

YAN SINIRLAMA KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI*

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN**

ÖZET

Ülkemiz rekabet hukuku mehz AB rekabet hukukuna göre gelişim göstermektedir. Buna göre, rekabeti bozucu anlaşmalar yasaklanmıştır; ancak yan sınırlamalar rekabeti sınırlamakla beraber hukuka uygun kabul edilmiştir. Yan sınırlamaların, bir birleşme ve devralma işlemine doğrudan bağlı ve bu işlemin yapılması için gerekli olması bunun yanında da makul düzeyde sınırlama getirmesi gerekmektedir. Rekabet Kurulu, yan sınırlamalara ilişkin talep halinde bu üç unsur üzerinden dikkatli bir değerlendirme yapmalıdır. Ülkemizde yan sınırlamalar hakkında teoride yazılmış kapsamlı yeterince eser bulunmamaktadır. Bu çalışmada yan sınırlamaların çıkışı, gelişimi, tanımı ve unsurları üzerinde teorik ve detaylı bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet hukuku, birleşme ve devralmalar, yan sınırlamalar, teşebbüslerarası anlaşmalar.

DEFINITION, HISTORICAL IMPROVEMENT, LEGAL CHARACTERISTIC AND COMPONENTS OF ANCILLARY RESTRAINT

ABSTRACT

Our country competition law is improving by EU competition law. Competition restricting agreements are prohibited but ancillary restraints are accepted legal even it is one of competition restricting agreements. Ancillary restraints must be directly related with a merger and acquisition act, necessary for complete this act and must contain reasonable restrictions. Competition Authority must carefully assess restrictions over this three components in case of request. There are not sufficient and comprehensive written work about ancillary restraints in our country. So in this study detailed examination have been made about exist, improvement, definition and components of ancillary restraints.

Keywords: Competition law, mergers and acquisitions, ancillary restraints, agreements between enterprises.

* Bu makale, yazarın “Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22.08.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05.10.2016

GİRİŞ

Birleşme ve devralmalar ise Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 7’de düzenlenmektedir. Buna göre, Rekabet Kurulu birleşme ve devralmalara izin vermeye yetkili kılınmıştır. Kurul birleşme ve devralmalara ilişkin denetimi sırasında yan sınırlamalarla da karşılaşmaktadır. Yan sınırlamalar, teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemlerinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan ilgili, gerekli ve makul nitelikteki anlaşmalar olarak ifade edilebilir. İşte teşebbüslerarası birleşme ve devralmalar için önem taşıyan yan sınırlamalar, ülkemiz rekabet hukuku kapsamında henüz yeterli bir düzenlemeye kavuşturulamamıştır. Nitekim uygulama ile beraber gelişim göstermektedir. Mevzuat AB rekabet hukuku ise yan sınırlamalar konusunda gerekli tecrübe ve düzenlemeye sahip olup bu çalışma açısından da kaynak olma özelliğini taşımaktadır. Bu çalışmada, mevzuat AB rekabet hukukuna da gerekli ölçüde değinmek suretiyle; yan sınırlama kavramı, ortaya çıkışı, hukuki niteliği ve unsurları ele alınacaktır. Bununla beraber Rekabet Kurulu kararlarına da konunun daha iyi anlaşılmasına ve uygulamanın nasıl olduğuna dair yardımcı olacağı düşüncesiyle yer verilecektir.

1. KAVRAM

1.1. Terim

AB doktrininde yan sınırlamalar çoğunlukla, “ancillary restraints” olarak ifade edilmektedir¹. Zira Amerikan hukukunda ortaya çıkan bir kavram olarak, AB hukukuna sonradan dahil olmuştur. Nitekim, AB Komisyonu da önüne gelen davalarda “ancillary restraints” kavramına yer vermektedir. Ancak Komisyon’un ilgili 2005 tarihli Duyurusu’nda, “restrictions directly related and necessary to concentrations” (yoğunlaşmaların uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar) ifadesi yan sınırlamaları ifade etmek için kullanılmaktadır². Yan sınırlama kavramı ne RKHK ne de 2010/4 sayılı Tebliğ ile ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 13’üncü maddesinin 5. fıkrasında da “işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ibaresinin yan sınırlamalar için kullanıldığı görülmektedir. Ancak Rekabet Kurulu’nun 2010/4

¹ DÍAZ, F. Enrique Gonzalez, , “Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal, Vol: 19, Issue: 3, 1995, Article 8, s. 951-998, s. 951 vd.

² Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, 2005/C 56/03. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:EN:PDF> Son Erişim Tarihi: 10. 09. 2015.

sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla çıkardığı Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz aksi bir tutumu yansıtmaktadır. Nitekim Kılavuz'un 4. başlığında ve içeriğinde, Kılavuz'un da isminde yer aldığı üzere yan sınırlamalar ifadesine yer verilerek benimsendiği görülmektedir. Yine Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda da yan sınırlamalar terimini tercih ettiği görülmektedir³. Nihayet Türk doktrininde de kavramsal olarak yoğunlaşmaların uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar yerine yan sınırlamalar teriminin tercih edildiği görülmektedir⁴.

Yan sınırlamalar, birer yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduklarından⁵ ve sınırlayıcı nitelikte bulunduklarından⁶ terim olarak doğru bir tercih olarak kabul edilebilir⁷. Yine bu kullanım, terimsel olarak yan sınırlamaların çıkışı olan Amerikan içtihat hukukunda, ileride değineceğimiz üzere hukuka aykırı olan asli sınırlamaların karşısı olan hukuka uygun sınırlamaları ifade etmekte de kullanıldığından tercih edilebilir. Terimi daha detaylı ve lafzi yönüyle incelediğimizde sınırlama kelimesini niteleyen “yan” sıfatının doğrudan ilgili olma unsurunun karşılığı olduğunu söylemek mümkündür⁸. Bu açıdan 2010/4 sayılı Tebliğ'de de bu ifadenin kullanılması kanaatimizce uygun olmuştur. Ne var ki Rekabet Kurumu, Kılavuz'da “yan sınırlamalar” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu çalışmada doktrinin de daha aşına olması nedeniyle “yan sınırlamalar” teriminin kullanılması yoluna gidilmiştir.

1.2. Tanım

Yan sınırlamalar, rekabet hukuku içerisinde yer alan teknik bir terim olup konunun daha iyi anlaşılması için yapılan çeşitli tanımlara ilgili çalışmada yer verilecektir.

³ 26.3.2014 Tarih 14-12/221-97 Sayılı, 26.12.2013 Tarih 13-72/993-424 Sayılı, 5.12.2013 Tarih 13-69/932-393 Sayılı, 19.3.2013 Tarih 13-15/225-110 Sayılı, 06.06.2012 Tarih 12-30/875-259 Sayılı Kurul kararı.

⁴ ASLAN, s. 233, ERDEM, (2003), s. 91. , GÜVEN, (2009), s. 437.

⁵ ERDEM, (2004), s. 118.

⁶ GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara, 2003, s. 9.

⁷ GÜVEN, kitabında “zorunlu yan sınırlamalar” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. GÜVEN, (2009), s. 437.

⁸ Bununla beraber gerekli olma unsuru ise yan sınırlamalar kavramı içerisinde doğrudan ilgili olma unsurunun aksine bir karşılık bulamamaktadır. Dolayısıyla Avrupa Komisyonu'nun Duyuru'da belirttiği gibi “doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ifadesi bu yönden daha isabetli görülebilecektir.

ERDEM'e göre; yan sınırlamalar, "birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır"⁹. Bu tanım yan sınırlamaların unsurlarını daha net ortaya koyan bir tanımdır.

GÜLERGÜN'e göre; yan sınırlamalar, "rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümlerdir"¹⁰. GÜLERGÜN, bu tanımda daha çok yan sınırlamanın, ikinci nitelikte yan edim yükümlülüğü olma özelliğine vurgu yapmaktadır. Yan sınırlamaların gereklilik yönüne değinilmediği için tanımın eksik olduğu ileri sürülebilir.

