

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ORTAK GİRİŞİM (JOINT VENTURE)
SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK REKABET HUKUKU
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

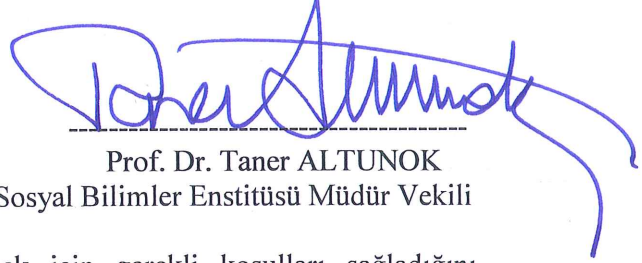
NERMİN DEMİRTAŞ

MAYIS 2013

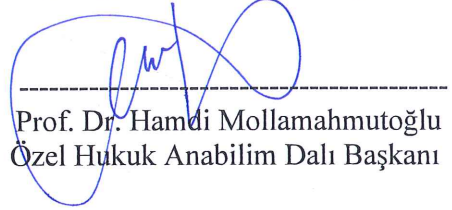
Tez Başlığı : Ortak Girişim (Joint Venture) Sözleşmelerinin
Türk Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Tezi Hazırlayan : Nermin Demirtaş

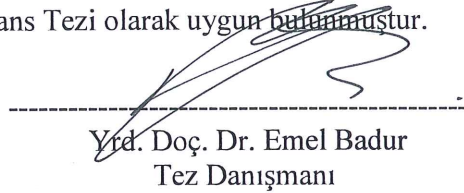
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:


Prof. Dr. Taner ALTUNOK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.


Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.


Yrd. Doç. Dr. Emel Badur
Tez Danışmanı

Tez sınav Tarihi:

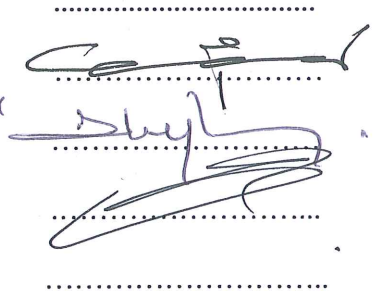
06.05.2013

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Cemal Özü

Prof. Dr. Ergun Ergunçelik

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

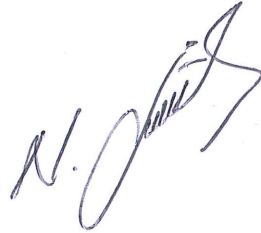


İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “ Ortak Girişim (Joint Venture) Sözleşmelerinin Türk Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” adli çalışmanın tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

06/05/2013

Nermin Demirtaş



ÖZET

ORTAK GİRİŞİM (JOINT VENTURE) SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK REKABET HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DEMİRTAŞ, Nermin

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Mayıs 2013, 155 sayfa

Ortak girişimler Türk Hukuku'nda doğrudan düzenlenmeyip dolaylı olarak çeşitli kanun hükümlerinde yer almaktadır. Ortak girişim kavramı, Kurumlar Vergisi Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve 4054 sayılı RKHK'ya dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de yer almaktadır.

Ortak girişimler, rekabeti sınırlayıcı anlaşma kabul edilerek RKHK. 4. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. 7. maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesi de göz önünde bulundurulacaktır. RKHK.'un 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Rekabet Kurulu hangi tür birleşme veya devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bunların Kurul'a bildirilmesi usul ve esaslarını düzenleyen Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği'ni kabul ederek yayımlamış ve 1997/1 sayılı

Tebliğ, 04.Kasım 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ yürürlük tarihi 01.Ocak 2011 olan 2010/4 sayılı Tebliğ ile yeniden düzenlenmiştir. 30 Eylül 2011 tarihinde ise 2010/4 sayılı Tebliğde değişiklik yapılmasına dair Tebliğ olan 2012/3 Tebliğ'i yayımlanmış ve 01.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2012/3 Tebliğ'i ile 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. Maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre de RKHK. 7. maddeye tabi tutulacaktır.

Ortak girişim sözleşmelerinin rekabeti sınırlayanları her zaman olumsuz etkiler doğurmamaktadır. Bu durum RKHK. 5. maddesine yansımış ve 4. madde kapsamından muaf tutulma halleri ele alınmıştır.

Ortak girişim, yoğunlaşma doğurucu olarak kabul edildiğinde, RKHK. 7, 10, 11. maddeleri çerçevesinde değerlendirilir. Bunun için ise en az iki işletme tarafından kontrol edilmesi, yeterli kaynağa sahip olması, bağımsız olarak devam etmesi ve aralarında rekabeti kısıtlayıcı etkilerin olmaması gerekmektedir. Eğer aralarında rekabeti sınırlayıcı bir sonuç doğuyorsa bu durumda 4. ve 5. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Rekabeti sınırlayıcı ortak girişimlere bazı hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanacaktır. Hukuki yaptırımlar RKHK'nın Beşinci Kısımında düzenlenmiştir. Beşinci Kısım "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlığını taşımaktadır. Dört maddeden oluşan bu Kısımda düzenlenen hukuki yaptırımlar, geçersizlik ve tazminat olarak ikiye ayrılabilir. 56. maddede geçersizlik, 57. maddede tazminat yaptırımları düzenlenmiştir. Cezai yaptırımlara ise RKHK'nın Üçüncü Bölümünde 16. ve 17. maddelerde para cezası olarak yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ortak Girişim Sözleşmesi, Rekabet Hukuku

ABSTRACT

JOINT VENTURE (ORTAK GİRİŞİM) EVALUATION OF THE TURKISH COMPETITION LAW OF CONTRACTS

DEMİRTAŞ, Nermin

The Institute Of Social Sciences, Department Of Private Law

Thesis Advisor: Yrd. Doç. Dr Emel BADUR

May 2013, 155 page

Joint Ventures have been included in various provisions of the Law indirectly, which have not been arranged directly within the Turkish Legislation. The concept of joint venture has been included in the Corporate Income Law, the Encouragement of Foreign Capital Law and the Communiqué No.2010/4 on the Mergers and Acquisitions Calling for the Authorization of the Competition Board issued on the strength of RKHK Law No. 4054.

Joint Ventures, considering that they are agreements which restrict competition, will be assessed within the scope of Article-4 of RKHK. 7. issued under Article 2010/4 will be considered in the framework of the Communiqué. RKHK. 'S 7 in accordance with the second paragraph, the Competition Board which such merger or acquisitions should be allowed to be reported to the Board in order to acquire legal validity, and their notification of the Board to regulate the procedures and principles on the Mergers and

Acquisitions Calling for the Authorization of the Competition Board Communiqué issued by accepting and 1997/1 dated Decree entered into force on 04.Kasım 1997. The effective date of this Communiqué is 01.Ocak 2011 2010/4 with the Communiqué No re-arranged. On September 30, 2011 in the 2010/4 Amending the Communiqué No. 2012/3 Communiqué published and entered into force on 02.01.2013. 2012/3 with the Communiqué 2010/4 of the Communiqué No. 7 Amendments were made. RKHK accordingly. 7. substance shall be subjected to.

Restrictions of Competition of Joint Venture Contracts have not always inure negative impacts. This situation has been reflected to Article 5 of RKHK and the circumstances that entail to be exempted from the scope of Article-4 have been discussed and dealt with.

When the joint venture is accepted as the factor which inures and generates concentration, it is assessed within the framework of Articles 7, 10, 11 of RKHK. Therefore, it is hereby required however that it should be controlled at least by two Enterprises, should have adequate resources, should continue independently and competition restrictive events are to be absent between them. Should there exists any consequences that restrict competition between them, in this case the situation will be assessed within the scope of Articles 4 and 5.

Restricting competition in some civil and criminal sanctions apply to joint ventures. The fifth Section of the organized legal sanctions RKHK'nın. The fifth section "Limiting Competition Consequences of Private Law" is the title of. The four items in this Chapter of the legal sanctions and compensation can be divided into invalidity. 56. Article invalidity, 57 Powered compensation referred to sanctions. 16 In the third chapter of penal sanctions RKHK'nın and 17 In fine materials are included.

Key Words: Joint Venture Agreement, Competition Law

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VIII
KISALTMALAR.....	XV

BÖLÜMLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

BÖLÜM I

ORTAK GİRİŞİM (JOINT VENTURE) HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1.ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI.....	3
1.2.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİ.....	7
1.2.1.Tanımı.....	11
1.2.2.Türk Hukukunda Yeri.....	13
1.3.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ YAPISI	14
1.3.1.Ön Kuruluş Sözleşmesi.....	15
1.3.2.Temel Sözleşme	15
1.3.2.1.Sözleşmenin Başlangıç Maddesi ve Amacı.....	16
1.3.2.2.Sözleşmenin Değişen Koşullara Uydurulması ve Süresi.....	17
1.3.2.3.Yönetim ve Kontrol.....	22
1.3.2.4.Uyuşmazlıkların Çözümü.....	22

1.3.2.4.1.Uyuşmazlığın Ortaklar Arasında Sulh Yoluyla Çözümü.....	23
1.3.2.4.2.Uyuşmazlığın Ortaklardan Başka Bir Şahsın Müdahalesi veya Yardımı ile Çözümü.....	24
1.3.2.5.Temel Sözleşmedeki Şirketler ve Borçlar Hukukuna İlişkin Unsurlar..	25
1.3.2.5.1.Temel Sözleşmedeki Şirketler Hukukuna İlişkin Unsurlar....	25
1.3.2.5.2.Temel Sözleşmedeki İki Tarafa Borç Yükleyen Borçlar Hukuku Sözleşmelerine İlişkin Unsurlar.....	26
1.3.2.6.Temel Sözleşmenin "Adi Ortaklık" Niteliği.....	27
1.3.2.7.Temel Sözleşmeyi " Adi Ortaklık " Olarak Nitelendirmenin Hukuki Sonuçları.....	29
1.3.3.Uydu Sözleşme (Tabi Sözleşme)	30
1.3.3.1.Temel Sözleşmeler İle Uydu (Tabi) Sözleşmeler Arasındaki Hukuki İlişki.....	30
1.3.3.2.Ortak Girişime Tahsis Edilen Vasıtalarla İlgili Uydu Sözleşmeler.....	32
1.3.3.3.Piyasa Yapısı.....	32
1.3.3.3.1.Pay Sahipliği Bakımından Piyasa Yapısı.....	32
1.3.3.3.2.Kontrol ve Yönetim Bakımından Piyasa Yapısı.....	36
1.4.TÜRLERİ	37
1.4.1.Ortaklarının Tabiiyetine Göre	37
1.4.1.1.Ulusal Ortak Girişimler.....	37
1.4.1.2.Uluslararası (Karma) Ortak Girişimler.....	37
1.4.1.2.1.Devletler Arasında Yapılan.....	38
1.4.1.2.2.Devletlerle Özel Kişiler Arasında Yapılan.....	39
1.4.2.Kuruluş Şekli Bakımından Ortak Girişim.....	40
1.4.2.1.Geleneksel(Salt Sözleşmeye Dayalı)Ortak Girişim.....	40
1.4.2.2.Sermayeye Dayalı Ortak Girişim.....	40
1.4.3.Tedarik Ortak Girişim - Yönlendirici Ortak Girişim.....	41
1.4.4.Yatay - Dikey Ortak Girişim.....	42
1.5.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	42
1.5.1.Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişimin Hukuki Niteliği.....	42

1.5.2.Sermayeye Dayalı Ortak Girişimin Hukuki Niteliği.....	43
1.6.İÇ (ORTAKLARIN BORÇLARI)VE DIŞ İLİŞKİLER.....	43
1.6.1.İç İlişkiler (Ortakların Borçları).....	43
1.6.1.1.Sermaye Koyma Borcu.....	43
1.6.1.2.İştirak Halinde Mülkiyet	44
1.6.1.3.Kar ve Zarara Katılma.....	44
1.6.1.4.Avans ve Masraflara Katılma.....	45
1.6.1.5.Rekabet Yasağı.....	45
1.6.1.6.Kararların Alınması.....	46
1.6.1.7.Yönetimi.....	46
1.6.1.8.Kar Payını Ödeme.....	48
1.6.1.9.Denetleme Hakkı.....	49
1.6.2.Dış İlişkiler.....	49
1.6.2.1.Ortaklığın Mal Varlığı.....	49
1.6.2.2.Aktif-Pasif Dava Ehliyeti.....	49
1.7.TEMSİL VE ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK	50
1.8.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMELERİNDE KARŞILAŞILAN BAŞLICA SORUNLAR.....	51
1.8.1.Uygulama Sorunları.....	51
1.8.2.Ortak Girişimin Hukuki Sorunları.....	53
1.8.2.1.Tabi Sözleşmeler ve Ortak Girişimin Süresi.....	54
1.8.2.2.Taraf İradelerinin Kamu Düzeni Hükümlerine Aykırılığı Nedeniyle Yetkilerin Dağılımına İlişkin Hükümler.....	54
1.8.2.3.Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka ve Sorunların Çözümüne İlişkin Hükümler.....	54
1.9.ORTAK GİRİŞİMLERİN BENZER ŞİRKET İŞBİRLİKLERİNDEN FARKLARI	56
1.9.1.Ortak Girişim ile Konsorsiyum Arasındaki Farklılıklar.....	57
1.9.2.Ortak Girişim İle Kartel Arasındaki Farklılıklar.....	58
1.9.3.Ortak Girişim İle Holding Arasındaki Farklılıklar.....	58

1.9.4.Ortak Girişim İle Konsern Arasındaki Farklılıklar.....	60
1.9.5.Ortak Girişim İle Birleşme Arasındaki Farklılıklar.....	60
1.10.SONA ERMESİ.....	61
1.10.1.Kuruluş Amacının Gerçekleşmiş Olması.....	61
1.10.2.İmkânsızlık.....	61
1.10.3.Ortaklardan Birinin Ölümü.....	61
1.10.4.Ortaklardan Birinin İflas Etmesi, Borçlarını Ödemede Acze Düşmesi, Hacir Altına Alınması veya Aleyhine Cebri İcra Takibi Yapılmış Olması.....	62
1.10.5.Ortakların Tümünün Rızası İle.....	62
1.10.6.Sürenin Dolması ile.....	62
1.10.7.Ortaklardan Birinin İradesi ile.....	62
1.10.8.Mahkeme Kararı İle.....	63
1.11.TASFİYESİ.....	63
1.12.UYGULANACAK HUKUK.....	65
1.12.1.Temel ve Tabi sözleşmelere Uygulanacak Hukuk.....	65
1.12.2. Ticaret Şirketlerine Uygulanacak Hukuk.....	67
1.12.3.Tahkim Şartı ve Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	67
1.12.3.1.Uygulanacak Hukukun Taraflarca Tespiti.....	67
1.12.3.2.Konusuna İlişkin İhtilafa Uygulanacak Hukuk.....	68
1.12.3.3.Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Tespiti.....	68
1.12.3.3.1.MÖHUK’a Göre Uygulanacak Hukukun Taraflarca Tespiti.....	69
1.12.3.3.2.MÖHUK’a Göre Uygulanacak Hukukun Taraflarca Kararlaştırılmamış Olması.....	69
1.12.3.3.2.1.Bağlama Kuralının Tespiti.....	69
1.12.3.3.2.2.Kararın Tenfizinin Talep Olunacağı Yer Hukukuna Göre Geçerli Olmasını Sağlayacak Hukuk.....	70

BÖLÜM II

TÜRK REKABET HUKUKUNDA ORTAK GİRİŞİMLER

2.1.ORTAK GİRİŞİMLER AÇISINDAN RKHK'UN DÜZENLEME KONUSU.....	71
2.2.RKHK'DA ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLER.....	74
2.2.1.Rekabete Aykırı Anlaşma ve Kararlar.....	74
2.2.2.Uyumlu Eylem.....	78
2.2.3.Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.....	79
2.2.4.Birleşme ve Devralmalar.....	82
2.2.4.1.Ortak Kontrol.....	86
2.2.4.2.Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olma Koşulu.....	94
2.2.4.3.Rekabeti Sınırlayıcı Amaç Ve Etkinin Olmaması.....	95
2.3.ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABETİ KISITLAYICI ETKİLERİ	96
2.3.1.Potansiyel Rekabetin Ortadan Kalkması.....	96
2.3.2.İşbirliği Doğurucu Etkileri.....	98
2.3.3.Şebeke Etkisi.....	100
2.3.4.Pazarların Kapatılması Riski.....	100
2.3.5.Pazar Gücü.....	101
2.4.MUAFİYET	102
2.4.1.Kurul'un Takdir Yetkisi.....	105
2.4.2.Muafiyet Türleri.....	105
2.4.3.Muafiyetin Geri Alınması.....	107
2.4.4.Muafiyetin Sonuçları.....	108
2.4.5.Muafiyet Kararının Hukuki İşlem Niteliği.....	109
2.4.6.Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelere Etkisi.....	110
2.5.ORTAK GİRİŞİMLERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR.....	111
2.5.1.Geçersizlik.....	113
2.5.1.1.Geçersizliğin Türü.....	113
2.5.1.1.1.Kurula Bildirilmemiş Anlaşma veya Kararlar.....	114
2.5.1.1.2.Kurula Bildirilen Anlaşma veya Kararlar.....	114
2.5.1.1.3.Grup Muafiyeti Kapsamındaki Anlaşma ve Kararlar.....	115

2.5.1.2.Kısmi Geçersizlik.....	115
2.5.1.3.Geçersizliğin Sonuçları.....	116
2.5.1.3.1.Genel İlkeler.....	116
2.5.1.3.2.Geçersiz Anlaşma veya Kararlara Dayanan İade Sorunu...	117
2.5.1.3.2.1.İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcu.....	118
2.5.1.3.2.2.Kötüniyetli Zenginleşenin İade Borcu.....	119
2.5.1.3.3.Kısmi Geçersizlik Yaptırımına Maruz Kalan Anlaşmalarda İade Yükümlülüğü.....	119
2.5.2.Tazminat.....	120
2.5.2.1.Sorumluluğun Dayandığı Esas.....	121
2.5.2.2.Gerekli Şartlar.....	121
2.5.2.2.1.Zarar Şartı ve Çeşitleri.....	121
2.5.2.2.1.1.Müspet Zarar.....	122
2.5.2.2.1.2.Menfi Zarar.....	122
2.5.2.2.1.3.Fiili Zarar.....	123
2.5.2.2.1.4.Mahrum Kalınan Kar.....	123
2.5.2.2.1.5.Yansıma Zarar.....	124
2.5.2.2.1.6. Manevi Zarar.....	125
2.5.2.2.2.Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerden Zarar Gören Kimseler..	126
2.5.2.2.2.1.Rakip Teşebbüsler.....	126
2.5.2.2.2.2.Tüketiciler.....	126
2.5.2.2.3..Zarar Miktarı.....	127
2.5.2.2.4. Zarar Miktarının Belirlenmesinde Kusurun Rolü.....	128
2.5.2.2.4.1.Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukukî Niteliği.....	128
2.5.2.2.4.2.Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler.....	130
2.5.2.2.5.İspat Sorunu.....	131
2.5.2.2.6.Kanuna Aykırı Bir Davranışın Bulunması.....	132
2.5.2.2.7.İllyet Bağı.....	132

2.5.2.2.8.Kusurun Rolü.....	133
2.5.2.3.Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	134
2.5.2.4.Tazminat Davasında Taraflar.....	135
2.5.2.4.1.Davacı.....	135
2.5.2.4.2.Davalı.....	135
2.5.2.5.Zamanaşımı Süresi.....	136
2.5.3.Para Cezaları.....	137
SONUÇ	142
KAYNAKÇA.....	146
ÖZGEÇMİŞ.....	155

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
a.e.	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Ar&Ge	: Araştırma Geliştirme
A.Ş.	: Anonim Şirketi
ATA	: Avrupa Topluluğu Anlaşması (Roma Anlaşması)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİAK	: Basın İzleme Araştırma Kurulu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
ÇK	: Çevre Kanunu
D	: Daire/Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DDGK	: Dava Daireleri Genel Kurulu
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi

HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar
Kurul	: Rekabet Kurulu
Kurum	: Rekabet Kurumu
Krs	: Karşılaştırma
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m	: madde
TMK	: Türk Medeni Kanun
MÖH-UK	: Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N	: Numara
P	: Paragraf
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s	: sayfa
S.	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
teb.	: tebliğ
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
T.	: Ticaret
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v	: Amerikan hukuk çevresinde davalı taraf
vd	: ve devamı

GİRİŞ

Günümüz iş dünyasında, her geçen gün gelişen ticari faaliyetlerle karşılaşmakta ve faaliyetlerin daha karışık bir hal aldığı gözlenmektedir. Şirketlerin, gelişen yapı içinde ayakta kalma çabaları ancak stratejilerini, örgütsel yapılarını gözden geçirmekle sağlanabilecektir. İş ortamında başarılı olabilmek, yeni ortama ayak uydurabilmek için yeni ticari sözleşmelerin ortaya çıkması kaçınılmaz olmuştur. Çalışmanın konusunu oluşturan ortak girişim böyle bir sözleşme tipi olup ticari hayatın birçok dalında yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

Dünyada ilerlemiş ülkelerin ürettikleri mal, hizmet ve bilgilerle, kredi imkânlarını, uzmanlaşmış insan gücünü başka ülkelerdeki kişi ve kurumların hizmetine sunmaları, çoğu kez ortak girişim sözleşmeleri aracılığıyla gerçekleşmektedir. Sebebi ise çok açıktır. Ticari hayat; çabukluk, kolaylık, esneklik ister ki bu da ortak girişim sözleşmeleri ile sağlanabilmektedir. Bu yüzden de farklı yapıya sahip olan hukuk düzenlerinin hemen hemen hepsinde ortak girişim sözleşmelerine yer verilmektedir.

Dünya ülkeleri ticaret ve yatırım düzenlerini gözden geçirirken ülkemiz de bunun dışında kalmamış ve ekonomik bakımdan dışa açılan bir ülke olup pek çok ülkenin ilgi odağı haline gelmiştir. Tüm bu gelişmeler sırasında da ortak girişim sözleşmelerine daha sık yer vermeye başlanmıştır. Ancak hukukumuzda ortak girişim sözleşmelerini bütün yönleri ile ele alan yasal bir düzenleme henüz mevcut değildir. Bununla birlikte, Türkiye’de yürürlükte olan mevzuatın izin verdiği çerçevede, belli koşullar altında, belli usullere uyularak birbirinden farklı ortak girişim sözleşmeleri yapılmakta ve uygulama alanı bulmaktadır.

Ortak girişim sözleşmesi esnek bir yapıya sahip olduğu için birçok faydası vardır. Bu yüzden de kendine özgü vasfı, prensip ve özellikleri dikkate alınarak derinlemesine incelenmesinde fayda vardır.

Bu çalışmanın temel amacı, ortak girişim sözleşmelerinin Türk Rekabet Hukuku açısından değerlendirilmesidir. Bu amaç doğrultusunda birinci bölümünde ortak girişim

hakkında genel bilgiler, ikinci bölümde Türk Rekabet Hukuku'nda ortak girişim sözleşmeleri ana başlıkları altında incelenecektir. Birinci bölümde öncelikle ortak girişim kavram olarak ele alınacak olup daha sonra ortak girişim sözleşmesinin tanımı, Türk hukukundaki yeri, hukuki yapısı ve niteliği, türleri, iç (ortakların borçları)ve dış ilişkileri, temsil ve ortaklar arasındaki değişiklik, ortak girişim sözleşmelerinde karşılaşılan başlıca sorunlar, ortak girişimlerin benzer şirket işbirliklerinden farkları, sona ermesi, tasfiyesi ve uygulanacak hukuk bakımından incelenecektir.

İkinci bölümde ise RKHK'da öngörülen yasaklayıcı hükümleri, ortak girişimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri, muafiyet ve ortak girişimlere uygulanan yaptırımlar incelenecektir.

BÖLÜM I

ORTAK GİRİŞİM (JOINT VENTURE) HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1.ORTAK GİRİŞİM KAVRAMI

Dünya ticaretinde son zamanlarda meydana gelen gelişmeler sonucunda, yeni bazı ortaklık tipleri ortaya çıkmış ve yaygın bir biçimde uygulanma alanı bulmuştur. Ortak girişim de bunlardan biridir.

Ortak girişim kavramı iki veya daha fazla kişinin belirli bir iktisadi amaç için oluşturdukları birliği ifade etmek amacıyla kullanılan, çok geniş anlamlar ifade eden iktisadi bir kavramdır. Bir çeşit ortaklık olmasına rağmen hiçbir hukuk sisteminde düzenlenen belli bir ortaklık normuna tam olarak uymamaktadır. Tüm ortak girişimleri içine alacak kapsayıcı bir hukuki kavram bulunmamaktadır. Ortak girişimler her zaman tüzel kişi olarak karşımıza çıkmamaktadır. TBK.'da belirtilen adi ortaklık şeklinde, tüzel kişiliğe sahip olmadan da kurulabilmektedirler.

Günümüzde ticari ve sınaî alanda ilerlemiş ülkelerin ve çok uluslu şirketlerin başka bir ülkedeki faaliyetlerinde tam egemen olma dönemi kapanmıştır. Bunun yerine ortak girişim (joint venture, müşterek girişim) ön plana çıkmaktadır. Çoğu zaman uluslararası ortaklıklar, pazara girmede tek yol olarak görünmektedir¹.

Türk ekonomisinin dışa açılması, dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucunda, yabancı firmalarla yapılan ortak girişimler yaygınlaşarak önem kazanmıştır. Ülkemizde, özellikle birden fazla takvim yılına yaygın iç ve dış kredi gerektiren büyük inşaat, montaj ve onarım işlerinin büyük bir kısmı yabancı kişi ve kurumlarla girilmiş ortak girişimler vasıtasıyla yapılmaktadır. Fiilen Türk hukuk hayatına girmiş olan bu müessese, vergi hukuku ile ilgili birkaç nokta dışında kanun koyucu tarafından düzenlenmiş değildir². Diğer bir deyimle hukukumuzda ortak

¹ Ahmet Hamdi Derekoy, *Çokuluslu İşletmeler, Joint Venture Uygulamaları ve Türkiye örneği*, 1994, HDTM araştırma-incelemesi.

² Kemal Dayınlarlı, *Joint Venture Sözleşmesi*, Ankara 1989, s.3.

girişimleri bütün yönleri ile ele alan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu durum ortak girişim müessesesinin mahiyetinin bir sonucudur. Zira ortak girişim oluşturulmasını gerektiren sebeplerle, ortak girişim uygulamaları her hukuk düzeninde farklılık göstermektedir. İktisadi ve hukuki ihtiyaçlar neticesinde oluşturulmuş olması, ortak girişim ilişkisinin her olayda farklı bir yapıda kurulmasını gerektirir. İhtiyaca göre yapılanma zorunluluğu nedeniyle, bu kavramın tanımlanması ve belli kalıplara sokulması aslında çok doğru bir yaklaşım değildir³.

Ortak girişimin Türkçe karşılığı olarak "ortaklaşa risk yüklenmek"⁴, "müşterek taahhüt", "müşterek teşebbüs ortaklığı", "müşterek girişim", "müşterek iş ortaklığı"⁵ joint venture" kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlardan "ortak girişim" kavramı, hem doktrinde hem de uygulamada genel kabul görmüş olup yaygın olarak kullanılmaktadır.⁶

Ortak girişimler; farklı devletlerle, farklı ulustan şirketlerle, kişi ve kurumlarla kurulup aynı çatı altında toplanmalarına sebep olduğundan birden çok hukuk düzeni ile etkileşim içinde bulunmaktadır.⁷

Aslında; ortak girişimin tanımlanması ve belli bir kalıba sokulması pek doğru bir yaklaşım değildir. Ortak girişim uygulamaları her hukuk düzeninde farklılık göstermekte olup ihtiyaca göre yapılanma zorunluluğu ortak girişimin tanımlanmasını güçleştirmektedir. Bununla beraber aşağıda ortak girişimin tanımı verilmeye çalışılmıştır.

³İlker Taslacioğlu, *Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture'ların Vergilendirilmesi Maliye Dergisi*, Ağustos 1999, s. 131, s.115-140, s.116.

⁴Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, *Joint Venture Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan*, Ankara 1989 s. 143- 176, s.149.

⁵İbrahim Kaplan, *Müşterek İş Ortaklığı*, Ankara 1994,s.3.

⁶Şener Akyol, *Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C.:II, İstanbul 1997, s.57; Tekinalp-Tekinalp, a.e., s.150; Kaplan, a.e., s.3; L. Yılmaz, *Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı*, Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul 1993, s.13; Fikret Eren, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-işletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer* Ankara 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.50; İnan Özalp, Yıldırım Saldıraner, Ahmey Hamdi Derekoy, *Çokuluslu İşletmelerin Geleceğinde Bir Çözüm Olarak Joint Venture" Prof. Dr. İlhan Cemalcılar'ın Hatırasına Armağan*, Eskişehir 1990, s.106.

⁷Dayınlarlı, a.e., s.1.

Ortak girişim hukuki olduğu kadar aynı zamanda ekonomik bir kavramdır. Bu nedenle ortak girişimin hukuki tanımını yapmadan önce, ekonomideki tanımına da bakmak gerekir.

Genel olarak, çok uluslu işletmelerin ortaklık şekliyle yabancı ülkelere girme faaliyeti ekonomide ortak girişim kavramıyla ifade edilmiştir.

En geniş anlamıyla ortak girişim "İki ya da daha fazla teşebbüsün, aksi bir durumda ayrı ayrı yerine getirmek durumunda oldukları bir şeyi birlikte yerine getirmek üzere akdettikleri herhangi bir anlaşma", en dar anlamıyla ise; "İki rakip firma tarafından, müştereken belirledikleri görevleri yerine getirmek üzere oluşturulan bir üçüncü teşebbüs" olarak tanımlanmıştır⁸.

Başka bir tanıma göre; "birden fazla işletmenin araştırma- geliştirme, imalat ve dağıtım dâhil, bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek üzere işbirliği yapmak amacıyla kabul ettikleri anlaşmadır."⁹

Ortak girişim milletlerarası ticarete, "geçici sayılmayacak bir süre için yapılan her türlü işbirliği" olarak tanımlanmıştır.¹⁰

Hukuki açıdan; ortak girişimin üzerinde birlik sağlanmış hukuki bir tanımı bulunmamaktadır. Gerek mahkemeler, gerekse öğreti ortak girişime değişik açılardan yaklaşarak onu tanımlamaya çalışmışlardır. Zira ortak girişim şeklindeki işbirlikleri her somut olayın özelliklerine göre farklılıklar gösterebilmektedir.¹¹

Ortak girişim bir sözlükte şu şekilde tanımlanmıştır; "Belli bir iş görmek ve kar elde etmek amacıyla, ortaklaşa taahhülle oluşturulan şirket birleşmesi şeklindeki hukuki bir varlıktır."¹² Aynı sözlükte ortak girişim ile ilgili bir diğer tanım ise şöyledir; "Kişiler veya şirketlerin, bazı ticari yatırımlar için ortaklaşa taahhülle oluşturduğu bir kurumdur. Bu kurumun ortakları genel olarak tüm varlığa katılıp riskleri paylaşırlar. Ortaklara,

⁸ Barbaros Ineci, *Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures)*, İstanbul 1988, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayın No:56, s.4.

⁹ Dereköy, a.e., s.52.

¹⁰ Dayınlarlı, a.e., s.22.

¹¹ Kaplan, a.e., s.5

¹² Black's Law Dictionary. S.T. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990.

mukavele ile ortaklığın politikasını belirleme, yönetime katılma, kar ve zarara iştirak ile değiştirilebilen görevlerde bulunma hakkı tanınmıştır.”¹³

Bir başka sözlükte ise ortak girişim sözleşmesi şu şekilde tarif edilmektedir; "İki veya daha çok ortağın, kendi faaliyetlerini sürdürürken, belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir şirket kurup bu şirkete kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek sağlamaları üzerinde anlaşmaları mali amaçla ticari şirketi yürütmek için iki veya daha çok kişiden oluşan birlik; işbirliği; ortaklık; iş ortaklığı; belli bir amaçla bir araya gelen adi ortaklık. " ¹⁴

Bir tanıma göre de ortak girişim; en az iki işletmenin ortak bir amaç için emek veya mal gibi şeylerini birleştirerek oluşturdukları bir teşebbüs veya ortaklıktır.¹⁵

Bütün bu tanımlardan yola çıkarak, ortak girişimin kuruluş şekli bakımından sermayeye ve sözleşmeye dayalı yapılabilen türlerini de içine alan bir tanımlı şöyledir: ortak girişim, birbirlerinden hem hukuki hem de iktisadi olarak tamamen bağımsız olan en az iki gerçek kişi veya tüzel kişinin, aralarında bir birlik meydana getirecek şekilde, yönetimini ortak bir amaca ulaşıp, kar etmek için birlikte gerçekleştirdikleri, tüzel kişiliği olan ya da olmayan bir ortaklık türüdür.

Gelişmekte olan ülkelerin iktisadi ihtiyaçları büyümektedir. Gelişmiş ülkelerde ise ticaret şirketleri, ihtiyaçlarına cevap vermek için kendi yapılarında büyük müesseseleşmeye gitmek zorunda kalmışlardır. Ancak milletlerarası rekabetin gelişmesi karşısında büyük şirketler ürünlerini satabilmek için rekabet güçlerini artırma ihtiyacı duymuş, bu nedenle yeni buluşlara yönelmiş; bu arada araştırma ve geliştirme faaliyetlerine önem vermişlerdir. Bu çalışmalar şirketlerin maliyet masraflarını artırdığından büyük şirketler kurmanın en iyi çözüm olmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenlerle de hukuki ve iktisadi bağımsızlıklarını koruyarak, belirledikleri konu ve işleri belli süreler içinde ortak şekilde yürütmeyi tercih etmişlerdir. İşte bu yönde atılım yapmak ortak girişimlerin tüm dünya ülkelerinde yayılmasına neden olmuştur. Olumlu

¹³ Black's Law Dictionary. S.T. Paul, MInn. West Publishing Co., 1990.

¹⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş B.5*, Ankara 1996.

¹⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoglu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 6. Bası, Eylül 1995, s.15; Kaplan, a.e., s.6

yönlerinin olmasına ve bu sebeple tercih edilmesine rağmen, belli bir tanımının olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁶

Ortak girişim işleminin herhangi bir yasal düzenlemesinin olmaması ve farklı amaç ve şekillerde ortaya çıkması bu zorluğun temel nedenleri arasındadır.

1.2.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİ

Ortak girişimin oluşumu, türü ne olursa olsun ilişkiye katılanlar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmenin belli bir şekle tabi olarak yapılma zorunluluğu yoktur. Kural olarak ortak girişim bir sözleşmeden ibaret olduğu için tüzel kişiliği söz konusu değildir. Ortakların her biri tek başına, söz konusu müşterek amaç doğrultusunda diğerlerini temsile yetkilidir. Ancak sözleşmede özel hükümler yer alabilir.¹⁷

Ortakların, girişimin kar ve zararına katılmaları gerekir. Kural olarak sözleşmede ortakların kar ve zarara katılma oranları belirtilir. Kar hakkındaki oran, zarar açısından da geçerlidir. Sözleşmede kar ve zararın paylaşılması konusunda özel hüküm yoksa eşitlik esası söz konusu olacaktır.¹⁸

Ortaklar, birbirine karşı bağımsız olmakla birlikte müşterek yönetimde birbirine bağlıdır. Ortaklar arasında uygulanacak kuralların başında sözleşme hükümleri gelir. Daha sonra sırasıyla sözleşmenin tabi olduğu hukuk kuralları uygulanacaktır.¹⁹

Ortak girişimin amacı, süresi sınırlıdır. Kural olarak süresi, işin tamamlanmasıyla sınırlıdır.²⁰

Ortak girişim sözleşmesinin oluşturulma nedenleri üstünde duracak olursak her şeyden önce iş hayatının ihtiyaçlarından doğan bir müessesedir. Girişimciliğin ve yatırımcılığın çok ulusa ulaşmasından sonra gündeme gelen ortak girişimler, önemini iyice arttırmıştır. Gelişmekte olan ülkeler teknoloji ve sermaye getirmesi, kalifiye eleman ve eğitim sağlaması, gibi yararları nedeniyle; gelişmiş ülkeler ise, diğer

¹⁶ Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara (2000),s.332.

¹⁷ Nadi Barlas *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 1998, s.238.

¹⁸ Dayınlarlı, a.e., s.58.

¹⁹ Dayınlarlı, a.e., s.58.

²⁰ Dayınlarlı,a.e., s.58.

pazarlara girebilmek ve sağladığı diğer avantajlar nedeniyle ortak girişim yatırımlarını²¹ tercih etmektedirler.²² Gerçek veya tüzel kişiler, ülke içinde veya dışında büyük sermaye gerektiren büyük taahhüt inşaat, onarım vb. işler için genelde ortak girişimleri seçmektedirler. Bu nedenlerle de ortak girişimlerin seçilmesi bir rastlantı değildir.

Belli bir iş alanında uzmanlaşan firmaların her konuda belli bir birikimi vardır. Örneğin bir hidroelektrik santrali yapılmasında birbirinden çok farklı makine, teçhizat, personel ve teknik bilgiye ihtiyaç vardır. Baraj alanında hafriyat için farklı makine ve ekipmana, gövde inşaatının yapılabilmesi için farklı ekipman ve bilgiye, santral tesislerinin kurulması için de başka özel teknik bilgi ve araçlara ihtiyaç duyulur. Böyle bir işte, bu tür ihtiyaçlar firmalar arasında ortak girişim oluşturularak karşılanabilir. Ayrıca bir işin belli bölümlerini ayrı ayrı yapan firmaların aynı sahada iş yaparken uyumlu çalışabilmeleri için birbirine güvenen, sağlam firmalar olması işin niteliği icabıdır.²³

Gelişmiş ülkelerde en önemli faktör, risk paylaşımıdır. Riskler artıp rekabet şiddetlendikçe, ortaklık düşüncesi ağır basmaktadır. Diğer yandan; sürekli olarak yenilenen teknolojiyi, lisans yoluyla elde etmek oldukça masraflı ve güçtür. Ortak girişimler sayesinde, ortak bir araştırma- geliştirme ünitesi kurularak teknoloji transferi sağlanabilir. Yine ortak girişimler yabancı pazarlara girme konusunda oldukça elverişli bir vasıtaadır. Üretilen ortak malın ülke içinde satışı yerli ortak tarafından üstlenilir. Yabancı ortak da dış satışlarla ilgilenir. Böylece yerli işletmeler dış pazarlarda satılabilecek düzeyde mal üretmeye yönlendirilir.²⁴

Piyasada; ticari amaçlarına kendi kaynaklarıyla erişebilecek sermaye birikimine, teknik bilgi ve pazar erişimine sahip çok az teşebbüs vardır. Uzun süreli ve katkılarının etkili olmasıyla projeleri başarıyla elde edecektir. Bu yüzden de teşebbüsler, ortak girişimi tercih ederek tüm olasılıkları gözönünde bulundurup yükümlülüklerini detaylı

²¹ Joint venture yatırımları doğrudan yatırımlardandır. Diğer doğrudan yatırım çeşitleri şunlardır: a) Tamamı ana işletmeye bağlı bir Şubenin dış ülkede kurulması, b) Lisans hakkına bağlı bir işletmenin diğer ülkede kurulması c) yönetim ve organizasyon mukavelesine bağlı bir işletmenin dış ülkede kurulması. Bkz. Gökhan Bahsı, *Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Kapsamında 'Joint Ventures' Ortak Yatırımlar* İstanbul Sanayi Odası Dergisi, İstanbul 1984, s.25.

²² C. Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.II, İstanbul 1993, s.13.

²³ Şinasi Aydemir, *Konsorsiyum Nedir*, Vergi Dünyası, Aralık 1991, s.35.

²⁴ Derekoy, a.e., s.56.

bir şekilde ortaya koyacaklardır. Dolayısıyla faaliyetleri daha verimli ve rekabet konumunu güçlendirecek şekilde daha belirli bir ortamda gerçekleşecektir.

Piyasada gün geçtikçe verimin, az maliyetle daha yüksek olması, önemini artırmıştır. Birçok sektörde serbestleşmeye gidilmesi ise rekabetçi bir yapı ile karşı karşıya getirmektedir. En önemlisi ise tüm bunların yanında piyasada kalıcılığın olmasıdır.

Ortak girişimin teşebbüsler tarafından seçilme sebepleri aşağıdaki gibi sıralanabilir.²⁵

- Faaliyetlerini birleştirdiklerinde maliyet düşeceğinden daha karlı olacaklardır.

-Ortak girişim oluşturarak farklı ürünleri birleştirip birim maliyetindeki düşüşü sağlamak.

- Olgunluk aşamasındaki sektörlerde²⁶ bir ortak girişimin faaliyet göstermesi, bir taraf kazanırken diğer tarafın kaybettiği yani aynı anda tüm tarafların kazanamadığı rekabet ortamında üretim kapasitesinin makulleştirilmesini sağlar. Ortak girişim ile kaynaklar daha esnek ve verimli kullanılacaktır. Dolayısıyla sonuca daha kolay ve hızlı bir şekilde ulaşılabilecektir. Taraf teşebbüs ile gerekli kaynakları birleştirerek, bağımsızlıklarını koruma isteklerini de gerçekleştirebilirler.

-Taraf teşebbüsler, birbirlerinin teknolojilerine yetişme kolaylığını elde ederek bir pazara yada teknolojiye daha hızlı ulaşabileceklerdir. Ortak girişimin oluşturulması teknik standartlara daha çabuk ulaşılmasında faydalı olacaktır.

-Teknolojinin her geçen gün hızla gelişmesi ve giderek daha masraflı olması finansal riski artırmaktadır. Taraflar ise finansal riski azaltmak için ortak girişimler ile risk paylaşma yöntemini tercih ederler.²⁷ Sahip oldukları mal varlıklarını ayrı ayrı kullanmaktansa birlikte kullanmaları daha mantıklı ve verimliliği artıran bir faktördür.

²⁵ Hewitt, I. *Joint Ventures*, First Edition, Sweet&Maxwell, 1997, London, s.6.

²⁶ Bu aşamada güçlü işletmeler rekabeti sürdürürken küçük işletmeler ise giderek güçlerini yitirirler. Güçlü işletmelerde ürün satışları en üst düzeylere ulaşır. İşte bu düzey bazı yazarlarca olgunluk aşaması olarak nitelendirilir. Çünkü bu aşamada artan rekabet fiyat düşüklüklerine ve yeni ürünlerin sunulmasıyla mevcut ürünlerin satışlarında azalma görülecektir. Arpacı, T., Y. Ayhan, E.Böge, D. Tuncer, ve M. Üner *Pazarlama*, İkinci Baskı, Gazi Yayınları 1994, Ankara,s.104.

²⁷Özalp, İnan–Saldıraner, Yıldırım–Dereköy, A. Hamdi, Çok Uluslu İşletmelerin Geleceğinde Bir Çözüm Olarak Joint Venture, Anadolu Üniversitesi İ.İ.B.F. Yayınları, Eskişehir, 1995, s.117.

-Bir teşebbüs büyüklüğü ne olursa olsun belirlediği projeyi finanse edecek kaynak açısından yeterli güce sahip olmayabilir. Olsa bile üstlenmesi gereken risk ağır olabilir ki bunun da sonuçları hiçbir teşebbüs tarafından istenmeyecektir. Bu sebeptendir ki teşebbüsler başka teşebbüslerle kaynaklarını birleştirerek daha fazla sermaye yaratabilirler. Bu yüzden hedefin büyüklüğü ve taşıdığı riskler teşebbüslerin seçimlerini yaparken dikkat edecekleri faktörlerdir.²⁸

- Ortak girişim oluşturmaya iten bir diğer neden ise, birinde olmayan varlığın diğer teşebbüs tarafından tamamlanarak kazancının artacak olmasıdır. Diğer türlü tek tek faaliyette bulunarak istenen gelire ulaşamayabilir.

- Sahip olunan kaynakların birleştirilerek paylaşılmak istenmesi de teşebbüsleri ortak girişime iten nedenler arasında sayılabilir.

- Gerekli olandan fazla kaynakları varsa ve bu kaynaklarını faaliyet alanlarından farklı bir alanda kullanarak yatırım yapmak isterlerse ortak girişimi seçmeleri daha karlı olacaktır.²⁹

- Birbirlerinin çevresiyle tanışma ve yeni fırsatların çıkması da etkin bir rol oynamaktadır.

Bir ortak girişimin başarılı olması için ise, anahtar rolü oynayabilecek bazı koşullar vardır. İşletmeler ortak girişim oluşturma yoluna gittiğinde bu koşulları mutlaka göz önünde bulundurmalıdırlar. Söz konusu bu koşullar şöyle sıralanabilir³⁰;

a) İşletmenin Kapasite ve İhtiyaçlarının İyi Analiz Edilmesi

- işletme, bir ortağa ihtiyaç duyulup duyulmadığını ve bu ortaklığın süresini tespit etmelidir.

- Çok uluslu işletmeler yabancı pazara girerken ortak girişim seçeneğinin uygun olup olmadığını çok iyi araştırmalıdırlar.

- Oluşturulacak olan ortak girişimin başarılı olabilme şansını taşıdığı risklerin ve olası getirileri en gerçekçi şekilde tahmin edilmelidir.

b) İşletme İçin En Uygun Ortağın Belirlenmesi

²⁸ Hewitt, I.,a.e., s. 6.

²⁹ Dodini, M., “The Economics of Joint Ventures and Impact of EC Competition Policy” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, 1998, Bruges, s.8.

³⁰ Beamish, Paul W., Killing J. Peter; *International Management*;Richard D Irvin Inc.; Boston, 1994;S. 85-89.

- Seçilecek olan ortağın amaçları ile ana işletme amaçlarının birbirine uygunluğu tespit edilmelidir.
- Seçilecek olan ortağın, gerekli beceri ve kaynaklara sahip olup olmaması tespit edilmelidir.
- Oluşturulacak olan ortak girişimin rekabet gücü hangi seviyede olacaktır,
- Seçilecek olan ortakla uyum sorunu olacak mıdır ve alışma devresi ne kadar sürecektir.

c)Ortak Girişimin Oluşturulma Aşamasında Dikkat Edilmesi Gereken Faktörler

- Oluşturulacak olan ortak girişimin faaliyet alanının tanımlanması,
- Ana işletme ile diğer işletmelere karşı güdülecek stratejilerin belirlenmesi,
- Her iki tarafa da faydalı olabilecek ve onları memnun edebilecek ortamı sağlamak için tarafların görev ve sorumluluklarının belirlenmesi,
- Oluşturulacak olan ortak girişimde tarafların yönetimindeki rollerinin belirlenmesi.

d) Ortak Girişim Sözleşmesi Yapılırken Özenli Davranılmalıdır

- Anlaşma yapılırken yasal düzenlemelere dikkat edilmeli,
- Gerekirse sözleşme uzmanlar tarafından incelenmelidir.

e) Ortak Girişimin Devamlılığı Sağlanmalıdır

- Üst yönetim dikkatini sürekli olarak ortak girişim üzerinde odaklaştırmalıdır,
- Kültürel farklardan dolayı meydana gelebilecek olan sorunlar en aza indirgenmelidir,
- Ana işletme doğabilecek ihtilafları önleyebilecek tedbirler almalıdır,
- Oluşturulacak olan ortak girişim esnek bir yapıya sahip olmalıdır.

1.2.1.Tanımı

Yapılan açıklamalar doğrultusunda ortak girişim sözleşmesinin tanımı; hukuken ve iktisadi açıdan birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, aralarında bir birlik meydana getirecek şekilde, birlikte yöneterek ortak amaca ulaşip kar elde etmek için oluşturdukları tüzel kişiliği olan ya da olmayan bir ortaklık olarak yapılabilmektedir.

Ortak girişim sözleşmesi kurulmadan önce belli bir alanda onun konusuna ilişkin faaliyetlerin her şeyden önce ayrıntılı biçimde gösterilmesi gerekir. Ancak çeşitli

konuları içerdiği için birbirinden farklılık göstermekle birlikte bazı hususlara müşterek olarak rastlanmaktadır. Bunlar;

- projenin tarihçesi
- etrafıca belirlenmesi
- faydaları
- piyasaya hitap etmesi
- uygulanan sınaî usul
- imalat
- emniyet
- yatırım
- bu proje için kurulacak şirket
- ortakları
- personel
- ekonomik varsayımlar
- gelirler
- finansman, sermaye ve alınan krediler
- sonuç, verimliliği
- sözleşmenin geleceği.³¹

Ciddi bir araştırma sonunda, ortak girişimin kurulması için alınacak kararda, kurulan ortak girişimin hayata geçirilmesi ile elde edilecek ürünün pazarlanması, bunun fiyatlar ve rekabet üzerindeki etkileri rol oynamaktadır.³²

Yapılan araştırmada, örnek alınan tesis büyüklüğü, yapılacak anket şekli, planlar ve muhtelif tavsiyeler bir dosya oluşturur. Elde edilen bilgilerin nasıl uygulanacağına karar verilir ve verilen cevapların kontrolü, hesap uzmanlarının incelemesi, muhtelif testlerin uygulanması, hataların giderilmesi, sonuçların yorumlanması yapıp olayların sentezi yapılarak son inceleme raporu hazırlanarak sonuca ulaşılır.

Piyasa araştırma ve incelemelerinin sonuçları bir rapora bağlanır. Bu rapor taraflarca incelenir. İncelemenin sonucunda projenin verimli olup olmayacağı anlaşılır.

³¹ Dayınlarlı, a.e., s.4.

³² Dayınlarlı, a.e., s.5.

İmalat usulünün de belli normlara uygunluğu söz konusu olacaktır. Rakiplerin ürünlerine göre tercih sebebinin neler olduğu anlatılmalı, insan gücü ve ekipmanlar, gerekli araçlar, imalatın şekli ayrıntılı olarak belirlenmeli ve piyasadan satın alınacak ara ürünler gösterilmeli, teknik yardım gerekiyorsa bu husus da belirtilmelidir.

Ayrıca ekonomik ve finans analizine de dikkat edilmesi gerekir.

Tüm bu aşamalardan sonra yine de hukuki, ticari, teknik, personel, finans riskleriyle karşılaşılabilir.

Tüm bu açıklamalara göre; ortak girişim sözleşmesinin kuruluşu bazı aşamalardan geçmektedir. Bu nedenle her şeyden önce ortak girişimin kurulacağı ülkelerdeki hukuki durumu incelemek gerekir.

1.2.2. Türk Hukukunda Yeri

Ortak girişim kavramı Türk Hukuku'nda doğrudan düzenlenmemiş olmakla birlikte dolaylı olarak çeşitli kanun hükümlerinde yer almaktadır. Ortak girişim kavramı, Kurumlar Vergisi Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve 4054 sayılı RKHK'ya dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"³³ de yer almaktadır. Söz konusu Kanun'larda ve Tebliğ'de ortak girişimin bazı kanunlarla ilgisi incelenmiş fakat esas bakımından herhangi bir inceleme yapılmamıştır.

