaki farklılıklar (altın hisse, veto hakkı, vb.), imzalanan anlaşma çerçevesinde verilen bazı özel haklar, yönetim kurulunun bazı konularda karar alma nisabı, bilançonun onaylanmasında, önemli yatırım kararlarının alınmasında, yüksek düzeyde borçlanmaların gerçekleştirilmesinde, şirketin üst düzey yöneticilerinin atanmasında ortak girişimin taraflarının oybirliğinin gerekmesi olarak sayılabilir. Bu kriterlerden bir veya birkaçının sağlanması halinde ortak kontrolün varlığı kabul edilmektedir.

Emaye Bobin Teli Üreticileri Ortak Girişim Ön Protokolü (Ön Protokol)'nün 2.6. maddesinde "...yeni kurulacak şirketin yönetim kurulu üye sayısının her bir katılımcı firmayı temsil edecek 2'şer üyeden olmak üzere toplam 8 üyeden oluşması ... ortak girişim kurulu tarafından benimsenmiştir." ifadesi bulunmaktadır. Bemka'nın Ana Sözleşmesi'nin "Yönetim Kurulu Toplantıları" başlıklı 10. maddesinde "... Yönetim Kurulunun herhangi bir konuda karar verebilmesi için, kurul üyelerinin yarısından bir fazlasının hazır olması şarttır. Görüşülen bir konunun karara bağlanması için her hal ve şartta en az beş üyenin aynı doğrultudaki oyu gereklidir. Ancak, nama yazılı hisse senetlerinin ortaklık dışından şahıslara devri, şirkete yeni ortak alınması ve sermaye artırımını gibi ana sözleşme değişikliği gerektiren konularda ve Yönetim Kurulunun oluşumu, bütçenin onayı, 5 yıllık planlar, büyük boyutlu borçlanma ve yatırımlarla ilgili stratejik kararlarda toplantı ve karar nisabı 7/8'dir." ifadesi yer almaktadır.

Buna göre ana sözleşme değişikliği gerektiren konularda, yönetim kurulunun oluşumunda, bütçenin onaylanmasında, 5 yıllık planlarda, büyük boyutlu borçlanma ve yatırımlarla ilgili stratejik kararlarda ortak girişimi meydana getiren dört teşebbüsün oybirliği gerektiğinden, ortak girişim üzerinde tarafların ortak kontrolünün bulunduğu kanaatine varılmıştır.

H.3.2.2. Ortak Girişimin Bağımsız Bir İktisadi Varlığının Olması

Tam fonksiyonlu bir ortak girişim, ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer işletmelerin yapabildiği tüm fonksiyonları yerine getirebilir ve ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer şirketlerle tam olarak rekabet edebilir. Ortak girişim şirketinin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasına ilişkin protokolde ve ana sözleşmede yer alan düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

Bemka'nın Ana Sözleşmesi'nin "Sermaye" başlıklı 6. maddesinde ortak girişimin aynı ve nakdi sermayesi şu şekilde tespit edilmiştir: *"Şirketin sermayesi 20,000,000,000.-TL (Yirmitriyön Türk Lirası)'dır. Bu sermaye beheri 500,000,000.-TL (Beşyüzmilyonlira) itibarı kıymette (40,000) adet paya ayrılmış olup, bunun ... tarafından muvazaadan ari bir şekilde tamamen, aynen ve nakden taahhüt edilmiştir. Nakdi Sermayenin ¼'üne tekabül eden 125,000,000,000.-TL (Yüzyirmibeşmilyarlira) kuruluşun tescilini müteakip en geç bir ay içinde ve bakiye ¾'üne tekabül eden 375,000,000,000.-TL (Üçyüzyetmişbeşmilyarlira) da ¼'lük kısmın ödenmesini takip eden iki ay içinde ödenecektir."* Nakdi sermaye olarak ortak girişimin tarafları olan Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş ellerindeki makine parkurlarını ortak girişime devredeceklerdir.

Ön Protokolün 2.2. maddesinde *"Yeni kurulacak olan şirketin ilk yıllarda arsa, bina ve alt yapı maliyetlerinin oluşmaması için katılımcı ortakların mevcut gayri menkulleri ile kuruluş tesislerinin kiralanması yoluna gidilmesi benimsenmiştir."* ifadesi yer almaktadır.

