

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**REKABET HUKUKU AÇISINDAN
BANKA BİRLEŞMELERİ**

Doktora Tezi

Erdem BAFRA

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**REKABET HUKUKU AÇISINDAN
BANKA BİRLEŞMELERİ**

Doktora Tezi

Erdem BAFRA

Tez Danışmanı
Doç.Dr.Aynur YONGALIK

Ankara-2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
BİBLİYOGRAFYA.....	VI
KISALTMALAR.....	XXIV

GİRİŞ

TEZİN AMACI, İNCELEME PLANI ve GENEL OLARAK “BİRLEŞME” KAVRAMI

I. TEZİN AMACI ve İNCELEME PLANI

II. GENEL OLARAK “BİRLEŞME” KAVRAMI

A-Borçlar Kanunu.....	4
1.Genel Olarak.....	4
2. Tanımı.....	5
3.Koşulları.....	6
a) Tek Bir Sözleşmenin Yapılmış Olması.....	6
b) Malvarlığının Devri.....	6
B-Türk Ticaret Kanunu.....	7
1.Genel Olarak.....	7
2.Tanımı.....	10
3.Koşulları.....	12
a) Aynı Türden En Az İki Ticaret Ortaklığının Varlığı.....	12
b) En Az Bir Ticaret Ortaklığının Tasfiyesiz Sona Ermesi.....	13
c) Tasfiyesiz Sona Eren Ortaklığa Ait Malvarlığı ve İşletmelerin Külli Halefiyet Yoluyla Devri.....	14
C-Sermaye Piyasası Kanunu.....	15
1. Genel Olarak.....	15
2. Tanımı.....	18
3. Koşulları.....	19
D-Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.....	20
1.Genel Olarak.....	20
2.Tanımı.....	23
3. Koşulları.....	27
a) Olumsuz Koşul-Birleşme ve Devralma Sayılmayan Durumlar.....	27
aa) Menkul Kıymetlerin Geçici Olarak Elde Bulundurulması.....	27

bb) Kamu Kurum ve Kuruluşu Tarafından Bir Teşebbüsün Elde Edilmesi.....	38
cc) Birleşme ve Devralma Sayılan Durumların Miras Yoluyla Gerçekleşmesi.....	39
b) Olumlu Koşullar.....	40
aa) Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması.....	40
bb) Birleşme ve Devralma Sayılan Durumlar.....	47
aaa) Bağımsız İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi.....	48
bbb) Malvarlığı, Ortaklık Payları ya da Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devralınması veya Kontrol Edilmesi.....	51
ccc) Ortak Girişimler.....	61
E- Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukukuna Uygulanması.....	62

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA BİRLEŞMELERİ ve BANKA BİRLEŞMELERİNİN USULÜ

I. KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA BİRLEŞMELERİ

A- Genel Olarak.....	64
B- Tanımı.....	71
C- Koşulları.....	73
1. Türkiye’de Faaliyette Bulunan En Az İki Bankanın Varlığı.....	73
2. En Az Bir Bankanın Tasfiyesiz Sona Ermesi.....	83
3. Tasfiyesiz Sona Eren Bankaya Ait Malların ve İşletmelerin Küllî Halefiyet Yoluyla Devri.....	85

II. BANKA BİRLEŞMELERİNİN USULÜ

A- Kurul İzni.....	87
B- Banka Genel Kurullarının Onayı.....	88
C- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca İnceleme.....	90
D- Banka Genel Kurullarının İkinci Onayı.....	91

E- Tescil ve İlân.....	92
F- Özel İzinler.....	93
1.Sermaye Piyasası Kanunu’nda Öngörülen.....	93
2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen.....	94

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN BANKA BİRLEŞMELERİNE UYGULANMASI ile BANKA BİRLEŞMELERİNİN BENZER HUKUKÎ İŞLEMLERDEN FARKI ve TÜRLERİ

I. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN BANKA BİRLEŞMELERİNE UYGULANMASI

A- Rekabet Hukukunun Amacı.....	97
B- Banka Hukukunun Amacı.....	99
C- Rekabet Hukuku Açısından Birleşmeye İlişkin Hükümlerin Banka Birleşmelerine Uygulanması.....	101

II. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN BENZER HUKUKÎ İŞLEMLERDEN FARKI

A- Genel Olarak	102
B- Bölünmeden	103
C- Pay Değişiminden.....	108
D- Pay Devrinden.....	113
E- Finansal Holding Ortaklığından.....	123

III. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN TÜRLERİ

A- Genel Olarak	130
B- Yatay, Dikey veya Karma Birleşmeler.....	134
1. Yatay Birleşmeler.....	134
2. Dikey Birleşmeler.....	135

3. Karma Birleşmeler.....	136
C- Zorunlu veya İhtiyarî Birleşmeler.....	139
1. Zorunlu Birleşmeler.....	139
2. İhtiyarî Birleşmeler.....	147
D- Yerel veya Uluslararası Birleşmeler.....	147
1. Yerel Birleşmeler.....	147
2. Uluslararası Birleşmeler.....	149

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN KONTROLÜ

I. İZNE TABİ BANKA BİRLEŞMELERİ ile BANKA BİRLEŞMELERİNİN BİLDİRİLMESİ

A- İzne Tabî Banka Birleşmeleri.....	155
1. Genel Olarak.....	155
2. “Pazar Payı” ve “Toplam Ciro” Kavramları	161
B- Banka Birleşmelerinin Bildirilmesi.....	167
1. Bildirimin Yapılacağı Yer.....	167
2. Bildirimde Bulunabilecekler.....	168
3. Bildirim Formu.....	169
4. Bildirim Süresi.....	173
5. Rekabet Kurulu’nda İnceleme.....	174

II. REKABET KURULUNCA VERİLECEK KARARLAR

A- İzin.....	179
B- Koşullu İzin.....	180
C- Yasaklama.....	182
D- Menfi Tespit.....	182
E- Muafiyet.....	184

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİ

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN KONTROLÜ

A- Genel Olarak.....	186
B- Fransa’da.....	190
C- İtalya’da.....	190
D- Amerika Birleşik Devletleri’nde.....	191
E- Japonya’da.....	192
F- Almanya’da.....	192
G- İngiltere’de.....	193
H- Avrupa Birliği Hukuku’nda.....	194
1. Genel Olarak.....	194
2. Bildirimin Yapılması.....	199

II. UYGULAMADAN ÖRNEKLER

A- Paribas-Societe Generale Birleşmesi.....	204
B- Deutsche Bank – Bankers Trust Birleşmesi.....	205
C-. Sumitomo-Sakura Bank Birleşmesi.....	205
D-. Bank Austria-Creditanstalt Birleşmesi.....	207
E- Fortis / Meerspierson, Fortis / ASLK-CGER, Credit Suisse / Ninterthur, Merit / Nordbanken Birleşmeleri.....	207

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	210
------------------------------------	------------

BİBLİYOGRAFYA*

I- GENEL ESERLER

- Alıcı, Yaşar* : Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Ansay, Tuğrul* : Anonim Şirketler Hukuku, 6. bası, Ankara 1982.
- Arkan, Sabih* : Ticarî İşletme Hukuku, 10. bası, Ankara 2007.
- Arslanlı, Halil* : Anonim Şirketler, İstanbul 1961.
- Aslan, İ. Yılmaz* : Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, 3. bası, (Anılış: *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat).
- Aslan, İ. Yılmaz* : Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara 2006 (Anılış: *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri).
- Aslan, İ. Yılmaz* : Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, Bursa 1993.
- Atasagun, Yusuf Saim* : İzahlı Notlu Mukayeseli Bankalar Kanunu, İstanbul 1958.
- Barlas, Nami* : Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.
- Baştuğ, İrfan* : Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İzmir 1974.
- Battal, Ahmet* : Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. bası, Ankara 2007 (Anılış: *Battal*, Bankacılık Kanunu).
- Battal, Ahmet* : Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2004 (Anılış: *Battal*, Bankalar Kanunu).
- Battal, Ahmet* : Hukukî Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999.

* Birden çok eserinden yararlanan yazarlara yapılan yollamalarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Campbell, Andrew / Cartwright, Peter* : Banks In Crisis, Burlington 2002.
- Çevik, Kemal* : Banka Hukuku, Ankara 2007.
- Çevik, Orhan Nuri* : Şirketler Hukuku, 3. bası, Ankara 2002
(Anılış: *Çevik, Orhan Nuri, Şirketler*).
- Çevik, Orhan Nuri* : Anonim Şirketler, 3. bası, Ankara 1988
(Anılış: *Çevik, Orhan Nuri, Şirketler*).
- Dayınlı, Kemal* : Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.
- Doğanay, İsmail* : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, 4. bası, Ankara 2004.
- Domaniç, Hayri* : Anonim Şirketler, İstanbul 1978
(Anılış: *Domaniç, Anonim Şirketler*).
- Domaniç, Hayri* : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması – TTK Şerhi, İstanbul 1986
(Anılış: *Domaniç, TTK Şerhi*).
- Erdem, Ercüment* : Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003
(Anılış: *Erdem, Türk-AT Rekabet Hukuku*).
- Eren, Fikret* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. bası, Ankara 2003.
- Eriş, Gönen* : Ticari İşletme ve Şirketler, 4.bası, Ankara 2007.
- Esin, Arif* : Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.
- European Central Bank* : Mergers and Acquisitions Involving the European Banking Industry – Facts and Implications, Frankfurt am Main 2000.
- Finbow, Roger/ Parr, Nigel* : U.K. Merger Control: Law and Practise, London 1995

- Furse, Mark* : Competition Law of the EC and UK, 4 th ed., Oxford 2004.
- Gedikkaya, Türkan / Gürler, Cihangül* : Birleşmeler ve Edinimler, Ankara 1999.
- Güven, Pelin* : Rekabet Hukuku, Ankara 2005
(Anılış: *Güven*, Rekabet Hukuku).
- Güven, Pelin* : Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, 2. bası, Ankara 2003
(Anılış: *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi).
- Güven, Pelin* : Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2007
(Anılış: *Güven*, Uygulanacak Hukuk).
- İnan, Mehmet* : Sermaye Piyasası Faaliyetleri, Ankara 2007.
- İmregün, Oğuz* : Anonim Ortaklıklar, 4. bası, İstanbul 1990.
- İpekçi, Nizam* : Ticaret Şirketleri Tatbikatı, İstanbul 1998.
- Kapteyn, P.J.G/ van Themaat, P.VerLoren* : Introduction to the Law of the European Communities, 3. ed., Drotrecht 1998.
- Kenyon Slade, Stephen* : Mergers and Takeovers in the USA and UK, Oxford 2004.
- Kılıç, Saim* : Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Ankara 1997.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.* : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, Ankara 2007
(Anılış: *Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku*).
- Moroğlu, Erdoğan* : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler, 4. bası, Ankara 2006.
- Malacrida, Ralph/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Rolf* : Swiss Mergers & Acquisitions Practice, Basle 2001.
- Öztañ, Fırat* : Kıymetli Evrak Hukuku, 12. bası, Ankara 2006.
- Öztürk, Pınar* : Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin* : Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. bası, İstanbul 2006.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal*: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 17. bası, İstanbul 2006.
- Pulaşlı, Hasan* : Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 6. bası, Adana 2007 (Anılış: *Pulaşlı, Şirketler Hukuku*).
- Pulaşlı, Hasan* : Kıymetli Evrak Hukuku, 7. bası, Ankara 2005.
- Reisoğlu, Seza* : Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2007 (Anılış: *Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu*).
- Reisoğlu, Seza* : Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002 (Anılış: *Reisoğlu, Seza, Bankalar Kanunu*).
- Şahözkan, Burak Cem* : Banka Birleşmeleri, İstanbul 2003.
- Tanör, Reha* : Türk Sermaye Piyasası, C. I, İstanbul 1999.
- Taşdelen, Servet* : Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. bası, Ankara 2006.

- Tekil, Fahiman* : Şirketler Hukuku, C. II, İstanbul 1976.
- Tekil, Fahiman* : Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998
(Anılış: *Tekil*, Anonim Şirketler).
- Tekinalp, Ünal* : Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988
(Anılış: *Tekinalp*, Banka Hukuku).
- Tekinalp, Ünal* : Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003
(Anılış: *Tekinalp*, Fon'daki Banka).
- Türkiye Bankalar Birliği* : Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr>
(30.01.2005).
- Türkiye Bankalar Birliği* : AB Banka Denetim Hukuku ve Üye Devletlerde Denetimin Hukukî Yapısı, İstanbul 2001.
- Ulutan, Burhan* : Bankalar Kanunu Şerhi ve İzahı, Ankara 1958.
- Ünal, Oğuz Kürşat* : Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005.
- Yüksel, A.Sait/ Yüksel, Aslı/ Yüksel, Ülkü* : Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 2004.

II- TEZLER ve MONOGRAFİLER

- Aktaş, Cihan* : “Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması”, Uzmanlık Tezi,
<http://www.rekabet.gov.tr> (03.01.2008).
- Alpay, Mustafa Okan* : “Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması”, Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr>
(20.10.2004).

- Arı, Zekeriyya* : Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2004.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze* : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000 (Anılış: *Aşçıoğlu Öz, Hakim Durum*).
- Ayrancı, Hasan* : Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- Coştan, Hülya* : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Ankara 2004.
- Çeker, Mustafa* : Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000.
- Güzel, Oğuzkan* : AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektörüne Uygulanması, Ankara 2003.
- Helvacı, Mehmet* : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004.
- İnceoğlu, Mehmet Murat* : Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.* : Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979.
- Manavgat, Çağlar* : Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991.
- Odman, Ayşe* : Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Avquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul 2001.
- Özkorkut, Korkut* : Depo Sertifikaları, Ankara 2003.
- Pulaşlı, Hasan* : Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992.
- Sezgin, Cüneyt* : Global Entegrasyon Sürecindeki Türk Bankacılık Sektöründe Banka Birleşmelerine Olan İhtiyaç ve Olası Banka Birleşmelerinin Çerçevesi, İstanbul 2000.

- Teoman, Ömer* : Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983.
- Turanboy, Asuman* : Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998.
- Turanboy, Asuman* : Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması, Ankara 2002
(Anılış: *Turanboy*, Halka Açık Banka).
- Türk, Hikmet Sami* : Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nev’ilerin Aynı Olması Koşulu”, Ankara 1986
(Anılış: *Türk*, Nev’ilerin Aynı Olması Koşulu).
- Türk, Hikmet Sami* : Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986
(Anılış: *Türk*, Birleşme).
- Ulu, Harun* : Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Ankara 2004.
- Ulusoy, Metin* : Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2004.
- Ünal, Oğuz Kürşat* : Aracı Kurumlar, Ankara 1997
(Anılış: *Ünal*, Aracı Kurumlar).
- Yasaman, Hamdi* : Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.

III- MAKALELER ve BİLDİRİLER

- Aker, Halit* : “Hakim İşletme İle Bağımlı İşletme Arasındaki Hukukî İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, Batider 2003, C. XXII, S. 2, s. 153-191.

- Altay, Anlam* : “4672 Sayılı Kanun’un Bankaların Yeniden Yapılandırılmasına ve Tasfiyesine İlişkin Sistem Üzerinde Etkileri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 1-44.
- Ari, Zekeriyya* : “ Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)”, *Batider* 2002, C. XXI, S. 4, s. 69-94.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze* : “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Çerçevesinde Birleşme ve Devralmalar ‘Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü’”, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, Ankara 2005, s. 67-80 (Anılış: *Aşçıoğlu Öz*, Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü).
- Aydoğuş, Osman / Altay, Oğuzhan N.* : “Türk Bankacılık Sektöründe Piyasa Yapısı ve Rekabet”, *Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi* 2003, s. 33-41.
- Ayli, Ali* : “Bankaların Sermaye Piyasası Faaliyetleri”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, s. 13-51.
- Ayoğlu, Tolga* : “Bankalar Hukukunda Malî Yapının Bozulması Kavramı ve Malî Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesinden Yararlanma İmkânı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 70-98.

- Baer, William J. / Redcay, Ronald C.* : “Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy”, *Merger Remedies In American and European Union Competition Law, Massachusetts 2003* (Editörler: *Leveque, François / Shelanski, Howard*), s. 43-63.
- Bahtiyar, Mehmet* : “Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”, *Şirket Birleşmeleri* (Editörler: *Sumer, Haluk / Pernsteiner, Helmut*), İstanbul 2004, s. 3-22.
- Bartu, Nihat* : “Ticaret Şirketlerinde Hisse Devri”, *İstBD 1967, C. XV, S. 6*, s. 347-354.
- Bekar, Barış* : “Yabancı Bankalar Büyümeye Geliyor”, *EKD 2006, S. 10*, s. 62-63.
- Berger, Allen/ Goldberg, Lawrence G./ White, Lawrence J.* : “The Effects of Dynamic Changes Bank Competition on the Supply of Small Business Credit”, *EFR 2001, S. 5*, s. 115-129.
- Bonvin, Jacques/ Staehelin, Matthias* : “Switzerland”, *From Negotiation to Antitrust Clearance 2002*, s. 323-329.
- Bosman, Robert* : “European Union”, *From Negotiation to Antitrust Clearance 2002*, s. 101-119.
- Boyd, John H. / Graham, Stanley L.* : “Bank Holding Company Risk”, *Bank Mergers Current Issues and Respectives* (Editör: *Gup, Benton E.*), USA 1989, s. 197-214.

- Calvani, Terry* : “Antitrust Analysis of Bank Mergers: A Survey of Recent Developments”, <http://www.findlaw.com> (08.11.2004).
- Ceylan, Ebru* : “İsviçre ve Belçika Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 53-83.
- Çeker, Mustafa* : “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, *Batider* 1996, C. XVIII , S. 3, s. 261-277.
- Çelebican, Gürhan* : “Türk Bankacılık Sektörü”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 491-505.
- Çolak, Ömer Faruk* : “Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri ve Türk Bankacılık Sektörü”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2000, s. 37-67 (Anılış: *Çolak*, Türk Bankacılık Sektörü).
- Çolak, Ömer Faruk* : “Piyasaya Giriş Engelleri ve Rekabet: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Analiz”, Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, Muğla 2003, s. 25-32 (Anılış: *Çolak*, Piyasaya Giriş Engelleri).
- Çolak, Ömer Faruk* : “Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri Üzerine Bir İnceleme”, UGB 1999, S. 28-29, s. 20-26.
- “Deutsche Bank Sırat Köprüsünde”, UGB 1999, S. 28, s. 35,
- Di Tommasa, Giulia/ Regoli, Fabio Alberto* : “Italy”, From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 255-279.
- Drauz, Götz* : “A View from Inside the Merger Task Force: ‘Comments on Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes’”, *JICT* 2002, 2:4, s. 391-399.

- Erdem, Ercüment* : “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi”, GALÜHFD 2002, s.159-187
(Anılış: *Erdem*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar).
- Erdem, Ercüment* : “Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, s. 193-229
(Anılış: *Erdem*, Türk-İsviçre Rekabet Hukuku).
- Erdem, Ercüment* : “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2004, s. 15-41.
- Erdem, Ercüment* : “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2004, s. 115 vd.
- “Fransa’da Şaşırtan Banka Evliliği Teklifi”, UGB 1999, S. 28, s. 34.
- Gökbel, Doğan* : “Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 23-47.
- Grayston, Clare/ Davey, Jonathan* : “United Kingdom”, From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 343-376.
- Gülergün, Cenk* : “Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi: Rekabet Testi”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, İstanbul 2004, s. 152-191.

- Gülergün, Cenk* : “Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalar”, RD 2001, s. 3-37.
- Günay Özkan, E. Nur* : “Birleşmelerin Finansal Performans Açısından Değerlendirilmesi: Türk Bankacılık Sektörü Örneği” (Editörler: *Sumer, Haluk / Pernsteiner, Helmut*), İstanbul 2004, s. 663-685.
- Gürkaynak, Güneç* : “Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrolü: Neden ve Nasıl Üzerine Düşünceler”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, s. 17-76.
- Güven, Pelin* : “Bankalar Arasında Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmaların ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na Devredilen Bankaların Durumunun Rekabet Hukuku Açısından İncelenmesi”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, C. II, s. 27-47.
- İnan, Nurkut* : “Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları”, RB 2000, S. 2, <http://www.esrc.com> (05.09.2006).
- İşmen, Tolga* : “Birleşme ve Devralma Tanımları Açısından Kontrol Kavramı ve Önemi”, RB 2001, S. 5, <http://www.esrc.com> (05.09.2006).
- Jaeggi, Peter/ Teoman, Ömer (Çev.)* : “Anonim Ortaklıklar Hukuku’nun Çözülenememiş Sorunları”, İkt.Mal. 1970, C. XXII, S. 1, s. 19-33.
- “Japonya’da Dev Banka Evliliği”, UGB 1999, S. 28, s. 36.
- Kaplan, İbrahim* : “Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukukî Sorumluluk”, Batider 2006, C. XXIII, S. 3, s. 3-29.
- Karaman, Tuba* : “Amerikan Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar”, GALÜHFD 2002, S. 2, s. 351-389.

- Kırlıoğlu, Hilmi/ Şahözkan, Burak Cem* : “Banka Birleşmelerinin Yapısal Yönü ve Birleşmeleri Motive Eden Etmenlerin Değerlendirilmesi”, BMEYD 2002, S. 8, s. 9-35.
- Kulaksızoğlu, Şebnem* : “139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü Kapsamında Birleşmelerin Değerlendirilmesi”, RD 2004, S. 17, s. 79-121
(Anılış: *Kulaksızoğlu*, 139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü).
- Kulaksızoğlu, Şebnem* : “Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne İlişkin Düzenlemeler Bağlamında Ciro Kavramı”, RD 2002, S. 12, s. 77-129
(Anılış: *Kulaksızoğlu*, Ciro Kavramı).
- Kut, Ahmet* : “Amendment of The Swiss Cartel Act”, <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004).
- Leary, Thomas B.* : “The Essential Stability of Merger Policy in United States”, Merger Remedies In American and European Union Competition Law, Massachusetts 2003
(Editörler: *Leveque, François / Shelanski, Howard*), s. 13-42.
- Lingos, Thalia/ Loughran, Mary/ Pitkanen, Tina/ Todino, Mario* : “An Amanded Merger Implementing Regulation for a New Merger Regime”, CPN 2003, S. 2, s. 79-84.
- Loughran, Mary/ Parplies, Kay/ Schade, Roosmarjin* : “EC Merger Conference-Highlights of Proceedings”, CPN 2003, S.1, s. 84-92.
- Mamak, M.Kemal* : “Finansal Holding Şirketleri”, Batider 2007, C. XXIV, S. I, s. 241-158.

- Manavgat, Çağlar* : “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydî Sistemin Esasları”, AÜHFĐ 2001, C. 50, S. 2, s. 159-191.
- Martinius, Philip/
Wördermann, Nils* : “Germany”, From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 167-183.
- Mc Nutt, A. Patrick* : “The Relevant Firm in European Merger Law Spillover Effects and Control”, World Competition Law and Economics Review 2001, Vol. 24, No: 2, s. 199-210.
- Meyer, Tobias* : “The Swiss Merger Act”, <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004).
- Moralı Ayanoğlu, Ahu* : “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Teşebbüsler Arası Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)”, GALÜHFĐ 2002, S. 2, s. 391-422.
- Moroğlu, Erdoğan* : “Bankaların İhtiyarî Birleşmesi”, Batider 2006, C. XXIII, S. 4, s. 15-32
(Anılış: *Moroğlu*, Bankaların Birleşmesi).
- Öztürk, Ceyda* : “Şirket Birleşmelerinin Sermaye Piyasaları ve Hisse Senedi Yatırımcısı Açısından İncelenmesi”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 265-283.
- Öztürk, Pınar* : “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 491-523.
- Palombo, Lüizet* : “Banka Birleşmeleri ve Satın Almaları”, BD 1997, S. 20, s. 21-28.
- Rivalland, Jean-Claude* : “France”, From Negotiation to Antitrust Clearance, 2002, s. 143-163.

- Rose, S. Peter* : “Bank Mergers Current Issues and Respectives”, (Editör: *Gup, Benton E.*), USA 1989, s. 3-27.
- Ryan, Stephen* : “Reform of the EU Merger Control System-a Comprehensive Package of Proposals”, CPN 2003, S.1, s. 9-13.
- Selçuk, Faruk* : “Uluslararası Alanda Banka Birleşmeleri: Nedenleri, Yöntemleri ve Stratejik Amaçları”, FD 1997, S. 95, s. 86-89.
- Sezgin, Cüneyt* : “Dünyada ve Türkiye’de Banka Birleşmeleri”, İD 2002, S. 2, s. 24-26.
- Sheldon, Robin* : “United States of America”, From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 377-398.
- Sümer, Handan* : “Türkiye’de Banka Birleşmeleri”, UGB 1999, S. 28-29, s. 28-31.
- Şahözkan, Burak Cem* : “Bankacılıkta Birleşme & Satın Alma Trendi ve Türk Bankacılığı Açısından İncelenmesi”, BMEYD 2001, S. 11, s. 5-21.
- Taboğlu, Esin / Çalışkan, Sezer* : “Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılanmada Son Adım: Bölünme”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 565-574.
- Tekdemir, Yaşar* : “Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, s. 83-88.
- Tekinalp, Gülören / Tekinalp, Ünal* : “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 201-207.

- Tekinalp, Ünal* : “Nama Yazılı Kaydî Payların Devrinde Merkezî Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 389-396.
- Tekinalp, Ünal* : “Limited Ortalık Payının Devrinde Tescil Davası”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Ankara 2003, s. 3-9.
- Tekinalp, Ünal* : “Bölünmenin Bugünkü Maddî Hukuk Cephesi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 547-557.
- Tekinalp, Ünal* : “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1995, s. 779-787.
- Turanboy, Asuman* : “Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukukî Niteliği ve Kapsamı”, Batider 2001, C. XXI, S. 2, s. 65- 80.
- Ulusoy, Ali* : “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 3-30.
- Yanlı, Veliye* : “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 73-109.
- Yılmaz, Ejder* : “Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi”, Batider 2007, C. XXIV, S. 2, s. 175-185.
- Yılmaz, Lerzan* : “Türk ve AT Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralınmaları”, Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 137-167.

- Yongalık, Aynur* : “Schierenbeck, Henner / Hölscher, Reinhold: Bankassurance, 4. Aufl., Stuttgart 1998, XXV+955 s., Kitap Tanıtımı”, Batider 2001, C. XXI, S. I, s. 261-267.
- Yongalık, Aynur* : “Avrupa Komisyonu’nun Sigorta Sektörüne İlişkin 21 Aralık 1992 tarih ve 3932/92 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü”, Batider 1998, C. XIX, S. 4, s.133-142.
- Zuvin, Serap / İşmen, Tolga* : “Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması”, RB 2000, S. 3, <http://www.esrc.com> (05.09.2006).

IV- RAPORLAR

- Afşar, Bilge* : Seçilmiş Dünya Merkez Bankalarına Örnekler, Konya Ticaret Odası Araştırma Raporu, Konya 2006.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Bankacılık Sektörü Değerlendirme Raporu, Ekim 2004, <http://www.bddk.org.tr> (30.12.2005).

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Finansal Piyasalar Raporu, Eylül 2006, S. 3, <http://www.bddk.org.tr> (30.03.2007).

- Carletti, Elena/ Hartmann, Philipp* : “Competition and Stability: What is Special About Banking?”, European Central Bank Working Paper Series 2002, No: 146.
- OECD* : Report on Competition Law and Policy in Turkey 2005.

V- İNTERNET SİTELERİ

<http://www.bddk.org.tr>

<http://www.bscc.co.uk>

<http://www.esrc.com>

<http://www.europa.eu.int>

<http://www.findlaw.com>

<http://www.mkk.com.tr>

<http://www.oecd.org>

<http://www.rekabet.gov.tr>

<http://www.spk.gov.tr>

<http://www.tbb.org.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.tmsf.org.tr>

KISALTMALAR

aşa.	aşağıda
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BANK	Bankalar Kanunu
BANKK	Bankacılık Kanunu
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BD	Bankacılar Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BDDKr	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
bk.	bakınız
BK	Borçlar Kanunu
BMEYD	Banka-Malî ve Ekonomik Yorumlar Dergisi
C.	Cilt
CEE	Communaute Europeenne Economique
CPN	Competition Policy Newsletter
Çev.	Çeviren
dn.	dipnot
E.	Esas
EC	European Comission

ed.	edition
EEC	European Economic Community
EFR	European Finance Review
EKD	Ekonomist Dergisi
FD	Finans Dünyası
FTK	Fas Ticaret Kanunu
FrTK	Fransız Ticaret Kanunu
GALÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSYİH	Gayri Safî Yurtiçi Hasıla
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHI	Herfindahl-Hirschman Yoğunlaşma İndeksi
IMF	International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İD	İç Denetim Dergisi
İstBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra İflas Kanunu
İKTK	İtalya Krallığı Ticaret Kanunu
İkt.Mal.	İktisat ve Maliye Dergisi
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası

JICT	Journal of Industry, Competition and Trade
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİKn	Kamu İhale Kanunu
KK	Kooperatifler Kanunu
KMYKK	Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
L.	Legislation
m.	madde
MKK	Merkezî Kayıt Kuruluşu
MMC	Monopolies and Mergers Comission
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFT	Office of Fair Trading
OJ	Official Journal
RB	Rekabet Bülteni
RD	Rekabet Dergisi
RG	T.C. Resmî Gazete
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

RKr	Rekabet Kurulu
s.	sayfa
S.	Sayı
SK	Sendikalar Kanunu
SPKn	Sermaye Piyasası Kanunu
SPKnTT	Sermaye Piyasası Kanunu Taslağı
SPKr	Sermaye Piyasası Kurulu
TBKT	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TK	Ticaret Kanunu
TKM	Türk Kanunu Medenîsi
TMK	Türk Medenî Kanunu
TMSF	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTKT	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
UGB	Uzman Gözüyle Bankacılık
vd.	ve devamı
Vol.	Volume
WCLER	World Competition Law and Economic Review
yuk.	yukarıda

GİRİŞ

TEZİN AMACI, İNCELEME PLANI ve GENEL OLARAK “BİRLEŞME” KAVRAMI

I. TEZİN AMACI ve İNCELEME PLANI

Finansal açıdan sağlam bir bankacılık sektörünün varlığı, ülke ekonomisi ve uluslararası piyasalarda istikrarın sağlanması açısından büyük önem arz etmektedir.

Son yıllarda bankacılık sektöründeki gelişmeler, küreselleşme süreci ve teknolojik yenilikler, daha güçlü banka yapısının oluşturulması amacıyla yönelik olarak banka birleşmelerine daha da hız kazandırmıştır. Bunun sonucunda, uluslararası literatürde ve akademik çalışmalarda, banka birleşmeleri çeşitli boyutlarıyla ele alınmaya başlanmış ve incelemelere konu olmuştur.

Diğer taraftan, serbest rekabetin kendisini yok ederek, piyasanın tekeli bir yapıya dönüşme tehlikesi her zaman bulunmakta olup, bu tehlike, bankacılık sektörü açısından da söz konusudur. Birleşme ve devralmaların kontrolü de, tekeli bir piyasa yapısını engellemek için pazara yapılan düzenleyici müdahalelerden birini teşkil etmektedir.

Mal ve hizmet piyasalarında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış ifade eden “rekabet” kavramının ve bu kavramın getirdiği ilke, kural ve piyasaya müdahalelerin hangi oranda ve ne ölçüde bankacılık sektörüne ve banka birleşmelerine uygulanması gerektiği ve bunların bankacılık işlemlerine etkisi hususu, üzerinde durulması gereken önemli bir konuyu oluşturmaktadır.

Gerçekten bankacılık sektöründe etkin rekabetin sağlanması ve bu kapsamda banka birleşmelerinin kontrolü ve denetlenmesi amacıyla rekabet hukuku ilke ve

kurallarının katı bir şekilde uygulanması, bu sektöre onarılması güç zararlar verebilecektir. Bu nedenle bazı ülke hukuklarında, banka birleşmelerinin rekabet hukuku açısından kontrolü, diğer bazı ülkelerdekilerin aksine, bankacılık sektörünü düzenlemek ve denetlemek yetkisine sahip kurul ya da kurumların da katılımıyla gerçekleştirilmektedir.

Giriş bölümünde, çeşitli kanun hükümleri açısından “birleşme” kavramı, bu kanun hükümlerinin rekabet hukukunda da uygulanması durumu ile birlikte ele alınacaktır.

Birinci bölümde, kavramsal açıdan banka birleşmelerine ilişkin açıklamalara, banka birleşmelerinin usulüne ilişkin açıklamalarla birlikte yer verilecektir.

İkinci bölümde, Türk rekabet hukuku açısından birleşmeye ilişkin hükümlerin, banka birleşmelerine uygulanmasının gerekliliği ile Türk rekabet hukuku açısından banka birleşmelerinin benzer hukukî işlemlerden farkı ve türlerine değinilecektir.

Üçüncü bölümde, Türk rekabet hukuku açısından banka birleşmelerinin kontrolü ve bu kapsamda izne tabî banka birleşmeleri, birleşmelerin bildirilme usulü ve gerçekleştirilen inceleme sonucunda Rekabet Kurulunca verilebilecek kararlar ortaya konulacaktır.

Dördüncü bölümde, karşılaştırmalı hukuk açısından banka birleşmelerine ilişkin açıklamalara, uygulamadan örnekler vermek suretiyle yer verilecektir.

Çalışmamızın sonuç ve değerlendirme bölümünde ise, Türk rekabet hukuku açısından birleşme ve devralma işlemleri ile banka birleşmelerinin kamu hukukunu ilgilendiren yönü ortaya konularak, rekabet hukuku açısından banka birleşmelerine ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeler ile Türk bankacılık sektörünün içerisinde

bulunduğu durum birlikte değerlendirilmek suretiyle, bu sektörde banka birleşmelerinde rekabet otoritelerinin denetiminin hangi ölçüde olması gerektiği hususunda bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK “BİRLEŞME” KAVRAMI

A- Borçlar Kanunu

1. Genel Olarak

Ticarî işletmeler de dahil olmak üzere, her türlü işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde, bir işletmenin diğer bir işletmeyle aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi ise aynı Kanun'un 180. maddesinde hükme bağlanmıştır¹.

Söz konusu Kanun hükümleri, her türlü işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri ile, bir işletmenin diğer bir işletmeyle aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak² devralınması suretiyle birleştirilmesini düzenlemesine karşılık, doktrinde bu hükümlerin, Türk Ticaret Kanunu'na göre gerçekleştirilen ortaklık birleşmelerine de uygulanabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır³.

Borçlar Kanunu'nun anılan hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret ortaklıkları için birleşmeyle ilgili öngörülen hükümlere göre genel hüküm niteliğinde

¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Arkan*, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 10. bası, Ankara 2007, s. 38-39; *Kılıçoğlu*, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. bası, Ankara 2007, s. 621 vd; *Türk*, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 59 vd; *Türk*, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nev’ilerin Aynı Olması Koşulu”, Ankara 1986, s. 181; *Yasaman*, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s. 13 vd.

² BK'nun 180. maddesinde, alacak ve borçlarıyla birlikte birleşerek yeni bir ortaklık meydana getirilmesi durumu hükme bağlanmıştır. Bu durumda, birleşen işletmelerin sahipleri hem devralan hem de devreden sıfatlarını kazanmaktadır.

³ *Türk*, söz konusu hükümlerin, Türk birleşme hukukunun üst düzeyde hükümleri olduğunu işaret etmektedir. Yazara göre bu hükümler, her türlü işletmeyi kapsadığından, ticaret ortaklıklarına da uygulanabilir geneliktir. Ancak, bu hükümlerin hangi durumlarda ticaret ortaklıklarının birleşmelerine uygulanacağına ilişkin sınırın iyi çizilmesi gerekmektedir. Zira, bir ticarî işletmenin devri ya da birleşmesi ile ticaret ortaklıklarının birleşmesi, birbirinden farklı hukukî işlemlerdir. Ticaret ortaklıklarının birleşmesinde, TTK'da bu ortaklıkların birleşmelerine ilişkin özel düzenlemeler öngörülmüşken, BK'da yer alan söz konusu düzenlemeleri, bu tür birleşmelere uygulamaya gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan, BK'nun 179-180. maddeleri, ticaret ortaklıklarının, işletmeleri devralmak ya da birleştirmek suretiyle ekonomik yapılanmaya gitmelerine de olanak sağlamaktadır, Nev’ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 181. Buna karşılık *Doğanay*, BK'nun 179. ve 180. maddeleri hükümlerinin ticaret ortaklıklarının birleşmesine de uygulanabileceğini, 180. maddenin ise sadece, sona ermesinin iki ticarî işletmenin bütün aktif ve pasifleriyle birleşmesinde uygulanacağını ifade etmektedir; *Doğanay*, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. bası, İstanbul 2004, s. 649 vd.

ve her türlü işletmeyle ilgili olduğu dikkate alındığında, kanımızca bu hükümler ancak, ticaret ortaklıklarının birleşmesine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen koşulları sağlamayan birleşmelere uygulanabilmelidir⁴.

2. Tanımı

Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinde, her türlü işletmenin aktif ve pasifiyle ya da bir işletmenin diğer bir işletmeyle aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinde, bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi durumunda, her iki işletmenin alacaklılarının, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olacakları ve bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri hükme bağlanmıştır. Görülmektedir ki burada Borçlar Kanunu, iki işletmenin birleşmesini sadece borçlardan sorumluluk açısından ele almıştır⁵.

Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde ise, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan bir kimsenin bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı malvarlığının veya işletmenin borçlarından sorumlu olacağı ve borcun nakli sözleşmesi yapmaya gerek kalmadan ve alacaklının onayını almadan borçların devralana geçeceği hükme bağlanmıştır⁶.

⁴ Bu yönde bk. *Arslanlı*, Halil: Anonim Şirketler, İstanbul 1961, s. 240; *Yasaman*, s. 16.

⁵ TBKT'da, işletmeler düzeyindeki birleşmelere, 202. maddede yer verilmiş ve bu düzenlemede, bir işletmenin başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilmesi durumunda, her iki işletmenin alacaklılarının bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olacağı ve bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere anılan Tasarı maddesinde, BK'nun 180. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, bir işletme ile diğer bir işletmenin aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesinin yanında, bu işletmelerden birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilmesinden de söz edilmiştir.

⁶ TBKT'da, malvarlığı ve işletmelerin devralınmasına, 201. maddede yer verilmiş ve bu düzenlemede, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralanın, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticarî işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan

Bu itibarla, Borçlar Kanunu açısından birleşmeyi, işletmeler düzeyinde kalan ve iki işletmenin alacak ve borçları ile birlikte, tüm aktif ve pasiflerini malvarlığının devri hükümlerine göre birleştirmek suretiyle bir ortaklık meydana getirmesi sonucunu doğuran hukuksal işlem, şeklinde tanımlayabiliriz.

3. Koşulları

a) Tek Bir Sözleşmenin Yapılmış Olması

Borçlar Kanunu açısından birleşmeye yönelik tek bir sözleşmenin yapılmış olması yeterli olup, bu sözleşme herhangi bir şekle bağlı değildir. İşletme devri, ortaklığın kuruluşunda tek bir sözleşmeye konu olmakla birlikte, aktifler kendilerine özgü kurallara göre ayrı ayrı devredilecek olup, onlar için cüzî halefiyet ilkesi yürür; pasifler ise alacaklıların onayına gerek kalmaksızın devralan ortaklığa geçer⁷.

b) Malvarlığının Devri

Borçlar Kanunu açısından birleşmeden söz edebilmek için işletmenin aktif ve pasif unsurlarının birlikte devredilmiş olması gerekir⁸. Ancak burada önemli olan, devir konusu unsurlarla ticarî işletmenin işletme olarak devamının olanaklı olmasıdır; dolayısıyla işletmenin malvarlığına dahil bütün unsurların devrin kapsamında olacağı gibi bir sonuç çıkarılmaması gerekmekte olup, burada önemli olan kriter, devir

gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Tasarı maddesinde, BK'nun 179. maddesinden farklı olarak, bir malvarlığının veya bir işletmenin aktif ve pasifleriyle devri durumunun ilânına açıklık getirilmiş ve bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralanın, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticarî işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurulacağı hükme bağlanmıştır; ayrıca bu maddede, bildirme veya ilânla duyurma yükümlülüğünün devralan tarafından yerine getirilmemesi durumunda, devralanın önceki borçluyla birlikte borçlardan sorumlu olunmasına ilişkin 2 yıllık sürenin de işlemeye başlamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. *Türk*, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 189 vd. Ayrıca, BK'nun 179. maddesinde borçların naklinde küllî halefiyet ilkesinin geçerli olup olmadığı hakkında doktrinde yapılan tartışmalar için bk. *Yasaman*, s. 14.

⁸ Devrin malvarlığının pasif kalemlerini de kapsamı alacaklıların korunması amacını taşıyan emredici bir hükümdür. Bk. *Arkan*, s. 40; *Yasaman*, s. 18.

kapsamı dışında tutulan unsurların işletme olarak faaliyetin devamına engel olmamasıdır⁹.

Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinde öngörülen bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi durumunda, Türk Ticaret Kanunu anlamında iki ya da daha fazla ticaret ortaklığının yeni bir ortaklık kurmak yoluyla birleşmesinde¹⁰ olduğu gibi birleşen işletmeler açısından mutlaka bir tasfiyesiz sona erme durumundan da söz edilmesi gerekmemektedir. Örneğin, iki veya daha çok anonim ortaklık, işletmelerini yeni kurdukları bir anonim ortaklığa devrederek kendileri birer holding olarak kalabilecektir. Burada, kurucu anonim ortaklıkların pay sahipleri somut olayın dışında olacağından, ayrı ortaklıkların pay sahibi olarak kalacaklardır. Bu nedenle, bu tür işletmeler düzeyinde kalan birleşmelerde, bu birleşmeye paralel olarak bir ortaklar birleşmesi gerçekleşmedikçe ticaret ortaklıklarının birleşmesinden de söz edilemeyecektir¹¹.

B- TÜRK TİCARET KANUNU

1. Genel Olarak

Ticaret ortaklıklarının birleşmesine ilişkin genel hükümler Türk Ticaret Kanunu'nun 146-151. maddelerinde yer almaktadır¹². Bu düzenlemelerde ticaret

⁹ Bk. *Arkan*, s. 40; *Arslanlı*, s.115; *İmregün*, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. bası, İstanbul 1990, s. 16-17.

¹⁰ Bk. *aşa*. s. 12.

¹¹ Bk. *Türk*, Birleşme, s. 59-60.

¹² Ayrıntılı bilgi için bk. *Ansay*, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1964, s. 190-191; *Arslanlı*, s. 240 vd; *Çevik*, Orhan Nuri: Şirketler Hukuku, 3. bası, Ankara 2002, s. 888 vd; *Çevik*, Orhan Nuri: Anonim Şirketler, 3. bası, Ankara 1988, s. 1134 vd; *Doğanay*, s. 649 vd; *Domaniç*, Hayri: Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s. 1171 vd; *Eriş*, Gönen: Ticarî İşletme ve Şirketler, 4. bası, Ankara 2007, s. 1248 vd; *İmregün*, s. 492-493; *İpekçi*, Nizam: Ticaret Şirketleri Tatbikatı, İstanbul 1998, s. 124 vd; *Tekinalp* (*Poroy /Çamoğlu*): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. bası, İstanbul 2006, s. 112 vd; *Pulaşlı*, Hasan: Şirketler Hukuku Temel Esaslar, 6. bası, Adana 2007, s. 70 vd; *Tekil*, Fahiman:

ortaklıklarının birleşmelerinin tanımı, koşulları ve hükümlerine yer verilmiştir¹³.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 451-454. maddelerinde anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin özel hükümlere de yer verilmiştir¹⁴. Türk Ticaret Kanunu'nda anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin özel hükümlerin öngörülmesi ve burada birleşmeye ilişkin genel hükümlerden farklı düzenlemelere yer verilmesi esas olarak, bu Kanun'un genel hükümlerinde yer alan birleşmeye ilişkin hükümlerin İtalyan, anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin hükümlerin ise Alman/İsviçre hukuk sistemine dayanmasından kaynaklanmaktadır¹⁵; ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun

Şirketler Hukuku C. II, İstanbul 1976, s. 72 vd; *Tekil*, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 510-511; *Türk*, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 173 vd.

¹³ Bu hükümler düzenlenirken, eski TK'nun birleşmeye ilişkin genel hükümleri dikkate alınmış ve bu hükümlere, "nev'ilerin aynı olması koşulu" da eklenmiştir. Eski Kanun'un söz konusu hükümleri ise, İTK ve FTK'dan alınmıştı. Yeni TTK'da da, İTK sistematığına uygun olarak söz konusu hükümler, "genel hüküm" yapılmıştır.

Diğer taraftan, anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin özel hükümlerin yer aldığı TTK'nun 451-454 maddelerine kaynaklık eden İBK'nda bir malvarlığı veya işletmenin devralınması ve işletmelerin birleştirilmesi ile ilgili genel, çeşitli ortaklıkların birleştirilmesine ilişkin ise özel hükümler yer almakta iken, 01.07.2004'te yürürlüğe giren "Birleşme Kanunu" (*Merger Act*) ile İBK'nun birleşmeye ilişkin hükümleri ilga edilmiş, yeni Kanunla kamu kuruluşları dahil her türlü ortaklığın (İBK'nun 530. maddesinde düzenlenen adı ortaklık hariç) birleşmesine olanak tanınarak birleşmeye ilişkin daha esnek düzenlemeler getirilmiştir. Bu Kanun'da birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığı devirlerine ilişkin yeni düzenlemeler yer almış, birleşmelerin kontrolü ise, 01.07.1996'da yürürlüğe giren ve kısaca "Kartel Kanunu" olarak anılan Kanun (*The Federal Act on Cartels and Other Restraints on Competition of 6 October 1995*) ile sağlanmıştır. İsviçre hukukunda birleşmelerin mevzuattaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bonvin, Jacques / Staehelin, Matthias*: "Switzerland", From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 323 vd; *Erdem, Ercüment*: "Türk-İsviçre Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 193 vd; *Kut, Ahmet*: "Amendment of The Swiss Cartel Act", <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004); *Malacrida, Ralph / Vogt, Nedim Peter / Watter, Rolf*: Swiss Mergers & Acquisitions Practice, Basle 2001, s. 11 vd; *Meyer, Tobias*: "The Swiss Merger Act", <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004); *Türk, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 58 vd.

¹⁴ Anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin hükümlerde başlıca dört husus düzenlenmiştir: 1- Bir anonim ortaklığın diğer bir anonim ortaklık tarafından "bütün aktif ve pasifleriyle" devralınması (m. 451/I), 2- Birden çok anonim ortaklığın "mallarının" (ortaklığın hakları ve borçlarının) yeni kurulacak bir anonim ortaklık tarafından satın alınması (m. 452/I), 3- Bir anonim ortaklığın "aktif ve pasifleriyle" birlikte sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkça satın alınması (m. 453), 4- Bir anonim ortaklığın "mal ve borçlarının" devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişiliklerince satın alınması (m. 454).

Diğer taraftan, Avrupa Birliği hukukunda, anonim ortaklıkların birleşmesi, "Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Direktifi"nde (78/855/EEC=OJ, L. 295, 20.10.1978) özel olarak düzenlenmiştir.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. *Arslanlı*, s. 240 vd; *İmregün*, s. 492-493. Ayrıca, bu konuya ilişkin olarak *Türk*, "Eski Kanun'un kolektif şirketler faslındaki birleşme hükümleri (m. 205-209) nev'ilerin aynı

çeşitli hükümlerinde ticaret ortaklıklarının birleşmesine atıf yapan hükümlere de yer verilmiştir¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nun 451-454. maddesinde anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin özel hükümlere yer verilmiş olması, anılan Kanun'un 146-151. maddelerindeki birleşmeye ilişkin genel hükümlerinin, anonim ortaklıklara uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesinin II. fıkrasından, çeşitli ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla, birleşmelerde genel hükümlerin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Bu itibarla, kendileri için özel birleşme hükümleri bulunan ortaklıklarda bu özel hükümler, diğer ticaret ortaklıklarında ise genel hükümler uygulanacaktır. Kanımızca, burada özel hükümlerin öncelikle uygulanması gerekmekte olup, özel hükmün bulunmadığı durumlarda genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir¹⁷.

olması koşulunu getiren yeni bir hükümlerle birlikte yeni Kanun'un 'Ticaret Şirketleri' başlıklı ikinci kitabında Umumî Hükümler faslına girmiştir (m. 146-151). Oysa eski Kanun'un sözü geçen hükümleri, 1882 İtalya Krallığı Ticaret Kanunu ile 1913 Fas Ticaret Kanunu'ndan alınmıştı. Yeni Kanun, bunları eski Kanun'la Fas Ticaret Kanunu sistemine aykırı, fakat İtalya Krallığı Ticaret Kanunu sistemine uygun olarak genel hüküm yapmıştır. Ancak iş burada bitmiyor. Yeni Kanun, tıpkı eski Kanun gibi 'Anonim Şirket' faslında 'Anonim Şirketlerin İnfisahı ve Tasfiyesi' başlıklı kısmın sonlarında tekrar birleşme konusuna dönmüştür. Gerçi eski Kanun'un Alman/İsviçre kökenli hükümleri (m. 461) yeni Kanun'un dışında bırakılmıştır. Onların yerine yine aynı kaynaktan daha geliştirilmiş bir düzenleme alınmıştır. Yeni Kanun, 1936'da yeniden gözden geçirilmiş İBK'nu izleyerek 'Tasfiyesiz İnfisah' üst kenar başlığı altında şu durumları sıralamıştır: I- Birleşme: 1. Devralma, 2. Yeni şirket kurulması, 3. Sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket tarafından devralınma; II- Bir amme hükmî şahsiyeti tarafından devralınma (m. 451-454). Böylece birleşme hukukunun iki karşıt sistemi eski Kanun gibi yeni Kanun'da da bir kez daha, ama bu kez değişik bir düzeyde, farklı bir ilişki içinde buluşmuştur. Yeni Kanun genel hüküm olarak İtalyan, özel hüküm olarak Alman/İsviçre sistemini seçmiştir." açıklamasına yer vermiştir; bk. *Türk, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 138 vd.

¹⁶ Örneğin, TTK'nun kollektif ortaklıkların sona erme nedenlerine ilişkin 185. maddesinde, anonim ortaklıkların kendi pay senetlerini iktisap etme yasağına ilişkin 329. maddesinde bu yasağın istisnaları kapsamında, anonim ortaklıkların sona erme nedenlerine ilişkin 434. maddesinde ve anonim ortaklıkların tasfiye durumuna girmesiyle ilgili 439. maddesinde birleşmeyle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

¹⁷ Bu yönde bk. *Türk, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 195; *Türk*, genel hükümlerden hangilerinin özel hükümlerle birlikte uygulanacağını belirlemekte üç ilke düşündüğünü ifade etmiş ve bu üç ilkeyi: "a) Özel hükümlerle düzenlenmemiş konularda genel hükümler uygulanır. b) Ortak konularda özel hükümlerle çelişen genel hükümler uygulanmaz. c) Ortak konularda çelişme yoksa, ancak özel hükümlerin sistemine uyan genel hükümler uygulanır." şeklinde belirlemiştir, *Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 196-197. Yargıtay 11. HD'nin 01.11.1993 tarih ve E. 1993/49, K.1993/6952 sayılı

Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 79. maddesinde ise, birleşmenin tanımı, birleşmeye ait kararların tescili ve kayıtların silinmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu mevzuat hükmü uyarınca birleşmeye ait kararın tescilinde sicil memuru, birleşme kararını veren ortaklıkların, esas sözleşmelerinin değiştirilmesi hakkındaki koşulları yerine getirmiş olup olmadıklarını ve bu ortaklıkların Türk Ticaret Kanunu'nun 147. maddesi hükmü gereğince aynı türden olup olmadıklarını inceleyecektir¹⁸.

2. Tanımı

Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesine göre, aynı türden iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birleşerek yeni bir ortaklık kurmaları veya bir ya da daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına katılması birleşme olarak adlandırılır¹⁹.

Diğer taraftan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın²⁰ 136. maddesinde, ticaret ortaklıklarının, bir ortaklığın diğerini devralması (devralma şeklinde birleşme) veya

Kararı'nda ise, "...Anonim ortaklıkların birleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesine göre değil, aynı Kanun'un 146, 147 ve 299. maddeleri göz önüne alınarak yapılır" yorumuna yer verilmiştir. Genel olarak bk. *Ansay*, s.190-191; *Çevik*, Orhan Nuri, Şirketler, s. 889; *İmregün*, s. 493; *Tekil*, Anonim Şirketler, s. 510-511; *Türk*, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 329; *Yasaman*, s. 37 vd.

¹⁸ Söz konusu tescilde birleşme kararının tarihi, varsa numarası, yeni ortaklığın veya kendileriyle birleşilecek ortaklıkların unvanları, merkezlerinin adresleri, bu ortaklıkları temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, hangi sicil memurluğunun hangi numarasında kayıtlı oldukları, birleşmenin iki şekilden hangisine uygun olduğu, katılma durumunda hangi ortaklığa katılmanın söz konusu olduğu hususları gösterilecektir. Ayrıca, ortaklıkların birleşmeleri halinde tüzel kişilikleri sona erenlerin kayıtları silinecek ve yeni kurulan ortaklık tescil olunacaktır; birleşme, bir ortaklığın ya da ortaklıkların malvarlığının diğer ortaklık tarafından devir alınması şeklinde ise, tüzel kişiliği sona erenin veya erenlerin kaydı silinecek ve devralan ortaklığın tescile tabi kayıtlarında devir nedeniyle meydana gelen değişiklikler varsa, bunlar tescil olunacaktır. Bk. *Doğanay*, s. 650 vd; *Türk*, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 145-146.

¹⁹ Doktrin ve uygulamada bu tanım kapsamındaki birleşmeler, "yeni ortaklık kurulması" veya "devralma" yoluyla birleşme olarak adlandırılmaktadır. Birleşmede dağılan ortaklığın ya da ortaklıkların pay sahipleri, birleşme sözleşmesinde öngörülen oranlarda devralan ya da yeni kurulan ortaklığın pay sahibi olurlar. Ayrıntılı bilgi için bk. *Arslanlı*, s. 175 vd; *Doğanay*, s. 650 vd; *Domaniç*, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması – TTK Şerhi, İstanbul 1986, s. 1497 vd; *Eriş*, s. 1248 vd; *Tekil*, Anonim Şirketler, s. 698 vd; *Türk*, Birleşme, s. 59 vd; *Türk*, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 177 vd; *Yasaman*, s. 5 vd.

²⁰ TTKT için bk. <http://www.tbmm.gov.tr> (10.04.2006).

yeni bir ortaklık içinde bir araya gelmeleri (yeni kuruluş şeklinde birleşme) yoluyla birleşebilecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu maddede, birleşmenin, devrolunan ortaklığın malvarlığı karşılığında, bir değişim oranı uyarınca devralan ortaklığın ortaklık paylarının, devrolunan ortaklığın ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 79. maddesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesinde yer alan tanıma paralel olarak birleşmenin, iki veya daha fazla ticaret ortaklığının aktif ve pasiflerini birleştirerek tüzel kişiliklerini sona erdirmek suretiyle yeni bir ticaret ortaklığı meydana getirmeleri ya da bir veya daha fazla ticaret ortaklığının tüzel kişiliklerini sona erdirip aktif ve pasiflerini mevcut diğer bir ticaret ortaklığının aktif ve pasifleriyle birleştirip o ortaklığa katılmaları şeklinde olacağı hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, Türk Ticaret Kanunu açısından birleşmeyi, bir veya birden fazla ticaret ortaklığının, Kanun'un birleşme için öngördüğü usul ve koşulları yerine getirmek suretiyle, herbirinin tasfiyesiz sona ererek yeni kurulan bir ticaret ortaklığına ya da en az birinin önceden mevcut olan bir ticaret ortaklığına katılması sonucunda tek bir ortaklık durumuna gelmesi ile sona eren ortaklığın ya da ortaklıkların tüm malvarlığının devralan ya da yeni kurulan ortaklığa küllî halefiyet yoluyla geçmesi sonucunu doğuran hukukî işlem, şeklinde tanımlayabiliriz.

3. Koşulları

Ticaret ortaklıklarının birleşme koşulları Türk Ticaret Kanunu'nun 147-149. maddeleri arasında düzenlenmiştir²¹. Buna göre, türleri aynı olan en az iki ticaret ortaklığı, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin usul ve kurallar çerçevesinde ayrı ayrı karar vererek bu kararı Ticaret Sicili'ne tescil ve ilân ettireceklerdir²². Ayrıca, bu ortaklıkların her biri, aralarında tespit edilecek bir örneğe göre düzenlenmiş olan bilançolarını ve birleşme nedeniyle varlıkları sona eren ortaklıklar ise kendilerine ait borçların ne suretle ödeneceğine ilişkin düzenleyecekleri beyannameyi de bilanço ile birlikte ilân ettireceklerdir.

a) Aynı Türden En Az İki Ticaret Ortaklığının Varlığı

²¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Çevik*, Orhan Nuri, Şirketler, s. 889; *Doğanay*, s. 652 vd; *Eriş*, s. 1249 vd; *Tekinalp (Poroy /Çamoğlu)*, s. 114 vd; *Pulaşlı*, s. 71 vd; *Türk*, Birleşme, s. 105 vd; *Yasaman*, s. 33 vd. TTKT'da, birleşme işlemlerine ilişkin olarak yazılı bir birleşme sözleşmesinin yapılacağı (m. 145), birleşme raporunun hazırlanacağı (m. 147), yetkili organlarca birleşme kararının alınacağı (m. 151) ve birleşme işleminin Ticaret Sicili'ne tescil edileceği (m. 152) hususlarına yer verilmiştir. Ayrıca söz konusu Tasarı'da, sermaye ortaklıklarının kolaylaştırılmış şekilde birleşmesine de yer verilerek, birleşmeye katılan ve 155. maddenin I. fıkrasında öngörülen koşullara uyan sermaye ortaklıklarının, birleşme sözleşmesinde, 146. maddenin (a) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verecekleri, bu sermaye ortaklıklarının birleşme raporu (m. 147) düzenlemeye, birleşme sözleşmesini denetletmeye (m. 148) ve inceleme hakkı sağlamaya (m. 149) zorunlu olmadıkları gibi birleşme sözleşmesini genel kurulun onayına da (m. 151) sunmayabilecekleri hususu ile, birleşmeye katılan ve 155. maddenin II. fıkrasında öngörülen koşullara uyan sermaye ortaklıklarının, birleşme sözleşmesinde, sadece, 147. maddenin (a), (b) ve (f) ilâ (i) bentlerinde gösterilmiş bulunan kayıtlara yer verecekleri, bu ortaklıkların birleşme raporu (m. 147) düzenlemeye ve birleşme sözleşmesini genel kurula sunmaya (m. 151) zorunlu olmadıkları hususları hükme bağlanmıştır.

²² Birleşmede son ilân tarihinden itibaren, birleşen ortaklık alacaklılarına tanınan üç aylık itiraz süresi konulmuştur (TTK m. 150). İlândan itibaren itiraz olmamış ya da itirazlar geri alınmış veya mahkemece reddedilmiş ve bu red durumu temyiz edilmeyerek veya temyizden geçmek suretiyle veya alacaklar ödenmiş ya da teminat gösterilmiş ve teminat kararı kesinleşmişse, birleşme hukuken kesinleşmiş olur (TTK m. 150/ III, 151/ I). Diğer taraftan, TTK'nun 451-454 maddelerinde anonim ortaklıklar için özel hükümler öngörülmüş olup, anonim ortaklıkların birleşmesine ilişkin olarak, birleşme işlemlerinin gerçekleştirilmesinde, bu hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Diğer taraftan, BANKK'nun "Kuruluş Şartları" başlıklı 7. maddesinin (a) bendi uyarınca, Türkiye'de kurulacak bir bankanın "anonim ortaklık" şeklinde kurulması gerektiğinden, bu hükümlerin bankalar için de uygulanması söz konusu olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu açısından birleşme, ticaret ortaklığı niteliğine sahip ortaklıklar arasında gerçekleşir ve bu tür bir birleşmeden söz edebilmek için en az iki²³ ticaret ortaklığının varlığı gerekir. Ticaret ortaklıklarının türleri ise Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde, kollektif, komandit²⁴, anonim, limited ve kooperatif ortaklıklar olarak sayılmıştır.

Bu tür birleşmeler, ticaret ortaklıkları arasında söz konusu olmakla beraber, Türk Ticaret Kanunu'nun 147. maddesinde birleşmenin aynı türden ticaret ortaklıkları arasında gerçekleşebileceği, birleşme bakımından da kollektif ile komandit ortaklıklar ile anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların aynı türden sayılacağı hükme bağlanmıştır²⁵.

b) En Az Bir Ticaret Ortaklığının Tasfiyesiz Sona Ermesi

Devralma yoluyla birleşmede en az bir, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmede ise en az iki ticaret ortaklığı tasfiye olmaksızın hukukî varlıklarını sona erdirmektedir.

²³ Ticaret ortaklıklarının birleşmesinden söz edebilmek için en az iki ticaret ortaklığının varlığı gerekmesine rağmen, birleşecek ortaklıkların sayısı bakımından TTK'nda bir üst sınır öngörülmemiştir; zira TTK, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmenin “iki ya da daha fazla” ticaret ortaklığınca yapılacağını, devralma yoluyla birleşmede ise, “bir ya da daha fazla” ticaret ortaklığının önceden varolan bir ticaret ortaklığına katılacağını belirlerken üst sınırı açık bırakmıştır (m. 146/ I, 452/ I, 453/ I).

²⁴ TTK uyarınca komandit ortaklık (m. 243-268), aynı zamanda sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık (m. 475-484) olarak kurulabilmektedir.

²⁵ Doktrinde dikkat çekildiği üzere, küreselleşme süreci içerisinde artan rekabet ortamı daha güçlü ortaklıkların varlığını kaçınılmaz duruma getirmektedir; bu nedenle ekonomik gereklere ters düşen ve aşağıda değinilecek olan “nev’ilerin aynı olması” koşulu ticaret ortaklıklarının birleşmesinde kaldırılmalıdır; bu şekilde, özel teşebbüslerin ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak yürütülmesi daha da kolaylaşacaktır; zira TTK'nın 137. maddesinde, sermaye ortaklıklarının sermaye ortaklıkları, kooperatifler ve devralan ortaklık olmaları koşuluyla, kollektif ve komandit ortaklıklarla, şahıs ortaklıklarının şahıs ortaklıklarıyla devrolunan ortaklık olmaları koşuluyla, sermaye ortaklıklarıyla, devrolunan ortaklık olmaları koşuluyla, kooperatiflerle birleşmeleri geçerli birleşme olarak kabul edilmiş ve birleşmede ortaklık türlerinin aynı olması koşulu yumuşatılmıştır. Ticaret ortaklıklarının birleşmelerinde yapılan tartışmalar ve “aynı türden olma koşulu” hakkında belirtilen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Domaniç*, TTK Şerhi, s. 1500; *Türk*, Birleşme, s. 59 vd; *Türk*, Nev’ilerin Aynı Olması Koşulu, s. 245 vd; *Yasaman*, s. 5 vd.

Ortaklıklar hukukunun temel ilkelerinden birinin, varolan işletmeleri malvarlığı değerlerince korumak ve devamlılıklarını sağlamak²⁶ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ticaret ortaklıklarının birleşmesinde dağılan ortaklıkların ortakları ile malvarlığı (işletmesi) arasındaki hukukî ilişkinin gerçekte sona erdirilmek istenmemesi, aksine devralan veya yeni kurulan ortaklık aracılığıyla sürdürülmek istenmesi, bu ilkeye hizmet edecektir; bu nedenle de, ticaret ortaklıklarının birleşmesinde iç ve dış tasfiye yapılmaksızın en az bir ticaret ortaklığının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

c) Tasfiyesiz Sona Eren Ortaklığa Ait Malvarlığı ve İşletmelerin Küllî Halefiyet Yoluyla Devri

Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesinde, ortaklık birleşmelerinde sona eren ortaklıkların bütün hak ve borçlarının devralan ya da yeni kurulan ortaklığa geçeceği hükme bağlanarak küllî halefiyet ilkesi kabul edilmiştir.

Mevzuatımızda küllî halefiyet ilkesinin kabul edildiği diğer durumlarda²⁷ olduğu gibi, ortaklık birleşmelerinde malvarlığı ve işletmenin geçişi, aktif ve pasif bütün öğeleri ile birlikte eş zamanlı ve kendiliğinden gerçekleşir; bu da aslında ortaklık birleşmelerinde, dağılan ortaklıkların malvarlığı işletmelerinin devamlılığının devralan veya yeni kurulan ortaklıkça sağlanmasının doğal bir sonucudur.

²⁶ Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Türk, Birleşme*, s. 106 vd.

²⁷ Türk hukukunda küllî halefiyet, miras (TMK m. 575, 599), ticaret ortaklıklarının ve sendikaların birleşmesi (TTK m. 151/ I, 452, 453, SK m. 27), bir anonim, paylı komandit ortaklık veya kooperatifin limited ortaklığa çevrilmesi (TTK m. 555/ I, 476/ I, KK m. 98), bir anonim, paylı komandit ortaklık veya kooperatif malvarlığının bir kamu tüzel kişisince devralınması (TTK m. 454/ I, III, 476/ II, KK m. 85/ I, III) gibi belirli olaylar ve işlemler için öngörülmüş olağan dışı bir edinim yoludur. Mevzuatımızda öngörülen halefiyet durumları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Ayrıncı, Hasan: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara 2003, s. 69 vd; *Kılıçoğlu, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet*, Ankara 1979, s. 56 vd; *Türk, Birleşme*, s. 150 vd.

C- SERMAYE PİYASASI KANUNU

1. Genel Olarak

Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde²⁸, sermaye piyasası araçları ile bu araçların ihracının, halka arzı ve satışının, bunları ihraç veya halka arz edenlerin, Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasaların, sermaye piyasası faaliyetlerinin, sermaye piyasası kurumlarının ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu Kanun'a tabî olacağı hükme bağlanmıştır²⁹.

Bununla birlikte, Sermaye Piyasası Kanunu'nda hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümler uygulanacağından (m. 2/ II), Türk Ticaret Kanunu'ndaki ortaklık birleşmelerine ilişkin hükümler, Sermaye Piyasası Kanunu açısından da uygulama alanı bulacaktır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin (h) bendinde, bu Kanun açısından anonim ortaklıkların ihraççı olabileceklerinin hükme bağlandığı hususu ile "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"nin³⁰ 3. maddesinde, bu Tebliğ açısından ortaklığın "anonim ortaklık" olarak tanımlandığı hususu göz önünde bulundurulduğunda, Sermaye Piyasası Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun birleşmeye ilişkin hükümlerinin birlikte uygulanması, halka açık anonim ortaklıklar açısından önem arz edecektir.

²⁸Ayrıntılı bilgi için bk. *Domanıç*, TTK Şerhi, s. 1171 vd; *İmregün*, s. 492-493; *Tekil*, Anonim Şirketler, s. 510 vd; *Yanlı*, Veliye: "Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Anonim Şirket Birleşmeleri", Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 73 vd.

