

ORTAK PAZARDA TEMERKÜZ SORUNU*

Çeviren :
Prof. Dr. Akar ÖÇAL

Ş I. İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜNÜN ORTAYA ÇIKARTTIĞI BAZI EKONOMİK SORUNLAR

A. İŞLETMELERİN ORTAK PAZAR ÖLÇÜLERİNE İNTİBAKI

1. İşletme büyüklüklerinin arttırılması eğilimi yeni bir olay değildir. Sınai devrimden beri tüm endüstrileşmiş ülkelerde bu olaya şahit olunmuştur. Bu ekonomik bünye gelişmesi, Roma Andlaşmasının imzalanması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET) üye ülkelerde büyük önem kazanmış bulunmaktadır.

AET'daki bugünkü durumun özelliği olarak şunlar ifade edilebilir :

- Avrupa firmalarının ortak pazar ölçülerine intibakı;
- Avrupa firmalarının büyük üçüncü dünya ülkeleri işletmeleriyle rekabeti sorunu.

Avrupa işletmelerinin büyümesi sonucunu ortaya çıkartan bu gelişme, incelemeye değerdir.

2. Ortak pazarın yaratılması AET ülkelerinin bünyevi gelişmelerinde değişmelere yol açmıştır. Roma Andlaşması, sadece altı milli ekonominin, sınırların ortadan kaldırılması suretiye birleştirilmesi sonucu ortaya çıkartmış değildir, zira altı ekonominin bu

(*) *La problème de la concentration dans le marché commun*, Études, série concurrence 3, Services des publications des communautés européennes, 8182/1/VII/1966/5, Bruxelles 1966.

şekilde birleşmesi esaslı değişimleri de beraberinde getirmiştir; bu birleşme olayı ekonomik bünyedeki gelişmenin hızlandırılmasının kaynağını teşkil etmiştir.

Sınırların kaldırılması, büyüklükleri genellikle himayeye mazhar milli pazarların ihtiyaçlarına göre ayarlanan işletmeleri, 175 milyon müstehliki bulunan bir pazara intibak etmeye mecbur bırakmıştır. Milli ekonomilerin birleşmesi, Avrupa entegrasyonun gerektirdiği bünye değişikliklerini teşvik etme eğilimi taşımaktadır.

İşletmelerin ortak pazar ölçülerine bu şekilde intibakı, esasen, Roma Andlaşmasının amaçlarına da girmektedir. İşletmelerin büyümesi rantabilitenin artmasına, teknik gelişmenin hızlanmasına ve istihsal maliyetinin düşürülmesine imkân sağlayacaktır. Müessir rekabet, hayat seviyelerini yükselttiği müstehliğin, teknik gelişmenin sonucu olan menfaatlere âdil ölçüde katılması imkânını yaratacaktır. Bununla beraber, ekonomik gelişme esasında bir amaç teşkil etmemeli, sosyal kalkınmaya yardımcı olmalıdır. Bu bakımdan şuna işaret etmek gerekir ki, işletme büyüklüklerinin artması sosyal yönden çeşitli sonuçlar ortaya çıkarar, özellikle işçilerin istihdamı, bunların mesleki ve coğrafi bakımlardan hareketliliği söz konusu olur. Bu sorunlar, bugün için Komisyonun yetkili servisinde incelenmekte olup daha sonra, yayım yoluyla ortaya konulacaktır.

3. Avrupa firmalarının büyümesi sebeplerinden biri de, dünya pazarlarında gittikçe hızlanan milletlerarası rekabettir; o surette ki, bu rekabet hızla gelişmekte olan pazarın cazibesi yüzünden kurulan büyük yabancı işletmeler sebebiyle AET'da gün geçtikçe daha fazla hissedilir bir duruma gelmiştir.

Yabancı işletmeler (özellikle amerikan ve japon) ile avrupalı işletmeler arasında mevcut büyüklük farkları rantabilite konusunda bazı sorunlar ortaya çıkartmaya elverişli bir durum göstermektedir. Bununla beraber işletmelerin rantabilitesi sadece işletme büyüklüğüne bağlı değildir. Ayrıca, aşırı büyüklük, bazı sabit masrafların özellikle işletme ve idare masraflarının geniş ölçüde artmasına yol açabilir.

Komisyonca yaptırılan araştırmalar, işletmelerin optimum büyüklüğü hakkında bir genel esas ifade etmenin mümkün olmadığını göstermiştir. Bu husus mamûllerin maliyetine, imalât usulüne ve piyasanın yapısına bağlıdır. Teknik gelişme mutlaka işletmelerin

büyümesini gerektirmemektedir, zira ekonomik optimuma farklı işletme büyüklükleri ve imalât usulleri ile de ulaşmak mümkündür.