Bunun dışında ana sözleşmenin, yönetim kurulunun kuruluşu, toplantı ve karar alma safhasını düzenleyen 9. ve 10. maddelerinde ve şirket yöneticilerinin atanmasına ilişkin 12. maddesinde yer alan hükümler, ortak girişimin bağımsız olarak karar alabilecek nitelikte olduğunu ve kararlarını uygulayacak organlarının bulunduğunu göstermektedir.

Bu çerçevede ortak girişimin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere bağımsız bir iktisadi varlığa sahip olduğu anlaşılmıştır.

H.3.2.3. Ortak Girişimin Taraflar Arasındaki Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etkisinin Olmaması

Bu koşulun sağlanabilmesi için öncelikle ana şirketlerin birbirleriyle veya ortak girişimle aynı pazarda rakip olmamaları gerekmektedir. Buna göre; ortak girişimin, kendisini oluşturan teşebbüslerin daha önceki faaliyetlerini devralıp devralmadığının, onların

adına yeni faaliyetlere girişip girişmediğinin, ortak girişim taraflarının ilgili pazarlarda veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında ya da komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediğinin tesbit edilmesi gerekmektedir.

Ön Protokolün 2.3. maddesinde “Girişimin fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren, katılımcı şirketler ve bu şirket ortakları emaye bobin teli iş kolunda hiçbir suretle faaliyet göstermeyeceklerini taahhüt edeceklerdir. Bu nedenle taraflar arasında ve taraflarla ortak girişim arasında herhangi bir rekabet ve/veya rekabeti bozucu bir uygulama söz konusu değildir.” ifadesi yer almaktadır.

Bildirim formunda da ortak girişimi meydana getiren taraflar olan Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş’ın ortak girişim şirketinin kurulması ile emaye bobin teli üretim ve pazarlama faaliyetinden çekilecekleri ve ortak girişim şirketi dışında söz konusu ortaklık süresi boyunca ilgili ürün pazarında faaliyet göstermeyecekleri ifade edilmektedir. Dolayısıyla ortak girişimin, taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

Yukarıda yer verilen bilgi ve değerlendirmeler ışığında, başvuru konusu işlemin yoğunlaşma doğurucu olduğu kabul edilmiştir.

H.3.3. Eşikler Yönünden Değerlendirme

Ortak girişim taraflarının 2001 yılı toplam cirosunun trilyon milyar TL., ilgili ürün pazarındaki paylarının ise %..... olduğu, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde belirtilen %25’lik pazar payı ve 25 trilyonluk ciro eşiklerinin aşıldığı, bu çerçevede bildirim konu ortak girişimin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

H.3.4. Hakim Durum Değerlendirmesi

Yurt içinde emaye bobin teli üretimi yapan 23 teşebbüs bulunmaktadır. Bunların önemli bir bölümü küçük kapasiteli teşebbüslerdir. Kapasitesi belli bir büyüklüğün üzerinde olan 11 emaye bobin teli üreticisi bulunmaktadır. Bu teşebbüslerin kapasite ve üretim bilgilerine aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 7- Türkiye'deki Emaye Bobin Teli Üreticilerinin 2001 Yılı Kapasite ve Üretim Miktarları (ton/yıl)

Teşebbüs	Kapasite	Üretim Miktarı	Toplam Kapasite İçindeki Pay (%)	Toplam Üretim İçindeki Pay (%)	Kapasite Kullanım Oranı (%)
Emsan	50.00
Kavi	62.50
Botel	62.86
Bektaş	28.57
Ara Toplam	51.11
Hes	80.00
Erikoğlu	63.89
Elsan	41.67
Santel	70.00
Ertel	83.33
Gamak	80.00
TOPLAM	58.89

Ortak girişim sonrasında Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş üretimlerini birleştireceğinden toplam yurt içi üretimindeki payları %..... olacaktır. En yakın rakiplerinden HES Hacılar Elektrik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Hes) %....., Erikoğlu ise %.....'lük pazar payı ile ortak girişim şirketini takip edecektir.