²⁹ SPKnTT'nin 2. maddesinde, "sermaye piyasası aracı" kavramı yerine "finansal araç" kavramı kullanılarak, finansal araçların, bu araçların halka arzı ve satışının, bunları halka arz ve ihraç edenlerin, bu Kanun'un 55. maddesi çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasaların, sermaye piyasası faaliyetlerinin, sermaye piyasası kurumlarının ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu Kanun hükümlerine tabî olduğu, ancak, hazine bonusu, devlet tahvili, finansman bonusu ve benzeri nitelikteki araçlar hariç para piyasası araçları ile halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçlarının bu Kanun'un kapsamı dışında olduğu hükme bağlanmıştır. Söz konusu Taslak Metin için bk. <http://www.spk.gov.tr> (20.10.2005).

³⁰ Seri: I, No: 31 (RG, 14.07.2004, S. 25168). Söz konusu Tebliğ, Seri: I No: 33 sayılı "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" (RG, 03.03.2006, S. 26097) ile değişikliğe uğramıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda birleşmeye ilişkin ayrıntılı özel düzenlemelere yer verilmemekle beraber, bu Kanun'un "Muhasebe, Malî Tablo ve Rapor Standartları, İlân, Bağımsız Denetleme" başlıklı 16. maddesi ile, "Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar" başlıklı 16-A. maddesinde, birleşmeye ilişkin hükümler yer almaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16-A. maddesine dayanarak çıkardığı "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"³¹ de, birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin halka açık anonim ortaklık olması durumuna ilişkin olarak ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Sermaye Piyasası Kurulu, halka arzda, kayıtlı sermaye sistemine geçişte, bu Kanun kapsamındaki anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının tasfiyesi, devri, birleşmesi ve tür değiştirmelerinde bağımsız denetim raporu isteyebilecektir (SERPK m.16/ III).

Ayrıca, halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, pay senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren pay senedi el değiştirmelerinde, sermaye arttırmalarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul,

³¹ Tebliğ hükümleri incelendiğinde, Roma Antlaşması'nın 54 (3) (g) maddesine dayanılarak çıkarılan "Anonim Ortaklıkların Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Direktifi"nden (78/855/EEC= OJ, L. 295, 20.10.1978) esinlendiği görülecektir. Direktif'in Türk hukuku üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bahtiyar*, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Direktifi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi", Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 1 vd; *Erdem*, Ercüment: "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi", GALÜHFD 2002, s. 160 vd; *Odman*, Ayşe: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu – *Avquis Communautaire*'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul 2001, s. 567 vd.

küçük pay sahiplerinin korunması³² ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapacaktır (SERPK m. 16-A/I). Örneğin bu amaca yönelik olarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. ve 16/A. maddelerine dayanılarak “Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği”³³ çıkarılmıştır³⁴.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri dışında, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında, “İhraççıların Muafiyet Şartlarına ve Kurul Kaydından Çıkarılmalarına İlişkin Esaslar Tebliği”nde³⁵, “Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliği”de³⁶, “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği”de³⁷, “Yatırım

³² Ortaklık birleşmelerinde yatırımcının korunması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bk. *Aker*, Halit: “Hakim İşletme ile Bağımlı İşletme Arasındaki Hukukî İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Batider* 2003, C. XXII, S. 2, s. 153 vd; *Öztürk*, Ceyda: “Şirket Birleşmelerinin Sermaye Piyasaları ve Hisse Senedi Yatırımcısı Açısından İncelenmesi”, *Şirket Birleşmeleri* (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 265 vd.

³³ Seri: VIII No: 20 sayılı (RG, 06.07.1993, S. 21629).

³⁴ Bu Tebliğ'in 3. maddesinde, sözleşme nedeniyle yönetimin el değiştirmesinden bahsedilmekle birlikte, burada yatırımcının korunması açısından önem arzeden husus, sözleşme ile TTK'nun alacaklıların ve ortakların haklarını koruyan hükümlerine (TTK m. 329, 405-408) dokunulamayacağıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Aker*, s. 161 vd.

³⁵ Seri: IV No: 9 sayılı (RG, 27.12.1994, S. 22154); bu Tebliğ'in “Halka Açık Anonim Ortaklıklara Tanınan Muafiyetler” başlıklı 3. maddesinde, sermaye arttırımı veya mevcut payların ortaklarca halka satışı yoluyla pay senetlerinin ilk kez halka arz olunması ve ortaklıkların “devir ve birleşmesi” durumunda, bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğünden muafiyet hükmünün uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

³⁶ Seri: IV No: 28 sayılı (RG, 22.12.2002, S. 24971); bu Tebliğ'in “Külli Halefiyet Yoluyla Devirlerin Kaydı” başlıklı 20. maddesinde, kaydı sermaye piyasası araçları MKK'da izlenen ihraççıların taraf oldukları “birleşme veya devralma” gibi külli halefiyet sonucunu doğuran işlemleri ile ilgili olarak, içeriği MKK tarafından belirlenecek bilgileri yetkili organ kararının alınmasını izleyen iş günü, bu kararın bir kamu otoritesinin onayını gerektirmesi halinde onayı veya reddi kararını, kararın verilmesini izleyen iş günü, bu kararlara ilişkin ortaya çıkan değişiklikleri, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesini izleyen iş günü sonuna kadar en seri şekilde MKK'na bildirmekle yükümlü oldukları hususu ile, bu işlemler sonucunda sona ermenin ve yapılan arttırımın Ticaret Sicili'ne tescilin de, tescili izleyen iş günü ihraççı tarafından MKK'na bildirilmesi ve MKK'nun üye hesaplarında gerekli kayıtları oluşturması hususları, hükme bağlanmıştır.

³⁷ Seri: V No: 46 sayılı (RG, 07.09.2000, S. 24163); bu Tebliğ'in “Konsolidasyon ve Birleşme” başlıklı 60. maddesinde, Kurul'un, gerekli gördüğü durumlarda bir aracı kurumun başka bir aracı kurumda yüzde on veya daha fazla paya sahip olması, yönetim ve denetim kuruluna katılması, genel kurulunda asaleten oy kullanması veya iki aracı kurumdan birinin diğerini doğrudan ya da dolaylı biçimde yönetimi ve denetimi altında tutması durumunda, bu aracı kurumların malî tablo ve raporlarının konsolide edilmesini ve söz konusu aracı kurumların tek bir ticaret unvanı altında birleşmelerini isteyebileceği hususu ile, iki aracı kurumun “birleşmeyi” takiben 1 yıl içerisinde halka açılmak üzere Kurul'a başvurması durumunda, halka açılmaya ilişkin olarak Kurulca aranan asgarî

Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği”inde³⁸ ve “Aracı Kurumların Sermayelerine ve Sermaye Yeterliğine İlişkin Esaslar Tebliği”nde³⁹ birleşmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

2. Tanımı

Sermaye Piyasası Kanunu’nda, Türk Ticaret Kanunu’nun 146-151. maddeleri ile 451-454. maddelerinde olduğu gibi birleşmenin usul ve koşullarını ayrıntılı olarak düzenleyen hükümlere yer verilmemiştir. Bu nedenle anılan Kanun’da, birleşmeye ilişkin bir tanım da bulunmamaktadır.

Buna karşılık, “Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği”nin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde birleşmenin, “ortaklık devralma yoluyla veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme”yi ifade ettiği hükme bağlandıktan sonra, ortaklık devralma yoluyla birleşmenin, en az bir ortaklığın aktif ve pasifini bir bütün olarak başka bir ortaklığa devrederek tasfiyesiz sona ermesini, devralan ortaklığın paylarından devrolan ortaklığın ortaklarına verilmesini ve devralan ortaklığın tüzel kişiliğini devam ettirmesini, yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmenin ise, iki veya daha fazla ortaklığın, tasfiyesiz sona erme yoluyla, tüzel kişiliklerini sona erdirerek aktif ve pasiflerini bir bütün olarak birleştirmek suretiyle kurulacak yeni bir ortaklığa devretmelerini ve yeni kurulan ortaklığın paylarının sona eren ortaklıkların

ödenmiş sermaye tutarının üçte ikisinin, ikiden fazla aracı kurumun aynı koşullarda birleşmesi durumunda ise üçte birinin aranacağı hükme bağlanmıştır.

³⁸ Seri: V No: 55 sayılı (RG, 22.04.2004, S. 24734); bu Tebliğ’in “Yatırım Danışmanlığı Yetki Belgesine Sahip Kuruluşların Faaliyette Bulunabilecekleri Diğer Alanlar” başlıklı 6. maddesinin (d) bendinde, ortaklıkların, “birleşme”, bölünme, ele geçirme ve iş ortaklıklarının kurulması ve benzeri sermaye veya ortaklık yapılarındaki değişikliklerle ilgili yeniden yapılandırılma faaliyetleri ve tasfiye sürecinde yazılı veya sözlü yorum ve tavsiyelerde bulunulması, yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip kuruluşların faaliyette bulunabilecekleri alanlar arasında sayılmıştır.

³⁹ Seri: V No: 34 sayılı (RG, 26.06.1998, S. 23384); bu Tebliğ’in “Sermayenin Güçlendirilmesine İlişkin Özel Hükümler” başlıklı 15. maddesinde, birden fazla aracı kurumun ilgili mevzuat çerçevesinde “birleşme” yoluyla oluşturdukları yeni aracı kurumlar ve bir veya birden fazla aracı kurumu devralan aracı kurumlar için uygulanacak hükümlere yer verilmiştir.

ortaklarına payları oranında verilmesini ifade ettiği hükme bağlanmıştır⁴⁰. Ayrıca aynı Tebliğ'in 20. maddesinin son fıkrasında, ortaklık devralma veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde bu Tebliğ'de hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlere uyulacağı açıkça ifade edilmiştir.

3. Koşulları

Sermaye Piyasası Kanunu açısından birleşmenin koşullarına ilişkin olarak, sermaye piyasası mevzuatında öngörülen düzenlemelerin yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'ndaki ticaret ortaklıklarının birleşmesinin koşullarını düzenleyen hükümler de göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16/A. maddesine dayanılarak çıkarılan "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"nde, devralma veya yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin halka açık anonim ortaklık olması durumunda birleşme işlemlerinde uyulacak esaslara ayrıntılı olarak yer verilmiştir⁴².

Buna göre Sermaye Piyasası Kanunu açısından birleşmede, en az bir ticaret ortaklığının tasfiyesiz dağılması ile tasfiyesiz sona eren ortaklığa ait malvarlığı ve

⁴⁰ Bu maddede, birleşmenin tanımına ek olarak, birleşmede kullanılacak yöntemi ifade etmek üzere, "birleşme oranı" ile birleşmeye taraf ortaklıkların ortaklarının, birleşme oranı dikkate alınarak birleşme sonucunda mevcut bir paya karşılık alacakları pay oranını ifade etmek üzere de "değiştirme oranı" tanımı yapılmıştır.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Çevik*, Orhan Nuri, Şirketler, s. 889; *Doğanay*, s. 555 vd; *Erdem*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 166 vd; *Eriş*, s. 1248 vd; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 114 vd; *Pulaşlı*, s. 71 vd; *Türk*, Birleşme, s. 105 vd; *Yanlı*, s. 73 vd; *Yasaman*, s. 33 vd.

⁴² Anılan Tebliğ'de birleşmeye ilişkin esaslarla ilgili olarak, yetkili organların ön kararı, birleşmeye esas alınacak malî tablolar ve özel bağımsız denetim raporu, bilirkişi incelemesi, birleşme oranının hesaplanmasında uygulanabilecek yöntemler, uzman kuruluş incelemesi, birleşme sözleşmesi, yönetim kurulu raporu, Kurul'a başvurularak onay alınması, pay sahiplerinin bilgilendirilmesi, birleşme sözleşmesinin onaylanması ve devralma yoluyla birleşme işleminde sermaye arttırım kararı, Kurul kaydına alınma, pay senetlerinin teslim esasları, Kurul'a bildirim, devralma suretiyle ulaşılabilecek sermaye tutarı ile yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme sonrasında ulaşılabilecek sermaye tutarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Erdem*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 160 vd.

işletmelerin küllî halefiyet yoluyla devri koşulları burada da geçerli olup⁴³, birleşme işlemlerinde taraflardan en az birinin halka açık anonim ortaklık olması gerekecektir.

D- REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

1. Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, teşebbüslerarası⁴⁴ birleşme ve devralmalara ilişkin hükümlere yer verilerek⁴⁵, hakim durum⁴⁶ yaratmaya

⁴³ Bk. yuk. s. 10 vd.

⁴⁴ RKHK açısından "teşebbüs" kavramı özellikle anlaşma, karar ve uyumlu eylem (m. 4), hakim durumun kötüye kullanılması (m. 6) ile birleşme ve devralmalar bakımından önem arz etmekte olup, rekabet hukukunda temel kavram niteliğindedir. Anılan Kanun'un 3. maddesi uyarınca teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" ifade etmektedir. RKHK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Metnin 1. maddesinde ise teşebbüs, "hukukî statüsü ve finansman şekline bakılmaksızın piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden ve bağımsız karar verebilen tüm birimler" olarak tanımlanmıştır. RKHK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Metin için bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (20.10.2005). "Teşebbüs" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Arı, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklık Kavramı ve Hukukî Sonuçları*, Ankara 2004, s. 145 vd; *Aşçıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara 2000, s. 146 vd; *Erdem, Ercüment: Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003, s. 189 vd; *Güven, Pelin: Rekabet Hukuku*, Ankara 2005, s. 68 vd; *Güven, Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, 2. bası, Ankara 2003, s. 181 vd; *Ulu, Harun: Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin*, Ankara 2004, s. 10 vd.

⁴⁵ RKHK yürürlüğe girmeden önce rekabet, TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri (m. 56-65) ve TKM'nin 2. maddesine göre dürüstlük kuralı çerçevesinde korunmaktaydı; buna karşılık T.C. Anayasası'nın "Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" başlıklı 167. maddesi ile Avrupa Birliği'ne uyum süreci, RKHK'un çıkarılmasını gerektirmiştir; anılan Kanun'un 7. maddesi ile de, rekabeti sınırlayan birleşme ve devralmalar yasaklanmış, Roma Antlaşması'nın 82. maddesine paralel olarak teşebbüslerin birleşme ve devralma yoluyla piyasaya hakim olmaları denetlenerek, bu durumun kötüye kullanılması engellenmek istenmiştir. Diğer taraftan, RKHK'un kabul edilme sürecini hızlandıran en önemli gelişmelerden biri, 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın hazırlık aşamaları olmuştur. Söz konusu Konsey Kararı'nın 30-36 maddelerinde, "Gümrük Birliği'nin Rekabet Kuralları" ile ilgili düzenlemelere, ayrıca, mevzuatların yakınlaştırılmasına ilişkin 37-41 maddelerinde de, rekabet kurallarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda yer alan düzenlemelerde, rekabeti engelleyen, sınırlayan, ortadan kaldıran teşebbüslerarası anlaşmalar, kararlar, uyumlu eylemler, muafiyet koşulları, hakim durumun kötüye kullanılması, devlet yardımları ve bu konularla ilgili hususlara yer verilmiştir. Ayrıca bu düzenlemelerde, Türkiye'nin Gümrük Birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatının Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu duruma gelmesini ve etkin biçimde uygulanmasını temin edeceği hükme bağlanmıştır. RKHK öncesinde rekabet hukukuna ilişkin yapılan tartışmalar hakkında bk. *Aslan, İ. Yılmaz: Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi*, Bursa 1993, s. 1 vd; *Aşçıoğlu Öz, Hakim Durum*, s. 4 vd.

⁴⁶ RKHK'un 3. maddesinde hakim durumun, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi

veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁷.

Anılan Kanun hükmüne göre, hukukî açıdan geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gereken⁴⁸ birleşme ve devralmaları tespit ve ilân etmek amacıyla Rekabet Kurulu tarafından “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”⁴⁹ çıkarılmıştır.

ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü” ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Rekabet hukukunda “hakim durum” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 90 vd; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 168 vd; *Gülgün*, Cenk: “Türkiye İçin Yoğunlaşma Kontrolü Modeli Önerisi : Rekabet Testi”, Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, s. 197 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 203 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 136 vd; *Güzel*, Oğuzkan: AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektörüne Uygulanması, Ankara 2003, s. 19 vd; *Ulu*, s. 10 vd.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. *Alpay*, Mustafa Okan: Birleşme ve Devralmalarda Batan Teşebbüs Savunması, Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr> (20.10.2004), s. 5 vd; *Aslan*, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori -Uygulama - Mevzuat, 3. bası, Bursa 2005, s. 455 vd; *Aslan*, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara 2006, s. 163; *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 4 vd; *Çeker*, Mustafa: “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, Batider 1996, C. XVIII , S. 3, s. 94 vd; *Erdem*, Türk-İsviçer Rekabet Hukuku, s. 193 vd; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 11 vd; *Esin*, Arif: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 2-3; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 293 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 92 vd; *Ulu*, s. 5 vd; *Yılmaz*, Lerzan: “Türk ve AT Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralınmaları”, Şirket Birleşmeleri, (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 137 vd.

Aşçıoğlu Öz, birleşme ve devralmaların rekabet düzenlemeleri çerçevesinde ele alınarak kontrol edilmesinin esas itibariyle bir zorunluluk olmadığını ileri sürerek, bunun aslında rekabet politikasına ilişkin bir tercih olduğunu işaret etmektedir. Nitekim Avrupa Birliği ve İngiliz hukukunda sonradan bu hususa ilişkin düzenlemelere yer verilmesi, bunun rekabet hukuku politikasına ilişkin bir tercih olduğunun göstergesidir. Bk. *Aşçıoğlu Öz*, Gamze: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Çerçevesinde Birleşme ve Devralmalar ‘Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü’”, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, Ankara 2005, s. 69.

⁴⁸ Nitekim RKHK’un 27. maddesinin (d) bendinde, Kurul’un görev ve yetkileri arasında “birleşme ve devralmalara izin vermek” sayılmıştır.

⁴⁹ RG, 12.08.1997, S. 23078; anılan Tebliğ, hukukî geçerlilik kazanabilmeleri için hangi tür birleşme ve devralmalar için Kurul’dan izin alınması amacıyla bildirim zorunlu olduğu hususu ile bu bildirim usul ve esaslarını belirlemiştir. Söz konusu Tebliğ, 26.03.2006 tarih ve 23298 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ’in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ”, 18.11.1998 tarih ve 23527 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”, 21.08.2000 tarih ve 24147 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “1997/1 Sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de ve 1997/2 Sayılı “Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun’un 10. Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği”nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ” ve

Rekabet hukuku açısından izne tabî birleşme ve devralmaların hukukî açıdan geçerlilik kazanabilmesi için gereken kriterler Kanun’da belirtilmediğinden, bu kriterlerin belirlenmesi “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” ile sağlanmıştır.

Ayrıca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 11. maddesinde, Kurul’a bildirilmesi zorunlu olan bir birleşme ve devralma işleminin bildirilmemiş olması durumunda, Kurul’un herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğu zaman, kendiliğinden birleşme ve devralmayı incelemeye alacağı hükme bağlanmıştır⁵⁰.

Birleşme ve devralmalara ilişkin usul ve kurallar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, bu Kanun’un çeşitli maddelerinde dağınık bir halde düzenlenmiştir. Zira, hangi tür birleşme ve devralmaların yasak olduğu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “Yasaklanan Faaliyetler” başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünün 7. maddesinde düzenlenmişken, birleşme ve devralmanın Kurul’a bildirilmesi, “Kurul’un Yetkileri” başlıklı ikinci bölümün 8. maddesinde, birleşme ve devralmalarda menfi tespit belgesinin verilmesi 9. maddesinde, ihlale son verme 10. maddesinde ve birleşme ve devralmanın Kurul’a bildirilmemesi ise 11. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, söz konusu Kanun’un dördüncü kısmında, Kurul’un inceleme ve araştırmalarındaki usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle, birleşme ve devralmalara ilişkin bu usul ve kuralların birlikte düzenlenmesinin Kanun’un sistematığına daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

09.03.2006 tarih ve 26103 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “1997/1 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de Değişiklik Yapılması ile 1997/2 ve 1997/6 Sayılı Tebliğlerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ” ile değişikliğe uğramıştır.

⁵⁰ Bk. aşa. s. 174-175.

2. Tanımı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmanın tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, anılan Kanun'un 7. maddesinde ve Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de, birleşme ve devralmaya ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiş, söz konusu mevzuat hükümlerinde birleşme, devralma sayılan ve sayılmayan durumlar ile bunlara bağlanan hukukî sonuçlar düzenlenmiştir⁵¹.

Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde birleşme ve devralmaya ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiş ise de, bu maddede hangi durumlarda bu Kanun açısından birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanmıştır⁵². Buna göre anılan kanun hükmü, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşmesi durumu ile herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını ya da ortaklık paylarının tümünü veya

⁵¹ RKHK, yasak olan birleşme ve devralma durumlarını ortaya koyarken Fransız rekabet hukukundaki tanımlamayla benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda Fransız rekabet hukukundaki, 01.12.1986 tarih ve 86-1286 sayılı Talimatname'de birleşme işlemi, "hangi biçimde olursa olsun bir işletmenin mallarının, haklarının veya borçlarının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya yararlanma hakkının devrini öngören ya da konusu veya etkileri bir teşebbüs veya teşebbüsler grubuna, başka bir veya birden fazla teşebbüs üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak belirleyici etki yaratma olanağı veren her türlü işlem" olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte FrTK, Avrupa Birliği hukukuna uyum çerçevesinde 15.05.2001 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişiklik ile birleşmenin kontrolüne ilişkin olarak eşik değerler öngörülmüş ve birleşme işleminin 4064/89 sayılı Tüzüğüne özüne aykırı olmaması koşulu aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Erdem*, Türk-İsviçre Rekabet Hukuku, s. 15, dn. 13; *Rivalland*, Jean-Claude: "France", From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 143 vd.

⁵² Doktrinde de ifade edildiği üzere, 7. madde metninin dilbilgisi kuralları açısından uygun bir ifadeyle düzenlenmediği ve kendi içerisinde çelişkili olduğu kanaatindeyiz. Zira, 7. maddenin ilk cümlesi "...hukuka aykırı ve yasaktır." ifadesi ile anlam bütünlüğüne ve dilbilgisi kurallarına aykırı bir şekilde bitmekte, ayrıca hakim durum yaratan ya da hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmaların zaten rekabeti önemli ölçüde azaltacağı gözönünde bulundurulmaksızın, yasak olan birleşme ve devralmaların "rekabetin önemli ölçüde azaltılması" koşuluna da bağlanması, metnin anlam bütünlüğünü bozmakta ve bu husus düzenlemenin amacına aykırı düşmektedir. Bu yöndeki ve diğer eleştiriler için bk. *Aslan*, Teori - Uygulama - Mevzuat, s. 455.

bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralmasını, yasaklamıştır⁵³.

⁵³ Rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemelere baktığımızda, Avrupa Birliği rekabet hukukunun dayanağı olan iki ana kural bulunmakta olup, bunlardan birincisi Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'nın, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve Ortak Pazar içindeki rekabetin engellenmesi, sınırlandırılması ya da bozulması amacıyla ve etkisine sahip teşebbüslerarası anlaşmaları, uyumlu eylemleri ve kararları yasaklayan 81. maddesidir; ikincisi ise, hakim durumda olan teşebbüslerin pazardaki güçlerini kötüye kullanmaları durumunda uygulanan 82. maddedir. Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak ise, Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma'da rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmaların denetlenmesi için Komisyon'a yetki veren bir hüküm bulunmamakla birlikte, birleşme ve devralmaların kontrolünü düzenleyen "Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 21.12.1989 tarih ve 4064/89 sayılı Tüzük" ile bu boşluk doldurulmuştur. Bu Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce ise bu boşluk, söz konusu Antlaşma'nın 81. ve 82. maddelerinin birleşme ve devralmalar için yorumlanmasıyla giderilmekteydi. Bunun yanı sıra, "20.08.1990 tarih ve 434/90 sayılı Birleşme Tüzüğü" ile kurumların yeniden yapılanma işlemleri arasında yer alan birleşmeler, bölünmeler, varlıkların transferi ve pay değişimi ile ilgili ortak sistem kurmayı amaçlayan düzenlemeler getirilmiştir. 4064/89 sayılı Tüzük, Avrupa Birliği sınırlarının genişlemesi ve daha geniş ve entegre bir alanda rekabet politikasının uygulanacak olması gibi nedenlerle, birleşme ve devralmaların kontrolü açısından yeni bir düzenlemenin gereksinimi sonucu çıkarılan 20.01.2004 tarih ve 139/2004 sayılı "Teşebbüsler Arasında Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük" ile ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu yeni Tüzük'te, etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi kavramına dayanan yeni bir test, birleşmelerin gözden geçirilmesine ilişkin daha esnek bir zaman çizelgesi, güçlendirilmiş bir "tek kontrol" (*one-stop shop*) mekanizması kavramı, Avrupa Komisyonu açısından artan bir uygulama gücü, amaçlanan hususların başında gelmektedir. Avrupa Birliği rekabet hukukunda birleşmelerin mevzuattaki yeri ve yeni gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bosman*, Robert: "European Union", From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 101 vd; *Carletti*, Elena / *Hartmann*, Philipp: "Competition and Stability: What is Special About Banking?", European Central Bank Working Paper Series 2002, No: 146, s. 8 vd; *European Central Bank*: Mergers and Acquisitions Involving the European Banking Industry – Facts and Implications, Frankfurt am Main 2000, s. 3 vd; *Furse*, Mark: Competition Law of the EC and UK, 4 th ed., Oxford 2004, s. 313 vd; *Gökbel*, Doğan: "Farklı Ülke Şirketleri Arasındaki Birleşmelerin Türk Hukukundaki Vergisel Sonuçlarının Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırılması", Şirket Birleşmeleri (Editörler: *Sumer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 42 vd; *Güzel*, s. 23-24; *Kulaksızoğlu*, Şebnem: "139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü Kapsamında Birleşmelerin Değerlendirilmesi", RD 2004, S. 17, s. 79 vd; *Lingos*, Thalia / *Loughran*, Mary / *Pitkanen*, Tina / *Todino*, Mario: "An Amended Merger Implementing Regulation for a New Merger Regime", CPN 2003, S. 2, s. 79 vd; *Loughran*, Mary / *Parplies*, Kay / *Schade*, Roosmarjin: "EC Merger Conference-Highlights of Proceedings", CPN 2003, S.1, s. 84 vd; *Moralı Ayanoğlu*, Ahu: "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Teşebbüslerarası Birleşme ve Devralmalar (Yoğunlaşmalar)", GALÜHFD 2002, S. 2, s. 391 vd; *Mc Nutt*, A. Patrick: "The

Anılan Kanun hükmünün Gerekçesi'nde de, maddede birleşme ve devralmaların piyasada rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratması veya bir ya da birden fazla teşebbüsün piyasadaki hakim durumunu daha da güçlendirmesi durumunda yasaklanacağına hükme bağlandığı, burada dikkat çekilmesi gereken hususun, teşebbüslerin kendi iç dinamiği dışında büyümelerinin denetim altına alınması olduğu ifade edilmiştir⁵⁴.

Relevant Firm in European Merger Law Spillover Effects and Control”, WCLER 2001, Vol. 24, S. 2, s. 199 vd; *Yılmaz*, s. 144 vd. İsviçre hukukunda birleşme ve devralmaların kontrolü, 01.07.1996'da yürürlüğe giren “Kartel Kanunu” (*The Federal Act on Cartels and other Restraints on Competition of 6 October 1995*) ile sağlanmaktadır. Bu Kanun, 01.04.2004 tarihinde değişikliğe uğramış ve Rekabet Komisyonu'na yeni yaptırım uygulama yetkileri getirilmiştir. Ayrıca Federal Konsey, 17.06.1997 tarihli “Teşebbüs Birleşmelerinin Denetimi Hakkında” bir Tüzük yayımlamıştır. İngiliz hukukunda ise birleşmeler, “Dürüst Ticaret Kanunu” (*Fair Trading Act*), ikincil mevzuat ve Avrupa Birliği hukuku birleşme mevzuatı kapsamında düzenlenmekte olup, her iki mevzuat birbirinden farklı alanlara yöneliktir; şöyle ki, “Dürüst Ticaret Kanunu” (*Fair Trading Act*), yoğunlaşmaları sadece rekabet hukuku boyutu ile ele almayıp, işsizlik, yerel politika ve yatırım gibi kamusal boyutları ile de ele almaktadır. İngiliz hukuku'nda birleşmelerin mevzuattaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Finbow, Roger / Parr, Nigel*: U.K. Merger Control: Law and Practise, London 1995, § 1.003 vd; *Furse*, s. 345; *Grayston, Clare / Davey, Jonathan*: “United Kingdom”, From Negotiation to Antitrust Clearance 2002, s. 343 vd. Birleşme ve devralmalar açısından önleyici denetim öngören “Kartel Kanunu”nun (*The Federal Act on Cartels and other Restraints on Competition of 6 October 1995*) 4. maddesinde, bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, bir veya birden fazla teşebbüsün sermayeye katılma veya sözleşme yoluyla bağımsız bir veya birden fazla teşebbüsün veya bunlardan bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünü ele geçirmesine olanak veren her türlü işlemler düzenlenmiş, ayrıca bu Kanun'da, birleşmeler açısından eşik değerler de öngörülmüştür. Bu Kanun'un 9. maddesine göre birleşen teşebbüsler birleşmeden önceki son faaliyet döneminde birlikte en az 2 milyar Franklık ve İsviçre'de en az 500 milyon Franklık bir ciro gerçekleştirmişlerse ve bireysel olarak İsviçre'de en az 100 milyon Franklık bir ciro gerçekleştirmişlerse, bu teşebbüslerin birleşmelerinin gerçekleşmeden önce Rekabet Komisyonu'na bildirilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda birleşme ve devralmaların mevzuattaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bonvin / Staehelin*, 323 vd; *Ceylan*, Ebru: “İsviçre ve Belçika Rekabet Hukuklarında Birleşme ve Devralmalar”, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 53 vd; *Erdem*, Ercüment: Türk-İsviçre Rekabet Hukuku, s. 193 vd; *Kut*, <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004); *Malacrida / Vogt / Watter*, s. 11 vd; *Meyer*, <http://www.bscc.co.uk> (08.11.2004).

⁵⁴ Anılan kanun hükmünün Gerekçesi için bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (02.08.2005).

Ayrıca, söz konusu Gerekçe’de, 6. maddede belirtilen hakim durumun başlı başına bir yasaklama nedeni olmadığı, bu maddede teşebbüslerin birleşme ve devralma suretiyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum konumuna gelmesinin yasaklandığı, birleşme ve devralma suretiyle hakim duruma gelmenin, teşebbüsün kendi iç dinamikleri ile büyüyerek hakim duruma gelmesinden daha fazla rekabet düzeninin bozulmasına neden olduğunun kabul edilen bir gerçek olduğu vurgulanmıştır⁵⁵.

Bununla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak’da, 7. maddenin başlığı “Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü” olarak değiştirilmiş ve burada, bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemlerinin yasak olduğu hükme bağlanmıştır⁵⁶. Bu metinde, teşebbüslerarası yoğunlaşmalarda hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olması koşulundan vazgeçildiği görülmektedir. Bu durum kanımızca, birleşmenin kontrolünde rekabetin ve ekonomik etkinliğin önemli ölçüde azaltılması kriterini benimseyen “rekabet testi” görüşüne⁵⁷ kayışın bir göstergesi olmuştur.

⁵⁵ Madde Gerekçesi’nde ayrıca, maddenin II. fıkrasında, kural olarak birleşme ve devralma işlemlerinin hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’dan izin alınması zorunluluğunun getirilmediği, birleşme ve devralma işlemlerinin Kurul’dan izin alınmadan geçerli olabileceği, ancak, bu kuralın istisnalarının da olacağı, maddenin I. fıkrası kapsamına giren birleşme ve devralmanın hukukî geçerlilik kazandıktan sonra bu Kanun’u ihlal ettiği gerekçesi ile geçersiz sayılmasının uygulamada bir takım problemlerin ortaya çıkmasına neden olacağı, bu nedenle, II. fıkrada hangi tür birleşme ve devralma işlemlerinin hukuken geçerli olabilmesi için önceden izin alınması gerekeceği konusunda Kurul’a tebliği çıkarma yetkisinin verildiği, hususları yer almaktadır.

⁵⁶ Söz konusu Taslağın kanunlaşması durumunda, Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamada sözü edilen “yoğunlaşma” kavramı ilk defa RKHK’da yerini bulmuş olacaktır.

⁵⁷ Bu görüş hakkında bk. aça. dn. 88.

Bu itibarla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından birleşmeyi, bir ya da birden fazla teşebbüsün, birleşmesi ya da bir teşebbüsün diğerinin malvarlığının ya da paylarının önemli bir bölümünü elde ederek yönetiminde söz sahibi olması suretiyle, söz konusu teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasada sahip oldukları ekonomik güçlerini birleştirmeleri sonucunda, piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltıcı nitelikteki hakim durum yaratan ya da sahip olunan hakim durumu daha da güçlendiren hukukî durum, şeklinde tanımlayabiliriz.

3. Koşulları

a) Olumsuz Koşul - Birleşme ve Devralma Sayılmayan Durumlar

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinde birleşme ve devralma sayılmayan durumlar belirtilmiş olduğundan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından birleşme ve devralmadan söz edebilmek için bu durumların birer olumsuz koşul olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁸.

aa) Menkul Kıymetlerin Geçici Olarak Elde Bulundurulması

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde, olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları adına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin, yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları koşuluyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları, birleşme ve devralma sayılmayan durumlar arasında belirtilmiştir.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. *Aslan*, Teori - Uygulama - Mevzuat, s. 455 vd; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 46 vd; *Erdem*, Türk-İsviçre Rekabet Hukuku, s. 204 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 306 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 122 vd.

Söz konusu Tebliğ’de, olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları adına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin hangi teşebbüsler olduğu hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁵⁹. Bu nedenle de, menkul kıymetleri geçici olarak elinde bulunduran teşebbüslerin belirlenmesinde, Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer taraftan söz konusu Tebliğ hükmünde, “bu menkul kıymetlerden doğan oy hakları”ndan söz edildiğinden, konunun pay senetleri, ilmühaberler ve intifa senetleri gibi oy hakkı tanıyan menkul kıymetler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 1. maddesinde bu Kanun’un konusunun, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın ekonomik kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin halk ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun’un 3. maddesinin (b) bendinde ise, “menkul kıymet”⁶⁰ kavramının ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir

⁵⁹ Anılan Tebliğ’de, birleşme ve devralma sayılmayan durumların belirlenmesinde, menkul kıymetlerin geçici olarak elde bulundurulması açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, 12.09.1998 tarih ve 23461 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “1998/4 Sayılı 1998/5 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 2. maddesinde kapsam dışında kalan durumlar açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu Tebliğ, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirlerin hukukî geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esasları belirlemekte olup, bu Tebliğ’in 2. maddesinde kapsam dışında kalan durumlar düzenlenirken, menkul kıymetlerle ilgili olarak daha açıklayıcı bir düzenlemeye yer verilmiş ve yurt dışı sermaye piyasalarında satışlar, halka arz, sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak koşuluyla süresi 3 yılı geçmeyen gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar, borsada normal ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına yapılan satışlar kapsam dışı bırakılmıştır.

⁶⁰ SPKn’nun 3. maddesinin (b) bendinde, sermaye piyasası araçlarının menkul kıymetler ile diğer sermaye piyasası araçları olduğu hükme bağlandıktan sonra, “diğer sermaye piyasası araçları”, “menkul kıymetler dışında kalan ve şartları kurulca belirlenen kıymetli evraktır, şu kadar ki, nokut ile çek, poliçe, bono ile mevduat sertifikaları bundan müstesnadır” olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Öztañ*, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. bası, Ankara 2006, s. 39 vd; *Poroy*, Reha / *Tekinalp*, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 17. bası, İstanbul 2006, s. 32-33; *Pulaşlı*, Hasan: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. bası, Ankara 2005, s. 20 vd.

getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve koşulları Kurulca belirlenen kıymetli evrakı ifade ettiği belirtilerek, sermaye piyasası araçları arasında menkul kıymetler de sayılmıştır. Bu itibarla, pay senetleri, ilmuhaberler, intifa senetleri, tahviller, kuponlar, talonlar, finansman bonosu ve diğer menkul kıymetler de bu kapsamda yer alacaktır.

Türk Ticaret Kanunu açısından anonim ortaklıklarda pay senetleri, hamiline ya da nama olarak çıkartılabilmektedir (m. 409). Sermaye Piyasası Kanunu açısından ise, halka açık anonim ortaklıklarda pay senetlerinin bastırılarak sahibine verilme zorunluluğu bulunmaktadır (m. 7). Bir teşebbüsün pay senetlerini ellerinde bulunduran teşebbüsler, bu senedin sağladığı oy hakkını ve dolayısıyla, pay senedini çıkaran teşebbüsün kontrolünü ellerinde bulundurabileceklerdir⁶¹. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 32. maddesinde ise, bu Kanun'a göre faaliyette bulunabilecek sermaye piyasası kurumları aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ve sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar⁶² olarak sayılmıştır.

Aracı kurumlar, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinde aracı kuruluşlar altında sayılmış ve anılan Kanun hükmünde, aracı kuruluşların aracı kurumlar ile bankaları ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Aracılık faaliyetleri, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 30. maddesinin II. fıkrası ile "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" in 3. maddesinin I. fıkrası uyarınca, sermaye piyasası araçlarının, yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam

⁶¹ Bununla birlikte, SPKn'nun 14/A. hükmü uyarınca, anonim ortaklıkların esas sözleşmesinde hüküm bulunması koşuluyla, oydan yoksun paylar ihraç ve bunları temsil eden pay senetleri halka arz edilebilir. Ayrıca, anonim ortaklıklarda, pay senetlerinin yerine geçmek üzere çıkarılan ilmuhaberler de, payın sağladığı hakları ve oy hakkını ilmuhaber sahibine sağlayacağından, ilmuhaberlerin de anılan Tebliğ hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁶² Sermaye piyasası kurumları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Ayli*, Ali: "Bankaların Sermaye Piyasası Faaliyetleri", Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 13 vd; *Tanör*, Reha: Türk Sermaye Piyasası, C. I, İstanbul 1999, s. 341 vd; *Ünal*, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s. 39 vd.

ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alım satımını ifade etmektedir⁶³. Diğer taraftan, halka arza aracılık, anılan Tebliğ'in 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, halka arza aracılık, en iyi gayret aracılığı ya da aracılık yüklenimi şeklinde yapılabilecektir⁶⁴. Bu itibarla, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde yer alan, “teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetler” ifadesi, anılan maddedeki diğer koşulların gerçekleşmesi koşuluyla, aracı kurumların aracılık faaliyetlerinin istisna kapsamında olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan bankaların, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde yer alan, “teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri” ifadesindeki “teşebbüs” kavramı içerisinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği hususunun ayrıca ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bankaların birer sermaye piyasası kurumu olup olmadığı hususuna ilişkin olarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun

⁶³ Sermaye piyasası mevzuatında yapılan bu ayırım, işleme taraf olanlara göre yapılmış bir ayırım niteliğindedir. Kendi nam ve hesabına aracılıkta, aracı kuruluş, kendi nam ve hesabına sermaye piyasası araçlarını, ihraççılardan ya da diğer aracı kuruluşlardan ya da ikinci el piyasadan kendi nam ve hesabına almakta ve müşterilerine kendi nam ve hesabına satmaktadır; başkası nam ve hesabına aracılıkta, aracı kuruluş, müşteriyle yaptığı anlaşma gereğince sermaye piyasası araçlarını alıp satmakta, ancak işlemin tarafı olmamaktadır; kendi namına başkası hesabına aracılıkta ise, aracı kuruluş, dış ilişkide taraf olup, hak ve borçlar önce aracı kuruluşa geçecek, daha sonra iç ilişkide müşteriye devredilecektir. Genel olarak bk. *Manavgat*, Çağlar: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara 1991, s. 66 vd; *Ünal*, Oğuz Kürşat: Aracı Kurumlar, Ankara 1997.

⁶⁴ Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in 38. maddesinde, “en iyi gayret aracılığı”nın, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, izahnamede gösterilen satış süresi içinde satılmasını, satılmayan kısmın ise satışı yapana iadesini veya bunları daha önce satın almayı taahhüt etmiş üçüncü kişilere satılmasını ifade ettiği, ayrıca, “aracılık yüklenimi”nin ise, Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının, a)halka arz yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmının tamamının bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (Bakiyeyi Yüklenim), b)bedeli, satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle tamamının satın alınarak halka satılmasının (Tümünü Yüklenim), c)halka arz yoluyla satılmasının ve satılmayan kısmının bir kısmının bedeli satış süresi sonunda tam ve nakden ödenerek satın alınmasının (Kısmen Bakiyeyi Yüklenim) veya bedeli, satışın başlamasından önce tam ve nakden ödenmek suretiyle bir kısmının satın alınarak halka satılmasının (Kısmen Tümünü Yüklenim), satışını yapana karşı taahhüt edilmesi olduğu hükme bağlanmıştır. Genel olarak bk. *Manavgat*, s. 64 vd; *Ünal*, Aracı Kurumlar, s. 77 vd.

sermaye piyasası kurumlarını sayan 32. maddesi ile aracı kurumların kuruluş koşullarını düzenleyen 33. maddesi ve aracı kuruluşların faaliyet koşullarını düzenleyen 34. maddesi hükümleri karşısında, bankaların sermaye piyasası kurumu niteliğinde olmadığı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte, anılan Kanun'un 50. maddesinde, anılan Kanun'un sermaye piyasası faaliyetleri ve sermaye piyasası kurumlarını düzenleyen V. bölümünde öngörülen faaliyetlerde bulunan bankalar, bunlarla sınırlı olarak bu Kanun hükümlerine tabî olacaktır⁶⁵.

“Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”in 2. maddesinde, aracı kuruluşların aracı kurumlar ile bankaları ifade ettiği hükme bağlanmış ve anılan Tebliğ’in 5. maddesinde ise, bankaların sermaye piyasası faaliyetleri sayılmıştır. Buna göre bankalar, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının borsa dışında, pay senedi işlemleri hariç olmak üzere borsada alım satımına aracılık, repo-ters repo, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeli dahil türev araçların dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı ya da bütün olarak türev araçların alım satımına aracılık faaliyetlerinde bulunabileceklerdir⁶⁶.

Aracılık faaliyetine ilişkin olarak anılan Tebliğ’in 20. maddesi uyarınca, bankalar birer acente olarak, aracı kurumların merkez dışı örgütü şeklinde değerlendirilecektir. Anılan Tebliğ’in 24. maddesi uyarınca da, aracı kurum acentesi olarak bankalar, sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım ve satım emirlerinin aracı

⁶⁵ Bankaların sermaye piyasası faaliyetleri hakkında bk. *Ayli*, s. 13 vd; *İnan*, Mehmet: Sermaye Piyasası Faaliyetleri, Ankara 2007, s. 159 vd; *Turanboy*, Asuman: Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması, Ankara 2002, s. 5 vd.

⁶⁶ *İnceoğlu*, mevduat kabul eden bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinin bir Tebliğ ile bu şekilde sınırlandırılmış olması eleştirilebilse de, bu durumun uygulamada önemli sorunlara yol açmayacağını dikkat çekmektedir. Gerçekten uygulamada, bankalar, sermaye piyasası faaliyetlerini büyük oranda kurmuş oldukları ya da satın almış oldukları aracı kurumlar aracılığıyla sürdürmektedirler. Mevduat kabul eden bankalar, sadece kurmuş ya da satın almış oldukları aracı kurumların acentesi olarak faaliyet gösterirken, mevduat kabul etmeyen bankalar ise, ülkemizde sayıları sınırlı olmasına karşılık, sermaye piyasasında daha geniş bir alanda faaliyet göstermektedirler; bk. *İnceoğlu*, Mehmet Murat: Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 22.

kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık etmek, acentesi olunan aracı kurumun halka arza aracılık faaliyetleri kapsamında, taleplerin toplanması, bu taleplerin aracı kurum merkezine iletilmesi ve paranın tahsili ya da geri ödenmesi gibi işlemleri kapsamak üzere gişe hizmeti vermek, acentesi olunan aracı kurum portföy yöneticiliği yetki belgesine sahip ise acente sıfatıyla bu faaliyetin tanıtımını yapmak ve bu faaliyetle ilgili sadece tahsil ve tediye işlemlerini yürütmek, acentesi olunan aracı kurum yatırım danışmanlığı yetki belgesine sahip ise bu faaliyet kapsamında aracı kurumdan gelen doküman ve bilgileri müşterilere açıklamak ve yatırım danışmanlığı faaliyetinin tanıtımını yapmak faaliyetlerinde bulunabilecektir.

Bankalar, sermaye piyasası faaliyetleri kapsamında yer alan repo-ters repo işlemlerini, “Menkul Kıymetlerin Geri Alma ve Satma Taahhüdü ile Alım Satımı Hakkında Tebliğ”⁶⁷e göre gerçekleştireceklerdir. Anılan Tebliğ’in 5. maddesinde, devlet tahvilleri, hazine bonoları ve banka garantili bonolar, Kamu Ortaklığı İdaresi, Toplu Konut İdaresince ihraç edilen borçlanma senetleriyle mahalli idareler ve bunlarla ilgili daire, işletme ve kuruluşların Kanun uyarınca ihraç ettikleri borçlanma senetleri, bunlar dışında kalan, menkul kıymetler borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören veya borsada tescil edilmiş olan borçlanma senetlerinin, repo ve ters repoya konu olabileceği hükme bağlanmıştır.

Bankalar, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeli dahil türev araçların dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı ya da bütün olarak türev araçların alım satımına aracılık faaliyetlerinde de bulunabileceklerdir. Bu kapsamda, “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”⁶⁷in 54. maddesi uyarınca, türev araçlara ilişkin müşterilerden gelen emirlerin doğrudan veya temsilci sıfatıyla kabul edilmesi, bu emirlerin başka kişi veya kuruluşlara yönlendirilmesi, bu amaçla işyeri açılması, sözleşme akdedilmesi, sözleşme

⁶⁷ Seri: V No: 7 sayılı (RG, 31.07.1992, S. 21301).

akdedilmesine aracı olunması veya yapılan işlemlerle ilgili tahsil ya da ödemede bulunulması türev araçların alım satımına aracılık olarak kabul edilecek ve bu Tebliğ hükümlerine tabî olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinin aracılık faaliyetleri ile repo-ters repo işlemlerinden ibaret olduğu, ayrıca, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendindeki menkul kıymet kavramının oy hakkı sağlayan menkul kıymetleri ifade ettiği, bankaların ise, sermaye piyasası faaliyetlerini yürütürken oy hakkı sağlayan menkul kıymetleri geçici olarak ellerinde bulundurmadığı dikkate alındığında, bu yönden bankalar, anılan Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendindeki "teşebbüs" kapsamına girmeyecektir.

Diğer taraftan, "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" in 5. maddesinde, mevduat kabul etmeyen bankaların, bu maddede sayılan faaliyetlerin yanı sıra, sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık da yapabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, mevduat kabul etmeyen bankalar açısından bir aracı kuruluş olarak, Takasbank veya Sermaye Piyasası Kurulu'nca uygun görülen saklama kuruluşlarında depo edilen yabancı menkul kıymetleri temsilen çıkarılan ve bu menkul kıymetlerin verdiği hakları aynen sağlayan, bunlara özdeş, hamiline yazılı, nominal değeri temsil ettiği yabancı menkul kıymetin para birimi cinsinden ifade edilen sermaye piyasası aracı olan depo sertifikalarının⁶⁸ ihracında, konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Yabancı sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasına ve satışına ilişkin esaslar, "Yabancı Sermaye Piyasası Araçlarının Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin

⁶⁸ Depo sertifikalarının hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Özkorkut*, Korkut: Depo Sertifikaları, Ankara 2003, s. 55 vd. Depo sertifikalarının ihraç edilmesinde, ihraççı, saklama kuruluşu niteliğindeki aracı kuruluş adına onun görevlerini ifa eden Takasbank, yerel saklama kuruluşu ve yatırımcılar rol oynamakta ve bunların yanında, anılan sistem içerisinde aracı kuruluşlar da yer almaktadırlar.

Esaslar Tebliği”⁶⁹nde düzenlenmiş ve bu Tebliğ’de, aracı kuruluş tarafından yerel saklama kuruluşundan menkul kıymetlerin depo edildiğini gösterir belge olan depo sertifikalarının tanımına yer verilmiştir (m. 2).

Bu kapsamda, depo sertifikaları çıkarılmadan önce, temsil edeceği yabancı menkul kıymetlerin ihraççı ile sözleşme imzalamış olan aracı kuruluş adına yerel saklama kuruluşuna depo edilecek olup, aracı kuruluş tarafından yerel saklama kuruluşundan menkul kıymetlerin depo edildiğini gösterir bir belge alınır⁷⁰.

Anılan Tebliğ’e göre, menkul kıymet niteliğindeki ve ortaklık hakkı sağlayan depo sertifikalarının ihracında temsilci olan aracı kuruluşlar söz konusu olup (m. 4), bu faaliyetleri nedeniyle mevduat kabul etmeyen bankalar birer aracı kuruluş olarak, halka arza aracılık faaliyeti⁷¹ kapsamında, Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 3. maddesinin (a) bendindeki “teşebbüs” kapsamına girecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 35. maddesi uyarınca yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek amacıyla kurulan anonim ortaklıkları ifade etmektedir. Bu kapsamda yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçlarının, yeniden satış amacıyla alım satımı faaliyetinde bulunabilecektir. Bu anlamda yatırım ortaklıkları da, anılan Tebliğ’in 3. maddesinin (a) bendinde ifade edilen “teşebbüs” kapsamına girecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 37. maddesi uyarınca, bu Kanun hükümleri uyarınca halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri

⁶⁹ Seri: III No: 20 sayılı (RG, 20.03.1996, S. 22586).

⁷⁰ Bk. *Özkorkut*, s. 70 vd.

⁷¹ Depo sertifikalarının ihracında aracı kurum, aracılık faaliyeti kapsamında kendi nam ve ihraççı hesabına hareket etmekte ise de, yüklenimli bir aracılık faaliyetinde, mevduat kabul etmeyen bankanın, bir aracı kurum olarak ortaklık hakkı sağlayan depo sertifikalarını yeniden satış amacıyla satın almaları söz konusu olabilecektir. Aracılık faaliyeti hakkında bk. yuk s. 31 vd.

hesabına, riskin dağıtılması ilkesi ve inancılı mülkiyet esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan malvarlığına, yatırım fonu denilmektedir. Bu nedenle, yatırım fonları da sermaye piyasası araçlarıyla yeniden satış yapmak suretiyle gerçekleştirecekleri faaliyetler nedeniyle, anılan Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde ifade edilen "teşebbüs" kapsamına girecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 39. maddesinde diğer sermaye piyasası kurumlarının, kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen, sermaye piyasası araçlarının takas ve saklanması, derecelendirilmesi, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının denetlenmesi ile uğraşan kuruluşlar, yatırım danışmanlığı, portföy yönetimi gibi sermaye piyasası faaliyetlerini yerine getiren ortaklıklar, varlık yönetim ortaklıkları, ortaklık ve kuruluşlara ait alacakları temellük ederek münhasıran bu Kanun'un 13/A. maddesinde belirlenen varlığa dayalı menkul kıymetleri ihraç etmek amacıyla kurulan genel finans ortaklıkları⁷², ipoteye dayalı menkul kıymetler kuruluşu, risk sermayesi yatırım fonları, risk sermayesi yatırım ortaklıkları, vadeli işlemler aracılık ortaklıkları ve portföy saklama ortaklıkları olduğu hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda bu kurumların olağan faaliyetlerinin kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olup olmadığının incelenmesi gerekecek ve buna göre bu kurumların anılan Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde ifade edilen "teşebbüs" kapsamına girip girmediği değerlendirilecektir.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde, söz konusu menkul kıymetlerin "geçici olarak" elde bulundurulmasından söz edilmekle birlikte, bu geçici sürenin ne

⁷² Seri: III No: 14 sayılı "Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlerin Kurul Kaydına Alınmasına ve Genel Finans Ortaklıklarının Kuruluş ve Faaliyet İlkelerine Dair Esaslar Tebliği"nde (RG, 31.07.1992, S. 21301) genel finans ortaklıklarının, bu Tebliğ'in 4. maddesi hükmünde belirlenen alacakların temellükü ve bu alacaklar karşılık gösterilerek yine bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde düzenlenen varlığa dayalı menkul kıymetlerin ihracı ve halka arzı amacıyla kurulan anonim ortaklıklarını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

kadar olacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷³. Bununla birlikte Avrupa Birliği hukukunda, 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 2. maddesi uyarınca, oy hakkı veren menkul kıymetlerin devralınmasından itibaren 1 yıl içerisinde satılması gerekecek, bunun olanaklı olmaması durumunda, ilgililerin talebi üzerine bu 1 yıllık süre Komisyon tarafından uzatılabilecektir.

Menkul kıymetlerin “geçici olarak” elde bulundurulması durumuna Rekabet Kurulu kararlarında da yer verilmiştir. Rekabet Kurulu'nun 04.07.2001 tarih ve 01-30/298-88 sayılı Kararı'nda⁷⁴, Grammer'in paylarının tamamının Schroder bünyesinde kurulan Goliath tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi ile başvuruda bulunulduğu belirtilmiştir. Aynı Karar'da ayrıca, Schroder'in amacının kısa veya uzun vadede bu payları devretmek ya da payları borsada kote etmek olmasının, konunun 1997/1 sayılı Tebliğ'in "olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları koşuluyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları"nı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamı dışında kabul eden 3. maddesinin (a) bendi çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli kıldığı ifade edilmiştir. Anılan tespitler doğrultusunda Rekabet Kurulu söz konusu Karar'da, Tebliğ'de yer alan, ‘olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak’ olan teşebbüslere örnek olarak, borsada işlem gören pay senetlerinin alım

⁷³ Bu konuda *Güven*, Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemeyle paralel olarak, menkul kıymetlerin geçici olarak elde bulundurulma süresinin, farklı uygulamalara neden olmamak açısından, 1 yıl olarak uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir, *Rekabet Hukuku*, s. 353; *Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, s. 263. *Erdem* ise, bu sürenin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir, *Türk-AT Rekabet Hukuku*, s. 89. Kanımızca, bir hakkın devri ve kazanılması ile ilgili olarak, mevzuatta açık bir hüküm bulunmamakta iken, karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak 1 yıllık sürenin uygulanması gerektiğini ileri sürmek, hukukî güvenlik ilkesi açısından isabetli gözükmemektedir.

⁷⁴ RG, 10.12.2002, S. 24959.

satımına belirli bir komisyon karşılığında aracılık eden acentelerin⁷⁵ gösterilebileceğini ifade etmiş, zira, bu acentelerin faaliyetinin payların el değiştirmesine aracılık etmekten öteye gitmediğini, söz konusu madde ile bir teşebbüsün yeniden satış amacıyla satın aldığı menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamak koşuluyla geçici olarak elinde bulundurmasının Kanun'un 7. maddesinin kapsamı dışında tutulduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak da, başvuru konusu devralma işleminde, Schroder kısa ya da uzun vadede Grammer'in paylarını yeniden satmayı planlıyor olsa da, gerek Schroder'in aslî faaliyetinin menkul kıymetlerin alım satımına komisyon karşılığında aracılık etmek olmadığı, sermaye ortaklıklarına yönetim, danışmanlık ve tavsiye hizmetleri sağlamak ve kontrolü altındaki teşebbüsler adına yatırım kararı almak gibi yetkiler kullanıyor olduğu, bu nedenle de, adı geçen teşebbüsün başvuru konusu işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde tanımlanan durumdan ayrı tutmayı gerektirdiği kanaatine varılmıştır.

Menkul kıymetlerin geçici olarak elde bulundurulmasına ilişkin olumsuz koşulun gerçekleşmesi için, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde

⁷⁵ TTK'nun 116. maddesinde, "acente"nin tanımı yapılmış ve bu kapsamda, ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabî bir sıfat olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente deneceği hükme bağlanmıştır. Ancak, aracı kurum acenteleri, TTK'nun söz konusu maddesinde tanımlanan acentelerden farklıdır. Zira bu tür acenteler, SPKn hükümlerine göre kurulacak olup, sermaye piyasasının öngördüğü koşulları taşımak zorundadır. Bununla birlikte, SPKn'nun 2. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan durumlarda, genel hükümlerin uygulanacağını hükme bağlandığı dikkate alındığında, sermaye piyasası mevzuatında hüküm bulunmayan durumlarda, TTK'nun acenteyle ilişkin hükümleri, aracı kurum acenteleri yönünden de uygulanabilecektir. Diğer taraftan, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in (RG, 07.09.2000, S. 24163) "Aracı kurumların merkez dışı kuruluşları" başlıklı 20. maddesinde, aracı kurumların merkez dışı örgütlerinin, şube, irtibat büroları ve banka ya da bankalarla tesis edilen acenteliklerden oluşacağı hükme bağlanmıştır. Aynı Tebliğ'in 24. maddesinde ise, aracı kurum acentelerinin aracı kurumların, acentelik sözleşmesinde belirlenecek yerler içinde, acenteleri aracılığıyla alacakları emirler doğrultusunda aracılık faaliyetleri çerçevesinde sermaye piyasası araçlarının alım satımında bulunabileceği de hükme bağlanmıştır.

kullanılmaması gerekecektir. Ancak bu olumsuz koşul şüphesiz, pay senetleri, ilmühaberler ve intifa senetleri gibi oy hakkına sahip bulunan menkul kıymetler açısından geçerli olacaktır. Bununla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ve Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de, "rekabet politikalarını etkileyecek davranışlar"ın ne olduğu yönünde bir hükme yer verilmemiştir. Uygulamada "rekabet politikası" kavramı, dar anlamda, rekabet hukuku mevzuatında yer alan rekabet kurallarının uygulanmasını, genel anlamda ise, piyasalarda rekabet koşullarının hüküm sürmesine veya etkin ve rekabetçi firmaların yaratılması ve büyümesine olanak hazırlayan kamu politikası araçlarını ifade etmektedir⁷⁶. Bu durumda, anılan Tebliğ'in 3. maddesinin (a) bendinde ifade edilen "rekabet politikası" kavramı, dar anlamda, rekabet hukuku mevzuatında yer alan rekabet kurallarının uygulanmasını ifade etmektedir.

bb) Kamu Kurum ve Kuruluşu Tarafından Bir Teşebbüsün Elde Edilmesi

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (b) bendinde, bir teşebbüsün tasfiye, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzer başka bir nedenle Kanun gereği bir kamu kurum veya kuruluşu tarafından devir alınması, birleşme ve devralma sayılmayan durumlar arasında belirtilmiştir⁷⁷.

⁷⁶ "Rekabet politikası" kavramı hakkında bk. *Aktaş, Cihan: "Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması", Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr> (03.01.2008), s. 32 vd.*

⁷⁷ *Güven'e* göre, ödeme güçlüğü ve ödemelerin tatil edilmesi, iflastan dolayı kontrolün iflas idaresine geçmesi nedeniyle devralmalar açısından dikkate alınmaktadır; bu nedenle iflas başlığı her iki durumu da kapsadığından, söz konusu Tebliğ'in 3. maddesinin (b) bendinin, "Tasfiye, iflas, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzerî bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi" şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır, *Rekabet Hukuku*, s. 358. Ancak, kanımızca anılan görüş yerinde değildir. Şöyle ki, İİK'da, ödeme güçlüğü ve ödemelerin tatil edilmesi tanımlanmamış, bu durumlar iflas nedenleri arasında sayılmıştır (m. 177,178). Bu itibarla, ödeme güçlüğü ve ödemelerin tatil edilmesi durumları, iflas kararı verilmeden önce de söz konusu olabilecektir. Örneğin, icra takibi sonucunda alacaklının alacağı tamamını alamaması ve İİK uyarınca aciz vesikası düzenlenmesi için gerekli koşullar yerine gelmişse (m. 163) ya da icra takibinin semeresiz kalması ve yapılan araştırma sonucunda da borçların ödenebileceği hiçbir malvarlığının bulunmadığının saptanması durumunda, ortada bir iflas kararı bulunmasa bile ödeme güçlüğü ve ödemelerin tatil edilmesi durumlarından söz edilebilecektir.

Söz konusu Tebliğ hükmünde sayılan durumlar sınırlı sayıda olmayıp, benzer bir durumun ortaya çıkması sonucunda da bir teşebbüsün kamu kurum veya kuruluşuna devri, anılan düzenleme kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca bankaların Fon'a⁷⁸ devri, Kanun gereği bir teşebbüsün bir kamu kurum veya kuruluşuna devri anlamına gelecektir.

cc) Birleşme ve Devralma Sayılan Durumların Miras Yoluyla Gerçekleşmesi

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 3. maddesinin (c) bendinde, söz konusu Tebliğ'in 2. maddesinde sayılan birleşme ve devralma durumlarının miras yoluyla gerçekleşmesi, birleşme ve devralma sayılmayan durumlar arasında sayılmıştır.

Aynı şekilde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde de, hangi tür birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanırken, miras yoluyla gerçekleşme istisna tutulmuştur. Zira burada, devralanın hakim durum yaratmak veya hakim durumu güçlendirmek suretiyle rekabetin önemli ölçüde azaltılması gibi bir iradesi bulunmaksızın kanundan kaynaklanan nedenden dolayı küllî halefiyet yoluyla devralma söz konusu olduğundan, miras yoluyla birleşme ve devralmanın istisna kapsamında tutulmuştur⁷⁹.

⁷⁸ Çalışmamızda "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu" kısaca "Fon" olarak adlandırılacak olup, BANKK'nun 111. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip TMSF, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsil işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesini ve Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmekle sorumludur. Fon'un hukukî niteliği ve fondaki bankanın hukukî durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Tekinalp, Ünal: Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, s. 4 vd; Turanboy, Asuman: "Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukukî Niteliği ve Kapsamı", Batider 2001, C. XXI, S. 2, s. 65 vd.*

⁷⁹ Bu yönde bk. *Erdem, Türk – AT Rekabet Hukuku, s. 91.*

b) Olumlu Koşullar

aa) Rekabetin Önemli Ölçüde Azaltılması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde hangi durumlarda bu Kanun açısından birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanun hükmü uyarınca, teşebbüslerarası birleşme ve devralmaların hukuka aykırı olması için, bu türden birleşme ve devralmaların, “rekabetin önemli ölçüde azaltılması”⁸⁰ sonucunu doğuracak şekilde olması gerekmektedir.

Anılan Kanun hükmünde yasak olan birleşme ve devralmalar belirlenirken, “hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak” rekabetin önemli ölçüde azaltılmasından söz edildiğinden, aşağıda öncelikle kısaca “hakim durum” kavramını ortaya koymaya çalışacağız.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, rekabet hukukunun temel kavramlarından biri olan hakim durumun, “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 ettiği hükme bağlanmıştır⁸¹.

⁸⁰ Bununla birlikte *Aslan*, bir birleşme veya devralma hakim durum yaratıyorsa veya zaten varolan bir hakim durumu güçlendiriyorsa “per se”, yani, doğası gereği bunun rekabeti önemli ölçüde sınırladığını ileri sürmektedir, *Rekabet Hukuku Dersleri*, s. 167. Kanımızca da, hakim durumun, 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 ettiği dikkate alındığında, hakim durum yaratan bir birleşme ve devralma işlemi, doğası gereği rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracaktır.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Aşçıoğlu Öz*, *Hakim Durum*, s. 90 vd; *Erdem*, *Türk-AT Rekabet Hukuku*, s. 168 vd; *Gülergün*, s. 197 vd; *Güven*, *Rekabet Hukuku*, 203 vd; *Güven*, *Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, s. 136 vd; *Güzel*, s. 19 vd; *Ulu*, s. 10 vd.

Roma Antlaşması'nın 82. maddesinde, Ortak Pazar'da veya onun önemli bir bölümünde bir veya daha fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmaları, üye ülkeler arasında ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazarla bağdaşmasının kabul edilemeyeceği ve bundan böyle yasaklandığı hükme bağlanmıştır, bk. yuk. dn. 53.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, hakim durum başlı başına bir yasaklama nedeni olmazken, aynı Kanun'un 7. maddesinde teşebbüslerin birleşme ve devralma suretiyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim duruma gelmesi yasaklanmaktadır⁸². Zira birleşme ve devralma suretiyle hakim duruma gelmenin, teşebbüsün kendi iç dinamikleri ile büyüyerek hakim duruma gelmesinden daha fazla rekabet düzeninin bozulmasına neden olduğu kabul edilen bir gerçektir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da hakim durumun tespit edilmesinde, teşebbüslerin hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmalarına ilişkin olarak herhangi bir kritere yer verilmemekle birlikte⁸³, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinde aynen şu düzenlemeye yer

⁸² Doktrinde, rekabet kanunlarının rekabet otoritelerine iki temel yöntem sağladığı ve bu yöntemlerin davranışsal yöntemler ve yapısal yöntemler olduğu ifade edilmektedir. Davranışsal yöntem "aykırılık sonrası" (*ex-post*) denilen, yani eylem gerçekleştikten sonra ya da gerçekleştiği sırada kullanılır; burada eylem yasaklanmakta ve bu yasaklama sonucunda gerekli görülen önlemlerin alınması ve cezaî yaptırımların uygulanması amaçlanmaktadır. Yapısal yöntemde ise, işlem gerçekleşmeden önce kontrol kuruluşlarının önüne gelmekte ve değerlendirilerek, bu işlem sonucunda rekabetçi süreçte olumsuz sonuçlar doğacağı sonucuna varılırsa, önceden müdahale edilerek işlemin gerçekleştirilmesi yasaklanmaktadır. Söz konusu açıklamalar dikkate alındığında, hakim durumdaki firmaların konumlarını kötüye kullanmalarını düzenleyen RKHK'un 6. maddesi, "aykırılık sonrası" (*ex-post*) fonksiyonu yerine getirirken, birleşme ve devralmaların kontrolü ve bu kapsamda RKHK'un 7. maddesi ise, "aykırılık öncesi" (*ex-ante*) fonksiyonu yerine getirmektedir. *Aşçıoğlu Öz*, Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü, s. 68-69; *Carletti / Hartmann*, s. 10; *Furse*, s. 312; *Tekdemir*, Yaşar: "Niçin Yoğunlaşmaların Kontrolü?", Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, s. 83 vd.

⁸³ Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. maddeleri ile RKHK'un 4. ve 6. maddeleri ile bağlantı kuran *Aslan*'a göre, anılan Kanun'un 6. maddesine göre gerekli ekonomik gücün tespit edilebilmesi için, aynı Kanun'un 4. maddesinde yer alan kriterlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre, 4. maddede iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak yapabilecekleri kısıtlamayı, tek başına gerçekleştiren bir teşebbüs hakim durumda sayılmalıdır. Bu şekilde aynı zamanda, RKHK'un söz konusu iki maddesi arasında sistemin tamamlanması sağlanacaktır. Bk. *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat, s. 211.

verilmiştir: “Rekabet Kurulu, birleşme ve devralmaları Kanun’un 7 nci ve müteakip maddeleri çerçevesinde değerlendirir. Bu değerlendirmede özellikle:

a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiilî ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı;

b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve malî güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar göz önünde tutulur.

Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin verilir. Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir⁸⁴.

Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanun’a aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez”. Bu yönde ve içerikte bir düzenleme ile Rekabet Kurulu’na birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde yol gösterilmek istenmiştir.

