

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA GÜNCEL GELİŞMELER

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

Türk Ticaret Kanunu Komisyonu Başkanı
Avrupa Akademiler Birliği (Allea) Fikri Mülkiyet Bölümü Daimi Kurul Üyesi

•••

Rekabet Kurumunun Sayın Başkanı, Rekabet Kurulunun değerli üyeleri, sevgili uzman arkadaşlarım; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Güzide topluluğunuza hitap etmekten büyük bir mutluluk duyuyorum. Bu mutluluk yanında duyduğum onur ise çok daha fazladır.

Sizlerin arasında kendimi evimde hissettiğimi belirtmek isterim; çünkü, Kurumun ilk çalışmaya başladığı günlerden itibaren imkân nispetinde hep sizlerle birlikte olmak arzusunda bulundum, Kurum’da konuşmalar yaptım, fırsatları daima kullanmaya gayret ettim; bu tipten konferanslar yanında derslerle de sizlerle ilişki kurdum. Bunlar hayatımın bana zevk ve onur veren en güzel günleri ve vesileleridir. Bugün, o günlerden birini tekrar yaşayacağım. Bu sebeple, heyecanımı mazur görün.

I. KONU VE SINIFLANDIRMA

1. Bugünkü konferansımın konusu, hâlen Türkiye Büyük Millet Meclisinde bulunan ve ilgili komisyonda tartışılmakta olan “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”dır (“*Tasarı/Değişiklik Tasarısı*”). Değişiklik Tasarısı, önemli açılımları içeren oldukça kapsamlı bir metindir. Bu sebeple, Değişiklik Tasarısının her hükmünü bu konferansımın konusu yapmak imkânına sahip değilim.

2. Değişiklik Tasarısındaki hükümleri, esas itibarıyla, şu gruplar altında topluyorum:

- a) Bunların bir kısmı doğrudan doğruya Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“*RKK*”) Kurulun çalışma konusunu teşkil eden, rekabetin kısıtlanması, hâkim durum ve yeni adıyla yoğunlaşmalara ilişkin hükümlerden oluşmaktadır diyebiliriz.

* Paragraf numaraları ile bazı ara ve yan başlıklar sistematığı gösteren rakam ve harfler okuyucuya kolaylık sağlayabilmek için konuşmacı tarafından konulmuştur.

- b) İkincisi; Kurulun kendi içyapısı, özlük hakları ve benzeri konularla ilgili değişiklikleri içeren kısım.
- c) Üçüncüsü; soruşturma aşaması, sözlü savunma ve karara ilişkin kısım.
- d) Nihayet, bunlar dışında kalan bazı münferit hükümler. Bunları da dördüncü kısım olarak ifade edebiliriz.

3. Bugünkü görüşmemizde esas itibarıyla ilk kısım üzerinde durmak istiyorum; yani Kurulun kendi yapısı, özlük hakları ilgili değişiklikler ile soruşturmayı ve nihai kararı bir tarafa bırakıyorum. Birinci kısmın kapsamına girebilecek bazı önemli yenilikler ve çağdaş yaklaşımlar da Tasarıda yer almıştır. Bunların başında, 8'inci maddede düzenlenen *dava hakkı* geliyor. Söz konusu yeni kurumu önemsiyorum. İkincisi, taahhüt dediğimiz, benim geniş bir şekilde pişmanlığı da içine sokmaya çalıştığım veya böyle anladığım açılım. Üçüncüsü de özel hukuk hükümlerine ilişkin değişiklikler. Bunlar bizim, rekabetin korunması hukukumuzda ileride etkileri olacak radikal gelişmelere işaret ediyor. Bunlara da imkân nispetinde temas etmeye çalışacağım.

II. TEMEL DEĞİŞİKLİK: YOĞUNLAŞMA KAVRAMI

4. Birinci kısımda da en çok üzerinde duracağım konu “yoğunlaşma” olacaktır. Kanaatimce “yoğunlaşma” diğer açılımlarda çok önemli olmakla birlikte, Tasarının getirdiği reform niteliğinde bir değişikliktir. Yoğunlaşma kavramı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun sistemini değiştiren isabetli yaklaşım ve yeni bir sistemi içeren çağdaş bir adımdır.

