

**REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞME ve
DEVRALMALARDA (YOĞUNLAŞMALARDA)
YAN SINIRLAMALAR**

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi



Bu Konferans 15.10.2004 tarihinde yürürlükte olan mevzuata göre hazırlanmıştır.

AT Hukuku açısından ele alınan 24 Ağustos 2004 tarihli “Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında” (“Taslak Duyuru”), 5.3.2005 tarihinde ATRG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir: “Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03)”. Yayımlanan Duyuru birkaç küçük ifade değişikliği dışında Taslak Duyuru ile aynıdır. Bu nedenle Konferans metninde yayını sırasında bir değişiklik yapılmamıştır.

GİRİŞ

A. KONUNUN TANITILMASI

Rekabetin kısıtlanmasını veya yasaklanmasını öngören anlaşmalar çeşitli hukuk düzenlerinde yasaklanmıştır.

Gerek Avrupa Topluluğu hukukunda gerekse Türk hukukunda birleşme ve devralmalar (yoğunlaşmalar) rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak ise yasaktır. Bir birleşme veya devralma işlemi rekabetin azaltılması sonucunu doğurmasa dahi çeşitli aşamalarda bu işlemin tarafları arasında çeşitli rekabet kısıtlamaları, rekabet etmeme anlaşmaları söz konusu olabilir. Bu anlaşmalar çoğu kez, birleşme veya devralma işlemiyle elde edilmesi amaçlanan sonuç açısından zorunludur. Örneğin bir anonim şirketin paylarının devrinde devredenler devralanlara karşı, şirketle belli bir süre rekabet etmemeyi veya aynı konuda çalışan bir şirkete ortak olmamayı yükümlenebilirler. Bu tür bir yükümlülük devralanların bu devralma işlemi sonucunda paylardan tam olarak yararlanmaları açısından zorunlu olabilir. Zira bu tür bir yasaklama olmasa devredenler derhal yeni bir şirket kurarak aynı konuda çalışmaya başlayabilir. Bu durumda ise devralanlar paylardan tam olarak yararlanamamış olurlar. Keza, bir işletmenin kül ve bütün olarak bütün müşteri çevresi ve know-how ile devrinde de bu tür bir rekabet yasağı zorunlu görülebilir. Aksi takdirde devredenler derhal yani bir işletme kurarak, devralanlarla rekabet edebilir hatta devredilen müşteri çevresini dahi geri kazanabilirler. Bu durumda ise devralanlar işletmeden tam olarak yararlanamamış olurlar. Her ne kadar RKHK m. 4 uyarınca rekabeti engelleme veya kısıtlama amacını taşıyan anlaşmalar hukuka aykırı ise de Avrupa Topluluğu uygulamasına uygun olarak birleşmeler ve devralmalar kapsamındaki rekabet yasağı sözleşmeleri belli şartlar altında, bu birleşme ve devralma işleminin sonuçlarını gerçekleştirmesi açısından zorunlu bir yan sınırlama ("*restrictions accessoires/ancillary restrictions*") olarak görülür ve cevaz verilir.

Yan sınırlamalar konusunu daha önce iki kez ele alma ve inceleme fırsatım oldu. Bunlardan ilki 2001 yılında hazırlanan bir makaleydi ve yan sınırlamalar AB rekabet hukuku açısından, AB'nin konuya ilişkin ilk düzenlemeleri çerçevesinde incelenmişti¹. Bu makalenin yayımından kısa bir süre sonra, AB mevzuatında yan sınırlamalara ilişkin köklü değişiklikler yapıldı. Bu değişiklikleri ve Türk rekabet hukukunda yan sınırlamalara ilişkin gelişmeleri, ikinci defa Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar adlı

¹ Bkz. *Erdem, H. Ercüment*: "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y.1, S.1, Prof. Dr Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 319-326.

eserimde ele aldım². Aynı konuyu bir kez daha ele almamın nedeni bir yandan Rekabet Kurumundan gelen nazik daveti değerlendirmek diğer yandan ise özellikle Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 tarihli ve 139/2004 sayılı AT Konsey Tüzüğü³ ile AB rekabet hukukunda meydana gelen bazı yenilikleri ve değişiklikleri yansıtmaktır.

B. ÇALIŞMA PLANI

Yan sınırlamalar önce Türk rekabet hukuku açısından (§ 1) ele alınacaktır. Bu kapsamda kavram açıklanacak (I) ve Rekabet Kurulu kararları ışığında unsurları irdelenecektir (II). Yan sınırlamalar kavramı, Türk hukukuna Avrupa Topluluğu rekabet hukukundan geldiği için konu daha sonra Avrupa Topluluğu rekabet hukuku açısından işlenecektir (§ 2). Topluluk hukukundaki uygulama genel olarak tanıtıldıktan sonra (I), teşebbüsün devrinde mutad olan şartlara ilişkin uygulamalar (II), müşterek kontrolü ele geçirmeye ilişkin mutad şartlara uygulanacak ilkeler (III) ve yoğunlaşma yaratan ortak girişimlere ilişkin mutad şartlara uygulanacak ilkeler (IV) açısından incelenecektir. Yeri geldikçe Komisyon uygulamaları çeşitli kararlar aracılığıyla yansıtılacaktır.

C. SINIRLAMALAR

Bu çalışmanın amacı yan sınırlama kavramını ve uygulamasını açıklamak olduğundan, kavramın doğup geliştiği birleşmeler ve devralmalar (yoğunlaşmalar) ayrıca ve özel olarak ele alınmayacaktır.

Yukarıda da belirttiğim gibi yan sınırlamalar konusunu daha önce işlemiş olduğumdan, konunun tüm veçheleri burada incelenmeyecektir. Özellikle yan sınırlamaların Rekabet Kuruluna veya Komisyona bildiri (bildirimin şekli ve süresi) ve bunların yan sınırlamaları incelemelerine ilişkin usulî hükümler ile bu incelemenin sonunda verilebilecek menfi tespit ve muafiyet kararları veya bildirimde bulunmamaya uygulanacak yaptırımlar ayrıca yeniden irdelenmeyecektir. Bu konularda yukarıda andığım çalışmalarımı anmakla yetiniyorum.

§ 1. TÜRK REKABET HUKUKUNDA YAN SINIRLAMALAR

RKHK'da yan sınırlama kavramını düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Birleşme ve devralmalarda söz konusu olan yan sınırlamalar bu birleşme ve devralma işleminin bildirimünün zorunlu olup olmamasına göre değerlendirilir. Zira birleşme ve devralma işleminin bildirilmesi zorunlu ise yan sınırlamalar da

² Bkz. *Erdem, H. Ercüment*; Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003, s. 91-103, 212-225.

³ ATRG, 29.01.2004, L 24, s. 1

bu çerçevede bildirilir ve aynı çerçevede incelenir. Eğer birleşme ve devralma işleminin bildirilmesi zorunlu değilse, bu takdirde rekabet kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerin anlaşmalar çerçevesinde bildirilmesi söz konusu olabilir. Ancak, Rekabet Kurulu'nun bildirilmesi zorunlu olmayan birleşmelerin bildirildiği durumlarda da, birleşme anlaşması kapsamındaki rekabeti sınırlayıcı hükümlerin birer yan sınırlama oluşturup oluşturmadığını incelediği görülmektedir⁴.

Hemen belirtelim ki Türk rekabet hukuku uygulamasında rekabet kurulu kararlarına konu olan yan sınırlamalar ağırlıklı olarak, rekabet yasağı sözleşmesi üzerine odaklanmaktadır. Bu nedenle Türk rekabet hukuku açısından yan sınırlama kavramı değerlendirilirken bu noktadan hareket edilecektir.

I. KAVRAM

“Yan sınırlama” kavramı Türk hukukunda ne özel olarak düzenlenmiş ne de bir teori olarak işlenmiş veya incelenmiştir. Bu nedenle kavramın rekabet hukuku boyutunu ele almadan önce genel olarak açıklamakta yarar vardır.

“Yan sınırlama” kavramı bir sözleşme ilişkisinde, tarafların asıl edimleri yanında bu edimlerin tamamlanmasına, ifasına hizmet eden veya onları kolaylaştıran bazı yapma veya çekinme yükümlerini ifade eder. Bu çerçevede burada kastedilen yan edim yükümleridir⁵. *Satımda* malın alıcıya teslimi ve mülkiyetinin geçirilmesinde (BK m. 182) olduğu gibi, bir sözleşme ilişkisinde tarafların öncelikle belirli asıl edim yükümleri vardır. Buna karşılık birçok hukukî ilişkide kanunkoyucu yan edim yükümlülükleri (bundan böyle “yan yükümlülük” olarak anılacaktır) de öngörmüştür. *Alacağın temlikinde*, temlik edenin senedi de vermekle yükümlü olması (BK m. 168/II) bu tür yükümlülüklere bir örnektir. Taraflar da sözleşmelerinde yan yükümlülükler öngörebilirler. Sır saklama, rekabet etmeme, bir işletmeyi devralanın devredene tedarikte bulunmaya devam etme yükümü bu tür sözleşmesel yan yükümlere örnektir.

Yan yükümlülükler, konuları veya kaynakları ne olursa olsun, “*temel veya aslı yan yükümlülükler*” ve “*ikinci derece yan yükümlülükler*” olarak gruplanabilir⁶. Temel yan yükümlülükler asıl edimle beraber talep edilebilmekle

⁴ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 04.12.2003 tarih ve 03-76/933-391 sayılı *Coşkunöz Holding A.Ş./DS Beteiligungs GmbH*; 21.08.2003 tarih ve 03-58/674-307 sayılı *Exel International Holdings B.V./Sunshine Limited*; 18.03.2004 tarih ve 04-20/209-45 sayılı *Linpac Plastics Limited/Kürşad Tiritioğlu*; 01.04.2004 tarih ve 04-23/254-56 sayılı *Kayaba Industry Co. Ltd./Arvin International Holdings L.L.C.* kararları, www.rekabet.gov.tr.

⁵ Yan yükümlülükler ve bunların çeşitli ayrımları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1993, s. 315 vd.

⁶ “*Temel veya aslı yan yükümlülükler*”e “*özel amaçlı yan yükümlülükler*” ve “*ikinci derece yan yükümlülükler*”e de “*özel amacı olmayan bağımlı yan yükümlülükler*” denilmektedir. Bkz. *Edis*, s. 317.

beraber ondan ayrı olarak da dava konusu olabilirler. Örneğin rekabet yasakları bağımsız olarak dava edilebilen yan yükümlerdir⁷.

Rekabet düzenlemeleri en genel anlamda rekabeti kısıtlayıcı, bozucu veya engelleyici anlaşmaları, eylemleri veya kararları yasaklar (bkz. RKHK m. 4/I). Bu çerçevede sözleşmesel rekabet yasakları da, başlı başına ele alındıklarında bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak, bazı hallerde bu tür yasaklar rekabet düzenlemelerinin izin verdiği başka bir işlemin, örneğin bir devralma veya birleşmenin, sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için gerekli olabilir. Nitekim bir birleşme veya devralma işleminde, devralan devirden hemen sonra devreden kendisi ile rekabet ederek devralma işlemini anlamsız kılmasını engellemek için, devredene kendisi ile rekabet etmemesi yönünde bir koşul ileri sürmektedir. Gerçekte devralanın, devraldığı know-how ve müşteri portföyünü koruyabilmesi ve kendi müşteri portföyünü oluşturabilmesi için, devreden rekabetinden arınmış makul bir süreye gereksinimi vardır. Rekabet Kurulu da bu tür yasakları ticarî hayatın bir gereği olarak görmektedir ve koşulları oluşmuşsa izin verdiği asıl işlemin, birleşme veya devralmanın bir parçası olarak değerlendirmektedir⁸.

Rekabet Kurulu, ilk kararlarında “yan sınırlama” kavramından ne anlaşılması gerektiğini irdelememiş, sadece bu yan sınırlamanın unsurlarını belirtmekle yetinmiştir. Bu unsurlar yan sınırlamanın zorunlu, makul ve objektif olmasıdır.

Bu çerçevede, söz konusu kavram, Rekabet Kurulu kararlarına da kaynak oluşturan Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarına da paralel olarak, şu şekilde de ortaya konabilir: “Yan sınırlamalar, birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak

⁷ Bkz. *Edis*, s. 318.

⁸ Kurul’un çeşitli kararlarına aynen veya farklı cümlelerle aldığı şu ifadeler, yan sınırlamaların ve özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinin nasıl değerlendirildiği hakkında ilgi çekicidir:

“Teşebbüsler arası devir işlemlerinde, genellikle devralan tarafın devreden devir işleminden sonra kendisiyle rekabet etmemesi yönünde bir şart ileri sürdüğü görülmektedir. Bu durum, özellikle devir işlemine konu pazara yabancı olan devralan teşebbüsler ile mevcut pazarda müşteri portföyü ve “know-how” oluşturmuş devreden teşebbüsler arası devralmalarda sözkonusu olmaktadır. Devralanın “know-how” ve kendine ait müşteri portföyünü oluşturabilmesi, bir başka deyişle piyasaya adaptasyonunun sağlanabilmesi için makul bir süreye gereksinim duyulması nedeniyle, rekabet etmeme anlaşmalarını ticarî hayatın bir gereği olarak değerlendirmek yerinde olacaktır”.

Bkz. Rekabet Kurulu’nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. / PGI Nonwovens B.V.* kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812.

gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır”⁹.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

Rekabet yasağı yan edim yükümü niteliğinde olan yan sınırlamalara güzel bir örnektir. Rekabet yasağı kanımızca “işbirliği yapma yükümü” niteliğinde bir yan edim yükümüdür¹⁰.

Rekabet yasağının amacı en genel anlamda, rekabetin ortaya çıkaracağı riskleri ortadan kaldırmaktır. Rekabet yasağı temelini dürüstlük kuralında veya hizmet sözleşmeleri açısından emeği tahsis ilkesinde bulur ve kural olarak süresi hukukî ilişkinin süresiyle sınırlıdır¹¹. Bu yasakların bir kısmı doğrudan kanun koyucu tarafından konulmuştur. Kanun koyucu rekabeti hukukî ilişkinin sona ermesinden sonraki dönem için ancak istisnai hallerde ve özel hükümlerle yasaklamıştır¹².

Rekabet yasaklarının diğer bir kısmı ise bir sözleşme ilişkisinden doğar. Yasağa tabi olan taraf ekonomik faaliyet alanını ve olanaklarını kendi iradesi ve isteği ile sınırlandırmakta veya belli bir süre ve konu ile sınırlı olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmelerinde ortak olan nokta, tarafların belli bir sistem içerisinde veya öngördükleri düzenlemelerle aralarındaki rekabet ilişkisini belli kurallara bağlamalarıdır¹³. Rekabet yasağı öncelikle belli şirket menfaatlerinin o şirket ortağı kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemeye yöneliktir¹⁴.

Türk Hukukunda rekabet yasağı, çeşitli sözleşme türleri açısından BK’da ve TTK’da açıkça düzenlemiştir¹⁵. Burada söz konusu olan, sözleşen taraflardan birisinin diğeri lehine belli tür davranışlardan kaçınması ve diğer taraf ile rekabet etmemeyi yükümlenmesidir. Niteliği itibariyle rekabet yasağı daha çok ortaklık

⁹ Öğretide farklı tanımlar da vardır. Bkz. örneğin *Gülergin, E. Cenk*: Topluluk Rekabet Hukuku İşliğinde Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara 2003, s. 5.

¹⁰ “İşbirliği yapma yükümlülüğü” kaynağını MK m. 2 uyarınca doğruluk ve güven ilkesinde bulur. Bkz. *Edis*, s. 322.

¹¹ Bkz., *Franko, Nisim*: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuniyeti”, *Batider*, Haziran 1985, C. XIII, S. 1, s. 23-26.

¹² Örneğin TTK m. 363/II uyarınca anonim şirket ortakları, her ne şekilde olursa olsun öğrenmiş oldukları sırları sonradan ortaklık hakkını kaybetmiş olsalar da gizli tutmaya zorunludur.

¹³ Bkz., *Soyer, Polat*: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352), Ankara 1994, s. 8.