4. Bununla beraber şu husus kesindir ki, bugün için büyük işletmeler bazı bakımlardan, özellikle finansman ve teknik araştırma konularında, daha elverişli durumdadırlar.

Büyümenin genişlemesinin işletmelerin sermaye piyasasında buldukları finansman imkânını arttırdığında şüphe yoktur. Öte yandan, finansman kaynaklarının, otofinansman ihtimali rekabetin artmasıyla azalacağından, iyi şekilde kullanılması da gereklidir. Gerçekten, büyük işletmeler, daha küçük işletmelerin elde edemedikleri birçok finansman kaynağı bulmak imkânına sahiptirler.

Sermaye piyasasına başvurmanın önemi ve artması sonucu olarak büyük işletmeler finansman teknikleri bakımından daha büyük bir seçim imkânına sahiptir ve bu sebeple de tasarrufluların tercihlerine daha iyi bir şekilde cevap verebilirler. Ayrıca, ünleri ve önemleri ile bu işletmeler nispeten sınırlı milli piyasa dışında birçok sermaye piyasasına da kabul edilebilirler. Finansman konusunda her çeşit emisyonlarla gerçekleştirilen bu gelişme aynı zamanda sağlam bir finansman politikasına da yol açar ve işletmelerin bilânçoların ve sonuçların ilânı konusunda daha açık bir tutum takınmalarına imkân hazırlar.

Büyük işletmelerin teknik ve ilmi araştırmalar konusunda sahip olduğu üstünlükler de küçümsenecek nitelikte değildir. Araştırma programları büyük yatırımları gerektirir ki bunları gerçekleştirmeye sadece belli büyüklükteki işletmeler muktedirdir. Ayrıca uzun zaman isteyen programların doğuracağı masraflara katlanmak için belli bir mali yeteneğe sahip olmak gerekir. Büyük işletmeler temel araştırmalardan — biraz uzun vadeli olmasına rağmen tatbiki araştırmalar kadar prodüktif — daha fazla menfaat sağlarlar; çünkü bu işletmeler, mevcudiyetleri daha az tehdit edilmekte olduğundan, doğrudan doğruya randımana müessir araştırmalarda bulunmak mecburiyetinde değildirler. Avrupalı işletmelerin birçok üçüncü devlet işletmesinin sahip olduğu dev büyüklüğe erişmesi muhakkak surette gerekli değilse de, rekabet yeteneklerinin sürdürülmesi bakımından, eşdeğer imkânların onlara sağlanmış olmasında da gerek vardır.

Mamafih, yaratılan büyük avrupa pazarı ve öteki ülkelerle rekabete dayalı ticaretin artması, birçok avrupa firmasının iç yatı-

rımlar ya da öteki işletmelerle birleşme yoluyla büyümelerini gerekli kılmaktadır. Avrupa'da, ekonomik yapı, birçok halde, artık dünyadaki yeni çalışmalara cevap verebilecek nitelikte değildir.

Prodüktiviteyi arttıran temerküz (concentration) olayları, eğer birleşmeler eski sınıfları aşarak gerçekleşecek ve böylece pazarların birleştirilmesi istikametine yönelecekse, daha ziyade temenni edilecektir. Şu halde, genel olarak temerküz hakkında bir olumlu tutuma sahip olmak gereklidir.

B. TEMERKÜZÜ ENGELLEYEN MANİLERİN KALDIRILMASI

1. Bu olumlu tutum, Komisyonu ve sınaî çevreleri, temerküzü engelleyebilen psikolojik ya da kanuni manilerin kaldırılması gereğini kabule götürmüştür. Özellikle şunu belirtmek gerekir ki, bugün için milletlerarası sahadaki füzyon ve katılmalar hâlâ şirketler hukuku ile mali mevzuattan doğan birçok önemli engelle karşı karşıyadır.

Füzyon ve katılmalarla ilgili olarak mali hukukta mevcudiyetlerini sürdüren engeller (bu incelemenin § II B bölümünde belirtildiği gibi) bertaraf edilmelidir. Burada özellikle füzyon esnasında ortaya çıkan gizli değer fazlasının (plus-values) vergilendirilmesi ile ana ve yavru (filiales) şirketlere sağlanan mali imtiyazların uygulanması sorununa ilişkin hükümler söz konusudur.

Komisyon şirketlerle ilgili vergilendirmenin ahenkleştirilmesini teklif etmiş bulunmaktadır. Bu direktifle füzyon halindeki çifte vergileme bertaraf edilmekte ve şirket kurulması halinde uygulanacak mali hükümler yeknesaklaştırılmaktadır. Genel olarak, mali sistemler arasında mevcut farklılıklardan doğan sınaî kurulma hataları ile suni dengesizliklerin giderilmesi uygun olduğundan bu dengesizlikleri bertaraf etmek bakımından girişilen çalışmalar hızlandırılmış ve yoğunlaştırılmıştır.