“Hakim durum”un rekabet hukukunun temel kavramlarından olması nedeniyle doktrinde bu kavrama ilişkin olarak birçok tanımlama ve açıklamaya yer verilmiştir. Doktrinde yapılan bu tanımlamalara bakıldığında, hakim durum kavramı açıklanırken

⁸⁴ Bk. aşa. s. 180-181.

genelde, pazar gücüne sahip bir teşebbüsün piyasada bağımsız olarak davranabilmesi ve bunun sürekli bir güç olması hususlarının vurgulandığı görülmektedir⁸⁵.

Rekabet Kurulu kararlarına baktığımızda, “küçük teşebbüslerin korunması” fikrinin ağır bastığı, burada asıl amaçlananın, tek pazar ile gümrüklerin ve kotaların korunmasından artık yararlanamayacak olan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin mevcut durumlarının korunması olduğu görülmektedir. Gerçekten, Rekabet Kurulu’nun İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.O. ile AYCELL Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.O.’nın bu teşebbüslerin paydaşları tarafından kurulan TTI İletişim ve Haberleşme Hizmetleri A.O. çatısı altında birleşmeleri işlemine izin verilmesi talebine ilişkin 18.12.2003 tarih ve 03-81/970-399 sayılı Kararı⁸⁶ ve Alman menşeli Atecs Mannesmann Aktiengesellschaft’ın (Atecs) paylarının % 100’üne sahip olduğu yine Alman menşeli Mannesmann Sachs Aktiengesellschaft (Sachs)’taki tüm paylarının ZF Aktiengesellschaft (ZF) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebine ilişkin 25.12.2001 tarih ve 01-63/644-170 sayılı Kararı⁸⁷ gibi kararlarında, “hakim durum testi”ni⁸⁸ kullandığı görülmektedir. Rekabet Kurulu özellikle bu son

⁸⁵ Bk. *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 157; *Güzel*, s. 19; *Ulu*, s. 11.

⁸⁶ RG, 20.04.2004, S. 25439.

⁸⁷ RG, 29.07.2002, S. 24830.

⁸⁸ Avrupa Birliği ile Türk hukukunda birleşme ve devralmaların rekabet üzerindeki etkisi “hakim durum testi” ile açıklanmaya çalışılırken, Amerikan rekabet hukukunda ölçüt “rekabet testi”dir. Gerçekten Amerikan rekabet hukukunda, birleşme ve devralmaların rekabet üzerindeki etkileri tartışılırken, esas sorun “küçük teşebbüslerin korunması” olarak algılanmayıp, “rekabetin korunması” olarak algılanmaktadır. Amerikan rekabet hukukunda uygulanan ölçüt, rekabetin ve ekonomik etkinliğin önemli ölçüde azaltılmasıdır; hakim durum testinde ise, hakim durum genelde pazar payı analiziyle tespit edilmektedir; burada esas sorunu, birleşen teşebbüslerin rakiplerine göre büyüklüğü teşkil etmekte olup, hakim durum testi birleşme işleminin tüketici ve piyasa üzerindeki toplam etkisi ile ilgilenmez. Bu bakımdan, Amerikan rekabet hukuku sistematığının gelişiminde en çok iz bırakan kararlardan biri TOPCO Kararıdır. Anılan Karar uyarınca, yirmibeş kadar küçük ve orta ölçekli işletmenin kurdukları kooperatif vasıtasıyla yürürlüğe koydukları bölgesel sınırlamaları, büyük markalarla rekabet için getirildikleri ve alt derece mahkemesinin kararına göre bu amacı da yerine getirdiği halde, Federal Yüksek Mahkeme tarafından yasaklanmış ve cezalandırılmıştır. Buna karşılık Avrupa Birliği ve Türk hukukunda, “küçük teşebbüslerin korunması” fikri ağır basmakta olup, burada asıl amaçlanan, tek pazar ile gümrüklerin ve kotaların korunmasından artık yararlanamayacak olan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin mevcut durumlarının korunmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 151 vd; *Erdem*, Türk-İsviçre Rekabet Hukuku, s. 118 vd; *Gürkaynak*, Günenc: “Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrolü: Neden ve Nasıl Üzerine Düşünceler”, Rekabet

Kararı'nda, birleşmeye taraf her iki ortaklığın da Alman kanunlarına göre kurulduğunu ifade ettikten sonra, tarafların ilgili pazarlara konu ürünleri Türkiye'ye sadece ihraç etmedikleri, bunun yanında, Türkiye'de kurdukları ortak girişimler aracılığıyla üretim ya da servis faaliyetlerini sürdürdükleri dikkate alındığında, birleşme işleminin Türkiye'de etkileri olacağı düşünüldüğünden birleşmenin, 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirilerek izne tabî olduğuna karar vermiştir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da kararlarında hakim durumu, rakiplerden, tedarikçilerden ve müşterilerden bağımsız olarak davranarak etkin rekabeti önleme gücü olarak tanımlamaktadır. Buna göre hakim durumun temel unsurlarını, teşebbüsün tekel gücü niteliğinde ekonomik bir güce sahip olması, tedarikçilerden ve müşterilerden bağımsız olarak davranabilmesi ve bu gücün sürekli olması olarak sayabiliriz⁸⁹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu hususu ile kötüye kullanma hallerinin özellikle, "a) ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması, c) 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

Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0139, s. 17 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 136 vd; *Ulu*, s. 11 vd.

⁸⁹ Bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 42 vd; *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 90 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 206-207.

da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.” durumlarından oluştuğu, hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun’un 7. maddesinde hükme bağlanan husus ise, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmalarının hukuka aykırı ve yasak olduğudur.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesinde yer alan, “ülkenin bütünü ya da bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasında” ifadesi aslında, bu Kanun’un yer yönünden uygulanması ile ilgilidir⁹⁰. Bu kapsamda ilgili pazar, “coğrafi pazar” ve “ilgili ürün pazarı” olmak üzere iki açıdan ele alınabilir⁹¹:

“Coğrafi pazar” kavramına ilişkin olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesinde, “ülkenin bütünü veya bir kısmında” ifadesi yer almasına karşılık, Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4. maddesinde, aynı içerikte “ülkenin tamamında veya bir bölümünde” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu maddenin IV. fıkrasında ise, “ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar” ifadesine yer verilmiştir.

⁹⁰ RKHK’un yer bakımından uygulanması ile ilgili olarak, aynı Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesi, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6. maddesi ve “Birleşme veya Devralma” başlıklı 7. maddesinde çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bu konuda ayrıca bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 31 vd.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 173-174; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 136 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 415 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 156 vd.

Aynı Tebliğ hükmü uyarınca coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeleri ifade etmektedir.

Coğrafi pazar değerlendirilmesinde, ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar, özellikle dikkate alınacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz mevzuat hükümlerinde ifade farklılıkları bulunmakla birlikte, anılan hükümler uyarınca coğrafi pazarın tespitinde, kendi içinde homojen bir pazar yapısı gösteren coğrafi bir bölgenin tespit edilmesi önem taşımaktadır⁹².

“İlgili ürün pazarı” kavramına ilişkin olarak ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesinde, “rekabetin herhangi bir mal veya hizmet piyasasında” önemli ölçüde azaltılmasından söz edilmiştir.

Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4. maddesinde, ilgili ürün pazarının tespit edilmesinde hangi hususların dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre, ilgili ürün pazarının tespitinde, birleşme ve devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınacak, tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilecektir.

⁹² Bu yönde bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 174.

bb) Birleşme ve Devralma Sayılan Durumlar

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinde, hangi durumların rekabet hukuku açısından birleşme ve devralma sayıldığı belirtilmiştir.

Söz konusu Tebliğ'in 4. maddesi uyarınca, Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme ve devralma işlemi sonucunda birleşmeyi ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı⁹³ aşması durumlarında Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunlu olacaktır⁹⁴. Bu tür birleşme ve devralmalar dışında ise, Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmeyecektir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından birleşmeler, teşebbüsler için beraberinde birtakım yan sınırlamaları da gündeme getirebilecektir. Genellikle rekabet etmeme koşulu, fikrî ve sınaî mülkiyet haklarına ilişkin sınırlamalar, tedarik anlaşmalarına ilişkin sınırlamalar gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkan sınırlamalar uygulamada “yan sınırlamalar” olarak adlandırılmaktadır⁹⁵. Bu sınırlamalar özellikle

⁹³ 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Para Birimi Hakkında Kanun (RG, 31.01.2004, S. 25363) ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin para birimi Yeni Türk Lirası, Yeni Türk Lirası'nın alt birimi ise Yeni Kuruş olarak belirlenmiştir. Söz konusu Kanun'un 2. maddesi uyarınca da, Türk Lirası değerler için, “bir milyon Türk Lirası eşittir bir Yeni Türk Lirası” değişim oranı esas alınacaktır.

⁹⁴ Anılan Tebliğ'in 4. maddesi uyarınca izne tabi birleşme ve devralmaların tespitinde, a) Birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları, b) Birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticarî malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları, c) Birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları, d) (c) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları, e) (a)-(d) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları toplamı esas alınacaktır.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 91 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 437 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 272 vd. RKr, Vateks/PGI NonwovensB.V.

birleşmede, piyasaya yabancı olan teşebbüsler ile bu piyasada önceden faaliyette bulunan ve bu nedenle de müşteri portföyü, dağıtım ağı bulunan, know-how sahibi teşebbüsler arasında gerçekleştirilmektedir.

aaa) Bağımsız İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde öngörülen yasaklama, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eden teşebbüslerarası birleşme ve devralmalara ilişkindir.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinde, birleşme ve devralma sayılan durumlar belirlenirken "bağımsız⁹⁶ iki veya daha fazla teşebbüs"ten söz edilmiştir⁹⁷.

Kararı'nda, Adalet Divanı'nın uygulamalarında, yan sınırlamaların zorunlu, objektif ve makul olma koşuluyla kabul edildiğini ve yan sınırlamalar arasında yer alan devir işlemlerinde, devralan tarafın, devreden devir işleminden sonra kendisiyle rekabet etmemesi koşulunun, ticarî hayatın bir gerekliliği olduğunu, devralanın know-how ve kendisine ait müşteri portföyünü oluşturabilmesi, piyasaya uyum sağlayabilmesi için uygun bir süreye ihtiyacı olduğunu belirtmiştir; Kurul bu Karar'da devralma işlemi ile ilgili olarak, bütün gizli, teknik bilgilerin, know-how, usul el kitaplarının, formüllerin, spesifikasyonların, müşteri ve pazar bilgilerinin, pazarlama ve satış belgelerinin, markaların, patentlerin, lisans anlaşmalarının ve müşteri portföyü gibi unsurların devredildiğini ve bu nedenle rekabet etmeme koşulunun 3 yıl ile sınırlandırılmış olmasının uygun bir süre olduğunu, Adalet Divanı uygulamalarında olduğu gibi, zorunlu, objektif ve uygun olması nedeniyle bir yan sınırlama olması gerektiğini ifade etmiştir. Bk. 03.03.1999 tarih ve 99-12/94-36 sayılı RKr Kararı (RG, 10.09.1999, S. 23812). Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, 139/2004 sayılı Tüzüğün Gereçekler bölümünün 21. maddesinde, ilgili teşebbüslerin yoğunlaşmanın tamamlanması ile doğrudan ilgili ve gerekli olan sınırlamaları kabul ettikleri durumlarda da bu Tüzük hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁹⁶ RKr'nun 04.12.2001 tarih ve 01-58/605-160 sayılı Kararı'nda, "...HSBC ile Demir Yatırım'ın birleşmesi işleminin, tarafların aynı ekonomik birlik içinde bulunması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ hükümlerine göre izne tabî bir işlem olmadığı anlaşılmıştır" görüşüne yer verilmiştir. Söz konusu Karar için bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (20.10.2004); Erdem, Türk - AT Rekabet Hukuku, s. 45-46; Yılmaz, s. 150, dn 32.

⁹⁷ RKr, 25.12.2001 tarih ve 01-63/645-171 sayılı Kararı'nda (RG, 24.07.2002, S. 24825), Galatasaray Spor Kulübü, Beşiktaş Jimnastik Kulübü ve Fenerbahçe Spor Kulübü'nü teşebbüs olarak kabul ederken, 03.12.1997 tarih ve 41/269-19 sayılı Kararı'nda (RG, 14.11.1998, S. 23523), İçişleri Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı gibi kamu kuruluşlarının teşebbüs niteliğine sahip olmadığına, buna karşılık Devlet Malzeme Ofisi'nin teşebbüs tanımı içinde kaldığına karar vermiştir. Söz konusu kararlar için bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (20.10.2004); Erdem, Türk-İsviçre Rekabet Hukuku, s. 15, dn. 26-27.

Diğer taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "teşebbüs"⁹⁸ kavramının, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade ettiği hükme bağlanmıştır⁹⁹.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinde ise, birleşme ve devralma sayılan durumlar belirlenirken, birleşen teşebbüsler için "bağımsız olma" koşulu öngörülmüştür. Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde "teşebbüs" kavramı tanımlanırken, zaten bağımsız olma unsuruna değinildiğinden, söz konusu Tebliğ'de ayrıca "bağımsız" iki veya daha fazla teşebbüsten söz edilmesi, kanımızca gereksiz bir tekrar olmuştur.

Burada teşebbüsler açısından "bağımsız olma" ile kastedilen aslında, ekonomik bağımsızlıktır. Dolayısıyla, teşebbüslerin bağımsızlığından söz edebilmek için ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkisi gibi bağlı ortaklık ilişkisinin de bulunmaması gerekecektir¹⁰⁰.

⁹⁸ "Teşebbüs" kavramı hakkında bk. yuk. dn. 44.

Avrupa Birliği hukukunda ise, Roma Antlaşması'nda ve 139/2004 sayılı Tüzük'te "teşebbüs" kavramına yer verilmemekle birlikte, Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarından "teşebbüs" kavramından, hukukî ve finansal tanımı ne olursa olsun bağımsız ve sürekli bir şekilde faaliyette bulunan kuruluşlar anlaşılakta olup, bu hususta Komisyon'un "ilgili teşebbüs" kavramı hakkında 98/C 66/03 sayılı açıklayıcı duyurusu bulunmaktadır. Avrupa Birliği hukuku açısından "teşebbüs" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Aşçıoğlu Öz*, Hakim Durum, s. 146 vd; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 187 vd; *Furse*, s. 323 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 68 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 122 vd; *Güzel*, s. 10-11; *Kapteyn*, P.J.G / van *Themaat*, P.VerLoren: Introduction to the Law of the European Communities, 3. ed., Dordrecht 1998, s. 836 vd; *Morali*, s. 405 vd.

⁹⁹ Telekomünikasyon Kurumu'nun "Hakim Durumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği"nde (RG, 03.06.2006, S. 25127), "teşebbüs" kavramı yerine "işletmeci" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Aslında bu tür düzenlemelerde "teşebbüs" kavramının kullanılmamasını, söz konusu sektörde "işletmeci" kavramının yaygın olarak kullanılmasına bağlayabiliriz. Bununla birlikte, söz konusu Tebliğ, "Hakim Durumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tebliğ" (RG, 07.01.2007, S. 26396) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁰ Bu yönde bk. *Arı*, s. 156, 162.

Rekabet Kurulu kararlarında “teşebbüs” kavramı tanımlanırken “fonksiyonel ölçüt” ve “şeklî ölçüt” ifadeleri kullanılmakta¹⁰¹ olup, fonksiyonel ölçüt, piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma, bir başka deyişle ekonomik faaliyette bulunmayı ifade etmekte iken, şeklî ölçüt, bağımsız karar verme ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturmayı ifade etmektedir.

Rekabet Kurulu’nun 13.03.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı Kararı’nda¹⁰², “bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim, finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir” denilerek, teşebbüslerin ekonomik bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği hususuna açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Danıştay 10. Dairesi de, 09.01.2001 tarih ve E. 1996/ 618, K. 2001/ 2 sayılı Kararı’nda¹⁰³: “.....rekabet kurallarının ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması öngörülmüştür. Bu nedenle de kamu teşebbüsleri ve devlet tarafından kendilerine özel, münhasır ya da imtiyaz oluşturan haklar tanınmış olan bütün teşebbüsler Yasa kapsamındadır. Buna karşın, sözü edilen Yasanın 3. maddesinde tanımlanan teşebbüs niteliği taşımayan kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerine, anılan Yasa hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Dava konusu olayda, davacı ile sözleşme imzalayan ve davacıdan taahhütname alan Milli Emlak Genel Müdürlüğü Yasa’da öngörülen anlamda bir teşebbüs olmadığından, davalı idarece anılan idarî uygulamalarının, 4054 sayılı Yasa kapsamı dışında kaldığı

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 68 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 181.

¹⁰² RG, 22.09.2004, S. 25591.

¹⁰³ Karar için bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 72, dn 15; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 126.

gerekçesiyle davacı Armatörler Liman İşletmeciliği Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketinin yaptığı başvurunun reddinde kanuna aykırılık görülmemiştir. Ancak, liman gelirlerinin % 15'inin istenilmesine ilişkin işlemlerin yargı denetimine açık olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine....” karar vererek, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen teşebbüs kavramının anlamına açıklık getirmeye çalışmıştır.

Ayrıca, diğer mevzuat hükümlerinde öngörülen birleşmeye ilişkin hükümler de rekabet hukuku açısından, “bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi” kapsamında değerlendirilebilecek olup, teşebbüsler arasında gerçekleşen bu tür birleşmeler, iki veya daha fazla ticaret ortaklığının birleşerek yeni bir ortaklık kurmaları veya bir ya da daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına katılması yoluyla gerçekleşebilecektir¹⁰⁴.

bbb) Malvarlığı, Ortaklık Payları ya da Yönetimde Hak Sahibi Olma Yetkisi Veren Araçların Devralınması veya Kontrol Edilmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde hangi durumlarda bu Kanun açısından birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanırken bu kapsamda, “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” hususuna yer verilmiştir.

Buna karşılık, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinde, anılan Kanun hükmünden farklı

¹⁰⁴ Örneğin TTK ve BANKK açısından birleşmeler bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu tür birleşmelerde de, tasfiyesiz sona erme, küllî halefiyet ve pay sahipliğinin devamı durumları söz konusu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bk. yuk. s. 7 vd.

olarak bu tür araçların devralınmasının yanında, kontrol edilmesi de yasaklanmıştır¹⁰⁵.

Diğer taraftan, anılan Tebliğ hükmü, Kanun maddesinde yer alan hükmü, normlar hiyerarşisine aykırı olarak, Kanun'un öngörmediği bir şekilde genişletmektedir. Ancak kanımızca burada, devralma ve kontrole ilişkin ikili bir ayrımın yer aldığının da düşünülmemesi gerekmektedir¹⁰⁶. Burada anlaşılması gereken husus, söz konusu mevzuat hükümlerinde ifade edilen araçların devralınması suretiyle, herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün kontrolünü ele geçirmesi durumudur¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendinde, RKHK'un 7. maddesinden farklı olarak, söz konusu araçların devralınması yanında, kontrol edilmesinin de yasaklanmasının nedeni aslında, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlama amacıdır. Zira, 139/2004 sayılı Tüzüğü'nün 3. maddesinde "kontrol"e ilişkin olarak, "fiilî ya da hukukî koşullar da göz önünde bulundurularak, tek başına veya birlikte, bir teşebbüsün üzerinde belirleyici etki yaratma olanağı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlardan, özellikle: a) Bir teşebbüsün malvarlığının bir kısmı veya tamamı üzerinde mülkiyet veya kullanma hakkından; b) Bir teşebbüsün organlarının oluşması, oylamaları veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerden doğar..." açıklamalarına yer verilmiştir; bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. *Furse*, s. 316 vd.

¹⁰⁶ Bu yönde bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 310; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 191. *İnan*, kontrol kavramını gerektiği gibi değerlendirebilmek için birleşme ve devralma konularının ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini belirterek, "Birleşme halinde hemen her zaman kontrol değişir. Yeter ki taraflar bağımsız teşebbüsler olsun. İki şirketin birleşerek yeni bir şirket ortaya çıkması halinde durum böyledir. Burada birleşen şirketlerin kontrolünün ayrı sermaye gruplarının elinde olduğunu varsayarsak, yeni şirket ya bir grubun kontrolüne geçecektir, ya da ortak kontrol ortaya çıkacaktır (Joint Venture). Her iki halde de kontrol değişmiş sayılır." görüşünü savunmaktadır, bk. *İnan*, Nurkut: "Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları", RB 2000, S. 2, <http://www.esrc.com> (05.09.2006). Ayrıca, *İşmen*, Tebliğ'in 2. maddesinin lafzı yorumunun, kontrol değişikliği tesis etmeyen işlemlerin de Tebliğ hükümleri çerçevesinde RKr'na bildirilmesi gerekliliğini ihdas eder şekilde bir sonuç yarattığını, ancak bu sonucun doğru olmadığını, devre konu teşebbüslerde bir kontrol değişikliğinin meydana gelmesinin bir kriter olarak mutlaka kullanılması gerektiğini, bu yaklaşımın rekabet hukukunun genel ilkelerine de uygun tek yorum tarzı olduğunu ifade ederek, Avrupa Birliği hukukunun ve Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği arasında 13 Aralık 1995 tarihinde imzalanan 95/1 Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39. maddesi uyarınca Türkiye rekabet hukuku uygulamalarını Avrupa Birliği'nin rekabet hukuku uygulamaları ile uyum içinde düzenleme yükümlülüğünün, bu sonucu destekler nitelikte olduğunu altını çizmektedir. Bk. *İşmen*, Tolga: "Birleşme ve Devralma Tanımları Açısından Kontrol Kavramı ve Önemi", RB 2001, S. 5, <http://www.esrc.com> (05.09.2006).

¹⁰⁷ Zira, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmaların kontrolünün temel amacı, yoğunlaşmaların tek bir merkezde oluşmasının önüne geçmektir.

Söz konusu Tebliğ bakımından kontrolün nasıl meydana getirilebileceği, bu Tebliğ'in 2. maddesinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte¹⁰⁸, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki¹⁰⁹ uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye uygun bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilecektir¹¹⁰.

Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda da, yoğunlaşmaların tanımına ilişkin olarak 139/2004 sayılı Tüzüğün 3. maddesinin (b) bendinde, “en azından bir teşebbüsü kontrol etmekte olan bir veya bir kaç teşebbüsün, paylarının veya malvarlığının, sözleşmesel veya diğer başka bir işlem yoluyla, anılan teşebbüsünün tamamını veya bir parçası üzerinde, doğrudan veya dolaylı kontrol tesis edilmesi yoluyla devralınması”ndan söz edilmiştir.

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 edilmiş kabul edilir.

¹⁰⁸ Tek başına kontrol ve birlikte kontrol durumlarının varlığı özellikle, Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen ciro eşiklerinin aşılıp aşılmaması hususunda önem arz etmektedir. Birlikte kontrolde “ortaklaşa” bir teşebbüsün kararları üzerinde etkin olma durumu söz konusudur.

¹⁰⁹ Tebliğ'de kontrolün tespit edilmesinde “belirleyici etki kriteri” temel alınmıştır. Buna karşılık bu kavram Tebliğ'de tanımlanmamıştır. Aynı şekilde, 139/2004 sayılı Tüzük'te de kontrolün tespit edilmesinde “belirleyici etki kriteri” temel alınmış olup, burada da söz konusu kavram tanımlanmamıştır. Bu nedenle, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesinde kesin kriterlerin verilmesi olanaklı gözükmemektedir. Bu nedenle de, belirleyici etkinin ortaya konulabilmesi ancak somut durumun özelliklerine bağlı olacaktır.

¹¹⁰ RKR, Sabah Yayıncılık A.O.'na ilişkin 23.10.2001 tarih ve 01-51/512-125 sayılı Kararı'nda (RG, 16.07.2003, S. 25170), yönetim kurulu değişikliği sonucu ilgili teşebbüsteki kontrolün el değiştirdiği ve böylece 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında bir devralma işleminin meydana geldiğine, karar vermiştir.

Tek başına kontrolün en belirgin şekli, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsteki oyların çoğunluğunu ele geçirmesidir. Ortak kontrol ise, iki ya da daha fazla teşebbüsün bir diğer teşebbüsün karar alma mekanizması üzerinde belirleyici etkiye sahip olmasıdır. Ortak kontrol, veto haklarının kullanılması, yapılan oy sözleşmeleri sonucunda oylamalarda ortak hareket edilmesi ya da fiilî kontrole sahip olunması gibi çeşitli yollarla sağlanabilmektedir.

Bir teşebbüsün kontrolünün ele geçirilme yollarından ilki, bir teşebbüsün malvarlığının devralınmasıdır. Ticarî işletmeler de dahil olmak üzere, her türlü işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde, bir işletmenin diğer bir işletmeyle aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi ise, aynı Kanun'un 180. maddesinde düzenlenmiştir¹¹¹.

Bir teşebbüsün kontrolünün ele geçirilmesinin diğer bir yolu da, bir teşebbüsün ortaklık paylarının tümünün veya bir kısmının devralınmasıdır. Bu yol, çalışmamızın konusu göz önünde bulundurularak¹¹², sadece anonim ortaklıklarda pay devirleriyle sınırlı olarak ele alınacaktır.

Anonim ortaklıklarda pay devri aslen ya da devren gerçekleştirilebilecek¹¹³ olup, aslen iktisap, kuruluşta ya da esas sermayenin artırılmasında payın taahhüt

¹¹¹ Bk. yuk. s. 4 vd.

¹¹² BANKK'nun "Kuruluş Şartları" başlıklı 7. maddesinin (a) bendi uyarınca, Türkiye'de kurulacak bir bankanın "anonim ortaklık" şeklinde kurulması ve (b) bendi uyarınca da, pay senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması gerekmektedir.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bk. *Ansay*, s. 237 vd; *Bartu*, Nihat: "Ticaret Şirketlerinde Hisse Devri", *İstBD* 1967, C. XV, S. 6, s. 347 vd; *Baştuğ*, s. 329 vd; *Çevik*, Orhan Nuri, *Anonim Şirketler*, s. 870 vd; *Doğanay*, s. 1233 vd; *Domaniç*, *Anonim Şirketler*, s. 894 vd; *İmregün*, s. 361 vd; *İpekçi*, s. 1372; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 448 vd; *Tekil*, *Anonim Şirketler*, s. 499 vd. Bununla birlikte, kıymetli evrak niteliğindeki ve anonim ortaklıklar tarafından çıkarılabilen pay senetlerinin iktisabına ilişkin TTK'nda özel hükümler bulunmakta (TTK m. 415-419) olup, bu hükümlerin yeterli olmadığı durumlarda TMK'nun menkul mülkiyetine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, TMK'nun 991. maddesi, hamiline yazılı senetlerin her türlü zilyetten iyi niyetle iktisabını korumaktadır. Nama yazılı senetlerde yetkisiz zilyetten iktisap TTK'nda özel olarak düzenlenmediğine göre, TMK'nun yetkisiz zilyetten menkul iktisabına ilişkin 988. ve 989. maddeleri bu senetlere de kıyasen uygulanabilecektir.

edilerek satın alınmasında söz konusu olduğu gibi kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kararı ile ihraç edilen pay senetlerinin satın alınmasında da söz konusu olmaktadır.

Payı aslen iktisap edenlerden veya payı daha sonra edinenlerden iktisap edilmesinde pay, devren kazanılmıştır. Payın devren iktisabı, çıplak payın veya pay senetlerinin devren iktisabı olarak gerçekleşebilir. Türk Ticaret Kanunu'nda çıplak payın devri hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle burada, alacağın temliki ve borcun nakline ilişkin genel hükümlerin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Bedelinin tamamı ödenmiş çıplak payın devri, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temliki hükümlerine tabîdir. Bu nedenle, alacağın temliki bir tasarruf işlemi olduğundan, temlik ile çıplak payın devralan geçmesi söz konusu olacaktır. Bedeli tamamen ödenmemiş çıplak payın devrinde ise durum farklıdır. Burada, karşılığı tamamen ödenmemiş bir payın devri, devralan kişi açısından bir borç yüklenilmesi niteliğinde olacaktır¹¹⁴. Bu nedenle de, Borçlar Kanunu'nun 173. maddesinde düzenlenen borcun nakli hükümleri uyarınca, alacaklı durumundaki anonim ortaklıktan da izin alınması gerekecektir¹¹⁵. Bu durumda, anonim ortaklığın izin vermesi ile devreden borcundan kurtulacaktır.

Pay senetleri kıymetli evrak (TTK m. 557 vd.) niteliğinde menkul kıymet¹¹⁶ olup, payın senede bağlanması ile bu senetler açısından tedavül kolaylığı sağlanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca, pay senetleri nama ya da hamiline çıkarılabilmekle birlikte, anonim ortaklıkların pay senedi çıkarma

¹¹⁴ Anonim ortaklıklarda pay sahibinin aslî borcunu, taahhüt ettiği payların karşılığını oluşturan edimin ifası oluşturmaktadır (TTK m. 405/I). Pay sahiplerinin taahhüt ettikleri payların karşılığını oluşturan edimi ifa etme borcu da, ortaklık açısından bir alacak hakkı teşkil eder.

¹¹⁵ Bk. *Domaniç*, Anonim Şirketler, s. 917-918; *Domaniç*, TTK Şerhi, s. 1299 vd; *Jaeggi*, Peter / *Teoman*, Ömer (Çev): "Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun Çözülenememiş Sorunları", İkt. Mal. 1970, C. XXII, S. 1, s. 24; *Tekinalp* (Poroy / Çamoğlu), s. 442 vd; *Tekil*, Anonim Şirketler, s. 431.

¹¹⁶ Bk. yuk. s. 28 vd.

zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca, halka açık anonim ortaklıklarda sermaye piyasası araçlarının (pay senetlerinin de) bastırılarak sahiplerine verilmesi zorunludur (SERPK m 7/IV). Gerçekten, esas sermayeli ortaklıklarda sermaye artırımının Ticaret Sicili'ne tescilinden itibaren hamiline yazılı pay senetlerinin 30 gün, nama yazılı pay senetlerinin de 90 gün içinde teslimi mecburiyeti bulunmaktadır (SERPK m. 7/IV). Kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda ise, pay senetlerinin satış esnasında alıcıya tesliminden itibaren pay sahipliği sıfatı kazanılabilecektir (SERPK m. 7/IV).

Payın devren iktisabı, iradî olarak ya da kanunî yollarla gerçekleşebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 415. maddesi uyarınca hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin, Türk Medenî Kanunu'nun 763. maddesinde öngörüldüğü üzere, menkul mallardaki gibi teslim yolu ile gerçekleşebileceği hususunu payın iradî devrine örnek gösterebiliriz ¹¹⁷.

Anonim ortaklıklarda esas sözleşme ile devir yasaklanmadıkça nama yazılı pay senetleri serbestçe devrolunabilecektir. Nama yazılı pay senetlerinin devri, ciro edilmiş pay senedinin devralana teslimi ile gerçekleşecek olup (TTK m. 416/II) ¹¹⁸,

¹¹⁷ TMK'nun 985. maddesi uyarınca da, hamiline yazılı pay senedinin zilyedi, onun sahibi olarak kabul edilir; bu nedenle zilyedin isteğine aykırı olarak elinden çıkmış olsa bile, iyi niyetli üçüncü kişi aleyhine istihkâk davası açılmaz. Devreden ile devralan arasındaki bir iç ilişkiye (satım, bağış vb.) dayanan teslim, ortaklığa karşı da hüküm ifade eder.

¹¹⁸ Doktrinde, TTK'nun 416. maddesinde öngörülen cironun niteliği hakkında değişik görüşler ileri sürülmüştür. Anılan kanun hükmünde öngörülen cironun pay senetlerinin nama yazılı olma niteliğini değiştirmedeği görüşündeki *İmregün*'e göre, pay senetlerinin hamiline ya da nama olacağı yönündeki TTK'nun 409. maddesi hükmünün lafzına bağlı kalarak, nama yazılı pay senetlerini kanunen emre yazılı kıymetli evrak olarak kabul etmek mümkün değildir; diğer taraftan Yazara göre, buradaki cironun sadece temlik fonksiyonu bulunmaktadır, s. 364. TTK'nun 416. maddesinde öngörülen cironun nama yazılı kıymetli evrak niteliğini taşıyan pay senetlerine tanınan istisnaî bir devir şekli olduğu görüşünü ileri süren *Arslanlı*'ya göre, Kanun, nama yazılı pay senetlerinde emre yazılı kıymetli evraka ait olan ciro ifadesini bilerek kullanmış ve nama yazılı pay senetlerinin devri hususunda emre yazılı senetlerle ilgili hükümlere tabî kılınmıştır, s. 181. *Eriş*'e göre, nama yazılı pay senetlerinin devrinde özel bir düzenleme öngörülmüş olup, bu senetlerin devrinde söz konusu özel düzenlemeler dikkate alınmalıdır, ayrıca bu senetlerin sadece ciro ve teslim işlemi senedin devri için yeterli olup, yazılı devir beyanına gerek bulunmamaktadır, s. 2500. TTK'nun 416. maddesinde öngörülen cironun pay senetlerini kanunen emre yazılı duruma getirdiği görüşünü ileri süren *Tekinalp*'e (Poroy/Çamoğlu)

pay senetlerinin Türk Ticaret Kanunu'nun 416. maddesine uygun olarak devredildiği ispat edilmedikçe devralan pay defterine yazılamayacaktır (TTK m. 417)¹¹⁹. Bununla birlikte, yönetim kurulunun payın devredildiğini ve pay defterine yazıldığını pay senedinin arkasına işaret etmesi gerekir (TTK m. 417/III); zira, bundan sonra devir işlemi ortaklık açısından sonuçlanır ve hüküm ifade etmeye başlar¹²⁰.

göre, nama yazılı pay senedi emre yazılı bir senettir; zira burada senedin devri ciro ve zilyedliğin geçirilmesi ile yapılmaktadır. Burada ciro sözcüğü hem tam hem de beyaz ciroyu ifade etmektedir, bir başka deyişle, nama yazılı pay senedi, beyaz ciro ve zilyedliğin geçirilmesiyle devredilebilir; ayrıca, bu iki işlem olmaksızın sadece ayrı bir kağıda yazılan temlik beyanı ile nama yazılı pay senedi devredilemez, s. 637.

¹¹⁹ Nama yazılı pay senetlerinde, bu senetlerin devri ile pay defterine kayıt gibi iki ayrı işlem söz konusudur. Uygulamada, nama yazılı pay senetlerinin temlik yolu ile devredilip devredilmeyeceği tartışmalı bir konudur. Yargıtay HGK'nun 22.11.1978 tarih ve E. 1977/11, K. 1978/922 sayılı Kararı ile Yargıtay, 11. HD'nin 04.12.1981 tarih ve E. 1981/4965, K. 1981/5248 sayılı Kararı'nda, temlikin sadece nama yazılı pay senedinin arkasında yapılmasını değil, aynı zamanda, ayrı bir senetle de gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir, söz konusu kararlar için bk. *Doğanay*, s. 2501, 2507; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 642. Doktrinde de genel olarak, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, nama yazılı pay senetlerinin alacağın temlikli hükümlerine göre de devredilebileceği kabul edilmektedir, bu yönde görüş için bk. *Doğanay*, s. 1500-1501; *Domanıç*, Anonim Şirketler, s. 901. Ayrıca, *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)* uygulamada, nama yazılı pay senetlerinin ciro ile bir kişiye, içindeki ortaklık hakkının da temlikname ile diğer bir kişiye devredilebileceğini işaret etmektedir. Bu durumda, yönetim kurulu, sadece temlikname ile başvurana, pay senede bağlandığı için, pay defterine kaydedemeyecektir, s. 643. Diğer taraftan, TTK'nun 417. maddesinin II. fıkrası doğrultusunda nama yazılı pay senedini devralanın pay defterine kaydedilebilmesi için, senedin zilyedi olması ve ciro silsilesi veya temlik beyanına göre hak sahibi olduğunu kanıtlayabilmesi yeterli olup, burada şekli bir inceleme yapılmaktadır. Buna karşılık, *Tekinalp*, anonim ortaklığın bir grup veya başka bir ortaklığın hakimiyeti altına girmesi tehlikesinin bulunduğu durumlarda ortaklığın, nama yazılı pay senedinin devrine ilişkin işlemi pay defterine kaydetmeyebileceğini ileri sürmektedir; bk. *Doğanay*, s. 1235 vd; *Eriş*, 2499-2500; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 639-640; *Pulaşlı*, Şirketler Hukuku, s. 363 vd.

¹²⁰ Doktrinde bazı yazarlar, pay defterine kayıt işleminin kurucu bir etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir. Söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, devralanın nama yazılı pay senedinden doğan hakları kazanabilmesi için devir işleminin pay defterine kaydedilmesi gerekmektedir, bk. *Doğanay*, s. 1235 vd. Doktrinde bazı yazarlar ise, taraflar arasında nama yazılı pay senedinin devrine ilişkin hukuki işlemin pay sahipliğinin kazanılması için yeterli olduğu, pay defterine kaydın ise sadece, devrin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için önem arzettiğini ifade etmektedir, bk. *Pulaşlı*, Şirketler Hukuku, s. 454; *Pulaşlı*, Hasan: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 76 vd; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 649-650, diğer taraftan *Tekinalp* de, pay defterine kaydın kurucu nitelikte olmamasının ortaklığa karşı hüküm ifade etmesi açısından önem taşıdığını ve payın taraflar arasında geçip geçmediği konusunda herhangi bir etkisinin olmadığını işaret etmektedir, *Tekinalp*, Ünal: "Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Ankara 2003, s. 7. Kanımızca da burada kayıt sadece, devrin ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için önem arz etmektedir; aksi takdirde, TTK'nun 416. maddesinin II. fıkrasında mülkiyetin devrine ilişkin bir işlemin anlamı kalmayacaktır.

Son yıllarda gelişen sermaye piyasası ve Avrupa Birliği'ne uyum süreci içerisinde, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, sermaye piyasası araçları ve pay senetlerinin kaydî hale getirilmesi olanağı sağlanmıştır¹²¹. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendinde de ifade edildiği üzere, sermaye piyasası araçları, “menkul kıymetler ile diğer sermaye piyasası araçları”nı ifade etmektedir. Pay senetleri de, menkul kıymetin kapsamına girdikleri için Sermaye Piyasası Kanunu anlamında sermaye piyasası aracıdır.

Sermaye piyasası araçlarının kaydî sisteme geçirilmesi kağıt basımını ortadan kaldıracak, halka arzlarda ve sermaye arttırmalarında ihraççı ortaklıkların maliyetleri azalacaktır. Aynı zamanda, halka arzedilmiş olsun ya da olmasın bütün pay senetleri daha sağlıklı bir şekilde takip edilebilecektir. Pay senetlerinin kaydî olarak tek bir yerde tutulması, takas işlemlerinde¹²² kolaylık sağlayacak ve temerrütler azalacaktır. Kısaca söyleyebiliriz ki, sermaye piyasası araçlarının kaydî sisteme geçirilmesi ile hedeflenen, sermaye piyasasında güven ve şeffaflığı sağlamaktır.

Türk hukukunda sermaye piyasası araçlarının kaydîleştirilmesine ilişkin kapsamlı ilk düzenleme, “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydî Değer Haline

¹²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. *Manavgat*, Çağlar: “Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydî Sistemin Esasları”, AÜHFD 2001, C. 50, S. 2, s. 167 vd; *Turanboy*, Asuman: *Varakasız Kıymetli Evrak*, Ankara 1998, s. 37 vd.

¹²² İMKB üyelerinin Borsa'da gerçekleştirdikleri alım satım işlemlerini ve bu işlemlerinden doğan taahhütlerini yerine getirmelerinde karşılaşılabilecek güçlükleri ve gecikmeleri ortadan kaldırmak, bu işlemlerin güvenli ve hatasız bir şekilde yapılmasını sağlamak, işlemlere verimlilik ve hız kazandırmak üzere Borsa ile uyumlu olarak çalışacak Takas Merkezi ve Saklama Merkezi'nin çalışma esas ve kurallarını belirlemek üzere, “İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Takas ve Saklama Merkezleri Yönetmeliği” (RG, 19.02.1996, S. 22559) hazırlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesinde, Borsa üyelerinin alım satım işlemlerinden doğan menkul kıymet teslim etme veya teslim alma taahhütleri ile alım satımına konu olan menkul kıymetler karşılığındaki ödeme taahhütlerinin Takas Merkezi aracılığıyla hesaben sonuçlandırılacağı, Borsa Yönetim Kurulu'nca kapsam dışında tutulanlar hariç, bütün Borsa işlemlerinin takaslarının Takas Merkezi'nde yapılmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, aynı Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca takas, teslim karşılığı ödeme prensibiyle yapılacaktır.

Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği”¹²³ dir. Buna karşın, söz konusu Tebliğ’in sermaye piyasası hukukundaki varlığı pek de uzun sürmemiştir¹²⁴.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A. maddesinin I. fıkrası uyarınca, sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenecektir. Merkez, bunun yanında iki ayrı görevi daha üstlenmiştir. Birincisi, Yatırımcıları Koruma Fonu’nu yönetmek ve temsil etmek (SERPK m. 46/A/II), ikincisi, Fon adına aracı kurumların tedricî tasfiyelerini yürütmektir (SERPK m. 46/B/I). Görülmektedir ki, yatırımcının korunması açısından Merkez’e önemli görevler verilmiştir.

Kaydî izleme görevine ilişkin olarak Merkezî Kayıt Kuruluşu, kaydî sermaye piyasası araçlarının saklanması hizmetini yürütmektedir. Bununla birlikte aynı görev kapsamında söz konusu Kuruluş, hak sahibi bazında halka açık veya halka kapalı pay senetleri ile yatırım fonu katılma belgelerinin kaydî hesaplarda idaresi, borsada payları işlem gören ihraççı üyeler için pay defteri güncelleme hizmeti, Takasbank Nakit Servisleri desteği ile hak sahiplerine bedelli sermaye arttırmaları, halka arzlarda kıymetlerin hak sahiplerine transferi, otomatik bedelsiz sermaye arttırmadan payları hak sahiplerine aktarma, intifa haklarının kıymetler üzerinde kurulması ve transferi,

¹²³ Seri: IV, No: 22 Sayılı (RG, 19.12.1996, S. 22852).

¹²⁴ Danıştay 10. Dairesinin E. 1997/577, K. 2000/1934 (Yayımlanmamış) sayılı Kararı ile söz konusu Tebliğ iptal edilmiştir. Danıştay’ın gerekçesinde iki temel nedene dayandığını görmekteyiz. Birincisi, Tebliğ’in kanunî dayanağını oluşturan SPKn’nun 22. maddesine (n) bendini ekleyen 558 sayılı KHK’nin, Anayasa Mahkemesi’nin 13.11.1995 tarih ve E. 1995/ 45, K. 1995/ 58 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olmasıdır. İkincisi ise, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı nedeniyle Kurul’un, kaydî sistemi düzenleme konusunda kanun ile tanınmış bir yetkisinin bulunmadığıdır. Karar’da, “.... Türk Ticaret Yasası’nda sıkı ve mutlak şekil şartlarına bağlanan hisse senedi uygulamasını ortadan kaldırdığı....” gerekçesine yer verilmiştir. Ancak bu gerekçeye katılmak pek de olanaklı değildir. Zira, TTK, anonim ortaklıkta payı temsilen pay senedi çıkarılmasını zorunlu kılmamaktadır. Sermaye piyasası hukuku yönünden pay senetlerinin hak sahibine teslimi ve payın senede bağlanması zorunluluğu, SPKn’nun 7/IV maddesinden kaynaklanmaktadır.

Takasbank Nakit Servisleri desteği ile haksahiplerine temettü dağıtma servisleri gibi hizmetleri de yürütmektedir¹²⁵.

Bu kayıtların tutulacağı sicil merkezinin çalışma ve denetim esaslarının Bakanlar Kurulu'na çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir (SERPK m. 10/A/I). Bu hükme dayalı olarak, Bakanlar Kurulu'nun "Merkezî Kayıt Kuruluşu'nun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik"¹²⁶ yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, kayıtların nasıl tutulacağına ve tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslara, Seri: IV, No: 28 sayılı "Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ"¹²⁷ de yer verilmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A. maddesi kapsamında bulunan payların senede bağlanmamış olduğu ve kayden izlendikleri dikkate alındığında, bu payların devri konusunun ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Nama yazılı pay senetlerinin devri, ciro edilmiş pay senedinin devralana teslimi ile gerçekleşmekle birlikte, burada kaydileştirilen pay senetleri açısından ciro da mümkün olamayacaktır. Bu nedenle de, nama ve hamiline yazılı payların devrinde, senede bağlanmamış bir pay, kaydî değer niteliğini taşıyan paydan doğan haklardan ibaret olacağından, bu

¹²⁵ Kaydî sistemin avantajlarına ilişkin olarak, tüm piyasa aktörleri için daha düşük risk ve maliyet, sertifika basım ve ihraç masrafından tasarruf, personel, saklama, sigorta ve borçlanma-ödünc maliyetlerinden tasarruf, ihraççılar için sağlıklı ve güvenilir ortaklık pay defteri bilgilerini edinme imkanı, sermaye arttırımı, temettü ödemeleri ve ortaklarla ilişki ve iletişimlerde zaman ve maliyet avantajı, sıfır çalınma, kayıp, sahtelik riski maliyeti, daha kısa ve etkin takas süreci, ortaklık-ortak ilişkilerinde etkinlik, uluslararası entegrasyonu kolaylaştırma ve endüstri standardını sağlama gibi hususlar sayılmaktadır; genel olarak bk. <http://www.mkk.com.tr> (30.12.2007).

¹²⁶ 2001/2475 sayılı Bakanlar Kurulu Yönetmeliği (RG, 21.06.2001, S. 24439). Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca, MKK, "Anonim Ortaklık" statüsündedir. Söz konusu Yönetmeliğin 11. maddesine göre de, kayıtlar aracı kuruluşlar, ihraççılar ve hesap temsilcileri nezdinde tutulacaktır. Oysa SPKn'nun 10/A. maddesinin II. fıkrası, kayıtların aracı kuruluşlar, ihraççılar ve hak sahiplerince tutulacağını hükme bağlamıştır.

¹²⁷ RG, 22.12.2002, S. 24971.

hakların devri de, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temlikî hükümlerine tabî olacaktır¹²⁸.

Diğer taraftan, payın kanunî devri ise, miras yoluyla¹²⁹, cebri icrayla¹³⁰, mahkeme kararıyla¹³¹ ve benzerî durumları ifade etmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde de, yasak olan birleşme ve devralmalar belirlenirken, anılan kanunî devirlerden sadece “miras yoluyla iktisap” durumu, bu tür birleşme ve devralmaların istisnası olarak öngörülmüştür.

ccc) Ortak Girişimler

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, hangi birleşme ve devralmaların yasak olduğu düzenlenirken, “ortak girişim”¹³² kavramına yer

¹²⁸ Bk. *Tekinalp, Ünal*: “Nama Yazılı Kaydî Payların Devrinde Merkezî Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 389 vd.

¹²⁹ Miras yolu ile devirde, ölüm ile ölenin sahip olduğu paylar, TMK'nun 599. maddesi uyarınca, “miras payları” oranında mirasçılara geçecek olup, buradaki “miras payı” kavramı, terekenin tasfiyesi sonucunda, bu terekeden mirasçılara düşecek oransal miktarı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Diğer taraftan, mirasın reddi (TMK m. 605-608), defter tutma talebi (TMK m. 619-631) ve resmî tasfiye isteği durumları, payların miras payları oranında mirasçılara geçmesinin istisnasını teşkil eder; ayrıntılı bilgi için bk. *Domaniç*, Anonim Şirketler, s. 919-920; *Erem*, S. Turgut: Ticaret Hukuku Prensipleri, Ticaret Şirketleri, C. II, 2. bası, İstanbul 1965, s. 308; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 448.

¹³⁰ İİK'nun 88. ve 89. maddeleri uyarınca haczedilmiş, TMK'nun 950-953 maddeleri uyarınca hapis hakkına ya da aynı Kanun'un 956. ve 957. maddeleri uyarınca rehne konu teşkil etmiş pay ya da pay senetlerinin cebri icra yolu ile satışı durumlarında satış kararının kesinleşmesiyle, pay ve pay senetlerinin alıcıya devri, satış tarihinden itibaren hüküm ifade eder; ayrıntılı bilgi için bk. *Domaniç*, Anonim Şirketler, s. 920-921; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 448.

¹³¹ Pay ve pay senetlerinin davaya konu olması, istihkâk davası açılması (TMK m. 763, 766, 986-993, İİK m. 97-99), mirasta istihkâk iddialarına konu olması (TMK m. 637-639), miras paylarının mahkemece tespiti (TMK m. 650) gibi durumlarda olanaklıdır. Pay sahipliğinin mahkeme kararı ile belirlendiği durumlarda, pay ve pay senedi sahipliğinin tespitinde teslim ve ciro gerekli değildir; burada mahkeme kararı, bu işlemlerin ve ortaklıkça yapılacak kayıtların yerine geçecektir.

¹³² Türk hukukunda ortak girişimlere ilişkin düzenlemelere çeşitli kanun hükümlerinde yer verilmiştir. Örneğin KİKnun 14. maddesinde ortak girişimlere, iş ortaklığı ve konsorsiyum şeklinde ayrıma tabî tutularak yer verilmiş, KVK'nun 1. maddesinin (E) bendinde ortak girişim kavramına, “iş ortaklığı” adı altında yer verilmiştir. Bununla birlikte, BK'nun 520. maddesinin II. fıkrasında, bir ortaklığın TTK'nda tarif edilen ortaklık niteliğinde olmaması durumunda, bu ortaklık hakkında adı ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde hükme yer verildiği ve bu tip ortaklıkların yapısını ve niteliklerini ortaya koyan özel düzenlemelerin bulunmadığı dikkate alındığında, ortak girişimlere ilişkin olarak BK'nun 520 vd. maddelerinde yer alan adı ortaklığa ilişkin düzenlemeler, burada kıyasen uygulama alanı bulabilecektir.. “Ortak girişim” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Barlas*, Nami: Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 187 vd; *Dayınlarlı*, Kemal: Joint

verilmemiştir. Buna karşılık, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendinde, anılan Kanun hükmünden farklı olarak, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadî varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler, birleşme ve devralma sayılan durumlar arasında sayılmıştır¹³³.

E- Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukukuna Uygulanması

Rekabet hukukunun kamu hukuku yönü¹³⁴ bulunduğu gibi, özel hukuk yönü de bulunmaktadır. Her ne kadar rekabet düzeninin korunması amacıyla yönelik olarak rekabet hukuku kamu hukukuna daha yakın gözükmekte ise de, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu ile de ortak noktaları bulunmaktadır.

Rekabet hukuku ile borçlar hukukunun, özel kişiler arasındaki hukukî ilişkilere uygulanması gibi ortak noktası bulunmaktadır. Zira, rekabet hukuku kuralları, özel kişilerin işlemlerine uygulanacaktır. Rekabet hukuku kuralları aynı

Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 3 vd; *Öztürk*, Pınar: Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 4 vd, *Öztürk*, Pınar: "Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 491 vd; *Tekinalp*, Gülören / *Tekinalp*, Ünal: "Joint Venture", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 148 vd.

¹³³ 139/2004 sayılı Tüzüğün 3. maddesinde de yoğunlaşmalar tanımlanırken, ortak girişimlere ilişkin olarak, tüm işlevlerini bağımsız bir oluşum olarak yerine getiren bir ortak girişim oluşturmanın bir yoğunlaşma olduğu hükme bağlanmıştır. RKr'nun da 17.07.2003 tarih ve 03-51/ 579-255 sayılı Kararı'nda (RG, 22.09.2004, S. 25591), işlemin birçok aşamayı içerdiğini, sonuç olarak Vantico'nun, MatlinPatterson tarafından kontrol edilen "Holdco 2" unvanlı ortaklığın aracılığıyla Huntsman'ın bünyesine dahil edileceği, dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Vantico'nun hali hazırda ortak kontrol edilen ve bağımsız bir ekonomik varlık olan Huntsman'ın bünyesinde yer alacağı ve işlemin, MatlinPatterson ve Jon. M. Huntsman'ın faaliyetlerinin çakışmamasından dolayı koordinasyon riski taşımayacağı anlaşıldığı, bu nedenle bildirim konusu işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2 (c) maddesi kapsamında bir ortak girişim işlemi olduğu, hususlarına yer verilmiştir.

¹³⁴ Bk. aşa. s. 96 vd.

zamanda, kişiler arasındaki hukukî ilişkilere ekonomik nedenlerle sınırlamalar getirmekte ve bu kapsamda, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar, hakim durumun başkalarıyla yapılan anlaşmalar ya da birlikte yapılan davranışlar ile kötüye kullanılması, hakim durum yaratan ya da hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde gerçekleştirilen birleşme ve devralmalar, rekabet hukukunun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu itibarla, yapılan anlaşmaların ve kararların oluşturulması, hükümleri, sona ermesi, bu anlaşmaların hukuken geçerliliği gibi hususlar da, borçlar hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Diğer taraftan, rekabet hukukuna aykırı davranışlar aynı zamanda haksız fiil niteliğinde olacağından, Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümleri, rekabet hukukunda da uygulama alanı bulabilecektir.

Rekabet hukuku kurallarının uygulanacağı “teşebbüs”¹³⁵ kavramı her ne kadar ticaret hukukundaki “ticarî işletme”¹³⁶ kavramıyla aynı olmasa da, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ticaret ortaklıkları, rekabet hukukunu ihlal edebilecek en önemli kişiler olarak değerlendirilebilecektir.

Ayrıca, pay senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar olan halka açık anonim ortaklıklara ilişkin olarak da, Sermaye Piyasası Kanunu ile bu Kanun'da hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümler uygulanacak olup, söz konusu ortaklıklar da, birer teşebbüs olarak rekabet hukukunu ihlal edebilecek kişiler arasında olabilecek ve bu nedenle, Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri de rekabet hukukunda uygulama alanı bulabilecektir.

¹³⁵ Bk. yuk. s. 48 vd.

¹³⁶ TTK'nun 11. maddesinde, ticarethane, fabrika ya da ticarî şekilde işletilen müesseselerin ticarî işletme sayılacağı hükme bağlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA BİRLEŞMELERİ ve BANKA BİRLEŞMELERİNİN USULÜ

I. KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA BİRLEŞMELERİ

A- Genel Olarak¹³⁷

Tezimizin konusu, banka birleşmelerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi olmakla birlikte, yapılacak bu değerlendirmelerde yararlanılmak üzere, “banka birleşmeleri” kavramının öncelikle ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bankacılık mevzuatında banka birleşmelerine ilişkin hüküm getiren ilk düzenleme, 7129 sayılı Bankalar Kanunu¹³⁸ olmuştur¹³⁹. Diğer taraftan, bankaların devir, birleşme ve tasfiyesine ilişkin hükümlere yer veren 4389 sayılı Bankalar Kanunu¹⁴⁰, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁴¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bankalar Kanunu’nun 18. maddesinde, bankaların¹⁴² devir, birleşme ve

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. *Alıcı*, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 215 vd; *Battal*, Ahmet: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 2. bası, 213 vd; *Battal*, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. bası Ankara 2007, s. 137 vd; *Çevik*, Kemal: Banka Hukuku, Ankara 2007, s. 191 vd; *Reisoğlu*, Seza: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002, s. 736 vd; *Reisoğlu*, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2007, s. 337 vd; *Şahözkan*, Burak Cem: Banka Birleşmeleri, İstanbul 2003, s. 39 vd; *Taşdelen*, Servet: Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. bası, Ankara 2006, s. 292 vd; *Tekinalp*, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 13 vd; *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği’nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005); *Yılmaz*, s. 137 vd; *Yüksel*, A.Sait/Yüksel, Aslı /Yüksel, Ülkü: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 2004, 10. bası, s. 651 vd.

¹³⁸ RG, 02.07.1958, S. 9944.

¹³⁹ Söz konusu Kanun’un 63. maddesi, bankaların birleşmelerini Maliye Bakanlığı’nın iznine bağlamaktaydı. Bu hükümde ayrıca, bankaların paydaşı, mudfileri, alacaklı ve borçlularına da birleşme işlemlerine karşı itiraz hakkı tanınmıştı.

¹⁴⁰ RG, 23.06.1999, S. 23734.

Çalışmamızda aksi belirtilmedikçe BANK, “4389 sayılı Bankalar Kanunu” anlamında kullanılacaktır.

¹⁴¹ RG, 01.11.2005, S. 25983.

¹⁴² BANK’nun 2. maddesinde “banka”nın bu Kanun’a göre banka adı altında Türkiye’de kurulan kuruluşlar ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye’deki şubelerini ifade ettiği hükme bağlanmış olmakla birlikte, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde bankacılık faaliyeti gösteren ve faaliyet yapılarına göre değişik şekilde kurulan birçok banka tipi bulunduğundan, bu ülkelerin düzenlemelerinde “banka”

tasfiyesine ilişkin hükümlere yer verilmişti¹⁴³. Bankacılık Kanunu'nda ise, bankaların¹⁴⁴ birleşme, bölünme ve pay değişimine ilişkin hükümlere 19. maddede yer verilmiştir.

Gerçekten, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin, diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş¹⁴⁵ ile birleşmesinin veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de

kavramı yerine “kredi kurumları” kavramı kullanılmaktadır; Avrupa Birliği hukukunda “banka” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Güzel*, s. 26 vd.

¹⁴³Finansal ortaklık grubu oluşturmaya yönelik birleşmeleri, çalışmamızın kapsamında ele alınan “banka birleşmeleri”nden ayırmak gerekir. Bu tür oluşumlarda, oluşan ortaklık grubunun içindeki önde gelen ortaklık bir kredi kurumu, bir sigorta ortaklığı, bir holding veya bir başka finans kuruluşu olabilmektedir. Finansal ortaklık grupları, birleşmelerin yanı sıra bir finans kuruluşunun finans sektörünün başka alanında faaliyet gösteren bir ortaklık kurması yoluyla da oluşabilmektedir. Buna karşılık farklı finansal hizmetlerin bir arada sunulmasının tek yolu finansal ortaklıklar grubu oluşturmak değildir. Finans sektörünün farklı alanlarında faaliyet gösteren iki kuruluşun (örneğin bir banka ve bir sigorta ortaklığı) arasındaki işbirliği anlaşması da aynı sonuçları doğurabilmektedir. Aslında, finans hizmetlerinin çoğunun branşlar üstü bir biçimde tek elden sunulma isteğinin temel nedenleri arasında, özellikle müşteri odaklı hizmet anlayışının hakim olması ve bunun sonucunda ortaya çıkan yakınlaşmalar yatmaktadır. Bu tür yakınlaşmalar özellikle bankacılık-sigortacılık sektöründe görülmekte olup, uygulamada bu durum, “banka sigortacılığı” olarak adlandırılmaktadır. BANKK’nda da, bu kavrama ilişkin olarak, “finansal holding ortaklığı” tanımına yer verilmiştir. BANKK’nun 3. maddesi uyarınca bir finansal holding ortaklığı, içlerinden en az bir tanesinin kredi kuruluşu olması koşuluyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal ortaklık olan ortaklık türünü ifade etmektedir. Kavramsal açıdan “finansal ortaklık grupları” ve “banka sigortacılığı” hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Boyd, John H. / Graham, Stanley L.*: “Bank Holding Company Risk”, *Bank Mergers Current Issues and Respectives* (Editör: *Gup, Benton E.*), USA 1989, s. 197 vd; *Şahözkan*, s. 46; *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği’nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005); *Yongalık*, Aynur: “Schierenbeck, Henner / Hölscher, Reinhold: Bankassurance, 4. Aufl., Stuttgart 1998, XXV+955 s., Kitap Tanıtımı”, *Batider* 2001, C. XXI, S. I, s. 261 vd; ayrıca bk. *aşa.* s. 122 vd.

Ayrıca, bankaların yeniden yapılanma faaliyetlerine ilişkin olarak BANK’nun “Bankaların Ana Sözleşme Değişiklikleri ve Ortak Değişiklikleri” başlıklı 8. maddesinde, bir kişinin, doğrudan veya dolaylı olarak banka sermayesinin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesinin veya bir ortağa ait payların banka sermayesinin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinin Kurul’un iznine tabî olduğu, ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirlerinin pay defterine kaydolunamayacağı, bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtların hükümsüz olacağı ve oy hakkı edinilmesi ile payların rehn edilmesinde de bu hükmün uygulanacağı, ifade edilmişti.

¹⁴⁴ BANKK’nun 2. maddesinde “banka”nın, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

¹⁴⁵ BANKK’nun 3. maddesinde “finansal kuruluş”un, kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanun’da yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding ortaklıklarını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

faaliyette bulunan diğ er bir bankaya devretmesinin, bütün aktif ve pasifleri ile diğ er hak ve yükümlülüklerini devir almasının veya bölünmesinin ya da pay değı şiminin Kurul'un iznine tabî olduğu , izin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediğı takdirde, verilen iznin geçersiz olacağı , bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde Türk Ticaret Kanunu¹⁴⁶ ile birleşme ve devre konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi¹⁴⁷ geçmemesi koşuluyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağı , birleşme ve devir işleminin kesinleşmesini takiben, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğ er hak ve yükümlülüklerinin devralan bankaya geçeceği ve devredilen kuruluşun tüzel kişiliğinin sona ererek kaydının Ticaret Sicili'nden silineceğı hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen ve bankaların tasfiyesiz sona ererek yeni kurulan bir bankaya ya da en az birinin önceden mevcut olan bir bankaya katılması sonucunda tek bir banka durumuna gelmesi ile sona eren, bankanın mevduat dahil tüm malvarlığının devralan ya da yeni kurulan bankaya

¹⁴⁶ *Moroğ lu*, özel kanunla kurulmuş olanlar dışındaki, anonim ortaklık biçiminde kurulan bankaların, BNNK'nun 19. maddesinin I. fıkrası dışında TTK hükümlerine tabî olduklarını ifade etmektedir. Yazara göre, anılan Kanun maddesindeki bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde TTK'nun uygulanmayacağı yönündeki hüküm yanlış anlamaya elverişli olup, söz konusu hüküm, TTK'nun sadece birleşmeye ilişkin hükümlerinin değı l, bunun dışındaki hükümlerinin de uygulanmayacağı anlamını vermektedir. Ancak, BANKK'nun 2. maddesinin son fıkrasında öngörülen, bu Kanun'da hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı yönündeki düzenleme dikkate alındığında, bu sonuca varmak doğru olmayacaktır. Bk. *Moroğ lu*, Erdoğan: "Bankaların İhtiyarî Birleşmesi", Batider 2006, C. XXIII, S. 4, s. 21.

¹⁴⁷ OECD'nin 2005 yılında hazırladığı "Rekabet Hukuku ve Politikası Raporu"nda (*Report on Competition Law and Policy in Turkey 2005*), BANK'nun 18. maddesinde banka birleşmelerinde Rekabet Kurumu'nun denetimine ilişkin öngörülen bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmesi gerekliliğinin, fiilî olarak banka birleşmelerinin denetiminde yüksek bir oran öngörülmesi nedeniyle, bir engel olduğu ve bankacılık sektöründeki kriz ortamı ortadan kalkana kadar bu oranının uygulanmaması gerektiğinin, 2002 yılındaki Rapor'da tavsiye edilmesine rağmen, bu düzenlemenin korunduğu ifade edilmiştir. Anılan Rapor'da ayrıca, bankacılık sektöründe, sektöre girişlerin kısıtlanmasının kaynak girişini azaltacağından, rekabet hukuku ilke ve kurallarının katı bir biçimde sektöre yeni girişler için olumsuz etki yaratacağı ifade edilmiştir; bk. *OECD*: Report on Competition Law and Policy in Turkey 2005, s. 27, 66, <http://www.oecd.org> (23.09.2006).

geçmesi sonucunu doğuran “birleşme” kavramının, aynı Kanun’un 71. ve 107. maddelerinde, “birleşme” kavramı ile birlikte yer alan “devir” kavramından ayırt etmek gerekmektedir. Zira söz konusu düzenlemelerde, “devir suretiyle birleşme” kastedilmeyip, bir bankanın aktif ve/veya pasiflerinin kısmen veya tamamen bir veya birden fazla bankaya satılması söz konusudur¹⁴⁸.

Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinin Gerekçesi’nde¹⁴⁹ de, bu maddede yer alan birleşmenin, bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan Bankalar Kanunu’nun 18. maddesinin I. fıkrasının esas alınarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Buna paralel olarak aynı Gerekçe’de, birleşme sürecinin gerçekleştirilmesini ve ortaklık yapılarında değişiklik yapılmasını kolaylaştırmak için bölünme ve pay değişiminin maddeye eklendiği de belirtilmiştir.

Ayrıca, Bankacılık Kanunu’nun Genel Gerekçesi’nde, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 1973-1992 yılları arasında kredi kuruluşlarının faaliyet esasları ile gözetim ve denetimine ilişkin olarak yedi adet direktif çıkarıldığı, anılan direktiflerin açık hale getirilmesi ve sadeleştirilmesi amacıyla tek bir metinde birleştirilmesi ihtiyacının doğduğu ve bu nedenle de Konsey tarafından tek iç pazarın kurulması hedefine ulaşmak amacıyla temel belge işlevi olan “Kredi Kurumlarının Faaliyetlerinin Yürütülmesi ve Takibine İlişkin 2000/12/EC sayılı Direktif”¹⁵⁰’in çıkarıldığı belirtilmiştir.

¹⁴⁸ Bu yönde bk. *Moroğlu*, Bankaların Birleşmesi, s. 15. BNNK’nun 71. maddesinde, bankaların faaliyet izninin kaldırılması ve Fon’a devrine ilişkin olarak, bankanın kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fon’a devri, 107. maddesinde ise, Fon’a devredilen banka ile ilgili hükümlere yer verilirken, 71. madde kapsamında temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi ve satışı ile ilgili sürecin, devrin yapıldığı tarihten itibaren en geç dokuz aylık bir süre içerisinde tamamlanacağı hükme bağlanmıştır, bk. aşa. s. 140 vd.

¹⁴⁹ BANKK’nun madde Gerekçeleri için bk. <http://www.tbmm.gov.tr> (01.11.2005).

¹⁵⁰ OJ, L 126, 26.05.2000. Söz konusu Direktif, kredi kurumlarının işinin yürütülmesi ve takibi ile ilgili olup, bütün kredi kurumlarına uygulanacaktır. Direktif’in 25. ve 52-56. maddesi hükümleri, genel merkezi Topluluk içinde bulunan finansal holding ortaklıklarına ve faaliyet alanı karma olan holding ortaklıklarına da uygulanır.

Bu kapsamda Genel Gerekçe’de, bankaların yapısal özelliklerine ilişkin olarak, Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan 2001/24/EC sayılı “Kredi Kuruluşlarının Yeniden Yapılandırılması ve Tasfiyesine İlişkin Direktif”te¹⁵¹, yeniden yapılandırma önlemleri ve tasfiye sürecine ilişkin hükümlerin ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğu hususuna da vurgulama yapılmıştır.

Bankalar Kanunu’nun 18. maddesinde¹⁵², “Türkiye’de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi”nden söz edilmiştir. Buna karşılık, Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde bu düzenlemeden farklı olarak, “Türkiye’de faaliyette bulunan bankalardan birinin, diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da pay değişimi”nden söz edilmiştir. Bu durumda, Bankacılık Kanunu uyarınca bir finansal kuruluş ile bir ya da birkaç banka arasında da birleşmeden söz etmek mümkün olacaktır.

Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesi, banka birleşmelerinin Kurul’un iznine tabî olduğunu hükme bağlamıştır. Aynı Kanun’un 21. maddesi uyarınca da, bu Kanun hükümlerine göre Kurum’a yapılan izin başvuruları, denetimin etkin bir şekilde yerine getirilmesine engel olabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişkinin varlığı veya izne tabî işlem için öngörülen koşulların, niteliklerin, yeterliliklerin izin başvurusu esnasında ya da değerlendirme sürecinde sağlanamaması veya kaybedilmesi durumunda Kurul tarafından reddedilecektir.

¹⁵¹ OJ, L 125, 05.05.2001.

¹⁵² BANK’nun 18. maddesinin 4. cümlesinin ilk şekli ise, “bankaların bu madde hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaz.” şeklindeydi.

Diğer taraftan, Bankalar Kanunu'nun 3. maddesinin XI. fıkrası ve 18. maddesinin I. fıkrasına dayanılarak hazırlanan "Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmelik"¹⁵³ ise, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi ile ilgili esas ve usuller düzenlenmişti. Bununla birlikte söz konusu Yönetmelik, Bankacılık Kanunu'nun 19. ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanan "Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik"¹⁵⁴ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bankacılık mevzuatı kapsamında, "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik"¹⁵⁵ de, bu Yönetmelik kapsamında yer alan ortaklıkların birleşme işlemlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, söz konusu düzenlemeler, çalışmamızın kapsamı dışında yer almaktadır.

Bankacılık Kanunu'nun 70. maddesinde ise, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun, bir bankanın, istekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesini önlem olarak isteyebileceği hükme bağlanmıştır¹⁵⁶. Banka tarafından 68.

¹⁵³ RG, 27.06.2001, S. 24445.

¹⁵⁴ RG, 01.11.2006, S. 26333.

¹⁵⁵ RG, 10.10.2006, S. 26315. Söz konusu Yönetmeliğin 30. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamında yer alan ortaklıkların birleşme, devir ve bölünme işlemlerinin Kurul'un iznine tabî olduğu ve bu ortaklıkların birleşme, devir ve bölünme işlemlerine ilişkin izin işlemleri çerçevesinde, Kurum'un gerekli göreceği her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

¹⁵⁶ BANKK'nun 67. maddesinde önlem alınmasını gerektiren durumlar sayılmıştır. Konsolide veya konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda bir bankanın, a) aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması, b) gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması, c) özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması, d) aktif kalitesinin malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması, e) bu Kanun'a ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması, f) iç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması, g) yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması, hususlarından birinin tespit

ve/veya 69. maddelerde yer alan düzeltici ve iyileştirici önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu önlemlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağı belirlenmesi durumunda, Kurul tarafından bir bankanın, istekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi istenebilecektir.

Bankacılık Kanunu'nun 107. maddesinde, Fon'a devredilen bankalar ile ilgili hükümlere de yer verilmiş olup, 71. madde kapsamında temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi ve satışı ile ilgili sürecin devrin yapıldığı tarihten itibaren en geç dokuz aylık bir süre içerisinde tamamlanacağı hükme bağlanmıştır¹⁵⁷. Söz konusu hükme göre ayrıca, Fon Kurulu kararı ile bu süre üç ay uzatılabilecektir. Bu süre içinde devir, birleşme veya satışın tamamlanamamış olması durumunda Fon'un talebi üzerine Kurul, bankanın faaliyet iznini kaldıracaktır¹⁵⁸.

Ayrıca aynı Kanun'un 133. maddesi uyarınca, Fon bankalarının başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir banka ile birleşmesi, paylarının üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi durumunda, bu işlemlerin tamamlanmasını takip eden beş yıl içinde bankanın sorumlulukları tespit edilen yönetim kurulu eski üyeleri ve eski denetçileri aleyhine varsa ibralarının iptali ve

edilmesi durumunda, BANKK'nun 68., 69. ve 70. maddelerinde öngörülen önlemler derhal uygulanacaktır.

¹⁵⁷ *Yılmaz*, BANKK'nun, iflas tasfiyeleri bakımından İİK'nun sistemine önemli istisnalar getirdiğini, Fon'a bazı yetkiler ve görevler verdiğini, buna göre Fon'un iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkileriyle donatıldığını işaret etmektedir, bk. *Yılmaz*, Ejder: "Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi", *Batider* 2007, C. XXIV, S. 2, s. 175-185.

¹⁵⁸ Maddede belirtilen bu durumlardan birinin ya da birkaçının varlığı üzerine Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlarla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi koşuluyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fon'a devretmeye yetkilidir.

işlemleri nedeniyle verdikleri zararın Fon adına tazmini¹⁵⁹ istemi ile Fon tarafından dava açılabilir.

B- Tanımı

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, birleşme, bölünme ve pay değişimine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu Kanun hükmünde banka birleşmelerine ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiştir¹⁶⁰.

Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde ise, “birleşmenin” bir bankanın, bir veya birden fazla banka ya da finansal kuruluş ile tüzel kişilikleri sona ermek suretiyle tüm hak ve alacakları ile mevduat veya katılım fonları dahil tüm borç ve yükümlülüklerinin yeni kurulacak bir bankaya devrini, “devrin” ise, bir bankanın tüzel kişiliği sona ermek koşuluyla bütün aktif ve pasifi ile birlikte diğer hak ve yükümlülüklerini diğer bir bankaya devretmesini veya diğer bir veya birden fazla bankayı bütün aktif ve pasifi ve diğer hak ve yükümlülükleri ile birlikte devralmasını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

¹⁵⁹ İbranın iptali ve sorumluluk davası, ibranın iptali ve tazminat davası olarak iki talebi içermektedir. Davanın ön koşulu, sorumluluğun tespit edilmesi, bir başka deyişle, bilançonun gerçeğe uygun olmamasından yönetim kurulu üyeleriyle denetçilerin doğrudan sorumlu olduklarının Fon veya devralan kişiler tarafından belirlenmiş bulunmasıdır. *Tekinalp*, her ne kadar ibraların iptali ve sorumluluk davasına ilişkin BANKK'nun söz konusu düzenlemesi, TTK'nun 336. ve 309. madde hükümlerini değiştirmemekte ise de, yeni bir davayı düzenlediğini ileri sürmekte ve bu nedenle de TTK'nun anılan hükümlerini işlemez duruma getiren ve değiştiren yorumların tercih edilmemesi gerektiğini işaret etmektedir, Fon'daki Banka, s. 50-51. Diğer taraftan, *Reisoğlu*, burada genel hükümlere bir istisna getirildiğini, zira TTK'na göre, bir anonim ortaklık genel kurulunca verilen usulüne uygun bir ibra kararının iptalinin söz konusu olmadığını, genel kurulun alacağı yeni bir kararla ibra kararını ortadan kaldıramayacağını işaret etmektedir, bk. Bankacılık Kanunu, s. 1504 vd. Bununla birlikte, TTK'nın 553. maddesinde, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu, 554. maddesinde ise, denetçi ve işlem denetçilerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca, ibra kararının genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (m. 558).

¹⁶⁰ BANK'nun 18. maddesinde de, banka birleşmelerine ilişkin bir tanıma yer verilmemiş, sadece hangi tür banka birleşmelerinin Kurul'un iznine tabi olacağı hükme bağlanmıştır.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi ile söz konusu Yönetmelik hükümlerindeki birleşmeye yönelik düzenlemelere bakıldığında, burada kavramsal açıdan “birleşmenin”, Türk Ticaret Kanunu açısından iki ya da daha fazla ticaret ortaklığının tasfiyesiz sona ererek yeni bir ticaret ortaklığı kurmaları suretiyle birleşmesi, “devrin” ise, Türk Ticaret Kanunu açısından bir ya da daha fazla ticaret ortaklığının mevcut diğer bir ticaret ortaklığına katılması suretiyle birleşmesi ile paralellik arz ettiği görülmektedir.

Buna karşılık, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin dilbilgisi kuralları ve hukuk tekniği açısından kötü kaleme alındığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin ilk cümlesinde, “Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin, diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi”nden, devamında ise bu bankaların “aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi veya bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması”ndan söz edilmiştir.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, uygulamada “birleşme” kavramı, devralma ve yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmeleri kapsayan bir üst kavram olarak ele alınmaktadır¹⁶¹; zira Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden de bu sonuç çıkmaktadır.

Ancak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin I. fıkrasının birinci cümlesinin devamındaki “bir bankanın bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması” durumu sanki, cümlenin başında geçen “yeni bir banka kurmak suretiyle birleşme” durumundan farklı hukukî sonuçlar

¹⁶¹ Bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 337 vd; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, s. 108 vd; *Türk, Birleşme*, s. 4 vd. Buna karşılık uygulamada, “birleşme” kavramının yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşmeyi ifade ettiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bk. *Atasagun*, Yusuf Saim: İzahlı Notlu Mukayeseli Bankalar Kanunu, İstanbul 1958, s. 519; *Ulutan*, Burhan: Bankalar Kanunu Şerhi ve İzahı, Ankara 1958, s. 232.

doğurduğu izlenimini vermektedir. Halbuki söz konusu cümlenin ilk kısmında geçen “birleşme”, “yeni banka kurulması yolu ile birleşmeyi”, ikinci kısmında geçen devir ise “devralma yoluyla birleşmeyi” ifade etmektedir. Bu her iki tür birleşme durumu da, küllî halefiyet ilkesi gereği bütün aktif, pasif ve diğer yükümlülüklerin yeni kurulan ya da devralan bankaya geçmesi sonucunu doğuracaktır¹⁶².

Bu itibarla, Bankacılık Kanunu açısından birleşmeyi, bir veya birden fazla bankanın, Kanun ve ilgili mevzuatın birleşme ve devralma için öngördüğü usul ve koşulları yerine getirmek suretiyle, her birinin tasfiyesiz sona ererek yeni kurulan bir bankaya ya da en az birinin önceden mevcut olan bir bankaya katılması sonucunda tek bir banka haline gelmesi ile sona eren, bankanın mevduat dahil tüm malvarlığının devralan ya da yeni kurulan bankaya geçmesi sonucunu doğuran hukukî işlemdir, şeklinde tanımlayabiliriz.

B- Koşulları¹⁶³

1. Türkiye’de Faaliyette Bulunan En Az İki Bankanın Varlığı

Bankalar Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca bu Kanun anlamında bir birleşmeden söz edebilmek için “Türkiye’de faaliyette bulunan en az iki bankanın” varlığı, bir başka deyişle, en az iki bankanın varlığının yanı sıra, bu bankaların Türkiye’de faaliyette bulunmaları koşulu gerekmektedir.

¹⁶² 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nda, banka birleşmelerine ilişkin 70. maddenin kenar başlığı “Birleşme veya Devir” olarak öngörülmüştü. Aynı şekilde 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nda da bu iki kavram birlikte yer almıştır. Ancak söz konusu mevzuat hükümlerinde her iki kavram tamamen farklı anlamları içerecek şekilde kullanılmıştır. Bu hükümlerde birleşmeden küllî halefiyet sonucunu doğuran her iki tür birleşme, devirden ise cüzî halefiyet ilkesini doğuran malvarlığının devri durumu kastedilmiştir.

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bk. *Battal*, Bankalar Kanunu, s. 213 vd; *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 141-142; *Reisoğlu*, Seza Bankalar Kanunu, s. 736 vd; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 337 vd; *Şahözkan*, s. 39 vd; *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği’nde, Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005); *Yılmaz*, s. 137 vd; *Yüksel / Yüksel / Yüksel*, s. 651 vd.

Aynı Kanun'un 2. maddesinde "banka" kavramının, bu Kanun'a göre banka adı altında Türkiye'de kurulan kuruluşlar ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye'deki şubelerini ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde¹⁶⁴ ise "banka" kavramının, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade ettiği hükme bağlanmıştır¹⁶⁵.

Bankacılık Kanunu'nda "banka" kavramına ilişkin olarak yapılan bu tanımlama çerçevesinde, aynı Kanun'un 3. maddesi uyarınca mevduat bankası, bu Kanun'a göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, katılım bankası, bu Kanun'a göre özel carî ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, kalkınma ve yatırım bankaları ise, bu Kanun'a göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında, kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini¹⁶⁶, ifade etmektedir.

¹⁶⁴ *Kaplan*'a göre BANKK'nun 3. maddesinde, "banka"nın gerçek tanımı yapılmamış olup, kanun koyucu "banka" kavramını, Kanun kapsamındaki kredi kuruluşlarının uygulamada yerine getirecekleri banka işlemlerine göre tanımlamıştır. Bk. *Kaplan*, İbrahim: "Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukukî Sorumluluk", Batider 2006, C. XXIII, S. 3, s. 7.

¹⁶⁵ "Kredi Kurumlarının Faaliyetlerinin Yürütülmesi ve Takibine İlişkin 2000/12/EC sayılı Konsey Direktifi"nde "kredi kurumu" kavramı, Direktif'in 1. maddesinde, "kendi nam ve hesabına, geri ödemek koşuluyla halktan mevduat ve başka fonlar toplayan ve kredi açan işletme ya da firma" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁶⁶ Bu durumda, yurt dışında kurulmuş olan bankalar, BANKK'na göre Türkiye'de banka sayılmamaktadır. Türkiye'de bulunan bir bankanın yurt dışında sermayesinin tamamına sahip olduğu bir banka, anılan Kanun açısından banka sayılmayacaktır.

Bu kapsamda, daha önceki mevzuatta özel finans kurumu olarak adlandırılan kuruluşlar, Bankacılık Kanunu'nda "katılım bankası" olarak düzenlenmiş ve katılım bankası da "banka" tanımı içerisinde yer almıştır (m. 3) ¹⁶⁷.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin birinci cümlesinin ilk kısmında "bir bankanın diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesinin" mümkün olacağı açıkça belirtilmiş iken, cümlenin devamında, "bir bankanın sadece başka bir bankayla devralma yoluyla birleşmesinden" söz edilmektedir. "Birleşme" işlemine ilişkin olarak, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin (b) bendinde de, anılan Kanun hükmü yönünde düzenlemeye yer verilmiştir.

Anılan düzenlemeler dikkate alındığında, bir banka veya birden fazla bankanın bir ya da birden fazla finansal kuruluş ile birlikte yeni kurulacak bir bankada birleşmesi mümkün olabilecektir. Yeni bir banka kurmak suretiyle birleşme

¹⁶⁷ *Battal*, katılım bankalarının kendilerine özgü yapıları ve özellikle faizsiz çalışma prensibi nedeniyle, bir mevduat bankası ile katılım bankasının birleşmesinin olanaklı olmadığı kanaatindedir. Bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 142; *Battal*, Ahmet: Hukukî Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999, s. 261; *Battal*, Bankalar Kanunu, s. 214. BANKK'ndan önce, BANK'nun 20. maddesinin I. fıkrasının 6. bendi uyarınca, bu Kanun'un 10. maddesinin II. ve III. fıkraları, 14. maddesinin V., VI. ve VII. fıkraları, 15., 16., 17. ve 19. maddeleri ile 20. maddesinin II. fıkrası hükümleri dışındaki diğer maddelerinin, mevduat toplama yetkisi bulunmayan ancak, özel carî hesaplar ve kâr ve zarara katılma hakkı veren hesaplar yoluyla fon toplayan, ekonomik faaliyetleri ekipman veya emtia temini veya kiralanması veya ortak yatırımlar yoluyla finanse eden özel finans kurumları hakkında da uygulanacağı hükmü ile Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesindeki, bu Yönetmelik hükümlerinin özel finans kurumlarının birleşme ve devralmalarında da uygulanacağı yönündeki hükmü dikkate alındığında, BANK anlamında birleşmenin özel finans kurumlarını da kapsayacağı sonucuna varılmaktaydı. Bu hususa ilişkin olarak RKr'nun, Family Finans A.O.'nın Anadolu Finans Kurumu A.O. ile birleşmesi talebine ilişkin Kararı'nda, katılım bankaları arasındaki birleşmelerin de BANK'nun 18. maddesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştı; bk. 17.06.2005 tarih ve 05-40/570-143 sayılı RKr Kararı (RG, 05.08.2005, S. 25897). Söz konusu Karar'da, BANK'nun 18. maddesinin I. fıkrasına göre, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesinin veya borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesinin, Kurul'un iznine bağlı olduğu, bu çerçevede, bildirim konu işlemde, tüm sektör içinde tarafların aktif büyüklükleri toplamının yüzde birin altında kaldığı belirtilerek, anılan işleme, BANK'nun 18. maddesi uyarınca, 4054 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı kanaatine varılmış ve Family Finans Kurumu A.O. ile Anadolu Finans Kurumu A.O.'nın birleşmesi işleminin 4389 sayılı BANK'nun 18. maddesi uyarınca, RKHK kapsamında olmadığına karar verilmiştir.

durumunda, birleşecek ortaklıklardan en az birisinin banka olması gerekmekte olup, bu durumda, en az iki finansal kuruluşun yeni bir banka kurmak suretiyle birleşmesi söz konusu olamayacaktır. Diğer taraftan, birleşen bu banka veya finansal kuruluşların bir finansal kuruluş ya da başka bir anonim ortaklık kurmak suretiyle birleşmesi mümkün olamayacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci kısmında ise, bir bankanın “bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması” durumundan söz edilmektedir. Aynı şekilde, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (ç) bendinde de, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda, “bir bankanın diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi” durumundan farklı olarak, bir ya da birden fazla bankanın mevcut bir bankaya devredilmesi durumu söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle burada, yeni kurulacak bir banka olmayıp, finansal kuruluşların da bir bankaya devri mümkün olmayacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin Gerekçesi'nde açıkça Bankalar Kanunu'nun 18. maddesinin esas alındığı ifade edilmiş olmakla birlikte, bankalar arasında veya bankalar ile finansal kuruluşlar arasında gerçekleşebilen birleşme durumundan farklı olarak, devrin sadece bankalar arasında gerçekleşmesi hususuna ilişkin olarak bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Finansal kuruluşlar Bankalar Kanunu'nun 12. maddesinde, ana faaliyet konuları para ve sermaye piyasaları ile sigortacılık olan ve bu konulardaki özel kanunlarına göre izin ve ruhsat ile faaliyet gösteren malî kuruluş olarak tanımlanmıştı. Diğer taraftan, Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde finansal kuruluş daha geniş bir şekilde, sigortacılık, bireysel emeklilik ve sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanun'da yer alan faaliyet konularından en az

birini yürütmek üzere kurulan tüm kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Buna göre, tüm bankalar finansal kuruluş olmakla birlikte, bu Kanun'un uygulanması açısından, mevduat ve katılım bankaları bu tanımın dışında kalacak iken, kalkınma ve yatırım bankaları bu tanım içerisinde yer alacaktır. Dolayısıyla, Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde bankaların yürütülebilecekleri faaliyetler düzenlenmekle birlikte, aslı faaliyet konusu finans sektörü ile ilgili bulunmayan ortakların, 4. maddedeki faaliyet konularından birini yürütümleri durumunda bu ortaklıklar, finansal kuruluş olarak adlandırılacaktır.

Bu itibarla, her ne kadar Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde ve bu maddenin Gereğesi'nde açıkça belirtilmemiş olsa da, anılan Kanun hükmünde, aslı faaliyet konusu finans sektörü olmayan ortaklıkların, bu ortaklıklardan farklı ve kendine özgü niteliği olan bankalarla devir yoluyla birleşmesine olanak tanınmadığı, buna karşılık bir başka bankayla, yeni kurulacak bir bankanın çatısı altında birleşmesine olanak tanındığı kanaatindeyiz.

Banka birleşmelerinin bir ya da birden fazla banka ya da finansal kuruluş arasında gerçekleştiği dikkate alındığında, merkezi yurt dışında bulunan bir bankanın Türkiye'deki şubelerinin Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında olup olmadığı sorusu akla gelebilecektir. Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde şubenin, elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, anılan Kanun'un 9. maddesinde, merkezi yurtdışında bulunan bankaların Türkiye'de şube açma koşullarına yer verilmiştir¹⁶⁸. Dolayısıyla,

¹⁶⁸ BANKK'nun 9. maddesi uyarınca Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyet gösterecek yurt dışında kurulu bir bankanın, merkezinin bulunduğu ülkede esas faaliyetlerinde yasaklamının bulunmamış olması, merkezinin bulunduğu ülkenin yetkili denetim merciinin Türkiye'de faaliyet göstermesine ilişkin olumsuz görüşünün bulunmaması, ödenmiş sermayesinin Türkiye'ye tahsis edilen kısmının 7. maddede belirtilen miktardan az olmaması, müdürler kurulu üyelerinin, kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen koşulları ve plânlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek meslekî tecrübeyi haiz

şubelerin tüzel kişiliği bulunmayıp, bunlar yabancı bankaların malvarlıklarının bir bölümünü oluşturmaktadırlar.

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde, yabancı bir ülkede kurulu bankaların Türkiye'de faaliyette bulunan şubeleri, banka tanımı kapsamında yer almakta ise de, bu şubelerin tüzel kişiliklerinin bulunmadığı ve yabancı bankaların malvarlıklarının bir bölümünü oluşturduğu dikkate alındığında, bu banka şubelerinin Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi dışında olduğu kanaatindeyiz¹⁶⁹. Aynı şekilde, merkezi Türkiye'de bulunan bir bankanın şubesinin, bu bankanın malvarlığının bir bölümünü oluşturduğu dikkate alındığında, bu şubeler de, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Diğer taraftan, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, banka birleşmelerinin “Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar” arasında gerçekleşebileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık söz konusu hükümde, yurt dışında faaliyette bulunan bir bankanın Türkiye'de faaliyette bulunan bir banka ile birleşmesine yer verilmemiştir¹⁷⁰.

Bu duruma ilişkin olarak, Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra alınan Rekabet Kurulu'nun MNG Bank Anonim Ortaklığı'nın % 41 payının Bank Med Sal tarafından, % 50 oranındaki payının da Arab Bank plc. (Arab Bank) tarafından devralınmasına ilişkin 15.09.2006 tarih ve 06-64/882-254 sayılı

olmaları, izin kapsamındaki faaliyet konularına ait iş plânlarını, ilk üç yıl için bütçe plânını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını ibraz etmesi, dahil olduğu grubun ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması gerekmektedir.

¹⁶⁹ Bu yönde bk. *Reisoğlu, Seza*, Bankacılık Kanunu, s. 338-339.

¹⁷⁰ *Taşdelen*, burada Türkiye'deki bir bankanın dünyanın herhangi bir ülkesindeki, hakkında hiçbir bilgi olmayan yabancı bir banka ile birleşmesinin denetlenmeyeceğini düşünmenin, Kanun'un amaç ve kapsamıyla bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Bk. *Taşdelen*, s. 298. Buna karşılık *Yasaman*, 70 sayılı Bankalar Hakkında KHK'nin bankaların devir ve birleşmesini düzenleyen 70. maddesinde yer alan, “Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi...” hükmünden hareketle, Türkiyedeki bankaların yurt dışındaki bankalarla birleşmesinin mümkün olmadığı görüşündedir, s. 136.

Kararını¹⁷¹, Şekerbank T. Anonim Ortaklığı'nın sermayesinin % 33,9787'sini temsil eden paylarının Turan Alem Securities JSC (TAS) tarafından devralınmasına ilişkin 14.09.2006 tarih ve 0-63/858-248 sayılı Kararını¹⁷², Tekfenbank Anonim Ortaklığı'nın (Tekfenbank)'nin paylarının % 70'inin, Eurobank EFG Holding (Luxembourg) S.A. (Eurobank) tarafından devralınmasına ilişkin 14.09.2006 tarih ve 06-63/862-252 sayılı Kararını¹⁷³ ve Denizbank Anonim Ortaklığı'nın ve bağlı ortaklıklarının kontrolünün Dexia S.A./N.V. (Dexia)'ya devrine ilişkin 03.08.2006 tarih ve 06-57/718-208 sayılı Kararını¹⁷⁴ ve Finansbank Anonim Ortaklığı ve kontrolündeki diğer finansal ortaklıkların kontrolünün National Bank of Greece'ye (NBG) devredilmesine ilişkin 20.07.2006 tarih ve 06-53/686-193 sayılı Kararını¹⁷⁵ örnek gösterebiliriz. Diğer taraftan, Bankalar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde, Rekabet Kurulu'nun Türk Dış Ticaret Bankası Anonim Ortaklığı'nın % 89,34 payının Fortis Bank tarafından devralınmasına ilişkin 17.05.2005 tarih ve 05-

¹⁷¹ RG, 29.11.2006, S. 26361.

¹⁷² RG, 18.10.2006, S. 26323. Söz konusu Karar ile bildirim konusu işlemin RKHK'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabî olduğuna, işlem sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, dolayısıyla işleme izin verilmesine, karar verilmiştir.

¹⁷³ RG, 10.11.2006, S. 26342. Söz konusu Karar ile bildirim konusu işlemin RKHK'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabî olduğuna, işlem sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu işlemlerle dolaylı olarak kontrolü el değiştirecek olan Tekfen Finansal Kiralama A.O. bakımından ise, 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirlenen ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması nedeniyle bahse konu işlemin izne tabî olmadığına, karar verilmiştir.

¹⁷⁴ RG, 02.10.2006, S. 26307. Söz konusu Karar ile bildirim konusu işlemin RKHK'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabî olduğuna, işlem sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, karar verilmiştir.

¹⁷⁵ RG, 21.09.2006, S. 26296. Söz konusu Karar ile, bildirim konusu işlemin, RKHK'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkartılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabî olduğuna, ancak işlem sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, karar verilmiştir.

32/437-102 sayılı Kararını¹⁷⁶, yurt dışında faaliyette bulunan bir bankanın Türkiye’de faaliyette bulunan bir banka ile birleşmesi durumuna örnek gösterebiliriz.

Bankacılık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra Rekabet Kurulunca alınan Kararlardan, MNG Bank Anonim Ortaklığı’nın % 41 payının Bank Med Sal tarafından, % 50 oranındaki payının da Arab Bank plc. (Arab Bank) tarafından devralınmasına ilişkin Kararı’nda, “.....Bankacılık sektörünü düzenleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun ‘Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi’ başlıklı 19. maddesi kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda; ‘Türkiye’de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye’de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır...Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz’ şeklindeki madde hükmünün Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar arasındaki birleşme ve devir işlemlerine ilişkin olması nedeniyle, işlemin devralan tarafında bir Ürdün ve bir Lübnan bankasının yer aldığı bildirim konu işleme uygulanamayacağı kanaatine varılmıştır. Dosya konusu işlem öncesi MNG Bank’ın % 99,72 oranındaki hissesi Mehmet Nazif GÜNAL’a ait olup, işlem sonucunda Arab Bank % 50, BankMed % 41, Mehmet Nazif GÜNAL % 8,72 ve diğer hissedarlar % 0,28 oranında hisseyi ellerinde bulunduracaklardır. Buna göre şirketin kontrolünde değişiklik olacaktır. Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, bildirim konusu işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin (b) bendinde yer alan, ‘herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları

¹⁷⁶ RG, 19.09.2005, S. 25941.

devralması veya kontrol etmesi' hükmü çerçevesinde bir hisse devri işlemi olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan, anılan Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, '..birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur.' hükmü ile izne tabî birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir. MNG Bank'ın 2005 yılı cirosu yaklaşık (.....) YTL olarak gerçekleşmiş olduğundan, -diğer verilere bakılmaksızın- anılan işlemin Kurul'un iznine tabî olduğu anlaşılmıştır." değerlendirilmesi yapılarak, işlemin devralan tarafında bir Ürdün ve bir Lübnan bankasının yer aldığı dikkate alınmış ve ciro eşiğinin hesaplanmasında sadece MNG Bank Anonim Ortaklığı'nın cirosu göz önünde bulundurulmuştur.

Bankalar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde ise, Rekabet Kurulu'nun Dış Ticaret Bankası Anonim Ortaklığı'nın % 89,34 payının Fortis Bank tarafından devralınmasına ilişkin Kararı'nda, "söz konusu işlem, TDTB'nin kontrolünde değişiklik yaratması nedeniyle, 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan durumların belirlendiği 2. maddesinin (b) bendinde, herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi olarak tanımlanan bir devralmadır. Öte yandan, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi gereğince, bu Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme ve devralma sonucunda birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması durumunda veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası (yirmibeş milyon Yeni Türk Lirası)'nı aşması durumunda Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur. Bu madde hükmü çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, devralan Fortis Bank'ın Türkiye'de

herhangi bir faaliyeti bulunmamakla birlikte, devralınan TDTB'nin 2004 yılı cirosu (...) YTL olduğundan ciro eşiğinin aşıldığı anlaşılmıştır. Ancak, bildirime konu sektörü düzenleyen 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 18. maddesinin I. fıkrası, 'Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, Kurul'un iznine bağlıdır. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir ve birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiye geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11. maddeleri hükümleri uygulanmaz.' şeklinde düzenlenmiştir. Bildirime konu işlemde, tüm bankalar içinde taraflarının aktif büyüklükleri toplamı %(...) seviyesinde kaldığından, anılan işlemin, 4389 sayılı Kanun'un 18. maddesi gereğince Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekli bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır." değerlendirilmesi yapılarak, Fortis Bank'ın Türkiye'de faaliyette bulunmadığı dikkate alınmış ve ciro eşiğinin hesaplanmasında sadece Türk Dış Ticaret Bankası Anonim Ortaklığı'nın cirosu göz önünde bulundurulmuştur¹⁷⁷.

Sonuç olarak Rekabet Kurulu, yukarıda belirttiğimiz kararlarında, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin sadece Türkiye'de faaliyette bulunan bankalara uygulanabileceğini açıkça ifade etmiştir.

Bununla birlikte, Bankalar Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinde bu Yönetmeliğin amacının, "Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar" arasındaki birleşme işlemlerine

¹⁷⁷ RKR söz konusu Karar'da sonuç olarak, Türk Dış Ticaret Bankası Anonim Ortaklığı'nın % 89,34 oranındaki payının Fortis Bank tarafından devir alınması sonucunda Dış Ticaret Finansal Kiralama Anonim Ortaklığı'nın kontrolünün dolaylı olarak devredilmesi işleminin, tarafların ilgili ürün pazarındaki toplam ciroları yönüyle Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabî olduğuna, bununla birlikte RKHK'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir.

ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, Bankacılık Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik'te, bu Yönetmeliğin amacı belirlenirken, "Türkiye'de faaliyette bulunan banka" ibaresi Yönetmelik'ten çıkartılmıştır (m. 1). Bu nedenle, yurt dışında faaliyette bulunan bir banka ile Türkiye'de faaliyette bulunan bir banka arasında gerçekleştirilen birleşme işlemlerine, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin uygulanabileceği sonucuna varılması olanaklı olmakla birlikte, anılan Yönetmelik hükmünün, normlar hiyerarşisine aykırı olarak Kanun'un 19. maddesini Kanun'un öngörmediği bir şekilde genişlettiği kanaatindeyiz.

2. En Az Bir Bankanın Tasfiyesiz Sona Ermesi

Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesinde, "finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması" hususu bu Kanun'un amaçları arasında sayılmıştır. Söz konusu hükmün madde Gereğesi'nde de, birer güven müessesesi olan bankaların likidite, emniyet ve verimlilik çerçevesinde faaliyet göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bankaların birer güven müessesesi olarak güçlü sermaye yapılarına kavuşması ve bu yapı içerisinde faaliyet göstermesi de bu amaca kuşkusuz hizmet edecektir. Gerçekten banka birleşmelerinde de, küçük bankaların birleşmeleri sonucunda gelir artışı sağlanması, etkin çalışmayan veya yeterli performans gösteremeyen küçük bankaların performanslarının düzeltilmesi, riskin bu suretle en aza indirilerek daha güçlü bir sermaye yapısı içerisinde büyüme hızının arttırılması, finansman ihtiyaçlarının daha kolay karşılanabilmesi ve dağılan bankanın ortakları¹⁷⁸ ile malvarlığı veya işletmesi arasındaki hukukî ilişkinin gerçekte sona erdirilmek

¹⁷⁸ Bununla birlikte, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca, birleşme, devir, bölünme ve pay değişimi işlemleri sonunda bankanın ortaklık yapısında Kanun'un 18. maddesinin I. fıkrasında belirtilen oranlarda değişiklik olması ve yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan pay senetlerinin devredilmesi durumlarında, bu ortakların kurucularda aranan koşulları taşıdıklarının yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak belgelenmesi ve Kanun'un 18. maddesi çerçevesinde Kurul'dan izin alınması gerekmekte olup, yeni kurulacak banka hakkında Kanun'un 10. maddesinin II. fıkrasının (b) bendi ve 18. maddesinin III. fıkrası ile 130. maddesinin I. fıkrasının (c) ve (d) bentleri hükümleri uygulanmayacaktır.

istenmemesi, aksine devralan veya yeni kurulan banka aracılığıyla sürdürülmek istenmesi, Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü amaca uygun olacaktır.

Banka birleşmelerinde, devrolunan ya da hukukî varlığı sona eren banka ya da bankalar açısından ise, yukarıda belirtildiği şekilde tasfiye sürecine girmenin bir anlamı olmayacaktır. Zira, ticaret ortaklıklarının birleşmesinde olduğu gibi, banka birleşmelerinde de, dağılan bankanın ortakları ile malvarlığı veya işletmesi arasındaki hukukî ilişki gerçekte sona erdirilmek istenmemekte, aksine devralan veya yeni kurulan banka aracılığıyla sürdürülmek istenmektedir¹⁷⁹.

Diğer taraftan, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, birleşme ve devir işleminin kesinleşmesini takiben, devredilen banka ya da bankaların bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülükleri devralan ya da yeni kurulan bankaya geçecek ve devredilen banka ya da bankaların tüzel kişiliği sona ererek kayıtları Ticaret Sicili'nden silinecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Bk. yuk s. 10.

¹⁸⁰ Bankacılık Kanunu'nun 20. maddesinde ise bankanın iradî tasfiyelerine ilişkin olarak, bankaların faaliyetlerine son vermeleri ve tasfiyelerinin Kurul'un iznine ve Kurum'un denetimine tabî olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan kanun hükmü uyarınca, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar, faaliyetlerine son vermek ve bunları tasfiye etmek istedikleri takdirde, durumu Türkiye çapında basımı ve dağıtımını yapılan en az iki gazete ile ilâna ve mevduat sahipleri veya katılım fonu sahipleri ile alacaklılarına veya bu durumda sayılabilecek kişi ve kurumlara tebliğ ederek ellerinde bulunan her türlü mevduat veya katılım fonu ile emanet ve carî hesap bakiyelerini ve sair borçlarını, vadeli olsalar bile vadelerini beklemeksizin iki ay içinde iade etmek zorundadırlar. Bu iki aylık süre içerisinde bankalar, sahibi başvurmayan her türlü mevduatı, katılım fonunu, emanet ve alacakları Kurum'a sunmaya zorludurlar. Kurum, bu suretle verilen değerleri, takip eden yıl başından başlamak üzere on yıl süre ile her yıl başında usulüne göre ilân etmek suretiyle saklayacaktır. Buna karşılık, son ilân tarihinden itibaren altı ay içinde aranmayan bu değerler Fon'a gelir kaydolunacaktır. Burada kanımızca Kurul'un izninin aranmasındaki asıl amaç, BANKK'nun 93. maddesinin I. fıkrasının (a) bendinde öngörülen, bankaların kuruluş ve faaliyetlerini, yönetim ve teşkilat yapısını, birleşme, bölünme, pay değişimini ve tasfiyelerini düzenlemek, uygulamak, uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek görevinin bir uzantısı olarak, alacaklıların haklarının korunmasıdır. Bu yönde bk. *Taşdelen*, s. 303. Buna karşılık *Battal*, Kurul'un izin talebini reddetmesinin mantık dışı olacağı kanaatinde, Bankacılık Kanunu, s. 143. Bununla birlikte BANKK'nun amacının finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması olduğu ve bu doğrultuda "Bankaların İradî Tasfiyeleri Hakkında Yönetmelik" (RG, 01.11.2006, S. 26333) hükümleri uyarınca, bankaların faaliyetlerine son verme gerekçelerinin değerlendirilerek, bu doğrultuda Kurul izninin aranması gerektiği düşünüldüğünde, söz konusu görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca *Taşdelen*, bu iki aylık sürenin günümüz koşullarında çok kısa olduğunu belirtmektedir. Bunun gerekçesi ise aslında söz konusu düzenlemenin

Burada, bankaların birleşmesinde iç ve dış tasfiye yapmanın da bir anlamı olmayacak ve devralma yoluyla birleşmede en az bir, yeni bir banka kurulması suretiyle birleşmede ise en az iki banka dağılacaktır.

3. Tasfiyesiz Sona Eren Bankaya Ait Malların ve İşletmelerin Küllî Halefiyet Yoluyla Devri

Küllî halefiyet ilkesinin kabul edildiği diğer durumlarda olduğu gibi, banka birleşmelerinde de malların ve işletme ile mevduatın¹⁸¹ geçişi, aktif ve pasif bütün öğeleri ile birlikte eş zamanlı ve kendiliğinden gerçekleşecektir¹⁸²; bu da aslında banka birleşmelerinde, dağılan bankaların malları ve işletmeleri ile mevduatlarının devamlılığının devralan veya yeni kurulan banka tarafından sağlanmasının doğal bir sonucudur.

geçmişten beri bu şekilde yapılması ve daha çok tek şubeli yerel bankalar zamanından kalmasıdır, s. 305. Bununla birlikte uygulamada, bankaların iradî sona erme durumuna çok sık rastlanılmamaktadır. Bunun yerine, daha cazip ve uygun bir yol olan hakim durumdaki pay sahiplerinin pay senetlerinin devir yolu daha çok tercih edilmektedir. Bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 143.

¹⁸¹ “Mevduat” kavramı aslında, “tevdî edilen şeyi” ifade etmekte olup, mevduat kabulü bankalara özgü bir işlemdir. Gerçekten, bankadaki bir hesaba paranın yatırılmasıyla hesap sahibi, yatırılan para oranında bankaya karşı bir alacak hakkı elde etmektedir. BANKK’nun 10. maddesi uyarınca, kuruluş izni veya Türkiye’de şube açma izni almış olan bir bankanın faaliyette bulunması için ayrıca izin alması gerekmektedir. Aynı Kanun’un 3. maddesi uyarınca “mevduat” kavramı, yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı ifade etmekte olup, söz konusu Kanun’un 4. maddesinde “mevduat toplama” bankaların faaliyet konuları arasında sayılmış, 150. maddesi uyarınca da, bu Kanun’a göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlilerinin, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmüne bağlanmıştır. “Mevduat” kavramı ve bu kavramın hukukî niteliği hakkında yapılan tartışmalar için bk. *Battal*, Bankalar Kanunu, s. 101 vd; *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 70 vd; *Reisoğlu*, Seza, Bankalar Kanunu, s. 112 vd; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 115 vd; *Taşdelen*, s. 155 vd; *Yüksel/ Yüksel/ Yüksel*, s. 259 vd.

¹⁸² Bir bankanın mallarının diğer bir bankaya aynî ya da nakdî bir bedel karşılığında devrini, malvarlığı ve işletme ile mevduatın aktif ve pasifle birlikte kendiliğinden geçtiği banka birleşmelerinden ayırt etmek gerekir. Gerçekten, bankalararası malvarlığı devirlerinde, diğer malvarlığı devirlerinde de olduğu gibi, küllî halefiyet ilkesi geçerli olmayacak ve BK’nun 179. maddesi hükümleri burada uygulama alanı bulacaktır, bk. *Tekinalp*, Banka Hukuku, s. 131.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, “bir bankanın bir banka veya finansal kuruluş ile birleşmesinden” ve “bir bankanın bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir almasından” söz edilmiştir¹⁸³. Burada, “birleşme” durumundan ayrı olarak, devralma yoluyla banka birleşmelerine ilişkin “bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi” ifadesine yer verilmesi, kanımızca devirler açısından sanki farklı bir hukukî durumun bulunduğu izlenimini doğurmaktadır. Bu her iki tür birleşme de zaten, küllî halefiyet ilkesi gereği bütün aktif, pasif ve diğer yükümlülüklerin yeni kurulan ya da devralan ortaklığa geçmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle de, söz konusu kanun hükmünün kanımızca, “bir bankanın bir banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi” yerine, “bir bankanın bir banka veya finansal kuruluş ile yeni bir banka ya da finansal kuruluş kurmak suretiyle birleşmesi” şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.

III. BANKA BİRLEŞMELERİNİN USULÜ

Tezimizin konusu, banka birleşmelerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi olmakla birlikte, yapılacak bu değerlendirmelerde yararlanılmak üzere, banka birleşmelerinin usulünün öncelikle ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁸³ BANK'nun 18. maddesindeki, “Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi...” yönündeki düzenleme de, kanımızca tasfiyesiz sona eren bankaya ait malların ve işletmelerin küllî halefiyet yoluyla devri koşulu açısından isabetli bir düzenleme oluşturmamaktaydı. *Battal*, anılan düzenlemeye ilişkin olarak: “Gerçekten maddede geçen bir bankanın...bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de bulunan diğer bir bankaya devretmesi ibaresi, tereddüte yol açacak biçimdedir. Bu hükümlerden, bir bankanın, kendi tüzel kişiliğini sona erdirmeksizin, sadece malvarlığını ve işletmesini bir bütün olarak başka bir bankaya devretmesi durumunun düzenlendiği izlenimi edinilmektedir. Ancak bu devir, bankanın bütün malvarlığını ve özellikle sermayesini ve öz kaynaklarını da kapsayacağına göre, geride kalan tüzel kişinin hangi sermaye ile hangi faaliyeti yapacağı hususu cevapsız kalmaktadır. Kanaatimizce bu maddede kastedilen, bir banka tüzel kişiliğinin diğer bir banka tüzel kişiliği içinde erimesidir” görüşünü savunmuştur, bk. *Battal*, Bankalar Kanunu, s. 214.

A- Kurul İzni

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, banka birleşmelerinin Kurul'un iznine bağlı olduğu hükme bağlanmıştır¹⁸⁴. Aynı şekilde, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde de, bu birleşmelerin Kurul'un iznine bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Banka birleşmeleri işlemlerinde izin almak için Kurum'a verilecek başvuru dilekçesine eklenecek bilgi ve belgelerin neler olduğu Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre başvuru dilekçesine, birleşme işlemlerine taraf olan banka veya finansal kuruluşlar tarafından birleşmeden beklenen sonuçları analiz eden ayrıntılı fizibilite raporu, birleşmenin gerçekleştirildiği tarihten itibaren üç yıllık hedeflerin ortaya konulduğu tahmini bilanço ile kâr ve zarar cetvelleri eklenecektir. Bunun yanında Kurum eğer başka herhangi bir bilgi ya da belgeye ihtiyaç duyarsa, bunu da ilgililerden talep edebilecektir. Ayrıca Kurum, gerekli göreceği ek bilgi ve belgeleri başvuru sahibinden isteyebilecektir.

¹⁸⁴ TTK hükümlerine göre ortaklık birleşmelerinde ise, birleşme için ilgili ortaklıkların, esas sözleşmelerinin değişmesi hakkındaki usul ve koşullar çerçevesinde, ayrı ayrı karar vermeleri ve bu kararın Ticaret Sicili'ne tescil ve ilân olunması gerekecektir (m. 148); ayrıca bu tür birleşmelerde, birleşen ortaklıkların her biri, aralarında tespit edilecek bir örneğe göre düzenlenmiş olan bilançosunu ve birleşme nedeniyle varlıkları sona eren ortaklıklar ise ayrıca kendilerine ait borçların ne suretle ödeneceğine ilişkin düzenleyecekleri beyannameyi bilanço ile birlikte ilân ettirecektirler (m. 149). TTKT uyarınca da, birleşmeye katılan ortaklıklardan her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim ortaklıklar da, SPK'nun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde, birleşme sözleşmesini, birleşme ve denetleme raporunu, son üç yılın yıl sonu finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarını ortakların, intifa senedi sahipleriyle ortaklık tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlüdür (m. 149); bunlar ilgili sermaye ortaklıklarının web sitelerinde de yayımlanır. Ayrıca, yönetim organı birleşme sözleşmesini genel kurula sunacak olup, bu sözleşmenin genel kurulca onaylanması gerekmektedir (m. 151); birleşmeye katılan ortaklıklar tarafından birleşme kararı alınır alınmaz, yönetim organları, birleşmenin tescili için Ticaret Sicili'ne başvurur (m. 152/ I) ve devredilen ortaklık, birleşmenin Ticaret Sicili'ne tescili ile sona erer (m. 152/ II). Söz konusu tescil kurucu nitelikte olup, tescil anında devredilen ortaklığın bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralana ortaklığa geçer. Diğer taraftan, TTK'nun 451-454 maddelerinde anonim ortakların birleşmesine ilişkin olarak özel düzenlemelere de yer verilmiş olup, bu kapsamda, devralma, yeni ortaklık kurulması, sermayesi paylara bölünmüş bir komandit ortaklık tarafından devralınma ve bir kamu tüzel kişiliği tarafından devralınma durumları hükme bağlanmıştır; bu konuda bk. yuk. s. 7 vd.

Bankacılık Kanunu hükümleri uyarınca Kurum'a yapılan izin başvuruları, denetimin etkin bir şekilde yerine getirilmesine engel olabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişkinin varlığı veya izne tabî işlem için öngörülen koşulların, niteliklerin, yeterliliklerin izin başvurusu esnasında ya da değerlendirme sürecinde sağlanamaması veya kaybedilmesi durumunda Kurul tarafından reddedilecektir (m. 21).

B- Banka Genel Kurullarının Onayı

Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, birleşmeye katılacak banka veya finansal kuruluş yönetim kurullarının ortaklaşa tespit edecekleri bağımsız denetim kuruluşu¹⁸⁵ tarafından onaylanmış birleşmeye esas bilançolar ve birleşme sözleşmesi¹⁸⁶ taslağı,

¹⁸⁵ Yönetim kurullarınca herhangi bir bağımsız denetim kuruluşu üzerinde anlaşma sağlanamaması durumunda, mahkmeden bir bağımsız denetim kuruluşu tespit edilmesi istenebilecektir. Bu yönde bk. *Lerzan*, s. 164. SPKn'nun 22. maddesinin (d) bendi uyarınca sermaye piyasasında, gerektiğinde elektronik ortam da dahil bağımsız denetim faaliyetine ilişkin esasları belirleme görevi SPKr'na verilmiş olup, bu esaslar 04.03.1996 tarih ve 22570 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ"de belirtilmiştir. Anılan Tebliğ'in 2. maddesine göre bağımsız denetim, ortaklıkların ve sermaye piyasası kurumlarının kamuya açıklanacak veya Kurulca istenecek malî tabloların, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uygunluğu ile bilgilerin doğruluğunun ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtıp yansıtılmadığının, denetçiler tarafından denetim ilke ve kurallarına göre, defter, kayıt ve belgeler üzerinden incelenmesini ve tespit edilen sonuçların rapora bağlanmasını, bağımsız denetim kuruluşu ise, bu Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıyan ve SPKn'nun 22. maddesinin (d) bendi uyarınca sermaye piyasasında bağımsız denetim yetkisi verilen kuruluşları ifade eder.

¹⁸⁶ Birleşme sözleşmesine, TTK'nun 148. maddesinde dolaylı olarak yer verilmekle birlikte, TTK'nın 145. maddesinde, birleşme sözleşmesine ayrı bir maddede yer verilerek, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağı, sözleşmenin birleşmeye katılan ortaklıkların yönetim organlarınca imzalanacağı ve genel kurulları tarafından onaylanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak *Moroğlu*, maddedeki "...birleşmeye katılan ortaklıkların" ibaresinin "...birleşen ortaklıkların" şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir; bk. *Moroğlu*, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 96. Kanımızca da, anılan maddede geçen "...birleşmeye katılan ortaklıkların" ifadesi yanlış anlaşılmaya elverişlidir. Zira, anılan Tasarı Metni'nin 136. maddesinde, bir ortaklığın diğerini devralması ya da yeni bir ortaklık içinde bir araya gelmeleri yoluyla "birleşme"lerinden söz edilmiştir. Bu nedenle, "...birleşmeye katılan ortaklıklar" ifadesi, önceden varolan bir birleşmeye ortaklıkların sonradan katılma durumu şeklinde anlaşılabilmekte ve birleşmenin tanımıyla da uyumluluk göstermemektedir. Diğer taraftan, birleşme sözleşmesinin hukukî niteliği de mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olup, doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Karışık teoriye göre, birleşme sözleşmesi, bazen borçlar hukuku, bazen de ortaklıklar hukuku unsurlarını içeren bir sözleşmedir; ortaklıklar hukuku işlemi teorisine göre, birleşme sözleşmesi, ortaklıklar hukukunun

genel kurulların onayına sunulur. Genel kurullarda esas sözleşmelerinde öngörülen oranlara göre oylanır. Banka veya finansal kuruluşların esas sözleşmelerinde oran öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması koşuluyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınır¹⁸⁷. Birleşmeye esas bilançoların ve birleşme sözleşmesi taslağının uygun görülmesi durumunda, genel kurullar tarafından birleşme sözleşmesinin ve yeni kurulacak bankanın esas sözleşme taslağının düzenlenmesi ve imzalanması hususunda yönetim kurullarına yetki verilecektir. Ayrıca, anılan Yönetmeliğin 6. maddesinde, Kurul'un izin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili kuruluşların 7., 11., 15. ve 19. maddelerde belirtilen şekilde genel kurullarında karar almaları suretiyle birleşme, devir, bölünme ve pay değişimi işlemlerine geçilmediği takdirde verilen iznin geçersiz olacağı, yeniden izin alınmadan bu işlemlere devam edilemeyeceği hükme bağlandığından, banka genel kurullarının onayının bu üç aylık süre içerisinde gerçekleştirilmesi

kollektif bir işlemdir; borç doğuran sözleşme teorisine göre, birleşme sözleşmesi borçlar hukuku sözleşmesidir, burada taraflar, birleşmenin sonuç doğurabilmesi için gerekli işlemleri yerine getirme borcu altına girmektedirler. Aslında burada, tarafların karşılıklı hak ve borçları düzenlendiğinden, bir borçlandırıcı sözleşme söz konusu olup, bu sözleşme aynı zamanda koşula bağlıdır; zira, bu sözleşmenin hüküm doğurabilmesi, ancak genel kurul onayı ya da mevzuatta RKr'ndan, SPKr'ndan ya da BDDKr'ndan izin alınması koşullarına bağlı olacaktır. Bununla birlikte, *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, birleşme sözleşmesinin aynı zamanda bir tasarruf sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmenin hem aynî, hem borçlar hukuku ve eşya hukukuna ilişkin unsurları içerdiğini ifade etmektedir. Kanımızca, tasarruf sözleşmeleri kesin olarak bir hakkı devretmekte olup, buna karşılık, devralma yoluyla birleşmede, sözleşme ile devrolunan ortaklık sona ermediği gibi yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmede, yeni ortaklık sözleşme ile kurulmamaktadır. Bu nedenle, birleşme sözleşmesinin hüküm doğurabilmesi için tarafların gerekli işlemleri de yerine getirmesi gerekmektedir. Birleşme sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında doktrinde yapılan tartışmalar ve ileri sürülen teoriler hakkında ayrıca bk. *Erdem*, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, s. 172-173; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 118-119; *Yasaman*, s. 39 vd.

¹⁸⁷ Söz konusu Yönetmelik hükmü, daha önce Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmelik'te onaylanmış birleşmeye esas bilançolar ve birleşme sözleşmesi taslağının genel kurulların onayına sunulmasında, toplantı ve karar oranının öngörülmemiş olmasından doğan doktrindeki tartışmayı sona erdirmiştir. Zira, *Lerzan* bu konuya ilişkin olarak, söz konusu Yönetmeliğin "Birleşme Sonrası İşlemler" başlıklı 10. maddesinin III. fıkrasındaki "Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından onaylanan birleşme sözleşmesi ile yeni kurulacak bankanın ana sözleşme taslağı, birleşecek bankaların bilanço ve kâr zarar cetvelleri ile birlikte banka genel kurullarının onayına sunulur ve genel kurullarda bankaların ana sözleşmelerinde öngörülen nisaplara göre oylanır. Bankaların ana sözleşmelerinde nisap öngörülmemiş ise, toplantı nisabı sermayenin en az üçte ikisi, karar nisabı toplantıya katılanların en az dörtte üçüdür. Genel kurullarca alınan bu kararın varsa imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca da onaylanması gerekir." hükmünün kıyasen burada da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür, s. 164.

gerekecektir¹⁸⁸. Ayrıca, söz konusu Yönetmeliğin 8. maddesinde, birleşme sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, bu sözleşmelerde yer alması gereken hususlar ayrıca belirtilmiştir¹⁸⁹.

C- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca İnceleme

Genel kuruldan aldığı yetkiye dayanılarak yönetim kurulu tarafından imzalanan sözleşme taslağı, söz konusu Yönetmelik uyarınca imzalanmasını izleyen yedi gün içinde, birleşecek banka veya finansal kuruluşların bağımsız denetim kuruluşu tarafından onaylanmış birleşmeye esas malî tabloları, esas sözleşme taslağı, Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hazırlanacak pay değer tespitine yönelik raporları ve sermaye arttırımı söz konusu ise bunun için gereken tutar ve sağlanacağı kaynakları içeren bir rapor ile birlikte Kurum'a gönderilir; Kurum gerekli göreceği ek bilgi ve belgeleri talep etmeye yetkilidir (m. 9/ I).

Birleşme talep eden bankaların durumu, Kanun ve ilgili mevzuata uygunluk,

¹⁸⁸ Burada, bankaların yönetim kurullarının birleşme işlemlerinin yürütülmesi için genel müdürlüklerini yetkilendirmesi durumunda da, izin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak birleşme veya devir işlemlerine geçilmiş sayılacaktır, bu yönde bk. *Moroğlu*, Bankaların Birleşmesi, s. 22.

¹⁸⁹ Buna göre birleşme sözleşmelerinde, koşulları ile öngörülen aşamalarına ilişkin bilgilerin, birleşerek tüzel kişiliği sona erecek banka ve finansal kuruluş ile yeni kurulacak banka unvanlarının ve merkezlerinin, yeni kurulacak bankanın esas sözleşme taslağının düzenlendiğine ve imza edildiğine ilişkin kaydın, yeni kurulacak bankanın sermaye miktarının, birleşecek banka veya finansal kuruluşların malvarlıklarının yeni bankanın sermayesini teşkil ettiğine ve birleşme sonucu yeni kurulacak bankanın kurucu ortakları tarafından ödenmiş sermaye miktarının Kanun'un 7. maddesinin I. fıkrasının (f) bendinde yer alan asgarî sermayeden az olması halinde, aradaki farkın yeni bankanın Ticaret Sicili'ne tescilini izleyen üç ay içerisinde nakden yapılacak bir sermaye arttırımı ile karşılanacağına ilişkin kaydın, birleşecek banka veya finansal kuruluşların bütün aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülüklerinin yeni kurulacak bankaya geçeceğine ilişkin kaydın, birleşecek banka veya finansal kuruluşların ortaklarına verilecek pay miktarı, türü, ortaklık paylarının değişim oranının, birleşmenin her türlü muvazaadan arî olarak gerçekleşeceği ve aksi durumda meydana gelecek zararlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olunacağına ilişkin kaydın yer alması gerekmektedir. Ayrıca, birleşme sözleşmesinde müşterilerin ve üçüncü kişilerin hak ve alacaklarını ihlal eden hükümlere yer verilemeyecek olup, bu sözleşmedeki imzaların noter tarafından onaylanmış olması zorunluluğu bulunmamaktadır (m. 8/ II).

özellikle, standart oranlar ve kredi sınırlarına uyum¹⁹⁰, organizasyon ve şube yapısı, iç denetim, risk kontrol ve yönetim sistemlerinin etkinliği gibi hususlar bakımından değerlendirmeye alınarak incelenecek olup, Kurum, talepte bulunan bankalardan birleşmeden beklenen faydanın gerçekleştirilmesi ve malî bünyelerinin güçlendirilmesi bakımından ek önlemlerin alınmasını isteyebilecektir (m. 9/ II).

D- Banka Genel Kurullarının İkinci Onayı

Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından onaylanan birleşme sözleşmesi ile yeni kurulacak bankanın esas sözleşme taslağı, birleşecek banka veya finansal kuruluşların bilanço ve kâr zarar cetvelleri ile birlikte genel kurullarının onayına sunulacak ve genel kurullarda esas sözleşmelerinde öngörülen oranlara göre oylanacaktır¹⁹¹ (m. 9/ III). Diğer taraftan, Kurul tarafından

¹⁹⁰ BANKK'nun 44. ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanan "Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik" in (RG, 01.11.2006, S. 26333) 12. maddesi uyarınca konsolide özkaynak, Kanun uyarınca yürürlüğe konulan düzenlemelere göre, ana ortaklık niteliğinde olan ve konsolide malî tablo hazırlama zorunluluğu bulunan bankalarca, konsolidasyona tabî ortaklıkların ana ortaklık nezdinde konsolide edilen malî tabloları üzerinden II. fıkrada belirtilen hususlar saklı kalmak koşuluyla, 11. maddede belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde hesaplanır.

BANKK'nun 43., 45., 47. ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanan "Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik" in (RG, 01.11.2006, S. 26333) 3. maddesinde ise, "konsolide sermaye yeterliliği standart oranı"nın, konsolide bazda hesaplanan "özkaynak/(kredi riskine esas tutar + piyasa riskine esas tutar + operasyonel riske esas tutar)" standart oranını konsolide ve konsolide olmayan bazda hesaplanan "özkaynak/risk ağırlıklı varlıklar, gayrinakdî krediler ve yükümlülükler" standart oranını, "sermaye yeterliliği standart oranı"nın, konsolide olmayan bazda hesaplanan "özkaynak/(kredi riskine esas tutar + piyasa riskine esas tutar + operasyonel riske esas tutar)" standart oranını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, BANKK'nun 43., 47. ve 93. maddelerine dayanılarak hazırlanan "Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak' Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanmasına ve Uygulanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik" in (RG, 01.11.2006, S. 26333) 3. maddesinde ise, "Konsolide Yabancı Para Net Genel Pozisyon / Özkaynak Standart Oranı"nın, Konsolide Yabancı Para Net Genel Pozisyon tutarının, konsolide özkaynağa bölünmesi suretiyle hesaplanacak oranı, ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

¹⁹¹ Banka veya finansal kuruluşların esas sözleşmelerinde oran öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması koşuluyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınacaktır (m. 9/ III); ayrıca, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin "İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hakları" başlıklı 25. maddesinde, 9., 11., 13., 15., 17., 19. ve 21. maddeleri gereği toplanacak genel kurulların, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını etkileyebilecek kararlarının imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca da onaylanmasının zorunlu olduğunun hükme bağlandığı dikkate alındığında, genel kurullarca alınan bu kararın varsa imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca da onaylanması gerekecektir; aksi takdirde, TTK'nun 389. maddesi uyarınca, genel kurulca alınan bu karar uygulanamayacaktır.

uygun görülmeyen birleşme sözleşmesi ve yeni kurulacak bankanın esas sözleşmesi hakkında genel kurulda görüşme yapılamayacak ve karar alınamayacaktır (m. 9/ IV).

E- Tescil ve İlân

Birleşmeye katılan bankaların birleşmeye ilişkin genel kurul kararları alındıktan ve yeni bankanın noterden onaylı esas sözleşmesi düzenlendikten sonra, söz konusu karar ile sözleşmenin genel kurulu izleyen 7 gün içinde Kurum'a gönderilmesi gerekecektir (m. 10/ I). Bununla birlikte, banka birleşmelerinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 150. maddesinde öngörüldüğü gibi, birleşen bankaların borçlarının ödenmiş veya teminat altına alınmış olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira, bankaların faaliyet alanı, mevduat toplamak ve kredi vermek olduğundan, Türk Ticaret Kanunu'nda aranan bu zorunluluğun bankalar için aranmaması, bankaların faaliyet konusunun doğal bir sonucudur¹⁹².

Bunun üzerine, Kurul'un birleşmeye ilişkin genel kurul kararlarının tescil edilebilmesine ilişkin onayı ile Bankacılık Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca faaliyet izni verilmesine ilişkin kararı Resmî Gazete'de yayımlanacaktır. Ayrıca, Kurul'un faaliyet izni verilmesine ilişkin kararı, anılan Kanun'un 6. maddesi uyarınca yeni bankanın kurulmasına izin verilmesi ve yeni kurulan bankanın tescil ve ilân işlemlerinin tamamlanması ile hüküm ifade edecektir¹⁹³ (m. 10/ II). Birleşmeye ilişkin genel kurul kararları ile genel kurullar tarafından onaylanan esas sözleşme ve

¹⁹² *Moroğlu*, bankalar için borçların ödenmesi veya teminat altına alınması zorunluluğunun öngörülmesinin, banka birleşmelerini olağanüstü zorlaştıracağına dikkat çekmekte ve birleşen bankaların alacaklılarının, Bankacılık Kanunu'nda öngörülen sıkı birleşme usulüyle korunduğunu işaret etmektedir, *Bankaların Birleşmesi*, s. 19.

¹⁹³ BANKK'nun 6. maddesinde, bankaların kuruluş ile Türkiye'de şube ve temsilcilik açma işlemleri düzenlenmiştir. Diğer taraftan, anılan Kanun'un 10. maddesinin I. fıkrası uyarınca, bu Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde kuruluş veya Türkiye'de şube açma izni alan bankaların, Kurul'dan ayrıca faaliyet izni alması gerekmektedir. Bir beyanname ile yapılacak başvuru üzerine verilecek izin, Kurul tarafından aksi kararlaştırılmış olmadıkça, 4. maddede belirtilen bütün faaliyetleri aynı maddenin son fıkrasındaki sınırlamalar çerçevesinde kapsar. Verilen faaliyet izinleri Resmî Gazete'de yayımlanacak olup, kararın, ilk izin başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde verilmesi gerekmektedir.

yeni bankanın kuruluşu, Kurul kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasını izleyen yedi gün içinde, birleşmeye katılan bankaların kayıtlı buldukları Ticaret Sicil Memurlukları’na tescil ve ilân olunur¹⁹⁴ (m. 10/ II).

Tescil ile birleşmeye katılan bankaların tüm hak ve borçları ile mevduatları yeni kurulan bankaya geçecek ve birleşmeye katılan bankaların tüzel kişilikleri sona ererek kayıtları Ticaret Sicili’nden silinecektir.

F- Özel İzinler

1. Sermaye Piyasası Kanunu’nda Öngörülen

Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik’te, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen işlemlerde, banka ve finansal kuruluşların en az birinin Sermaye Piyasası Kanunu’na tabî olması durumunda, düzenlenen sözleşmeler için sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde izin alınacağı öngörülmüştür¹⁹⁵ (m. 22). Bir bankanın Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabî olması, pay senetlerinin halka arzedilmesi ile ilgili olup, bu, ya bankanın kuruluş aşamasında pay senetlerini halka arzetmesi ya da kurulup tüzel kişilik kazanarak,

¹⁹⁴ Diğer taraftan, banka devirlerinde ise, devre ilişkin genel kurul kararları ile esas sözleşme değişiklikleri, Kurul kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasını izleyen yedi gün içinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı veya İl Sanayi ve Ticaret Müdürlükleri’ne müracaat aranmaksızın, devredilen ve devralan bankanın kayıtlı buldukları Ticaret Sicil Memurlukları’na tescil ve ilân olunur (m. 15/III). Ayrıca, devredilen ve devralan bankaların genel kurul kararlarının tescilinden sonra, devredilen bankanın bütün aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülükleri devir alan bankaya geçecek ve devredilen bankaların tüzel kişiliği sona ererek kayıtları Ticaret Sicili’nden silinecektir (m. 15/IV).

¹⁹⁵ Bk. *Erdem*, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, s. 164-165; *Kılıç*, Saim: Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Ankara 1997, s. 17-33.

bankacılık işlemi yapabilmek için izin aldıktan sonra¹⁹⁶ pay senetlerini halka arz etmesi suretiyle gerçekleşir¹⁹⁷ (SPK m. 4-10).

Sermaye Piyasası Kanunu'nda birleşmeye ilişkin ayrıntılı özel düzenlemelere yer verilmemekle beraber, bu Kanun'un "Muhasebe, Malî Tablo ve Rapor Standartları, İlân, Bağımsız Denetleme" başlıklı 16. maddesi ile, "Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar" başlıklı 16-A. maddesinde ve "Birleşme İşlemlerine İlişkin Esaslar Tebliği"nde ticaret ortaklıklarının birleşmelerine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, bu düzenlemeler, Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabî bankalar açısından da uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁸.

2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, Rekabet Kurulu'ndan izin alınması veya başka bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği durumlarda, birleşme veya devir sözleşmesinin ve esas sözleşmenin genel kurullarca onaylanabilmesi, Rekabet Kurulu'ndan izin alınmış ve yükümlülüklerin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Buna göre, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca, aynı Kanun'un 7. maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma anlaşmaları Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul, bu bildirimle ilişkin olarak Kanun'da öngörülen süre içerisinde gerekli işlemleri tesis etmek suretiyle ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorundadır. Anılan Kanun'un 11. maddesi uyarınca da, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurul'a

¹⁹⁶ Zira BANKK'nun 6. maddesinin I. fıkrası uyarınca, Türkiye'de bir bankanın kurulmasına veya yurt dışında kurulmuş bir bankanın Türkiye'de ilk şubesinin açılmasına, bu Kanun'da öngörülen koşulların yerine getirilmesi koşuluyla Kurul'un en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararla izin verilmesi gerekmekte olup, izin için yapılacak başvurular ve iznin verilmesine ilişkin esas ve usuller Kurumca düzenlenecek yönetmelikle belirlenecektir; aynı Kanun'un 12. maddesi uyarınca da, bir bankanın, faaliyet izninin gerçeğe aykırı beyanlarla alınmış olması veya faaliyet izninin alınmasından itibaren altı ay içinde faaliyete geçilmemesi durumunda faaliyet izni iptal edilecektir.

¹⁹⁷ "Halka açık banka" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Turanboy*, Halka Açık Banka, s. 34 vd.

¹⁹⁸ Bk. yuk. s. 15 vd.

bildirilmemiş olduğu durumlarda Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olursa, kendiliğinden birleşme ve devralmayı incelemeye alacaktır¹⁹⁹.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinde de, birleşme ve devralmaların bildirilmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir²⁰⁰. Söz konusu maddenin VII. fıkrası uyarınca, izne tabî birleşme ve devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin I. fıkrasının (c) bendi uyarınca para cezası uygulanacaktır. Tüzel kişiliği olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu bentte belirtilen para cezasının uygulanması durumunda, yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de, verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanacaktır.

Diğer taraftan, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılan, Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmelik'te, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri gereğince, Rekabet Kurulu'ndan izin alınması veya başka bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken durumlarda, birleşme veya devir sözleşmesinin ve esas sözleşmenin genel kurullarca onaylanabilmesinin, Rekabet Kurulu'ndan izin alınmış olmasına ve yükümlülüklerin de yerine getirilmiş olmasına bağlı olduğu hükme bağlanmıştı. Ancak, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik'te "Özel İzinler" başlığı altında, birleşme ve devir işlemlerine

¹⁹⁹ Kurul bu inceleme sonucunda, birleşme ve devralmanın RKHK'un 7. maddesinin I. fıkrası kapsamına girmediğine karar verirse, birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular; birleşme ve devralmanın 7. maddenin I. fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi durumunda para cezası ile birlikte, birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına, koşulları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer olanaklıysa eski sahiplerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine, bunların eski sahiplerine veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınmasına karar verir. Ayrıca bk. aşa. s. 174 vd.