¹⁴ Bkz. *Franko*, s. 37.

¹⁵ Bu düzenlemeler hakkında genel bir bilgi için bkz. *Aşçıoğlu Öz, Gamze*: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 9-15.

ilişkisinden, ortaklık ilişkisine bağlı hukukî durumlardan, hizmet sözleşmesinden veya temelinde temsil ilişkisi olan hukukî ilişkilerden doğabilir. Hukukumuzda kanunlarda açıkça düzenlenen pek çok rekabet yasağı hükmü vardır¹⁶. Ancak kanunda açıkça düzenlenmeyen pek çok sözleşmede, örneğin lisans ve know-how, patent, tek satıcılık, dağıtım ve pay devri sözleşmelerinde de rekabet yasağına ilişkin hükümlere sıkça rastlanmaktadır¹⁷.

B. TÜRLERİ

Öğretide genel olarak kabul edildiğine göre rekabet yasağı sözleşmeleri aslî ve talî olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar¹⁸.

1. Aslı Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Fiyat, satış, üretim, dağıtım ve benzeri alanlarda belirli koşulların kabul edilmesi ile rekabetin sınırlandırılmasını hedef alan sözleşmeler veya RKHK'nın terimi ile "anlaşmalar" söz konusudur. Gerçekten bunlar belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan veya böyle bir etki yaratabilecek olan kartel anlaşmalardır (krş. RKHK m. 4/I)¹⁹. "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" başlığını taşıyan RKHK m. 4/I uyarınca "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*". Bu madde genel olarak ilgili pazarda rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri yasaklamaktadır.

Rekabet hukuku açısından anlaşma kavramı medenî hukuk anlamındaki sözleşmeleri ve bu arada rekabet yasağı sözleşmelerini de kapsar²⁰.

¹⁶ Nitekim hizmet sözleşmesinde (BK m. 348-352), ticarî mümessillik ve ticarî vekalette (BK m. 455), adı ortaklıkta (BK m. 526), acentelik sözleşmesinde (TTK m. 118), kollektif şirkette (TTK m. 172-173), adı ve paylı komandit şirkette (TTK m. 250-256, 483), anonim şirkette (TTK m. 335) ve limited şirkette (TTK m. 547) rekabet yasağı açık olarak düzenlenmiştir.

¹⁷ Fransız hukukunda, Fransız Medenî Kanunu m. 1625 vd. çerçevesinde, ticarî işletmesini devreden satıcının, alıcısına bir rekabet yasağı öngörmesinin geçerli olarak kabul edileceği ancak, yargı kararlarının bu yasağın, rekabet yasağı borçlusunun ekonomik özgürlüğü üzerinde aşırı bir kısıtlama yaratmaması gerektiğini vurguladıkları belirtilmektedir. Bkz. *Galene, Renée: Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles*, Paris 1994, no. 130.

¹⁸ Bkz. *Soyer*, s. 9 dn. 27'de sayılan yazarlar.

¹⁹ Öğretide kartel sözleşmeleri "*birden çok teşebbüsün piyasayı kontrol etmek ve rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmeler*" olarak tanımlanmaktadır, *Akıncı, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara 2001, s. 66.

²⁰ Rekabet hukuku açısından anlaşma kavramı için bkz. *Erdem, Birleşme ve Devralmalar*, s. 96.

Aslı rekabet yasağı sözleşmeleri bağımsız bir düzenleme olma niteliğine sahiptir²¹. Bu sözleşmelerin konusu çok çeşitli olabilir. RKHK m. 4/II'de örnekleyici olarak sayılan haller, aslı rekabet yasağı sözleşmelerinin içeriği konusunda fikir vermektedir.

Aslı nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerinin amacı belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olduğundan bu tür sözleşmeler RKHK m. 4/I uyarınca hukuka aykırı ve yasaktır.

2. Talî Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Bu tür sözleşmeler, kurulmalarına neden olan bir başka sözleşme (asıl sözleşme) ile sıkı bir bağ içerisindedir ve bu sözleşmenin ifasına yardımcı olur. Bu tür sözleşmeler bu asıl sözleşmenin bir parçasıdır ve ancak onunla beraber bir anlam ifade eder. Bunlara “rekabet yasağı kaydı” veya “rekabet yasağı şartı” (“*clause de non-concurrence*”/ “*non-competition clause*”) denmesinin nedeni budur. Satım, kira, hasılat kirası, lisans, know-how, patent, ortaklık, pay devri ve hizmet sözleşmelerindeki²² rekabet yasağına ilişkin kayıtlar, talî rekabet yasağı sözleşmelerine örnek olarak gösterilebilir.

Talî rekabet yasağı sözleşmesinin, böyle bir düzenlemeye yol açan sözleşme ile çok sıkı bağına rağmen bu sözleşme ile biçimsel bir bağımlılık içinde olmasının zorunlu bulunmadığı belirtilmektedir²³.

İlk bakışta, birleşme ve devralmalarda taraflara getirilen kısıtlamalar ve özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinin de, belli ölçüde rekabeti kısıtladıklarından ötürü RKHK m. 4 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Zira birleşme ve devralmalar daima bir sözleşme ilişkisi içinde gerçekleştiklerinden, tarafların hareket serbestisine getirilen kısıtlamalar ve bu arada rekabet yasakları RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilebilir ve yasaklanabilir. Ne var ki, talî rekabet yasağı sözleşmelerinde de rekabetin kısıtlanması veya engellenmesi söz konusu olmakla beraber, bu tür sözleşmelerin aslı rekabet yasağı sözleşmelerinden farkı, esas konunun ve amacın rekabetin kısıtlanması olmamasıdır²⁴. Bu tür

²¹ Bkz. *Soyer*, s. 9.

²² Hizmet sözleşmeleri açısından ayrıntılı bilgi için bkz. *Soyer*, s. 17 vd.

²³ Bkz. *Soyer*, s. 9 dn. 29'da anılan yazarlar.

²⁴ Nitekim Fransız hukukunda da, bir malvarlığı devrinin olmadığı durumlarda öngörülen rekabet yasağı hükümlerinin hukukî bir menfaati korumadığı ve rekabet kuralları açısından hukuka aykırı kabul edildiği belirtilmektedir. Gerçekten, kayak öğretmenliği konusunda Fransız Rekabet Kurulu tarafından verilen bir kararda, Fransız kayak öğretmenleri sendikası tip sözleşmelerine konulan ve Fransız kayak öğretmenlerinin çalıştıkları kayak okulundan ayrıldıktan sonra, üç yıl süre ile aynı veya komşu bölgede kayak öğretmenliği yapamayacağını öngören şartın geçersiz olduğunu belirtmiştir. Fransız Rekabet Kurulu bu kararında, böyle bir yasağın hiç bir haklı

sözleşmelerde rekabet asıl sözleşmenin ifası amacıyla ve çoğu kez de zorunlu olarak kısıtlanmaktadır. Zira, böyle bir düzenleme olmaksızın tarafların sözleşmeden bekledikleri sonucun veya faydanın sağlanması söz konusu olmayabilir. İşte birleşme ve devralmalarda öngörülen rekabet yasağı sözleşmeleri de bu tür talî rekabet yasaklarından. Örneğin bir şirketin paylarının tümünün o pazara girmek isteyen yabancı yatırımcıya devrinde, yabancı yatırımcı belli bir süre ile devredenlerin, payları devre konu olan şirket ile rekabet etmemesini şart koşar. Zira, payların satış değeri hesaplanırken, sadece indirgenmiş nakit akışı (*discounted cash flow*) veya aktiflerin değeri değil, şirketin müşteri çevresi (*clientèle*) veya şirkette biriken “know-how”, tecrübe de dikkate alınır. Böyle bir yasak konulmayacak olsa, devredenler derhal şirketle aynı konuda çalışmaya başlar ve hem bilgi birikimlerini ve know-howlarını hem de kendilerini zaten tanıyan müşteri çevrelerini değerlendirirlerdi. İşte talî rekabet yasağı sözleşmelerinin bu zorunlu niteliği, rekabeti düzenleyen kurumların bu sözleşmelere daha ılımlı ve hoşgörülü bakmalarına neden olmuştur.

III. UNSURLARI

Yan sınırlamalara ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından bir anlaşmanın yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi açısından gereken unsurlar Kurul kararlarından elde edilmektedir. Rekabet Kurulu'nun bu tür sınırlamaları önceleri “zorunlu kısıtlamalar” olarak adlandırdığı görülmektedir:

“(…) Rekabet otoriteleri de devralma işlemlerinde, satın alınan varlıkların (know-how, müşteri portföyü, satış stratejileri vb.) değer ifade eden bir bütün olarak alınması gerektiği esasına dayalı olarak, devreden tarafa getirilen konuyla ilgili faaliyette bulunma sınırlamaları ile belli süreler için ilgili pazarda rekabet etme yasakları getiren hükümlere “zorunlu kısıtlamalar” kavramı çerçevesinde olumlu yaklaşımlar sergileyebilmektedirler”²⁵.

menfaati korumadığını zira ne millî ne de yerel sendikaların nitelikleri gereği herhangi bir ticarî menfaatleri olamayacağını ifade etmiştir. Fransız Rekabet Kurulu'nun 19.02.1991 gün ve 91-D-07 sayılı kararı, *Galene*, no. 130.

²⁵ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. / PGI Nonwovens B.V.* kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812. Bu ifade Kurulun *Royal Packaging Industries N.V./Eskinazi Ailesi* kararında (Karar No. 99-21/170-89, RG, 01.07.2000, S. 24096) aynen kullanılmıştır.

Rekabet Kurulu, rekabet yasağı sözleşmelerini ele aldığı ilk kararlarında, bu sözleşmeyi “zorunlu, makul ve objektif bir yan sınırlama” unsurları çerçevesinde değerlendirmiştir²⁶.

Kurul, son dönem kararlarında ise, incelemesini “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olma ve orantılı olma” unsurları çerçevesinde yapmaktadır. Rekabet Kurulu, 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı *Danonesa/Tikveşli* kararında aynen şöyle demiştir²⁷:

“Bir devralma işleminin tarafları, devralma işlemi düzenleyen sözleşme ile birlikte ya da bunun yanı sıra, devralma işleminin temel unsurunu oluşturmayan ancak tarafların pazardaki hareket özgürlüklerini kısıtlayan başka düzenlemelere gitmeyi ya da anlaşmalar yapmayı tercih edebilirler. Bu düzenleme ya da anlaşmalar, devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli sadece işlemin tarafları açısından kısıtlayıcı, kapsam ve süre açısından amaçla orantılı olmaları halinde yan sınırlama kavramı çerçevesinde devralma işlemiyle birlikte değerlendirilmektedir.”

Kurul’un incelemelerinde, farklı başlıklar altında rekabet sınırlamalarını değerlendirmesi, aslında ilk kararlarında benimsemiş olduğu kıstasların, Kurul tarafından, Avrupa Topluluğu uygulamalarına paralel olarak, zamanla daha somut hale getirilmesinin bir neticesi olarak görülebilir.

Bu çerçevede, Rekabet Kurulu’nca da benimsenen, Avrupa Topluluğu Komisyonu kararları, Tüzük ve Genelge hükümleri uyarınca, rekabete ilişkin kısıtlamaların bir birleşme ve devralma işleminin yan sınırlaması olarak kabul edilebilmesi için en az dört koşul gereklidir²⁸: Zorunlu olması, objektif olması, makul olması ve makul bir süreye bağlanması²⁹.

²⁶ Bkz. *Royal Packaging Industries N.V / Eskinazi Ailesi* kararı; *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V* kararı; *Lawson Mardon Group International Limited / Bakioğlu Holding A.Ş. ve Bakioğlu Ailesi* kararı (Karar No. 00-7/62-29, RG, 28.08.2000, S. 24146).

²⁷ Aynı yönde bkz. 30.12.2003 tarih ve 03-84/1020-408 sayılı *Bobst Group S.A./Metse Paper Incorporated* kararı, RG, 20.4.2004, S. 25439).

²⁸ Fransız hukukunda da rekabet etmeme şartının ancak zamanla ya da mekanla sınırlı olduğu ve ticari özgürlüklerde veya çalışma özgürlüğünde anormal kısıtlamaların doğumuna yol açmadığı hallerde geçerli olduğu ve bu şartın takdirinde hakimlerin fiili duruma ve ilgili ekonomik sektörün haline vs. göre geniş yetkileri olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Akar, Öçal*: “Rekabet Yasasına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkemesi Kararları”, *Batider*, Aralık 1982, C. XI, S. 4, s. 77; *Galene*, no. 130; *Zachmann, Jacques*: *Le contrôle communautaire des concentrations*, Paris

Rekabet Kurulu'na göre, bünyesinde gerekli unsurları barındırmayan veya yoğunlaşma işleminden ayrılabilir (bağımsız) nitelikteki rekabeti sınırlayıcı hükümler, RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

A. ZORUNLU OLMASI

Rekabet yasağı sözleşmesi de dahil olarak bir rekabet kısıtlamasının bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi, bu yasağın söz konusu birleşme ve devir işlemi için zorunlu olmasına bağlıdır.

Bir devralma işleminde devre konu paylar şirketin sadece maddî varlığını değil, tüm ticarî varlığını da temsil etmektedir. Burada ticarî varlıktan kasıt; bina, makina, malzeme, araç gibi maddî unsurların yanısıra, know-how, müşteri portföyü (*clientèle*), lisans, isim hakkı, marka, şirket itibarı ve imajı (*goodwill*) gibi maddî olmayan unsurlardır. Devralma işleminde, anlaşma şartlarının tam ve etkili olarak yürürlüğe girebilmesi ve devir işleminden her iki tarafın da arzu ettiği sonucu elde edebilmesi için maddî varlıkların yanı sıra yukarıda sayılan maddî olmayan unsurlar üzerinde de alıcının bir hakimiyetinin olması gerekir. Zira alıcı taraf, devre konu şirkete (şirketin paylarına) değer biçerken şirketin bu gibi özelliklerini de göz önüne almakta ve satış bedelini buna göre saptamaktadır. İşte şirketin bu ticarî varlığından alıcının tam olarak yararlanmasını sağlamak ve bunu garanti altına alabilmek için satıcı tarafa makul bir süre ile pay devir sözleşmesinde “rekabet etmeme” şartı getirilmektedir. Aksi halde satıcı, şirketin devri sonucunda elde edeceği parayla aynı piyasada faaliyet gösteren yeni bir şirket kurabilir, devrettiği şirket dolayısıyla sahip olduğu know-how, müşteri portföyü (*clientèle*), şirket itibarı ve imajı (*goodwill*) gibi maddî olmayan bazı unsurları bu yeni şirkete aktarabilir, böylece eski durumundan hiçbir şey kaybetmeden ilgili piyasada varlığını devam ettirebilir. Halbuki, alıcı taraf devir işlemine konu şirket paylarının şirketin tüm ticarî varlığını da kapsadığı düşüncesiyle bir bedel ödemiştir. Satıcının, şirketin maddî olmayan varlığını yeni kurduğu şirkete aktarması halinde, devir işlemi sonrası alıcı şirketin sadece maddî unsurlarından yararlanabilecektir. Bu da alıcının devir işleminden umduğu faydayı sağlayamaması ve artık şirkette olmayan ve faydalanamayacağı gayri maddî değerler için bedel ödemesi ve böylece mağdur olması demektir. “*Böylece ‘rekabet etmeme’ şartı sayesinde, satıcının ilgili piyasadan bir süre uzak*

1994, s. 354 vd; *Cot, Jean-Mathieu/de la Laurencie, Jean-Patrice*: Le contrôle français des concentrations, L.G.D.J., Paris 1997, no. 388.

²⁹ *Gülergün* ise Topluluk hukuku açısından bu unsurları sınırlama, doğrudan ilgili olma, gerekli ve orantılı olma şeklinde belirlemekte ve bu unsurlara diğer bazı koşulları da eklemektedir, s. 9 vd.

³⁰ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 30.10.2003 tarih ve 03-70/854-370 sayılı *İnci Holding A.Ş./Hayes Lemmerz Holding GmbH*. Kararı, www.rekabet.gov.tr.