3. Şirketler hukuku sahasında bir topluluk düzenlemesinin yokluğu, milli hukuklarla sağlanan imkânlar çeşitli derece ve şekillerde temerküzü mümkün kıldığı halde (bu incelemenin § II A kısmında ayrıntılı biçimde açıklandığı gibi), işletmelerin eski sınırlar ötesinde temerküzünü engellemektedir.

Şirketlerin karşılıklı olarak tanınmasını, üye ülkelerde kurulmuş olan şirketlerin füzyonunu, şirket merkezinin hükmi şahsiyeti yitirmeksizin bir başka üye devlete naklini ve ortaklar ile üçüncü şahısların menfaatlerini himaye için şirketlerden istenen teminatların koordinasyonunu amaç tutan projeler hazırlanmış ya da hazırlanmaktadır.

Avrupa tipi şirketin ihdası ile desteklenebilecek olan bu tedbirler, işbirliğini ve hatta ortak pazardaki şirketlerin füzyonunu kolaylaştıracaktır. Söz konusu tedbirler topluluk içi rekabetteki dengesizlikleri uzaklaştıracak ve topluluk işletmelerinin milletlerarası rekabet gücünü arttıracaktır.

4. Ayrıca, bir üçüncü grup engel ve dengesizlik de kaynağını üye devletler ekonomik hukukunun, özellikle berat ve marka hukukunun haksız rekabete ilişkin mevzuatın ve sınai alandaki sayısız hüküm ve esasların farkı biçimde düzenlenmiş olmasından almaktadır. Burada, hukuki sınırlar ekonomik sınır durumundadır. Bunlar bir avrupa iç piyasasının kurulmasını engellemekte, farklı üye devletlere ait işletmelerin temerküzüne mani olmakta, kütle imalatının yeknesak teknik kaide ve hükümlere göre gerçekleşmesini başarısızlığa uğratmakta, ihtiraların himaye ve işletmesine mani olmakta ve milletlerarası seviyede bir müessir satış teşkilâtının kurulmasına imkân vermemektedir.

Komisyon bütün bunlara mevzuatın yakınlaştırılması yoluyla çare bulmaya çalışmakta ve bu konuda birçok tedbir almış bulunmaktadır. Bununla beraber, ilim ve tekniğin ortak pazarın kalkınması ve topluluk işletmelerinin rekabet gücü için haiz olduğu büyük önem dolayısıyla Komisyon, hükümetlerin de yakın işbirliği ile, avrupa tipi berat ihdas etmek için bir proje hazırlamıştır; bu projeyi avrupa tipi marka projesi izleyecektir.

C. MÜESSİR REKABET ŞARTLARI

1. Andlaşmada öngörülen dört serbestiyetin gerçekleşmesi, dengesizliklerden uzak bir kanuni rekabet rejiminin mevcudiyetini gerekli kılmaktadır; bu sebeple kanuni rekabet şartlarının sağlanması amaç olmalıdır. Bu şartlar içinde bile, bazı hallerde, bir büyüklük sorunu ile işletmelerin mali ve ekonomik gücü sorunu vardır. Rekabet sadece bir davranışın sonucu değildir, o da birtakım

ekonomik yapıların mevcudiyetini gerekli kılar. Hernekadar temerküz hakkındaki olumlu tutum bugün avrupa entegrasyon hareketine girmişse de, Andlaşmadaki rekabet kaidelerinin, küçük ve orta işletmelerin rollerini sürdürmesini sağlaması ve topluluk dışında ya da içinde kurulan işletmelerin hâkim durumlarını suiistimal etmesine mani olması da zaruridir.

2. Gerçekten şu görüşü gözden uzak tutmamak gerekir ki, küçük ve orta işletmeler, bugün, büyük işletmelere nispetle, elverişsiz şartlar içinde bulunmakta ve bu elverişsizlik hali genellikle büyük işletmeler için öngörülen kanuni hükümler ile de çoğalma eğilimi göstermektedir.

Oysa, küçük ve orta işletmelerin rekabet sisteminin işleminde büyük rolü vardır, zira onların arzı, özellikle büyük işletmelerin bıraktığı boşluğu kapatmaktadır. Böylece bu işletmeler birçok ihtiyacın tatminine doğrudan doğruya katkıda bulunmaktadır.

