

**TOPLULUK REKABET HUKUKU IŞIĞINDA
BİRLEŞME-DEVRALMALARDA
YAN SINIRLAMALAR**

E. Cenk GÜLERGÜN

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

02/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 1 No'lu Daire Başkanı Mehmet Akif ERSİN,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-52-7

0083

Babama...

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
ÖNSÖZ	
GİRİŞ	

Bölüm 1 **YAN SINIRLAMA DOKTRİNİ**

1.1. TARİHÇE	
1.2. TOPLULUK REKABET HUKUKU MEVZUATINDA YAN SINIRLAMALAR	
1.3. YAN SINIRLAMA UNSURLARI	
1.3.1. Sınırlama	
1.3.2. Doğrudan İlgili Olma	
1.3.3. Gerekli ve Orantılı Olma	
1.3.4. Diğer Koşullar	

Bölüm 2 **YAN SINIRLAMALARIN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ**

2.1. DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR	
2.1.1. Rekabet Yasağı	
2.1.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları	
2.1.3. Tedarik Düzenlemeleri	
2.2. ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR	
2.2.1. Rekabet Yasağı	
2.2.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları	
2.2.3. Tedarik Düzenlemeleri	
2.3. ORTAK DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR	

Bölüm 3 **YENİ DUYURU**

Bölüm 4 **TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA YAN SINIRLAMALAR**

SONUÇ	
ABSTRACT	
KAYNAKÇA	

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayımlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlerle ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Rekabet Kurumu Başkanı

ÖNSÖZ

Tezim ve tez başlığı yeterince uzun olduğundan, önsözü mümkün olduğunca kısa tutacağım. İki noktaya işaret etmek istiyorum. Öncelikle, sözlü savunduğum tezde yaptığım en büyük değişikliğin, Avrupa Komisyonu'nun yan sınırlamalar kuralı üzerine çıkardığı yeni Duyuru'ya kısaca yer vermek olduğunu belirtmeliyim. Yeni Duyuru'nun getirdiği değişiklikler ve bunların Komisyon kararlarına yansımaları üzerinde daha uzun durmam gerektiğinin bilincindeyim. Ancak düzeltme yaparken ilk çalışmamın özünden uzaklaşmamak için, bu kısım üzerinde kısa açıklamalar yapmakla yetindim. Yine de, birkaç yıl içinde alınacak Komisyon kararlarıyla olgunlaşacak yeni yaklaşım üzerine araştırma yapmak ve yazmak mesleğime borcumdur.

Diğer yandan, eski Baş Hukuk Müşavirimiz Sayın Doç. Dr. Osman Gürzumar'a titiz okuması için özellikle teşekkür ediyorum. Eleştirileri düzeltme çalışmamda büyük katkı sağladı. Ayrıca, meslek yaşantısının ilk aylarında birlikte çalıştığımız Sayın Salim Aydemir'e de teşekkür ediyorum. O anki meslek tecrübesi itibarıyla şaşırtıcı derecede olgun eleştirileriyle, tezdeki bazı belirsizliklere dikkat çekti. Bu belirsizlikleri giderdiğimi sanıyorum. Bunun yanında, asli unsur/yan sınırlama ayrımı üzerine tanımın, bildirdiği görüş üzerine temellendirildiğini eklemeliyim.

Dileğim, mevzuatımızın açıklayıcı düzenlemeler bakımından yarattığı bir boşluğun, uygulamada faydalanılacak bir kaynak niteliğinde olduğuna inandığım bu tez ile doldurulmuş olmasıdır.

GİRİŞ

Rekabet kurallarının ana başlıklarından biri olan yoğunlaşma kontrolü, Topluluk mevzuatında 4064/89 sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü”, ülkemiz sisteminde ise 4054 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de belirlenen esaslar çerçevesinde yapılmaktadır. Bu çerçevede rekabet kuralları karşısında incelenecek işlemin, süzgeçten geçirilerek izne tabi yoğunlaşma sayılmasıyla, rekabet üzerindeki etkisinin tartışılmasına geçilmektedir. Buradaki temel ölçüt, birleşme-devralma sonucunda ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmayacağıdır.

Yoğunlaşmanın hem ekonomik hem de hukuki açıdan incelenmesinde, işlemi bütünlükten, ancak işlemin amacının ve doğal sonuçlarının merkezinde bulunmayan yan sınırlamalarla karşılaşılabilmektedir. Bu düzenlemeler işlem taraflarınca kararlaştırılan, işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli, üçüncü kişileri bağlamayan kısıtlamalardır.

Usulün basit bir parçası olarak algılanabilecek yan sınırlamaların, değerlendirmede temel değişkenlerin önüne geçebildiği görülmektedir. Buna karşın, yan sınırlamalarla doğrudan ilgili araştırma sayısı oldukça az olup genellikle kaynakların birkaç paragrafı veya sayfası bu başlığa ayrılmıştır. Az sayıda, mevzuatın anlatılmasıyla yetinilen ve çoğu birbirini yineleyen kaynakların konu aldığı yan sınırlamaların zengin içeriği Tez konusunun belirlenmesinde etkili olmuştur.

Tezin hazırlanma amaçları, yeterince kaynak bulunmayan bir alanda uygulama sırasında yararlanılacak bir çalışma ortaya çıkarmak ve bu yapılırken yan sınırlamaların işlemin yürütülmesi için gerekli olmasının yanında rekabet ve işletme işleyişi üzerindeki etkisini tartışmaktır. Üç yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan 1997/1 sayılı Tebliğ’de değişiklik yapılması ve Tebliğ’i

açıklayıcı rehberlerin hazırlanması yönündeki çalışmalara katkı sağlanabilecek olması da, Tez'in hazırlanma gerekçelerindedir.

Tez'in gövdesini Topluluk mevzuatı ve uygulaması oluşturmuştur. Amerikan anti-tröst hukukundan yalnızca doktrinin doğuşu gösterilirken faydalanılmıştır. Topluluk mevzuatında başlığa ilişkin en ayrıntılı düzenleme olan "Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu" içeriğinin akışını belirlemiş; ağırlık, ATAD ve Komisyon kararlarının alt başlıklara göre sınıflandırılmasına, mevzuat ve uygulamanın yorumlanmasına, bunlar arasındaki çelişkinin tartışılmasına ve Türk rekabet hukukuna yönelik önerilere verilmiştir. Bu şekilde, derin bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Tez ("Sonuç" hariç) dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yan sınırlama doktrininin tarihsel süreç içinde gelişimi, Topluluk mevzuatında ne şekilde yer bulduğu ve değerlendirme kriterleri üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde devralma ve ortak girişim oluşturulması işlemlerinde rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ve tedarik düzenlemeleri şeklinde ortaya çıkan kısıtlamalar tartışılmış, ortak devralmalardaki sınırlamalar kısaca açıklanmıştır. "Yeni Duyuru" başlığı altında, Topluluk mevzuatından birçok noktada ayrılan uygulama dikkate alınarak hazırlanan yeni metinle getirilen değişiklikler yorumlanmıştır. Dördüncü bölümde ise, bazı Rekabet Kurulu kararlarına yer verilerek ülkemiz uygulaması ortaya koyulmuş ve buna yönelik tespitler yapılmıştır. "Sonuç" başlığı altında ise, diğer bölümlerdeki tartışmalar ışığında yan kısıtlamaların işlem ve genel olarak rekabet açısından anlamı değerlendirilmiş, Türkiye tecrübesine yönelik önerilerde bulunulmuştur.

BÖLÜM 1

YAN SINIRLAMA DOKTRİNİ

Rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümler şeklinde tanımlanabilecek yan sınırlamalar, dahil olduğu işlem ve ekonomik koşullar itibarıyla farklı anlamlara gelmektedir. Önemi ve işlevi yönüyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların merkezinde yer almayan ek hükümleri ifade etmek için kullanılabilen “yan sınırlama” kavramına, ihlal doğurucu olarak görülmeyen düzenlemeleri tanımlamak içinde yer verilebilmektedir. Yan sınırlama kavramının ikinci şekilde kullanımına ilişkin en önemli başlık “yoğunlaşmanın yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar”dır (Dias 1995, 328).

Yoğunlaşmaların beraberinde getirilen sınırlamaların işlemde bağımsız incelendiğinde rekabet kurallarına aykırı bulunacağına işaret eden Bellamy ve Child (1993, 345), bu kısıtlamaları üçe bölmüştür: Yoğunlaşma doğuran unsurların parçası niteliğindeki sınırlamalar, işlemin gerçekleştirilmesinden önceki döneme yönelik olanlar ve tarafların işlemin gerçekleştirilmesinden sonraki davranışlarına ilişkin düzenlemeler. Bu şekilde sayılan sınırlamalara, pazardaki rakip sayısının azalmasına yol açabilen işlem sonucunda kendiliğinden ortaya çıkan daraltıcı etkiyi de eklemek mümkündür. Bu çerçevede, taraflara işlem sonrasında yönelik birtakım koşullar yüklenmesi esas olarak ve belirli koşullarla yan sınırlamalar başlığı altında incelenmektedir.

Topluluk rekabet hukuku mevzuatının konuya ilişkin en ayrıntılı düzenlemesi olan, 14.08.1990 tarihli “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu”nda¹, yoğunlaşmaların yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalara ilişkin yoruma yer verilmiştir.² Duyuru’da; taraflara getirilen ve üçüncü kişilerin zararına olmayan, yoğunlaşmanın yaşama

¹ Bu Duyuru bazı değişikliklere uğrayarak yenilenmiştir. Yeni Duyuru ilerleyen bölümlerde tartışılacaktır.

² OJ C 203/5,1990

geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların işlemle birlikte değerlendirileceği, dolayısıyla birleşme-devralmaya verilecek iznin bu tür kısıtlamalar için de kendiliğinden geçerli olacağı ortaya koyulmuştur. İşlemden ayrılabilir nitelikteki veya işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olandan süresi ve kapsamı yönüyle daha kısıtlayıcı sınırlamaların bu şekilde değerlendirilmeyeceğinin ve 81/1 ile 82'nci³ maddeler karşısında incelenebileceğinin belirtildiği Duyuru'da; devralma ve ortak girişim oluşturulmasında temel olarak rekabet yasağı, sınai-fikri mülkiyet hakları lisansları ile tedarik hükümleri şekillerinde ortaya çıkan yan sınırlamalar ve ortak devralmalardaki düzenlemeler açıklanmıştır.

Bu aşamada, yan sınırlama sayılan düzenlemelerin hangi ilkeler çerçevesinde değerlendirileceğinin ve ne şekillerde ortaya çıkabileceğinin tartışılması ilerleyen bölümlere bırakılarak yan sınırlama doktrininin gelişimi üzerinde durulacaktır.

1.1. TARİHÇE

Holley (1990, 428), yan sınırlama kavramı tarihinin, İngiliz hukuku uygulamasında işletme satışlarında rekabet yasağının tanındığı 17'nci yüzyıla uzandığını belirtmiş ve şu mahkeme kararlarını örnek vermiştir: **“Broad v. Jollyfe”** (1620), **“Anon”** (1641), **“Prugnell v. Gosse”** (1648) ve **“Mitchel v. Reynolds”** (1711). Anılan son Karar'da, bir fırının kiralanmasında kiracının ihtiyacı gözetilerek getirilen, belirli bir bölgede 5 yıl rekabet etmeme koşulu ticaretin kısıtlanması olarak görülmemiştir. Sherman Kanunu'nun kabulünden uzun olmayan bir süre sonra Amerikan mahkemesinin aldığı **“US v. Addyston Pipe&Steel Co.”** Kararı'nda da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir (Dias 1995, 327). Yargıç Taft şu sonuca ulaşmıştır:

Hukuka aykırı olmayan bir sözleşmenin ana amacının yanında, sözleşmenin yasal getirilerinden yararlanılmasına veya bu getirilerden başkalarının hukuk dışı yararlanmasının önlenmesine yönelik düzenlemeler dışında ticaretin sınırlandırılması yasaktır.⁴

Topluluk rekabet hukukunda yan sınırlama kuralı ilk kez Komisyon'un 30.07.1964 tarihli **“Nicholas Freres/Vitapro”** Kararı'nda uygulanmış ve devir işleminde 5 yıllık rekabet etmeme koşulunun getirilmesi ihlal olarak değerlendirilmemiştir.⁵ 20.12.1974 tarihli **“SHV/Chevron”** Kararı'nda ise, ortak

³ Karışıklığa yol açmamak için, Roma Antlaşması'nın 85 ve 86'nci maddelerine yapılan atıflarda, bu maddeler Amsterdam Anlaşması'nda öngörülen numaralandırma doğrultusunda “81 ve 82'nci” maddeler olarak anılacaktır.

⁴85 Fed 271, 6th Cir.,1898

⁵ OJ 136/2287,1964

girişim kurulması işleminde rekabet yasağı ilk kez tartışılmış ve ortak girişime devredilen malvarlığının değerinin korunması gereksinimi vurgulanmıştır.⁶

Komisyon'un yan sınırlamalara ilişkin yaklaşımının oluşmasında, 26.07.1976 tarihli “**Reuter/BASF**” Kararı oldukça önemlidir.⁷ Karar, BASF tarafından malvarlığı devralınan Dr.Reuter'e 8 yıl süreli rekabet yasağı getirilmesiyle ilgilidir. Komisyon, satıcıya getirilen rekabet yasağını 5 yıla sınırlandırarak 81/1'inci madde kapsamında bulmazken, özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır:

- Bazı durumlarda, satıcının devralmanın hemen ardından alıcının yeni rakipleriyle işbirliğine giderek eski müşterilerini kazanmasının önlenmesi gerekmektedir. Buna yönelik düzenlemelere 81/1'inci maddenin uygulanması, yasak olmayan işlemlerin yaşama geçirilmesini olanaksızlaştırabilmektedir. Ancak bu gerçek, alıcının satıcıya karşı sınırsızca korunmasını gerektirmemektedir. Koruma, devralınan teşebbüsün işlem öncesindeki konumuna ulaşmasına yetecek süre ve kapsamla sınırlı tutulmalıdır.
- Devredilen işletmenin değerinin önemli bir kısmı teknik bilgiden oluştuğunda, işlemin etkin bir şekilde yaşama geçirilebilmesi için ek koruma düzenlemeleri gerekli görülebilmektedir. Çünkü transfer edilen teknik know-how'a vakıf olan satıcı, bundan doğan rekabet avantajıyla, işletmenin tam değeriyle alıcıya geçmesi sürecine zarar verebilecek konumdadır. Bu nedenle, satıcının teknik bilgiyi kullanmasından alıcının belirli bir süre korunması gereklidir.

Bu noktada, Tez'de sıkça kullanılan ve kullanılacak “malvarlığı transferinin tam değeriyle yapılabilmesi” ve “devralınan işletmenin pazar öncesindeki konumuna ulaşılabilmesi” ifadeleriyle ilgili kısa açıklama yapmakta fayda bulunmaktadır. Şöyle ki, özellikle müşteri ilişkileri ve/veya teknik know-how'ın önemli olduğu pazarlarda, pazar ve devredilen işletme hakkında geniş bilgiye sahip olan, halihazırda müşterilerle yakın ilişki içinde bulunan satıcının bu avantajları devralmanın tam anlamıyla sonuç doğurmasına karşı tehdit niteliğindedir. Satıcı devralma sonucunda pazara doğrudan ya da işbirliği halinde dönerek eski müşterilerini çekebilecek durumdadır. Buna karşı satıcıya belirli bir süre pazara dönüş yasağı getirilmesi alıcının teknik bilgiye vakıf olmasını, bunu geliştirmesini ve müşteri nezdinde güven kazanmasını sağlayacak, böylece alıcı devre konu malvarlığını ve pazar gücünü kayba uğramadan transfer edebilmiş olacaktır. Ancak başta da vurgulandığı üzere özel koşulların varlığı halinde gerekli sayılabilen yan sınırlamalar, yoğunlaşma işlemlerinin tümünün hukuki tanımında yer bulmadığından işlemin doğuran

⁶ OJ L 38/14,1975

⁷ OJ L 254/40,1976

unsurlardan farklı niteliktedir. Tez'in ilerleyen kısımlarında bu ayrımın üzerinde, daha geniş bir şekilde durulacaktır.

12.12.1983 tarihli “**Nutricia**” Kararı yan sınırlama doktrininin gelişmesine damgasını vurmuştur.⁸ Karar, Nutricia'nın sos ve salamura gıda üretimi alanındaki iki bağlı işletmesinin devredilmesinde satıcıya getirilen (sos pazarında 10, salamura gıda pazarında 5 yıl) rekabet yasağı düzenlemesine ilişkindir. Komisyon; “**Reuter/BASF**” Kararı'nda olduğu gibi, maddi varlıklarının yanı sıra ticari itibarın⁹ da transferini içeren işlemlerde, satıcının rekabetçi davranışlarına yönelik kısıtlamalar getirilebileceğini ortaya koymuş, ancak inceleme konusu düzenlemeleri gerekli olandan daha kısıtlayıcı bularak yasaklamıştır.

“**Nutricia**” Kararı'nda, ticari itibar transferini içeren işlemde yan kısıtlamaların kabul edilir süresinin belirlenmesine yönelik şu sorular ortaya atılmıştır:

- Alıcının mevcut müşterileri çekmesi ne kadar zaman alacak?
- İlgili pazardaki tüketiciler ne sıklıkla marka veya ürün türü değiştiriyor?
- Pazara yeni giren ürünler veya ticari markalar tüketici tarafından ne kadar sürede kabul görüyor?
- Herhangi bir sınırlama olmasa, satıcı ne kadar sürede pazara dönerek eski müşterilerini çekebilir?

ATAD, Komisyon'un “**Nutricia**” Kararı üzerine aldığı, 11.07.1985 tarihli “**Remia BV v. Komisyon**” Kararı ile tali sınırlamalar konusunda içtihat yaratmıştır.¹⁰ ATAD alıcı ile satıcının rakip olarak kalması halinde devredilen işletme hakkında ayrıntılı bilgiye sahip satıcının eski müşterilerini kolayca kazanıp alıcıyı pazar dışına itebileceğine, dolayısıyla işlemin etki doğurmayacağına işaret ederek Komisyon'un yaklaşımını onaylamıştır. Karar'da,

Devralma sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükmü, işlemin istenen etkiyi yaratmasını sağlamaya yöneliktir. Bu tür düzenlemeler, ilgili pazardaki rakip sayısında artışa yol açtığından, rekabeti şiddetlendirmektedir. Ancak rekabet açısından yararlı sonuçların elde edilmesi için, rekabet yasağı devralmanın yaşama geçirilmesi için gerekli ve aynı zamanda süre ile kapsam yönüyle işlemin amacıyla sınırlı olmalıdır.

değerlendirmesi yapılmıştır. Buna göre, satıcıya karşı korunan alıcı pazarda tutunabilecek, ancak rekabet yasağı sınırsız olmayacağından alıcı makul bir süre

⁸ OJ L 376/22,1983

⁹ “*Good-will*” yerine bu Tez'de kullanılan **ticari itibar** terimi; iyi geçmiş, ün, prestij, müşterilerle iyi ilişkiler ve müşteri portföyünü birlikte ifade eden bir üst kavram olarak düşünülmüştür.

¹⁰ http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg =EN&numdoc= 684J0042

sonra pazara dönebilecek ve böylece rekabet yasağı uzun vadede rakip sayısının artması sonucunu doğuracaktır.

Komisyon'un 12.12.1984 tarihli "**Mecaniver/PPG**" Kararı'nda, satıcıya getirilen rekabet etmeme hükmü ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.¹¹ Devrin maddi varlıkların yanı sıra ticari know-how ve itibarın da transferini içermesine bağlı olarak, rekabet etmeme koşulunun işlemin hukuka uygun bir aracı olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilen Karar'da, süresi ve coğrafi kapsamı makul bulunan rekabet yasağı 81/1'inci madde kapsamında ele alınmamıştır.

Yukarıda yer verilen Komisyon ve ATAD kararları ile, yoğunlaşmanın yürütülmesiyle için doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların –özellikle rekabet yasağının- nasıl değerlendirileceğine ilişkin temel yaklaşım şekillenmiştir. "Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu"nun çıkarılması (14.08.1990) ve 4068/89 sayılı "Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü"nin¹² yürürlüğe girmesi (21.09.1990) sonucunda, kararlarla gelişen yan sınırlama doktrini Topluluk mevzuatında yerini bulmuştur.

1.2. TOPLULUK REKABET HUKUKU MEVZUATINDA YAN SINIRLAMALAR

Yan sınırlama kuralı temelini "Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine Konsey Tüzüğü"nden (Yoğunlaşma Tüzüğü) almaktadır. Söz konusu Tüzüğün dibace kısmının 25'inci paragrafında, Tüzük'ün, ilgili teşebbüslerin kabul ettiği ve işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalara uygulanacağı belirtilmiştir. Tüzüğün 6/1(b)¹³ ve 8/2'nci maddelerinde, Tüzük kapsamında bulunan işleme izin verilmesi halinde, izin bu sınırlamaları da kapsayacağı hükme bağlanmıştır.

Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 22'nci maddesinde; ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilecek ortak girişimlerin kurulması dışında, yoğunlaşma işlemlerine yalnızca söz konusu Tüzüğün uygulanacağı ifade edilmiştir.¹⁴ "Tek duraklı inceleme" ilkesi doğrultusunda yan sınırlamaların yoğunlaşmayla birlikte değerlendirilerek karara bağlanması, bu kısıtlamaların 17 sayılı Tüzüğe göre ayrıca bildirilmesi gereğini ortadan

¹¹ OJ L 135/54,1985

¹² OJ L 395,30.12.1989; düzeltmeler OJ L 257, 21.9.1990, p.13; 30.06.1997 tarih ve 1310/97 sayılı Tüzük ile getirilen değişiklikler OJ L 180, 9.7.1997

¹³ 1310/97 sayılı Tüzük ile eklenmiştir.

¹⁴ Aynı maddede, ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilecek ortak girişimlerin kurulmasında 17, 1017/68, 4056/86 ve 3975/87 sayılı Tüzüklerin de uygulanabileceği belirtilmiştir.

kaldırılmıştır (Cook ve Kerse 2000, 185). Bu şekilde, yan sınırlamaların gerçek ekonomik koşulları çerçevesinde ele alınması sağlanmıştır.

01.03.1998 tarih ve 447/98 sayılı Tüzüğün¹⁵ ekindeki Bildirim Formu'nun (Form CO) "Genel Hususlar" başlıklı kısmının ilk bölümü yan kısıtlamalarla ilgilidir. Bu bölümde, işlemin doğrudan taraflarının ve/veya diğer ilgili tarafların (satıcı ve azınlık hissedarları dahil) katıldığı, yoğunlaşmanın yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların işlemle birlikte değerlendirileceği ifade edilirken, 4064/89 ve 1310/97 sayılı Tüzüklerin ilgili hükümleri ile "Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu"na gönderme yapılmış ve yan sınırlama sayılması talep edilen düzenlemelere, talebin gerekçeleriyle birlikte bildirimde yer verilmesi istenmiştir.

Duyuru'nun "Giriş" Bölümü'nde, yoğunlaşmadan bağımsız ve farklı ekonomik koşullar altında ele alındığında 81 ve 82'nci madde karşısında incelenebilecek yan kısıtlamaların yoğunlaşmayla birlikte değerlendirileceği vurgulanmıştır.¹⁶ Bunun ardından "Değerlendirme Kriterleri" başlıklı ikinci bölümün yer aldığı Komisyon Duyurusu'nda; tali kısıtlamalara ilişkin başlıca üç kategori (rekabet yasağı, sınai ve ticari mülkiyet hakları ile know-how lisansları, tedarik hükümleri) belirlenmiş, bunların herbiri devralma ve yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin oluşturulması başlıkları altında incelenmiştir. Duyuru'da, ortak devralmalardaki düzenlemeler de açıklanmıştır.

Ortak girişimler ve teknoloji transferine ilişkin ikincil mevzuatta yan sınırlamaları ilgilendiren düzenlemeler yer almakla birlikte, Komisyon Duyurusu'nun bu konulara açıklık getirmiş olması nedeniyle, sözü edilen ikincil mevzuatın üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

1.3. YAN SINIRLAMA UNSURLARI

Birleşme-devralmalarla birlikte getirilen düzenlemelerin, yan sınırlama sayılması için taraflar açısından kısıtlayıcı, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili, işlemin yürütülmesi için gerekli, kapsamının belirli ve sınırlı olması gerekmektedir. İşlemle doğrudan ilgili ve gerekli olmayan veya gerekli olandan daha kısıtlayıcı düzenlemeler yan sınırlama sayılmamakta, Roma Antlaşması'nın 81 ve 82'nci maddeleri karşısında incelenebilmektedir. Bu unsurların değerlendirilmesi sırasında düzenlemenin niteliği, pazar üzerindeki etkisi ve daha az kısıtlayıcı alternatiflerin var olup olmadığı dikkate alınmaktadır.

¹⁵ OJ L 61,1998

¹⁶ Topluluk mevzuatında 85 ve 86'nci maddelere yapılan atıflar belirtilirken, 2 nolu dipnotta işaret edildiği gibi, bu maddelere yine 81 ve 82'nci maddeler denilecektir.

1.3.1. Sınırlama

Komisyon Duyurusu'nun "Değerlendirme Kriterleri" başlığı altında, kendi hareket özgürlüklerini sınırlamak üzere işlem taraflarınca kararlaştırılan ve üçüncü kişilerin zararına olmayan kısıtlamaların yan sınırlama sayılabileceği belirtilmiştir. Yukarıda da altı çizildiği gibi, işlemde bağımsız incelendiğinde 81 veya 82'nci madde anlamında ihlal doğurucu bulunabilecek kısıtlamalar yan sınırlama kuralı çerçevesinde tartışılabilecektir. Taraflar açısından kısıtlayıcı nitelikte olmayan düzenlemelerin yan sınırlama sayılması söz konusu değildir.

Duyuru'da, üçüncü kişilerin zararına olan sınırlamaların, yoğunlaşmanın kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkması halinde işlemle birlikte değerlendirileceği, işlemde ayrılabilir nitelikte olması halinde ise 81 ve 82'nci maddeler karşısında incelenebileceği ayırımına gidilmiştir. Buna göre, bir devralma sonucunda alternatif sağlayıcı veya alıcı sayısının azalması, bu anlamda "üçüncü kişilerin zararına" değildir. Bu şekilde işaret edilmek istenenin, üçüncü kişilerin hareket özgürlüğünü sınırlayan kısıtlamalar olduğunu söylemek mümkündür. Buna örnek olarak, üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği yeniden satışlara getirilen sınırlamalar verilebilir (Holley 1990, 433). Ancak bu sefer de üçüncü kişileri bağlayan anlaşmaların ne kadar yasal olacağı haklı olarak gündeme gelecektir. Bu noktada, uygulamada özellikle münhasır tedarik düzenlemeleri karşısında üçüncü kişilerin korunması endişesi anılan ifadenin içeriğini doldurmaktadır. Diğer bir söyleyişle, münhasır tedarik düzenlemeleri, üçüncü kişilerin mal temini veya satış yapabilmesini engellemesi halinde yan sınırlama sayılmayacaktır. O halde, "üçüncü kişilerin zararına olmama" ifadesi işlem tarafı olmayan piyasa oyuncularının faaliyetlerinin işlemi düzenleyen anlaşmalarla güçlendirilmemesi koşulunu getirmektedir.