5. Yoğunlaşma hakkındaki hükümlerin benim açımdan ayrıca anlamı var. Yenilik, konferansının kalbini bu oluşturacaktır; ayrıntıya girdiğimizde, Değişiklik Tasarısının 7'nci maddesinde yer alacak yoğunlaştırma işlemlerinin ana unsurlarından birini “kontrol” kavramının teşkil ettiğini göreceğiz. “Kontrol” Tasarıda iki yerde geçiyor: Bunlardan bir tanesinde “kontrol” bir önşartı gibi, maddede “kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde” deniliyor; diğesinde de, iktisaplarda hep kontrolün intikalinden bahsediliyor.

6. Biliyorsunuz ki, bugün bizim hukukumuzda, Tasarıdaki anlamıyla, kontrol kavramının tanımı yoktur. İlk yaklaşımda şu tanımı verebilirim: Kontrol en geniş anlamda, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs üzerinde onu yönetecek ve yönltecek (sevk edecek) hakimiyeti kurması anlamına gelir. Kontrol kavramını şirketler hukukunda holdinglerde, holding sistemi içerisinde çok kullanıyoruz; ancak Türk Ticaret Kanunu böyle hükümlere henüz yer vermiyor. Buna karşılık, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, 195'inci maddesinden başlayarak, “şirketler topluluğu” başlığı altında yeni bir hukukî kurumu düzenliyor. Söz konusu

düzenleme yenidir, telifdir, yani hiçbir şekilde herhangi bir yerden tercüme edilmiş değildir. Almanların Paylı Ortaklıklar Kanununda 165 maddede, Portekizlerin yaklaşık 130 maddede, İsveçlilerin 40 maddede, İtalyanların 90 maddede düzenlediği “şirketler topluluğu” Tasarıda 15 madde de hükümlere bağlanmıştır ve orada “kontrol” tanımlanmaktadır.

7. Benim size, buraya getireceğim sorunlardan biri şudur: Değişiklik Tasarısında geçen kontrol, acaba TK Tasarısındaki kontrol ile aynı kontrol müdür? Eğer aynı kontrol ise, bu iki tasarı da kanunlaştığında önemli bir uyum sağlanacak ve önemli bir kolaylık elde edilmiş olacaktır.

8. “Kontrol” kavramını tanımlamak, açıklamak, yorumlamak ve kontrol ögeleri bağlamında önerilerde bulunmak için benim burada söyleyeceklerim bu konuda yapılan ilk öğreti çalışması niteliğini de taşıyacaktır.

9. Hemen başlangıçta şunu söyleyeyim: Değişiklik Tasarısı sadece Avrupa Topluluğu rekabet hukukuyla uyumumuzu sağlayan bir hukukî metin değil, aynı zamanda yıllar boyunca bugüne kadar Kurul olarak elde edilen ve Türk toplumuna katkı şeklinde sunulan tecrübelerin bilimsel olarak değerlendirilmiş sonuçlarıdır. Değerli bir üründür. Yoğunlaşma işte böyle bir kazanımı doğal bir üründür. Yani benim çok önem verdiğim bir sonuçtur. Çünkü yaşayan hukukun kodifikasyonudur.

III. AÇILIMLARDAN BAZILARI

1. Hoşgörü Kuralı

10. Değerli arkadaşlarım, benim ilk bölüm dediğim kısımda dikkati çeken ilk madde, “de minimis” kuralının kanunlaştırılmasıdır. Bu kuralı size kısaca anlatayım; çok derinlemesine girecek değilim. Manası şudur: Rekabetin kısıtlanmasında ciro küçüktür, pazar payı küçüktür ve diğer ölçekler ihmal edilebilir düzeydedir. Rekabette bazı aykırılıklar dikkate alınmayabilir, cezalandırılmayabilir. Çünkü somut olaydaki ölçekler küçüktür; önemsizdir. Meselâ, aykırılık dikkate alınmayabilir. Zaten “de minimis” kavramı küçüklüğü ifade etmektedir. Türkçesi, “hoşgörü” kuralı olabilir.