Türk Hukukunda bu kavram ilk kez 10.06.1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda 12.01.1985 tarih ve 3239 sayı ile yapılan değişiklikle yer almıştır.³⁴ Bu düzenlemenin değişik 1'nci maddesinin (e) bendinde kurumlar vergisi mükellefi olarak "iş ortaklığı" şeklinde ifade edilen bu terim, mükerrer 6'ncı maddede, "Sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilere belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar, iş ortaklığıdır." olarak tanımlanmıştır. Bazı yazarlar iş ortaklığının ortak girişimin özel bir türü olduğunu belirtmektedirler. Bunun dayanağını da Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde tek bir iş için kurulduğu ifadesini göstermektedirler.³⁵

³³2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:07.10.2010 tarih ve 27722 sayı.

³⁴ 11.12.1985 tarih ve 18955 sayılı Resmi Gazete.

³⁵Sanlı, a.e., s. 366.

Ortak girişim, TTK'da sayılan, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi şeklinde kurulabileceği gibi bu şekilde kurulmamasında ise Türk Borçlar Kanunu 620/2 maddesinde belirtilen adi ortaklık şeklinde, tüzel kişiliğe sahip olmadan da kurulabilmesi mümkündür. Tüzel kişiliğe sahip olmadan kurulduğunda TBK. 620 ve devamı maddelerindeki hükümler uygulanacaktır. Bu yüzden de tüzel kişiliği olmadan kurulduğunda Türk Borçlar Kanunu, tüzel kişiliği olduğunda da Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

1.3.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ YAPISI

Ortak girişim sözleşmeleri oluşturulurken farklı sözleşmeler de meydana çıkacaktır. Öncelikle her ortak girişim sözleşmesi için mutlaka temel sözleşme yapılması gerekmektedir.³⁶ Temel sözleşmelerin yapılmasından önce ya da sonra farklı sözleşmelerin yapılması da mümkündür. Temel sözleşmeye ortak girişim sözleşmesi denmektedir. Bunun yanında taraflar arasındaki ilişki de ortak girişim ilişkisidir.

Ortak girişim sözleşmesini incelerken daha iyi anlaşılmasını sağlamak için ortaya çıkan diğer sözleşmelerin de incelenmesi daha faydalı olacaktır. Ortak girişim sözleşmesi oluşturulurken bazen temel sözleşme öncesi, bir ön sözleşme hazırlanırken bazen de temel sözleşmeden sonra, temel sözleşmeye tabi (uydu) sözleşmeler hazırlanmaktadır.

Her ortak girişimin kuruluşu sözleşmeye dayanmaktadır. Fakat bazılarında amaç sadece sözleşmenin yapılmasıyken bazılarında sözleşmenin yanında sermaye de önem kazanmaktadır. İşte bu sebeple sözleşmeye dayalı ve sermayeye dayalı ortak girişimler olarak da bir ayrıma tabi tutulması mümkündür. Yani, ortak girişim sermayeye dayalı şekilde yapılabileceği gibi sermaye gerekmeyen şekilde de yapılabilir. Sermayeye dayalı ortak girişimler de bu üç sözleşmenin dışında bir de ortaklık sözleşmesi yapılmaktadır.

Ortak girişimin hukuki niteliğini anlayabilmek için onun yukarıda belirtilen 3 temel yapısını incelemek gerekir. Ortaklık sözleşmesine ise türlerini incelerken sermayeye dayalı sözleşmeler içinde değinilecektir. Ortak girişimin hukuki niteliği, içindeki her bir sözleşmenin hukuki niteliğine bağlıdır. Ortak girişim ilişkisinden

³⁶ Kaplan, a.e., s. 8.

kaynaklanan ihtilaflarda, uyuşmazlığın hangi sözleşme içinde ortaya çıktığı tespit edilip, uyuşmazlık bu kısımdaki hükümlere göre çözüme kavuşturulacaktır.³⁷

1.3.1.Ön Kuruluş Sözleşmesi

Ortak girişim sözleşmeleri hazırlanırken öncelikle temel sözleşme öncesinde ön kuruluş sözleşmeleri yapılır. Ön kuruluş sözleşmeleri her zaman bağımsız bir sözleşme olarak yapılmak zorunda değildir. Yapılacak temel sözleşmenin girişi olarak da düzenlenebilir. Bağımsız bir sözleşme şeklinde yapılsa dahi temel sözleşme hazırlandıktan sonra giriş kısmı olarak eklenmektedir.³⁸ Taraflar işi almadan önce işin tanımını yapıp bu işe talip olduklarını belirtir ve finansman, hukuki yapısı, işgücü, pay oranı gibi konulara değinirler.³⁹ Temel sözleşme öncesi bu sözleşme ile amaçlananlar ortaya konulmaya çalışılır ve ileride temel sözleşme ile tabi sözleşmeler arasında sorun çıktığında amaçlar kısmına bakılarak sorun çözülmeye çalışılır. Ön kuruluş sözleşmesi, temel sözleşme yapılmadığı takdirde tamamen geçersiz olup kendiliğinden ortadan kalkacak geçici bir sözleşmedir.⁴⁰ Ön kuruluş sözleşmesi, niteliği gereği emeklerini, mallarını ortak bir amaca ulaşmak için birleştirmeyi üstlenebileceklerini ortaya koyduğundan, adi ortaklık sözleşmesi kurulmuş olacaktır.⁴¹

1.3.2.Temel Sözleşme

Temel sözleşme,⁴² ortak girişim sözleşmesinin aslıdır. Temel sözleşme ile işin tanımı ve nasıl gerçekleştirileceği ve şirket türü belirtilmelidir. Sözleşmede yer alması gereken diğer konular şunlardır:⁴³

- Ortak girişimin kuruluş amacı ve faaliyet sahasının kapsamı,
- Tarafların sözleşmeye dayalı veya sermayeye katılmalı ortak girişim kurma yükümlülükleri,
- Ortak girişimin hukuki biçimi,
- Kararların oluşmasında toplantı ve karar yeter sayıları,

³⁷ Kaplan, a.e., s. 8.

³⁸ Akyol, a.e., s. 70.

³⁹ Akyol, a.e., s. 70.

⁴⁰ Akyol, a.e., s. 72.

⁴¹ Akyol, a.e., s. 73, dph.102.

⁴² Temel sözleşme kavramı için bkz. Akyol, a.e., s.69, 72 ; Kaplan,a.e., s.8 vd. ; Doktrinde ayrıca "Esaslar sözleşmesi" ifadesi de kullanılmaktadır. Tekinalp/Tekinalp, a.e., s.166,167 ; Yılmaz, a.e., s. 485.

⁴³ Kaplan,a.e., s. 8-9.

- Yönetimi ve temsili,
- Tarafların katılma oranlarının tespiti ve bunun güvence altına alınması,
- Ortak girişime kredi temini,
- Ortak girişim ile ortaklar arasındaki hukuki ve iktisadi ilişkiler,
- Ortakların sorumlulukları,
- Ortaklık paylarının devri,
- Ortak girişim'in süresi ve sona erme sebepleri,
- Doğan ihtilafların çözümünde tahkim kaydı, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeye ilişkin hususlar yazılı olarak düzenlenir ve imzalanır.

Ön kuruluş sözleşmesi ile işi, emeklerini, mallarını bir amaç için birleştirebileceklerini açıklarken yani işi almak için çabalayıp gerekli düzenlemeleri yaparken temel sözleşme ile daha çok işin bitirilmesi ve kazançla ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Ortak girişimlerde temel sözleşme, çerçeve sözleşme niteliğindedir. Bunun yanında çerçeve sözleşme hükümlerine aykırı olmayan tali bir takım uydu sözleşmelere de yer verilmektedir. Uydu sözleşmeler, temel sözleşme çerçevesinde oluşturulan sözleşmelerdir. Çerçeve sözleşmeleri, tali sözleşmeleri aydınlatmakta ve onlara yol göstermektedir. Temel sözleşmenin başında bir "başlangıç" bölümü yer almaktadır. Bu bölüm, temel sözleşme ile uydu sözleşmelerinin hükümleri arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları gidermek için yapılacak yorumda önemli rol oynar. Çünkü bu bölümde ortak girişim sözleşmesinin tarafları ile onların güttükleri amaç açıklanmaktadır.⁴⁴ Başlangıç maddesi sadece konulduğu sözleşme üzerinde değil, sözleşmenin tamamı üzerinde etkilidir.⁴⁵ Bu nedenle bazı maddelerin dar bir çerçeve içinde yorumlanmaması için ortak girişim sözleşmesinde amaçların kesin olarak belirtilmesi gerekir.⁴⁶

1.3.2.1.Sözleşmenin Başlangıç Maddesi ve Amacı

Başlangıç maddesi, hazırlık çalışmaları ile sözleşmenin esası arasındaki köprüyü oluşturur. Taraflar bununla neyi amaçladıklarını belirtirler.⁴⁷ İleride çıkan sorunlarda

⁴⁴ Akyol, a.e., s.72; Dayınlarlı, a.e., s.2.

⁴⁵ Dayınlarlı, a.e., s.52.

⁴⁶ Dayınlarlı, a.e., s.53.

⁴⁷ Akyol, a.e., s. 72, Dayınlarlı, a.e., s. 2.

diğer hükümlerin sert uygulanmasının önüne geçerek asıl amaçlarının ne olduğunu hatırlatır ve bunun sözleşmeye hâkim olmasını sağlar.

Doğal olarak ortak girişimde temel sözleşme, ortak girişimin kuruluşunun amacını, tarafların işbirliği ilişkisini ve serbest iradelerini açıklar.⁴⁸ Tabi sözleşmeler ise temel sözleşme çerçevesinde oluşturulan anlaşmalardır. Tabi sözleşmeler ticaret şirketi şeklinde kurulduklarından işleyişlerinde çoğunluk kararı hakimdir. Oysa temel sözleşme tarafların eşitliği ilkesine dayanır. Böyle olunca da temel sözleşme ile tabi sözleşmeler arasında dayandıkları ilkeler nedeniyle bir uyumsuzluk bulunabilir. Örneğin şirket sözleşmesinde doğal olarak hakim olan çoğunluk ilkesiyle, ortak girişimde genel olarak hakim olan eşitlik ilkesi arasında uyumsuzluk meydana gelebilir. Bu durumda başlangıç maddesi sadece konulduğu sözleşme üzerinde değil, sözleşmenin tamamı üzerinde etkisini gösterir.⁴⁹

Başlangıç maddesi, tarafların dışında sözleşmenin amacını, tarafların fikirlerini bilmek isteyen üçüncü kişileri de aydınlatacaktır.⁵⁰ Örneğin taraflar bir şirket sözleşmesi yapmak istemiyorsa, tüzel kişiliği olmayan bir ortak girişim kurulmasını düşünebilir ve böyle bir ortak girişimde karın taksimi söz konusu olmayabilir.

Amaç veya sebepler, başlangıç maddesinde ya da ortak girişimin konusuna tahsis edilen maddede yer almalıdır. Gerçekten bunların ifade ediliş şekli herhangi bir sebepten açık değilse, ortak girişimin geleceğini etkileyebilir. Amacın tanımı, aynı zamanda kurulan birliğin amacı ile onu kuranların amaçları arasındaki farkın da ortaya çıkmasını sağlar.

1.3.2.2.Sözleşmenin Değişen Koşullara Uydurulması ve Süresi

Ortak girişimde daha önce açıklandığı üzere özel şahıslar, şirketler veya devletler kaynaklarını birleştirirler ve bundan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kar elde etmeyi umarlar. Dolayısıyla ortaklar yatırım amacıyla işe girerler. Başlangıç kısmında sözü edilen amaçlar, belli vadede elde edilecek amaçlardır. Tabi ki her ortak girişim ekonomik anlamda bir yatırım yapılmasını gerektirmez. Bazen ortak girişimin taahhüt edilecek işin tümü yerine bir kısmını yapmak veya teknoloji transferini temin

⁴⁸ Kaplan, a.e., s. 8-9.

⁴⁹ Dayınlarlı, a.e., s. 52.

⁵⁰ Akyol, a.e., s.72, Dayınlarlı, a.e., s. 52.

etmek için yapılması uygun olur. Bu durumda üstlenilen iş bir rakip firma ile paylaşılmış olur. Böylece kısa ya da uzun vadede bir fedakârlıkta bulunulması söz konusudur. Diğer yandan bu fedakârlığa rağmen taraflar umduklarını elde edemezlerse, yatırım verimli olmazsa ortak girişimden çekilebilmelidirler. Bazen ortak girişimin uzun sürede ortaya çıkan yeni şartlara uydurulması söz konusu olur. Bunu ortaklar sözleşmeye koyacakları bir hükümle temin edebilecekleri gibi, hakimden de sözleşmenin yeni şartlara uydurulmasını isteyebilirler.⁵¹

Uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümlere gelince, bu hükümler sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtiyacına cevap veremezler. Her şeyden önce bu hükümler, tarafların menfaatlerinin çatışması halinde onlardan birinin durumu muhafaza etmek diğerinin ise sözleşmeden kurtulmak istemesi halinde uygulanır. Burada hakimin sözleşmeyi uyarlama yetkisi yoktur. Sadece sorunu çözer.

Öngörülme hallerde iki mesele incelenmelidir. Birincisi, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını gerektiren varsayımların niteliği diğeri ise bu uyarlamanın sistemidir⁵²

Bazı hükümler öngörülebilir olduğu halde öngörülememiş yani evvelce tahmin olunabilip de dikkate alınmayan hallerdir. Taraflar sözleşmenin yapılmasından itibaren mümkün olan bazı gelişmeleri dikkate alır ve bunlar hakkında hüküm koyarlar. Bunu yaparken piyasadaki şu veya bu tarzdaki bir yönlenmeyi, imalat veya ürünlerin rekabet imkânlarını veya işin ifası esnasında mevzuatta muhtemel değişikliği öngörebilirler.

Diğer hallerde, taraflar özel bazı sonuçları ortak girişimin ürünlerinin gelişmesine bağlarlar.

Sözleşmenin uyarlanmasına sebep olan akdi hükümler arasında yer alan sert hükümler ise, öngörülme halleri, tahammülü mümkün olmayan durumları, ortak girişimle tespit edilen hal ve şartların altüst olması gibi sözleşmenin normal ifası dışında olan hususları içerir. Burada taraflar akdi koşulların uyarlanmasını haklı kılan genel ve soyut varsayımları dikkate alarak özel usuller kabul edebilirler. Bu koruyucu şartlara ortak girişim sözleşmesinde zannedildiğinden az rastlanılmaktadır.

⁵¹ Kaplan, a.e., s. 161.

⁵² Kaplan, a.e., s. 158.

Bazen taraflar sert şartların var olup olmadığının tespit edilmesi için özel usullere başvurabilirler. Bunlar yönetimin fevkalade organlarına bir üçüncü şahsa veya bilirkişiye müracaat gibi usullerdir.

Dış koşulların değişmesinden başka hallerde de sözleşmenin bu hallere uyarlanması öngörülmüş olabilir. Örneğin oy eşitliğine dayanan bir yönetimde, bu durum işlerin yürütülmesini de çıkmaza sokarsa buna bir çözüm getirilebilir.

Her halükarda yukarıda sayılan hükümler, ortak girişimin başlangıç bölümünde veya başka yerinde belirtilmiş olan ortak girişimin asli hedeflerine açık veya kapalı şekilde yollama yapmaktadır. Uyarlamada sözleşmenin sözünden, ruhundan ve amaçlarından yararlanır.

Uyarlama ya akdin şartlarını yeniden müzakere etme veya bir üçüncü şahsın müdahalesini isteme yolu ile vuku bulur.

Akdin şartlarını iyiniyetle yeniden müzakereye iki ihtimal belirir. Birincisi, sözleşme değişikliğini gerektiren ciddi hal ve şartların ortaya çıkmış olması halinde, diğer tarafın, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması için müzakerelere yanaşmamasıdır. Eğer taraflardan birinin kötü niyetle olduğu veya yeterince iyiniyetli olmadığı anlaşılırsa, bu durumda yapılacak şey diğer tarafın bundan dolayı katlanmak zorunda kaldığı zararın miktarının tayin edilmesidir. Bunu yaparken, karşı taraf iyiniyetle yeniden müzakereye yanaşsa idi, o noktada zarar uğramış olana sağlanacak menfaatin zararın tesbitine esas alınması yoluna gidilmelidir.⁵³

Bazen yeniden müzakerelerde bir üçüncü kişinin müdahalesi daha etkili sonuç verir. Durum ya müşterek dost diye adlandırılan bir kimseye tevdi edilir ya da bir bilirkişiden tavsiyelerde bulunması veya fikrini bildirmesi istenir.

Sözleşme uyarınca üçüncü kişiye müracaat etmede sorun, bu kişinin vereceği kararın hukuki değeri ile ilgilidir. Burada muhtemelen bir tavsiye söz konusu olmaktadır. Bu durumda tarafların karşılıklı yükümlülükleri, sözleşmeyi yeniden gözden geçirme hükümleri çerçevesinde ağırlaştırılmış sadakat kuralına göre incelenir veya gerçekten bir karar alınması söz konusu olur. Dolayısıyla bu kararı bir hakem kararı olarak değil, bir anlamda şartname olarak görmek gerekir.

⁵³ Dayınlarlı, a.e., s. 101.

Bu kararın tenfiz edilmemesi nihayet akde aykırılık teşkil edebilir, ama karar adli kararların infazındaki zorlayıcı güce sahip değildir.

Üçüncü kişinin verdiği karar, tarafların verdiği karardan daha iyidir denemez. Fakat uzun süreli ortak girişim sözleşmelerinde taraflar, diğer sözleşmelerde olduğundan daha fazla bu türden çözümü kabule yatkın görünmektedir.

Ortak girişimlerde süre konusu ise, ortak girişimde güdülen amaca sıkı sıkıya bağlıdır. Ortakların, amacın gerçekleşmesi için yeteri kadar bir süre ortak girişimin faaliyetlerine iştirak etmeleri gerekir. Ayrıca ortak fedakârlığının karşılığını alamazsa, ortak girişimden çıkabilme hakkına da sahip olmalıdır. Bu iki düşünce ortak girişimin çok uzun olmayan bir süre için kurulmuş olmasını gerektirir. Süre dolunca uzatma imkânı da vardır. Ortak girişimin süresinin uzun olduğu hallerde ise, ortak girişimin sağladığı sonuçlara bakarak tatmin olmayan ortak, ortak girişimden ayrılabilmelidir.

Çoğu kez temel sözleşmelerde süreye değinilmediğini veya bu hususta, tabi sözleşmelere yollama yapıldığı görülmektedir. Oysa esasen temel sözleşmelerdeki esaslara göre tabi sözleşmelerde süreye ilişkin hükümlerin yer alması gerekir.

Süre belirtilmiş olsun veya olmasın, eğer taraflar ortak girişimden çıkmayı belli bir şartta bağlamışlarsa, bu şartın gerçekleşmesi ile ortak girişim sona erer.⁵⁴

Ortak girişimden çıkma ya karşılıklı anlaşma ya da tek taraflı irade beyanı ile olabilir. Gerçekten ortaklar arasında güçlerin dengeli olmadığı bir durum bulunabilir. Örneğin ortaklardan biri, ortak girişimin zarar etmesi halinde, diğer ortağın zararının daha fazla olmasını şart koşabilir.⁵⁵

Temel sözleşmenin sona ermesi halinde, onun tasfiyesine ait hükümleri de öngörmek gerekir. Bu demektir ki bu temel sözleşme çerçevesinde başlayan işler yine bu temel sözleşmede öngörülen hükümlere göre tasfiyeye kadar yürütülür. Bu arada tabi sözleşmelerin de tasfiye edilmesi gerekir.

Ortak girişimi askıya alan ve muhtemelen sözleşmeden doğan borçların sona ermesini gerektiren haller, ortak girişimin son bulmasına da neden olur.

⁵⁴ Dayınlarlı, a.e., s. 93

⁵⁵ Baptista, L. O., Durand Barthez, P., *Les Associations d'Entreprises (Joint Venture) dans le Commerce International*, Paris, 1986, s. 66.

Bazen olaylar ortak girişimin ortağını, üstlenilen işten çekilmeye zorlayabilir. Eğer ilke olarak sözleşme, çekilme koşullarını öngörmemişse ahde vefa kuralından ayrılmaya gerek yoktur.

Fakat ortağın kendisinin elinde olmayan sebeplerle ortak girişimin amaçlarını yerine getiremediğini ispat etmesi halinde ortaklıktan ayrılma hakkı doğar. Bu durumda geri kalan ortakların ortak girişimi devam ettirip ettiremeyeceklerini araştırmak gerekir. Ayrılan ortağın yerinin doldurulup doldurulamayacağı incelenir. Ortak girişim isteğe bağlı bir iş ortaklığıdır. Bu yüzden de ortaklığı istemeyen kişi ilke olarak ona devama zorlanamaz.

Ortaklar, bağımsızlıklarını koruma endişesi içinde, ortak girişimi sona erdiren olayların meydana gelmesi dışında, ortak girişimden nasıl çekilebileceklerini kararlaştırabilirler.⁵⁶

Ortak girişimin sözleşme olma vasfının ağır basması sebebiyle, ortaklardan birinin şirketten çıkması herhangi bir şirket ortağının şirketten çıkmasından daha sarsıcı olur. Çünkü genelde ortak girişimin ortağı, teknoloji bakımından ortak girişimi besleyen, onun piyasaya girmesini sağlayan, ona mal temin eden veya ortak girişimin ürettiği malı satın alan önemli bir müşteridir. Diğer yönden ortaklardan birinin çıkması, ortak girişimin denetiminin niteliğinde bir değişikliği gerektirebilir. Bu denetim değişikliği çok ciddi sonuçlar doğurabilir. Öyle ki yabancı ortağın ortak girişimden çıkması ortak girişimin işin sonunda ödenmesi gereken vergilerinin yabancı ortağın ortak girişimden çıkması tarihinde yani ödenmesi gereken zamandan daha önce ödenmesine sebep olabilir veya aksine yerli ortağın çıkması ortak girişimin kurulmasına müsaade edilmiş olmasının şartını ortadan kaldırabilir. Zaten yabancı ortak çıkınca sermayenin kendi ülkesine gönderilmesini ister. Bir ortağın çekilmesi istenmeyen diğer bir ortağın gelmesine de neden olabilir. O halde, bir ortağın çekilmesi ortak girişimin son bulmasını gerektirirse, eski ortakların tazminat isteyebileceklerine ve ortak girişimin mal varlığının tasfiyesine dair hükümlere sözleşmede yer verilmelidir.

⁵⁶ Dayınlarlı, a.e., s. 95.

1.3.2.3.Yönetim ve Kontrol

Ortak girişim olarak kurulan müşterek şirketin devamlı bir görevi vardır. Bu görev taraflarca doğrudan idare edileceği yerde ya bağımsız bir yönetim komitesi veya müdürler kurulu tarafından idare edilir.

Ortak girişim sözleşmesinde bu yönetim organlarının üyelerinin nasıl seçileceği düzenlenir. Toplantıların ne zaman, hangi sıklıkta olacağı belirtilir. Genelde her dört veya altı ayda bir toplantı yapılır. İhtiyaç duyulan herhangi bir zamanda da gerek müdürler kurulu gerekse yönetim komitesi toplantı yapabilir.⁵⁷

Yönetim, günlük işlerinin ifasını bir murahhas azaya, yönetim kurulu başkanına veya ekibi ile birlikte genel müdüre bırakabilir.

Yönetim kurulu başkanı, genel müdür, müdürler kurulu veya yönetim komitesinin talimatı doğrultusunda şirketin günlük işlerini yönetir. Bu işleri ifa edebilmek için gerekli yetkilerle donatılmıştır.

1.3.2.4.Uyuşmazlıkların Çözümü

Ortak girişimin devam ettiği süre içinde oyların eşit olması veya azınlıkta bulunan ortağa veto hakkı verilmesi sebebiyle işlerin çıkmaza sürüklenmesi, bir şirket olarak kurulan ortak girişimin büyümek zorunda olması, bu arada hal ve şartların devamlı değişmesi, Pazar veya teknolojinin gelişmesi karmaşık bazı sorunların çözümlenmesini zorunlu kılar.

Ortak girişim sözleşmesinde, bir tarafın ayrılması veya işbirliği yapmaktan kaçınması ekonomik faaliyetin tümünden durması sonucunu doğuracağından, bunu önlemek için ortak girişime uyan metodlarla çözüme kavuşturulması gerekir. Uyuşmazlıkları çözümlmek için müracaat edilen usuller şu şekilde sıralanabilir:

Tarafsız kimse tayin etme⁵⁸: Ortak girişimin yönetim kurulunda veya yönetim komitesinde bir üyelik boş bırakılır. Şirket yönetiminde kararlarda bir eşitlik olup da iş çıkmaza girerse, boş bırakılan üyeliğe atama yazılır ve onun oyu ile çoğunluk kararı sağlanmış olur.

⁵⁷ Horten ,M. R., Sarrailhe,Ph., *Les Joint Ventures Franco-Americaines*, Bruxelles, 1994, s. 44.

⁵⁸ Baptista, L. O.,Durand Barthez, P., a.e., s. 82.

Vekâlet verme: Ortak girişim ortaklarının bazı konularda ihtisasları dolayısıyla karar almaları daha bilinçli olur. Bu nedenle bazı hallerde ihtisası olan ortağa oy üstünlüğü tanınabilir. O takdirde, yönetim kurulu üyelerinden birisi uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için görevlendirebilir.

Tahkim: Taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlığın tahkim yoluyla giderilmesi öngörülebilir. Bu takdirde, ekonomik ve ticari hususlarda çıkan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması güçlük arz eder.

Uyuşmazlığın çözümünde, olayların seyrinde hakemin şahsi değerlendirmesi, karara dayanak yapılan gerekçe ve kriterler rol oynar.

Diğer yandan taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı çözümleyen hakem ortak girişimin menfaatlerini ön plana alacak yerde, taraflardan her birinin menfaatinin incelemek ve sonuca varmak durumunda kalır. Bu durum da ortak girişimin menfaatinin göz ardı edilmesine sebep olur.

Satın alma ve satma arasında seçim yapılması: uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması yollarından biri de sözleşmeye taraf olanlardan birinin hisselerini ortak girişime satması veya diğer ortakların hisselerini satın almasıdır.

Bu çözüm yaygın biçimde uygulanmaktadır. Buna göre, hisse sahibi belli bir bedel karşılığında hisselerini karşı tarafa satmayı teklif eder. Karşı taraf bu hisseleri satın alır veya aynı bedelde kendi hisselerini karşı tarafa satmayı teklif eder. Bu sisteme göre hisseler kendi aralarında açık arttırmaya çıkar ve en çok bedeli veren hisseleri alır. bu usul, hisselerin hakkaniyete göre devrini sağladığı gibi ortak girişimin devam etmesini de sağlar.

Tasfiyesi: şirkette hisse sahibi olanlar arasında mevcut uyuşmazlığın giderilmesi ortak girişimin tasfiye edilmesi ile de mümkündür.

1.3.2.4.1.Uyuşmazlığın Ortaklar Arasında Sulh Yoluyla Çözümü

Bu çözüm tarzı sadece ortak girişime özgüdür. Birinci metod uyuşmazlık, tarafların yönetim kurul başkanlarına veya genel müdürlerine bildirilir.

Diğer metod ise, ortak girişim organlarına tarafsız⁵⁹ bir kimsenin tayin edilmesidir. Ortak girişim yönetiminde oyların eşitliği halinde, ortak girişimin organı içine, yine tamamen akdi nitelik taşıyan yönetim konseyi veya müdürler konseyine

⁵⁹ Baptista, L. O., Durand Barthez, P., a.e., s. 82.

tarafların kendi menfaatleri doğrultusunda karar vermelerini önlemek ve müşterek menfaate uygun karar alabilmesi için tarafsız bir kişi alınır.⁶⁰ Bu tür bir uygulama bazen ortak girişimi finanse eden banka ve kurumlarca da istenebilir. Zira ortak girişimi mali bakımdan destekleyen, ödünç para veren kuruluşun, verdiği paranın öngörülen süre içinde geri ödenmesinde menfaati vardır.

1.3.2.4.2.Uyuşmazlığın Ortaklardan Başka Bir Şahsın Müdahalesi veya Yardımı ile Çözümü

Uyuşmazlığın çözümünde ortak girişimin dışında başka kimseye müracaat etme usulü de öngörülebilir. Uzlaştırıcı adı verilen bu kişinin aracılığında, tahkimdekinin aksine tavsiyelerinin icra kabiliyeti yoktur. Uzlaştırıcı sadece tavsiyelerde bulunur, tarafları herhangi bir çözümü kabule zorlamaz. Eğer taraflar bu tavsiyelere uymayı kabul ederlerse tavsiyeler tarafları bağlar.⁶¹ Burada en önemli nokta uzlaştırıcının uyuşmazlık çıktıktan sonra değil sözleşme yapılırken seçilmesidir. Ayrıca uzlaştırıcının müdahale edebileceği sürenin belirtilmesi, bu süre geçtikten sonra da artık sadece tahkime başvurulabileceği de kabul edilmelidir.

Keşif marifetiyle çözümlenmesinde, bunu yapacak şahıs teknik yetenekleri nedeniyle seçilmiştir. Bilirkişilerin tespitleri de esas olarak uzmanlık dalındaki bilgi ve tecrübesine dayanır. Bu durumda da eğer bilirkişi taraflara tavsiyelerde bulunuyorsa, onun fonksiyonu da uzlaştırıcıya yaklaşır.

Bazen alınan tüm tedbirlere rağmen taraflardan biri sözleşmenin devamı halinde menfaatlerinin bundan ciddi olarak zarar göreceğini düşündüğü takdirde, onun müracaatı üzerine taraflar kendilerini hakim önünde bulurlar. Ortak girişim sözleşmelerinde taraflar mahkemeler yerine hakemlerce çözümlenmesini tercih ederler.

Görüşmelerin gizliliği, olaylarda eşitlik, tüzel kişiliğin varlığı, temel sözleşmenin korunması gibi hususlar tahkime müracaatın sebepleri arasında sayılabilir. Özellikle hakemler uzlaştırıcı yetkisi ile de donatılırsa, taraflar bunu sözleşme hükümlerinin uygulanmasının teminatı olarak görürler.

Tahkim ancak hakem kararı icra kabiliyetini kazandığı zaman yararlı sonuç verir. Hakem kararı, icra yerinin, kamu düzenine aykırı hükümler ihtiva etmesi halinde

⁶⁰ Dayınlarlı, a.e., s. 109.

⁶¹ Baptista, L. O., Durand Barthez, P., a.e., s. 141.

icra kabiliyetini kaybeder. Hakem kararının icra edilmemesi ihtimaline karşı sözleşmeye kurallar da koyabilirler.⁶²

Ortak girişimde, temel sözleşme ile tabi sözleşmeler arasında çıkacak yorum uyuşmazlıkları için tahkime müracaat edilemez. Ortak girişimden doğan tüm uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözümlenmek mümkün değildir. Tahkim sözleşmesi veya şartının geçerli olup olmamasının yanında, tarafların tahkime gitme yetkilerinin bulunup bulunmadığını da incelemek gerekir. Ayrıca ticari olarak değerlendirme ve kamu düzeni gibi iki kuralın bir arada uygulanması kolay değildir. Diğer yandan ortak girişim ortakları, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Anlaşmasına taraf ve bu anlaşmayı onaylayan devletlerin tabiiyetinde iseler bu takdirde verilen hakem kararları kamu düzenine aykırı olmamak ve uyuşmazlık konusunun tahkime gitmeye uygun bulunması kaydıyla tenfiz edilebilir.⁶³

1.3.2.5. Temel Sözleşmedeki Şirketler ve Borçlar Hukukuna İlişkin Unsurlar

Temel sözleşmede yer alan hususlar incelendiğinde, hem adi ortaklık sözleşmesindeki unsurlara, hem de borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin kurallara rastlanmaktadır. Bu durumda, temel sözleşmenin hukuki niteliğinin bir adi şirket mi, yoksa kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşme türlerinden birisi mi olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya verilecek cevap, borca aykırı davranışlar veya sözleşmenin devamı ve sona ermesi nedeniyle uygulanacak kurallarla yakından ilişkilidir.⁶⁴

1.3.2.5.1. Temel Sözleşmedeki Şirketler Hukukuna İlişkin Unsurlar

Özel hukuk anlamında şirketin genel tanımı⁶⁵ TBK. m. 620'de verilmiştir. Buna göre; “adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”. Bu tanıma göre şirketin unsurları şunlardır:

- Sözleşme unsuru (Sözleşme temeline dayanma),
- Şahıs (kişi) unsuru (Birden çok şahsın birleşmesi),

⁶² Dayınlarlı, a.e., s, 113.

⁶³ Baptista, L. O., Durand Barthez, P., a.e., s. 86.

⁶⁴ Kaplan, a.e., s.10.

⁶⁵ Poroy (Tekinalp\Çarnoğlu), a.e., s.14.

- Müşterek amaç unsuru.

Ortak girişim ile ilgili temel sözleşme bu unsurlar açısından değerlendirildiğinde, şu hususlar tespit edilir :⁶⁶

- Temel sözleşme, kural olarak yazılı bir sözleşmeye dayanır. Bu unsur ortak girişim temel sözleşmesinde de bulunmaktadır.

- Ortak girişimin temel sözleşmesi, birbirinden iktisadi ve hukuki açıdan bağımsız en az iki gerçek veya daha fazla tüzel kişiler arasında imzalanır. Bu nedenle birden çok şahsın birleşmesi unsuru da temel sözleşmede gerçekleşmiş bulunmaktadır.

- Ortak girişimin temel sözleşmesinde taraflar, açık veya zımni iradeleriyle müşterek bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmektedirler. Temel sözleşmede, taraflar arasında müşterek iş ortaklığının kurulmasına ilişkin taahhütleri içeren hükümler vardır. Bu hükümler, şirketin hukuki biçimi, amacı, merkezi ve sermaye yapısına dair kuralları içerebilir. Bu durumda temel sözleşme, adi ortaklık hükümlerinin uygulandığı, kuruluş halinde şirket niteliğindedir.⁶⁷Kuruluş halindeki sermaye şirketlerinde, tüzel kişilik kazanılıncaya kadar kurucular arasında teşekkül eden ortaklığa adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır.⁶⁸Temel sözleşmede düzenlenen, tarafların müşterek iş ortaklığını birlikte yönetme ve temsil etme iradeleri, kararların alınmasında öngörülen toplantı ve karar yeter sayıları, kar ve zararın dağıtımına ilişkin hükümler, bu temel sözleşmenin adi ortaklık niteliğinde olduğunu göstermektedir.⁶⁹

1.3.2.5.2. Temel Sözleşmedeki İki Tarafa Borç Yükleyen Borçlar Hukuku Sözleşmelerine İlişkin Unsurlar

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, alacaklıya sözleşmede öngörülen edimleri gereği gibi zamanında ve yerinde ifa etmeyi taahhüt eder. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, şirket sözleşmelerinin tersine, müşterek bir amaç söz konusu değildir. Taraflar edimlerini karşılıklı olarak ifa ederler. Şirket sözleşmelerinde ise taraflar edimlerini belli bir müşterek amaca ulaşmak için birleştirir. Borç sözleşmelerinde tarafların menfaatleri arasında zıtlık şirket sözleşmelerinde ise

⁶⁶ Kaplan, a.e., s.10.

⁶⁷ Kaplan, a.e., s. 11.

⁶⁸ Poroy (Tekinalp\Camoglu), a.e., s. 15.

⁶⁹ Kaplan, a.e., s.11.

paralellik ve müştereklik vardır. Temel sözleşmedeki borçlar hukukuna ilişkin unsurlara örnek olarak şunlar verilebilir:⁷⁰

- Temel sözleşmede, tarafların kurulacak müşterek iş ortaklığından pay alma, müşterek iş ortaklığına emek ve sermaye koyma yükümlülükleri, karşılıklılık arz eden edimlerdendir.

- Temel sözleşmedeki tarafların kurulacak müşterek iş ortaklığına imalat yapma, malzeme temini, ödünç para verme, lisans ve know-how temin etme yükümlülüklerini içeren ön sözleşmeler, tarafların birbirleri lehine tanıdıkları payların önalımı, alımı ve geri alımı sözleşmeleri, birer borçlar hukuku sözleşmeleridir.

Bir sözleşmedeki borçlar; asli borçlar ve yan borçlar olmak üzere iki grupta toplanır. Asli borçlar, sözleşmenin tipini ve türünü belirleyen, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu birinci derecedeki asli edimlerdir.⁷¹ Yan borçlar ise, asli edimin ifasını kolaylaştıran ve onun istenilen nitelikte olmasını sağlayan tali, ikinci derecedeki edimlerdir. Temel sözleşmedeki borç sözleşmeleri niteliğindeki taahhütler, yan edim niteliğindedir. Yani temel sözleşmenin hukuki niteliğini belirlemede etkilerinin ağırlığı bulunmamaktadır.⁷²

1.3.2.6. Temel Sözleşmenin "Adi Ortaklık" Niteliği

Temel sözleşmenin içeriğinde hem şirket sözleşmesine hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmeye has kurallar ve unsurlar bulunmaktadır. Ancak şirket sözleşmesiyle ilgili kurallar ve unsurlar daha ağır basmaktadır.

Temel sözleşmedeki Türk Borçlar Hukuku'na ait ifa yükümlülükleri değiş tokuş niteliğinde olmayıp, daha çok ortaklık yükümlülüğü karakterini taşımaktadır.⁷³ Ayrıca şirket sözleşmesinde ortaklara ait borçlandırıcı yükümlerinin varlığı onun iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirmez.⁷⁴

⁷⁰ Kaplan, a.e., s.12.

⁷¹ Örneğin, satım akdinde satıcının, satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti ona geçirme, alıcının satış parasını satıcıya ödeme, kira akdinde kiralayanın ödeyeceği bir para karşılığında bir şeyin kullanılmasını kiracıya terk etme, hizmet akdinde işçinin ücret karşılığında işverene belirli veya belirsiz bir süreliğine hizmet etme borçları birer asli edimdir.

⁷² Kaplan, a.e., s.12.

⁷³ Kaplan, a.e., s.12.

⁷⁴ Kaplan, a.e., s.13.

Doktrinde temel sözleşme hukuki niteliği itibariyle şirket sözleşmesi, yani "adi ortaklık" olarak nitelendirilmiştir.⁷⁵

Yargıtay da, verdiği bir kararda⁷⁶ somut olaydaki ortak girişimin sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin kurduğu bir ortaklık olduğunu belirtmiştir.

TBK. m. 620 fıkra 2'ye göre "Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa, adi ortaklık sayılır." Yani bu hükme göre, bir ortaklık, Türk Ticaret Kanunu'ndaki ortaklık tiplerinin niteliklerini taşııyorsa, adi ortaklıktır. Türk Hukuk sisteminde ortaklıklar için adi ortaklık veya ticari ortaklıklar dışında üçüncü bir şıkın olmadığı söylemek mümkündür.⁷⁷

Adi ortaklığın uygulama alanı çok geniştir. Yine bütün ön ortaklıklar, yani kurulmakta olan ve henüz tüzel kişilik kazanamamış ticaret ortaklıklarında ortaklar arasındaki ilişki adi ortaklıktır.⁷⁸

Daha önce de ifade edildiği gibi ortak girişime işin mahiyeti elverdiği ölçüde TBK. m.620-645'deki adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Durum böyle olmakla beraber ortak girişim ile adi ortaklık arasında bazı küçük farklılıklar da vardır. Mesela;

- TBK. m. 620 fıkra 1' deki adi ortaklığın tanımında amacın iktisadi olup olmadığı belirtilmemiştir. Buradan hareket ederek ortak amacın iktisadi olabileceği gibi ideal nitelikte de olabileceği sonucuna varabilir.⁷⁹ Yani adi ortaklıklar ideal amaçlar içinde kurulabilir. Oysa ortak girişimler uygulamada sadece iktisadi (kar elde etmek ve karı paylaşmak) amaçla kurulmaktadır.

⁷⁵ Dayınlarlı,a.e., s .179,185;Eren, a.e., s.50; Kaplan, a.e., s.13; Akyol, a.e., s.75, Oğuz Imregun, *Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları*, İstanbul 1968. s.32; Poroy Tekinalp-Carnoğlu, a.e., s.15; Tekinalp-Tekinalp, a.e., s.155. Ayrıca, hukukumuzda Kurumlar Vergisi Kanununda 4.12.1985 tarihinde yapılan değişikliğin gerekçesinde, joint venture'un adi şirket niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. sayısı, 357, s. 18.

⁷⁶ Yargıtay 13 HD., 20.10.1995, E. 9517761, K. 951833 1.

⁷⁷ Yaşar Karayalçın, *Şirketler Hukuku* II,2. Baskı, Ankara 1973.s.87.

⁷⁸ Poroy Tekinalp-Camoglu,a.e., s .42; Karayalçın, a.e., s.131,132; Ayrıca TMK. m. 55'e göre kanunen şahsiyet kazanması mümkün olmayan veya henüz şahsiyet kazanamamış bir şahıs topluluğuna adi şirket hükümleri uygulanır. Yine, birden fazla kimse tarafından meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil eder diyorsa bu eser sahipleri birliğine de adi ortaklık hükümleri uygulanır.

⁷⁹ Nitekim İsviçre hukukunda adi şirketin iktisadi olmayan gayeyi gerçekleştirmek, hatta kamuya faydalı bir hizmet için de kurulabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Karayalçın, a.e., s.126 dipnot (1)

- Adi ortaklıklar devamlı faaliyette bulunmak üzere kurulabileceği gibi, tek işler için de kurulabilir. Hatta TBK'nun adi ortaklığı düzenleyen 620 ve devamı maddelerine bakıldığında, adi ortaklık ile ilgili hükümlerin daha çok geçici nitelikte ve "tek iş"ler için daha uygun olduğu görülmektedir.⁸⁰ Ancak uygulamada ortak girişimler "tek işler için kurulurken, adi ortaklıklar sürekli bir ortaklık biçimindedir. Yani adi ortaklık belli bir işi yapıp sonuçlandırdıktan sonra ortaklığı sona erdirmek amacıyla kurulmazlar. Burada adi ortaklığın ortak girişimden farkı, süreklilik unsurudur.⁸¹

1.3.2.7. Temel Sözleşmeyi " Adi Ortaklık " Olarak Nitelendirmenin Hukuki

Sonuçları

Temel sözleşmeyi adi ortaklık olarak nitelendirmenin hukuki sonuçları şöyle özetlenebilir ;⁸²

- Tarafların temel sözleşmeden doğan borçlarına aykırı davranışlarında, Borçlar Kanunu'nun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin özellikle ödemezlik def'i, 98. maddesindeki, borçlunun borcu ödemekten aczi halinde alacaklının ifadan imtina ve teminat talebi ve akdi fesih hakkı, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının hakları, kusursuz imkânsızlık halinde borcun düşmesine dair hükümler uygulanmaz. Örneğin, temel sözleşmeyi imzalayan (A) ve (B) şirketlerinden (A), ortak girişim ile yapmayı taahhüt ettiği uydu sözleşmelerini yapmazsa, (B) şirket kendi taahhüt ettiği uydu sözleşmelerin imzalanmasını, TBK.'nun 97. maddesindeki ifade sırayı (ödemelik def ini) ileri sürerek reddedemez

- Temel sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde, tarafların (ortakların) alacağı kararlar için ilke olarak oybirliği gereklidir (TBK. m.624).

- Ortak girişim'e diğer ortakların onayı olmaksızın yeni bir ortak alınması mümkün değildir (TBK. m.632).

- Temel sözleşmenin sona ermesi hakkında, TBK.'nun adi ortaklığın sona ermesine ilişkin 639 vd. maddeleri uygulanır.

- Ortak girişim, temel sözleşme ile kurulmuş bulunan "adi ortaklığın " ortağı değildir. Zira adi şirketin ortağı olabilmek için, ortağın şirketin ortak amacının

⁸⁰ Nitekim Karayalçın da adi şirketin nispeten gerçekleşecek ve organizasyon gerektirmeyen müşterek iktisadi amaçlar için uygun bir şirket şekli olduğunu ifade etmiştir. Karayalçın, a.e., s.131.

⁸¹ Aydemir, a.e., s.36.

⁸² Kaplan, a.e., s.13.

gerçekleşmesinde olumlu bir katkısının bulunması şarttır. Oysa iş ortaklığı, adi ortaklığın amacının gerçekleşmesi için kurulmuştur. Bundan dolayı adi ortaklığa bağımlıdır ve adi ortaklığın ortak amacına ulaşmasında olumlu bir etkisi bulunmamaktadır.

1.3.3.Uydu Sözleşmeler (Tabi Sözleşmeler)

Ortaklar arasında temel sözleşmenin yapılmasından sonra farklı sözleşmelere ihtiyaç duyulabilir. Sonradan yapılan bu sözleşmelerde temel sözleşme, merkez kabul edilir ve hükümleri dikkate alınır. İşte bu yüzden de bu tür sözleşmelere uydu sözleşmeler denir.⁸³ Yani temel sözleşmenin etrafında birer uydu görünümünü almakta, bu sebeple "uydu sözleşme" olarak adlandırılmaktadır.⁸⁴ Amaçlananın gerçekleşmesi için ihtiyaç duyulan veya tarafların sorunları için yapılması gereken sözleşmelerdir.⁸⁵ Yani uygulamaya dökülen temel sözleşmede çıkan sorunların temel sözleşmeye aykırı olmayacak şekilde çözümü için yapılırlar.⁸⁶ Ortak girişimin kuruluşundaki hukuki temel, ortaklar arasında imzalanmış bulunan temel sözleşmedir. Uydu sözleşmeleri ise temel sözleşmesinin hükümleri çerçevesinde ortak girişim ile bunun ortakları arasında kurulmuş bulunan değişik içerikli sözleşmelerdir.⁸⁷

Uydu sözleşmeler günlük yaşamda lisan, patent, marka, teknik yardım, mühendislik, malzeme temini için ortaya çıkabilmektedir.⁸⁸ Her zaman yapılmamakla birlikte bazen birden fazla, birbirinden bağımsız fakat temel sözleşmeye bağımlı şekilde yapılabilmektedirler.

1.3.3.1.Temel Sözleşmeler İle Uydu (Tabi) Sözleşmeler Arasındaki Hukuki İlişki

Ortak girişim bir sözleşmeler paketi olduğuna göre, bunlar arasında hiyerarşik bir düzenin bulunması gerekir. Temel sözleşme taraf iradelerinin bir ifadesidir. Uydu (tabi) sözleşmeler ise temel sözleşme çerçevesinde oluşturulan anlaşmalardır. Temel sözleşme ile uydu (tabi) sözleşme arasında bir uyumsuzluk çıkabilir. Bu takdirde bu

⁸³ Dayınlarlı, a.e., s.110.

⁸⁴ Dayınlarlı, a.e., s.75.

⁸⁵ Akyol, a.e., s. 74.

⁸⁶ Akyol, a.e., s. 74.

⁸⁷ Kaplan, a.e., s.15.

⁸⁸ Kaplan, a.e., s.15 ; Tekinalp/Tekinalp, a.e, s.167 ; Yılmaz, a.e., s.485.

uyuşmazlığın, kural olarak temel sözleşmeye uyulmak suretiyle giderilmesi gerekir.⁸⁹ Fakat bu kuralın istisnaları da olacaktır. Örneğin şirket sözleşmesinde doğal olarak hâkim olan çoğunluk ilkesiyle, temel sözleşmede hâkim olan eşitlik ilkesi arasında uyumsuzluk meydana gelebilir. Bu durumda, temel sözleşme hükümlerine aykırı karar alınması mümkündür. Çünkü şirketler hukukundaki emredici hükümlerin aksi kararlaştırılmaz. Tarafların bu hükümlere kanunen uyma mecburiyeti vardır. Bu nedenle emredici hükümlere aykırı olan temel sözleşme hükümleri uygulama dışı kalır.⁹⁰ Uydu sözleşmeleri ile temel sözleşmeler arasındaki hukuki ilişkiyle ilgili bazı görüşler özetle şöyledir:⁹¹

- Uydu sözleşmelerinin yapılmasını öngören temel sözleşmedeki hükümler, uydu sözleşmeleri açısından bir ön sözleşme (sözleşme yapma vaadi) niteliğindedir ve hukuki açıdan uydu sözleşmelerinden bağımsızdır.

- Temel sözleşme ve uydu sözleşmelerinin taraflarının değişik şahıslar olması ve borç doğuran sözleşmelerin sadece taraflar arasında hüküm doğurması prensibi, her iki sözleşme grubunun genel olarak hukukten birbirinden bağımsız olduğunu gösterir.

- Genel olarak temel sözleşme, gerek ortak girişim sözleşmesi gerek uydu sözleşmeleri açısından, bir çerçeve niteliğindedir. Uydu sözleşmeleri ise temel sözleşmenin, uydu sözleşmelerinin yapılmasını öngören ve ön sözleşme niteliğinde olan hükümlerindeki hususların ayrıntılarını düzenleyen, hukuki bakımdan bağımsız birer sözleşmedir.

- Taraflar, her bir uydu sözleşmesinin bağlayıcılığını temel sözleşme gereğince diğer uydu sözleşmelerinin imzalanması şartına bağlayabilir.

- Taraflar arasında temel sözleşmenin varlığı, uydu sözleşmelerinin yapılmasının sebebi ve temelidir. Örneğin, patent, marka lisans sözleşmesi niteliğindeki uydu sözleşmelerinin yapılması taraflar arasındaki ortak işin getirdiği ortaklıktan kaynaklanmaktadır. Temel sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz sayılırsa, ortak “sözleşmenin lüzumlu vasıflarında hata” sebebiyle iptalini talep edebilir.

⁸⁹ Dayınlarlı, a.e, s.75.

⁹⁰ Dayınlarlı, a.e., s.78.

⁹¹ Kaplan, a.e., s.15-17.

- Uydu sözleşmelerinin kendi aralarındaki hukuki ilişkileri bakımından, ortak girişim ile veya ortaklardan her biri ile bağımsız olarak yapılan bu sözleşmeler, kural olarak birbirinden bağımsız iki tarafa borç yükleyen, Borçlar Kanunu'nun özel ve genel hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Ancak, somut olayın özelliklerinden kaynaklanan istisnalar da mevcuttur.

1.3.3.2.Ortak Girişime Tahsis Edilen Vasıtalarla İlgili Uydu Sözleşmeler

Tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortak girişime çeşitli şekillerde vasıtalar temin edilmektedir. Ortak girişimin emrine personel tahsis etme, malzeme, makine veya yer kiralama, finansman sözleşmeleri, teknoloji transferi, hammadde veya parça temin sözleşmeleri ortak girişimin ürünlerini alım ve satım için çerçeve sözleşmeleri, dağıtım sözleşmeleri, ortak girişimin işleteceği tesisleri inşa için sözleşmeler yapma bunlar arasında sayılabilir. Bu sözleşmeler, klasik türdeki sözleşmelerdendir.⁹²

Tabi sözleşmeler içinde özel, ayrı bir sözleşme de yatırım sözleşmesidir. Bu sözleşme vasıtasıyla misafir olunan ülkenin hükümeti, yatırımcıya döviz hukuku açısından karların kendi ülkesine transfer edilebilmesi ve aynı zamanda kamulaştırmadan koruma ve alt yapı önlemleri konusunda belirli garantiler vermektedir. Yatırım tasarımının çerçeve koşulları konusundaki böylesi bir yatırım sözleşmesi münferit durumlarda daima bir ortak girişim tasarımını garanti etmek zorunda değildir. Bu, çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerdeki ortak girişimlerde görülür. Bu ülkelerde yatırımcı, misafir olunan ülkenin hükümetiyle sözleşme vasıtasıyla döviz, vergi, iş, kartel, şirketler hukukundaki değişikliklere karşı haklarının korunmasına ilişkin garantiler ister.