Aşağıda belirtilen Komisyon kararları, uygulamada ne tür düzenlemelerin kısıtlayıcı bulunmayarak yan sınırlama sayılmadığını göstermesi açısından önemlidir:

19.01.1995 tarihli "Akzo Nobel/Monsanto" Kararı'nda; Ortak Girişim Anlaşması'na göre,

- etkinliklerinin dışında ve ana teşebbüslerden birinin faal olduğu bir alanda yararlanılabilecek tescilli hakların ortak girişim tarafından geliştirilmesi, keşfedilmesi ya da devralınması halinde, uygun koşullarda ve üçüncü kişilere lisans verilmesi serbest kalacak şekilde bu hakların kullanımına yönelik ana teşebbüslere lisans verilmesi,

- ortak girişimin isteği üzerine başlangıç döneminde¹⁷, pazar fiyatları üzerinden ve münhasıran olmaksızın, ana teşebbüslerin ortak girişime belirli hammaddeleri sağlaması, kısıtlayıcı bulunmamıştır.¹⁸

13.03.1995 tarihli **“Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company”** Kararı’nda; satıcının,

- devredeceği işletmeler ile bünyesinde kalan işletmeler arasındaki borç ve yükümlülüklerin gereğini yerine getirecek,
- devredeceği işletmelerin alıcının faaliyetleriyle ilgili olmayan malvarlığını bünyesinde kalan diğer şirketlere aktaracak, olması sınırlama olarak görülmemiştir.¹⁹

20.08.1997 tarihli **“Philips/Lucent Technologies”** Kararı, Lucent ve Philips teşebbüslerinin Philips Consumer Communications adlı bir ortak girişim oluşturması üzerinedir.²⁰ Karar’da;

- dezavantajına olmamak şartıyla ortak girişimin ana teşebbüslerden Lucent’e terminal teçhizatı sağlaması, karşılıklı onayın söz konusu olması nedeniyle,
- ortak girişime hizmet sunulması ve ortak girişimden alım yapılması, piyasa koşulları üzerinden gerçekleştirileceğinden,
- teknoloji lisansı ve ortak geliştirme anlaşmaları ise, münhasırlık içermediğinden,

sınırlayıcı bulunmamıştır.

23.12.1997 tarihli **“BASF/Shell II”** Kararı’nda; ortak girişimin faaliyetlerinin bir kısmını gerçekleştirecek olan ve ana teşebbüslerden BASF’ın etkinlikleriyle ilgili iki fabrikanın ayrılamaz olması nedeniyle birlikte ortak girişime devredilmesi sonrasında, BASF’ın faaliyetiyle ilgili gerekli teknoloji ve gelişmelere ilişkin lisansların ana teşebbüse geri verilmesi kısıtlama sayılmamıştır.²¹

11.08.1998 tarihli **“VIAG/Orange UK”** Kararı’nda;

- ana teşebbüslerin ortak girişime teknik ve diğer hizmetleri uygun ticari koşullarda sağlamayı kabul etmesi,
- ana teşebbüslerden OOH’nin bağlı işletmesi aracılığıyla ortak girişime “Orange” markasına ilişkin uygun koşullarda lisans vermesi,

¹⁷ yeni kurulan ortak girişimin tam anlamıyla bağımsız bir ekonomik birime dönüşmesine kadar geçecek süre

¹⁸ OJ C 37/3,1995

¹⁹ OJ C 82/14,1995

²⁰ OJ C 274/7,1997

²¹ OJ C 81/5,1998

- ortak girişimin hissedarı teşebbüslerle anlaşma yapmakta serbest bırakılması,

sınırlama olarak kabul edilmemiştir.²²

28.09.1999 tarihli, Guardian Life (GL) işletmesinin Aegon UK Plc tarafından devralınmasını konu alan “**Aegon/Guardian Life**” Kararı’nda; satıcının devredilen işletmenin markalarını (“Guardian”), alıcının ise söz konusu markaları işleme konu faaliyetler dışında belirli bir süre kullanmamasının kararlaştırılması ile satıcının bu markaların alıcı tarafından İngiltere’de kullanılmasına yönelik münhasır ve ücretsiz lisans vermesine ilişkin hüküm getirilmesi sınırlama olarak görülmemiştir.²³

Anlaşılmaktadır ki; tarafların üçüncü kişilerle ilişkide bulunmasını önlemeyen, geçici tedarik ilişkisinin piyasa koşulları üzerinden sürmesinin öngörüldüğü düzenlemeler ve alıcıya veya ortak girişime fikri-sınai mülkiyet haklarının kullanımına yönelik lisans verilmesi (işlemin ayrılmaz parçası olan teknoloji transferini sağlamanın basit bir aracı olarak görülerek) kısıtlayıcı bulunmayabilmektedir.

Bu aşamada, bir örnek konuyu daha anlaşılır kılacaktır. Rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacak bir devralma hukuka aykırı değildir. Devir sırasında mal varlığının el değiştirmesi işlemle birlikte getirilen bir sınırlama değil, işlemin ta kendisidir. Patent gibi maddi olmayan varlıklar malvarlığının parçası olup birçok durumda maddi varlıklardan çok daha değerlidir. O halde, bu hakların el değiştirmesi işlemin merkezindedir ve sınırlama sayılamaz. Fiilen bu etkiyi doğuracak, satıcıya hak kullanımına ilişkin lisans verilmesi gibi düzenlemeler de bu şekilde değerlendirilmelidir. Ancak uygulamanın bu açıklıkla yürümediği izleyen açıklamalarda görülecektir.

1.3.2. Doğrudan İlgili Olma

Komisyon Duyurusu’nda, yan sınırlama unsurlarından biri olarak kısıtlamanın yoğunlaşmanın gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili olması belirlenmiştir. Buna göre doğrudan ilgili olma şartı, sınırlamanın işlemin yürütülmesine katkıda bulunması, ancak yoğunlaşmanın temel amacının gerisinde kalması ve işlemde kaynaklanan sonuçlardan nitelik olarak büyük farklılık arz edecek kadar önemli olmaması anlamını taşımaktadır. Holley (1990, 435)’e göre bu ifadeden, kısıtlamanın yoğunlaşma koşullarında oluşmasının veya bu şekilde oluşan diğer hükümlerden tamamen farklı nitelikte olmamasının

²² http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=e n&num doc=31998J0004

²³ OJ C 313/7,1999

beklediği anlaşılmalıdır. Bu noktada, bazı Komisyon kararlarına değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

22.07.1992 tarihli “**Nestle/Perrier**” Kararı’nda, Perrier SA’nın satışında hisselerin tümü için teklif veren Nestle SA Source’nın teklif öncesinde BSN ile yaptığı bir anlaşmada ihalenin kazanılması halinde Volvic menbasının BSN’ye bırakılmasının öngörülmesinin yan sınırlama sayılması talebi tartışılmıştır.²⁴ Söz konusu anlaşma yapılan değerlendirmelere yön vermiş, menbanın BSN’ye devredilmesi ve devredilmemesi durumları ayrı ayrı incelenmiştir. Dolayısıyla, önemi yönüyle bildirim konu işleminden geride ve tali nitelikte olmayan anlaşma, başlı başına yoğunlaşma doğurucu bulunarak değerlendirmelerin merkezinde yer bulmuş ve yan sınırlama kuralı çerçevesinde ele alınmamıştır.

05.09.1994 tarihli “**Marconi/Finmeccanica**” Kararı’nda, Finmeccanica ile Marconi’nin iletişim pazarlarında faaliyet gösterecek bir ortak girişim kurması değerlendirilmiştir.²⁵ Karar’da; işlemi düzenleyen anlaşma ile Finmeccanica’nın telsiz alanındaki faaliyetlerinin doğrudan diğer ana teşebbüse devredilmesinin yan sınırlama sayılması yönündeki talep, bu transferin işlemin yürütülmesiyle ilgili olmadığı tespitiyle uygun bulunmamış, bu devrin nihai kararın dışında kalacağı vurgulanmıştır. Anlaşmanın işlemle doğrudan ilgili olmadığı sonucuna ulaşılmasında, ana teşebbüsler arasındaki devir işleminin ortak girişimin kurulup başarılı bir şekilde işletilmesiyle bağlantılı olmaması ve bildirim konu işlemin olası sonuçlarıyla hiçbir şekilde koşutluk sergilememesi belirleyici olmuştur.

06.09.1994 tarihli “**Bertelsmann/News International/Vox**” Kararı’nda²⁶, ortak girişim oluşturulmasını düzenleyen anlaşmalarda ana teşebbüslerden Bertelsmann’ın diğer ana teşebbüs olan News International’ın gelecekte Almanya’daki faaliyetlerine katılmasının öngörülmesi; 23.10.1998 tarihli “**Kodak/Imation**” Kararı’nda²⁷ ise, alıcıya devredilen fikri mülkiyet haklarıyla ilgili olası anlaşmazlıkların çözümüne yönelik tarafların anlaşması işlemle ilgisiz bulunmuştur.

12.04.1999 tarihli ve Wegert Grosslabor teşebbüsünün % 60 oranındaki hissesinin Kingfisher tarafından devralınmasına ilişkin “**Kingfisher/ Grosslabor**” Kararı’na konu işlemde, kalan % 40’lık hissenin de alıcı tarafından satın alınabilmesi olanağını getiren bir anlaşma yapılmış ve bu anlaşmanın yan sınırlama sayılması talep edilmiştir.²⁸ Bunun üzerine Komisyon, % 40 oranındaki

²⁴ OJ C 356/1,1992

²⁵ OJ C 253/10,1994

²⁶ OJ C 274,1994

²⁷ OJ C 17/2,1999

²⁸ [http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!
CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31999M1482](http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31999M1482)

hissenin olası devrine ilişkin anlaşmanın farklı bir işlem oluşturduğu, dolayısıyla bildirim konu işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili sayılamayacağı görüşüne varmıştır.

Yan sınırlamalara, bağımsız iki teşebbüs arasında ekonomik birlik doğuran ya da ortak kontrolü düzenleyen anlaşmalar gibi, işlemi yaratan düzenlemeler dahil değildir. Yoğunlaşmanın asli parçası olan bu düzenlemeler, Tüzüğün esas değerlendirme konusunu oluşturmaktadır. Öte yandan, Fine (1994a, 235)'in işaret ettiği gibi, Duyuru'da hem işlemin ekonomik temelini oluşturan hem de taraflara sınırlama getiren hususlara ilişkin açıklık getirilmemiş ve bu belirsizlik Komisyon kararlarına yansımıştır. Özellikle ana teşebbüslere rekabet yasağı getirilmesinin ve devralmalarda alıcıya ilgili fikri mülkiyet haklarının devredilmesinin veya bunların kullanımına ilişkin lisans verilmesinin tartışılmasında, bu ayırım açıkça ortaya konulmamıştır.

Bu noktada, asli unsur-yan sınırlama ayırımını açıklayacak köşeli bir tanıma gerek vardır. Ancak olay bazında içi içe geçmiş ve karmaşık durumların varlığı böyle bir tanımın yapılmasını güçleştirmektedir. Yine de şu ayırma gitmek mümkündür: Asli unsurlar yoğunlaşmalar için her zaman ve her koşulda gerekli, kurucu düzenlemelerken, yan sınırlamalar işlem özelinde gerekli kısıtlamalardır. Örneğin kontrolün el değiştirmesi devralmanın hukuki tanımını oluşturan olmazsa olmaz koşulluyken, rekabet yasağı bazı devralmaların etki doğurabilmesi için gereklidir. Bunun yanında, bu tanımın sonucu olarak ikinci bir ayırım yapılabilecektir. Şöyle ki, yan sınırlamalar gerekli olandan daha kısıtlayıcı olamayacağından kapsam ve süresi yönüyle sınırlıyken, asli unsurlar kalıcıdır. Söz gelimi, satıcıya malvarlığı devredildiğinde, kurucu unsur olan malvarlığı transferinin süresi tartışılmayacak; ortak girişimin ana teşebbüslerden birinin dağıtım açısından faydalanabilecek olması ise, başlangıç süresiyle sınırlı tutulacaktır.

Duyuru'ya göre; işlemin aşamalı olarak gerçekleştirildiği durumlarda, kontrolün yapısal değişikliğe uğramasından önceki döneme yönelik düzenlemeler, yan sınırlama sayılmamaktadır. Kontrol yapısal değişikliğe uğramadıkça yoğunlaşma gerçekleşmeyeceğinden, bu aşamada yoğunlaşmaların yan sınırlamalarından da söz etmek mümkün değildir. Konu genişletilerek işlem öncesine yönelik sınırlamaların ne şekilde değerlendirildiğine bakıldığında, tutarlı bir yol izlendiğini söylemek güçtür.

30.04.1992 tarihli "**Solvey-Laporte/Interox**"²⁹ ve 28.09.1998 tarihli "**American Home Products/Monsanto**"³⁰ Kararlarında; işlemin tamamlanmasından öncesine yönelik sınırlamaların tali sayılması yönündeki talepler,

²⁹ OJ C 165,1992

³⁰ OJ C 109/4,1999

bunların kontrolün niteliksel değişikliğe uğramasından öncesini ilgilendirmesi nedeniyle ve Duyuru'ya atıfta bulunularak reddedilmiştir.

Diğer taraftan “**Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company**”, 29.08.1994 tarihli “**GE/CIGI**”³¹, 07.11.1994 tarihli “**UAP/Provincial**”³², 02.12.1995 tarihli “**Thomson CSF/Deutsche Aerospace**”³³, 02.10.1997 tarihli “**Dupont/ICI**”³⁴ ve 16.02.1998 tarihli “**BAT/Zürich**”³⁵ Kararlarında, işleme konu işletmelerin kapanışa kadar normal faaliyetlerinin dışına çıkmaması ve işlemin zararına eylemlerden kaçınması tali kısıtlama kabul edilmiştir. 05.12.1997 tarihli “**Ameritech/Tele Danmark**” Kararı'nda ise, kapanışın 01.05.1998 tarihinden önce gerçekleştirilememesi halinde alıcının devralacağı işletmeyle rekabet etmekten kaçınacak olması, düzenlemenin yokluğunda tarafların anlaşma yapamayacak oluşu nedeniyle ve tarafların mevcut durumda aynı coğrafi pazarlarda yer almadığına işaret edilerek yan sınırlama sayılmıştır.³⁶

Duyuru'da bu başlık altında son olarak, kısıtlamaların yan sınırlama sayılabilmesi için, yoğunlaşmayla aynı anda ve ekonomik çerçevede kararlaştırılmasının yeterli olmadığı bunların işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan bağının var olması koşulunun arandığı belirtilmiştir.

1.3.3. Gerekli ve Orantılı Olma

Kısıtlamaların, yan sınırlama sayılmasının diğer bir koşulu işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli olmasıdır. Duyuru'ya göre sınırlamaların gerekli olması, bunların yokluğunda işlemin yürütülememesini veya daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve uzun sürede ya da epeyce az başarı olasılığıyla gerçekleştirilebilmesini ifade etmektedir. Holley (1990, 437) bu ifadeyi tersten okuyarak işlemin kabul edilebilir maliyetlerle veya daha hızlı bir şekilde yahut daha yüksek başarı olasılığıyla yaşama geçirilebilmesi hususunu vurgulamıştır. Celli ve Grenfell (1997, 126)'in işaret ettiği gibi Duyuru'da; orantılılık ilkesinin gözetilerek yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil, aynı zamanda konusunun ve coğrafi uygulama alanının işlemin yürütülebilmesi için gerekli olacak kadarla sınırlı tutulup tutulmadığının değerlendirilmede dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Alternatifler bulunduğu, taraflar en az sınırlayıcı düzenlemeyi tercih etmek zorundadır.

Uygulama Komisyon'la tarafların görüşerek gerekli olandan daha sınırlayıcı olan düzenlemelerin yeterli ölçülere çekilmesiyle menfi tespit

³¹ OJ C 271,1994

³² OJ C 322/5,1995

³³ OJ C 65/4,1995

³⁴ OJ C 4/4,1998

³⁵ OJ C 92/17,1998

³⁶ OJ C 25/18,1998

verilmesi yönünde olabilmektedir (Bellamy ve Child 1993, 347). Ancak Komisyon özellikle son yıllarda, söz konusu değişikliğin yapılıp yapılmamasını pazarlık konusu yapmamakta ve kısıtlamaları belirli ölçülere kadar yan sınırlama sayacağına nihai kararında yer vermektedir. Böylece, sınırlamaların makul bulunmayan kısmı, izin kararı çerçevesinde açıklanamayacak ve ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın hukuka aykırı sayılacaktır. Makul olanın çok üstünde sınırlayıcı kısıtlamaların kural kapsamında ele alınması talebi reddedilirken, daha az sınırlayıcı alternatifler üzerinde durulmamaktadır.

19.12.1991 tarihli “**Courtaulds/SNIA**” Kararı’nda, ana teşebbüs Courthauld’un ortak girişime girdi sağlamasını düzenleyen münhasır anlaşma 5 yılı aşmayan bir süreyle sınırlandırılarak “tali” bulunmuştur.³⁷ 21.01.1992 tarihli “**Inchape/IEP**” Kararı’nda³⁸, alıcının sır niteliğindeki ticari bilgisinin satıcı tarafından süresiz olarak kullanılmaması ve açıklanamaması düzenlemesi 3 yıllı; 24.10.1994 tarihli “**General Re/Kölnische Rück**” Kararı’nda³⁹ ise, en az 12 yıl olacak şekilde getirilen rekabet etmeme koşulu 5 yıllı sınırlandırılmıştır.

23.05.1995 tarihli “**Saudi Aramco/MOH**” Kararı’nda, ortak girişimin 20-30 yıllık bir dönemde toplam hampetrol alımının % 60-90’ına denk gelen miktarda ham petrolü ana teşebbüs Saudi Aramco’dan satın alması, hem süre hem de kapsam yönüyle gerekli olandan fazla kısıtlayıcı görülerek yan sınırlama sayılmamıştır.⁴⁰ 19.03.1997 tarihli “**Recticel/Greiner**” Kararı’nda, ana teşebbüslerden Recticel’in verdiği lisans ile üretilen Bultex PU köpüğünün münhasıran Recticel’in yatak üreticilerine satılmasına ilişkin anlaşma hükmü, münhasırlık getirmesi yönüyle ortak girişimin kurulması için gerekli olanı aştığı tespitine dayanılarak yan kısıtlama kabul edilmemiştir.⁴¹ 25.03.1997 tarihli “**Birmingham International Airport**” Kararı’nda, ana teşebbüslerden birinin ortak girişimin faaliyet alanındaki işlerle iştiğal etmesinin yasaklandığı bölgenin ortak girişimin faaliyet alanından daha geniş olduğu belirlenerek düzenleme yan sınırlama sayılmamıştır.⁴²

1.3.4. Diğer Koşullar

Komisyon Duyurusu’nda açıkça yer almamakla birlikte, uygulamadan doğan ve düzenlemelerin yan sınırlama kuralı karşısında tartışılıp tartışılmayacağını belirleyen koşullar vardır. Bazı kararlarda, bu koşulların

³⁷ OJ C 333,1991

³⁸ OJ C 21,1992

³⁹ OJ C 312/5,1994

⁴⁰ OJ C 158/4,1995

⁴¹ OJ C 205/4,1997

⁴² OJ C 137/3,1997

yukarıda sayılan niteliksel unsurların önüne geçtiği bilinmektedir. Anılan koşullardan ilki, yan sınırlama kabul edilmesi beklenen düzenlemelere bildirimde yer verilmesidir. Ayrıca, kısıtlamaların neden işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğunun (bunların yokluğunda önemli zorluklarla yürütülebileceğinin) açıklanması gerekmektedir. Komisyon genellikle, bildirilmeyen veya yeterince açıklanmayan kısıtlamaları değerlendirmeye almamaktadır. Özetle, kısıtlamaların yan sınırlama niteliğinde olduğunun ispat yükü bildirimde bulunanlara aittir.

“**Dupont/ICI**” ve “**BASF/Shell II**” Kararları bu koşulu açıklamaktadır. “**Dupont/ICI**” Kararı’nda; alıcının belirli bir hammaddeyi 2-7 yıl ve devraldığı işletmelerin ihtiyacının % 50’sini aşacak şekilde satıcıdan alacak olması, taraflarca konuya ilişkin objektif açıklama yapılmadığından yan sınırlama sayılmamıştır. “**BASF/Shell II**” Kararı’na konu işlem çerçevesinde getirilen rekabet etmeme koşulları, sürenin taraflarca yeterince açıklanmaması nedeniyle tali bulunmamıştır.

Diğer taraftan, yan sınırlama sayılması talep edilen düzenlemelerin niteliğinin ve kapsamının belirli olması gerekmektedir. Nitekim Komisyon, süre ve bölgesi yönüyle belirsiz düzenlemeleri tali kısıtlama kabul etmezken, konuyu tartışmaya bile gerek duymamaktadır. Buradaki temel endişe, süresi ve kapsamı belirsiz düzenlemelerin amacı aşan ve sınırsız uygulamalara yol açabilecek oluşundan kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, usulü ilgilendirdiği düşünülebilecek bu husus aynı zamanda orantılılık ilkesi açısından da önemlidir.

“**Akzo Nobel/Monsanto**” Kararı’nda; AR-GE ile ilgili hizmetlerin ortak girişime sunulmasını düzenleyen anlaşmalara benzer anlaşmaların zaman zaman yapılabileceğine ilişkin hükmün, süresinin belirsizliğine bağlı olarak başlangıç döneminden sonra rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabileceği nedeniyle, Karar kapsamı dışında kalacağı sonucuna ulaşılmıştır. Birmingham Havaalanı’nın bir ortak girişim tarafından devralınmasını konu alan “**Birmingham International Airport**” Kararı’nda; ana teşebbüslerden birine getirilen rekabet yasağının coğrafi sınırının kesin olarak tanımlanmamış ve değişikliklere açık oluşunu göz önüne alan Komisyon, bu düzenlemeyi yan sınırlama saymamıştır. Yukarıdaki iki Karardan farklı olarak, 15.07.1992 tarihli “**GECC/Avis Lease**” Kararı’nda; satıcının alıcıya belirli hizmetleri sunmasına ve bu ilişkiyi düzenleyen anlaşmanın yenilenebilmesine ilişkin düzenlemeler, süresi yönüyle belirsiz bulunmuş ve 5 yılı geçmeyen bir süreyle sınırlandırılarak işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur.⁴³

Kesinleşmemiş ve son hali verilmemiş kısıtlamalar ile bağlayıcı ve düzenleyici olmaktan uzak hükümler de Duyuru kapsamında

⁴³ OJ C 201,1992

incelenmemektedir. 20.01.1998 tarihli “**Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi**” Kararı’nda; satıcı ile ortak girişim arasında görüşülmekte olan ve belirli bölgelerde münhasır dağıtıcılığa ilişkin düzenlemeler, sonuçlandırılmamış olduğundan yan sınırlama sayılmamıştır.⁴⁴ 11.06.1998 tarihli “**UPM-Kymmene/April**” Kararı’nda; ortak girişimlerden birinin (FPC) ana teşebbüslerle yapacağı tedarik anlaşmaları, nihai hali verilmemiş olduğundan yan sınırlama sayılmamıştır.⁴⁵ 22.06.1998 tarihli “**ENEL/FT/DT**” Kararı’nda ise; ana teşebbüslerden ENEL’in telekomünikasyon hizmeti ihtiyacının ortak girişim tarafından sağlanmasına ilişkin niyetin Hissedarlık Anlaşması’nda ifade edilmesi, konuya ilişkin taslak bir anlaşmanın bile hazırlanmamış olmasına dikkat çekilerek karar kapsamı dışında bırakılmıştır.⁴⁶

⁴⁴ OJ C 39/19,1998

⁴⁵ OJ C 219/9,1998

⁴⁶ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&num doc=31998J0002

BÖLÜM 2

YAN SINIRLAMALARIN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ

Duyuru'nun üç, dört ve beşinci bölümlerinde; devralma, ortak devralma ve yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin kurulmasında yan sınırlamalar açıklanmıştır. Bu bölümlerde özellikle rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ve tedarik hükümlerinin üzerinde durulmuş, ayrıca ortak devralmalarda tali kısıtlamalara yer verilmiştir.

2.1. DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

2.1.1. Rekabet Yasağı

Komisyon Duyurusu'nda; devralmalarda satıcıya rekabet yasağı getirilmesindeki amacın, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tüm değeriyle alıcıya geçmesi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, rekabet yasağı yalnızca işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili değil, aynı zamanda işlemin gerçekleştirilmesi için gereklidir. Çünkü işleme konu malvarlığının tüm değeriyle devralınması için, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabileceği ve devraldığı know-how'dan tam anlamıyla yararlanabileceği ölçüde ve sürede satıcının rekabetçi davranışlarından korunması ihtiyacı vardır. Bununla ilgili olarak Desai (1991, 178), rekabet yasağının yokluğunda satıcı eski müşterilerini çekebileceğinden alıcının devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranabileceğinin, bu itibarla rekabet yasağının satışın istenen sonucu doğurması noktasında genelde olumlu etkiye sahip olduğunun altını çizmiştir. Komisyon'un “**Reuter/BASF**” Kararı ve ATAD'ın yan sınırlama doktrininin geniş uygulama alanının sınırlarını belirlediği “**Remia BV v. Komisyon**” Kararı bu tespiti açıkça desteklemektedir.

Alıcıya tanınan bu koruma genellikle, makina-teçhizat ve bina gibi maddi varlıkların devriyle sınırlı olmayan, sınai-ticari mülkiyet haklarının devredildiği veya kullanımına yönelik lisans verildiği işlemlerde gerekli

görülmektedir. Söz gelimi, müşteri bağımlılığından söz edilemeyecek bir alanda yapılan devir sonrasında alıcının korunması gereksizdir, çünkü işlem öncesinde kalıcı bir müşteri tabanı bulunmayan satıcının bu pazara dönerek eski müşterilerini çekmesi söz konusu değildir. Bunun yanında teknik know-how'ın da el değiştirmedeği işlemlerde, devredilen işletmeye ilişkin bilgiye vakıf olmaktan kaynaklanabilecek bir avantajdan söz edilemeyeceğinden rekabet yasağı anlamını iyice yitirecektir.

Duyuru'da maddi olmayan varlık devrinin bu şekilde vurgulanması bir açıdan daha isabetli olmuştur. Örneğin, bazı işlemlerde müşteri listelerinin ve dosyalarının alıcıya bırakılmasıyla müşteri portföyünün transferi gerçekleşirken, maddi varlıklar el değiştirmeyebilecektir. Önemli düzeyde know-how ve maddi varlık alımını gerektirmeyen ancak marka devrini içeren devralmalar da söz konusu olabilecektir (Holley 1990, 441).

Rekabet yasağı, süre ve kapsam yönüyle gerekli olandan daha kısıtlayıcı olmamalıdır. Yalnızca ticari itibar transferinin söz konusu olduğu işlemlerde 2 yıllık, bunun yanı sıra know-how'ın da devrinin öngörüldüğü işlemlerde 5 yıllık rekabet yasağı uygun bulunmaktadır. Belirtilen zaman sınırlamaları değişmez olmayıp daha uzun süreli düzenlemelerin yapılmasını önlemektedir. 2 yıldan uzun süre etkili müşteri bağımlılığının söz konusu olduğunun veya ilgili ürünün ekonomik ömür döngüsünün⁴⁷ 5 yıldan uzun süreli olduğunun taraflarca açıklanması halinde, 2 ya da 5 yılı aşan rekabet yasakları makul bulunabilecektir. Bu noktada, Holley müşteri bağımlılığıyla ilgili farklı bir hususa dikkat çekmiştir:

Pazarlama birimi elemanlarının transfer edilmediği devralmalarda, müşteri satıcının rekabetçi davranışlarından normalde olandan daha uzun süre etkilenebilecektir. Bu durum özellikle, satış personelinin üzerinde büyük etkisi olduğu endüstriyel alıcıların söz konusu olduğu teknik ve karmaşık ürünlerde ön plana çıkacaktır (1990, 442).