ŞAHİN'e göre ise yan sınırlamalar, "yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam manasıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilebilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir"¹¹. ŞAHİN, tanımda yer alan, "yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan faydanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için" ifadesinin yan sınırlamanın unsurlarını yani doğrudan ilgili olma ve gereklilik yönlerini belirttiğini açıklamaktadır.

Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un 48. paragrafında ise, yan sınırlamalar, "yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır" şeklinde ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu ise incelediği bir olayda yan sınırlamaları, "yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak" tanımlamıştır¹². Ancak bu tanım yan sınırlamaları ifade etmekten uzaktır. Zira yan sınırlamaya ilişkin aşağıda belirteceğimiz unsurlara ilişkin eksiklikleri barındırmaktadır.

Danıştay, 13. Dairesi, E.2007/13885, K. 2010/7567, 05. 11. 2010 tarihli kararında yan sınırlamaları, "bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan

⁹ Bu tanımda, birleşme ve devralma işlemine eklenen ifadesi, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma unsuruna işaret etmektedir. bkz. ERDEM,(2004), s. 119, 120.

¹⁰ GÜLERGÜN, (2003), s. 3.

¹¹ ŞAHİN, Ali Hamza, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 77.

¹² 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

kısıtlamalar” olarak tanımlamaktadır¹³. Bu tanım, yan sınırlamaların; yan edim yükümlülüğü niteliğine, taraflar açısından kısıtlayıcı olmasına, doğrudan ilgililik ve gerekli olma unsurlarına yer verilmektedir. Ne var ki, yan sınırlamaların makul olma unsuruna değinilmediği görülmektedir. Ayrıca yan sınırlamaların, bir birleşme veya devralma işlemi ile varlık kazanabileceği hakkında bir bilgi de yer almamaktadır. Ancak kararın diğer kısımlarında bu eksiklerin tamamlandığını da belirtmek gerekir.

2. TARİHÇE VE GÜNÜMÜZ DÜZENLEMELERİ

Yan sınırlamaların ortaya çıkışı İngiltere ve Amerika içtihat hukukuna dayanmaktadır¹⁴. 1890 öncesi dönemde, sınırlamalar ikiye ayrılmaktaydı. Birincisi, asli sınırlamalar ki¹⁵ bunlar meşru yoğunlaşma işlemlerine yardımcı olmayan anlaşmalar olup hukuka aykırı nitelikte kabul edilmekteydi. İkincisi ise, yan sınırlamalar olarak belirtilebilen meşru yoğunlaşmalara bağlı ve makul olan anlaşmalardır ki bunlar diğerinin aksine hukuka uygun nitelikte kabul edilmekteydi¹⁶.

Yoğunlaşmaların denetimi ilk olarak Amerika’da 1890 tarihli Sherman Yasası ile yazılı olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Sherman Yasası, içtihat hukukunun yazılı hale getirilmesi amacını da taşımaktaydı¹⁷. Ancak Sherman Yasası ile yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme getirilmemişti. Bununla birlikte, her sınırlamanın yasaklanmasının da doğru olmayacağı mahkemeler tarafından öngörülmekteydi¹⁸. Ticareti sınırlandıran ve Sherman Yasası tarafından yasaklanan anlaşmalar, asli sınırlamalar olarak kabul edilmekteydi. Zira burada “ticaretin sınırlandırılması” ifadesiyle asli sınırlamaların

¹³ URL: <http://www.kazanci.com/> Son Erişim Tarihi: 27. 05. 2016.

¹⁴ JEBELLI, Kayvan Hazemi, “EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1)”, June, 2010, URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318, Son Erişim Tarihi: 14.06.2016, s. 1.

¹⁵ Amerikan hukukunda, bu terim “naked restraints” olarak ifade edilmektedir. HARRISON, Jeffrey L., Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping With Maricopa County, 1982 U. Ill. L. Rev. 925, 1982, 925-949, s. 932. Asli sınırlamalar olarak nitelendirilen bu anlaşmalar, RKHK m. 4 ile de Türk hukukunda hukuka aykırı kabul edilmekte ve düzenlenmektedir.

¹⁶ ROBERTS, R. Gary, “Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints”, Southern California Law Review, Vol: 61, Number: 4, 1988, s. 988-1016, s. 992.

¹⁷ ROBERTS, (1988), s. 995.

¹⁸ Zira Sherman Yasası’na göre, lafzi yorum yapıldığında her tür anlaşmanın yasak olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. JEBELLI, (2010), s. 3.

kastedildiği anlaşılmaktaydı¹⁹. Yan sınırlamalar ise Sherman Yasası’nın yasakladığı anlaşmalar kapsamında görülmüyordu²⁰. Buna ilişkin olarak, Sherman Yasası’nın birinci kısmındaki düzenleme tartışma oluşturmaktaydı. Bu kısımda geçen “ticareti kısıtlayan... anlaşmalar” (restraint of trade) ibaresi katı bir şekilde düşünüldüğünde yan sınırlamaların da yasaklanması anlamına gelmekteydi. Ancak Sherman Yasası’nın bu hükmünün katı şekilde uygulanması konusunda mahkemeler istekli değillerdi²¹. Zira aksi takdirde yan sınırlamaların yasaklanması sonucu ortaya çıkacak ve bu sebeple bu tür sınırlamaların rekabete olan olası olumlu etkileri de göz ardı edilmiş olacaktı.

Yan sınırlama için önemli kabul edilen ilk görüş ise, Amerikan Federal Mahkemesi’nin, 1899 tarihli *Addyston Pipe & Steel Co.*²² davasında, yargıç TAFT tarafından ileri sürülmüştür²³. Yargıç TAFT’a göre, “ticarete ilişkin hiçbir alışlagelmiş sınırlama uygulanamaz velev ki; anlaşma, yalnızca meşru sözleşmenin ana amacına bağlı yan nitelikte ve sözleşmenin meşru semerelerinden tam faydalanılmasına veya karşı tarafın bu semereleri haksız kullanmasında taahhütte bulunulan tarafı korumaya yönelik olsun”. TAFT’ın yan sınırlamalara ilişkin bu görüşü gerçekten günümüz anlayışına da bir temel oluşturmaktadır.

Ülkemiz açısından mehz olan AB hukukuna dönülecek olursa, yan sınırlama kavramı, Amerikan hukukuna göre daha yeni tarihlerde ortaya çıkmıştır. Zira Avrupa Birliği’nin kurulma amaçlarından birisi de ortak bir pazar kurulması idi. Bunun sonucunda da tüm pazarda uygulanması gereken rekabet düzenlemelerine ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu amaçla 1958 tarihinde Roma Antlaşması yürürlüğe girmiştir. Roma Antlaşması rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer vermekle beraber yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme yoluna gitmemiştir.²⁴ ABİDA 101’nci maddesine göre, iç pazarı kısıtlayıcı etkisi veya amacı bulunan teşebbüslerarası anlaşmalar iç pazarla bağdaşmaz kabul edilerek yasaklanmıştır. Sherman Yasası gibi Roma Anlaşması da yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.

¹⁹ ROBERTS, (1988), s. 996.

²⁰ ROBERTS, (1988), s. 996, JEBELLI, (2010), s. 3.

²¹ JEBELLI, (2010), s. 3.

²² *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, [175 U.S.](#) 211 (1899).

²³ DIAZ, (1995), s. 953.

²⁴ Bugün yürürlükte bulunmayan Roma Antlaşması yerini 2009 yılında kabul edilen Lizbon Anlaşması, başka bir deyişle Avrupa Birliği’nin Kuruluşuna Dair Antlaşma (ABİDA)’ya bırakmıştır.