11. Getirilen hükmümüz şu: “Kurul, ‘pazar payı’ ve ‘ciro’ gibi ölçütleri önceden belirtmek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.” Yıllardan beri bizim meihazımız kabul edilen Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda bu kural vardır; bu kural bir uygulama kuralıdır. Eğer benim belirlemelerim yanlış değil ise, bizim Kurulumuz da zaman zaman bu

uygulama kuralına başvurmuştur. Ancak, anılan kural ilk defa bir kanun hükmü olarak karşımıza gelmektedir.

12. Konuşmamda “Avrupa Topluluk Rekabet Hukuku” terimini kullanacağım. Popüler “Avrupa Birliği” terimi varken Avrupa Topluluğunu kullanmam sebepsiz değildir; çünkü, rekabet hukuku hâlâ Avrupa Topluluğunun hukukudur. Bildiğiniz gibi, Avrupa Birliği’nin sütunlarını Topluluklar oluşturmaktadır ve “Birlik”, bunun üstüne gelen bir çatı mahiyetindedir. Rekabetin korunmasına ilişkin kurallar, Avrupa Topluluğu dediğimiz Topluluk tarafından konulmaktadır. Onun için, ben de bunu kullanmaya gayret edeceğim.

13. Hoşgörü Kuralının kanunlaştırılmasını memnuniyetle karşılıyorum. Tasarının gerekçesinde bunun bir nevi bir tasarruf yaratabileceği ve Kurulun üzerinden yük alabileceği şeklinde bir öngörülme sebebi verilmiş olmasına rağmen, ben bu kodifikasyonla bizim güvenimiz olan nesnel hukukun uygulanması bakımından önemli bir adım atıldığı görüşündeyim. Kurul bir tebliğle hoşgörü kuralını düzenledikten sonra kendi düzenlemesiyle bağlı kalmalıdır. Tebliğde hoşgörü sınırı içinde olan ihlalleri soruşturmamalıdır. Kurulun sözkonusu tebliği, sadece konuyu düzenlemekte, Kurul tebliğle aynı zamanda kendi kendini bağlamaktadır.

14. Bu açıdan bakıldığında Tasarının ilgili maddesi açıkladığım ilkeye uymuyor. Maddede, Türkçe bakımından ufak bir zaaf mı var, yoksa meseleyi ben mi değişik anlıyorum? Maddemiz şöyle: “Kurul, ‘pazar payı’ ve ‘ciro’ gibi ölçütleri önceden belirtmek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir.” Demek ki, tebliğe rağmen, yani aykırılık hoşgörü sınırı içinde olduğu halde Kurul soruşturma açabilecektir. Beni düşünceye sevk eden nokta şu: Bu bir tebliğle belirlendiğine, kriterler ortaya konulduğuna göre, ben hoşgörülebilirlik sınırlarını, kriterleri o tebliğe göre aşmamış isem, mezkûr aykırılık soruşturma konusu yapılmamalıdır. Burada kurula tanınmış olan bu takdir hakkı bende bir tereddüt yaratıyor, burada bir sorun varmış gibilerden bir endişeye kapılıyorum. Belki bu, söz konusu tebliğ yayınlandığında meseleyi daha iyi görmemize yardımcı olabilecek bir husustur.

2. Muafiyetler

15. Kanunumuzda bugünkü 5’inci maddemiz bildiğiniz gibi muafiyetler düzenlenmiştir. Muafiyetler konusunda, Değişiklik Tasarısında 6-7 noktada yeni esaslar getirilmiştir. Bu yeniliklerden bazılarının olumlu karşılanamayabileceğini düşünüyorum; onun için, o problemleri burada ele almak istiyorum.