Uygulamada bu sürelerle uyumla ilgili basit bir yaklaşım sergilenmektedir. Komisyon, daha az kısıtlayıcı alternatiflerin var olup olmadığını sorgulamaksızın uzun süreli rekabet yasağı düzenlemelerini 2 veya 5 yıllla sınırlandırmakta ve kısa süreli düzenlemeleri aynen onaylamaktadır. **“General Re/Kölnische Rück”** Kararı'nda 12 yıllık rekabet yasağı 5 yıllla sınırlandırılırken; **“UAP/Provincial”** Kararı'nda 5 yıllık, 24.10.1997 tarihli **“Alcoa/Inespal”** Kararı'nda⁴⁸ ise 3 yıllık rekabet etmeme koşulları, süreler orantılılık ilkesi çerçevesinde tartışılmaksızın aynen yan sınırlama sayılmıştır.

Imation bünyesindeki tıbbi görüntüleme faaliyetlerinin Kodak tarafından devralınmasını konu alan **“Kodak/Imation”** Kararı'nda, satıcıya getirilen

⁴⁷ *economic life cycle*

⁴⁸ OJ C 29/7,1998

7 yıllık rekabet yasağı değerlendirilirken farklı bir yol izlenmiştir. İşlemin ticari itibarla birlikte teknik know-how devrini içerdiğini dikkate alan Komisyon, ürünün ekonomik ömür döngüsü ve ilgili know-how itibarıyla özel korunma gerektiren kuru dijital teknoloji alanına yönelik 5 yıllık, diğer faaliyetlerde ise 3 yıllık rekabet yasağını makul bulmuştur. Böylece, faaliyetlerin bir kısmının devrinde daha az kısıtlayıcı bir alternatif yeterli bulunmuştur.

Diğer yandan, “**General Re/Kölnische Rück**” ve 17.12.1992 tarihli “**BTR/Pirelli**”⁴⁹ Kararlarında 5 yıl, “**Alcoa/Inespal**” ve 11.12.1997 tarihli “**LGV/BTR**”⁵⁰ Kararlarında ise 3 yıl süreli rekabet etmeme koşulu makul bulunurken, işlemlerin ticari itibarın yanı sıra know-how’ın da transferini içermesinin dikkate alındığı ifade edilmiştir. “**General Re/Kölnische Rück**” Kararı’nda satıcıya getirilen 12 yıllık rekabet yasağının süresi 5 yıla indirilirken, sigortacılık faaliyetlerinin sürdürülmesinin temel unsuru olan aktüerlik süreçlerini içeren teknik know-how ile sigorta şirketinin tanınmışlığı ve müşteri bağımlılığını içeren ticari itibardan oluşan malvarlığının tam değeriyle transfer edilebilmesi için rekabet etmeme koşulu gerekli bulunmuştur.

27.08.1998 tarihli “**Havas/Bertelsmann/Doyma**” Kararı, işlem sonucunda bir ortak girişim oluşturulacak olmasına karşın ilgili işletmenin eski sahibine getirilen rekabet yasağının devralmalarda satıcıya yüklenen rekabet etmeme koşulu niteliğinde olması nedeniyle bu başlık altında incelenmiş olup yasak süresinin değerlendirilişi yönüyle önemlidir.⁵¹ Doyma’nın, Bertelsmann AG ile Havas S.A. tarafından birlikte devralınarak ortak girişime dönüştürülmesini konu alan Karar’da; satıcının 3 yıl boyunca, ortak girişimle rekabet etmemesine, ortak girişimin çalışanlarını istihdam etmemesine ve müşterilerini çekmemesine, bunları başka yollarla ortak girişimden uzaklaştırmaya çalışmamasına⁵² ilişkin düzenlemeler,

- tıp yayınlarının önemli bir kısmının ücretsiz olarak dağıtılması nedeniyle müşteri tabanının bir yayından diğerine kolaylıkla kayabileceği olması, dolayısıyla müşteri bağımlılığından söz edilememesi ve
- faal olan Doyma’nın gerekli haklara halihazırda sahip olmasına bağlı olarak know-how devrinin gerekli gözükmemesi,

dikkate alınarak 2 yıla sınırlandırılıp yan kısıtlama sayılmıştır.

Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır. Devralanın satıcının işlem

⁴⁹ OJ C 265,1992

⁵⁰ OJ C 125/7,1998

⁵¹ OJ C 139/4,1999

⁵² Bu tür kısıtlamaların rekabet yasağı başlığı altında incelenmesinin neden gerekli olduğu aşağıda açıklanacaktır.

öncesinde faaliyet göstermediği coğrafi alanlarda korunmasına gerek yoktur. Nitekim, 04.02.1993 tarihli “**Tesco/Catteau**” Kararı’nda, satıcıya getirilen ve devralınan faaliyetlerin bölgesinden daha geniş bir alanda geçerli olacak şekilde getirilen rekabet yasağı sınırlandırılmıştır.⁵³ Şöyle ki, Kuzeydoğu Fransa’da ve Belçika’nın bir kısmında etkinlik gösteren Catteau’nun Tesco Plc (İngiltere) tarafından devralınmasında, Catteau’nun faaliyet bölgesi dikkate alınarak rekabet yasağının coğrafi sınırı Fransa ve Belçika’nın belirli bölgeleri olarak belirlenmiştir.

Yine bu doğrultuda, rekabet yasağının kapsamı devralınacak faaliyetlerle sınırlı olmalıdır. Kısmi devirlerde, satıcıda kalan (devre konu olmayan) ürün veya hizmetlerde alıcının korunması gerekli değildir. Satıcı ve bunun bağlı işletmeleri ile temsilcileri dışındakileri bağlayan sınırlamalar kabul edilmemektedir. Kaldı ki, üçüncü kişilere kısıtlama getiren düzenlemelerin yan sınırlama sayılmayacağı genel ilkeler arasında yer bulmuştur.

Duyuru’da, satıcının korunmasına yönelik düzenlemelerin kural olarak yan sınırlama sayılmayıp 81 ve 82’nci maddeler karşısında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Desai (1991, 181), rekabet yasağının çoğunlukla alıcının korunmasına yönelik olmasından hareketle, satıcının avantajına olan düzenlemeleri “*ters rekabet yasağı*” olarak adlandırmış ve bu tür kısıtlamaların makul sayılmasının küçük bir olasılıkla, satıcının devretmediği faaliyetler ile devredilen faaliyetlerin yakından ilgili olması halinde söz konusu olabileceğini ortaya atmıştır.

27.07.1992 tarihli “**Quantel International-Continuum/Quantel SA**” Kararı, satıcının korunmasına (ters rekabet yasağı) Komisyon’un soğuk yaklaşımını yansıtmaktadır.⁵⁴ Karar’a konu işlemi gerçekleştiren Quantel, Avrupa ve Amerika’da benzer ürünler üreten Quantel EC ve Quantel USA bağlı işletmeleriyle faaliyet göstermektedir. Quantel Amerika’daki bağlı işletmesini satmış ve işlem çerçevesinde alıcıyla teknolojik bilgi alışverişinde bulunmuştur. Bilgi alışverişinin gerçekleştirildiği ürünlerde, Quantel USA’nın Avrupa’ya girmesini önleyen rekabet yasağı getirilmiştir. Quantel USA’in rekabet yasağına karşı çıkmasıyla konu Komisyon’a intikal etmiştir. Yapılan değerlendirmede, “**Nutricia**” Kararı’nda ifade edildiği üzere rekabet yasağının satıcının alıcıdan korunmasına yönelik olduğunda rekabeti kısıtlayıcı kabul edileceği belirtilmiş ve Quantel USA’in Avrupa pazarına girişinin önlenmesinin 81’inci madde kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır. “**Alcoa/Inespal**” Kararı’nda ise, alıcının satıcı grubuna dahil iki işletmeyle İspanya’da rekabet etmekten kaçınması tali bulunmamıştır.

⁵³ OJ C 45,1993

⁵⁴ OJ C 235/9,1992

Rekabet etmeme koşulu birçok şekilde düzenlenmektedir. Satıcının alıcıyla belirli bir süre ve bölgede rekabet etmekten kaçınması, bu düzenlemenin en sık karşılaşılan örneğidir. Bu örnekte, satıcının doğrudan ilgili pazara girerek rakip faaliyetlerde bulunması ve/veya rakip işletmelere devir yoluyla katılması yasaklanmaktadır. Bununla ilgili birçok karar söz konusudur. “**GECC/Avis Lease**”, 06.06.1991 tarihli “**VIAG/Continental CAN**”⁵⁵, 02.09.1991 tarihli “**Digital/Philips**”⁵⁶ ve 05.08.1992 tarihli “**Pepsi Co/General Mills**”⁵⁷ Kararlarında satıcıya getirilen bu şekildeki rekabet yasağı kabul edilmiştir. 22.02.1991 tarihli “**Digital/Kienzle**”⁵⁸ ve 17.07.1991 tarihli “**ICL/Nokia Data**”⁵⁹ Kararlarında makul bulunan rekabet yasağı düzenlemeleri ise, satıcının devredilen işletmede hissedar kalmasına bağlı olarak daha esnek rekabet etmeme koşullarının onaylanması noktasında farklılık göstermektedir.

“**Digital/Kienzle**” Kararı’nda değerlendirilen, satıcı tarafın yazıcı üretimi dışında bilgisayar sanayinden çekilmesinin öngörüldüğü anlaşmaya göre, satıcı hissedar kaldığı sürece ve hisselerini sattıktan sonraki belirli bir dönemde işleme konu Digital Kienzle ile rekabet etmeyecektir. Komisyon, satıcı üzerinde belirli bir süre bağlayıcı olan ve satıcının bu sürenin sonunda pazara yeniden girişini önlemeyen düzenlemeyi yan sınırlama kabul etmiştir.

“**ICL/Nokia Data**” Kararı’nda, ICL teşebbüsünün, satıcıya nakit para ve kendi yönetiminde bir temsilci bulundurma hakkını verecek şekilde tercihli hissesi karşılığında Nokia Data’yı devralması tartışılmıştır. İşlemi düzenleyen anlaşmaya göre, satıcı işlemin kapanışından sonraki 3 yıl içinde veya ICL yönetiminde temsilcisi bulunduğu sürece Nokia Data ile rekabet etmeyecektir. Satıcı üzerindeki bağlayıcı etkisi süreyle sınırlı olan ve ICL yönetimindeki temsilcinin geri çekilmesiyle sonlanabilecek rekabet yasağının pazara yeniden girişi önlemediği belirlenen Karar’da, bu düzenleme tali bulunmuştur. Burada, beş yıldan daha fazla etkili kalabilecek düzenlemenin olası süresine değil, satıcı açısından ne ölçüde kısılayıcı olduğuna bakılmıştır.

Komisyon, satıcının devredilen işletmeye rakip bir işletmenin hissesini yatırım amaçlı –*işletmenin kontrolü üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etkisi olmayacak şekilde*- almasının yasaklanmasını yan sınırlama saymamaktadır. Öte yandan, Cook ve Kerse (2000, 190)’ün de değindiği gibi, satıcının belirli hissedarlarına rekabet yasağı getirilebilmektedir. Örneğin, “**GE/CIGI**” Kararı’nda, satıcının hissedarlarından geçmişte yönetimde yer almış olanlara yönelik kısıtlamalar yan sınırlama sayılmıştır.

⁵⁵ OJ C 156,1991

⁵⁶ OJ C 235,1991

⁵⁷ OJ C 228,1992

⁵⁸ OJ C 56,1991

⁵⁹ OJ C 236,1991

“**Tesco/Catteau**” Kararı, hem yatırım amaçlı hisse alımının yasaklanamayacağı hem de belirli hissedarlara yönelik rekabet etmeme koşulu getirilebileceği ile ilgilidir. Karar, market zincirine sahip ve aile şirketi kimliğindeki Catteau’nun Tesco Plc tarafından devralınmasını konu almıştır. İşlem dahilinde yapılan rekabet etmeme anlaşmalarında, satıcı Catteau Ailesi bireylerinin ayrı ayrı veya birlikte gıda ağırlıklı perakende ticaret alanında rakip bir işletmenin sermayesine %10’dan fazla katılamayacağı, ayrıca Aile bireylerinden dördünün rakip işletmelerin yönetiminde yer alamayacağı hükme bağlanmıştır. 3 yıla sınırlandırılan rekabet yasağının tali bulunduğu Karar’da; yan sınırlamaların rakip işletmelerin doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilmesi sonucunu doğurmayacak şekilde yapılan hisse alımını önleyemeyeceği tespitiyle, bu tür alımlar rekabet yasağı kapsamı dışına çıkarılmıştır.

14.02.1997 tarihli “**KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler**” Kararı’nda; satıcının (Bunzl) iki yılı aşmayan bir süre İtalya, Almanya ve Slovenya’da grafik kağıdı üretimi ve dağıtım alanına faaliyet göstermeyecek olması,⁶⁰ satıcının devredilen işletmelerin rakiplerinin yönetiminde etkili olması sonucunu doğurmayacak şekilde yapacağı hisse alımlarına sınırlama getirilmemesi koşuluyla yan sınırlama sayılmıştır.⁶¹ “**Kingfisher/Grosslabor**” Kararı’nda, işlemi düzenleyen anlaşmalardaki rekabet yasağı hükümlerinde rakip teşebbüs hisselerinin ancak belirli bir orana kadar alınabileceğinin öngörülmesiyle ilgili aynı değerlendirme yapılmıştır.

Satıcının devredilen işletmenin çalışanlarını istihdam etmemesi,⁶² mevcut veya eski müşterilerini çekmemesi, sır niteliğindeki ticari bilgisini gizli tutması ve belirli ticaret isimlerini kullanmaması da bu kapsamda incelenmelidir. Bu kısıtlamalar, yukarıda belirtilen “doğrudan veya dolaylı olarak rekabetten kaçınma” örneğinde olduğu gibi, satıcının belirli bir süre devredilen işletmenin pazarında etkinlik göstermemesine yöneliktir.

Sözü edilen düzenlemelerin tartışıldığı çok sayıda karar bulunmaktadır. Kararların çoğuna konu olan devralma işlemlerinde, rekabet yasağı başlığı altında incelenebilecek düzenleme türlerinin birden fazlasına bir arada yer verildiği görülmektedir. “**Inchape/IEP**” Kararı’nda, satıcının devrettiği ticaret ve işletme adlarını kullanmamasına, eski çalışanlarını 3 yıl boyunca istihdam etmemesine ilişkin kısıtlamalar; “**BTR/Pirelli**” Kararı’nda ise, gizli bilginin kullanılmaması ve açıklanmaması üzerinde tarafların anlaştığı yükümlülükler tali bulunmuştur. 04.02.1993 tarihli “**Volkswagen AG/A.A.G. Ltd**” Kararı’nda; satıcıya getirilen,

⁶⁰ Ancak satıcı şirketin genel toplantılarını katılma hakkını elde etmeyecek şekilde, rakip işletme hisselerinin %10’una kadar hisse satın alabilecektir.

⁶¹ OJ C 110/9,1997

⁶² Bu düzenleme en çok, eski çalışanların istihdam edilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

- 1 yıl, devredilen işletmenin (VAG) satış elemanlarının ve belirli personelin istihdam edilmemesi,
 - VAG hakkındaki gizli bilginin VAG'la rekabet edilmesi için kullanılmasının ya da rakip işletmelere açıklanmasının yasaklanması,
- yan sınırlama sayılmıştır.⁶³

“GE/CIGI” Kararı'na konu işlemi düzenleyen anlaşmaya göre; devredilen işletme olan CIGI'nın hissedarlarından geçmişte yönetimde yer almış olanların işlem sonrasında,

- CIGI ve bağlı işletmelerinin belirli personelini istihdam etmeyecek ve müşterilerini çekmeyecek,
- CIGI hakkındaki gizli bilgiye ilişkin sınırlamaları kabul edecek,

olması tali bulunmuştur. **“UAP/Provincial”** Kararı'nda; satıcının (Provincial Grubu),

- devredilen işletmeyle ilgili gizli bilgiyi “bilgi gizli kaldığı sürece” kullanmamayı ve açıklamamayı,
- devredilen işletmenin belirli isim, logo, çizim, marka ve ticaret yöntemlerini kullanmamayı,
- 2 yıl eski çalışanlarını istihdam etmemeyi ve eski müşterileri çekmemeyi,

Kabul etmesi tali kısıtlama sayılmıştır.

“Dalgetry Plc/The Quaker Oats Company” Kararı'nda;

- devredilen işletmenin çalışanlarıyla ilgili gerekli bilgi alışverişinin mümkün kılınması ve bu bilginin gizli tutulması,
- devredilen işletmeye ait isim ve markaların satıcı tarafından Topluluk sınırları dahilinde kullanılmaması,
- 2 yılı geçmemek üzere, devredilen işletmenin çalışanlarının satıcı tarafından istihdam edilmemesi ve müşterilerinin çekilmemesi,

koşulları işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmiştir.

“KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler” ve 22.12.1997 tarihli **“Chrysler/Distributors”**⁶⁴ Kararlarında 2 yıl, 16.02.1998 tarihli **“GRE/PPP”** Kararı'nda⁶⁵ 3 yıl, 04.03.1998 tarihli **“Bayerische Vereinsbank/FGH Bank”** Kararı'nda⁶⁶ ise belirli bir süre⁶⁷ boyunca satıcının devredilen işletmelerin müşterilerini

⁶³ OJ C 38,1993

⁶⁴ OJ C 79/3,1998

⁶⁵ OJ C 168/12,1998

⁶⁶ OJ C 116/3,1998

⁶⁷ Karar'da bu süre belirtilmemiştir.

çekmesinin ve çalışanlarını istihdam etmesinin yasaklanması yan sınırlama sayılmıştır.

14.10.1994 tarihli “**Matra Marconi Space/Satcomms**” Kararı’nda, yalnızca satıcının devredilen faaliyetlerle ilgili gizli bilgiyi kullanmayacak ve açıklamayacak olması değil, aynı zamanda alıcının devraldığı faaliyetler dışında satıcının uydu ve iletişim bölümünün üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerle ilgili öğrendiği bilgiyi gizli tutması da işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli görülmüştür.⁶⁸ Dolayısıyla istisnai durumlarda, satıcının korunmasına yönelik “bilginin gizli tutulması” koşununun makul bulunduğu anlaşılmaktadır.

Birçok devralma işleminde, rekabet yasağı başlığı altında incelenebilecek örneklerin tamamlayıcı nitelikte ve etkileri itibarıyla denk olduğu görülmektedir. Nitekim Komisyon kararlarında da bu tespit paylaşılmış ve bu tür kısıtlamalar benzer şekillerde değerlendirilmiş, hatta gerekli olandan daha kısıtlayıcı olanlar aynı sürelerle sınırlandırılmıştır.

“**Kingfisher/Grosslabor**” Kararı’nda; satıcıya getirilen eski çalışanlarını istihdam etmeme ve gizli bilgiyi açıklamama koşullarının rekabet yasağı ile benzer amaçlı oluşundan hareketle, bu kısıtlamalar rekabet yasağı için makul görülen sürelerle yan sınırlama sayılmıştır. “**Inchape/IEP**” Kararı’nda ise; devredilen işletmeye bağlı bir işletmenin sır niteliğindeki ticari bilgisinin satıcı tarafından süresiz kullanılmaması ve açıklanamaması düzenlemesi, satıcının pazara yeniden girmesini önleyebileceğinden ve taraflarca gerekçelendirilmediğinden,⁶⁹ rekabet yasağına denk olacak şekilde 3 yıla sınırlandırılmıştır.

29.04.1998 tarihli “**ICI/Williams**” Kararı’nda; satıcının, devredilen işletmenin müşterilerini çekememesi (3 yıl) ve çalışanlarını istihdam edememesi (2 yıl) işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur.⁷⁰ Karar’da ayrıca; sır niteliğindeki ticari bilginin satıcı tarafından, gizli kaldığı sürece devredilen faaliyetlerin zararına olacak şekilde kullanılmaması ve açıklanamaması, alıcının rekabet yasağı süresini (3 yıl) aşan bir dönemde korunmasına yol açacağından 3 yıla sınırlandırılmıştır.

Komisyon, malvarlığının önemli parçası niteliğindeki teknik know-how’ın alıcıya devrinde süresiz lisans anlaşmaları yapılmasını hakların transferinin alternatifini, yani işlemin merkezinde kabul ederek makul görünürken, diğer gizli bilgilere ilişkin süresiz sınırlama getirilmesine sıcak bakmamaktadır. Bu noktada altı çizilmesi gereken husus, süresiz sınırlamaların satıcının sonraki bir tarihte pazara yeniden girişini önleyebilecek olmasıdır. Sonuç olarak

⁶⁸ OJ C 307/3,1994

⁶⁹ Kısıtlama gerekçelendirilmemekle birlikte yan sınırlama sayıldığından Karar istisna oluşturmuştur.

⁷⁰ OJ C 218/5,1998

söylenbilir ki, gizli bilginin açıklanması ve kullanımıyla ilgili getirilecek süresiz bir sınırlamanın kabul görmesi bu durumun neden gerekli olduğunun açıklanmasına bağlıyken, Komisyon genellikle (rekabet yasağında olduğu gibi) 5 yıldan kısa süreli kısıtlamaları onaylama eğilimindedir.

Maguire (1998)'ın ifadesiyle, rekabet yasağı denklemi tarafların çıkarlarının dengelenmesi üzerine kuruludur. İşletmeyi tam değeriyle devralma yönündeki alıcı çıkarı, yeterli bir süre sonra pazara girebilmenin olanaklı kalması şeklindeki satıcı çıkarı ile dengelenmelidir. Çalışanların istihdamıyla ilgili getirilen rekabet yasağında ise farklı çıkarlar söz konusu olup işveren çalışanlarının rakip işletmelerde görev almamasını ve diğer işverenden edindiği ticari bilgiyi kullanmasını istemektedir.

2.1.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları⁷¹

Bir teşebbüsün veya birimin devralınması genellikle, transfer edilen sınai-ticari mülkiyet haklarından tam olarak faydalanılmasını gerektirmektedir. Ancak Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 377)'un da belirttiği gibi, satıcı, devrettiği faaliyetlerin dışındaki alanlarda kullanmak amacıyla bu tür haklara sahip kalmak isteyebilmektedir. Bu durumda, alıcıya hakların tam olarak kullanılmasına yönelik lisans verilmektedir.

Patentler, benzer haklar ve mevcut know-how'ların devri gibi, lisans anlaşmaları da işlemin tamamlanması için gerekli olabilmektedir. Bunlar, kullanım alanı açısından devredilen faaliyetlerle sınırlı tutulabilmektedir. Transfer edilmeyen haklar ve gelecekteki araştırmalar üzerindeki sınırlamalar "tali" kabul edilmemektedir. Normal koşullar altında, üretim yapılacak coğrafi alanın işlem öncesinde faaliyetlerin gerçekleştirildiği bölgeyle sınırlı tutulmasına gerek yoktur; çünkü bu durumda alıcının gelecekte ne şekilde hareket edeceğine müdahale edilerek belirli bölgelerde faaliyet göstermesi önlenmiş olacaktır. Bu yaklaşım, bölgesel koruma satıcıyı korumaya yönelik olacağından, devralmalarda satıcının korunmasının tali görülmemesiyle uyumludur. Ayrıca, üretime getirilecek bölgesel sınırlama pazar paylaşımını teşvik edebilecektir.

Komisyon Duyurusu'nda; patent veya benzer haklar süresince verilecek lisansların, ekonomik olarak hakların kısmi devrine denk olduğu ve bu nedenle lisansların zamanla sınırlı tutulmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, münhasır olanlar da dahil lisansların yan sınırlama olmanın ötesinde, yoğunlaşma doğurucu unsurlardan sayılabildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu şekilde münhasır lisansların süresine bakılmaksızın onaylanması açıklanabilecektir (Holley 1990, 446). Faull ve Nikpay (1999, 239) de aynı noktaya parmak basmış ve yoğunlaşmanın asli parçası olduğundan alıcıya lisans

⁷¹ Komisyon Duyurusu'nun III/B/2 bölümü haklara ve lisanslara yönelik sınırlamalar üzerinedir.

verilmesinin yan sınırlama kabul edilemeyeceğini, ancak ürün ve bölge bazında sınırlı tutulması pazar paylaşımı etkisi gösterebileceğinden açıklanmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Yukarıda çizilen çerçevenin dışında kalan lisans anlaşmaları, Tüzük kapsamı dışında olup 81'inci madde kapsamında değerlendirilebilecek ve eğer koşullar karşılanırsa bunlar için, 2349/84 sayılı patent lisansları hakkında ve 559/89 sayılı know-how lisansları hakkında blok muafiyeti Tüzüklerinden yararlanılabilecektir.⁷²

Patent ve know-how lisans anlaşmalarına yan sınırlama doktrininin uygulanmasının temel gerekçesi, transfer edilen malvarlığının değerinin korunmasıdır. Ancak lisans anlaşmalarında, ticari itibar ve know-how'ın el değiştirmesinden farklı olarak transfere konu değerler taraflar arasında paylaşılmaktadır (Dias 1995, 350). Diğer bir deyişle, sınai-ticari mülkiyet haklarının sahibi kalanlarla lisans anlaşması çerçevesinde bu haklardan yararlanacakların, hakların değerinin korunması noktasında ortak çıkarı vardır. Sözü edilen ortak çıkar, lisans alanın teknolojiyi yanlış bir şekilde kullanmasının kendisine, diğer lisans alanlara ve lisans verenin kazancı ile itibarına zarar getirebilmesi olasılığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, lisans anlaşmasında teknolojinin kötü ve yanlış kullanımına karşı lisans verene kontrol hakkı verilebilmektedir.

Ticari marka, işletme adı ve benzer haklarda da bu esaslar geçerlidir. Lisanslarda olduğu gibi, satıcının devretmediği faaliyetlerde kullanmak üzere bu hakların sahibi kalmak istediği ve alıcının devraldığı işletme veya birimin ürünlerinin pazarlanmasında bu haklara gereksinim duyduğu durumlarda, marka kullanımının yol açabileceği karışıklıktan kaçınmak için anlaşma yapılması gerekli olabilecektir.

İlgili Komisyon kararları incelendiğinde, alıcıya verilen lisansların yan sınırlama sayılıp sayılmaması konusunda çelişkili değerlendirmelerle karşılaşılmaktadır. Satıcının sahip kalmak istediği hakların kullanımına ilişkin alıcıya lisans vermesi, bazı kararlarda işlemin asli unsuru olarak görülerek tali bulunmazken, diğerlerinde işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmiştir.

07.10.1997 tarihli "**Hagemeyer/ABB Asea Skandia**" Kararı'nda; alıcının 5 yıl süresince satıcıya ait "Asea Skandia" ticari markasını münhasıran

⁷² 240/96 sayılı Teknoloji Transferi Blok Muafiyet Tüzüğü; 2131/95 sayılı Tüzük ile değiştirilen 2349/84 sayılı "Patent Lisans Anlaşmalarına Antlaşma'nın 85/3'üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Tüzük" ile 556/89 sayılı "Know-How Lisans Anlaşmalarına Antlaşma'nın 85/3'üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Tüzük"ün yerine geçmiştir. Dolayısıyla, Yan Sınırlamalar Üzerine Duyuru'da lisans anlaşmalarına ilişkin yürürlükten kaldırılan tüzüklere yapılan atıflar, yeni Tüzük'te yer bulmuştur.

kullanacak olması, bu düzenleme müşteri gözünde işletme kimliğinin sürmesi için gerekli olduğundan ve söz konusu marka işlem çerçevesinde transfer edilen ticari itibarın önemli bir bölümünü oluşturduğundan, yan sınırlama olarak değil işlemin asli unsuru olarak görülmüştür.⁷³ “**Dupont/ICI**” Kararı’nda da; satıcının alıcıya ilgili fikri mülkiyet haklarına ilişkin münhasır lisanslar vermesi, bu haklar transfer edilen faaliyetlerin parçası olarak görülerek yan kısıtlama olarak nitelendirilmemiştir.