Roma Anlaşması'nın yetersizliği nedeniyle, 1989'da Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yayınlanmıştır²⁵. Tüzük ile beraber yan sınırlamalara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Tüzüğün 8. maddesinde, yoğunlaşmaların uygun olduğuna dair kararın, yoğunlaşmanın uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağını düzenlenmekteydi. Bu düzenlemedeki yan sınırlamalara ilişkin yetersizliği gidermek üzere Komisyon tarafından 1990 tarihinde, Yan Sınırlamalar Hakkında 203/05 sayılı Duyuru yayınlanmıştır²⁶. Yürürlükteki en son duyuru ise 2005 tarihli “Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Anlaşmalar Hakkında Komisyon Tüzüğü”dür.

Ülkemiz hukukunda yan sınırlamaların gelişimine de değinmek gerekirse, 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, söz konusu Kanun'un 7. maddesi uyarınca 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır²⁷. 1997/1 sayılı Tebliğ 2010 yılında yerini, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'e bırakmıştır²⁸. Bu Tebliğ'in 13. maddesinde nihayet yan sınırlamalara ilişkin temel nitelikte bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemenin daha anlaşılır kılınması için, 2013'te Rekabet Kurumu tarafından Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz yayınlanmıştır.

3. YAN SINIRLAMALAR VE PER SE, RULE OF REASON İLKELERİNİN İLİŞKİSİ

3.1. Per Se ve Rule of Reason İlkeleri

Yukarıda yan sınırlamaların tarihsel gelişiminde, hangi sınırlamaların “makul” olabileceğine, hangilerinin ise “makul olamayacağı”na ve bunun sonucunda da yasaklandığına değinilmiştir. Bu düşünceden hareketle yan sınırlamalar kavramının daha sonra yerini “per se” ve “rule of reason” ilkelerine bıraktığı anlaşılmaktadır. Per se ilkesi, görülen bir davada, hukuka aykırılık yönünden bir araştırma yapmayı gerektirmezken, rule of reason

²⁵ ERDEM, Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar”, Perşembe Konferansları, Ankara, 2004, s. 115-156, (Konferans), s. 133. 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yerini 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'ne (**Regulation on the control of concentrations between undertakings**) bırakmıştır.

²⁶ ERDEM, (2004), s. 136.

²⁷ 12.08.1997 Tarihli 23078 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁸ 07. 10. 2010 Tarihli 27722 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

ilkesi rekabete yararlı ve zararlı yönlerin ayrıntılı olarak iktisadi analizinin yapılmasını öngörmektedir²⁹. Per se inceleme dolayısıyla detaylı bir inceleme gerektirmemektedir. Bu sebeple rule of reason ilkesi gereğince görülen bir dava, daha masraflı ve daha uzun sürebilmektedir³⁰. Diğer taraftan per se ilkesi gereğince yasaklama ise kimi zaman rekabete yararlı davranışların da engellenmesine neden olabilir³¹. Görüleceği üzere Per se ve rule of reason ilkeleri³² zıt niteliktedirler. Gerçekten de bu ilkeler yan sınırlamaların ortaya çıkışında önemli bir rol oynamıştır.

Bu ilkeler esasen Amerikan rekabet hukukunda uygulama ile belirlilik kazanmıştır. Nitekim, Sherman Yasası'nın, ticareti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklandığı birinci kısmının uygulanması hakkında mahkemelerin izlediği tutum burada önem taşımaktadır. Zira, Sherman Yasası'nın birinci kısmına ilişkin iki yaklaşım karşımıza çıkmaktadır³³. Buna göre; per se uygulamayı savunanlar, lafzi yorum yoluyla ticareti kısıtlayan anlaşmaların analiz edilmeksizin hukuka aykırı olmasını ileri sürmekteydiler. Karşı görüşte olan veya rule of reason ilkesini benimseyenler ise anlaşmaların makul olup olmadığının analiz edildikten sonra hukuka aykırı veya uygun kabul edilmesini öngörmekteydi. Dolayısıyla bu iki ilke birbiriyle çekişme içerisinde süregelmişlerdir³⁴. Bununla beraber ilerleyen zamanla beraber rule of reason ilkesi uygulamada ve halen günümüzde de kabul görmektedir³⁵.

3.2. Yan Sınırlamalarda Per Se ve Rule Of Reason ilkeleri

Federal Mahkeme önceleri, Sherman Yasası'nın 1. maddesini, rekabeti azaltıcı veya rekabeti azaltıcı eğilimi olan tüm anlaşmaları yasaklayıcı olarak yorumlamaktaydı³⁶. 1960'larda Mahkeme, yan sınırlamaları rule of reason

²⁹ ATA, Çağlar Deniz, Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Ankara, 2009, s. 26, ATEŞ, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013, s. 92.

³⁰ YAVUZ, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per Se" Veya "Rule Of Reason", Ankara, 2003, s. 2 vd.

³¹ CALVANI, Terry, Some Thoughts On The Rule Of Reason, European Competition Law Review, 2001, s. 201-207, s. 201.

³² Bu terimler hakkında detaylı bilgi için bkz. ATEŞ, (2013), s. 91, 92.

³³ RODGER, Barry J, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom, Second Edition, 2001, s. 178.

³⁴ ATEŞ, (2013), s. 92.

³⁵ ATA, (2009), s. 26.

³⁶ CLAIRE, Trunzo, "Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act", Duquesne Law Review, Vol: 29, s. 292.

ilkesine göre değerlendirerek izin vermektedir. Ancak Federal Mahkeme, bunun masraflı ve iş yükünü artırıcı olması gibi nedenlerle per se olarak hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermeye başladı³⁷. Ancak 1979’da rule of reason ilkesini yeniden benimsemeye başladı³⁸.

Amerikan hukukunda, fiyat sabitlemeye ilişkin değerlendirmeler de yan sınırlamalarla ilgilidir. Mahkemeler, fiyat sabitleme üzerine yapılan anlaşmaları ikiye ayırmaktaydı. Şayet anlaşma rekabete yararlı bir amacı bulunmamakta ve bir birleşme ve devralma işlemine yardımcı nitelikte de değilse mahkeme bu tür anlaşmaları kartel olarak kabul ederek per se hukuka aykırı görüyordu³⁹. Aksi halde rule of reason ilkesi gereğince değerlendirip yan sınırlama olarak kabul edebiliyordu.

Avrupa Birliği ise yan sınırlamalarda, per se ve rule of reason ilkelerini değil, içtihat hukuku içerisinde yıllar öncesinden gelişerek gelen analizleri uygulamaktadır⁴⁰. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere bir sınırlamanın yan sınırlama olarak nitelendirilmesinde yan sınırlamanın unsurlarının incelenmesi yöntemi, bugün itibarıyla AB’de ve dolayısıyla da Türkiye’de kabul edilen yöntemdir. Ancak AB ve Türkiye’de esas alınan bu yöntemin de temelde bir rule of reason incelemesi olduğu söylenebilir.

4. YAN SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işleminin tarafları arasında irade serbestisi gereğince yapılan sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yan sınırlamalar tarafların karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla kurulmalarından dolayı, TBK m. 1 gereğince sözleşme niteliğindedir. Yan sınırlamaların birer sözleşme olması borçlar hukuku kapsamında da bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Nitekim sözleşmeler hakkında getirilen genel hükümler yan sınırlamalara ilişkin de önem taşımaktadır.

Her borç ilişkisinde tarafların karşılıklı veya tek taraflı edim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Edimleri, taşıdıkları öneme göre asli ve yan edim yükümlülüğü olarak ikiye ayırmak mümkündür. Asli edim yükümlülüğü,

³⁷ LOUIS, Martin, B., “Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?”, *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 1980, s. 243.

³⁸ LOUIS, (1980), s. 243.