Birleşme/devralma işlemlerinde teşebbüslerin erişecekleri pazar payı, hakim durumu gösteren unsurlardan birisi olmakla birlikte, her zaman tek başına yeterli bir veri olmamaktadır. Tarafların işlem sonrasında ulaşacakları pazar payının yanında; sektördeki yurt içi ve yurt dışı rekabet koşulları, ithalat imkanları, pazara giriş imkanları, alıcıların gücü, pazardaki rakip teşebbüslerin mevcut ve potansiyel rekabet güçleri de hakim durum değerlendirmelerinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır.

H.3.4.1. Uluslararası Rekabet Bakımından Ölçek Büyüklüğünün Önemi

Emaye bobin telinin özellikleri gözönünde bulundurulduğunda, fiyat seviyesinin en önemli rekabet gücü olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle maliyetlerin asgari düzeyde tutulması bakımından belli bir ölçek büyüklüğüne sahip olunması önemlidir. Bu açıdan bakıldığında, yerli emaye bobin teli üreticilerinin ölçeklerinin yurt dışındaki üreticilere göre küçük ölçekli olduğu görülmektedir. ABD'de 120,000 ton/yıl, İngiltere'de 110,000 ton/yıl kapasiteye sahip olan tesisler bulunmakta, Avrupa Birliği

(AB)'ndeki emaye bobin teli üreticilerinin asgari ölçek büyüklüğü 15,000 ton/yıl olarak gerçekleşmektedir. Yurt içindeki üreticilerden en büyük ölçeğe sahip olan üreticinin kapasitesi 7,000 ton/yıl olup, çoğunun kapasitesi 4,000 ton/yıl'dır. Ortak girişimi oluşturacak olan teşebbüslerin toplam kapasiteleri ise 18,000 ton/yıl olacaktır. Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, ölçek büyüklüğünün sektördeki önemine ilişkin olarak ortak girişimin tarafları dışında sektörde faaliyet gösteren emaye bobin teli üreticisi rakip teşebbüslerin görüşlerinin alındığı anlaşılmıştır.

Konu ile ilgili olarak, Hes, Elsan Elektrik Gereçleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Elsan), Emtel Emaye Tel & Kablo Sanayi A.Ş., Er-bakır Elektrolit Bakır Mamülleri A.Ş. (Erbakır) yetkilileri ile görüşmede bulunduğu ve özetle, emaye bobin teli ihracatı bakımından büyük kapasiteye sahip olmanın, özellikle Avrupa'da büyük müşteriler bulunması ve bu müşterilere teklif verilebilmesi açısından büyük önem taşıdığı, bu nedenle birleşmek isteyen emaye bobin teli üreticilerinin amaçlarının, yurt dışı pazarlarda rekabet gücünü artırmak, kapasiteyi artışı ile kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak, ham madde alımında ve üretimde avantajlı hale gelinerek maliyetleri düşürmek olduğu hususları ifade edilmiştir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Emaye bobin teli müşterilerinden Valeo Otomotiv Sistemleri A.Ş., Alstom Elektrik Endüstrisi A.Ş., Türk Philips A.Ş., Arçelik A.Ş.'nin de görüşlerinin alındığı ve anılan teşebbüslerin yukarıda yer verilen açıklamalara benzer görüşler ifade ettikleri anlaşılmıştır.

Emaye bobin teli sektöründe yüzden fazla farklı çap kalınlığında ürün bulunduğundan, ürünün çapında yapılan her değişiklik tesisteki hattın durdurulup tekrar çalıştırılması maliyetini beraberinde getirmektedir. Ayrıca böyle bir değişiklik, hem üretimi durdurulan hem de yeni üretilecek ürünlerde fireye yol açmaktadır. Bu nedenle, bir hatta belli bir çaptaki telin sürekli üretilmesi büyük maliyet avantajı sağlamaktadır. Bu açıdan özellikle AB ülkelerindeki büyük miktarlarda emaye bobin teli talebinde bulunan sanayi üreticilerine mal satışı oldukça önem kazanmaktadır. Bu müşterilere satış yapılabilmesi ise, üretimde esnekliğin sağlanmasına bağlı olup, belirli çaptaki ürünlerin sürekli üretilmesini, dolayısıyla üretim tesisinin yüksek kapasiteye sahip olmasını gerektirmektedir. Buna karşılık daha öncede belirtildiği üzere yurt içi üreticilerin tesislerinin kurulu kapasitesi çok düşüktür. Nitekim bu üreticiler tarafından ölçeklerinin küçük olması nedeniyle bu tür müşterilerin mal alım ihalelerine girilemediği ifade edilmiştir.