1.3.3.3.Piyasa Yapısı

1.3.3.3.1.Pay Sahipliği Bakımından Piyasa Yapısı

Ana şirket ve tabi şirket ilişkisinde, tabi şirketin yönetiminde söz sahibi olmak için gerekli olan pay sayısı ile bunu fiilen elinde bulunduran ortak sayısının önemi büyüktür. Tabi şirketin, piyasadaki durumu, tabi şirketin paydaşlarının özellikleri ile yakından ilgilidir ve pay sahipliği bakımından tabi şirket, payları tek elde toplanmış tabi

⁹² Dayınlarlı, a.e., s.97.

şirket, müştereken sahip olunan tabi şirket ve ortak girişim şirketi olarak üçe ayrıştırılarak incelenebilir.⁹³

-Tek Sahipli Tabi Şirket: Tabi şirketin, bütün paylarının ana şirkete ait olması durumunda, tabi şirketin kontrol ve denetimi ana şirketin elinde olacaktır.⁹⁴ Bu yetkiyi kısıtlayacak ne fiili, ne de hukuki bir engel vardır. Tabi şirketin, ana şirketi ile bağı, ana merkez ile herhangi bir bürosundan farklı değildir. Uluslararası ticari hayatta oldukça sık karşılaşılan ana şirket, tabi şirket uygulaması, milli sınırlar ulusal hukuk gibi etkenlerin zorlaması ile ortaya çıkmaktadır.⁹⁵ Payları tek elde toplanmış tabi şirket de hukuken bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen sermaye bakımından aynı ekonomik birime dâhil olması sebebi ile ana şirketin mutlak denetim ve kontrolündedir.⁹⁶

-Tabi Şirketin Paylarının Birden Fazla Kişi Elinde Toplanması Durumu: Şirketin paylarının birden fazla kişi elinde toplanması halinde çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir. Şirket paylarının kişiler arasında dağılımı, yönetimi elinde tutacak kişiyi ya da kişileri belirler.

İlk varsayımda, ana şirket, tabi şirketin paylarının yarısından azına sahiptir. Ancak, diğer paylar da farklı kişiler arasında dağılmıştır. Hiç kimse tek başına yönetimi kontrol edecek pay sayısına sahip değildir. Payların blok halinde oylanması engellenebildiği oranda, şirketin kontrolü ana şirketin elindedir.⁹⁷ Oyların gruplaşmasının önlenmediği veya önlenemediği durumlarda, tabi şirketi kontrole yönelik faaliyetler, ana şirketin kontrolü ele geçirmesini zorlaştırır.⁹⁸ Dağınık halde bulunan payların birleşmesi sonucu, çoğunluk payı haline gelmesi, kontrolün yapısında nitelik değişimine ve ana şirket ile tabi şirket arasındaki bağımsızlığın azalmasına neden olabilir.

⁹³ Areeda, *Antitrust Law*, c. VII, s. 224.

⁹⁴ Hayek, *The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It and Will It Be Run? Business Strategy*, Ansoff edition, Middlesex, 1973, s. 235.

⁹⁵ Townsend, *Extraterritorial Antitrust: The Shearman Act and American Business Abroad*, Boulder, 1980, s. 269.

⁹⁶ Swann, *Competition and Consumer*, s. 264.

⁹⁷ Areeda, *a.e.*, s. 269.

⁹⁸ Hermann, *Corporate Control, Corporate Power*, Cambridge, 1982, s. 17, 18.

Ana şirketin, payların çoğunluğuna sahip olması ve diğer payların da halka açık olması durumunda ise, ana şirket açısından güvenli bir durum söz konusudur. Bu varsayımda, tabi şirketin kontrolü ele geçirme faaliyetlerine, çoğunluk paylarının tabi şirket elinde bulunması sebebi ile rastlanmayacaktır.⁹⁹

Payların yarısından fazlasına sahip olma ile tabi şirketin kontrol ve yönetimi ana şirketin eline geçmiştir. Ancak, ana şirketin de aynı şekilde bir başka şirketin yönetiminde olması mümkündür. Bu süreç defalarca tekrarlanarak, piramitleşme yolu ile şirketlerin yüzde ellibirine sahip olunarak şirketler arası kontrol imkânına sahip olunabilir. Ana şirketin oydan yoksun paylar çıkarması, imtiyazlı paylar yaratması ile bu süreç hızlandırılabilir.¹⁰⁰

Piyasada egemen güç haline gelmeye yönelik olması ve yerel pay sahiplerinin haklarını tehlikeye sokması, ülkelerin genel azınlık pay sahiplerini korumak için çok uluslu şirketlerin kontrol haklarını sınırlamaya itebilir.

Payların az sayıda gerçek veya tüzel kişi elinde toplandığı durumlarda, değişik çıkarlar söz konusudur. Bu çıkarlardan bazıları, birlikte sahip olunan tabi şirketin kontrolünde daha etkin olabilmek, tabi şirketin faaliyet gösterdiği piyasa ile ilgileri oranında, nitelik bakımından benzer ve aynı yönde karara katılma yetkileri vardır. Bütün ortakların, tabi şirketin faaliyet gösterdiği piyasa ile ilgili olmaları halinde, ortak girişim şirketine benzer bir durum ortaya çıkar. Ancak, tabi şirketin kontrolü ve amaçlarına ilişkin uyuşma mevcut olmadığı için, birlikte sahip olunan tabi şirket ortak girişim şirketinden ayrılır. Thompson-Brand olayında¹⁰¹, Fransız kamu iktisadi kuruluşu niteliğindeki Thompson-Brand elektronik aletler üreticisi, zor durumda bulunan Batı Alman Grundig şirketinin paylarının çoğunu satın alması durumudur. Ancak, Grundig pay senetlerinin yüzde yirmidörtbuçluğu aynı piyasada faaliyet gösteren çok uluslu başka bir şirketin, Philips'in elindedir. Philips ve Thompson arasında anlaşma gerçekleşmediği takdirde, Grundig fiilen Thompson'un tabi şirketi durumuna girmesine rağmen Philips'in Grundig'in elektronik piyasasındaki gücü ve Grundig'in önemli pay

⁹⁹ Areeda, *a.e.*, s. 268.

¹⁰⁰ Berle - Means, s. 69; Samuelson, s. 101.

¹⁰¹ The Economist, c. 285 No. 7264, 11/10/1982, 73. Alman Kartel Bürosu anlaşmaya izinvermemiştir. Gene de farazi örnek olarak kullanılmıştır.

sahiplerinden biri olması, Thompson'un tabi şirketi üzerindeki kontrolünü hukuken olmasa bile, fiilen kısıtlayacaktır. Philips, pay sahibi durumunda olduğu Grundig ile rekabet ederek, Thompson'un amaçlarını elde etmesini engelleyebilir. Thompson'un Grundig'in kontrolünde takip edebileceği bir diğer yol ise, Philips ile tabi şirketin kontrol ve amaçları konusunda anlaşmaktır. Bu durumda da ortaya bir ortak girişim şirketi çıkar.

-Ortak Girişim (Joint Venture) Şirketi: Ortak girişim şirketi ile birlikte sahip olunan tabi şirket arasındaki temel fark, ilkinde ana şirketler arasında ortak girişim şirketinin amacı, idaresi ve kontrolü hususunda bir anlaşmanın bulunmasına karşılık, ikincisinde ana şirketler arasındaki ilişkinin sadece pay sahibi olmaktan ibaret olmasıdır.¹⁰² Ana şirketler arasındaki bu anlaşma, ortak girişim şirketinin amacını belirlediği gibi bu amacın ana şirketlerin amacından farklı, ancak her iki şirketin amacının toplamı şeklinde oluşmasını sağlar.¹⁰³

Ortak girişim şirketi, iki anlaşmadan oluşur. Bunlardan ilki ana şirketler arasındaki ortak girişim sözleşmesidir. Bu ana şirketlerin, belirlenen bir amacı gerçekleştirmek için olanaklarını birleştirmeğe yönelik bir anlaşmadır.¹⁰⁴ İkinci anlaşma ise, birincisi ile beraber, aynı sözleşme içinde yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilir. Bu ikinci sözleşmenin konusu, ortak girişim şirketinin kontrolü ve idaresine ilişkindir. İkinci hususta anlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda ortak girişim şirketinden söz edilmez.

Ortak girişim şirketinde kontrol ve idare yetkisi, pay sahipliğinden değil, pay sahipleri arasındaki anlaşmadan doğmaktadır.

Ana şirketlerin, yeni bir piyasada başarısız olma riski azaltıldığı ya da yeni bir yatırımın giderlerinin tek bir şirket tarafından karşılanmasının zor olduğu durumlarda, ortak girişim şirketinin, ticarete olumlu katkıda bulunduğu kabul edilebilir. Ancak, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin arasında pay sahipliğinden doğan tabiyet ilişkisi, diğer tabi şirket uygulamalarındaki kadar güçlü olmamakla beraber, gene de mevcuttur.

¹⁰² Lang, *Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition*, s. 16; Ritter - Overburry, *An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under the EEC Rules on Competition*, 14 cmlrev. 607 (1977).

¹⁰³ Ritter - Overburry, *Joint Ventures*, s. 607.

¹⁰⁴ Rahl, *Common Market and American Antitrust*, s. 181.

Bu da, ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasında rekabetin oluşmasını önler. Ayrıca ortak çıkar uğruna, ana şirketler arasındaki rekabetin azalması da her zaman söz konusudur.

1.3.3.3.2.Kontrol ve Yönetim Bakımından Piyasa Yapısı

Piyasa yapısının firmaların kontrol ve yönetimi bakımından incelenmesinde, pay sahipliği ikinci planda kalmakta ve ana şirket ve tabi şirket arasındaki ilişki tesbit edilmeğe çalışılmaktadır. Kontrol ve yönetim kriterleri, ortak girişim şirketi için olduğu kadar tabi şirketler, hatta çok uluslu şirketler ve holding şirketler için de geçerlidir. Ticari hayatta iki tür şirket organizasyonunun varlığından söz edilebilir. Bunlar, merkezi yönetim ve bölümlü yönetim şekilleridir.¹⁰⁵

Merkezi yönetim şekli, klasik yönetim şeklidir ve diğerine göre daha eskidir. Şirket yönetimi, fonksiyon üniteleri (üretim, pazarlama, dağıtım, vs.) esasına dayanır. Bütün üniteler birbirlerine bağımlıdır. Yönetme ve karar verme hakkı pay sahibi olmanın doğal sonucu olarak kabul edilir. Fonksiyon birimleri hiyerarşik düzen içinde kendi görevlerini yerine getirirken, şirketin yönetiminde ve geleceğe ilişkin karar almakta tek yetkili, merkez idari kadrodur. Küçük ve orta büyüklükte ticari işletmelerin yönetiminde gözlenen merkezileşmiş idare sistemi, fonksiyon birimleri çok çeşitli olan, ortak girişim şirketi ve tabi şirket yönetimlerinde yetersiz kalır.

Merkezi yönetim sistemindeki fonksiyon esasına göre ayrılan birimler yetki ve görev ile donatılarak bağımsız teşebbüsler haline getirilmişlerdir.¹⁰⁶ Bu yönetim biçiminde merkezi idare bütün grup için genel plan yapmak durumunda ise de, genel ilkeler çerçevesinde yönetim ve karar vermek yetkisi bağımsız bölümlere verilmiştir. Bağımsız bölümlere verilen yönetmek ve karar almak yetkileri ile merkez yönetime karşı başarısızlıktan sorumlu olmak olgusu tabi şirketi ana şirketten bağımsız davranmaya iter. Grup içindeki bağımsız bölümler, tabi şirket, ortak girişim şirketi, bir holdinge bağlı şirketler ya da tüzel kişiliği olmayan ekonomik bakımdan bağımsız bölümler olabilir.

¹⁰⁵ Vagts, *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*, 83 Hlr 751 (1970).

¹⁰⁶ Caves, a.e., s. 74.

1.4.TÜRLERİ

İş hayatının ihtiyaçları neticesinde doğan ortak girişim sözleşmelerine uygulamada birçok sahada rastlanmaktadır. Örneğin, petrol ve maden işletmeciliğinde, müşterek araştırma ve imalat alanlarında bankaların gruplaşmalarında, inşaat sektöründe, yatırım alanlarında çeşitli ortak girişimlerle karşılaşılabilir. Ortak girişimin karmaşık görüntüsü içerisinde benzerlikler kurmak ve bunları sınıflandırmak oldukça zordur. Bu da ortak girişimlerin çeşitliliğini ve uygulama imkânlarının genişliğini göstermektedir. Ortak girişim ortaklarının tabiiyetlerine, kuruluş şekillerine göre tasniflere tabi tutmak mümkündür.

1.4.1.Ortaklarının Tabiiyetine Göre

1.4.1.1.Ulusal Ortak Girişimler

Ulusal ortak girişimler ile kastedilen, aynı ülke tabiiyetinde olan en az iki gerçek veya tüzel kişinin oluşturduğu ortak girişimlerdir. Bunlar sık rastlanılan ve önem taşıyan ortak girişim sözleşmesi türleridir.

1.4.1.2.Uluslararası (Karma) Ortak Girişimler

Uluslararası ortak girişimlerde taraf şirketlerden en azından bir tanesi misafir olunan ülkeden, diğeri veya diğerleri ise bu ülke dışından bir tabiiyete sahip olan şirketlerdir. Bu türdeki ortak girişimler doktrinde en çok ilgi çeken ve çoğu zaman ortak girişim şirketleri denildiği zaman ilk akla gelenleridir. Uluslararası ortak girişimlere karma ortak girişimler de denilebilir. Ancak yaygın kullanım şekli "Uluslararası Ortak Girişim" dir.

Ülkemizde ortak girişim denildiği zaman ortaklardan en az birisinin yabancı uyruklu olduğu yeni bir ortaklık anlaşılmaktadır. Türk hukukunda bu tarzda anlaşıldığı şu şekilde ifade edilmiştir:¹⁰⁷ "5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı Kanun ile değiştirilen 18. maddesinin gerekçesinin incelenmesinden bu sonuca varılmaktadır.¹⁰⁸ Gerekçede Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik

¹⁰⁷ Dayınlarlı, a.e., s. 178-179.

¹⁰⁸ Madde 3- Kurumlar Vergisi Kanununda yapılan değişikliklerin nadde gerekçesi: 1) Bu hükümlerle, Kanunun birinci maddesine "iş ortaklıkları" eklenmektedir. Türkiye'nin dış dünya ile olan ekonomik ilişkilerinin artması sonucu iş ortaklığı (joint venture) şeklindeki kuruluşların sayısı giderek artmaktadır. Bu kuruluşlar kazancı paylaşmak amacıyla kurulan ortaklıklar olup, belli bir işin yapılmasını müştereken taahhüt etmektedirler. Diğer bir anlatımla her ortak işin belli bir bölümünün yapımını taahhüt etmeyip (konsorsiyum) topluca işin tamamını müştereken yapacaklarını taahhüt etmektedirler. Şahıs şirketleri veya gerçek kişilerin kurumlarla veya kurumların kendi aralarında oluşturdukları bu tür ortaklıklar

ilişkilerinin artması sonucu ortak girişim şeklindeki kuruluşların giderek yaygınlaştığına işaret edilmiştir. Bu da kanun koyucunun yabancılarla kurulabileceğini kabul ettiğini gösterir. Esasen kanun koyucu yabancı yatırımcıların ortak olarak katılacağını düşünmese idi, gerekçede böyle bir ifadeye yer vermezdi."

Gerekçedeki ifade böyle olmakla beraber, gerek KVK'nda gerek Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde, aralarında hiç yabancı ortak bulunmayan Türk şirketlerinin KVK'nun mükerrer 6. maddesinde tanımlanan iş ortaklığı niteliğinde bir ortak girişim kurmalarını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyimle Türk hukukunda, ortaklarından en az birisinin yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi olması zorunluluğu yoktur.

Ülkemizde uluslararası ortak girişim şeklinde faaliyet gösterenlere sıkça rastlanmaktadır. Sabancı ve Toyota'nın otomotiv imalat sektöründe oluşturdukları "Toyota SAW" ülkemizden verilebilecek bir örnektir.

Uluslararası ortak girişimler genellikle, büyük miktarda finansman gerektiren ve halkın refahı, sağlığı ve güvenliği için yapılan büyük projelerin gerçekleşmesine hizmet ederler. Bu nedenle genelde ülkenin resmi bir müessesesi ortak olur. Örneğin ülkemizde faaliyet gösteren ve bir süre öncesine kadar F-16 Savaş uçaklarının imalatı ile uğraşan "TAI" bu türde faaliyet gösteren bir ortak girişimdir.¹⁰⁹ Uluslararası ortak girişimlerin, devletlerarasında yapılan ortak girişim sözleşmeleri ve devletlerle özel kişiler arasında yapılan ortak girişim sözleşmeleri olarak ikiye ayrılması mümkündür.

1.4.1.2.1.Devletler Arasında Yapılan

Devletlerarasındaki ortak girişimlerde tarafların niteliği gereği şu iki husus göz önünde bulundurulmalıdır. Birincisi; ortakları arasında varılacak bir sözleşme metni ile müşterek şirketin teşkilatının düzenlenmesidir. İkincisi ise devletlerarası ilişkilerde tam eşitlik ilkesine riayet etme zorunluluğudur.¹¹⁰

yürürlükteki mevzuatımıza göre adi ortaklık sayılmaktadır. Bu durum vergileme açısından büyük problemler çıkarmaktadır. Bu tür kuruluşları vergi mevzuatı açısından disiplin altına almak amacıyla bu ortaklıkların kurumlar vergisi kapsamına alınması öngörülmüştür. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi S. Sayısı 357, s.18.

¹⁰⁹ Başartan, Nesrin, İşletme Birleşmelerinde Joint Venture, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, İşletme Ana Bilim Dalı, Ankara 1994. s. 107.

¹¹⁰ Dayınlarlı, a.e., s. 65.

Devletler oluşturacakları bir ortak girişimden kısa sürede kazanç elde etmek yerine, milli ekonomilerinin veya kamu hizmetinin gelecek yıllar içinde gelişmesi amacını güderler.¹¹¹ Devletlerarasında oluşturulan bir ortak girişim başlıca şu özelliklere sahiptir.¹¹²

-Oluşumundaki Özellik: Her şeyden önce devletlerarasındaki böyle bir işbirliği bir antlaşmaya dayanır. Çoğu kez bu antlaşma, akit devletler arasında belli bir işin gerçekleştirilmesi için bir ortak girişim kurulması amacı ile yapılmış bir sözleşmeden ibarettir.

-Ortak Girişimin Tipindeki Özellik: Devletlerarasında oluşturulan ortak girişimlerde tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan ortak girişim tiplerine rastlanır. Ancak uygulamada daha çok ilgili devletler tarafından bu iş için kurulan, tüzel kişiliği bulunan bir ortak girişim oluşturulur.

-Uyuşmazlıkların Çözümündeki Özellik: Özel kişiler arasında oluşturulan ortak girişimlerde çoğu kez bundan doğacak uyuşmazlıkların çözümü için, tahkime müracaat edileceği kararlaştırılır. Fakat birçok hukuk düzeninde devletin tahkim yoluna başvurması çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde en doğal yol, Milletlerarası Adalet Divanı'na başvurmaktır. Uygulamada devletlerarasında yapılan birçok ortak girişimde, uyuşmazlıkların çözümü için bu yola başvurulacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

1.4.1.2.2.Devletlerle Özel Kişiler Arasında Yapılan

Bu tür ortak girişimlerde devletin taraf sıfatının bulunması az veya çok kamu hukuku kurallarının uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle ortak girişimin tümüyle serbest iradeye dayanan düzeni yanında, kamu hukuku kurallarının uygulanması, bir takım sorunların ortaya çıkmasına yol açabilir.

Devletle özel kişiler arasında kurulan ortak girişimlerin tabi oldukları hukuk düzenlerinde aşağıdaki hususların bulunduğu görülmektedir.¹¹³

- Amacına ulaşabilmesi için devletin ekonomide ağırlığı vardır.

¹¹¹ Dayınlarlı, a.e., s. 36.

¹¹² Dayınlarlı, a.e., s. 37-39.

¹¹³ Dayınlarlı, a.e., s. 70.

- Devlet, ancak kanun koyucu buna izin veriyorsa veya yürürlükteki mevzuat buna müsait ise, kurabilir.

- Sözleşmeye dayalı faaliyetlere hâkim olan kar elde etme amacı, devletin faaliyetlerinde tali bir amaçtır.

1.4.2.Kuruluş Şekli Bakımından Ortak Girişim

1.4.2.1.Geleneksel (Salt Sözleşmeye Dayalı) Ortak Girişim

Ortak girişimlerin bir türü sözleşmeye dayalı olarak ifade edilmektedir.¹¹⁴ Fakat normalde her ortak girişimin kurulmasının temeli, bir sözleşmeye dayanmasıdır. Bu yüzden sözleşmeye dayalı ortak girişim ifadesi doğru bir tanımlama olmamakla birlikte genelde bu şekilde ifade edilmektedir.¹¹⁵ Sözleşmeye dayalı denmesinin asıl amacı sermayeye dayalı sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlamaktır. Sözleşmeye dayalı ortak girişimde sermayeye gerek duyulmamakta, sadece sözleşmenin yapılması ve katılma payları önem arz etmektedir. Geleneksel ortak girişim olarak ifade edilen bu tür gerçek anlamda ortak girişimdir.

Geleneksel¹¹⁶ ortak girişimler adi ortaklık şeklinde kurulabilmesinden dolayı ticaret şirketi olması gerekmektedir.¹¹⁷ Ortakların, ortak bir amaca ulaşmak için emek ve katılma paylarını birleştirmeleri yeterlidir. Katılma payı, para dışında farklı şeyler olabilir. Bilgisayar programı, personel, atölye katılma payı olarak getirilebilir. Kısaca sözleşmeyle üstlenilen katkıdır.¹¹⁸ Ortak girişimin bu türünde doğrudan tarafların kendi katkıları, emekleri ile amaca ulaşmaya çalışılmaktadır.

1.4.2.2.Sermayeye Dayalı Ortak Girişim

Sermayeye dayalı ortak girişimler de sözleşmeyle yapılırlar. Öncelikle ortak girişim sözleşmesi yapılır. Sözleşme ile amaçlanan ne ise gerçekleştirmek için bir şirket kurarlar ya da kurulu bir şirkete katılırlar.¹¹⁹ Sermayeye dayalı ortak girişimlerde asıl olan amaçlarını gerçekleştirmek olduğundan bunu bir şirket kurarak ya da başka bir şirkete katılarak gerçekleştirirler.

¹¹⁴ Tekinalp/Tekinalp,a.e., s.156 ; Kaplan, a.e., s.3 ; Dayınlarlı, a.e., s. 227 ; Akyol, a.e., s.79 .

¹¹⁵ Tekinalp/Tekinalp, a.e., s.156 ; Kaplan, a.e., s.3 ; Akyol, a.e., s.79 .

¹¹⁶ Barlas, a.e., s.193.

¹¹⁷ Tekinalp/Tekinalp,a.e., s.156 ; Akyol, a.e., s.79 ; Kaplan, a.e., s.3 ; Barlas a.e., s.193.

¹¹⁸ Barlas, a.e., s.32 ; Aynur Yongalık, *Adi Şirkette Sermaye Payı*, Ankara 1991, s.37-39.

¹¹⁹ Barlas, a.e., s.198 ; Yılmaz, a.e., s.477 .

Ticaret şirketli ortak girişim, salt sözleşmeye dayalı ortak girişim ile karşılaştırıldığında daha karışık bir yapıya sahiptir. Taraflar ilk adımda aralarında bir sözleşme hazırlayarak adi şirket, ikincisinde ise ticaret şirketi kurar veya var olana katılırlar. Kurdukları veya katıldıkları bu şirket için yavru şirket, müşterek yavru ortaklık, ortak işletme ifadeleri kullanılmaktadır.¹²⁰ Fakat bu ifadelerin kullanımına pek rastlanılmaz.

Ortak girişim ortakları, sözleşme hangi ülkede yapılıyor ise o ülkenin hukukunda bulunan şirket tiplerine uygun bir şirket kurmalı ya da katılmalıdırlar. Türkiye’de TTK.’na göre kurulabilecek şirket türleri; kollektif, komandit, anonim, limited olabileceği gibi kooperatif de olabilir.¹²¹ Ortak girişimin amaçlarını gerçekleştirmek için kurulan bu şirket genelde anonim ve limited şeklindedir. Şirketin kurulmasından önce yapılan ortak girişim sözleşmesi sadece taraflar arasında hüküm ifade ederken ticaret şirketi üçüncü kişilerle de muhatap olmaktadır.¹²²

Sermayeye dayalı olması demek her ortağın sermaye koymasını gerektirmemektedir. Bir ortak sermayesini koyarken diğer ortak da emeğini, becerisini koyup ortak amaca ulaşmaya çalışırlar.¹²³

Ticaret şirketlerinin hukuki ve ekonomik yönden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Başka bir ortaklığın yönetimine bağlı olmamalarına rağmen sermayeye dayalı ortak girişimler bunun bir istisnasını oluşturmaktadırlar. Söz konusu hâkimiyet tarafların temel sözleşme ile koyduğu hükümler aracılığıyla kurdukları ya da katıldıkları ortaklık üzerinde sağlanmaktadır.¹²⁴

1.4.3.Tedarik Ortak Girişim- Yönlendirici Ortak Girişim

Bazı ortak girişimlerde, amacın gerçekleşmesi için bir organizasyonun varlığı aranmakta iken bazılarında ise faaliyetlerin araştırma ve geliştirmeler ile yönlendirilmesi gerekmektedir. İşte bu yüzden de tedarik eden veya yönlendiren

¹²⁰ Barlas, a.e., s.196; Tekinalp/Tekinalp, a.e., s.169.

¹²¹ Kaplan, a.e., s.14.

¹²² Barlas, a.e., s.199.

¹²³ Akyol, a.e., s.80.

¹²⁴ Tekinalp/Tekinalp,a.e., s.167,168.

şeklinde bir ayırım yapılmıştır.¹²⁵ Tedarik eden ortak girişimlere barajları, yolları, otoyolları yapmak için oluşturulan ortak girişimler örnek gösterilebilir.¹²⁶

1.4.4.Yatay - Dikey Ortak Girişim

Ortak girişim ilişkilerinde, tarafların iş sahibiyle olan ilişkileri yatay ve dikey ortak girişim şeklinde bir ayırma tabi tutulmuştur. Taraflardan her birinin ayrı ayrı iş sahibi ile bir ilişkisi var ise buna yatay, sadece birinin ilişkisi var isede buna da dikey¹²⁷ ortak girişim denmektedir. Genellikle yatay ortak girişimlerle karşılaşmaktadır.¹²⁸ Her bir taraf işle ilgili olumsuz sonuçlardan müteselsilen sorumlu olduğundan ortaklardan birinin ölümü, iflası gibi haller sözleşmenin devamına engel olmayacaktır. Dikey ortak girişimlerde ise taraflardan sadece ilişki içinde olan taraf sorumludur. Fakat tabi ki sorumluluk esaslarını belirleyebilirler.

1.5.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ortak girişim sözleşmesinin hukuki niteliği denince, türlerinde belirtilen sözleşmeye dayalı ve sermayeye katımlı ortak girişimin ayrı ayrı ele alınması gerekecektir. Zira sermayeye katımlı ortak girişim, sözleşmeye dayalı ortak girişimden daha karmaşık bir yapıya sahiptir.

1.5.1.Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişimin Hukukî Niteliği

Sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin sade bir yapısı vardır. Sadece tarafların anlaşmasıyla oluştuğundan, bir adî ortaklık olarak nitelendirmek mümkündür¹²⁹. Dolayısıyla tarafların bir araya gelip, karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla ortak girişim kurulmuş olacaktır. Sözleşmeye dayalı ortak girişim adî ortaklık olarak nitelendirildiğinden ve adî ortaklıkta hiçbir şekil şartı aranmadığından sözleşme kurulmuş sayılacaktır¹³⁰.

¹²⁵ Ayırım için bkz. Akyol, a.e., s.80.

¹²⁶ Akyol, a.e.,s.80.

¹²⁷ Akyol, a.e.,s.80 .

¹²⁸ Akyol, a.e.,s.80 ; Dayınlarlı, a.e., s. 250 vd.

¹²⁹ Bu yönde bkz. Akkurt, Z./ Akgül, B.: “Joint Venture ve Konsorsiyum’un Türk Hukuku’ndaki Yeri”, YD. 2001, S. 4, C. XXVII, s. 737; Poroy/ Tekinalp/ Çamlıoğlu, a.e., s. 15; Barlas, a.e., s. 203.

¹³⁰ Yongalık, a.e., s. 7.

1.5.2.Sermayeye Dayalı Ortak Girişimin Hukukî Niteliği

Bu tür ortak girişimlerde karmaşık bir yapı söz konusudur. Çift sözleşme gibi gözükse de bu yapının ilk aşaması temel sözleşme, ikinci aşaması ise ortak girişim ortaklık türünü gösteren esas sözleşme ile uydu sözleşmelerdir. İlk aşamasını teşkil eden temel sözleşme çoğu kez adî ortaklık olarak nitelendirilmektedir¹³¹. İkinci aşama ise esas olan ortakların iradesi olup ortak amaçlarına ulaşmak için bir araç olarak ortaklık statüsünü belirleyen ve tali olan uydu sözleşmeleri kurarlar¹³². Burada dikkat edilmesi gereken amacın ne olduğunu tespit etmektir¹³³. Sermayeye dayalı ortak girişimlerde kanunda yer alan birkaç ortaklığın kanunda öngörülmeyen bir şekilde birleştirildiğinden dolayı, bu tür ortak girişimler nitelik olarak karma sözleşmeler olarak nitelendirilebilmektedir¹³⁴. Biğer yandan her ne kadar da birkaç sözleşmenin topluluğu gibi gözükse de, bir tek sözleşme vardır ve diğerleri talî statüdedir. Buradan hareketle sermayeye dayalı ortak girişim nitelik olarak adî ortaklık hükmün¹³⁵ olduğunu söylemek de mümkündür.

1.6.İÇ (ORTAKLARIN BORÇLARI)VE DIŞ İLİŞKİLER

1.6.1.İç İlişkiler (Ortakların Borçları)

Ortak girişim, uygulamada sözleşmeler paketi olarak karşımıza çıkar ve sözleşmeler birbirine bağlıdır. Ortaklar; iç ilişkilerini, TBK.'nun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişi haklarına aykırı olmayacak şekilde diledikleri gibi düzenleyebilirler. Ortak girişime TBK.'nun adi şirkete dair hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaklar arasındaki iç ilişkilerde de uyulması gerekli emredici hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin temel sözleşmede aynen yer alması zorunludur. TBK. 621 ile 636 maddeleri arasındaki ortaklar arası ilişki hükümleri ortak girişimlere de uygulanacaktır.

1.6.1.1.Sermaye Koyma Borcu (Katılım Payı)

Ortak girişim ortaklarının her biri, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa katılım payı koymak zorundadır (TBK.m.621/1). Getirmek zorunda oldukları katılım payı ise aksi kararlaştırılmadıysa ortaklık amacının gerektirdiği

¹³¹ Barlas, a.e., s. 204.

¹³² Tekinalp/ Tekinalp, a.e., s. 167.

¹³³ Barlas, a.e., s. 205.

¹³⁴ Akyol, a.e., s. 76

¹³⁵ Barlas, a.e., s.197.

önemde, nitelikte ve birbirine eşit olmalıdır (TBK.m.621/2). Getirilen katılım payları, bir şeyin kullandırılmasından oluşacaksa kira sözleşmesindeki; mülkiyetinden oluşacaksa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır (TBK.m.621/3).

Diğer yandan sermaye payı 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre ortak girişimin yabancı ortağı tarafından getiriliyorsa nelerin yabancı sermaye olarak gösterileceği hususu kanunun 2. maddesinde açıklanmıştır. Bununla beraber 25205 sayılı DYYK Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre yabancı yatırımcı TTK. m. 139 hükmünde açıklanan değerleri sermaye olarak gösterebilir.

1.6.1.2.İştirak Halinde Mülkiyet

Temel sözleşmede aksine hüküm yoksa veya öngörülmemişse ortaklar arasındaki ilişkiler adi şirketteki gibi iştirak halinde mülkiyet esaslarına dayanır. Ancak temel sözleşmede ortaklar, müşterek mülkiyet esaslarının geçerli olmasını kararlaştırabilirler.

Toplu mülkiyet türlerinden elbirliği mülkiyetinde ortaklar arasındaki ilişkiler TMK. m. 701, iştirak halinde mülkiyette ise TMK. m. 688 hükümlerine tabidir. Ortakların koydukları iştirak hisseleri ile şirketin devamı sırasında şirket adına kazanılan değerler şirket sözleşmesi dâhilinde iştirak halinde mülkiyet esaslarına göre ortaklara ait olur.¹³⁶

1.6.1.3.Kar ve Zarara Katılma

Ortak girişim ile elde edilen karın nasıl paylaşılacağı sözleşmede yer alacak hükümler arasındadır. Hesap döneminin başlangıcı ile son günü arasında aktifinde azalma varsa iş ortaklığı zarar etmiş, artma varsa kar etmiş sayılır. TBK. 622. maddesine göre, ortaklar işin niteliği gereğince şirkete ait olan kazançlarını aralarında paylaşmak zorundalar. Ortaklar, kar veya zararın aralarında ne suretle paylaşılacağını temel sözleşme ile kararlaştırabilirler. TBK. 623. maddesine göre, aksine sözleşme yoksa her ortağın kar ve zarardan hissesi sermayenin değeri ne olursa olsun eşittir. Bu kuralın istisnası TBK. 623/2 uyarınca sadece karın veya sadece zararın ne oranda paylaşılacağı belirlenmişse bu belirtilen kar ve zararın her ikisi içinde geçerlidir.

¹³⁶ Kalpsüz, T. *Adi Şirket Türk Hukuk Ansiklopedisi*, Cilt I, Ankara 1962 (Adi Şirket), s.210.

Ortaklar, katılma payı olarak sadece emeğini getiren ortağın, zarara katılmayıp sadece kazanca katılmasını kararlaştırabilirler (TBK.m.623/3).

1.6.1.4.Avans ve Masraflara Katılma

Ortak girişim, ortaklardan birinin ortak girişim için yaptığı masraflardan ve yüklendiği borçlardan sorumludur. Ortak girişime avans olarak para veren ortak TBK. m. 627/2 hükmüne göre; verdiği günden başlamak üzere faiz isteyebilir. Fakat yükümlü olmadığı halde ortaklık işleri için emek vermiş olan bir ortak, hakkaniyetin gerektirdiği bir karşılık ödenmesini isteyebilir (TBK. m. 627/3). Ortak girişimden alacaklı olan ortaklara yapılan ödemeler tamamlandıktan ve ortaklardan her birinin şirkete verdiği avanslarla, ortak girişim için yaptığı masraflar ve sermayeleri iade edildikten sonra geriye bir şey kalırsa bu kazanç ortaklar arasında bölüşülür.

1.6.1.5.Rekabet Yasağı

Ortak girişimin ortağına getirilen rekabet yasağı, ortaklardan hiç biri kendi hesabına, ortak girişimin amacına aykırı ve zararlı işler yapamaz şeklindedir. Ortak girişim ortağı yönetici olsun olmasın tüm işler bu şekildedir.¹³⁷ Rekabet yasağının sınırları iş hayatının gereklerine ve iyiniyet kurallarına göre tespit edilir.¹³⁸ Diğer ortaklar rekabet yasağına aykırı davranışla karşı karşıya kaldıklarında tazminini ve ortak girişimin feshini veya yönetici ortağın yönetim yetkisinin kaldırılmasını isteyebileceklerdir.¹³⁹

Ortak girişimin bir anonim şirket olarak kurulması halinde, TTK. m. 396'de yönetim kurulu üyeleri için öngörülen rekabet yasağının ortak girişim idarecileri için de uygulanabilecektir. Bu maddede yalnız şirketin konusuna giren işler türünden münferit bir işi yapmak değil aynı zamanda bu tür işleri yapan bir şirkete sorumluluğu sınırlanmamış ortak olarak girmek de anonim şirket yöneticilerine yasaklanmıştır. Buna göre yönetim kurul üyesinin şirkete girmesinin yasaklandığı dikkate alınır, bu şirket ticaret şirketlerinden biri olabileceği gibi adi şirket de olabilir. Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığına göre yönetici ortak tarafından doğrudan doğruya temsil esasına göre yapılan işlem, aynı zamanda diğer ortakların adına ve hesabına dolayısıyla temsil

¹³⁷ Karayalçın, a.e., s.148.

¹³⁸ Kalpsüz, T., *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları*, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan'dan ayrı bası, Ankara 1972, (Rekabet Yasağı), s. 358.

¹³⁹ Kalpsüz, a.g.e., s. 359.

esasına göre yapılan işlem ise, diğer ortakların da hesabına yapılmış sayılacağından, bu işlemler üyelerin şirketin konusuna giren işleri kendileri veya başkaları hesabına yapamayacakları hükmü gereği rekabet yasağına aykırı düşecektir.¹⁴⁰

Ortak girişime getirilen rekabet yasağı ise, 4054 sayılı RKHK.'un 1. maddesine göre “kanunun amacının mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek” olarak açıklanmıştır.

RKHK. 4. maddesi hükmüne göre rekabeti sınırlayan anlaşma uyumlu eylem ve kararlar yasaktır.

Bu yasaklama hallerini kontrol altında tutmak için kanunun 7. maddesi bazı birleşme ve devralmaların hukuken geçerli olmaları, bu birleşme ve devirlerin rekabet kurulunun iznine tabi olduğunu hükme bağlamıştır.

1.6.1.6.Kararların Alınması

Ortak girişimde kararlar bütün ortakların oybirliği ile alınır (TBK.m.624). Temel sözleşmede kararların oy çoğunluğu ile alınacağı belirtilmişse çoğunluk ortak sayısına göre belirlenir (TBK.m.624/2).¹⁴¹

Kararlar oybirliği veya oyçokluğu şeklinde verilir. Oy çokluğu basit salt veya nitelikli çoğunluk şeklinde olabilir. Oylama toplantıya iştirak edenler arasında yapılabilir. Temel sözleşmede ortaklar öyle karar vermişlerse oylama faks veya telefonla yapılabilir.

1.6.1.7.Yönetimi

Ortak girişimi kimlerin yöneteceği temel sözleşme ile tespit edilir. Temel sözleşmede yönetim yetkisi olanlar gösterilmemişse ortaklar sonradan oybirliği ile alacakları bir kararla belirleyebilirler.

Temel sözleşmeyle veya sonradan alınacak ortaklar kararı ile ortaklardan biri birkaçı hepsi veya üçüncü bir şahıs ortak girişimi yönetmeye yetkili kılınabilir. Yönetim birden fazla ortağa verildiyse, her biri diğerlerinin katılımı olmaksızın tek başına şirketin işlemlerine dâhil olan hususları yerine getirebilirler. Ancak yönetim yetkisine sahip olan diğer ortaklar, bu işlemlere tamamlanmadan önce itiraz edebilirler.(TBK. m.

¹⁴⁰ Kalpsüz, a.g.e., s. 378.

¹⁴¹ Dayınlarlı, a.e., s.328.

625) bu takdirde yönetime yetkili olan bütün ortakların oybirliği ile alacakları karara göre hareket edilir.(TBK. m. 624)

Diğer yandan temel sözleşmeyle veya sonradan ortakların tümüne ya da birkaçının birlikte hareket etmeleri suretiyle ortak girişim'i yönetmeleri kararlaştırılmış olabilir. Bu takdirde ortak girişim kararları bütün şeriklerin veya yönetime seçilenlerin oybirliği ile alınır. Temel sözleşmede oyçokluğu ile karar verilmesi belirtilmişse hisse çoğunluğu değil şahıs çoğunluğu asıldır.(TBK. m. 624)

Ortak girişimi yönetmeye yetkili olanlar temel sözleşmede gösterilmediği gibi, sonradan ortakların kararı ile de belirlenmemişlerse, ortak girişim yönetimi bütün ortaklara aittir. (TBK. m. 625) bu takdirde aksi kararlaştırılmadıkça ortağın ortak girişimi tek başına yöneteceği kabul edilir.¹⁴²

Ortak girişimin yönetimindeki yetki; amaç için yapılması gerekli olağan iş ve işlemleri kapsar. Olağanüstü iş ve işlemler yapılabilmesi için bütün ortakların oybirliği gerekir.¹⁴³ Ancak bu işlemlerin gecikmesinde sakınca varsa, oybirliği aranmaz.

Ortak girişimin olağanüstü işlemlerine örnek olarak TBK.'nda genel vekil tayini gösterilmektedir.

Ortak girişim ortaklardan biri tarafından yönetilebileceği gibi birkaç ortak veya bütün ortaklar tarafından da yönetilir. Hatta yönetim üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Bunların hiçbiri sözleşmede kararlaştırılmamış ise, TBK. m. 625 hükmüne göre yönetim tüm ortaklara aittir.

Ortak girişimi birden fazla üçüncü kişilerin yönetmesi halinde bu yöneticilerle diğer ortaklar arasında ilişkiler, TBK. m. 630/1 hükmüne göre vekâlet hükümlerine tabidir. Ortaklardan biri yönetim hakkına sahip olmadığı halde ortak girişim hesabına hareket eder veya ortak girişimi idare eden ortak kendilerini aşarsa bu ortak hakkında, vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümleri uygulanır.

Ortak girişimin tarafları, yapılan işlerden müteselsilen sorumlu olmakla birlikte birbirlerine karşı sadakat borçları da vardır. Bu nedenle ortaklar ortak girişim işlerinde, kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermek zorundadır

¹⁴²Kalpsüz, a.g.e., s.211.

¹⁴³ İbrahim Kaplan, *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture*, B.2, Ankara 2007 (Joint Venture), s. 48.

(BK.m.628/1).Ortaklar diğerk ortaklara karşı, kendi kusuruyla verdiği zararları başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatlerle mahsup ettirme hakkı olmadan gidermekle yükümlüdür (TBK.m.628/2). TBK. m. 52'e göre, ancak ortakların açık veya örtülü izni ortağın tazminat borcunu bertaraf eder.¹⁴⁴

Ancak TBK. m. 628'deki özen borcu objektif bir ölçü değildir. Özen borcundan ortak girişimin müşterek amacının gerçekleşmesi için gösterilmesi gerekli olan ihtimam anlaşılır. Bu ölçü ortakların her birine göre değişecektir. TBK: m. 628/2 hükmüne göre, ortak girişimin işlerini ücret karşılığı yöneten ortağın tıpkı bir vekil gibi sorumlulukları vardır. Bu nedenle ortak kast, ihmal veya dikkatsizlik ile diğer ortaklara verdiği zarardan sorumlu olur. Yönetici ortakların göstereceği özenin derecesini tespit ederken ortağın mesleki bilgisini yeteneklerini dikkate almak zorunluluğu vardır. Ortakların mesleki bilgi ve yetenekleri birbirinin aynı olmayacağı için gösterilecek özenin derecesi de sorumluluk bakımından subjektifleştirilmiş bir objektif sorumluluk olacaktır.

TBK. m. 147'de açık hüküm bulunması nedeniyle kusurlu ortağa karşı açılan tazminat davası beş yıllık zamanaşımına tabidir.

1.6.1.8.Kar Payını Ödeme

Ortak girişimin yönetici ortağı, yılda en az bir kez hesap vermeye ve kazanç paylarını ortaklara ödemeye mecburdur (TBK. m. 630/3). Kanun bu anlamda ortakların niteliği gereği şirkete ait olan bütün kazançları aralarında paylaşma zorunluluğu olduğunu hükme bağlar (TBK. m. 622). Ancak ortak girişim sözleşmesinde özellikle taraflardan birinin devlet olması halinde, devletin ortak girişim'in elde ettiği karı her zaman diğer ortaklarla paylaşacağı düşünülemez. Bazen devletin menfaati kar elde etmektense ülkedeki sanayi ürünleri için gerekli olan hammaddeyi ülke içinden temin etmek, yabancı teknolojiden yararlanmak, üretimi çoğaltmak ülkenin ihracat kapasitesini arttırmak, bazı imalatın ülke içinde yapılmasını sağlayarak ithalatı azaltmak olabilir.

Temel sözleşmede kar ve zararın paylaşılmasının ne surette olacağı gösterilir. Ancak bu sözleşmede, yalnız karın veya yalnız zararın nasıl taksim edileceği gösterilmişse bu hem kar hem de zararın paylaşılmasında geçerlidir (TBK. m. 623). Temel sözleşmede kar ve zararın paylaşımına dair hiçbir hüküm yoksa her ortağın

¹⁴⁴ Kalpsüz, a.g.e., s.211.

iştirak hissesinin kıymeti ne olursa olsun, kar ve zarardan eşit hisse¹⁴⁵ alması söz konusu olacaktır (TBK. m. 623/1).

1.6.1.9.Denetleme Hakkı

TBK. m. 631'e göre, ortakların denetim hakkı vardır. İşlerin nasıl gittiği konusunda bilgi isteyebilir, defter ve evrakları inceleyebilir, mali durumu kontrol ettirebilirler. Bu hüküm emredici olduğu için değiştirilemez, aksi şekilde sözleşme yapılamaz. Ortakların itiraz hakkını kullanabilmeleri için de bilgi isteyebilecek durumda olmaları gerekir. TBK. m. 631 ortağın şahsen bilgi almasından bahseder. TBK. m. 532/2 hükmüne göre, bir ortağın ortak girişimdeki hissesine iştirak ettirdiği ve hissesini kendisine devrettiği üçüncü şahıs, diğer ortakların onayını almadan ortak sıfatını kazanamayacağı için bilgi isteyemeyecektir. İstisnası ise, teknik konularda inceleme, ortak adına bilirkişi tarafından yapılabilir.

1.6.2.Dış İlişkiler

1.6.2.1.Ortaklığın Mal Varlığı

Ortak girişim adi şirket şeklinde kurulmuşsa, ortak girişime ait bir mal yoktur, paylı veya elbirliği ile mal vardır. TBK. m. 638 hükmüne göre, ortaklar paylı mülkiyet öngörmezlerse, mal elbirliği ile bütün ortaklara aittir.

1.6.2.2.Aktif-Pasif Dava Ehliyeti

Ortak girişimin adi ortaklık şeklinde kurulmuş olması halinde, TBK. m. 620 hükmüne göre, tüzel kişiliği olmadığı için davada taraf ehliyeti de yoktur. Bu nedenle adi ortaklığa ilişkin davalarda, ortakların hep birlikte hareket etmeleri gerekir.¹⁴⁶

Ortak girişim ortakları için davada taraf olmak olağanüstü işlemlerden olduğu için özel yetki gerektirir. Bu yetki ortağın temsil yetkisinden ayrıdır. TBK. m. 637/3 hükmü gereğince, bir ortak temsil yetkisine sahip olsa bile ortak girişim adına davacı ya da davalı olamaz. Ortağın davacı ya da davalı olması için, diğer ortakların yönetici ortağa özel yetki vermeleri gerekir.¹⁴⁷

Ortak girişim ortağına yönetim yetkisi verilmiş olması halinde üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin olduğu kabul edilir (TBK. m. 637/3).

¹⁴⁵ Kalpsüz, a.g.e., s.213.

¹⁴⁶ Baki Kuru, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara C. I 1979,,C.II 1980, C. III 1982, C.IV 1984, C. V 1986, C. VI, 6. Bası, İstanbul 2001, s.646.

¹⁴⁷ Kuru, a.e., s.467; Ansay T. *Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Ankara 1967,s. 125.

Adi şirket olarak kurulmuş olan bir ortak girişimde, üyelerden biri ile ortak girişim arasında çıkan sorun için devlet mahkemesine veya ortak girişim sözleşmesinde tahkim şartı varsa tahkime müracaat etmesi gerekecektir. Ancak adi şirket olması durumunda, tüzel kişiliği olmadığından ortak girişim davacı ya da davalı olma ehliyeti yoktur. Bu durumda davacı ortağın davasında, ortaklığın diğer tüm ortakları davalı olarak gösterilmesi ve davanın ayrı ayrı tebliğ edilmesi zorunludur.

1.7.TEMSİL VE ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK

Ortak girişim'in temsili, üçüncü bir kişinin temsilci olarak atanmasıyla olabilir. Yönetici ayrı temsilci ayrı kişi olabilir. TBK. m. 637/son hükmüne göre, yönetici kural olarak temsilci sayılır. Bu hüküm ortak sıfatını taşıyan kişi için öngörülümüşse de yönetici olan üçüncü kişiler de ortak girişimi temsil edebilir. Diğer ortak arasında temsilci, temsil hükümlerine tabidir (TBK. m. 40 vd.) . Temsil, dolaylı veya doğrudan olabilir.

Dolaylı temsilde diğer ortaklar hesabına muamele yapan temsilci ortak, TBK. m. 637/1 hükmüne göre, üçüncü kişiye karşı yalnız kendisi alacaklı ve borçlu olur. Temsilci, üçüncü şahısla yaptığı muamelede temsilci sıfatıyla hareket ettiğini bildirmezse, ona karşı yalnız kendi alacaklı ve borçlu olur.¹⁴⁸

Ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına üçüncü kişiyle işlem yaparsa, sadece temsile ilişkin hükümlere göre üçüncü kişinin alacaklısı veya borçlusudur (TBK.m.637/2).

Yetkisiz temsilci, şirket hesabına iş görürse veya şirket idare eden ortak yetkilerinin sınırını aşarsa, onun hakkında vekâleti olmadan başkası adına tasarruflarda bulunanlar hakkındaki hükümler uygulanır. Diğer yandan TBK. m. 46'ya göre, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verilmezse, vermeyen kişi alacaklı ve borçlu olmaz.

Ortaklar arasındaki değişiklikte, yeni ortak alınması durumunda TBK. m. 632/1 hükmüne göre, ortaklığa yeni bir ortak alınması, tüm ortakların rızasına bağlıdır. Ortaklığa alınma, sermaye koyma, ayrılan bir ortağın yerine girme veya mirasçı sıfatıyla girme şeklinde olur. Ortaklığa alınmak için diğer ortakların iznini almak gerekir. Bu durum TBK. m. 632/2 hükmünün yorumundan çıkarılabilir. Ortaklardan birinin tek taraflı iradesi ile üçüncü şahsı kendi payına ortak eden pay sahibi ile üçüncü kişi

¹⁴⁸ Karayağcın, a.e., s. 148.

arasında gizli ortaklık ilişkisi doğar. Bu durumda TBK. m. 632/2'e göre, üçüncü şahıs, ortak sıfatını kazanamaz. Bunun doğal sonucu olarak üçüncü şahsın şirket işleri hakkında bilgi istemeye hakkı olamaz. Üçüncü şahıs sadece ortağın söz konusu payına iştirak eder.