*kalması ile alıcının muhtemel zararının önüne geçilecektir. Bu sayede anlaşma şartları ve tarafların anlaşmadan dolayı arzu ettikleri sonuç tam anlamıyla gerçekleşmiş olacaktır*³¹. Rekabet Kurulu'nun *Essex Speciality Chemicals Products Inc./Gurit-Heberlein AG* kararı da bu yöndedir³²:

Rekabet Kurulu'nun yeni dönem kararlarından, *Cadbury Schweppes/Kent Gıda A.Ş.* kararında öncelikle bir rekabet sınırlamasının yan sınırlama olarak kabulü için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olması koşulunu belirtilmiş; bir kısıtlamanın gereklilik unsurunu taşıyıp taşımadığının ise, bu kısıtlamanın yokluğu halinde, ya yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip hiç uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanması hallerine bağlı olarak değerlendirileceğini vurgulamıştır³³.

Bu görüş, Kurul'un, *Cadbury Schweppes/Pfizer Inc.* kararında³⁴ tekrarlanmış, *Danonesa/Tikveşli* kararında ise, yukarıdaki prensipler, Kurul tarafından daha da ayrıntılı olarak, “*doğrudan işlemle ilgili ve gerekli olma ilkesi*” başlığı altında şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Doğrudan ilgililik unsuru; yoğunlaşmanın uygulanmasına yardımcı olacak, ancak yoğunlaşmanın asıl amacının önemi temel alındığında ikincil sayılabilecek kısıtlamaların varlığını gerektirir. Gereklilik unsuru ise, bu kısıtlamaların yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir...”

İşte, tarafların birleşme veya devir işleminden umut ettikleri faydayı tam olarak sağlayabilmeleri için satıcı taraf açısından “rekabet yasağı” öngörülmesi zorunludur. Kuşkusuz bu yasağın zorunlu olup olmadığı her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmek gerekecektir.

³¹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 28.04.1999 tarih ve 99-21/170-89 sayılı *Royal Packaging Industries N.V/Eskinazi Ailesi* kararı, RG, 01.07.2000, S. 24096.

³² “...Devir işleminin gereği gibi yerine getirilmesi, maddî değerler ve dağıtılmamış şerefiye ile know-how gibi maddî olmayan değerlerden oluşan aktiflerin tam değerleriyle alıcıya geçmesini sağlayabilmesi ve satıcıya rakip işlemlere karşı belli düzeyde koruma sağlayarak tüketici bağlılığını kazanmasına yardımcı olması açısından, söz konusu rekabet yasağının zorunlu, makul ve objektif olduğu ve devralmanın yan sınırlamasını oluşturduğu anlaşılmıştır...”

Bkz. Rekabet Kurulu'nun *Gurit Essex AG ve Gurit Essex Trading AG* şirketlerinin herbirinde, *Gurit-Heberlein AG*'nin sahip olduğu %50 oranındaki payların *Essex Speciality Products Inc.*'e devredilmesine ilişkin 21.12.2000 tarih ve 00-50/547-302 sayılı kararı, RG, 04.12.2002, S. 24956.

³³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 16.04.2002 tarih ve 02-24/242-97 sayılı kararı.

³⁴ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.04.2003 tarih ve 03-22/247-108 sayılı kararı.

B. OBJEKTİF OLMASI

Rekabet kısıtlamasının objektif olmasından anlaşılması gereken somut olayda, devir veya birleşmenin somut koşulları uyarınca böyle bir yasağın gerekli olmasıdır. Burada amaç devreden açısından onu rekabetin dışına itmek veya onun ticaret ve girişim özgürlüğünü kısıtlamak değildir. Bu kısıtlama somut olayın koşulları açısından objektif olarak gereklidir. Bir başka deyişle, somut olayda bu devreden yerine başka bir devreden de olsaydı yine böyle bir rekabet kısıtlaması öngörmek gerekecek idiyse, kısıtlama objektiftir. İlk tahlilde birleşme ve devralmalardaki kısıtlamaların daha çok subjektif olduğu, devredenin bilgi, beceri ve birikimini kapsadığı da düşünülebilir. Kuşkusuz devredenin bilgi, beceri ve birikimi şirketin gayri maddî varlıklarının ediniminde çok etken olmuştur. Ancak bu gayri maddî varlıklar bir kez şirket tarafından kazanıldığında artık devredenden bağımsız hale gelirler, bu nedenle devredene göre de objektif bir nitelik taşırlar. Şirket açısından her devralanın bu gayri maddî varlıklardan yararlanma, onları devraldığı şirket bünyesinde bulundurma ve koruma hakkı vardır.

C. MAKUL OLMASI

Rekabet kısıtlamasının makul olmasından maksat, amacına hizmet edecek bir kapsamda olmasıdır. Bir başka deyişle, devralan açısından devreden devir konusuna ilişkin ne tür bir rekabetinden endişe ediliyorsa, rekabet kısıtlaması sadece bunu kapsamalı ve ötesine geçmemelidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, rekabet kısıtlaması ile amaçlanan devreden tamamen her türlü iktisadî faaliyetten alıkonulması ve ticarî özgürlüğünün kısıtlanması değildir. Ancak mademki, örneğin rekabet yasağı genel bir özgürlük olan ve Anayasa ile güvence altına alınan ticaret ve girişim özgürlüğünü kısıtlamaktadır (AY m. 48), o halde rekabet yasağı sözleşmesi hükümleri olabildiğince dar yorumlanmalıdır³⁵. Nitekim, ticaret şirketleri için TTK'da öngörülen rekabet yasağına ilişkin

³⁵ Bkz. *Franko*, s. 27-28. Franko'ya göre, rekabet yasağının dar yorumlanması bunun maddî içeriği ile ilgilidir; bir başka ifade ile kanun hangi fiil ve davranışların rekabet yasağını oluşturacağını belirtmişse, onların dışına çıkılmamalıdır. *Franko*, s. 49; *Öçal*, s. 81-82. Fransız mahkemelerinin bu konuda verdikleri kimi eski tarihli kararlar ilginçtir: Örneğin 11 Temmuz 1973 tarihli bir mahkeme kararında, işyerinden ayrıldıktan sonra eski patronundan kuş uçuşu 500 metrelik bir alanda işletme açmamayı taahhüt eden bir bayan berberin, daha sonra 550 metre mesafede bir işletme açması, mahkemenin verilen taahhüdü lafzen yorumlaması çerçevesinde, rekabet yasağına aykırı bulunmamıştır, *Öçal*, s. 84 ve dn. 12. Bir başka olayda bir limited şirket ortağı öngörülen coğrafi alanda 10 yıl süreyle fotoğrafçıya kurmamayı ve işletmemeyi taahhüt ederek paylarını satar. Satıcı daha sonra söz konusu coğrafi alanda bir fotoğrafçıya ücretli olarak çalışmaya başlar. Roen Mahkemesi 26 Şubat 1970 tarihli kararında, rekabet yapmama şartının ihlal edilmediğini kabul eder. Zira olayda ne işletme kurma ne de işletme söz konusudur, sadece hiç bir ticarî sır verilmeden bir hizmet sözleşmesi kurulmuştur, *Öçal*, s. 86 ve dn. 17.

hükümler açısından da aynı esas benimsenmiş ve hangi işlem veya eylemlerin rekabet yasağına aykırılık oluşturacağı sınırlı olarak belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun *Lawson Mardon Group International Limited/Bakioğlu Holding A.Ş. ve Bakioğlu Ailesi* kararında³⁶ Şirket ana sözleşmesi 31nci maddesinde düzenlenen rekabet etmeme hükümleri uyarınca (devredenler) *Bakioğlu Holding* ve diğer gerçek kişi pay sahipleri, şirketten ayrıldıktan sonra 18 ay süreyle, kendi hesaplarına veya başkası adına ya da hesabına, doğrudan ya da dolaylı olarak şirketin faaliyetine rakip bir işle uğraşmayacaklar ve bu 18 ayı takip eden ikinci 18 aylık süre içinde ayrılış tarihi itibarıyla şirketin son 12 aylık satış cirosu içerisinde bu cironun %20'sini sağlayan müşteriler nezdinde herhangi bir sıfatla çalışmayacaklar, müşteriyi şirketten uzaklaştırmayacaklar ve şirketin ürettiği ürünlere rakip mal siparişi kabul etmeyeceklerdir. Ayrıca her iki dönemde de hiç bir şekilde şirketin kısıtlı personelinin istihdam edilmemesi şart koşulmuştur. Görüldüğü gibi, devredenlerin şirketten ayrıldıktan sonraki bir dönemde şirketle rekabet etmelerini engelleyen bir düzenleme söz konusudur. Ancak getirilen sınırlama, devredene, şirketin işteğal konusu olan gravür baskılı yumuşak veya sert ambalajların üretilmesi veya tütün üreticilerine satılması ve/veya pazarlanması işi dışındaki işlemlerle uğraşmalarını engellemektedir. Örneğin sözü edilen kısıtlama kapsamında devredenlerin en geniş anlamda her türlü ambalajı üretimi, satımı ve pazarlamaları öngörülmemiştir. Bir başka deyişle, rekabet yasağı ile getirilen kısıtlama amacını aşmamıştır.

Rekabet Kurulu'nun *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V.* kararında³⁷, izin talep edilen devralma işlemi çerçevesindeki Hissedarlık Anlaşmasının "Rekabet Etmeme Anlaşması" başlığını taşıyan 8nci madde hükmü aynen şöyledir:

"PGI ve mevcut hissedarların tümü, PGI Vateks'te hissedar oldukları sürece ve hissedarlık sıfatlarının sona ermesini izleyen üç yıllık süre zarfında, Türkiye'de PGI Vateks ile rekabet edecek gerek halihazırda

³⁶ Somut olayda *Lawson Mardon Bak Gravür Baskılı Karton ve Sanayi A.Ş.*'nin %51 hissesine sahip olan İngiltere'de kurulu *Lawson Mardon Group International Limited Şirketinin*, yerli pay sahiplerinden %29 oranında payı devralması ile değişiklik yapılan şirket ana sözleşmesindeki rekabet yasağına ilişkin bir menfi tespit isteminde bulunulmuştur. Anılan devir işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'de öngörülen eşikler aşılmadığından izin için Rekabet Kurulu'na bildirilmemiştir. Karar No. 00-7/62-29, RG, 28.08.2000, S. 24146.

³⁷ Somut olayda *Vateks Tekstil Sanayi A.Ş.* hisselerinin %51'inin Hollanda'da kurulu ve orada faaliyet gösteren *PGI Nonwovens B.V.* tarafından devralınmasına izin verilmesi için RKHK m. 7 ile 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca Rekabet Kuruluna başvuruda bulunulmuştur. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V.* kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812.

mevcut, gerek yeni kurulacak hiç bir şirket veya malvarlığına yatırım yapmayacaklarını taahhüt ederler“.

Burada, yukarıda anılan olaydan farklı olarak iki taraflı bir rekabet yasağı getirilmiştir. Ancak getirilen sınırlama, şirket ortaklarının, şirketin işgal konusu olan hijyenik nonwoven, temizlik bezleri ve endüstriyel nonwoven üretimi ve pazarlaması işi dışındaki işlerle uğraşmalarını engellemektedir. Bu nedenle rekabet yasağı ile getirilen kısıtlama amacını aşmamıştır.

Rekabet Kurulu, son kararlarında, Avrupa Topluluğu uygulamasına yaklaşan bir tutumla, bir yan sınırlamanın kapsamı itibariyle makul olup olmadığını denetlerken, sınırlamanın ilgilendirdiği kişileri³⁸, sınırlanan faaliyetlerin konularını, sınırlamanın uygulanacağı coğrafi alanı özellikle incelemektedir. Bu yönde, Kurul’un, *Danonesa/Tikveşli* kararında “*sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ilkesi*” ve “*orantılılık ilkesi*” isimli iki ilke ortaya konulmuştur. “*Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma*”dan anlaşılması gereken şudur: Yan sınırlama olarak nitelendirilecek düzenleme sadece yoğunlaşmanın taraflarının hareket özgürlüklerini kısıtlamalı ve yoğunlaşma kaçınılmaz olarak gerektirmediği sürece üçüncü kişilerin zararına olarak herhangi bir kısıtlama getirmemelidir³⁹. “*Orantılılık ilkesi*” uyarınca ise devralma işlemine getirilen kısıtlamaların devredilen faaliyetlere konu coğrafi alan, ürün ve hizmetlerle sınırlı, bir başka ifade ile bu konularla orantılı olması gerekir⁴⁰.

Son olarak rekabet etmeme yükümlülüğünün rekabete doğrudan doğruya etkili olan üretim, dağıtım, satım ve pazarlama, bu işlerle uğraşan şirketlere ortak

³⁸ Rekabet Kurulu, 20.02.2003 tarih ve 03-11/118-55 sayılı *Schoot/Orim* kararında, satıcı taraf olan Orim’in hissedarlarının, bunların iştirakleri (“*affiliates*”), eş, kardeş ve çocuklarından oluşan aile fertleri aracılığıyla rekabet etmelerini engellemeye yönelik bir hükmü geçerli bir yan sınırlama olarak kabul etmemiştir. Kurul, devralma işlemiyle doğrudan bağlantısı olmayan aile fertlerine getirilen yasakların, ilgililerin özgür biçimde ticari karar almalarını engellediğine ve devralma işleminin hayata geçirilmesinde zorunlu bir unsur teşkil etmediğine hükmetmiştir. Olayda, Kurul, aile fertlerinin yasak kapsamında çıkarılması gerektiğini ifade etmiş, ancak bu şartla rekabet yasağının geçerli bir yan sınırlama olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. RG, 24.11.2003, S. 25299.

³⁹ “... Yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yalnız yoğunlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslerin ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir”. Bkz. 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı *Danonesa/Tikveşli* kararı, RG. 25.04.2004, S. 25443.

⁴⁰ Bkz. 30.12.2003 tarih ve 03-84/1021-409 sayılı *Danonesa/Tikveşli* kararı, RG. 25.04.2004, S. 25443.

olma gibi faaliyet alanlarını kapsayabileceği, ancak araştırma ve geliştirmeyi kapsam dışında bırakması gerektiği belirtilmelidir⁴¹.

“Rakip şirketlere ortak olunmaması” biçimindeki rekabet yasaklarıyla ilgili olarak, Rekabet Kurulu, öteden beri, genel bir prensip olarak, salt hissedarlık oranına dayalı sınırlamaları reddetmiştir. Kurul, bu konuya ilişkin kararlarında, yatırım amaçlı hisse alımlarının açıkça hariç tutulması gerektiğini ve ortak olunmaması biçimindeki sınırlamaların, rakip teşebbüslerin kontrolüne olanak veren işlemlerle sınırlı tutuldukları hallerde geçerli birer yan sınırlama olarak kabul edilebileceklerini ifade etmiştir⁴².

Bununla beraber, Kurul’un konuya ilişkin iki kararı özellikle dikkat çekicidir: 27.05.2003 tarih ve 03-35/414-181 sayılı *Deceuninck N.V./ThyssenKrupp* kararında, Kurul, satıcı tarafın, rakip firmalara, en fazla %5 oranında ortak olabileceğine dair düzenlemeyi, yatırım amaçlı hisse alımlarını engelleyip engellemeyeceğini tartışmaksızın, geçerli bir yan sınırlama olarak kabul etmiştir⁴³. Bunu takip eden, 26.06.2003 tarih ve 03-45/519-230 sayılı *Tesco PLC/Kipa* kararında, Kurul benzeri bir sınırlamanın amacının halka açık şirketlerde azınlık hakkının engellenmesi olduğunu belirterek rakip teşebbüslere %5’den fazla ortak olunmasının yasaklanmasını sermayenin tabana yayılması açısından makul bulmuştur⁴⁴.