²⁰⁰ Bk. aşa. s. 167 vd.

ilişkin olarak, birleşme ve devir sözleşmeleri için sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde izin alınması gerektiği hususuna yer verilmesine karşılık, bu işlemlere ilişkin rekabet hukuku mevzuatı çerçevesinde izin alınmasından söz edilmemiştir. Buna karşılık her ne kadar, anılan Yönetmelikte Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken durumlara ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş ise de, rekabet hukuku mevzuatında ve Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, banka birleşmelerinin genel kurulun onayından önceki aşamada Rekabet Kurulu'nun denetimine tabî olması söz konusu olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN BANKA BİRLEŞMELERİNE UYGULANMASI ile BANKA BİRLEŞMELERİNİN BENZER HUKUKÎ İŞLEMLERDEN FARKI ve TÜRLERİ

I. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN BANKA BİRLEŞMELERİNE UYGULANMASI

A- Rekabet Hukukunun Amacı

Serbest rekabet düzeninin varlığı, güçlü ve sağlıklı bir ekonomik düzenin oluşturulmasıyla yakından ilgilidir. Buna karşılık, devletin piyasaya müdahale etmesinin yanında, teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen bazı eylemler, piyasanın sağlıklı işleminin önünde engel teşkil edebilmektedir²⁰¹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu açıkça hükme bağlanmıştır²⁰². Anılan kanun maddesinin Gerekçesi'nde de, serbest rekabetçi yapının getirdiği dinamizmin ülke ekonomisinin sürekli ve kalkınmasını sağladığı, devletin gerekli hukukî düzenlemeleri yaparak, rekabetin korunmasını sağlamasının bu Kanun'un amacını oluşturduğu hususlarına yer verilmiştir.

²⁰¹ Genel olarak bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 15; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 36 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 22 vd.

²⁰² Bununla birlikte *Aslan*, RKHK'un 1. maddesinde, Kanun'un amacı gösterilirken, teşebbüslerarası rekabeti bozucu anlaşmalar ile hakim durumun kötüye kullanılmasına yer verilirken, anılan Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen birleşme ve devirler yoluyla rekabetin sınırlanmasına yer verilmediği, bu nedenle de, "Bu Kanun'un amacı, ülke ekonomisinde kaynakların verimli dağılımında, üretimde ve teknolojik gelişmede etkinlik sağlanabilmesi için, mal ve hizmet piyasalarında serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı kurmak ve bunu korumaktır" düzenlemesinin uygun olacağını belirtmiştir, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 15.

Rekabet hukukunun amacının aslında rekabetçi, sağlam ve sağlıklı bir piyasa yapısının oluşturulması olduğu ve bunun da aynı zamanda kamu hukukuyla yakından ilgili olduğu dikkate alındığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da kamu hukukunu ilgilendiren kurallara da yer verilmiştir. Örneğin bu Kanun'da, teşebbüslerin hangi işlemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğuna, hangi tür birleşme ve devralma işlemlerinin Kurul'a bildirileceğine, ayrıca, uygulanacak para cezaları ile mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşumu ve gelişmesinin sağlanması ile bu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu'na ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir²⁰³.

Diğer taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un çeşitli maddelerinde yer verilen hükümlerle piyasanın sağlıklı bir şekilde işleminin önünde engel teşkil edebilecek işlemler açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda, anılan Kanun'un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin, 6. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına ya da başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının ve 7. maddesinde ise, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap

²⁰³ Bk. aşa. s.167 vd.

durumu hariç olmak üzere, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, rekabet hukuku ekonomi açısından önem taşımakta olup, buna paralel olarak, aynı zamanda kamu hukuku açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle de, güçlü bir piyasa yapısının oluşturulmasına ve piyasanın sağlıklı işlemesine yönelik olarak, teşebbüslerin kendi iç dinamikleri dışında büyümelerinin denetim altına alınmasında banka birleşmelerinde, birleşme işlemlerinin rekabet hukuku açısından da kontrol edilmesi gerektiği hususu, tezimizin konusu açısından önem arz etmektedir.

B- Banka Hukukunun Amacı

Finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, güçlü ve sağlıklı bir ekonomik yapının oluşturulmasında büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla, banka hukuku, ekonomi ile yakından ilgili olduğundan kamu hukukunu ilgilendiren kuralları da içermektedir. Bu nedenle, güçlü ve sağlıklı bir ekonomik düzenin oluşturulmasına yönelik olarak, devletin sadece düzenleme yetkisi bulunmayıp, iç ve dış piyasalardaki gelişmelere göre kontrol ve denetleme görevi de bulunmaktadır²⁰⁴.

Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğu açıkça hükme bağlanmıştır²⁰⁵. Anılan Kanun maddesinin Gerekçesi'nde de, bankacılık alanındaki düzenlemelerin temelde iki amacı olduğu,

²⁰⁴ Genel olarak bk. *Çelebican*, s. 491 vd; *Çevik*, Kemal, s. 146 vd; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 79 vd; *Taşdelen*, s. 115 vd.

²⁰⁵ Türk hukukunda ilk kez 70 sayılı Bankalar Hakkında KHK (RG, 22.07.1983, S. 18112) ile banka hukukuyla ilgili olarak "amaç" maddesine yer verilmiş ve burada amaç, "...tasarrufları korumak ve ekonomik kalkınmanın gereklerine göre kullanılmasını sağlamak üzere bankaların kuruluşunu, yönetimini, çalışma esaslarını, devir, birleşme ve tasfiyeleri ile denetlenmelerini düzenlemek" şeklinde düzenlenmiştir.

bunlardan birincisinin, tasarrufları korumak, ikincisinin ise, banka kaynaklarının ekonominin ihtiyaç duyduğu miktar ve koşullarda karşılanmasını sağlamak olduğu, kanun koyucunun da bu amaca yönelik olarak, bankacılık kesiminin teşkilatlanmasına ve kaynakların kullanımına müdahalede bulunduğu hususlarına yer verilmiştir.

Bankalar Kanunu'nun 1. maddesinde, “tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak” birinci amaç olarak belirlenmişken, bu Kanun'dan farklı olarak, Bankacılık Kanunu'nda, “finansal piyasalarda²⁰⁶ güven ve istikrarın sağlanması” birinci amaç olarak belirlenmiştir. Bu itibarla, yaşanan ekonomik krizler de göz önünde bulundurularak, Bankacılık Kanunu'nda kamu hukukuna yönelik düzenlemeler, Kanun'un amacının sağlanmasında daha fazla önem arzeder duruma gelmiştir.

Bankacılık Kanunu'nun 82. maddesinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun, bu Kanunla ve mevzuatla kendisine verilen düzenleme ve denetlemeyle ilgili görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirip kullanacağı, 83. maddesinde ise, Kurum'un karar organının, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu olduğu hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, bankaların kuruluş veya Türkiye'de şube veya temsilcilik açma izni, faaliyet izni, sınır ötesi faaliyetlerde bulunma gibi hususların yanında, bankaların birleşme, bölünme ve pay değişimi için Kurul izni gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, banka hukuku ekonomi hukuku açısından önem taşıdığı gibi, kamu hukuku açısından da önem taşımaktadır. Bu nedenle, devletin bankacılık sektörüne müdahalesi ve bu sektörde bankalar tarafından gerçekleştirilen işlemlerin kontrolü, kamu hukukunu ilgilendirirken, tasarruf sahiplerinin sözleşme türlerine göre

²⁰⁶ “Finansal piyasalar” kavramı, ülkemizde son zamanlarda kullanılmaya başlayan bir kavramdır. Aslında bu kavramla, mevcut bir piyasanın diğerlerinden parasal yönüyle ayırt edilmek istenmektedir. *Taşdelen*, “malî piyasalar” kavramının dilimizde az çok oturduğuna dikkat çekerek, “finansal piyasalar” kavramının kullanılmasıyla, dil kargaşasının gereksiz yere arttırıldığını savunmaktadır, s. 118.

bankalar ile ilişkisi özel hukuku ilgilendirmektedir. Bu kapsamda, bankaların bir yeniden yapılandırılması modeli olan birleşmeleri, Kurul'un denetiminde olacak ve bu birleşmeler için Kurul izni gerekecektir.

C- Rekabet Hukuku Açısından Birleşmeye İlişkin Hükümlerin Banka Birleşmelerine Uygulanması

Bankacılık Kanunu kapsamında faaliyette bulunan bankalar, birer ticarî işletme olarak anonim ortaklık şeklinde kurulmaktadır (m. 7). Diğer taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesi uyarınca, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler teşebbüs olarak adlandırıldığından, anonim ortaklık şeklinde bankacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulan bankalar da bu teşebbüs tanımı içerisinde yer alacaktır.

Rekabet hukuku ile banka hukukunun amacına yönelik olarak yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, her iki hukuk dalının da özellikle, serbest piyasa yapısının oluşturulması ve korunması ile güçlü ve sağlıklı bir piyasa yapısının oluşturulması için bu piyasada güven ve istikrarın sağlanmasını amaçladığı görülmektedir. Bu nedenle, gerek rekabet hukuku gerekse banka hukukunun, kamu hukukunu ilgilendiren yönü bulunmakta ve bu itibarla her iki hukuk dalında da, düzenleme faaliyetlerinin yanında denetleme faaliyetleri de önem kazanmaktadır.

Hangi tür birleşme ve devralma işlemlerinin yasak olduğunu hükme bağlayan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile banka birleşmelerinin Kurul'un iznine tabî olduğunu hükme bağlayan Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi, kamu hukuku ile yakından ilgilidir. Bu itibarla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen izne tabî teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemlerinin Rekabet Kurumunca denetlenmesinin yanında, anonim ortaklık şeklinde

bankacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulan bankaların da aynı zamanda birer teşebbüs olduğu, ayrıca, rekabet hukukunun ve banka hukukunun amacının özellikle, serbest piyasa yapısının oluşturulması ve korunması ile bu piyasada güven ve istikrarın sağlanması olduğu dikkate alındığında, bankalar arasında gerçekleşen birleşme ve devralma işlemlerinin, rekabet otoritelerince denetlenmesi büyük önem arz etmektedir.

II. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERDEN FARKI

A- Genel Olarak

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen banka birleşmeleri, rekabet hukukunun denetimine tabî olabilmekle birlikte, anılan Kanun kapsamında düzenlenen benzer hukuki işlemlerin de, rekabet hukukunun denetimine tabî olması söz konusu olabilecektir. Örneğin, bankaların bölünme, pay değişimi, pay devri işlemleri ile finansal holding ortaklığı olarak oluşumları da, rekabet hukuku açısından birleşme kavramı kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bu itibarla aşağıda bankaların, banka birleşmelerinde olduğu gibi rekabet hukukunun denetimine tabî olabilecek söz konusu işlemlerinin tanımına kısaca yer verildikten sonra, rekabet hukuku açısından birleşme kavramı ile karşılaştırılması yapılarak, banka birleşmelerinden farkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

B- Bölünmeden

Uygulamada ortaklıkların bölünme yoluna gitmelerinin temel nedenleri arasında, ortaklık yönetiminin tercihleri, işletmeye ilişkin nedenler, finansman ihtiyacı, vergisel sorunlar, miras sorunları, pazarlama, ekonomik sıkıntılar gibi hususlar sayılmaktadır²⁰⁷. Bölünme de birleşme gibi ortaklıklar hukukuna ilişkin bir yeniden yapılandırma modeli olup, bölünme usulü ile birleşmenin öngörülme ve istenmeyen sonuçlarının bertaraf edilmesinde ortaklıklara kolaylık sağlanmış olacaktır.

“Bölünme”²⁰⁸ kavramı mevzuatımıza ilk kez, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda²⁰⁹ 4684 sayılı Kanun²¹⁰ ile yapılan değişiklik sonucunda girmiştir²¹¹. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 38. ve 39. maddelerinde, ortaklıkların bölünmesi durumunda uygulanacak vergi hukuku kuralları belirlenmiştir. Anılan Kanun’da hangi işlemlerin bölünme niteliğinde (m. 38) ve bölünme durumunda vergilendirme kurallarının neler olduğu hükme bağlanmıştır (m. 39).

²⁰⁷ Bölünmenin temel nedenleri hakkında bk. *Coştan*, Hülya: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Ankara 2004, s. 23 vd; *Helvacı*, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s. 9 vd; *Taboğlu*, Esin / *Çalışkan*, Sezer: “Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılanmada Son Adım: Bölünme”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 565 vd.

²⁰⁸ “Bölünme” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Coştan*, s. 5 vd; *Helvacı*, s. 17 vd; *Taboğlu / Çalışkan*, s. 565 vd; *Tekinalp*, Ünal: “Bölünmenin Bugünkü Maddî Hukuk Cephesi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 549.

²⁰⁹ RG, 10.06.1949, S. 7229.

²¹⁰ RG, 03.07.2006, S. 24451.

²¹¹ 5520 sayılı KVK (RG, 21.06.2006, S. 26205) ile 5422 sayılı KVK yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan Kanun’un 19. maddesinde, devir, bölünme ve pay değişimine ilişkin düzenlemeye yer verilerek, bu Kanun açısından tam bölünmenin, tam mükellef bir sermaye ortaklığının tasfiyesiz olarak sona ermek suretiyle bütün malvarlığını, alacaklarını ve borçlarını kayıtlı değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla tam mükellef sermaye ortaklığına devretmesi ve karşılığında devredilen sermaye ortaklığının ortaklarına devralan sermaye ortaklığının sermayesini temsil eden iştirak payları verilmesini, kısmî bölünmenin ise, tam mükellef bir sermaye ortaklığının veya sermaye ortaklığı niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye’deki iş yeri veya daimî temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak payları ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye ortaklığına devretmesini ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca mevzuatımızda, Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ortak hazırladığı “Anonim ve Limited Ortaklıkların Kısmî Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ”de²¹² bölünme işlemlerine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

Sermaye piyasası mevzuatında da, “İhraççıların Muafiyet Şartlarına ve Kurul Kaydından Çıkarılmalarına İlişkin Esaslar Tebliği”nde²¹³, “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ”²¹⁴ ile “Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği”nde²¹⁵ bölünmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir²¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nda ise ticaret ortaklıklarının bölünmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, bir ortaklığın tam veya kısmî olarak bölünmesine olanak tanınmış ve tam bölünmede, ortaklığın tüm malvarlığının bölümlere ayrılacağı ve diğer ortaklıklara devrolunacağı, kısmî bölünmede ise bir ortaklığın malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün diğer ortaklıklara devrolunacağı hükme bağlanmıştır (m. 159). Bu hükümler uyarınca, sermaye ortaklıkları²¹⁷ ve kooperatifler, sermaye ortaklıklarına ve kooperatiflere bölünebilecektir.

²¹² RG, 16.09.2003, S. 25231.

²¹³ Bk. yuk. s. 17.

²¹⁴ RG, 04.03.1996, S. 22570.

²¹⁵ Bk. yuk. s. 17-18.

²¹⁶ Ayrıca, SPK'nun 17.07.2003 tarih ve 37/875 sayılı Kararı'nda, Tebliğ düzenlemeleri saklı kalmak koşuluyla, bölünme kavramına açıklık getirilmiş ve bölünme işlemlerinde halka açık anonim ortaklıkların bölünme işlemlerini yalnızca kısmî bölünme suretiyle gerçekleştirebilecekleri ifade edilmiştir. Avrupa Birliği hukukunda ise, 82/891/CEE sayılı “Ortaklıkların Bölünmesine İlişkin Altıncı Direktif”te bölünme hakkında düzenlemelere yer verilmiştir.

²¹⁷ TTK'nun 136. maddesinde ticaret ortaklıklarının kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif ortaklıklarından ibaret olduğu hükme bağlanmış olup, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık (m. 475), anonim ortaklık (m. 269) ve limited ortaklık (m. 503) sermaye ortaklıklarıdır. Diğer taraftan, TTK'nın 124. maddesinde de, ticaret ortaklıklarının kolektif, anonim, limited ve kooperatif ortaklıklardan oluştuğu, kolektif ile komandit ortaklığın şahıs, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın ise sermaye ortaklığı sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Tam bölünmede, bölünen ortaklığın ortakları, devralan ortaklıkların ortaklık paylarını ve haklarını iktisap edecektir. Kısmî bölünmede ise, bölünen ortaklığın ortakları, devralan ortaklıkların ortaklık paylarını ve haklarını iktisap edecek veya bölünen ortaklık, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan ortaklıklarda ortaklık payları ve hakları elde edecek ve bu suretle yavru ortaklık oluşturacaktır²¹⁸.

Bankalar Kanunu'nda "bölünme" kavramına yer verilmemiş olmakla birlikte, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, bankacılık mevzuatında ilk kez "bölünme" kavramına yer verilmiş ve Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin bölünmesinin Kurul'un iznine tabî olduğu, ayrıca, bankaların bu Kanun hükümlerine göre bölünmelerinde Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda bölünmeye ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır²¹⁹. Bankacılık Kanunu'nun söz konusu düzenlemesinin kavramsal açıdan "bölünme"yi ortaya koyma hususunda yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca, söz konusu kanun hükmünün madde Gerekeçesi'nde de, bankaların ortaklık yapılarında değişiklik yapılmasını kolaylaştırmak için bölünmeye yer verildiği belirtilmiş, ama bu kavrama ilişkin açıklayıcı bilgiye yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (c) bendinde bölünmenin, bir bankanın tüzel kişiliği sona ermek kaydıyla tüm malvarlığının bölümlere ayrılmak suretiyle birden fazla banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıklara devredilmesi şeklindeki tam bölünmeyi veya bir bankanın malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün

²¹⁸ "Tam bölünme" ve "kısmî bölünme" kavramları hakkında ayrıca bk. *Coştan*, s. 26 vd; *Helvacı*, s. 19 vd; *Taboğlu / Çalışkan*, s. 566 vd.

²¹⁹ Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ortak hazırladığı "Anonim ve Limited Ortaklıkların Kısmî Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ"de, TTK'nun 274. maddesi dayanak olarak gösterilmiş ise de, söz konusu Kanun hükmü, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın anonim ortaklıkları denetimine ilişkindir. Bu nedenle de anılan Tebliğ'in kanunî dayanaktan yoksun olarak çıkarıldığı kanaatindeyiz. Bu yönde bk. *Helvacı*, s. 26.

bankanın sona ermesine neden olmayacak şekilde banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıklara devredilmesi şeklindeki kısmî bölünmeyi ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, söz konusu Yönetmeliğin 15-18. maddelerinde, bölünmeye ilişkin özel düzenlemelere de yer verilmiştir.

Anılan Yönetmelik hükümleri uyarınca, bölünmeye esas bilançoların ve devir sözleşmesi taslağının uygun görülmesi durumunda genel kurullar tarafından, bölünme sözleşmesinin düzenlenmesi ve imzalanması hususunda yönetim kurullarına²²⁰ yetki verilecek olup (m. 15), bankanın bölümlere ayrılmış malvarlığını devralacak her bir banka finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıklar ile ayrı ayrı bölünme sözleşmesi²²¹ imzalanacaktır (m. 16/ I). Ayrıca, Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından uygun görülen bölünme sözleşmesi ile eski ve yeni metinleri kapsayan esas sözleşme değişiklik taslakları, bilanço ve kâr zarar

²²⁰ Yönetim kurulu tarafından imzalanan sözleşme taslağı, imzalanmasını izleyen yedi gün içinde, bölünmeye taraf banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların, bağımsız denetim kuruluşu tarafından onaylanmış bölünmeye esas malî tabloları, esas sözleşme taslağı, Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hazırlanacak pay değer tespitine yönelik raporları ve sermaye arttırımı söz konusu ise, bunun için gereken tutar ve sağlanacağı kaynakları içeren bir rapor ile birlikte Kurum'a gönderilir. Kurum gerekli göreceği ek bilgi ve belgeleri talep etmeye yetkilidir (m. 17/ I). Bölünme talep eden bankanın durumu, Kanun ve ilgili diğer mevzuata uygunluk, standart oranlar ve kredi sınırlarına uyum, organizasyon ve şube yapısı, iç kontrol, risk yönetimi iç denetim sistemlerinin etkinliği gibi hususlar bakımından değerlendirmeye alınarak incelenir. Kurum, talepte bulunan bankanın bölünmeden beklenen faydanın gerçekleştirilmesi ve malî bünyelerinin güçlendirilmesi bakımından ek önlemlerin alınmasını isteyebilir (m. 17/ II).

²²¹ Söz konusu Yönetmeliğin 16. maddesinde, bölünme sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara da yer verilmiştir. Buna göre bölünme sözleşmelerinde, bölünme koşulları ile öngörülen aşamalarına ilişkin bilgilerin, kısmî bölünen veya tam bölünüp tüzel kişiliği sona eren banka ile bölümleri devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların unvanlarının ve merkezlerinin, devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların sermayesinin, bölünen bankaya ve banka ortaklarına verilecek paylar ölçüsünde arttırılacağına ilişkin kaydın ve kısmî bölünmede bankanın ödenmiş sermaye miktarının Kanun'un 7. maddesinin I. fıkrasının (f) bendinde yer alan aşarî sermayeden az olması durumunda, aradaki farkın üç ay içerisinde banka ortakları tarafından bölünen banka sermayesinin nakden arttırılması suretiyle karşılanacağına ilişkin kaydın, bölünen bankanın bölünen kısım veya kısımlarına ilişkin aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülüklerinin devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıklara geçtiğine ilişkin kaydın, bölünen bankaya veya bankanın ortaklarına verilecek pay miktarı, türü, nominal değeri, ortaklık paylarının değişim oranı, imtiyazlı pay söz konusu ise miktarına ilişkin kayıtların, bölünmenin ve devrin her türlü muvazaadan arî olarak gerçekleşeceği ve aksi halde meydana gelecek zararlardan sorumluların müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin kaydın, yer alması gerekmektedir.

cetveli ile birlikte banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların genel kurullarının onayına sunulacak ve genel kurullarda esas sözleşmelerinde öngörülen oranlara göre oylanacak olup, banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde oran öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması koşuluyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınacaktır (m. 18/III). Bununla birlikte, Kurul tarafından uygun görülmeyen bölünme sözleşmesi ve esas sözleşme değişikliği hakkında genel kurulda görüşme yapılamayacak ve karar alınamayacaktır (m. 18/V).

Bölünmeye ilişkin genel kurul kararları ile esas sözleşme değişikliği genel kurulu izleyen yedi gün içinde Kurum'a gönderilecektir (m. 18/I). Bölünmeye ilişkin genel kurul kararları ile esas sözleşme değişiklikleri, Kurul kararının Resmi Gazete'de yayınlanmasını²²² izleyen yedi gün içinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı veya İl Sanayi ve Ticaret Müdürlükleri'ne müracaat aranmaksızın, bölünen banka ve devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların kayıtlı buldukları Ticaret Sicil Memurlukları'na tescil ve ilân olunacaktır (m. 18/III). Bölünen banka ile devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların genel kurul kararlarının tescilinden sonra, bankanın bölünmeye konu olan aktif ve pasifleri ile hak ve yükümlülükleri, devralan banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıklara intikal edecek, tam bölünme durumunda bölünen bankanın tüzel kişiliği sona ererek kayıtları Ticaret Sicili'nden silinecektir (m. 18/IV).

Bankaların bölünmesinde, bir bankanın malvarlığının tamamının veya bir kısmının devri söz konusu olmakla birlikte, bölünme yoluyla yapılacak bu devirlerde, banka birleşmelerinden farklı olarak mutlaka yeni kurulacak bir bankaya ya da mevcut bir bankaya yapılması söz konusu değildir²²³. Burada, birden fazla devralan

²²² Kurul'un bölünmeye ilişkin genel kurul kararlarının tescil edilebilmesi için gerekli onayı Resmî Gazete'de yayımlanacaktır (m. 18/II).

²²³ Bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 348.

banka, finansal kuruluş veya diğer anonim ortaklıkların varlığından sözü edilebilecektir²²⁴.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca, 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 durumunun hükme bağlandığı dikkate alındığında, bankaların bölünme işlemlerinde, bir bankanın malvarlığının tamamının veya bir kısmının devri söz konusu olduğundan, bu tür bölünmeler de, rekabet hukukunun denetimine tabi olabilecektir.

Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen banka birleşmelerinde, bütün aktif ve pasif ile diğer yükümlülüklerin yeni kurulan bankaya ya da devralan bankaya devredilmesi söz konusu iken, bankaların bölünmesinde, bir bankanın malvarlığının tamamının veya bir kısmının devri söz konusudur.

C- Pay Değişiminden

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin pay değişiminin Kurul'un iznine bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

“Pay değişimi” kavramı mevzuatımıza ilk kez, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik

²²⁴ Bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 348; *Reisoğlu*, mevduat ya da katılım bankasının tam veya kısmî bölünmesinde, bunların bünyesinde bulunan mevduat veya katılım fonlarının sadece diğer bir katılım bankasına devredilebileceğini, bankaların malvarlığının kısmî bölünmesinde, mevduata ve katılım fonlarının bankada kalabileceğinden kuşku duyulmaması gerektiğini ifade etmektedir, Bankacılık Kanunu, s. 348.

Yapılmasına Dair Kanun”²²⁵ ile girmiştir. Anılan Kanun’u yürürlükten kaldıran 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 19. maddesinin III. fıkrasının (c) bendinde ise bu Kanun açısından pay değişiminin, tam mükellef bir sermaye ortaklığının, diğer bir sermaye ortaklığının paylarını²²⁶, bu ortaklığın yönetimini ve pay çoğunluğunu elde edecek şekilde devralması ve karşılığında bu ortaklığın paylarını devreden ortaklarına kendi ortaklığının sermayesini temsil eden iştirak paylarını vermesini ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinin başlığında, bankacılık mevzuatında ilk kez “pay değişimi” kavramından söz edilmiş ve bu kavram, birleşme ve bölünme kavramlarından ayrı bir hukukî durumu ifade eder biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, anılan Kanun hükmünde “pay değişimi”nin ne anlama geldiği ifade edilmemiştir.

Diğer taraftan, Bankaların Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (f) bendinde pay değişiminin, bir bankanın diğer bir banka ya da finansal kuruluşun paylarını, söz konusu banka veya finansal kuruluşu kontrol edecek şekilde devralması ve karşılığında söz konusu banka veya finansal kuruluşun ortaklarına kendi sermayesini temsil eden pay verilmesini ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 19-21. maddelerinde ise, pay değişimi ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, pay değişimi yapacak bankanın yönetim kurulunun tespit edeceği bağımsız denetim kuruluşu tarafından

²²⁵ RG, 03.07.2001, S. 24451. 5422 sayılı KVK’nun 38. maddesinde hangi durumların bölünme ve pay değişimi olduğu hükme bağlanmıştır.

²²⁶ *Ulusoy*, pay değişimi ile ilgili 5422 sayılı KVK’nun 38. maddesi hükmünün anonim ortaklıklar için uygulanacağı görüşündedir. Zira, anılan Kanun hükmünün 38. maddesinin III. fıkrasında pay senetlerinden söz edilmektedir. Bk. *Ulusoy*, Metin: Birleşme, Devir, Bölünme, Hisse Değişimi ve İştirak Yoluyla Şirketlerin Yeniden Yapılandırılması, Ankara 2004, s. 93. Ancak, 5520 sayılı KVK’da, “pay değişimi” kavramı tanımlanırken, pay senetlerinden söz edilmemiş ve “pay” kavramı kullanılmıştır.

onaylanmış pay değişimine esas bilanço ve pay değişimi sözleşmesi²²⁷ taslağı, genel kurulun onayına sunulacak ve genel kurulda esas sözleşmede öngörülen oranlara göre oylanacaktır; banka esas sözleşmesinde oran öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması koşuluyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınacaktır (m. 19/I). Pay değişimine esas bilançonun ve pay değişimi sözleşmesi taslağının uygun görülmesi durumunda ise, genel kurul tarafından pay değişimi sözleşmesi taslağının düzenlenmesi ve imzalanması hususunda yönetim kuruluna²²⁸ yetki verilecektir (m. 19/II).

Her ne kadar anılan Yönetmeliğin 20. maddesinin I. fıkrasının (b) bendinde, pay değişimine taraf olan bankaların veya finansal kuruluşların unvanlarının ve merkezlerinin pay değişim sözleşmesinde bulunması gerektiği hükme bağlanmış ise de, aslında pay değişim sözleşmesinin tarafları, sermaye arttırarak kendi paylarını diğer bir banka ya da finansal kuruluşun ortaklarına devreden banka ile diğer banka veya finansal kuruluşun ortaklarıdır²²⁹.

Kurumca gerekli incelemelerin yapılmasından sonra, Kurul tarafından uygun görülen pay değişimi sözleşmesi, pay değişimi yapacak bankanın bilanço ve kâr zarar cetvelleri ile birlikte genel kurulun onayına sunulacak ve genel kurulda esas

²²⁷ Söz konusu Yönetmeliğin 20. maddesinde, pay değişimi sözleşmelerinde bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. Buna göre bu sözleşmelerde, pay değişiminin koşulları ile öngörülen aşamalarına ilişkin bilgilerin, pay değişimine taraf olan bankaların veya finansal kuruluşların unvanlarının ve merkezlerinin, pay değişimi yapacak banka sermayesinin, payları devredilen banka veya finansal kuruluşların ortaklarına verilecek paylar ölçüsünde arttırılacağına ilişkin kaydın, pay değişiminde payları devredilen banka veya finansal kuruluşların ortaklarına verilecek pay miktarının, türünün, ortaklık paylarının değişim oranının, nominal değerinin, imtiyazlı pay söz konusu ise miktarına ilişkin kayıtların, pay değişiminin her türlü muvazaadan arı olarak gerçekleşeceği ve aksi halde meydana gelecek zararlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olunacağına ilişkin kaydın yer alması gerekmektedir.

²²⁸ Yönetim kurulu tarafından imzalanan sözleşme taslağı, imzalanmasını izleyen yedi gün içinde, pay değişimi yapacak bankanın, bağımsız denetim kuruluşu tarafından onaylanmış pay değişimine esas malî tabloları, esas sözleşme taslağı, “Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre hazırlanacak pay değer tespitine yönelik raporu ve sermaye arttırımı söz konusu ise bunun için gereken tutar ve sağlanacağı kaynakları içeren bir rapor ile birlikte Kurum’a gönderilecektir (m. 20/I).

²²⁹ Bu yönde bk. *Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu*, s. 352.

sözleşmede öngörülen oranlara göre oylanacaktır. Banka esas sözleşmesinde oran öngörülmemiş ise, genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmiş olması koşuluyla, mevcudun çoğunluğu ile karar alınacaktır (m. 21/III). Kurul tarafından uygun görülmeyen pay değişimi sözleşmesi hakkında genel kurulda görüşme yapılamayacak ve karar alınamayacak olup (m. 21/V), pay değişimi yapacak bankanın pay değişimine ilişkin genel kurul kararı, genel kurulu izleyen yedi gün içinde Kurum'a gönderilecektir (m. 21/VI).

Bir bankanın pay değişimi, diğer bir bankanın ya da finansal kuruluşun paylarını, payları devralınan kuruluşu kontroledecek şekilde devralması, karşılığında ise, söz konusu bankanın ya da finansal kuruluşun ortaklarına kendi sermayesini temsil eden payları vermesi şeklinde gerçekleşebilecektir. Diğer taraftan, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinin IV. fıkrasında, pay değişiminde, pay değişimi yapacak bankanın sermayesinin, payları devredilen banka veya finansal kuruluşların ortaklarına verilen paylar ölçüsünde arttırılması gerekmektedir. Bu itibarla, payları devralınan bankanın ya da finansal kuruluşun sermayesinin arttırılarak, bunların payları devralan bankaya devretmesi, anılan Yönetmelik hükmüne göre pay değişimi olarak değerlendirilemeyecektir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda pay değişimi için "ortaklığın yönetiminin ve pay çoğunluğunun elde edilmesi" gerekli iken, Bankacılık Kanunu açısından pay değişimi için, "kontrol edecek şekilde devralmak" yeterlidir. Bir başka deyişle burada, Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan "kontrol"²³⁰ sağlanması yeterli olacaktır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ve Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca, herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık

²³⁰ Bankacılık Kanunu açısından "kontrol" kavramı için bk. aşağıda s. 128-129.

paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması olarak bu tür araçların devralınması suretiyle kontrol²³¹ edilmesi durumu da birleşme ve devralma sayılan durumlar arasında belirtilmiştir. Bu nedenle de, Bankacılık Kanunu açısından pay değişiminin varlığı ve anılan Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda, Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekecektir²³². Ancak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde, banka birleşmeleri için öngörüldüğü gibi, pay değişimlerinde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin istisnaî durumlara yer verilmemiştir. Bu nedenle de pay değişimleri, bankacılık mevzuatı açısından herhangi bir ön koşula bağlı olmaksızın, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca denetime tabî olacaktır²³³. Bununla birlikte, Bankaların Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik'te, özel izinlerle ilgili düzenlemeler kapsamında, pay değişiminde Rekabet Kurulu'nun iznine ilişkin açıklamalara da yer verilmesi gerekirken, bu hususa yer verilmemesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen banka birleşmelerinde, bütün aktif ve pasif ile diğer yükümlülüklerin yeni kurulan bankaya ya da devralan bankaya devredilmesi söz konusu iken, bankalarda pay değişiminde, bir bankanın diğer bir banka ya da finansal kuruluşün paylarını, bu banka veya finansal kuruluşün kontrol edecek şekilde devralması ve karşılığında anılan banka veya finansal kuruluşün ortaklarına kendi sermayesini temsil eden pay verilmesi söz konusudur.

²³¹ Rekabet hukuku açısından "kontrol" kavramı için bk. yuk. s. 51 vd.

²³² Bk. aşa. s. 155 vd.

²³³ Zira, pay değişiminde, bir bankanın ya da finansal kuruluşün paylarının, bu tür ortaklıkların kontrol edecek şekilde devralınması sonucunu doğurmakta olup, bu tür pay değişimleri, RKHK'un 7. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

D- Pay Devrinden

Bankacılık Kanunu'nda, pay devirlerine ve pay sahipliğine ilişkin çeşitli maddelerde düzenlemelere de yer verilmiş, ancak “pay” kavramı bazı maddelerde “hisse”, bazı maddelerde “hisse senedi” olarak ifade edilerek, terminolojik bütünlük sağlanamamıştır.

Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, Türkiye'de kurulacak bir bankanın, pay senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması gerekmektedir²³⁴. Pay senetlerinin veya ilmuhaberlerin henüz çıkarılmamış olduğu durumlarda ise, Borçlar Kanunu'nun alacağın temlik hükmüne göre üçüncü kişilere ortaklık haklarının devri mümkün bulunmaktadır²³⁵.

Pay sahipliği ile ilgili olarak, Bankacılık Kanunu'nun 5. maddesinde, “dolaylı pay sahipliği” kavramı tanımlanmış ve bu Kanun'un uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına²³⁶ ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte dikkate alınacağı ve tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hükümde, “bir gerçek kişi ile eş ve çocukları”

²³⁴ Aynı hüküm gereğince, bankaların anonim ortaklık biçiminde kurulması, kurucularının bu Kanun'da belirtilen koşulları taşıması, yönetim kurulu üyelerinin bu Kanun'un kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek meslekî tecrübeye sahip olması, öngörülen faaliyet konularının planlanan malî, yönetim ve organizasyon yapısı ile uyumlu olması, nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş sermayesinin en az otuz milyon Yeni Türk Lirası olması, esas sözleşmesinin bu Kanun hükümlerine uygun olması, Kurum'un etkin denetimini engellemeyecek şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı ve organizasyon şemasına sahip olması, konsolide denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunmaması, öngörülen faaliyet konularına ait iş planlarını, kuruluşun malî yapısı ile ilgili projeksiyonlarını sermaye yeterliliğini de içerecek şekilde, ilk üç yıl için bütçe planını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi de dahil olmak üzere ibraz etmesi gerekmektedir.

²³⁵ Bk. yuk. s. 54 vd.

²³⁶ Doktrinde, reşit olan çocukların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, aileden bağımsız davranmak isteyen reşit çocuklara ait payların toplamda dikkate alınması, hakkaniyete aykırı sonuç doğurmaktadır. Bk. *Taşdelen*, s. 180.

kıstası dolaylı pay sahipliğinde kullanıldığı halde, Bankacılık Kanunu'nun 64., 86. ve 115. maddelerinde “velayet altındaki çocuklar”, risk grubuna ilişkin 49. maddesinde²³⁷ ise “velayet altında olmayan çocuklar” kavramı kullanılmıştır. Bu açıdan Kanun'da bir kavram karışıklığı olduğu kanaatindeyiz. Bu karışıklığa rağmen, dolaylı pay sahipliği kavramına ilişkin 5. maddede çocuklar için “velayet altında olma” koşulu aranmadığından, velayet altında olan ve/veya olmayan çocuklar için bu hükmün uygulanması söz konusu olacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin I. fıkrası uyarınca, bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabî olacaktır²³⁸.

²³⁷ BANKK'nun krediler ve risk grubuna ilişkin bölümünün 49. maddesinde, bir gerçek kişi ile eşi ve çocukları, bunların yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü oldukları veya bunların ya da bir tüzel kişinin birlikte veya tek başlarına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıkların bir risk grubunu oluşturacağı, bir banka ile bu bankanın nitelikli pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bunların birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıkların bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturacağı, sermayesinin çoğunluğu ayrı ayrı veya birlikte Hazine'ye, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na, genel veya katma bütçeli dairelere ait bankaların doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettikleri ortaklıklar ile birlikte bir risk grubu oluşturacağı, ayrıca, bankalar dışındaki kamu iktisadî teşebbüslerinin veya paylarının çoğunluğu Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın elinde bulunan diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, sermaye, yönetim ve denetimlerine hakim oldukları bağlı ortaklık, iştirak ve müesseseler ile birlikte bir risk grubu oluşturacağı, hükmüne bağlanmıştır.

²³⁸ Söz konusu Kanun hükmünde, “edinim” ve “devir” kavramlarının ayrı ayrı anlamlara gelebilecek biçimde kullanıldığı görülmektedir. BANKK'nun 18. maddesinin başlığı da “Pay Edinim ve Devirleri” olarak öngörülmüştür. *Battal*'a göre edinim, her türlü pay edinme biçimini kapsamakta olup, bunlar, miras yolu gibi kanunî nedenlerden kaynaklanabileceği gibi iradî bir yolla da olabilecektir; edinim ile devir arasındaki fark, sadece ifade biçiminden kaynaklanmakta ve Kanun koyucu burada, aynı işin farklı tarafları için ve aynı anlamda kullandığını ifade etmektedir. Bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 131. Kanımızca da, BANKK'nun 18. maddesinde Kurul'un iznine tabî pay edinim ve devirleri düzenlenirken, bu maddede belirtilen oranları aşan her türlü pay ediniminden ve yine bu maddede belirtilen oranların altına düşen ve iradî bir yolla gerçekleşen pay devirlerinden söz edilmiştir.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin I. fıkrasında öngörülen oranları aşmayan pay devirleri için Kurul'dan izin gerekmeyecek ve bu devirler banka pay defterine kaydedilebilecektir. Örneğin pay defterinde zaten yüzde elliden fazla paya sahip olan ortağın yeni pay edinmesi durumunda Kurul'dan izin alınmasına gerek olmayacaktır²³⁹.

Aslında bankalarda pay devirlerinin izne bağlanması ve payların nama yazılı olma koşulunun aranmasındaki temel amaç, payların izlenmesi ve payları devralanların bilinmesidir²⁴⁰. Ancak, payların ve payları devralanların izlenmesinde, sadece yönetimde etkin olabilecek oranda pay sahipleri dikkate alınmaktadır.

Diğer taraftan, “Bankaların İzne Tabî İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik”in²⁴¹ 11. maddesinde, pay edinim ve devirlerine ilişkin düzenlemeye yer verilerek, payları devralacak gerçek veya tüzel kişilerin Kuruma sunması gereken belgeler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, anılan Kanun hükmünün birinci cümlesinde, ilk defa pay edinenlerin sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi düzenlenmişken, ikinci cümlede, zaten daha önceden ortak olan bir kişinin payının yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuzüç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri düzenlenmektedir. Halka açık bankalar açısından ise, SPKn'nun 16. maddesi uyarınca, sermayenin yüzde on veya daha fazlasına sahip ortakların sahip oldukları pay senetleri ile ilgili olarak, SPK'nın kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri, belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde, Kurul'a ve ilgili borsalara ve teşkilatlanmış diğer piyasalara bildirmesi gerekmektedir.

²³⁹ Bankalarda pay devirlerinde çeşitli olasılıklarla ilgili örnekler hakkında bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankalar Kanunu, s. 154-155; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 315 vd. Diğer taraftan, BANKK'nun 56. maddesinde pay edinimlerine ilişkin olarak bazı sınırlamalar da öngörülmüştür. Buna göre, bankaların kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar dışındaki bir ortaklıktaki payı kendi öz kaynaklarının yüzde onbeşini, bu ortaklıklardaki paylarının toplam tutarı ise kendi özkaynaklarının yüzde altmışını aşamayacaktır. Bu sınırların aşılması durumunda, aşım tutarı özkaynak hesaplamasında esas sermayeden indirim kalemi olarak dikkate alınacaktır. Ayrıca bankalar, kendilerinde doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olan ortaklık ve kuruluşlarda doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olamayacak, bunların pay senetlerini rehin olarak kabul edemeyecek ve karşılığında avans veremeyeceklerdir.

²⁴⁰ Bankalarda pay devirlerinde Kurul izni aranmasının gerekçeleri hakkında bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 129.

²⁴¹ RG, 01.11.2006, S. 26333.

Bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirleri de Kurul'un iznine tabî tutulmuştur. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda, Kanun'da bir ortağa ait payların belirtilen oranların altına düşmesi durumunun izne tabî tutulması, aynı Kanun'un 69. maddesine dayandırılmaktaydı. Anılan Kanun hükmünde, bir bankanın yüzde beş payından fazlasına sahip ortağın tacir olsa da olmasa da iflası öngörülmekteydi. Buna karşılık, Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde bu kıstastan vazgeçilmiş ve bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında, bankaların faaliyet izninin kaldırılması ve Fon'a devrini düzenleyen 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti durumunda, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsî sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fon'un talebi üzerine doğrudan iflaslarına mahkemece karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak da doktrinde, bir ortağa ait payların Kanun'da belirtilen oranların altına düşmesi sonucunu doğuran pay devirlerinin Kurul'un iznine tabî tutulmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür²⁴². Diğer taraftan, bankalarda pay devirlerinde devralan ve devreden taraf olacağından, burada satıcının pay oranı azalırken, alıcının artacağından, Kurul'dan izin alınıp alınmaması gerektiği hem devreden hem de devralan açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin II. fıkrasında, yönetim kuruluna²⁴³ veya denetim komitesine²⁴⁴ üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya

²⁴² Bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankalar Kanunu, s. 155; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 315.

²⁴³ BANKK'nun özel hükümleri dışında, TTK'nun anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyelerine ilişkin tüm hükümleri (m. 312-341), banka yönetim kurulu üyeleri hakkında da uygulanacaktır. Diğer taraftan, BANKK'nun 23. maddesi uyarınca, bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamaz.

²⁴⁴ Bankacılık mevzuatında "Denetim komitesi" kavramına ilk kez BANKK'nunda yer verilmiştir. Buna göre, anılan Kanun'un 24. maddesinde, bankaların, yönetim kurullarınca yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere denetim komitesi oluşturulacağı, denetim komitesinin en az iki üyeden oluşacağı, denetim komitesinin, yönetim kurulu adına bankanın iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin bu Kanun ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetmek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde gerekli ön değerlendirmeleri yapmak, yönetim kurulu tarafından seçilen

yeni imtiyazlı pay ihracı durumunda bu paylara sahip olanlar nitelikli ortak olarak kabul edilmiş ve bu payların tesisi, I. fıkrada belirlenen oranlara bakılmaksızın Kurul'un iznine tabî tutulmuştur. Diğer taraftan, imtiyazlı pay senetlerine ilişkin olarak, Kurul tarafından izin verilmesinde doğrudan veya dolaylı pay sahipliğinden söz edilmediğinden, burada izin doğrudan imtiyazlı pay sahipliği açısından geçerli olacaktır²⁴⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun 401. maddesinde, esas sözleşme ile bazı tür pay senetlerine imtiyaz hakkı tanınması öngörülmüş olduğundan, anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı sağlayan pay senetlerinin kabulü de mümkün bulunmaktadır²⁴⁶. Bu durumda, genel kurul, imtiyazlı pay sahiplerinin belirlediği adaylar arasından yönetim kuruluna üye seçme yükümlülüğü altında olacaktır. Burada üye belirleme imtiyazı, genel kurula, yönetim kuruluna veya denetim komitesine aday gösterme anlamına gelecektir.

Banka yönetiminde etkili olmak için bir ortağın hangi oranda paya sahip olduğunun belirlenmesinde, sadece o ortağın kendi adına kayıtlı payların değil, birlikte hareket edebileceği diğer ortakların da paylarının hesaba katılması gerekmektedir. Bu nedenle de, pay edinimi ve devirlerinde pay oranları ve paylardaki artış ve azalışlar belirlenirken, Bankacılık Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen dolaylı pay sahipliğinin²⁴⁷ de dikkate alınması gerekecektir.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında gerçekleştirilen ve Kurul'un iznine tabî olan pay devirlerinde, aynı Kanun hükmünün III. fıkrası uyarınca

bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetlerini düzenli olarak izlemek, bu Kanun kapsamında ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda, konsolide denetime tâbi kuruluşların iç denetim işlevlerinin konsolide olarak sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlamakla görevli ve sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

²⁴⁵ *Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 323.*

²⁴⁶ Diğer taraftan, SPKn'nun 12. maddesinde, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden anonim ortaklıklarda, esas sözleşmeyle yetkili kılınmaları koşuluyla, yönetim kuruluna imtiyazlı pay senedi çıkarma yetkisi tanınmıştır.

²⁴⁷ Bk. yuk. s. 113-114.

devralanın sisteme giriş payı²⁴⁸ olarak, payın nominal değeri üzerinden yüzde birlik bedeli Fon'a yatırmış olması gerekmektedir.

Kurul izni gereken her bir edinim için sisteme giriş payı ödenecek olup, bu nitelikte olmayan ancak, bu nitelikte bir devre taban oluşturan edinimler için de bu payın ödenip ödenmeyeceği konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin yüzde altılık payını yüzde üç arttırarak yüzde dokuza çıkararak bir kişi bu devir sırasında bir katkı payı ödemeyecektir. Ancak payını yüzde iki daha arttırıp yüzde onbire çıkardığında yüzde iki artış için Kurul'dan alacağı izinden önce toplam yüzde beşlik artış için sisteme giriş payı ödemesi gerekecektir²⁴⁹.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin IV. fıkrası uyarınca, gerçek ya da tüzel kişi ortakların izin alınmadan yaptıkları pay devirlerinin pay defterine yapılan kayıtları hükümsüz olacaktır. Söz konusu payların akibeti de, aynı Kanun hükmünün VII. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, Kurul'un izni olmadan payların devredilmesi durumunda, bu paylara ait temettü hariç, ortaklık hakları Fon tarafından kullanılacaktır²⁵⁰. Dolayısıyla, Kurul izni, pay defterine kayıt ve ortaklık haklarının

²⁴⁸ BANKK'nun 10. maddesi uyarınca sisteme giriş payı, bankaların faaliyete geçebilmesi için Fon hesabına yatırdıkları parasal tutarı ifade etmektedir.

²⁴⁹ Bu yönde bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 132.

²⁵⁰ Kurul'un izni olmadan payların devredilmesi durumunda, bu paylara ait temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasında, malvarlıksal haklarla, yönetsel hakların birbirinden ayrılarak, yönetsel hakların Fon'a devredilmesi durumu söz konusudur ki, bu durum anonim ortaklıklarda pay defterine kaydın reddi durumunda ortaya çıkan hukukî durumu açıklayan teorilerden olan "bölünme teorisi"ne uygun bir durumu yansıtmaktadır. Bu teorinin aksini savunan görüş ise, "birlik teorisi"dir. Birlik teorisine göre, pay defterine kaydın anonim ortaklık tarafından reddedilmesi durumunda malvarlıksal hakların da taraflar arasında geçtiği kabul edilemeyecektir. Söz konusu teoriler ve bu teorilerin bankalarda pay edinim ve devirlerine etkisi hakkında bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 136-137; *Tekinalp (Poroy / Çamoğlu)*, s. 651 vd; *Reisoğlu*, Seza, Bankalar Kanunu, s. 163; *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 324-325; *Reisoğlu*, izin alınmadan pay edinen kişilerin genel hükümler çerçevesinde pay senedinin sahibi olacağını ve bu nedenle de temettüyü alacaklarını, ancak bankanın pay defterine kaydolunamayacaklarını, pay defterine kayıtlı eski pay sahiplerinin ise, temettü dışında ortaklık haklarını kullanabileceklerini, buna karşılık, izin alınmamasına rağmen geçerli bir kayıt varmış gibi diğer ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasının çelişki yarattığı kanaatinde, Bankacılık Kanunu, s. 165. Ayrıca burada, malvarlıksal haklarla yönetsel hakların kullanılması hususuna ilişkin olarak, anonim ortaklıklar ile bankalar arasında bazı farklı durumlar ortaya çıkacaktır. Kanun koyucu bankalar için farklı bir çözüm öngörmüş olup, bu çözüm, Kurul'un

kullanılması kadar, Fon'un devredilen paylarla ilgili ortaklık haklarını kullanma açısından da önem taşımaktadır.

Pay edinimlerinin ve devirlerinin Kurul tarafından uygun görülmemesi nedeniyle, bu paylara ait temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılması durumunda, yönetim yetkisinin kötüye kullanılarak bankaya zarar verilmesinin de önüne geçilecektir. Fon burada, ortağı temsilen oy hakkı kullanırken, geçici bir süre bu payları elinde bulundurduğundan, kanaatimizce de ortağın verdiği talimatları da dikkate alarak, bankaya zarar vermeyecek şekilde hareket etmelidir²⁵¹.

Ancak burada Fon tarafından kullanılacak hakların süresiz devam edeceği de düşünülmemelidir. Örneğin, payını devretmek isteyen ortağın Kurul'un uygun bulduğu başka bir kişiye payını devrederek ya da payını devretmek isteyen kişi bundan vazgeçerek payını geri almak suretiyle Fon'un yetkisi sona erdirilebilecektir.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin V. fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen pay edinim ve devirlerinde, nitelikli paya sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması gerekmektedir. Kurucularda aranan nitelikleri kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz²⁵². Bu durumda, diğer ortaklık hakları Kurum'un bildirimine üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları yüzde onun altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar. Bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha

izni olmadan payların devredilmesi durumunda, bu paylara ait temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasıdır. Bu durumda, pay sahibinin yönetsel haklardan doğan haklarını kullanamaması söz konusu olacak ve bu haklar Fon tarafından kullanılacaktır, bk. *Tekinalp*, Fon'daki Banka, s. 26 vd; *Teoman*, Ömer: Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara 1983, s. 165 vd.

²⁵¹ Bu yönde bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 138; *Çeker*, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 272.

²⁵² Böylece, burada da ortaklık hakları bölünmüş olacaktır. BANKK'nda, pay sahipliği sıfatının kaybedilmesi durumunda, tasfiye bakiyesine katılma hakkı, rüçhan hakkı gibi malvarlıksal hakların akıbeti belli değildir.

fazlasına sahip olan²⁵³ tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak 18. maddenin I. fıkrasında belirtilen oranlar veya esaslar dahilinde el değiştirmesi, devralacak ortağın kurucularda aranan nitelikleri taşıması koşuluyla Kurul'un iznine tabîdir. Kurul'un izni olmadan payların devredilmesi durumunda, bu paylara ait temettü hariç ortaklık hakları Fon tarafından kullanılır.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasında ise, payları borsada işlem gören bankaların paylarının borsadan satın alınması ve bir bankanın paylarının İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairesinden satın alınması durumunda gerçekleştirilecek işlemlerin ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Kurulca belirleneceği hükme bağlanmıştır²⁵⁴.

Bir banka anonim ortaklık şeklinde kurulabileceğinden, ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunamayacaktır. Buna aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Oy hakkı edinilmesi ve paylar üzerinde intifa hakkı tesisinde de aynı hüküm uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 360. maddesinde, üzerinde intifa hakkı bulunan bir pay senedinden doğan oy hakkının, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, Bankacılık Kanunu'nun 18.

²⁵³ BANKK'nun 3. maddesi uyarınca, bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar, "nitelikli pay" olarak adlandırılmaktadır. Nitelikli paya sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması gerekmektedir. Kurucularda aranan nitelikleri kaybeden nitelikli pay sahipleri, temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamayacaktır. Bu durumda, diğer ortaklık hakları Kurum'un bildiri üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar, sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları yüzde onun altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar, bk. *Battal*, Bankacılık Kanunu, s. 69-70, *Taşdelen*, s. 154-155.

²⁵⁴ BANKK'nun 18. maddesinin son fıkrasında, bu tür devirlerde Kurul'un iznine gerek olup olmayacağı hususu, Kurul'un ikincil mevzuatta belirleyeceği kriterlere bırakılmıştır. *Battal*, burada Kurul'un, payların bu yolla devralınması ve böylece büyük ortak durumuna gelmesi ya da I. fıkradaki biçimde bir değişiklik olması durumunda, III. fıkrada yer alan sisteme giriş payının söz konusu olup olmayacağı sorusuna vereceği cevabın kritik olduğu kanaatindedir. Yazara göre, borsa ve cebrî icra alımlarında da sisteme giriş yapıldığından, III. fıkrada yer alan sisteme giriş payının söz konusu olması gerekmektedir. Aksi takdirde kişilerin, borsa yoluyla Kanun'u dolanmaları söz konusu olabilecektir, s. 139.

maddesinin IV. fıkrasında, intifa hakkından ayrı olarak oy hakkından söz edilmesi hususuna ilişkin olarak, gerek anılan Kanun'da, gerekse madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle burada, oy kullanmaya yönelik olarak paydaşlarla yapılan anlaşmaların kastedildiği düşünülebilir²⁵⁵.

70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²⁵⁶'nin 5. maddesinin (e) bendinde, mevduat kabul eden bir millî bankanın, diğer bir bankanın sermayesinin % 20'sinden fazlasına iştirak etmesi yasaklanmıştı. Bununla birlikte, daha sonra yürürlüğe giren 3182 sayılı Bankalar Kanunu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve Bankacılık Kanunu'nda, bu yönde bir sınırlamaya yer verilmemiştir²⁵⁷.

Bu itibarla, bankalar arasında gerçekleşen pay devirleri işlemleri sonucunda da, rekabet hukuku açısından bir birleşme ve devralma işleminden söz edilebilecektir. Ancak burada, rekabet hukuku açısından bir birleşme ve devralma işleminden söz etmek için sadece pay devirleri yeterli olmayıp, pay devri suretiyle kontrolün ele geçirilmesi gerekmektedir. Bankacılık Kanunu açısından, bankalarda pay devirlerinin izne bağlanmasında, bankanın kontrolünü ele geçirecek pay sahiplerinin izlenmesi de amaçlanmaktadır. Bankalar arasında gerçekleşen pay devirlerinde kontrol, tek başına ya da ortak kontrol olarak gerçekleştirilebilir²⁵⁸. Dolayısıyla bankalarda, bir bankanın diğer bir bankadaki oyların çoğunluğunu ele geçirmesi tek başına kontrole örnek oluştururken, iki ya da daha fazla pay sahibi bankanın bir diğer bir bankanın karar alma mekanizması üzerinde belirleyici etkiye sahip olması, ortak kontrole örnek oluşturacaktır.

²⁵⁵ Bu yönde bk. *Reisoğlu, Seza*, Bankacılık Kanunu, s. 326.

²⁵⁶ RG, 22.07.1983, S. 18112.

²⁵⁷ Bununla birlikte, BANKK'nun 56. maddesinde bankalara ilişkin ortaklık paylarına ilişkin sınırlama öngörülmüş ve bankaların, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar dışındaki bir ortaklıktaki payının kendi özkaynaklarının yüzde onbeşini, bu ortaklıklardaki paylarının toplam tutarının ise kendi özkaynaklarının yüzde altmışını aşamayacağı hükme bağlanmıştır.

²⁵⁸ Bk. yuk. s. 51 vd.

Bankacılık Kanunu'nun 18. maddesinin II. fıkrası uyarınca, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların devri durumunda da, rekabet hukuku açısından bir birleşme ve devralmadan söz edilebilecektir. Zira bu durumlarda, payı devredilen bankanın ticari politikaları üzerinde yönlendirme etkisi olduğu kabul edilmektedir.

Rekabet hukuku açısından yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların devri durumu, "kontrol"ün el değiştirmesi açısından değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle, üye belirleme imtiyazına ilişkin tanınan bu hakkın, bankanın kontrolünü elde bulundurma sonucunu doğurması gerekmektedir. Örneğin, yönetim kuruluna üye belirleme hakkına sahip olan pay sahipleri, yönetim kurulunda çoğunluğu sağlayarak bankanın kontrolünü ellerinde bulundurabilmelidirler.

Diğer taraftan, denetim komitesi, yönetim kurulu adına bankanın iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin bu Kanun ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetmek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde gerekli ön değerlendirmeleri yapmak, yönetim kurulu tarafından seçilen bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetlerini düzenli olarak izlemek, bu Kanun kapsamında ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda, konsolide denetime tâbi kuruluşların iç denetim işlevlerinin konsolide olarak sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlamakla görevli ve sorumludur. Ayrıca, aynı Kanun hükmü uyarınca denetim komitesinin görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarının yönetim kurulu tarafından belirlenecektir. Bu itibarla, denetim komitesinin görev, yetki ve sorumluluklarının yönetim kurulunca belirleneceği ve daha çok değerlendirme ve denetleme faaliyetlerinde bulunduğu, yönetim kurulu üyelerini seçme veya azletme gibi yetkisinin bulunmadığı dikkate alındığında, bu komitenin bankanın kontrolünü elinde bulundurması da söz konusu değildir. Bu itibarla, denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların devri

durumunda, bankanın kontrolü el değiştirmeyeceğinden, burada rekabet hukuku açısından bir birleşme ve devralma işleminin varlığından da söz edilemeyecektir.

Bankalarda ortaklar arasında gerçekleşen pay devirlerinde, azınlıktaki ortakların bankanın kontrolünü devralacak şekilde kontrolü ele geçirmesi durumunda iki ihtimalden söz edilebilir. Birinci ihtimalde, eğer devralan ortak, başka bir bankada ortaklığı yoksa, bu durum pazar yapısında hiçbir değişikliğe yol açmayacaktır²⁵⁹. İkinci ihtimal ise, devralan ortağın diğer bazı bankaları da kontrol etmesidir. Bu durumda, pazar yapısında önemli değişiklik olabileceğinden, buradaki birleşme ve devralma işleminin rekabet hukuku açısından denetlenmesi daha büyük önem arzedecektir.

Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen banka birleşmelerinde, küllî halefiyet ilkesi gereğince bütün aktif ve pasif ile diğer yükümlülüklerin yeni kurulan bankaya ya da devralan bankaya devredilmesi söz konusu iken, pay devrinde, ortaklık mevkiini ifade eden ve pay sahipliğinden doğan hakların kullanılmasını sağlayan payların, hukukî bir işlemle cüzî halefiyet ilkesi gereği el değiştirmesi durumu söz konusu olmaktadır.

E- Finansal Holding Ortaklığından

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde, finansal holding ortaklıklarının, içlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak koşuluyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan ortaklığı ifade ettiği hükme bağlanmış ve bu kavram Türk bankacılık mevzuatında yerini almıştır. Bu tanımda, “bağlı ortaklıkların çoğunluğu kredi veya finansal kuruluş olan ortaklık”tan

²⁵⁹ *Aslan*'a göre, ekonomik yoğunlaşma ihtimali ve dolayısıyla rekabet üzerinde herhangi bir etkisi olmayan birleşme ve devralma işlemleri her ne kadar RKR tarafından denetlenmekte ise de, RKHK'un ruhu ve amacı açısından bakıldığında bu gibi işlemlerin denetlenmesi boşuna olacaktır, *Rekabet Hukuku Dersleri*, s. 170.

söz edilmesine karşılık, burada ne tür bir çoğunluğun, bir başka deyişle, sayısal çoğunluğun mu yoksa sermayenin mi kastedildiği hususuna açıklık getirilmemiştir. Kanımızca burada, “çoğunluk”tan anlaşılması gereken sayısal çoğunluktur²⁶⁰. Söz konusu Kanun ayrıca, finansal holding ortaklıklarının finansal kuruluş tanımı içerisinde yer aldığını da ifade edilmiştir. O halde finansal holding ortaklıkları aynı zamanda birer finansal kuruluş olarak adlandırılacaktır.

Bununla birlikte, anılan kanun hükmünde, “bağlı ortaklık” kavramı ayrıca tanımlanmış ve bu tür ortaklıkların, ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, bu Kanun hükmünde ana ortaklığın da tanımına yer verilerek, ana ortaklığın, kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding ortaklığını ifade ettiği belirtilmiştir.

Ekonomik gücün belli elde toplanması ve ekonomik büyümenin sağlanması amacıyla başka ortaklıkların paylarını elde ederek bunları kontrol altına alan kuruluşu ifade eden “holding” kavramı, uygulamada anonim ortaklık olarak kurulmaktadır. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu’ndaki “holding” kavramı ile ilgili olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır; sadece, anılan Kanun’un 466. maddesinin III. fıkrasında, “gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştirakten ibaret olan şirket” biçiminde kanunî yedek akçelerle ilgili olarak dolaylı bir tanıma yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Bankacılık Kanunu’nun 78. ve 93. maddelerine dayanılarak, “Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik”²⁶¹ hazırlanmış ve bu

²⁶⁰ Aynı yönde bk. *Çevik*, Kemal, s. 191. Diğer taraftan, *Mamak*, “Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik”te, BANKK’da aranan “çoğunluk” kriteri yerine, bu kriterden vazgeçilerek Avrupa Birliği mevzuatında “büyük finansal grup”ların tespiti için kullanılan eşiklerin kullanılması gerektiğini işaret etmektedir, bk. *Mamak*, M.Kemal: “Finansal Holding Şirketleri”, Batider 2007, C. XXIV, S. I, s. 247.

²⁶¹ RG, 01.11.2006, S. 26333.

Yönetmeliğin 3. maddesinde finansal holding ortaklığının, Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan ve bu Yönetmeliğin 4. maddesi ile niteliği ve kapsamı belirlenen finansal holding ortaklığını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca Türkiye'de anonim ortaklık biçiminde kurulan ve bağlı ortaklıklarından en az bir tanesi kredi kuruluşu olan bir ana ortaklığın:

a) Bağlı ortaklıklarının yarısından fazlasının kredi kuruluşu ve/veya finansal kuruluş olması,

b) Ödenmiş sermayesinin yüzde ellisinden fazlasının bu tür ortaklıklara tahsis edilmesi,

c) Son üç hesap dönemi sonu itibarıyla kredi kuruluşları ile finansal kuruluşlardan oluşan bağlı ortaklıklarına ait aktif toplamı ortalamasının, ana ortaklık ve bağlı ortaklıklarının ayrı ayrı aktiflerinin toplamının ortalamasına oranının yüzde kırk veya üzerinde olması,

ç) Son üç hesap dönemi sonu itibarıyla bankalardan ve finansal kiralama, faktoring ve finansman ortaklıklarından oluşan bağlı ortaklıklarına ait aktif toplamı ortalamasının, kredi kuruluşları ile finansal kuruluşlardan oluşan bağlı ortaklıklarına ait aktif toplamı ortalamasına oranının yüzde on veya üzerinde olması, koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, söz konusu ana ortaklık, finansal holding ortaklığı kapsamında olacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun 78. maddesi uyarınca Kurul, finansal holding ortaklıklarının kapsamını belirlemeye ve kurulmasını zorunlu tutmaya, sermaye yeterliliği, iç sistemler, konsolide denetim ve denetimin koordinasyonuna ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Kurulca belirlenen kapsama girmekle birlikte finansal holding ortaklığı kurması zorunlu tutulmayan bir grubun tabî olacağı hükümleri tespite Kurul yetkilidir. Finansal holding ortaklıkları hakkında, Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde bu Kanun'un 14-44., 47., 65-73., 78., 93.,

95. ve 96. madde hükümleri ve bu maddelere ilişkin ceza hükümleri uygulanacaktır. Finansal holding ortaklıkları bakımından belirlenecek standart oranlar ve sınırlamalar ile yapılacak hesaplamalar yalnızca konsolide bazda dikkate alınacaktır²⁶².

Finansal holding ortaklıklarında, kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding ortaklığı olan bir ana ortaklık olacaktır. Diğer taraftan bu tür ortaklıklarda, bir ya da birden fazla kredi kuruluşunun veya finansal kuruluşün kontrol edilmesi söz konusu olduğundan burada, Bankacılık Kanunu açısından birleşme söz konusu olmayıp, rekabet hukuku açısından bir birleşmenin varlığından söz edilebilecektir.

Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, 2002/87/EC sayılı “Finansal Holding Kapsamındaki Kredi Kuruluşları, Sigorta Kuruluşları ve Yatırım Ortaklıklarının Ek Denetimi Hakkındaki Direktif”in²⁶³ “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde finansal holding ortaklıkları tanımlanmıştır. Buna göre, bir finansal holding ortaklığı, 3. maddede öngörülen eşik değerleri ve 2. maddede öngörülen koşulları sağlayan bir “grup” ortaklıktır. Söz konusu Direktif’in 2. maddesine göre “grup” kavramı ise, 83/349/EEC sayılı Direktif’in²⁶⁴ 12. maddesinin I. fıkrasında verilen anlamıyla, herhangi bir ilişkiyle birbirine bağlı ortaklığı ya da bir ana ortaklık ve onun bağlı ortaklıklarını ve bu ana ortaklık ve bağlı ortaklıklarının iştiraklerinden oluşan bir ortaklık topluluğunu ifade eder.

Finansal holding ortaklıklarına ilişkin olarak, anılan Direktif uyarınca:

²⁶² BANKK’nun Geçici 3. maddesi uyarınca, finansal holding ortaklıkları durumlarını, bu Kanun hükümlerine 1 yıl içinde intibak ettirmek zorunda olacaktır.

²⁶³ OJ, L 035, 11.02.2003.

²⁶⁴ OJ, L 193, 18.07.1983.