Ortaklıktan ayrılma ise çıkma ya da çıkarılma şeklinde olur.

Kural olarak bir ortağın ayrılması diğer ortakların rızasına bağlıdır. Ortak girişim sözleşmesinde bir veya birden fazla ortağa ortaklıktan ayrılma hakkı tanınmışsa, kendisine bu hak tanınan ortağın veya ortakların tek taraflı iradeleri ile ayrılma yetkileri vardır. Bu şekilde çıkma bir olayın gerçekleşmesi şartına bağlanabileceği gibi kayıtsız şartsız ortağın iradesine de bırakılabilir. Ortak bu hakkını kullanırsa tasfiyeyi beklemeden ayrılabilir.¹⁴⁹

Ortağın ortaklıktan çıkarılması TBK.'nun adi şirketlerle ilgili hükümlerinde düzenlenmiştir. Ancak ortağın sözleşme hükümlerine aykırı davranması gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, genel hükümlere göre çıkarılması mümkün olacaktır.¹⁵⁰

1.8.ORTAK GİRİŞİM SÖZLEŞMELERİNDE KARŞILAŞILAN BAŞLICA SORUNLAR

Ortak girişim sözleşmelerinde karşılaşılan bazı sorunlar, uygulama sorunları ve hukuki sorunlar olarak ele alınabilir.

1.8.1.Uygulama Sorunları

Uygulama sorunlarıyla kastedilen, uygulamada rastlanılan sorunlara ilişkindir. Bu sorunlara daha çok uluslararası ortak girişimlerde rastlanmaktadır. Bu nedenle bu başlık altındaki değerlendirmeler, uluslararası ortak girişimler göz önüne alınarak yapılacaktır.

Uygulamada sözleşmenin taahhüt ettiği işi yaparken, iş sahibi durumundaki gerçek veya tüzel kişilerden (devlet, kamu kurumu, büyük bir inşaat işi yaptıran bir gerçek kişi vs.) finansman akımı devam ettiği sürece, tarafları arasında pek fazla bir uyuşmazlığa rastlanmamaktadır.¹⁵¹ Ancak finansman dışında kaynaklanan sorunlar da yok değildir.

¹⁴⁹ Karayalcın, a.e., s. 152.

¹⁵⁰ Karayalcın, a.e., s. 152.

¹⁵¹ Akyol, a.e., s.78.

Her şeyden önce, uluslararası ortak girişimlerde yatırım yapılacak ülkedeki kanunların yanında yabancı sermaye hakkındaki kamuoyu da önemli bir yer tutar. Gelişmekte olan ülkelerin yabancı sermayeden gerek sermaye, gerekse teknolojik ve ekonomik yönetim ve denetim açısından faydalanabilmeleri için, toplumun bu tür ortak girişimleri desteklemesi ve yabancı müteşebbise dostane bir tutum göstermesi gereklidir.¹⁵² Özellikle az gelişmiş ülkelerde milliyetçilik duyguları nedeniyle mülkiyetin yabancı işletmeye ait olduğu yatırımlar istenmemektedir. Bu durumda az gelişmiş ülkeye girebilmek için en uygun yol olarak uluslararası ortak girişimler yer almaktadır.

Az gelişmiş ülkelerde bu yöndeki yatırımlar önemli bir işletme organizasyonunu gerektirir. Uygulama sorunları az gelişmiş ülkelerde kendini daha fazla gösterir. Riskin fazla olduğu az gelişmiş ülkelerde faaliyette bulunacak olan işletme, %50'den az bir payla ortağı olmayı kabul ederken, gelişmiş ülkelerde %50'nin üzerinde bir payla ortaklık yoluna gidilir.¹⁵³

Bir ekonomik kuruluş olarak oluşturulmaları bile başlı başına bir risk unsuru taşır. Bu nedenle mevcut durumun iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Sorunların büyük bir bölümü, teknoloji transferi, potansiyel belirsizlikler, personelin yönetimi ve ortakların uyumsuzluklarından kaynaklanmaktadır.¹⁵⁴

Bir ortak girişimin oluşturulması, detaylı ve uzun çalışmalar gerektiren bir olaydır. Çokuluslu olma ve beklenti farklılıkları, her konunun önceden ayrıntılı olarak ele alınmasını ve kesin bir anlaşma sağlanmasını gerektirir. Kuruluş sırasında ortaya çıkabilecek sorunlar, taraflar için büyük risklere yol açabilir.

Az gelişmiş ülkelerdeki uluslararası ortak girişimlerde, genellikle misafir olunan ülkenin kamu işletmeleri ortak girişimin ortağıdır. Burada sorun, yönetim biçiminden kaynaklanmaktadır. Zira yabancı ortağı ile yerli ortağının amaç farklılığı söz konusudur. Ayrıca ortakların, yönetimde etkin olma çabası da sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle ortaklardan birisinin yönetimde pasif bir rol benimsemesi gerekir. Öte yandan

¹⁵² Bahsi, a.e., s.26.

¹⁵³ Dereköy, a.e., s.61.

¹⁵⁴ Dereköy, a.e., s.66.

az gelişmiş ülkenin kültürel yapısı farklı olduğundan personel politikası ve diğer konularda birtakım fikir ayrılıkları söz konusu olabilir.¹⁵⁵

1.8.2.Ortak Girişimin Hukuki Sorunları

Ortak girişim hukuku, henüz şekil verilmemiş bir ticari hukuk sahasıdır. Birçok şey şekle sokulmamış ve hukuksal açıdan da iyice düşünülmemiştir. Fakat buna rağmen başarılı bir biçimde uygulanmaktadır. Uygulamada ana sorun, ortak girişim sözleşmelerinin temel sözleşme, tabi sözleşmeler ve özellikle de müşterek iş ortaklığı, müşterek şirket arasındaki ilişkilerden doğmaktadır.

Temel sözleşme ile ortak girişim ortaklarının kurulacak ortaklık üzerindeki hâkimiyetlerini gerçekleştiren ve ortaklığın menfaatlerini, kendi menfaatleri karşısında ikinci plana atan hükümlerin varlığı bazen sorunlara yol açabilecek niteliktedir.¹⁵⁶

Ortaklar arasındaki bir başka uyuşmazlık da; taraflar arasında sonraki aşamalarda yapılan alt sözleşmelerden (taşeron sözleşmeleri) doğmaktadır.¹⁵⁷ Karşılaşılan sorunların büyük bölümünün, temel sözleşmeyle tabi sözleşmeler (uydu sözleşmeleri) arasında, dayandıkları ilkeler itibariyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardan kaynaklandığı söylenebilir.¹⁵⁸ Buna örnek olarak; şirket sözleşmesinde (ortak girişim) hâkim olan çoğunluk ilkesiyle, genel olarak hâkim olan eşitlik ilkesi nedeniyle taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar gösterilmiştir.¹⁵⁹

Ortak girişim bir sözleşmeler paketi olduğuna göre, temel sözleşme ile tabi sözleşmeler (uydu sözleşmeleri) arasında hiyerarşik bir düzenin bulunması gerekir. Temel sözleşme, taraf iradelerinin bir ifadesidir. Bu nedenle de temel sözleşmeyle tabi sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık çıktığında, bu uyuşmazlığın kural olarak temel sözleşmeye uyulmak suretiyle giderilmesi gerekir. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Uygulamada sorun yaratacak türden uyuşmazlıkları, sözleşmelerde yer alan başlıca üç konudan çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, sözleşmelerin varlığına ilişkin süre maddesi, ikincisi tarafların iradelerinin bazı kamu düzeni hükümlerine aykırı olması

¹⁵⁵ Dereköy, a.e., s. 61 .

¹⁵⁶ Tekinalp-Tekinalp, a.e., s. 167.

¹⁵⁷ Akyol, a.e., s. 78.

¹⁵⁸ Dayınlarlı, a.e., s. 52.

¹⁵⁹ Dayınlarlı, a.e., s. 52.

nedeniyle yetkilerin dağılımına ilişkin maddeler, üçüncüsü ise sözleşmelere uygulanacak hukuka ve ihtilafların haline ilişkin maddelerdir.¹⁶⁰

1.8.2.1.Tabi Sözleşme ve Ortak Girişimin Süresi

Uygulamada, temel sözleşmenin tabi sözleşmelerden önce gelip gelmediği sorunuyla daima karşılaşılmaktadır. Herhangi bir nedenle temel sözleşme sona ererse ne olacaktır? Taraflardan biri temel sözleşmenin süresinin dolmuş olduğunu dikkate almaksızın diğer sözleşmeleri tabi sözleşmenin icrasına zorlayabilir mi? Örneğin otuz sene için kurulmuş bulunan ortak girişim ortaklarına, ortak girişimi tasfiye edip edemeyeceklerini sormak gerekir. Müşterek şirket kurulduktan bir kaç yıl sonra temel sözleşme sona erse ve taraflar bu durumu temel sözleşmede düzenlemeyi ihmal etmişlerse ne olacaktır? Burada, "şirket sözleşmesi akdetmeğe tarafları sevk eden sebep temel sözleşmenin yapılmış olmasıdır" denilmektedir.¹⁶¹

1.8.2.2.Taraf İradelerinin Kamu Düzeni Hükümlerine Aykırılığı Nedeniyle Yetkilerin Dağılımına İlişkin Hükümler

Sorun, ortakların temel sözleşmeye koydukları bazı maddelerle, tabi sözleşmenin uymak zorunda olduğu kamu düzenine ilişkin hükümler arasındaki uyumsuzlıklardan kaynaklanmaktadır. Tabi sözleşmelerin temel sözleşmenin üstünde sayılması söz konusu değildir. Ancak, temel sözleşmelerin bazı maddelerinin geçerliliği tartışmalıdır.¹⁶²

1.8.2.3.Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka ve Sorunların Çözümüne İlişkin Hükümler

Oluşturulan ortak girişimin mutlaka bir milli hukuka bağlanması gereklidir. Temel sözleşme için seçilen hukuk bundan farklı ise ne olacaktır? Bu durumda, temel sözleşmede yer alan bir madde hükmü ortak girişimin tabi olduğu hukukun kamu düzenine aykırı ise, temel sözleşmenin ilgili maddesinin geçerliliğinden söz edilemeyecektir.

Temel sözleşmenin söz konusu ülkedeki kamu düzenine aykırı düşen ilgili maddesi şayet taraflar için önemli ise, bu aykırılık temel sözleşmenin ilgili maddesinin

¹⁶⁰ Dayınlarlı, a.e., s. 75.

¹⁶¹ Dayınlarlı, a.e., s.76-77.

¹⁶² Dayınlarlı, a.e., s.76.

değiştirilmesi ile giderilebilir. Buna karşın, hukuklardan birinin veya diğerinin amir hükümlerini ihlal etmeksizin, temel sözleşmeyle tabi sözleşmeye uygulanacak hukuklarda maddenin yorumu farklılık gösterirse aykırılık devam eder.¹⁶³

Yine, acaba temel sözleşmede yer alan bir tahkim şartı, tabi sözleşmelerde herhangi bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir hüküm bulunmasa da bu uyuşmazlıklara uygulanabilir mi? Burada da herhangi bir mahkemenin yetkili olduğuna ilişkin amir hükümlerin varlığı sorunun olumsuz şekilde cevaplandırılmasını gerektirir. Bu husus, tabi sözleşmelerin "tali" nitelik taşıyıp taşımadığını araştıran hâkimlerin takdirine bağlıdır. İşin içine kamu düzeni ilkesi girmemiş olsa, bu sorulara ortak girişimin bir "sözleşmeler sistemi" olması esassından hareketle cevap verilebilir.

Acaba ortak girişimi teşkil eden sözleşmeler sisteminin tüm olarak mı ele alınması, yoksa onu teşkil eden sözleşmelerin her birinin ayrı olarak mı işleme tabi tutulması gerekir? Burada nazari olarak şu ihtimallerden söz edilmesi mümkün olacaktır. İlk olarak, bütün sözleşmelerin birbirinden bağımsız olduğunun kabulüdür. Ancak bu, sözleşme ile ortaya koyulmak istenenlerin görülmesine engel olabilecektir. Bu nedenle memnun edici bir sonuç doğurmaz. Gerçekten de, birden çok sözleşme ile düzenlenmiş olsa bile, belli bir işin yapılması için oluşturulmuştur.

Tarafların iradesi ancak işin bütünü dikkate alınarak değerlendirilebilir. Tabi sözleşmelerden biri, tek başına ele alındığı takdirde, taraflardan birinin aleyhine dengesizlik yaratabilir.

İkinci olarak, tabi sözleşmeleri doğrudan doğruya temel sözleşmenin ekleri olarak kabul etmek de mümkün olmayabilir. Çünkü kamu düzeni nedeniyle kabul görebilirse de, işin ilerlemesi için gerekli olan esneklikten yoksundur.

Sözleşmelerden birinin varlığı süresince karşılaşılan herhangi bir hadise, esas anlaşmanın varlığına zarar getirmemelidir. Buna karşın, temel sözleşmenin iptali, sözleşmeler grubunun geçersizliğini doğurur. Uygulanacak hukuk bakımından ortak girişim tahkime, tabi sözleşmelerden doğan ihtilaflar ise milli hukuka bağlanabilir. Üçüncü bir ülkede iki ihracatçının kurduğu bir ortak girişimde, temel sözleşme onların kendi kanununa ve tabi sözleşme (uydu sözleşmeler) de ortak girişimi kabul eden ülkenin kanununa tabi tutulabilir. Bununla beraber, çoğu zaman sözleşmelerin

¹⁶³ Dayınlarlı, a.e., s.78.

bağımsızlığı ilkesi dikkate alınsa da, bir uyuşmazlığın hakem veya hâkim önüne geldiği zaman, buna temel sözleşme hükümlerinin mi yoksa tabi sözleşme hükümlerinin mi uygulanacağı hususunun tespiti önemlidir. Zira bu hususta en elverişli çözüm tarzının araştırılması gerekir. Bu da sözleşmelerin tüm hükümlerini dikkate almak suretiyle hâkim veya hakemin yorumuna ihtiyaç gösterir.¹⁶⁴ Yorum yapılırken ortak girişim sözleşmelerinde "başlangıç" maddesi önemli bir etkiye sahiptir.

Her ne kadar başlangıç maddesi ortak girişim sözleşmesinin hukuki gerekçesini teşkil etmiyorsa da tarafların iradelerinin yorumlanmasında önemli bir etkiye sahiptir. Başlangıç maddesi, tarafların amaçlarını ortaya koyduğundan ilerde sözleşmedeki katı hükümleri uygulanmasının önüne geçer, asıl amaçlarının ne olduğunu hatırlatır. Taraflardan birinin devlet olması halinde ise, başlangıç maddesi akit devletin gerçek politikasını yansıtır. Bu nedenle, başlangıç kısmının yazılışına diğer sözleşmelerdekinden daha fazla özen gösterilmesi gereği ortadadır.¹⁶⁵

Diğer yandan, temel sözleşme ile tabi sözleşmeler (uydu sözleşmeler) arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek açısından, bu sözleşmeler arasında hangisinin öncelik taşıdığını belirten bir madde temel sözleşmeye konulabilir. Bu arada temel sözleşmenin iptal edilmesi halinde tabi sözleşmelerin geçersiz olacağını belirtmesi de yararlı olacaktır.¹⁶⁶

1.9.ORTAK GİRİŞİMLERİN BENZER ŞİRKET İŞBİRLİKLERİNDEN FARKLARI

Günümüzde işletmeler amaçlarını gerçekleştirebilmek ve sorunlarına çözümler bulmaya yönelik olarak değişik yollarla bir araya gelmekte ve farklı organizasyon şekilleri oluşturmaktadırlar¹⁶⁷. Büyük sermaye gücü gerektiren işlerde güç birliği yapmak, birleşme yoluyla bir sinerji yaratmak, küreselleşmenin etkisinden korunabilmek amacıyla uluslararası pazarlarda faaliyet göstermek gibi çeşitli nedenlerle, işletmeler işbirliği yoluna giderler. İşletmeler arasında yapılan başlıca işbirliği türleri aşağıdaki gibidir;

¹⁶⁴ Dayınlarlı, a.e., s.78-79.

¹⁶⁵ Dayınlarlı, a.e., s.239.

¹⁶⁶ Dayınlarlı, a.e., s.80.

¹⁶⁷ Ali Akdemir, *Temel İşletmecilik Bilgileri*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2003, s.78.

- Konsorsiyum,
- Kartel,
- Holding,
- Konsern,
- Birleşme.

Ortak girişimler de işletmeler arasında yapılan bir işbirliği türü olduğundan, yukarıda sayılan işbirliklerinden farklı yönlerinin ortaya konulması yararlı olacaktır.

1.9.1.Ortak Girişim İle Konsorsiyum Arasındaki Farklılıklar

Konsorsiyum uygulamada ve literatürde iş ortaklığı ile en çok kıyaslanan işbirliği çeşididir. İki işbirliği çeşidinin birbiriyle benzer yönleri çok fazla olmakla birlikte, önemli bazı farklılıkları da mevcuttur.

İki veya daha fazla işletmenin hukuksal ve ekonomik bağımsızlığını koruyarak ve geçici olarak aralarında anlaşmalarına “konsorsiyum” denir. Genellikle büyük çaplı taahhüt işlerinde (liman, demiryolu, köprü baraj vb.) ihaleyi kazanabilmek için aynı veya farklı ülkelerden, aynı dalda veya farklı ihtisas dallarındaki işletmeler finansal ve teknolojik olanaklarını ya da diğer üstünlüklerini birleştirip işbirliği yaparlar¹⁶⁸. Bu işbirliği, işin tamamlanması ile birlikte sona ermektedir¹⁶⁹.

Konsorsiyumlarda, ortakların her birinin yapacağı işi taahhüt sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmesine rağmen taahhüt sözleşmesinde belirtilmediyse, ortaklar kendi aralarında yüklenecekleri işi belirten bir sözleşme yapabilirler. Bu sözleşme işveren tarafından da kabul edildiği takdirde ortak girişim olmayıp konsorsiyum olarak adlandırılacaktır.¹⁷⁰ Örneğin; (X) Belediyesinin şehrin kanalizasyon şebekesinin yenilenmesi için ihale açtığını (A) ve (B) şirketlerinin de işbirliği oluşturarak ihaleye katıldığını varsayalım. (A) şirketi yeni kanalizasyon şebekesinin kanallarını açılmasını bir başka ifadeyle kazı işlerini üstlenmiş, (B) şirketi ise şebekenin döşenmesini üstlenmiştir. Yukarıda yapılan açıklamaya göre; belediye ile ihaleyi alan işbirliği imzaladığı taahhüt sözleşmesinde ya da işbirliği için yapılan ortaklık sözleşmesinde her

¹⁶⁸İsmet Mucuk, *Modern İşletmecilik*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2003 s.49.

¹⁶⁹ Şerif M. Şimşek, *İşletme Bilimine Giriş*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.72.

¹⁷⁰ Serpil Koca, *İş Ortaklıklarının Çalışması ve Benzer Şirket Birleşmelerinden Farkları*, Vergi Sorunları Dergisi, 1978, s.101.

bir ortağın yapacağı iş ve sorumluluk alanı belirtilmiş ise, bu oluşum konsorsiyum olarak adlandırılacaktır. Eğer ortakların hepsi işin tamamının yapılmasından sorumlu ise, bu oluşum iş ortaklığı olacaktır.

Yapılan tanım ve açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, konsorsiyumda da ortak girişimde olduğu gibi, ortaklar hukuki ve ekonomik bağımsızlıklarını korumakta ve bir sözleşme çerçevesinde ekonomik bir kazanç elde etmek için bir araya gelmektedirler. Konsorsiyumda, her ortak yapacağı işi taahhüt sözleşmesinde ya da kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile belirlerken ortak girişimde, ortaklar yapılan işin tamamından sorumlu olurlar. Bu da aralarındaki temel farklılıktır.

1.9.2.Ortak Girişim İle Kartel Arasındaki Farklılıklar

Kartel, aynı üretim dalında faaliyet gösteren işletmelerin ortak bir tutum geliştirerek, rekabeti ortadan kaldırmak veya azaltmak suretiyle, piyasaya hâkim olmak ve bu yolla kârlarını arttırmak için aralarında yaptıkları bir anlaşma türüdür. Bu anlaşmalar yazılı olarak düzenlenir ve bağlayıcıdır¹⁷¹. Kartel, üye firmaların vardıkları anlaşmaların niteliklerine göre; pazarlama, fiyat, miktar, pazarlama bölgesi ve satın alma karteli olmak üzere beş sınıfa ayrılabilir¹⁷².

Karteller, ortak girişimler gibi hukuki ve ekonomik bağımsızlıklarını elinde bulunduran teşebbüslerin oluşturduğu bir birliktir. Bu yönüyle ortak girişime benzeyen kartel türü birleşme ile ortak girişim arasında iki önemli fark bulunmaktadır. Bunlar;

- Karteli oluşturan teşebbüslerin arasındaki işbirliğinin amacı, rekabetin sınırlandırılmasıdır. Ortak girişimi oluşturan teşebbüslerin amacı, müşterek ortaklığın amacı olan işin gerçekleştirilmesidir.

-Kartelin amacı ticari bir faaliyet değildir; amaç pazara hâkim olup, üretim pazarlama ve fiyat politikası belirlemektir. Buna karşın ortak girişimin amacı ise, üstlenilen işi tamamlayıp, kazancı paylaşmaktır.

1.9.3.Ortak Girişim İle Holding Arasındaki Farklılıklar

Holding, bir şirketin bir ya da birkaç şirkete, bunların yönetimine hâkim olacak şekilde katılması olarak tanımlanır. Holdingler, ortakları ve faaliyet alanları farklı olan şirketlerin yönetim ve denetimini ele geçirmek amacıyla onların hisse senetlerini satın

¹⁷¹ Edip Örucü, *Modern İşletmecilik*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2003, s.25.

¹⁷² Sabuncuoğlu, Zeyyat - Tokol, Tuncer, s.147.

alan ya da elinde bulunduran şirketlerdir¹⁷³. Bu şirketler anonim şirket veya adi şirket biçiminde olabilir¹⁷⁴. Holdingler bir bakıma ekonomik gücün yatay merkezileşmesi anlamına da gelmektedir. Kendisi ekonomik bir faaliyette bulunmayan, kontrol etmek için başka şirketlerin hisse senetlerine sahip olan holding şirketler, genel olarak “saf holdingler” ve “karma holdingler” şeklinde iki sınıfa ayrılabilirler¹⁷⁵.

Saf holdingler: Faaliyet konusu tamamen başka şirketlere katılma olan holding şirketlerdir. Varlıklarının tamamı başka şirket veya şirketlerin hisse senetlerinden oluşan ve bu şirketlerin yönetimini sahip olduğu hisse senetleri ve diğer yollarla denetimi altında bulunduran şirketlerdir. Tamamen katılımcılık üzerine kurulu bir işletme politikaları vardır.

Karma holdingler: Saf holdinglerin aksine, holding işletmeciliğinin yanında her türlü işletmecilik faaliyetlerini de bünyesinde barındıran bir işletme türüdür. Holding şirket, ekonomik bir bütünlük sağlamak amacı ile bir veya daha fazla şirkete yönetim ve denetim olanağı veren oranda katılan şirket olarak tanımlanır. Buna göre holding şirketlerinde yer alan öğeler aşağıdaki gibi sıralanabilir¹⁷⁶:

- Ekonomik bir bütünlük sağlamak,
- Bir başka şirkete veya şirketlere katılmak,
- Yönetim ve denetim olanağı veren oranda katılmak.

TTK'nın 466. maddesinde holding şirketlerin amaçlarının “esas olarak başka şirketlere katılmak” olduğu belirtilmiştir. Holding, ortak girişimlerde olduğu gibi hukuki bakımdan bağımsız, fakat bununla birlikte ekonomik yönden birlik teşkil eden şirketlerin müşterek bir yönetim oluşturmak üzere gerçekleştirdikleri bir girişimdir. Ortak girişimde ise ortaklar gerek hukuki gerekse ekonomik yönden birbirinden tamamen bağımsızdırlar. Ortak girişimde holding şirketlerde olduğu gibi yönetim birliği yoktur. Ortak girişimde sadece söz konusu ortak faaliyet ya da yeni kurulan

¹⁷³ Osman Altuğ, *Holding Şirketlerde Muhasebe Düzeni*, Fatih Yayınevi, İstanbul, 1986, s.3.

¹⁷⁴ Hakan Fürtun, *İş Ortaklıklarının Vergilendirilmesi ve Türk Vergi Sistemi Açısından Bir İnceleme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi S.B.E., 1996, s.17.

¹⁷⁵ Altuğ, a.e., s.8.

¹⁷⁶ Nejat Tenker, *Türkiye’de Holdingler ve Vergi Muhasebesi Açısından İncelenmesi*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1979, s.13.

organizasyonun yönetimi müştereken sürdürülür ve ortak girişimdeki asıl amaç belirli bir işin gerçekleştirilmesi ve bunun sonunda ortaya çıkan kârın paylaşılmasıdır.

1.9.4.Ortak Girişim İle Konsern Arasındaki Farklılıklar

İki veya daha fazla işletmenin hukuki bağımsızlıklarını yitirmeden, finansal ve teknik yönden daha güçlü olmak için bir araya gelmelerine “konsern” denir¹⁷⁷. Konsernler genellikle aynı iş kolundan az sayıda işletmenin bir araya gelmesi ile oluşur¹⁷⁸. Konsern tipi örgütlenmeler kartel ile benzer özellikler taşımakla birlikte, kartel üyesi işletmeler “ekonomik bağımsızlıkları”nı bir ölçüde korurlarken, konsern tipi anlaşmalarda ekonomik bağımsızlıklarını tamamen yitirirler. Konsernlerde işletmeler ekonomik ve finansal yönden tek yönetim altına toplanırlar. Başta finansal konularda olmak üzere üretim, teknik, pazarlama ve örgütlenme alanlarında işbirliğine gidilir¹⁷⁹.

Konserni oluşturan en önemli özellik, ortakların birbirlerinden hukuken bağımsız olmalarına karşın, ekonomik anlamda birbirleriyle bir bütünlük içerisinde olmalarıdır. Ortak girişimler ile konsern arasındaki en önemli fark bu noktada oluşmaktadır. Çünkü ortak girişimde ortaklar hukuken ve ekonomik olarak birbirlerinden bağımsız olarak faaliyetlerini sürdürmektedirler.

1.9.5.Ortak Girişim İle Birleşme Arasındaki Farklılıklar

Birleşme, teknik anlamda birden fazla işletmenin gerek ekonomik gerekse hukuki anlamda bir birlik haline gelmesi işlemidir. Satın alma ya da tam Birleşme şeklinde meydana gelebilirler. Satın alma işleminde bir işletme diğer bir işletme veya işletmeleri tüm ekonomik veya finansal yapısıyla devralmakta ve devralınan işletmelerin ise tüzel kişilikleri yok olmaktadır¹⁸⁰.

Tam birleşme ise, iki ya da daha fazla sayıda işletmenin bir araya gelerek tasfiye kararı alması, varlık ve borçlarını birleştirmesi ve yeni bir işletmenin kurulmasıdır.

İşletmeler birleşerek gider tasarrufu sağlama, birleşip büyüyerek piyasada daha etkin veya tekeli bir güç oluşturmayı amaçlarlar. Birleşmeler yoluyla daha büyük

¹⁷⁷ Özücü, a.e., s.25.

¹⁷⁸ Sabuncuoğlu, Zeyyat – Tokol, Tuncer,a.e., s.149.

¹⁷⁹ Şimşek, a.e., s.72.

¹⁸⁰ Özücü, a.e., s.27.

yatırımlar için yeterli sermaye büyüklüğüne ulaşılabilir, farklı örgüt kültürlerine ve deneyimlerine sahip işletmeler birleşerek bir sinerji oluşturabilir.

Birleşme yoluyla ortaklık kuran işletmelerden, birleşmenin şekline göre bazıları ya da hepsi tüzel kişiliklerini kaybetmektedir. Birleşmeden sonra yeni bir şirket kurulacaksa katılan her işletme ya da bir şirket üzerinden devam edilecekse, satın alınan diğer işletmeler tüzel kişiliklerini kaybetmektedirler. Ortak girişim şeklindeki birleşmelerde ise aksine ortaklığı kuran işletmelerin tüzel kişiliklerini kaybetmeleri söz konusu değil, ortaklık için girişimcilerden bağımsız bir organizasyon kurulmakta ve ortakların bağımsız hukuki ve ekonomik yapıları devam etmektedir.

1.10.SONA ERMESİ

1.10.1.Kuruluş Amacını Gerçekleşmiş Olması

Ortak girişimin kurulması sırasında ortaklarca istenilen amacın gerçekleşmesi kendiliğinden son bulma halidir. Taraflardan birinin tek taraflı sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yoktur.¹⁸¹

1.10.2.İmkânsızlık

Ortak girişimin kuruluşu sırasında istenilen amaca çeşitli sebeplerle ulaşmanın mümkün olmaması halinde infisah eder (TBK. m. 639). Eğer bu imkânsızlık baştan itibaren mevcutsa, sözleşme zaten TBK. m. 27 hükmüne göre batıldır. Ayrıca politik ve ekonomik sebeplerle iş sahibi tarafından vazgeçilirse kuruluş sebebi ortadan kalktığı için, konusuz kalan ortak girişim sözleşmesi sona erecektir. Ancak bu durumda TBK. m. 484 hükmüne göre işin yapılan kısmının bedelini ödemek ve ortak girişim ortaklarının bu fesihden dolayı katlanmak zorunda kaldığı zararı ödemek zorundadır.

1.10.3.Ortaklardan Birinin Ölümü

Ortak girişim ortaklarından birinin gerçek kişi olması halinde bu ortağın ölümüyle, TBK. m. 639/2 anlamında temel sözleşmede ortaklardan birinin ölümü halinde mirasçılarının ortak girişime devam edeceklerine ilişkin bir hüküm bulunmazsa ortak girişim sona erer. Bunu önlemek için ortaklardan birinin ölümü halinde, devam edebilmesini sağlamak amaçlı şu kayıtlar konabilir:

-Ölen ortağın mirasçılarının ortak girişime pay sahibi olarak girebileceklerine ilişkin katılma kaydı,

¹⁸¹ Dayınlarlı, a.e., s. 84-85.

-Ölen ortağın hissesinin doğrudan doğruya mirasçılara intikal edeceğine ilişkin kayıt,

-Mirasçılarının belli koşullarda, örneğin şirketin tahvilinden alma imkânının bulunduğuna ilişkin bir kaydın temel sözleşmede yer alması.¹⁸²

1.10.4.Ortaklardan Birinin İflas Etmesi, Borçlarını Ödemede Acze Düşmesi, Hacir Altına Alınması veya Aleyhine Cebri İcra Takibi Yapılmış Olması

TBK. m. 638/2 hükmüne göre ortak girişimin adi şirket olarak kurulması durumunda, “ortaklık sözleşmesinde başka hüküm bulunmadıkça bir ortağın alacaklıları haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payları üzerinde kullanabilirler”. Bu hükümle kanun koyucu ödeme güçlüğü içine düşen ortağın payının alacaklıya verilmesini sağlamak suretiyle alacaklıların haklarını korumak istemiştir.¹⁸³ Bu da ancak diğer ortak girişim ortakları tarafından borçlu ortağın borcunun alacaklıya ödenmesi suretiyle gerçekleşir. Böylece ortak girişimin devam etmesi sağlanmış olur.¹⁸⁴

1.10.5.Ortakların Tümünün Rızası ile

Ortak girişim kurulurken ortakların oybirliği ile beyan ettikleri iradeleri rol oynamıştır. Ortakların alacakları bir kararla da ortak girişimin sona ermesi mümkündür (TBK. m. 639/4). Ortak girişim sözleşmesinde örneğin 2/3 çoğunlukla fesih öngörülmüşse 2/3 çoğunlukla sona erer.

1.10.6.Sürenin Dolması ile

Kural olarak ortak girişim sözleşmesi belli bir sürede belli bir işin ifası için kurulur. Ortak girişim ortakları arasında bu belli süre için kurulan ortaklık adi şirket şeklinde olursa TBK. m. 639/5 hükmü uyarınca bu sürenin geçmesi veya ortak girişim ortaklığının sona ermesi, belli bir olayın meydana gelmesi şartına da bağlanabilir. Olay meydana gelince kendiliğinden sona erer.

1.10.7.Ortaklardan Birinin İradesi ile

Temel sözleşmede ortaklara fesih hakkı tanınmışsa ortaklardan biri tarafından bu hakkın tek taraflı kullanılması ile ortak girişim TBK. ‘nun 639/6 maddesi uyarınca sona erer.

¹⁸² Kaplan, a.g.e., s. 110.

¹⁸³ Kaplan, a.g.e., s.94.

¹⁸⁴ Kaplan, a.g.e., s.94.

1.10.8.Mahkeme Kararı İle

TBK. m. 639/7 hükmüne göre TBK. m. 629'da sözü edilen ve ortak girişim sözleşmesinde kendisine yönetim yetkisi verilen yönetici ortağın bu görevini aşırı derecede ihmal etmesi veya iyi yöneticilik vasfını sonradan kaybetmesi gibi hallerde mahkemeye müracaat edilerek mahkeme kararı ile sona erebilir.

Mahkemede açılacak fesih davaları şöyle sıralanabilir:¹⁸⁵

-Ortaklara tanınan tek taraflı fesih hakkının kullanılmasında bazı sebepler nedeniyle ortaklara fesih hakkı tanınmış ise ortak bu hakkını kullanarak mahkemede fesih davası açabilir. Bu dava ileriye etkili sonuç doğurur. TBK. m. 639/7'de yer alan hak talebe bağlı bir haktır. Ortak girişim sözleşmesinde haklı nedenlere bağlı olarak açılacak davada hükmün geriye etkili olması konusunda karar verebilirler.

-Ortak girişim belli olmayan bir süre için veya ortaklardan birinin hayatı boyunca devam etmesi üzerine kurulmuşsa, TBK. m. 640/1 hükmü uyarınca ortaklardan biri altı ay önce ihbarda bulunmak şartıyla ortak girişim sözleşmesinin feshini mahkemeden isteyebilir.

-Bazen ortaklar için ortak girişimin kuruluş amacına ulaşması imkânsız olabilir. Objektif imkânsızlık bu sebepler arasında sayılabilir. Bu sebepler sınırlayıcı olmayıp işaret edici niteliktedir. Haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklardan biri feshini talep edebilir. Haklı sebeplerin takdiri mahkemeye tanınmıştır. Hâkim TMK. m. 4 hükmü anlamında takdir hakkını kullanarak sebebin haklı olup olmadığına karar verebilir. Kuruluş öncesi mevcut olan daimi imkânsızlık karşısında ortak girişim için yapılan işlemler TBK. m. 27/1 hükmüne göre batıldır. Ortağın ortaklık görevlerini yerine getirmemesi, sürekli hastalığa yakalanması, güveni sarsacak hallerin ortaya çıkması gibi haller ortak girişim'in sona ermesini talep etmeye hak veren nedenlere örnek gösterilebilir.

1.11.TASFİYESİ

Ortak girişim, tasfiye sebeplerinden biri ile tasfiye durumuna düşerse, ortaklar arasında devam eder. Ancak bu sefer amacı tasfiyeyi gerçekleştirmektir. Ortak girişim tüm haklar ve borçlar tasfiye edilinceye kadar devam eder. Diğer yandan tasfiye, üçüncü şahıslarla ortaklar arasında mevcut olan akdi taahhütlerde TBK. m. 645 hükmü gereği

¹⁸⁵ Dayınlarlı, a.e., s. 348.

herhangi bir değişiklik meydana getirmez.¹⁸⁶ Ortakların üçüncü şahıslarla yaptıkları sözleşmeler nedeniyle müteselsil sorumluluğu TBK. m. 637 ve 638 hükümleri uyarınca devam eder.¹⁸⁷ Diğer yandan tasfiye sebebinin meydana gelişi, ortakların yönetim ve temsil yetkilerini sona erdirir.

Tasfiye esnasında şu üç kural geçici olarak öngörülmektedir;

- ortaklar şirketi geçici olarak yönetmeye devam ederler. Ortak girişime zarar verilmesini önleyecek tedbirleri almak zorundadırlar,

- tasfiyeden haberi olmayan ortak, haberi oluncaya veya bilgisi olması gereken zamana kadar TBK.m. 641/1 uyarınca şirket işlerini yürütme hakkını korur,

- ortak girişim ölüm sebebiyle sona eriyorsa mirasçıları TBK. m. 641/2 hükmü uyarınca ortağın ölümünü derhal haber vermelidir. Ölen ortak yönetici ise, mirasçı iyiniyet kuralları çerçevesinde işlerin görülmesine geçici olarak devam eder. Bu durumda ortak olmayan mirasçılara dahi yönetim görevi düşmektedir.

Ölen yönetici ortağın sağlığında yönetmekte olduğu işlerin birden bire durması yüzünden şirketin zarara uğramasına engel olmak için gerekli tedbirler alınıncaya kadar mirasçılar yönetim işlerini sürdürmek zorundadırlar.¹⁸⁸

Ortak girişimin üçüncü kişilerle olan ilişkileri “dış tasfiye”, ortakların aralarında bakiyeyi paylaşmaları da “iç tasfiye” olarak adlandırılır. Türk Borçlar Kanunu 644. maddeye göre, bütün ortaklar tasfiye memuru durumunda olup, tasfiye işlemlerine fiilen katılmak zorundadırlar. Ortaklık sözleşmesinde dolaylı temsil şeklinde yani madde 657/1’e göre kendi adına, ortaklık hesabına yapılan işlerde, ortak diğer ortaklara hesap vermek zorundadır. Tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilir ve anlaşamadıkları takdirde ise hakim tarafından atanmasını isteyebilirler (TBK. m. 644/2).

Aktiflerin tespit edilmesi işlemi, ya anlaşma suretiyle satış veya açık artırma ile satış şeklinde yapılır. TBK. m. 202 hükmüne göre, ortak girişim aktif ve pasifleri üçüncü şahıs veya ortaklardan biri veya bir kaçı tarafından devir alınabilir. Bu takdirde, devreden ortakların iki yıl süre ile ortak girişimin borçlarından alacaklılara karşı TBK.

¹⁸⁶ Kaplan, a.g.e., s. 96.

¹⁸⁷ Engel, P., *Contrat de Droit Suisse*, Berne 2000, s. 674

¹⁸⁸ Kalpsüz, a.g.e., s. 216.

m. 202 hükmüne göre sorumluluğu devam eder. Diğer yandan böyle bir durum devir alanlar dışında kalan ortakların ihracı ile aynı anlama gelir.

Ortaklar, ortak girişimin üçüncü şahıslardan olan alacaklarını tahsil etmek ve borçlarını ödemek suretiyle onların ilişkisini keserler.¹⁸⁹ Böylece dış tasfiye gerçekleşmiş olur.

Ortaklardan her birinin ortak girişim için verdiği avanslar ve yaptığı masraflar onlara iade edilir. Bu arada ortaklarca kuruluşta konan sermaye de ortağa geri verilir. Eğer aynı bir sermaye konulmuşsa ve bunlar sadece ortakların istifadesine veya kullanmalarına sunulmuşsa, bu sermayeyi koyan ortak tasfiye edilen zamandaki aynı sermayeyi geri alır.¹⁹⁰ Eğer aynı sermayede değer artışı olursa bu artıştan tüm ortaklar yararlanır.

Genel olarak ortak girişim kar elde etmek ve bunu ortaklar arasında paylaşmak amacıyla kurulur. Tasfiye halinde sonuçta kar elde edilmişse ortaklar arasında paylaşılır. Buna karşın; zarar etmişse, zarara katlanma ortaklar arasında zararın paylaşılması şeklinde olur. Zarar BK. m. 643/2 hükmüne göre ortaklar arasında sermaye paylarına göre taksim edilir. TBK. m. 642 hükmüne göre malın mülkiyetini sermaye olarak koyan ortak para olarak kabul edilmiş değerini isteyebilir. Değer belli değilse, TBK. m. 642/2 hükmüne göre sermaye olarak konulduğu tarihteki değeri dikkate alınır.¹⁹¹ TBK. m. 645 hükmüne göre, ortak girişimin sona ermesi, üçüncü kişilere karşı olan yükümlülükleri değiştirmez. Ortakların taahhütlerinden sorumluluğu müteselsil olarak devam eder.¹⁹² Ortak girişim ortaklarının bütün davaları TBK. m. 147/4 hükmü uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Böylece ortaklar arasındaki iç tasfiye gerçekleşmiş olur.

1.12.UYGULANACAK HUKUK

1.12.1.Temel ve Tabi Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Temel sözleşme ortak girişimlerde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin esaslarını tespit eden bir belgedir. Temel sözleşmeler bazı unsurları içermesine rağmen

¹⁸⁹ Kaplan, a.g.e., s. 97.

¹⁹⁰ Engel, a.e., s. 674.

¹⁹¹ Kalpsüz, a.g.e., s. 216, Karayalçın, a.e., s. 167.

¹⁹² Kalpsüz, a.g.e., s. 217.

milletlerarası hukukta sözleşme statüsüne tabi tutulmamaktadır.¹⁹³Bunun için temel sözleşmeye MÖHUK m.24 hükmüne göre, diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi önce tarafların açık olarak seçtikleri kanun uygulanır.¹⁹⁴ Tarafların uygulanacak kanunu açıkça seçebilecekleri gibi zımnen de seçebileceklerdir.¹⁹⁵

Temel sözleşme veya tabi sözleşmeler, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimine ilişkin sözleşmeden ayrı birer sözleşmedir. Bu yüzden uygulanacak hukukun seçimine ilişkin geçerlilik, esas borç ilişkisini doğuran sözleşmelerden ayrı olarak belirlenmelidir. O halde özel borç ilişkisini oluşturan sözleşmenin butlanı, hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçerliliğini bozamaz. Ancak butlan sebebi hukuk seçimine ilişkin sözleşmeyi de kapsamına alırsa, bu sözleşme de geçersiz olacaktır.

Tarafların uygulanacak kanunu açık olarak seçmemeleri durumunda bağlama kuralı objektif esaslara göre belirlenir. Bu durumda uygulanacak bağlama kuralı, borcun ifa yeri hukukudur. Fakat genellikle borcun ifa yeri birden fazladır. Bu durumda borç ilişkisinin ağırlığını oluşturan edimin ifa yeri neresi ise o yerin hukuku uygulanır. Fakat bazı hallerde borç ilişkisinin yerine getirilmesini gerektiren edimler eşit ağırlıkta olabilir. Böyle durumlarda da sözleşmenin en yakın irtibat halinde olduğu yer hukukunu uygulamak gerekir. Örneğin Kanadalı firmalar grubu, Türk firmalar grubu ile Ankara metrosunun yapımını üstlenirse en yakın hukuk Türk hukukudur. Çünkü Ankara metrosu Türkiye’de yapılmakta ve ortak firmalar arasında Türk firmalar grubu bulunmaktadır.

Bazı durumlarda ifa edilecek işin niteliği gereği şantiye kurma, belli bir organizasyonun yapılması söz konusu olabilir. Bu nedenle de şantiyenin kurularak faaliyet göstereceği yer en yakın irtibat hukukunun tayininde rol oynar.

Tabi sözleşmede yer alan hükümlerin temel sözleşmeye aykırı olmamaları asıldır. Uygulanacak hukukun tespitinde yine MÖHUK m. 24 hükümlerinden hareket etmek gerekir. Temel sözleşmeye uygulanacak hukuk tabi sözleşmelere de uygulanmalıdır.

¹⁹³ Tekinalp, Ü. ve G.,a.e., s. 174.

¹⁹⁴ Kalpsüz, a.g.e., s. 18.

¹⁹⁵ Kalpsüz, a.g.e., s. 74.

1.12.2.Ticaret Şirketlerine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m. 8 hükmüne göre Türkiye’de Türk Hukuku’na göre kurulan ticari şirketlerde, örneğin anonim veya limited şirket olarak kurulan ortak girişimlerde şirketin idare merkezinin Türkiye’de bulunma zorunluluğu vardır. O halde, bu şirketler Türk şirketlerindedir ve bu şirketlerin hak ve fiil ehliyetleri, statülerdeki idare merkezine göre belirlenen Türk Hukuku’na tabi olur.

Diğer yandan, şirket sözleşmesinde gösterilen idare merkezinin yabancı bir ülkede bulunmasına rağmen, bu şirketin fiili idare merkezi Türkiye’de ise MÖHUK m. 8/son cümlesi hükmü uyarınca hal ve fiil ehliyetinin tespitinde yardımcı kural olarak Türk Hukuku uygulanabilir.

1.12.3.Tahkim Şartı ve Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Temel sözleşme veya tabi sözleşmede genel olarak bu sözleşmelerden doğan ihtilafların nasıl halledileceği hususuna dair hükümler yer alır. Bu hükümlerde taraflarca ihtilafların çözümü için ya bir devlet mahkemesine yetki verilir veya çözümün tahkim yolu ile halledileceği kararlaştırılır. İhtilafların tahkim yoluyla halledilmesi, ya organize olmuş bir tahkim müessesesine müracaat edilmekle ya da organize olmamış bir tahkim heyetinin oluşturulması suretiyle gerçekleşir. Tahkime hukukun taraflarca tespit edilmemesi halinde, bu hukuk hakemlerce tespit edilir.

1.12.3.1.Uygulanacak Hukukun Taraflarca Tespiti

Tarafların ehliyeti bakımından, sözleşme yapabilmesi tarafların şahsi kanununa tabidir.

Tahkim sözleşmesinin şekli konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat bu şekil serbestliğinin olduğu anlamına gelmemelidir kanaatime göre, yazılı şekle tabidir. Bu yüzden de sözleşmeye göre tahkim sözleşmesi esas sözleşmenin içinde yer alan bir tahkim şartından veya esas sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak tarafların imzaladığı tahkimnameden ibaret olabilir.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Nomer, Ergin, (1965), Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı, Tahkim,IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, s. 506.

1.12.3.2.Konusuna İlişkin İhtilafa Uygulanacak Hukuk

İhtilaf konusunun tahkime elverişli olup olmadığının hangi hukuka göre tayin edileceği hususu tartışmalıdır. Tahkime elverişliliği tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka bağlamak olarak görünmektedir.¹⁹⁷

1.12.3.3.Uygulanacak Hukukun Hakemlerce Tespiti

Milletlerarası özellik taşıyan sözleşmelerde, tarafların ihtilaflarına uygulanacak hukuk hakkındaki tercihlerini açıkça bildirmeleri istenilen bir husustur. Bu sayede taraflar arasındaki akdi ilişkiye uygulanacak kurallar belli olur ve böylece akitler arasında güven ve istikrar oluşur. Ayrıca uygulanacak hukukun seçilmiş olması, ihtilaf halinde hakemlere de kolaylık sağlar. Ancak taraflar arasında esas sözleşme yapılırken tahkimin düzenlenmesi çoğu kez bilinçli veya bilinçsiz olarak ihmal edilir veya bu konuya gereken önem verilmez.

Hatta bazen, taraflar bilerek ve isteyerek çıkacak ihtilafların önceden herhangi bir hukuka tabi tutulmasından kaçınırlar. İhtilaf çıkmasını önlemek için de esas sözleşmeyi son derece ayrıntılı bir biçimde kaleme alırlar. Buna rağmen ihtilaf çıkarsa, uygulanacak hukukun tecrübeli milletlerarası hakemler tarafından tespiti suretiyle, ihtilafın sözleşme hükümlerine, sözleşmenin ruhuna ve sözleşmenin ilgili olduğu ticaret branşında hâkim olan örf, adet ve teamüllere¹⁹⁸, iyiniyete ve sağduyuya uygun olarak karara bağlanacağına inanırlar.

Milletlerarası ticari tahkimde ihtilafa uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili çeşitli çözüm ve öneriler vardır. Bunları iki gruba ayırarak sunmak mümkündür. Birinci hakemlerin milli veya milli olmayan kanunlar ihtilafi kuralına başvurmaları, ikincisi ise doğrudan doğruya hakemlerce maddi hukuk normlarının teşkil edilmesidir.

Hakemlerin milletlerarası tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmeleri, bu hukukun taraflarca açık veya örtülü olarak seçilmediği hallerde söz konusu olur.¹⁹⁹ Bu takdirde hakemler, tahkim yeri veya merkezinin yahut tahkim prosedürünü

¹⁹⁷ Nomer, a.e., s. 443.

¹⁹⁸ Kalpsüz, a.g.e., s. 18.

¹⁹⁹ Kalpsüz, a.g.e., s. 18.

yöneten hukukun veya akdin en sıkı irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygulurlar.²⁰⁰

1.12.3.3.1.MÖHUK'a Göre Uygulanacak Hukukun Taraflarca Tespiti

Ortak girişim ortakları, tahkim sözleşmesinde veya daha sonraki bir dönemde tahkimin hangi usul hukukuna tabi olacağını açıkça belirtmiş olabilirler. Örneğin taraflardan biri Türk diğeri Alman tabiyetinde olan bir ortak girişimde, taraflar tahkim sözleşmesinde taraflar Alman Hukukunun uygulanacağını kararlaştırırlarsa, aralarında çıkan ihtilafı çözümlenecek hakemler Türkiye'de toplanıp karar verseler bile, verilen karar bir Alman hakem kararı olarak nitelendirilecektir. Böyle bir hakem kararının Türkiye'de tenfizinin istenmesi halinde, bu tenfiz talebini inceleyen Türk Mahkemesi önce onun bir Türk hakem kararı olup olmadığını inceleyecektir. Yabancı hakem kararı olduğunu tespit ederse o zaman Türkiye'de tenfizi için gerekli şartların bulunup bulunmadığını MÖHUK m. 44/1'de 38/a'ya yapılan atıf dolayısıyla araştırarak, sonra 44/1'i uygulayacak, m. 45'deki haller mevcutsa tenfiz talebini reddedecektir²⁰¹. Diğer yandan, Türk Mahkemesi, tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının tabi kılındığı kanuna göre geçersiz olup olmadığını (MÖHUK m. 45/f) hakemlerin seçiminin ve uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına aykırı bulunup bulunmadığını (MÖHUK m. 45/g) ve hakem kararının tabi olduğu usul kanununa göre kesinleşmiş olduğunu MÖHUK m. 45/i hükmü uyarınca araştıracaktır.²⁰²

1.12.3.3.2.MÖHUK'a Göre Uygulanacak Hukukun Taraflarca Kararlaştırılmamış Olması

Taraflar, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmemiş iseler, bu takdirde, tarafların tahkimi hangi devletin usul hukukuna tabi kılmak istedikleri tahkim sözleşmesinin diğerk hükümlerinin yorumlanması suretiyle tespit edilmelidir.

1.12.3.3.2.1.Bağlama Kuralının Tespiti

Tahkim sözleşmesinde tahkim yerinin açıkça belirtilmiş olduğu durumlarda, tarafların tahkimi o yerin usul kanununa tabi kılmak istedikleri şeklinde bir yoruma gidilir. MÖHUK m. 45/f,g,i hükümlerindeki tahkimin tabi kılındığı usul kanunu

²⁰⁰ Şanlı a.e., s. 217-218.

²⁰¹ Kalpsüz, ag.e., s. 37.

²⁰² Kuru, a.e., s. 4131.

konusunda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukuku deyimi de varılan bu sonucu teyit etmektedir.