- a) Muafiyetler ya teşebbüs bazında veya genel nitelikte olabilir. İkincisi “blok muafiyet” diye adlandırılır. Blok muafiyetler, teknik açıdan, tüketici ve teşebbüs bakımından, nihayet piyasa yönünden önem taşıyan bazı sözleşme kategorileri için belirlenen şartlar bağlamında tanınır. Tabiri mazur görün; burada kanun, önceden haber vererek, korumak istediği bazı menfaatler için kendi koyduğu kurallar çerçevesinde aykırılığa gözünü kapayacağını söylemektedir. Burada belki işin içerisine girdiğimizde rekabetin sınırlandığını, bozulduğunu, engellendiğini görmüş olabiliriz, vardır, ancak daha önemli toplumsal çıkarlar için buna göz yumulmaktadır; göz yumulurken de, esas itibarıyla gene toplumun yararına hareket edilmektedir.
- b) Burada ufak bir tartışma var. “Gözünü kapıyorsun, anladım, bu fedakârlığı kimin yararına yapıyorsun? Soru bu. Bugün herkes Avrupa Topluluğu doktrininde şöyle bir endişeyi dile getiriyor: Blok muafiyetlerle tüketici değil bazı teşebbüsler korunuyor. Gerçi kanunda, “‘tüketicilerin yararına olmak üzere’, ‘tüketiciler için’ tabirleri kullanılmıştır. Ancak sözkonusu ifadelerle rağmen tüketici korunmuyor denilmektedir. Avrupa Topluluğu son zamanlarda reform bağlamında bu sorun üzerinde çalışıyor. Değişiklik Tasarısına bu sorun yansımamıştır.

16. Avrupa Topluluğunda sözkonusu sorunun çözümü iki nokta üzerinde ısrarla duruluyor: Bunlardan bir tanesi, “dikey anlaşmalarda tüketicinin lehine ne değişiklikler yapabiliriz? İkincisi de, yüksek teknoloji transferleri için özel muafiyetin getirilmesi gereği Tasarıda bu düşüncelere destek veren bazı ipuçları var. RKK’da zaten mevcut bulunan ve Değişiklik Tasarısında da yer alan vurgulamalar gösterilebilir. Meselâ, “malların üretimi veya dağıtımıyla hizmetlerin sunulmasında ekonomik ya da teknik gelişmenin veya iyileşmenin sağlanması” ve “tüketicilerin bundan yarar sağlaması” gibi. Ancak sözkonusu hükümler gelişmelere uygun bir şekilde kaleme alınmamış.

3. Menfi Tespitin Kalkması

17. Değişiklik Tasarısı ile menfi tespiti son verilmektedir. Değişiklik kavramsal açıdan önemsizdir; ancak etkileri kapsamlı olacaktır. Çünkü menfi tespit uygulaması yerleşmiş ve ihtiyaca cevap veren bir kurumdur.

18. Menfi tespit; rekabetin korunması hakkında hukuk gibi genç bir hukukun uygulandığı Türkiye’de, teşebbüslerin korkularını bertaraf ediyordu. Teşebbüs Kurula, rekabete aykırılık, engelleme ve bozma var mı diye müracaat ediyordu, Kurul “yoktur” diye cevap verince rahat ediyordu. Menfi tespitin

kalkmış olması ile gerekçede yazıldığı gibi, Kurulun daha önemli birtakım ihlallere daha çok yoğunlaşmasına imkân doğacaktır, ama tatbikat bakımından da bazı sorunlar oluşacak, ihlaller çoğalacaktır. Bu, bir başvuru şekli, bir kurtuluş, bir melce idi; ben öyle görüyorum.

19. Bu eleştiri, hukuk politikası açısından değeri haizdir, teknik hukukla fazla bir ilgisi yoktur. Ancak kanunlarla belirli politikaların uygulanması, sonuçların hedeflenmesi, bazı sakıncaların bertaraf edilmesi, ihlallerin azaltılması amaçlanır. Menfi tespite bir de bu yönlerden yaklaşılmasında yarar vardır. İkinci önemli değişiklik şudur arkadaşlar: Eskiden, menfi tespitin, muafiyetin kaldırılması, geri alınması hakkında hükümler vardı. Menfi tespit kaldırılınca, bu verildikten sonra geri alınmasına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç yoktu. Muafiyete ilişkin olanlar 5'inci maddenin içerisinde toplanmış, oradan alınmış buraya konulmuş; bu da, doğrudan doğruya sistematik açıdan yapılan bir değişikliktir.

4. Muafiyetin Bozucu Şarta Bağlanması

20. Değişiklik Tasarısında, tanınan muafiyetin bozucu şarta bağlanabilmesi öngörülmüştür. Bu yeni sistem ile muafiyetin geri alınması hükümlerine ihtiyaç kalmayacaktır. Hüküm aynen şöyle: “Muafiyet, belirli bir süre için veya süresiz olarak verilebilir. Muafiyet, anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı ve teşebbüs birliği kararı alındığı tarihten itibaren geçerlidir. Muafiyet bozucu şarta bağlanabilir ve/veya muafiyet kararıyla bazı yükümlülükler getirilebilir. Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, muafiyet askıda tutmayacak, doğrudan doğruya geçerli olarak verilecek. Genel olarak bu değişikliği de olumlu karşıyorum.