⁴¹ Bu yönde *Aslan, I, Yılmaz*: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 104. Nitekim Komisyon da *Reuter/BASF* kararına konu olayda araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin de kapsam içine alınmasının, sürekli gelişmeler karşısında gelişmeyi durduracağını, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine devam edilmesinin Topluluk rekabet politikasının bir gereği olduğunu ve Topluluk içinde rekabetin etkin kılınması için gerektiğini, böyle bir yasağın müstakbel tüm rakipleri ortadan kaldırmak amacını taşıdığını belirterek söz konusu yasağın amacını fazlasıyla aştığı sonucuna varmıştır. *Reuter/BASF* Komisyon kararı, ATRG, 1976, L. 254, s. 40.

⁴² Bkz. Rekabet Kurulu’nun 03.04.2003 tarih ve 03-22/249-109 sayılı *Babcock Hitachi K.K./Babcock A.G.*; aynı tarih ve 03-22/247-108 sayılı *Cadbury Schweppes/Pfizer Inc.* kararı; 02-24/242-97 sayılı *Cadbury Schweppes/Kent Gıda* kararı (her üç karar içinde bkz. www.rekabet.gov.tr); 20.06.2002 tarih ve 02-39/433-183 sayılı *Ege Pen A.Ş./Deceuninck N.V.* kararı (RG. 07.03.2003, S. 25041); 06.06.2002 tarih ve 02-36/402-169 sayılı *Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş.* kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040); 12.03.2002 tarih ve 02-14/150-66 sayılı *Tamek/ Pepsi Inc.* kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040). 03-11/118-55 sayılı *Schoot/Orim* kararı (RG. 24.11.2003, S. 25299);

⁴³ Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

⁴⁴ “... getirilen yasaklamalar içinde, Yönetici Hissedarlar ve Kalan Hissedarlar’ın Rakip İş’te, bu işteki hisselerin nominal değerinin %5’ini geçmeyecek oranda ve borsada işlem gören menkul kıymetlere yapılan yatırımlar hariç hisse sahibi olamayacakları da yer almaktadır. Bu sınırlamada amaçlananın halka açık şirketlerde azınlık haklarının engellenmesi olduğu kanaatine varılarak, Yönetici Hissedarlar’ın rakip teşebbüslere %5’den fazla oranda ortak olmalarının yasaklanması da sermayenin tabana yayılması açısından makuldür ...”. Kararın tam metni için bkz. www.rekabet.gov.tr.

Rekabet etmeme yükümlülüklerine ek olarak, yan sınırlama olarak geçerliliği incelenmek üzere Rekabet Kurulu'nun önüne, rekabeti sınırlayan nitelikte, personel istihdam etmeme yükümlülüğüne, sır saklama yükümlülüğüne, üretime⁴⁵ ve münhasır lisans devrine⁴⁶ ilişkin anlaşmalar da gelmiştir. Kurul, bunları da rekabet yasaklarıyla aynı ölçütler çerçevesinde değerlendirerek, somut olayın koşullarına göre, bunların da geçerli birer yan sınırlama teşkil edebileceğine hükmetmiştir.

D. MAKUL BİR SÜREYE BAĞLANMASI

Birleşme ve devralmalara ilişkin bir rekabet kısıtlamasının zorunlu, objektif ve makul olması bunun bir yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için yetmez. Ayrıca bu sınırlamanın makul bir süre için öngörülmesi de gerekir. Makul süre her somut olayda veya olay kategorisinde değişebilir. Rekabet Kurulu, Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında benimsenen kıstasları uygulamaktadır.

“... sürenin her olaya göre farklılık göstermekle birlikte, iki ile beş yıl arasında değişebileceği anlaşılmaktadır. Sadece müşteri portföyünün devredildiği durumlarda iki yıl, müşteri portföyünün yanında know-how, lisans, isim hakkı, marka ve şirket itibarı ve imajı gibi maddî olmayan diğer unsurların da devredildiği durumlarda bu sürenin beş yıla kadar uzayabileceği değerlendirilmektedir”⁴⁷.

Bu çerçevede Rekabet Kurulu *Royal Packaging Industries N.V./Eskinazi Ailesi* kararında ve *Essex Speciality Chemicals Products Inc./Gurit-Heberlein AG* kararında⁴⁸ beş yıllık; *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens*

⁴⁵ Bkz. 11.12.2003 tarih ve 03-78/954-395 sayılı *Pfizer Animal Health S.A./Bayer A.G.* kararı (RG. 03.04.2004, S. 25422). Olayda, arzın devamının sağlanabilmesi ve Pfizer'ın, Bayer'den devraldığı varlıkları tam değeri ile iktisap edebilmesi için gerekli görülen; süresi 36 aya kadar uzayabilecek ve Kurul tarafından, “bir mal veya hizmetin, ana firma tarafından ilişkide bulunduğu yan firmaya, ana firma adına sipariş verilmesi ve yan firmanın da istenen şartlara uygun mal ve hizmet üretmesi” biçiminde tanımlanan bir “fason üretim sözleşmesi”, geçerli bir yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.

⁴⁶ Bkz. Rekabet Kurulu'nun *Coşkunöz Holding A.Ş./DS Beteiligungs GmbH.* kararı (Karar No. 03-58/674-307, www.rekabet.gov.tr). Olayda, taraflar arasında kurulan ortak girişimin işlevselliğinin sağlanabilmesi için münhasır lisans verilmesine ilişkin bir düzenleme yan sınırlama niteliğinde kabul edilmiştir.

⁴⁷ Bkz. *Royal Packaging Industries N.V / Eskinazi Ailesi* kararı (Karar No. 99-21/170-89, RG, 01.07.2000, S. 24096).

⁴⁸ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/547-302 sayılı kararı, RG, 04.12.2002, S. 242956.

B.V. kararında⁴⁹ ve *Lawson Mardon Group International Limited/ Bakioğlu Holding A.Ş. ve Bakioğlu Ailesi* kararında⁵⁰ üç yıllık süreleri makul bulmuştur.

Rekabet Kurulu *Uzel Holding A.Ş./Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.* kararında⁵¹ ise 10 yıllık bir süreyi makul bulmayarak, sürenin 3 yıla indirilmesini istemiştir.

“... Öte yandan, hisse Devir Sözleşme Taslağı'nın 11. maddesinde, "Anlaşma tarihinden itibaren on (10) yıl içinde Satıcı ve/veya onların bağlı şirketleri müştereken veya münferiden dolaylı veya dolaysız olarak üretim, satış, dağıtım, pazarlama, araştırma, geliştirme ve lisans alıp verme faaliyetinde bulunmayacaklardır" ifadeleriyle yer verilen rekabet etmeme taahhüdü ,içerik olarak devralma işleminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmakla birlikte, söz konusu 10 yıllık süre bu yasağı makul olmaktan çıkartmaktadır. Bu nedenle anılan sürenin 3 yıl olarak değiştirilmesi durumunda sözleşmede yer alan rekabet sınırlaması makul bir yan sınırlama olarak kabul edilecektir. ...”.

Sonraki kararlarında, Rekabet Kurulu'nun süre konusundaki yaklaşımı, genel olarak, Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun “Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkındaki 2001/C 188/03 sayılı Duyurusuna⁵² paralel bir seyir izlemiştir. Bu çerçevede, yoğunlaşma sonucunda sadece ticari itibarın devri söz konusu ise, iki yıl; ticari itibar ile know-how devrinin söz konusu olduğu hallerde ise üç yıllık rekabet yasağı süresi makul bulunmaktadır⁵³.

Rekabet Kurulu *Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş.* kararında yukarıda anılan Komisyon uygulamasını teyit ettikten sonra “... müşterilerin satıcıya olan sadakatinin iki yıldan daha fazla süreceğini veya know-how'ın kapsamı ve doğası gereği korunmasının üç yıldan fazla bir süre gerektireceğini tarafların kanıtlaması halinde, anılan sürelerden daha uzun kısıtlamalara izin

⁴⁹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı *Vateks Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş./PGI Nonwovens B.V.* kararı, RG, 10.09.1999, S. 23812.

⁵⁰ Rekabet Kurulu'nun 00-7/62-29 sayılı kararı, RG, 28.08.2000, S. 24146.

⁵¹ Rekabet Kurulu'nun 99-31/284-173 sayılı kararı, RG, 14.02.2002, S. 24671.

⁵² La Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03), ATRG, 04.07.2001, C 188, s. 5.

⁵³ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 26.05.2004 tarih ve 04-38/426-106 sayılı *Borsig Energy GmbH./Catterpillar Overseas S.A.* kararı, www.rekabet.gov.tr; 02-36/402-169 sayılı *Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş.* kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040); 02-24/242-97 sayılı *Cadbury Schweppes/Kent Gıda* kararı, www.rekabet.gov.tr; 02-14/150-66 sayılı *Tamek/Pepsi Inc* kararı (RG. 06.03.2003, S. 25040).

...” verilebileceğini de kabul etmiştir⁵⁴. Kurul’un işte bu istisnai durumlarda eski uygulamasına uygun bir şekilde beş yıllık rekabet yasağı süresini makul olarak değerlendirdiği görülmektedir⁵⁵.

Belirtilmelidir ki, yukarıda sayılan bütün durumlardan ayrık şekilde, Kurul, 12.02.2002 tarih ve 02-08/58-27 sayılı *Littlejohn Fund II L.P./Goodyear* kararında 10 yıl süre için öngörülen rekabet etmeme ve sır saklama yükümlülüklerini geçerli birer yan sınırlama olarak kabul etmiştir⁵⁶.

Aynı şekilde, Kurul, 30.12.2003 tarih ve 03-84/1020-408 sayılı *Bobst Group S.A./Metso Paper Inc.* kararında, on beş yıl süre için öngörülen gizlilik hükmünü “*sözleşme konusunu oluşturan makinelerin üretimi ve montajı sürecinde yoğunlukla know-how’ın bulunması, üretim aşamasından önce dizayn ve tasarım süreçlerinin hayli zaman ve maliyet gerektirmesi, makinelerin spesifik olması ve müşteri portföyünün sınırlı olması ... rekabet yasağının iki yıl süreyle devam etmesi ... ve gizlilik yükümlününün sadece üçüncü kişilere karşı geçerli olmaya devam edeceği ...*” gerekçeleriyle geçerli bir yan sınırlama olarak kabul etmiştir⁵⁷.

Yukarıda anılan kararlardan Kurul’un süre açısından, Komisyon uygulamasını izlediği ancak somut olayın özelliklerini de dikkate alarak farklı uygulamalara izin verdiği sonucuna ulaşılabilir.

Ş 2. AB REKABET HUKUKUNDA YAN SINIRLAMALAR

I. TARİHİ GELİŞİMİ

Yan sınırlamaların gelişimi AB rekabet hukukunda, yoğunlaşmaların denetimine benzer bir gelişme izlemiştir. Nasıl ki, yoğunlaşmalar da başlangıçta ATA m. 81 ve 82 çerçevesinde denetlenmiş, ancak bu hükümlerin bu amaç için yetersizliğinin Komisyon ve ATAD kararlarına konu olması üzerine Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89/AET sayılı Konsey Tüzüğü (“4064/89 sayılı Tüzük”) yayınlanmışsa, yan sınırlamalarda başlangıçta herhangi bir özel düzenlemeye tabi

⁵⁴ Bkz. 02-36/402-169 sayılı *Cargill Inc./PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş.* kararı, RG, 06.03.2003, S. 25040.

⁵⁵ Aynı yönde diğer kararlar için bkz. 25.03.2004 tarih ve 04-22/248-53 sayılı *Pfizer Inc./CSL Limited* (www.rekabet.gov.tr); 26.02.2004 tarih ve 04-17/149-32 sayılı *Koch Industries Inc./E.I. DuPont de Nemours and Co.* kararında somut olayda taraflar arasındaki rekabet yasağı ve gizlilik yükümlülükleri süresi sırasıyla yedi ve on yıldan, beş yıla indirilmesi koşulu ile yan sınırlama olarak kabul edilmiştir (www.rekabet.gov.tr); 05.09.2002 tarih ve 02-52/683-277 sayılı *HSBC Bank A.Ş./Boynner Holding A.Ş.* kararı (RG, 21.04.2003, S. 25041).

⁵⁶ Bkz. RG, 04.03.2003, S. 25038.

⁵⁷ Bkz. RG, 20.04.2004, S. 25439.

olmaksızın yoğunlaşmalar çerçevesinde Komisyon ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. Yan sınırlamalara ilişkin özel düzenlemeler bu Tüzük ile beraber gündeme gelmeye başlamıştır. Aşağıda bu tarihi gelişim kısaca açıklanacaktır.

A. KOMİSYONUN ÇEŞİTLİ KARARLARI

4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünden önce de birleşme ve devralmalar Komisyon tarafından Roma Antlaşmasının 86ncı (yeni 82nci) maddesi çerçevesinde denetlenirken⁵⁸, bu işlemlerde söz konusu olan yan sınırlamaların en sık görülen şekli olan rekabet yasağı sözleşmeleri veya şartlarının geçerliliği çeşitli yargı kararlarına konu olmuş ve incelemeler Roma Antlaşması 85nci (yeni 81nci) maddesi⁵⁹ çerçevesinde yapılmıştır⁶⁰.

Bu çerçevede ilk önemli karar Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın *Remia/Komisyon* kararıdır⁶¹. Bu kararda Divan "...bir teşebbüsü devralan diğer bir teşebbüsün satın alınan teşebbüse ilgili piyasada rekabet yasağı getirmesinin süresi belirtilmek kaydıyla 85nci maddeye aykırılık göstermediği..." sonucuna varmıştır⁶².

Avrupa Topluluğu Komisyonu daha sonra *Reuter/BASF* ve *Mecaniver/PPG* kararlarında da devralınan teşebbüslerin müşteri portföylerinin devralan teşebbüsün müşteri portföyüne dahil olabilmesi için gereken süreleri ve böylece rekabet yasağı sözleşmelerinin sürelerini irdelenmiştir. *Reuter/BASF*⁶³ kararına konu olayda, poliüretan pazarında, Almanya içinde ve dışında geçerli olacak şekilde, sekiz yıl için mal ve hizmet temini ile üçüncü kişilerle ortaklıklar kurmak ve araştırma ve geliştirmeyi de kapsayacak şekilde rekabet yasağı öngörülmüştür. Komisyon ise bu rekabet yasağının süre açısından makul olmadığını, üstelik işletmesini devreden bu kadar geniş kapsamlı bir rekabet yasağına tabi olmasının pazarda potansiyel rekabeti ortadan kaldıracığını ve bu nedenle rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin 85nci madde kapsamında olduğunu belirterek muafiyet istemini reddetmiştir. Komisyon bu kararında know-how ve müşteri portföyünün birlikte devri söz konusu olduğundan beş yıl, sadece müşteri portföyünün devri durumunda ise iki yıl süreli bir rekabet yasağının makul

⁵⁸ *Aslan*, AT Rekabet, s. 103.

⁵⁹ Roma Antlaşmasının rekabete ilişkin düzenlemeleri m. 85-90 arasında yer almaktadır. Ancak bu maddelerin numaraları Roma Antlaşmasını ve Avrupa Birliği Antlaşmasını (Maastricht Antlaşmasını) değiştiren Amsterdam Antlaşması ile 1 Mayıs 1999'dan geçerli olacak şekilde değiştirilmiştir. Buna göre 85nci madde de değişiklikten sonra 81nci madde olarak numaralandırılmıştır.

⁶⁰ Divan ve Komisyon kararları hakkında genel bir açıklama için bkz. *Esin*, s. 91-92.

⁶¹ *Remia/Komisyon* kararı, Case no. 42/84, *European Courts Reports*, 1985, s. 2545.

⁶² Farklı kararlar için bkz. *Gülergün*, s. 6 vd.

⁶³ *Reuter/BASF* Komisyon kararı, ATRG, L. 254, 1976, s. 40.

olduğunu belirtmiştir. *Mecaniver/PPG*⁶⁴ kararında ise Komisyon devir işleminden sonra da ticarî ilişkilerini devam ettiren teşebbüslerin aralarında “rekabet etmeme” şartı getirmelerine izin vermiştir. Komisyon burada özellikle, devre taraf teşebbüslerin karşılıklı olarak başka teşebbüslerde çapraz ortaklıklarının olduğunu dikkate almıştır. Komisyonun bu Karar’dan daha önce 1981 yılında hazırlanan Rekabet Politikası Üzerine Onuncu Rapor’unun 152 ve 154ncü noktalarında IV. Genel Müdürlüğün bu yönde yorumlarına rastlanmaktadır⁶⁵.