Diğer taraftan, “**Kodak/Imation**” Kararı’nda satıcının ilgili fikri mülkiyet haklarını alıcıya devretmesi, “**BTR/Pirelli**” Kararı’nda hakların kullanımına ilişkin satıcının alıcıya lisans vermesi tali bulunmuştur. “**GECC/Avis Lease**” Kararı’nda da, alıcının “Avis” ticari markasının kullanımına ilişkin lisans alması, işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sayılmıştır.

“**GE/CIGI**” Kararı’nda, marka kullanımında çıkabilecek anlaşmazlıklara karşı alıcı ve satıcının birtakım düzenlemelere gitmesi incelenmiştir. Karar’a konu işlemi düzenleyen anlaşmaya göre, satıcı grup ile alıcının “CIGI” logolarının karşı tarafın bölgesinde kullanımına ilişkin anlaşacak olması yan sınırlama sayılmıştır. “**BTR/Pirelli**” Kararı’nda da, marka kullanımına yönelik hükümler tartışılmış ve belirli ticari markalar ile isimlere ilişkin yasak ve izinler üzerine tarafların uzlaşması tali bulunmuştur.

Duyuru’da yalnızca alıcıya lisans verilmesi tartışılmıştır. Ancak bazı durumlarda, alıcıya haklar transfer edildiğinde veya bunlara ilişkin münhasır lisans verildiğinde, devredilen faaliyetlerin dışında satıcıyı ilgilendiren alanlarda bu haklardan bazılarını kullanması için satıcıya alıcı lisans verebilmektedir. “**Matra Marconi Space/Satcomms**” Kararı’nda; satıcının alıcıya münhasır olmayan, bedelsiz ve bölge sınırlaması içermeyen lisanslar vermesi ve alıcının satıcıya diğer alanlardaki faaliyetleri için gerekli lisansları vermesi yan sınırlama sayılmıştır. “**ICI/Williams**” Kararı’nda, benzer düzenlemelerle ilgili aynı değerlendirme yapılmıştır. Karar’a konu işlemde, alıcı ile satıcıya bağlı ve devre konu olmayan Robbialac arasında, bu işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilmesine yönelik şu düzenlemelere gidilmiştir:

- Robbialac’a, 10 yılı aşmayan bir süre ile teknik bilgi, fikri mülkiyet hakkı ve know-how verilecek, ayrıca 15 yılı geçmeyen bir dönemde münhasır ticari marka lisansı ve 5 yıldan kısa bir süre belirli ürünlerin üretimine yönelik teknik yardım sağlanacaktır.

Bu kısıtlamalar, satıcının devretmediği faaliyetlerin tam değeriyle korunmasına yönelik değerlendirilerek yan sınırlama sayılmıştır. Böylece, çıkış noktası devredilen faaliyetlerin değerinin korunması olan yan sınırlama kuralının

⁷³ OJ C 376/11,1997

kapsamı uygulamada genişlemiştir. Fakat satıcının bu şekilde korunmasının işlemin istenen etkiyi doğurmasını sağlaması noktasında kuralın temel mantığıyla açıklanabileceği vurgulanmalıdır.

2.1.3. Tedarik Düzenlemeleri

Bir işletmenin tamamının ya da bir kısmının devralınması, satıcının eski ekonomik bütünlüğünün içinde mal temin etmede ve arzda kesintilere neden olabilmektedir. Satıcının ekonomik bütünlüğünün kesintiye uğramaması ve kısmi devralmanın uygun koşullarda gerçekleşmesi için geçici bir dönemde taraflar arasında işlem öncesindeki bütünlüğe benzer bir ilişkinin kurulması gerekebilmektedir. Duyuru'nun III/C/1 bölümünde, bu ilişkiyi sağlamak üzere alıcı ile satıcı arasında yapılan tedarik anlaşmalarının, devralanın ve daha çok devredenin yararına olup yan sınırlama sayılabileceği belirtilmiştir. Buradaki amaç, satıcının devretmediği veya alıcının devraldığı faaliyetler için gerekli mal arzında sürekliliğin sağlanmasıdır. Her iki tarafın yararına, karşılıklı tedarik düzenlemelerinin de makul bulunabildiği bilinmektedir.

“**ICL/Nokia Data**” Kararı'nda, bir yıllık dönemde gerekli olduğu durumlarda satıcı ile devredilen işletmenin birbirine mal tedarik edecek olması tali bulunmuştur. “**Alcoa/Inespal**” Kararı'nda; piyasa koşulları üzerinden bir süre, satıcının devre konu olmayan bir bağlı işletmesinin (Ferropertil) devredilen işletmelere tedarikte bulunması ve satıcının devretmediği diğer bir işletmenin (Conversion) devredilen bir işletmeden mal almasına ilişkin düzenlemeler, mal tedarikinin sürekliliğinin sağlanmasına yönelik olduğundan (sırasıyla 2 ve 4 yıllı sınırlandırılarak) tali kısıtlama sayılmıştır. Karşılıklı tedarik düzenlemesi içermemekle birlikte her iki tarafın da yararına olan kısıtlamaların değerlendirildiği 25.02.2000 tarihli “**Celestica/IBM (EMS)**” Kararı'nda;⁷⁴ geçici bir süreyle alıcının tercihli sağlayıcı satıcınınsa tercihli müşteri olarak tanımlanması, satıcının önceden kendi üretim kaynaklarından sağladığı belirli kalitedeki girdiyi sağlamasını güvence altına alındığında yan sınırlama sayılmıştır.⁷⁵

Tedarik düzenlemelerinin süresinin sınırlı ve belirli olup olmadığı, Komisyon tarafından dikkatle incelenmektedir. “**GECC/Avis Lease**” Kararı'nda, satıcının alıcıya belirli hizmetleri 5 yıl sağlaması ve bu ilişkiyi düzenleyen anlaşmanın yenilenebilmesine ilişkin düzenleme, süre konusunda belirsizlik giderilip 5 yılı geçmeyecek şekilde tali sayılmıştır. “**Dupont/ICI**” Kararı'nda; bünyesinde kalacak üretim tesisinde üretilen bir maddenin satıcı

⁷⁴ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf

⁷⁵ Tedarik düzenlemelerindeki “tercihlilik”, ortak girişim kurulması işlemleriyle ilgili bölümde açıklanacak olup alım veya satımda üçüncü kişilere karşı öncelikli olmayı ifade etmektedir.

tarafından, en az 2-7 yıl sürecek,⁷⁶ münhasırlık içermeyecek ve ihtiyacın % 50'sinden fazlası karşılanacak şekilde alıcıya satılmasına ilişkin düzenleme 3 yıla kadar yan sınırlama sayılmıştır.

Komisyon'un yan sınırlama saydığı tedarik düzenlemeleri üretimin farklı seviyelerindeki malzemeler ile yedek parçaları ve yan hizmetleri konu alabilmektedir. Bina kiralanması ve önceden ekonomik bütünlük dahilinde olan satış noktalarından veya dağıtım ağından faydalanılması da bu çerçevede kabul edilebilmektedir..

21.03.1991 tarihli **“Otto/Grattan”** Kararı'nda; satıcının (Grattan) devredilen işletmeye (NEXT) 6 aydan 4 yıla kadar bilgi işleme, dağıtım ve toplama ile idari ve yan hizmetler sunacak olması tartışılmıştır. İşlem öncesinde Grattan tarafından NEXT'e bütün olarak sunulan hizmetlerden özellikle dağıtım ve toplama hizmetlerinin geçici bir süreyle daha sağlanmaya devam edilmesinin NEXT'in faaliyetlerinin aksamaya uğramaması için gerekli olduğu vurgulanarak bu düzenleme işleme birlikte değerlendirilmiştir.⁷⁷ **“Digital/Philips”** Kararı'nda, işlem çerçevesinde satıcının bu alandaki faaliyetlerini aşama aşama sonlandıracağı dönemde (1992 yılı sonuna kadar) alıcıya bilgisayar yedek parçası sağlayacak olması yan kısıtlama olarak görülmüştür.

Birden fazla işletmenin devrini konu alan 25.09.1992 tarihli **“CCIE/GTE”** Kararı'nda ise; alıcının, kendi AR-GE çalışmalarını kurup sürdürebilecek konuma gelinceye kadar diğer alıcı olan Siemens'in ilgili çalışmalarından yararlanabilmesine ve geçici bir süre ile Siemens'den girdi sağlamasına⁷⁸ ilişkin düzenlemeler işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur.⁷⁹ **“CCIE/GTE”** Kararı'nın önemli yönü, alıcılar arasındaki tedarik koşulunun yan sınırlama sayılmış olmasıdır. Dolayısıyla, tedarik düzenlemesinde önemli olanın, kimin yararına olduğu değil, satıcı bünyesindeki bütünlüğü bozan işlemin tarafların işleyişi üzerinde aksaklığa yol açmasının önlenmesi olduğu ortaya çıkmaktadır.

21.02.1997 tarihli **“UPM-Kymmene/Finnpap”** Kararı'na konu devir anlaşmasının yapıldığı sırada alıcı faturalama, defter tutma, raporlama gibi belirli fonksiyonların elektronik ortamda gerçekleştirilmesine yönelik satış sistemi üzerine çalışmakta olup söz konusu sistemin içermesi gereken bilgilerden bazıları eksiktir.⁸⁰ Bu nedenle, alıcı satıcı teşebbüslerin uzman bir ortakla yürütmekte olduğu veri sistemi dahilindeki, devralınan işletmenin müşterilerine ilişkin kayıtlardan yararlanmak istemektedir. Satıcı bu hizmeti,

⁷⁶ Azami süre belirlenmemiştir.

⁷⁷ OJ C 93,1991

⁷⁸ Bu ilişkiyi düzenleyen anlaşma münhasırlık getirmemektedir.

⁷⁹ OJ C 265,1992

⁸⁰ OJ C 110/8,1997

alıcının veri sistemindeki eksikliğin giderileceği 1997 Yılı Ekim Ayı'na kadar verecektir. Karar'da, bu düzenleme işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulmuştur.

“Kodak/Imation” Kararı'nda, alıcının belirli girdileri satıcıya 5 yıl süreyle ve münhasıran sağlaması tartışılmıştır. Tedarik ilişkisine konu girdilerin Kodak'a devredilen, ancak halen satıcının gereksinimi için üretim yapan bir fabrikada üretildiğinin belirtildiği Karar'da; söz konusu düzenlemeyle satıcının tedarikinin geçici bir süre güvence altına alınmasının gerekli olduğu ve fakat münhasırlığın neden gerekli olduğuna ilişkin taraflarca hiçbir açıklama yapılmadığı birlikte değerlendirilerek, tedarik düzenlemesi münhasırlık kaldırılarak yan sınırlama sayılmıştır.

Duyuru'da, sabit miktar üzerinden yapılan ve alternatif temin kaynaklarından alım yapmanın önlenmediği düzenlemelerin tali sayılabileceği belirtilmiştir. Tedarik edilen girdi, satıcının eski bütünlüğü içinde sağlanan girdiden miktar ve oransal olarak fazlaysa, düzenleme tali sayılıp sayılmama noktasında şüpheli bulunmaktadır.

Münhasır tedarik hükümlerini açıklayan genel bir kural yoktur. Buna bağlı olarak genellikle, devralma işlemlerinde münhasırlık getiren tedarik düzenlemelerinden kaçınıldığı gözlenmiştir. Bunun istisnası bir düzenleme **“ICI/Williams”** Kararı'nda tartışılmıştır. Karar'a konu işlemde, alıcı (ICI) satıcıya bağlı ve devre konu olmayan Robbialac ile şu düzenlemeye gitmiştir:

- Devralınan işletmelerden ikisi Robbialac ile Portekiz ve Topluluk sınırları dışında ve en fazla 10 yıl geçerli olacak şekilde münhasır dağıtım anlaşması imzalayacaktır.

Karar'da, satıcı bünyesindeki ekonomik bütünlüğün parçalanmasının ardından bu bütünlük dahilindeki bağımlılık ilişkisinin bağımsızlığa dönüşmesini sağlamaya yönelik tedarik ilişkisinin gerekli olduğuna ve istisnai hallerde münhasır dağıtım anlaşmalarının bu amaca hizmet edeceğine işaret edilerek münhasır dağıtıma ilişkin hüküm gerekli olandan daha kısıtlayıcı bulunmuştur. Komisyon, satıcının bir bağlı işletmesinin ürünlerinin devralınan bir işletme tarafından İngiltere'de 2 yılı aşmayacak şekilde tek elden dağıtılacak olmasını da aynı gerekçeyle yan sınırlama saymamıştır.

Duyuru'ya göre, işlem sonucunda yeni bir pazar oluşması veya ürünün özelliklerinden kaynaklanan istisnai durumlar dışında, münhasırlık getiren hükümler işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli görülmemektedir. Sabit miktar üzerinden yapılan anlaşmaların daha kısıtlayıcı münhasır düzenlemelere tercih edilmesi örneğinde olduğu gibi, birden fazla alternatifin söz konusu olduğu durumlarda daha az sınırlayıcı olan seçilmelidir.

Özetle, bu kısıtlamalar, eski grup içi ilişkilerden ve işleyişten yeni duruma sorunsuz geçişe hizmet ettiği ölçüde kabul görmektedir. Ritter, Braun ve Rawlinson (1991, 377)'un vurguladığı gibi, bu tür düzenlemeler işlemten sonra bağımlılık ilişkisi doğurmamalıdır.

Bazı tedarik anlaşmalarında taraflardan birinin alımlarında diğer tarafa öncelik tanınmaktadır. İşlem sonrasında bağımlılığa yol açabilecek bu tür kısıtlamalar kapsamı belirli ve gerekçeleri açıkça ortaya koyulmuş olması, üçüncü taraflardan mal temininin engellememesi koşuluyla onaylanmaktadır. **“Hagemeyer/ABB Asea Skandia”** ve **“Calestica/IBM/EMS”** Kararları bu hususla ilgilidir.

“Hagemeyer/ABB Asea Skandia” Kararı'na konu işlemi düzenleyen anlaşmalardan biri olan **“Ana Tedarik Anlaşması”**nda, devredilen işletmelerle tedarik ilişkisi içinde bulunulan sınırlı sayıda üründe satıcının grubundaki işletmeler tercihli sağlayıcı olarak tanımlanmıştır. Buna göre;

- birinci sınıf ürünlerde, müşteri açıkça diğer üreticilerin ürünlerini istemesi veya satıcının grubundaki işletmelerin diğer firmalara göre daha uygun satış koşulları sunamaması halleri hariç satıcı tercih edilecek,
- ikinci sınıf ürünlerde, taraflar alım-satımı karşılıklı değerlendirecek ve alıcının toplam satışları içinde satıcının grubundaki işletmelerin payı düşerse, bu durum giderilecektir.

Komisyon, devredilmeyen faaliyetler ile devre konu işletmeler arasındaki 40 yıllık ilişkiyi göz önünde bulundurarak mal sağlanmasında ani kesintiler yaşanmaması için bu tür karşılıklı ilişkilerin gerekli olduğunu teslim etmiş, ancak 5-8 yıl geçerli kalması öngörülen Anlaşma'nın süresini satıcının yeni bir politika oluşturması için yeterli olacak ölçüde 3 yıla indirerek düzenlemeyi yan sınırlama saymıştır. 25.02.2000 tarihli **“Calestica/IBM (EMS)”** Kararı'nda, geçici bir süreyle alıcının tercihli sağlayıcı satıcının ise tercihli müşteri konumunda olmasına ilişkin düzenleme tali bulunmuştur.⁸¹

Tedarik anlaşmasının süresi, satıcı ile alıcı arasındaki ekonomik bağımlılık ilişkisinin bağımsızlığa dönüşmesine yetecek kadar olmalıdır. Her iki tarafın da yeni satın alma, arz veya dağıtım ilişkilerinde bulunmasına yeterli geçici dönemi aşan sınırlamalar bu çerçevede açıklanamayacaktır. Bu sınırlamalarda genellikle 3 yıl makul bulunmaktadır (Faull ve Nikpay 1999, 238). Daha uzun sürelerin (özellikle 5 yıldan fazla) kabulü için, ispat yükü taraflarda olup alternatif arz kaynaklarının kıtlığı gibi özel pazar koşullarının açıklanması beklenmektedir.

⁸¹ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf

2.2. ORTAK GİRİŞİMLERDE YAN SINIRLAMALAR

1310/97 sayılı Tüzük'ün getirdiği yenilikten önce 4064/89 sayılı Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 3/2'nci maddesinde, bağımsız bir ekonomik birimin tüm fonksiyonlarını süresiz yerine getirebilecek ve ana teşebbüsler arasındaki veya ana teşebbüslerle kendisi arasındaki rekabeti sınırlayabilecek nitelikte olmayan ortak girişimlerin kurulmasının Tüzük kapsamında inceleneceği ortaya koyulmuştur. Bu çerçevede hazırlanan "İşbirliği Doğurucu ve Yoğunlaşma Yaratan Ortak Girişimler Ayrımı Üzerine Duyuru"da, rekabetçi davranışların düzenlenmemesi, ortak kontrol ve tam işlevsellik⁸² yoğunlaşma yaratan ortak girişimin unsurları olarak belirlenmiştir.⁸³

Söz konusu Duyuru'da; birden fazla ana teşebbüsün ortak girişimin yer aldığı pazarda veya bunun alt, üst ya da komşu pazarlarında faaliyetlerini önemli düzeyde sürdürmesi durumunda, rekabetçi davranışların koordinasyonu olasılığının yüksek olduğuna işaret edilmiştir. "İşbirliği Doğurucu Ortak Girişimlerin 85'inci Maddeye Göre Değerlendirilmesi Hakkında Duyuru"da⁸⁴ da, ana teşebbüslerin rakip veya potansiyel rakip olması durumunda bunlar arasındaki rekabetin ortak girişim aracılığıyla sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir.⁸⁵

Çok sayıda Komisyon kararında somutlaşan bu tespite dayalı yorum, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından veya bununla ilişkili pazarlardan çekilmesinin işlemin yoğunlaşma sayılmasının önkoşulu olduğu, aksi takdirde işlemin 81'inci madde karşısında değerlendirileceği yönündedir. Sözü edilen kabul ortak girişim kurulmasında özellikle rekabet yasağının ne şekilde inceleneceğine yön vermiştir.

Diğer taraftan, 1310/97 sayılı Tüzük'le değiştirilen 4064/89 sayılı Yoğunlaşma Tüzüğü'nün 3/2'nci maddesinde, tam işlevsel ortak girişimlerin oluşturulması yoğunlaşma sayılmıştır. Buna göre, ana teşebbüsler arasındaki rekabetin koordinasyonuna yol açabilecek ortak girişimlerin kurulması Tüzük'te belirtilen usul çerçevesinde incelenecektir. Tüzük'ün yeni 2/4'üncü maddesinde, rekabetçi davranışların koordinasyonu amaçlı veya bu etkiyi gösterebilecek ortak girişimlerin meydana getirilmesinin 81'inci madde karşısında değerlendirileceği ve bu yapılırken,

- iki veya daha fazla ana teşebbüsün ortak girişimin pazarında ya da bununla ilişkili bir pazarda faaliyetlerini ciddi seviyede sürdürüp sürdürmeyeceğinin,

⁸² *functional entity*

⁸³ OJ C 385/1,1994

⁸⁴ OJ C 43/2,1993

⁸⁵ Bildirim Formu'nun (Form CO) 10'uncu bölümünde, bu ilişkilere yönelik ayrıntılı bilgi istenmektedir.

- koordinasyonun ilgili pazarın önemli kısmındaki rekabeti engelleyip engellemeyeceğinin,

dikkate alınacağı belirtilmiştir.

1310/97 sayılı Tüzük'le getirilen ilgili değişiklikler çerçevesinde, "İşbirliği ve Yoğunlaşma Doğurucu Ortak Girişimlerin Farkı Üzerine Komisyon Duyurusu"nun yerine "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü Kapsamındaki Tam İşlevsel Ortak Girişimler Kavramı Hakkında Duyuru" çıkarılmıştır.⁸⁶ Yeni Duyuru'ya göre, ana teşebbüslerin ortak girişimin yer aldığı pazarın alt veya üst pazarında faaliyetlerini ciddi düzeyde sürdürmesi ve ortak girişimin ana teşebbüslere yaptığı satışların ya da bunlardan yaptığı alımların önemli miktarda olması tam işlevselliğe ilişkin değerlendirmede dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, ortak girişimle ana teşebbüsler arasında yoğun alım ya da satımın söz konusu olması, ancak ortak girişimin başlangıç dönemiyle sınırlı olmak koşuluyla tam işlevselliği etkilememektedir. Genellikle 3 yılı aşmayan ancak pazarın özel koşullarına göre değişebilen bu süreyle sınırlı tutulan düzenlemeler, ortak girişimin kurulması için gerekli olabilmektedir. Duyuru'nun son bölümünde, ana teşebbüslerce kabul edilen ve yoğunlaşmanın yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların işleme birlikte değerlendirileceği belirtilmiştir.

Bir teşebbüs tarafından kontrol edilmeyen, davranışları ortak ve yeni bir irade tarafından yönlendirilen ortak girişimler, ana teşebbüslerle ekonomik birlik içinde değildir. Dolayısıyla, ana teşebbüsle ortak girişim arasındaki anlaşmalar, grup içi işlem sayılmayacak ve 81/1'inci madde kapsamında bulunabilecektir. Ortak girişimin veya ana teşebbüslerin üretim miktarları, fiyatları, müşterileri ya da gerçekleştireceği ihracata sınırlama getirilmesi gibi, ortak girişimlerin kurulması ve işletilmesi için gerekli olandan daha kısıtlayıcı düzenlemeler işlemin işbirliği doğurucu oluşunu belirleyecektir.

Tam işlevsel ortak girişimler ana teşebbüslerden en az birinin rakibi, sağlayıcısı veya müşterisi olduğunda, bu ilişkiler önem kazanmakta ve kendi özel koşulları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Böylece, tam işlevsellik ile tarafların rekabetçi davranışlarının etkileşim içinde olduğu ortaya çıkmaktadır. Her iki unsur da ilgilendiren ve kuruluş döneminde geçerli kısıtlamalar, hem yan sınırlama olma hem de işlemi doğuran unsurlardan sayılma yönüyle incelenebilmektedir (Fine 1994b, 294).

"Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu"nun beşinci bölümünde, yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin unsurlarının dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bu unsurlar temelde, ortak girişime ayrılan pazarlardan

⁸⁶ OJ C 66/1,1998

çekilmesiyle ana teşebbüslerin ortak girişimin mevcut veya potansiyel rakibi olmamasına dayanmaktadır.

2.2.1. Rekabet Yasağı

Duyuru'ya göre, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağı, ortak girişimin pazarının terkedilmesi sonucunu doğuracağından, işlemin asli unsuru olarak kabul edilecektir. Buna bağlı olarak, ortak girişim kurulmasındaki rekabet etmeme koşulu, devredilen malvarlığının değerinin korunmasına yönelik olmasının yanı sıra işlemin yoğunlaşma doğurucu sayılmasının unsurlarındandır. Rekabet yasağı içermeyen işlemlerin Tüzük kapsamında bulunmadığı kararlar bu yaklaşımı açıklamaktadır. Nitekim, 24.07.1991 tarihli “**Elf/Enterprise**”⁸⁷ ve 18.01.1993 tarihli “**Philips/Thomson/SAGEM**”⁸⁸ Kararlarında; iki ana teşebbüsün ortak girişimle aynı veya yakından ilişkili pazarlarda kalacak olmasının rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açacağına işaret edilerek işlemlerin yoğunlaşma doğurucu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak uygulama bu açıklıkta ilerlememektedir. Ortak girişim kurulmasını konu alan kararlarda, rekabet yasağının ne şekilde değerlendirileceği noktasında temel bir çelişki söz konusudur. Bazı kararlarda işlemin asli unsuru kabul edilen rekabet etmeme koşulu, diğer kararlarda tali bulunmuştur.

04.01.1991 tarihli “**Mitsubishi/UCAR**” Kararı'nda, ana teşebbüslerin her ikisinin de ortak girişimin pazarından çekilmesi işlemin yoğunlaşma doğurucu sayılmasının unsuru sayılırken, “yan sınırlama” tanımına yer verilmemiştir.⁸⁹ “**Marconi/Finmeccanica**” Kararı'nda ise, ana teşebbüslerden Finmeccanica önemsiz düzeydeki faaliyetleri dışında ortak girişimin pazarından çekilecekken diğer ana teşebbüs GEC'nin ilgili pazarda kalması, ancak ortak girişimin cirosunun %10'undan daha azını oluşturan ürünler hariç olmak üzere GEC'nin İtalya'da ortak girişimle rekabet etmemesi üzerine tarafların anlaşması, rekabetçi davranışların koordinasyonu yönüyle tartışılmış ve yan sınırlamalar başlığı altında ele alınmamıştır. 16.08.1995 tarihli “**Cable&Wireless/VEBA**” Kararı'nda, ana teşebbüslere bağlı hiçbir işletmenin kurulacak ortak girişimlerle rekabet etmeyecek olmasının işlemin ayrılmaz parçası olduğu ifade edilmiştir.⁹⁰

Öte yandan, 21.02.1991 tarihli “**Asko/Omni**”⁹¹, 30.05.1991 tarihli “**Conagra/Idea**”⁹², 10.06.1991 tarihli “**Sanofi/Sterlig Drugs**”⁹³, 13.03.1995

⁸⁷ OJ C 203,1991

⁸⁸ OJ C 22,1993

⁸⁹ OJ C 5,1991

⁹⁰ OJ C 231/3,1995

⁹¹ OJ C 51,1991

⁹² OJ C 175,1991

tarifli “**Union Carbide/Enichem**”,⁹⁴ 17.05.1995 tarihli “**EDS/Lufthansa**”,⁹⁵ 17.02.1997 tarihli “**Philips/Hewlett-Packard**”⁹⁶ ve 15.01.1998 tarihli “**Mannesmann/Olivetti/Infostrada**”⁹⁷ Kararlarında, rekabet yasağı yan sınırlama sayılmıştır.

Komisyon Duyurusu’nda, yoğunlaşma doğurucu olduğu belirtilen, ancak yoğunlaşma doğurucu ortak girişimlerin kurulmasında yan sınırlamalar başlığı altında incelenen, kararlarda her iki şekilde de incelenen rekabet yasağının üzerine genelleme yapmak güçtür. Ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarında veya bunla yakından ilgili bir pazarda etkinliklerini önemli seviyede sürdürmesinin işlemleri yoğunlaşma olmaktan çıkarması yönündeki peşin kabule göre, rekabet yasağının yan sınırlama sayılması yanlıştır. Bu açıdan, belirsizliği nedeniyle Duyuru’yu, çelişkileri nedeniyle uygulamayı eleştirmek gerekir.