- (a) 1. madde'de belirtilen kapsamdaki bir kuruluş²⁶⁵, grubun başında bulunmaktadır veya grup içindeki bağlı ortaklıklarının en az bir tanesi 1. maddede verilen anlamıyla kapsamdaki bir kuruluştur,
- (b) Grubun başında 1. maddede belirtilen kapsamdaki bir kuruluşun bulunduğu durumlarda, bu kuruluş, finans sektöründeki bir kuruluşun ana ortaklığı, finans sektöründeki bir kuruluştaki iştiraki bulunan bir kuruluş veya finans sektöründeki bir kuruluşla 83/349/EEC sayılı Direktifin 12(1) maddesinde verilen anlamıyla bir ilişkiyle bağlantısı bulunan bir kuruluştur,
- (c) Grubun başında 1. maddede belirtilen kapsamdaki bir kuruluşun bulunmadığı durumlarda, grubun faaliyetleri madde 3(1)'de verilen anlamıyla²⁶⁶ esas olarak finans sektöründe yürütülmektedir,
- (d) Grupta bulunan kuruluşların en az bir tanesi sigorta sektöründe ve en az bir tanesi bankacılık veya yatırım hizmetleri sektöründe faaliyet göstermektedir;
- (e) Grubun sigorta sektöründeki kuruluşlarının konsolide ve/veya birleşik faaliyetleri ve bankacılık ve yatırım hizmetleri sektöründeki kuruluşların konsolide ve/veya birleşik faaliyetlerinin her ikisi de madde 3(2) veya 3(3)'de²⁶⁷ verilen anlamıyla önemli düzeydedir.

Ayrıca, 2000/12/EC sayılı "Kredi Kurumlarının Faaliyetlerinin Yürütülmesi ve Takibine İlişkin Direktif" in²⁶⁸ 1. maddesinde finansal holding ortaklıklarının, iştirak ortaklıkları sadece ya da çoğunlukla kredi kurumu veya finans kurumu olan ve

²⁶⁵ Direktif'in 2. maddesi uyarınca "kapsamdaki kuruluş", bir kredi kuruluşu, bir sigorta ortaklığı veya bir yatırım ortaklığı anlamına gelecektir.

²⁶⁶ Direktif'in 3(1) maddesi uyarınca, 12(4)(c) maddesinde tanımlanan bir finansal sektörde faaliyet gösteren gruptan söz edebilmek için, gruptaki kapsamda olan veya olmayan teşebbüslerin toplam bilançoya göre oranlarının % 40'tan fazla olması gerekmektedir.

²⁶⁷ Direktif'in 3(2) ve 3(3) maddesinde, 12(4)(e) maddesinde tanımlanan ve grup içerisinde yer alan sigortacılık, bankacılık ve yatırım hizmetleri sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere ilişkin olarak, bir finansal holding ortaklığından söz edebilmek için bu tür ortaklıkların sağlaması gereken kriterlere yer verilmiştir.

²⁶⁸ OJ, L 126, 26.05.2005.

iştiraklerinden en az bir tanesi bir kredi kurumu olan bir finans kurumu anlamına geldiği, faaliyet alanı karma olan finansal ortaklıkların ise, iştirakleri arasında en azından bir kredi kurumu bulunan, finans kurumu veya kredi kurumu dışındaki bir ana ortaklık anlamına geleceği hükme bağlanmıştır.

Rekabet hukuku açısından, bankalar arasında gerçekleşen bu tür birleşmelerde önem arz eden husus, “kontrol” kavramıdır²⁶⁹. Bu nedenle, finansal holding ortaklıklarında, bir ana ortaklık ve bu ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkların bulunduğu dikkate alındığında, Bankacılık Kanunu açısından “kontrol” kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre, Bankacılık Kanunu’nun 3. maddesinde “kontrol” kavramının tanımına ayrıca yer verilmiş ve “kontrol”ün, bir tüzel kişinin, sermayesinin, en az yüzde ellibirine sahip olma koşulu aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı payların elde bulundurulması veya diğer paydaşlarla yapılan anlaşmalara dayanılarak oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesi ile Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2. maddesi uyarınca, herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını 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 durumunun hükme bağlandığı dikkate alındığında, finansal holding ortaklıklarında ana ortaklığın, bağlı ortaklıkları kontrol altına almasına yönelik işlemleri Rekabet Kurulu’nun denetimine tabî olabilecektir.

²⁶⁹ Rekabet hukuku açısından “kontrol” kavramı için bk. yuk. s. 51 vd.

Diğer taraftan, Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde, finansal holding ortaklıklarının, kontrolü altında olmayan ortaklıklara ya da bir başka finansal holding ortaklığına ortak olup olmayacağı yönünde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla, finansal holding ortaklıklarının bağlı ortak konumunda olmayan bir başka ortaklığa ortak olması söz konusu olabileceği gibi, bir başka finansal holding ortaklığına da ortak olması söz konusu olabilecektir.

Birleşme işlemlerinin rekabet hukukunun denetimine tabî olabilmesi için birleşecek teşebbüslerin “bağımsız” olma koşulu²⁷⁰ gerekmektedir. Teşebbüslerin bağımsızlığından söz edebilmek için ise, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkisi gibi bağlı ortaklık ilişkisinin de bulunmaması gerekecektir. Bu itibarla, bir finansal holding ortaklığında, ana ortaklık ile bağlı ortaklık arasında gerçekleşen birleşme işlemleri rekabet hukukunun denetimine tabî olmayacaktır. Aynı şekilde, finansal holding ortaklığı bünyesindeki bağlı ortaklıklar arasında gerçekleşen birleşme işlemlerinde bağımsız iki teşebbüsün varlığından söz edilemeyeceğinden, buradaki birleşme işlemi de rekabet hukukunun denetimine tabî olmayacaktır²⁷¹.

Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen banka birleşmelerinde, bütün aktif ve pasif ile diğer yükümlülüklerin yeni kurulan bankaya ya da devralan bankaya devredilmesi söz konusu iken, finansal holding ortaklığı, bir ana ortaklığı olan ve bu ana ortaklığa bağlı olarak faaliyet gösteren ve içlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak koşuluyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan ortaklık yapısını ifade etmektedir.

²⁷⁰ Bu konu hakkında bk. yuk. s. 48 vd.

²⁷¹ Bk. *Tekinalp, Ünal*: “Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu”, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1995, s. 779 vd.

II. TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN TÜRLERİ

A- Genel Olarak

Türk rekabet hukukunda banka birleşmeleri gerçekleştiriliş biçimlerine göre çeşitli ayrımlara tabî tutulmaktadır. Diğer taraftan, bu şekilde ayrıma tabî tutulan banka birleşmeleri, uygulamada çeşitli nedenlere dayanılarak gerçekleştirilmektedir.

Banka birleşmelerinin türleri ve bu türlere göre birleşmelerin nedenlerine ilişkin çalışmalar ilk defa Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleştirilmeye başlanmıştır²⁷². Bu çalışmalara göre, 1973 yılında ortaya çıkan petrol krizi ile birlikte beliren ekonomik kriz sonrasında Amerika Birleşik Devletleri'nde kâr oranları önemli ölçüde düşmüştür. Bunu takiben 1980'li yılların başında dış borç krizi ve sektörün geri dönmeyen krediler ile sarsılması, ayrıca doğu blokundaki çözülmenin ardından gelen Meksika'da "Tekilla Krizi"²⁷³ ve Doğu Asya krizleri²⁷⁴ sonucunda bankaların

²⁷² Amerika Birleşik Devletleri'nde banka birleşmelerinin temel nedenlerine ilişkin yapılan çalışmalar kapsamında, banka birleşmeleri ile banka devralmalarının farklı nedenlere dayandığı ve farklı sonuçlar doğurabileceği hususlarına da değinilmiştir. Zira banka birleşmelerinde, yönetici kadrosu ve genel müdürlüklerde değişiklik sonucunda, finansal politika, muhasebe gibi konulardaki değişiklikler, banka devirlerine göre daha yıkıcı bir etki yaratabilmektedir. Diğer taraftan, banka devralmalarında organizasyon yapısında daha az değişiklik olduğu saptandığından, burada yeni görüş ve politikalar bir araya gelmekte ve özellikle finansal politikaların belirlenmesinde bankalar için daha güçlü bir yapı oluşturabilmektedir. Sonuç olarak, banka birleşmeleri sektörde genişleme hususunda daha avantajlı gibi gözükse de, organizasyon yapısında, banka devralmalarına göre daha olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bk. *Berger, Allen / Goldberg, Lawrence G. / White, Lawrence J.*: "The Effects of Dynamic Changes Bank Competition on the Supply of Small Business Credit", EFR 2001, S. 5, s. 125 vd; *Çolak, Ömer Faruk*: "Piyasaya Giriş Engelleri ve Rekabet: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Analiz", Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, Muğla 2003, s. 25 vd; *Günay Özkan*, s. 665 vd; *Karaman*, s. 351 vd; *Rose, S. Peter*: Bank Mergers Current Issues and Respectives (Editör: *Gup, Benton E.*), USA 1989, s. 3 vd; *Şahözkan*, s. 10 vd.

²⁷³ Bu kriz, bankacılık sektörü üzerinde önemli bir olumsuz etki yaratmaksızın Amerika Birleşik Devletleri ve IMF yardımlarıyla bertaraf edilmiştir. Ancak, Japonya'da özellikle taşınmaz fiyatlarındaki düşüşün ortaya çıkardığı geri dönmeyen kredi sorunu, likidite sıkıntısına yol açtığı gibi, devletin özel sektöre müdahale etmemesi yönündeki görüşlerde kısa süreli de olsa gevşemeye yol açmıştır. "Tekilla Krizi" ve hemen sonrasında Japonya'da ortaya çıkan ekonomik kriz hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Çolak*, Bankacılık Sektöründe Birleşme, s. 20-21.

²⁷⁴ Güney Doğu Asya krizi aynı zamanda bu bölgedeki ülkelere kaynak aktaran Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa bankalarının aktif-pasif yönetimlerinin de sorgulanmasına yol açmış, bankacılık sektöründe küresel soruna dönüşen bu krizin sorgulanması sonucunda, likidite yetersizliğinin önemli bir sorun olduğu, bunun çözümünün de sermaye yeterliliği oranlarının yukarı çekilmesi olduğu

daha güçlü malî yapıya kavuşturulmasına yönelik çalışmalar artmıştır²⁷⁵. Banka birleşmelerinin nedenlerini gruplandırmak gerekirse²⁷⁶, malî piyasalarda artan rekabeti²⁷⁷, sermaye piyasalarında yaşanan gelişmeleri²⁷⁸, uluslararası ve yerel düzenlemeleri, gelişmiş ülkeler ve banka krizlerini²⁷⁹, gelişmiş ülkelerin bankacılık sektörünü²⁸⁰, uluslararası rekabeti²⁸¹, müşteri taleplerini²⁸², teknolojik gelişmeleri²⁸³, finansal pazarı²⁸⁴, Japonya örneğini²⁸⁵, kamu bankaları arasında gerçekleşen

sonuçlarına ulaşılmış ve bu sonuçlar da bankacılık sektöründeki birleşmelere ivme kazandırmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Çolak*, Bankacılık Sektöründe Birleşme, s. 21.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. *Çolak*, Türk Bankacılık Sektörü, s. 38 vd; *Palombo*, s. 22-23; *Sümer*, Handan: “Türk Rekabet Kanunu Kapsamında Banka Devir ve Birleşmeleri”, UGB 1999, S. 30, s. 1 vd; *Sezgin*, Cüneyt: “Dünyada ve Türkiye’de Banka Birleşmeleri”, İD 2002, S. 2, s. 24 vd; *Şahözkan*, s. 51 vd; *Türkiye Bankalar Birliği: Avrupa Birliği’nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri*, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005).

²⁷⁶ Bu konuda bk. *Selçuk*, s. 86-87.

²⁷⁷ Malî piyasalarda artan rekabet sonucunda, sınır ötesi işlem yapabilme olanaklarının genişlemesi ile birlikte bir grup banka, yerel piyasalarda yabancı bankaların yaratacakları rekabetle baş edebilmek için birleşme yoluna gidebilecektir. Bu şekilde de küresel pazarda daha güçlü bir konuma gelinmesi mümkün olacaktır.

²⁷⁸ Gerek bireysel gerekse kurumsal yatırımcılar ile bankaların kredi müşterilerinin sermaye piyasasına yönelmeleri ve bazı bankaların, sermaye piyasasında geniş müşteri ağıyla tecrübesi bulunan bankalar ile birleşme yoluna gittikleri gözlemlenmektedir.

²⁷⁹ Özellikle 1970’li yıllardan beri gelişmiş ülkelerde yaşanan banka krizleri, bankaları bu kriz dönemini atlattık ve daha güçlü bir malî yapıya kavuşmak amacıyla birleşmeye yöneltmektedir.

²⁸⁰ Gelişmiş ülkelerdeki bankaların tarihsel gelişimine bakıldığında, bölgesel bankacılıktan gelişmiş ve küresel pazarda faaliyette bulunan bankacılığa doğru gidildiği görülmekte olup, bu ivme, bankaların birleşmek suretiyle bu bankalarla rekabet edebilme yoluna açmaktadır.

²⁸¹ Bankacılık sektöründe uluslararası rekabetin artmasıyla birlikte kârlılık düşmekte ve pastada daralan bu pay yüzünden de, daha küçük bankalar daha büyük bankalar ile birleşme yoluna gitmektedirler.

²⁸² Gelişen piyasalarla doğru orantılı olarak müşterilerin talepleri çeşitlilik arzelmeye başlamakta ve bu nedenle de müşterilerin bu taleplerine karşılık verebilmek amacıyla bankalar, belirli konularda uzmanlaşmış ve talep edilen hizmetleri sunabilen daha küçük ölçekli bankalar ile birleşme yoluna gitmektedirler.

²⁸³ Elektronik bankacılık, bilgisayar ve elektronik veri iletişimindeki gelişmeler, klasik bankacılığı tartışılır hale getirmiş, bu durum da, teknolojik gelişime ayak uyduramayan bankaların daha büyük bankalar tarafından devralınması sonucuna yol açmıştır.

²⁸⁴ Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında Ortak Pazar eğilimi ile ülkeler arasındaki sınırların kaldırılması sonucunda ortaya çıkan rekabet ortamı, güçlerini arttırmak amacıyla bankaları birleşmeye yönlendirmiştir.

²⁸⁵ 1990’lı yılların başında Japonya’da baş gösteren ekonomik kriz sonrasında hükümet tarafından bir takım önlemlerin alınması yoluna gidilmiş ve bu kapsamda bankalar arasındaki birleşmeler teşvik edilmiştir.

birleşmeleri²⁸⁶ ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki banka birleşmelerini²⁸⁷ bu kapsamda sayabiliriz.

Özellikle 1980 yılından sonra başlayan birleşme eğilimleri ile birlikte 2.4 trilyon Dolarlık aktif hacminde 8.000 birleşme gerçekleşmiş, 2. Dünya Savaşı'ndan bu yana da yaklaşık 6.000 bankanın birleştiği saptanmıştır²⁸⁸.

Aslında 1995-1998 yılları arasında gerçekleşen büyük birleşmelerin temel nedeninin, 1997 yılında Güney Doğu Asya ülkelerinde, 1998'de de Rusya'da başlayan kriz ve Japonya'da ekonomik durgunluğun artmasının ve bunu takiben 1997 yılında % 4,2 olan dünya ekonomisi büyüme hızının 1998 yılında % 2,5'e gerilemesinin, bankacılık sektörünü önemli ölçüde sarsmasını gösterebiliriz²⁸⁹.

Türk bankacılık sektörüne baktığımızda, bankacılık sektörünün yapısal özelliklerini ve bu kapsamda birleşme işlemlerinin seyrini, 2000 ve 2001 finansal krizlerini dikkate alarak, kriz öncesi ve kriz sonrası dönem olarak ele alabiliriz²⁹⁰. Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren kırılğan hale gelen bankacılık sektörünün daha

²⁸⁶ Kamu bankalarının ağırlıklı olduğu Kıta Avrupası'nda, bu bankaların özelleştirilmesinden önce birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve bu da banka birleşmelerine hız kazandırmıştır.

²⁸⁷ Son yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleştirilen yasal değişiklikler ile bankacılık sektöründe sınırlandırmaların kaldırılması hedeflenmiş ve bu kapsamda bankalara coğrafi genişleme olanağı sağlanmıştır; bu da banka birleşmelerine önemli ölçüde hız kazandırmıştır.

²⁸⁸ Çolak, Türk Bankacılık Sektörü, s. 38 vd; Sezgin, s. 2.

²⁸⁹ 1973 dünya petrol krizi ve bu krizin bankacılık sektörüne etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Şahözkan, Burak Cem: "Bankacılıkta Birleşme & Satın Alma Trendi ve Türk Bankacılığı Açısından İncelenmesi", BMEYD 2001, S. 11, s. 5 vd.

²⁹⁰ Genel olarak bk. Çelebican, Gürkan: "Türk Bankacılık Sektörü", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 491 vd; Günay Özkan, s. 668 vd; Şahözkan, s. 25 vd. 1960'lı yıllara kadar bankacılık sektöründe kamu bankalarının ağırlığı göze çarpmakta iken, 1960'lı yıllarda holding bankaları ve özel banka sayılarında artış gözlemlenmiştir. 1980'li yıllara gelindiğinde liberal bir özellik kazanan bankacılık sektörü, yapısal bir değişim süreci yaşamıştır. Bu liberal değişimi takiben, 1990'lı yıllarda yabancı bankaların sayısında artış gözlemlenmiştir. Bu gelişmelerin sonucunda, 1980'de yüzde yirmiiki olan bankacılık sisteminin toplam aktiflerinin milli gelire oranı, 1999'da yüzde seksen yediye yükselmiştir. 1990'lı yıllarda Bosna, Kosova, Irak, Ortadoğu'daki savaş ve yükselen tansiyon nedeniyle yaşanan üç önemli kriz, bankaların yapısal sorunlarının artarak çoğalmasına yol açmıştır. Özellikle holdingler bünyesinde banka sayısı artmış, bu da birtakım iç ilişkilerden ortaya çıkan sorunlu kredilerin çoğalmasına neden olmuştur.

güçlü malî yapıya kavuşturulması açısından banka birleşmeleri büyük önem arzeder duruma gelmiştir; bu kapsamda yeniden yapılandırma programı²⁹¹ çerçevesinde özkaynak artışı ve birleşmeleri kolaylaştıracak teşvik ve düzenlemelerin yapılması önemli bir yer tutmuştur²⁹².

Banka birleşmeleri uygulamada farklı nedenlerle gerçekleştirilmekle birlikte, çeşitli ayrımlara da tabî tutulmaktadır. Bu kapsamda banka birleşmeleri rekabet hukukunda daha çok geçerli olan yatay, dikey veya karma birleşme ayrımına tabî tutulabilmektedir. Ayrıca, banka birleşmeleri, Fon tarafından ya da özel bir Kanun hükmü uyarınca bankaların iradesi dışında gerçekleştirilebileceği gibi, bankaların kendi iradeleriyle de gerçekleştirilebilmektedir. Bu nedenle banka birleşmeleri ya zorunlu ya da ihtiyarî birleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Son olarak, banka birleşmeleri aynı coğrafi piyasada faaliyette bulunan bankalar arasında gerçekleşebileceği gibi, farklı ülkelerde faaliyet gösteren bankaların sınır ötesi birleşmeleri şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Aşağıda bu ayrımlara ilişkin açıklamalarımıza, gerekli yerlerde rekabet hukuku açısından da önem arzeden hususlara değinmek suretiyle yer vereceğiz.

²⁹¹ 15.05.2001 tarihinde kamuya açıklanan “Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı”, özellikle Türk bankacılık sisteminin yapısal sorunları aşmasını sağlamaya yöneliktir.

²⁹² BANKK'nun Genel Gerekçesi'ne baktığımızda da, gelişmiş ve gelişmekte olan birçok ülkede küreselleşme ve bölgesel bütünleşme eğilimlerinin, tüketici tercihlerinin değişmesini ve malî sektörde yapısal değişimleri zorunlu hale getirdiği ve bu yapısal değişim sürecinin, finansal sistemin etkin ve verimli bir şekilde çalışmasını sağladığı ifade edilmiştir; ancak, bu durumun finansal kuruluşların ve finansal sistemin maruz kalabileceği riskleri de artırdığı, finansal yeniliklerin, finansal sisteme derinlik kazandırdığı ve sistemin işlem hacmini artırdığı, bunun yanında, finansal piyasaların taşıdığı likidite riskinin büyümesine yol açtığı ve finansal piyasaların krize sürüklenmesini de hızlandırdığı hususlarına yer verilmiştir. Ayrıca, küresel ölçekte yaşanan ekonomik krizleri aşmak amacıyla, birçok ülkede uygulanan ekonomi politikalarının serbestleştirildiği, ulusal ekonomilerin ve kuruluşların rekabet gücünü arttırmayı amaçlayan bu politikaların, finansal sektörün de serbestleştirilmesine yol açtığı, makro ekonomik belirsizlik, enflasyon ve istikrarsızlık sorunlarını aşmak amacıyla finansal piyasalara esneklik kazandırılmak istenmesinin, serbestleşme faaliyetlerinin diğer dayanağını oluşturduğu, Avrupa Birliği gibi bölgesel bütünleşme süreçlerinin gelişimi ile Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı gibi uluslararası kuruluşların çabalarının da serbestleşme sürecine katkı yapan diğer önemli etkenler olduğu, ifade edilmiştir; söz konusu Genel Gerekçe için bk. <http://www.tbmm.gov.tr> (25.09.2006)

B- Yatay, Dikey veya Karma Birleşmeler²⁹³

Genellikle doktrinde rekabet hukuku açısından teşebbüsler arasındaki birleşmeler için yapılan yatay, dikey ve karma (aykırı) birleşmeler ayrımı²⁹⁴, bankalar için de söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, bankaların faaliyet alanları dikkate alındığında, uygulamada banka birleşmelerinin yatay ya da karma birleşmeler olarak gerçekleştiği görülmektedir. Diğer taraftan, bu tür birleşmeler, niteliği itibariyle Bankacılık Kanunu açısından birleşmelerden farklı olmakla birlikte, aşağıda bu ayrım için yapılan açıklamalar, özellikle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması açısından bankalar için de geçerli olacaktır.

1. Yatay Birleşmeler

Yatay birleşmeler genel olarak, aynı mal veya hizmet piyasasında ve piyasanın aynı ekonomik faaliyet seviyesinde yer alan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşmeleri ifade etmektedir²⁹⁵.

Söz konusu birleşmeler, aynı mal veya hizmet piyasasında ve piyasanın aynı seviyesinde yer alan ve birbirine rakip nitelikteki teşebbüsler arasında

²⁹³ Ayrıntılı bilgi için bk. *Akıncı*, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 174 vd; *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat, s. 453 vd; *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 164 vd; *Çolak*, Ömer Faruk: "Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri Üzerine Bir İnceleme", UGB 1999, S. 28-29, s. 21-22; *Çolak*, Ömer Faruk: "Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri ve Türk Bankacılık Sektörü", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2000, s. 43 vd; *Çolak*, Ömer Faruk: Piyasaya Giriş Engelleri ve Rekabet: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Analiz", Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi, Muğla 2003, s. 26 vd; *Günay Özkan*, E. Nur: "Birleşmelerin Finansal Performans Açısından Değerlendirilmesi: Türk Bankacılık Sektörü Örneği", (Editörler: *Sümer*, Haluk / *Pernsteiner*, Helmut), İstanbul 2004, s. 670 vd; *Kırlıoğlu*, Hilmi / *Şahözkan*, Burak Cem: "Banka Birleşmelerinin Yapısal Yönü ve Birleşmeleri Motive Eden Etmenlerin Değerlendirilmesi", BMEYD 2002, S. 8, s. 13 vd; *Palombo*, Lüizet: "Banka Birleşmeleri ve Satın Almaları", BD 1997, S. 20, s. 21-22; *Sümer*, Handan: "Türkiye'de Banka Birleşmeleri", UGB 1999, S. 28-29, s. 28 vd; *Şahözkan*, s. 44 vd; *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005); *Ulu*, s. 6-7.

²⁹⁴ Bu ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Alpay*, s. 5 vd; *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat, s. 453 vd; *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 164-165; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 36 vd; *Erdem*, Türk - İsviçre Rekabet Hukuku, s. 199 vd; *Furse*, s. 314 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 302 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 116 vd.

²⁹⁵ Genel olarak bk. *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 37; *Furse*, s. 314 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 302; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 116; *Şahözkan*, s. 44; *Ulu*, s. 6-7.

gerçekleştiklerinden aslında burada rekabetin sınırlanması olasılığı daha yüksek görülmektedir²⁹⁶. Ancak yatay birleşmelerin bu olumsuz etkisinin yanında, küçük teşebbüslerin piyasada etkin ve güçlü durumda olan teşebbüslere karşı rekabeti güçlendirici bir etkisinin bulunduğu da söylenebilir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan banka birleşmeleri ise, rekabet hukukunda birleşme türleri açısından genelde yatay birleşme şeklinde gerçekleşmektedir. Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde de, Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin, diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir almasından söz edilerek bu hususa işaret edilmiştir.

2. Dikey Birleşmeler

Dikey birleşmeler genel olarak, aynı mal veya hizmet piyasasında, piyasanın farklı ekonomik faaliyet seviyelerinde gerçekleşen ve birbirleriyle rakip durumda bulunmayan teşebbüslerarası birleşmeleri ifade etmektedir²⁹⁷.

Genel olarak bu tür birleşmelerin nedenleri her banka için değişebilirken, bu nedenler arasında rekabet avantajı, araştırma-geliştirme faaliyetleri, farklı teknolojik ve uzmanlık gerektiren konularda bilgi sahibi olmak, fonların dolaşımını sağlamak gibi hususlar sayılabilir. Bununla birlikte, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, banka birleşmelerininin, bankalar veya bankalar ile finansal kuruluşlar

²⁹⁶ Bu yönde bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 302; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 116.

²⁹⁷ Genel olarak bk. *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 38; *Furse*, s. 317 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 303 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 117; *Şahözkan*, s. 45; *Ulu*, s. 7. RKr da, 03.08.2000 tarih ve 00-29/314-181 sayılı Kararı'nda (RG, 17.11.2000, S. 24233), dikey birleşmeye ilişkin olarak, "...bir firmanın üretimden dağıtıma kadar bir ürünün pazara ulaştırılması sürecindeki, zincirde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlaması" şeklinde bir açıklama getirmiştir.

arasındaki birleşmeleri ifade ettiği²⁹⁸ ve bankalar ile finansal kuruluşların faaliyet konuları dikkate alındığında, bu ortaklıklar için “piyasanın farklı ekonomik faaliyet seviyelerinde gerçekleşen ve birbirleriyle rakip durumda bulunmayan teşebbüsler arasında” birleşmeden söz edilemeyeceğinden, banka birleşmelerinde dikey birleşmeden söz edilemeyecektir.

3. Karma Birleşmeler

Karma birleşmeler, ne aynı pazarda ne de bir mal ve hizmet üretiminin aynı aşamasında bulunan ve dolayısıyla da birbirine rakip olmayan teşebbüsler arasında meydana gelen birleşmeleri ifade etmektedir²⁹⁹. Bu tür birleşmeler kapsamına, özellikle bankaların telekomünikasyon, tüketim, medya veya markalaşmak suretiyle faaliyet gösteren diğer sektörlerdeki teşebbüsleri devralmaları girmektedir³⁰⁰.

Özellikle 1980’li yıllardan sonra liberal politikaların etkisiyle gerek bankacılık sektöründe, gerekse diğer sektörlerde Türkiye’de önem kazanan bu tür birleşmeler bankacılık sektörü açısından finansal ortaklık gruplarını³⁰¹ ifade etmektedir. Bu tür oluşumlar farklı finans hizmetlerinin bir arada sunulmasını amaçlamakla birlikte, oluşan ortaklık grubunun içindeki önde gelen ortaklık bir kredi kurumu, bir sigorta ortaklığı, bir holding veya bir başka finans kuruluşu olabilmektedir. Bu tür birleşmelerin sonucunda ortaya finans sektörünün çeşitli alanlarında faaliyet gösteren bir işletme çıkmaktadır. Bu tür birleşmeler de uygulamada, yerel ve uluslararası karma birleşmeler olarak ikili bir ayrıma tabî tutulmakta olup, Avrupa Birliği üyesi

²⁹⁸ Bk. yuk. s. 64 vd.

²⁹⁹ Genel olarak bk. *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 39; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 305; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 120; *Şahözkan*, s. 46.

³⁰⁰ Türkiye’de bankaların özellikle telekomünikasyon sektöründeki etkileri ve bu sektörle işbirliğinde artış olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin Turkcell, Telsim ve Aria gibi telekomünikasyon ortaklıklarının bankacılık sektörü ile ortaklıkları olmuştur. Doğuş Grubu-Tansaş, Finansbank-Gima, DeutscheBank-Doğan Yayıncılık A.O. işbirliğini de bu tür birleşmelere örnek gösterebiliriz.

³⁰¹ Finansal ortaklık grupları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Boyd*, / *Graham*, s. 197 vd; *Şahözkan*, s. 46; *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği’nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005); ayrıca bk. yuk. s. 123 vd.

ülkelerde yerel ve uluslararası birleşmeler sayısal olarak, aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir:

Tablo 1: 1995-2000 Döneminde AB Ülkelerinde Meydana Gelen Yerel Holdingleşme Türlerinin Yıllara Dağılımı³⁰²

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Kredi kurumları ve sigorta ortaklıkları arasındaki birleşmeler ve kredi kurumlarının sigorta ortaklığı satın alması	6	6	11	9	4	6
Kredi kuruluşlarının sigorta ortaklığı kurması	9	6	4	6	7	3
Sigorta ortaklıklarının kredi kurumu satın alması veya kurması	3	4	5	5	4	1
Kredi kurumları ve diğer finans ortaklıkları arasındaki birleşmeler veya kredi kurumlarının diğer finans ortaklıklarını satın alması	19	17	24	19	32	22
Kredi kurumlarının finans sektörünün diğer alanlarında ortaklık kurması	28	35	26	22	38	36
Diğer finans ortaklıklarının kredi kurumu satın alma veya kurması	0	2	3	5	9	2
Toplam	28	35	26	22	38	36
Toplam yerel holdingleşme operasyonlarında banka birleşme ve satın almalarının payı	% 65	% 70	% 73	% 66	% 94	% 70

³⁰² BK. *Türkiye Bankalar Birliği: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri*, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005).

Tablo 2: 1995-2000 Döneminde AB Ülkelerinde Meydana Gelen Uluslararası Holdingleşme Türlerinin Yıllara Dağılımı³⁰³

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Yerli kredi kurumları ve yabancı sigorta ortaklıkları arasındaki birleşmeler ve yerli kredi kurumlarının yabancı sigorta ortaklığı satın alması	3	2	2	4	6	9
Yerli kredi kuruluşlarının yurt dışında sigorta ortaklığı kurması	1	0	0	0	1	5
Yabancı sigorta ortaklıklarının yurt içinde kredi kurumu satın alması veya kurması	1	1	2	2	3	3
Yerli kredi kurumları ve yabancı finans ortaklıkları arasındaki birleşmeler veya yerli kredi kurumlarının yabancı finans ortaklıklarını satın alması	11	11	13	10	30	15
Yerli kredi kurumlarının finans sektörünün diğer alanlarında yurt dışında ortaklık kurması	16	20	21	23	26	14
Yurt dışındaki diğer finans ortaklıklarının yurt içinde kredi kurumu satın alma veya kurması	2	3	6	6	6	3
Toplam	34	37	44	45	72	49
Toplam uluslararası holdingleşme operasyonlarında banka birleşme ve satın almalarının payı	% 50	% 46	% 52	% 49	% 56	% 57

³⁰³ Bk. *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005).

C- Zorunlu veya İhtiyarî Birleşmeler

1. Zorunlu Birleşmeler

Bankalar Kanunu anlamında zorunlu birleşmeler, bu Kanun'un 14. maddesinde belirtilen önlemlerin alınması amacıyla Fon tarafından gerçekleştirilen birleşmeleri ifade etmekteydi³⁰⁴. Gerçekten, Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinde Fon'a, payları kendisine intikal eden bankalarla ilgili yetkiler verilmiş olup, bu yetkiler arasında, kurulacak bankanın kuruluşunda ve Fon tarafından yapılan birleşme işlemlerinde bu Kanun'un 7. maddesinin, Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile birleşmeye tabî tutulacak bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının % 20'yi geçmemesi koşuluyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddelerinin uygulanmayacağı, kuruluşa ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı ve bankanın, Kurum'un talebi üzerine Ticaret Sicili'ne tescil edileceği hususlarına yer verilmişti³⁰⁵.

Buna karşılık Bankacılık Kanunu'nda, Fon tarafından gerçekleştirilecek birleşme işlemlerine ilişkin olarak Bankalar Kanunu'nda olduğu gibi açık bir hükme

³⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. *Altay*, Anlam: "4672 Sayılı Kanun'un Bankaların Yeniden Yapılandırılmasına ve Tasfiyesine İlişkin Sistem Üzerinde Etkileri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 1 vd; *Ayoğlu*, Tolga: "Bankalar Hukukunda Malî Yapının Bozulması Kavramı ve Malî Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesinden Yararlanma İmkani", Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 71 vd; *Günay Özkan*, s. 671-672; *Sezgin*, Cüneyt: Global Entegrasyon Sürecindeki Türk Bankacılık Sektöründe Banka Birleşmelerine Olan İhtiyaç ve Olası Banka Birleşmelerinin Çerçevesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 170 vd; *Tekinalp*, Fon'daki Banka, s. 48-49; *Tekinalp*, Banka Hukuku, s. 132 vd.

³⁰⁵ *Güven*, Fon tarafından gerçekleştirilen birleşme işlemleri dışında, bankaların Fon'a devredilmelerinin de rekabet hukuku kapsamında bir devralma işlemi olup olmadığını ayrıca tartışılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, bankaların Fon'a devri bankalar arasında gerçekleştirilen bir devralma değildir. Fon'a yapılan devirler ile bankalar arasında gerçekleştirilen devralma işlemlerinin amacı birbirinden çok farklıdır. Ayrıca, Fon'a devredilen bankanın yönetim ve denetiminin Fon'a geçtiğinin tespitinden sonra, bu devralmanın RKR'nun iznine tabî olup olmadığını irdelenmesi gerekecektir. Ancak burada, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinin (b) bendinde birleşme ve devralma sayılmayan durumlara ilişkin olarak sayılan, "...veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kuruluşu tarafından elde edilmesi" durumu söz konusu olup, bir bankanın Fon'a devredilmesinde de söz konusu husus geçerli olacak ve RKR'ndan izin alınması gerekmeyecektir; ayrıntılı bilgi için bk. *Güven*, Pelin: "Bankalar Arasında Gerçekleştirilen Birleşme ve Devralmaların ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na Devredilen Bankaların Durumunun Rekabet Hukuku Açısından İncelenmesi", Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C. II, s. 29 vd.

yer verilmemiştir. Bankalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Fon bünyesindeki bankaların birleşme işlemlerinde, Bankalar Kanunu'nun 18. maddesinin I. fıkrasının tam olarak uygulanamadığı ileri sürülmekteydi³⁰⁶. Diğer taraftan, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinin II. fıkrasında, Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesi hükümlerine göre payları ve/veya yönetim ve denetimi Fon'a intikal eden bankaların birleşme ve devirlerinde bu Yönetmelik hükmünün uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda, Fon bünyesinde bulunan bankaların birleşme işlemlerinde, her somut olaya göre ayrı Kurul tarafından düzenlemelerin yapılması mümkün olacaktır.

Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde, denetimler sonucunda bir bankayla ilgili olarak:

a) Bu Kanun'un 70. maddesi kapsamında alınması istenen önlemlerin³⁰⁷ Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması³⁰⁸ ya da bu önlemleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığı veya bu önlemler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,

³⁰⁶ Bk. *Reisoğlu*, Seza, Bankacılık Kanunu, s. 343.

³⁰⁷ Bankacılık Kanunu'nun 70. maddesi kapsamında alınan önlemlerin bazen, somut olayın koşullarından doğan fiilî engellerin bulunmasından dolayı uygulanamayacağı ya da her türlü çabaya rağmen bu önlemlerin alınmadığı ileri sürülebilir. Bu durumda, söz konusu önlemlerin yerine başka önlemlerin alınması gündeme gelebilecektir. Bk. *Ayoğlu*, s. 83.

³⁰⁸ Alınması istenen önlemlerin alınmaması durumuna ilişkin olarak, BDDK'nın 18.06.2002 tarih ve 742 sayılı Kararı'nda (RG, 19.06.2002, S. 24790), "...Malî bünyesindeki olumsuzlukların giderilmesini teminen 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları kapsamında alınması istenen tedbirleri almayan, yükümlülüklerinin toplam değeri varlıklarının toplam değerini aşan, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz eden, kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde Bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının lehlerine kullandıran Pamukbank T.A.Ş.'nin, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesine," karar verilmiştir. Diğer taraftan aynı Karar'da, söz konusu her iki bankanın birleşme taleplerini içeren yazısı ve eklerinin de incelendiği belirtilerek, sunulan fizibilite raporunun uygulanabilir olmadığına ayrıca karar verilmiştir.

- b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,
- c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,
- d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,
- e) Hakim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı³⁰⁹ olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması, durumlarından bir veya birkaçı söz konusuysa, Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fon'a devretmeye yetkilidir³¹⁰.

Fon, bu Kanun'un 71. maddesi hükümlerine göre ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankalarla ilgili yetkilerini, maliyet etkinliğini sağlama ve malî sistemin güven ve istikrarını koruma ilkeleri doğrultusunda kullanacaktır³¹¹.

³⁰⁹ “Dolan” kavramı, dolanmak fiilinden gelmekte olup, yalan dolanlı, hileli ve yolsuz davranışlarla gerçek durumu gizlemek suretiyle iş görmek anlamında BANKK'nun 71. maddesinde kullanılmıştır; bk. *Taşdelen*, s. 735.

³¹⁰ Hakkında bu maddenin II. fıkrasının (a) bendi hükümleri uygulanan bankanın devredilen aktiflerinin toplamının devredilen pasiflerinin toplamını karşılamaması durumunda aradaki fark sigorta kapsamındaki mevduat ve katılım fonu tutarını aşmamak koşuluyla Fon tarafından ödenir. Bu durumda ve hakkında bu maddenin II. fıkrasının (a) bendi hükümleri uygulanan bankanın faaliyet izninin kaldırılması durumunda, bu Kanun'un 106. maddesinin II. ve 109. maddesinin III. fıkraları uygulanmaz. Bu Kanun'un 106. maddesine göre iflas masaları kurulması durumunda Fon, ödediği tutar kadar iflas masasına İİK'nun 206. maddesinde yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce gelmek üzere imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder.

³¹¹ Fon, BANKK'nun 71. maddesi hükümlerine göre ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın faaliyetlerini Fon Kurulunca belirlenecek süre ile geçici olarak durdurmaya ve/veya devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunu esas almak suretiyle; a) Uygun göreceği aktiflerini, teşkilatını ve aksine talebi olmayan personeli ile devir tarihi itibarıyla mevduat bankaları bakımından mevduat toplamları en yüksek beş bankaca uygulanan faiz oranları ortalamasını, katılım bankaları bakımından katılım fonu toplamları en yüksek üç bankaca uygulanan getiri oranları ortalamasını geçmemek üzere işlemiş faiz ve getirileri ile birlikte sigortaya

Gerek Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinde, gerekse, Bankacılık Kanunu'nun 107. maddesinde Fon'un, paylarının çoğunluğu veya tamamı kendisine geçen bir bankanın gerektiğinde malî ve teknik yardım da sağlamak suretiyle, varlık ve yükümlülüklerini kısmen veya tamamen, mevcut bankalardan istekli olanlara ya da kurulacak bir bankaya devretmeye veya bankayı istekli olan başka bir bankayla birleştirmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır³¹². Malî destek, bankaya sermaye ya da ödünç para konulmasını ifade etmekte olup, teknik destek ise, hukukî, idarî ve denetleme yardımı anlamına gelmektedir³¹³.

Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesi kapsamında temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi ve satışı ile ilgili süreç devrin yapıldığı tarihten itibaren en geç dokuz aylık bir süre içerisinde tamamlanacaktır. Fon Kurulu kararı ile bu süre üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir; bu süre içinde devir, birleşme veya satışın tamamlanamamış olması halinde Fon'un talebi üzerine Kurul, bankanın faaliyet iznini kaldıracaktır.

Türk bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılması sürecinde, finansal açıdan zayıf olan bankaların Fon bünyesine alınarak, eğer olanaklıysa, bu bankaların zayıf olan finansal durumlarını iyileştirerek sisteme kazandırılması büyük önem

tabî tasarruf mevduatı ve katılım fonlarını ve pasifte yer alan karşılık kalemlerini, kurulacak bir bankaya ya da mevcut bankalardan istekli olanlara devretmeye ve aktif ve pasifi kısmen veya tamamen devredilen bankanın faaliyet izninin kaldırılmasını Kurul'dan istemeye, b) Paylarına sahip olmak kaydıyla ve sigorta kapsamındaki mevduat ve katılım fonu tutarını aşmamak koşuluyla malî yardım sağlamaya ve kendisine intikal eden payları temsil eden sermayeye karşılık gelen zararları devralmaya, c) Devralınacak zararlar sonucunda paylarının tamamına sahip olunamaması halinde, zararın ödenmiş sermaye tutarından düşülmesi suretiyle hesaplanacak sermaye esas alınmak üzere bulunacak pay bedelinin Fon Kurulunca belirlenecek süre içinde banka pay sahiplerine ödenmesi karşılığında paylarını devralmaya, d) Faaliyet izninin kaldırılmasını Kurul'dan istemeye, yetkilidir.

³¹² Doktrinde, bankaların Fon'a intikalinde, "bankaların malî yapılarının bozulması" kavramının somut bir şekilde mevzuatta düzenlenmemesi eleştiri konusu yapılmış ve bu kavramın somut kriterler üzerine oturtulması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bk. *Atasagun*, s. 498.

³¹³ Bk. *Tekinalp*, Fon'daki Banka, s. 46.

arzettmektedir³¹⁴. Bu kapsamda, 1997-2003 yılları arasında Fon'a devredilen bankalar ve bu bankaların mevcut durumu ile ilgili bilgiler aşağıda Tablo 3 ve Tablo 4'de verilmiştir. Buna göre, bankalara müdahale özellikle 1999 yılında etkin bir biçimde başlamış ve altı banka Fon bünyesine alınmıştır. Yirmi bankanın sekizine 2000 krizi sonucunda 2001 yılında müdahale edilmiştir.

Fon bünyesinde bulunan beş banka Sümerbank ile birleştirilmiş ve daha sonra bunlar Oyak Grubu'na devredilmiştir. Etibank, Interbank ve Esbank ise, 2002 yılında Bayındırbank ile birleştirilmiştir. Fon bünyesine alınan altı banka da satılmış ve bir bankada tasfiye sürecine devam edilmektedir.

³¹⁴ *Tekinalp*, Fon'a banka devredilmesi sisteminin  görünen, bir de görünmeyen nedeninin olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre görünen  neden, 1994 yılından bu yana devamlılık kazanan banka bunalımlarını daha az zararlar atlatmak, batık bankaları iyileştirip sisteme kazandırmak, bu olanaklı değilse, bankayı varlık temelinde veya tümüyle satmak, birleştirmek ve kayıplar giderilince iflas ettirmektir. Bu sistemin kabulünün gerçek nedeni ise, Devletin mevduata verdiği sınırsız garantiyi dememektir, bk. *Tekinalp*, nal: "Bankanın Fon'a Devredilmesi Sisteminin Eleştirisi ve neriler", Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Ankara 2004, s. 275.

Tablo 3: Fon'a Devredilen Bankaların Devir, Birleşme, Satış veya Tasfiye Yoluyla Çözümlemesi³¹⁵

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Toplam
Devralınan Banka Sayısı	1	1	6	3	8	1	-	20
Birleştirilen Banka Sayısı	-	-	-	-	7	5	-	12
Satılan Banka Sayısı	-	-	-	-	3	2	-	5
Tasfiye Sürecindeki Banka Sayısı	-	-	-	-	-	1	-	1
Fon Bünyesindeki Banka Sayısı	1	2	8	11	9	2	-	2

³¹⁵ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı Gelişme Raporu – IV 2003, <http://www.bddk.org.tr> (30.01.2005); ayrıca bk. <http://www.tmsf.org.tr> (30.01.2005); *Günay Özkan*, s. 672.

Tablo 4: Fon Bünyesine Devredilen Bankalar ve Mevcut Durum³¹⁶

Birleştirilen	Devir Tarihi	Mevcut Durum
Interbank	07.01.1999	15.06.2001'de Etibank ile birleştirildi
Egebank	21.12.1999	26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirildi
Esbank	21.12.1999	15.06.2001'de Etibank ile birleştirildi
Yurtbank	21.12.1999	26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirildi
Yaşarbank	21.12.1999	26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirildi
Bank Kapital	27.10.2000	26.01.2001'de Sümerbank ile birleştirildi
Etibank	27.10.2000	04.04.2002'de Bayındırбанк ile birleştirildi
Ulusal Bank	28.02.2001	17.04.2001'de Sümerbank ile birleştirildi
İktisat Bankası	15.03.2001	04.04.2002'de Bayındırбанк ile birleştirildi
Kentbank	09.07.2001	04.04.2002'de Bayındırбанк ile birleştirildi
EGS Bank	09.07.2001	18.01.2002'de Bayındırбанк ile birleştirildi
Toprak Bank	30.11.2001	30.09.2002'de Bayındırбанк ile birleştirildi
Satılan Bankalar		
Bank Ekspres	12.12.1998	26.10.2001'de Tekfenbank'a satıldı
Demirbank	06.12.2000	30.10.2001'de HSBC Bank Plc'ye satıldı
Sümerbank	21.12.1999	11.01.2002'de Oyakbank'a satıldı

³¹⁶ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı Gelişme Raporu – IV 2003, <http://www.bddk.org.tr> (30.01.2005); ayrıca bk. <http://www.tmsf.org.tr> (30.01.2005); Günay Özkan, s. 672.

Sitebank	09.07.2001	25.01.2002'de Novabank SA'ya devredildi
Tarişbank	09.07.2001	27.12.2002'de Denizbank'a devredildi
Tasfiye Sürecindeki Bankalar		
T.Ticaret Bankası	06.11.1997	14.08.2002'de tasfiye bilançosu onaylandı
Fon Bünyesinde Bulunanlar		
Bayındırbank	09.07.2001	Varlık Yönetimi işlemleri için geçiş bankası oldu
Pamukbank	19.06.2002	13.06.2003'e kadar satış sürecinde

Yukarıda belirtildiği üzere uygulamada zorunlu birleşmelerin, Fon tarafından gerçekleştirilen birleşmeleri ifade ettiği kabul edilmekle birlikte, bazı durumlarda özel kanun hükümleriyle, zorunlu birleşmelerin gerçekleştirildiği görülmektedir. Örneğin, Türkiye Halk Bankası ve Halk Sandıkları Hakkındaki 2284 Sayılı Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanun'a Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Olan 5652, 6854 sayılı Kanunlara Ek Kanun³¹⁷ ile Ankara, İzmir ve İstanbul Halk Sandıkları bütün mal, hak, borç ve alacakları ile birlikte Türkiye Halk Bankası Anonim Ortaklığı'na intikal etmiştir³¹⁸.

Sonuç olarak, Fon bünyesinde bulunan bankaların rekabet hukuku açısından birleşme işlemlerine ilişkin olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen % 20'lik eşik değer ve Bankaların Birleşme, Devir ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanmayacağından, her somut olay ayrı değerlendirilmeye tabî tutulacaktır.

³¹⁷ RG, 02.01.1964, S. 11596.

³¹⁸ Söz konusu Kanun ile ilgili açıklamalar hakkında bk. *Türk, Nev'ilerin Aynı Olması Koşulu*, s. 156-157.

2. İhtiyarî Birleşmeler

Bu tür birleşmeler, bankaların kendi iradeleriyle gerçekleştirdikleri birleşmeleri ifade etmektedir. Bu itibarla uygulamada, bankaların kendi iradeleriyle Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi ile Bankaların Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik hükümlerine gerçekleştirdikleri birleşme işlemleri bankaların ihtiyarî birleşmesi olarak adlandırılmaktadır³¹⁹.

D- Yerel veya Uluslararası Birleşmeler

1. Yerel Birleşmeler

Aynı coğrafi piyasada faaliyet gösteren bankalararası birleşmeler, bir başka deyişle, aynı ülke sınırları içerisinde bulunan bankalararası birleşmeler yerel birleşme olarak adlandırılmaktadır³²⁰. Daha çok küçük ölçekli bankalar arasında gerçekleştirilen bu tür birleşmelerde temel amaç, toplam maliyetleri azaltmaktır. Bunun sonucu olarak da genellikle, birleşme sonrasında, şube ve personel sayısı azaltılmakta ve bu şekilde toplam maliyetlerde tasarruf sağlanmaktadır.

³¹⁹ Bk. yuk s. 65 vd.

³²⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. *Palombo*, s. 21; *Şahözkan*, s. 47; *Türkiye Bankalar Birliği: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri*, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005). Diğer taraftan, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler açısından birleşme ve devralma işlemlerinin kontrolünün iki boyutu bulunduğu ve topluluk çapında olan birleşme ve devralmaların, ulusal otoritelerden bağımsız olarak, Avrupa Birliği Komisyonu bünyesindeki "Birleşme Çalışma Grubu" (*Merger Task Force*) tarafından incelendiği dikkate alındığında, bu tür birleşmelerin de aynı coğrafi piyasada gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir; bk. aşa. s. 186 vd.

Tablo 5: 1995-2000 Yılları Arasında AB Ülkelerinde Meydana Gelen Yerel Banka Birleşmeleri³²¹

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Avusturya	14	24	29	37	24	8
Belçika	6	9	9	7	11	3
Almanya	122	134	118	202	269	101
Danimarka	2	2	2	1	2	2
İspanya	13	11	19	15	17	29
Finlandiya	9	6	5	7	2	5
Fransa	61	61	47	53	55	25
Yunanistan	0	1	3	9	8	1
İrlanda	3	4	3	3	2	0
İtalya	73	59	45	55	66	30
Lüksemburg	3	2	3	12	10	8
Hollanda	7	11	8	3	3	5

³²¹ Bk. *European Central Bank*, s. 54.

Türk bankacılık sektörünün son yıllarda gelişimine baktığımızda, 2004 yılının ilk yarısında sağlanan ekonomik istikrar ile büyüme devam etmiştir³²². Buna karşılık, Credit Lyonnais S.A. Türkiye Merkez Şubesi'nin Credit Agricole Indosuez Türk Bank'a devredilmesi sonucunda, sektörde banka sayısı 49'a gerilemiştir. Banka sayısındaki bu azalmaya karşılık, bankacılık sektöründeki aktif büyüklüğün gelişmesine bağlı olarak şube sayıları 48 adet artarak, 6.126'ya yükselmiştir³²³. Diğer taraftan, Eylül 2006 itibariyle 44'ü katılım bankası olmak üzere, toplam 51 banka faaliyet göstermekte iken, özel sermayeli iki bankanın birleşmesi sonucunda, banka sayısı 50'ye gerilemiştir. Ayrıca, bu dönemde bankacılık sektöründe aktif büyüklüğün gelişmesi devam etmiş ve bu gelişmeye paralel olarak, şube sayısı 6.704'e, sektörde istihdam edilen kişi sayısı ise, 141.579'a ulaşmıştır. Bununla birlikte, Türkiye'de bankacılık sektöründeki birleşme trendi, 2006 yılında azalmış ve aktif büyüklüğüne göre 5 bankanın 2006 yılı Eylül döneminde, % 60,3 olarak ve aktif büyüklükte ilk 10 sıradaki bankanın payı ise % 84,1 olarak gerçekleşmiştir³²⁴.

2. Uluslararası Birleşmeler

Farklı ülkelerde bulunan bankaların sınır ötesi birleşme yoluna gitmeleri uluslararası birleşmeleri ifade etmektedir³²⁵.

³²² 2004 yılında Türkiye'de bankacılık sektöründeki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Bankacılık Sektörü Değerlendirme Raporu, Ekim 2004*, <http://www.bddk.org.tr> (30.12.2005).

³²³ Türkiye'de bankaların şube sayısının Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin ortalamasının beşte biri kadar olduğu görülmektedir. Bu açıdan Türk bankacılık sektörünün daha çok yol alması gerekmektedir. Zira, Türkiye'de 1.000 kişiye yaklaşık 9 banka şubesi düşerken, Avrupa Birliği üyesi ülkelere bakıldığında bu sayı 43'ü bulmaktadır. Bk. *Bekar, Barış: "Yabancı Bankalar Büyümeye Geliyor"*, EKD 2006, S. 10, s. 62.

³²⁴ 2006 yılında Türkiye'de bankacılık sektöründeki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Finansal Piyasalar Raporu, Eylül 2006, S.3*, <http://www.bddk.org.tr> (30.03.2007).

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. *Palombo*, s. 21; *Şahözkan*, s. 48; *Türkiye Bankalar Birliği: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri*, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005).

Yerel banka birleşmelerine göre daha az sayıda gerçekleşen bu tür birleşmelerde amaçlanan, farklı bölgelere dayalı olarak riskleri azaltmak ve coğrafi büyüme sağlamaktır³²⁶.

Uluslararası banka birleşmelerinde özellikle, bu tür birleşmelerin rekabet hukuku açısından kontrol edilmesinde, bu birleşmelere hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespitini önem arzetmektedir³²⁷. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³²⁸, ortaklıklar hukukuna ilişkin gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak ayrı bir başlık altında düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, uluslararası banka birleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinde, anılan Kanun'un hak ve fiil ehliyetini düzenleyen 9. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekecektir³²⁹.

Uluslararası banka birleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti açısından öncelikle, birleşmenin yabancı bir ülkeden ülke içine doğru mu yoksa ülke içinden yabancı bir ülkeye doğru mu gerçekleştirildiği hususunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tür birleşmelerde anılan Kanun'da tüzel kişiler için "merkez yeri kriteri" öngörülerek, bu Kanun'un 9. maddesinde tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetinin belirlenmesinde, esas sözleşmedeki idare merkezinin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

³²⁶ Uluslararası banka birleşmeleri genelde satın almalar yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ayrıca satın alma yoluyla birleşen bankaların genelde daha büyük ölçekli oldukları görülmektedir. Uluslararası banka birleşmelerinin amacı ve gerçekleşme türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Şahözkan*, s. 47; *Türkiye Bankalar Birliği: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri*, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005).

³²⁷ Genel olarak bk. *Güven*, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme, Bölünme veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara 2007, s. 128 vd.

³²⁸ RG, 12.12.2007, S. 26728. Anılan Kanun ile 2675 sayılı Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG, 22.05.1982, S. 17701) yürürlükten kaldırılmıştır.

³²⁹ *Güven*, İsviçre hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak, MÖHUK'da ortaklıklar arasında gerçekleşen birleşme işlemlerine ilişkin olarak, aynen şu düzenlemenin yer alması gerektiğini ileri sürmektedir: "Bir Türk ortaklığı, eğer yabancı ortaklığa uygulanacak hukuk buna izin veriyorsa ve bu hukukun aradığı şartlar yerine getirilmişse, yabancı bir ortaklığı devralabilir veya bir ortaklıkla yeni bir Türk ortaklığı kurmak üzere birleşebilir. Bunun dışında birleşme Türk hukukuna tabî olacaktır.", *Uygulanacak Hukuk*, s. 131-132.

Uluslararası banka birleşmeleri, yabancı bir ülkeden ülke içine doğru gerçekleşebilecektir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 9. maddesinde, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tabî olduğu, tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin, esas sözleşmelerindeki idare merkezi hukukuna tabî olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, öncelikle yabancı bankanın tabî olduğu hukuk kurallarının bu birleşmeye izin vermesi gerekmektedir. Türk bankası açısından ise, Türk hukukunda birleşme için aranan koşulların yerine getirilmiş olması gerekecektir. Diğer taraftan, Türkiye'de faaliyette bulunan banka için rekabet hukuku açısından alınması gereken izinlerin de ilgili mevzuat hükümlerine göre alınması söz konusu olacaktır. Ayrıca, bu birleşmelere uygulanacak hukuk aynı zamanda, üçüncü kişilerle imzalanmış sözleşmelerin devralan ya da yeni kurulan bankaya geçip geçmeyeceği sorununa da çözüm olacaktır.

Türkiye'den yabancı bir ülkeye doğru gerçekleşecek banka birleşmelerine ilişkin olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla burada da, anılan Kanun'un 9. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Buna göre, Türk bankası açısından Türk hukukundaki birleşme hükümleri ve bunula birlikte rekabet hukuku kuralları uygulanacak, devralan yabancı ortaklık açısından da tabî olduğu hukuk kuralları uygulanacaktır.

Tablo 6: 1999-2004 Yılları Arasında Rekabet Kurumu'nca İncelemeye Alınan Yabancı-Yerel Birleşme ve Devralmaların Dağılımı³³⁰

Malî Yapısı	Birleşme						Devralma						Toplam					
	99	00	01	02	03	04	99	00	01	02	03	04	99	00	01	02	03	04
Yabancı-Yabancı	2	4	2	3	2	3	8	19	17	28	29	48	10	23	19	31	31	51
Yerli-Yabancı	-	1	-	-	1	-	5	6	12	13	18	14	5	7	12	13	19	14
Yerli-Yerli	-	-	-	2	2	1	4	10	4	14	10	5	4	10	4	16	12	6
Toplam	2	5	2	5	5	4	17	35	33	55	47	67	19	40	35	50	62	71

³³⁰ Bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (30.12.2005). Tablodaki sayısal değerler, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmalara ilişkin olup, bu tür birleşme ve devralmaların tanımı için bk. yuk. s. 20 vd.

Tablo 7: 1987-1997 Yılları Arasında Dünyada Gerçekleşen Banka Birleşmeleri ve Bu Birleşmelerin Parasal Değeri³³¹

Yıl	Toplam Birleşme Sayısı	Parasal Değer Milyar \$
1987	1011	52.0
1988	1205	66.0
1989	1940	109.0
1990	2310	105.0
1991	2921	96.0
1992	2789	90.0
1993	3006	101.0
1994	3394	116.5
1995	4090	241.0
1996	4200	203.0
1997/7	2200	198

³³¹ Bk. *Selçuk*, Faruk: “Uluslararası Alanda Banka Birleşmeleri: Nedenleri, Yöntemleri ve Stratejik Amaçları”, FD 1997, S. 95, s. 86.

Tablo 8: Kriz Döneminde Türk Bankacılık Sektöründe Birleşme ve Satınalmalar³³²

Birleşmeye Konu Olan Bankalar	Yeni Banka	Birleşme Tarihi
Osmanlı Bankası-Körfezbank	Osmanlı Bankası	31.08.2001
Tekfen Yatırım ve Finansman Bankası-Bank Ekspres	Tekfen Bank A.Ş.	26.10.2001
Garanti Bankası-Osmanlı Bankası	Garanti Bankası	14.12.2001
HSBC Bank Plc-Demirbank	HSBC Bank Plc	14.12.2001
Morgan Guaranty-The Chase Manhattan	JP Morgan Chase & Co	14.12.2001
Oyakbank- Sümerbank	Oyakbank	11.01.2002
Sınâî Yatırım Bankası A.Ş- T. Sınâî Kalkınma Bankası	T. Sınâî Kalkınma Bankası	29.03.2002
Millî Aydın Bankası (Tarişbank)- Denizbank	Denizbank	27.12.2002
Finansbank-Fibabank	Finansbank	03.04.2003

³³² Bk. *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu: Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı Gelişme Raporu – IV 2003*, <http://www.bddk.org.tr> (30.01.2005); ayrıca bk. *Günay Özkan*, s. 674.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN KONTROLÜ

I. İZNE TABÎ BANKA BİRLEŞMELERİ ile BANKA BİRLEŞMELERİNİN BİLDİRİLMESİ

A- İzne Tabî Banka Birleşmeleri

1. Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da izne tabî birleşme ve devralmalardan söz edilmemiş, hangi birleşme ve devralmaların Rekabet Kurulu'nun iznine tabî olduğu, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesinde hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, Rekabet Kurulu'nun iznine tabî banka birleşmeleri de, anılan Tebliğ hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu nedenle, bu Tebliğ kapsamında yapılacak açıklamalar, Bankacılık mevzuatına aykırı düşmemek koşuluyla, banka birleşmeleri açısından da geçerli olacaktır.

Söz konusu Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme ve devralma sonucunda birleşmeyi ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirasını aşması durumunda Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur³³³.

³³³ Söz konusu eşik değerlere ilişkin olarak Avrupa Birliği hukuku uygulamasına baktığımızda, 139/2004 sayılı Tüzüğü'nün 1. maddesinin (2). bendi uyarınca, ilgili teşebbüslerin dünya çapında toplam cirolarının 5.000 milyon Euro'dan fazla olması ve en az ilgili iki teşebbüsten her birinin topluluk çapındaki ciroları toplamının 250 milyon Euro'dan fazla olması durumunda yoğunlaşma topluluk çapında sayılacaktır; bununla birlikte, söz konusu Tüzüğü'nün amacı bakımından bu eşikleri karşılamayan bir yoğunlaşma, ilgili teşebbüslerin dünya çapındaki cirolarının 2.500 milyon Euro'dan fazla olması, en az üç üye devletin her birinde, tüm ilgili teşebbüslerin toplam cirolarının bileşiminin 100 milyon Euro'dan fazla olması, (b) bendinin amacı bakımından dahil olmak üzere, en az üç üye devletin her

Görüldüğü üzere burada, iki ayrı eşik değer öngörülmüştür³³⁴. Bu eşik değerler “pazar payı” ve “ciro”³³⁵ olup, Tebliğ’in 2. maddesinde sayılan birleşme ve devralma işlemlerinin, 4. maddede belirtilen eşik değerleri aşması durumunda, bu işlemlerin hukukî açıdan geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’na bildirilmesi ve Kurul’un izninin alınması gerekecektir³³⁶.

Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde, yukarıda belirtilen iki ayrı eşik değere, banka birleşmelerinde üçüncü bir eşik değer eklenmiştir³³⁷. Buna göre, banka birleşmelerinde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7., 10. ve 11.

birinde en az ilgili teşebbüsün her birinin toplam cirosunun 25 milyon Euro’dan fazla olması, en az ilgili iki teşebbüsün her birinin topluluk çapındaki toplam cirosunun 100 milyon Euro’dan fazla olması, ilgili her bir teşebbüsün topluluk çapındaki toplam cirosunun üçte ikisinden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi koşullarıyla, topluluk çapında kabul edilecektir. Görüldüğü gibi Avrupa Birliği hukuku uygulamasında, söz konusu maddede sadece “ciro” kriterine yer verilmiştir. “Ciro” kriterinde, dünya çapındaki ya da topluluk çapındaki toplam cirolar dikkate alınmakta ve ciro eşliğini aşan birleşme ve devralmalar izne tabî olmakta ve Avrupa Birliği Komisyonu’na izin için başvuruda bulunmaktadır. Söz konusu düzenleme Avrupa Birliği mevzuatına ilk defa 4064/89 sayılı Tüzük’te yapılan değişiklikle 1997 yılında girmiş (OJ, L 180/1, 09.07.1997) ve özellikle burada, yatay birleşmelere ilişkin uygulamanın etkinleştirilmesi amaçlanmıştır. Avrupa Birliği hukuku açısından yoğunlaşmalarda öngörülen eşikler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bosman*, s. 104; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 227 vd; *Furse*, s. 325; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 306 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 295-296; *Mc Nutt*, s. 199 vd.

³³⁴ Eşik değer sistemi aslında birleşme ve devralmalarda “*de minimis*” kuralının uygulanması niteliğindedir. “*De minimis*” kuralının yasal bir dayanağı olmayıp, kaynağını Avrupa Birliği hukukundaki içtihatlardan almaktadır. Bu kural uyarınca, bir anlaşma, eylem veya karar rekabeti ihlal edici nitelikte olsa bile, rekabet kuralları üzerinde hissedilir bir etkisi yoksa, rekabet kuralları uygulanmayacaktır. Burada kuralın uygulanması için, üye ülkelerarası rekabetin önemli ölçüde etkilenmiş olması gerekmektedir. “*De minimis*” kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Arı*, Zekeriyya: “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı (Hissedilir Etki)”, *Batider* 2002, C. XXI, S. 4, s. 69 vd; *Aşçıoğlu Öz*, *Hakim Durum*, s. 56; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 136; *Furse*, s. 335 vd.

³³⁵ Avrupa Birliği hukukunda, ciro eşikleri her zaman tartışma yaratmıştır. Eşiklerin 1993’de gözden geçirilmesi öngörülmüşken revizyon ancak 1996’da tamamlanabilmiş ve bir Yeşil Kitap yayımlanmıştır. 1993’deki revizyonu sırasında eşik düzeylerinin düşürülmesi gündeme gelmiş, ancak mevcut sisteme kıyasla fazla bir avantajının olmayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Kulaksızoğlu*, Şebnem: “Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne İlişkin Düzenlemeler Bağlamında Ciro Kavramı”, *RD* 2002, S. 12, s. 79 vd.

³³⁶ Bu yönde bir düzenleme ile kanun koyucu, eşiklerin aşılması durumunda rekabetin önemli ölçüde azalacağını bir karine olarak kabul etmiştir.

³³⁷ BANKK’nda öngörülen ve BANK’nda da yer almış olan bu eşik değer ile aslında, banka birleşmelerinde Rekabet Kurumu’nun yetkisi fiilen ortadan kaldırılmaktadır. Zira, 31.12.2000 tarihi itibarıyla, aktif büyüklüğü açısından ilk sırada yer alan T.C İş Bankası’nın sistem içerisindeki aktif payı % 7,5 civarında olup, en büyük diğer bir özel banka ile birleşmesi durumunda bile bankacılık sektörünün % 20’si aşılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Güzel*, s. 128-129.

maddelerinin ve dolayısıyla söz konusu Tebliğ hükümlerinin uygulanması ve bu tür birleşmelerin Rekabet Kurulu'nun iznine tabî olabilmesi için birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının % 20'yi geçmesi gerekecektir³³⁸.

Bununla birlikte, Türk rekabet hukuku mevzuatında, izne tabî birleşme ve devralma işlemlerinin belirlenmesinde “pazar payı” ve “toplam ciro” kriterleri³³⁹ öngörülmüş iken, banka birleşmelerine ilişkin olarak Bankacılık Kanununun 19. maddesinde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddelerinin uygulanması için “toplam aktif” kriterinin öngörüldüğü dikkate alındığında, her iki mevzuat arasında uyumun sağlanamadığı kanaatindeyiz.

Rekabet Kurulu da Çukurova Grubu ortaklıkları ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, Yapı Kredi Bankası A.O. (YKB)'da sahip olduğu toplam % 57,4 oranındaki payının, Koçbank A.O. (Koçbank) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebine ilişkin bir Kararı'nda³⁴⁰, “bildirimin konusu, Koçbank'ın, Çukurova Grubu ve TMSF'nin Yapı Kredi Bankası'ndaki toplam % 57,4 oranındaki hissesini devralması işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir. Neticede, Koçbank devredilen şirketin kontrolüne sahip olacaktır. Buna göre, anılan işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan hallerin belirlendiği 2. maddesinin (b) bendinde, *“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 devralması veya kontrol etmesi”* olarak tanımlanan bir devralmadır. Öte yandan, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi gereğince *“Bu*

³³⁸ BANK'nun 18. maddesinde de, bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde TTK ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi koşuluyla RKHK'un 7., 10. ve 11. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne bağlanarak, benzer bir düzenlemeye yer verilmişti.