Gerek Avrupa Topluluğu Adalet Divanı gerekse Avrupa Topluluğu Komisyonu kararları dikkate alındığında, rekabet yasağı sözleşmeleri veya rekabet etmeme şartının mutlaka belli ve makul bir süreye bağlandığı, bu sürenin somut olaya göre farklılık gösterebildiği ancak genellikle iki ila beş yıl arasında değiştiği görülmektedir. Sadece müşteri portföyünün devredildiği durumlarda iki yıl, müşteri portföyü ile birlikte know-how, lisans, isim hakkı, marka, şirket itibarı ve imajı gibi maddî olayan unsurlarında da devredildiği durumlarda 5 yıla kadar uzayan bir sürenin makul kabul edildiği anlaşılmaktadır. Avrupa Topluluğu Komisyonu’nun çeşitli kararlarından yola çıkarak, makul sürenin belirlenmesinde şu kıstasların dikkate alındığı vurgulanmalıdır⁶⁶: (a) alıcının bir müşteri çevresi oluşturabileceği süre; (b) ilgili pazarda müşterilerin marka ve tip değiştirmedeki sıklık derecesi; (c) pazara yeni bir ürün girme şansı ve bu ürünün veya markanın müşterilerce benimsenmesi için gereken süre; (d) birleşme ve devirden sonra satıcının böyle bir yasaklama hükmü olmasaydı, ilgili pazara geri dönmesi ve eski müşterilerini kazanabilmesi için gereken süre.

Sonuç olarak, Avrupa Topluluğu uygulaması açısından, 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünden önceki dönemde de, Adalet Divanı ve Komisyon kararlarında rekabet yasağı sözleşmeleri zorunlu, objektif ve makul olmaları koşuluyla, yan sınırlama olarak kabul edilmektedir.

B. 4064/89 SAYILI TÜZÜK

4064/89 sayılı Tüzüğün dibacesinin 25nci paragrafında, teşebbüsler tarafından yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli kabul edilen kısıtlamaların da⁶⁷ Tüzüğün uygulama alanı içinde kaldığı belirtilmiştir.

⁶⁴ Mecaniver/PPG Komisyon kararı, ATRG, L. 35, 1985, s. 54.

⁶⁵ Avrupa Toplulukları Komisyonu: Rekabet Politikası Üzerine Onüçüncü Rapor, Brüksel 1984, 88nci nokta, Esin, s. 92 ve dn. 187’den naklen.

⁶⁶ Aslan, AT Rekabet, s. 104.

⁶⁷ “... the undertakings concerned accept restrictions directly related and necessary to the implementations of the concentration...”.

Komisyon bu hükümden hareketle, bir yoğunlaşma işlemine taraf olanların aralarında kararlaştırdıkları ve pazardaki hareket serbestilerini kısıtlayan anlaşmalara, rekabet yasağı sözleşmelerine de müdahale etmek olanağına kavuşmuştur. Komisyon, söz konusu kısıtlamaların, yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz bir gereği olup olmadığına dikkat etmiştir⁶⁸. Komisyon, yoğunlaşma işlemlerinin yan sınırlaması olarak kabul edilecek anlaşmalarda bulunması gereken kıstasları bir Tebliğ ile belirlemiştir⁶⁹.

C. 203/05 SAYILI VE 1990 TARİHLİ DUYURU

Avrupa Topluluğu Komisyonu 4064/89 sayılı Tüzüğün hemen ardından hazırlanan Yoğunlaşmalara İlişkin Yan Sınırlamalar Hakkındaki 90/C 203/05 sayılı Duyurusu ile⁷⁰, Tüzükte sözü edilen “yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli kısıtlamalar” kavramına açıklama getirmeye çalışmıştır. Gerek 4064/89 sayılı Tüzük gerekse 203/05 sayılı Duyuru açısından, ATA 81 ve 82nci maddeler çerçevesindeki etkileri ne olursa olsun, yoğunlaşma işlemi ile beraber ele alınmaktadır.

203/05 sayılı Duyuru Komisyon’un değerlendirmelerinde dikkate alması gereken esasları saydıktan sonra yan sınırlamaları, (a) teşebbüslerin devrine ilişkin uygulamalarda (rekabet yasağı sözleşmeleri, sınaî haklara ilişkin lisanslar ve know-howlar, satınalma ve tedarik sözleşmeleri açılarından), (b) müştereken hakimiyeti ele geçirmelerde, (c) yoğunlaşma yaratan ortak girişimlerde (rekabet yasağı sözleşmeleri, sınaî haklara ilişkin lisanslar ve know-howlar) ayrı ayrı düzenlemiştir⁷¹.

D. 188/03 SAYILI VE 2001 TARİHLİ DUYURU

203/05 sayılı 1990 tarihli Duyuru yaklaşık 11 yıl uygulanmıştır. Uygulamada karşılaşılan sorunları gidermek ve 4064/89 sayılı Tüzüğe 1 Mart 1998 tarihinde yürürlüğe giren “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 4064/89 sayılı Tüzüğü değiştiren 30 Haziran 1997 tarih ve 1310/97/AET sayılı Konsey Tüzüğü”⁷² ile getirilen değişiklikleri yansıtmak amacıyla, Avrupa Topluluğu Komisyonu “Yoğunlaşma İşlemlerinin

⁶⁸ Komisyon’un yan sınırlamaları birleşme işleminin ayrılmaz bir parçası olarak nitelediği kararlara örnek olarak bkz. Thomson–Pilkington Kararı, Case no: IVM.086, 23.10.1991, www.europa.eu.int; Delta Selections-Arla Foods Hellas Kararı, Case no: COMP/M:2011, 21.08.2000, www.europa.eu.int; British Telecom- AT&T Kararı, Case no: IV/JV.15, 30.03.1999, www.europa.eu.int.

⁶⁹ “Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration”, in: Bulletin des Communautés européennes, Ek 2/90. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zachmann, no. 3.812.

⁷⁰ ATRG, 14.8.1990 C 203, s. 5.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, Yan Sınırlamalar, s. 319-326.

⁷² ATRG, 09.07.1997, L. 180, s. 1.

Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkındaki 2001/C 188/03 sayılı Duyuru'yu hazırlamıştır⁷³.

Bu Duyuru da bir önceki ile aynı planı izlemiştir. 188/03 sayılı Duyuru ile getirilen temel değişiklikler kendisini bir yandan sürelerin kısaltılmasında diğer yandan ise Komisyon'un inceleme yönteminde ve nihayet yeni bazı uygulamaların öngörülmesinde göstermektedir.

- Teşebbüsün devrinde mutad olan uygulamalar çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmeleri/şartlarının süresi, teşebbüsün devrinin müşteri çevresini ve know-how'ı da kapsadığı hallerde 3 yılı, sadece müşteri çevresini kapsadığı hallerde ise 2 yılı aşmadığı sürece makul olduğu kabul edilmiştir⁷⁴. Halbuki bu süreler 203/05 sayılı Duyuru'da teşebbüsün devrinin müşteri çevresini ve know-how'ı da kapsadığı hallerde 5 yıl, sadece müşteri çevresini kapsadığı hallerde ise 2 yıl olarak öngörülmüştü⁷⁵. Ortak girişimleri ilgilendiren rekabet yasağı sözleşmeleri ise beş yılı geçmemek üzere öngörülebilir. Bununla beraber Komisyon üç yıldan uzun süreli rekabet yasağı sözleşmelerinin somut olayın özel koşulları çerçevesinde haklı görülebileceğini belirtmiştir⁷⁶. Ayrıca, kurucu teşebbüslerle ortak girişim arasındaki rekabet sözleşmelerinin süresi, ortak girişimin süresini aştığı takdirde bunların hiçbir şekilde, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli olduğu kabul edilemez⁷⁷. Halbuki 203/05 sayılı Duyuruda böyle açık süreler öngörülmüş değildir.
- Komisyon bu Duyuruda ayrıca Topluluk rekabet hukuku sistemini basitleştirmek ve modernleştirmek amacıyla kararlarında yan sınırlamaları ayrıca değerlendirmek niyetinde olmadığını, izin verilen yoğunlaşmalar açısından yan sınırlamaların da zaten bu izin kapsamında kaldığını belirtmiştir. Bundan böyle bir sınırlamanın yan

⁷³ La Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03), ATRG, 04.07.2001, C 188, s. 5. Bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 176-177.

⁷⁴ Bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 215-216.

⁷⁵ Bkz. *Erdem*, Yan Sınırlamalar, s. 321.

⁷⁶ Bkz. Komisyon'un 16.10.2000 tarihli *SLDE/NL/MCP/Noos* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 11 § 41; Komisyon'un 04.08.2000 tarihli *CDC/Banco Urquijo* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 8 § 18 ve 19; Komisyon'un 22.12.2000 tarihli *Stora Enso/AssiDomän* kararı, ATRG, 15.02.2001, C 49, s. 5 § 49.

⁷⁷ Bkz. Komisyon'un 10.07.2000 tarihli *Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV* kararı, ATRG, 28.12.2000, C 374, s. 10 § 16; Komisyon'un 29.08.2000 tarihli *Lufthansa/Menzies/LGS* kararı, ATRG, 27.04.2001, C 127, s. 11, § 18.

sınırlama olarak değerlendirilmesi açısından taraflar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar millî mahkemeler önünde çözümlenecektir. Gerçekte bu uygulama ile Komisyon iş yükünü azaltmayı hedeflemiştir.

E. 139/2004 SAYILI AT KONSEY TÜZÜĞÜ

Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 tarihli ve 139/2004 sayılı AT Konsey Tüzüğü (“Tüzük”), 4065/89 sayılı Tüzüğün (“Eski Tüzük”) yerini alarak Avrupa Birliği’nin resmi genişleme tarihi olarak belirlenen 1 Mayıs 2004’te yürürlüğe girmiştir. Tüzük yoğunlaşma işlemleri için olduğu kadar yan sınırlamalar açısından da yenilikler getirmektedir. Hatta, Tüzüğün hazırlanma gerekçelerinden birinin de yan sınırlamalara ilişkin gelişmeleri dikkate almaktır⁷⁸.

Yan sınırlamalara ilişkin olarak Eski Tüzüğün dibacesinin 25. paragrafında, teşebbüsler tarafından kabul edilen yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli kısıtlamaların da Eski Tüzüğün uygulama alanı içinde kaldığı belirtilmiş olmasına rağmen⁷⁹, Eski Tüzük m. 6.1 (b) ve 8.2 yan sınırlamalar açısından yeterli hukuki kesinlik sağlayamamaktaydı⁸⁰. Komisyon “Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkındaki 2001/C 188/03 sayılı Duyurusu” (“Duyuru”) ile⁸¹, Eski Tüzükte sözü edilen “yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar” kavramına açıklama getirmiştir. Ancak, ilgili metnin isminden de anlaşılacağı gibi bu metin sadece açıklama amaçlıdır. Dahası Komisyon, Duyuru tarihinden sonra aldığı kararlar ile yan sınırlamaların belirlenmesi ve resmen değerlendirilmesi hususunda daha önceki uygulamalarından vazgeçtiğini belirtmiştir⁸². Ayrıca Adalet Divanı da İlk Derece Mahkemesi olarak gördüğü *Lagardère/Canal+* dosyasının 20 Kasım 2002 tarihli ve T-251/00 sayılı kararında Komisyon’un belirli bir yoğunlaşmayı incelerken

⁷⁸ 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, pf. 4, s. 6.

⁷⁹ Eski Tüzük çerçevesinde yan sınırlamalar hakkında genel olarak bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 212 vd.

⁸⁰ 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

⁸¹ La Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03), ATRG, 04.07.2001, C 188, s. 5. Bu Duyurudan önce Yoğunlaşma İşlemlerine İlişkin Yan Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu (La communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentrations (90/C 203/05), ATRG, 14.08.1990, C 203, s. 5) yürürlükte idi. Bu Duyuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. bkz., *Erdem*, “Yan Sınırlamalar”, s. 319-326.

⁸² 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

yan sınırlamaları da gözden geçirme ve inceleme zorunluluğunu tartışmıştır⁸³. Mahkeme, Komisyon'un bildirimde belirtilen yan sınırlamalar hakkında bir karar vermekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'nin bu hükmü yukarıda bahsedilen Duyuru'nun ilgili hükmünden tamamen farklıdır. Zira Duyuru'da, Komisyon'a belirli bir yan sınırlama hakkında karar verme veya vermeme takdir yetkisi tanınmıştır. Bu gelişmeler çerçevesinde Komisyon iş yükünü azaltmak için geliştirdiği çözümlerden bir sonuç alamamış ve çareyi konuyu Tüzükte düzenlemekte bulmuştur.

Tüzüğün dibacesinin 21. paragrafında, teşebbüsler tarafından yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleşmesi için gerekli kabul edilen kısıtlamaların da Tüzüğün uygulama alanı içinde kaldığı belirtilmiştir⁸⁴. Aynı şekilde, Tüzük m. 6.1 (b), 8.1 ve 8.2'de bir yoğunlaşmanın ortak pazara uygun olduğunu belirten kararın, ilgili yoğunlaşma işlemine doğrudan bağlı ve gerekli olan yan sınırlamaları da kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Tüzük açısından bu yan sınırlamalar, ATA m. 81 (eski m. 85) ve 82 (eski m. 86) çerçevesindeki etkileri ne olursa olsun, yoğunlaşma işlemi ile beraber ele alınmaktadır.

Tüzüğün Dibacesinin 21. paragrafı uyarınca Komisyon yan sınırlamaları ayrıca ve başlı başına ele almak ve incelemekle yükümlü değildir; yoğunlaşmanın Ortak Pazar'la uyumlu olduğunu bildiren Komisyon kararı, bunlar Komisyon tarafından ayrıca incelenmemiş olsalar dahi, yan sınırlamaları da kapsar. Bununla beraber, ilgili teşebbüsün istemi üzerine, yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğuran ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olan sınırlamalar karşısında, Komisyon, sınırlamanın doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli olup olmadığını açıkça araştırmakla yükümlüdür. Henüz Komisyon'un Duyuru'larında ele alınmayan veya yayınlanmış bir karara konu olmayan bir sınırlamanın yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğurduğu ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olduğu kabul edilir (Tüzük Dibace 21. paragraf).

Eşikleri geçmeyen ve Topluluk boyutunda olmayan bir yoğunlaşmanın sırf "yan sınırlamalar" içermesi nedeniyle bildirimde artık gerekli değildir.

⁸³ Kararın yan sınırlamalar açısından önemi şöyle özetlenebilir: Bir sınırlamanın yoğunlaşmanın gerçekleşmesi ile "*doğrudan ilgili ve gerekli olduğu*" genel olarak belirlenemez. Bu nedenle bir sınırlamanın doğrudan ilgili ve gerekli olduğunun belirlenmesi, yetkili makamların geniş bir takdir yetkisine sahip oldukları karmaşık ekonomik değerlendirmeleri gerekli kılar. Böylece İlk Derece Mahkemesi her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Lagardère SCA/Canal + SA kararı, § 98.

⁸⁴ Aynı düzenleme, 4064/89 sayılı Tüzüğün dibacesinin 25. paragrafında da yer almaktadır.

Yoğunlaşmanın ortak Pazar ile uyumlu olduğu bildirildikten sonra bu inceleme yetkili adli makamlarca veya diğer kurumlarca yapılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Komisyon'un vereceği menfi tespit kararlarının yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli veya doğrudan ilgili olan yan sınırlamaları da "*kapsamış addedileceği*" hükmü Yeni Tüzük m. 6.1(b), 8.1 ve 8.2'ye eklenmiştir. Bu düzenlemenin amacı Komisyon'un yoğunlaşmalara ilişkin uygulamalarının basitleştirilmesi ve rekabet ihlallerine ilişkin yapılan yenilikler ile eş düzeye getirilmesidir⁸⁵.