Küçük ve orta sınıai işletmeler hakkında yapılan çeşitli araştırmalara dayanarak bu çeşit işletmelerin büyük işletmelere nazaran içinde buldukları elverişsizlik hallerini şöylece sıralamak mümkündür :

— Satın alma şartları;

— makine ve ekipman arzını en küçük işletme büyüklüğüne intibak ve fiyat, kalite ve randımana ilişkin olarak ekipmanı değerlendirmek için gerekli araştırmalara girişmek imkânı;

— talep üzerine hareket etme imkânı;

— dağılım organizasyonu;

— piyasa araştırması ve anketler yapma imkânı;

— sermaye piyasasına girebilmek imkânı;

— kredi için gerekli teminatı elde edebilme imkânı;

— kredi maliyetine tahammül imkânı;

— özellikle teknik gelişmeye uyabilme ve beratları kullanma ile bunlara intibak imkânları;

— bazı piyasalara girebilme imkânı (özellikle kamusal pazarlar ile silâh siparişleri konusunda).

Küçük ve orta işletmeler lehine alınacak tedbirleri araştırma ile görevli Komisyonun çeşitli servislerince gerçekleştirilen anket sonuçları hakkında bir önyargıya ulaşmak istememekle beraber bu konuda aşağıda belirtilen tedbirlerin alınmasında yarar görülmektedir: Rekabet karşısında tarafsız bir katma değer vergisi sisteminin ihdası; ortak araştırmalar hakkındaki anlaşmalar için kolaylıklar temini; spesializasyon ve rasyonelizasyon; ortak alımlar konusunda kolaylıklar; bazı etatik düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve yeni pazar şartlarına intibak için yapılacak yardımları hariç bırakmaksızın sermaye piyasasına girmeyi kolaylaştıran tedbirlerin benimsenmesi.

Ayrıca, bazı temerküz olayları küçük ve orta sınai ve ticari işletmeler için, teknik gelişmeyi göz önünde tutabilmek bakımından, gerekli görülebilecektir. Durum, zirai istihsal işletmelerinin gruplaşması bakımındanda, bu merkezdedir. Mali tedbirler işletmelerin büyüklüğüne göre farklı sonuçlar ortaya çıkarırlar. Bu bakımdan bu tedbirlerin ya tesirleri işletme büyüklüğünden müstakil olacak biçime getirilmesi ya da küçük ve orta işletmelerin bazı karakteristik faaliyetlerini teşvik edebilecek şekilde sonuçlar öngörülmesi gereklidir.

Bu bakımdan yaygın vergilemenin kaldırılmasına ilişkin Komisyon teklifleri, küçük ve orta işletmelerin teşviki ile ilgili olarak topluluk politikası içinde yer almaktadır. Teklif edilen katma değer vergisinin ihdası muamele hacmi üzerinden alınan vergiye bir nötr karakter vermelidir; o surette ki spesialize işletmeler ve sutretanlar bugünkü zincirleme sistemde olduğu gibi, düşey biçimde organize olan işletmelere nispetle cezalandırılmış bir duruma girmiş olmasınlar. Ayrıca, işletmelerin füzyonu ya da hukuki transformasyonunun ortaya çıkarttığı sorunların çözümü, reorganizasyon ya da intibak işini kolaylaştıracaktır. Küçük ve orta işletmeler, büyüklüklerini göz önünde tutan tedbirler sayesinde ortak pazara daha iyi bir şekilde intibak edebileceklerdir.

Şüphesiz, küçük ve orta işletmelerin teşviki politikası, bazı alanlarda, onlara ilişkin mevzuatın ahenkleştirilmesini de gerektirecektir. Bu mevzuat farklılığı, gerçekten, ortak pazarda rekabetin dengesiz biçime girmesine sebep olabilecek nitelik taşımaktadır. Ayrıca, küçük ve orta sınai ve ticari işletmeler, ihracatla ilgili olarak öteki üye devletlerde mer'i hükümler hakkında bilgi sahibi olmadıklarından, bunları daha iyi bilen büyük işletmelere nazaran daha fazla mağdur durumdadırlar.

Nihayet, Komisyon küçük ve orta işletmelerin bazı faaliyetlerinin zaruri olarak teşviki konusunda Andlaşmanın 92 ve 93. maddelerinin uygulanma sorununu da ortaya koyma durumundadır.

Komisyon yardımlara ilişkin hükümlerle küçük ve orta işletmelerin teşviki lehindeki yeni projeler hakkındaki düşüncelerini ifade ederken, 92. maddenin, üye devletlere bu alanda yapıcı bir politika izlemeye müsaade etmekte olduğuna da değinmiş bulunmaktadır.

Bu açıklamalar kesin bir karakter taşımadığından, başka tedbirler de düşünülebilir.