³⁹ SCOTT, Paul, “Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints”, URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>, Son Erişim Tarihi: 15.08.2016.

⁴⁰ JEBELLİ, s. 32.

borç ilişkisinde yer alan asıl borcu⁴¹ ifade etmektedir ki birleşme ve devralma işlemi açısından asıl borç, teşebbüslerin birleşme veya devir yükümlülükleri olarak görülmektedir. Yan edim yükümlülükleri ise hukuki ilişkiye ismini veren asıl borcun yanında tarafların öngörerek kararlaştırdıkları ikincil nitelikte daha az öneme sahip yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri, asli ifanın amaçladığı yararın gerçekleşmesine de yardımcı niteliktedir⁴². Yan sınırlamalar, asli yükümlerin yani birleşme ve devralma işlemleri yanında asli edimlerin tamamlanmasına hizmet eden yan edim yükümleridir⁴³.

Ayrıca yan edim yükümlülükleri asıl edimin ifasına yardımcı, asıl edimi teminat altına alan veya asıl edimi genişletici nitelikte de olabilirler⁴⁴. Özellikle asıl edimin ifasına yardımcı olan yan edim yükümlülükleri, aşağıda inceleneceği üzere yan sınırlamalarda aranan gereklilik unsuruyla da bağdaşmaktadır. Zira birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi için sınırlamanın gerekli olması yan sınırlamaların bir şartıdır.

Yan edim yükümlülükleri de kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından kaynaklanmaları sebebiyle kendi içerisinde üç sınıfa ayrılabilir⁴⁵. Kanundan doğan yan edim yükümlülüklerine TBK m. 211 örnek gösterilebilir. Buna göre; aksine sözleşme veya âdet bulunmaması halinde, ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri alıcıya aittir. Görüldüğü üzere sözleşmenin asli unsurlarını oluşturmadığı halde bu yan edim yükümlülükleri kanunda hükme bağlanmaktadır. Konumuz açısından birleşme ve devralmalarda ortaya çıkan yan sınırlamalar, sözleşmeden kaynaklanarak ortaya çıkan yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilirler. Nitekim aşağıda incelenen ve ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında da en çok görülen yan sınırlama türlerinden rekabet yasağı sözleşmesi⁴⁶ bunun en belirgin örneğidir.

⁴¹ EREN, (2015), s. 32.

⁴² ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 12.

⁴³ ERDEM, (2004), s. 118.

⁴⁴ ANTALYA, (2012), s. 12.

⁴⁵ EREN, (2015), s. 34. Yan edim yükümlülüğünü, dürüstlük kuralından doğan ve ayrıca dava edilemeyen yan yükümlülüklerle karıştırmamak gerekir. Yan yükümlülükler borçlunun aykırı davranışı yalnızca tazminat davası açma hakkını verirken, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinde ifa davasının söz konusu olduğu görülmektedir. EREN, (2015), s. 37.

⁴⁶ GÜVEN, (2002), s. 223.

Yan edim yükümlülüklerinin önem taşıyan bir özelliği de bunların ayrıca dava edilebilmesidir⁴⁷. Yan edim yükümlülükleri, ifa edilmedikleri takdirde TBK m. 112 ve m. 125 hükümlerince dava olunabilirler⁴⁸. Bu yönüyle doğruluk ve güvenden kaynaklanan yan yükümlülüklerden ayrılmaktadır, zira yan yükümlülükler ayrı bir dava ile talep edilemezler⁴⁹. Yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olmayıp borçlunun buna aykırı davranışında alacaklıya sadece tazmin talep etme hakkı tanımaktadır⁵⁰.

Borçlar hukukuna göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler⁵¹. Yan sınırlamaların bu hükme dayanılarak öngörüldüğü söylenebilir. Zira yan sınırlamalar yukarıda açıkladığımız üzere yan edim yükümlülükleridir. Yani TBK m. 2’de düzenlenen sözleşmenin ikinci derece noktalarındandır. Dolayısıyla yan sınırlamalara ilişkin kurallar, sözleşmenin içeriği olarak serbestçe belirlenebilmelidir. Bununla beraber BK m. 27 ile bu serbestliğe bir sınır getirilmektedir ki yan sınırlamalar açısından da bağlayıcı olmaktadır. Buna göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Yan sınırlamalar ise bu sınırlamalardan uzaktır. Dolayısıyla bu maddede belirtilen hükümsüzlük yaptırımını yan sınırlamalar açısından söz konusu olmayacaktır. Ancak yan sınırlama niteliğini taşımayan başka sınırlamalar veya aşkın kısımlar Rekabet Kanunu’nun m. 4, m. 6’de düzenlenen emredici hükümleri ile yasaklanmaktadır. Bu yasaklanan sınırlamalar, ileride inceleyeceğimiz üzere yan sınırlama niteliği taşımamaktadırlar.

Aynı yönde Rekabet Kurulu bir kararında, “...söz konusu anlaşmaların her biri devralma işleminin bir parçasıdır. Bu noktada, devralma işleminin aslı unsurunun Varlık Alım Anlaşması olduğu, buna karşılık birtakım sınırlayıcı hükümlerin yer aldığı diğer anlaşmaların ise bu Varlık Alım Anlaşması’na bağlı olan... birer yan sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır⁵²” ifadeleriyle yan sınırlamanın yan edim yükümlülüğü niteliğinde olması gerektiğine yer

⁴⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. BASKI, Ankara, 2007, s. 20.

⁴⁸ EREN, (2015), s 34.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, (2007), s. 21.

⁵⁰ EREN, (2014), s. 37.

⁵¹ Tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme iradelerine, irade serbestisi denilmesi hakkında bkz. OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 8, İstanbul, 2010, s. 19.

⁵² 12.01.2011 tarihli 11-03/36-9 sayılı Kurul kararı.

vermiştir. Yine diğer bir kararda yer verilen“...söz konusu sınırlamaların işlemin gerçekleştirilmesine yardımcı unsur olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir⁵³” ifadesi yan sınırlamaların yan edim yükümlülüğü niteliğini ortaya koymaktadır. İlgili Kurul Kararı’nda görüldüğü üzere yan edim yükümlülüğü niteliğinin taşınması aynı zamanda doğrudan ilgili olma, gerekli olma, makul olma gibi yan sınırlamanın unsurlarından biri olarak ele alınmaktadır.

Rekabet hukuku kapsamında ele alındığında ise yan sınırlamalar, aslında birer anlaşma niteliği taşımaktadır. RKHK m. 4’e göre, “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... hukuka aykırı ve yasaktır.” RKHK m. 4 ‘te anlaşmalara ilişkin düzenleme bulunmakla beraber anlaşmanın tanımı yer almamaktadır. Bununla beraber, madde gerekçesinde anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma olarak ifade edilmiştir. Yazılı veya sözlü şekilde teşebbüsler arası anlaşmaların yapılabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda bir anlaşmadan bahsedilmesi için tarafların kendilerini bağlı kabul etmeleri yeterli olacaktır⁵⁴. Zira anlaşmalar, rekabet hukuku anlamında çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Sözleşmelerin borçlar hukuku anlamında, hukuki bir sonuca yönelmeleri aranırken, rekabet hukuku kapsamında anlaşmaların hukuki bir sonuca yönelmeleri veya hukuken geçerli olmaları da gerekli değildir⁵⁵. Anlaşmalar dolayısıyla sözleşmeleri de kapsayıcı nitelikte olup yan sınırlamalar da birer anlaşma olarak görülebilecektir.

Anlaşmalar, kendi içerisinde ise rekabet hukuku kapsamında yatay anlaşmalar, dikey anlaşmalar ve karma anlaşmalar olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir⁵⁶. Üretim zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerin aralarında yapmış oldukları anlaşmalar yatay anlaşmalardır⁵⁷. Yatay anlaşmalar rakip teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar olup rekabete olumsuz etkileri daha çok bulunmaktadır⁵⁸. Yatay anlaşmalar, yatay birleşme ve devralmalara

⁵³ 8.7.2010 tarihli 10-49/895-295 sayılı Kurul kararı.