³³⁹ Bk. aşa. s. 161 vd.

³⁴⁰ 17.08.2005 tarih ve 05-52/795-215 sayılı RKr Kararı (RG, 24.10.2005, S. 25976).

Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası (yirmibeş milyon Yeni Türk Lirası)'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur". Başvuru konusu işleme taraf teşebbüslerin, bankacılık sektörünün toplam aktifleri dikkate alınarak hesaplanan pazar payları toplamı %(...), 2004 yılı ciroları toplamı ise (.....)- YTL.'dir. Bu bilgilere göre, Tebliğ'de düzenlenen ciro eşiği aşılmaktadır. Ancak, bildirim konu sektörü düzenleyen 4389 sayılı Kanun'un 18. maddesinin I. fıkrası, *"Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir Bankaya devretmesi, Kurulun iznine bağlıdır. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir ve birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7, 10 ve 11. maddeleri hükümleri uygulanmaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bildirim konu işlemde, tarafların tüm bankalar içindeki aktif büyüklükleri toplamı %(...) seviyesinde kaldığından, anılan işlemin, 4389 sayılı Kanun'un 18. maddesi gereğince Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekli bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır.", hususlarına yer verilerek, Çukurova Grubu ortaklıklarının ve TMSF'nin Yapı Kredi Bankası A.O.'da sahip olduğu % 57,4 oranında payın, Koçbank A.O. tarafından devralınması işleminin Bankalar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca bankacılık faaliyetleri açısından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir işlem olmadığına karar verilmiştir.

Ancak yukarıda belirttiğimiz Karar kanımızca, karara dayanak gösterilen Bankalar Kanunu'nun 18. maddesinin kapsamı açısından pek de isabetli değildir. Zira söz konusu mevzuat hükmünde yer alan "Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir

bankaya devretmesi” hususu aslında, Türk Ticaret Kanunu anlamında devralma suretiyle birleşmeyi ifade etmektedir³⁴¹. Dolayısıyla somut olayda, Bankalar Kanunu anlamında bir devralma suretiyle birleşme gerçekleşmediğinden ve burada sadece, % 57,4 oranında payın devralınması söz konusu olduğundan, bu devralma işlemi, anılan mevzuat hükmündeki eşik değer kapsamında değerlendirilemeyecektir³⁴². Zira, Bankaların Birleşme ve Devirleri Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde devrin, bir veya birden fazla bankanın tüm hak, alacak borç ve yükümlülükleriyle ve tüzel kişilikleri sona ermek suretiyle mevcut bir bankaya devrini ifade ettiği açık bir şekilde belirtilmiştir³⁴³.

Bankacılık Kanunu’nda, banka birleşmelerinin kontrolüne ilişkin olarak, “toplam aktif büyüklüğe” dayanan bir eşik değer öngörüldüğünden, kısaca Türkiye’de bankaların aktif büyüklüklerine de değinmek gerektiği kanaatindeyiz. 2005 yılı Ağustos ayında 352,2 milyar YTL seviyesinde olan bankacılık sektörü toplam aktifleri, % 3,4 artarak, Eylül ayında 364,2 milyar YTL’ye ulaşmıştır³⁴⁴. Banka grupları açısından bakıldığında, söz konusu dönemde kalkınma ve yatırım bankalarının, kamu sermayeli mevduat bankalarının ve yabancı sermayeli mevduat bankalarının toplam aktif büyüklüklerinin sırasıyla % 4,8, % 0,4 ve % 2,4 oranında arttığı görülmektedir.

³⁴¹ Bk. yuk. s. 7 vd.

³⁴² *Moroğlu*, Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde geçen “devralma”nın, “devralma suretiyle birleşme” olduğunu belirttikten sonra, anılan Kanun’da, bir bankanın borç, alacak ve mevduatını iradî olarak kısmen veya tamamen devrinin birleşmeye paralel bir düzenlemeyle hükme bağlanmadığı, bunun da sakıncalı bir kanun boşluğu olduğunu işaret etmektedir, *Bankaların Birleşmesi*, s. 16.

³⁴³ Ayrıca, devralma suretiyle banka birleşmeleri ile ilgili olarak bk. RKr’nun 15.08.2005 tarih ve 05-51/741-199 sayılı (RG, 07.11.2005, S. 25986), 17.05.2005 tarih ve 05-32/437-102 sayılı (RG, 19.09.2005, S. 25941), 15.09.2006 tarih ve 06-64/882-254 sayılı (RG, 29.11.2006, S. 26361), 14.09.2006 tarih ve 06-63/858-248 sayılı (RG, 18.10.2006, S. 26323), 14.09.1006 tarih ve 06-63/862-252 sayılı (RG, 10.11.2006, S. 26342), 03.08.2006 tarih ve 06-57/718-208 sayılı (RG, 02.10.2006, S. 26307), 20.07.2006 tarih ve 06-53/686-193 sayılı (RG, 21.09.2006, S. 26296) Kararları.

³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bk. *BDDK Aylık Bülteni*, Eylül 2005, s. 1 vd.

2005 yılı Ağustos ayında 204,4 milyar YTL seviyesinde olan özel sermayeli mevduat bankaları toplam aktifleri % 5,2 oranında artarak 2005 yılı Eylül ayı döneminde 215,0 milyar YTL seviyesine yükselmiştir³⁴⁵.

³⁴⁵ Bankacılık sektörü toplam aktiflerindeki artışın nedenlerinden birisi, Ağustos ayında 129,7 milyar YTL seviyesinde olan bankacılık sektörü toplam kredilerinin % 2,8 oranında artarak Eylül ayında 133,2 milyar YTL seviyesine yükselmesi olmuştur. Yabancı sermayeli mevduat bankalarının toplam kredileri incelenen son bir aylık dönemde % 0,1 oranında azalırken, kalkınma ve yatırım bankalarının toplam kredilerinin % 2,2 oranında arttığı görülmektedir. Ağustos ayında 26,3 milyar YTL seviyesinde olan kamu sermayeli mevduat bankaları toplam kredileri, bir aylık dönemde % 2,6 oranında artarak 27,0 milyar YTL seviyesine yükselmiştir. Özel sermayeli mevduat bankalarının aynı dönem içerisinde toplam kredilerindeki artış % 3,2 seviyesinde gerçekleşmiş ve özel sermayeli mevduat bankalarının toplam kredileri Eylül ayında 90,1 milyar YTL seviyesine yükselmiştir. Bankacılık sektörü toplam aktiflerindeki artışın nedenlerinden bir diğeri de, 2005 yılı Ağustos ayında 137,4 milyar YTL seviyesinde olan toplam menkul değerlerin, satılmaya hazır menkul değerler cüzdanında gerçekleşen büyümeye bağlı olarak % 3,3 oranında artarak Eylül ayında 142,0 milyar YTL seviyesine yükselmesi olmuştur. Nakit değerler, Merkez Bankası'ndan alacaklar, para piyasalarından alacaklar ve bankalardan alacaklar rakamlarından oluşan nakit ve nakit benzeri varlıkların bir önceki aya göre %17,0 oranında artarak Eylül ayında 37,4 milyar YTL seviyesine yükseldiği görülmektedir. Bir önceki yılın aynı dönemiyle karşılaştırıldığında, sektörün toplam aktiflerindeki artış % 23,8 oranında gerçekleşirken, bu artışın arkasındaki temel neden krediler rakamında gözlenen % 42,8 oranındaki artışla birlikte, satılmaya hazır menkul kıymetler kaleminde gözlenen % 48,6 oranındaki artış olmuştur. Banka gruplarının bankacılık sektörü toplam bilanço büyüklüğü içerisindeki paylarına bakıldığında, kamu sermayeli mevduat bankalarının ve yabancı sermayeli mevduat bankalarının paylarında bir aylık dönemde sırasıyla 90 baz puan ve 10 baz puanlık azalışlar gözlenirken, kalkınma ve yatırım bankalarının payının bir önceki aya göre değişmediği, özel sermayeli mevduat bankalarının payının ise 100 baz puan arttığı görülmektedir. Özel sermayeli mevduat bankaları, kamu sermayeli mevduat bankaları, yabancı sermayeli mevduat bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarının bankacılık sektörü aktif büyüklüğü içerisindeki payları sırasıyla % 59,0, % 32,0, % 5,6 ve % 3,4 olarak gerçekleşmiştir; bk. *BDDK Aylık Bülteni*, Eylül 2005, s. 1 vd.

Tablo 9: Bankacılık Sektörü Aktif Dağılımı³⁴⁶

Nakit ve nakit benzeri alacaklar	% 10,26
Toplam menkul değerler	% 38,99
Duran değerler	% 6,33
Toplam krediler	% 36,58
Diğer	% 7,85

2. “Pazar Payı” ve “Toplam Ciro” Kavramları

Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4. maddesinde, söz konusu Tebliğ’in 2. maddesinde belirtilen birleşme ve devralma işlemlerini gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümündeki ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının piyasanın % 25’ini aşması durumunda veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası’nı aşması durumunda Rekabet Kurulu’ndan izin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve burada anılan pazar payı ve toplam ciro kavramlarının nasıl hesaplanacağı hususu da düzenlemeye kavuşturulmuştur³⁴⁷.

³⁴⁶ Bk. *BDDK Aylık Bülteni*, Eylül 2005, s. 2

³⁴⁷ Doktrinde, “pazar payı” ve “ciro”nun alternatifli olarak ya da bunlardan sadece cironun tek eşik olarak öngörülmesi hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. *Aşçıoğlu Öz*, RKR’ndan izin alınmasının zorunlu olduğu durumlar belirlenirken, pazar payı veya cironun alternatif şeklinde öngörülmesinin isabetli olduğunu işaret etmektedir. Zira, ciro, pazar payına göre belirlenebilir bir mutlak değer olup, teşebbüsler açısından ciro esasının bildirim tabî olup olmama hususunda kolaylık yaratmaktadır, *Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü*, s. 71; *Kulaksızoğlu*, pazar payını hesaplamada karşılaşılan problemlerin öncelikle piyasanın tanımlanmasındaki zorluklardan kaynaklandığını ifade etmekte ve tutarlı ve öngörülebilir bir piyasa tanımlaması sayesinde, pazar payı ölçüsünün kullanılması daha kullanışlı duruma geleceğini belirtmektedir, *Ciro Kavramı*, s. 86. Buna karşılık doktrinde, bir ürünün pazar payının tespitinin ve teşebbüslerin ilgili ürün piyasasındaki paylarının hesaplanmasının

Buna göre, pazar payının veya toplam cironun hesaplanmasında aşağıdaki teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar paylarının toplamı veya cirolarının toplamı esas alınacaktır:

- a) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları,
- b) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticarî malvarlığının yarıdan fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,
- c) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,
- d) (c) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları,
- e) (a)-(d) de sayılan teşebbüsler üzerinde (b) de sayılan hak ve yetkilere birlikte sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları.

Buna karşılık toplam pazar payı, ilgili ürün pazarındaki toplam pazar payından oluşacaktır. Bu düzenleme uyarınca eşiklerin hesaplanmasında ise, sadece

çok zor olduğu ve subjektif analiz gerektirdiği, bu duruma ilişkin olarak objektif bir değerlendirmenin getirilmesi için, mevzuatta uygulamanın açıkça belirtilmesi ve cironun tek eşik olarak değerlendirilmesi yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 415 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 297; *Zuvin*, Serap / *İşmen*, Tolga: “Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması”, RB 2000, S. 3, s. 30. Gerçekten, uygulamada bazen teşebbüslerin pazar payları çok yüksek olduğu halde, bu pazara rağmen ciroları çok yüksek olmayabilmektedir; bazen de aksi durum ile karşılaşılmaktadır. Örneğin bankacılık sektöründe % 40 yüksek bir pazar payı olarak kabul edilebilirken, bilgisayar sektöründe yüksek olarak kabul edilmeyebilir. Kanımızca, pazar payı, rekabet hukuku açısından işletmelerin pazar gücünün belirlenmesinde önemli bir ölçüt olarak kullanılacağından, mevzutta, pazar payı veya cironun birbirine alternatif şekilde öngörülmesi tercih edilmelidir.

birleşme ve devralma işleminin tarafı olan teşebbüsler değil, bunların bağlantılı oldukları teşebbüsler de dikkate alınacaktır.

Rekabet Kurulu'nun birçok kararında da, birleşme ve devralma işlemlerinde pazar payına ilişkin açıklamalar bulunmaktadır. Örneğin, BNP Paribas SA (BNPP) ve Dresdner Bank AG (DB)'nin BP-AK-Dresdner Bank A.O. (BADB)'da sahip olduğu toplam % 60 oranındaki payın, bankanın diğer pay sahibi Akbank T.A.O. (Akbank) tarafından devralınması işlemine izin verilmesine ilişkin Kararı'nda³⁴⁸, ilgili iki ürün pazarının bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu Karar'da, BADB'nin devri açısından, işlemin niteliği dikkate alındığında, ayrıntılı bir pazar tanımına gerek bulunmadığından, ilgili ürün pazarı, "bankacılık pazarı" olarak belirlenmiştir. Ayrıca, anılan pazardaki başlıca ürünlerin, kurumsal ve ticarî krediler, küçük işletme kredileri, tüketici kredileri, kredi kartları, gayrinakdî krediler ve mevduat olarak sayılabileceği ifade edilmiştir.

BADB'nin aktifleri arasında yer alan BNP-AK-Dresdner Finansal Kiralama A.O. (BADF)'nin devri açısından ilgili ürün pazarı, kontrolü el değiştiren ortaklığın faaliyet gösterdiği "finansal kiralama pazarı" olarak belirlenmiştir. Devre konu iki işlem açısından da ilgili coğrafi pazar, "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

Tebliğ'in 4. maddesinin III. fıkrasında ise, cironun nasıl hesaplanacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre ciro, tek düzen hesap planına göre bir önceki malî yıldaki net satışlardan oluşacak olup, sadece ilgili ürün piyasasındaki cirolar değil, elde edilen tüm cirolar dikkate alınmaktadır. Ciro hesaplanırken 4. maddenin II. fıkrasında yer alan teşebbüslerin kendi aralarındaki satışlardan doğan ciroları ise

³⁴⁸ 03.03.2005 tarih ve 05-12/144-51 sayılı RKr Kararı (RG, 10.06.2005, S. 25841).

hesaba katılmayacaktır. Ayrıca, teşebbüslerin kısmen devri ile oluşan birleşme ve devirlerde devredilen kısmın cirosu esas alınacaktır³⁴⁹.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesinin IV. fıkrasında malî kuruluşlarda, 4. maddenin I. fıkrasında öngörülen eşiklerin hesaplanmasında ciro olarak kabul edilecek değerler öngörülmüştür.

Buna göre bankalar için, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 51. maddesinin (5) numaralı bendine göre Hazine Müsteşarlığı'nca usul ve esasları belirlenen kâr ve zarar tablolarında yer alan faiz gelirleri ile faiz dışı gelirleri toplamı, ciro olarak kabul edilecek değerleri oluşturmaktadır.

Faiz gelirleri, kredilerden alınan faizler, mevduat munzam karşılıklarından alınan faizler, bankalardan alınan faizler, bankalararası para piyasası işlemlerinden alınan faizler, menkul değerler cüzdanından alınan faizler ve diğer faiz gelirlerini ifade etmekte olup, alınan ücret ve komisyonlar, sermaye piyasası işlem kârları,

³⁴⁹ Avrupa Birliği hukukunda ise “Birleşme Tüzüğü Hükümlerinin Yorumlanmasına İlişkin 2004/C 31/03 Sayılı Rehber”de Avrupa Komisyonu tarafından hangi birleşme ve devralmalara müdahale edileceği hususunda kullanılacak analizler ortaya konulmuştur. Buna göre piyasadaki yoğunlaşma konusunda, “piyasa payı” ve “HHI” olarak iki temel ölçü esas alınmaktadır. Piyasa payı ve yoğunlaşma düzeylerinin ölçülmesine ilişkin olarak, Komisyon tarafından Herfindahl Hirschman indeksi (HHI) kullanılmaktadır. Herhangi bir endüstrinin tam rekabet veya tekele ne kadar yakın olduğu çoğunlukla n-firma yoğunlaşma indeksi (CRn) veya Herfindahl-Hirschman yoğunlaşma indeksi (HHI) ile ölçülmektedir. Endüstride tek bir firma varsa (tekel) Yoğunlaşma İndeksi 10.000 değerini alır. Buna karşılık, firma sayısı arttıkça indeks değeri küçülür (10.000/n) ve tam rekabette sıfıra yaklaşır. Öte yandan, endüstrideki en büyük n firmanın endüstrinin toplam satışlarındaki yüzde payına göre belirlenen n-Firma Yoğunlaşma İndeksi değeri (CR_n katsayısı), tam rekabette yaklaşık sıfır iken tekelde 100'dür. Bu indeks, HHI endeksinde olduğu gibi, çoğunlukla dört firma bazında hesaplanır. Hesaplanan dört firmanın yoğunlaşma oranı (CR₄) ilgili endüstrinin piyasa yapısını gösterecektir. Genel olarak bk. *Aydınlı*, İbrahim: *Türk Bankacılık Sistemi Piyasa Yapısı*, Ankara 1994, s. 61; *Aydoğuş*, Osman / *Altay*, Oğuzhan N.: “Türk Bankacılık Sektöründe Piyasa Yapısı ve Rekabet”, *Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi 2003*, s. 36-37; *Kulaksızoğlu*, 139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü, s. 93-94. HHI, piyasadaki bütün firmaların bireysel piyasa paylarının karelerini toplamak suretiyle elde edilmektedir. Söz konusu yöntemde büyük firmaların piyasa paylarına oransal olarak daha fazla ağırlık verilmektedir; zira hesaplamada bütün firmaların dahil edilmesi en iyi yöntem olsa da, küçük firmalar hakkındaki bilgi eksikliği, HHI için çok fazla etki doğurmayacağından önemli bir etken olmayacaktır. Bk. *Kulaksızoğlu*, 139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü, s. 93-94.

iştirakler ve bağı ortaklıklardan alınan kâr payları, olağanüstü gelirler ve diğer faiz dışı gelirler de, faiz dışı gelirlerin kapsamında yer almaktadır³⁵⁰.

Söz konusu Tebliğ'in anılan hükmü uyarınca, katılım bankaları için, Hazine Müsteşarlığınca kurumlardan istenen gelir tablosunda yer alan carî hesaplardan gelirler, katılma hesaplarından gelirler, özel fon havuzlarından gelirler, özkaynaklardan kullandırılan fonlardan gelirler, diğer faaliyetlerden gelir ve kârlar ve olağan gelir ve kârlar toplamı, ciro olarak kabul edilecek değerleri oluşturmaktadır.

³⁵⁰ Bununla birlikte, söz konusu Tebliğ hükmünde, finansal kiralama ortaklıkları, faktoring ortaklıkları, aracı kuruluşlar ve sigorta ortaklıkları için de ciro olarak kabul edilecek değerlere yer verilmiştir. Tebliğ'in anılan hükmünde, finansal kiralama ortaklıkları için 28.04.1992 tarih ve 21212 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik"nin 8. maddesinin II. fıkrasına dayanılarak istenen gelir tablosunda yer alan finansal kiralama gelirleri, diğer faaliyetlerden olağan gelir ve kârlar, olağan dışı gelir ve kârlar; faktoring ortaklıkları için Hazine Müsteşarlığınca kurumlardan istenen gelir tablosunda yer alan faktoring gelirleri, faktoring faiz gelirleri, faktoring komisyon gelirleri, diğer faaliyetlerden olağan gelir ve kârlar, olağan dışı gelir ve kârlar; aracı kuruluşlar için SPKı tarafından çıkarılan ve 29.01.1998 tarih ve 20064 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Seri: XI, No: 1 sayılı "Sermaye Piyasasında Malî Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ"e göre istenen ayrıntılı gelir tablosunda yer alan brüt satış kârı, diğer faaliyetlerden gelirler ve kârlar, olağanüstü gelirler ve kârlar; sigorta ortaklıkları için ise, Hazine Müsteşarlığınca çıkarılan tek düzen hesap planına göre Sigorta Denetleme Kurulu tarafından istenen malî tablolardan konsolide teknik kâr-zarar hesaplarında yer alan alınan primler, alınan komisyonlar ve diğer gelirler toplamı, ciro olarak kabul edilecek değerler arasında yer alacaktır.

Tablo 10: Karşılaştırmalı Olarak Türk Bankaları ile Yabancı Bankaların Büyüklükleri³⁵¹

2004 (Milyon Euro)	Türkiye	Fortis	BNP Paribas	Uni Credito	Rabobank	Hapolin
Aktifler ³⁵²	168.075	570.648	905.938	265.855	475.089	44.588
Mevduat	108.262	213.779	328.268	156.923	192.123	37.096
Kredi ³⁵³	56.623	209.372	266.850	140.438	276.170	31.360
Özkaynaklar	25.208	15.822	30.194	14.036	26.609	2.581
Kâr	3.541	3.358	4.668	2.131	1.536	359
Özkaynak Kârlılığı	14.0	25.6	16.8	17.9	10.1	15.2
Sermaye Yeterlilik Oranı	28.8	12.3	10.3	11.6	11.4	11.0

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere, Türk bankacılık sektöründe yer alan bankaların aktif büyüklükleri, yabancı bankalara göre çok daha düşük bir seviyededir. Bununla birlikte, burada göze çarpan husus, parasal açıdan aktif miktarının yabancı bankalara göre düşük olmasına rağmen Türk bankalarının elde ettikleri kâr

³⁵¹ Bk. *Bekar*, s. 62.

³⁵² 2004 yılı sonu itibarıyla 168.075 (milyon) Euro olan Türkiye'deki bankaların toplam aktif tutarı, 2006 yılı sonu itibarıyla yaklaşık 270.000 (milyon) Euro'yu bulmuştur.

³⁵³ Kısa vadeli krediler, orta ve uzun vadeli krediler, takipteki krediler, özel karşılıklar.

oranlarının yabancı bankalara göre yüksekliğidir. Aslında bu hususun en önemli etkeni, söz konusu bankaların içinde buldukları makro ekonomik koşullardır.

Kanımızca burada, güçlü sermaye yapısına sahip yabancı bankalarla kâr marjları yüksek Türk bankalarının birleşmesini teşvik etmek, daha güçlü bir bankacılık sektörüne kavuşulmasına hizmet edecektir³⁵⁴.

B- Banka Birleşmelerinin Bildirilmesi

1. Bildirimin Yapılacağı Yer

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin % 20'yi geçmesi durumunda bu birleşmelerin Rekabet Kurulu'na³⁵⁵ bildirilmesi söz konusu olacaktır³⁵⁶.

Rekabet Kurulu'na bildirilen birleşme ve devralma işlemleri kapsamında, bankacılık sektörünün de içinde bulunduğu finans hizmetlerine ilişkin olarak, 1999 yılında 2, 2000 ve 2001 yıllarında 0, 2002 yılında 5, 2003 yılında da toplam 1 adet dosya Rekabet Kurulu'nun incelemesinden geçmiştir³⁵⁷.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 20. maddesi uyarınca, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşmasının ve gelişmesinin temini ile bu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine

³⁵⁴ Türk bankalarının yabancı bankalarla birleşme sürecine ilişkin gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bekar*, s. 62-63.

³⁵⁵ Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin bildirimler, Komisyon'un Dördüncü Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan "Birleşme Çalışma Grubu" (*Merger Task Force*) adlı özel bir birime yapılmaktadır. Buna karşılık birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin kararlar ise, Komisyon tarafından alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Bosman*, s. 115 vd. Ayrıca bk. aşağıda s. 194 vd.

³⁵⁶ RKR'na yapılan bu bildirim, bir ön bildirimdir; bir başka deyişle burada, bildirilmesi zorunlu olan bir birleşmenin bildirilmeden uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bk. *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 175; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 143.

³⁵⁷ Bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (10.01.2006).

verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur. Kurum'un ilişkili olduğu Bakanlık, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'dır. Kurum görevini yaparken bağımsız olup, hiçbir organ, makam, mercî ve kişi Kurum'un son kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyecektir. Rekabet Kurumu'nun teşkilat yapısı Rekabet Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır.

Türk rekabet hukukunda teşebbüslerarası gerçekleşen birleşme işlemleri, Rekabet Kurulu'na bildirilmektedir. Rekabet Kurulu'nun yapısına genel olarak bakıldığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi uyarınca Kurul, biri başkan biri de ikinci başkan olmak üzere toplam yedi üyeden³⁵⁸ oluşmaktadır³⁵⁹.

Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu'nun içerisinde yer almakta olup, bu Kurum'un teşkilatının oluşumu, "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"³⁶⁰ ile düzenlenmiştir.

2. Bildirimde Bulunabilecekler

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ'in 5. maddesinde, bildirim bu Tebliğ'in 2. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan durumları gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce birlikte yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Bildirim, birleşmeye konu kişi ya da teşebbüslerin yasal temsilcileri tarafından da yapılabilecektir. Rekabet Kurumunca alındığı tarihte bildirim yapılmış sayılacak

³⁵⁸ Bakanlar Kurulu iki üyeyi RKR'nun, bir üyeyi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın, bir üyeyi Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanlığı'nın, birer üyeyi ise Yargıtay, Danıştay ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışarıdan göstereceği ikişer aday arasından seçer ve atar. Bakanlar Kurulu, Kurulun göstereceği üç aday arasından birisini Başkan olarak görevlendirir. İkinci Başkanı Kurul üyeleri seçer.

³⁵⁹ RKR'nun hukukî yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Ulusoy*, Ali: "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 4 vd.

³⁶⁰ RG, 21.06.1997, S. 23026.

olup, yetkisiz kişiler tarafından yapılmış bildirimler yapılmamış sayılacaktır. Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, Türkiye'de kurulacak bankaların anonim ortaklık olarak kurulması gerektiğinden, bankaların yasal temsilcileri de, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim ortaklığa ilişkin hükümleri dikkate alınarak belirlenecektir. Buna göre anılan Kanun'un 317. maddesi uyarınca, banka, yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilir. Bununla birlikte, banka esas sözleşmesi yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisinin tamamının ya da bir bölümünün yönetim kurulu üyesi Murahhas Üyelere ya da pay sahibi olmasa bile Murahhas Müdürlere bırakılması için genel kurula veya yönetim kuruluna yetki verebilir³⁶¹ (TTK m. 319).

Söz konusu Tebliğ'in 5. maddesine göre usulüne uygun olarak yapılmış olan bir bildirim hakkında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin I. fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin II. fıkrası çerçevesinde zımnen bir karar verilmeden önce birleşme ve devralma hukuken geçerlilik kazanamayacak olup³⁶², bildirim yapılmamış sayılması durumunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesi uygulanacaktır.

3. Bildirim Formu

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca bildirim, Kurul tarafından hazırlanacak bildirim formlarının istediği bilgileri tam ve eksiksiz olarak içermelidir. Bildirimi taraflardan herhangi biri yapabilecek olup, bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır. Bildirime ilgili belgeler eklenir ve bildirim Kurul kayıtlarına intikal ettiği tarihte yapılmış sayılır.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin III. fıkrası uyarınca bildirim, bu Tebliğ'in ekinde

³⁶¹ Bk. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 306 vd.

³⁶² Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, 139/2004 sayılı Tüzüğün 12. maddesinde, birleşme ve devralmaya ilişkin işlemin son karar verilinceye kadar askıda olacağı ifade edilmiştir.

yer alan “bildirim formuyla (Form-2)”³⁶³ yapılacaktır. Ortak bildirimler tek bir formla yapılabilecek olup, her bildirim ve ekli evrakı yirmi nüsha halinde hazırlanarak Rekabet Kurumu’na gönderilecektir. Rekabet Kurumu’nun şube ve temsilciliklerine yapılan bildirimler yapılmamış sayılacaktır. Evrakın arasında kopyalar varsa bildirimde bulunanların, bunların asıllarına uygunluğunu onaylamaları gerekecektir.

Bildirim, bildirim formunda istenmiş olan bilgileri tam ve doğru olarak içermeli ve bu bilgilerde sonradan oluşacak değişiklikler derhal Kurul’a bildirilmelidir.

Formun birinci kısmında, taraflara ilişkin bilgiler yer almaktadır. Banka birleşmelerinde, bu bölümde bildirimde bulunacak olan bankaların unvanı, adresi, telefon ve faks numaralarının, gerektiği takdirde bağlantı kurulabilecek bir yetkiliye ilişkin bilgilerin yer alması gerekmektedir. Ayrıca, yetkili temsilcilerin³⁶⁴ yetkili olduğuna ilişkin belge ile adı, soyadı, adresi, telefon ve faks numaraları da bu kısımda belirtilmelidir.

Formun ikinci kısmında, birleşme ve devralmaya ilişkin bilgilerin yer alması gerekmektedir. Bu bölüme bildirimde bulunacak bankalar tarafından birleşmenin niteliği, kapsamı ve amacı, hukukî tanımı ve taraflar açısından birleşmeden önceki ve

³⁶³ Avrupa Birliği hukukuna baktığımızda, birleşme ve devralmalara ilişkin bildirimler “Birleşme Çalışma Grubu” (*Merger Task Force*) tarafından hazırlanan ve bildirim formu niteliğindeki formlar doldurularak yapılmaktadır. Zira, 139/2004 sayılı Tüzüğün 3. maddesinde, bildirimlerin nasıl yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bk. aşağıda s. 194 vd.

³⁶⁴ Bankaların anonim ortaklık şeklinde kurulacağı dikkate alındığında, TTK’nun 317. maddesi uyarınca, anonim ortaklıkların temsil organı yönetim kuruludur. BANKK’nun 3. maddesinde ise yönetici kavramı, yönetim kurulunu da kapsar şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, anılan Kanun hükmü uyarınca yöneticiler, bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini ifade etmektedir. Diğer taraftan, aynı Kanun’un 23. maddesinde ise, bankaların yönetim kurulları genel müdür dahil beş kişiden az olamayacak, genel müdür, bulunmadığı hallerde vekili, yönetim kurulunun doğal üyesi olacak ve bu Kanun’da genel müdür için öngörülen koşullar, yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de aranacaktır.

sonraki ekonomik ve malî yapılanmanın tanımı yazılmalıdır. Bu bölümde ayrıca, bildirimde bulunacak teşebbüslerin ayrı ayrı ve toplam ciro bilgilerinin, taraflar ve taraflarla aynı grupta olan teşebbüslerin, birleşmeye konu teşebbüsleri doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol eden teşebbüs veya kişilerin, etkilenen pazarda faaliyet gösteren taraflarca veya başka teşebbüslerce doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen başka teşebbüslerin, kontrolün niteliği ve kontrolü sağlayan araçların belirtilmesi gerekmektedir.

Formun üçüncü kısmında teşebbüslere ilişkin bilgiler ile teşebbüslerin malî bilgilerin yer alması gerekmektedir. Bu kapsamda, aynı grupta yer alan ve etkilenen pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüs ve kişilerin doğrudan ya da dolaylı, bireysel veya kollektif olarak % 10 oy hakkına, sermaye ya da malvarlığına sahip olan kişi ve teşebbüsler ve bunların sahip oldukları değerleri yüzde olarak belirtmek suretiyle sayılacaktır. Ayrıca, birleşme ve devralma taraflarının yönetim kurullarında ve aynı zamanda etkilenen pazarlarda faaliyet gösteren başka teşebbüslerin denetim veya yönetim kurullarında yer alan kişilerin adları, görevlerini de belirtmek suretiyle sayılacak ve birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüslerin içinde buldukları grupların son üç yılda gerçekleştirdikleri devralmalar hakkında ayrıntılı bilgi verilecektir.

Formun dördüncü kısmında, ilgili pazara ilişkin bilgilere yer verilecektir. Bir başka deyişle, bankalar için buradaki bilgiler bankacılık sektörüne ilişkin bilgiler olacaktır. Bu kapsamda, birleşme ve devralmanın etkili olduğu ve Kurul'un bu bildirimini değerlendirirken esas alması gerektiği düşünülen ilgili ürün pazarı ve bildirimde birleşme ve devralmadan doğrudan ya da dolaylı olarak etkileneceği düşünülen mal ve hizmetler sayılacaktır. Bununla birlikte, bildirimde konu olan birleşme ve devralmanın etkili olduğu ve Kurul'un bu bildirimini değerlendirirken esas alması gerektiği düşünülen ilgili coğrafî pazar ile bildirimde konu olan birleşme ve

devralmanın etkili olduđu ve Kurul'un bu bildirimini deęerlendirirken esas alması gerektięi dűşünűlen etkilenen pazarlar tanımlanacaktır.

Ayrıca bu kısımda, birleşme ve devralmaya katılan teşebbűslerin pazar payları ile pazardaki diğer teşebbűslerin tahmini pazar payları ile birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbűslere mal ve hizmet temin eden en büyük beş sağlayıcının adı, adresi, telefon ve faks numaraları ile gerektiğinde bağlantı kurulabilecek bir yetkilisinin adı ve soyadı belirtilecektir.

Formun beşinci kısmında, pazara giriş koşulları ve potansiyel rekabete ilişkin bilgilerin yer alması gerekmektedir. Bu kapsamda varsa, ilgili őrűn pazarına girişi etkileyen koşullar belirtilecek, ayrıca, son beş yılda, tarafların faaliyet gösterdięi coęrafi alanda ilgili őrűn pazarına yeni giren herhangi bir teşebbűs olduysa, bu teşebbűsün adı, adresi, telefon ve faks numaraları ve tahminî pazar payı ile birlikte gerektięinde görűşűlebilecek bir yetkilisinin adı ve soyadı belirtilecektir.

Formun altıncı kısmında bildirim gerekçesine ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, bildirim konu olan birleşme ve devralmaya Kurul izin vermediği takdirde yapılmış olan bu bildirim, menfi tespit için başvuru veya muafiyet için bildirim olarak değerlendirilmesi yönűnde bir istem var ise bu hususun ve ayrıca, bildirim konu olan birleşme ve devralma işleminde belirtilmek istenen diğer hususların belirtilmesi gerekmektedir.

Son olarak formun yedinci kısmında, bildirim gerekçesi ile bildirim eklerine ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, bildirim konu olan ve birleşme ve devralmayı düzenleyen anlaşma ya da kararın son halinin ve birleşme ve devralmaya ilişkin olan diğer dökűman ve belgelerin bir kopyasının, birleşme ve devralma taraflarının en son yıllık raporlarının ve hesaplarını gösterir belge ve dökűmanlarının, tarafların faaliyetleri ile ilgili olarak varsa taraflarca veya üçüncü

kişilerce yapılmış olan planlama, pazar araştırmaları ve bu konudaki diğer çalışmaların forma eklenmesi gerekmektedir.

4. Bildirim Süresi

Bildirim hangi sürede yapılması gerektiği hususuna ilişkin olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da bir hüküm bulunmamaktadır.

“Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ”in³⁶⁵ birleşme ve devralmalarla ilgili 7. maddesinde, 05.11.1997 tarihinden itibaren, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamındaki birleşme ve devralmalardan bu Tebliğ’in 2. ve 4. maddesi ile Rekabet Kurulu’nun iznine bağlı kılınan her türlü birleşme ve devralmanın, işlemin yapılmasından uygun bir süre sonra, tercihen 30 gün önce, Kurul’a bildirilerek, Kurul’dan izin alınmasının zorunlu olduğu düzenlemesine yer verilmişti. Rekabet Kurulu, her birleşme ve devralma işleminin ve dolayısıyla her somut olayın kendi içerisinde farklı hukukî durumları içerebileceğini dikkate alarak söz konusu Tebliğ’de, “tercihen 30 gün önce” ibaresine yer vermiřti³⁶⁶. Söz konusu düzenleme, 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de Değişiklik Yapılması ile 1997/2 ve 1997/6 Sayılı Tebliğlerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu’na yapılan bildirim bir ön bildirim olduğu dikkate alındığında, söz konusu bildirim, birleşme işleminin uygulamaya

³⁶⁵ 1997/6 sayılı Tebliğ (RG, 11.11.1997, S. 23167).

³⁶⁶ Avrupa Birliği hukuku uygulamasına baktığımızda ise, 4064/89 sayılı Tüzüğün 4. maddesinde, bir haftalık bir bildirim süresi öngörölmüş iken, bu Tüzüğü yürürlükten kaldıran 139/2004 sayılı Tüzük’te herhangi bir bildirim süresine yer verilmemiştir.

sokulmasından³⁶⁷ önce yapılması gerekmektedir. Doktrinde, birleşme ve devralmalarla ilgili olarak, herhangi bir süreye yer verilmemesinin nedeninin, fiilî bir oluşumun da birleşme veya devralma olarak değerlendirilebileceği, bu nedenle burada herhangi bir süre konulmasının zor olduğu ve mümkün olan en kısa sürede bildirim yapılması gerektiğinden kaynaklandığı ifade edilmiştir³⁶⁸.

5. Rekabet Kurulu'nda İnceleme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, pazar payı ve ciro eşiklerini aşan birleşme ve devralmaların³⁶⁹ Rekabet Kurulu'na bildirilmesi zorunlu olup, Kurul bu birleşmeleri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde inceleyecektir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca, birleşme ve devralma işlemleri Kurul'a bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme ve devralma işlemine izin verebilecektir. Eğer Kurul söz konusu anlaşmaları son incelemeye almaya karar verirse, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin son karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer önlemlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorunda olacaktır. Bu durumda, söz konusu Kanun'un 40-59. maddeleri hükümleri³⁷⁰ uygulanacaktır. Bununla birlikte söz konusu Kanun hükümlerinde, soruşturmanın ne kadar süre içerisinde tamamlanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce, birleşme işlemlerinin arkasında yatan temel nedenlerin daha çok ekonomik gerekçeler olduğu dikkate alındığında, bu soruşturma sürecinin, işlemin uygulanabilir olmasını engellemeyecek uzunlukta olması ve hatta Kanun'a bu sürecin ne kadar süre içerisinde tamamlanacağı

³⁶⁷ *Aslan*'a göre, birleşme sonucunda kurulacak ortaklığın faaliyeti ne olacak ise, onunla ilgili faaliyetlere başlanmış olması ya da kolayca geri dönülemeyecek nitelikte başlanması yolunda önemli adımlar atılmış olması, birleşmenin uygulamaya sokulması olarak değerlendirilmelidir, *Rekabet Hukuku Dersleri*, s. 175-176.

³⁶⁸ Bk. *Aslan*, *Rekabet Hukuku Dersleri*, s. 175-176; *Erdem*, *Türk-AT Rekabet Hukuku*, s. 143; *Güven*, *Rekabet Hukuku*, s. 406; *Güven*, *Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, s. 319-320.

³⁶⁹ Bk. yuk. s. 155 vd.

³⁷⁰ RKKH'nun 40. ila 59. maddeleri hükümleri, RKR'nun inceleme ve araştırmasındaki usul ile rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenlemektedir.

yününde bir hüküm konulması gerekmektedir³⁷¹. Nitekim, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Metnin 7. maddesinde, Kurul'un, en fazla "üç ay" sürecek inceleme sonucunda son kararını vereceği ifade edilerek, soruşturma sürecinin belirli bir süre içerisinde tamamlanacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Kurul, süresi içinde birleşme ve devralmaya ilişkin başvuruya ilgili olarak herhangi bir işlem yapmazsa, birleşme ve devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukukî geçerlilik kazanacaktır.

Diğer taraftan, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurul'a bildirilmemiş olduğu durumlarda, Kurul'un, herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme ve devralmayı incelemeye alması da mümkün bulunmaktadır (RKHK m. 11). Bu durumda inceleme sonucunda Kurul, birleşme ve devralmanın Kanun'un 7. maddesinin I. fıkrası kapsamına girmediğine karar verirse, işleme izin verecek, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulayacaktır³⁷². Burada, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurul'a bildirilmediğinden, ilgililer için bir idarî para cezasının uygulanması söz konusu olacaktır. Zira, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken

³⁷¹ Soruşturma sürecinin uzunluğuna ilişkin olarak *Gülergün*, birleşme işlemlerinin bir taraftan derin bir ekonomik analiz gerektirdiğinden uzun bir inceleme sürecini gerektirdiğine ve diğer taraftan, izin sürecinin de, işlemin uygulanabilir olmasının önüne geçmemesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca Yazara göre, her ne kadar RKHK'da değerlendirme sürecinin kısalmasına ilişkin endişe göz önünde bulundurularak, bu sürecin ilk aşaması bir ayla sınırlı tutulmuş ise de, son inceleme aşamasında, anılan Kanun'un 49. ve 50. maddelerine atıf yapıldığından, bir yıldan uzun süren soruşturmalara rastlanılabilmektedir. Bu nedenle, Kanun'da bir ara yol bulunarak, incelemenin yine iki aşamalı olarak kalması, ilk aşamanın bir ay, ikinci aşamanın ise üç-dört ay sürmesi, taraflara ikinci aşamada bir savunma hakkının tanınması ve red kararının ise ancak ikinci aşamada alınabilmesi gerekmektedir, s. 215-216.

³⁷² RKR, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı Kararı'nda (RG, 03.03.2002, S. 24684), kendisine bildirimde bulunmayan ve basın yoluyla öğrendiği Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.O. ortak girişiminin kurulması işleminde, ortak girişim kurulması işleminin RKHK'un 7. maddesine aykırılık taşımadığını dikkate alarak işleme izin vermiş, ancak, yapılan işlemin süresinde Kurul'a bildirilmemesinden dolayı işlemin tarafları ile söz konusu teşebbüslerin yönetim kurulu üyeleri hakkında RKHK'un 16. maddesi uyarınca para cezasına hükmetmiştir.

Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin VII. fıkrasına göre, izne tabî bir birleşme ve devralma işleminin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin I. fıkrasının (c) bendi uyarınca para cezası uygulanacaktır. Tüzel kişiliği olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu bentte belirtilen para cezasının uygulanması durumunda ise, yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen, verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanacaktır.

Rekabet Kurumu tarafından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında 1999-2004 yılları arasında re'sen incelemeye alınan dosyaların dağılımına bakıldığında, 1999, 2001 ve 2003 yıllarında 1'er, 2000 yılında 2 ve 2004 yılında 0 olarak bu dağılım gerçekleşmiştir³⁷³. Ancak söz konusu dağılım kapsamında bankacılık sektörüne ilişkin re'sen incelemeye alınan dosya bulunmamaktadır.

Kurul'un, birleşme ve devralmanın 7. maddenin I. fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi durumunda ise, para cezası ile birlikte, birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiilî durumların ortadan kaldırılmasına, koşulları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski sahiplerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine, bunların eski sahiplerine veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınmasına karar verilir.

Birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi hususu, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu mevzuat hükmünde, Rekabet Kurulu'nun

³⁷³ Bk. <http://www.rekabet.gov.tr> (10.01.2006).

kendisine bildirilen birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin değerlendirmesinde özellikle göz önünde tutulacak hususlara yer verilmiştir.

Buna göre Rekabet Kurulu'nca yapılacak değerlendirmede özellikle, ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiilî ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı ile, ilgili teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve malî güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları, pazara girişte herhangi bir kanunî veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engelleyici şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar, göz önünde tutulacaktır.

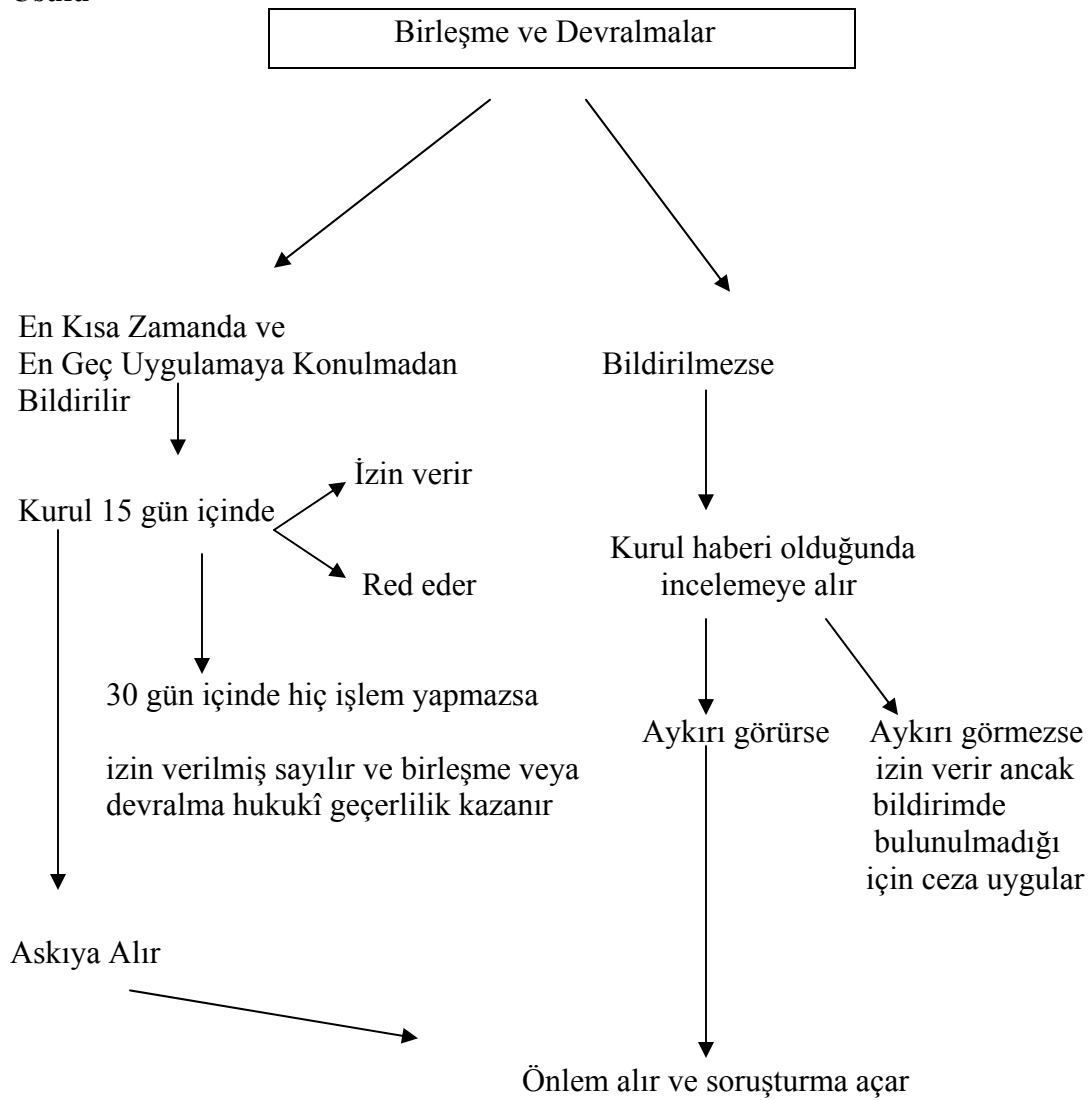
Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme ve devralmalara Kurul tarafından izin verilecektir. Kurul, bildirilen birleşme ve devralmaya, gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınması ve bazı yükümlülöklere uyulması koşuluyla da izin verebilir.

Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme ve devralmaların Kanun'a aykırı olduğu kabul edilecek ve bunlara izin verilmeyecektir.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 9. maddesi uyarınca, Kurul'un Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin I. fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin II. fıkrası çerçevesinde zımnen bir birleşme ve devralmanın anılan Kanun'un 7. maddesine aykırı olmadığına ilişkin vermiş olduğu kararın,

teşebbüslerden biri tarafından verilmiş olan yanlış veya yanıltıcı bilgi nedeniyle alınmış olduğu ya da karara eklenmiş olan yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması durumlarında Kurul, birleşme ve devralmayı yeniden incelemeye alarak yasaklamaya ve diğer yaptırımların uygulanmasına karar verebilecektir.

Tablo 11: Rekabet Kurulu'nda Birleşme ve Devralmaların İncelenme Usulü³⁷⁴



³⁷⁴ <http://www.rekabet.gov.tr> (10.01.2006).

III. REKABET KURULUNCA VERİLECEK KARARLAR³⁷⁵

A- İzin

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinin II. fıkrası uyarınca Kurul, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında olmayan bir birleşme ve devralma işlemine izin verecektir³⁷⁶. Bir başka deyişle burada, teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemi, hakim durum yaratan ya da hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda da ülkede veya ülkenin bir bölümünde rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir nitelik taşımamaktadır.

Kurul incelemeyi yaparken, söz konusu mevzuat hükümlerinde öngörülen hususları değerlendirmede göz önünde bulunduracak ve takdir yetkisi tamamen Kurul'un kendisinde olacaktır.

³⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 146 vd; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 423 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 386 vd.

³⁷⁶ Bazı durumlarda, birleşme ve devralma işlemlerinde yan sınırlamalara da yer verilmiş olabilir. Örneğin birleşme ve devir işlemine konu olan pazara yabancı olan bir teşebbüs ile, daha önceden pazarda müşteri portföyü oluşturmuş olan, dağıtım ağı bulunan bir teşebbüs arasında bazı yan sınırlamalar öngörülebilir. Bu yan sınırlamalar, rekabet etmeme, tedarik anlaşmalarına ilişkin ya da fikrî ve sınai haklara ilişkin olarak çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Uygulamada bu yan sınırlamaların, zorunlu, objektif ve makul olmaları koşuluyla kabul edileceği ileri sürülmektedir. Diğer taraftan, RKHK'da ve diğer mevzuat hükümlerinde yan sınırlamalar ve dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinin değerlendirilmesine ilişkin özel düzenlemeler yer almamaktadır. Kurul bu konuda verdiği çeşitli kararlarında, Avrupa Birliği hukukundan faydalanarak, Komisyon'un ve Adalet Divanı'nın kararlarını dikkate almaktadır. Bu kapsamda Kurul, birleşme ve devralma çerçevesinde ele aldığı yan sınırlamalara izin verebilir, rekabet yasağına ilişkin hükmün değiştirilmesini isteyebilir, bir başka deyişle koşullu izne karar verebilir, yan sınırlamaların RKHK'un 4. maddesine aykırı olmadığına ilişkin bir menfi tespit belgesi verebilir ya da yan sınırlamalara RKHK'un 4. maddesinin uygulanmasından muafiyet tanıyabilir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Gülergün*, Cenk: "Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar", RD 2001, S. 6, s. 8 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 273 vd; *Erdem*, Ercüment: "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2004, s. 115 vd.

B- Koşullu İzin

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinin III. fıkrası uyarınca Kurul, bildirilen birleşme ve devralma işlemine, gerekli gördüğü diğer önlemlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla da izin verebilecektir³⁷⁷.

Her ne kadar anılan Tebliğ'de Kurul'un koşullu izne karar verebileceği ifade edilmiş ise de, Kanun'da açık bir hüküm olmaması³⁷⁸ nedeniyle, Kurul'un bu türden bir karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı uygulamada tartışılmaktadır³⁷⁹. Bununla birlikte, kanımızca yukarıda belirtilen Tebliğ hükmü, Kurul'un koşullu izin verebileceğini açıkça düzenlemiştir.

Diğer taraftan, Kurul'a süresinde ya da hiç bildirilmemiş bir birleşme ve devralma işlemine ilişkin olarak, Kurul'un koşullu izne karar verip veremeyeceği üzerinde ayrıca durulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda mevzuatta açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, Kurul'un, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesi kapsamında incelemeye aldığı birleşme ve

³⁷⁷ Örneğin RKr'nun, Glaxo Wellcome plc. ile SmithKline Beecham plc. ilaç ortaklıklarının, Glaxo-SmithKline unvanlı yeni bir ortaklık çatısı altında birleşmeleri işlemine izin verilmesi talebine ilişkin, 03.08.2000 tarih ve 00-29/308-175 sayılı Kararı'nda (RG, 06.04.2002, S. 24718), "lisans devri gerçekleştirildiğinde konuyla ilgili olarak bilgilendirilmesi" koşulu; RKr'nun, New Holland N.V. firmasının Traktör ve Ziraat Makinaları A.O'nun ortakları olan Koç grubu bünyesindeki ortaklıkların paylarının bir kısmı almalarına ilişkin 28.05.1998 tarih ve 67/517-84 sayılı Kararı'nda ise (RG, 04.02.1999, S. 23601), "işlemin biçer döver piyasasının sağlayacağı seviyesinde mevcut hakim durumun güçlenmesine, dağıtıcı seviyesinde ise hakim durum yaratılmasına neden olacağı belirlenmiş ve işleme, aynı ve makul koşulları yerine getiren diğer firmalara da talep halinde eşit davranılarak distribütörlük tesis edilmesi" koşulu öngörülmüştür.

³⁷⁸ Her ne kadar, birleşme ve devralmalarda RKHK'da koşullu izne karar verilebileceği hususuna açıkça yer verilmemiş olsa da, anılan Kanun'un 5. maddesinin II. fıkrasında, muafiyet kararının verilmesinin belirli koşul ve yükümlülüklerle bağlanabileceği, ayrıca, muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasında, tarafların belirli davranışlarını yasaklayabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

³⁷⁹ Bu tartışmalar hakkında bk. *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat, s. 495 vd; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 403-404; *Ulu*, s. 58-59.

devralma işlemini anılan Kanun'un 7. maddesine göre değerlendireceğinden, burada da koşullu izne karar verebilecektir³⁸⁰.

Bankacılık sektöründe gerçekleşen birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun 06.12.2006 tarih ve 06-87/1120-325 sayılı Kararı'nda³⁸¹, Citigroup INC'in dolaylı olarak tamamına sahip olduğu Citigroup Overseas Investment Corporation aracılığıyla, Akbank T.A.O.'da % 20 oranında pay devralması işlemine ilişkin olarak imzalanan yediemin sözleşmesi ve stratejik ortaklık kurulmasına yönelik ilişkilerin çerçevesini belirlemek amacıyla imzalanan paydaşlar sözleşmesine menfî tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebine ilişkin başvuruda bulunulduğu belirtilmiştir. Söz konusu Karar'da, "Taraflar, ayrı ve bağımsız tüzel kişiliklerini muhafaza edecekler ve ürünlerin fiyatlandırılmasına ve müşterilere ilişkin kararlar da dahil olmak üzere tüm ticarî ve bankacılık kararlarını koordinasyon doğurmayacak şekilde ayrı ayrı alacaklardır" ifadesinin paydaşlar sözleşmesinin 3. maddesine eklenmesine, bu yönde değişikliğin yerine getirilmesi için taraflara Karar'ın tebliğinden itibaren 60 gün süre verilmesine karar verilerek, bireysel muafiyet³⁸² tanınması hususunun ayrıca değerlendirilmesi, söz konusu hususların yerine getirilmesi koşuluna bağlanmıştır.

Rekabet Kurulu'nun MNG Bank A.O'nun, % 41 oranındaki payının BankMed sal tarafından, % 50 payının da Arab Bank pc. tarafından devralınması işlemine ilişkin 28.09.2006 tarih ve 06-67/910-264 sayılı Kararı'nda³⁸³ ise, pay alım satım sözleşmesine ilişkin olarak, portföyde yer alan müşterilerle ilişki kurulması ve geliştirilmesi için üç yıllık bir koruma döneminin yeterli olacağı hususuna yer verilerek, bildirim konu işleme izin verilmesi, pay alım satım sözleşmesindeki beş yıl süreli rekabet yasağının 3 yılla sınırlandırılması koşuluna bağlanmıştır.

³⁸⁰ Bu yönde bk. *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 404.

³⁸¹ RG, 16.01.2007, S. 26405.

³⁸² Bk. aşa. s. 184-185.

³⁸³ RG, 29.11.2006, S. 26361.

C- Yasaklama

Rekabet Kurulu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesine aykırı olan birleşme ve devralma işlemlerini yasaklayabilecektir. Bir başka deyişle burada, teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemi, hakim durum yaratan ya da hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda da ülkede veya ülkenin bir bölümünde rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir niteliktedir.

Bu durumda Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinin son fıkrası uyarınca, bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanun'a aykırı olduğu kabul edileceğinden, Kurul tarafından bunlara izin verilmeyecektir.

D- Menfî Tespit

Rekabet Kurulu, bildirim konu işlemin birleşme ve devralma olmadığı sonucuna ulaşırsa, bu bildirim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin I. fıkrası anlamında anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirim veya aynı Kanun'un 8. maddesine göre menfî tespit başvurusu olarak değerlendirilebilecektir. İzne tabî bir birleşme ve devralma işlemi için Rekabet Kurulu'na izin başvurusunda bulunulması gerekirken, izne tabî olmayan birleşme ve devralmalar için menfî tespit başvurusunda bulunulabilecektir³⁸⁴.

³⁸⁴ Bk. *Aslan*, Teori-Uygulama-Mevzuat, s. 257; *Erdem*, Türk-AT Rekabet Hukuku, s. 157; *Güven*, Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, s. 391.

Gerçekten, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca ilgililerin talebi üzerine Kurul, bir birleşme ve devralma işleminin anılan Kanun'un 7. maddesine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilecektir³⁸⁵.

Bankacılık sektöründe birleşme ve devralma işlemlerine menfi tespit belgesi verilmesine ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun 06.12.2006 tarih ve 06-87/1120-325 sayılı Kararı'nda³⁸⁶, ilgili ürün pazarı, bankacılık ve finansal hizmetler sektörü olarak tespit edildikten sonra, bildirim konu işlemin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına, Citigroup Overseas Investment Corporation'ın Akbank T.A.O.'nın % 20 oranında payını satın almasına yönelik yediemin sözleşmesine, menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir. Diğer taraftan aynı Karar'da, stratejik ortaklığa ilişkin hak ve yükümlülükleri tesis etmek ve ilişkilerin çerçevesini belirlemek amacıyla imzalanan paydaşlar sözleşmesine menfi tespit belgesi verilemeyeceğine ayrıca karar verilmiştir.

Bununla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin II. fıkrası uyarınca, aynı Kanun'un 13. maddesinde sayılan koşulların gerçekleşmesi durumunda Kurul, menfi tespit kararını geri alabilecektir³⁸⁷.

³⁸⁵ RKHK'un 8. maddesinde ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinde menfi tespit belgesi verilmesinin belli kayıt ve koşullara bağlanabilmesini öngören açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, RKr uygulamada bu belgenin verilemesini belli kayıt ve koşullara da bağlayabilmektedir.

³⁸⁶ Bk. yuk. s. 181.

³⁸⁷ RKHK'un 13. maddesinde bu koşullar: a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması, şeklinde sayılmıştır. Ayrıca, geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer durumlarda ise menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır; (c) bendinde belirtilen yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi durumunda karar hiç alınmamış sayılacaktır.

E- Muafiyet

Rekabet Kurulu, bildirim konu işlemin birleşme ve devralma olmadığı sonucuna ulaşırsa, bu bildirim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrası anlamında anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirim veya aynı Kanun'un 5. maddesine göre muafiyet başvurusu olarak değerlendirilebilecektir³⁸⁸.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi bir muafiyet sistemi getirmiş olup, esas itibarıyla birleşme ve devralma işleminin taraflarının bu yönde bir talepte bulunma hakkı bulunmamaktadır; zira söz konusu muafiyet hükmü anılan Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer alan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için öngörülmüştür. Burada aslında rekabeti bozucu bir durum söz konusu olmakla birlikte, Kanun'da öngörülen koşullar sağlanmışsa, Rekabet Kurulunca bir "muafiyet kararı" verilmektedir.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 8. maddesinde, bu Tebliğ'e göre yapılmış olan bir bildirim incelenmesi sonucunda Rekabet Kurulu, bildirilen işlemin birleşme ve devralma olmadığı sonucuna ulaşırsa, bu bildirim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un

³⁸⁸ Muafiyet uygulamada, bireysel muafiyet ve grup muafiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Grup muafiyetleri, Kanun'un muafiyet için öngördüğü koşulların gerçekleşmesi durumunda belirli konularda anlaşma türlerine RKr'nca tanınan muafiyeti ifade etmektedir. Grup muafiyetleri tanınması için RKr'na bildirimde bulunulması gerekmemektedir; zira RKr, çıkaracağı tebliğler ile belirli anlaşmalara grup muafiyeti tanıyabilmektedir. Bireysel muafiyet kararları ise, ilgililerin talebi üzerine Kanun'da öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle RKr tarafından verilmektedir. Diğer taraftan *Yongalık*, AB hukukundaki "muafiyet" uygulamasına ilişkin olarak, kurucu antlaşmada, bazı alanlara ilişkin istisna hükmüne yer verilmemiş olmasının, kendine özgü özelliklere sahip sektörlerin, bu özelliklerinin rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında hiç dikkate alınmayacağı, bir başka deyişle, yasakların çok katı uygulanacağı sonucunu doğurmayacağını işaret etmektedir. Zira, Yazara göre, söz konusu Antlaşma'da Komisyon'a rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi verilmesi, kendine özgü özelliklere sahip bazı sektörlerin özelliklerinin rekabet hukuku kurallarının uygulanması açısından dikkate alınması olanağını doğurmaktadır, bk. *Yongalık*, Aynur: "Avrupa Komisyonu'nun Sigorta Sektörüne İlişkin 21 Aralık 1992 tarih ve 3932/92 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü", *Batider* 1998, C. XIX, S. 4, s. 133-134.

8. maddesine göre bir menfi tespit başvurusu veya aynı Kanun'un 5. maddesi kapsamında "muafiyet başvurusu" olarak değerlendirilebilecektir³⁸⁹.

Bankacılık sektörüne ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun 06.12.2006 tarih ve 06-87/1120-325 sayılı Kararı'nda³⁹⁰ stratejik ortaklığa ilişkin hak ve yükümlülükleri tesis etmek ve ilişkilerin çerçevesini belirlemek amacıyla imzalanan paydaşlar sözleşmesine ilişkin olarak, bu sözleşmeye taraf olan teşebbüslerin rakip olmaları nedeniyle, sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanamayacağına, paydaşlar sözleşmesine bu durumuyla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet verilemeyeceğine karar verilmiştir.

³⁸⁹ RKHK'un 5. maddesinde Kurul tarafından muafiyet kararı verilebilmesinin koşulları sayılmıştır. Buna göre Kurulca muafiyet kararı verilebilmesi için: a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması, gerekmektedir.

³⁹⁰ Bk. yuk. s. 181,183.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİ

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN BANKA BİRLEŞMELERİNİN KONTROLÜ

A- Genel Olarak

Bankacılık sektöründe birleşme işlemlerinin hangi otoritelerce denetlenmesi gerektiği sorusunun yanıtına ulaşmak için öncelikle, banka birleşmelerinin rekabet hukuku içerisindeki yerinin karşılaştırmalı hukuk açısından kısaca ortaya konulması gerektiği kanaatindeyiz.

Bankacılık sektörünün kendine özgü yapısal özelliği ve son yıllarda bankacılık sektöründe gerçekleşen büyük yerel ve uluslararası birleşme işlemleri dikkate alındığında, bu işlemlerin hangi otoriteler tarafından denetlenmesi gerektiği sorusunu da gündeme getirmektedir. Gerçekten, Amerika Birleşik Devletleri'nde, genel rekabet hukuku ilke ve kuralları bankacılık mevzuatından önce tanımlanmışken, bu kuralların bankacılık sektörüne uygulanabilirliği, ancak 1960'lı yıllarda tartışılmaya başlanmıştır. Gerçekten bu durum, bankacılık sektörünün sıradan bir ticarî faaliyet olmaması, aksine, ekonominin önemli bir yapı taşı oluşturması, rekabet hukuku ilke ve kurallarının katı bir biçimde uygulanmasının bu sektöre zarar verebilme olasılığının tartışılmasına yol açmıştır. Diğer taraftan, Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerine baktığımızda, rekabet hukuku ilke ve kurallarının Amerika Birleşik Devletleri'nden daha sonra oluşmaya başladığı görülmektedir. Avrupa Birliği hukukunda, Roma Antlaşması'nda Ortak Pazar'da rekabetin korunmasını sağlamayı amaçlayan 85. ve 86. maddelerin (yeni madde numaraları 81 ve 82), bankacılık sektörüne uygulanmasını engelleyecek bir düzenlemeye yer verilmemiş, ancak uygulamada bu kuralların 1980'li yıllara kadar bankacılık sektörüne uygulanmadığı

görülmüştür. Sonuç olarak, üye devletlerin yetkili otoritelerinin ve de özellikle, merkez bankaları ile denetleyici ve düzenleyici kurullarının, para politikaları ve ekonomik alanda verdiği kararlardan etkilenen ve aynı ölçüde ülkenin ekonomik istikrarını etkileyebilen bankacılık sektörünün özel ve kendine özgü bir yapısının olduğu hakim görüş olarak benimsenmiştir³⁹¹.

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, bankacılık sektörüne girmenin, yetkili kuruluşlardan alınacak özel bir izin ve diğer sektörlerle göre daha yüksek bir asgarî sermayeyi gerektirdiği, kurucularda özel koşulların arandığı, birleşme işlemlerinin de, yeni kurucuları ve kuruluşları bu sektöre çekebildiği dikkate alındığında, bankacılık alanını denetleyen ve düzenleyen kuruluşların, banka birleşmelerinde bu özel durumları denetleyerek, gerekli değerlendirmeyi yapması konusunda kanımızca şüphe bulunmamaktadır. Diğer taraftan, banka birleşmeleri bir çok ülkede genelde, yeniden yapılandırma programları çerçevesinde, ekonomik açıdan zayıf ve iflas etme durumunda olan bankanın, ekonomik açıdan daha güçlü başka bir banka tarafından devralınması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, banka birleşmelerinin bankacılık piyasasına olan etkisinin irdelenmesi açısından, rekabet hukuku boyutuyla da ele alınarak denetlenmesi gerekmektedir.

Aşağıda, bazı Avrupa Birliği üyesi ülkelerde meydana gelen banka birleşmelerine ilişkin sayısal değerleri içeren bazı tabolara yer verildikten sonra, bu ülkelerin bazılarında banka birleşmelerinin kontrolüne ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

³⁹¹ Bk. *Carletti / Hartmann*, s. 9-10; *Leary*, Thomas B.: “The Essential Stability of Merger Policy in United States”, *Merger Remedies In American and European Union Competition Law*, Massachusetts 2003 (Editörler: *Leveque*, François / *Shelanski*, Howard), s. 13 vd.

Tablo 12: 1988-1992 Döneminde Bazı AB Ülkelerinde Meydana Gelen Banka Birleşmeleri³⁹²

Ülkeler	Toplam Birleşme Sayısı (1988-1992)
Belçika	11
İngiltere	24
Fransa	19
Almanya	93
İtalya	128
Hollanda	15

³⁹² Bk. *Palombo*, s. 25.