Ortak girişimin taraflarıyla yapılan görüşmede, öncelikle ölçek ekonomisine ulaşılması ve girdi maliyetlerinin düşürülmesi, mevcut kapasiteleri ile talebi karşılanamayan Avrupa ülkelerindeki müşterilere teklif sunma imkanının sağlanması, daha uygun fiyatlarla hammadde temin edilebilmesi, işçilik maliyetlerinin, genel giderlerin ve fire oranlarının azaltılması hususlarının ortak girişimin taraflara getireceği yararlar olarak sayıldığı anlaşılmıştır.

H.3.4.2. İthalat İmkanları

Emaye bobin telinin ithalatını engelleyen veya zorlaştıran hukuki veya fiili herhangi bir husus bulunmamaktadır. Ürün tercihini etkileyen en önemli faktör fiyat olduğundan, sektördeki birçok emaye bobin teli kullanıcısı, gerektiğinde ithalat yapabileceklerini ifade etmektedirler. Yurt içindeki emaye bobin teli üreticilerinin fiyatları ithal ürün fiyatları ile rekabet edebilir düzeyde olduğundan bugüne kadar ithalat yolu fazla tercih edilmemiştir.

İthalatın önünde fiili veya hukuki bir engel bulunmamakla birlikte, yerli ürünlerin ithal ürünlere tercih edilmesini etkileyen bazı hususlar bulunmaktadır. Esasen, tüm ithal ürünleri için geçerli olabilen bu hususlar; nakliye, finansman giderleri, gümrük ve diğer bürokrasi giderleri ile belli miktarlarda mal getirme zorunluluğundan kaynaklanan stok maliyeti gibi gider kalemleridir. Sektörde görüşme yapılan üreticiler ve müşteriler, sayılan tüm ithalat giderlerinin ürün fiyatını yaklaşık %3-7 oranında artırdığını, bu nedenle yurt içi emaye bobin teli fiyatı %10 veya daha fazla arttığı takdirde ithalatın cazip hale geleceğini ve teşebbüslerin ithalata yöneleceklerini ifade etmişlerdir. Bu durumun yurt içi emaye bobin teli fiyatları üzerinde belli bir baskı oluşturduğu ve oluşturmaya da devam edeceği açıktır. Emaye bobin teli kullanıcılarından önemli bir kısmının uluslararası ticari bağlantılarının bulunduğu, yurt içi fiyatların artması durumunda, ithalata yönelmesinin daha da kolay olacağı anlaşılmaktadır. İthalatın cazip olması durumunda, ithalatçı firmaların emaye bobin telini topluca ithal ederek perakende satmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

H.3.4.3. Pazara Giriş Engelleri ve Pazardaki Rakip Teşebbüslerin Mevcut ve Potansiyel Rekabet Güçleri

Emaye bobin teli üretimi ileri düzeyde teknik bilgi ve uzmanlaşma gerektirmemektedir. Yatırım maliyetleri ise yüksek değildir. Her bin ton'luk emaye bobin teli kapasitesi için ortalama bir milyon ABD Doları yatırım maliyetinin olduğu ifade edilmektedir. Yatırım süresi de uzun olmayıp, ortalama büyüklükteki bir tesisi, bir yıldan daha kısa bir sürede

kurmak mümkündür. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin kapasite artışı yapmaları ise daha da kolaydır. Mevcut durumda bile özellikle Erikoğlu ve Hes, sahip oldukları kapasite ve pazardaki faaliyetleri ile ortak girişimin karşısında önemli birer rakip durumundadırlar. Kaldı ki; her iki teşebbüs de gerektiğinde kapasitelerini kısa sürede kolaylıkla artıracaklarını ifade etmişlerdir.

H.3.4.4. Alıcıların Gücü

Emaye bobin teli kullanıcılarının önemli bir kısmı; yabancı sermayeli, yabancı ortaklı uluslar arası teşebbüsler veya yerli sermayeli olmakla birlikte uluslar arası pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Emaye bobin telinin yurt içi talebinin önemli bir kısmı da bu nitelikteki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmektedir. İnceleme çerçevesinde görüşme yapılan dokuz emaye bobin teli müşterisi toplam yurt içi üretiminin yaklaşık olarak 1/3'ünü tüketmektedir. Diğer büyük alıcılarla birlikte bu miktarın, toplam yurt içi üretiminin yarısı olduğu ifade edilmektedir. Özellikle yurt dışı bağlantıları nedeniyle ithalat imkanı da göz önünde bulundurulduğunda bu nitelikteki emaye bobin teli kullanıcılarının, üreticilerin fiyatları ve satış politikaları üzerinde belli ölçüde baskı oluşturduğu anlaşılmıştır.