⁵⁴ ASLAN, (2014), s. 50, GÜVEN, (2009), s. 72, BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar, Ankara, 2001, s. 58.

⁵⁵ GÜVEN, (2009), s. 71, 72.

⁵⁶ GÜVEN, (2009), s. 74 vd.

⁵⁷ ASLAN, (2014), s. 85. BADUR, (2001), s. 61.

⁵⁸ ASLAN, (2014), s. 85.

bu yönüyle de benzemektedir⁵⁹. Dikey anlaşmalar ise, 2002/2 sayılı, 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 2’de, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. Dikey anlaşmaların rekabete olumsuz etkisinin yanı sıra, verimliliği artırmak, ürün kalitesini artırmak gibi olumlu etkileri de bulunabilmektedir⁶⁰. Dikey anlaşmalar, rekabete olumlu etkileri nedeniyle muafiyete tabi olabilmektedir⁶¹. Karma anlaşmalar ise, birbiriyle ilgisi olmayan dolayısıyla rekabet etkisi az olan teşebbüsler arası anlaşmaları ifade etmektedir⁶². Nihayet yan sınırlamalar da, tarafların niteliğine göre yatay, dikey veya karma anlaşma olarak kararlaştırılabileceklerdir. Örneğin, yan sınırlama olarak kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesi, bu anlamda yatay anlaşma niteliğinde olacaktır veyahut yan sınırlama olarak kararlaştırılan dağıtım sözleşmesi dikey anlaşma niteliğinde olabilecektir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, RKHK m. 4’te düzenlenen anlaşmalar hukuka aykırı niteliktedirler. Yan sınırlamalar ise hukuka uygun nitelikte olup ileride de değineceğimiz üzere birleşme ve devralmaya bağlı ve gerekli anlaşmalardır.

Yine yan sınırlamadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce bir birleşme ve devralma işleminin bulunması gerekmektedir. Bu birleşme ve devralma işlemi ise Rekabet Hukuku yönüyle önem taşımaktadır. Bu durumda, kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler gibi birleşme ve devralma sayılmayan hallerde 2020/4 sayılı Tebliğ 6. maddesi gereğince, yan sınırlamaların bulunduğu söz edilemeyecektir. Yine bunun yanı sıra, birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması gerekmektedir. RKHK m. 7’ye göre, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda da asli noktalarda

⁵⁹ GÜVEN, (2009), s. 75.

⁶⁰ ASLAN, (2014), s. 86, GÜVEN, (2009), 76, BADUR, (2001), s. 62.

⁶¹ GÜVEN, (2009), s. 78.

⁶² GÜVEN, (2009), s. 78, 79.

eksiklik olması ikinci noktaların değerlendirilmesine engel oluşturacaktır. Zira asli noktalar sözleşmenin kuruluş amacını teşkil etmektedir.

Yan sınırlamalar, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere birleşme veya devralma işlemlerinin ikinci derece noktalarını oluşturmaktadırlar. Bununla beraber esaslı noktaların, yani birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması önem taşımaktadır. Aksi halde ikinci derecedeki yan sınırlamaların hukuka uygun olmasının anlamı kalmayacaktır. TBK m. 2’de bunların sözleşmenin esaslı noktaları olarak nitelendirildiği görülmektedir. İşte sözleşmenin asli edim yükümlülüklerini düzenleyen esaslı noktaların varlığı yan sınırlamaların da ön şartı olarak öngörülebilir.

Ayrıca belirtilen ciro eşiklerinin altında olmasından dolayı izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde de yan sınırlamalardan bahsedilebilmektedir. Ancak burada birleşme ve devralma işlemi, bir denetime tabi olmaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir.

Birleşme ve devralmaların; yatay, dikey veya karma şekilde olabileceğini belirtmiştik. Yan sınırlamalar açısından, birleşme ve devralmanın ne şekilde olduğu bir farklılık göstermeyecektir. Yani gerek yatay birleşme ve devralma, gerek dikey birleşme ve devralma gerek de karma birleşme ve devralma işleminin bulunması yan sınırlamalara etki etmeyecektir.

5. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ TARAFLARI

Yan sınırlama anlaşmasının, yan edim yükümlülüğü olmasından dolayı, taraflar da asli edim yükümlülüğünün tarafları olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde yan sınırlamaların taraflarının anlaşılması için asli edim yükümlülüğünün taraflarının belirlenmesi gerekecektir. Yan sınırlama anlaşması bir devralma işleminden veya birleşme anlaşmasından da ortaya çıkabilmektedir. Şayet bir devralma işleminden bahsedilecek olursa, bu durumda devreden ve devralan teşebbüsler asli edim yükümlülüğünün ve dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasının da taraflarıdır.

Edim, borçlunun yapma, yapmama veya verme şeklinde ortaya çıkan davranış biçimleri olarak tanımlanabilir. Yan sınırlama anlaşmalarında edim yükümlülükleri de tarafların arasındaki anlaşmanın niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasından doğan edim yükümünde de bir alacaklı ve borçlu taraf bulunmaktadır. Yan sınırlamanın borçlusu olan taraf rekabet etmeme, tedarik gibi edim yükümlülüklerine muhatap olmaktadır. Alacaklı taraf ise yan sınırlama anlaşmasına uygun

olarak borcun yerine getirilmesini isteme hakkının sahibidir. Örneğin, taraflar arasındaki yan yükümlülük anlaşmasını rekabet yasağı oluşturması halinde borçlu taraf rekabet etmeme yani yapmama borcu altındadır.

Şayet yan sınırlama anlaşması, bir ortak girişim için kurulmuş ise, bu halde taraflar da değişmektedir. Ortak girişim ile ana teşebbüsler yan sınırlamaların tarafları haline gelmektedir ki alacaklı ve borçlu sıfatı da değişkenlik göstermektedir. Ortak girişimlerde, birleşme ve devralma işleminin tarafları, ana teşebbüs ve yavru teşebbüslerdir. Yan sınırlamalar da, bu iki taraf arasında yapılan anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yan sınırlamalarda, alacaklı ve borçlu taraf birleşme ve devralma işlemine muhatap taraflardan başkası değildir. Bu durum, ileride değineceğimiz üzere yan sınırlamaların makul olma özelliklerinden taraflar açısından makul olma niteliğinin de bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

6. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI

1.1. Genel Olarak

Birleşme ve devralma işleminde, tarafların anlaştığı yan edim yükümlülüklerinin yan sınırlama olarak, hukuka uygun kabul edilebilmeleri için belirli unsurları taşıması gerekir. Aksi halde rekabeti önemli ölçüde azaltması meşru ve hukuka uygun kabul edilemeyeceği gibi buna bağlı olarak yan sınırlama olarak izin verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak bu şartların bir arada bulunması halinde yan sınırlamalardan bahsedilebilecektir.

AB rekabet hukukunda yan sınırlamalara ilişkin Komisyon tarafından çıkarılan en son 2005/C 56/03 sayılı Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu yayımlanmış bulunmaktadır. Bu Duyuru'nun Türkiye'de yer alan Tebliğ ve Kılavuz'un hazırlanmasında etkili olduğunu görmekteyiz. Zira Duyuru'da da yan sınırlamanın doğrudan ilgili olma ve gereklilik unsurlarına yer verilmektedir. Ancak makul olma unsuru yan sınırlama çeşitlerinde ayrıca ele alınmaktadır⁶³.