Tablo 13: 1995-2000 Döneminde AB Ülkelerinde Meydana Gelen Banka Birleşmeleri³⁹³

	1995	1996	1997	1998	1999	2000 (İlk yarı)	1995-99 (Ortalama)
Avusturya	14	24	27	37	20	5	24
Belçika	6	8	7	6	6	0	7
Almanya	100	117	109	189	240	91	151
Danimarka	2	2	1	1	0	1	1
İspanya	4	4	1	5	5	3	4
Finlandiya	7	6	5	5	2	3	5
Fransa	60	61	46	52	51	21	54
Yunanistan	0	0	3	7	3	0	3
İrlanda	1	1	0	2	1	0	1
İtalya	68	56	45	52	64	30	57
Lüksemburg	3	1	3	9	6	6	4
Hollanda	2	2	5	0	1	2	2
Portekiz	5	5	1	1	0	6	2
İsveç	1	2	2	1	1	0	1
İngiltere	2	4	15	16	14	4	10
Toplam	275	293	270	383	414	172	

³⁹³ Bk. *Türkiye Bankalar Birliği*: Avrupa Birliği'nde Banka Birleşmeleri: Mevzuat ve Pazar Birleşmeleri, <http://www.tbb.org.tr> (30.01.2005). Amerikan bankacılık sektöründe ise özellikle, "Riegle-Neal Eyaletiçi Bankacılık ve Şubecilik Etkinliği Kanunu" (*Riegle-Neal Intrastate Banking and Branch Efficiency Act 1994*) ile eyaletlerarası ve eyalet içi birleşmelerin önündeki engellerin kalkmasıyla 1995-1998 yılları arasında büyük birleşmeler gerçekleşmiştir.

B- Fransa’da

Fransa’da banka birleşmeleri, rekabet otoritelerinin denetiminden ayrı bir denetime tabî tutulmaktadır. Burada, banka birleşmeleri açısından sorumlu kuruluş, banka kuruluşlarına izin veren “Komite”³⁹⁴dir. Söz konusu Komite’nin banka birleşmelerinin denetlenmesinde göz önünde bulundurduğu kriterler, Bankalar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Burada Komite esas olarak, banka birleşmelerinin bankacılık sektörüne olan etkisi ve sektörün güvenliğinin sağlanması açısından bir değerlendirme yapmaktadır.

C- İtalya’da

İtalya’da, her ne kadar genel rekabet hukuku kuralları banka birleşmelerine de uygulanmakta ise de, birleşmelerin denetlenmesi konusunda sorumluluk, “İtalya Merkez Bankası”na (*Banca d’Italia*)³⁹⁵ ait bulunmaktadır. Söz konusu banka, banka birleşmelerini bankacılık sektöründe tekelleşme açısından denetleyici bir kurum olarak

³⁹⁴ Söz konusu Komite, Fransa’da “Kredi Kuruluşları ve Yatırım Teşebbüsleri Komitesi” (*Comité des établissements de crédit et des entreprises d’investissement*) olarak adlandırılmaktadır. “Merkez Bankası” (*Banque de France*) ile bankacılık ve finans sektörü arasındaki işbirliğini sağlamak amacıyla Bankalar Kanunu çerçevesinde üç ayrı organ kurulmuştur. Anılan Komite, “Bankacılık ve Finans Düzenleme Komitesi” (*Comité de la réglementation bancaire et financière*) ve “Bankacılık Komisyonu” (*Commission Bancaire*) ile birlikte Bankalar Kanunu çerçevesinde kurulan üçüncü organdır. Bu üç kurum düzenli görüşmeler çerçevesinde karar alırlar ve aldıkları bu kararların hazırlanması ve uygulanması Merkez Bankası tarafından gerçekleştirilir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Carletti / Hartmann*, s. 13; *Rivalland*, s. 143 vd; *Türkiye Bankalar Birliği*: AB Banka Denetim Hukuku ve Üye Devletlerde Denetimin Hukukî Yapısı, İstanbul 2001, s. 29 vd.

³⁹⁵ İtalya’nın Merkez Bankası Banca d’Italia, 1893 yılında kurulmasına rağmen, Merkez Bankası olarak çalışmaya, 1926 yılında tedavüle para çıkarmada tek yetkili kuruluş olarak belirlenmesinden sonra başlamıştır. Merkez Bankası kamu hukukuna göre kurulmaktadır. Bankanın bütün güç ve yetkileri başkanda toplanmıştır. Başkan, Paydaşlar Genel Kurulu’na karşı sorumludur. Banca d’Italia, hükümetin ve birkaç önemli kamu kuruluşunun hesaplarını tutmak ve devlet tahvillerinin dolaşımını düzenlemekle yükümlüdür. Banka, kamu sektörünün açıklarını finanse etmek açısından ağır bir yükümlülük altındadır. Hükümetin politikası ile uyumlu bir tarzda faiz oranlarının düzeyini ve banka kredilerinin nicelik ve niteliğini etkilemek açısından da tam bir merkez bankası sorumluluğu altındadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Afşar*, Bilge: Seçilmiş Dünya Merkez Bankalarına Örnekler, Konya Ticaret Odası Araştırma Raporu, Konya 2006, s. 6; *Carletti / Hartmann*, s. 13-14.

inceler ve son kararını vermeden önce, Antitröst Kurumu'ndan, istişarî görüş alır; yani bu görüş kendisini bağlayıcı nitelikte değildir³⁹⁶.

D- Amerika Birleşik Devletleri'nde

Amerika Birleşik Devletleri'nde, banka birleşmelerinin denetlenmesi, banka birleşmelerine izin verme yetkisine sahip denetleyici kurumlara verilmiştir³⁹⁷. Bu kurumlar, “Federal Merkez Bankası Yönetim Kurulu” (*The Board of Federal Reserve*), “Para Denetleme Ofisi” (*Money Auditor Office*), “Federal Mevduat Sigortası Ortaklığı” (*Federal Deposit Insurance Partnership*) ve “Tasarruf Denetleme Ofisi”nden (*Savings Auditing Office*) oluşmaktadır. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı'na bağlı “Antitröst Ofisi” (*Antitrust Office*) da, denetçilerin raporları üzerine bu birleşmeleri denetlemeye yetkilidir. Sonuç olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde, banka birleşmelerinin denetlenmesinin iki ayrı boyutu bulunmaktadır; bunlardan birincisi, “Antitröst Departmanı”nın denetimi, diğeri ise, ilgili diğere denetleyici kurumların denetimidir³⁹⁸.

³⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bk. *Carletti / Hartmann*, s. 13-14; *Di Tommasa, Giulia / Regoli, Fabio Alberto*: “Italy”, *From Negotiation to Antitrust Clearance 2002*, s. 255 vd.

³⁹⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise rekabet kurallarıyla ilgili olarak ilk düzenlemeler 02.07.1890 tarihli “Sherman Kanunu” (*Sherman Act*) ile kabul edilmiştir; daha sonra anılan Kanun'daki boşlukları gidermek amacıyla “Federal Ticaret Komisyonu”nu (*Federal Trade Commission*) kuran “Federal Ticaret Komisyonu Kanunu” (*Federal Trade Commission Act 1914*) ile “Clayton Kanunu” (*Clayton Act 1914*) çıkarılmıştır; bu düzenlemeler çerçeve kurallar getirmiş olup, uygulamaya mahkeme içtihatları yön vermektedir. Mahkemelerin yanısıra, “Federal Ticaret Komisyonu” (*Federal Trade Commission*) ve Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan “Antitröst Ofisi” (*Antitrust Office*) de rekabet hukuku mevzuatına uygunluk denetimi yapmaktadır. Amerikan hukukunda rekabet hukuku mevzuatı ve birleşmelerin kontrolü ile ilgili idarî organlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Kenyen Slade, Stephen*: *Mergers and Takeovers in the USA and UK*, Oxford 2004, § 7.145 vd; *Karaman, Tuba*: “Amerikan Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar”, *GALÜHFD 2002*, S. 2, s. 351 vd.

³⁹⁸ Amerikan hukukunda, denetleyici kurumların banka birleşme işlemlerini ele alırken, rekabet etkisini de dikkate alması gerekliliği ve rekabeti bozucu birleşme işlemlerine izin vermemesi gerektiğini işaret edilmektedir; ayrıca bu hukuk sisteminde, ilgili ürün pazarının yeniden tanımlanmaya çalışılması, “Antitröst Ofisi”nin banka birleşmelerine müdahaleci tutumu ve federal başsavcılarının banka birleşmelerinin denetlenmesinde daha etkin bir konuma gelmesi, son yıllarda banka birleşmelerinin denetlenmesinde köklü yapısal değişikliklere yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Baer, William J. / Redcay, Ronald C.*: “Solving Competition Problems In Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy”, *Merger Remedies In American and European Union Competition Law*, Massachusetts 2003 (Editörler: *Leveque, François / Shelanski, Howard*), s. 48 vd; *Calvani, Terry*: “*Antitrust Analysis of Bank Mergers: A Survey of Recent Developments*”,

E- Japonya’da

Japonya’da banka birleşmelerinin denetlenmesi, telekomünikasyon, enerji ve su gibi diğer endüstri kollarına ilişkin denetleme usulü ile paralellik arz etmektedir. Banka birleşmelerinin bu ülkede “Dürüst Ticaret Komisyonu” (*Fair Trading Comission*) tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu Komisyon, Japonya’da monopol piyasa yapısının engellenmesi hususunda tek yetkili kuruluştur. Bununla birlikte banka birleşmelerinde, telekomünikasyon, enerji ve su gibi diğer endüstri kollarındaki birleşme işlemlerinden farklı olarak, “Finansal Hizmetler Ajansı”ndan (*Financial Services Agency*) da izin alınması gerekecektir. Her iki otorite tarafından yürütülecek denetim birbirinden bağımsız olup, birleşecek bankaların her iki süreç açısından da mevzuatta öngörülen koşulları yerine getirmesi gerekecektir³⁹⁹.

F- Almanya’da

Almanya’da banka birleşmelerine ilişkin olarak Bankacılık Kanunu’nda özel düzenlemelere yer verilmiştir. “Federal Kartel Ofisi” (*Federal Cartel Office*), “Federal Denetleme Ofisi”nin (*Federal Auditing Office*) bir başvurusu bulunmasa bile kendiliğinden banka birleşmelerine izin verebilir. Bununla birlikte “Federal Kartel Ofisi”, bir banka birleşmesine izin verme eğiliminde değilse “Federal Denetleme Ofisi”nin görüşünü almak zorunda olup, bu görüş kendisini bağlamayacaktır. “Federal Denetleme Ofisi” banka hukuku açısından yapacağı değerlendirmeyi “Federal Kartel Ofisi”ne sunacaktır⁴⁰⁰.

<http://www.findlaw.com> (08.11.2004); *Carletti / Hartmann*, s. 14; *Carletti / Hartmann*, s. 11 vd; *Leary*, s. 13 vd; *Karaman*, s. 152 vd; *Sheldon, Robin*: “United States of America”, *From Negotiation to Antitrust Clearance 2002*, s. 377 vd.

³⁹⁹ *Calvani, Terry*: “*Antitrust Analysis of Bank Mergers: A Survey of Recent Developments*”, <http://www.findlaw.com> (08.11.2004); *Carletti / Hartmann*, s. 14-15.

⁴⁰⁰ Bununla birlikte, bankacılık sektörünün diğer sektörlerle göre ekonomi için arz ettiği önem dikkate alındığında, Federal Ekonomi Bakanlığı, “Federal Kartel Ofisi” tarafından verilen birleşme işleminin kabul edilmemesi yönündeki kararı geri çevirip, bu birleşmeye izin verebilir. Bu durumda Bakanlık, bağımsız olarak faaliyetlerini yürüten “Monopol Komisyonu”nun (*Monopoly Comission*) görüşünü almak zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Carletti / Hartmann*, s. 15; *Martinius, Philip / Wördermann, Nils*: “Germany”, *From Negotiation to Antitrust Clearance 2002*, s. 165 vd.

G- İngiltere’de

İngiltere’de de, banka birleşmelerinin gözden geçirilmesi telekomünikasyon, enerji ve su gibi diğer endüstri kollarındaki birleşmelerdeki gözden geçirmelerle paralellik arz etmektedir⁴⁰¹. Banka birleşmelerine izin süreci, “Dürüst Ticaret Ofisi”nin (*Fair Trading Office*), Müsteşarlığa vereceği rapor ile başlamaktadır. Ayrıca söz konusu Ofis, soruşturma için “Rekabet Komisyonu”na (*Competition Commission*) da başvuruda bulunabilir. Eğer “Rekabet Komisyonu” bir banka birleşmesini kamu yararına aykırı bulur ve işleme izin vermezse, Müsteşarlık bu kararı uygun görmeyip, bu birleşmeye izin verebilir. Ayrıca bu süreçte, “İngiltere

⁴⁰¹ İngiltere’de genel olarak rekabet hukukunun kaynağını “Dürüst Ticaret Kanunu” (*Fair Trading Act 1973*), “Sınırlayıcı Ticaret Uygulamaları Kanunu” (*Restrictive Trade Practices Act 1976*), “Yeniden Satış Fiyatları Hakkında Kanun” (*Resale Prices Act 1986*) ve “Rekabet Kanunu” (*Competition Act 1986*) oluşturmakta iken, 1998’de Avrupa Birliği mevzuatına uyum amacıyla “Ortaklıklar Kanunu”nda (*Companies Act*) değişiklik yapılarak yeni değişiklikler 2000’de yürürlüğe girmiştir; bununla birlikte, 20.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren “Teşebbüs Kanunu” (*Enterprise Act 2002*), “Dürüst Ticaret Kanunu”nun (*Fair Trading Act*) birleşme kontrolüne ilişkin kurallarında değişiklik öngörmüştür. Bu değişiklik ile amaçlanan, Avrupa Birliği birleşme mevzuatına uyumun sağlanması olmuştur; ancak, anılan Kanun’un, İngiltere’deki rekabeti bozucu davranışlar, anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin düzenlemeler getiren “Rekabet Kanunu”ndan (*Competition Act 1998*) ayırt edilmesi gerekmektedir. İngiliz hukukunda çeşitli endüstri kollarına ilişkin olarak da, teşebbüs birleşmelerinde özel düzenlemeler öngörülmüştür; örneğin “Su Endüstrisi Kanunu” (*Water Industry Act 1991*), su endüstrisindeki teşebbüslerle ilgili özel düzenlemeler öngörmüş iken, “İletişim Kanunu” (*Communication Act 2003*) gazetecilik ve iletişim sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerle ilgili özel düzenlemeler öngörmüştür; anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde rekabetin sağlanması ve rekabeti bozucu fiillerin kontrolüne ilişkin olarak İngiltere’de üç temel idarî yapılanma bulunmaktadır; bunlardan birincisi, “Dürüst Ticaret Ofisi” (*The Office of Fair Trading-OFT*) olup, temel görevi birleşmeleri de kapsayan rekabet hukukuna ilişkin uygulamayı yönlendirmektir; bu Kurum’un başında bir genel müdür yer almakta olup, genel müdürün yetkilerinden biri de, “Dürüst Ticaret Kanunu” (*Fair Trading Act*) kapsamında, kamu yararına aykırı birleşmeleri tespit etmektir. Bu idarî yapılanmadan ikincisi ise, “Ticaret ve Endüstri Sekreteri” (*The Secretary of State for Trade and Industry*) olup, hükümetin bir üyesi olarak birleşme sürecine ilişkin kararları almakla yükümlüdür. Ayrıca, söz konusu Kuruluş’un, birleşmelere ilişkin olarak “Dürüst Ticaret Kanunu” (*Fair Trading Act*) ile öngörülen önlemlerin uygulanmasını sağlamak üzere, “Monopoller ve Birleşmeler Komisyonu”na (*The Monopolies and Mergers Commission-MMC*) bildirimde bulunma yetkisi vardır. Bu yapılanmanın son ayağını ise, “Monopoller ve Birleşmeler Komisyonu” (*The Monopolies and Mergers Commission-MMC*) oluşturmaktadır. Bu Komisyon, düzenleyici bir otorite olup, birleşmeler, monopoller, rekabet hukukuna aykırı uygulamalar ile alt yapı ve özelleştirilmiş endüstri alanlarına ilişkin uygulamalar hakkında inceleme yapma yetkisine sahiptir. Anılan Komisyon hükümetten bağımsızdır ve başkanı ticaret ve endüstri sekreteri tarafından atanmaktadır. İngiliz hukukunda rekabet hukuku mevzuatı ve birleşmelerin kontrolü ile ilgili idarî organlar hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Finbow / Parr*, § 1.003 vd; *Furse*, s. 345 vd; *Grayston, / Davey*, s. 343 vd; *Kenyon Slade*, § 7.127 vd.

Merkez Bankası” (*Bank of England*)⁴⁰² ile “Finansal Hizmetler Otoritesi”ne (*Financial Services Authority*) de istişarî görüş için başvuruda bulunulur⁴⁰³.

H- Avrupa Birliği Hukukunda

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği’ne üye ülkeler açısından birleşme ve devralma işlemlerinin kontrolünün iki boyutu bulunmaktadır. Gerçekten, ileride incelenecek olan topluluk boyutunda birleşme ve devralmalar, Avrupa Birliği Komisyonu bünyesindeki “Birleşme Çalışma Grubu” (*Merger Task Force*) tarafından incelenmekte iken, topluluk boyutuna ulaşmayan birleşmeler, ilgili ulusal otoriteler tarafından ele alınmaktadır⁴⁰⁴.

139/2004 sayılı Tüzük, birleşme ve devralma işlemlerinin Komisyon’a bildirilmesine ilişkin olarak birtakım yeni düzenlemeler öngörmüş, bu kapsamda bazı formalitelerin azaltılmasına da hizmet etmiştir⁴⁰⁵. Aşağıda bu hususlara ayrıntılı olarak değinilecektir.

⁴⁰² “İngiltere Merkez Bankası” (*Bank of England*), 1694 yılında özel ticaret bankası olarak kurulmuştur. 1946 yılında hazinenin bir organı olarak yeniden yapılandırılmıştır. Hükümetle anlaşma sağlanan politikalar yolu ile ulusal paranın değerini korumak, bankaların doğrudan denetimini kapsayacak şekilde, finansal sistemin sağlamlığını temin etmek, ulusal ve uluslararası platformda, finansal sistemin rekabet edebilirliğini ve etkinliğini geliştirmek, bu bankanın temel görevleri arasındadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Afşar*, s. 2; *Carletti / Hartmann*, s. 16.

⁴⁰³ *Campbell*, Andrew / *Cartwright*, Peter: *Banks In Crisis*, Burlington 2002, s. 23 vd; *Carletti / Hartmann*, s. 15-16; *Finbow / Parr*, § 1.003 vd; *Furse*, s. 345 vd; *Grayston/ Davey*, s. 343.

⁴⁰⁴ 4064/89 sayılı Tüzüğün yürürlükte bulunduğu süreç içerisinde Topluluğa bildirilen birleşme ve devralma sayısı 936’dır. Bu birleşme ve devralmalardan 50’si tamamen ya da kısmen söz konusu Tüzüğe uygun bulunmamış, 39’u ise daha sonra geri çekilmiştir. Topluluğa bildirilen birleşme ve devralmalar 1993 yılından beri sürekli artmış ve 1998 yılında 235’e ulaşmıştır; ancak, toplam birleşme ve devralma işlemleri içinde bildirilebilir işlemlerin sayısının oldukça az olduğu görülmüştür. Bunun başlıca nedenlerinin ise, söz konusu Tüzüğün dar kapsamlı olması, sadece çok büyük firmaların dahil olduğu birleşme ve devralmaları etkilemesi, ilgili firmaların her birinin cirolarının 2/3’ünü aynı üye ülkeden sağlanması durumunda bu birleşme ve devralmanın Tüzüğün dışında tutulması hususları oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Gedikkaya*, Türkan / *Gürler*, Cihangül: *Birleşmeler ve Edinimler*, Ankara 1999, s. 28.

⁴⁰⁵ 139/2004 sayılı Tüzüğün getirdiği yenilikler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Erdem*, Ercüment: “Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004

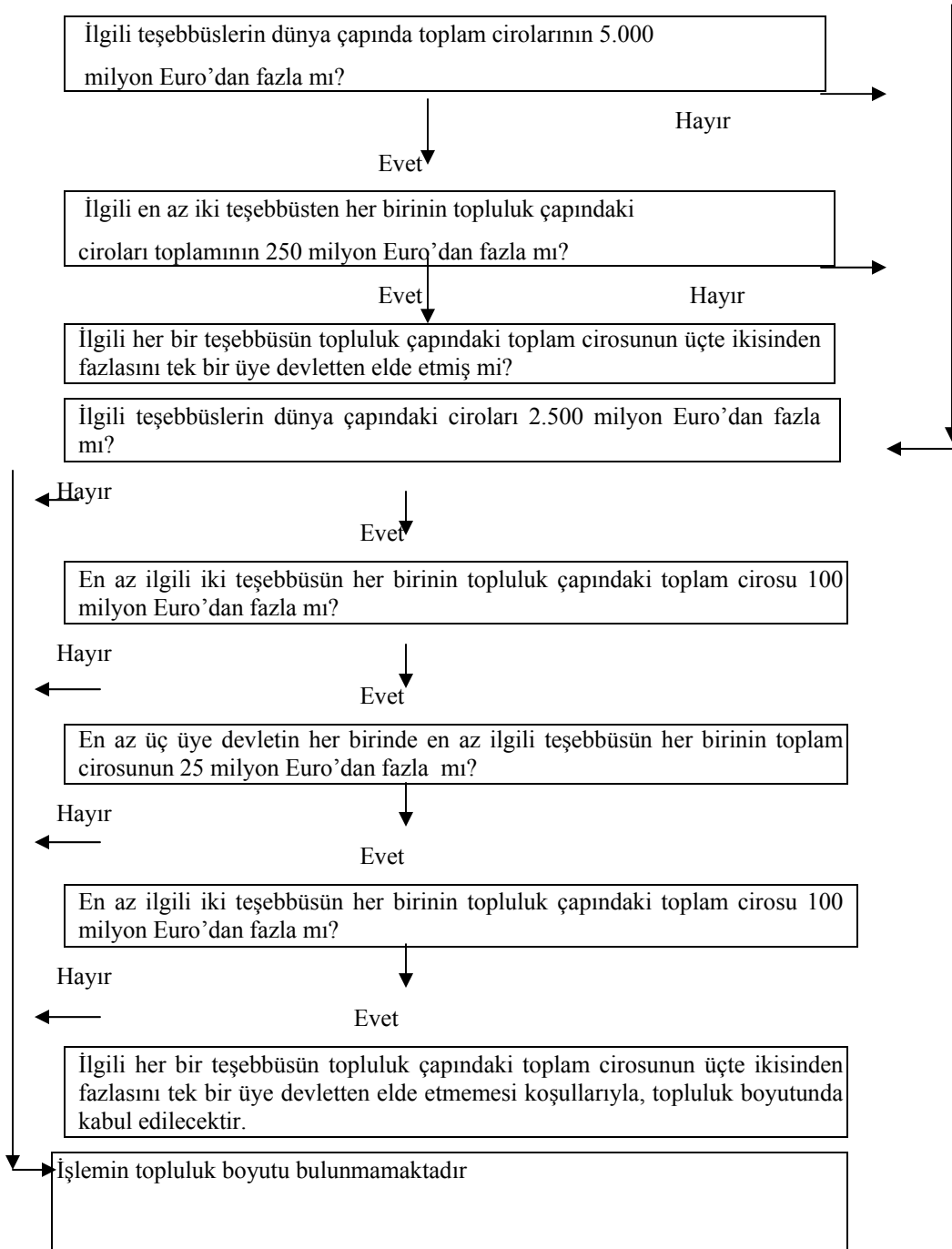
Diğer taraftan, Topluluk boyutunda yer alan birleşme ve devralmaların 139/2004 sayılı Tüzüğe göre bildirilmesine ilişkin olarak, daha sonra 802/2004 sayılı Tüzük⁴⁰⁶ düzenlenmiştir.

139/2004 sayılı Tüzüğün 1. maddesinin II. fıkrasında, ilgili teşebbüslerin dünya çapında toplam cirolarının 5.000 milyon Euro'dan fazla olması ve en az ilgili iki teşebbüsten her birinin topluluk çapındaki ciroları toplamının 250 milyon Euro'dan fazla olması durumunda yoğunlaşma topluluk çapında sayılacaktır; bununla birlikte, söz konusu Tüzüğün amacı bakımından bu eşikleri karşılamayan bir yoğunlaşma, ilgili teşebbüslerin dünya çapındaki cirolarının 2.500 milyon Euro'dan fazla olması, en az üç üye devletin her birinde, tüm ilgili teşebbüslerin toplam cirolarının bileşiminin 100 milyon Euro'dan fazla olması, (b) bendinin amacı bakımından dahil olmak üzere, en az üç üye devletin her birinde en az ilgili teşebbüsün her birinin toplam cirosunun 25 milyon Euro'dan fazla olması, en az ilgili iki teşebbüsün her birinin topluluk çapındaki toplam cirosunun 100 milyon Euro'dan fazla olması, ilgili her bir teşebbüsün topluluk çapındaki toplam cirosunun üçte ikisinden fazlasını tek bir üye devletten elde etmemesi koşullarıyla, topluluk boyutunda kabul edilecektir⁴⁰⁷. Topluluk boyutunda yer alan birleşme ve devralmaların açıklığa kavuşturulması amacıyla aşağıdaki tabloya yer verilmiştir.

Sayı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, Rekabet Sempozyumu 2004, s. 15 vd; *Furse*, s. 325 vd.

⁴⁰⁶ OJ, L 133/1, 07.04.2004.

⁴⁰⁷ “Topluluk boyutunda birleşme” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Bosman*, s. 104; *Furse*, s. 325; *Kapteyn / van Theemat*, s. 836 vd; *Rivas*, s. 5 vd.

Tablo 14: Topluluk boyutundaki birleşmeler⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Bk. *Rivas*, s. 6.

Bankacılık sektöründeki birleşme ve devralma işlemlerinin, ortak pazarda rekabeti bozucu bir etki yaratıp yaratmayacağı hususunda inceleme de yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu kapsamda Komisyon, banka birleşmelerine ilişkin inceleme ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ulusal otoritelerden de isteyebilecektir. Ulusal otoritelerin Fransa ve İtalya’da olduğu gibi⁴⁰⁹ bir denetleyici kurum niteliğini haiz olması durumunda, Komisyon’un muhatabı artık bu denetleyici kurum olacaktır. Bununla birlikte bir banka birleşmesine ilişkin olarak ulusal otorite, Komisyon’un birleşme ile ilgili görüşlerini benimseiyorsa, bu ülke tarafından söz konusu Tüzük’te benimsenmiş ilkeler ile topluluk hukukunun genel ilkelerine aykırı düşmeyen diğer önlemlerin alınmasına karar verebilecektir. Söz konusu Tüzük ile ulusal otoritelere sağlanan bu olanak aslında, Komisyon’un birleşmelere ilişkin olarak aldığı kararlara müdahale etme yetkisinin üye devletlere verilerek, rekabetin topluluk hukukunda belirlenen diğer araçlarla amaca uygun olarak sağlanması anlamına gelmektedir. Burada aslında önemle vurgulanması gereken husus, üye ülkelerin Komisyon’un banka birleşmelerine ilişkin izleyeceği politikaya direnme olanağının tanınmış olmasıdır⁴¹⁰.

Özellikle banka birleşmelerinin ekonomi için arzettiği önem ve bu kapsamda bu birleşmelerin incelenmesinde, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde gerçekleştirilen birleşme ve devralmalara ilişkin olarak Komisyon’un geliştirdiği bir görüşün ayrıca üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz. Komisyon, Amerika Birleşik Devletleri’nde “batan teşebbüs savunması”⁴¹¹ görüşüyle benzerlik gösteren “kurtuluş

⁴⁰⁹ Bk. yuk. s. 190-191.

⁴¹⁰ Banka birleşmelerine ilişkin olarak, Konsey’in 2. Bankacılık Direktifi’nde Değişiklik Öngören Taslak’ta da, ulusal otoritelere benzer yetkiler tanınmıştır. Söz konusu Taslak’ta, ulusal otoritelere bankaların pay sahipliğinde gerçekleşen önemli değişiklikler hakkında bilgi verilmesi ve ulusal otoritelerin de, basiretli bir yönetimin sağlanması amacıyla yönelik olarak bu pay değişikliği işlemlerine izin vermeyebileceği öngörülmüştür. Söz konusu Taslak hakkında ayrıntılı bilgi için bk. *Carletti / Hartmann*, s. 17.

⁴¹¹ Batmakta olan bir teşebbüsün birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması amaçlanabilmekle birlikte, bu birleşme ve devralma sonucunda rekabet de önemli ölçüde kısıtlanabilir. Bu durumda, batan teşebbüsün taraf olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunan birleşme ve devralmalarda rekabet otoritesinin özel bir değerlendirme yapması gerektiğini ileri süren görüş, “batan teşebbüs savunması”

birleşmesi” görüşünü geliştirmiştir. Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğuran birleşme ve devralmalar yasak olmakla birlikte, bazı özel durumlarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı etkileri bulunan birleşme ve devralmalara da izin verilmesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunan birleşme ve devralmalarda rekabet otoritesinin söz konusu özel durumlarda farklı bir değerlendirme yapması gerektiğini ileri süren bu görüşe, 139/2004 sayılı Tüzük’te yer verilmemekle birlikte, AB Birleşme ve Devralma Tüzüğü’nün Gözden Geçirilmesi Hakkındaki Yeşil Kitap’da⁴¹² yer verilmiştir. Ayrıca, Komisyon’un Aérospatiale-Alénia / De Havilland⁴¹³, Kali ve Salz/MDK / Treuhand SaintGobain / WackerChemie/NOM⁴¹⁴,

görüşü olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşe, Kanada Rekabet Kanunu’nun 92. maddesinde, Amerikan Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi’nde ve Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi’nde (*Merger Enforcement Guidelines*) yer verilmektedir. Türk rekabet hukukunda ise, batmakta olan teşebbüs konusunda ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, batan teşebbüs savunması incelendiğinde, savunmanın kabul edilebilmesi için birtakım koşulların yerine getirilmesinin istendiği görülmektedir. Amerikan rekabet hukukunda, Yatay Birleşme ve Devralma Rehberi’nin 5.1. bölümünün ilk paragrafında, batan teşebbüs savunmasının kabul edilebilmesi için birleşme ve devralmaya izin verilmemesinde, teşebbüsün pazar dışına çıkmasına yol açması koşulu aranmaktadır. Benzer şekilde, Kanada Birleşme ve Devralma Rehberi’nin 4.4.2. bölümünde de savunmanın ileri sürülebilmesi için birleşme ve devralmanın gerçekleşmemesi halinde, teşebbüsün artık faaliyetlerine devam edemeyecek durumda olması gerektiği ifade edilmektedir. Komisyon da, söz konusu savunmayı değerlendirirken, taraflardan en az birinin pazar dışına çıkması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. *Alpay*, s. 16 vd; *Carletti / Hartmann*, s. 18; *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 428 vd.

Türk rekabet hukukunda, batan teşebbüs savunmasına gerek RKK’da, gerekse Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’de değinilmemiştir. Bununla birlikte *Güven*’e göre, birleşme işlemlerinin RKK tarafından değerlendirilmesinde, ilgili piyasanın yapısı, ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı ve benzeri konular göz önünde bulundurulurken, batmakta olan teşebbüs kriteri dikkate alınabilecektir. RKK da, Uzel Holding A.O.’nın, Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.O.’nu devralmasına ilişkin 12.02.1998 tarih ve 379-43 sayılı Kararı’nda (RG, 19.11.1998, S. 23528), batmakta olan teşebbüs durumunu dikkate almıştır. Diğer taraftan, BANKK’nun 109. maddesi uyarınca Fon’un, payları kendisine intikal eden bir bankanın, gerektiğinde malî ve teknik yardım sağlamak suretiyle, mevcut bankalardan istekli olanlara veya kurulacak bir bankaya devretmesi ya istekli olan bir bankayla birleştirmesinde de aslında, batmakta olan bir bankanın birleşme ve devralma yoluyla kurtarılması amaçlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bk. *Güven*, Rekabet Hukuku, s. 432-433.

⁴¹² Green Paper on the Review of the Merger Regulation (Birleşme Tüzüğü Hakkında Yeşil Kitap), COM (96) 19.

⁴¹³ OJ, L 334, 05.12.1991.

⁴¹⁴ OJ, L 247, 10.09.1997.

Blokker/Toys'R'Us⁴¹⁵ ve Rewe/Meinl⁴¹⁶ gibi kararlarında da “kurtuluş birleşmesi” görüşüne yer verilmiştir.

2. Bildirimin Yapılması

802/2004 sayılı Tüzüğün 3. maddesi uyarınca, Topluluk boyutunda olan birleşme ve devralmalar, Ek-1 bölümünde yer alan ve Ek-2’de belirtilen koşulları taşıyan, CO formu denilen bir form ile Komisyon’a bildirilecektir⁴¹⁷. Bildirim, birleşmeye taraf teşebbüslerin temsilcileri tarafından gerçekleştiriliyorsa, bunların yetkili temsilci olduklarına ilişkin belgeyi de sunmaları gerekecektir.

Söz konusu Tüzüğün 4. maddesi uyarınca bildirimde, Tüzüğün ekinde yer alan formda belirtilen bilgi ve belgeler bulunmalıdır. Bununla birlikte Komisyon, inceleme sırasında her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerden de isteyebileceği gibi, ekte yer alan formda belirtildiği halde, gerekli görülmeyen bilgi ve belgelerin sunulmasını istemeyebilir.

Bildirimi alır almaz incelemeye geçen Komisyon, 139/2004 sayılı Tüzüğün 6. maddesi uyarınca, bildirim Tüzük kapsamında olmadığına karar verirse, bunu derhal karara bağlar⁴¹⁸. Tüzüğün 10. maddesi uyarınca ilk inceleme aşamasında

⁴¹⁵ OJ, L 316, 25.11.1998.

⁴¹⁶ OJ, L 274, 23.10.1999.

⁴¹⁷ Söz konusu Tüzük düzenlemesi uyarınca, CO formu Komisyon’a 1 orijinal ve 35 kopya olarak sunulacak olup, gerekli belgeler formun ekinde yer alacaktır.

⁴¹⁸ Komisyon’un incelemesi, iki aşamalı olarak ele alınmalıdır. Birinci aşamada Komisyon, daha dar kapsamlı bir inceleme sonucunda bir ön karar almakta, ikinci aşamada ise, daha ayrıntılı bir incelemeye geçmektedir. İlk aşamada, birleşmenin topluluk boyutunda olmadığı, topluluk boyutunda olup, ortak pazarla uyumlu olduğu ve rekabeti bozucu bir işlem olduğu yolunda şüphe uyandırmadığı ya da topluluk boyutunda olan birleşmenin ortak pazarda rekabeti bozucu etkisi olduğu yönünde ciddi şüpheler uyandırdığı kanaatine varılabilecektir. En son durumda, Komisyon tarafından ikinci aşamaya geçilerek daha ayrıntılı olarak gerçekleştirilecek inceleme sonucunda, birleşme işleminin Ortak Pazarla uyumlu olup olmadığı hususunda bir karar verilecektir. Bk. *Erdem*, Ercüment: “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Kayseri 2004, s. 30 vd; *Furse*, s. 334 vd; *Loughran / Parplies / Schade*, s. 84 vd. Ayrıca, 139/2004 sayılı Tüzük kapsamında, Komisyon’a 2005 yılında 313, 2006 yılında ise 338 adet bildirim yapılmış olup, birinci

Komisyon, kararını en fazla 25 iş günü içerisinde vermek zorunda olup, bu inceleme süresi, bildirim komisyonuna sunulduğu günü takip eden günden itibaren ya da, bildirimde bulunan taraflarca sunulan bilgi veya belgelerde eksiklik varsa bu bilgi veya belgelerin tamamlandığı günü takip eden günden itibaren başlayacaktır. Söz konusu 25 günlük süre, Tüzüğün 9. maddesinin II. fıkrası ya da 6. maddesinin II. fıkrası kapsamında 35 güne uzatılabilecektir. Topluluk boyutunda olan birleşmenin Ortak Pazar'da rekabeti bozucu etkisi olduğu yönünde ciddi şüpheler uyanmışsa, Komisyon tarafından esas incelemeye geçilecektir. Esas incelemeye geçildikten sonra, Tüzüğün 8. maddesinin I. ila III. fıkralarında sayılan kararlardan⁴¹⁹ birinin verilmesi durumunda, Komisyon tarafından incelemenin başlamasından itibaren en fazla 90 gün içinde karar verilebilecektir. Söz konusu süre, 8. maddenin II. fıkrası kapsamında 105 güne uzatılabilecek ya da 20 günden fazla olmamak üzere bu inceleme süresi Komisyon tarafından uzatılabilecektir⁴²⁰. Eğer belirtilen süreler içerisinde Komisyon tarafından bir karar alınmaz ise, birleşme veya devralma işleminin Ortak Pazarla uyumlu olduğu kabul edilecektir.

Eğer bildirim Tüzük kapsamında ise ve Ortak Pazar'da veya onun önemli bir kısmında etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek ve özellikle sonuç olarak bir hakim durum yaratacak veya var olan bir hakim durumu güçlendiren bir birleşme veya devralma söz konusu değilse, işleme izin verilecektir. Ancak, bu tür bir birleşme veya devralma, Ortak Pazar'da veya onun önemli bir kısmında etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek ve özellikle hakim durum yaratan veya var olan bir hakim durumu güçlendiren bir birleşme veya devralma şüphesi uyandırmışsa, Komisyon tarafından

aşamada 2005 yılı için 6 adet, 2006 yılı için 7 adet bildirim, ikinci aşamada ise, 2005 yılı için 3 adet, 2006 yılı için 1 adet bildirim geri çekilmiştir; bk. <http://www.europa.eu.int> (10.10.2006).

⁴¹⁹ 139/2004 sayılı Tüzüğün 8. maddesinin I. fıkrasında, birleşme işleminin ortak pazarla uyumlu olduğu, II. fıkrasında, birleşme işleminin belirli koşulların yerine getirilmesi koşuluyla ortak pazarla uyumlu sayılabileceği ve III. fıkrasında ise, birleşme işleminin Ortak Pazarla uyumlu olmadığı yönündeki kararlar, Komisyon tarafından verilebilecek kararlar arasında sayılmıştır.

⁴²⁰ 139/2004 sayılı Tüzüğe göre, eğer taraflar incelemenin ilk 55 günü içerisinde birleşme işleminin ortak pazarla uyumlu hale getirileceğine ilişkin taahhütte bulunursa, inceleme süresi 105 güne uzatılabilecektir; ayrıca, incelemenin ilk 15 günü içerisinde bildirimde bulunan taraflardan birinin talebi üzerine 20 günü geçmemek üzere, bu sürecin uzatılması da olanaklıdır.

inceleme başlatılacak ve Tüzüğün 8. maddesinin I. ila IV. fıkralarında⁴²¹ belirtilen kararlardan biri verilerek inceleme süreci sonuçlandırılacaktır. Komisyon tarafından alınan kararlar derhal ilgililere bildirilecek olup, Tüzüğün 6. maddesinin III. fıkrasında belirtilen durumlarda, yani, eğer bir karar yanlış bilgilendirme nedeniyle alınmış, ya da taraflar, kararda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemiş ise Komisyon almış olduğu kararını iptal edebilecektir.

139/2004 sayılı Tüzük, eski düzenlemede var olan gereksiz bürokratik işlemleri ortadan kaldırmış ve ön bildirim yapılmasına olanak sağlamıştır⁴²². Gerçekten, Tüzüğün 4. maddesi uyarınca taraflar, birleşme sözleşmesini imzalamadan önce bir anlaşma metni hazırlayarak ön bildirimde bulunabilecektir. Böylece, 4064/89 sayılı Tüzüğün 4. maddesinde yer alan taraflara bir hafta içinde bildirimde bulunma zorunluluğu da kaldırılmıştır. Bununla birlikte söz konusu Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, bu tür ön bildirimlerde tarafların Komisyon'a iyi niyetli bir şekilde daha sonra bağlayıcı bir sözleşme imzalama iradelerini veya eğer ortada topluluk boyutunda bir yoğunlaşma sonucu yaratacak bir halka arz var ise, halka arzın duyurulmasındaki iyi niyetlerini göstermeleri gerekecektir⁴²³.

⁴²¹ 139/2004 sayılı Tüzüğün 8. maddesinin IV. fıkrası uyarınca, eğer birleşme işleminin Ortak Pazarla uyumlu olmadığına daha önceden karar verilmişse, Komisyon tarafından daha önceden öngörülen koşullar yerine getirilmemişse, Komisyon tarafından, birleşme işleminin geri alınması ya da bu mümkün olmuyorsa, birleşen teşebbüslerin yeniden yapılandırılabilmelerine ilişkin alınabilecek diğer önlemlere ilişkin karar alınabilecektir. Anılan Tüzüğün I. ila III. fıkralarında öngörülen karar türleri için bk. yuk. dn. 419.

⁴²² Komisyon'un Avrupa Birliği birleşme mevzuatında kapsamlı bir değişikliğe gitme nedenlerinin arasında, teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemlerinin denetlenmesinde daha etkin, kesin ve etkili bir inceleme mekanizması yaratmak da bulunmaktadır; bk. *Drauz Götz*: "A View from Inside the Merger Task Force: 'Comments on Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes'", JICT 2002, S 2:4, s. 391 vd; *Erdem*, Değişiklikler, s. 30 vd; *Lingos / Loughran / Pitkanen / Todino*, s. 79 vd; *Ryan*, Stephen A.: "Reform of the EU Merger Control System-a Comprehensive Package of Proposals", CPN 2003, S.1, s. 11 vd.

⁴²³ *Furse*'e göre aslında bu ön bildirim usulünde, Komisyon'un zaten artan iş yükü karşısında, iş yükünü daha da arttıracak spekülasyon nitelikteki birleşme işlemlerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır, bk. *Furse*, s. 328.

139/2004 sayılı Tüzüğün 4. maddesi ile ön bildirimde taraflara tanınan diğer bir olanak ise, taraflara birleşme veya devralma işlemini gerçekleştirmeden önce yapılan bildirim ile beraber bu işlemin incelenmesi için belirli bir veya daha fazla üye ülkeye gönderilmesini gerekçeli bir talep dilekçesi sunarak isteme hakkıdır. Söz konusu Tüzüğün 9. maddesi ile üye devletlerin bildirimden sonra işlemi Komisyon'a göndermeleri kolaylaştırılmış, Komisyon'a da işlemi üye devletlere gönderme yetkisi verilmiştir.

4064/89 sayılı Tüzük'te Komisyon'un incelemesi sıkı bir takvime bağlandığından, Komisyon'un önüne gelen olayları tam anlamıyla incelemesi kimi zaman büyük zorluklar doğurmuştur. 139/2004 sayılı Tüzük'te ise, bu zorluklar dikkate alınarak inceleme sürecinin esnekliğini sağlayacak ve aynı anda zaman kazanılmasına olanak tanıyacak bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır⁴²⁴. Ayrıca, eski düzenlemede zaman aralıkları ay, hafta veya gün olarak ifade edilmekte iken, yeni Tüzük'te daha gerçekçi bir yaklaşımla bildirimden itibaren işleyecek tüm süreler iş günü esasına bağlanmıştır.

Genel kural, bildirim tabî yoğunlaşma işlemlerinin bildirimden veya Komisyon'dan menfî tespit alınmasından önce ifa edilememesi, yani yoğunlaşma işleminin askıda kalması olup, Tüzüğün 7. maddesinde yer alan ve halka arzlar açısından bu kurala bir istisna içeren hüküm, değişik satıcılar tarafından borsa aracılığıyla gerçekleştirilen tüm devralma işlemlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca daha önce bu hükümden yararlanabilmek için devralanın işlem konusu paylara bağlı oy haklarını kullanmaması yeterli iken, yeni düzenlemelerle uyum için bu maddeye ayrıca ilgili yoğunlaşma işleminin Komisyon'a derhal bildirilmesi gerekliliği de eklenmiştir.

⁴²⁴ Bu haliyle 139/2004 sayılı Tüzük, "Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına ve Komisyon Tarafından İnceleme Yapılmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük" (OJ, L 001, 04.01.2003) ile de uyumlu hale getirilmiştir.

Eski Tüzük ve yeni Tüzük'te inceleme sürecine ilişkin sürelerin karşılaştırılması olarak ortaya konulması açısından aşağıdaki tabloya yer verilmiştir.

Tablo 15: Karşılaştırmalı Olarak Eski ve Yeni Tüzük'te İnceleme Süreci⁴²⁵

ESKİ TÜZÜK (4064/89 sayılı)	YENİ TÜZÜK (139/2004 sayılı)
<p>1. aşama</p> <p>-1 aylık süre, bildirim Komisyon'a ulaşmasından itibaren başlamaktadır.</p> <p>-Taraflara teklif edilmiş ya da taraflardan bu doğrultuda bir talep gelmişse, bu süre 6 haftaya kadar uzar.</p>	<p>1. aşama</p> <p>-25 günlük süre, bildirim Komisyon'a ulaşmasından itibaren başlamaktadır.</p> <p>-Taraflara teklif edilmiş ya da taraflardan bu doğrultuda bir talep gelmişse, bu süre 35 güne kadar uzar.</p>
<p>2. aşama</p> <p>-Esas incelemeye geçilmesine karar verildiği tarihten itibaren 4 ay sürmektedir.</p>	<p>2. aşama</p> <p>- Esas incelemeye geçilmesine karar verildiği tarihten itibaren 90 gün sürmektedir.</p> <p>-Tarafların talebi ya da Komisyon'un talebi ve tarafların uygun görmesiyle 20 günlük ek inceleme süresi vardır.</p> <p>- İncelemenin ilk 55 günü içerisinde birleşme işleminin ortak pazarla uyumlu hale getirileceğine ilişkin taahhütte bulunursa, 15 günlük ek inceleme süresi vardır.</p>

⁴²⁵ Bk. <http://www.europa.eu.int> (10.10.2006)

II. UYGULAMDAN ÖRNEKLER

A- Paribas-Societe Generale Birleşmesi

Dünyada gerçekleşmiş olan önemli banka birleşmelerine vereceğimiz ilk örnek Fransa’da gerçekleşen “şaşırtan banka evliliği” ile ilgilidir⁴²⁶. Paribas ve Societe Generale birleşmeye karar verdikten sonra, 1999’un Mart ayında Banque Nationale de Paris’in (BNP) her iki bankayı da satın almak istediğini açıklaması, her iki banka yönetiminde de şok etkisi yarattı. BNP’nin iki bankaya teklifi 37.2 milyar Dolardı ve gerçekleşecek banka evliliği sonucunda dünyanın sayılı bankalarından biri doğmuş olacak, bankanın değeri 56 milyar Dolara ulaşacaktı. Buna karşılık Paribas ve Societe Generale, şaşırtan birleşme önerisinin kabul edilmesinin pek mümkün görünmediğini savundular.

BNP’nin 37.2 milyar Dolarlık teklifi ise o güne kadar bankacılık sektöründe, 41.5 milyar Dolara ulaşan, ancak başarısızlıkla sonuçlanan NationsBank ve BankAmerica birleşme girişiminden sonraki ikinci büyük teklifi. BNP’nin her iki bankayı satın alma yolundaki teklifi ise, Avrupa’nın ikinci büyük bankasını oluşturmak için Societe Generale’nin, Paribas’ı 17.07 milyar Dolara ele geçirme girişiminden sonra geldi.

BNP, her iki bankanın pay sahiplerinin aklını çelebilmek için medya kuruluşlarına dev ilânlar verdi; bununla birlikte diğer iki banka da BNP’nin talebinin yerinde olmadığına ilişkin reklam faaliyetlerine girişti. Bu da reklamcılıkla uğraşan kuruluşların cirolarının büyük oranda artmasına yol açtı.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği’nde Euro’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ABD ve Japon bankaları karşısında Avrupalı bankalar, rekabet gücünü arttırmak ve daha güçlü bir konuma gelmek amacıyla birleşme eğilimlerini hızlandırmaya

⁴²⁶ Ayrıntılı bilgi için bk. *Uzman Gözüyle Bankacılık*: “Fransa’da Şaşırtan Banka Evliliği Teklifi”, S. 28, s. 34.

başlamıştı. Sonuç olarak Paribas'ın % 65'ini, Societe Generale'nin ise % 31.8'ini satın alan BNP'nin maliyet itibarıyla bankacılık sektörünün ikinci büyük birleşme teklifinde bulunmasının arkasında yatan neden de aslında, Avrupalı bankaların girdiği birleşme sürecinin bir sonucuydu.

B- Deutsche Bank – Bankers Trust Birleşmesi⁴²⁷

Dünya Yahudi Konseyi bir süreden beri, Deutsche Bank'ı nazi politikalarına hizmet etmekle suçluyor, bankadan soykırım kurbanları için tazminat istiyor ve bankanın Bankers Trust'ı satın alma girişiminin engellenmesinde bunu bir koz olarak kullanıyordu.

Bununla birlikte Deutsche Bank'ın Auschwitz toplama kampının yapımını finanse ettiği ortaya çıkınca, bu bankanın Bankers Trust'ı satın alma girişimi de tehlikeye düştü. Bunun ardından banka, Dünya Yahudi Konseyi ile derhal pazarlık masasına oturmak istediğini ilân etti. Yapılan görüşmeler sonucunda, 9 milyar Dolarlık bir anlaşma sonucunda Bankers Trust Alman bankasının bünyesine katılmış oldu.

Özvarlıkları itibarıyla dünyanın en büyük bankası olan Deutsche Bank'ı birleşmeden sonra da sorunlar bekliyordu. Birleşmenin üzerinden bir ay bile geçmeden Bankers Trust'ın en kaliteli elemanları istifa etmeye başladı. Bu istifaları Bankers Trust'ın başkanının istifası izledi.

Bu gelişmeleri takiben, Alman makamları tarafından Deutsche Bank'ın müşterilerini vergi kaçırmaya teşvik ettiği gerekçesiyle soruşturma açıldı. Buna karşılık söz konusu bankanın genel müdürü, bu tür birleşmelerde benzer sorunlarla karşılaşılmasının doğal olduğunu, buna karşılık önlerindeki altı aylık dönemin kendileri için çok önem taşıdığını açıkladı. 756 milyar Dolarlık özvarlığına rağmen

⁴²⁷ Ayrıntılı bilgi için bk. *Uzman Gözüyle Bankacılık*: “Deutsche Bank Sırat Köprüsünde”, S. 28, s. 35.

piyasa değeri ve kârlılık oranlarında rakiplerinin gerisinde kalan Deutsche Bank için durum zor görünüyordu. Bankanın genel müdürünün bu zor durumdan kurtulmak için amacı, ticarî bankacılık birimine, yatırım bankacılığının bireye dönük ve risk almayı göze alan kültürünü benimsetmeyi sağlamaktı; zira söz konusu bankanın en büyük sorunu ticarî bankacılıktaydı. Sonuç olarak, Deutsche Bank ile Bankers Trust'ın birleşmesinden amaçlanan hususlar tam anlamıyla gerçekleşemedi. Zira, Deutsche Bank'ın uygulamaya koyduğu bu ve diğer yeniden yapılandırma programlarına rağmen, bankacılık sektöründeki harcamalar, toplam kârın içinde önemli bir yer tutmaya devam etmiştir.

C- Sumitomo-Sakura Bank Birleşmesi ⁴²⁸

Japonya'da gerçekleşen dev banka evliliği ile ilgili olarak, Sumitomo ile Sakura Bank'ın görüşmeleri olumlu sonuçlanırsa, dünyanın ikinci büyük bankası ortaya çıkacaktı. Kriz içinde bulunan Japon ekonomisinde birleşmeler hükümet tarafından da teşvik ediliyor ve ardı ardına banka birleşmeleri gerçekleştiriliyordu. Japon hükümeti de Sumitomo ile Sakura Bank'ın birleşmesine yeşil ışık yakmıştı.

Toplam varlıkları itibarıyla en büyük banka birleşmesi üç Japon bankası, Japonya Sanayi Bankası, Dai-Ichi Kangyo Bank ve Fuji Bank arasında gerçekleşmişti. Japonya'daki birleşme furyasından önce ise özvarlık itibarıyla en büyük banka olma konusunda dünya birinciliği Deutsche Bank'a aitti. Dünyanın ikinci büyük bankasını doğuracak Sumitomo ile Sakura Bank'ın birleşmesi ise aslında, Japonya'da 1990'lı yıllarda baş gösteren ekonomik kriz ve bu kapsamdaki hükümet politikalarının sonucuydu.

⁴²⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. *Uzman Gözüyle Bankacılık*: “Japonya’da Dev Banka Evliliği”, S. 28, s. 36.

D- Bank Austria-Creditanstalt Birleşmesi ⁴²⁹

Bu iki firma Avusturya bankacılık ve finans sektöründe faaliyet gösteren ve değişik sektörlerde büyük sayıda iştirake sahip olan teşebbüslerdir. Bu işlem sonucu doğacak ortaklık Avrupa'da otuzuncu sırada yer alacak olsa da, Avusturya'da kendisine en yakın teşebbüsten beş kat büyük bir bilançoya ulaşmakla, tüketicileri ve teşebbüsleri geniş bir şekilde etkileyecektir. Ayrıca, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri Avusturya bankacılık sistemine giriş engelleri, kamunun finansal kurumlara katılımı sonucu tarafların pazardaki güçlü durumlarını genişletmesi ile hakim durumlarının güçlendirilmesi riskini doğurmaktadır.

Bank Avusturya, Komisyon incelemesinin ilk aşamasında finans ve bankacılık sektöründe rekabete giriş risklerini kaldırmaya izin veren yükümlülüklerle girmiştir. Bu kapsamda, Giro Credit'deki iştiraklerini ayırmaya ve kamu yararının finansmanındaki özel bir teşebbüs olan Österreichische Kanstrollbank'da yönetsel haklarını azaltmaya yönelmiş, üçüncü işletmelerdeki "Yatırım Kredisi" (Investkredit) etkisinin artırılmamasını garanti etmiştir. Ayrıca, Bank Avusturya komisyonla yüz yüze görüşmelerinde iştiraklerini satacağını belirtmiştir. Bu iki ihtimalde de komisyon rekabet noktasında yoğunlaşmanın risklerinin ortadan kalktığını düşünerek işleme onay vermiştir.

E- Fortis-Meerspierson, Fortis-ASLK-CGER, Credit Suisse - Ninterthur, Merit-Nordbanken Birleşmeleri ⁴³⁰

Belçika-Hollanda grubu olan Fortis, sigortacılık sektöründe geniş bir yer işgal eden ABN-AMRO grubunun yanında ticarî banka niteliğindeki Meerspierson'un da yoğunlaşma işlemine katılması ile karma veya yatay işlemlerin üst üste binmesi şeklinde problemler oluşmakla, rekabet gücünün artması ve yoğunlaşmanın

⁴²⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. *Güzel*, s. 93.

⁴³⁰ Ayrıntılı bilgi için bk. *Güzel*, s. 93.

gerçekleşmesi ortaya çıkmaktadır. 1993 yılında Fortis grubu ASLK-CGER'e iştirak ederken Komisyon'dan izin almıştır.

Bu kararlar Fortis, grubun sigorta branşını kontrol ederken banka da bu kontrole ortak olmuştur. Yeni operasyonla Fortis, ASLK-CGER'in tek hakimi olurken, bankacılık sektöründe yoğun bir rekabetle karşı karşıya kalmıştır. Komisyon'a göre bu yoğunlaşma sigorta sektöründe değişiklik yapmamaktadır.

Credit Suisse Group ile Winterthun sigorta ortaklıklarının birleşmesi İsviçre'de lider finansal kurumu ortaya çıkarmıştır. Bu işlemin sonucunda oluşan yeni yapı Avrupa ve Dünya çapında lider pozisyona geçmiştir. Komisyon'a göre topluluk çapında değerlendirme yapıldığında bu birleşme pazarda bir yoğunlaşma oluşturmamaktadır. İki tarafın pazar paylarının toplamı sektörde rekabet açısından büyük problemler yaratmazken, tarafların finansal kaynakları, ortak kullanımları, teknolojik gelişmelerin karşılıklı bilgi alışverişi açılarından etkilerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, finansal çözümlerinde rekabet açısından avantaj yaratabileceği değerlendirilmesi yapılmaktadır. Komisyon büyük bankalarla sigorta ortaklıkları arasında artan ortaklıkların rekabet koşulları açısından karşılaştırmalı sinerji yaratacağını düşünmektedir. Bu nedenle Komisyon, birleşmenin getireceği avantajların işlemin ortak pazarla uyumunu, tarafların durumunu ve diğer grupların efektif bir rekabet uygulamasını ortadan kaldırmayacağını düşünmektedir.

Son örnek olarak gösterebileceğimiz olayda Komisyon, Finlandiya'nın birinci grubu Morita ile İsveç'in üçüncü büyük bankası, Nordbanken arasındaki birleşme projesini onaylamıştır. Bu iki grubun bankacılık, finans ve sigorta pazarlarında aktif oldukları görülmektedir. Bu pazarlardaki faaliyetler yerel nitelikli olduğundan birbirleri üzerindeki etkileri önemsiz düzeyde kabul edilmiştir. Birleşme sonucunda İsveç bankasının o pazarda faaliyeti olmaması nedeniyle Merita'nın Finlandiya'da güçlü konumu ve potansiyel rekabet gücü etkilenmeyeceği gibi, parasal birliğin

oluşumu ile gelişecek uluslararası düzenlemelerin rekabeti yükselteceği değerlendirilmektedir. Yukarıda aktarılan tüm incelemelerde komisyon yoğunlaşma işlemlerine, topluluk çapında bir hakim durum oluşmayacağı düşüncesiyle onay vermiştir.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Rekabet hukuku, özel kişiler arasındaki hukukî ilişkilere uygulandığından, rekabet hukukunun özel hukuk yönü bulunmaktadır. Bununla birlikte, rekabet hukukunun amacının rekabetçi, sağlam ve sağlıklı bir piyasa yapısının oluşturulması olduğu ve bunun da aynı zamanda kamu hukukuyla yakından ilgili olduğu dikkate alındığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da kamu hukukunu ilgilendiren kurallara da yer verilmiştir. Bu kapsamda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, hangi tür birleşme ve devralmaların yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, banka hukukunda, tasarruf sahiplerinin sözleşme türlerine göre bankalar ile ilişkisi özel hukuku ilgilendirmekte iken, banka hukuku aynı zamanda ekonomi ile yakından ilgili olduğundan, kamu hukukunu ilgilendiren kuralları da içermektedir. Bu nedenle, sağlam bir ekonomik düzenin oluşturulmasına yönelik olarak, devletin sadece düzenleme yetkisi bulunmayıp, iç ve dış piyasalardaki gelişmelere göre, kontrol ve denetleme görevi de bulunmaktadır. Bu kapsamda, bankaların kuruluş veya Türkiye'de şube veya temsilcilik açma izni, faaliyet izni, sınır ötesi faaliyetlerde bulunma gibi hususların yanında, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen bankaların birleşme işlemleri için de Kurul izni gerekmektedir.

Hangi tür birleşme ve devralmaların yasak olduğunu hükme bağlayan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile banka birleşmelerinin Kurul'un iznine tabî olduğunu hükme bağlayan Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi, kamu hukuku ile ilgilidir. Bu itibarla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen izne tabî teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemlerinin Rekabet Kurumunca denetlenmesinin yanında, anonim ortaklık şeklinde bankacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulan bankaların da aynı zamanda birer teşebbüs olduğu, ayrıca, gerek rekabet hukukunun gerekse banka hukukunun amacının

özellikle, serbest piyasa yapısının oluşturulması ve korunması ile bu piyasada güven ve istikrarın sağlanması dikkate alındığında, bankalar arasında gerçekleşen birleşme ve devralma işlemlerinin, rekabet otoritelerince denetlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Bankaların kârlılık oranları ve malî kapasiteleri ülke ekonomisiyle yakından ilişkilidir. Dolayısıyla, güçlü bir bankacılık sektörü, aynı zamanda kamunun da yararına. Bu itibarla, güçlü bir bankacılık sektörünün oluşturulmasında, yeniden yapılandırma modeli olan banka birleşmeleri büyük önem arz eder duruma gelmiş, diğer taraftan bu sektörün sağlam temeller üzerine oturtulmasında kamu yararının bulunduğu dikkate alındığında, bu birleşmelerin ilgili otoritelerce denetlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren kırılgan hale gelen bankacılık sektörünün daha güçlü bir yapıya kavuşturulması gerekmiştir. Türk bankacılık sektöründe de, 2000'li yılların başında yaşanan krizler, bu sektörde köklü bir reformun uygulamaya geçilmesi gerekliliğini doğurmuş ve bu amaca yönelik olarak, "Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programı" yürürlüğe sokulmuştur. Bu Program ve bankaların yeniden yapılandırılmasına yönelik işlemler çerçevesinde, özkaynak artışı ve birleşmeleri kolaylaştıracak teşvik ve düzenlemelerin yapılması önemli bir yer tutmuştur.

Verimli, etkin ve küresel rekabete uyum sağlamayı amaçlayan bu Program çerçevesinde gerçekleşen ve ortaklıklar hukukunun yeniden yapılandırma modellerinden olan "birleşme" işlemlerine rekabet hukuku ilke ve kurallarının ne ölçüde uygulanması gerektiği, sağlam bir bankacılık sektörünün oluşturulmasında büyük önem arz etmektedir.

Bankacılık sektöründe gerçekleşen banka birleşmelerinin denetlenmesinde ve bu sektörde etkin rekabetin sağlanmasında, kuşkusuz rekabet hukuku ilke ve kuralları ile rekabet otoritelerinin etkin bir rolü bulunmaktadır. Gerçekten, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, teşebbüslerin kendi iç dinamiği dışında büyümelerinin denetim altına alınması amacına yönelik olarak, hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde ise, Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların birleşmesinin, Kurul'un iznine tabî olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca, "Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik"te, banka birleşmelerine ilişkin esas ve usullere yer verilmiştir.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin dilbilgisi kuralları ve hukuk tekniği açısından kötü kaleme alındığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin ilk cümlesinde Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi"nden, devamında ise bu bankaların "aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi veya bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması"ndan söz edilmiştir.

Öncelikle belirtmeliyiz ki, uygulamada "birleşme" kavramı, devralma ve yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmeleri kapsayan bir üst kavram olarak ele alınmaktadır; zira Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden de bu sonuç çıkmaktadır.

Ancak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin I. fıkrasının birinci cümlesinin devamındaki "bir bankanın bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması" durumu sanki, cümlenin başında geçen "yeni bir banka kurmak suretiyle birleşme" durumundan farklı hukukî sonuçlar doğurduğu izlenimi vermektedir. Halbuki söz konusu cümlenin ilk kısmında geçen

“birleşme”, “yeni banka kurulması yolu ile birleşmeyi”, ikinci kısmında geçen devir ise “devralma yoluyla birleşmeyi” ifade etmektedir. Bu her iki tür birleşme durumu da, küllî halefiyet ilkesi gereği bütün aktif, pasif ve diğer yükümlülüklerin yeni kurulan ya da devralan bankaya geçmesi sonucunu doğuracaktır.

Bununla birlikte, bankacılık sektörünün kendine özgü yapısı ve ekonomi için arzettiği önem dikkate alınarak, Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde, birleşme ve devre konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiye geçmemesi koşuluyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7., 10. ve 11. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağı hususuna yer verilmiştir. Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2. maddesinde ise, birleşme ve devralma sonucunda birleşmeyi ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının, piyasanın yüzde yirmibeşini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş milyon Yeni Türk Lirası’nı aşması durumunda Rekabet Kurulu’ndan izin almalarının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, rekabet otoritelerinin denetimine tabî birleşmelerin belirlenmesinde, bankacılık mevzuatında “toplam aktif” kriteri öngörülmüşken, rekabet hukuku mevzuatında, “pazar payı” ve “toplam ciro” kriterleri öngörülerek, her iki mevzuat arasında uyum sağlanamamıştır.

Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinde, “Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar” arasındaki birleşme işlemleri hükme bağlanmış olmasına rağmen, Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik’te, bu Yönetmeliğin amacı belirlenirken, “Türkiye’de faaliyette bulunan banka” ibaresi Yönetmelik’ten çıkartılmıştır. Bu nedenle, yurt dışında faaliyette bulunan bir banka ile Türkiye’de faaliyette bulunan bir banka arasında gerçekleştirilen birleşme işlemlerine, Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesinin uygulanabileceği sonucuna varılması olanaklı olmakla birlikte, anılan Yönetmelik hükmünün, normlar

hıyerarşisine aykırı olarak Kanun'un 19. maddesini, Kanun'un öngörmediği bir şekilde genişlettiği kanaatindeyiz.

Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen ve bankaların tasfiyesiz sona ererek yeni kurulan bir bankaya ya da en az birinin önceden mevcut olan bir bankaya katılması sonucunda tek bir banka haline gelmesi ile sona eren, bankanın mevduat dahil tüm malvarlığının devralan ya da yeni kurulan bankaya geçmesi sonucunu doğuran "birleşme" kavramının, aynı Kanun'un 71 ve 107. maddelerinde birleşme kavramı ile birlikte yer alan "devir"den ayırt etmek gerekmektedir. Zira söz konusu düzenlemelerde, "devir suretiyle birleşme" kastedilmeyip, bir bankanın aktif ve/veya pasiflerinin kısmen veya tamamen bir veya birden fazla bankaya satılmak suretiyle devredilmesi söz konusudur.

Uygulamada Bankacılık Kanunu açısından banka birleşmeleri, zorunlu ya da ihtiyarî birleşmeler olarak gerçekleştirilmekte. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından gerçekleştirilen birleşme işlemleri zorunlu banka birleşmeleri olarak adlandırılmaktayken, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesine göre bankaların kendi iradeleriyle birleşmesi ise, ihtiyarî banka birleşmeleri olarak adlandırılmaktadır.

Türk bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılması sürecinde, finansal açıdan zayıf olan bankaların Fon bünyesine alınarak, eğer olanaklıysa, bu bankaların zayıf olan finansal durumlarını iyileştirerek sisteme kazandırılması büyük önem arz etmektedir. Zorunlu birleşmelere ilişkin olarak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde öngörüldüğü gibi birleşmeye tabî tutulacak bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının % 20'yi geçmemesi koşuluyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7., 10. ve 11. maddelerinin uygulanmayacağı yönünde hükme yer verilmemiştir. Ancak, Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinin genel hüküm niteliğinde olduğu dikkate alındığında, Fon tarafından gerçekleştirilen birleşme

işlemlerinde de söz konusu % 20'lik eşik değerin aynen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk bankacılık sektörünün malî yapısına baktığımızda, bankacılık sektörünün toplam aktifleri ile bu aktiflerin millî gelire oranının, gelişmiş ülkelerdeki ve özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerdeki bankacılık sektörüne göre oldukça düşük olduğu görülmektedir. Bu malî tablosuyla, oligopolist bir piyasa görüntüsü veren Türk bankacılık sektöründe bankalar daha çok birbirinin davranışlarını izlediğinden, fiyat rekabetinden çok, bankaların reklam, kampanya, değişik pazarlama teknikleri veya yeni ürünlerin piyasaya sürülmesi gibi yöntemlerle ürün farklılaştırmasına gittiği görülmektedir.

Bu itibarla, yeni kaynak girdisine ve etkin bir fiyat rekabetine ihtiyaç duyan bankacılık sektöründe, etkin rekabet ortamının sağlanması sürecinde, özellikle bir yeniden yapılandırma modeli olan “birleşme”lerde rekabet hukuku açısından denetimin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen ve banka birleşmelerini rekabet otoritelerinin denetimine tabî kılınması için aşılması gereken yüzde yirmilik eşik değerin oldukça yüksek bir oran olduğu ve söz konusu eşik değerin, hiçbir bankanın sektörde arzı tek başına kontrol etme olanağının bulunmadığı bir piyasa yapısında, fiilen rekabet otoritelerinin denetimini engellendiği kanaatindeyiz.