H.3.4.5. Ortak Girişimin Bakır Piyasasına Etkisi

Emaye bobin telinin temel hammaddesi bakırdır. Ortak girişimin taraflarından Bektaş, bir bakır üreticisi olan Sarkuysan Elektronik Bakır Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Sarkuysan)'yle aynı ekonomik bütünlük içinde bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu ortak girişimin bakır piyasasına etkisi incelenmiştir.

Bakır piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin kapasite ve 2001 yılı üretim miktarlarına ilişkin bilgiler aşağıdaki gibidir:

Tablo 8- Bakır piyasasındaki teşebbüslerin kapasite ve üretim miktarları

Teşebbüs	Kapasite (ton/yıl)	Üretim Miktarı (ton/yıl)
Sarkuysan
Er-bakır
Telka
Hes
Anadolu Bakır
Elba
Trakya Bakır
Özgün Bakır
TOPLAM

Diğer emaye bobin teli üreticilerinden Erikoğlu ve Hes'in de ekonomik bütünlük içerisinde oldukları bakır üreticileri bulunmaktadır. Ortak girişim taraflarının yıllara göre hangi teşebbüslerden ne kadar bakır alımı yaptıklarına ilişkin bilgiler aşağıdaki tabloda yer almaktadır:

Tablo 9- Ortak Girişim Taraflarının 1999 Yılı Bakır Alımları

Bakır Sağlayıcıları	Emsan	Kavi	Botel	Bektaş	TOPLAM
Sarkuysan	3,047	1,153		849	5,049
Erbakır	161	1,214	2,560		3,935
Öz Un Bakır		307			307
Sümer Bakır		95			95
Bata A.Ş.,+Akseki A.Ş.			80		80
Nordeutsche Affinerie	63				63
Diğer		69			69
TOPLAM	3,271	2,838	2,640	849	9,598

Tablo 10- Ortak Girişim Taraflarının 2000 Yılı Bakır Alımları

Bakır Sağlayıcıları	Emsan	Kavi	Botel	Bektaş	TOPLAM
Sarkuysan	4,708	812	2,595	1,153	9,268
Erbakır		1,685			1,685
Öz Un Bakır		66			66
Bata A.Ş.,+Akseki A.Ş.			65		65
Nordeutsche Affinerie	21				21
Diğer		516			516
TOPLAM	4,729	3,079	2,660	1,153	11,621

Tablo 11- Ortak Girişim Taraflarının 2001 Yılı Bakır Alımları

Bakır Sağlayıcıları	Emsan	Kavi	Botel	Bektaş	TOPLAM
Sarkuysan	5,720
Erbakır			2,256
Diğer				325
TOPLAM	3,762	2,181	8,301

Emsan, Kavi, Botel ve Bektaş'ın son üç yıldaki bakır alımları incelendiğinde, yaklaşık olarak bakır alımlarının %95'inin Sarkuysan ve Erbakır'dan yapıldığı görülmektedir. Buna göre, ortak girişim sonrasında tüm bakır alımlarının Sarkuysan'dan yapılacağı varsayıldığında, bu durumdan etkilenen Erbakır olacaktır. Erbakır'ın yılda 60,000 ton bakır ürettiği düşünüldüğünde, yıllara göre ortak girişim taraflarına yaptığı satışın toplam bakır satışları içerisindeki oranının oldukça düşük olduğu

görülmektedir. Erbakır'ın satışlarının 1999 yılında %6.5'i, 2000 yılında %2.8'i, 2001 yılında %.....'sı ortak girişim taraflarına yapılmıştır.