Rekabet Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, yan sınırlamaların unsurları, (i) doğrudan ilgili olma, (ii) gerekli olma ve (iii) makul olma şeklinde üç sınıf halinde belirtilebilir⁶⁴. Yan sınırlamadan bahsedebilmek için bu unsurların bir arada bulunması zorunludur. Makul olma unsurunu, Komisyon Duyurusu ve 2010/4 sayılı Tebliğ açısından gereklilik unsuru içinde kabul

⁶³ Notice par. 17 vd.

⁶⁴ GÜVEN, (2009), s. 438.

etmek de mümkündür. Ancak Kurul'un verdiği kararlarda makul unsuruna ilişkin ayrıca değerlendirme bulunması gerekmektedir. Zira makul olma unsuruna aykırı sınırlamalar taraflarca giderilebilecek niteliktedir. Bundan dolayı ilgili çalışmada, makul olma da ayrı bir unsur olarak ele alınacaktır.

Ülkemiz hukukunda bu unsurlar önceleri Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda belirtilmekteydi, zira herhangi bir düzenleme ile yan sınırlamalara değinilmemişti⁶⁵. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ'de yan sınırlamalara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu Tebliğ'in 13'üncü maddesine göre, birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurulu'nun verdiği izinler, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları, yani yan sınırlamaları da kapsayacaktır. Rekabet Kurumu'nun bu Tebliğ'in uygulanmasını açıklamak üzere çıkardığı Kılavuz'da da makul olma unsuruna ayrıca yer verildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu bir kararında; “Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma ve gerekli olma kriterinin yanı sıra sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ve orantılılık kriterlerini de sağlaması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde yukarıda değinilen... ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁶” ifadesine de aynı şekilde yer vermiştir. Dolayısıyla Kurul'un bu dört unsurun bulunmasını yan sınırlamalar açısından aradığı görülmektedir. Ancak biz bu çalışmada sadece taraflar açısından sınırlayıcı olma⁶⁷ unsurunu makul olma unsuru içerisinde ele alacağız. Zira taraflar açısından sınırlayıcı olmayan bir sınırlama makul değildir. Yani bu durumda, yan sınırlamanın makul olma unsurunu ihlal ettiğinden söz edilebilir. Kurul'un sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma şeklinde belirttiği unsurun teorik olarak bir faydası olmadığı kanısındayız.

Yan sınırlamalara ilişkin eski kararlarda ise yan sınırlamaların üç unsur üzerinden değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Zira Rekabet Kurulu'nun kararlarında, “...rekabet yasağının, zorunlu, objektif ve makul bir yan

⁶⁵ ERDEM, (2004), s, 123.

⁶⁶ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

⁶⁷ Rekabet Kurulu taraflar açısından kısıtlayıcı olmayı, bir kararında; “yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yoğunlaşmanın tarafları olan kişi ve teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, ancak; yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir” şeklinde ifade etmiştir. 2012-2-142 Tarih 13-25/333-151 Sayılı Kurul kararı. Son Erişim Tarihi: 28.09.2015.

sınırlama olduğu ” şeklinde değerlendirme yapıldığı görülmektedir⁶⁸. Ancak bu kararlarda doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmemesini bir eksiklik olarak belirtmek gerekir. Biz çalışmada, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma unsurlarından bahsedeceğiz.

1.2. Doğrudan İlgili Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 21. maddesinde ve 2005 C 56/24 sayılı Komisyon Duyurusu’nda “directly related” yani doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ’in 13. maddesinde ve Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz’da da “işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili olma” şeklinde bu unsura değinilmektedir. Rekabet Kurulu da karşısına gelen davalarda yan sınırlamaların varlığı için doğrudan ilgili olma unsurunu araştırmaktadır⁶⁹.

Doğrudan ilgili olma unsuru, yan sınırlamaları diğer anlaşmalardan ayırıcı niteliktedir⁷⁰. Zira bir sınırlamanın doğrudan ilgili olması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemi⁷¹ ile bağlantısını göstermektedir. Dolayısıyla doğrudan ilgili olma unsuru birleşme ve devralmalardaki yan sınırlamalar için oldukça önemlidir. Zira yan sınırlamalar da aslında rekabet hukuku anlamında birer anlaşmadırlar. Ancak, anlaşmalar; RKHK m. 4 ile hukuka aykırı kabul edilirken, birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili olan anlaşmalar, 2010/4 sayılı Tebliğ’e göre bildirilecektir.

Komisyon Duyurusu’na göre, sınırlamanın birleşme ve devralma işlemiyle aynı şartlar altında yapılması ve aynı zamanda başlaması doğrudan ilgili olma unsuru için yeterli değildir. Doğrudan ilgili olma unsuru, ilgili birleşme ve devralma işlemi ile sınırlamanın doğrudan bağlantısının bulunması şartına bağlıdır⁷². Burada yan sınırlamanın, yan edim yükümü niteliğinin de etkisinin olduğunu söylemek mümkündür⁷³. Duyuru’nun 12. paragrafında

⁶⁸ 28.04.1999 tarihli 99-21/170-89 sayılı, 08.03.2000 tarihli 00-10/98-48 sayılı, 12.12.2000 tarih 00-49/517-282 sayılı, 20.02.2001 tarih 01-09/84-23 sayılı, 05.09.2002 tarihli 02-52/662-269 sayılı, 25.3.2004 tarihli 04-22/248-53 sayılı Kurul kararları.

⁶⁹ ERDEM, doğrudan ilgili olma unsuru için “zorunluluk” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. ERDEM, (2003), s. 99 vd.

⁷⁰ ŞAHİN, (2010), s. 85.

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARA, Mustafa Sencer, Türk Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

⁷² COOK, C. J.; KERSE C. S., E. C. Merger Control, London, 1996, s. 172.

⁷³ ŞAHİN, (2010), s. 85.

ise doğrudan ilgili olma unsuru, birleşme veya devralma ile sınırlamanın kendisinin yakın bağı bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca birleşme ve devralma işlemiyle sınırlamanın ekonomik olarak ilgisinin bulunması gerektiğine, sınırlamanın pürüzsüz bir geçişin sağlanması için tasarlanmış bulunması da doğrudan bağlantının söz konusu olması için önemlidir. Bununla beraber doğrudan ilgili olma unsurunun da tek başına yan sınırlamadan bahsedebilmek için yeterli olmayacağını belirtmek gerekir. Burada doğrudan ilgili olma ile bütünleyici olmanın ayrımını yapmakta fayda vardır. Doğrudan ilgili olma, birleşme ve devralmanın ana amacı için ikincil nitelikte öneme sahip olmayı gerektirirken, bütünleyici olan şartlar, birleşme ve devralma işlemine ilişkindir⁷⁴.

Rekabet Kurulu'nun bir kararına göre; "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlama ile işlem arasında yakın bir ilişki olmasını gerektirir. Bu ilişki iktisadi bir nitelik taşımalı ve sınırlamanın amacı işlem sonrası oluşacak yeni yapıya daha yumuşak bir geçişin sağlanması olmalıdır⁷⁵." Komisyon Duyurusu ile getirilen düzenlemelerin Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiği bu kararda açıkça görülmektedir.

Bu durumda Kurul karşısına gelen yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerinde doğrudan bağlantının varlığını şu kıstasları göz önünde bulundurarak tespit etmelidir:

- i) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı,
- ii) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması,
- iii) Sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması.

Bu üç kıstasın birarada bulunması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili olduğunu gösterecektir. Nitekim bu kıstasların mehz AB rekabet hukuku ile paralel nitelik taşıdığını da belirtmiştik.

Ayrıca Kılavuz'un 49. paragrafında belirtildiği üzere doğrudan ilgili olma unsuru olayın özelliğine göre objektif olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten doğrudan ilgili olma kıstasları arasında özellikle sınırlama ile

⁷⁴ FINE, Frank L., *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*, Second Edition, 1994, s. 235.