Ancak tahkim yeri ve tahkime uygulanacak usul kanununun belirtilmemiş olduğu durumlarda, tahkim yeri hakemlerce belirlenir. Bu takdirde, tarafların tahkim usulünü örtülü olarak, bu tahkim yerinin bulunduğu devletin usul kanununa tabi kıldıkları sonucuna varılamaz. Çünkü böyle bir durumda tahkimin tabi bulunduğu usul tesadüflere bırakılmış olur. Bu şekilde bir yorum tarafların muhtemel iradelerine aykırı düşer.²⁰³

Tahkim sözleşmesinde tahkim usulü ve tahkim yeri belirtilmemiş olmakla birlikte, aynı devlet ülkesinde ikamet eden birden çok kişi hakem olarak ismen belirtilmiş ise, tarafların tahkimi o ülkenin usul kanununa tabi kılmak istedikleri sonucuna varılabilir.

Tarafların tahkim usulünü ve tahkim yerini belirtmemiş oldukları durumda ayrı ülkelerde ikamet eden kimseler hakem olarak seçilmiş bulunabilirler. Eğer taraflar maddi hukuku da belirtmemişlerse, tahkimde hukukun parçalanmasını önlemek için uygulanacak maddi hukuk bağlama kurallarına göre tespit edilmeli ve tahkimin aynı devlet usul kanununa tabi olduğu sonucuna varılmalıdır.

1.12.3.3.2.2.Kararın Tenfizinin Talep Olunacağı Yer Hukukuna Göre Geçerli Olmasını Sağlayacak Hukuk

Yabancı hakem kararları kesinleşip icra kabiliyetini kazandıkları takdirde tenfizi talep edebilir. O halde hakemler tahkime uygulanacak hukuku tespit ederken, bu hukukun hakem kararının tenfizinin talep olunacağı yer hukukuna uygun olmasına dikkat edilmelidir.²⁰⁴ Diğer yandan MÖHUK'un kabul ettiği sistemde Türkiye Cumhuriyeti ile hakem kararının milliyetini taşıdığı devlet arasında akdi, kanuni ve fiili mutekabiliyet olması halinde ancak Türkiye'de yabancı hakem kararı tenfiz edilebilir. Böyle bir mutekabiliyet yoksa yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizi mümkün olmadığından uygulanacak hukuk seçilirken bu hususa dikkat edilmesi gereklidir. Aksi halde, verilen hakem kararının uygulanmaması ihtimali artacaktır.

²⁰³ Kuru, a.e., s, 3.

²⁰⁴ Kalpsüz, a.g.e., s. 19.

BÖLÜM II

TÜRK REKABET HUKUKUNDA ORTAK GİRİŞİMLER

2.1.ORTAK GİRİŞİMLER AÇISINDAN RKHK'UN DÜZENLEME KONUSU

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 2. maddesiyle kapsamını; “mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsü aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalarla piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını ve rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmaları gibi her türlü hukuki işlem ve davranışlar” olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir.

RKHK. 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları, 6. maddesinde teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları ve 7. maddesinde ise hâkim durum yaratmak için veya hakim durumu güçlendirmek için yapılan birleşme devralmalardan bahsetmiştir. Ortak girişimler ise rekabeti sınırlayıcı anlaşma kabul ederek 4. madde kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır. 7. maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesi de göz önünde bulundurulacaktır. RKHK.'un 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Rekabet Kurulu hangi tür birleşme veya devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bunların Kurul'a bildirilmesi usul ve esaslarını düzenleyen Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği'ni kabul ederek yayımlamış²⁰⁵ ve 1997/1 sayılı Tebliğ, 04.Kasım 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ yürürlük tarihi 01.Ocak 2011 olan 2010/4 sayılı Tebliğ²⁰⁶ ile yeniden düzenlenmiştir. 30 Eylül 2011 tarihinde ise 2010/4 sayılı Tebliğde değişiklik

²⁰⁵ Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:12.08.1997 tarih ve 23078 sayı.

²⁰⁶ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:07.10.2010 tarih ve 27722 sayı.

yapılmasına dair Tebliğ olan 2012/3 Tebliğ'i²⁰⁷ yayımlanmış ve 01.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2012/3 Tebliğ'i ile 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Türk Rekabet Hukuku'nda, bir ortak girişim sözleşmesinin 4. madde kapsamına alınabilmesi için; en az iki teşebbüs tarafından ortak kontrol edilmesine rağmen ortak girişimin ortaklarından bağımsız şekilde devam etmesi ve bunun için yeterli beşeri ve ekonomik kaynağa sahip olması gerekmektedir. Bağımsız bir şekilde kontrol edilerek faaliyetleri sırasında da rekabeti sınırlayıcı bozucu etkilerinin olması gerekmektedir.

Ortak girişimlerin yasak kapsamında incelenmesi sırasında ya ortak girişim ile ana teşebbüs arasında ya da ana teşebbüsler arasındaki rekabet göz önünde tutulmaktadır. Değerlendirme yapılırken her olay ayrı incelenmesi gerekecek ve her olayın içinde bulunduğu koşullar göz önünde bulundurulacaktır.

Ortak girişimin bulunduğu pazarda faaliyetlerine devam eden bir tek ana teşebbüs varsa 4. madde kapsamında yer almayacaktır. Bu durum yoğunlaşma olarak kabul edilmektedir.

Hemen her konuda, çok çeşitli ve geniş bir alanda görülebilen ortak girişim sözleşmeleri rekabeti her zaman sınırlamamaktadır. Ayrıca rekabeti sınırlayanları ise her zaman olumsuz etkiler doğurmamaktadır. Rekabeti sınırladığı anlarda bile ekonomiye katkıda bulunmak, üretim, dağıtım, teknolojiye ilerleme sağlamak gibi olumlu etkileri görülebilmektedir. Bu gibi olumlu etkilerinin varlığı sırasında rekabetin ortadan kalkmadığı, tüketicinin fayda sağladığı ve bu fayda için rekabet sınırının aşılması gerektiği gibi durumlarının da göz önünde bulundurulması 4. madde kapsamında değerlendirmek pek de adil olmayacaktır. Bu durum RKHK. 5. maddesine yansımış ve 4. madde kapsamından muaf tutulma halleri ele alınmıştır. Aslan²⁰⁸, ortak girişim sözleşmelerinin; “yeni bir ürünün üretim veya dağıtımını, teknoloji gelişimi, know-how ve uzmanlık kullanımı, teknik zorlukların aşılması, ilgili pazarda yeni bir rakip ortaya çıkarma, Ar&Ge faaliyetlerinin uzun süreli ve tek bir teşebbüs tarafından

²⁰⁷ 2012/3 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Resmi Gazete:30.09.2011 tarih ve 28070 sayı.

²⁰⁸ Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa (1997), s. 239.

finanse edilemeyecek kadar yüksek olduğu hallerde riski paylaşma, satış sonrası hizmetleri geliştirme, güçlü rakiplere karşı oluşturulmuş olma, atıl kapasiteyi ortadan kaldırarak kapasitenin etkin kullanımını sağlama, üretimin etkin hale getirilmesi, pazara girişi kolaylaştırma ve yeni ürün gelişimi gibi hallerde kullanıldıklarında” olumlu yönleri sahip olduğunun kabul edildiğini belirtmiştir. Bu olumlu yönlerin etkileri tüketiciye yansıtılmalıdır. Bu gibi olumlu yanlarının yanında ortak girişim sözleşmeleri, rekabeti tamamen ortadan kaldırmadan, gerekli olan kadar sınırlamalıdır.

Ortak girişim sözleşmeleri, olumlu yanlarından dolayı Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde muaf tutulabilecektir. 5. madde ise bireysel muafiyet yanında, son fıkrasında belirli konularda grup olarak muafiyet sağlanabilecek sözleşmeler ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarılabileceğinden bahsetmektedir. Dolayısıyla bireysel ya da grup muafiyetleri kapsamında ortak girişimlerin muaf tutulması mümkün olacaktır.

Bir ortak girişim sözleşmesinin yoğunlaşma doğurması için bağımsız bir şekilde var olması, ortaklarının birbirleriyle ya da ortak girişimle rekabeti sınırlayıcı amaç içinde olmamaları ve bu şekilde etki doğurmamaları gerekmektedir. Taraflar ortak girişimi birlikte kontrol etmelidirler. Zaten kontrol eğer tek taraf elinde toplanmışsa bu birleşme sayılacaktır. Ortak girişimin ayırt edici unsurlarından birinin ortak kontrol olduğu unutulmamalıdır. Mal varlığının ya da ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları ele geçirmesi devralma sayılacaktır (RKHK.m.7). Yoğunlaşma doğuran ortak girişimlere birleşme ve devralmalara uygulanan hükümler uygulanmaktadır. Öyleyse böyle bir ayırım neden önemlidir sorusuna cevap verilecek olursa, ciroların hesabının önemi olacaktır. 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında olup olmadığı da ciro hesabına bakılarak mümkün olacaktır. Örneğin, bir teşebbüs hisselerinden birini başka teşebbüse satarsa ve ortak kontrol unsuru devreye girerse ciroların önemi ortaya çıkacaktır.²⁰⁹

Yoğunlaşma doğuran ortak girişimlerin yasak kapsamına girmesi çok daha düşük bir olasılıktır. Çünkü birleşme ve devralmaları ele alan 7. madde yasaklarına, 4. maddeye göre daha az rastlanmaktadır. Sözleşmeler ile birleşme ve devralmalar arasında bir diğer fark ise bildirimleri konusundadır. Ortak girişim sözleşmelerinin Kurul’a bildirimini madde 5. kapsamında muafiyetten yararlanmak için önem arz etmektedir.

²⁰⁹ Aslan, a.e., s. 241.

Kurul'a bildirdikten sonra madde 5 şartlarını sağlıyorsa muafiyetten yararlanabilecektir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi açısından Kurul'a bildirim aranmamaktadır. Birleşme ve devralmalarda ise RKHK. m. 10 ile yürürlüğe girmeleri için bildirim şart olduğu belirtilmiştir. Madde 10'a göre; Kurul, bildirildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde yapacağı ön incelemeyle izin verecek ya da daha ayrıntılı inceleme için kesin inceleme kararı verecek ve bu aşamada birleşme ve devralma sözleşmelerinin askıda olduğunu bildirecektir. Kurul bu süre içinde herhangi bir cevap vermezse, bu tür sözleşmeler bildirim tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir (RKHK.m.10/2) .

2.2.RKHK'DA ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLER

RKHK'nun ikinci kısmı maddi hukuk bölümü olarak da nitelendirilebilen "yasaklanan faaliyetler" bölümünü oluşturmaktadır. Kanun'da üç temel yasak alanı bulunmaktadır. Bunlar; rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran, amaçlayan veya bu yönde tehdit oluşturan teşebbüsler arası uyumlu eylem, anlaşma ve teşebbüs birliği kararları; tek bir teşebbüs tarafından sahip olunan veya müştereken ulaşılan hâkim durumun kötüye kullanılması; hâkim durumu yaratacak veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirecek biçimde birleşme veya devralmalar yasaklanmaktadır.

2.2.1.Rekabete Aykırı Anlaşma ve Kararlar

4054 sayılı Kanun, rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı amaç taşıyan veya bu etkiyi doğuran her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylemi yasaklamaktadır (RKHK.m.4). RKHK. 4. maddesi kaynağını AET. Sözleşmesi'nin 85. maddesinden almaktadır²¹⁰. Bu maddeye göre;

"Üye devletlerarası ticarete zarar vermeye elverişli olan ve Ortak Pazar içindeki rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma amacı taşıyan ya da etkisini gösteren işletmeler arası anlaşmalar, işletme birliklerinin kararları ve bunların uyumlu uygulamaları ve özellikle;

- Alış ve satış fiyatlarının ya da diğer sözleşme şartlarının doğrudan veya dolaylı olarak saptanması;

- Üretimin, pazarlamanın, teknik gelişmenin ya da yatırımların kısıtlanması veya denetim altına alınması;

¹⁸¹Ergin Nomer,./ Eski yurt, Ö.; *Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul 1975*, s. 547-548; Ünal Tekinalp, *Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasınının 85 ve 86. Maddeleri Anlamında "İşletme Kavramı"* (I), C.26 (1979-80), S.11, s.452 vd.

- Pazarın veya tedarik kaynaklarının paylaşılması;
- Rekabete zarar verecek biçimde, eşdeğerdeki edimler için taraflara farklı koşulların uygulanması;

- Sözleşmelerin yapılmasında taraflardan birine gerek niteliği bakımından gerek ticari bakımdan, sözleşmenin konusu ile ilgisi bulunmayan ek edimlerin kabul ettirilmesi, ortak Pazarla bağdaşmaz ve yasaktır".²¹¹

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine 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, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." denmektedir.

Bu madde kapsamında yasaklanan ve geçersiz sayılan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması şart değildir. Yasak kapsamındaki sözleşmeler sözlü şekilde de yapılabilmele birlikte tarafların bu sözleşme ile birbirlerine bir bağlayıcılık hissetmeleri gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2.fikrasında, rekabeti sınırlayan anlaşmalarla ilgili bazı örnekler verilmiştir. Ancak, Kanun'da sayılan bu örnekler sınırlı sayıda olmayıp bunların dışında yasak kapsamına giren birçok anlaşma bulunabilir.²¹² 4. maddede özellikle belirtilen haller şunlardır:

"- Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının belirlenmesi;

- Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması veya kontrolü;

- Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi;

- Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi;

- Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması;

²¹¹ Nomer, Eski yurt, a.e., s.547-548.

²¹² Mustafa Çeker, *Türk Hukukunda Rekabetin Korunması Ve Yeni Rekabet Düzeni*, s.4

- Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesidir²¹³.

Piyasalarda rekabetin sınırlanmasını amaçlayan sözleşmeler akla kartel sözleşmelerini getirmektedir. Karteller, benzer malları üreten az sayıdaki büyük firmanın fiyatları belirlemek, üretim veya ihracat hacmini sınırlandırmak, piyasaları bölüştürmek, kısacası piyasada monopolcü duruma gelmek için aralarında yapmış oldukları gizli veya açık anlaşmalardır²¹⁴. Kartel anlaşmaları belirli süreler için yapılmaktadır ve bu yüzden de ne bağımsızlıklarını ne de tüzel kişiliklerini kaybederler. Bu sözleşmelerdeki amaç büyük firmaların kendi aralarında rekabet etmekten vazgeçip belirledikleri fiyatları tüketiciye sunmaktır. Dolayısıyla tüketici de belirlenen bu fiyattan almak zorunda kalacak ve sömürülecektir. Bu yüzden RKHK. m. 4 ile bu sözleşmelere sınırlamalar getirilmiştir.

RKHK. m. 3 ile bazı tanımlara yer vermiştir. Bunlar arasında teşebbüs ve teşebbüs birliği de bulunmaktadır. Buna göre; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün olan birimlerine teşebbüs, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği olan ya da olmayan her türlü birliğe ise teşebbüs birliği denmektedir. Madde 4 kapsamında sözleşmelerin yanında teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri de yasak kapsamında sayılmıştır.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar RKHK'nun 4. maddesine göre yasaklanır. Bir ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak kabul edilerek 4. maddeye göre yasaklanabilmesi için ana şirketlerden bağımsız bir şekilde çalışabilecek kaynağa sahip bir ortak girişimin olması ve en az iki şirket tarafından kontrol edilmesi gerekmektedir. Tabi bunların yanında rekabeti de sınırlaması gerekmektedir.

Bir ortak girişimin etkilerini incelerken, sadece niteliğine bakmak yanlıtacaktır. Birde bulunduğu ilgili pazarın yapısına bakılmalıdır. Buna göre, piyasada çok sayıda teşebbüs varsa ve bu pazara girişte engellerle karşılaşılmayacaksa ortak girişimin

²¹³ Çeker, a.e., s.4

¹⁸⁵ Halil Seyidoğlu, *Ekonomik Terimler Sözlüğü*, Ankara 1992, s.456.

olumsuz bir etkisi olmayacaktır. Fakat girişin zor olduğu bir pazarda teşebbüs sayısının da az olması durumunda, ortak girişimlerin rakip teşebbüslerle yakın işbirliği içinde bulunmaları, hakim durum oluşturmaları gibi olumsuz etkileri görülebilecektir.

Ortak girişimi oluşturan teşebbüslerin ortak girişimle aynı coğrafi pazarda devam edip etmemeleri de rekabet üzerindeki etkilerini belirleyecek önemli bir faktördür. En az iki ana teşebbüsün ortak girişimle aynı coğrafi pazarda aynı ürünlerle faaliyet göstermesi aralarındaki işbirliği olasılığını artıracaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda bir örnek vermek gerekirse, olayın konusunu Migros Türk T.A.Ş. ve Metro AG²¹⁵ tarafından oluşturulacak 5 ayrı ortak girişim oluşturmaktadır. Rekabet Kurul kararı şu şekilde olmuştur.

“-Yapı elemanları marketçiliği pazarında faaliyet gösterecek olan Praktiker Yapı Malzemeleri A.Ş. ile giyim marketçiliği pazarında faaliyet gösterecek olan Adler Moda Tic. A.Ş. üzerinde oluşturulacak 2 ayrı ortak girişimin, ilgili ürün piyasasında toplam ciroları ve pazar payları yönüyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7’nci maddesi ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ’in 4 üncü maddesi kapsamında bulunmadığı,

- Gıda ağırlıklı perakende ticaret pazarında faaliyet gösterecek olan Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti. üzerinde oluşturulacak 3 ayrı ortak girişimin ise, ilgili ürün piyasasındaki toplam ciroları ve pazar payları yönüyle, 4054 sayılı Kanun’un 7 nci maddesine dayanılarak çıkarılan ve 05.11.1997 tarihinde yürürlüğe giren “1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında birer ortak girişim (birleşme) olduğu; ancak, gıda ağırlıklı perakende ticaret piyasasında fiili durumda yaşanan yoğun rekabet, pazara giriş engellerinin önemsizlenecek seviyelerde olması ve bu pazardan büyük ölçekli perakendeci kuruluşların aldıkları payın gittikçe artan bir trend göstermesinin getirdiği potansiyel rekabet olanakları nedeniyle, bahse konu ortak girişimler neticesinde, gerek tarafların beraber buldukları iller bazında gerekse tüm Türkiye ölçeğinde, 4054 sayılı Kanun’un 7 nci maddesinde belirtilen rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı;

²¹⁵ 20.11.1998 tarih ve 23529 sayılı Resmi Gazete.

öte yandan, her iki ana şirketin (Metro AG- Migros Türk T.A.Ş.), Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti. üzerinde oluşturacakları 3 ayrı ortak girişimle aynı coğrafi pazarda (il ve ilçe merkezleri) yer almasının, bu ortak girişimi rekabeti sınırlayan, işbirliği doğurucu bir anlaşmaya dönüştüreceği,

Bu nedenle Metro Ag-Migros Türk T.A.Ş. ortak girişim işlemlerine; 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, her iki ana şirketin (Metro- Migros) ortak girişimle beraber aynı coğrafi pazarda doğrudan veya dolaylı ilgili ürün piyasasına girmemesine; diğer bir ifadeyle, Metro AG veya Migros Türk T.A.Ş'nden ancak yalnızca birinin ortak girişimle Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi koşuluyla izin verilmesine; bu koşula uygun hareket edilmemesi halinde, aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren sözkonusu ortak girişimin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma sayılacağı ve re'sen ön araştırma ve/veya soruşturma açılacağına bildirilmesine oyçokluğu ile karar verilmiştir."²¹⁶

Ana şirketlerle ortak girişimin aynı pazarda olması durumunda Rekabet Kurul'u iki hiper marketin yine hiper market pazarında oluşturacakları ortak girişime taraflardan birinin pazardan çekilmesi koşuluyla izin vermiştir. Kurul aksi halde bu ortak girişimin taraflar arasında rekabeti koordine etmeye yarayan ortak girişimin kurulmuş olacağı sonucuna ulaşmıştır.²¹⁷

2.2.2.Uyumlu Eylem

RKHK. 4. maddesinde, "bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder" denmektedir. Bununla direk yasak kapsamına giren davranışlarla değilde farklı fiili işbirlikleriyle rekabetin engellenmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

²¹⁶ Karar No:57/424-52, Karar Tarihi:19.03.1998 Dosya Konusu: Migros Türk T.A.Ş. ve Metro AG tarafından oluşturulacak 5 ayrı ortak girişim.

²¹⁷ Karar No:57/424-52 Karar Tarihi:19.03.1998.

Rekabet Kurulu "Süt Firmalarının Fiyat Anlaşması Kararı'nda"²¹⁸ kullanmış olduğu ifadelerle hangi şartların uyumlu eylem için olması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda;

".... Ancak, uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirir. Buna göre, uyumlu eylem için

- en az iki veya daha fazla işletme olmalı
- bilinçli paralellik bulunmalı
- bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerçeklerle açıklanamamalı
- rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylemde yoktur."

demektedir.

Bu üç şartın bir araya gelmesi durumu 16. madde kapsamında uyumlu eylem içinde bulunmalarından kaynaklı para cezasına çarptırılmalarını gerektirmektedir. Ancak teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı yollardan kurdukları ilişki veya iletişimlerle gelecekteki pazar payları konusunda şüpheleri ortadan kaldırmaya çalışmaları tek başına uyumlu eylem olarak bir şey ifade etmeyeceğinden aynı zamanda birbirleriyle paralel davranışta bulunmaları gerekmektedir. Teşebbüslerin birbirleriyle paralel davranışları sonunda rekabetin kısıtlandığı ortaya çıkarsa uyumlu eylem içinde oldukları karine olarak RKHK.m.4/3'de kabul edilmiştir. Ancak, maddenin son fıkrası ile aksini ispat edebildikleri takdirde sorumluluktan kurtulma imkânı da tanınmıştır. Öngörülen bu düzenleme, teşebbüslere aksini ispat edebildikleri sürece para cezasından kurtulmalarını sağlamayı hedeflemiştir ve dolayısıyla uyumlu eylemde olduklarına karine teşkil eden değişimlere bakarak karar vermekten kaçınmaktadır. Dolayısıyla, uyumlu eylemde bulunan teşebbüsler, gerçeklere dayanan mazeretlerini ispat edip kolayca gerçek durumu açıklayabildikleri için daha sağlıklı kararlar verilebilecektir.

2.2.3.Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

RKHK.'un "tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesinde, hâkim durumun tanımını yapmıştır. Buna göre, hâkim durum, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü" ifade eder²¹⁹

²¹⁸ Karar No: 00-11/109-54, RG., 17.11.2000 tarih ve 24233 sayılı.

²⁰⁰ Aslan, a.e., s.186.

Hakim durumun tanımlar kısmında açıklamasından sonra madde 6'da; bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu tek başına ya da başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla kötüye kullanması hukuka aykırıdır diyerek yasaklamıştır. Burdan da anlaşılacağı gibi ortak girişimin tek başına ve ekonomik gücü bulundurması zorunluluğu yoktur. Birden çok teşebbüsle birlikte de hakim durum oluşturulabilmektedir. Dikkat edilecek olursa, teşebbüs veya teşebbüslerin hakim durumda olmaları yasaklanmamış, hakim durumlarını kötüye kullanmaları ve rekabeti sınırlayan davranışları yasak kapsamına alınmıştır. Bu durumda hangi davranışların kötüye kullanma kapsamına girdiği tespit edilmelidir.

Komisyon ve Adalet Divanının ele aldığı ilk kararları arasında yer alan *Europemballage Corporatin and Continental Can Company v Commission*²²⁰ kararında hâkim durum şu şekilde tanımlanmıştır. “ Bir işletmenin hâkim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın bulardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum bir işletmenin, pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hâkimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi, söz konusu işletme ya da işletmelere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir.” Hâkim durumda olma kavramının ispatı mümkündür. Tamamen belirli bir pazara yönelik hakim olma durumunu ifade eder. İlgili pazarın belirlenmesi, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin incelemelerde, pazar hakimiyetini tespit etmenin temel adımıdır.²²¹

İlgili pazarı belirleyen iki temel unsur vardır. Birincisi ilgili ürün pazarı ikincisi ilgili coğrafi pazardır.

²²⁰ Case *Europemballage Corporatin and Continental Can Company v Commission* (1973) ECR 215. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:EN:HTML>)

²²¹ Yanık Mehmet, *Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yolu İle Pazara Giriş Engelleri*, Ankara, 2003, s. 18.

İlgili ürün pazarı, söz konusu teşebbüs ya da teşebbüslerin hangi mal veya hizmet pazarında hakim durumda olduğunu ortaya koymaktadır. İlgili ürün pazarı belirlenirken, bir mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerle ikame edilebilirliği gerek arz gerekse de talep yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.²²²

İlgili coğrafi pazar, aynı rekabet koşullarına sahip pazar alanı anlamına gelmektedir. İlgili coğrafi pazar, ülkenin tamamı olabileceği gibi ülke içerisinde yer alan bir bölge de olabilir. Bu bölgenin, diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklı olması gerekir. Aynı zamanda söz konusu bölge, tüketici gözüyle, rekabet açısından diğer bölgelerden yalıtılmış olmalıdır.²²³

Avrupa Birliği ilgili pazarda hakim durumu tespit ederken niceliksel ve niteliksel ölçütler kullanılmaktadır.²²⁴

- Niceliksel Ölçüler(pazar payı)

a)%25'in altında: Kural olarak hakim durum söz konusu değildir.

b)%25–40: Baska etmenlerin varlığı halinde hakim durum meydana gelebilir.

c) %40'ın üzerinde: Kural olarak hakim durum vardır. Öncelikle başka etkenlerin varlığı halinde(pazardaki rakip teşebbüs sayısı ve bu rakiplerin pazarda sahip oldukları paylar gibi vs..) yada %50'nin üzerinde ise otomatik olarak hakim durum söz konusudur.

d)%100: bu durumda tekel yani hakim durum söz konusudur.

- Niteliksel Ölçütler

a) Finansal güç,

b) Dikey Bütünleşme ve dağıtım sistemine sahip olma,

c) Teknolojik üstünlük,

d) Mevzuatın sağladığı avantajla,

e) Örgütlenme ve satış teknikleri

f) Ürün kalitesi

²²² Asçıoğlu Öz, Gamze, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara 2000, s.152.

²²³Güven Pelin; *Rekabet Hukuku* , Ankara 2005, s. 216.

²²⁴ Pınar Hamdi, “*Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*” 2005, İstanbul, s.126.

Hangi davranışların hakim durumu kötüye kullanma olduğunu tespit ederken RKHK.m.6/2'de örnek verilen davranışlara bakmak gerekecektir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde belirtilen davranışlar şunlardır:

“1. Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;

2. Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapması;

3. Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi;

4. Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyçasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler;

5. Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

Bu örnekler sınırlayıcı nitelik taşımadıkları için, Kanun'da sayılanlar dışında kalan diğer davranışların da kötüye kullanma olarak kabul edilmesi mümkündür²²⁵.

2.2.4. Birleşme ve Devralmalar

Ekonomik açıdan bakıldığında ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin, daha verimli bir şekilde çalışarak karlarını arttırmaları veya daha sağlam bir konuma gelmek gibi amaçları yüzünden teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı şekilde bir araya gelmeleri mümkündür. Hatta bazen pek çok ekonomik ve sosyal nedenlerden kaynaklı bir araya gelmeye zorunda kalmaktadırlar. Bunun sonucu olarak yoğun bir şekilde “şirketler arası evlilikler”²²⁶ ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır.

²⁰¹Aslan, Y. *Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Basım*, Bursa 2001, s.235 vd.

²²⁶ Terim için bkz. Renan Baykan, *Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri*, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul 1996 s.189; Hikmet Sami Türk, *Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi*, Batider, 1985, C.XII, S.2, s. 26-36.s.47,dpt.130.

Teşebbüsler arasında kurulan yapısal birlikteliklerin yararlarının yanında rekabet üzerinde olumsuz bir takım etkileri de olacaktır. Özellikle ilgili piyasadaki payı yüksek olan (rakip) teşebbüslerin birleşmeleri zaten orta veya küçük ölçeğe sahip diğer teşebbüslerin daha da zayıflatarak rekabeti önemli ölçüde azaltacaktır.²²⁷ Diğer yandan dikey birleşme ve devralmalar, bir yandan ilgili teşebbüse dağıtım ve sürüm kolaylığı sağlarken, diğer yandan, ilgili piyasa için önemli bir giriş engeli oluşturma tehlikesi taşımaktadır.²²⁸ Bu sebeptendir ki kalıcı birliklerin kontrol altında tutulması gerekmektedir.

Kontrol altına alınmasıyla ilgili, oldukça uzun bir şekilde kaleme alınmış olan RKHK. 7. maddesine göre, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.” (RKHK.m.7/1).

Hükmün ikinci fıkrasında ise, “Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul’un çıkaracağı tebliğlerle ilan edileceği” ifade edilmiş ve birleşmelerin denetiminde, Rekabet Kurulu’nun münhasıran yetkili olduğu öngörülmüştür (RKHK.m.7/2). Kurul, tanınan bu yetki ile izne tabi olan birleşme ve devralmaları tebliğler aracılığıyla belirleyecektir.

RKHK.’un 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Rekabet Kurul’u hangi tür birleşme veya devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bunların Kurul’a bildirilmesi usul ve esaslarını düzenleyen Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında

²²⁷ Küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin, büyük çaptaki teşebbüslere karşı birleşmeleri ise, tam aksine rekabet açısından yararlı görülmekte ve bu türden birleşmeler genellikle teşvik edilmektedir. Aslan, a.g.e., s.115.

²²⁸ Aslan, a.g.e., s.117.

Tebliğ'i kabul ederek yayımlanmış²²⁹ ve 1997/1 sayılı Tebliğ, 04.Kasım 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ yürürlük tarihi 01.Ocak 2011 olan 2010/4 sayılı Tebliğ²³⁰ ile yeniden düzenlenmiştir. 30 Eylül 2011 tarihinde ise 2010/4 sayılı Tebliğ'de değişiklik yapılmasına dair Tebliğ olan 2012/3 Tebliğ'i²³¹ yayımlanmış ve 01.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2012/3 Tebliğ'i ile 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde değişiklik yapılmıştır. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5.maddesi ile izin alması gereken birleşme ve devralmalar şu şekilde sıralanmıştır;

“ Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hali hazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.”

Tebliğ'in 5. maddesinin devamı ise şu şekildedir;

“Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.

Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir.

²²⁹ Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:12.08.1997 tarih ve 23078 sayı.

²³⁰ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Rsmi Gazete:07.10.2010 tarih ve 27722 sayı.

²³¹ 2012/3 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Resmi Gazete:30.09.2011 tarih ve 28070 sayı.

Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.”

Birleşme ve devralmalara ilişkin olan RKHK’un 7. maddesi, piyasa yapısını kontrol etmek için düzenlenmiş bir madde olup iktisadi yoğunlaşmaya ve ekonomik güç açısından belli merkezlerin oluşmasının önüne geçilerek engellemeye çalışmak amaçlanmıştır. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, ticari karar alma üstünlüğüne hukuki görünümü ne olursa olsun iktisadi gücün yoğunlaşmasıyla rekabeti azaltan her türlü kalıcı birlikteliğe engel olarak piyasalarda çok sesliliğin korunması sağlamaktır.

Kanun’un 7. maddesinde iki farklı düzenlemeye gidilerek birleşmelerden ve devralmalardan bahsedilmiştir. Çıkarılan Tebliğ ile ortak girişimler de birleşme kapsamında değerlendirilmiştir.

Rekabet Hukuku açısından birleşme kavramı, iktisadi bir kavramdır ve bu nedenle hukuki anlamdaki birleşmelerden daha fazla görülmektedir. Rekabet Hukuku anlamında bir birleşmeden bahsedebilmek için, yeni oluşturulacak veya var olan bir teşebbüs çatısı altında bağımsız nitelikteki iki veya daha fazla teşebbüsün iktisadi anlamda birleşmesi yeterlidir. Hukuki anlamda birleşme sayılmayan, “ikiz (çifte) ortaklıklar”²³², “konzern”²³³ ve “ortak girişimler”²³⁴ iktisadi bağımsızlıklarından vazgeçmelerine rağmen hukuki bağımsızlıklarını koruduklarında, Rekabet Hukuku açısından “birleşme” olarak nitelendirilebilirler²³⁵. Somutlaştırmak gerekirse, ticari işletme işleten tacirlerin bir araya gelerek kurduğu her türlü ortaklık, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe birleşme kapsamında kabul edilebilir.

²³² “İkiz ortaklık” (çift şirket), iki veya daha fazla kişinin iki ayrı şirket kurmaları ve bu şirketlerin, biri diğerinin bağımlı yöneticisi olarak faaliyet gösterecek şekilde bir ekonomik birlik halinde kaynaşmaları halinde söz konusudur. Çifte ortaklık durumunda ekonomik açıdan birbirine bağımlı olmakla birlikte, hukuksal yönden birbirinden bağımsız iki ortaklık bulunmakta ve ekonomik birlik, ortaklar arasındaki ayniyetten kaynaklanmaktadır. Türk, a.e. s.60; Barlas, a.e., s.100,101; Tekinalp/Tekinalp, a.e., s.170,171; Kaplan, a.g.e., s.21. Bazı yazarlar, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, çift şirket vasfının bulunduğunu kabul etmektedir. Kaplan, a.g.e., s.21; Yılmaz, a.g.e., s.482; aksi gör. Tekinalp/Tekinalp, a.e., s.171; Barlas a.e., s.197.

²³³ “Konzern”, hukuken bağımsızlıklarını koruyan teşebbüslerin ortak bir yönetim gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bütündür. Barlas, a.e., s.165; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.e., s.934; krş. Fahiman Tekil, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s.45.

²³⁴ Teşebbüslerin güçlerini bir araya getirerek ortak girişim şirketi kurmaları, birlikteliğin, süreklilik vasfı taşıması ve yönetimin kurulan ortak girişime devredilmesi halinde, birleşme olarak nitelendirilebilir.

²³⁵ Bunlara gizli birleşme veya eylemli birleşme de denilmektedir. Türk, a.e., s.14.

Rekabet Hukuku bakımından “devralma”, geniş bir kavramdır. Kanun’un 7. maddesi, devralma yoluyla hakim durum yaratmaya çalışmaları veya daha da güçlendirmeleri için üç ayrı unsurun devralınmasından bahsetmiştir. Bunlardan ilki malvarlığının, ikincisi ortaklık payının ve diğeri ise, oldukça geniş bir kapsamı olan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devredilmesidir. Bunlardan ilk ikisi, benzer niteliktedir ve bunların kısmen veya tamamen devredilmesi, 7. maddenin uygulanması bakımından fark yaratmaz. Zira burada önemli olan nokta, bunların ikisini de kapsayan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri, bir başka deyişle “kontrol”ün el değiştirmesidir. Kanun’un 7/1. maddesine dayanılarak çıkarılan Tebliğ’de de, devralma kavramını genişleterek, bu belirtilen unsurların devralınmasının yanı sıra, kontrol edilmesi halini de madde kapsamı içine almıştır. Bu bağlamda, malvarlığının veya ortaklık paylarının ya da yönetimde hak sahibi olma imkânı veren araçların kontrolü de 7. madde anlamında devralma kavramına dâhildir.

Nitekim yoğunlaşmanın gerçekleşmesi bakımından belirleyici olan, teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen yapısal değişikliklerdir ve bu nedenle, 7. maddenin amacını en iyi şekilde ifade eden unsur, o veya bu şekilde malvarlığının devri değil, yönetimde hak sahibi olacak araçların devredilmesidir.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Rekabet Hukuku anlamında bir devralmanın tespit edilmesi için başka teşebbüs üzerinde sağlanan kontrol unsuruna bakılması gerekmektedir. Kontrol unsuru yoğunlaşma ve teşebbüs kavramlarında da önem arz etmektedir.

2.2.4.1.Ortak Kontrol

Yoğunlaşma doğurucu işlemler olan birleşmeler, devralmalar ve ortak girişimler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7 nci maddesi ve bu maddeye dayanılarak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”²³⁶ çerçevesinde incelenmektedir.

Ortak girişimlerin söz konusu Tebliğ’in kapsamında yoğunlaşma doğurucu bir işlem olarak kabul edilmesi için;

- a) bağımsız iktisadi varlık olarak meydana gelmesi

²³⁶ 07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete.

b) ortak girişimin tarafları ve taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi bulunmaması şeklinde iki unsura sahip olması gerekmektedir.

Tebliğ hükmünde açık bir şekilde ifade edilmese de, ortak kontrol, Rekabet Kurulu'nun ortak girişimlere ilişkin kararlarında öncelikli olarak göz önüne aldığı ana bir unsurdur.

Rekabet Kurulu'nun ortak girişimlerde "ortak kontrol"ü ele aldığı kararların incelenmesi, Tebliğ'de yer verilmeyen bu kavramın hangi durumlarda oluştuğuna ışık tutabilecektir.

Rekabet Kurulu'nun, Eczaşıbaşı-Schwarzkopf²³⁷, Koç-Fiat Tüketici Finansmanı A.Ş.²³⁸, OMCO İstanbul Kalıp Sanayi ve Ticaret A.Ş.²³⁹, Sabancı-Dupont²⁴⁰ ve Benkar, Bütangaz A.Ş.²⁴¹, Garanti Balfour Beatty A.Ş.²⁴² Kararlarında, ana teşebbüslerin ortak girişim üzerinde eşit oranda ortaklık paylarının varlığını ve bu teşebbüslerin ortak girişimin Yönetim Kurulu ya da karar alıcı organlarında eşit üyeye temsil edilmesini göz önüne alarak ortak kontrolün varlığını kabul etmiştir.

Çimento Ortak Girişim Kararı²⁴³

Karar'da, ortak kontrole ilişkin değerlendirmede, ana teşebbüslerin aşağıda yer verilen kararları "oybirliği" ile alacakları belirtilmiştir. Bu kararlar şunlardır:

- a) Ana Sözleşme'deki maddelerinin değişmesi,
- b) ortak girişimin faaliyetinde herhangi bir değişikliğin yapılması,
- c) ortak girişimin tasfiye edilmesi,
- d) yıllık toplam 10 Milyon ABD Dolarını aşan yatırım kararları,
- e) yıllık toplam 10 Milyon ABD Dolarını aşan ihracat bağlantıları ile bir seferde 1 Milyon ABD Doları'nı aşan siparişlerin onaylanması,
- f) şirketin iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satımı.

²³⁷ 27.01.2002 tarih ve 24653 sayılı Resmi Gazete.

²³⁸ 16.08.2002 tarih ve 24848 sayılı Resmi Gazete.

²³⁹ 21.04.2002 tarih ve 24733 sayılı Resmi Gazete.

²⁴⁰ 26.02.2002 tarih ve 24679 sayılı Resmi Gazete.

²⁴¹ 04.01.2002 tarih ve 24630 sayılı Resmi Gazete.

²⁴² 24.01.2002 tarih ve 24650 sayılı Resmi Gazete.

²⁴³ 11.10.2000 tarih ve 24266 sayılı Resmi Gazete.

Yukarıda (a), (b) ve (c) maddelerinde sayılan kararların ortak girişimdeki pay sahiplerinin mali çıkarlarını korumaya yönelik olduğu görülmektedir. Ayrıca, (d) ve (e) maddelerine ilişkin, ilgili pazarın koşullarına ve bu çerçevede söz konusu kararların pazardaki önemine yönelik bir analiz yapılmadığından, bu kararların stratejik nitelikte kabul edilip edilemeyecekleri belirsizdir. Öte yandan, Karar'da, işletme bütçesi ya da planı gibi önemli stratejik kararların “oybirliği” ile alınıp alınmayacağı hususu yer almamıştır. Dolayısıyla, stratejik nitelikte olan (f) maddesinin tek başına ortak kontrolü sağlayabileceği tartışmalıdır. Bu çerçevede, söz konusu ortak girişimde, “değişen ittifaklar” riskinin oluşması ihtimali göz ardı edilerek ortak kontrolün varlığı kabul edilmiştir.

Benkar Kararı²⁴⁴

Rekabet Kurulu'nun Benkar Kararı'nın ortak kontrole ilişkin bölümünde “belirleyici etki”, “ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ya da ticari faaliyetlerine ilişkin kararlarını veto etme hakkı” şeklinde tanımlanmıştır. Veto hakları, ana teşebbüslere ortak girişimin stratejik kararlarına müdahale imkanı tanıyan negatif kontrol araçları olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, ana teşebbüsler ortak girişime ilişkin satış, pazarlama ve finansman gibi konuları içeren stratejik kararları “olumlu” yönde kullandıkları oylarıyla da (örneğin eşit oy hakkı) ortaklaşa olarak belirleyebilirler. Başka bir ifadeyle, “pozitif yönde” kontrol araçlarıyla ortak girişim üzerinde belirleyici etkide bulunurlar. Dolayısıyla, “belirleyici etki” hem olumlu (pozitif) hem olumsuz (negatif) kontrol araçlarının kullanılmasının sonucunda ortaya çıkan bir “etki” niteliğindedir. Bu çerçevede, Karar'da yer verilen tanımın “belirleyici etki” kavramını tam olarak kapsamadığı düşünülmektedir.

Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. Kararı²⁴⁵

Rekabet Kurulu bu kararında, üst düzey yöneticilerin atanması ve ortak girişim sözleşmesinde yer verilen konularla ilgili kararların oybirliği ile alınması hususlarını göz önüne alarak ortak kontrolün varlığını kabul etmiştir. Bu konular aşağıdaki şekildedir:

²⁴⁴ 02.02.2002 tarih ve 24659 sayılı Resmi Gazete.

²⁴⁵ 27.11.2001 tarih ve 24596 sayılı Resmi Gazete.

- Şirket'e ait taşınmazların satılması, üzerinde aynı veya 5 yıldan uzun süreli şahsi bir hak tesisi,
- Şirket'e ait fikri ve sınaî hakların, imtiyazların ve yayın haklarının devri,
- Şirketin bir hesap dönemi için tahmini gelir ve giderlerini, kar ve zararını içerir ve her takvim yılı başında yapılacak bütçenin onaylanması,
- Yıllık bütçede öngörülmeven veya bütçeyi aşan her türlü sözleşmeler, borçlanmalar ve sair muameleler,
- İşlem tarihi itibarıyla toplam 25.000 ABD Doları karşılığı Türk Lirasını aşan her nevi sözleşmeler, taahhütnameler ve benzeri tasarruf muameleleri ile bu nitelikte akdedilmiş olanların feshine ilişkin ihbarlar,
- Herhangi bir şirkete iştirak edilmesi, işbirliği kurulması, hisse alımı ve satımı,
- İki yıl veya daha uzun süreli taahhüt içeren her nevi sözleşmeler,
- İşlem tarihi itibarıyla 50.000 ABD doları karşılığı Türk Lirasını aşan miktarda hissedarlar veya hissedarların iştirakleri olan kuruluşlar ile yapılacak her türlü sözleşmeler,
- Dağıtım şirketleri ile yapılacak sözleşmeler,
- Baskı için matbaalar ile yapılacak sözleşmeler,
- Yeni bir süreli yayının veya ilavenin yayınlanmasına ilişkin kararlar,
- Personele ödenecek ücretler ve primler, çalışanlara yapılacak ücret artışları ve zamlar.

Kurul'un bu kararında yer verilen ve Yönetim Kurulu'nun oybirliğini gerektiren hususlar açıkça ifade edilmemekle birlikte "stratejik kararlar" olarak nitelendirilebilir.

OPET Petrolcülük A.Ş. Kararı²⁴⁶

Bu karara konu olan işlemde OPET hisselerinin %7,75'i²⁴⁷ Enron tarafından devralınmaktadır. Kurul, azınlık hissedarı konumundaki Enron'a OPET'in kendi faaliyet konusu ile ilgili mutad kararlarında ve şirketin günlük işlerinin sevk ve idaresinde müdahale hakkı tanınmamış olmamasına rağmen, Enron'un aşağıda yer

²⁴⁶ 06.02.2001 tarih ve 24310 sayılı Resmi Gazete.

²⁴⁷ Ortak girişim anlaşmasının 4.1 inci maddesi ile Enron'a OPET hisselerinin % 16.67'sine kadar devralma hakkına sahip olmasına yönelik seçme hakkı tanındığı görülmektedir.

verilen veto haklarına sahip olmasını göz önüne alarak ortak kontrolün varlığını kabul etmiştir:

- Şirket hisselerine bağlanmış haklarda değişiklik yaratan, yeni hisse sınıfı yaratan, Şirket sermayesini artıran yahut Şirket'in faaliyet konusunu esaslı biçimde değiştiren ana sözleşme değişiklikleri,
- Kar payı dağıtımı,
- Şirketin tasfiyesi,
- Şirket ana sözleşmesi, toptan tedarik anlaşmaları ve bu dökümanlarda referans yapılan herhangi bir döküman, anlaşma veya evrak ile çelişen yahut bunları ihlal eden anlaşmalar yapılması veya taahhütlerde bulunulması.

Karar'da yer verilen bu haklar daha çok Enron'un azınlık hissedarı olarak OPET üzerindeki mali çıkarlarını koruyucu nitelikte olduğundan, OPET kararında "ortak kontrol"ün varlığının tartışmalı olduğu söylenebilir²⁴⁸.

Kale Power Controls Elektrik Sistemleri A.Ş. Kararı²⁴⁹

²⁴⁸ Karar'a dayanak teşkil eden Rapor'da, Enron'un yukarıdakilerden ayrı veto haklarına da sahip olduğu tespit edilmiştir. Aşağıda yer verilen bu haklar ortak kontrolü sağlayıcı niteliktedir:

- a) Fikret Öztürk'ü içermeyen herhangi bir Yönetim Kurulu kadrosunun seçimi konularına ilişkin olarak alınacak kararlar,
- b) Şirket Ana Sözleşmesi, Toptan Tedarik Anlaşmaları ve bu dökümanlarda referans yapılan herhangi bir döküman, anlaşma veya evrak ile çelişen yahut bunları ihlal eden anlaşmalar yapılması veya taahhütlerde bulunulması,
- c) Herhangi bir şirkette 10.000.000 Amerikan Doları'nı veya dengi bir meblağı aşacak biçimde iştirak edilmesi yahut yatırım yapılması,
- d) 10.000.000 Amerikan Doları veya dengi bir meblağı aşacak biçimde sermaye yatırımında bulunulması,
- e) 10.000.000 Amerikan Doları veya dengi bir meblağı aşacak parasal yahut sair borçla ilgili olarak garanti verilmesi,
- f) 10.000.000 Amerikan Doları veya dengi bir meblağı aşacak biçimde borç verilmesi yahut 35.000.000 Amerikan Doları veya dengi bir meblağı aşacak biçimde borç alınmasına ilişkin anlaşmalara girilmesi,
- g) Şirket mamelekinin yeniden değerlemesinden kaynaklanan miktarların dağıtılması,
- h) Şirket hisselerine bağlanmış haklarda değişiklik yaratan, yeni hisse sınıfı yaratan, Şirket sermayesini artıran yahut Şirket'in faaliyet konusunu esaslı bir biçimde değiştiren ana sözleşme değişikliklerinin önerilmesi,
- i) Şirket'in işinin veya mallarının tasfiyesi ve Şirket'in iş türünün veya hukuki yahut finansal yapısının köklü bir biçimde değiştirilmesi.

²⁴⁹ 16.05.2001 tarih ve 24404 sayılı Resmi Gazete.

Karar'a konu ortak girişimin (Kale Power) kurucularından Kale Grubu %85 oranında, GE ise %15 oranında hisseye sahiptir. Ortak girişimin 5 kişilik Yönetim Kurulu'nun 1 üyesi azınlık hissedarı olan GE tarafından atanacaktır. Kurul, GE'nin;

- a) şirketin iştiraklerinde herhangi bir değişiklik,
- b) belli bir oranın ve/veya miktarın üzerinde borçlanma,
- c) belli bir oranın ve/veya miktarın üzerinde satış yapılması,

konularında veto hakkına sahip olmasını ortak kontrolün varlığı için yeterli bulmuştur. Volkswagen Doğuşt Tüketici Finansmanı A.Ş. Kararı²⁵⁰

Kurul, Karar'ında, azınlık hissedarı konumundaki ana teşebbüsün ortak girişimin Yönetim Kurulu'na atadığı üyelere en az bir tanesinin olumlu oyunu gerektiren yönetim kararlarının mevcudiyetini ortak kontrolün varlığı için yeterli görmüştür. Ancak Karar'da, 16 adet olduğu belirtilen bu stratejik kararları açıklayıcı hiçbir bilgiye ve ortak kontrolün hangi çerçevede oluştuğuna ilişkin gerekçelere yer verilmediği göze çarpmaktadır.

Swedish Match Kav Kibrit ve Çakmak Endüstrisi A.Ş. Kararı²⁵¹

Bu Karar'da Rekabet Kurulu azınlık hissedarının;

- a) yıllık bütçenin kabulü ve yıllık bütçe üzerinde yapılacak her türlü değişiklik,
- b) ürün marka ve satış politikasının belirlenmesi,
- c) fiyatlandırma, reklam yapma ve büyüme stratejileri,

konularında veto haklarına sahip olmasını ortak kontrolün varlığı için yeterli bulmuştur. LPG Ortak Girişim Kararı²⁵²

Rekabet Kurulu'ndan izin almak için talepte bulunulan ortak girişimin 11 kişilik Yönetim Kurulu'nda Aygaz Grubu'nun 4, Primgaz Grubu'nun 3, Demirören Grubu'nun 2 ve diğer 29 firmanın ise 2 üye ile temsil edilmesi öngörülmüştür. Şirket'in yıllık 10 milyon ve bir defada 1 milyon A.B.D. Doları'nı aşan yatırım ve Şirket'in iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satım kararlarında, Yönetim Kurulu'nun en az 8/11 oy çoğunluğu ile karar alabileceği ortak girişim anlaşmasında belirtilmiştir. Rekabet Kurulu bu kararları stratejik nitelikte kabul etmiştir.

²⁵⁰ 03.03.2002 tarih ve 24684 sayılı Resmi Gazete.

²⁵¹ 07.04.2002 tarih ve 24719 sayılı Resmi Gazete.

²⁵² 01.07.2000 tarih ve 24096 sayılı Resmi Gazete.

Ancak, önemli kararlarda Aygaz Grubu'nun olumsuz yönde oy kullanması halinde, hiçbir kararın alınamayacağı, bu nedenle de Aygaz Grubu'nun karar mekanizması içinde ağırlıklı bir yere sahip olacağı, Aygaz Grubu'nun diğer gruplardan ve şirketlerden farklı olarak tek başına kararları veto etme gücüne haiz olacağı, diğer 29 şirketin sadece 2 yönetim kurulu üyeliği ile temsil edilmesi nedeniyle stratejik kararlarda söz sahibi olmayacağı ve pay sahipleri sözleşmesinde bu şirketlere “ek” veto hakları sağlamaya yönelik herhangi bir hükmün yer almaması gerekçeleriyle, Kurul ortak kontrolün oluşmadığına karar vermiştir.

Limar Kararı²⁵³

Karar'da, “Dosya mevcudu bilgilere göre, söz konusu ortak girişimde taraflardan hiçbirisi tek başına kontrol gücüne sahip değildir ve ortak kontrol söz konusudur.” ifadesi yer almakta, ancak ortak kontrolün ne şekilde oluştuğuna ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır.