İşlemin asli unsuru olarak kabul edilen rekabet yasağı aynı zamanda, ana teşebbüslerin belirli pazarlardaki faaliyetlerini birleştirerek bu pazarlardan çekilmesi yönündeki iktisadi tercihinin ürünüdür. Dolayısıyla, ortak girişim oluşturulması işlemlerindeki bu düzenlemeler, devralmalarda olandan daha esnek bir yaklaşımla değerlendirilmekte ve daha kısıtlayıcı hükümler içerse de uygun bulunabilmektedir. Söz konusu esnek anlayış gereğince, ortak girişimin ömrü boyunca geçerli olacak şekilde ana teşebbüslere getirilen yasak hükümleri makul bulunmaktadır. Yukarıda yer verilen Kararların tümünde rekabet yasağının ortak girişim anlaşması süresince geçerli kalması öngörölmüştür. Bazı kararlarda ise, daha kısa süreli rekabet etmeme koşulları tali bulunurken, ana teşebbüslerin ortak girişim faaliyetini sürdürdüğü pazara yeniden girişinin söz konusu olmayacağına işaret edilerek rekabetçi davranışların koordinasyonu riskinin bulunmadığı belirlenmiştir.

28.06.1991 tarihli “**Draegerwerk/IBM/HMP**” Kararı’nda, ortak girişimin ömründen daha kısa süreli rekabet yasağı düzenlemesi tartışılmıştır.⁹⁸ İşlem çerçevesinde, ana teşebbüsler gerekli programlar ve fikri mülkiyet hakları ile bazı çalışanlarını ortak girişime devredecek, işlem sonrasında ortak girişimin pazarlarında faaliyet göstermeyecektir. İlgili tüm kaynaklarını ortak girişime bırakan tarafların giriş maliyetleri oldukça yüksek olan pazarlara dönmelerinin neredeyse olanaksız oluşunun koordinasyon riskini ortadan kaldırdığının belirtildiği Karar’da, ana teşebbüslerin resmi izin sürecinin tamamlanmasını izleyen 18 ay içinde ortak girişimle rekabet etmekten kaçınmak üzere anlaşması yan sınırlama başlığı altında incelenmiştir.

⁹³ OJ C 156,1991

⁹⁴ OJ C 123/3,1995

⁹⁵ OJ C 144/23,1995

⁹⁶ OJ C 110/7,1997

⁹⁷ OJ C 83/4,1998

⁹⁸ OJ C 236,1991

14.04.1994 tarihli “**CGP/GEC Alsthom/KPR/Kone Corporation**” Kararı’nda⁹⁹ 5 yıllık, 11.05.1995 tarihli “**EDS/Lufthansa**” Kararı’nda¹⁰⁰ ise 3 yıllık süre ile ana teşebbüslere yüklenen rekabet etmeme koşulu benzer değerlendirmelerle tali bulunmuştur.

Son birkaç yıla kadar, ana teşebbüslerin hissedarlıktan ayrılmasını ya da ortak girişimin dağılmasını¹⁰¹ izleyen belirli bir dönemde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmekten kaçınması da izin almıştır. 18.12.1991 tarihli “**Ingersoll-Rand/Dresser**”,¹⁰² 22.01.1998 tarihli “**Dow Jones/NBC-CNBC Europa**”¹⁰³ ve 12.02.1992 tarihli “**Steetley/Tarmac**”¹⁰⁴ Kararlarında, ana teşebbüslerin hissedarlıkları süresince ve hissedarlıklarının sonlanmasını izleyen sırasıyla 1, 3 ve 2 yıl boyunca ortak girişimle rekabet etmemeyi kararlaştırması yan sınırlama sayılmıştır.

22.01.1992 tarihli “**Ericsson/Kolbe**” Kararı’na konu işlemdeki kısıtlama, dolaylı olarak ana teşebbüsün hissedarlıktan ayrıldıktan sonra ortak girişimle rekabet etmemesi sonucunu doğurabilecektir.¹⁰⁵ Karar’da, ana teşebbüslerden Kolbe’nin, ortak girişim anlaşmasıyla bağlı olduğu sürece ancak 5 yıldan kısa olmamak üzere ortak girişime rakip faaliyetlerde bulunmasının yasaklanması işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur. “**Philips/Lucent Technologies**” Kararı’nda da benzer bir yaklaşım benimsenmiş ve ana teşebbüslerden birinin en az % 20 oranında hisse satmasını izleyen 6 ayın sonuna kadar ortak girişimle rekabet etmemesi makul görülmüştür.

Ancak, Komisyon’un konuya ilişkin yaklaşımı son kararlarında yön değiştirmiştir. Şöyle ki, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağının makul bulunması için ortak girişimde hissedar kalınması değil kontrol üzerinde etkili olunması aranmakta ve bu etkinin bir şekilde (hisse satışı veya ortak girişimin dağılması) sonlanmasını izleyen döneme yönelik düzenlenen koşula izin verilmemektedir. Buna göre ana teşebbüsler, yalnızca ortak girişimin kontrolünü paylaştığı sürece rekabet etmeme yükümlülüğüyle bağlanabilecektir. Bu noktada, bazı Komisyon kararlarına yer verilecektir.

18.03.1998 tarihli “**Nortel/Norweb**” Kararı’nda; ortak girişimde hissedar kaldıkça ve hissedarlıktan ayrıldıktan sonraki 2 yıl boyunca tarafların ortak girişimle rekabet etmekten kaçınmasına ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak, rekabet yasağının 2 yıl süreli ikinci kısmının işlemin parçası olmadığı ve olası

⁹⁹ OJ C 109,1994

¹⁰⁰ OJ C 163/8,1995

¹⁰¹ Ortak girişimin dağılması, ana teşebbüslerden birinin ortak kontrolü yitirecek şekilde çekilmesiyle mevcut kurucu anlaşmanın sonlanmasını ifade etmektedir.

¹⁰² OJ C 86,1992

¹⁰³ OJ C 83/4,1998

¹⁰⁴ OJ 50,1992

¹⁰⁵ OJ C 27,1992

bir işlemi konu alması nedeniyle karar kapsamı dışında kalacağı ortaya koyulmuştur.¹⁰⁶ 28.04.1998 tarihli “**GE Capital/Sea Containers**” Kararı’na konu olan işlemde; ana teşebbüslerden herbirinin, ortak girişimin (Ge SeaCo) A grubu hisselerinin %20’sine sahip olduğu sürece ve bundan sonraki 2 yıllık dönemde Ge SeaCo ile aynı faaliyetleri göstermesinin yasaklanması öngörülmüştür.¹⁰⁷ Rekabet yasağının hissedarlık süresince geçerli olacak kısmını yan sınırlama sayan Komisyon, 2 yıllık döneme ilişkin düzenlemeyi karar kapsamı dışında bırakmıştır.

“**ENEL/FT/DT**” Kararı’nda; hissedarlığı boyunca ve taraflardan birinin anlaşmayı sonlandırdığı veya hisselerini sattığı tarihten itibaren 1 yıl (özel durumlarda 3 yıl) süresince, ana teşebbüsün ortak girişimle rekabet etmemesine ilişkin Hissedarlık Sözleşmesi hükmü aşağıdaki koşullarla tali bulunmuştur:

- Hükmün ortak girişimin gelecekte faaliyet gösterebileceği bölgeleri sınırlamaması ve sözleşmenin bitimine veya taraflardan birinin hisse satışı sonrasında yönelik bağlayıcılık taşımaması.

26.06.1998 tarihli “**DHL/Deutsche Post**” Kararı’na konu işlemde, ana teşebbüslerin ortak girişimle (DHL) doğrudan veya rakip bir işletmeyi devralarak rekabet etmesinin yasaklanması öngörülmüş olup rekabet yasağı ana teşebbüslerin ortak girişimin hissedarı kaldığı veya yönetimine üye atayabildiği süreyle sınırlı tutulmuş ve bunun dışında teşebbüslerin gelecekteki faaliyetlerine kısıtlama getirilmemiştir.¹⁰⁸ Komisyon, ana teşebbüslerin hissedar olduğu sürece değil, DHL üzerinde ortak kontrole sahip bulunduğu sürece geçerli kalması koşuluyla rekabet yasağını yan sınırlama saymıştır. 30.06.1998 tarihli “**Lufthansa/Menzies LCC**” Kararı’na konu işlemde, ortak girişimde hissedar kaldığı sürece ve hissedarlıktan ayrıldıktan sonraki belirli dönemde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesi öngörülmüştür.¹⁰⁹ Komisyon, düzenlemenin bu haliyle değil, tarafların ortak girişimde kontrolü paylaştığı süreyle sınırlı tutulduğunda işlemle birlikte değerlendirileceğini vurgulamıştır.

30.09.1999 tarihli “**Fujitsu/Siemens**” Kararı’nda; ana teşebbüslerden Siemens’in, anlaşmanın sonlanmasından belirli süre sonrasında kadar ortak girişimle rekabet etmesinin yasaklanması, yoğunlaşma sonrasında yönelik kısım dışında tali bulunmuştur.¹¹⁰ 10.07.2000 tarihli “**Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV**” Kararı’nda, ortak girişim anlaşmasının sonlanmasını izleyen

¹⁰⁶ OJ C 123/3,1998

¹⁰⁷ OJ C 162/4,1998

¹⁰⁸ OJ C 307/3,1998

¹⁰⁹ OJ C 238/8,1998

¹¹⁰ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&nu mdoc=31999J0022

2 yıllık dönemde ana teşebbülerin ortak girişimle rekabet etmesinin yasaklanması yan sınırlama sayılmamıştır.¹¹¹

04.08.1998 tarihli “**Wacker Air Products**” Kararı’nda, ortak girişimin dağılmasından sonrasına yönelik rekabet etmeme koşulu işlemin özel koşulları çerçevesinde değerlendirilerek makul bulunmuştur.¹¹² Karar’da; ortak girişimin dağılmasını izleyen 5 yılda ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmeyeceğine ilişkin düzenleme, ortak girişime önemli know-how transferinin söz konusu olması nedeniyle işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli bulunmuştur.¹¹³

Komisyon’un yaklaşımındaki değişimin açıklaması basittir. Ortak girişim anlaşmasının sonlanması yeni katılımı yeni bir ortak girişim kurulması veya devir gibi olası işlemlerle gerçekleşecektir. Mevcut durumda, olası bir işlemle ilişkilendirilen sınırlama değerlendirilemeyecektir, çünkü sınırlama yürütülen yoğunlaşmayla doğrudan ilgili değildir. Bu düzenlemeler, yalnızca böyle bir işlem yaşama geçirildiğinde ve kendi koşulları çerçevesinde incelenebilecektir. Örneğin, hisselerini diğerine satarak ortak girişimden çekilecek ana teşebbüslerden birine rekabet etmeme koşulu getirilmesi, kuruluş aşamasında peşinen kabul edilmeyecek, anılan devir işlemi gerçekleştirildiğinde incelenebilecektir. Ancak “**Wacker Air Products**” Kararı’nda olduğu gibi, yoğun teknoloji transferinin söz konusu olacağı durumlarda, yatırım yapmaktan çekinebilecek teknoloji sahibi ana teşebbüsün daha uzun süreli korunmasının uygun bulunması istisnai olarak gündeme gelebilecektir. Ortak girişim üzerinden yapılabilecek bedavacılık engellenmesiyle, ana teşebbüsün sahip olduğu teknik bilgi korunacak ve işlemin yaşama geçirilmesi sağlanacaktır.

Ortak girişimlerde rekabet yasağı çoğunlukla ana teşebbüslerin tümünü bağlamaktadır. Ancak bazı işlemlerde, ana teşebbüslerden bazılarının (çoğunlukla birine) rekabet etmeme koşulunun getirilmediği bilinmektedir. Örneğin, 23.10.1991 tarihli “**Thomson/Pilkington**” Kararı’na konu işlemde, yalnızca (ilgili malvarlığını ortak girişime devreden) ana teşebbüs Pilkington’a rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir.¹¹⁴

Devralmalarda olduğu gibi ortak girişim kurulması işlemlerinde de, rekabet yasağı yalnızca ilgili işletmenin pazarından çekilme ve bu pazara belirli bir süre yeniden girmeme şeklinde ortaya çıkmamaktadır. Ortak girişimin ana teşebbüslerin rekabetçi davranışlarına karşı korunmasının başka yollarından söz etmek mümkündür. Ana teşebbüslerin öncelikle ortak girişime danışmaksızın ya

¹¹¹ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1964_en.pdf

¹¹² OJ C 324/5,1998

¹¹³ Aynı başlığın ilerleyen kısımlarında, işlem sonrasında geçerli kalacak rekabet yasağının makul bulunması noktasında, bu Karar’ın istisna oluşturduğu açıklanacaktır.

¹¹⁴ OJ C 279,1991

da teklif götürmeksizin rakip işletmeleri devralamaması veya ilgili faaliyetlerde bulunamamasına ilişkin düzenlemeler buna örnektir.

“**Thomson/Pilkington**” Kararı’nda; ortak girişimin pazarından çekilmeyecek olan ana teşebbüs Thomson’un, ortak girişime rakip bir teşebbüsün hissesini, bunu öncelikle ortak girişime teklif etmeksizin satın alamaması yan sınırlama sayılmıştır. 05.05.1995 tarihli “**Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiu**” Kararı’nda; ana teşebbüslerin elektronik medya hizmetleri alanında bir işle, bu işi öncelikle ortak girişime teklif etmeden iştiğal edemeyeceğine ilişkin hüküm tali bulunmuştur.¹¹⁵

16.10.2000 tarihli “**SLDE/NTL/MSCP/NOOS**” Kararı’nda;

- ana teşebbüslerden birinin ortak girişimin (NOOS) faaliyetleriyle ilgili bir alanda yer alan bir işletmeye katılım teklifi alırsa, NOOS’un bu teklifi ilk değerlendirme hakkına sahip olmasına ve
- ortak girişimin rakiplerinin birinde azınlık hissesine sahip bir ana teşebbüs bu işletmedeki oy hakkının veya malvarlığının yarıdan fazlasına sahip olacak şekilde ikinci bir devir gerçekleştirdiğinde, ortak girişimin 6 ay içinde söz konusu hisse veya malvarlığının kendisine pazar fiyatı üzerinden satılmasını isteyebilmesine,

ilişkin düzenlemeler, 3 ila 10 yıllık bir süreyle¹¹⁶ sınırlandırılarak tali kısıtlama kabul edilmiştir.¹¹⁷

Çalışanların istihdam edilmemesi ve müşterilerin çekilmemesi de rekabet yasağı başlığı altında incelenmelidir. 09.04.1996 tarihli “**Zeneca/Vanderhave**”¹¹⁸ ve 08.03.1999 tarihli “**WestDeutsche Landesbank/Carlson/Thomas Cook**”¹¹⁹ Kararlarında, ana teşebbüslerin ortak girişimin çalışanlarını istihdam etmesinin yasaklanması yan sınırlama sayılmıştır. 06.07.1998 tarihli “**Maersk Air/LFV Holdings**” Kararı’nda, ana teşebbüslerin ortak girişim çalışanlarını istihdam etmesinin ve müşterileri ile sağlayıcılarını çekmesinin yasaklanması tali bulunmuştur.¹²⁰

Ortak girişimin faaliyet alanlarının belirlenmesi de, rekabet etmeme koşuluna benzer sonuçlar doğurmaktadır. Bu tür düzenlemeler ana teşebbüslerle ortak girişimin aynı pazarlarda bulunmamasını sağladığından ve daha da önemlisi ana teşebbüslerin en doğal hakkı olduğundan sınırlayıcı bulunmamaktadır.

¹¹⁵ OJ C 129/6,1995

¹¹⁶ Karar’da zaman aralığı verilmiştir.

¹¹⁷ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2137_en.pdf

¹¹⁸ OJ C 188/10,1996

¹¹⁹ OJ C 102/9,1999

¹²⁰ OJ C 253/4,1998

“**Recticel/Greiner**” Kararı’nda, ortak girişimin faaliyet alanının tarafların her ikisinin de faal olmadığı bölgelerle sınırlı tutulması işlemin ayrılmaz parçası kabul edilmiştir. 10.05.1999 tarihli “**Singapore Airlines/Rolls-Royce**” Kararı’nda, ana teşebbüslerin tümü hissedar kaldıkça ortak girişimin belirli bölgelerde faaliyet göstermesinin kararlaştırılması değerlendirilmiş ve bunun işlemin ayrılmaz parçası olduğu, yan sınırlama sayılamayacağı belirtilmiştir.¹²¹

Ancak, ortak girişimin faaliyet konusu ve bölgesi belirlenirken, ana teşebbüslerin ve üçüncü tarafların korunmasına yönelik düzenlemelere gidilmemelidir. 23.08.1995 tarihli “**Nordic Capital/Transpool**”¹²² ve 02.07.1997 tarihli “**Mederic/Urrpimtec/CRI/Munich Re**”¹²³ Kararlarında bu husus tartışılmıştır.

“**Nordic Capital/Transpool**” Kararı’na konu işlem dahilinde, ortak girişime dönüşecek Transpool’un halihazırda faal olmadığı “business class” yolcuları pazarına girmesi 2 yıllık bir dönem için yasaklanmıştır. Komisyon’un konuya ilişkin incelemesi, rekabet yasağının, ana teşebbüslerden Fortos ve KF’nin önceden bir İsveç seyahat acentasını devretmesiyle ilgili olduğunu açığa çıkarmıştır. Buna göre, önceki devirde seyahat acentasının Fortos ve KF’nin rekabetçi davranışlarından korunmasına yönelik rekabet yasağı getirilmiştir. Transpool’a rekabet yasağı getirilmesi ise Fortos ve KF’nin isteği üzerine Ortak Girişim Anlaşması’nda yer bulmuş olup bu şekilde İsveç seyahat acentasının Transpool’un potansiyel rekabetinden korunması amaçlanmıştır. Karar’da; malvarlığı transferinin tam değeriyle gerçekleştirilebilmesini güvence altına almaya yönelik olmayan, aksine üçüncü bir tarafı ortak girişime karşı koruma amaçlı düzenlemenin, işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olmadığı, 81’inci madde karşısında değerlendirileceği sonucuna ulaşılmıştır.

“**Mederic/Urrpimtec/CRI/Munich Re**” Kararı’na konu işlem çerçevesinde, ana teşebbüslerden yalnızca Munich Re sigortacılık alanındaki faaliyetlerini sürdürecektir. Hissedarlık Anlaşması’ndaki bir hüküm uyarınca ortak girişimin, Fransa dışında Munich Re ile doğrudan rekabet etmeyecek ve coğrafi faaliyet alanını Munich Re’nin onayını almaksızın genişletemeyecek olmasının yan sınırlama sayılması talep edilmiştir. Komisyon, ortak girişimin Fransa dışında faaliyet göstermesinin süresiz yasaklanmasını Munich Re’nin korunması amaçlı bularak yan sınırlama saymamıştır.

Ortak girişim kurulması işlemlerinde kabul edilir rekabet yasağı düzenlemelerinin kapsamına ilişkin Duyuru’daki boşluklar kararlar ile bir ölçüde

¹²¹ http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1506

¹²² OJ C 243/5,1995

¹²³ OJ C 329/11,1997

giderilmiştir. Buna örnek olarak, “**Birmingham International Airport**” Kararı’nda, potansiyel rakiplerden hisse alınmasını yasaklayan bir düzenleme yan sınırlama sayılmıştır. “**Birmingham International Airport**” Kararı’na konu işlemi (Birmingham Havalanı’nı işleten şirketin ortak girişime dönüştürülmesi) düzenleyen Hissedarlık Anlaşması’na göre; ana teşebbüslerden AR ve yedi yerel yönetim ile NWV’nin yönetimde etkili olacak, önemli ekonomik çıkarları bulunacak veya ticari düzenlemelerde yer alacak şekilde mevcut veya potansiyel rakip havaalanlarına yönelik eylemlerde bulunması yasaklanmıştır.

Taraflar bu hükmün, ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesi ve gizli bilginin rakiplerin çıkarına olacak şekilde kullanılmasına karşı ortak girişimin korunması amacıyla düzenlendiğini öne sürmüştür. Karar’da; yolcu taşımacılığı amacıyla önemsiz düzeyde faaliyet gösteren söz konusu havaalanlarının karayoluyla ulaşılabilirlik ve nüfusun yoğun olarak yaşadığı bölgelere uzaklık itibarıyla Birmingham Havaalanı’yla aynı bölgede oluşu dikkate alınarak, bu havaalanlarının Birmingham Havaalanı ile mevcut durumda belirli bir oranda ancak bazı değişikliklerle ciddi düzeyde rakip olabileceği belirlenmiş ve rekabet yasağı hükmü tali bulunmuştur.

Ana teşebbüslerin hissedarlıktan ayrılmasını güçleştiren kısıtlamalar onaylanabilmektedir. 05.02.1996 tarihli “**Nokia/Autoliv**” Kararı’nda, önceden belirlenen koşullar dışında tarafların hisselerini satamayacak olması aynı şekilde değerlendirilmiştir.¹²⁴ 20.02.1997 tarihli “**Telia/Ericsson**” Kararı’nda; şu düzenlemeler tartışılmıştır:

- 3 yıl boyunca, ana teşebbüslerin hisselerinin tamamını veya bir kısmını satamaması ve ana teşebbüslerin yazılı onayı olmaksızın ortak girişim Genel Müdürü’nün hisselerini satamaması.¹²⁵

Bu kısıtlamalar, ana teşebbüsler ve kurucusu olduğu şirketin kilit malvarlığı sayılan Genel Müdür’ün katılımıyla yoğunlaşma doğurucu ortak girişimin süresiz kurulması gereğini güvence altına aldığından, işlemin ayrılmaz parçası olarak görülmüştür. 22.12.1997 tarihli “**Hochtief/Aer Rienta/Düsseldorf Airport**” Kararı’nda; belirli bir tarihe kadar, ana teşebbüslerin diğer tarafın onayı olmaksızın hisse satışı yapamamasına ilişkin hüküm, gerekli yatırımın ve uzun vadeli planlamanın yapılması için yeterli süreyi güvence altına aldığından işlemin ayrılmaz parçası sayılmıştır.¹²⁶

¹²⁴ OJ C 69/3,1996

¹²⁵ OJ C 156/4,1997

¹²⁶ OJ C 61/5,1998

2.2.2. Sınai-Ticari Mülkiyet Hakları ve Know-How Lisansları

Bağımsız bir birim oluşturulması, bunun gerçekleştireceği faaliyetlerle ilgili teknolojinin hak transferi şeklinde devredilmesini gerektirmektedir. Ana teşebbüslerin başka alanlarda kullanmak üzere bu haklara sahip kalmayı istemesi halinde, transfer lisans yoluyla yapılacaktır. Hak devrinin alternatifi olarak ortaya çıkan bu tür lisanslar yoğunlaşma doğurucu unsurlar arasında yer aldığından yan sınırlama sayılmamalıdır (Cook ve Kerse 2000, 193). Ana teşebbüslerinden bağımsız faaliyet göstermesi için gerekli haklara veya bu hakları kullanmasına yönelik lisanslara sahip olmayan ortak girişimin tam işlevsel sayılmayacağı gerçeği, bu tespiti doğrulamaktadır. Bu noktadan hareketle, zaman ve bölgeyle sınırlı olmaksızın münhasırlık içeren lisansların makul görülmesi açıklanabilecektir. Ortak girişime verilen lisansların geri dönüşlü olması ise, özellikle bunların kısa süreli ve/veya ortak girişimin faaliyetleri bakımından merkezi önemi haiz olması halinde, tam işlevsel yapıların oluşturulmasını güçleştirebilecek ve ana teşebbüslere bağımlılığı gündeme getirecektir. Ancak Komisyon kararlarındaki kabulün tam olarak bu yönde olmadığı aşağıda açıklanacaktır.

“**Wacker Air Products**” Kararı’nda; ortak girişime ana teşebbüslerce ilgili teknoloji, patent ve ticari markaların kullanımına yönelik dönüşsüz, bölge sınırlaması içermeyen, münhasır ve bedelsiz lisanslar verilmesi, mülkiyet haklarının transfer edilmesinin alternatifi olarak görülerek işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli sayılmıştır. 30.10.1998 tarihli “**Texaco/Chevron**” Kararı’nda ise, bu tür lisans anlaşmalarının işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olmasının yanı sıra ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesinin kanıtı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹²⁷

Ortak girişime fikri mülkiyet haklarının kullanımına ilişkin lisans verildiğinde, bu hakları kullanmamak ya da üçüncü kişilere lisans vermemek üzere ana teşebbüslerin anlaşması aynı sonucu doğuracaktır. 12.01.1995 tarihli “**Direct Line/Bankinter**” Kararı’nda; ana teşebbüslerden Bankinter’in, ortak girişime verilen lisanslara konu fikri mülkiyet haklarıyla aynı veya bunlara benzerlik gösteren ticari marka ya da diğer haklarını başlangıç döneminde kaydettiremeyecek olması yan sınırlama sayılmıştır.¹²⁸ “**Dow Jones/NBC-CNBC Europa**” Kararı’nda; ana teşebbüslerin, hissedar kaldıkça ve bunun sonlanmasını izleyen 5 yıl boyunca, ortak girişimin faaliyet alanıyla ilgili lisansları Avrupa’da üçüncü taraflara vermemesi tali bulunmuştur.

Duyuru’ya göre, sözü edilen lisans anlaşmaları işlemin yürütülmesinde tali sayılmalıdır. Bu doğrultuda, “**Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi**”

¹²⁷ OJ C 130/8,1999

¹²⁸ OJ C 34/5,1995

ve 29.09.1992 tarihli “**Ahold/Jeronimo Martins**”¹²⁹ Kararlarında, ana teşebbüslerin sahip olduğu ticari marka ve isimlerin kullanılmasına ilişkin ortak girişime süresiz lisans verilmesi yan sınırlama başlığı altında incelenmiştir. “**BASF/Shell II**”, 02.07.1997 tarihli “**Merck/Rhone-Poulenc/Merial**”¹³⁰ ve 30.06.1999 tarihli “**Novartis/ Maisadour**”¹³¹ Kararlarında da, ana teşebbüslerin ortak girişimlere lisans vermesi aynı şekilde değerlendirilmiştir. Bu yaklaşımın, devralmalarda lisans anlaşmalarının değerlendirilmesinin altındaki mantıkla örtüştüğü ve fakat bunların yoğunlaşma doğurucu olduğu yönünde yukarıda belirtilen görüşle çeliştiği açıktır.

Fikri mülkiyet hakları transferinin alternatifi olarak görülen ama yan sınırlama sayılan lisans anlaşmaları, ortak girişimin bağımsız hareket etme serbestisini kısıtlayıcı nitelikte olmamalıdır. Bu bağlamda, lisanslar yalnızca hakların kullanımını ilgilendirmeli ve bunun ötesinde kısıtlama getirmemelidir. Aksi takdirde, lisans anlaşmaları ortak girişimin ana teşebbüslere bağımlı kalması sonucunu doğurabilecektir. Yan sınırlama kuralının ortak girişim kurulması işlemlerine uygulanmasında ilk kararlardan olan 13.07.1990 tarihli “**Elopak/Metal Box/Odin**” Kararı’nda; lisans anlaşmaları çerçevesinde fiyat, miktar ve bölgeye ilişkin kısıtlama getirilmesi halinde ihlal oluşabileceğine işaret edilmiştir.¹³²

Salvia-Werk teşebbüsünün klinik beslenme alanındaki malvarlığının bir ortak girişim tarafından devralınması işlemine ilişkin 06.02.1991 tarihli “**Baxter/Nestle/ Salvia**” Kararı’nda, ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki ilişki tartışılmıştır.¹³³ Buna göre, devralınacak malvarlığı dahilindeki fikri mülkiyet hakları öncelikle ana teşebbüslere geçecek ve onlar da ortak girişime bu hakların kullanımına yönelik lisans verecektir. Komisyon, bu koşullar altında ortak girişimin ana teşebbüslere bağımlı kalacağı ve tam işlevsel sayılamayacağı görüşüne ulaşmıştır. Kaldı ki, doğrudan ortak girişimin faaliyetlerini ilgilendiren hakların ana teşebbüslere devredilmesi, ortak girişimin kurulup başarıyla işletilmesiyle ilgili değildir.