Genel olarak, Komisyonun, Roma Andlaşmasının kendisine verdiği imkânlar çerçevesinde, küçük ve orta işletmeler lehine alınabilecek tedbirler üzerinde durması temenniye değer görünmektedir. Ayrıca, Komisyon, üye devletler ve ilgili çevrelerle birlikte, ekonomik yönden sağlam fakat yukarıda anılan konularda elverişsizlik içinde bulunan küçük ve orta işletmeler lehine olarak yapılabilecek şeyleri de araştırmak niyetindedir. Küçük ve orta işletmeler lehine olan topluluk politikasının eski yapının sürdürülmesini teşvik etme sonucuna yönelmemesi ve her istihsal sektörünün özel ekonomik verilerini göz önünde tutmaya dikkat etmesinin uygun olacağı tabiidir.

Öyleyse şu husus bir esas olarak ifade edilebilir ki, küçük ve orta işletmelere ilişkin sorunların çözüm şekilleri ve bu işletmelerin yapıları konusunda, büyük işletmelerin spesifik sorunlarının çözümü ve yapılarında olduğu gibi, piyasanın yeni şartlarına intibak sorunu göz önünde tutulmalıdır. Gerçekten, Roma Andlaşmasının amaçları arasında yer alan ahenkli gelişmenin gerçekleşmesi isteniyorsa, işletmelerin ekonomik güçlerinin arttırılması konusunda bir paralelliğin mevcudiyetini sağlamak gerekir.

3. Bünyenin gelişmesiyle ilgili olan bir başka sorun da, hâkim durum ve onun teşekkülüdür. Komisyon, hâkim durumlarını suiistimal eden işletmeler bakımından, Andlaşmanın 86. maddesinin ve 17 sayılı tüzüğün kendisine verdiği yetkileri kullanmak niyetindedir.

Oligopolistik işletmeler arasında bir müessir rekabetin mevcudiyeti Roma Andlaşmasının amaçlarına uygundur. Bu rekabet teknik ve ekonomik gelişmeyi birçok bakımdan teşvik edebilir ve re-

kabet, yararlananların ve müstehlikin, gelişmeden istifade sağlayabilmesi için, sıkı da olabilir.

Öte yandan, rekabet açısından, ortak pazarda monopol durumu yaratan temerküz olayları için bazı ihtiyati tedbirler de öngörmek uygun olur. Bunlar, sadece ortak pazar içindeki durum değil aynı zamanda dünya piyasası da göz önünde tutularak değerlendirilmelidir.

Komisyon, bir hâkim işletmenin daha küçük bir işletmeye birleşme fikrini telkin ettiği hallerde 85. maddenin uygulanmasından ayrı olarak, piyasada hiçbir monopol durumunun ortaya çıkmamasına dikkat göstermelidir. Bu sorun bu incelemenin S III. kısmında ele alınmıştır.

Sonuç olarak şu ifade edilebilir ki, topluluk üç sahada tedbir almak zorundadır:

— Bugün için bazı temerküz olaylarının gerçekleşmesini engelleyen maniler kaldırılmalıdır;

— Küçük ve orta işletmelerin rekabet yetenekleri iyileştirilmelidir.

— Topluluğun bir pazarında monopol tesis edebilecek temerküz olayları denetime tabi tutulmalıdır.

Ş. II. MALİ HUKUK İLE ŞİRKETLER HUKUKUNUN İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜ ÜZERİNDEKİ OLUMLU VE OLUMSUZ TESİRLERİ

İşletmelerin temerküzünün mali hukuk ile şirketler hukukunda ortaya çıkarttığı sorunların tetkikine geçmeden önce, temerküz kavramını tanımlamak uygun olur. Temerküz terimi, bu bölümde, daima ekonomik birleşme anlamında kullanılmıştır. Bu kavram şirketler hukukunda çeşitli şekillerde belirir: İlk olarak;

— Şirketlerin öteki şirketlere mali yönden katılmaları;

— İki ya da daha fazla sayıda şirketin füzyonu (bu şirketler önceden hukuken bağımsızdırlar, füzyon ile yeni bir şirket meydana gelir) söz konusu olabilir.

Pek hukuki bir karakter taşımamakla beraber şöyle bir durum da düşünülebilir:

— Hukuken bağımsız olan çeşitli şirketlerin yöneticilerinin ayniyetini sağlama suretiyle şirketler arasında bir şahsi bağın kurulması.

Nihayet, meselâ şirketler hukukunun sağladığı imkânlardan yararlanarak (oy hakkının kullanılması ya da mukavele ile hukuken bağımsız kalan işletmeleri bir başka işletmenin idaresine tabi kılmak suretiyle) işletmelerin ticaret hukuku çerçevesinde temerküzüne imkân veren özel hukuk özellikle borçlar hukuku müesseseleri de akla gelebilir.