5. Birleşme ve Devralmalar

21. Bugünkü sistem şu (bir grup içindeki birleşme ve devralmaları bir tarafa bırakın, bunlar herhangi bir şekilde Kurulun inceleme yetkisi, karara etkisi içerisinde değil): Birleşme ve devir almalarda RKK, Kartellerde ve hakim durumun kötüye kullanılmasında, karar ve uygulamala ile sözleşmeleri değil teşebbüslerin yapılanmalarını dikkate almaktadır. Birleşme ve devralmalar serbesttir. Ancak hakim durumu güçlendiren veya yaratan birleşmeler ve devralmalara izin yoktur. Kanunumuz, 7'nci maddesinde diyor ki, “Bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha güçlendirmeye yönelik olarak bu birleşmeleri yapma yoluna gidilemez.” Neden korkuluyor? Konsantrasyondan, yani yoğunlaşmadan.

22. Değişiklik Tasarısı RKK'nın 7. maddesinin kenar başlığındaki “birleşmeler ve devralmalar” ibaresi yerine bir kavram koymaktadır. Bu da “yoğunlaşma”dır. Yoğunlaşma yabancı dillerdeki “konsantration” kelimesinin

karşılığıdır ve birden çok teşebbüsün aynı kontrol veya başka bir görüşe göre de aynı sevk ve yönetim altında birleşmesi, merkezde toplanması demektir. Politik bir söylemle “tekelleşme!”.

23. Soruna politik söylemler ve bilimsel bir yöntem bağlamında hukuk politikası açısından baktığınızda; birinci yol, tekellere karşı olmaktır; ikinci yol, tekelleri bir realite olarak kabul edip, bunları bırakın az zarar vermelerini, aksine yararlı olmalarını sağlayabilecek hukukî temeller üstüne oturtmaktır. Şimdi dünyadaki genel diyebileceğim görüş şudur: Tekeller, yararlı olabilecek şekilde çalıştırılmalıdır, ekonomiye katkılı bir duruma getirilmelidir. Bu yaklaşımı destekleyen bir paradokstan bahsedeyim: Avrupa Birliği hem tekellerin rekabeti engellemesini önlemeye çalışmakta hem de tekeller yaratma peşindedir. Nasıl tekeller? İyi tekeller, yani rekabeti tahrip etmeyen aksine teşvik eden, rekabet piyasası kuran. Niçin tekeller yaratılmak isteniyor? “Münferit, cılız şirketlerle, teşebbüslerle Avrupa Birliği olarak Japonya’nın, Çin’in, Amerika’nın karşısında durdurulamaz. Avrupa Birliği yanında üyeler, tekelleşmeyi teşvik etmişlerdir.

24. Yoğunlaşmayı böylece tanıttınca ortaya şu soru çıkıyor. Değişiklikle ne geldi? Bizim sistemimiz bugün bir “test”e dayanıyor. Hâkimiyet testi şöyle: Birleşme ve devralmanın RKK m. 7’ye aykırılığı için teşebbüsler bir kontrol (hakimiyet) altında toplanıyor. Bu kanuna bağlı olarak çıkarılan birleşmelerin kontrolü dediğimiz tebliğlerde hâkimiyet testi öngörülmüştür. Hâkimiyet testi Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda da 2004 yılına kadar uygulanmış, aynı yıl önemli bir değişiklik olmuştur; bu değişiklik reform niteliğindedir. Tasarı, iyi diyebileceğim bir düzenlemeyle bunu bizim hukukumuza getirmiştir; hem genel gerekçede bunu açıkça belirlemekte, hem de değişiklik tasarısının 3’üncü maddesinde, 7’nci madde değişikliği dolayısıyla demektedir ki, “maddede yapılan en önemli değişiklik, hâkim durum testi yerine, Avrupa Birliği’nin 139/2004 sayılı Konsey tüzüğünde kabul ettiği testin getirilmesidir, bu sayede, yoğunlaşma işlemleri sonucunda ortaya çıkacak olan tek taraflı etkilerin ve iş birliği etkilerinin, ekonomik analizler kullanması yoluyla daha sağlıklı değerlendirmeleri yapılabilecektir. Diğer yandan hâkim durum yaratılması ve mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi, rekabetin önemli ölçüde azaldığı yolların başında gelmektedir. Bu suretle birleşme ve devralmalara ilişkin geçmiş dönem uygulama tecrübesinden yararlanılması ve hukuki belirliliğin sağlanması amaçlanmaktadır.” Değişiklik Tasarısı 7’nci maddenin son cümlesinde amacını açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır: “Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir mal veya hizmet piyasasında tek başına ya da birlikte hâkim durumun yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi yoluyla veya başka bir surette rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır. Bu hükümden ilk yaklaşımda elde edilen anlam şudur: Yoğunlaşma perse rekabete aykırı değildir; yoğunlaşma rekabeti önemli ölçüde