F. 2004 TARİHLİ TASLAK DUYURU

Avrupa Topluluğu Komisyonu, halen yürürlükte olan Duyuru'nun yerini almak üzere, 24 Ağustos 2004 tarihli "Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında" yeni bir duyuru ("Taslak Duyuru") hazırlamıştır. Ancak Taslak Duyuru halen ATRG'de yayınlanmamış ve yürürlüğe girmemiştir⁸⁶.

Komisyon gerek halen yürürlükte olan Duyuru'da gerekse Taslak Duyuru'da ATAD'm ve Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin farklı olabilecek yorumları saklı kalmak üzere, ticarî hayatta yerleşmiş uygulamaları ve bir yoğunlaşma işleminin uygulanabilmesi için gerekli koşulları olabildiğince geniş bir şekilde düzenlemiştir.

Taslak Duyuru'da da bazı yeni düzenlemelerle Duyuru'nun yan sınırlamalara ilişkin sisteminin sürdürüleceği görülmektedir. Bu yeni düzenlemeler başlıca birkaç noktada toplanmaktadır:

- **Tarafların kendi değerlendirmeleri ("self assessment"):** Tüzüğün öngördüğü yeni sistem uyarınca, yoğunlaşma işleminin tarafları, bir rekabet sınırlamasının Tüzük ve Duyuru anlamında yeterli koşulları taşıyıp taşımadığını ve böylece yoğunlaşma işlemine verilen izinden, tanınan muafiyetten veya menfi tespitten yararlanıp yararlanmayacağını kendileri takdir edecektir (Taslak Duyuru § 2).
- **Ayrı bir bildirim gerekli olmaması:** Taslak Duyuru, Tüzük Dibase 21. paragrafa, m. 6/1 (b)'ye, m. 8 (1) ve m. 8 (2)'e atıfta

⁸⁵ 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

⁸⁶ Taslak Duyuru bu Konferans'tan sonra 5.3.2005'de ATRG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations (2005/C 56/03), ATRG, 5.3.2005, C. 56, s. 24 vd. Yayınlanan Duyuru birkaç küçük ifade değişikliği dışında Taslak Duyuru ile aynıdır. Bu nedenle bu başlık altında verilen açıklamalar, yayınlanan Duyuru açısından da aynen geçerlidir.

bulunarak, izin verilen, muafiyet tanınan veya menfi tespit verilen yoğunlaşmalar açısından yan sınırlamaların ayrıca incelenemeyeceğini belirtmiştir. Ayrı bir incelemenin istenebilmesi için yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğuran ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olan sınırlamalar söz konusu olmalıdır. Eğer bir sınırlama henüz Komisyon'un Duyuru'larında ele alınmamış veya yayınlanmış bir karara⁸⁷ konu olmadıysa, yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğurduğu ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olduğu kabul edilir⁸⁸.

- **Ortak girişimler açısından sürenin kalkması:** Duyuru uyarınca ortak girişimleri ilgilendiren rekabet yasağı sözleşmeleri ancak beş yıl için öngörülebilir. Ancak Taslak Duyuru uyarınca kurucu teşebbüsler açısından öngörülen rekabet yasakları bu süre ile sınırlı olmaksızın ortak girişim süresince geçerli olmak üzere öngörülebilir. Bu değişikliğin amaca ve Komisyon'un eski uygulamalarına daha uygun olduğu söylenebilir.
- **Kapsam dışında kalan sınaî haklara ilişkin lisanslar ve know-how'ların akibetinin belirsizliği:** Gerekli koşulları taşımadıkları için Duyuru kapsamı dışında kalan rekabet yasaklarının mevcut düzende 240/96 sayılı Antlaşmanın 85nci maddesi 3ncü fıkrası hükmünün Teknoloji Transferine ilişkin Anlaşmalar Grubuna Uygulanmasına İlişkin Tüzük kapsamına girebilecekleri belirtilmiştir. Taslak Duyuruda ise bu açık atfa yer verilmemiştir. Bu durumun güvensizlik doğuracağı ileri sürülebilir.

Görüldüğü gibi Taslak Duyuru sistemin özünde Duyurudan ayrılmamış ve ayrıntı sayılabilecek konularda düzenlemeler getirmiştir.

C. KOMİSYONUN DEĞERLENDİRMESİ

Komisyon yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerinde şu esasları dikkate almaktadır:

⁸⁷ Taslak Duyuru açısından bir karar, ATRG'de veya Komisyon'un web sayfasında yayınlandığı takdirde, yayınlanmış kabul edilir.

⁸⁸ Komisyon yayınlanmış çeşitli kararlarında farklı uygulamaları ele almıştır. Bkz. örneğin 01.09.2000 tarihli *Volvo/Renault V.I.* kararı, ATRG, 22.10.2000, C 301, s. 23 § 56 ("yüksek derece müşteri sadakati"); 23.10.1998 tarihli *Kodak/Imation* kararı, ATRG, 22.01.1999, C 017, s. 2 § 73 ("uzun ömürlü ürün"); 13.03.1995 tarihli *Union Carbide/Enichem* kararı, ATRG, 19.05.1995, C 123, s.3 § 99 ("sınırlı sayıda alternatif üretici"); 30.04.1992 tarihli *Solvay-Laporte/Interox* kararı, ATRG, 02.07.1992, C 165, s. 0 § 50 ("know-how'un uzun süre korunmasının gerekli olması").

1. Yoğunlaşmanın asıl konusunu gerçekleştirmek için gerekli aktiflere ilişkin olarak yapılan tüm anlaşmalar yoğunlaşmanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilir. Bunların dışında da tarafların pazardaki hareket serbestilerini kısıtlamak üzere yapılan anlaşmalar, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli ise, bunlar da yoğunlaşmanın ortak Pazar ile uyumlu olduğunu bildiren kararın kapsamında kalır. Aksi takdirde, bu anlaşmalarla getirilen sınırlamalar, ATA m. 81 (eski m. 85) ve m. 82 (eski m. 86) hükümlerine göre değerlendirilirler.
2. Bir kısıtlamanın “yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili” olarak kabul edilebilmesi için, buna ilişkin anlaşmanın mutlaka yoğunlaşma işlemi ile aynı anda veya onun kapsamında yapılması yetmez. Bu anlaşmaların aynı zamanda “yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için gerekli” de olması gerekir. Bundan anlaşılması gereken bu sınırlamalar olmaksızın yoğunlaşmanın hiç gerçekleştirilememesi veya daha az emin koşullar altında gerçekleştirilmesi, daha pahalıya mal olması, dikkate değer ölçüde uzun sürmesi veya daha az bir başarıya ulaşma şansı olması anlaşılır. Bu kıstas her somut olayda objektif olarak değerlendirilmelidir. Devredilenin değerinin korunmasına yönelik anlaşmalar, eski ekonomik varlığın dağılmasından sonra da tedarik olanaklarını sürdürmeye yönelik anlaşmalar veya yeni bir ekonomik varlığın faaliyete geçmesine yönelik anlaşmaların genellikle bu koşulları yerine getirdiği düşünülür.
3. Bir kısıtlamanın yukarıdaki koşulları taşıyıp taşımadığı genel bir ifade ile cevaplanamaz. Özellikle, kısıtlamanın gerekliliği açısından, sadece kısıtlamanın niteliği değil, aynı zamanda süresi ve konusu ve coğrafi uygulama alanı, oransallık ilkesi uygulandığında, yoğunlaşma işleminin makul olarak gerektirdiğini aşmamalıdır. Eğer ulaşılmak istenen meşru amaca hizmet edecek başka seçenekler de varsa, teşebbüs bunlardan objektif olarak rekabeti en az kısıtlayıcı olanı seçmelidir.
4. Birkaç aşamada gerçekleştirilecek yoğunlaşma işlemlerinde, Tüzük m. 3/1 ve 3 anlamında kontrolün ele geçirilmesinden önceki aşamaya ilişkin anlaşmalar, yoğunlaşmanın gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili ve gerekli olarak kabul edilemez. Bu tür anlaşmalar için ATA m. 81 ve 82 uygulanmaya devam eder. Bununla beraber, kontrolün ele geçirilmesini kolaylaştırmaya yönelik anlaşmaların doğrudan ilgili ve gerekli olduğu düşünülebilir.

5. Doğrudan ilgiye ve gerekliliğe ilişkin kıstaslar nitelikleri gereği objektiftir. Tarafların bazı kısıtlamaları yoğunlaşma işlemlerinin gerçekleşmesi için doğrudan ilgili ve gerekli görmeleri yetiştirmez.
6. Yan sınırlamaların Komisyon tarafından bildirilen bir yoğunlaşma işlemi kapsamında ayrıca ve başlı başına incelenmesi için sözü edilen yan sınırlamanın önemli belirsizlik meydana getirecek yeni ve çözümlenmemiş sorunlar içeriyor olması gerekir. Komisyonun ilgili duyurusunda veya yayınlanmış bir Komisyon kararında öngörülmemiş bir yan sınırlamanın önemli belirsizlik meydana getirecek yeni ve çözümlenmemiş sorunlar içerdiği kabul edilir.

Kuşkusuz Komisyon zaman içinde ve olaydan olaya değişecek şekilde yukarıda söz edilen ilkelerin uygulamasını da geliştirecektir. Nitekim bu gelişme nedeni ile Komisyon yeni bir Duyuru hazırlamak gereği duymuştur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki Duyuru'da öngörülen esaslar, ATAD ve Komisyon kararlarında benimsenen esaslar ve Tebliğ'de belirtilen konularla tamamen paralellik göstermektedir.

II. TEŞEBBÜSÜN DEVRİNDE MUTAD OLAN ŞARTLARA İLİŞKİN UYGULAMALAR

Bir teşebbüsün devrinde öngörülen kısıtlamalar alıcının veya satıcının lehine olabilir. Genel olarak, belli bir korumadan yararlanmak, satıcıdan ziyade alıcı için gereklidir. Zira alıcı satın aldığı/devraldığı teşebbüse ilişkin tüm faaliyetlerin hakimi olacağından emin olmalıdır. Bu nedenle, genel bir kural olarak, satıcı lehine öngörülen kısıtlamalar, ya yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için doğrudan ilgili ve gerekli değildir veya alıcı lehine öngörülenlere nazaran daha dar bir kapsamı ve daha kısa bir süresi olması gerekir.

Burada üç durum ele alınmıştır: rekabet yasağı sözleşmeleri/şartları, sınıflara ilişkin lisanslar ve know-howlar ve son olarak satın alma ve teslim borçları.

A. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİ/ŞARTLARI

Yan sınırlamalar arasında Tüzük'te gösterilen kıstaslara uygun olanların başında öncelikle birleşme ve devralma işleminde satıcılara yüklenen sözleşmesel rekabet yasakları gelmektedir. Bu tür yasaklamalar, alıcılara devre konu işletmelere ait hem maddî mallardan hem de, müşteri çevresi veya know-how gibi gayrî maddî haklardan tam olarak yararlanma olanağı sağlama amacını gütmektedir. Bunlar hem birleşme veya devralma işlemi ile doğrudan ilgili hem de gerekli olmalıdır. Zira, bunların yokluğunda, işletmenin kısmen veya tamamen

devrinin başarılı olarak gerçekleştirilememesi riski vardır. Devre konu malvarlığından tam olarak yararlanabilmesi için, devralanın, devredenlerin rekabete dayalı eylemlerine karşı korunması gereklidir ki, devralan müşterilerin bağlılığını kazansın ve know-howdan yararlanabilsin. Bu tür kısıtlamaların sadece devir işleminin fiilî olarak maddî mallara (örneğin arazi, binalar veya makinalar) veya ticarî ve sınaî haklara yönelik olduğunda gerekli olmadığı (zira herhangi bir tecavüz durumunda ticarî ve sınaî hakları devralan derhal yasal haklarını devredene karşı kullanabilir) savunulabilir. Rekabete ilişkin bu tür kısıtlamalar ancak birleşmenin uygulanmasına ilişkin meşru hedefle haklılık kazanır. Bu amaçla da rekabete ilişkin kısıtlamaların süre, coğrafi uygulanma alanı, kişiler ve maddî olaylar açısından uygulanması makul olarak gerekli olanı aşmaması beklenir.

Süre açısından, Komisyon'un uygulaması ve tecrübeler uyarınca, teşebbüsün devrinin müşteri çevresini ve know-how'ı da kapsadığı hallerde rekabet yasağı sözleşmelerinin/şartlarının 3 yılı⁸⁹, sadece müşteri çevresini kapsadığı hallerde ise 2 yılı aşmadığı durumlarda makul olduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Bununla beraber, bu süreler mutlak değildir ve özel koşulların varlığında ve sınırlı hallerde daha uzun bir rekabet yasağı süresinin öngörülmesini de engellemez. Örneğin müşteri çevresinin devredene 2 yıldan daha uzun bir süre sadık kalacağı veya know-how'un kapsamı veya niteliğinin üç yıldan daha uzun süreli bir korumayı gerektirdiği ortaya konulabilirse, daha uzun bir sürenin kararlaştırılması da olasıdır⁹¹.

⁸⁹ Bkz. Komisyon'un 02.04.1998 tarihli *Nestlé/Dalgety* kararı, ATRG, 08.05.1998, C 143, s. 28 § 33; Komisyon'un 01.09.2000 tarihli *Clayton Dubilier & Rice /Iteltel* kararı, ATRG, 08.12.2000, C 352, s. 7, § 15; Komisyon'un 02.03.2001 tarihli *Vodafone Group plc/Eircell* kararı, ATRG, 28.04.2001, C 128, s. 3 § 21-22. Halbuki Komisyon önceki Duyuru'sunda bu süreyi beş yıl olarak öngörmekteydi. Bkz. *Erdem*, Yan Sınırlamalar, s.318; *Souty, François* : Le Droit de la Concurrence de l'Union Européenne, Paris 1997, s.109. İçecek dağıtım sektöründe, yasağa konu coğrafi pazardaki yoğunlaşmanın yüksek olması, ilgili ürün pazarının teknik bir alt yapı gerektirmemesi nedeniyle giriş engellerine kapalı olması sonucunda yedi yıl süreli rekabet yasakları kabul edilmemiştir, bkz. *Galene*, no. 130.

⁹⁰ Bkz. Komisyon'un 12.04.1999 tarihli *KingFisher/Grosslabor* kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12 § 26; Komisyon'un 14.12.1997 tarihli *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler* kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9 § 17.

⁹¹ Bkz. Komisyon'un 01.09.2000 tarihli *Volvo/Renault V.I.* kararı, ATRG, 22.10.2000, C 301, s. 23 § 56.

Komisyon'un 03.03.1999 tarihli *TPS*/Komisyon kararında tarafların kurdukları ortak girişim *TPS* ile aralarında bulunan rekabet etmeme anlaşmasını yan kısıtlama olarak kabul etmiştir. *TPS*'in girmeye çalıştığı Fransız ödemeli TV pazarında yer edinebilmesinin büyük bir risk taşıdığını gözönüne alarak böyle bir karara varılmıştır. Ancak bu rekabet etmeme anlaşmasının süresi, yatırımların ve izinlerin tamamlanması ve şirketin performansının tamamen ortaya çıkabilmesi için gerekli 3 yıl ile kısıtlanmıştır. Dosya no. IV/36.237, ATRG, 02.04.1999, L 090, s. 6-22.

Coğrafi uygulama alanı açısından, rekabet yasağı, devreden devirden önce ürünlerini veya hizmetlerini verdiği bölge ile sınırlı olmalıdır. Rekabet yasağının, devreden daha önce hiç girmediği bölgelere de yayılmasının objektif olarak bir gereği yoktur, meğer ki devralan, somut olayın özel koşulları gereği böyle bir korumanın gerekli olduğunu gösterebilsin. Örneğin, alıcının devir sırasında yerleşmeyi düşündüğü bölgeler de, alıcının bu amaçla gerekli yatırımları yapması koşuluyla, coğrafi uygulama alanına dahil edilebilir.