⁷⁵ 5.8.2010 tarihli 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

birleşme ve devralma işlemi arasında yakın bağlantı bulunması kıstası somut olaya göre değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır. Zira bu kıstasın her olay için kabul edilebilecek belli bir ölçüsünün ortaya konulabilmesi söz konusu değildir. Aynı yönde yeni yapıya geçişin düzgün olmasını sağlama kıstası da somut olaya göre değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Birleşme ve devralmalarla doğrudan ilgili olmayan sınırlamalar ise yan sınırlama olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Bu tür sınırlamalar zaten RKHK m. 4 veya m. 6 hükmünce incelenmeli ve karara bağlanmalıdırlar, zira bunlar başlı başına rekabet hukuku anlamında birer anlaşma⁷⁶ niteliğindedir. Bu anlaşmaların gereken şartları taşıması halinde ise m. 5'e göre muafiyete konu olmaları da mümkündür. Bunların haricinde sınırlamaların kısmi olarak doğrudan ilgili olma unsurunu taşımaları da söz konusu olabilir. Bu durumda ise Tebliğ'in 13. maddesine göre Kurul'un şartlı izin verebilmesi kabul edilebilecektir. Doğrudan ilgili olma şartını taşıyan kısımların ise diğer unsurları da taşıyıp taşımadığı incelemesine geçilebilecektir.

1.3. Gerekli Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesinde “restrictions...necessary for the implementation of the concentration” ifadesine yer verilmektedir. Bunu yoğunlaşmanın uygulanması için gerekli sınırlamalar olarak ifade etmek mümkündür. Komisyon Duyurusu'nda ise aynı manada “necesary to concentration” yani yoğunlaşma için gerekli olma ifadesine yer verilmektedir.

Yine gerekli olma unsuru⁷⁷, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/5'de düzenlenmektedir. Bu maddede gerekli olma unsuru, “birleşme ve devralmaya ilişkin izin, ... gerekli sınırlamaları da kapsar” denilerek ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, Tebliğ'de yer alan bu ifade çok genel bir anlam taşımaktadır. Burada Konsey Tüzüğü'ndeki, birleşme ve devralmanın uygulanması için gerekli veya Avrupa Komisyonu tarafından benimsenen ifadenin benzeri olarak, birleşme ve devralma için gerekli sınırlamalar daha doğru bir ifade olacaktır. Zira zaten gereklilik unsurunun hiç açıklanmadığı Tebliğ'de, en azından daha somut bir ifadenin kullanılması yerinde olacaktır.

⁷⁶ RKHK m. 4'de yer alan anlaşma terimi, yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşmayı ifade etmektedir. Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, Bursa, 2007, s. 142.

⁷⁷ ERDEM bu terimin yerine, “objektif olma” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. ERDEM, (2004), s. 127.

Bu düzenlemelerde yer alan sıralamalarda gerekli olma unsuru, doğrudan ilgili olma unsuruna göre ikinci sırada belirtilmektedir. Gerçekten de yukarıda ele aldığımız doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlamalar açısından gerekli olma unsurundan önce ve ilk sırada değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira bir sınırlama, Rekabet Kurumu tarafından doğrudan ilgili olma şartını taşımadığı durumda artık gerekli olma yönünden de incelemeye ihtiyaç göstermez.

Duyuru'nun 13. paragrafında, gerekli olma unsuru ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bu düzenlemede gereklilik unsurunun ne anlama geldiğine, neyi kastettiğine yer verilmektedir. Buna göre, sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Dolayısıyla bu durumda birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi tehlikeye düşmektedir. Ayrıca Duyuru'da başkaca sınırlamaya ilişkin alternatifler bulunması halinde daha az rekabeti önleyici olan sınırlamanın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Rekabet Kurulu da önüne gelen olaylarda bu yönde bir inceleme yaparak gereklilik unsurunun bulunup bulunmadığına karar vermektedir⁷⁸.

Rekabet Kurulu'nun verdiği bir karara göre; gereklilik unsuru, bu kısıtlamanın 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 etmektedir⁷⁹. Kurul'un gereklilik unsuruna ilişkin bu değerlendirmesi mehzaz düzenlemeyle de paralellik göstermektedir.

Bunun haricinde yine gereklilik unsuru, somut olaydaki birleşme veya devralma işlemine göre belirlenmelidir⁸⁰. Yani her somut olayda sınırlamanın gerçekten gerekli bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Burada devreden yerine başka bir teşebbüs bulunsaydı yine böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duyacağı söylenebiliyorsa sınırlamanın gerekli olduğu kabul edilecektir⁸¹. Kısacası esas olan tarafların değil birleşme veya devralma işleminin böyle bir sınırlamayı gerekli kılıp kılmadığıdır.

Rekabet Kurulu'nun verdiği bir karara göre; “gereklilik ise sınırlamalar olmadan yoğunlaşmanın gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmamasını ya

⁷⁸ ERDEM, (2004), s. 126.

⁷⁹ 30.12.2003 tarihli 03-84/1021-409 sayılı Kurulu kararı.

⁸⁰ ERDEM, (2004), s. 127.

⁸¹ ERDEM, (2004), s. 127.

da ancak daha yüksek maliyetlerle, daha uzun bir zamanda, daha belirsiz bir ortamda gerçekleştirebilmesinin olanaklı olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda gereklilik, getirilen sınırlamanın, doğası, kapsamı ve süresi ele alındığında orantılı olup olmadığı ve üçüncü kişilere dönük bir yükümlülük içerip içermediği gibi hususların değerlendirmesini de içerecektir⁸²”. Bu kararda açıkça görüleceği üzere, makul olma unsuru gereklilik unsuru içerisinde değerlendirilmektedir. Gerçekten de bu yaklaşım ileride de değineceğimiz üzere bize göre de doğru bir öngörüdür.

Rekabet Kurulu bir kararında; “rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının, satıcının devralma işlemi öncesi ilgili ürün ve hizmetlerini sunduğu coğrafya ve devralma konusu teşebbüsün ekonomik faaliyetlerini oluşturan ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmekte olup, devre konu teşebbüsün devralma öncesinde faal olmadığı ürün ve hizmetlere ilişkin ilgili ürün pazarlarında alıcıya koruma getiren düzenlemeler ise ‘gereklilik’ ölçütünü aşmaktadır⁸³” ifadelerine yer vermektedir. Bu karardan da anlaşılabacağı üzere, Kurul gereklilik ölçütünü makul olmayı da kapsayıcı şekilde ele almaktadır. Dolayısıyla aslında bu kararda aykırılığın konu yönünden makul olma unsurunu ihlal edici olduğunu belirtmek gerekir.

1.4. Makul Olma⁸⁴

Bir birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için son olarak bir de makul olma yönünden incelenmesi gerekecektir. Makul olma unsuru, niteliği gereği doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarına göre ikincil nitelikte önem taşımaktadır. Zira makul olmayan bir sınırlama aslında yan sınırlama niteliğine sahiptir ancak süre, coğrafi alan, konu yönünden gerekli olan sınırlamayı aşmaktadır. Bundan dolayı “reasonable” yani makul olma unsuruna Komisyon Duyurusu’nda, yan sınırlamaların görünüm şekilleri içerisinde rekabet yasağı, lisans anlaşması şeklindeki türleri içerisinde yer verilmektedir. Bu düzenleme şeklinden anlaşılmaktadır ki, Komisyon da makul olma unsurunu yan sınırlamanın esaslı bir unsuru olarak görmemektedir. Rekabet Kurulu da aynı şekilde Kılavuz’da bu unsuru yan sınırlama çeşitleri içerisinde belirterek Komisyon Duyurusu ile paralellik göstermektedir.

⁸² 5.8.2010 tarihli, 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

⁸³ 04.07.2007 tarihli, 07-56/657-227 sayılı Kurul kararı.