Bu çeşitli hukuki imkânlardan temerküz için yararlanılmasının sonuçları değişiktir. Bunların önemleri, kısmen, bu şekillerin üye devletlerde mer'î şirketler hukukundaki görünümüne bağlıdır. Bu anlamda üye devletler şirketler hukukunun temerküz üzerindeki olumlu ya da olumsuz etkisinden bahsedilir. Öte yandan, üye devletlerde işletmelerin temerküzünün bazı hukuki şekillerine sağlanan öncelik, mali uygulamadaki farklılığın eseridir. Bu sebeple, çeşitli ülkelerin mali mevzuatı ile şirketler hukukundaki hukuki şekiller arasında çözülmez bir bağ mevcuttur.

İşletmelerin temerküzünün şirketler hukuku ve mali hukuk yönünden ortaya çıkarttığı sorunları ele almadan önce şunu hatırlatmakta fayda vardır: Üye devletlerin şirketler hukuku, ekonomik yönden istenen ya da istenmeyen temerküz hallerini tanımlamaya imkân veren kriterleri pozitif hukuka dayalı bir otomatik mekanizma vasıtasıyla tesbite bizzat muktedir değildir. Bu çeşit hukuk ancak bir şekli hukuki çerçeve sunar. Şirketler hukuku sadece temerküzü teşvik eden ya da engelleyen hukuki imkânlar sağlayabilir. Bazı temerküz şekillerinin kesinlikle istenmediği hallerde şirketler hukuku suiistimalleri önleyebilecek bir durumda olmalıdır.

Mali hukuk temerküzü teşvik etmek ya da onu engellemek için imkânlar sağlamaz. Aksine, yapısı, temerküzü, en az maliyetli işletme şekillerine doğru sevkeder. Burada mali katılmanın ya da füzyonun maliyeti, bu işlemlerin gerçekleşeceği zaman işletmelerin tahammül etmek zorunda oldukları mali yükler söz konusu olabilir. Farklı temerküz şekilleri hakkında mevcut mali farklılıkların etkileri, mali nitelik taşıyan engellerin bazı kuruluşlara ya da bazı temerküz şekillerinin seçimine mani olmaması için, ortak pazar içinde ahenkleştirilmedi. Bu meyanda mali hukuk tarafsız hale (neutre) getirilmelidir.

A. İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜNÜN ŞİRKETLER HUKUKU YÖNÜNDEN ORTAYA ÇIKARTTIĞI SORUNLAR

I. Millî Mevzuatta Temerküzün Hukuki Şekilleri

1. Şirketler hukukunun sağladığı imkânlar

Şirketler hukukunun sağladığı imkânlar ekonomik temerküzü teşvik etmeye ya da engellemeye fevkalâde müsaittir. Bu durum temerküzü realize etmek için kullanılacak şekiller üzerindeki tesirlere bağlıdır. Söz konusu şekiller tüm üye devletlerde birbirine çok benzemektedir.

Şirketler hukukundaki organizasyon şekilleri bakımından bir müstakil işletmenin temerküzüne imkân veren şekiller ile birçok bağımsız işletmenin gruplaşmasını sağlayan temerküz şekilleri birbirinden tefrik edilebilir. Burada, sadece bu sonuncular ele alınacaktır.

Başlıca temerküz şekli hukuken bağımsız durumda bulunan işletmelerin gruplaşmasıdır. Bu amaca ulaşmak için şirketler hukukunun sağladığı şu imkânlardan yararlanılır:

a) İlk olarak, özellikle Almanya'da cereyan etmekte olduğu gibi, katılmalar söz konusu olur; burada şirketler başka şirketlere mali yönden o surette dahil olurlar ki, bu katılma ile birinci şirketler ikinci şirketler üzerinde bariz bir ekonomik tesir icra ederler.

İkinci olarak şirketlerin şirket halinde gruplaşması hali mevcuttur. Tüm üye devletlerin hukuk uygulamalarında katılma bilhassa sermaye şirketlerinin öteki sermaye şirketlerine dahil olması ve holding şirketi şeklinde organize olmaları yani şirketlerin anonim şirketler, limited şirketler ve hatta adi şirketler halinde gruplaşması şeklinde belirir.

Hukuki açıdan kesin şart, şirketler için ortak olmak ya da öteki şirketlere katkıda bulunmak ihtimali konusunda bir sınır ya da yasağın mevcut olmamasıdır. Katılma şartlarının ağırlaştırılması, meselâ katılmanın sağlanması ya da oy hakkı konusunda bir kantitatif sınırlama, temerküzü engelleme eğilimi taşır.