Öte yandan, Karar'da yer alan “Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ve ana şirketler arasında bir rekabet koordinasyonuna neden olmaması için kendisini oluşturan taraflardan özerk bir karar mekanizmasına sahip olması, kısaca bağımsız yeni bir iradenin ortaya çıkması gerekmektedir. Bu özerklik ancak ortak kontrol unsurunun varlığı ile sağlanabilir. Dosya mevcudu bilgilere göre, söz konusu ortak girişimde taraflardan hiçbirisi tek başına kontrol gücüne sahip değildir ve ortak kontrol söz konusudur.” ifadelerine²⁵⁴ yer verilmek suretiyle ortak kontrolün varlığı “ana şirketler arasındaki rekabet koordinasyonunun oluşması”nı engelleyici bir unsur olarak gösterilmektedir.

Ortak kontrolün mevcut olduğu bir ortak girişimin ana kurucularının ortak girişimin alt, üst ya da komşu pazarlarında faaliyette buldukları durumlarda koordinasyon riskinin (kartel benzeri rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu davranışların) oluşabileceği bir gerçektir. Dolayısıyla, ortak kontrolün sağlandığı durumlarda “rekabet koordinasyonunun” oluşmayacağına ilişkin bir genelleme yapılmasının doğru olmayacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak, ortak girişimlerin temel ayırt edici unsuru olan ortak kontrol;

²⁵³ 12.09.2002 tarih ve 24874 sayılı Resmi Gazete.

²⁵⁴ Benzer içerikli ifadeler Rekabet Kurulu'nun başka kararlarında da rastlanabilmektedir.

- a) ana teşebbüslerin eşit oy haklarına sahip olması veya karar organlarında eşit üyeye temsil edilmesi,
- b) ana teşebbüslerden bazılarının azınlık paylarına sahip olmasına rağmen veto haklarını ellerinde bulundurması ve
- c) oylamalarda ortak hareket edilmesi şeklinde meydana gelebilmektedir.

AB Komisyonu'nun ortak kontrolün sağlanmasına ilişkin değerlendirmelerinde, ana teşebbüslere ortak girişimin “stratejik ticari davranışları” üzerinde belirleyici etkide bulunma olanağı veren veto haklarına ilişkin incelemenin önem kazandığı görülmektedir.

Komisyon'un stratejik kararlara ilişkin veto haklarına genel yaklaşımı aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- 1) Stratejik kararlardan;
 - a) Yönetim Kurulu ve üst düzey yöneticilerin atanmasının,
 - b) bağlayıcılık içeren bütçenin,
 - c) bağlayıcılık içeren işletme planlarının

onaylarına ilişkin veto haklarının biri ya da birkaçının mevcut olması ortak kontrolün sağlanması için yeterlidir.

2) Ortak girişimin pazar davranışları üzerindeki önem derecesi ve ilgili pazarın özellikleri çerçevesinde “yatırım”, “teknoloji kullanımı” ve “yeni ürün gamı geliştirilmesi” konularındaki veto hakları da stratejik nitelikte kabul edilmektedir.

3) Komisyon'un yukarıda değinilen stratejik kararların dışında kabul ettiği, “belirli bir oranın üzerinde borçlanma” ve “önemli mali sözleşmelerin akdedilmesi” gibi “diğer stratejik kararların” tek başlarına ya da birlikte ortak kontrolü sağladığı şeklinde bir yoruma gitmediği ve bu kararları genellikle üst düzey yöneticilerinin atanması, bütçe ve işletme planı onayı ile ilişkilendirerek ortak kontrolün varlığına hükmettiği söylenebilir.

4) Komisyon'un, nadir durumlarda (1'inci maddedeki haklar hariç) ortak kontrolü tek bir veto hakkına dayandırması, tüm veto haklarını bir bütün olarak ele alması ve ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazar yapısının özelliklerini de incelemesi vurgulanması gereken diğer unsurlardır.

Türk Rekabet Hukuku'nda ortak kontrole ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olmamasındaki eksikliğe rağmen Rekabet Kurulu'nun ortak kontrolün sağlanmasına ilişkin değerlendirmelerinin, AB Rekabet Hukuku uygulamaları ile paralellikler arz ettiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun ortak kontrolün hangi şekillerde sağlanmış sayılacağına ilişkin ilkeleri açıklayıcı bir "Rehber" yayımlamasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Ancak, yine de "ortak kontrol"ün sağlanmasında tartışmaya açık "gri alanların" bulunması ve rekabet hukukunda kontrol kavramının iktisadi nitelikte olduğu göz önüne alınarak, her bir işlemde somut olayın özelliklerine göre değerlendirilme yapılması gerekmektedir.

2.2.4.2.Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olma Koşulu

Ortak girişimler bağımsız bir iktisadi varlığın bütün fonksiyonlarını yerine getirmelidir. İlgili pazardaki günlük operasyonların yapılabilmesi için ortak girişim; işgücü, ayrı bir yönetim, sermaye, çalışanlar, pazarda bağımsız bir sağlayıcı ve alıcı olarak davranabilme, faaliyetlerin belirli bir süre ile sınırlı olmaması, rekabet politikalarını kendi ekonomik faaliyetlerine göre bağımsız bir şekilde belirleyebilme gibi unsurlara ve ortak girişim anlaşması ile belirlenen alanda maddi ya da fikri ve sınai mülkiyet hakları gibi diğer haklara sahip olmalıdır.

Rekabet Kurulu, Bütangaz A.Ş. ortak girişimi kurulması olayında, kurulacak tesislerin kapasitesinin ve bu kapasiteden kurucu ortakların ne ölçüde yararlanacaklarının önem taşıdığını belirtmiştir. Kurul bu kararında sadece ya da büyük ölçüde ana şirketlere mal veya hizmet sağlamak amacıyla oluşturulan ortak girişimlerin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkamayacağını ifade etmiştir.²⁵⁵

Rekabet Kurulu, çimento alanında kurulan bir ortak girişimle ilgili kararında ekonomik bağımsızlığı değerlendirmiştir. Kurul ortak girişimin başlıca mal aldığı ya da sattığı yerin kurucu firmalar olup olmadığının veya ortak girişimin faaliyetlerinin kurucu firmaların faaliyetleriyle bütünleşip bütünleşmediğinin önem taşıdığını belirtirken kurucu firmaların ortak girişimle aynı pazarda veya pazarın alt-üst pazarlarında faaliyetlerine devam ediyor olması durumunda, ortak girişimin kendi ticaret politikasını izleme durumunun olmayacağını, bu nedenle de olayda bağımsız bir

²⁵⁵ Karar Sayısı: 00-2/14-7, Karar tarihi: 13.01.2000, Resmi Gazete Sayısı:24630.

iktisadi varlık olmadığını ifade etmiştir. Kurulacak ortak girişimin, sadece Ar-Ge faaliyetleri ve kurucu firmaların belirli ülkelere yapacakları ihracat faaliyetlerini yerine getirmek için oluşturulduğu, üretim faaliyetinin bulunmadığı, ortak girişimin Avrupa Birliği'ne pazarlayacağı ürünlerin yalnızca kendisini oluşturan ana şirketlerin ürünleri olmasının ortak girişimin kendi ticari politikalarını ana şirketlerden bağımsız olarak sürdürmesine engel olacağı ve bu nedenle de oluşacak ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olamayacağını belirtmiştir.²⁵⁶

2.2.4.3.Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkinin Olmaması

Ortak girişimin, kendisini oluşturan ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüslerle ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkinin olmaması gerekmektedir. Rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkinin olmaması değerlendirilirken, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediği, kendisini oluşturan ana teşebbüslerin faaliyetlerini devralıp almadığı, ana teşebbüsler adına yeni faaliyetlerde bulunup bulunmadığını, ana teşebbüsler arasındaki veya ana teşebbüslerle ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayıp sağlamadığı dikkate alınmaktadır.

Ana teşebbüslerin ilgili ürün pazarında faaliyetlerinin bulunmaması veya önemsizmeyecek derecede az faaliyeti bulunması ya da ilgili ürün pazarından çekilmeleri durumunda rekabetçi davranışların koordinasyonu söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle, ana teşebbüsler ortak girişimin faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarında, ilgili coğrafi pazarlarda veya bu pazara komşu pazarlarda ya da ortak girişimin faaliyette bulunacağı alt-üst pazarlarında faaliyetlerde bulunmuyorlarsa, bu pazarlardan çekilmişlerse, faaliyetlerini tamamen ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarların dışındaki pazarlarda sürdürüyorlarsa oluşturulan ortak girişim yoğunlaşmaya yönelik bir ortak girişim olarak kabul edilir. Rekabet Kurul'u kararlarında, ortak girişimin kendisini oluşturan ana teşebbüsler arasında veya taraflar ile ortak girişim arasındaki rekabetin sınırlandırılmasına sebebiyet verip vermediği konusu belirleyici unsur olarak dikkate alınmaktadır. Ana teşebbüsler faaliyetlerini ortak girişime devretmişlerse veya yine ana teşebbüsler ortak girişimin faaliyette bulunacağı pazarlardan çekilmişlerse taraflar

²⁵⁶ Karar Sayısı: 00-19/188-100, Karar Tarihi: 16.05.2000, Resmi Gazete Tarihi: 11.10.2000, Gazete Sayısı:24266.

arasında rekabet koordinasyonu, işbirliği yoktur. Ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkisinin olabilmesi için öncelikle ana teşebbüslerin birbirleri ile veya oluşturdukları ortak girişimle rakip olmaları gerektiği ifade edilmektedir.²⁵⁷

2.3.ORTAK GİRİŞİMLERİN REKABETİ KISITLAYICI ETKİLERİ

Bu bölümde ortak girişimlerin kurulması sonucunda hangi özellikleriyle rekabeti kısıtlayabileceğine yer verilecektir. Bunlar, potansiyel rekabetin ortadan kalkması, ortak girişimlerin işbirliği doğurucu etkileri, ortak girişimlerde şebeke etkisi, pazarların üçüncü taraflara kapatılma riski ve ortak girişimler ve pazar gücü olmak üzere incelenmeye çalışılacaktır.

2.3.1.Potansiyel Rekabetin Ortadan Kalkması

Potansiyel rekabet, ilgili piyasada hiçbir faaliyeti olmayan bir teşebbüsün pazara girme ihtimali olup pazardaki yoğunlaşmanın yüksek olduğu ve giriş engelinin çok olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Yoğunlaşmadaki artışın her zaman rekabet ortamına zarar verecek olarak görülmesi doğru olmadığı gibi pazara girmesi mümkün olan rakiplerinde rekabeti olumlu etkileyeceği kanısına da varılmamalıdır. Çünkü potansiyel rakipler eğer bir ortak girişim şeklinde pazarda yerini alarak faaliyet gösterirlerse rekabet ortamını olumsuz şekilde etkilemeleri tehlikesi oluşacaktır. Bu husus değerlendirilirken rekabet otoriteleri ve teşebbüslerin tek başlarına ticari hedeflerine ulaşip ulaşamadıklarına bakılması gerekecektir. Ortak girişim ile rakipler pazara beklenmeyen bir anda girmiş olacaklardır. Buda potansiyel rekabette bir azalmaya neden olabilmektedir. Ortak girişimin dışında pazara girmek isteyen rakiplerin ise tek başlarına girmeleri gecikmeli olacaktır. Ortak girişimi oluşturan ana teşebbüslerin pazara bağımsız bir şekilde girmelerinin mümkün olup olmadığı ve ne kadar sürede girebilecekleri değerlendirilmelidir.

Kurucu taraf olan ana teşebbüslerin birbirleri ve ortak girişim ile olan ilişkileri dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Ana teşebbüsler, ortak girişim kurduktan sonra birbirleriyle ya da ortak girişimle rekabet etmekten kaçınabileceklerdir. Dolayısıyla kurucuların ortak kontrolünde bulunan girişim taraflara karşılıklı faydalar sağlayacaktır. Birbirlerinin pazarlarına girseler bile aralarındaki rekabetin azalması

²⁵⁷ Dosya Sayısı: D1/1/H.Y.-00/3, Karar Sayısı: 00-36/398-224, Karar Tarihi: 26.09.2000, Resmi Gazete Tarihi: 14.07.2001, Gazete Sayısı: 24462.

durumu söz konusu olabilmektedir. Bu da birbirlerine karşı rekabet etmekten kaçınmalarının sebebi olarak gözükmektedir.

Yoğunlaşmanın yüksek ve giriş engellerinin olduğu pazarlara bakıldığı zaman ana teşebbüsler, tek başlarına pazara girebilecek durumda olmalarına rağmen ortak girişim ile pazara girmeyi tercih etmektedirler. Bu da rekabeti olumsuz yönde etkileyecektir. Fakat her ne kadar yoğunlaşma yüksek olsa da giriş engellerinin getirdiği zorunluluktan dolayı ortak girişim ile pazara girmek gerekiyorsa rekabetin ortadan kalkmasının kabul edilmesi de mümkün olacaktır.

Kurul kararlarından dosya konusunun Likit petrol gazı (LPG) tedarik etmek amacıyla kurulması hedeflenen ortak girişim şirketinin yasa geçerlilik kazanabilmesi için, tarafların imzaladıkları pay sahibi sözleşmesi doğrultusunda anılan ortak girişime izin verilmesi istemli olan bir kararın²⁵⁸;

“ Dosya mevcudu bilgi ve belgelerde yer aldığı üzere anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin dağıtım pazarındaki payları %92’yi bulmaktadır. Anlaşmada teşebbüslerin tek başlarına tedarik yoluna gidebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak bu hüküm, tek başlarına ithalat olanakları bulunmayan küçük şirketler açısından fiilen bir anlamı bulunmamaktadır. Katıldıkları sermaye payı oranında şirket karını paylaşacak tarafların istisnai durumlarda üçüncü teşebbüslerden yararlanabilecekleri kabul edilse bile, pay sahipleri sözleşmesinin ‘şirketin, dağıtım şirketleri arasında yapılacak alım satım anlaşması ile farklı teminat ve adına getirilen LPG’nin süresi içinde çekilmemesi halinde de cezai şart uygulanacaktır.’ şeklindeki 10.4. maddesi dikkate alındığında, bu şirketlerin anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerden de gaz alabilme olanaklarının fiilen sınırlandığı görülmektedir. Bu bağlamda münhasırlık sadece, tek başlarına ithalat olanakları bulunan Aygaz, Primağaz ve Demirören grupları için geçerli olacaktır. Bu durumun tedarik pazarına girmek isteyen teşebbüsler için ciddi bir giriş engeli teşkil edeceği düşünülmektedir. Dağıtım pazarındaki % 92’lik bir portföyün tek bir şirket çatısı altında toplanması, bir başka deyişle pazarda fiili bir hakim durumun oluşması, anlaşmaya taraf olmayan ve tedarik pazarına girmek isteyen teşebbüsler açısından

²⁵⁸ Dosya No:D4/1/Ö.p:-98/2, (D1/2/Ö.P.-98/2), Karar No: 99-26/230-138, Karar Tarihi:27.05.1999.

pazara giriş motivasyonunu ve potansiyel rekabeti ortadan kaldıracaktır²⁵⁹.” Sonucuna varmıştır ve izin verilmemesine oybirliği ile karar verilmiştir.

Potansiyel rekabetin değerlendirilmesinde şunların değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁰;

Girdiler: Ortak girişim için yapılacak yatırımdaki harcamaların kurucuların mali gücünü aşıp aşmadığına ve ayrıca gerekli bilgi ve girdi kaynaklarına sahip olup olmadığına bakılacaktır.

Üretim: Ana kurucular üretim teknolojisine sahip olup olmadığına ise tek başına aynı ürün için girdi ve bu üründen türeyebilecek diğer ürünleri üretip üretmediğine ve ayrıca bu üretim için gerekli imkânlarının olup olmadığına bakılacaktır.

Satış: Ortak girişim tarafından satışı yapılacak ürünün gerçek ya da potansiyel talebinin her ortak için tek başına üretim yapmasına yeterli olup olmamasının yanında ayrıca ana teşebbüslerin ürünün dağıtımındaki gerekli kanallara sahip olup olmaması önemlidir.

Risk Unsuru: Ortak girişimde her bir kurucunun teknik ve mali işleri tek başına üstlenip üstlenemeyeceğine bakılmalıdır.²⁶¹

2.3.2.İşbirliği Doğurucu Etkileri

Ortak girişimler, gizli işbirliği ile rekabeti olumsuz şekilde etkileyebilirler. Özellikle, ana teşebbüslerin tek başlarına ya da üçüncü taraflarla anlaşmaları sonucu fiyatları, rekabet etmenin mümkün olmayacağı bir seviyeye yükseltmek veya rakipleri dışlamak için güce sahip olmalarına sebep olan işbirlikleri karlı olacaktır. Ortak girişimin ve taraflarının faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında benzer ürünlerin olması veya her ne kadar farklı ürünleri olsada eğer aynı ya da komşu pazarda faaliyet gösteriyorlarsa işbirliğinin doğması muhtemeldir.

²⁵⁹ Dosya No:D4/1/Ö.p:-98/2, (D1/2/Ö.P.-98/2), Karar No: 99-26/230-138, Karar Tarihi:27.05.1999.

²⁶⁰ Faull, J. ve A. Nıkpay (1999), *The EC Law of Competition*, First Edition, Oxford University Press, Oxford.

²⁶¹ Bael, I. V. ve J. F. Bellis (1994), *Competition Law of the European Community*, Third Edition, CCH Europe.

Buna bir örnek verilmesi gerekirse, işbirliği doğurucu etkisinden dolayı Rekabet Kurulu'nun Akdeniz Akaryakıt Depolama Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin 1/3'üne tekabül eden ve Altınbaş Petrol ve Ticaret A.Ş. ile Atak Madeni yağ Pazarlama San. Ve Tic. A.Ş.'ye ait olan hisselerin Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. tarafından devralınmasına izin verilmesi isteminde ;

“AKDENİZ'in kurucuları arasında 01.05.2008 tarihinde imzalanan “Akdeniz Akaryakıt Depolama ve Nakliyat A.Ş. İşletme Sözleşmesi” incelendiğinde, AKDENİZ'in asli amacının, ortakların Antalya ilinde ihtiyaç duydukları ortak depolama operasyonlarını yürütmek olduğu anlaşılmıştır. AKDENİZ işletme sözleşmesinde AKDENİZ Yönetim Kurulu kararıyla üçüncü kişilere yönelik de hizmet verilebileceği düzenlenmesine karşın, bu tür bir hükmün AKDENİZ'in esas itibarıyla ortaklara hizmet vermek için kurulmuş bir şirket olduğu yönündeki değerlendirmeyi değiştirmeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Bu açıklamalar ve konuyla ilgili geçmiş tarihli Kurul kararları dikkate alındığında, AKDENİZ'in tam işlevsel bir ortak girişim olarak nitelenemeyeceği kanaatine varılmıştır. Nitekim mevcut ortaklar olan OPET, AKPET, ALPET veya ATAK tarafından, 2006 yılında kurulan AKDENİZ'e ilişkin olarak bugüne kadar Rekabet Kuruluna 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi kapsamında herhangi bir bildirim yapılmamış olması, adı geçen teşebbüsler tarafından da AKDENİZ'in 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamına giren, bununla birlikte aynı Kanun'un 5 inci maddesi kapsamında muafiyetten yararlanabilecek olan, rakip teşebbüsler arası bir işbirliği anlaşması olarak değerlendirildiğini göstermiştir.”²⁶² şeklinde bir değerlendirme yaparak,

“Akdeniz Akaryakıt Depolama Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin tam işlevsel bir ortak girişim olmaması nedeniyle, söz konusu şirketin sermayesinin 1/3'üne tekabül eden ve Altınbaş Petrol ve Ticaret A.Ş. ile Atak Madeni Yağ Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'ye ait olan hisselerin Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. tarafından devralınmasına yönelik işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ'in ve bu çerçevede 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında olmadığına, ancak Akdeniz Akaryakıt Depolama Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rakipler arasında rekabeti

²⁶² Dosya Sayısı : 2012-1-70, Karar Sayısı : 12-36/1041-329, Karar Tarihi : 04.07.2012.

kısıtlayıcı nitelikte işbirliği doğurucu bir ortak girişim anlaşması olduğuna, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılamadığından, bildirim konusu işleme bireysel muafiyet tanınamayacağına oyçokluğu ile karar verilmiştir.”²⁶³

2.3.3.Şebeke Etkisi

Farklı ülkelerde birden fazla ortak girişim kurulabilir ki şebeke etkisini almış bir görünüm gözlenebilmektedir. Bu gibi durumlarda pazar paylaşımı ve gizli işbirliğine yol açabilmektedir.

Yüksek pazar gücüne sahip olan ve aynı zamanda ana teşebbüse rakip olan bir ortak girişimin yönetiminde ana teşebbüsün temsil edilmesi, şebeke etkisi hususunda, rekabeti olumsuz etkileyebilecek risklerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Böyle bir durumda ana teşebbüsten gelenlerin ayrılması ortak girişim süresinin kısaltılması gibi yaptırımlar uygulanabilir.

2.3.4.Pazarların Kapatılması Riski

Ana teşebbüsler tarafından kurulan bir ortak girişim, faaliyette bulunduğu pazarın yapısının değişmesine yol açacak şekilde ilgili pazarda üçüncü taraf konumundaki firmaların rekabet etmesini zorlaştıran bir durumun ortaya çıkmasına sebep olabilir. Üçüncü taraf için rekabet etmenin zorlaştığı, pazarın kapatılma riski özellikle karşılıklı mal alıp verme ilişkilerine dayanan uzmanlaşma anlaşmalarında gözlenmektedir. Üçüncü tarafların ortak araştırma programına erişebilmesinde zorluklar yaratacak olan, araştırma geliştirme anlaşmalarının önemli parçalarının ortak girişimlere devridir. Ana kurucuların ihtiyacı olan bir girdiyi ortak girişim üretiyor ya da ürettiklerini satın alıyor olabilir. Bu durumda dışarda kalan taraflar ortak girişimden girdi sağlamak ya da ürünlerini satmak gibi davranışlar sergileyebilirler. Bu durum pazarların kapatılmasına sebep olacaktır. Buna bazı anlaşma örnekleri verilecek olursa;

- a- ortak girişimin, ürünlerini ana şirkete sunması,
- b- tarafların uzmanlaştıkları konulardaki üretimin ara mallarını birbirlerine satmaları,
- c- ortak girişimin hammaddesini veya ara malını ana şirketin sunması,
- d- ortak girişimin üretim lisanslarının ana şirketler tarafından verilmesi,

²⁶³ Dosya Sayısı : 2012-1-70, Karar Sayısı : 12-36/1041-329,Karar Tarihi : 04.07.2012.

e- üçüncü taraflarla fikri mülkiyet haklarını devretmemeleri konusunda anlaşmaları.

Ortak girişimler, önemli bir pazar gücüne sahip olarak rekabette öne geçerse diğer taraflar için olumsuzluk yaratacaklardır. Tabi bu durum kurucu teşebbüsler için fayda sağlayacaktır.

Örneğin, yukarıda yer verilen anlaşma örnekleri, bedavacılığın önüne geçerek yatırımcıların yatırım isteklerinin artmasına sebep olmasına ve girdi maliyetlerini azaltarak ekonomik etkinliğin artırılmasına rol açacaktır. Dolayısıyla teşebbüsler için olumlu etkiler doğuracaktır.

Ortak girişimin kaynakları hakkında kısıtlayıcı hükümler koyulması, rakipleri pazar dışına itecektir. Özellikle ortak girişimde 'zorunlu unsur'un²⁶⁴ varlığında ortaya çıkacaktır. Ortak girişim teknoloji ve varlıklarıyla rakiplerinin çok üstüneyse ve onların ortak girişimle rekabetin imkânsız olmasına ve çekilmelerine sebep oluyorsa söz konusu durum mevcut demektir.

Kurucu taraflar tek başlarına ulaşmak istedikleri amaca ulaşmak için güce sahip olmalarına rağmen yine de bir ortaklığa gidiyorlarsa üçüncü taraflar üzerinde olumsuz etkileri olacaktır. Kurucu taraflar da rekabet açısından avantaj elde edeceklerdir. Bu da üçüncü taraflar üzerinde etkileri değerlendirilirken göz önünde tutulması gereken önemli noktalardan biridir.

2.3.5.Pazar Gücü

Rekabet ortamının değerlendirilmesi sırasında dikkat edilmesi gereken kavramlarından birisi “pazar gücü”dür. Pazar gücü bir ya da birkaç firma tarafından sınırlı sayıda üretim yapıp ürünün piyasadaki rekabet ortamında olması gereken fiyatından çok daha üstüne çıkararak fazla gelir elde etmesidir.

Teşebbüsler tarafından rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecek işbirliklerinde Pazar payının incelenmesi, üretimin kısıtlanarak fiyatının yükseltilmesi yanında

²⁶⁴ Zorunlu unsur hakkında geniş bilgi için bkz. Tekdemir *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Yapma Serbestisi*”, Yayınlanmamış Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Nisan 2001, Ankara 2001.

kalitenin düşürülüp yeniliklerin de azaltılmasına sebep olduğu durumları belirlemek gelecekteki etkilerini tahmin edebilmekte oldukça önemli bir araçtır.

2.4.MUAFİYET

RKHK'nin 4. maddesine aykırı davranışlar eğer 5. madde koşullarına sahipse 4. madde yasağından muaf tutulurlar. Ortak girişimler, işletmeler arasında her türlü konuda oluşturulabilirler. Bu nedenle çok geniş ve çeşitli alanlara yayılmıştır. Bunlardan pek çoğu rekabeti sınırlayıcı olmadığı gibi rekabeti sınırlayıcı olanlardan bir çoğu da aynı zamanda olumlu iktisadi etkiler doğurmaktadır. Yani bir yanda ekonomiye zarar verirken diğer yandan üretimde, teknolojiye, dağıtımda iyileştirmeler yaratarak ekonomiye katkıda bulunmaktadır.

5. maddesinin oluşması için olumlu yönlerinin oluşması, bu faydalı yönlerden tüketicinin yararlanması, bu olumlu yönlere ulaşmak bakımından rekabetin sınırlanmasının kaçınılmaz olması ve ilgili pazarda rekabetin ortadan kaldırılmamış olması şartları aranır.

Nitekim RKHK'nun 5. maddesi, 4. madde ile hukuka aykırı kabul edilen davranışların hangi hallerde kapsam dışı tutulabileceğini belirtmektedir. RKHK'nu 4. madde ile her ne kadar yasak kapsamına hangi işbirliği davranışlarının girdiğini belirtse de bunların madde kapsamı dışında tutularak muaf tutulmasının hangileri açısından mümkün olacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Buna göre Kurul, RKHK'da belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir.²⁶⁵

Muafiyet rejimi, temel yasağın uygulanmasına “mutlak” bir muafiyet getirmemekte, şartları ile süreleri belirlemek suretiyle anlaşmalara temel yasaktan daha dar anlamda bir kısıtlama getirmektedir. Teşebbüsler arası faaliyetlere asgari olarak rekabeti sınırlandırma izni taşımakta, böylelikle dengeli piyasa oluşumlarında toplam rekabetin etkinliğini tüketici yararına artırmayı hedeflemektedir. Başka bir anlatımla RKHK'nın 4. maddesindeki unsurları içeren anlaşmalar, yasak kapsamına girseler de her ne kadar rekabeti sınırlasalar da olumsuzluklarının yanında bazen olumlu yanlarda

²⁶⁵ MetinTopçuoğlu, *Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu'nun AB ve AB'ye Üye Ülkelerle Mukayesesi Toplantı ve Paneli*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Mart 1999, s. 243-244.

taşıyabilirler. Bu gibi rekabeti sınırlayıcı ancak olumlu yönlere sahip anlaşmalara belirli şartların varlığı halinde kapsam dışında tutulma imkânı da sağlanmıştır. Aksi halde rekabeti sınırlayıcı bu anlaşmalara geçersizlik yaptırımının mutlak olarak uygulanması, bazı haksızlıklara yol açabilecektir.²⁶⁶ Ancak muafiyetin sağlanması, belirli koşullara bağlanmıştır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Rekabet Kurulu, ilgililerin talebi ve gerekli şartların varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin 4. madde hükümlerinden muaf tutulmasına karar verebilir²⁶⁷. Bunun için, aşağıdaki şartların varlığı ispat olunmalıdır:

- “1. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
2. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
3. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
4. Rekabetin ilk iki bentteki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması” (RKHK.m. 5).

Kanun maddesinde sayılan söz konusu şartların yerine getirilmesi ile anlaşma uyumlu eylem ve birlik kararlarına muafiyet tanınmasına karar verilebileceğini belirtmiştir. Söz konusu muafiyet şartlarını ispatlamalı ve gerekirse karar verilirken istenen artı şart ve yükümlülükleride yerine getirmelidirler (RKHK. m.5/2).

Dikkat edileceği üzere muafiyet koşulları arasında “kamu yararına” olmak koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenle Aslan²⁶⁸, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın kamuya yararlı olduğu gerekçesiyle hakkında soruşturma açılmamasının RKHK’a aykırılık teşkil edeceğini vurgulayarak bu hususu eleştirmektedir.

Muafiyetin sadece teşebbüslerarası anlaşmalar, birlik kararları ve uyumlu eylemler için düzenlenmiş olması bir diğer önemli ve üzerinde durulması gerekli yönüdür. Başka bir anlatımla, RKHK'nun sistemine göre muafiyet kararı ancak 4. madde yasağına giren danişıklı ilişkiler için söz konusu olduğundan rekabeti sınırlayıcı

²⁶⁶ Emel Badur, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara- 2001, s. 129.

²¹⁹ Benzer düzenleme AET Antlaşması'nın 85/III. maddesinde öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, muafiyet tanıma yetkisi münhasıran Komisyon'a aittir.

²⁶⁸ Aslan, a.g.e., s.130.

bir yönü olmayan veya sadece 6. maddedeki hâkim drumun kötüye kullanılması ile 7. maddedeki birleşme ve devralmalar muafiyet kapsamı dışında kalmaktadır.

Muafiyet kararları, belirli bir süre için verilir (RKHK. m.5/2). Kurulun verdiği muafiyet kararının süresi bittiğinde, muafiyet verilmesini sağlayacak şartlar hala devam ediyorsa, ilgililerin başvurusu üzerine tekrar muafiyet kararı verilerek yenilenebilecektir. Bunun yanında şartların değişmesi ile madde 13 kapsamındaki şartların oluşmasıyla muafiyet kararı geri alınabilir.

Kanun bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere iki şekilde muafiyet verilebileceğinden bahsetmiştir. Bireysel muafiyet, madde 5'e göre; "sadece teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararın tarafları açısından geçerli olup teşebbüslerin başvurusu üzerine incelemeler sonucunda muafiyet sağlanması için belirtilen şartların varlığı anlaşılırsa tanınacaktır."

Rekabet Kurulu, muafiyetin şartlarının gerçekleşmesi halinde belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilirler (RKHK.m.5/3). Bu tebliğler aracılığıyla tanınan muafiyetlere de grup muafiyeti adı verilmektedir.

AB Komisyonu, niteliği itibarıyla grup muafiyeti tanınan anlaşmalar hakkında çeşitli tüzükler yayımlamıştır ²⁶⁹. Bu tüzükler Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki çalışmalarına ışık tutacaktır. Söz konusu tüzüklerde yer alan ve grup muafiyeti tanınan anlaşmalar şunlardır:

- Münhasır Dağıtım Anlaşmaları
- Münhasır Satım Anlaşmaları
- Patent Lisans Anlaşmaları
- Uzmanlaşma Anlaşmaları
- Araştırma-Geliştirme Anlaşmaları
- Otomobil sektöründe Dağıtım Anlaşmaları
- Franchising Anlaşmaları
- Know-how Lisans Anlaşmaları²⁷⁰

217 DPT Rekabet Hukuku Raporu, s.24-25.

²⁷⁰ DPT Rekabet Hukuku Raporu, s.24-25.

Bireysel muafiyeti ve grup muafiyeti, muafiyet türleri kısmında daha ayrıntılı şekilde incelenecektir.

2.4.1.Kurul'un Takdir Yetkisi

RKHK'un 4/1. maddesi kapsamında sayılabilecek bir işbirliği anlaşmasının, 5. maddedeki şartları taşıması koşuluyla, 4. madde hükmünden muaf tutulması Kurul'un münhasır yetkileri arasındadır (m. 27/b). Kurul, muafiyetle ilgili olarak, söz konusu işbirliği davranışlarının genel yasak ilkesi uygulamasından istisna tutulmasına karar verebilir.

RKHK, muafiyet kararının verilmesinde tek yetkili makam olarak Kurul'u öngördüyse de, bu kararın verilmesine esas olabilecek koşulların çerçevesinin çizilmesi, Kurul'un takdir hakkını bir ölçüde sınırladığının göstergesidir. Kurul'un muafiyet kararı verebilmesi için, somut olayın, 5. maddede öngörülen iki olumlu ve de iki olumsuz şartı birlikte yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla Kurul önüne gelen bir danışıklı ilişkinin muafiyet alabilirliğini değerlendirirken, 5. maddede öngörülen koşulların tümünün, tek tek yerine getirildiğini saptamak ve bunu kararında gerekçeli olarak belirtmek zorundadır (m. 52). Bu itibarla, 5. maddede öngörülen olumlu ve olumsuz koşulların varlığının tespit edilmesi halinde, muafiyet kararını vermek ya da vermemek konusunun Kurul'un takdirine bağlı olmamaktadır.²⁷¹ Kurul, şartların oluşumu halinde muafiyet kararı verilmesinde bağlı yetkilidir. Dolayısıyla muafiyet şartını yerine getiren bir danışıklı ilişkiye muafiyet verilmesi zorunludur. Nitekim bu husus muafiyet verilmesinin Kurul'un yetkisi olduğu kadar, görevi de olduğunu belirten, 27/b maddeden de anlaşılmaktadır.²⁷² Şüphesiz Kurul takdir hakkını kullanırken keyfi davranmayacak, kanuni şartların tamamının varlığına rağmen muafiyet talebinin reddini haklı gösterecek gerekçeleri kararında belirtecektir.²⁷³

2.4.2.Muafiyet Türleri

Yukarıda bahsedildiği üzere Kanun'un belirttiği iki tür muafiyet vardır. Bunlardan bireysel muafiyet, ilgililerin talebi üzerine, Kurul tarafından RKHK'nun 5. maddesine göre; "aranılan şartların varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu

²⁷¹ Şanlı, a.e., s. 127.

²⁷² Şanlı, a.e., 2. Bölüm dipnot 421, s. 228.

²⁷³ Topçuğlu, a.e., s. 247.

eylem veya birlik kararının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulması” hakkında verilen karardır. Bu itibarla, RKHK’nun 5. madde hükmünün de temel aldığı muafiyet tipi, bireysel muafiyettir. Bireysel muafiyet ilgililerin talebi üzerine, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişki hakkında, 5. maddedeki olumlu ve olumsuz şartların tümünün yerine getirildiğine dair, Kurul’un vermiş olduğu bir yenilik doğurucu karaktere haiz birel koşul işlemidir.²⁷⁴ Ayrıca Kurul’un bu kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir karardır.²⁷⁵

Bireysel muafiyet kararı, ancak söz konusu danışıklı ilişkinin yayınlanan grup muafiyet tebliğleri kapsamı dışında kalması halinde önem kazanır. Zira grup muafiyeti tebliği kapsamında olan bir danışıklı ilişki için, bildirim mecburiyeti olmadığı gibi, muafiyet alma gereği de bulunmamaktadır. RKHK’da açıkça öngörüldüğü üzere, bireysel muafiyet kararının verilmesi, ancak ilgililerin bildirim ve talebi üzerine olur. Bildirilmemiş olan danışıklı ilişkiler için bireysel muafiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Kurul’un kendi inisiyatifiyle, resen muafiyet kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum, muafiyetin süresinin bitimi halinde yenilenmesi kararı açısından da geçerlidir.²⁷⁶

RKHK, bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere, birbirinden oldukça farklı özelliklere sahip, iki farklı muafiyet türü öngörmüşken, RKHK’nun 5. madde düzenlemesi, her ne kadar bireysel muafiyete ilişkin gibi gözükse de, son fıkra hükmü incelendiğinde, bireysel muafiyetin yanı sıra Kurul’a grup muafiyeti tebliği çıkarma yetkisi de verilmiştir. Grup muafiyeti tebliği, adından da anlaşılacağı üzere, karar değil “genel düzenleyici işlem” dir.²⁷⁷ Kurul grup muafiyeti çıkartma açısından yegâne yetkili mercidir.²⁷⁸

Rekabet Kurulu, Fiat Auto Holdings B.V. (Fiat Auto)’nin Powertrain Mekanik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’nde bulunan hisselerinin Fiat GM Powertrain B.V. ‘ye

²⁷⁴ Şanlı, a.e., s. 132.

²⁷⁵ Topçuoğlu, a.e., s. 245.

²⁷⁶ Şanlı, a.e., s. 133.

²⁷⁷ Şanlı, a.e., s. 132-137.

²⁷⁸ Badur, a.e., s. 152; grup muafiyeti tebliğinin yargı yerince değerlendirilmesi açısından bkz: D.10.D., E.2001/655, K.2003/5451; E.2001/656, K.2003/1774; E.2001/902; K.2003/4068.

devri işlemine izin verilmesi veya bu konuda taraflar arasında imzalanan hisse satış anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talepli bir dosyada,

“ ortak girişim işleminin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2/1. Maddesinin c bendi kapsamında yoğunlaşma doğurucu bir işlem kabul edilmesi için gereken bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkma şartını taşımadığına, dolayısıyla anılan Tebliğ kapsamında yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim işlemi olarak değerlendirilemeyeceğinden Rekabet Kurulu’nun iznine tabi olm adına, RKHK. m. 4 kapsamında rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunan bir anlaşma niteliğindeki işleme menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, ancak Kanun’un 5. Maddesinde öngörülen şartları taşıması nedeniyle ortak girişim işlemine 31.07.2001 tarihinden başlamak üzere 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına”²⁷⁹ karar vermiştir.

2.4.3.Muafiyetin Geri Alınması

RKHK’nun 13. maddesi hangi hallerde muafiyetin geri alınacağını göstermiştir. Kurul kararı geri almak yerine yeni bazı yükümlülük ve şartlar da koyabilir. Çünkü madde “... geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir” demektedir. Kararın alınmasına esas teşkil eden bir olayda değişiklik olursa, değişiklik tarihinden itibaren geçerli olmak üzere muafiyet kararı geri alınır (RKHK.m.13). Muafiyet kararı çeşitli şartlara ve yükümlülöklere bağılı olarak verilmiş olabilir. Taraflar bu şart ve yükümlölöklere uymak zorundadırlar. Aksi halde muafiyet kararı geri alınır. Muafiyet kararının tarafların eksik veya yanlış bilgi vermiş olması nedeniyle verilmiş olduğu anlaşılırsa da muafiyet kararı geri alınır²⁸⁰ ve hiç alınmamış sayılır (RKHK:m.13/2).

Bu son iki halde geri alma kararı, muafiyet kararı verildiğı andan itibaren geçerlidir. Yani geri alma kararı, muafiyet kararı verildiğı ana kadar geriye yürür. Sonuçta muafiyet kararı hiç verilmemiş sayılır ve buna göre işlem yapılır. 13. maddenin ikinci fıkrasının son bölümü “.... diğ er hallerde ise muafiyet veya menfi tesbit kararının verildiğı tarihten itibaren geçerlidir” demek suretiyle bu durumu göstermiştir.²⁸¹ Geri almanın hem şartlarının hem de sonuçlarının kanunla belirlenmesi nedeniyle idari usul

²⁷⁹ Dosya Sayısı: 2003-4-47 (Muafiyet) , Karar Sayısı: 03-66/797-358, Karar Tarihi: 09.10.2003.

²⁸⁰ Aslan, a.g.e., s. 141.

²⁸¹ Aslan,a.g.e., s. 141.

ilkelerinden yetkide paralellik ilkesine yer verildiği, aynı ilkenin menfi tespit belgesinin düzenlenmesine ilişkin RKHK'nun 8. maddesinde de düzenlendiği ifade edilmiştir.²⁸²

Muafiyetin geri alınması Kurul'un vereceği bir kararla mümkün olmaktadır. Tıpkı muafiyetin verilmesinde olduğu gibi. RKHK. 13. maddede düzenlenen muafiyetin geri alınması konusu, grup muafiyetlerinin karar şeklinde değilde tebliğle belirlenmesinden kaynaklı bireysel muafiyetlerdir. Olsa olsa anlaşmanın grup muafiyeti tebliği içine girip girmediğinin tespiti kararı verilebilir.²⁸³ Grup muafiyetleri tebliğlerle düzenlenmesine rağmen ve her ne kadar maddede anlatılan bireysel muafiyetin geri alınması olsada yine bu yolla değiştirilebileceği gibi tamamen de yürürlükten kaldırılabilir (m. 27/f).²⁸⁴

Muafiyet kararının geri alınması kararı ara karar niteliğinde değildir. Muafiyet kararı geri alınan teşebbüs, kesin ve yürütülmesi gereken bu işlem nedeniyle Danıştay'da iptal davası açabilecektir. Bu karar menfaati etkilenenler yönünden nihai karardır.

2.4.4. Muafiyetin Sonuçları

Kurul'un muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğuran bir işlemdir. Bireysel veya grup muafiyeti kapsamına giren bir rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, RKHK'nun 4. maddesindeki yasak ilkesi uygulamasından istisna tutulmuş olur. Böylece taraflar, muafiyet süresi içerisinde güvenli bir şekilde her türlü hukuki muamelelerde bulunabilecek ve bunların geriye etkili olarak geçersiz sayılması (m. 56) endişesinden kurtulmuş olacaklardır.²⁸⁵ Bu nedenle muafiyetle ilgililer, yasal belirlilik içinde olduklarından para cezasının uygulanmayacağını bilecekler ve güvende olacaklardır. Muafiyetle birlikte sözleşme geçerli olacağından buna bağlı yapılan her türlü işlem de geçerli olacaktır.²⁸⁶ Bu çerçevede, güvensizlik, idari para cezası ve tazminata ilişkin hükümler, muafiyet kapsamına giren bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem için tatbik kabiliyetini haiz olmayacaktır.²⁸⁷

²⁸² Akyılmaz, a.e., s. 129.

²⁸³ Badur, a.e., s. 155-156.

²⁸⁴ Topçuoğlu, a.e., s. 263.

²⁸⁵ Topçuoğlu, a.e., s. 262.

²⁸⁶ Badur, a.e., s. 153.

²⁸⁷ Şanlı, a.e., s. 126.

2.4.5. Muafiyet Kararının Hukuki İşlem Niteliği

Öncelikle doktrinde, Kurul'un muafiyet kararı vermeden önceki dönemde kararın veya anlaşmanın hukuki işlem niteliği tartışma konusu yapılmıştır. Buna göre, RKHK'ın 4. maddesi anlamında yasak faaliyetler içine giren anlaşma ve kararlar, muafiyet talebiyle Kurul'a bildirildikleri takdirde, Kurul muafiyet şartları çerçevesinde talep konusu anlaşma veya kararı incelemeye alacaktır. İşte Kurul'un muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süre içerisinde, anlaşma veya karar total hukuki muamele niteliğindedir. Kurul muafiyet talebine uygun karar verirse anlaşma veya karar geçerli bir hukuki anlamda da bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Rekabeti kısıtlayan dolayısıyla RKHK'nun 4. maddesini ihlal eden bir işbirliği anlaşması ya muafiyet kapsamına alınarak yasak ilkesinden istisna tutulacak ya da soruşturma kapsamına alınacaktır. Bu yüzden muafiyet kararına kadar söz konusu anlaşmanın total hukuki işlem niteliğine büründüğü belirtilmiştir.²⁸⁸

Muafiyet; Kanun hükümlerinin uygulanmasının bir anlamda askıya alınmasıdır. Kanun'un 13. maddesinde bulunan şartların varlığında muafiyet geri alınabileceksen de geri alınana kadar geçen sürede muafiyet kararı geçerliliğini koruyacaktır. Muafiyet kararıyla kanuna aykırı bir duruma yasallık verilerek yeni bir hukuki durum yaratılmaktadır. Bu nedenlerle idari davaya konu olabilecek kesin ve uygulanabilir işlemlerdendir. Muafiyetin kaldırılması, geri alınması veya reddi gibi kararlar, yasak kapsamına girmesini sağlayacaktır. Bu kararlarla birlikte yasaklama kararı verilecektir. Bu tür kararlara karşı ise yasaklama kararıyla birlikte yasal yollara başvurulabilir.²⁸⁹ Başka bir anlatımla, muafiyet kararları nihai karardır. Çünkü muafiyet kararı bir anlaşma veya kararın ya da uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı olduğunu ve fakat 5. maddede yazılı şartları da haiz olduğundan 4. madde yasağının uygulanmadığını tespit

²⁸⁸ Milletlerarası özel hukuk alanında bir devletin iç hukukuna göre geçerli olan bir işlemin diğer devlet hakkında geçersiz sayılması yahut çeşitli gerekçelere binaen tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi sonucunda ortaya çıkan muamelelere total hukuki muamele denmektedir. Bkz: Topçuoğlu, a.e., Beşinci Bölüm, dipnot 8, s. 289-290.

²⁸⁹ Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, s. 73.

etmektedir.²⁹⁰ Dolayısıyla, muafiyet kararı, tıpkı menfi tespit kararı gibi bir anlamda tespit kararıdır.

Muafiyet kararı, RKHK'nun 48. maddesi anlamında bir nihai karar olduğuna göre, RKHK'nun 55. maddesi uyarınca bu türden kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilir. Dolayısıyla muafiyet talebini kabul eden Kurul kararıyla, menfaatleri ihlal olan kişiler yargı yoluna başvurabileceklerdir. Diğer yandan muafiyet talebinin reddiyle birlikte, RKHK'nun 4. maddesini ihlal eden işbirliği davranışı, soruşturma kapsamına alınacaktır. Muafiyet talebinin reddi kararında nihai bir karar olması nedeniyle bu karara karşı Danıştay'a başvurabileceklerdir. Kısacası, menfi tespit kararlarının idari davaya hangi hallerde konu oluşturacağına ilişkin esaslar, muafiyet kararı için de aynı şekilde geçerlidir.

2.4.6. Muafiyet Kararlarının Adli Mahkemelere Etkisi

Muafiyet kararları sadece Rekabet Kurulu tarafından verilebilir. Kurul'un muafiyet kararı verdiği bir anlaşma özel hukuk bakımından da geçerli bir anlaşmadır. Dolayısıyla adli mahkemelerin önüne RKHK'un 4. maddesi kapsamında bulunan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararıyla ilgili bir dava geldiğinde mahkemeler muafiyet verilmiş olan bu anlaşmanın geçerli olduğunu ve RKHK'a bir aykırılığın olmadığını kabul etmeleri gerekir ve sorunu buna göre çözmelidir. Çünkü adli mahkemelerin muafiyet kararı vermeye yetkisi yoktur, bu yetki münhasıran Kurul'a aittir.²⁹¹ Sanlı, bu münhasır yetkinin, Türk rekabet politikasının oluşturulması ve rekabet hukukunun uygulanmasında, kanun koyucunun Rekabet Kurulu'na verdiği önemin açık bir göstergesi olduğunu belirtmektedir.²⁹²

RKHK'nın 4. maddesi kapsamında bulunan fakat bildirim tabi olmayan bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı mahkemelerin önüne geldiğinde mahkeme öncelikle bu anlaşmanın geçerli olup olmadığını incelemesi gerekir. RKHK'nun 4. maddesine aykırı olan bir anlaşma geçersizdir. Kanuna aykırı olduğundan geçersiz olan bir anlaşmanın hukuki durumunun mahkemelerin resen gözetmeleri gerekir. Çünkü böyle bir anlaşma başkaca bir işleme gerek olmaksızın geçersizdir.

²⁹⁰ Aslan, a.g.e., s. 471.

²⁹¹ Aslan, a.g.e., s. 144.

²⁹² Şanlı,a.e., s. 228.

Ancak Rekabet Kurulu'nun böyle bir anlaşmaya iki şekilde geçerlilik tanınması mümkündür. Birincisi bireysel muafiyet kararıdır. İkincisi ise anlaşmanın grup muafiyeti tebliğleri kapsamına girmesidir. Kurul böyle bir karar ya da yasaklama kararı verinceye kadar anlaşma “askıda geçersizdir”. Mahkeme anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının Kurul'un yayınladığı grup muafiyeti tebliği kapsamında bulunup bulunmadığını inceleyecek ve grup muafiyeti tebliği kapsamında bulunduğu kanaat getirirse, anlaşmayı geçerli kabul edecek ve davayı ona göre çözümlenecektir.²⁹³ Eğer rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı bildirilmemişse, mahkeme anlaşmayı geçersiz kabul ederek davayı inceleyecektir. Nitekim Kurul bildirilmemiş bir anlaşmaya ancak bildirim tarihinden itibaren muafiyet kararı verir. Mahkemeler ise her davayı dava açıldığı tarih itibariyle değerlendirirler. Dava açıldığı tarihte anlaşma Kurul'a bildirilmemiş olması nedeniyle mahkeme ile Kurul'un yetkilerini kullanımda bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak dava devam ettiği sırada, taraflar bildirimde bulunurlar ve Kurul da muafiyet verirse ne olacaktır? Dava açıldığı tarihte anlaşma “askıda geçersizdir”. Mahkeme devam ederken verilen muafiyet kararı neticesinde geçerli hale gelmiştir. Bu durumda hukuki belirlilik ve güven ilkesi gereğince mahkemenin muafiyet kararına göre hareket etmesi gerektiği savunulmuştur. Aksi halde aynı anlaşmanın mahkeme tarafından geçersiz kabul edilmesi, fakat Kurul tarafından geçerli kabul edilmesi gibi hukuk mantığıyla bağdaşmayacak durumlar ortaya çıkabilecektir.²⁹⁴

2.5.ORTAK GİRİŞİMLERE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin hükümlere aykırılığın, hukuki yaptırımları RKHK'nın Beşinci Kısımında düzenlenmiştir. Beşinci Kısım “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlığını taşımaktadır. Dört maddeden oluşan bu Kısımda düzenlenen hukuki yaptırımlar, geçersizlik ve tazminat olarak ikiye ayrılabilir. 56. maddede geçersizlik, 57. maddede tazminat yaptırımları düzenlenmiştir. Cezai yaptırımlara ise Üçüncü Bölümde 16. ve 17. maddelerde para cezası olarak yer vermiştir.

²⁹³ Aslan, a.g.e., s. 144.

²⁹⁴ Aslan, a.g.e., s. 145.