Daha karmaşık düzenlemelere gidilerek ortak girişime hakların devredilmesi veya kapsamlı lisanslar verilmesi ve bunlardan ortak girişimin faaliyet alanının dışında kullanıma yönelik ana teşebbüslere geri dönüşsüz, münhasır ve bedelsiz lisans verilmesinde de yan sınırlama kuralı geçerli olmuştur. “**Akzo Nobel/Monsanto**” ve “**Thomson CSF/Deutsche Aerospace**” Kararlarında bu tür düzenlemeler tali bulunmuştur. “**Akzo Nobel/Monsanto**”

¹²⁹ OJ C 261,1992

¹³⁰ OJ C 312/15,1997

¹³¹ OJ C 208/4,1999

¹³² OJ L 209/15,1990

¹³³ OJ C 37,1991

Kararı'nda; ilgili tescilli hakların (patent, ticari sır, know-how, ticari markalar dahil) ortak girişime münhasıran, bedelsiz ve bölge sınırlaması getirilmeksizin bırakılması, bunlardan ortak girişimin faaliyet alanı dışında olup ana teşebbüslerden birinin etkinlikleriyle ilgili olanların kullanımına yönelik ana teşebbüslere münhasır ve bedelsiz lisans verilmesi işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sayılmıştır.

Ana teşebbüsler arasında doğrudan veya ortak girişim üzerinden lisans anlaşması yapılması yan sınırlama olarak görülmemektedir (Faull ve Nikpay 1999, 240). Ayrıca, yan sınırlama doktrininin temel ilkesi çerçevesinde devredilen malvarlığının tam değeriyle transfer edilmesinin güvence altına alınması amaçlandığından, lisans verenin korunmasına yönelik kısıtlamalara sıcak bakılmamaktadır (Cook ve Kerse 2000, 193). Fakat lisans verenin değil, doğrudan lisansa konu hakların korunmasına yönelik düzenlemeler makul bulunmaktadır. “**Singapore Airlines/Rolls-Royce**” ve 04.09.1992 tarihli “**Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson**”¹³⁴ Kararlarında, ortak girişimin ana teşebbüslerce verilen lisansa konu bilgiyi gizli tutması, hakların korunmasını mümkün kılması nedeniyle onaylanmıştır. Hatta ikinci Karar'da, söz konusu hüküm kısıtlama olarak görülmediğinden yan sınırlama sayılmamıştır.

Ortak girişimlerin mevcut fikri mülkiyet haklarından yararlanmasına yönelik çeşitli ve çok sayıda lisans anlaşması Komisyon tarafından kabul görmüştür. Bu anlaşmalar dahilinde, hakların kullanımında üçüncü kişilere ilişkin düzenlemeler getirilebilmektedir. Ancak ortak girişimin mal sağlayacağı tarafları bağlayan hükümler, işlemin yürütülmesi için gerekli bulunmayacaktır. Ortak girişimin bulacağı veya geliştireceği teknikler, yöntemler ve süreçlerden ana teşebbüslerin faydalanması tali bulunabilmekle birlikte, taraflar arasındaki ilişkinin pazar koşulları üzerinden ve münhasır nitelik taşımaksızın gerçekleştirilmesi beklenmektedir. 29.04.1993 tarihli “**Harrisons&Crosfield/Akzo**” Kararı'nda; ana teşebbüslere, ortak girişimin sahip olduğu fikri mülkiyet haklarına ilişkin, piyasa fiyatından lisans verilmesi işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur.¹³⁵

Devralmalarda olduğu gibi ortak girişim oluşturulması işlemlerinde de ticaret ismi, marka ve logo gibi varlıkların devri veya bunların kullanımına yönelik lisans verilmesi söz konusu olabilmektedir. İsim, marka ve logo gibi maddi olmayan varlıklar, işletmeyi ve ürünleri tanımladığından ticari itibarın unsurlarından biri, belki de en önemlisidir. Cook ve Kerse (2000, 195)'e göre, işlemin ayrılmaz parçası sayılacak bu varlıkların devri üzerine getirilen sınırlamalar işlemin asli unsurlarından olup tali kabul edilmemelidir. Yukarıdaki

¹³⁴ OJ C 258,1992

¹³⁵ OJ C 128,1993

örneklerde olduğu gibi, ana teşebbüslerin isim, marka ve logo gibi varlıkların sahibi ve/veya kullanıcısı olarak kalmak istediği, ortak girişiminse ilgili ürünleri pazarlayacağı durumlarda yapılan karşılıklı anlaşmalar kabul görebilmektedir. “Nordic Capital/Mölnlycke Clinical/Kolmi” ve “Ahold/Jeronimo Martins” Kararları ticari isim ve marka lisanslarını konu almıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi, bağımsız bir birim halinde kurulacak ortak girişimlere gerekli hakların kullanımına ilişkin lisans verilmesi, yan sınırlama değil, kurucu unsurdur. Bu tespiti kısmen paylaşan Komisyon Duyurusu, bu tür lisans anlaşmalarını yan sınırlamalar başlığı altında incelerken, kararlar da çoğunlukla bu yanlış yaklaşımı izlemiştir. Öte yandan, ortak girişime hak devredileceğinde, işlemin etki doğurmasını ve satıcı açısından sağlıklı yürümesini teminen ana teşebbüslere lisans verilmesi bu başlığın anlam bulduğu bir örnektir.

2.2.3. Tedarik Düzenlemeleri

Rekabet etmeme koşulu ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesiyle, lisans anlaşmaları ise hem ana teşebbüslerin ilgili pazarda kalmaması hem de ortak girişimin süreyle sınırlı olmaksızın bağımsız bir ekonomik birim olarak faaliyet gösterebilmesiyle eşdeğerdir. Dolayısıyla, yan sınırlamalar başlığı altında yer alan bu düzenlemelerin yokluğunda, yoğunlaşmanın asli unsurları eksik kalmaktadır. Bu itibarla, süresiz rekabet yasağı (anlaşma süresince) ile lisans anlaşmaları, yan sınırlamaların süresinin sınırsız olamayacağı kuralına karşın, tali bulunabilmektedir. Bu noktada, tedarik düzenlemeleri diğer kısıtlamalardan farklıdır, çünkü süre ve kapsam yönüyle gerekli olandan kısıtlayıcı düzenlemeler tam işlevsellik unsuruna hanel getirmektedir. Böylece, daha katı kriterlere göre incelenen tedarik düzenlemelerinin ortak girişim oluşturulması üzerine kararlardaki ağırlığının kaynağı ortaya çıkmaktadır.

Komisyon Duyurusu’nda, tedarik düzenlemelerine ilişkin kısa bir açıklamayla yetinilmiştir. Buna göre, alt-üst pazarlardaki ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki tedarik anlaşmalarının değerlendirilmesinde, devralmalarda aynı başlık altındaki esaslar geçerli olacaktır. Ancak, “tam işlevsellik” unsuruyla koşut tartışılan bu düzenlemelerin, devralmalarda olandan daha karmaşık yansımaları söz konusudur. Bu nedenle, ortak girişim kurulması işlemlerinde tedarik düzenlemelerinin değerlendirilmesi, büyük ölçüde Komisyon kararlarıyla gelişmiş ve şekillenmiştir.

“Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Üzerine 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü Altındaki Tam İşlevsel Ortak Girişimler Kavramı Hakkında Duyuru”da, alt-üst pazarlarda yer alan ana teşebbüsler ile ortak girişimlerin alım-satım ilişkisi içinde olmasına yönelik geniş açıklamaya yer verilmiştir.

Özetle, ana teşebbüslerle olan tedarik ilişkisinin ortak girişimin toplam alım veya satımının önemli bir kısmını oluşturması veya kısa süreli olmaması tam işlevsellik unsurunun varlığı bakımından şüpheyle karşılanmaktadır.

Yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmenin bu çerçeveden bağımsız yapılması olanaklı değildir. Ortak girişimin pazarda tutunabilmesi için gerekli olmakla birlikte, ana teşebbüslerle ortak girişim arasında bağımlılık ilişkisi doğurmaması için süre ve miktar yönüyle sınırlı olması gerektiğinden, bu düzenlemeler kurucu unsur değil yan sınırlamadır.

Tedarik düzenlemelerinde, ortak girişimin kurulup pazarda tutunabilmesine yetecek süre veya ölçü aşıldığında, tartışma yoğunlaşma çerçevesinin dışına çıkacaktır. “**Saudi Aramco/MOH**” Kararı’nda; ana teşebbüsün ortak girişime (MOH) yapacağı satışın, uzun süreli olması ve MOH’un alımlarının tamamına yakını oluşturması dikkate alınarak yan sınırlama sayılamayacağı ve 81’inci madde karşısında değerlendirileceği belirtilmiştir. 02.04.1997 tarihli “**RSB/Tenex/Fuel Logistics**” Kararı’nda; işletilmesi karlı bulunana kadar ortak girişimin, bir ana teşebbüsün taşımacılık hizmetlerinden ve dağıtım açısından yararlanacak olması, ayrıca asli faaliyet konusu olan nükleer ürünlerin sevkedilmesinin de bu ana teşebbüs tarafından gerçekleştirilecek olması, kurulacak ortak girişimin bağımsız bir iktisadi birim olarak ortaya çıkmayacağını ciddi kanıtları arasında sayılmıştır.¹³⁶ Karar’da, anılan ilişkinin ne zaman sonlanacağıyla ilgili belirsizlik dikkate alınarak düzenlemelerin geçici bir dönemle sınırlı tutulmadığı belirlenmiştir.

Uygulamada çoğunlukla, gerekli olandan daha kısıtlayıcı düzenlemelerin varlığı halinde, işlemin işbirliği yaratıcı olduğu sonucuna doğrudan varılmamakta ve kısıtlamalarda gerekli sınırlamalara gidilebilmektedir. Nitekim, “**Dow Jones/NBC-CNBC Europa**” Kararı’nda; ana teşebbüslerin ortak girişime program, pazarlama ve dağıtım hizmetleri sunması, düzenlemelerin ortak girişimin başlangıç döneminde büyük ve oturmuş sağlayıcılara karşı rekabet yeteneğini güçlendirdiği ölçüde gerekli bulunduğu işaret edilerek, 3 yıla sınırlı tutulup yan kısıtlama sayılmıştır. 24.07.1998 tarihli “**Borealis/IPIC/OMV/PCD**” Kararı’nda, ana teşebbüslerden OMV’nin ortak girişimlerden birine (PCD) bazı girdileri sağlamasına ilişkin tedarik anlaşmasının temelde gerekli olduğu kabul edilmekle birlikte, uzun vadeli anlaşma 5 yıla kadar işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli bulunmuştur.¹³⁷

Tedarik düzenlemeleri genellikle ortak girişime ana teşebbüslerce hammadde ve aramada sağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. “**Union Carbide/Enichem**”, “**Saudi Aramco/MOH**”, “**Merck/Rhone-Poulenc/**

¹³⁶ OJ C 168/5,1997

¹³⁷ OJ C 280/3,1998

Merial” ve 12.06.1997 tarihli **“Valinox/Timet”**¹³⁸ Kararlarında bu tür tedarik düzenlemeleri tartışılmıştır. Komisyon ortak girişime belirli hizmetlerin sağlanmasını da yan kısıtlama sayabilmektedir. Bu hizmetler bina kiralama, elektrik, gaz ve su gibi enerji kaynaklarının, yangın söndürme ve çevre koruma dahil güvenlik hizmetlerinin, muhasebe ve hukuk danışma hizmetlerinin, veri ve istatistik kullanımının sağlanması ile makina-teçhizat onarımına yönelik teknik desteğin sunulmasını içermektedir. **“Akzo Nobel/Monsanto”**, **“BASF/Shell II”** ve 11.06.1998 tarihli **“GE/Bayer”**¹³⁹ Kararlarında, ortak girişime bu tür hizmetlerin sağlanması değerlendirilmiştir. Örnek kararlardan anlaşılacağı üzere, dağıtım ve satışa ilişkin kısıtlamalar da bu kapsamda incelenmektedir.

“Akzo Nobel/Monsanto” Kararı’nda;

- 2 yılı geçmemek üzere, ana teşebbüslerin ortak girişime makul düzeyde destek vermesi ve hizmet sunması,
- ortak girişimin talebi üzerine üçer yıllık dönemler halinde uzatılabilecek şekilde 5 yıl boyunca, ana teşebbüslerden Akzo Nobel’in ortak girişime bazı AR-GE tesislerini kiralaması ve ilgili hizmetleri sunması,

işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sayılmıştır.

“BASF/Shell II” Kararı’nda; fiziksel olanaksızlık nedeniyle devredilemeyen belirli faaliyetlerden ortak girişimin 5 yıl süresince yararlanacak olması, bunun ortak girişime sunulan hizmetin başlangıç dönemindeki sürekliliğine katkı vereceği tespitiyle işlemin yaşama geçirilmesi için gerekli kabul edilmiştir. **“GE/Bayer”** Kararı’nda; ana teşebbüslerden Bayer’in sağladığı arazide faaliyet gösterecek ortak girişimin bu teşebbüsten belirli hizmetleri (ısıtma, elektrik ve su) alacak olması yan sınırlama sayılmıştır. 02.12.1991 tarihli **“TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post&Sweeden Post”** Kararı’nda ise, 2 yıllık başlangıç döneminde ortak girişimin ürünlerinin ana teşebbüslere ait postahanelerin bir kısmı kanalıyla münhasıran satılacak olması uygun bulunmuştur.¹⁴⁰

Diğer yandan, ana teşebbüslerin, ortak girişime belirli faaliyetleri devretmesiyle ekonomik bütünlüğünün bozulmasına bağlı olarak önceden kendi bünyesinde sağlamakta olduğu girdi ve hizmetlere ulaşmasında kesintiler ve aksamalar söz konusu olabilmektedir. Bunların giderilmesine yönelik ve geçici bir dönemle sınırlı olacak şekilde, ortak girişimlerin ana teşebbüslere satış yapması veya belirli hizmetleri sunması, devre konu olmayan malvarlığının değerinin korunması bağlamında gerekli bulunabilmektedir. **“Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson”** Kararı’nda, mal tedarikinin sürekliliğine yönelik, ortak girişimin ana teşebbüs British Steel’e alalım ve mineral satın alma

¹³⁸ OJ C 10/3,1998

¹³⁹ OJ C 218/6,1998

¹⁴⁰ OJ C 322,1991

hizmeti sunması; 27.11.1992 tarihli “**British Airways/TAT**” Kararı’nda¹⁴¹ ise, ana teşebbüs TAT’ın bilgisayar hizmetlerini ortak girişime bırakacak olması nedeniyle, TAT ve bağlı işletmelerinin bu hizmetlerden yararlanmasına ilişkin düzenlemeler yan kısıtlama sayılmıştır.

Ortak girişimin başlangıç döneminde rekabetçi koşulların dışında satış yaparak güçlenmesi amacıyla ana teşebbüslerin ortak girişimden alımda bulunması da bu çerçevede incelebilmektedir. 10.07.1997 tarihli “**Cable& Wireless/Maersk Data-Nautek**” Kararı’nda; ana teşebbüslerden Maersk’le aynı gruptaki bazı işletmelere ortak girişimin yapacağı satışların ortak girişime katkı sağlayacağı gerekçesiyle yan sınırlama sayılması gerektiği yönündeki talep değerlendirilmiş, 3 yıla sınırlı olmak koşuluyla bu düzenleme tali kısıtlama sayılmıştır.¹⁴² Yukarıda yer verilenlerden “**Avesta/British Steel/NCC/AGA/Axel Johnson**” ve “**British Airways/TAT**” Kararlarına konu işlemlerde ana teşebbüslerle ortak girişimler arasında karşılıklı tedarik düzenlemelerine gidilmiş olup bunların değerlendirilmesinde, hem devredilmeyen hem de ortak girişime devredilen faaliyetlerde mal ve/veya hizmet tedarikinin sürekliliği gereksinimi göz önünde bulundurulmuştur.

Tedarik düzenlemelerinde “orantılılık” testinin ilk değişkeni süredir. Ortak girişimin ana teşebbüslerinden tam anlamıyla bağımsız faaliyet gösterebilmesine kadarki dönem, düzenlemelerin süresinin üst sınırını belirlemektedir. Bu hususun açıkça ifade edildiği “**Valinox/Timet**” Kararı’nda; Tedarik Anlaşması gereğince ana teşebbüslerden Timet’in ortak girişime belirli miktarda ve geçici bir süre için girdi sağlaması, ortak girişimin başlangıç dönemindeki hammadde gereksiniminin karşılanmasını güvence altına aldığından, işlemin yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunmuştur.

Başlangıç dönemini aşan kısıtlamalar ya tali bulunmamakta ya da süresi sınırlandırılmaktadır. “**Novartis/Maisadour**” Kararı’na konu işleme ilişkin bildirimde; 10 yıllık tedarik anlaşmalarının süresi hakkında objektif açıklama yapılamamış, yalnızca ortak girişime devredilen faaliyetlerle ana teşebbüs Maisadour’un geçmişteki yakın ilişkisinin ve diğer ana teşebbüs Novartis’in yeni mısır tohumu geliştirmesinin alacağı zamanın, 10 yıllık sürenin gerekçesi olduğu ortaya atılmıştır. Gerekli olanı aşan uzunluktaki tedarik anlaşmalarının ne mevcut ticari ilişkilerin yerini alması ne de yeni tohumların geliştirilmesi için yeterli süreyle açıklanamayacağına işaret edilen Karar’da, süresi makul bulunmayan anlaşmalar yan sınırlama sayılmamıştır.

¹⁴¹ OJ C 326,1992

¹⁴² OJ C 235/4,1997

Öte yandan, 13.11.1997 tarihli “**Albacom/BT/ENI/Mediasset**” Kararı’nda, ortak girişimin ana teşebbüslerden ENI’ya hizmet sağlayabilmesi için bu teşebbüse bağlı işletmelerin bina ve bazı faaliyetlerinden yararlanarak telekomünikasyon makine-teçhizatını yerleştirmesine ilişkin 9 yıllık hakkın süresi 5 yıla sınırlandırılmıştır.¹⁴³ 15.01.1998 tarihli “**Eastman Kodak/Sun Chemical**” Kararı’nda; tarafların sonlandırmaması halinde kendiliğinden uzayacak şekilde ana teşebbüslerin ortak girişime bir süre satış yapmasına ilişkin hüküm, süresi başlangıç dönemine denk gelecek şekilde sınırlandırılarak tali kabul edilmiştir.¹⁴⁴ “**Fujitsu/Siemens**” Kararı’nda ise; ortak girişimin ana teşebbüslerden Fujitsu’nun satış kanalı olmasına ilişkin düzenleme, Fujitsu’nun mevcut dağıtım ağını ortak girişime bırakacak olması dikkate alınarak 3 yıla kadar yan sınırlama sayılmıştır.

Önceden vurgulandığı gibi, ana teşebbüslere yapılan satışın toplam satış ya da ana teşebbüslerden yapılan alımların toplam alım içindeki payının yüksek olması, ilişkinin tali bulunmama olasılığını artırmaktadır. “**Saudi Aramco/MOH**” Kararı, bu hususla ilgili önemli kararlardandır. Karar; Vardioyannis Kardeşler tarafından kontrol edilmekte olan MOH ve Avinoil işletmelerinin, hisselerinin % 50’sinin Saudi Aramco teşebbüsü tarafından devralınarak ortak girişime dönüştürülmesine ilişkindir. Bildirimde; Saudi Aramco ile ortak girişimlerden MOH arasında imzalanan tedarik anlaşması uyarınca, MOH’un 20-30 yıllık bir dönemde rafineri kapasitesinin % 60-70’ine, toplam hampetrol alımının % 60-90’ına denk gelecek miktarda Saudi Aramco’dan hampetrol satın alacak olmasının işlemin ayrılmaz parçası olduğu iddia edilmiştir. Taraflara göre, Saudi Aramco’nun hampetrol ihracatını ve MOH rafinerisinin hampetrol ihtiyacını güvence altına alan anlaşma, işlemlerle doğrudan bağlantılı olup tarafların uzun vadeli hedeflerine ulaşılmasını mümkün kılacaktır. Bu ilişkinin, pazar koşulları üzerinden gerçekleşmesi durumunda bile MOH’un uzun vadede tedarik kaynağı seçimini özgürce yapma yeteneğini kısıtlayacağını ve geçici bir dönem için öngörülmediğinin altını çizen Komisyon, anlaşmanın işlemde ayrı olarak Roma Antlaşması’nın 81’inci maddesi çerçevesinde değerlendirileceği sonucuna ulaşmıştır.

“**EDS/Lufthansa**” Kararı’nda da, ortak girişimin toplam alım-satımının önemli kısmını oluşturan tedarik düzenlemeleri dikkatle incelenmiş, ancak bunların gerekli olandan sınırlayıcı olmadığı belirlenmiştir. Karar’da, ortak girişimin başlangıç döneminde satışlarının neredeyse tamamını ana teşebbüs LH’ye yapacak olmasının; satışların denk geldiği oranın zamanla düşerek ortak girişimin pazarda aktif rol oynamasının zeminini hazırlaması, geçici bir dönemle sınırlı tutulması ve satışların benzer hizmetler için piyasada oluşan koşullarda

¹⁴³ OJ C 369/8,1997

¹⁴⁴ OJ C 32/5,1998

gerçekleştirilecek olması göz önünde bulundurularak ortak girişimin “tam işlevsel” sayılmasına engel oluşturmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Münhasır tedarik düzenlemeleri kural olarak makul bulunmamaktadır. “**Merck/Rhone-Poulenc/Merial**”, “**Fujitsu/Siemens**” ve 13.09.1993 tarihli “**British Telecom/MCI**”¹⁴⁵ Kararlarında, ana teşebbüslerin ortak girişimlere dağıtım hizmetleri ve bazı girdileri münhasıran sağlayacak olması kabul edilmemiştir.

“**Union Carbide/Enichem**” Kararı’na konu işlemde, ana teşebbüs Enichem’in ortak girişimle yaptığı uzun süreli ve münhasır tedarik anlaşmasına göre, söz konusu teşebbüsün İtalya’da ürettiği bir kimyasal maddenin ortak girişim tarafından belirli değerler arasında yıllar itibarıyla değişen ve isteğe bağlı artabilecek miktarlarda satın alınması öngörülmüştür. Başlangıç dönemi için geçerli olacak ve bunun ardından taraflardan birinin isteği üzerine belirli bir süre uzatılabilecek tedarik düzenlemesinin yan sınırlama sayılması talep edilmiştir. Komisyon; anlaşmaya konu olan kimyasal maddenin İtalya’daki tek üreticisinin Enichem olduğunu ve Enichem’in bu maddeyi üreten fabrikalar arasından devredeceği üretim tesisinin kapasitesinin ortak girişimin gereksinimini karşılamaya yetmeyeceğini vurgulamış, anlaşmanın kabul edilir süresinin belirlenmesinde şu değişkenleri dikkate almıştır:

- Söz konusu maddenin diğer arz kaynaklarının bulunması veya yaratılması için gerekli süre ve
- Anlaşmanın üçüncü taraflar üzerindeki etkisi.¹⁴⁶

Yukarıda belirtilen değişkenler değerlendirildiğinde, istisnai koşullar çerçevesinde 7 yıl ve belirli bir azami miktarla sınırlı tutulması koşuluyla tedarik anlaşmasının yan sınırlama sayılacağı hükmüne varılmıştır.

Ancak özel koşullar altında işlemin yürütülebilmesi için gerekli olması, tarafların bu gerekliliğe ilişkin objektif açıklama getirmesi ve geçici bir dönemde geçerli kalması halinde, münhasır tedarik hükümleri tali bulunabilmektedir. Buna örnek oluşturan aşağıdaki Kararlarda, münhasır düzenlemelerin gerekliliğine ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer verilmiştir.

“**Harrisons&Crosfield/Akzo**” Kararı’nda, ortak girişime devredilmesi olanaksız olan fabrikanın yalnızca ortak girişime satış yapacak olmasının ana teşebbüsün ortak girişimin pazarından süresiz çekilmesinin unsuru sayıldığı ve işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunduğu belirtilmiştir.

“**Albacom/BT/ENI/Mediaset**” Kararı’nda; ana teşebbüslerden ENI’nın telekomünikasyon hizmetleri gereksiniminin 5 yıl süre ile ortak girişimin (Albacom) bağlı işletmesi NST’den münhasıran sağlayacak olması, Albacom’un

¹⁴⁵ OJ C 253,1993

¹⁴⁶ Bu faktör, temin edilecek miktarın ortaya konulmasında da önemlidir.

ENI'ya yapacağı satışlarla başlangıç döneminde önemli bir kaynak elde edeceği ve bu şekilde Telecom Italia'nın hakim durumda olduğu pazarda tutunabileceği dikkate alınarak yan sınırlama sayılmıştır. 03.02.2000 tarihli "**TXU Europa/EDF-London Investments**" Kararı'nda ise; tarafların belirli hizmetleri yalnızca ortak girişimden alacak olması, üçüncü taraflara mal sağlamada ortak girişimin serbest bırakılması ve hizmetin ortak girişimin kurulmasıyla oluşacak yeni bir pazarda sunulacak olması göz önünde bulundurularak başlangıç süresiyle sınırlı haliyle tali bulunmuştur.¹⁴⁷

Bu tür sınırlamalarda, mal tedarikinin pazarda oluşan koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediği önemlidir. Ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki tedarik ilişkisinin pazar değişkenleriyle şekillenmesinin öngörülmesi, düzenlemelerin ortak girişimle ana teşebbüsler arasında bağımlılık ilişkisi yaratması riskini azaltacaktır. Ancak bunun söz konusu olması, ilgili tedarik düzenlemesinin işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli ve piyasa koşullarına tabi olmasının fiilen uygulanabilir nitelikte olmasına bağlıdır. "**Akzo Nobel/Monsanto**" Kararı'nda; ortak girişimin isteği üzerine beş yılı geçmeyecek bir süre ile uzatılabilecek şekilde başlangıç döneminde, pazar fiyatları üzerinden ve münhasıran olmaksızın ana teşebbüslerin ortak girişime belirli hammaddeleri sağlaması kısıtlayıcı bulunmamıştır.

Tedarik düzenlemelerinin değerlendirilmesinde, ana teşebbüslere tercihli sağlayıcı veya müşteri statüsü getirilip getirilmediği de incelenmektedir. Ortak girişimin etkinliklerinde veya ana teşebbüslerin ortak girişime devretmediği faaliyetlerde mal sağlanmasını güvence altına almanın ötesinde, ana teşebbüslerin belirli düzeyde satış yapmasına hizmet eden bu tür düzenlemeler, özel durumlar haricinde tali görülmemektedir. "**Thomson CSF/Deutsche Aerospace**" ve "**Cable&Wireless/Maersk Data-Nautek**" Kararlarında, ortak girişimlerin belirli mal ya da hizmet gereksinimlerinin karşılanmasında ana teşebbüslerin tercihli sağlayıcı olarak tanımlanması yan sınırlama sayılmamıştır. "**UPM-Kymmene/April**" Kararı'nda ise, ana teşebbüslere tercihli sağlayıcı, ortak girişimlere tercihli müşteri tanımının getirilmesi izin kararı kapsamında yer bulmamıştır.