Ürünler ve hizmetler açısından, rekabet yasağı sadece devre konu teşebbüste üretilen ürünler veya verilen hizmetlerle (bunların geliştirilmiş şekilleri, yeni modelleri veya bunların yerine geçenlerle) sınırlı olmalıdır⁹². Henüz pazara sürülmemesine rağmen, devir anında geliştirilmesi tamamlanmış veya önemli bir ileri aşamaya getirilmiş olan ürün ve hizmetler de bu kapsam da kabul edilir. Devralanın, devredilen teşebbüsün devirden önce faaliyette bulunmadığı ürün pazarları açısından devreden rekabetine karşı korunmasına gerek yoktur⁹³.

Kişiler açısından, rekabet yasağı devredene, iştiraklerine veya acentelerine/temsilcilerine ilişkin olabilir. Buna karşın başkaları için de bu tür rekabet yasakları öngörülmesi bir yan sınırlama olarak değerlendirilmez. Özellikle perakendecilere veya kullanıcılara yüklenen ihracat ve ithalata ilişkin kısıtlamalar, yan sınırlama olarak kabul edilmeyen rekabet yasaklarına örnektir.

Rakip teşebbüsün paylarını satın alma ve elde bulundurmaya ilişkin yasaklar da yukarıda açıklanan şartlar altında, yoğunlaşma işlemin gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili ve gerekli olarak kabul edilir. Yeter ki bu yasağın hükmü devredeni, tamamen yatırım amacı ile ve doğrudan veya dolaylı olarak rakip teşebbüs üzerinde önemli bir etki uygulamak veya yönetim görevi üstlenmek hakkı sağlamaksızın pay almak ve elde bulundurmak hakkında yoksun bırakmasın⁹⁴.

⁹² Komisyon'un 14.12.1997 tarihli *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler* kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9, § 17; Komisyon'un 12.04.1999 tarihli *King Fisher/Grosslabor* kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12 § 26; Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11 § 28; Komisyon'un 04.08.2000 tarihli *CDC /Banco Urquijo/JV* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 029, s. 8 § 18.

⁹³ Komisyon'un 14.12.1997 tarihli *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler* kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9 § 17; Komisyon'un 02.03.2001 tarihli *Vodafone Group plc/Eircell* kararı, ATRG, 28.04.2001, C 128, s. 3, § 21-22; Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11 § 28; Komisyon'un 04.08.2000 tarihli *CDC /Banco Urquijo/JV* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 8 § 18.

⁹⁴ Bkz. Komisyon'un 04.02.1993 tarihli *Tesco/Catteau* kararı, ATRG, 17.02.1993, C 045, s. 0000 § 14; Komisyon'un 14.12.1997 tarihli *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler* kararı, ATRG, 09.04.1997, C 110, s. 9 § 17; Komisyon'un 12.04.1999 tarihli *KingFisher/Grosslabor* kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12, § 26; Komisyon'un 13.11.2001 tarihli *AholdICA/Dansk Supermarked*

Gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümlerin kısıtlayıcı etkileri rekabet yasaklarının etkilerini aşmadığı sürece tıpkı onlar gibi değerlendirilir. Bununla beraber, gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümlerin kapsamaları daha dar olduğundan, bunların rekabet yasaklarına nazaran yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesiyle daha doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kabul edilebilir. Gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümler, teşebbüslerin önemli ticarî sırlarını korumaları gerekiyorsa, üç yıldan daha uzun bir süre için de öngörülebilirler⁹⁵.

Son olarak, rekabet etmeme şartı eğer doğrudan piyasaya yeni bir aktörün girişini engellemek amacı taşıyorsa, bu durumda rekabeti kısıtlayıcı etki karinesi ispatlanmış sayılır. Bu durumun aslında sadece “*de minimis*” etkisi olan yoğunlaşmalar için dahi geçerli olacağına dikkate alınması gereklidir⁹⁶.

B. SINAÎ HAKLARA İLİŞKİN LİSANSLAR VE KNOW-HOW

Bir teşebbüsün kısmen veya tamamen devri çoğu kez, bu devre konu malvarlığından devralanların beklediği yararı tam olarak sağlayabilmelerine olanak yaratmak amacıyla, ticarî veya sınaî mülkiyet hakları ile know-how'ın da devrini gerektirir. Bununla beraber, devredenler bu hakları devre konu olmayan alanlarda kullanmak amacıyla kendilerinde tutmayı da tercih edebilirler. Bu durumda, devralanlara devre konu malvarlığından tam olarak yararlanmalarını sağlamanın bir yöntemi de onlara lisans hakkı verilmesidir. Teşebbüs ile beraber fikrî ve sınaî mülkiyet haklarının da devredildiği hallerde, devreden devre konu fikrî ve sınaî mülkiyet haklarından, devre konu alanlar dışındaki alanlarda yararlanmaya devam etmek istiyorsa, bu takdirde de, devralan tarafından devredene lisans hakkı verilebilir.

Patent⁹⁷ veya benzeri haklara veya know-how'a ilişkin lisanslar yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi açısından gerekli olabilir. Aynı zamanda bunlar yoğunlaşma işleminin ayrılmaz bir parçasını da oluşturabilir ve bir süreyle de sınırlı olmayabilirler. Ticarî ve sınaî mülkiyet hakları için verilecek lisanslar basit veya münhasır lisans şeklinde olabilir. Bu lisanslar, devre konu teşebbüsün faaliyet alanına ilişkin oldukları sürece belli alanlarla sınırlandırılabilir. Ancak, normal olarak, bu lisansın devre konu teşebbüsün üretim yaptığı coğrafi alanlara

kararı, ATRG, 05.12.2001, C 342, s. 17 § 26; Komisyon'un 22.06.2000 tarihli *Canal +/Lagardère/Canalsatellite* kararı, ATRG, 05.01.2001, C 2, s. 2 § 61.

⁹⁵ Bkz. Komisyon'un 12.04.1999 tarihli *KingFisher/Grosslabor* kararı, ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 12 § 28; 01.09.2000 tarihli *Volvo/Renault V.I.* kararı, ATRG, 21.10.2000, C 301, s. 23 § 56; Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11, § 28;

⁹⁶ Bkz. *Faull, Jonathan / Nikpay, Ali: The EC Law of Competition*, Oxford-New York 1999, s. 238

⁹⁷ Bunlara patent başvuruları, faydalı modeller, yarı iletkenlere ilişkin topografyalar da dahildir.

ilişkin belli sınırlamalar içermesi beklenmez. Lisanslar ticarî ve sınaî mülkiyet haklarının süresiyle doğru orantılı olarak verilebileceği gibi know-how'ın olağan ekonomik süresi ile orantılı olarak da verilebilir. Bu lisanslar ekonomik olarak hakların kısmen devri anlamına geldiğinden zaman ile sınırlandırılmalarına gerek yoktur. Hiç kuşkusuz Yan Sınırlamalara İlişkin Duyuru'da belirtilen bu durum, korunmaları belli bir süre ile sınırlı olan marka ve patent üzerindeki haklar için verilen lisanslar açısından söz konusu olmaz. Yukarıda belirtilen kapsamı aşan nitelikteki lisans sözleşmeleri, özellikle lisans alandan ziyade lisans vereni koruyan hükümler içerenler, genellikle yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi açısından gerekli değildir. Lisans sözleşmelerine yukarıda belirtilenler dışında getirilen sınırlamalar, Tüzüğün kapsamı dışında kalır ve ATA m. 81/1 ve 3 (eski m. 85/1 ve 3) çerçevesinde değerlendirilir. Bu nedenle, gerekli koşulları taşıdıklarında, ATA m. 81/3'ün Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Grubuna Uygulanmasına İlişkin 772/2004 sayılı Yönerge kapsamına girebilirler⁹⁸. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Taslak Duyuru, halen yürürlükte olan Duyuru'dan farklı olarak, bu konudaki açık atfı metinden çıkartmıştır (krş. Duyuru § 22). Hukuk güvenliği açısından metinde açık bir atıf bulunmasının daha doğru olacağı görüşündeyim.

Yukarıda sözü edilen ilkeler kıyasen, marka, işletme adı, faydalı model ve resimler, telif hakları veya komşu haklar üzerindeki lisanslara da uygulanır. Bazı durumlarda, devreden devre konu olmayan kısımlarla ilgili olarak bu hakları kendisinde tutmak, devralan da devraldığı kısımla ilgili gerekli pazarlama ve satış çalışmalarını sürdürmek için bunları kullanmak isteyebilir.

C. SATIN ALMA VE TESLİM BORÇLARI

Bir teşebbüsün kısmen veya tamamen devri çoğu kez, satıcının daha önceki ekonomik ilişkilerine bağlı olarak kurduğu ekonomik bütünlüğe dayalı satın alma ve teslim borçlarını da etkiler. Bu nedenle, teşebbüsün kısmen devrinde, belirli bir geçiş süresi için devreden ile devralan arasında bazı bağlantılar yaratılması gerekebilir. Bu bağlantılar genellikle devreden ile devralan arasında akdedilecek sözleşmeler ile sağlanır. Devredenin ekonomik bütünlüğünün bozulması da dikkate alınarak, bazı rekabet sınırlamaları da içeren satın alma ve teslim sözleşmeleri yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olarak kabul edilebilir. Bunlar, somut olayın koşulları dikkate alındığında devreden olduğu kadar devralanın da yararına olabilir.

⁹⁸ Règlement no: 772/2004 concernant l'exemption par catégorie d'accords de transfert et de technique, ATRG, 27.04.2004, L 123, s. 11; the Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, ATRG, 27.04.2004, C 101, s. 2.

Bu sözleşmelerin amacı devreden açıısından elde tuttuğu, devralan açıısından ise devraldığı faaliyetlerin devamlılığını sađlamaktır⁹⁹. Bu nedenle, daha önce devreden ekonomik bütünlüğu çerçevesinde tedarik edilen miktarların garanti edilmesini veya pazarın gelişmesine bağlı olarak yeniden gözden geçirilmesini sağlamaya yönelik tedarik borçlarının, belli bir süre ile sınırlı olarak, kabul edilmeleri için nedenler vardır¹⁰⁰. Bir başka amaç da, taraflardan biri veya diğeri için, devirden önceki ekonomik bütünlük sırasında olduğu gibi, satış yerlerinin ve satışların devamlılığını sağlamaktır. Bu nedenle, belli bir miktarın tedarik edilmesi şartı, zaman zaman gözden geçirilecek olsa dahi, gerekli kabul edilebilir. Buna karşın belli bir ürünü belli bir sağlayıcıdan satın alma taahhüdünü içeren sözleşmelerin ise, somut olayın koşulları çerçevesinde çok daha dikkatlice ele alınması gerekir.

Sabit miktarlar üzerinden satın veya satın alma borcu içeren sözleşmeler, bu sabit miktarları gözden geçirme şartı içerenler de dahil olarak, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgili ve gerekli olarak kabul edilebilirler. Bununla beraber, belirsiz miktarların teslimini öngören veyahut sağlayıcıya veya alıcıya diğerine göre daha elverişli koşullar sağlayan sözleşmeler, *a priori*, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi açıısından doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmez. Bu tür borçların ve koşulların somut olayın şartları çerçevesinde haklı görülmesi gerekir.

Bununla beraber, yukarıda ifade edilenler, münhasır bir satma veya satın alma borcu için genel gerekçeler olarak benimsenemez¹⁰¹. Pazar yokluğu ve ürünün özelliği gibi ayrı k haller saklı kalmak şartıyla, bu tür münhasır sözleşmeler bir teşebbüsün kısmen veya tamamen devri şeklinde görülen birleşme veya devralma işlemleri açıısından objektif olarak gerekli değildir.

Komisyon uygulaması ve bu yöndeki tecrübesi, satın alma ve tedarik sözleşmelerinin sürelerinin, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin pazarda özerklik ile yer değiştirmesine olanak sağlayacak bir süre ile sınırlanması ve

⁹⁹ *Philips/Osram* kararında ana şirketlerin her biri, Avrupa'daki üretimleri için gerekli olan kurşunu ortak girişimden tedarik etme yükümü altına girmişler, bu durum muafiyet süresiyle kısıtlı olmak kaydıyla Komisyonca yan kısıtlama olarak kabul edilmiştir. Komisyon'un *Philips/Osram* kararı, ATRG, 31.12.1994, L 378, s. 37-44. Bkz ayrıca Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11, § 28.

¹⁰⁰ Komisyon'un 30.07.1998 tarihli *Valeo/ITT Industries* kararı ATRG, 16.09.1998, C 288, s. 5 § 63-64; Komisyon'un 30.03.1999 tarihli *BT/AT & T* kararı, ATRG'de henüz yayınlanmamıştır, kararın tam metni için bkz. www.europa.eu.int, § 209, 210 ve 212; Komisyon'un 01.09.2000 tarihli *Volvo/Renault V.I.* kararı, ATRG, 21.10.2000, C 301, s. 23 § 56; Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11, § 28.

¹⁰¹ Komisyon'un 30.07.1998 tarihli *Valeo/ITT Industries* kararı ATRG, 16.09.1998, C 288, s. 5, § 64.

objektif olarak doğrulanabilmesi yönündedir¹⁰². Karmaşık sınaî ürünlerin satımı ve satın alınmasına ilişkin sözleşmeler normal olarak üç yıllık bir geçiş süresini haklı göstermektedir. Ancak her halde bu süre, ilgili ürün veya hizmet de dikkate alınarak somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁰³.

Henüz yürürlüğe girmemiş olan Taslak Duyuru ise, tedarik edilen miktarların garanti edilmesi amacını taşıyan tedarik ve satın alma borçları açısından 5 yıllık geçiş dönemi öngörmektedir. Komisyon burada eski uygulamasına geri dönmüştür.

Servis sözleşmelerinin de tedarik sözleşmelerine eşit etkileri olabilir. Bu durumda yukarıda belirtilen esaslar onlara da uygulanır. Dağıtım sözleşmeleri açısından, servis sözleşmeleri yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesiyle doğrudan ilgili olarak kabul edilirler¹⁰⁴. Aksi takdirde, rekabetin kısıtlanmasına ilişkin hükümler taşıyan servis sözleşmeleri, Komisyon'un Antlaşmanın 81nci maddesi 3ncü fıkrası Hükümünün Uyumlu Eylemlere ve Dikey Anlaşmalara Uygulanmasına İlişkin 22.12.1999 tarih ve 2790/1999 sayılı Tüzük kapsamında denetlenir¹⁰⁵.

III. MÜŞTEREK KONTROLÜ ELE GEÇİRMeye İLİŞKİN MUTAD ŞARTLARA UYGULANACAK İLKELER

Tüzük, iki veya daha fazla teşebbüsün, özellikle halka çağrı yoluyla hisse senedi satın alınması ("*offre publique d'achat*"/"*public bid*") ve daha sonra bu teşebbüsleri veya bunların aktiflerini aralarında paylaşmak amacıyla bir veya daha fazla teşebbüsün müşterek kontrolünü ele geçirmesine ilişkin yoğunlaşma işlemlerine de uygulanır. Bu gibi durumlarda birbirini takip eden iki aşamada gerçekleşen bir yoğunlaşma işlemi söz konusudur. Ortak amaç, ortak kontrolün ele geçirilmesi ile sınırlıdır. Bu nedenle özellikle halka çağrı yoluyla yapılan satın alma tekliflerinde birden fazla teşebbüs arasında söz konusu olabilecek ve aynı hedef teşebbüse yönelik olarak birbiriyle rekabet eder nitelikte tekliflerin verilmesini veya teşebbüsün kontrolünü başka türlü ele geçirmeye yönelik girişimlerde bulunulmasını engelleyen anlaşmaların ve/veya taahhütlerin yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kabul edilebilir.

¹⁰² Komisyon'un 30.03.1999 tarihli *BT/AT & T* kararı, bkz. www.europa.eu.int, § 209.

¹⁰³ Komisyonun 02.02.1997 tarihli *DuPont/ICI* kararı, ATRG, 08.01.1998, C 4, s. 4 § 55; Komisyon'un 30.07.1998 tarihli *Valeo/ITT Industries* kararı ATRG, 16.09.1998, C 288, s. 5 § 64; Komisyon'un 06.04.2001 tarihli *Dow/EnichemPolyurethan* kararı, ATRG, 11.05.2001, C 138, s. 11 § 31.