Bir hukuki işlem niteliğindeki teşebbüsler arası anlaşma²⁹⁵ ve teşebbüs birliği kararlarının kurucu unsurları bulunsa bile, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların²⁹⁶ gerçekleşmemiş olması halinde, sözkonusu işlemler kesin olarak geçersizdir. Bu açıdan geçersizlik konusu, bağlayıcı nitelik taşıyan dikey anlaşmalar için özel bir öneme sahiptir. Rekabeti kısıtlayan anlaşmaların geçersizliği halinde anlaşma kurulmuş, meydana gelmiş olmakla birlikte, Rekabet Kanunu, bu anlaşmayla gerçekleştirilmek istenen sonucun doğmasını engellemekte, önlemektedir. TBK m. 27'nin ifadesiyle " kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Bu durumda kesin geçersizliği gerektiren haller, anlaşmanın konusunun imkânsız veya hukuka ya da ahlaka aykırı olmasıdır²⁹⁷. TBK genel ilkelerinden hareketle Rekabet Korunması Hakkında Kanun'na (m. 4) aykırı olan anlaşma ve kararların geçersiz olduğu kendiliğinden anlaşılır. Fakat RKHK'un "bu Kanun'a aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği" başlıklı 56. maddesinde, "Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz" olduğunu belirtmiştir. Kanun'un ilgili maddesinde, 4. maddedeki yasak işbirliği faaliyetlerinden sadece ikisinden bahsedilmiş, uyumlu eylemlere değinilmemiştir. Uyumlu eylem teşebbüslerin birbirlerini bağlayıcılık iradesi ile aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmaya yönelik paralel davranışlardır. Dolayısıyla hukuki muamele niteliği taşımayan uyumlu eylemlerin geçersizliğinden de bahsedilemeyecektir. Ancak uyumlu

²⁹⁵ Türk Hukuk Lügatında "anlaşma" kavramı hakkında su bilgilere yer verilmektedir: "... Anlaşmayı gerek şekil, gerek muhteva bakımından diğer mukavelelerden ayıracak bir ölçü yoktur. Tatbikatta bu tabirin ekseriyetle çok taraflı mukavelelerde kullanıldığı görülmekle beraber iki taraflı mukavelelere de anlaşma adı verildiği vakidir. Ehemmiyet itibarıyla ikinci derecede olan mukaveleler için anlaşma adı tercih olundugu söylenebilirse de kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir". Türk Hukuk Lügatı, s. 17 (anlaşma maddesi).

²⁹⁶ Her türlü hukuki muamelenin temel unsuru, hukuki sonuca yönelmiş irade beyanıdır. Tek irade beyanı ile gerçekleşen hukuki muamelelere tek taraflı, iki veya daha çok irade beyanını gerekli kılan hukuki muamelelere de iki veya çok taraflı muameleler (anlaşma, karar) denmektedir. Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1994, s. 106, 107.

²⁹⁷ Hukuki muamelelerin geçersizliğini gerektiren sebepleri topluca şu şekilde sıralamak mümkündür: İrade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği (temyiz kudretinden yoksun bulunması), muamelenin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka (adaba) aykırı veya imkânsız bulunmaması, hukuki muamelenin sıhhati için aranan sekile uyulmaması, hukuki muamelenin muvazaalı olması, tasarruf muamelelerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması ve illi tasarruf muamelelerinde buna temel teskil eden geçerli bir borçlanma işleminin olmamasıdır. Bkz. Oğuzman, a.e., s. 119, 120; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I*, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 174.

davranışların geçersizliğinden söz edilemese bile bu tür uygulamaların sebep olduğu zararların tazminat sorumluluğuna yol açacağı kuşkusuzdur (RKHK. m. 57). Hukuki yaptırım olarak uygulanan geçersizlik, tazminat ve cezai yaptırım olarak para cezaları konularını ayrıntılı bir şekilde inceleyelim.

2.5.1.Geçersizlik

2.5.1.1.Geçersizliğin Türü

TBK. hukuka veya ahlaka aykırı işlemlerin geçersiz olduğu prensibini benimsemiştir. Bir anlaşmanın hukuka aykırı olması, anlaşma konusunun emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olmasına bağlıdır²⁹⁸. Rekabet ihlalleri en başta rakip teşebbüsler ve tüketiciler olmak üzere, genel olarak milli ekonomiye zarar vermektedir. Bu durumda rekabet düzeninin korunması ve geliştirilmesi amacını izleyen RKHK'na aykırı anlaşma ve kararların kesin olarak geçersiz oldukları açıktır. Geçersiz bir işlem daha baştan ölü doğduğundan, sonradan diriltilmesine imkan yoktur. Bu duruma doktrinde mutlak butlan hali de denmektedir²⁹⁹. Anlaşmayı geçersiz kılmak için dava açmaya veya ayrıca bir beyanda bulunmaya da ihtiyaç yoktur³⁰⁰. Bu yüzden var olan geçersizlik için uyumsuzluk halinde, ancak bu durumun tespiti istenebilir. Mahkemenin tespit kararı, geçersizlik için kurucu (ihdasi) değil bildirici (ihbari) özellik taşır³⁰¹. Geçersizlik engelini zamanla aşılması veya taraflarca düzeltilmesi mümkün olmadığından, geçersiz bir anlaşma veya kararın sonuçlarını elde etmek isteyen taraflar; anlaşma veya kararı, RKHK'na aykırı olmayacak şekilde, yeni baştan inşa etmelidirler. Yeni işlem, batıl hukuki işlemde bağımsız olduğundan, kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğuracaktır³⁰².

²⁹⁸ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s. 70, 71.

²⁹⁹ Bkz. Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara 1998, s. 25; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İstanbul 1996, s. 250; Fahiman Tekil, *a.e.*, s. 94.

³⁰⁰ Ayrıca bkz. Arif Esin *Rekabet Hukukunda Anlaşmaların Butlan Kılınması Meselesi*, Rekabet Kurumu'nun 2. Kurulus Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 56.

³⁰¹ Bu kuralın hukukumuzdaki iki istisnası ölüme bağlı tasarrufların ve evlenmenin geçersizliğüdür (MK m. 124, ve 499-501). Bu iki halde geçersizlik için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, İstanbul 1994 s. 407; Oğuzman, a.e., s. 120; Tekil, a.e., s. 94.

³⁰² Başpınar, a.e., s. 25.

RKHK'un 4. maddesi genel olarak rekabeti kısıtlayan faaliyetleri yasaklamaktadır. Bilindiği gibi emredici hukuk kaideleri, aksi taraflarca kararlaştırılamayan kurallardır³⁰³. Toplum menfaatlerini yani kamu düzenini, ekonomik, sosyal ve fiziki yönlerden zayıf olanları koruma amacı güden hükümler emredici niteliktedir³⁰⁴. Bu tür hükümler amir hüküm niteliğinde olduğundan, bütün kişi ve kurumları kapsamına alır³⁰⁵. Olumlu yönleri olumsuz yönlerine ağır basan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve kararlar, Kurul'un muafiyet kararıyla, Kanun'un 4. maddesi uygulama alanından çıkarılabilmektedir. Bu durumda Kanun'un 4. maddesi hükmünün emredici niteliğinden ziyade, yasaklayıcı yönünün³⁰⁶ ağır bastığı söylenebilir. Her iki kuralın tabi olduğu hukuki sonuç aynıdır. Bu genel ilkeleri belirledikten sonra, geçersizlik açısından bildirilmesi gereken anlaşma ve kararların Kurul'a bildirilip bildirilmemesine göre bir ayırım yapılması zorunludur.

2.5.1.1.1.Kurula Bildirilmemiş Anlaşma veya Kararlar

Kurul'a bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmayacağına göre, anlaşma ve kararlar kendiliğinden geçersiz sayılacak ve Kurul tarafından soruşturma kapsamına alınacaktır.

2.5.1.1.2.Kurula Bildirilen Anlaşma veya Kararlar

RKHK'un 4. maddesi anlamında yasak faaliyetler içerisine giren anlaşma ve kararlar, muafiyet talebiyle Kurul'a bildirildikleri takdirde, Kurul muafiyet şartları çerçevesinde talep konusu anlaşma veya kararı incelemeye alacaktır. İşte Kurul'un muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süre içerisinde, anlaşma veya karar, topal hukuki işlem niteliğindedir. Kurul muafiyet talebine uygun karar verirse, anlaşma veya karar geçerli bir hukuki işlem olarak bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Muafiyet talebi, gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle

³⁰³Bazı Kanun hükümleri emredici nitelik taşıdığı halde bunlara aykırı işlemler geçersiz sayılmaz. Bu kurallara aykırı davranışlar başka yaptırımlara, örneğin ceza tatbikine yol açarlar. Bu anlamda bkz. TMK m. 92/3.

³⁰⁴ Bkz. Tekil, a.e., s. 83; Karahasan, a.e., s. 233.

³⁰⁵ Tunçomağ, a.e., .s. 249.

³⁰⁶ Yasak koyan hükümler cezai müeyyideleri de gerektirebilir. Tunçomağ, a.e., s. 251.

reddedildiği takdirde anlaşma veya karar tamamen geçersiz bir işlem olarak soruşturma kapsamına alınacaktır.

2.5.1.1.3. Grup Muafiyeti Kapsamındaki Anlaşma ve Kararlar

Rekabet Kurulu'nun hazırladığı grup muafiyeti tebliğlerindeki şartları bulunan işbirliği uygulamaları, Kurul'a ayrıca bildirimde bulunmaya gerek kalmaksızın, otomatik olarak Kanun'un 4. maddesi uygulamasından istisna tutulmuş olduklarından, geçerli bir hukuki muamele olarak icra edilebileceklerdir.

2.5.1.2. Kısmi Geçersizlik

Çesitli hak ve yükümlülükler ihtiva eden bir anlaşmada, hak ve yükümlülüklerin bir kısmı Rekabet Korunması Hakkında Kanun'una aykırı bir kısmı uygun olabilir. Anlaşmanın kapsadığı şartlardan bir kısmının geçersiz olması halinde TBK 27/2 maddesi gereği, bütünüyle anlaşma değil, sadece bu şartlar lağvolunur. Fakat sözkonusu şartlar olmadığı takdirde, anlaşmanın yapılmayacağı anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamıyla geçersiz sayılır. İşte geçersizlik sebebinin anlaşmanın bir bölümünü etkilediği, fakat diğer bölümlerini etkilemediği hallerde, kısmi geçersizlikten bahsedilir.

Borçlar hukuku ilişkilerinde anlaşmanın bir bölümünün geçerliliğini muhafaza etmesi, anlaşma lehine yorum ilkesine dayanmaktadır³⁰⁷. Kısmi geçersizliğin kabulü, işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma etki ettiği ve diğer kısmı ayakta tutmak tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü ölçüde mümkün olacaktır. Fakat geçersiz sayılan kısım olmadıkça ilgili tarafların anlaşma yapmayacakları hal ve şartlardan anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamen geçersiz sayılacaktır³⁰⁸. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda kısmi butlan hükümlerinin uygulanması, özellik arz eden bir konudur. Zira tek amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmalarda (fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, kota, boykot gibi hallerde) batıl olan kısım olmasa idi anlaşmanın yapıp yapılmayacağı gereğini araştırmak anlamsızdır. Fakat doğrudan amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmalardaki bir takım kayıtlar, Kanun'a aykırı ise, bu kısım geçersiz sayılarak anlaşma ayakta tutulabilecektir³⁰⁹. Örneğin bir dağıtım³¹⁰ ya da patent lisans sözleşmesinde, satışa

³⁰⁷ Eren, a.g.e., 1, s. 409.

³⁰⁸ Geniş bilgi için bkz. Başpınar, a.e., , s. 54 vd.

³⁰⁹ Bkz. Ateş Akıncı, *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler

sunulacak malların veya üretilecek ürünün alt ya da üst fiyatlarının tespitine yönelik kayıtlar geçersiz sayılarak, dağıtım yahut patent lisans sözleşmelerinin ayakta tutulabilmesi mümkün olacaktır. Anlaşmadaki geçersiz sayılan kayıtların Kanuna aykırı olduğunu bilen veya bilmesi gereken taraf, karşı tarafın uğradığı menfi zararı tazminle yükümlüdür³¹¹.

2.5.1.3.Geçersizliğin Sonuçları

2.5.1.3.1.Genel İlkeler

Geçersiz bir işlem genel olarak şu özellikleri taşır:

- İşlem baştan itibaren ve kendiliğinden hukuki sonuçlarını doğurmaz.
- İşlemin geçersizliğini yalnız taraflar değil üçüncü şahıslar da ileri sürebilir.
- Herhangi bir uyuşmazlıkta taraflar, işlemin geçersizliğini ileri sürmemiş olsalar bile hâkim resen dikkate alır.

-Geçersiz işlem belli bir zamanın geçmesi veya geçersizlik sebebinin ortadan kalkması ya da edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmez. İşlem yeniden Kanun'a aykırı olmayacak şekilde yapılmalıdır.

-Geçersizlik yaptırımına maruz kalan bir işlemde taraflar, yerine getirdikleri edimlerini, duruma göre ya doğrudan aynı hakka dayanan bir istihkak davasıyla³¹² veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir.

-Anlaşmanın yapılmasına kusurlu davranışı ile sebep olan kimse kusursuz olan tarafın menfi zararını (anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zararı)³¹³ tazmin

Enstitüsü 1988, s. 411; Osman Gürzumar, *Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 124.

³¹⁰ Bkz. 1997/3 nolu Grup Muafiyeti teb. m. 3'teki sınırlamalar dışında, dağıtım anlaşmalarına rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar konulamayacağından, fiyata ilişkin kayıtlar geçersiz olacaktır. Bazı sözleşmelerde taraflar, sözleşmelerin geçersiz sayılmasını engellemek için "kurtarıcı kayıtlar" koymaktadır. Böylece taraflar, sözleşmedeki herhangi bir hükmün geçersiz olması halinde, sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılmayacağını kararlaştırmakta ve bu tür hükümlerin hukuka uygun hale getirilmesi yükümlülüğü altına girmektedirler. Bkz. Gürzumar, a.e., s. 124, 125.

³¹¹ Başpınar, a.e., s. 179.

³¹² Verilen şeyin mülkiyeti karşı tarafa geçmemişse malik sebepsiz zenginleşmeyle değil istihkak davasıyla bu şeyin iadesini isteyebilecektir. Bu durumda iade borcunun kapsamı TMK m. 906-908 kurallarına göre tayin edilecektir. Eger mülkiyet karşı tarafa geçmişse eski malik aynı hakkını kaybettiğinden istihkak davası açılmayacaktır. Fakat karşı taraf sebepsiz zenginleştiği için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade isteyebilecektir.

³¹³ Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1979.s. 151; Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku*, İstanbul 1996, s. 63.

etmekle yükümlüdür³¹⁴. Teşebbüsler arasındaki anlaşma, başlangıçta yasak kapsamına girmemesine rağmen sonradan piyasa koşullarındaki değişiklik sonucu Kanuna aykırı hale gelmişse, bu durumda geçersizlik başlangıçtan itibaren değil, aykırılık halinin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.

2.5.1.3.2. Geçersiz Anlaşma veya Kararlara Dayanan İade Sorunu

Taraflar geçersiz olan anlaşma veya kararlardan doğan edimlerin ifasını isteyemeyeceklerine göre, sözkonusu işlemlerin akıbeti Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayin edilecektir. Kanun iade taleplerinde, hukuka (veya ahlaka) aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin TBK m. 81 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir. Böylece geçersiz olan anlaşma veya kararlara dayanan iade talepleri önündeki engel bertaraf edilmiş olmaktadır. Aksi halde, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarına göre verilmiş edimlerin iadesi, hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri alınamayacağı yolundaki bu hükme (TBK m. 81) göre mümkün olmayacaktır.³¹⁵

Geçersizliği iddia edilen bir işbirliği anlaşmasında, bir tarafın zararına zenginleşen, bu zenginleşme miktarını veya değerini geri vermekle yükümlüdür. Sebepsiz zenginleşme davası şahsi alacak davasıdır. Haklı bir sebep bulunmaksızın zenginleşen kimse, zenginleşme dolayısıyla edindiği malları aynen geri verme borcu altındadır. Ancak bu şey iyiniyet sahibi bir üçüncü kişiye satılmış olursa, üçüncü şahıstan bu şey geri alınamaz. Fakirleşen taraf hakkını sadece bu şeyi kendisinden ilk alana karşı ileri sürebilir. Fakat sebepsiz zenginleşenden şeyin bedeli (malın parası) geri alınabilir³¹⁶. Sebepsiz zenginleşme bir hizmetin yerine getirilmesi veya bir şeyin kullanılmasından meydana gelmişse, bu hallerde de hizmet ve kullanmanın karşılığı olan bir miktar para geri alınır³¹⁷. Örneğin rekabeti kısıtlayan bir dağıtım veya servis (satış sonrası hizmetler) anlaşmasının geçersizliği karşısında, satış artırma çabalarının veya görülen muhtelif hizmetlerin karşılığı para olarak geri istenebilecektir. Sebepsiz

³¹⁴ Eren, a.g.e., s. 406, 407; İnan, a.e., s. 149, 150; Tunçomag, a.e., s. 172-174.

³¹⁵ Bu kuralın uygulama alanı hakkında geniş bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri*, Üçüncü Cilt, İstanbul 1971, s. 137-149.

³¹⁶ Turgut Öz, *Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990, s. 15, 16.

³¹⁷ Öz, a.e., s. 129; Tunçomag, a.e., s. 611-614.

zenginleşenin iade borcu ve yapılan harcamaları geri isteyebilmesi³¹⁸ iyiniyetli olup olmamasına göre değişecektir.

2.5.1.3.2.1. İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcu

TBK m. 79/1'e göre iyiniyetli iade borçlusu, iade zamanında elinde kalanla sorumludur. Bu durumda, sebepsiz zenginleşen dürüstlük kurallarına göre hareket etmiş ve zenginleşmenin bütünüyle malvarlığından çıktığını ispat edebilmişse, iade talebi reddedilecektir. Fakat sebepsiz zenginleşen malvarlığından çıkan şeyler karşılığında, malvarlığına başka değerler edinmişse bunları geri vermekle yükümlüdür. Özellikle zenginleşme konusu malların satımı halinde geri vermeme borcunun varlığından söz edilemez. İade borcunun düşeceği haller örneğin, bağışlama veya mücbir sebepler yüzünden meydana gelen ve malvarlığına hiçbir karşılık getirmeyen durumlardır³¹⁹. İyi niyetli zenginleşen, zenginleşme konusu olan sey için yapmış bulunduğu zaruri veya faydalı masrafları isteme hakkına sahiptir. Aynı şekilde iyi niyetli zenginleşen zenginleşme konusunun para olması durumunda, sözkonusu masrafları iade borcundan düşme hakkına sahiptir (TBK m. 80)³²⁰. Zaruri giderler zenginleşme konusu seyin muhafazası veya işletilmesi için kaçınılması mümkün olmayan (bozulan makina veya araçların yaptırılması, kullanılamaz nitelikteki parçaların değiştirilmesi gibi) masraflardır. Faydalı masraflar ise zenginleşme konusu şeylerin değerini ya da verimliliğini arttıran (makina veya araçların ilave parçalarla daha fonksiyonel hale getirilmesi gibi) masraflardır. Zaruri ve faydalı masraflar dışındaki lüks harcamalar geri istenemez. Bu nitelikteki ilave değerlerin bedeli teklif edilmediği takdirde, asıl şeye zarar vermeden ayrılması mümkün olan parçalar (değerler) sökülüp alınabilecektir (m. 80/2).

³¹⁸ Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun, karşı tarafın fakirleşmesi sayesinde elde edilen şeylerin hakkaniyete uygun şekilde iadesini sağlayabilmek açısından illiyet bağının, uygun illiyette olduğu gibi hukuki değil, bütünüyle ekonomik bir anlam ve nitelik taşıdığı hususu gözden kaçırılmamalıdır. Sadece hayat tecrübelerine, olayların normal akışına göre gerçekleşmesi normal karşılanacak zenginleşmeler değil; istisnai şekilde yahut beklenmedik (fakirleşme karşılığı ortaya çıkan) zenginleşmeler de iade borcu kapsamına dahil edilecektir. Bkz. İlhan Ulusan, *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu*, İstanbul 1984, s. 202.

³¹⁹ Öz, a.e., s. 150; a.e., s. 40.

³²⁰ Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: III, İstanbul 1994, s. 67.

2.5.1.3.2.2.Kötüniyetli Zenginleşenin İade Borcu

TBK m. 79/2'ye göre, zenginleşme konusu malı elinden çıkarırken iadeyle yükümlü olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi, zenginleşme konusu şey ortadan kalkmış veya azalmış olsa bile, zenginleşme değerini iade ile yükümlüdür. Görüldüğü gibi zenginleşenin iyi niyetli olmaması durumunda iade borcu azalmamakta, malın değeri üzerinden devam etmektedir. Ancak zenginleşmenin azalmasında kusuru bulunmayan iade borçlusunu, harici olay veya üçüncü kişilerin davranışından kaynaklanan eksilmeleri, iade borcundan kurtulacaktır. Örneğin makinaların hava sıcaklıklarındaki aşırı düşüş nedeniyle zarar görmesi veya deponun kundaklanması sonucu eşyaların telef olması hallerinde kötü niyetli zenginleşen (kusuru bulunmaması şartıyla) iade borcundan kurtulacaktır³²¹. Zenginleşenin kötü niyetli sayılması için, zenginleşme konusu malları iade ile yükümlü olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekli olması yeterlidir. Zenginleşenin kime iadede bulunacağını bilmemesi farklı bir sonuca yol açmaz³²². Kötü niyetli zenginleşen, yaptığı zorunlu masrafların kendisine verilmesini isteyebilir. Faydalı masraflar ise geri verme zamanında elde kalan değer oranında kendisine ödenir (TBK. m. 80/2). Lüks masraflar açısından Kanun zenginleşenin iyi veya kötü niyetli olmasına bakmadığından, asıl şeye zarar vermedikçe sökülüp alınması mümkün olacaktır.

2.5.1.3.3.Kısmi Geçersizlik Yaptırımına Maruz Kalan Anlaşmalarda İade Yükümlülüğü

Bir ortak girişim anlaşmasında geçersiz sayılan kısımlara dayanılarak yapılan ifalar, bu kısımla sınırlı olarak geri istenebilecektir. Ancak yapılan ödemenin geçersiz sayılan kısma mı yoksa geçerli kabul edilen anlaşmaya mı ilişkin olduğu hususu her zaman belirlenemeyebilir. İşte bu gibi durumlarda verilen miktarın (veya malların), geçerli sayılan anlaşmaya ilişkin olduğu düşünülerek, iade talebinin reddedilmesi gerektiği sonucu kabul edilebilir³²³.

³²¹ Kötü niyetli zenginleşenin başkasının malına sahip olması ayrıca bir haksız fiil oluşturuyorsa, fakirleşen haksız fiil hükümlerine göre uğradığı her türlü zararın tazminini isteyebilecektir. (ÖZ, a.e., s. 160; Karahasan, Mustafa Resit, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Cilt, İstanbul 1992, s. 1221). Fakat bu durum konumuzla ilgili değildir.

³²² Öz, a.e., s. 147, 148; Karahasan, a.g.e., s. 1234, 1235.

³²³Bu görüş için bkz. Akıncı, a.e., s. 419 vd.

2.5.2. Tazminat

RKHK. 57. maddesine göre “Kanun’a aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, ya da yahut kısıtlayan kimseler yahut belirli mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdurlar”³²⁴. Kanunun bu sorumluluk ilkesi dışında, rakip teşebbüsleri veya doğrudan tüketicileri hedef alan rekabeti kısıtlayıcı davranışlar (piyasaya girisin engellenmesi, ayırıcı uygulamalara gidilmesi, bağlayıcı kayıtlar konulması, boykot, üretimin sınırlandırılması, fiyat tespiti vs.), haksız fiil sorumluluğuna da yol açacaktır. Özellikle ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başkasının zararına sebep olan şahıs, bu kimselerin zararını tazmin etmek zorundadır (TBK m. 49/2). Birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkan zararlarda, zarara sebep olanlardan her biri müteselsilen sorumludur. Rekabet Kanunu rekabet sistemiyle ilgili maddi hukuk ilkelerini düzenlemekten başka, tazminat sorumluluğuna ilişkin bir takım hükümler de sevk etmiş bulunmaktadır. Fakat kanun koyucu tazminat sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere atıf yapmakla da yetinebilirdi. Ayrıca Kanun esasını ABD sisteminde bulan (ve cezalandırma amacının ağır bastığı söylenen) üç kat tazminat sistemini de böylece hukuk sistemimize kazandırmış bulunmaktadır. Kanun’un ilgili hükmüne göre tazminat sorumluluğu için,

a) İlk ve en önemli şart, Kanun’un yasak faaliyet olarak nitelendirdiği davranışlar içine girmeleridir.

b) Söz konusu yasak faaliyetleri icra edenler, bu davranışları sebebiyle rakiplere veya üçüncü kişilere zarar vermiş olmalıdırlar. Şayet ortada maruz kalınan bir zarar yoksa giderim yükümlülüğü de gündeme gelmeyecektir³²⁵.

³²⁴ Aslan, a.g.e., s. 145.

³²⁵ Hukuka aykırı fiil ağır bir kusurla işlenmiş olsa dahi herhangi bir zararın doğumuna sebebiyet verilmemişse, tazminat sorumluluğundan söz edilemez. Bu durum TBK 41. maddesinde “gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde borca aykırı davranıştan karşı taraf için bir zarar doğmamışsa, söz konusu kimse tazminat talebinde bulunamayacaktır. Bkz. Teoman Akünel, *Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu*, İstanbul 1977, s. 43.

c) Rakipler rekabetin kısıtlanması ya da bozulmasıyla aralarında uygun illiyet bağı kurulabilen zararların tazminini isteyebileceklerdir.

İllyet bağının varlığını zarara maruz kalan kimseler ispat edeceklerdir. Fakat Kanun'un ispat kolaylığı sağlayan 59. maddesi hükmü ispat yükünü hafifletmektedir. Rekabet düzenini ihlal eden davranışlar çoğu zaman zarar verir. Nihayet zarar verilmemiş olsa bile kamu yararını zedeleyen, milli ekonomiye zarar veren yasak faaliyetlerin durdurulması, bertaraf edilmesi gereği açıktır (m. 27/a).

2.5.2.1.Sorumluluğun Dayandığı Esas

Rekabet sınırlamaları da tıpkı haksız rekabet gibi özü itibarıyla bir haksız fiildir. Kanun 57. maddesi ile bir kusursuz sorumluluk hali kabul etmiştir. Kanuna göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğu, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu önem ve zorunluluğuna göre devlete, 1982 Anayasası'nın 167. maddesi hükmüyle, "para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri" alma; "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi" önleme görev ve sorumluluğu yükletilmiştir. Kusur aranmayan bu sorumlulukta hukuka aykırılığı; piyasa düzeninin bozulmasına, rekabetin kısıtlanmasına sebep olma teşkil etmektedir. Bu sorumluluğun uygulama alanı ise Kanun'un 1. maddesinde ifadesini bulan amacı ile sınırlıdır. Şu halde mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarıyla (anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları ile birleşme ve devralmalar) veya hakim konumdaki teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları suretiyle bertaraf edilmesi, sorumluluğun uygulama alanını çizmektedir.

2.5.2.2.Gerekli Şartlar

2.5.2.2.1.Zarar Şartı ve Çeşitleri

Zarar kavramı geniş anlamda hem maddi hem de manevi zararı kapsamına alır ve bir kimsenin mal varlığında veya şahıs varlığında meydana gelen azalmayı belirtir. Dar anlamdaki zarar sadece maddi zararla sınırlandırılır³²⁶. Zarar kavramı,

1) mağdurun (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler) malvarlığının rekabetin kısıtlanmasından önceki durumu ile

³²⁶ Bkz. Akünel, a.e., s. 43; Eren, a.g.e., s. 37.

2) yasak faaliyetlerin gerçekleşmesinden sonraki halen mevcut durumunun mukayesesini kapsar. Şu halde rekabet kısıtlanmasaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, sözkonusu durumla hali hazırdaki (rekabetin kısıtlanmasından sonraki) durum arasındaki fark zararı ifade eder³²⁷. Kanuna aykırılığı dolayısıyla geçersiz sayılan anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ya da üçüncü kişi konumundaki rakip teşebbüs veya tüketicilerin rekabet düzenini ihlal eden faaliyetler sebebiyle tazminat isteyebilmeleri, bu yüzden bir zarara uğramış olmalarına bağlıdır. Zararın kapsamına bu kimselerin malvarlığında meydana gelen azalma (fiili zarar) ile yoksun kaldıkları kar kaybı girer. Ayrıca rakip teşebbüslerin zararı, sadece maddi zarardan ibaret olmayabilir. Bu anlamda yasak faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslerin manevi zarara uğramış olmaları da mümkündür.

2.5.2.2.1.1.Müspet Zarar

Genel olarak müspet zarar, bir anlaşmada alacaklının borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Yani anlaşma geçerli olarak ifa edilse idi zarara maruz kalan alacaklının malvarlığının alabileceği durumla, hali hazırdaki malvarlığı arasındaki fark müspet zararı ifade eder³²⁸. Ancak RKHK'na aykırı anlaşma veya kararların "geçerli" olarak ifa edilebilmesi mümkün olmadığından "müspet zarar" kavramının rekabet hukuku uygulamasında yer bulamayacağı söylenebilir.

2.5.2.2.1.2.Menfi Zarar

Baştan itibaren (veya sonradan ortaya çıkan diğer tarafın kusurlu davranışları sonucunda) Kanun'a aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılan bir anlaşmaya, karşı tarafın kusuru ile katılan kimsenin (kendi kusuru bulunmamak şartıyla), menfi zararlarının tazmini gerekmektedir. İşte, geçersiz sayılan veya hiç meydana gelmeyen bir anlaşmanın, hüküm ifade edeceğine güvenmekten meydana gelen zarar, menfi zarardır. Yani anlaşmanın muteber olacağına güvenen kimsenin, anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zarar menfi zarardır. Bir anlaşma konusunun hukuka aykırı olduğunu önceden bilen veya bilmesi gereken taraf, bu durumu bilmeyen veya bilmemekte kusuru bulunmayan karşı tarafın, anlaşmanın geçerli olmamasından doğan

³²⁷ Eren, a.g.e., s. 41.

³²⁸ Tunçomağ, a.e., s. 806.

(menfi) zararını tazmin etmesi gerekir³²⁹. Fakat Rekabet Korunması Hakkında Kanun'una aykırı anlaşmaların geçersiz sayıldığı bilinmemesi sorumluluğu kaldırmayacaktır. Menfi zarar kapsamına; yerine getirilmiş olan edim, ifa edilen edimden elde edilebilecek menfaat (kullanma değeri, kira, faiz vs.), geçersiz anlaşmaya güvenilerek başka bir anlaşma yapma fırsatının kaçırılmış olması gibi haller girer³³⁰.

2.5.2.2.1.3.Fiili Zarar

Rekabeti kısıtlayan veya bozan faaliyetler neticesinde bir kimsenin malvarlığının aktifinde azalmaya ya da pasifinde artışa yol açan zarar fiili zarardır. Özellikle yasak faaliyetler neticesinde rakip teşebbüslerin, tüketicilerin veya diğer alıcı konumundaki (ara) teşebbüslerin uğradıkları zararlar bu kapsama girer. Şu halde teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşması sonucu, tüketici veya ara teşebbüslerin anlaşma konusu ürüne, gerçek değerinin üzerinde ödemede bulunmaları durumunda, aradaki fazlalık, bu kimselerin malvarlığında azalmaya yol açacağından fiili zarar olarak nitelendirilecektir³³¹. Ayrıca RKHK 4. maddesine aykırı bir anlaşma ilişkisine hile yoluyla taraf olan kimsenin anlaşmaya güvenerek yapmış olduğu harcama veya masraflar, hileye maruz kalanın malvarlığının pasifinde artışa yol açacağından fiili zarar olarak kabul edilecektir³³². RKHK m. 58'in ifadesiyle “rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan faaliyetler sonucunda zarara maruz kalan kimseler (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler), ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir.”

2.5.2.2.1.4.Mahrum Kalınan Kar

Aslında zarar verici fiilin vukuundan önceki hali ile sonraki hali arasında, malvarlığının durumunda bir değişiklik bulunmamakla birlikte, malvarlığının aktifindeki azalma ya da pasifindeki artış hali mahrum kalınan kar olarak ifade edilir. Şu halde mahrum kalınan kar, yasak işbirliği faaliyetlerinden sonraki durum ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi (yasak fiiller olmasaydı) malvarlığının arz edeceği farazi durum

³²⁹ Başpınar, a.e., s. 179.

³³⁰ Bkz. Karahasan, a.g.e., s. 64, 65.

³³¹ Bkz. Akıncı a.e., s. 465.

³³² Hileye yapan üçüncü şahıs (veya teşebbüs) ise ve diğer taraf, üçüncü şahıs tarafından yapılan hileyi bilmiyor ve bilmesi de lazım gelmiyorsa vaki zararları hile yapan kimse karşılamak zorundadır. İnan, a.e., s. 287. Ayrıca bkz. Eren, a.g.e., s. 483, 484.

arasındaki farka tekabül eder³³³. Kanun'un 58. maddesinde, "rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini, rekabeti kısıtlayan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerinden talep edebilme" imkanı kabul edildiğine göre, mahrum kalınan kar kaybı da tazmin edilmesi gereken zarar miktarı içerisinde dahil edilecektir.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır (RKHK. m. 58). Gerçekten yasak faaliyetlerin belirgin etkileri rakip teşebbüsler üzerinde görülür. Yasak faaliyetler rakip teşebbüslerin piyasa paylarını azaltabileceği gibi, bütünüyle piyasayı terke de zorlayabilir. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüsler zorunlu olarak üretim miktarını düşürecek ya da atıl kapasite çalışacaklardır³³⁴. Aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüsler satamadıkları ürünler için depo masrafları, atıl kapasite çalışmaktan kaynaklanan harcamalar, işçi, makina, araç gereç ücretleri, vaktinde ödenemeyen kredi faizleri vs. gibi zararlara maruzdur. Fiili zarar kapsamında da değerlendirilebilecek olan bu tür zararların tazmin edilmesi gereği açıktır.

2.5.2.2.1.5.Yansıma Zarar

Genel olarak yansıma zarar, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil dolayısıyla mağdurun malvarlığında ortaya çıkmayan bir kazanç kaybı veya masraf yapılması sonucunda ortaya çıkan bir malvarlığı eksilmesi zararıdır. Yansıma zararın sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre gideriminin istenebilmesi için bu konuda açık bir giderim yükümlülüğü getiren kural aranır. Örneğin esasını TBK m. 53/2'de bulan "destekten yoksun kalma zararı" bu nitelikte bir kuraldır. Aksi halde böyle bir kural yoksa kazanç kaybı veya masraf yapılması şeklinde ortaya çıkan (yansıma) zararları tazmin yükümlülüğü doğmaz³³⁵.

³³³ İnan, a.e., s. 287; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II, İstanbul 1994, s. 43, 44; Karahasan, a.g.e., s. 79, 80.

³³⁴ Akıncı, a.e., s. 460.

³³⁵ Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994, s. 47, 48; Oğuzman/Öz, a.e., s. 494, 495.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'una aykırı işbirliği faaliyetleri sonucunda zorunlu olarak üretimini azaltan hatta tamamen piyasayı terk etmeye mecbur bırakılan bir teşebbüsün zararları hakkında bir tereddüt olmayacaktır. Fakat bu teşebbüslere hammadde, makine, araç gereç temin eden teşebbüslerin veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren teşebbüslerin yansıma yoluyla uğradıkları zararın tazmini, genel kuraldan hareketle, "uygun illiyet bağı" ile "hukuka aykırılık bağı" gerçekleşmediği dolayısıyla reddedilebilir mi?

RKHK'un amacı, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetleri önlemek, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişmesini sağlamaktır (RKHK. m. 1). Ayrıca rekabetin kısıtlanmasından "zarar" görenlerin her türlü zararlarının tazmini yükümlülüğünü kabul eden Kanun'un 57 ve 58. maddelerinde, yasak faaliyetlerin kendilerine karşı icra edildiği teşebbüs veya kimselerden değil, genel olarak bu faaliyetlerden "zarar" gören kimselerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslere hammadde, makine, çeşitli araç gereç temin eden, gayrimenkul kiralayan veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren (ara) teşebbüslerin maruz kaldıkları zararların tazmini gerekecektir.

Bu ilkelerin ışığında özel bir düzenleme niteliğindeki RKHK açısından, yansıma zararlar için genel kuraldan farklı bir sonuca varılmasının zorunlu olduğu anlaşılır. Şu halde öncelikle bu tür zararlar için hukuka aykırılık bağının da gerçekleştiği kabul edilmelidir. "Uygun illiyet bağı" ise hukuki yönüyle birlikte ekonomik ağırlıklı olarak düşünülürse yansıma zararların tazmini zorunluluğu ortaya çıkar³³⁶.

2.5.2.2.1.6. Manevi Zarar

Manevi zarar, malvarlığındaki bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına yönelmiş tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkindeki azalmayı ifade eder³³⁷. Bu yönüyle kişinin iç huzurunun, manevi bütünlüğünün ihlal edilmesi, manevi zarar ile ifade edilir. Bu hallerde ortada teknik ve gerçek anlamda bir zararın bulunmadığı açıktır. Hukuk düzeni parayı, iç

³³⁶ Krs. Akıncı, a.e., e., s. 464.

³³⁷ Oğuzman/Öz, a.e., s. 327; İnan, a.g.e., s. 288; Eren, a.g.e., s. 49, 50. Ayrıca bkz. Akünel, a.e., s. 43, 44.

huzuru bozulan kimseye manevi tatmin sağlayacak ve bir ölçüde de faillere "özel hukuk cezası" olacak bir araç olarak kabul etmiştir³³⁸.

Boykotla³³⁹ rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanması, ayırıcı davranışlarla teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması (m. 4/1-d) gibi haller rakip teşebbüslerin, iktisadi faaliyetleri kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini ihlal ettiğinden manevi tazminat şartlarının gerçekleştiğinden kuşku duymamak gerekir³⁴⁰.

Kanun, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenlerin, her türlü zararlarının tazmini gereğinden bahsettiğine göre, manevi tazminat da bu kapsama girecektir³⁴¹.

2.5.2.2.2.Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerden Zarar Gören Kimseler

2.5.2.2.2.1.Rakip Teşebbüsler

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan zarar görenlerin başında, yasak davranışların muhatabı olan teşebbüsler gelir. Kanun'un 58. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiş ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin, bütün zararlarının karşılanması gereğinden bahsedilmiştir.

2.5.2.2.2.2.Tüketiciler

Hangi konuda ve hangi vasıtalarla icra edilirse edilsin, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinden zarar gören tüketiciler, maruz kaldıkları zararların telafi edilmesini isteyebileceklerdir³⁴². Tüketicinin uğradığı zararların başında mal veya hizmet fiyatlarındaki artış dolayısıyla (rekabet kısıtlanmadan önceki), normal şartlar altında ödemeleri gereken bedelin daha fazlasını ödemekle, bu aradaki değer farkı gelir. Şüphesiz tüketicinin maruz kaldığı zararlar, ürünlere fazla bedel ödemekle sınırlandırılmaz: Ürün kalitesinin (birlikte) düşürülmesi veya satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması yahut garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi haller malvarlığında

³³⁸ Hatemi, Hüseyin, a.e., s. 102. Ayrıca bkz. Karahasan, a.g.e., s. 835.

³³⁹ Boykotun, serbest rekabet hakkını, özel girişim özgürlüğünü ihlal ettiği yönündeki (kişilik hakkı ihlali) düşünce bir takım tereddütlere rağmen, uzun zamandan beri hep savunula gelmiştir. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 1992, s. 261-263.

³⁴⁰ Krs. Akıncı, a.e., s. 475.

³⁴¹ Aynı yönde bkz. Aslan, a.g.e., s. 145.

³⁴² İnan, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RK 57 ve 58. Maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmayacağı kanısındadır. Bkz. Nurkut İnan, "*Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi*" (konulu tebliğin sonundaki soru-cevap kısmı), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 16, 17.

azalmaya yol açtığı ölçüde (örneğin garanti süresinin kısaltılması veya kalitedeki düşüş nedeniyle ilave harcama yapılması) tazminat konusu olabilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin mağdurları şüphesiz rakip teşebbüs ve tüketicilerle sınırlanabilir. Kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç temin eden teşebbüsler, bu teşebbüslerin pay sahipleri, alacaklıları gibi kimseler de rekabet düzeninin ihlalinden zarar göreceklerdir. Fakat özellikle aleyhine rekabetin kısıtlandığı teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının maruz kaldıkları zararın tespiti ve kişiselleştirilebilmesinin zorluğu da inkâr edilemez³⁴³.

2.5.2.2.3.Zarar Miktarı

RKHK. 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanması veya bozulmasından zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmamış olsa idi ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri belirtilmiştir. Bu hal, tüketicilerin ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüslerden ürün veya üretim araçları satın alan teşebbüslerin uğramış oldukları zararı (para kaybını) formüle etmektedir. Fiyat uygulamaları dışındaki işbirliği faaliyetlerinde (kalitenin düşürülmesi, satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması, garanti şartları kapsamının daraltılması) tüketici veya diğer kullanıcıların maruz kaldıkları zarar (nihai olarak para kaybına sebep olacağından) bu yolla giderilebilecektir³⁴⁴.

Rakip teşebbüslerin maruz kaldıkları bütün zararlar açısından bu formül yetersizdir. Örneğin rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda teşebbüslerin piyasa paylarındaki azalma, satış miktarındaki düşüşler, fazlalık ürünlerin depo veya muhafazasına yönelik bakım masrafları göz önüne alınırsa, sözkonusu zararların bu formülle ortaya çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bu yüzden yine Kanun'un 58. maddesinde, rakip teşebbüslerin, maruz kaldıkları bütün zararlarını talep edebilmeleri imkanı kabul edilmiştir. Bu anlamda zararın kapsamı, zarar gören teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler olmasa idi elde edebilecekleri muhtemel kazançla göre

³⁴³ Akıncı, a.e., s. 376 vd.

³⁴⁴ Aslan, a.g.e., s. 146.

belirlenecektir. Tarafların muhtemel kazançları geçmiş yıllara ait bilançolar³⁴⁵ dikkate alınarak hesaplanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nda, zararın miktar ve kapsamının ispatındaki zorluktan dolayı hakime, haksız rekabet sonucunda, haksız rekabet failinin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Bu yetki davacının, haksız rekabet sonucu satamadığı ürün miktarı üzerinden, karşı tarafın bu tutarda mal satmasından dolayı elde etmesi muhtemel menfaate hükmedilebilmesini ifade eder³⁴⁶. RKHK, bu prensibin üç kat tazminat miktarının hesabında nazara alınacağını belirtmiş, fakat (üç kat tazminat şartlarının bulunmadığı) normal haldeki zararın hesabında bu yola rağbet etmemiştir.

2.5.2.2.4.Zarar Miktarının Belirlenmesinde Kusurun Rolü

2.5.2.2.4.1.Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukukî Niteliği

RKHK sorumluluk hukukunda bulunmayan bir tazmin şeklini, "üç kat tazminat" sistemini getirmektedir. Bu sistem esasını ABD antitröst hukukunda bulur. İlk bakışta üç kat tazminat sisteminin, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri cezalandırma amacına yönelik olduğu düşünülebilir³⁴⁷. Kanun, hâkime, RKHK. 58/2'de "ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinden kaynaklandığı hallerde, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilme" yetkisi vermiştir. Kanun koyucu böylece, kasten veya ağır ihmal yoluyla, rekabetin kısıtlanmasına dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kimseleri (teşebbüsler) üç kat tazminat tehdidiyle caydırmak, zarara maruz

³⁴⁵ Ülkemizde vergi borçlarına karşı bilanço hesaplarının, işletmelerin gerçek kazancını belirlemeden uzak olduğu düşünülürse, gerçek zarar miktarının her türlü delille ispatlanabilmesi imkânının kabulü gerekir. Aslan, a.g.e., s. 147.

³⁴⁶ Bu ilkenin konulmasındaki esas sebebin haksız rekabet halinde, haksız rekabet mağdurunun uğradığı zarar miktarını ispat etmesinin çok zor belki de imkansız olacağı, TBK 50/2 gereği tazminatın hakimnin takdir yetkisiyle tayin edilmesinin de tatminkâr sonuçlar doğurmayacağı düşüncesinden kaynaklandığı belirtilir Sabiha Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 1999s. 302; Karayalçın, a.g.e., s. 470, 471; Halil Arslanlı, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul1959,s. 255, 256. Gerçekten mağdurun uğradığı zararlar yanında, haksız rekabet failinin bu zararı aşan (haksız rekabet) kazançtan yararlanması hakkaniyete aykırı düşecektir. Bu yüzden TK'nın ilgili hükmü yerindedir. Aslında zarar miktarının tayinindeki güçlük haksız rekabet haline münhasır bir durum değildir. Aynı zorluk, hatta fazlasıyla çok failli ve çok yönlü rekabet ihlallerinde de olacaktır. Bu yüzden benzer bir hükmün RKHK 58/1'de yer alması isabetli olurdu.

³⁴⁷ Akıncı, a.e., s. 471.

kalan kimseleri de kanun yoluna başvurmak açısından cesaretlendirmek veya teşvik etmek istemiştir³⁴⁸. Bu yönüyle üç kat tazminat sistemi, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından, bir tür kanundan doğan cezaî şarttır³⁴⁹.

Kast: Tarafların yasak faaliyetleri ihlalin (hukuka aykırı sonucun) bilincinde oldukları ve bunun sonuçlarını (rekabetin kısıtlanması veya tüketicilerin sömürülmesi) istediklerini ifade eder³⁵⁰. Doğal olarak taraflar, ihlal ettikleri kaidenin (RKHK'un ilgili hükümleri) varlığını bilmeseler dahi meydana getirdikleri sonuç Kanun'a aykırı ise kasdın varlığı kabul edilecektir³⁵¹.

Ağır ihmâl: Ağır ihmâl, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli genel ve temel tedbirlerin alınmamış veya herkesin bilmesi gereken özen kurallarına uyulmamış olması demektir³⁵². Kusurun kıstası objektif ölçülere göre değerlendirilecektir. Yani somut olayla ilgili olarak makul, orta seviyede bir insanın göstereceği dikkat ve özen ölçü alınacaktır. Ancak tacirler, ticari işlerde basiretli bir işadama gibi hareket etmek zorundadırlar (TTK m. 18/2)³⁵³.

Benimsenen üç kat tazminat esası teknik anlamda ceza olarak nitelendirilmemelidir. Benzer bir düzenlemeye, 1447 sayılı Ticarî İşletme Kanunu'nda³⁵⁴ yer verilmiştir. Anılan Kanun'a göre rehin veren, alacaklının muvafakati olmaksızın, işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları devreder, başkalarıyla değiştirir yahut aynî bir hakla takyit eder ya da alacaklıya zarar vermek kasdıyla tahrip veya yok ederse alacaklının sikayeti üzerine hapis ve ağır para cezasıyla cezalandırılır (TİK. m. 12/1). Ayrıca söz konusu Kanun'un 12/3 maddesinde alacaklının talebi üzerine hâkim, rehin verenin kusurunu dikkate alarak, rehinle temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminatın ödenmesine de karar verebilir. Aslında rehin verenin ödemek zorunda kalacağı munzam (ilave) tazminatın, rehin alacaklısının maruz kaldığı

³⁴⁸ Bu durum amaç bakımından Türk Borçlar Kanunu'ndaki ceza şartıyla (m. 179) karşılaştırılabilir. Cezaî şart, alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı vasıtasıdır .

³⁴⁹ Aslan bu durumu ceza tazminatı olarak nitelendirmektedir. Bkz. Aslan, a.g.e., s. 147.

³⁵⁰ Bu konuda bkz. Eren, a.g.e., s. 117, 118.

³⁵¹ Eren, a.g.e., s. 119.

³⁵² Hatemi, a.e., s. 68; Eren, a.g.e., s. 123.

³⁵³ Bkz. Karayalçın, a.g.e., s. 218-220; Sait Kemal Mimaroglu, *Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku*, Ankara 1978, s. 246, 247.

³⁵⁴ RG, 28.7.1971, S. 13909.

zararla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. İşte buradaki munzam tazminatında üç kat tazminat sisteminde olduğu gibi, bir tür kanundan doğan cezaî şart sayılması gerektiğini söyleyebiliriz³⁵⁵.

Üç kat tazminat esasının nasıl nitelendirileceği hususu, milletlerarası özel hukuk açısından da önem taşımaktadır. Zira üç kat tazminat yolunun ceza mahiyeti kabul edilirse, üç kat tazminata ilişkin mahkeme kararlarının tenfizinde güçlük çıkacaktır. Çünkü milletlerarası özel hukuk alanında ceza ilamlarının tenfizi mümkün değildir. Bilindiği gibi yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de icra olunabilmesi, bu davaların hukuk davalarına ilişkin olması şartına bağlıdır. Bu açıdan yabancı kararın hukuk, ceza veya idare mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerini konu edinen bir uyuşmazlıktan doğması gerekli ve yeterlidir³⁵⁶. Normal tazminat talebinden farklı olarak, genel kurallardan hareketle, üç kat tazminat talebi müstahdem ve işçilerin davranışlarından kaynaklanmakta ise istihdam eden TBK m. 66’teki kurtuluş beyyinesine³⁵⁷ dayanmak suretiyle (objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek) tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde kusuru ağır bulunan taraflar (TTK m. 56/1’den farklı olarak), hakim tarafından resen üç kat tazminat ödemeye mahkum edilemez. Üç kat tazminata karar verilebilmesi için zarar görenlerin talebi şarttır. Üç kat tazminata esas olacak zarar miktarı, ya uğranılan maddi zarar karşılığıdır ya da zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazançtır. Bu hallerden hangisi ispat edilebiliyorsa üç kat tazminatın hesaplanmasında bu miktar esas alınmalıdır.

2.5.2.2.4.2.Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Sadece "zarar görenler" in talebinden (RKHK.m. 58/2) bahseden Kanun’un, üç kat tazminat talebinde bulunacak kimseler arasında bir ayırım yapmadığı görülmektedir.

³⁵⁵ Ticarî işletme rehniyle ilgili munzam tazminat hakkındaki aynı düşünce için bkz. Arkan, a.e., s. 53, dpn. 3 (ve burada isaret edilen Kocayusufpaşaoğlu’nun konuşması).

³⁵⁶ MÖH-UK 34/2 maddesinde, yabancı mahkemelerden verilen ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümlerin tenfizi imkânı kabul edilmistir. Bkz. Aysel Çelikel, *Milletler Arası Özel Hukuk*, İstanbul 1992, s. 367; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1990, s. 460.

³⁵⁷ TBK m. 66’e göre istihdam eden, a) zararın meydana gelmemesi için bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya b) şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. Genis bilgi için bkz. Eren, a.g.e., s. 161 vd.; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul 1993,s. 503 vd.

Fakat bu sonucun, rekabet ihlallerinden etkilenen herkesi kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, hükmün (RKHK. m. 58/2) caydırma amacını aşacaktır..