⁸⁴ ŞAHİN, bu terimin yerine “amaçla orantılılık” ifadesini kullanmaktadır. ŞAHİN, (2010), s. 92.

Makul olma unsuru, sınırlamanın gerektiği kadar olmasını ifade etmektedir. Bu durumda gereklilik unsurunun makul olma unsuru ile bir bağlantısı söz konusudur. Zira yan sınırlamalar birleşme ve devralma işleminin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan sınırlamalardır. Gerekli olma unsuru aslında makul olmayı da kapsamaktadır.

Amerikan Hukuku'nda mahkemeler yan sınırlamaları makul olma yönünden rule of reason analizi ile belirlemekteydi. Sadece makul olma unsurunda eksiklik bulunan bir yan sınırlama, esasen kısmi olarak izin verilmesi gereken bir yan sınırlamayı içerisinde barındırmaktadır. Bunun yanı sıra makul olmayan sınırlamaları da aynı şekilde kapsamaktadır. Makul olan sınırlama, en başta doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarını içerdiği takdirde yan sınırlama niteliğini taşımakta ve buna bağlı olarak da Kurul tarafından hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Makul olmayan yani aşkın sınırlamalar ise rekabeti engelleyici ve hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyi gerektirir. Aslında bu anlamda makul olmayan bir sınırlama, aynı zamanda gerekli olma unsurunu da ihlal etmektedir. Sınırlamanın makul olmayan kısmı yan sınırlama olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla aşan kısmın kaldırılması için Kurul'un şartlı izin öngörmesi söz konusu olacaktır.

Makul olma unsuruna göre, yan sınırlama devrin gerçekleştirilmesine ilişkin olmalı ve bunun gerektirdiği sınırları aşmamalıdır⁸⁵. Nitekim uygulamada da esas alındığı üzere, makul olma kapsamında, yan sınırlamaların ilgilendirdiği kişiler⁸⁶, faaliyet konuları, uygulanılacak coğrafi alan hususlarına dikkat etmek gerekmektedir⁸⁷. Yine makul olma unsuru, yan sınırlamanın makul bir süre ile sınırlandırılmasını da barındırmaktadır. Nitekim bu süre her somut olayda değişiklik gösterebilecektir⁸⁸.

Makul olma unsurunun dışına çıkan yan sınırlamalara karşı Rekabet Kurulu, şartlı olarak izin vermektedir. Somut olayda, şayet makul olmayan kısımlar düzeltilebilir nitelikte ise Kurul, taraflardan bunun makul hale getirilmesi şartını ileri sürmektedir. Aksi takdirde, bu sınırlamalar RKHK m. 4 ve m. 6 kapsamında hukuka aykırı anlaşma kabul edilebilecektir.

⁸⁵ ERDEM, (2004), s. 127.

⁸⁶ Nitekim yan sınırlamanın makul olması için sadece devir işleminin tarafları ile sınırlı bulunması gerekmektedir. Bkz. ŞAHİN, (2010), s. 100 v. d.

⁸⁷ ŞAHİN, (2010), s. 92. ERDEM, (2004), s. 129.

⁸⁸ ERDEM, makul süreyi ayrı bir başlık altında incelemektedir. bkz. ERDEM, (2004), s. 131.

SONUÇ

Amerika ve İngiltere içtihat hukuku ile beraber ortaya çıkan yan sınırlamalar sınırlayıcı bir anlaşma olmasına rağmen tarihi süreçle beraber hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Per se olarak değerlendirilmeyerek rule of reason analizi ile uygulamada tespiti yoluna gidilmiştir. Türk doktrini ise bunu yan edim niteliğinde kabul ederek yan sınırlama terimi ile ifade etmektedir. Uygulamada yan sınırlamaların unsurlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira Rekabet Kurulu karşısına gelen olaylarda yan sınırlamanın bulunup bulunmadığını bu unsurlara bakarak anlayabilecektir.

Yan sınırlamaların unsurlarını ise doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma şeklinde üç başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre Rekabet Kurulu sıralamayı da takip ederek bir karara varmalıdır. Öncelikle sınırlamanın bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan bağlantısının olduğuna, sonra bunun gerekli yani başka bir yolla veya daha az maliyetle elde edilip edilemeyeceğine, en nihayetinde ise makul düzeyde sınırlayıcı olup olmadığına bakılması gerekir. Doğrudan ilgili olma unsurunun doğru tespiti içinse şu üç kıstas gözönünde bulundurulmalıdır: Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı, birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması, sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması. Gerekli olma unsuruna göre ise sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak olmalı, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Bu iki unsurun belirlenmesi uygulama açısından pek sorun teşkil etmeye elverişli değilse de daha çok makul olma unsurunun önem taşıdığını söyleyebiliriz. Zira makul olma konu, kapsam, kişi ve süreyi de kapsamaktadır ve ihlale de elverişlidir. Yan sınırlamaların makul olmaması halinde Kurul aşkın kısımları belirterek karar vermek durumundadır. Zira aşkın kısımlar için yan sınırlama niteliğinden de bahsedilemeyecektir. Diğer kısımlar için ise hukuka uygunluk söz konusu olacaktır.

Yan sınırlamaların bu unsurlara göre belirlenmesi sonrasında hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir. Bu unsurlara ilişkin aykırılık bulunması hallerinde ise RKHK m. 4 ve 5 hükümlerine göre değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul, 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, Bursa, 2007.
- ATA, Çağlar Deniz, Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Ankara, 2009.
- ATEŞ, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013.
- AYDOĞAN, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul, 2005.
- BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar, Ankara, 2001.
- CALVANI, Terry, Some Thoughts On The Rule Of Reason, E.C.L.R., 2001, s. 201-207.
- CLAIRE, Trunzo, “Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act”, Duquesne Law Review, Vol: 29, s. 291-311.
- COOK, C. J.; KERSE C. S., E. C. Merger Control, London, 1996.
- DIAZ, F. Enrique Gonzalez, “Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal, Vol: 19, Issue: 3, 1995, Article 8, s. 951-998.
- ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- ERDEM, Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda(Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar”, Perşembe Konferansları, Ankara, 2004, s. 115-156.
- ERDEM, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara, 2015.
- FİNE, Frank L., Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and

Policy of the EEC, Second Edition, 1994.

GOYDER, D. G., EC Competition Law, Fourth Edition, 2003.

GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara, 2003.

GÜVEN, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2002.

GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2009.

HARRISON, Jeffrey L., Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping With Maricopa County, 1982 U. Ill. L. Rev. 925, 1982, s. 925-949.

JEBELLI, Kayvan Hazemi, “EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1)”, June, 2010, URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318, Son Erişim Tarihi: 14.06.2016.

KARA, Mustafa Sencer, Türk Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. BASKI, Ankara, 2007.

LOUIS, Martin, B., “Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?”, Virginia Law Review, Vol. 66, No: 5, 1980.

ÖZ, Kemal; OĞUZMAN, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 8, İstanbul, 2010.

ROBERTS, R. Gary, “Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints”, Southern California Law Review, Vol: 61, Number: 4, 1988, s. 988-1016.

RODGER, Barry J, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom, Second Edition, 2001.

SCOTT, Paul, “Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints”, URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>, Son Erişim Tarihi: 15.08.2016.

ŞAHİN, Ali Hamza, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve

Devralmalarda(Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

YAVUZ, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” Veya “Rule Of Reason”, Ankara, 2003.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliği’nin Kuruluşuna Dair Antlaşma
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
Duyuru	: Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu
EC	: European Commission
EU	: European United
http	: Hyper Text Transfer Protocol
Kılavuz	: Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz
Kurul	: Rekabet Kurulu
m.	: madde
n.	: Numara
No.	: Number
Rev.	: Review
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa

S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tebliğ	: Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
U. S.	: United States
URL	: Uniform Resource Locator
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)