Ayrıca, Almanya'da, oy hakkının kullanılmasının devri, ki bu suretle uygulamada bankaların kendilerine tevdi edilen hisse senet-

lerinin oy hakkını kullanmaları durumu ortaya çıkar, temerküz üzerinde çok elverişli bir tesir icra eder. Bunun nedeni, bankaların bu oy hakkının, kredi veren ile alanı, kredi verenin krediyi alan üzerinde büyük bir denetleme imkânı verecek şekilde bağlamakta olmasıdır. Yabancı sermaye ile prodüktivite arasındaki bu ilişki işletmenin gelişme kapasitesini arttırır. Bu ilişki, genel kurulda yüksek bir oy oranı sağlama imkânı vermekte, olduğundan, son yılın hesaplarında ihtiyari yedek akçelere tahsis edilen meblâğdan daha fazla bir meblâğın bu çeşit yedek akçelere ayrılması ya da kâra eklenmesi imkânını mümkün kılar. Otofinsanman kapasitesi de bu suretle güçlenmiş olur. Ayrıca, son hesap döneminin sonuçlarının tespiti esnasında açık ya da gizli yedek akçelerin ayrılması hususunda karar verme durumundaki denetleme ve yönetim görevleri ile dolaylı bir bağlantı da söz konusudur.

Katılma konsorsiyumları genellikle temerküz üzerinde çok olumlu bir tesir icra eder. Bu konuda daha kesin bir etki konsorsiyumda azınlığa sağlanan himayenin azaltılması, meselâ çoğunlukca alınacak kararları tesirsiz hale getirmek imkânını onlardan almak suretiyle gerçekleştirilebilirse de, bu durum üye devletlerin sermaye ortaklıkları hukukuna aykırıdır.

Mali katılma konusuyla ilgili bir özel sorun da iki ya da çok taraflı karşılıklı katılmalarla ilgilidir. Bu tür katılmalar bu suretle birbirine geçmiş işletmelerin idaresini dış ortakların denetimine tevdi etmek imkânını verir. Bu serbestiyet denetimi ya da küçük ortak gruplarının zıt menfaatlarını göz önünde tutmayı tamamen sınırlandırması sebebiyle temerküz yararına bir sonuç da doğurur. Bununla beraber, bu durum, suiüstimallere elverişli olduğundan, istenmeyen temerküz olaylarının gerçekleşmesine imkân yaratır. Genel olarak karşılıklı katılmalar arzuyu şayan değildirler. Fransız hukuku bu çeşit katılmaları % 10'la sınırlamıştır.

Anonim şirketler hakkındaki yeni Alman kanunu sadece karşılıklı olarak % 25 ya da 50 oranını tecavüz eden katılmaların değil tüm katılmaların mecburen ihbarını öngörmektedir (Mad. 20). Kanun, karşılıklı katılmalar halindeki oy hakkını da, kural olarak, katılmaya konu teşkil eden işletmedeki payların dörtte biri şeklinde sınırlamaktadır. (Mad. 328).

b) Hollanda hariç öteki ülkelerde, füzyonun, yani ferdi işletmelerin daha büyük bir hukuki ünite halinde birleşmelerinin, rolü

büyüktür. Bu durum, sermaye ortaklıklarının asgari sermayeleri konusunda mevzuatta mevcut farklılıklardan doğmaktadır. Almanya'da asgari sermaye 100.000 DM'dir ve bunun enazından dörtte biri ticaret siciline tescil anında ödenmiş olmalıdır. Öte yandan bu miktar meselâ Fransa ve İtalya'da çok daha azdır. Hukuk tekniği bakımından füzyonda şirketlerin tahvili hakkındaki mevzuat da söz konusu olur. Meselâ füzyon hakkında genel kurulda karar almak için gerekli çoğunluğu tespit etmek ya da öteki bazı şekillere dönüşebilecek şirket tiplerini saptamak suretiyle füzyon veya tahvilin kolaylaştırılması yahut güçleştirilmesi, neticede temerküzü teşvik ya da engellemiş olur.

Hollanda hukukunda füzyonla ilgili bir hukuki müessese öngörülmemiş olduğundan, mali katılma suretiyle gruplaşma, bu hukukta, ön plânda yer almaktadır. Alman hukuku da füzyonu kabul etmektedir.

c) Tüm ülkelerin mevzuatında yer alan ve ekseriya mali katılmaya benzer bir pratik temerküz durumu da, farklı şirketlerin yöneticilerinin ayniyetine dayanan şahsi birliktir. Gerçek kişinin görev alabileceği idare heyeti üyeliği görev sayısının sınırlandırılması, bir ölçüde, «paravana adamlar» kullanma yoluna başvurma hukuken sınırlandırılmadıkça, temerküzü engellemek eğilimi taşımaktadır.