Rekabet ihlallerinden başta rakip teşebbüsler olmak üzere, tüketiciler, ara teşebbüsler, zarara maruz kalan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri bütünüyle milli ekonominin etkileneceği düşünülürse, üç kat tazminat alacaklılarının sınırının daraltılması zorunluluğu ortaya çıkar. Bu yüzden üç kat tazminat talebinde bulunmaya yetkili olan kimseler, rekabet ihlallerinin doğrudan kendilerini hedef aldığı teşebbüs veya kişilerle sınırlandırılmalıdır. Örneğin yıkıcı fiyat uygulamalarında rakip teşebbüslerin, fiyat artışlarını konu edinen anlaşmalarda ise tüketicilerin bu faaliyetlerin muhatabı oldukları ve doğrudan zarar gördükleri sonucuna varılabilir. Fakat bu sınırın, yani rekabet ihlallerinin doğrudan muhataplarının belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Örneğin piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmalarda, bu bölgedeki tüketicilerin ve paylaşılmış piyasalara girmeleri engellenen rakip teşebbüslerin zarar görecekları muhakkaktır. Bu durumda rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan etkilenen kimselerin üç kat tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. İlave edelim ki bu sonuç kabul edilmediği takdirde, Kanun'un zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmış olması (RKHK.m. 58/2) şeklindeki ifadesi sebebiyle, diğer kimselere karşı (bunlar duruma göre tüketiciler, ara teşebbüsler, pay sahipleri, alacaklılar olabilir) özellikle kastın bulunmadığı iddiası ileri sürülebilecektir.

2.5.2.2.5.İspat Sorunu

Yasak faaliyetler sonucunda zarara maruz kaldığını iddia eden kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Fakat davacı uğradığı zarardan önce, Kanun'a aykırı bir davranışın varlığını ispat etmek zorundadır. Kanun ispat yüküyle ilgili özel bir düzenleme³⁵⁸ getirmekle birlikte, sözkonusu düzenleme, zararın değil yasak faaliyetlerin ispatına ilişkindir. Bu anlamda davacı, bir anlaşmanın varlığını veya (davalı) taraflar arasındaki teması (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketlere yön veren plan,

³⁵⁸ İspat yüküyle ilgili özel düzenleme (RKHK m. 59/1 ve uyumlu eylem karinesi hakkındaki m. 4/3), uyumlu eylemlerin ispatıyla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir (İnan, a.g.e., s. 72). Her ne kadar RKHK m. 59/1'in "anlaşmanın varlığı ya da ..." şeklindeki ifadesi duraksamaya yol açacak nitelikte olsa bile, ispat kolaylığı sağlayan hükümlerin (m. 59/1, m. 4/3) uyumlu eylemlere ilişkin olduğu hakkında şüpheye düşülmemelidir.

belge, tutanak düzenlemeleri) doğrudan ispat edemiyor fakat piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren birtakım emarelerin (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı, belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) varlığını gösterebiliyor veya bu olguları destekleyen delilleri ibraz edebiliyorsa, (davalı) teşebbüsler, aralarındaki paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler (RKHK.m. 59/1).

Zarar miktarının ispatına ilişkin özel bir kural bulunmadığına göre tazminat davalarındaki ispat yükümlülüğüne ilişkin genel kural burada da uygulanacaktır. Bu kuralda tüketici ve ara teşebbüsler, halihazırda ödedikleri bedel ile rekabet kısıtlanmadan önceki ödedikleri bedel arasındaki farkı ispat etmelidirler. Rakip teşebbüsler ise, elde edecekleri muhtemel kazancı geçmiş yıllara ait bilançolarına veya diğer delillere dayanmak suretiyle gösterebilmelidirler. Ayrıca üç kat tazminat şartlarının gerçekleştiği durumlarda mağdur teşebbüsler (veya tüketiciler) zarara sebep olan teşebbüslerin elde ettiği ya da elde etmeleri muhtemel olan kazancı göstermeye yarayacak her türlü delille ispat edebileceklerdir³⁵⁹.

2.5.2.2.6.Kanuna Aykırı Bir Davranışın Bulunması

Tazminat sorumluluğunun temel şartı Kanun'u ihlal eden faaliyetlerle tüketicilere veya teşebbüslere zarar verilmesidir. Bu doğrultuda sorumluluk için teşebbüsler arası işbirliği uygulamaları (RKHK.m. 4) veya hâkim durum uygulamaları (RKHK.m. 6) yahut birleşme ya da devir işlemi olarak nitelendirilebilecek herhangi bir yasak faaliyetin varlığı yeterlidir. Yasak faaliyetlerin varlığı RKHK m. 59 çerçevesinde her türlü delille ispat edilebilecektir.

2.5.2.2.7.İlliyet Bağı

Herhangi bir rekabet ihlalden dolayı tazminat talebinde bulunabilmek için mağdur teşebbüslerin (veya tüketicilerin) rekabet ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına ispat etmeleri şarttır. İşte tazminat talebinin haklılığı zararın, bahis konusu ihlal neticesinde meydana gelmiş olmasına bağlıdır. Fakat rekabet ihlali neticesinde doğan her türlü zarar değil ancak, genel hayat tecrübelerine, ticari hayatın

³⁵⁹ Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 147. Zararın gerçek miktarı ispat edilemediği takdirde hâkim halin mutad cereyanını ve zarara uğrayan kimsenin aldığı tedbirleri göz önünde tutarak adalete uygun bir miktara hükmeder. Bu durumda hâkim zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya araştırmakla yükümlüdür. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay a.e., s. 579 ve d.pn. 3'teki Yargıtay 15 HD'nin 21.4.1975 tarihli ve 2093/2228 sayılı karar.

olağan akışına göre beklenmesi mümkün zararların tazmini istenebilir. Burada özel olarak işaret edilmesi gereken husus, rekabet ihlallerine dayanan tazminat taleplerinde "uygun illiyet bağı" kriterinin bütünüyle hukuki değil ekonomik anlam ve niteliği ön plana çıkarılarak kullanılması gereğidir. Bu doğrultuda tazminatın kapsamına rekabet ihlalinin sadece doğrudan sonucu olan zararlar değil, sözkonusu ihlal nedeniyle meydana gelen diğer zararlar da bu kapsama girecektir. Örneğin aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüslerin satışlarının azalması sonucu, normal üretimden arta kalan mallar için depo veya bakım masrafları ödenmesi gibi³⁶⁰.

2.5.2.2.8.Kusurun Rolü

RKHK'un 57. maddesi, yasak faaliyetler kapsamına alınan davranışlarla (RKHK. m. 4, 6, 7) rekabeti kısıtlayanların sebep oldukları zararları tazminle yükümlü tutan bir kusursuz sorumluluk ilkesi³⁶¹ getirmiştir. Bu durumda rekabet ihlalinin tazminat borcu doğurabilmesi için yasak faaliyetleri icra eden teşebbüslerin kusurlu davranmış olmaları şart değildir³⁶². Zira Kanun'un hukuka aykırı olan eylem, karar veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan kimseleri bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur tutan hükmü (RKHK. m. 57) tarafların kusurlu olup olmamasını dikkate almamıştır. Böylece hukuk sistemimize, sebep sorumluluğu (objektif sorumluluk) halleri³⁶³ içine, yeni bir sorumluluk ilkesi daha girmiş olmaktadır. Tarafların kusuru, ancak kendi aralarındaki sorumluluk açısından (örneğin anlaşmanın

³⁶⁰ Uygun illiyet bağı konusunda geniş bilgi için bkz. Eren, a.g.e., s. 55 vd; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, a.e., s. 573 vd.

³⁶¹ Kusursuz sorumluluk için bkz. Zahir İmre, *Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler*, İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 404.

³⁶² "Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin sübjektif değerlendirmeler, aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, bu husus ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde gözönünde bulundurulmaktadır." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

³⁶³ Motorlu araç işletenin (KTK m. 85), çevreyi kirletenin (ÇK m. 28), bina veya diğer yapı maliklerinin (TBK m. 58), taşınmaz malikinin (TMK m. 656, 661), hayvan idare edenlerin (TBK m. 67), ev reisinin (TMK m. 320), başkasını çalıştıranların (istihdam eden) sorumluluğu (TBK m. 66), gibi haller başlıca kusur aranmayan sorumluluk halleridir. Bkz. Hatemi, a.e., s. 68-89; Karahasan, a.g.e., s. 471 vd; Oğuzman/Öz, a.e., s. 469 vd; Eren, a.g.e., s. 160 vd.

geçersizliğinde)³⁶⁴ önemli olabilir. Fakat üçüncü kişilere (rakip teşebbüsler, tüketiciler vs.) karşı sorumluluk bakımından hukuka aykırı faaliyetleri yürüten teşebbüslerin kusurlu olup olmamaları tazmin yükümlülüğüne etki etmez. Yasak faaliyetlerin icrasının, tüketici veya rakip teşebbüslerin (uygun illiyet bağı içerisinde) zarara maruz kalmalarına sebep olması tek ve yeterli şarttır. Fakat üç kat tazminat yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi, Kanun'u ihlalin, tarafların kastı veya ağır ihmali neticesinde gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır (RKHK. m. 58/2). Şu halde Kanun'un tazminat sorumluluğunda tarafların kusurunu, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir.

2.5.2.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tazminat davalarını konu edinen uyuşmazlıklar kural olarak, hukuk mahkemelerinin görev alanına girer³⁶⁵. Yetkili mahkemenin tayini ise taraflar arasındaki ilişkiye göre araştırılmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan ihtilaflar, anlaşmanın ifa yeri (TBK m. 89) mahkemesinde dava edilebilecektir (HMK m. 10)³⁶⁶. Üçüncü kişilerin (tüketiciler, rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler) açacağı dava, genel kural uyarınca davalının ikametgâhı mahkemesidir (HMK m. 6/1). Ayrıca yasak faaliyetlerin gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkilidir (HMK m. 16). Şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelendirilebilecek (boykot veya diğer ayırımçı muameleler)³⁶⁷ hallerde dava, süphesiz davacının ikametgâhı mahkemesinde de görülebilecektir (TMK. 24/a-4, 5). Yabancı teşebbüslerin taraf olduğu ve Türkiye'deki belirli bir bölge yahut yerdeki mal veya hizmet piyasalarını etkileyen ihlallerde, "etki" prensibinin (RKHK. m. 2) doğal bir sonucu olarak tazminat davaları, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin etkilerinin dogduğu yer mahkemelerinde açılacaktır³⁶⁸.

³⁶⁴ RKHK'na aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılan bir anlaşmaya, karşı tarafın kusuru ile katılan kimsenin (kendi kusuru bulunmamak şartıyla) menfi zararlarının tazmini gerekecektir. Bkz. "menfi zarar" başlıklı kısım.

³⁶⁵ Aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınmış olan teşebbüslere karşı yürütülen soruşturma sonucunda, masum oldukları sonucuna varılan teşebbüslerin, maruz kaldıkları zararın tazminine yönelik talepler, idare mahkemelerinin görev alanına girer.

³⁶⁶ Anlaşmadan doğan ihtilaflar içine, anlaşmanın varlığı veya yokluğu ya da feshine, ifası veya ifa edilmemesi yahut gereği gibi ifa edilmemesi gibi hallerin girdiği kabul edilebilir. Bkz. Saim Üstündag, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 1992 s. 214.

³⁶⁷ Tekinay, a.e., , s. 261-263.

³⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara 1997, s. 77 vd.

2.5.2.4.Tazminat Davasında Taraflar

2.5.2.4.1.Davacı

Tazminat davasında davacı, rekabeti kısıtlayan faaliyetlerden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Doğrudan zarara uğrayanların dava hakkında herhangi bir kuşku yoksa da yansıma yoluyla zarara uğrayanların (rakip teşebbüs ürünlerinin bakım hizmetlerini veya bu teşebbüslere hammadde, araç gereç temin eden teşebbüsler) uygun illiyet bağı içerisinde kalan zararlarının tazminini isteyebilme haklarında da tereddüt edilmemelidir. Topyekün piyasaları, rekabet şartlarının muhafazasını koruma amacını güden rekabet hukuku bakımından bu sonucun kabulü gerekir. Fakat yine yansıma yoluyla zarar görenler arasında kabul edilmesi gereken teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının maddi kayıplarının tespiti ve kişiselleştirilebilmesi hayli zordur.

Hukuka aykırı davranıştan zarar gören bir tüzel kişi ise, tazminat davası yetkili organ tarafından tüzel kişi adına açılır. Genel kurallardan hareketle rekabet ihlallerinden zarara uğrayan kimse, tazminat isteme hakkını (alacağını) başkasına temlik edebilir veya ölümü halinde tazminat hakkı mirasçılara geçer (TMK m. 24/a)³⁶⁹. Tazminat isteme hakkına bu yollarla sahip olan kimseler de dava açabileceklerdir³⁷⁰.

2.5.2.4.2.Davalı

Tazminat davası, rekabet ihlallerinin yol açtığı zararı tazminle yükümlü teşebbüslere karşı açılacaktır. Özellikle Kanun'un 4. maddesindeki ihlaller, iki veya daha fazla teşebbüsün varlığını gerektirdiğinden ve her bir teşebbüs müteselsilen sorumlu olduklarından dava, teşebbüslerden birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir. Bağlı teşebbüslerin sorumlu olduğu ihlallere karşı, dava ana teşebbüse veya yasak faaliyetlerdeki rolüne göre yavru teşebbüse karşı açılabilir.

³⁶⁹ Aslında nişanlanma faslında yer alan ve diğer manevi tazminat hallerinde de uygulanabilirliği kabul edilen TMK 85'e göre manevi tazminat davası mirasçıya intikal etmez. Ancak 1988 yılında Medeni Kanun'a 3444 sayılı Kanun ile eklenen TMK 24/ a'nın üçüncü fıkrası hükmüyle, manevi tazminat talebinin miras yoluyla intikal edeceği kuralı kabul edilmiştir. Bu durum doğal olarak doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bkz. Serozan Hatemi,*Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 63, 64; Kemal Oğuzman, Kemal, *İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, S. 9 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, *Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 60-63; Öztan, Bilge Öztan, Fırat Öztan, *İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a- III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu*, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 245 vd.

³⁷⁰ Oğuzman/Öz, a.e., s. 515; Karahasan, a.g.e, s. 1032, 1033.

2.5.2.5.Zamanaşımı Süresi

Tazminat sorumluluğu açısından Kanun, zamanaşımı süresiyle ilgili açık bir hükme yer vermemiştir. Bu durumda zamanaşımı süresi taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan (menfi) tazminat talebinde süre, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve geçersizlik halinin öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır³⁷¹.

Hukuka aykırı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüslerin (ara teşebbüslerin), tüketicilerin maruz kaldıkları zararların tazmini taleplerine ise, öz itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna³⁷² dayandığından, haksız fiil tazminatına ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Normal olarak yasak faaliyetler nedeniyle dava açma hakkı, mağdurun zararını ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüsleri öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 72/1). Zamanaşımı süresi zarar veya sorumlu teşebbüslerden hangisi daha sonra öğrenilirse bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Zarara uğrayan bir tüzel kişi teşebbüs ise, dava açmaya yetkili organın öğrenme tarihi esas alınır. Ayrıca zamanaşımı süresi her bir teşebbüs açısından kendisinin öğrenilme tarihinden başlar.

Zararın öğrenilmesi açısından önem taşıyan konu, zararın bütün ayrıntılarının değil; varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını, dava açabilmek için gerekli hususların öğrenilmesidir³⁷³. Şayet rekabeti kısıtlayan davranışlar süreklilik arz ediyorsa, sözkonusu davranışlar sona ermeden zamanaşımı süreleri de (iki ve on yıllık) işlemeye başlamaz. Benzer şekilde, hukuka aykırı davranışlar sürekli olmayıp aralıklarla tekrarlanıyorsa, her yasak davranışa ilişkin zarar açısından o zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar³⁷⁴.

Rekabet ihlali sebebiyle tazminat davası açabilme hakkı, nihayet yasak davranışların vuku bulduğu tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TBK m. 72/1). Bu süre içerisinde zarar veya sorumlu teşebbüsler öğrenilemediği için iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olsa dahi yasak faaliyetlerin icra edildiği

³⁷¹ Bkz. Oğuzman/Öz, a.e., s. 359, 360.

³⁷² Ayrıca bkz. İnan, a.g.e., s. 264.

³⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay a.e., s. 716 vd; Eren, a.g.e., s. 431 vd.

³⁷⁴ Bkz. Eren, a.g.e., s. 435.

tarihten itibaren on yıl geçmişse tazminat davası açma hakkı artık zamanaşımına uğramış olur. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde ise zamanaşımı süresi, TBK. 82/1'e göre, fakirleşen tarafın, iadeyi isteyebilme hakkını öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde iadeyi isteme hakkının doğumundan itibaren on yıl geçmekle sona ermiş olur³⁷⁵.

2.5.3.Para Cezaları

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden arındırılmış bir piyasa düzeni oluşturulması hedefi her şeyden önce caydırıcı niteliği bulunan bir yaptırım sisteminin varlığını zorunlu kılar. Bütünüyle yaptırım gücünden yoksun ya da caydırıcı niteliği bulunmayan bir sistem içerisinde rekabet ihlalleriyle başarılı bir şekilde mücadele edebilmek mümkün değildir.³⁷⁶

Rekabet, hukuk sistemlerinin tümünde olduğu gibi, RKHK'da da, rekabet yasalarına aykırı eylem ve işlemleri temel olarak idari yaptırımlara tabi kılmış ve bu yaptırımların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, geniş yetkilere sahip olan mali ve idari özerkliğe haiz Kurum'u münhasır olarak görevlendirmiştir.³⁷⁷

RKHK'da öngörülen, idari yaptırımlar incelendiğinde, bunların iki farklı kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Birbirleriyle eş zamanlı olarak tatbik edilmesi mümkün olan bu yaptırımlardan ilki, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar diğeri ise, idari nitelikli para cezalarıdır.³⁷⁸ İlk kategori içerisindeki kararlar rekabetin yeniden tesis edilmesi ve ihlalden önceki durumun korunmasını sağlamak amacıyla, teşebbüslere belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu davranış yükümlülüğü, genellikle müspet olmakla birlikte, menfi yani kaçınma şeklinde de olabilir. Kanun, teşebbüslerin bu türde, bir karara aykırı davranması ya da kararın gereğini yerine getirmemesi halinde ise, kararın cebren icra edilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer vermemiş, buna karşılık teşebbüslerin bu kararlara uymalarını sağlamak üzere, Kurul'a "sürelî para cezaları" tatbik etme

³⁷⁵ Geniş bilgi için bkz. Öz, a.e., 177, 178; Tunçomag, a.e., s. 656 vd.

³⁷⁶ Topçuoğlu, a.e., s. 271.

³⁷⁷ Şanlı, a.e., s. 385.

³⁷⁸ Danıştay, bu iki yaptırıma karşı ayrı ayrı dava açılması halinde, "aynı maddi veya hukuki sebepten doğduğu anlaşılan davalar arasında bağlantı" bulunduğu gerekçesiyle davaların birleştirilmesine karar vermektedir. D.10.D., 18.1.2002 tarih ve E.2000/4437, K.2002/70 sayılı birleştirme ve bağlantı kararı.

olanağı tanımıştır (m. 17).³⁷⁹ Bu itibarla, RKHK’u, yasak faaliyetler gerçekleştiren teşebbüslere karşı “kapatma”, “faaliyetten men”, “fesih” gibi cezalar öngörmemiş, sadece “para cezası” ile yetinmiştir. Ayrıca, RKHK’da Kurul kararlarının yerine getirilmesine hizmet edecek adli ve inzibati tedbirlere de yer verilmemiştir.³⁸⁰

RKHK’da öngörülen idari para cezalarını “konu” ve “nitelik” açısından iki farklı kategoride incelemek mümkündür. Konu açısından, idari para cezaları, ihlal edilen kuralın mahiyetine göre, “usul” veya “esasa” ilişkin olarak ikiye ayrılabilir. RKHK sadece rekabet yasaklarının ihlalini değil, bildirimde bulunulmama, yanlış ve yanıltıcı bildirim, bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi gibi usul (düzen) kurallarına aykırı davranışları da idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur. Buna karşılık usuli nitelikteki para cezalarının koruduğu menfaatin niteliği dikkate alınarak, bu tür cezalar RKHK’da sabit ve nispeten düşük bir miktar olarak öngörülmüş ve bu hususta Kurul’a herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır.³⁸¹

Nitelik açısında para cezalarını “sürelî” ve “ani” olmak üzere ikiye ayırarak inceleyenler de vardır. Ani para cezaları, esas amacı cezalandırma ve caydırma olan klasik anlamdaki idari cezalardır. Bunlar belirli bir davranışın ortaya çıkması halinde uygulanır ve uygulanmakla sona erer. RKHK’da öngörülen, idari para cezalarının büyük bir kısmı bu niteliği haizdir. Sürelî para cezaları ise Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararın, gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak üzere, kararda belirtilen hususların yerine getirilmediği her gün için ayrı ayrı tatbik edilen para cezalarıdır.³⁸²

Diğer yandan RKHK’da öngörülen idari para cezaları, AİHM içtihatlarında ortaya konulan ilkelere uygun yaptırım olma özelliğine sahip bulunduğu savunulmuştur. Zira bir yandan titiz bir şekilde delillerin toplanması ve bunların savunma hakkına da uyularak Kurul’ca değerlendirilmesi ve böylece verilecek kararlara göre para cezası verilen hallerde bu kararlara karşı yargı yolunun açık olması bu düşüncüyü

³⁷⁹ Şanlı, a.e., s. 385.

³⁸⁰ Topçuoğlu, a.e., s. 88-112.

³⁸¹ Şanlı, a.e., s. 385.

³⁸² Şanlı, a.e., s. 386.

doğrulamaktadır.³⁸³ Danıştay bir kararında, Kurul'un bu düşünceye uygun olarak karar verdiğini belirtmiştir. Davacıya Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezasını bu bakımdan inceleyen Danıştay kararında, “Davacı, Avrupa Birliği Komisyonu uygulamaları ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihadlarına aykırı karar verildiğini ileri sürmekte ise de ceza takdirinde kullanılan ölçütlerin, AB Komisyonu uygulamalarına ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı İçtihatlarına ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Para Cezalarının Uygulanması Hakkında Rehberle getirilen ölçütlere de uygun olduğu görülmektedir” gerekçelerine yer vermiştir.³⁸⁴

Ayrıca, RKHK rekabet ihlalinde bulunanların subjektif durumu ile ilgilenmemektedir. Önemli olan söz konusu anlaşmanın amacının veya etkilerinin rekabeti sınırlayıcı olması ya da ileride sınırlayabilme ihtimalinin olmasıdır. Bu nedenle Kanunda rekabet ihlaline katılan işletmelerin kusur ve kasıtlarının varlığı gerekli değildir.³⁸⁵ Ancak kusurun derecesi (kasıt veya ihmal), teşebbüslerin piyasa gücü ve zararın ağırlığı gibi unsurlar, tatbik edilecek cezaların miktarında farklılığa yol açar (m. 16/4). Başka bir anlatımla kusur, sadece para cezasının tutarı belirlenirken göz önünde tutulmaktadır. Buna karşın, RKHK'nun 57. ve 58. maddeleri uyarınca, tazminata hükmedilebilmesi için kusurun varlığının gerekli olduğu söylenebilir.³⁸⁶

Öte yandan, RKHK'da idari para cezaları bakımından “ölçülülük ilkesi” de benimsenmiştir.³⁸⁷ Zira ceza kararlarında “kastın varlığı ve kusurun ağırlığı” değerlendirilmesine yer verildiğinden, bu husus suç ile ceza arasındaki dengenin oluşturulması amacıyla önem kazanmaktadır.³⁸⁸

Bu itibarla, para cezasının miktarının belirlenmesi Kurul'un takdirinde bulunmaktadır. Buna göre, Kurul kastın varlığı, kusurun ağırlığı, teşebbüslerin gücü ve ortaya çıkabilecek zararın ağırlığını dikkate alarak bu takdir yetkisini kullanır (m.16/4).

³⁸³ Durmuş Tezcan, *Haksız Rekabeti (Veya Rekabete Aykırı Davranışları) Önlemede İdari Cezalar*, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Yıl: 2, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 32.

³⁸⁴ D.10.D., 18.11.2003 tarih ve E.2001/1441, K.2003/4468 sayılı kararı.

³⁸⁵ Yılmaz Aslan, *Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler*, Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 336. s. 34.

³⁸⁶ Nurkut İnan, *Rekabet Hukuku Uygulanmasında Adliye Mahkemelerinin Rolü*, Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, C: 1, s. 599.

³⁸⁷ Akyılmaz, a.e., s. 129.

³⁸⁸ Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, s. 62.

Ancak teşebbüslerin gücünün neden şiddet sebebi olarak kabul edildiği belli değildir. Gerçekten Kurul aynı nitelikte ve aynı ölçüde rekabeti kısıtlayıcı iki uygulamadan birine sadece katılan teşebbüsler daha güçlü gerekçesiyle daha fazla para cezası verebilecektir. Bunun hakkaniyet ve adalet anlayışına uygun olmadığı savunulmuştur. Para cezasının miktarı teşebbüslerin gücüne göre değil, rekabet üzerinde yarattıkları sınırlayıcı etkinin büyüklüğüne göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁸⁹

RKHK'da idari para cezaları, maktu, nisbi ve süreli para cezaları olarak belirlenmiş olup, Kurul'un 16. maddede sayılan ihlallerin varlığını saptaması durumunda ceza vermeme gibi bir yetkisi ve takdiri söz konusu değildir. Sadece 16. maddenin 4. fıkrasındaki öğeleri dikkate alarak ceza miktarının belirlenmesinde takdir hakkını kullanabilir.³⁹⁰

Ancak, Kurul RKHK'na aykırı bir durumun varlığını tespit etmiş almasına rağmen, bazen buna para cezası uygulamadığı görülmektedir. Bunun gerekçesi ise rekabeti sınırlayıcı etkilerin ortaya çıkmamış olmasıdır. Kurul'un 4. maddeye aykırılık nedeniyle yasaklama kararı verdiği her olayda para cezası uygulamak zorunda değildir. Gerçekten amacı rekabeti sınırlayıcı olduğundan ya da potansiyel rekabeti sınırlayıcı olan fakat rekabeti sınırlayıcı fiili etkiler doğurmamış olan bir anlaşmaya para cezası verilmemesi gerekir. 16. maddenin 4. fıkrasının, 1. fıkrası ile birlikte okunduğunda, ortada herhangi bir zarar (fiili rekabet ihlali) olmayan hallerde para cezası uygulanmayabileceği sonucuna ulaşmak mümkün bulunmaktadır.³⁹¹ Nitekim Danıştay, 16. maddenin 2. fıkrasıyla ilgili olarak anlaşmaya para cezası uygulanabilmesi için rekabet ihlalinin açık olması gerektiğini belirtmektedir.³⁹²

Bunların dışında idari para cezalarının tümünde görülen ortak bir özellik, bu cezaların RKHK'a aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı tatbik edilmesi, bir başka anlatımla, rekabete aykırı bir eylem veya işleme birden fazla teşebbüsün taraf olması halinde, bunların tümüne tek bir para cezası tatbik edilmemesi ve bu

³⁸⁹ Aslan, a.g.e., , s. 370; Danıştay Yazar'ın eleştirdiği 16. maddenin 4. fıkrasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bkz: D.10.D., 28.11.2002 tarih ve E.2000/6064, K.2002/4541 sayılı kararı.

³⁹⁰ Cantürk, a.g.e., , s. 39.

³⁹¹ Aslan, a.g.e., s. 36.

³⁹² D.10.D., 6.3.2003, E.2001/777, K.2003/760; 15.5.2003, E.2001/656, K.2003/1774; 5.6.2003, E.2001/871, K.2003/2267.

teşebbüslerin Kurul'un takdiri çerçevesinde, birbirlerinden bağımsız olarak cezaya muhatap olmasıdır.³⁹³

³⁹³ Şanlı, a.e., s. 386.

SONUÇ

Öncelikle belirtmek gerekir ki Rekabet Hukuku'nun en tartışmalı konularından biri ortak girişim sözleşmeleridir. Ortak girişim kavramı iki veya daha fazla kişinin belirli bir iktisadi amaç için oluşturdukları birliği ifade etmek amacıyla kullanılan, çok geniş anlamlar ifade eden iktisadi bir kavramdır. Bir çeşit ortaklık olmasına rağmen hiçbir hukuk sisteminde düzenlenen belli bir ortaklık normuna tam olarak uymamaktadır. Tüm ortak girişimleri içine alacak kapsayıcı bir hukuki kavram bulunmamaktadır. Yapılan çeşitli tanımlardan yola çıkarak hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, aralarında birlik meydana getirecek şekilde, belli bir ortak amaca ulaşmak ve kar elde etmek için oluşturdukları ve birlikte yönettikleri, tüzel kişiliği olan ya da olmayan bir ortaklıktır. Bu ortaklığın türü ne olursa olsun bir sözleşmeye dayanır.

Türk Hukuku'nda doğrudan düzenlememiş olmakla birlikte dolaylı olarak çeşitli kanun hükümlerinde yer almaktadır. Ortak girişim kavramı, Kurumlar Vergisi Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve 4054 sayılı RKHK'ya dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de yer almaktadır. Söz konusu kanunlarda ve Tebliğ'de ortak girişimin bazı kanunlarla ilgisi incelenmiş fakat esas bakımından herhangi bir inceleme yapılmamıştır.

Ortak girişim, TTK'da sayılan, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi şeklinde kurulabileceği gibi bu şekilde kurulmamasında ise Türk Borçlar Kanunu 620/2 maddesinde belirtilen adi ortaklık şeklinde, tüzel kişiliğe sahip olmadan da kurulabilmesi mümkündür. Tüzel kişiliğe sahip olmadan kurulduğunda TBK. 620 ve devamı maddelerindeki hükümler uygulanacaktır. Bu yüzden de tüzel kişiliği olmadan kurulduğunda Türk Borçlar Kanunu, tüzel kişiliği olduğunda da Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 2. maddesiyle kapsamını; “mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsü aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalarla piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını ve rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmaları gibi her türlü hukuki işlem ve davranışlar” olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir.

RKHK. 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları, 6. maddesinde teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları ve 7. maddesinde ise hâkim durum yaratmak için veya hakim durumu güçlendirmek için yapılan birleşme devralmalardan bahsetmiştir. İnceleme konumuz olan ortak girişimleri ise rekabeti sınırlayıcı anlaşma kabul edilerek 4. madde kapsamında değerlendirmek mümkün olacaktır. RKHK.’un 7. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Rekabet Kurulu hangi tür birleşme veya devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bunların Kurul’a bildirilmesi usul ve esaslarını düzenleyen Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği’i kabul ederek yayımlamış³⁹⁴ ve 1997/1 sayılı Tebliğ, 04.Kasım 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ yürürlük tarihi 01.Ocak 2011 olan 2010/4 sayılı Tebliğ³⁹⁵ ile yeniden düzenlenmiştir. 30 Eylül 2011 tarihinde ise 2010/4 sayılı Tebliğ’de değişiklik yapılmasına dair Tebliğ olan 2012/3 Tebliğ’i³⁹⁶ yayımlanmış ve 01.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2012/3 Tebliğ’i ile 2010/4 sayılı Tebliğ’in 7. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

RKHK’da, bir ortak girişim sözleşmesinin 4. madde kapsamına alınabilmesi için; en az iki teşebbüs tarafından ortak kontrol edilmesine rağmen ortak girişimin onlardan bağımsız şekilde devam etmesi ve bunun için yeterli beşeri ve ekonomik

³⁹⁴ Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:12.08.1997 tarih ve 23078 sayı.

³⁹⁵ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Resmi Gazete:07.10.2010 tarih ve 27722 sayı.

³⁹⁶ 2012/3 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)’De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Resmi Gazete:30.09.2011 tarih ve 28070 sayı.

kaynağa sahip olması gerekmektedir. Bağımsız bir şekilde kontrol edilerek faaliyetleri sırasında da rekabeti sınırlayıcı bozucu etkilerinin olması gerekmektedir.

Ortak girişimin bulunduğu pazarda faaliyetlerine devam eden bir tek ana teşebbüs varsa 4. madde kapsamında yer almayacaktır. Bu durum yoğunlaşma olarak kabul edilmekte ve 7. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Hemen her konuda, çok çeşitli ve geniş bir alanda görülebilen ortak girişim sözleşmeleri her zaman rekabeti sınırlayacak şekilde karşımıza çıkmamaktadır. Ayrıca rekabeti sınırlayanları ise her zaman olumsuz etkiler doğurmamaktadır. Rekabeti sınırladığı anlarda bile ekonomiye katkıda bulunmak, üretim, dağıtım, teknolojiye ilerleme sağlamak gibi olumlu etkileri görülmektedir. Bu gibi olumlu etkilerinin varlığı sırasında rekabetin ortadan kalkmadığı, tüketicinin fayda sağladığı ve bu fayda için rekabet sınırının aşılması gerektiği gibi durumlarının da göz önünde bulundurularak 4. madde kapsamında değerlendirmek pek de adil olmayacaktır. Bu durum RKHK. 5. maddesine yansımış ve 4. madde kapsamından muaf tutulma halleri ele alınmıştır.

RKHK. 5. maddesinde ise bireysel muafiyet yanında, son fıkrasında belirli konularda grup olarak muafiyet sağlanabilecek sözleşmeler ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarılabileceğinden bahsetmektedir. Dolayısıyla bireysel ya da grup muafiyetleri kapsamında ortak girişimlerin muaf tutulması mümkün olacaktır.

Ortak girişim sözleşmeleri bazı hallerde ekonomik yoğunlaşma doğurucu olarak kabul edilir ve 7, 10, 11. maddeler çerçevesinde değerlendirilir. Bunun için ise; ortak girişim en az iki işletme tarafından kontrol edilmesi, ana şirketlerden ayrı bir varlık olarak devamını sağlayacak yeterli iş gücüne ve malvarlığına sahip olması ve taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkinin olmaması gerekmektedir. Eğer ortak girişim ana şirketler arasında rekabeti sınırlayıcı bir sonuç doğuruyorsa bu durumda 4. ve 5. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Ortak girişimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri ise; potansiyel rekabetin ortadan kalkması, işbirliği doğurucu etkileri şebeke etkisi, pazarların üçüncü taraflara kapatılma riski ve pazar gücü olarak görülebilmektedir.

Potansiyel rekabetin ortadan kalkması, ana teşebbüsler, ortak girişim kurduktan sonra birbirleriyle ya da ortak girişimle rekabet etmekten kaçınabilecekleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kurucuların ortak kontrolünde bulunan girişim taraflara karşılıklı

faydalar sağlayacaktır. Birbirlerinin pazarlarına girseler bile aralarındaki rekabetin azalması durumu söz konusu olabilmektedir. Bu da birbirlerine karşı rekabet etmekten kaçınmalarının sebebi olarak gözükmektedir.

Ana teşebbüslerin tek başlarına ya da üçüncü taraflarla anlaşmaları sonucu fiyatları, rekabet etmenin mümkün olmayacağı bir seviyeye yükseltmek veya rakipleri dışlamak için güce sahip olmalarına sebep olan işbirlikleri yapmaları mümkündür. Ortak girişimin ve taraflarının faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında benzer ürünlerin olması veya her ne kadar farklı ürünleri olsada eğer aynı ya da komşu pazarda faaliyet gösteriyorlarsa işbirliğinin doğması muhtemeldir.

Yüksek pazar gücüne sahip olan ve aynı zamanda ana teşebbüse rakip olan bir ortak girişimin yönetiminde ana teşebbüsün temsil edilmesi, şebeke etkisi hususunda, rekabeti olumsuz etkileyebilecek risklerin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Ana teşebbüsler tarafından kurulan bir ortak girişim, faaliyette bulunduğu pazarın yapısının değişmesine yol açacak şekilde ilgili pazarda üçüncü taraf konumundaki firmaların rekabet etmesini zorlaştıran bir durumun ortaya çıkmasına sebep olabilir. Rekabet etmenin zorlaştığı bir pazarda da teşebbüslerin rekabet etmekten vazgeçme ihtimali pazarın kapatılma riskini ortaya çıkaracaktır.

Ortak girişimlerin üretimi azaltarak fiyatları yükseltmeleri ve yüksek karlara ulaşmaları pazar gücünü artıracaktır. Bu da kalitenin düşmesi, yeniliklerin azalmasına sebep olacaktır.

Ortak girişimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri karşısında Rekabet Kurulu kendisine tanınan yetkileri kullanarak bazı kararlar verecek ve bunların sonucunda ortak girişimlere bazı hukuki ve cezai yaptırımlar uygulayacaktır. Uygulayabileceği hukuki yaptırımlar RKHK.'un Beşinci Kısımında düzenlenen 56. maddede geçersizlik, 57. maddede tazminat, cezai yaptırımlar ise Üçüncü Bölümde 16. ve 17. maddelerde para cezaları olarak düzenlemiştir.

KAYNAKÇA

- [1] AKYOL, Şener, (1997), Know-How Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C.:II, İstanbul.
- [2] AKINCI, A., (2001), Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara.
- [3] AKINCI, Ateş, (1988), Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- [4] AKINCI, Ateş, (1996), "Rekabetin Korunması Hakkında Üzerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara.
- [5] AKINCI, Ateş, (1993), "Rekabet Kurulu Teşkilatı", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul.
- [6] AKÜNAL, Teoman, (1977), Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul.
- [7] ALTUĞ, O., (1986), Holding Şirketlerde Muhasebe Düzeni, Fatih Yayınevi, İstanbul.
- [8] ANSAY T., (1967) Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara.
- [9] AREEDA, (1986), Antitrust Law, c. VII., Boston.
- [10] ARKAN, Sabiha, (1999), Ticari İşletme Hukuku, Ankara.
- [11] ARSLAN, İbrahim, (1996), Şirketler Hukuku Bilgisi, Mimoza Yayınları, Konya.
- [12] ARSLANLI, Halil, (1959), Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul.
- [13] ARPACI, T., Y. AYHAN, E.BÖGE, D. TUNCER, ve M. ÜNER (1994), Pazarlama, İkinci Baskı, Gazi Yayınları, Ankara

- [14] ASLAN, İ. Y., (1997), Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa.
- [15] ASLAN, İ. Y., (1998), “Rekabet Kurulunun Yetkileri ve Usul Hükümleri”, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Bodrum.
- [16] ASLAN, İ. Yılmaz, (1992), Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara.
- [17] ASLAN, İ. Yılmaz, (1999), Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.
- [18] ASLAN, İ. Yılmaz, “Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, C. I, S. 2.
- [19] ASLAN, İ. Yılmaz, (1999), “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara
- [20] ASLAN, İ. Y. (2001), Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Genişletilmiş 2. Basım, İstanbul.
- [21] ASLAN, Y. (1992), Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cebeci, Ankara .
- [22] ASLAN, Y. (1997), Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.
- [23] AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara.
- [24] AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, (1996), "AB Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış ve Gümrük birliği Çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara.
- [25] AYDEMİR, Şinasi, (1991), "Konsorsiyum Nedir", Vergi Dünyası, Aralık.
- [26] AYHAN, Rıza, (1992), Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ankara.
- [27] BADUR, Emel, (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- [28] BAHSI, C. Gökhan, (1984), "Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Kapsamında 'Joint Ventures' Ortak Yatırımlar" İstanbul Sanayi Odası Dergisi, İstanbul.
- [29] BAPTİSTA, L. O., DURAND BARTHEZ, P., (1986) Les Associations d'Entreprises (Joint Venture) dans le Commerce International, Paris.

- [30] BARLAS, N., (1998), Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul.
- [31] BASARTAN, Nesrin, İşletme Birleşmelerinde Joint Venture, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, İşletme Ana Bilim Dalı, Ankara 1994.
- [32] BASPINAR, Veysel, (1998), Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara.
- [33] BAYKAN, Renan, (1996), Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul.
- [34] BAYKAN, R., (1995), Rekabet Kanunu Üzerine Düşünceler (IV), İstanbul (10 Mart)
- [35] BAEL, I. V. ve J. F. BELLIS (1994), Competition Law of the European Community, Third Edition, CCH Europe.
- [36] BEAMISH, Paul W., Killing J. Peter; İnternatinal Management;Richard D ırvin Inc.; Boston, 1994;S. 85-89
- [37] Black's Law Dictionary. S.T. Paul, Minn. West Publishing Co., 1990
- [38] BUDAK, Ali Cem, (1993), "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul.
- [39] Case Europemballage Corporatin and Continental Can Company v Commission (1973) ECR 215.
(<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:EN:HTL>)
- [40] ÇELİKEL, Aysel, (1990), Yabancılar Hukuku, İstanbul.
- [41] ÇELİKEL, Aysel, (1992), Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul.
- [42] DAYINLARLI, Kemal , (1989),Joint Venture Sözleşmesi, Ankara.
- [43] DEREKOY, Ahmet Hamdi, (1994), Çokuluslu İşletmeler, Joint Venture Uygulamaları ve Türkiye örneği, , HDTM araştırma-incelemesi.
- [44] DODINI, M. (1998), “The Economics of Joint Ventures and Impact of EC Competition Policy” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College of Europe, Bruges.
- [45] ENGEL, P., (2000) Contrat de Droit Suisse, Berne.
- [46] EREN, Fikret: İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-işletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer Ankara 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.45-58.

- [47] EREN, Fikret, (1994), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, II, III, İstanbul.
- [48] ESİN, Arif, (1998), Rekabet Hukuku, İstanbul.
- [49] ESİN Arif, (1999), "Rekabet Hukukunda Anlaşmaların Butlan Kılınması Meselesi", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara.
- [50] FAULL, J. ve A. NIKPAY (1999), The EC Law of Competition, First Edition, Oxford University Press, Oxford.
- [51] FÜRTÜN H., (1996), İş Ortaklıklarının vergilendirilmesive Türk Vergi Sistemi Açısından Bir İnceleme, (Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi) Ankara.
- [52] GÜRZUMAR, Osman, (1999), "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara,
- [53] GÜVEN Pelin; (2005), Rekabet Hukuku , Ankara.
- [54] HATEMİ, Hüseyin, (1994), Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul.
- [55] HATEMİ/SEROZAN, (1993), Aile Hukuku, İstanbul.
- [56] HAYEK, (1973), The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It and Will It Be Run? Business Strategy, Ansoff edition, Middlesex.
- [57] HEWITT, I. (1997), *Joint Ventures*, First Edition, Sweet&Maxwell, London
- [58] HORTEN ,M. R., Sarrailhe,Ph., (1994), Les Joint Ventures Franco-Americaines, Bruxelles.
- [59] İMRE, Zahit, (1973), "Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karsısında Durumu", Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara .
- [60] İMRE, Zahit, (1982), "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul
- [61] İMREGÜN, Oğuz, (1995), Ticaret hukukunun Genel Esasları, İstanbul,
- [62] İMREGUN, Oğuz, (1968), Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul,
- [63] İNAN, Ali Naim, (1979), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.

- [64] İNAN, Nurkut, (1998), "Maddi Hukuk Açısından Türk Rekabet Yasası", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını
- [65] İNAN, Nurkut, (1999), "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.
- [66] İNAN, N., (2002), "Rekabet Hukuku Uygulanmasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, C: 1,.
- [67] İNECİ, Barbaros, (1986), Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures), YKV yayını, No: 56, İstanbul
- [68] KALPSÜZ, T., (1972), Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan'dan ayrı bası, Ankara. (Rekabet Yasağı)
- [69] KALPSÜZ, T., (1962), Adi Şirket Türk Hukuk Ansiklopedisi, Cilt I, Ankara (Adi Şirket)
- [70] KARAHAN, Sami, (1998), Ticari İşletme Hukuku, Konya.
- [71] KARAHASAN, Mustafa Reşit, (1992), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul.
- [72] KARAHASAN, Mustafa Reşit, (1996), Tazminat Hukuku, İstanbul.
- [73] KARAHASAN, Mustafa Reşit, (1996), Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İstanbul.
- [74] KARAYALÇIN, Yasar, (1968), Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara.
- [75] KARAYALÇIN, Yasar, (1975), Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara.
- [76] KARAYALÇIN, Yasar, (1988), Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, Ankara.
- [77] KARAYALCIN, Yaşar, (1973), Şirketler Hukuku II,2. Baskı, Ankara.
- [78] KAPLAN, İbrahim, (2007), İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, B.2, Ankara (Joint Venture).
- [79] KAPLAN, İbrahim, (1994), Müşterek İş Ortaklığı, Ankara
- [80] KAYIHAN, L., (2001), "Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesi", (Yayımlanmamış Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi), Ankara.

- [81] KOCA, Serpil, (1978), “İş Ortaklıklarının Çalışması ve Benzer Şirket Birleşmelerinden Farkları”, Vergi Sorunları Dergisi.
- [82] KURU, Baki, (2001), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara C. I 1979,,C.II 1980, C. III1982, C.IV 1984, C. V 1986, C. VI, 6. Bası, İstanbul.
- [83] KURU, Baki, (2001), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara C. I 1979,,C.II 1980, C. III1982, C.IV 1984, C. V 1986, C. VI, 6. Bası, İstanbul.
- [84] KURU, Baki, (1990), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 2, 3, 4, İstanbul.
- [85] MİMAROĞLU, Sait Kemal, (1978), Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, Ankara.
- [86] MUCUK, İsmet, (2003), Modern İşletmecilik, Türkmen Kitabevi, İstanbul.
- [87] NOMER, Ergin, (1990), Devletler Hususi Hukuku, İstanbul
- [88] NOMER, Ergin, (1965), Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı,Tahkim,IV. Ticaret ve Banka Hukuku Hsftası, Ankara.
- [89] OGUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994.
- [90] OGUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, (1995), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [91] OGUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, (1997), Eşya Hukuku, İstanbul.
- [92] OGUZMAN, Kemal, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, 7-54.
- [93] OKUTAN, Gül, (TEKİNALP / TEKİNALP), (1997), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul
- [94] ÖRÜCÜ, Edip, (2003),Modern İşletmecilik, Gazi Kitabevi, Ankara.
- [95] ÖZ, G., (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- [96] ÖZ, Turgut, (1990), Sebepsiz zenginleşme, İstanbul.
- [97] ÖZALP, İnan-SALDIRANER, Yıldırım-DEREKOY, Ahmet Hamdi, (1990), "Çokuluslu İşletmelerin Geleceğinde Bir Çözüm Olarak Joint Venture" Prof. Dr. İlhan Cemalcılar’ın Hatırasına Armağan, Eskişehir.

- [98] ÖZKAN, Gürsel, (1998), "İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına ilişkin Düzenlemeler", Gazi Ün. Hukuk Fak. Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1-2.
- [99] ÖZKAN, Gürsel, (1998), "İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari İlkeleri" İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler 17-18 OcakAnkara.
- [100] ÖZTAN, Bilge, ÖZTAN, Fırat, (1991), "İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a-III'üncü Maddesi Karsısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya.
- [101] ÖZTÜRK, P. (2001), Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, Beta Basım, İstanbul
- [102] PINAR, Hamdi, (2005), "Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye" , İstanbul.
- [103] POROY, Reha, (1974), "Çok Uluslu Ortaklıklarla İlgili Hukuki Sorunlar", Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul
- [104] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, (1997), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul.
- [105] SANLI, K.C. , (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- [106] SEYİDOĞLU, Halil, (1992), Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara.
- [107] SOYER, Polat, (1994), Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara
- [108] SUNGURBEY, İsmet, (1971), Medeni Hukuk Eleştirileri, Üçüncü Cilt, İstanbul.
- [109] ŞİMŞEK, M. Şerif, (1999), İşletme Bilimine Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara,
- [110] TANDOĞAN, Haluk, (1986), "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)" Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan, Batider C.:XII, Aralık S.4
- [111] TASLACIOĞLU, İlker, (1999), "Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture'ların Vergilendirilmesi" Maliye Dergisi, Ağustos, S. 131
- [112] TASPINAR, Sema, (1996), "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 45, S. 1-4.

- [113] TENKER, N., (1970), Türkiye’de Holdingler ve Vergi Muhasebesi Açısından İncelenmesi, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara.
- [114] TEKDEMİR, Y., (2001), “AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Yapma Serbestisi”, (Yayımlanmamış Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi), Nisan, Ankara
- [115] TEKİL, Fahiman, (1981), Borçlar Hukuku, İstanbul.
- [116] TEKİNALP, Gülören-TEKİNALP, Ünal, (1989), "Joint Venture" Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara
- [117] TEKİNALP, Gülören, (1995), "Uyumlu Eylemler" Kavramı, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul.
- [118] TEKİNALP/TEKİNALP, (1997), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul.
- [119] TEKİNAY, Selahattin Sulhi, (1990), “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, Prof. Dr. Haluk Tandogan’ın Hatırasına Armağan, Ankara
- [120] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay, (1993), Borçlar Hukuku, İstanbul
- [121] TİRYAKIOĞLU, Bilgin, (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara.
- [122] TOPÇUOĞLU, Metin, (1999), Türk rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu’nun AB ve AB’ye Üye Ülkelerle Mukayesesi Toplantı ve Paneli, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- [123] TOPÇUOĞLU, Metin, (1998), Çevre Hakkı ve Yargı, Özel Teşebbüs Hürriyeti Açısından Çevre Hakkı ve Yargısal Korunma, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara.
- [124] TOPÇUOĞLU, Metin, (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.
- [125] TUNÇOMAG, Kenan, (1976), Borçlar Hukuku Cilt: I, Genel Hükümler, İstanbul.
- [126] TÜRK, Hikmet Sami, (1985), "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", BATİDER, C.XII, S.2.
- [127] TÜRK, H. S. , (1986), Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara.
- [128] UMAR, Bilge, YILMAZ, Ejder, (1980), İspat Yükü, İstanbul.

- [129] ULUSAN, İlhan, (1984), İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul.
- [130] ÜSTÜNDAG, Saim, (1992), Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul
- [131] YALÇIN, A., (1996), Ortak Girişimler (Joint Ventures) ve Türkiye'deki Ortak Girişimlerde Karşılaşılan Yönetim Sorunlarının Tespit ve Çözümüne İlişkin Bir Araştırma, Adana (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- [132] YANIK, Mehmet, (2003), Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yolu İle Pazara Giriş Engelleri, Ankara.
- [133] YILMAZ, Cahit, (1993), "Joint Venture (Ortak Girişim)" Kalkınma Dergisi;, S.43.
- [134] YILMAZ, Ejder, (1999), "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara.
- [135] YILMAZ, E., (1996), Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş B.5, Ankara.(Hukuk Sözlüğü)
- [136] YILMAZ, L., (1993), Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmut R. Belik'e Armağan İstanbul, s.475491.
- [137] YONGALIK,A., (1991), Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara.
- [138] ZEVKLİLER, Aydın, AYDOĞDU, Murat, PETEK, Hasan, Zevkliler (1998), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Demirtaş Nermin
Uyruğu : TC.
Doğum Tarihi ve Yeri : 02.01.1983 Eskişehir
Medeni Hali : Bekar
Tel : 0536 863 69 58
E-Posta : nermin_dmrts@hotmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET TARİHİ
Lisans	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2005
Lise	Eskişehir Kılıçoğlu Anadolu Lisesi	2001

İŞ DENEYİMİ

YIL	YER	POZİSYON
2005-2009	BMK Hukuk Bürosu	Avukat
2009-2011	Besa Hukuk Bürosu	Avukat
2011- Halen	Kendi işyerim	Avukat

YABANCI DİL

İngilizce – Orta Seviyede, Almanca- Orta Seviyede, Fransızca- Orta Seviyede