Bununla birlikte ortak girişim tarafları bakır alımlarının tamamının Sarkuysan'dan yapılmasının söz konusu olmadığını ifade etmişlerdir. Ortak girişimin taraflarıyla yapılan görüşmede; uygun fiyat veren teşebbüsten mal alımı yapılacağı, tek sağlayıcıdan mal alımı yapılmasının riskli olduğu, bu nedenle her zaman için alternatif bir sağlayıcının bulunmasının gerektiği, bakır alımların çoğunun Sarkuysan'dan yapılmasının, bu şirketin uygun fiyat ve koşul vermesine bağlı olduğu, Sarkuysan'ın ortak girişim şirketinde Bektaş'ın sahip bulunduğu hisse miktarı kadar ortaklığının olabileceği, dolayısıyla öncelikli olarak ortak girişim şirketinin menfaatlerinin korunmasının söz konusu olduğu ifade edilmiştir.

Buna göre, Sarkuysan'ın Bektaş dolayısıyla ortak girişim şirketiyle ekonomik bağının bulunmasının bakır piyasasında herhangi bir sorun oluşturmayacağı anlaşılmaktadır.

Bu bilgiler çerçevesinde; %..... civarındaki pazar payına karşın, emaye bobin teli ithalatının mümkün ve kolay olması, pazara girişleri engelleyecek veya zorlaştıracak herhangi hukuki veya fiili durumun bulunmaması, pazarda yer alan rakip teşebbüslerin önemli bir fiili ve potansiyel rekabet gücüne sahip olmaları, belli ölçüde alıcı gücünün bulunması ve sektörde arz fazlası bulunması nedenleriyle, ortak girişimin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleme gücüne sahip olamayacağı, dolayısıyla herhangi bir hakim durumun oluşmayacağı anlaşılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen bilgiler ve değerlendirmeler ışığında, Emsan Emaye Tel Sanayi A.Ş., Kavi Kablo ve Emaye Bobin Teli Sanayi A.Ş., Botel Bobin Teli Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Bektaş Bakır Emaye Kablo Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo Sanayi A.Ş. unvanıyla bir ortak girişim kurulması işleminin;

-1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi bir işlem olduğuna,

- ilgili ürün pazarında hakim durum yaratacak ya da hakim durumu güçlendirecek nitelikte olmadığına ve ülkenin bütünü yahut bir

kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağına,
dolayısıyla, başvuru konusu ortak girişime izin verilmesine OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

DUYURU

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Metinler bilgisayar ortamında bir disket ile beraber A4 kağıdının bir yüzüne çift aralıkla yazılmış üç kopya halinde teslim edilmelidir. Disket ile birlikte kullanılan yazılım programı, bilgisayar ismi ve dosya ismi gönderilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü, daktilo ile yazılmış metinler kabul edilmez. Yayın Komisyonunca kabul edilmeyen yazılar iade edilmez.
2. Yazıyla birlikte, İngilizce başlık ve en çok 15 satırlık İngilizce bir özet teslim edilmelidir.
3. Tablo ve şekillere numara verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı kaynaklar ise tablonun altına yazılmalıdır. Denklemlerin sıra numarası parantez içinde, sayfanın sağ tarafında gösterilmelidir.
4. Kaynaklara yapılan göndermeler dipnotlar yerine, metin içinde açılan ayrıçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

..... tespit edilmiştir. (Atkinson, 1983; 77-82).

..... Sayer (1996a: 43-72; 1986b: 666-695) belirtilmelidir.

KİTAPLAR

FÖRLSTER, S. (1991), The Art of Encouraging Invention: A New Approach to Government Innovation, California Press.

MAKALELER

BAUMOL, W.J. (1986), "Productivity Growth, Convergence and Welfare: What the Long Run Data Show", American Economic Review, 76,1072-82.

DERLEMELER

HALL, P.H. "The Theory and Practice of Innovation Policy: An Overview", P. Hall (der), Technology, Innovation and Economic Policy içinde, Oxford: Philip Alan, 1-34.

5. Dipnot halinde verilen ek bilgiler, metin içinde numara sırasıyla ve sayfa altında ayrıca verilmelidir.
6. Belirtilen kurallara uymayan yazılar, gerekli düzeltmelerin yapılması için geri gönderilebilir. Yazının yayınlanması halinde, derginin 3 kopyası yazara ücretsiz gönderilecektir.
7. Yazarların, makaleleri ile birlikte, yazışma adresi, telefon ve faks bilgilerini de içeren notu göndermeleri gereklidir.