azaltacak nitelikte olmamalıdır.” Tasarının sistemi yoğunlaşmanın var olup olmadığının belirlenebilmesi için hakimiyet testi yapılmayacak, yoğunlaşmanın rekabete etkileri test edilecektir.

25. Bu yeni sistemle, bir Rekabet Kurulunun işi güçleşiyor; iki, hukuk daha fazla ekonominin, başka bir deyişle ekonomik tahlilin hâkimiyeti altına giriyor. Bunu tenkit için değil, memnuniyetle söylüyorum. Çünkü, RKK uygulamasında birleşme dolayısıyla ekonomik tahlil yapılmıyor; bizim bugünkü kanunumuz ekonomik tahlili maalesef gerekli görüyor.

26. Tasarı ile yoğunlaşma kavramının tanımı da ele alınması gereken bir konudur.

Bu tasarı şunu diyor: “Yoğunlaşma deyince ben üç şeyi anlarım, bu üç hâlin her biri yoğunlaşmadır: (1) birleşmeler yoğunlaşmadır. (2) iktisaplar, - ‘devralmak’ kelimesini kullanmıyorum- yoğunlaşmadır (3) ‘Joint venture’lar yoğunlaşma olabilir.” Hangi joint venture’lar? Eskiden, benim sevdiğim bir terimle, “rekabete dost-rekabete düşman joint venture”ler vardı; bu defa başka bir ölçü, “tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir Joint venture”. Tabii, bütün bu kavramlar şimdi esaslı bir şekilde tartışma konusu olacaktır. Benim bu konferansta söyleyeceklerim, benim kendi görüşlerime göre ulaştığım ilk sonuçlardır.

27. Yoğunlaşma deyince bir tanımlayıcı, belirleyici şartın varlığı gereklidir. Bu şart bir “olmazsa olmaz” niteliği taşımaktadır. Tasarı birleşmenin bir kontrol değişikliği sonucunu doğurmasını ve değişikliğin kalıcı olmasını arıyor. “Kontrol” Tasarıda tanımlanmamıştır, o noktada suskun. Oysa “kontrol değişikliği” unsuru hep “iktisap”ta da aranıyor; birisinin hisse senedini, bir teşebbüsü almak, bir teşebbüsü iktisap etmek. Niçin? Kontrol tesis etmek için. Demek ki, benim size söyleyeceğim kontrol meselesi böylelikle ortaya çıkıyor (Tekinalp burada Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 195. maddesinin fotokopisinin dinleyicilere dağıtılmasını istiyor. Konuşma TK Tasarısının 195. maddesine yoğunlaşıyor.

28. Tasarının sistemini tam olarak anlayabilmek için şu belirlemelerin yapılması şarttır.

* RKK’nın bugün içerdiği sistemde olduğu gibi Değişiklik Tasarısı’nda da “birleşme” denilince Türk Ticaret Kanununda tanımlanmış ve düzenlenmiş bulunan teknik anlamda “birleşme” anlaşılmalıdır. İşbirliği veya herhangi bir şekilde birlikte hareket ve benzeri kavramlar “birleşme” olarak kabul edilemez, kısaca “birleşme” kavramı geniş yorumlanamaz. Ancak “birleşme” birleşmenin tüm türlerini kapsar.