Ana teşebbüslerin mal tedarikinde üçüncü kişilere göre tercih edilir konuma getirilmesi, üçüncü kişilerle alım-satım yapabilmeyi önlemediği ölçüde ve yine özel koşulların gerektirmesi halinde yan kısıtlama olarak görülebilmektedir. "**Wacker Air Products**" Kararı'nda; ortak girişimin mal ve hizmet ihtiyacının karşılanmasında ana teşebbüslerden Wacker'in tercihli sağlayıcı olarak tanımlanması 3 yıla kadar yan sınırlama sayılırken, bu teşebbüsün belirli bir madde satışının geçici olarak güvence altına alınması gerektiği gerekçesinden hareket edilmiştir. "**BASF/Shell II**" Kararı'nda da, belirli

¹⁴⁷ OJ C 49/4,2000

malların tedarik edilmesinde ana teşebbüsün (Shell) tercihli sağlayıcı olarak tanımlanması işlemle birlikte ele alınmıştır.

Son olarak, yan sınırlamalarla ilgili genel bir ilke çerçevesinde, tedarik düzenlemelerinin üçüncü kişilerin zararına olamayacağına altı çizilmelidir. Ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki alım-satım anlaşmasının tarafların bulunduğu pazarlarda rekabeti bozacak şekilde ayrımcılık içermesi veya üçüncü tarafların mal temin edememesine yol açması halinde, anlaşma işlemin gerçekleştirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli sayılmayacaktır. Nitekim, “ENEL/FT/DT” Kararı’nda; İtalya’nın başta gelen elektrik sağlayıcısı olan ve aynı zamanda telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren ana teşebbüs ENEL’in şebekesinin başlangıç döneminde ortak girişime kiralanacak olmasını düzenleyen anlaşma tali bulunmuş, ancak bu anlaşmanın ortak girişimin avantajına olacak şekilde üçüncü kişilerin elektrik sağlanması hizmetinden faydalanamaması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanamayacağına dikkat çekilmiştir. “Cable&Wireless/Maersk Data-Nautek” Kararı’nda da, ana teşebbüslerden Maersk’le aynı gruptaki bazı işletmelere ortak girişimin satış yapacak olması tali kısıtlama sayılırken, bu ilişkinin üçüncü kişilerin zararına olmaması koşulu getirilmiştir.

2.3. ORTAK DEVRALMALARDA YAN SINIRLAMALAR

Yoğunlaşma Tüzüğü’nün dibace bölümünün 24’üncü paragrafında belirtildiği üzere, özellikle kamu satışlarında, iki ya da daha fazla teşebbüsün birlikte, sonrasında teşebbüsleri yahut malvarlığını aralarında paylaşmak amacıyla, bir veya daha fazla teşebbüsü devralması Tüzük kapsamındadır.¹⁴⁸ Bu tür bir yoğunlaşma, iki aşamadan oluşacak (ortak kontrol ve bölüşüm) ve ortak strateji kontrolün devralınmasıyla sınırlı olacaktır. İşlemin yoğunlaşma doğurması için, ortak devralmanın ardından ilgili teşebbüslerin veya malvarlığının açık bir şekilde ayrılması gerekmektedir.

Duyuru’ya göre, teşebbüslerin bu amaçla rakip teklifler vermekten kaçınmaya ilişkin yapacağı anlaşma yan sınırlama sayılabilecektir. Bölüşümün gerçekleştirilmesiyle sınırlı düzenlemeler -ortak devralınan üretim faaliyetlerinin, dağıtım ağının ve ticari markaların bölüşülmesi amacıyla satın alan teşebbüsler arasında yapılan düzenlemeler- tali görülecektir. Ancak bölüşüm, devralan teşebbüslerin gelecekteki davranışlarının koordinasyonuna yol açmamalıdır.

¹⁴⁸ Elland (1991, 28), ortak devralmaların değerlendirilmesinde Yoğunlaşma Tüzüğü’nün yenilik getirdiğini belirtmiş ve Tüzük’ün çıkarılmasından önceki bir tarihte (20.12.1977) alınan “**Irish Distillers Group v. GC and C Brands Limited**” Kararı’yla (OJ L 50/16,1978), malvarlığının bölüşümünün öngörüldüğü bir ortak devralmaya 81’inci maddenin ihlali anlamında müdahale edildiğine işaret etmiştir.

Duyuru'da, geçici tedarik düzenlemelerinde geçerli olan esasların ortak devralmalara da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde, işletmelerin bölünmesinden kaynaklanabilecek kesinti ve aksaklıkları önlemeye yönelik düzenlemeler için hukuki belirlilik yaratılmıştır.

Komisyon kararları arasında yan sınırlama kuralı karşısında incelenen ortak devralma işlemine rastlanılmamış olup, rekabet hukuku mevzuatımızda düzenlenmemiş bu tür işlemlere ilişkin Duyuru'daki açıklamalara yer verilmesiyle yetinilmiştir.

BÖLÜM 3

YENİ DUYURU

“Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu” uzun süre (11 yıl) rehberlik yapmıştır. Ancak uygulama, belirsizlik arz eden noktalarda Duyuru’dan ayrılmıştır. Bu çerçevede, mevzuatın uygulamaya uygun hale getirilmesi amacıyla “Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu Hakkında Taslak Duyuru” tartışmaya açılmış¹⁴⁹ ve 04.07.2001 tarihinde “Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu” başlıklı yeni Duyuru çıkarılmıştır.¹⁵⁰ Başlığından anlaşılacağı gibi, “yan sınırlamalar” yerine, 4064/89 sayılı Tüzüğün 6/1(b) ve 8/2’nci maddelerinde olduğu gibi, “yoğunlaşmalarla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ifadesinin kullanılması, Yeni Duyuru ile getirilen ilk değişikliktir.

Yeni Duyuru’da, Topluluk rekabet hukuku sistemindeki basitleştirme ve modernizasyon süreci doğrultusunda, Komisyon’un bundan böyle kararlarında yan sınırlamaları değerlendirmek niyetinde olmadığı, bu tür değerlendirmelerin Kararlarda yer verildiği durumlarda bunların duyuru niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, sınırlamaların tali olup olmadığı konusunda işlem tarafları arasındaki anlaşmazlık ulusal mahkemelerde çözülecektir. Böylece, Komisyon’un konuyla ilgili yükünün önemli kısmı taraflara ve ulusal mahkemelere kaydırılmıştır.

Yeni Duyuru’da getirilen en önemli değişiklik rekabet yasağı düzenlemelerinin makul bulunan süresiyle ilgilidir. Komisyon’un son birkaç yılda aldığı kararlardaki değerlendirme yönünde, know-how ve ticari itibarın birlikte transfer edileceği devirlerde onaylanan rekabet yasağı süresi 5 yıldan 3 yıla çekilmiştir. Ortak girişim kurulmasında ise ana teşebbüslere beş yıla kadar rekabet etmeme koşulu getirilebilecek ve üç yılı aşan düzenlemelerin gerekliliğinin kendi özel koşulları çerçevesinde açıklanması beklenecektir.

¹⁴⁹ http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/draft_notices/compare_ancillary_restraints_en.pdf

¹⁵⁰ http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/ancillary_restraints

Görölmektedir ki, ortak girişim kurulmasında getirilen rekabet yasağının kabul edilir süresine ilişkin önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Son olarak Komisyon kararlarındaki değişime uygun olarak, ortak girişimin ömrünü aşan rekabet yasağı kısıtlamaları makul bulunmayacaktır.

Eski Duyuru'da düzenlenmemekle birlikte Komisyon kararlarında ele alınan birçok husus Yeni Duyuru'da yer bulmuştur. Tedarik düzenlemeleri gibi değerlendirilen servis ve dağıtım anlaşmaları; rekabet yasağı gibi incelenen çalışanların ve müşterilerin çekilmemesi ile gizlilik hükümleri; ayrıca ticari markalar, işletme adları, çizim hakları, telif hakları ve benzer haklara ilişkin lisanslar Duyuru metninde yer almıştır.

Yeni Duyuru'da, rekabet yasağının konu ve coğrafi alan bakımından kapsamı daha anlaşılır ve geniş bir şekilde açıklanmıştır. Buna göre, devralanın ya da ortak girişimin, transfer edilmeyen faaliyetler veya önceden faaliyet gösterilmeyen bölgelerde korunmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak geliştirme sürecinin ileri aşamalarında olan yahut tam olarak geliştirilmiş olmakla birlikte pazarlanmasına henüz geçilmemiş ürünler veya hizmetler ile işlem sırasında tarafların girmeyi planladığı ve bu yönde yatırım yaptığı coğrafi alanlar rekabet yasağının kapsamına dahil edilebilecektir.

Komisyon kararlarında defalarca vurgulandığı üzere, rakip işletmenin kontrolü sonucunu doğurmayacak şekilde satıcının yatırım amaçlı hisse almasının önlenmesi ve kontrol etmeyen veya kontrolü paylaşmayan hissedarlara yükümlülük getirilmesi bu çerçevede kabul edilmeyecektir. Değerli ticari sırların korunması ihtiyacı gözetilerek devirlerde 3, ortak girişim oluşturulmasında ise 5 yılı aşan gizlilik hükümlerinin yan sınırlama sayılabileceğinin ifade edildiği Duyuru'da; münhasır tedarik düzenlemelerinde olduğu gibi, sınırsız miktar üzerinden yapılan veya tercihli müşteri ya da satıcı tanımlanan düzenlemelerin de kural olarak tali bulunmayacağı belirtilmiştir. Duyuru'da ayrıca; tedarik düzenlemelerinin birçok kategoriye (tüketici ürünleri, hizmetler gibi) konu alabileceği ve her kategoriyle ilgili genelleme yapılamayacağı, ancak karmaşık sinai ürünler gibi mallarda 3 yıldan daha uzun süreli tedarik hükümlerinin normal koşullar altında ve aksinin taraflarca açıklanamaması halinde makul sayılmayacağı ifade edilmiştir.

Devralmalarda lisans anlaşmalarına ilişkin öze yönelik değişiklik getirmeyen Yeni Duyuru'da, Eski Duyuru'dan farklı olarak bu konuda daha geniş açıklama bulunmaktadır. Buna göre patent, benzer haklar ve know-how lisansları yan sınırlama sayılabileceği gibi, kurucu unsur olarak da kabul edilebilecektir. Lisans vereni koruyan düzenlemelerin, genellikle gerekli bulunmadığına ve 81'inci madde karşısında incelenebileceğine veya koşulların

varlığı halinde 240/96 sayılı Tüzük¹⁵¹ kapsamına girebileceğine işaret edilen Duyuru'da; alıcıya lisans verildiği durumlarda, rekabet yasağında olduğu gibi, satıcıya bölge sınırlaması getirilebileceği ortaya koyulmuştur.

Yeni Duyuru, ortak girişim kurulması işlemlerinde ne tür lisans anlaşmalarının yan sınırlama sayılmayacağına açıklık getirmiştir. Buna göre, ana teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmaları ve ortak girişimin ana teşebbüslerden birine lisans vermesini düzenleyen anlaşmalar tali bulunmayacaktır. Ancak kendisine fikri mülkiyet hakkı devreden ana teşebbüse ortak girişimin lisans vermesi, devirlerde lisans düzenlemelerinde olduğu gibi değerlendirilecektir.

Yeni Duyuru, eski metindeki birçok boşluğu doldurmuş ve bazı belirsizlikleri ortadan kaldırmış olmakla birlikte, özellikle rekabet yasağı ve lisans anlaşmalarında Kararlarla ortaya çıkan asli unsur/yan sınırlama çelişkisine yer vermiş ve bunu derinleştirerek kalıcılaştırmıştır.

¹⁵¹ Önceden de belirtildiği üzere, 240/96 sayılı "Teknoloji Transferi Tüzüğü" 2349/84 sayılı patent lisansları ve 559/89 sayılı know-how lisansları hakkında Tüzüklerin yerini almıştır.

BÖLÜM 4

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA YAN SINIRLAMALAR

Ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında yoğunlaşma kontrolü, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7/2'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de belirlenen esaslara göre yapılmaktadır. 1997/1 sayılı Tebliğ'de, yan sınırlamalara yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Yalnızca, Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2'nci maddesinin (c) bendinde ortak girişimle ilgili " taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan" şeklindeki ifadeyle, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağının değerlendirilmesindeki çıkış noktası belirlenmiştir. Tebliğ'in ekinde yer alan Bildirim Formu'nda (Form-2), yan sınırlama sayılması talep edilen kısıtlamalarla ilgili açıklama ve belge istenmemiştir. Bu çerçevede, yan sınırlama kuralı Rekabet Kurulu kararlarıyla gelişmektedir.

Kurul'un "birleşme-devralma" ve "muafiyet-menfi tespit" nihai kararları incelendiğinde, yan sınırlama kuralının tartışıldığı kararların sayıca çok olmamakla birlikte, bazı noktalarda tespit yapılmasını mümkün kılacak ölçüde tutarlı olduğu görülmektedir. Çoğunluğu Resmi Gazete'de yayımlanmış olanlar arasından seçilen kararlara aşağıda yer verilmiştir.

Kurul'un 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı "**Migros/Metro**" Kararı, ortak girişimle ana teşebbüslerin aynı pazarda yer almasının işlemin değerlendirilmesini nasıl etkileyeceğinin tartışılmış olması yönüyle önemlidir.¹⁵² Karar'da; gıda ağırlıklı perakende ticaret alanında faaliyet gösterecek Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti. üzerinde oluşturulacak üç ayrı ortak girişimle ana teşebbüslerden birinin (Migros) aynı pazarda kalmasının işlemin yoğunlaşma doğurucu sayılmasını önlemeyeceği ortaya koyulmuştur. Karar'da, ana

¹⁵² 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı Resmi Gazete

teşebbüslerden her ikisinin de ortak girişimlerle aynı pazarda kalması “rekabetçi davranışların koordinasyonu”na yol açabileceğinden, bu durumun 4054 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi kapsamında değerlendirileceğine işaret edilmiştir. Böylece, ortak girişimle ana teşebbüslerden iki veya daha fazlasının aynı pazarda kalmasının yoğunlaşma sayılmayacağı yönünde görüş oluşmuş ve ortak girişim kurulmasında ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağının işlemin asli unsuru olduğu ortaya çıkmıştır.

19.11.1998 tarih ve 91/736-153 sayılı “**Meges/SKW**” Kararı, en önemli yan sınırlama örneği olan rekabet yasağının açıkça tartışıldığı ilk karardır.¹⁵³ Buna göre, Meges Boya Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin SKW Bauchemie Holding A.G. tarafından devralınmasını düzenleyen sözleşmede yer alan rekabet etmeme hükmünün süresi 3 yıla sınırlandırılarak sözleşmeye muafiyet verilmiştir. Karar’da; rekabet yasağının ticari yaşamın bir gereği olmasının rekabet kurallarına aykırılığını ortadan kaldırmayacağı ve süreli veya süresiz getirilen bu tür düzenlemelerin yer aldığı sözleşmelere menfi tespit belgesi verilemeyeceği, ancak bunların makul bir süreye bağlanarak bireysel muafiyet çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla rekabet yasağı yan sınırlama sayılmamıştır.

Diğer taraftan, 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı “**Vateks/PGI**” Kararı’nda, devralma işleminde rekabet etmeme yükümlülüğü işlemle birlikte izin kapsamına alınmıştır.¹⁵⁴ Dolayısıyla, “**Meges/SKW**” Kararı’nda rekabet yasağı dikkate alınarak bireysel muafiyet verilmesiyle ters bir yol izlenerek yan sınırlamaların 4054 sayılı Kanun’a aykırı sayılmayacağı benimsenmiştir.

“**Vateks/PGI**” Kararı, Vateks Tekstil San. A.Ş.’nin (Vateks) PGI Nonwovens B.V. tarafından devralınmasına ilişkindir. Devir aynı zamanda gizli teknik bilgilerin, usul el kitaplarının, formüllerin, müşteri ve pazar bilgilerinin, pazarlama ve satış belgelerinin, markaların, patentin, know-how’ın, mülkiyet bilgilerinin ve lisans anlaşmalarının el değiştirmesini içermektedir. İşlemi düzenleyen Hissedarlık Anlaşması’nın “Rekabet Etmeme Anlaşması” başlıklı maddesinde, satıcının Vateks’te hissedar kaldığı sürece ve ortaklıktan ayrılmasını izleyen üç yıl içinde, devralınan işletmenin rakiplerine ortak olması yasaklanmıştır. Karar’da; devralanın pazara adaptasyonunun sağlanabilmesi için makul bir süre satıcının rekabetçi davranışlarından korunmasının gerekli olabileceği ifade edilmiş, işlemin maddi olmayan varlık transferini de içermesi dikkate alınarak rekabet yasağı yan sınırlama sayılmıştır.

Karar’da, Vateks’in kontrolüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın tüm hissedarlara rekabet etmeme koşulunun yüklenmesi ile Vateks’in rakiplerinin

¹⁵³ 30.04.2000 tarih ve 24035 sayılı Resmi Gazete

¹⁵⁴ 10.09.1999 tarih ve 23812 sayılı Resmi Gazete

kontrolü sonucunu doğurmayacak şekilde hisse alımlarının ve kontrolü devreden satıcının hissedar kaldığı sürece ve sonrasında bağlanmasının rekabet yasağı haricinde bırakılmamış olması göz ardı edilmiştir. Topluluk içtihatına göre bu hususlar, rekabet yasağının kapsam yönüyle işlemin yürütülmesi için gerekli olandan daha kısıtlayıcı olduğunu göstermektedir.

28.04.1999 tarih ve 99-21/170-89 tarihli **“Royal Packaging/Eskinazi Ailesi”** Kararı, gıda ve gıda harici uygulamalar için esneyebilen ambalaj malzemeleri sektöründe faaliyet gösteren Van Leer Saf Plastik A.Ş.’deki (VLSP) Eskinazi Ailesine ait hisselerin Royal Packaging Industries Van Leer N.V. tarafından devralınması üzerinedir.¹⁵⁵ Hisse Satış Sözleşmesi’nin ilgili maddesinde Eskinazi Ailesine, beş yıl boyunca ilgili pazarlarda doğrudan veya dolaylı olarak faaliyet göstermeme ya da yalnızca VLSP aracılığıyla satış yapma koşulu getirilmiştir. Teknik know-how ve ticari itibar transferini içeren devirlerde kabul edilir süre hakkında Topluluk içtihatı üzerinde geniş bir şekilde durulan Karar’da, satıcı Aileye getirilen beş yıllık rekabet yasağı yan sınırlama sayılarak anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmiştir.

Rekabet Kurulu’nun 28.04.1999 tarih ve 99-21/173-92 sayılı **“Yibitaş/Lafarge”** Kararı, Yibitaş Holding A.Ş. kontrolündeki üretim tesislerinin Lafarge’ın ortak olacağı ortak girişime bağlanması üzerine olup işlem sonucunda ana teşebbüslerden Yibitaş ilgili faaliyetlerinin tamamını ortak girişime bırakacak ve Lafarge bağlı işletmeleriyle ortak girişimin komşu coğrafi pazarında faaliyetlerini sürdürecektir.¹⁵⁶ Bu noktada, Lafarge ile ortak girişim arasında, hem aynı faaliyetlerde bulunulması hem de komşu bölgelerdeki üretim tesislerinin belirli dönemlerde ortak satış merkezlerine sahip olması itibarıyla rekabetçi davranışların koordinasyonu riski gündeme gelmiştir.

Ortak girişim anlaşmasında, ana teşebbüslerin, ortak girişimin hissedarı olduğu sürece diğer tarafın onayını almaksızın ortak girişimden bağımsız olarak ilgili faaliyetlerde bulunamayacağı ve hisselerinin tümünü satması halinde üç yıl süreyle ilgili pazarda doğrudan veya dolaylı olarak yer alamayacağı düzenlenmiştir. Karar’da, bu tür kısıtlamaların ortak girişimin olmazsa olmaz unsurlarından sayılması gerektiği ve rekabet etmeme koşulunun ortak girişim kurulması işleminden bağımsız değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Karar’da; Lafarge’ın ortak girişimin komşu coğrafi pazarında faaliyetlerini sürdüreceği olması, ana teşebbüslerin her ikisine de getirilen rekabet yasağına karşın rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açabilecek nitelikte bulunmuş ve işlem Kanun’un 5’inci maddesi karşısında incelenmiştir. İşlemlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilen rekabet etmeme koşulunun “zorunlu kısıtlama” olarak nitelendirildiği Karar’da, kısıtlamaların zorunlu

¹⁵⁵ 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete

¹⁵⁶ 05.12.2000 tarih ve 24251 sayılı Resmi Gazete

görülmüşünden hareketle muafiyet koşullarının var olduğu sonucuna kısa bir değerlendirmeye varılmıştır. İşlemin 4'üncü madde kapsamında bulunmasının ve rekabet etmeme koşulunun muafiyet şartlarıyla ne şekilde ilişkilendirildiğinin açık olmadığı Karar, bir ana teşebbüs ile ortak girişimin aynı pazarda kalmasının makul bulunduğu “**Migros-Metro**” Kararı'yla çelişki içindedir. “Zorunlu kısıtlama” ifadesi kullanılarak rekabet yasağının üstü kapalı bir şekilde kurucu unsur sayıldığı sanılmaktadır. Bunun doğru olması halinde, rekabetçi davranışların düzenlenmesinin önündeki engel olan rekabet yasağının bireysel muafiyet koşullarıyla denk tutulması yanlıştır.

04.05.1999 tarih ve 99-22/196-112 sayılı “**Aries Industries-Coşkunöz Holding**”¹⁵⁷, 03.06.1999 tarih ve 99-27/242-146 sayılı “**Termo/Hendrickx**” Kararları, yan sınırlamaların yoğunlaşma işlemiyle birlikte değerlendirilerek işleme ilişkin izin ya da menfi tespit kararının bu düzenlemeler için de geçerli olduğu yönündeki yaklaşımı yansıtmaktadır. “**Termo/Hendrickx**” Kararı, Termo Teknik Ticaret ve Sanayi A.Ş. hisselerinin % 85'inin Hendrickx Radiatoren N.V. tarafından devralınmasını düzenleyen “Hisse Devir Anlaşması”nın ekinde yer alan “Rekabet Yasağı Anlaşması”na menfi tespit/muafiyet verilmesi talebine ilişkindir. Söz konusu Anlaşma'da; satıcının rakip işletmelere iştirak etmesi veya bunlarla diğer şekillerde çalışması üç yıl boyunca yasaklanmıştır. Anlaşma'da yine satıcıya yönelik olarak aynı sürede,

- devredilen işletme (şirket) çalışanlarının istihdam edilmemesi,
- şirketin tartışmalı olduğu veya iş yapmadığı potansiyel müşteri, sağlayıcı, lisans alan, lisans veren, franchise alan, franchise verenle çalışılmaması,
- şirketin üçüncü kişilerle olan iş ilişkisine müdahale edilmemesi ve zarar verilmemesi,
- son iki yıl içinde şirketin müşterisi olanlara teklif götürülmemesi,
- şirketle ilgili gizli bilginin açıklanmaması ve kullanılmaması,

hükme bağlanmıştır.¹⁵⁸ Kurul Kararı'nda, bildirim tabi olmayan devir işleminin maddi varlıkların yanı sıra maddi olmayan varlıkların da transferini içermesi dikkate alınarak rekabet etmeme hükümleri işlemin zorunlu, objektif ve makul yan sınırlamaları olarak kabul edilmiştir.

15.02.2000 tarih ve 00-7/62-29 sayılı “**Lawson/Bakioğlu**” Kararı'nda, Lawson Mardon Bak Gravür Baskılı Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin % 51 oranında hissesine sahip olan İngiliz menşeli Lawson Mardon Group International Limited şirketinin yerli hissedarlardan % 29 oranında hisse devralmasıyla değişiklik yapılan şirket ana sözleşmesindeki rekabet yasağına ilişkin menfi tespit talebi tartışılmıştır.¹⁵⁹ Lawson Mardon Bak Gravür Baskılı Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş., Lawson Mardon Grubu (LMG) ile Bakioğlu

¹⁵⁷ Karar henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır.

¹⁵⁸ 13.02.2002 tarih ve 24670 sayılı Resmi Gazete

¹⁵⁹ 20.08.2000 tarih ve 24146 sayılı Resmi Gazete

Holding A.Ş.'nin ortak girişimi iken, işlem sonrasında LMG'nin kontrolüne geçecektir. Şirket Ana Sözleşmesi'nin ilgili maddesinde; satıcı tüzel ve gerçek kişilerin, 18 ay süreyle şirketin faaliyetlerine rakip bir işle iştigal etmeyeceği ve bunu izleyen ikinci 18 ayda -ayrılış tarihi itibarıyla- şirketin son 12 aylık satış cirosunun % 20 ve daha fazlasını sağlayan müşterilerle çalışmayacağı, ayrıca her iki dönemde de şirket personelinin istihdam etmeyeceği hükme bağlanmıştır. Karar'da; kısıtlamanın şirketin faaliyet alanındaki ürünlerle sınırlı tutulması ve devir işleminin know-how transferini de içermesi nedeniyle makul bulunan üç yıllık rekabet yasağı, müşteri ile çalışanların çekilmemesi kısıtlamalarıyla birlikte yan sınırlama sayılmış ve talep edilen menfi tespit belgesi verilmiştir.

16.05.2000 tarihli ve 00-18/178-96 sayılı **“Wagner/Gabriele”** Kararı'nda, yan sınırlama sayılan düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi anlamında rekabeti kısıtlayıcı görülmediği yönündeki yaklaşım sürdürülmüş ve bildirim tabi olmayan devralma işlemindeki üç yıl süreli rekabet etmeme koşulu tali bulunarak devir anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmiştir.¹⁶⁰

Rekabet Kurulu kararlarının etraflıca eleştirilmesi mümkün değildir, çünkü içtihatımız bunu olanaklı kılacak ölçüde geniş ve derin değildir. Bu durum özellikle lisans anlaşmaları ve tedarik düzenlemelerinin henüz yeterince tartışılmamış olduğu gerçeği karşısında anlam kazanmaktadır. Ancak yine de, Kurul'un son kararlarındaki temel yaklaşımının tutarlı ve isabetli olduğu söylenebilecektir. Şöyle ki, **“Meges/SKW”** Kararı'nda rekabet etmeme koşulunun yer aldığı anlaşmalara menfi tespit belgesi verilemeyeceği, **“Yibitaş/Lafarge”** Kararı'nda ise zorunlu kısıtlama olarak nitelendirilip işlemin ayrılmaz parçası sayılan rekabet yasağının bireysel muafiyet koşullarıyla ilişkilendirilmesinin altında yatan belirsizlik, çelişki ve yanlışlık, **“Vateks/PGI”** Kararı ve diğer ilgili kararlarla aşılmıştır. Böylece, tali kısıtlamalar işlemlerle birlikte değerlendirilmiş ve bildirim tabi birleşme-devralmalara verilen izin kararları anılan kısıtlamaları da içine almış, bildirim tabi olmayan işlemlerde ise yan sınırlamalar 4054 sayılı Kanun'a aykırı bulunmayarak ilgili anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmiştir.