¹⁰⁴ Komisyon'un 30.03.1999 tarihli *BT/AT & T* kararı, bkz. www.europa.eu.int, § 207 ve 211.

¹⁰⁵ Règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, ATRG, 29.12.1999, L 336, s. 21 vd.

Teşebbüsleri veya bunların malvarlığını tarafların aralarında paylaşmaları amacını güden kısıtlamalar, yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi için gerekli ve doğrudan bu işleme bağlı olarak kabul edilmelidir. Taraflar arasında üretim birimlerinin, dağıtım kanallarının, marka haklarının veya malların paylaşılması amacıyla bir teşebbüsün ortak kontrolünün ele geçirilmesi yolundaki anlaşmalar da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bu türlü bir paylaşımın gerçekleştirilmesi, hiç bir şekilde devralan işletmelerin gelecekteki davranışlarının uyumlaştırılması amacını taşımamalıdır. Zira bu amacı taşıyan bir yoğunlaşma işlemi hukuka aykırı olur.

Yukarıda açıklanan türde bir paylaşım mevcut bir ekonomik işletmenin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaksa, bu işletmenin tamamen sona erdirilmesine kadar geçecek makul bir süre için uygulanacak anlaşmalar da yan sınırlama olarak kabul edilebilir. Bu süre içinde “satın alma ve teslim borçları” için yukarıda öngörülen düzenlemenin kıyasen uygulanması söz konusu olur.

IV. YOĞUNLAŞMA YARATAN ORTAK GİRİŞİMLERE İLİŞKİN MUTAD ŞARTLARA UYGULANACAK İLKELER

Burada söz konusu olan yoğunlaşma yaratan ortak girişimlerin kurucu unsurları (a) daimi şekilde bir teşebbüsün faaliyetlerini yerine getirmek üzere kurulan bağımsız bir teşebbüs ile (b) kurucu teşebbüsler arasında veya kurucu teşebbüsler ile yeni kurulan teşebbüs arasında rekabetçi davranışların uyumlaştırılmasına ilişkin bir niyetin bulunmamasıdır¹⁰⁶. Özellikle bu son şart gerçekte kurucu teşebbüslerin, ortak girişime bırakılan ekonomik alandan çekilmelerini ve sonuç olarak rakip olarak bu pazardan kaybolmalarını içerir.

A. REKABET YASAĞI BORÇLARI

Kurucu teşebbüslerin, kurulan ortak girişim ile rekabet etmeme yolunda aralarında akdettikleri bir sözleşme, yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli ve doğrudan ilgili olarak kabul edilebilir. Rekabet yasağı sözleşmeleri bir yandan müzakerelerin iyi niyetle yürütülmesine, diğer yandan ise ortak girişimin aktiflerinden tam olarak yararlanılmasına veya ortak girişimin, kurucu teşebbüsler tarafından getirilen know-how veya *good-will*'i özümsemesine veya kurucu teşebbüslerin ortak girişimdeki menfaatlerinin kolaylaştırılmış bir rekabete karşı

¹⁰⁶ Eski Tüzükte 1310/97 sayılı Tüzük ile yapılan değişiklikler sonrasında Eski Tüzük açısından yoğunlaşma yaratan ortak girişimler ve rekabetin koordinasyonuna yönelik ortak girişimler ayrımı kalkmıştır. Bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 206. Bu değişikliğin yapılmasından önce tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi AT hukukunda da yoğunlaşma yaratıcı ortak girişimler ve rekabeti koordine etmeye yönelik ortak girişimler ayrımı yapılmakta ve bu sonucu tür bir yoğunlaşma işlemi olarak kabul edilmemektedir. Bkz. ve krş. 1997/1 sayılı Tebliğ m. 2/c .

korunmasına hizmet eder. Bu kolaylaştırılmış rekabet hali, özellikle kurucu teşebbüslerin ortak girişime getirilen veya onun tarafından geliştirilen know-how veya *good-will*'e ulaşmadaki ayrıcalık, kolaylık ve rahatlıktan kaynaklanır.

Süresi açısından, genel olarak, ortak girişimleri ilgilendiren rekabet yasağı sözleşmeleri beş yılı geçmemek üzere öngörülebilir¹⁰⁷ Taslak Duyuru, kurucu teşebbüsler bakımından öngörülen rekabet yasaklarının ortak girişimin süresi boyunca öngörülmüş olmak kaydıyla yoğunlaşma işlemine doğrudan bağlı ve gerekli bir yan sınırlama olarak kabul edilmesi gereğinin altını çizmiştir. Ayrıca, kurucu teşebbüslerle ortak girişim arasındaki rekabet sözleşmelerinin süresi, ortak girişimin süresini aştığı takdirde bunların hiçbir şekilde, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli olduğu kabul edilemez¹⁰⁸.

Coğrafi uygulama alanı açısından rekabet yasağı sözleşmesinin coğrafi uygulama alanı, kurucu teşebbüslerin ortak girişimi oluşturmadan önce mal veya hizmet sundukları pazarla sınırlı olmalıdır¹⁰⁹. Bu coğrafi alan, kurucu teşebbüslerin ortak girişimi oluşturdukları ya da girmeyi düşündükleri pazarları da kapsayabilir. Ancak kurucu teşebbüslerin bu amaçla bazı yatırımları gerçekleştirmiş olmaları da aranır.

Kapsamı açısından rekabet yasağı sözleşmeleri ortak girişimin faaliyet konusu içinde üretilen mallara veya sunulan hizmetlere ilişkin olmalıdır. Araştırma ve geliştirme açısından ileri bir düzeye gelmiş ürünler ile araştırma ve geliştirmeleri tamamlanmış ancak henüz piyasaya sürülmemiş ürünler de rekabet yasağına konu olabilir. Eğer ortak girişim yeni pazarlara girmek niyetiyle kurulmuşsa, rekabet yasağı sözleşmesinde ortak girişim sözleşmesi veya şirket ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet konularına, ürün ve hizmetlere ve coğrafi bölgelere de atıf yapılır. Rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, ortak girişimi kuran teşebbüslerin, ortak teşebbüsün faaliyet göstereceği pazar dışındaki pazarlarda birbirleriyle olan rekabetin korunmasına gerek olmadığı fikrinden

¹⁰⁷ Bkz. Komisyon'un 16.10.2000 tarihli *SLDE/NTL/MCP/Noos* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 11 § 41; Komisyon'un 04.08.2000 tarihli *CDC/Banco Urquijo* kararı, ATRG, 30.01.2001, C 29, s. 8 § 18 ve 19; Komisyon'un 22.12.2000 tarihli *Stora Enso/AssiDomän* kararı, ATRG, 15.02.2001, C 49, s. 5 § 49.

¹⁰⁸ Bununla beraber Komisyon üç yıldan uzun süreli rekabet yasağı sözleşmelerinin somut olayın koşulları çerçevesinde haklı görülmesi gerektiğini belirtmekteydi. Bkz. Komisyon'un 10.07.2000 tarihli *Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV* kararı, ATRG, 28.12.2000, C 374, s. 10 § 16; Komisyon'un 29.08.2000 tarihli *Lufthansa/Menzies/LGS* kararı, ATRG, 27.04.2001, C 127, s. 11, § 18.

¹⁰⁹ Bkz. Komisyon'un 29.08.2000 tarihli *Lufthansa/Menzies/LGS* kararı, ATRG, 27.04.2001, C 127, s. 11 § 18; Komisyon'un 22.12.2000 tarihli *Stora Enso/AssiDomän* kararı, ATRG, 15.02.2001, C 49, s. 5 § 49.

hareketle belirlenir. Ayrıca, ortak girişim üzerinde kontrol uygulayamayan kurucu teşebbüsler arasındaki rekabet yasağı hükümlerinin ortak girişim açısından gerekli ve yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili olmadığı kabul edilir.

B. SIR SAKLAMA VE GİZLİLİĞE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Rekabeti sınırlayıcı etkileri ve sonuçları, rekabet yasağı sözleşmeleri için öngörülenleri aşmadığı sürece, yukarıda belirtilen temel esaslar, sır saklama ve gizliliğe ilişkin borçlar için de aynen geçerlidir. Bununla beraber, bu borçların kapsamı hemen her zaman rekabet yasağına göre daha dar olduğundan, sır saklama ve gizliliğe ilişkin borçların yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu düşünülür. Ayrıca, sır saklama ve gizlilik hükümlerinin süreleri, somut olayın özel koşulları ve özellikle korunmak istenen ticarî sırlar dikkate alınarak, beş yılı da geçebilir.

C. SINAİ HAKLARA İLİŞKİN LİSANSLAR VE KNOW-HOW

Bağımsız yeni bir teşebbüsün kurulması normal olarak kendisinden gerçekleştirmesi beklenen faaliyetler için gerekli olan teknolojinin de devrini gerekli kılar. Bununla beraber, kurucu teşebbüsler çoğu kez bu teknolojilere ilişkin bilgilerin mülkiyetini, daha sonra başka alanlarda kullanmak amacıyla, elde tutmak istediklerinden teknoloji devri sınaî haklara veya know-howlara ilişkin lisanslar yoluyla gerçekleşir. Bu tür lisanslar, gerçekte mülkiyet hakkının devri yerini tutmak üzere yapıldıklarından, münhasır olabileceği gibi, zaman veya herhangi bir bölge ile de sınırlanmamış da olabilir. Bu tür lisanslar, bu çerçevede yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilebilir.

Nitekim, Komisyon, 21.08.2000 tarihli *Delta Selections ile Arla Foods Hellas* tarafından kurulan ortak girişim *Newco* ile ilgili kararında, tarafların yan kısıtlama olarak tanımladığı (i) ortak girişimin ticari olarak ayakta kalabilmesi amacıyla ve coğrafi uygulama alanı açısından Yunanistan ile sınırlı olarak ortak girişimin faaliyet alanından ana şirketlerin çekilmesini öngören rekabet etmeme şartını, (ii) *Arla* ve *Newco* arasında akdedilen dağıtım sözleşmesi uyarınca *Arla*'nın, ortak girişim kurulmadan önce dağıtımını yaptığı ürünlerin dağıtım hakkını *Newco*'ya devretmesi ile ilgili anlaşmayı ve (iii) *Newco* ile ana şirketler arasında tek tek yapılan ve *Newco*'ya faaliyet alanı ile ilgili ürünlere, bunların pazarlanması ve dağıtımına ilişkin marka ve lisansların devri anlaşmalarını; birleşme işleminin ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiş ve rekabete aykırı bulmamıştır¹¹⁰. Komisyon daha önce 23.10.1991 tarihli *Thomson Pilkington*

¹¹⁰ Komisyon'un 21.08.2000 tarihli *Delta Selections/Arla Foods Hellas* kararı, ATRG, 31.11.2000, C 330 , s. 6.

olayında da bu iki ana şirketin kurdukları ortak girişim ile aralarındaki rekabet etmeme anlaşması ve ilgili sınaî hakların ortak girişime devri konularında aynı yönde karar vermiş, bu yan kısıtlamaların yoğunlaşmanın ayrılmaz bir parçası olduğu hususunu belirtmiştir¹¹¹.

Genellikle, ortak girişim tarafından kurucu teşebbüslerin birine verilen lisansların veya karşılıklı münhasır lisansların, bir teşebbüsün aktiflerinin el değiştirmesindeki koşullar altında, yoğunlaşma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kabul edilirken, aynı durum kurucu teşebbüslerin birbirlerine verdikleri lisanslar açısından geçerli değildir.

D. SATIN ALMA VE TESLİM BORÇLARI

Kurucu teşebbüsler, ortak girişimin bir üst veya bir alt pazarında faaliyetlerine devam ediyorsa, dağıtım sözleşmeleri de dahil olarak tüm satın alma ve teslim borçları, bir teşebbüsün devri halinde geçerli olan kurallara bağlı olacaktır.

SONUÇ

Türk Rekabet Hukuku açısından yan sınırlamalar Tebliğ ile düzenlenmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere Tüzük ile yan sınırlamalara ilişkin olarak da değişiklikler getirilmiştir. Türk hukukunda yan sınırlamalar, ne RKHK'da ne de ayrı bir Tebliğde açıkça düzenlenmemekle beraber, Rekabet Kurulu kararlarında ifadesini bulan birleşme ve devralma işleminin tarafların beklentilerine uygun olarak gerçekleşmesi için zorunlu, objektif, makul ve uygun bir süre ile sınırlandırılmış her türlü rekabet yasaklarını ifade eder. Rekabet Kurulu bu boşluğu kararlar ile doldurmaya çalışmakta ve Topluluk hukukundaki gelişmeleri izlemektedir. Tüzük ile artık asıl yoğunlaşma işleminden bağımsız olarak sadece yan sınırlama için menfi tespit alınması zorunluluğu kaldırılmış ve asıl işlem için menfi tespit verilmesinin doğrudan yan sınırlamaları da

¹¹¹ Komisyon 10.05.1999 tarihli *Singapore Airlines / Rolls Royce* kararında da (ATRG, 22.06.1999, C 176, s. 11) ilgili rekabet etmeme ve sınaî hakların devri sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yönde bir karar vermiştir, dosya no: IV/M.1506, www.europa.eu.int.

kapsayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yan sınırlamaların Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak bir tebliğ ile düzenlenmesinin doğru olacağı kanısındayım. Böyle bir düzenlemenin birleşme ve devralma işleminin tarafları açısından açıklık ve hukukî güvenlik sağlaması yanında Rekabet Kurulu'nun iş yükünü de önemli ölçüde azaltacağına inanıyorum. Zira halen süre giden uygulamada, birleşme ve devralma işleminin bildirilmesi zorunlu olmasa dahi, ortada RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşma bulunduğundan yine de Rekabet Kuruluna bir bildirim yapılmakta ve duruma göre bir menfi tespit belgesi veya muafiyet istenilmektedir. Bu tür bildirimler ise Kurul'un zaten ağır olan iş yükünü daha da arttırmaktadır. Bu nedenle, yapılacak düzenlemede bildirilmesi zorunlu olmayan devir ve birleşmeler kapsamında bulunan yan sınırlamaların RKHK m. 4 anlamında bir anlaşma olarak değerlendirilip bildirim tabi tutulması için de belli kıstaslar öngörülmalıdır.

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
ATRG	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
c.	: cümle
dn.	: dipnot
Genelge	: Avrupa Topluluğu Komisyonu Yoğunlaşmalara İlişkin Yan Kısıtlamalar Hakkındaki 90/C 203/05 sayılı Genelge

Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Tüzük	: Avrupa Topluluğu Komisyonu Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin 4064/89 sayılı Tüzük
vd.	: ve devamı

BİBLİYOGRAFYA

- Akar, Öçal*: “Rekabet Yasağına İlişkin Bazı Yeni Fransız Mahkemesi Kararları”, Batider, Aralık 1982, C. XI, S. 4, s. 77-86.
- Akıncı, Ateş*: “ Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Ankara 2001.
- Aslan, I, Yılmaz*: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992 (Anılış: Aslan, AT Rekabet).
- Aslan, I, Yılmaz*: Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze*: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Cot, Jean-Mathieu/de la Laurencie, Jean-Patrice*: Le contrôle français des concentrations, L.G.D.J., Paris 1997.

Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

Erdem, Ercüment : “Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar”, İstanbul 2003 (Anılış: Erdem, Birleşme ve Devralmalar).

Erdem, Ercüment: “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y.1, S.1, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armagan, s. 319-326 (Anılış: Erdem, Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar).

Faull, Jonathan / Nikpay, Ali: “The EC Law of Competition”, Oxford-New York 1999.

Franko, Nisim: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuniyeti”, Batider, Haziran 1985, C. XIII, S.1, s.13-64.

Galene, Renée: Le droit de la concurrence appliqué aux pratiques anticoncurrentielles, Paris 1994.

Gülgün, E. Cenk: Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara 2003.

Montavon, Pascal: Droit Suisse de la SA, Tome III, Lozan 1997.

Souty, François : Le Droit de la Concurrence de l’Union Européenne, Paris 1997.

Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352), Ankara 1994.

Zachmann, Jacques: Le contrôle communautaire des concentrations, Paris 1994