* Değişiklik Tasarısının kaynağı olan 20 Ocak 2004 tarihli ve 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesinin İngilizcesi şöyledir: “the merger of two or more previously independent undertakings or part of undertakings”.

* Avrupa Topluluğu'nun 139/2004 numaralı tüzüğündeki tanımda yer alan “*önce bağımsız olan iki veya daha fazla teşebbüs*” ibaresindeki “önce bağımsız” olan ibare Tasarıya yansımamıştır. Söz konusu ibare bir taraftan grup içi birleşmeleri dışarıda bırakıyor, diğer taraftan da TK'ya uygun bir tanım veriyor.

* “Part of undertakings” (“teşebbüs bölümleri/kısımları”) ile de bölünme ile oluşan bölünmüş parçalar kastediliyor. “Bölünme” mevzuatımızda tanınıyor. Şöyle ki, kısmî bölünme Kurumlar Vergisi Kanununda düzenlenmiştir. Ayrıca bir de iki Bakanlığın ortak tebliği var. Ancak, söz konusu edilen hükümler kurumu bir bütün olarak ele almamıştır. Meselâ, tam bölünme Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Bu TK Tasarısı ile hukukumuza gelecek, bölünme anılan Tasarı ile bölünmeye ilişkin maddî kurallara kavuşacaktır.

* İktisap ise bir teşebbüsün tamamını, bir kısmını veya aktiflerini, birleşme, yani külli veya cüz'i halefiyet yolu ile değil, bir borçlar hukuku sözleşmesiyle devralmak demektir. Kısmî devralma gene kanaatimce bir gizli bölünmeyi içermektedir. Meselâ bir ilaç üretim şirketinin veya ticarî işletmesinin antibiyotik veya veteriner ilaçları bölümünü devralmak gibi.

29. Birleşme ve devralma kavramları böylece ortaya konulduktan sonra şimdi kontrol kavramı ele alınabilir. Kontrol bugün ne Türk Ticaret Kanununda ne de diğer bir kanunda tanımlanmıştır. Öğretide ayrıntıya inmeyen tanımlar vardır. Yargıtay da tam tanım veren, çeşitli varsayımları kapsayan bir tanım vermemiştir. Tasarı yürürlüğe girince öğreti “kontrol”u tanımlama denemeleri yapacaktır. Ancak Türk Ticaret Kanunu Tasarısı yürürlüğe girince bu konuda 195. maddeden yararlanabiliriz.

30. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında bu hüküm, “şirketler topluluğu” adlı alt bölümde ve ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler içinde yer almıştır. Bir kanun koyucu, bir şirketler topluluğunu tanımlar ve düzenlerken iki ilke uygulayabilir: Birincisi kontrol iltesi, ikincisi ise, tek elden yönetim ilkesidir. TK Tasarısı, -ayrıntıya girmeyeceğim- kontrol prensibini kabul etmiştir. Bu konuda arzu edenler Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan'da yer alan makaleme bakabilir. Şimdi, TK Tasarısının kontrolden ne anladığını inceleyelim.

31. 195'inci maddeye bakacak olursanız arkadaşlar, 195'inci madde diyor ki (biz burada “ticaret şirketi” demişiz, ama siz bunu lütfen “teşebbüs” olarak okuyun); “bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya

dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse...” Aktarılan hüküm birinci kontrol olgusunu ifade ediyor. Dikkat ediniz, “paylarının çoğunluğuna sahipse” demiyor, “oy haklarının” diyor, çünkü oylarda imtiyaz söz konusu olabilir, yani şirketteki pay miktarı 100 olabilir, ama imtiyazlar dolayısıyla oy miktarı 300 olabilir. Kontrolün kurulabilmesi için, karar alabilecek çoğunluk gerek. “Çoğunluk” tarafsız bir kelimedir; bilinçle seçilmiştir. “Çoğunluk” kelimesi mutlak çoğunluk anlamına gelmemektedir. Çoğunluğun “yansız” bir kavram olduğunu söylerken, kastettiğim kelime belirli bir çoğunluğun kastedilmediğidir.