Kararlarda genel olarak, yan sınırlama sayılan kısıtlamaların işlemlerle ilgili olması ve gerekliliği yeterince ele alınırken, “orantılı olma” ilkesi çerçevesinde daha az kısıtlayıcı alternatiflerin tercih edilmesi gereği üzerinde durulmamıştır. Hiçbir kararda, yan sınırlamaların süresi sorgulanmamış, Komisyon Duyurusu'nda belirlenen sürelerle uygunluk başlıbaşına yeterli sayılmıştır. Çoğu kararda, yan sınırlamaya ilişkin bölgenin işlem öncesindeki faaliyet bölgesiyle örtüşüp örtüşmediği belirsizdir. Bunun yanı sıra, rekabet yasağının, işlem öncesinde devre konu işletmeyi kontrol edip etmediğine

¹⁶⁰ 18.07.2001 tarih ve 24466 sayılı Resmî Gazete.

bakılmaksızın hissedarların tümüne getirilmesi ve kontrolün ele geçirilmesi sonucunu doğurmayacak yatırım amaçlı hisse alımlarını da kapsamı irdelenmemiştir.

Ortak girişim kurulmasına ilişkin kararlarda rekabet yasağının değerlendirilmesinde, “**Metro/Migros**” Kararı’nda oluşan içtihat genelde izlenmiştir.¹⁶¹ Ana teşebbüslerden iki veya daha fazlasının ortak girişimle aynı ya da ilişkili pazarlarda faaliyetlerini sürdürmesinin, “rekabetçi davranışların koordinasyonu”na yol açabileceği düşüncesinden hareketle, ortak girişimin işbirliği doğurucu sayılmasını gerektirdiği Kurul kararlarında yer bulmuştur. Kararlarda, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2(c) maddesinden yapılan çıkarım doğrultusunda işlemin asli unsuru sayılan, tarafların ortak girişimin pazarından süresiz çekilmesi sonucunu doğuran rekabet yasağı düzenlemesi yan sınırlama başlığı altında incelenmemiştir.

¹⁶¹ “**Yibitaş-Lafarge**” Kararı’nda bu yaklaşımdan sapılmıştır.

SONUÇ

Yan sınırlama kuralı, devredilen malvarlığının değerinin korunması gerekliliği noktasında ortaya çıkmıştır. Kuralın konu aldığı ilk örnek, satıcının belirli bir süre devredilen işletmeyle rekabet etmekten kaçınması şeklindeki rekabet yasağı olmuştur. Aynı mantıkla, ortak girişimin ana teşebbüslerinden devraldığı maddi olmayan (ticari itibar ile teknik know-how gibi) ve maddi varlıkları tam değeriyle transfer edebilmesi amaçlı kısıtlamalar da bu kapsamda incelenmiştir. Kendi içinde tutarlı olan bu mantığa göre, faaliyetlerini devreden (satıcı ve ana teşebbüsler) korunmasına yönelik düzenlemeler kural olarak makul bulunmamıştır. Bu tür düzenlemeler istisnai durumlar dışında yoğunlaşmayla birlikte değerlendirilmemiş, Roma Antlaşması'nın 81 ve 82'nci maddeleri çerçevesinde incelenebilmiştir.

Yoğunlaşmanın yaşama geçirilmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar olarak tanımlanan yan sınırlamalar, Komisyon kararlarıyla çıkış noktasının dışında yeni bir boyut kazanmıştır. Şöyle ki, malvarlığı devri sonrasında satıcı ya da ana teşebbüslerin ekonomik bütünlüğünün bozulmasına bağlı olarak mal tedarikindeki olası kesintilerin giderilmesine yönelik düzenlemeler, bunların faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli (geri) lisansın verilmesi ve satıcı hakkında öğrendiği sır niteliğindeki bilginin alıcı tarafından gizli tutulması gibi kısıtlamaların yasaklanmamasıyla devredeni koruyan düzenlemeler yan sınırlama uygulamasına dahil olmuştur. Dolayısıyla, yan sınırlamalar devredilen ve/veya devre konu olmayan faaliyetlerin değerinin korunmasını güvence altına alarak işlemin yürümesini sağlayan kısıtlamaları ifade etmeye başlamış ve esnek bir üst kavrama dönüşmüştür.

Yeni Duyuru'nun II.Bölümü'nde "gerekli olma" unsuru açıklanırken, kuralın sınırları belirlenmiştir: "...transfer edilen varlıkların değerinin korunması, ekonomik bütünlüğün parçalanmasının ardından arzda sürekliliğin sağlanması ve yeni bir birimin kurulup pazarda tutunabilmesi amaçlı anlaşmalar bu kriteri karşılamaktadır.". Böylece, "Yan Sınırlamalar Üzerine Komisyon Duyurusu"nda getirilen kuralların kesin olmadığı ve özel koşulların varlığında daha kısıtlayıcı düzenlemelerin makul bulunabileceği anlayışı, bazı çelişkilerle beslenerek

birleşme-devralmanın gerektirdiği, ancak işlemin merkezinde yer almayan düzenlemelerin neredeyse tümünü açıklayan bir yaklaşımı doğurmuştur.

Uygulamada yoğunlaşma doğurucu asli unsurların yan sınırlama sayılabilmesi belirsizliğe yol açmıştır. Ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesi ve fikri mülkiyet hakları transferinin alternatifi olarak lisans verilmesi bu belirsizliğin somutlaştığı başlıca örneklerdir. Duyuru'daki açıklamanın aksi yönde olmasına karşın, işlemin merkezinde yer alan, önemi itibarıyla temel amaç ve sonuçların gerisinde olmayan düzenlemelerin işlemin yürütülmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli bulunduğu birçok karar söz konusudur. Bununla ilgili olarak, yan sınırlamaların birleşme-devralmayla birlikte değerlendirildiğini ve işlem için verilecek izin kararının bunlar için de geçerli olacağını, dolayısıyla asli unsurların yan sınırlama başlığı altında incelenmesinin değerlendirme sonucunu etkilemeyeceğini söylemek ilk bakışta mümkündür. Ancak bu anlayışla, yoğunlaşma doğurucu unsurlar tali kısıtlamalar gibi orantılılık ilkesi uyarınca sorgulanabilecek, süre ve kapsam yönüyle sınırlandırılabilir. Bu halde, işlemin etki doğurmasını güvence altına alan yan sınırlama kuralı, işlemleri eksik bırakabilecek şekilde yorumlanarak uygulanmış olacaktır. Oysa ki, kurucu unsurlar kalıcı ve kesin düzenlemeleri ifade etmektedir.

Bazı düzenlemelerin hem yan sınırlama hem de yoğunlaşma doğurucu bulunmasının ardında yatan bir tercihten söz edilebilir. Kapsamı gerekli olandan konu ve bölge bazında daha geniş olan sınırlamalar pazar paylaşımının veya bağımlılığın aracına dönüşebileceğinden düzenlemelerin daha yakından incelenmek istenmesi, belirsiz yaklaşımın muhtemel açıklamasıdır. Bildirimde bulunan teşebbüsler açısından bakıldığında, yoğunlaşma doğurucu olduğu açık ve hatta sınırlama sayılamayacak düzenlemelerin tali bulunmasının talep edildiği görülmektedir. Bu şekilde hareket eden teşebbüsler hukuki belirlilik yaratmak peşindedir. Bu çerçevede, Komisyon'un ve teşebbüslerin "sağlamcılık" endişesi sözü edilen çelişkiyi beslemektedir.

Bu noktada izlenecek en sağlıklı yol, asli unsur-yan sınırlama ayrımını keskinleştirmektir. Hareket noktası olarak önceki bölümde belirtilen karşılaştırmadan faydalanılabilir: Asli unsurlar yoğunlaşmalar için her zaman ve her koşulda gerekli ve yaratıcı düzenlemelerken, yan sınırlamalar işlem özelinde gerekli kısıtlamalardır. Örneğin, gerekli hakların kullanımına ilişkin, doğrudan faaliyetleriyle ilgili ve hak transferinin alternatifi olarak ortak girişime verilecek süresiz lisans, içi dolu ve pazarda tutunabilecek bir birim oluşturmanın olmazsa olmaz koşulu ve işlemin hukuki tanımının bir parçası sayılarak işlemin merkezinde görülmelidir. Ana teşebbüslere lisans verilmesi, devre konu olmayan faaliyetlere mal tedarikinin sürdürülmesi, alıcının satıcının rekabetçi davranışlarından korunması gibi örneklerin yan sınırlamalar başlığı altında

tartışılacağı açıktır, çünkü bu düzenlemelerin yokluğunda işlemin yoğunlaşma sayılmasını tanım gereği önleyen bir durum söz konusu değildir.

Araştırmanın sistemli bir şekilde ilerlemesi amacıyla, devralma ve ortak girişim kurulmasındaki yan sınırlamalar üç grupta incelenmiştir. Bunlar rekabet yasağı, lisans anlaşmaları ve tedarik düzenlemeleridir. Diğer kısıtlamalara, bunların amaç ve etkisi yönüyle denk olduğu başlıklar altında yer verilmiştir. Söz gelimi, satıcının belirli bir süre alıcının çalışanlarını istihdam edememesi ve müşterilerini çekememesine ilişkin sınırlamalar rekabet etmeme koşuluyla birlikte tartışılmıştır. Ancak, yan sınırlamaların birbirinden kesin çizgilerle ayrılmadığı vurgulanmalıdır. Kaldı ki, düzenlemenin hangi alt başlık altında yer aldığı belirlenmesinin ötesinde ilgili, gerekli ve orantılı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması önemlidir.

Yan sınırlamalar genellikle, tanımının çağrıştırdığının aksine rekabeti azaltıcı düzenlemeler değildir. Makul süreli rekabet yasağıyla alıcının pazarda tutunabilmesine ve satıcının pazara yeniden girebilmesine, tedarikte sürekliliğin güvence altına alınmasıyla ise ortak girişimin bağımsız bir birime dönüşmesine ve satıcının veya ana teşebbüsün pazarda kalabilmesine zemin hazırlanmaktadır. Yan sınırlamalar böylece, ATAD'ın "**Remia BV v. Komisyon**" Kararı'nda belirtildiği gibi, pazardaki oyuncu sayısının azalmamasına, hatta artabilmesine hizmet etmektedir.

Yan sınırlamaların işlemlerle birlikte değerlendirilmesinde, işlemin uygun koşullar altında yaşama geçirilebilmesi gereksinimi ve pazar üzerinde yaratılabilecek genel etki ön plandadır. Hem rekabet üzerinde sınırlayıcı etki yaratmaması hem de yasaklanmayan birleşme-devralmayla bütünlük içinde olması göz önünde bulundurulduğunda, yan sınırlamaların rekabet kurallarına aykırı olmadığı daha iyi anlaşılacaktır. Bu itibarla, işlemin bütünlüğü ile pazar koşullarının birlikte değerlendirildiği bu düşünüşün "rule of reason" ilkesiyle benzer olduğunu söylemek mümkündür.

Tali kısıtlamaların tartışılmasında karşılaşılan çelişkilerden biri, orantılılık ilkesi doğrultusunda daha az kısıtlayıcı alternatiflerin araştırılmasının hemen her işlemde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirerek belirsizliğe yol açabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Komisyon kararlarında, Duyuru'daki sürelerin aşılması ve kapsamın öngörülen şekilde belirlenmesi halinde daha az kısıtlayıcı alternatifler üzerinde durulmamaktadır. Bu şekilde taraflar açısından, tali düzenlemelerin süre ve kapsamının kararlaştırılmasında önemli ölçüde belirlilik yaratılmıştır. Orantılık testinin yalnızca Duyuru'da belirlenen sürelerin aşıldığı durumlarda işletilmesi, belirlilik getirmenin yanında amaca hizmet etmiştir.

Topluluk tecrübelerinden, rekabet hukuku mevzuatımız ve uygulama açısından çıkarılacak dersler bulunmaktadır. Öncelikle, yan sınırlamalara 1997/1 sayılı Tebliğ’de açıkça yer verilmelidir. Bunu izleyen adım Komisyon Duyurusu’na benzer açıklayıcı bir rehberin hazırlanması olmalıdır. Ancak bu noktada, “kontrol” gibi temel kavramların açıklandığı düzenlemelerle söz konusu rehberin eş zamanlı hazırlanmasının, mevzuatta bütünlüğün sağlanması ve yan sınırlama kuralının anlaşılabilirlik altyapısının kurulması bakımından isabetli olacağı düşünülmektedir. Rehber çalışmalarında, Komisyon Duyurusu’ndaki belirsizlikler, uygulama ile Duyuru’daki açıklamaların çelişkili olduğu noktalar ve Yeni Duyuru’da öngörülen yenilikler dikkate alınmalıdır. Ancak, kararlarda yan sınırlamaların tartışılmaması yeniliği ülkemiz uygulamasında benimsenmemelidir, çünkü bu konudaki içtihat yeterince olgunlaşmamıştır.

Diğer yandan uygulamada, yan sınırlama kuralı çerçevesinde incelenen düzenlemelerin kapsamı etraflıca tartışılmalıdır. Rekabet Kurulu’nun ilgili kararlarının çoğunda, yan sınırlama sayılan düzenlemelerin özellikle bölgesel kapsamının yeterince sorgulanmadığı görülmektedir. Oysa ki, alıcı veya ortak girişime getirilen korunmanın gerekli olandan daha kısıtlayıcı olup olmadığının sağlıklı bir şekilde belirlenmesi için, transfer edilen faaliyetlerin işlem öncesinde gerçekleştirildiği bölge (ve mal veya hizmetler) açıkça ortaya koyulmalıdır. Ayrıca, yan sınırlamaların kapsamının diğer bir değişkeni olan bağlanan kişiler de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, kontrole sahip olmayan hissedarların rekabet yasağıyla bağlanıp bağlanmadığı irdelenmelidir.

Kurul kararlarında asli unsur-yan sınırlama belirsizliği söz konusu değildir. Ortak girişim meydana getirilmesi işlemlerinde, ana teşebbüslerin ortak girişimin pazarından çekilmesi sonucunu doğuran rekabet yasağının işlemin asli unsurları arasında değerlendirilmesi sağlıklı bir yaklaşımdır. Yine bu doğrultuda ticari-sınai mülkiyet hakları, know-how ve benzer hakların kullanımına yönelik lisans verilmesi de, faaliyetlerle ilgili olduğu ve maddi olmayan varlık transferinin alternatifi işlevini gördüğü durumlarda yan sınırlama değil, yoğunlaşma doğurucu unsur kabul edilmelidir.

Son olarak, rekabet kurallarıyla uyumlu yan sınırlamaların bildirim tabi birleşme-devralmalarla birlikte değerlendirilmesi ve izin kararlarının bu kısıtlamalar için kendiliğinden geçerli olması, bildirim tabi olmayan işlemlerde ise yan sınırlamaların incelenmesi talep edildiğinde anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmesi yönündeki doğru yaklaşım sürdürülmelidir.

ABSTRACT

According to the Council Regulation No.4064/89, restrictions that are directly related and necessary to the implementation of concentrations are assessed together with the operation. The “Commission Notice Regarding Restrictions Ancillary To Concentrations” explains restrictions in transfer of undertakings, joint acquisitions and creation of joint ventures. The very first motive of the doctrine was to enable transfer full value of assets. However the scope of the doctrine has been extended through the Commission decisions. In “Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations”, which replaces the old one, a clear definition of the scope is made: “...Agreements aimed at protecting the value transferred, maintaining the continuity of supply after the break-up of a former economic entity, or enabling the start-up of a new entity usually meet the criteria.”

As regards the Turkish competition legislation and its implementation, there are lessons to be taken from the EC experience. First, basis of the doctrine must be established in the Communiqué No.1997/1. Then detailed guidelines on the issue must be prepared. Finally in the decisions, ancillary restrictions must be assessed in relation with the concentration, duration and scope of such provisions must be deeply analyzed.

KAYNAKÇA

- BELLAMY, C. ve G. CHILD (1993), *Common Market Law of Competition*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London
- CELLI, R. ve M. GRENFELL (1997), *Merger Control in The United Kingdom and European Union*, Kluwer Law International Ltd., London
- COOK, J. ve C. KERSE (2000), *E.C. Merger Control*, Third Edition, Sweet&Maxwell, London
- DESAI, K. (1991), "Reverse Non-Competes under E.C. Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol:18, No:3, s. 178-181
- DIAS, F. (1995), "Some Reflections on the Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law", *Fordham International Law Journal*, Vol:18, s. 325-362
- ELLAND, W. (1991), "The Merger Control Regulation and Its Effect on National Merger Controls and The Residual Application of Articles 85 and 86", *European Competition Law Review*, Vol:12, No:1, s. 27-28
- FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, New York
- FINE, F. (1994a), *Mergers and Joint Ventures in Europa*, Second Edition, Kluwer Law International Ltd., London
- FINE, F. (1994b), "Revised Notice on The Distinction between Concentrative and Co-operative Joint Ventures", *European Competition Law Review*, Vol:15, No:6, s. 291-295
- HOLLEY, D. (1990), "Ancillary Restrictions in Mergers and Joint Ventures", *Fordham International Law Journal*, Vol:13, s. 423-459
- MAGUIRE, D. (1998), "Competition Law and Non-Compete Clauses", <http://www.clubi.ie/competition/compframesite/noncompeteclauses.htm>.

RITTER, L., W. BRAUN ve F. RAWLINSON (1991), *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Netherlands

ATAD ve Komisyon Kararları

- “Aegon / Guardian Life” (28.09.1999), OJ C 313/7,1999
- “Ahold / Jeronimo Martins” (29.09.1992), OJ C 261,1992
- “Akzo Nobel / Monsanto” (19.01.1995), OJ C 37/3,1995
- “Albacom / BT / ENI / Mediaset” (13.11.1997), OJ C 369/8,1997
- “Alcoa / Inespal” (24.10.1997), OJ C 29/7,1998
- “American Home Products / Monsanto” (28.09.1998), OJ C 109/4,1999
- “Ameritech / Tele Danmark” (05.12.1997), OJ C 25/18,1998
- “Asko / Omni” (21.02.1991), OJ C 51,1991
- “Avesta / British Steel / NCC / AGA / Axel Johnson” (04.09.1992), OJ C 258,1992
- “BASF / Shell II” (23.12.1997), OJ C 81/5,1998
- “BAT / Zurich” (16.02.1998), OJ C 92/17,1998
- “Baxter / Nestle / Salvia” (06.02.1991), OJ C 37,1991
- “Bayerische Vereinsbank / FGH Bank” (04.03.1998), OJ C 116/3,1998
- “Bertelsmann / News International / Vox” (06.09.1994), OJ C 274,1994
- “Birmingham International Airport” (25.03.1997), OJ C 137/3,1997
- “Borealis / IPIC / OMV / PCD” (24.07.1998), OJ C 280/3,1998
- “British Airways / TAT” (27.11.1992), OJ C 326,1992
- “British Telecom / MCI” (13.09.1993), OJ C 253,1993
- “BTR / Pirelli” (17.12.1992), OJ C 265,1992
- “Cable & Wireless / Maersk Data-Nautek” (10.07.1997), OJ C 235/4,1997
- “Cable & Wireless / Schlumberger” (22.12.1994), OJ C 34/2,1995
- “Cable & Wireless / VEBA” (16.08.1995), OJ C 231/3,1995
- “CCIE / GTE” (25.09.1992), OJ C 265,1992
- “Celestica / IBM (EMS)” (25.02.2000),
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1841_en.pdf
- “CGP / GEC Alsthom / KPR / Kone Corporation” (14.04.1994), OJ C 109,1994
- “Chrysler / Distributors” (22.12.1997), OJ C 79/3,1998
- “CLT / Disney / Super RTL” (17.05.1995), OJ C 144/23,1995
- “Conagra / Idea” (30.05.1991), OJ C 175,1991
- “Courthalds / SNIA” (19.12.1991), OJ C 333,1991
- “Dalgety / The Quaker Oats Company” (13.03.1995), OJ C 82/14,1995
- “DHL / Deutsche Post” (26.06.1998), OJ C 307/3,1998
- “Digital / Kienzle” (25.02.1991), OJ C 56,1991
- “Digital / Philips” (02.09.1991), OJ C 235,1991
- “Direct Line / Bankinter” (12.01.1995), OJ C 34/5,1995
- “Dow Jones / NBC-CNBC Europe” (22.01.1998), OJ C 83/4,1998

“Dragerwerk / IBM / HMP” (28.06.1991), OJ C 236,1991
“Dupont / ICI” (02.10.1997), OJ C 4/4,1998
“Eastman KODAK / Sun Chemical” (15.01.1998), OJ C 32/5,1998
“EDF / Lufthansa” (11.05.1995), OJ C 163/8,1995
“Elf / Enterprise” (24.07.1991), OJ C 203,1991
“Elopak / Metal Box” (13.07.1990), OJ L 209/15,1990
“ENEL/FT/DT” (22.06.1998),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31998J0002
“Ericsson / Kolbe” (22.01.1992), OJ C 27,1992
“Fujitsu / Siemens” (30.09.1999),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999J0022
“GE / Bayer” (11.06.1998), OJ C 218/6,1998
“GE Capital / Sea Containers” (28.04.1998), OJ C 162/4,1998
“GECC / Avis Lease” (15.07.1992), OJ C 201,1992
“GE / CIGI” (28.08.1994), OJ C 271,1994
“General Re / Kölnische Rück” (24.10.1994), OJ C 312/5,1994
“GRE / PPP” (16.02.1998), OJ C 168/12,1998
“Hagemeyer / ABB Asea Skandia” (07.10.1997), OJ C 376/11,1997
“Harrisons & Crosfield / Akzo” (29.04.1993), OJ C 128,1993
“Havas / Bertelsmann / Doyma” (27.08.1998), OJ C 139/4,1999
“Hochtief / Aer Rianta / Düsseldorf Airport” (22.12.1997), OJ C 61/5,1998
“ICI / Williams” (29.04.1998), OJ C 218/5,1998
“ICL / Nokia Data” (17.07.1991), OJ C 236,1991
“Inchcape / IEP” (21.01.1992), OJ C 21,1992
“Ingersoll-Rand / Dresser” (18.12.1991), OJ C 86,1992
“Irish Distillers Group v. GC and Brands Limited” (20.12.1977), OJ L 50/16,1978
“Kingfisher / Grosslabor” (12.04.1999),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1482
“Kirch / Richemont / Multichoice / Telepiu” (05.05.1995), OJ C 129/6,1995
“KNP BT / Bunzl / Wilhelm Seiler” (14.02.1997), OJ C 110/9,1997
“KODAK / Imation” (23.10.1998), OJ C 17/2,1999
“LGV / BTR” (11.12.1997), OJ C 125/7,1998
“Lufthansa / Menzies / Sigma and Manchester” (30.06.1998), OJ C 238/8,1998
“Maersk Air / LFV Holdings” (06.07.1998), OJ C 253/4,1998
“Mannesmann / Olivetti / Infostrada” (15.01.1998), OJ C 83/4,1998
“Marconi / Finmeccanica” (05.09.1994), OJ C 253/10,1994
“Matra Marconi Space / Satcomms” (14.10.1994), OJ C 307/3,1994
“Mecaniver / PPG” (12.12.1984), OJ L 135/54,1985
“Mederic / Urrpimtec / CRI / Munich Re” (02.07.1997), OJ C 329/11,1997

“Merck / Rhone-Poulenc / Merial” (02.07.1997), OJ C 312/15,1997
“Mitsubishi / UCAR” (04.01.1991), OJ C 5,1991
“Nestle / Perrier” (22.07.1992), OJ C 356/1,1992
“Nichols Freres / Vitapro” (30.07.1964), OJ 136/2287,1964
“Nokia / Autoliv” (05.02.1996), OJ C 69/3,1996
“Nordic Capital / Mölnlycke Clinical / Kolmi” (20.01.1998), OJ C 39/19,1998
“Nordic Capital / Transpool” (23.08.1995), OJ C 243/5,1995
“Nortel / Norweb” (18.03.1998), OJ C 123/3,1998
“Novartis / Maisadour” (30.06.1999), OJ C 208/4,1999
“Nutricia” (12.12.1983), OJ L 376/22,1983
“Otto / Grattan” (21.03.1991), OJ C 93,1991
“Pepsi Co / General Mills” (05.08.1992), OJ C 228,1992
“Philips / Hewlett Packard” (17.02.1997), OJ C 110/7,1997
“Philips / Lucent Technologies” (20.08.1997), OJ C 274/7,1997
“Philips / Thomson / SAGEM” (18.01.1993), OJ C 22,1993
“Planet Internet / Fortis Bank / Mine JV” (10.07.2000),
http://europa.eu.int/comm/com petition/mergers/cases/decisions/m1964_en.pdf
“Quantel International / Continuum Quantel SA” (27.07.1992), OJ C 235/9,1992
“Recticel / Greiner” (19.03.1997), OJ C 205/4,1997
“Remia v. Commission” (11.07.1985),
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=684J0042
“Reuter / BASF” (20.07.1976), OJ L 254/40,1976
“RSB / Tenex / Fuel Logistics” (02.04.1997), OJ C 168/5,1997
“Sanofi / Sterling Drug” (10.06.1991), OJ C 156,1991
“Saudi Aramco / MOH” (23.05.1995), OJ C 158/4,1995
“SHV / Chevron” (20.12.1974), OJ L 38/14,1975
“Singapore Airlines / Rolls-Royce” (10.05.1999),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31999M1506
“SLDE / NTL / MSCP / NOOS” (16.10.2000),
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2137_en.pdf
“Solvay-Laportel / Interox” (30.04.1992), OJ C 165,1992
“Steetley / Tarmac” (12.02.1992), OJ 50,1992
“Telia / Ericsson” (20.02.1997), OJ C 156/4,1997
“Tesco / Catteau” (04.02.1993), OJ C 45,1993
“Texaco / Chevron” (30.10.1998), OJ C 130/8,1999
“Thomson CSF / Deutsche Aerospace” (02.12.1995), OJ C 65/4,1995
“Thomson / Pilkington” (23.10.1991), OJ C 279,1991
“TNT / Canada Post and others” (02.12.1991), OJ C 322,1991
“TXU Europa / EDF-London Investments” (03.02.2000), OJ C 49/4,2000
“UAP / Provincial” (07.11.1994), OJ C 322/5,1995

“Union Carbide / Enichem” (13.03.1995), OJ C 123/3,1995
“UPM-Kymmene / April” (11.06.1998), OJ C 219/9,1998
“UPM-Kymmene / Finnpap” (21.02.1997), OJ C 110/8,1997
“Valinox / Timet” (12.06.1997), OJ C 10/3,1998
“VIAG / Continental CAN” (06.06.1991), OJ C 156,1991
“VIAG / Orange UK” (11.08.1998),
http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?Smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31998J0004
“Volkswagen AG / VAG (UK)” (04.02.1993), OJ C 38,1993
“Wacker / Air Products” (04.08.1998), OJ C 324/5,1998
“Westdeutsche Landesbank / Carlson / Thomas Cook” (08.03.1999), OJ C 102/9,1999
“Zeneca / Vanderhave” (09.04.1996), OJ C 188/10,1996

Rekabet Kurulu Kararları

“Aries / Coşkunöz” (04.05.1999, 99-22/196-112)
“Lawson / Bakioğlu” (15.02.2000, 00-7/62-29), 20.08.2000 tarih ve 24146 sayılı RG
“Meges / SKW” (19.11.1998, 91/736-153), 30.04.2000 tarih ve 24035 sayılı RG
“Migros / Metro” (19.03.1998, 57/424-52), 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı RG
“Royal Packaging / Eskinazi Ailesi” (28.04.1999, 99-21/170-89), 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı RG
“Termo / Hendrickx” (03.06.1999, 99-27/242-146)
“Vateks / PGI” (03.03.1999, 99-12/94-36), 10.09.1999 tarih ve 23812 sayılı RG
“Wangner / Gabriele” (16.05.2000, 00-18/178-96)”
“Yibitaş / Lafarge” (28.04.1999, 99-21/173-92), 05.12.2000 tarih ve 24251 sayılı RG