32. İkinci kontrol ögesi, kontrolü haiz olan yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olması gerekir.” Örnek vereyim: 6 yönetim kurulu üyesi var, 5 üyeyi kontrolü haiz olduğu iddia edilen ortaklık seçiyor. Yürürlükteki TK’ya göre toplantı nisabı ne? Yarıdan bir fazla, demek ki nisap. 4. Karar nisabı ne? İçeridekilerin ekseriyeti. Demek ki, kişiyle bu şirket her halükarda alıyorum.

Bu örnekte ilerleyelim. Söz konusu anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinden birinin veto hakkı varsa veya karar 6. üyenin olumlu oyu ile alınabiliyorsa 5 üyeye rağmen kontrol yoktur.

Üçüncüsü; “kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına ve diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturabiliyorsa.” En tipik misali “oy sözleşmeleri.” Benim yüzde 15 oyum var, başka bir arkadaşın yüzde 35 oyu var; 50. Başka bir arkadaşın oyu da yüzde 4. Üçümüz bir oy sözleşmesi yaptık. Bu oy sözleşmesiyle biz gene kontrol tesis edebildik. Bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğer şirket bağlı şirkettir. Demek ki, biz böylelikle, ana ve yavru şirketi ve kontrolü tanımlamış oluyoruz.

Sorun ve benim görüşüm şu: Bu iki kanun, eğer kanunlaşacak olurlarsa 7’nci maddenin tatbikinde Kurul bu 195’inci maddeden yararlanabilir.

33. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 195. maddesinde bir hüküm daha var. Maddenin 2. fıkrasında deniliyor ki, “1’inci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketi, başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek, kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.” Dikkatinizi çekmiştir. 1. fıkrada karineden söz edilmemiştir, ancak burada bir karine var. Hüküm halka açık anonim ortaklıklar, daha doğrusu pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar düşünülerek öngörülmüştür. Çünkü söz konusu borsa anonim ortaklıklarında, payların dağılmış olması ve tüm paysahiplerinin genel kurula katılmamaları sebebiyle, bazen %25-30 ile kontrol kurulabilir.

Arkadaşlar, bu son kontrol olgusu, her bir somut olayda ayrı olarak incelenmesi لازمگelen bir durum yaratır. Müspet sonuca varılır, menfi sonuca varılır, çünkü bir karinedir. Bu karine olduğuna göre, siz, karineye dayanarak “burada kontrol var” dediğinizde, karşı taraf bu karinenin aksini de ispat edebilmek imkânına sahiptir.

34. Bazı durumlarda kontrol bir sözleşme ile kurulabilir. Dikkat ederseniz, bu sözleşme, bizim 195’inci maddemizin B bendinde yer almıştır: “Bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince yönetiyorsa.” Burada kastedilen hakimiyet sözleşmeleridir. Basit bir şekilde tanımlarsak hakimiyet sözleşmesi, bir ortaklığın bir diğer ortaklığı, iştiraki bulunmaksızın veya yetersiz bir iştirake rağmen, bir sözleşme ile hakimiyet altında tutmasıdır. Bilhassa Almanya’da, İsviçre’de var. Türkiye’de bugün böyle sözleşmelere rastlanmıyor. Biz, boşluk doğmasın diye buraya koyduk. Değişiklik Tasarısının 7’nci maddenizin B fıkrasını okuyorum: “Kontrolünü devralmak var ya, “bu kontrolünü, hisse ya da mal varlığı satın alınmasıyla veya sözleşmeyle...” devralmak. İşte buradaki sözleşme hakimiyet sözleşmesidir.

35. Maalesef çok istediğim hâlde iki konuya yer veremeyeceğim, çünkü geç kalınıyor. Gördüğünüz gibi, çok da soru çıkabileceğini tahmin etmiyorum. İçim yanarak anlatamadığım konulardan bir tanesi “dava hakkı”; 8’inci maddede öngörülmüş. İkincisi de, galiba 18’inci veya 19’uncu maddede yer alan “taahhüttür.” Bu taahhüdü ben, rekabet hukuklarında çok önemli olan bir müesseseye benzetiyorum. İlk önce size, “*Leniency*” dediğimiz kurumdur. Ele alamayacağım üçüncü konu ise yoğunlaşmanın en çok rastlanan şekillerinden biri olan joint venture’lere Tasarının yaklaşımıdır. Bu konuları başka bir konferansımda ele alabilmeyi dilerim.