2. *Organizasyonun genel hukuki vasıtaları (Yönetim mukavelesi*

Mali birleşme dışında, hukuken bağımsızlıklarını muhafaza eden işletmelerce akdedilen mukaveleler vasıtasıyla, özellikle almanca «organschaftsverträge» ismi verilen bir mukavele yapma suretiyle, grupların (konzern) ihdası mümkündür. Akdedilen bu mukaveleler ile bir işletmenin yönetimi bir başka işletmeye tevdi edilir ki bu suretle mukaveleye dayanan bir grup ortaya çıkmış olur. Bu tür mukavelelerin akdedilmesi, bütün devletlerin mevzuatında, akdi serbestiyet ilkesine dayanmaktadır. Yüksek yargı kurulları bu serbestiyete, butlana ilişkin genel hükümleri uygulamak suretiyle, meselâ ahlâka aykırılığa dayanarak (BGB, Mad. 138), bir kısıtlama getirmiş değildir. Bu hükümlerin uygulanması, esasen, konzernlerin gücü sorununu çözümlenmede tesirsiz bir imkân olarak telâkki edilmektedir.

Bir işletmenin yönetimini bir başka işletmeye bırakan mukavelelerde hâkim işletmenin yönetme yetkisi anlaşmada saptanır. Bu usulde, yönerge verme yetkisinin ancak mali katılma aracılığı tarafından kullanıldığı ve binnetice görünmez bir karakter taşıdığı katılma konsorsiyumuna nispetle bir üstünlük vardır. Üye ülkeler içinde konzern hukukunu kanuni şekillere sokmak bakımından ilk teşebbüs olarak kabul edilen sermaye ortaklıkları hakkındaki yeni alman kanunu, bu konuya da değinmektedir: Bu kanun «yönetim mukavelesini», «istisna mukavelesi» ne benzetmektedir. Azınlığı teşkil eden ortakların himayesi, şumullü ve mecburi bir ilân yoluyla sağlanmıştır (grup bilânçosu, özel hallerde bağlılığa ilişkin rapor). Bu hükümler temerküz derecesi ile doğrudan ilişki halindedir: İdare heyetinin menfaateriyle aynı olmayan menfaatler konusunda ısrarla durulduğu hallerde temerküz de daha fazla engellenmekte aksi durumlarda engelleme azalmaktadır.

I. Ortak Pazarda İşletmelerin Temerküzü

1. Bugünkü hukuki durum

Bugün için üye devletlerde uygulanan «milletlerarası füzyon hukuku» milli sınırları aşan temerküz olayları için yetersiz kalmaktadır; çünkü sadece Fransız, Belçika, Lüksemburg ve İtalya hukukunda, yutan (absorbante) şirketin milli hukuka tabi olduğu hallerde yutma suretiyle gerçekleşen (sous forme d'absorption) milli füzyonu kolaylaştıran hükümler vardır. Yalnızca İtalyan mevzuatı, bazı şartlarla, italyan şirketlerinin yabancı şirketlerce yutulmasını kabul etmektedir.

2. Temerküzün, ortak pazarda yeni hukuki şekillerin ihdası suretiyle gerçekleştirilmesi ihtimalleri

a) Andlaşmanın 220. maddesi (3. çizgi ile başlayan fıkra) ortak pazarda milletlerarası füzyon durumundaki bu tarz temerküzü kolaylaştırmak bakımından bir topluluk hukukunun ihdasını öngörmektedir. Milletlerarası füzyon iki safhada ortaya çıkabilir: Merkezin nakli ve milli hukuka göre gerçekleştirilecek füzyon. Merkezin nakli, hükmi şahısların ve şirketlerin şahsiyetlerinin tanınmasını ve devamını gerektirir (tanımaya ilişkin bir milletlerarası andlaşma ön tasarısı Andlaşmanın 220. maddesinin tatbikatından olarak hazırlanmıştır) ve bu durum, merkezi nakledilen şirketin hükmi şahsiyetinin sürdürülmesi ile birlikte yeni ülkenin mevzu-

atına tabi olma sonucunu doğurur. Merkezin nakli hukuken mümkün olursa, aynı nitelikteki şirketlerin, ister yutma ister millî mevzuata göre yeni bir şirket kurulması yoluyla olsun, füzyonu gerçekleştirilebilir.

b) Üye devletlerde işletmelerin füzyonunu kolaylaştıran bir başka imkân da «avrupa ticaret şirketi tipinin» ihdası olacaktır. Bu hukuki şekil merkezin nakli sorununu, şirketler hukuku yönünden bir sorun olmaktan çıkaracaktır; çünkü bu takdirde merkez, bir millî hukuka bağlı olmanın unsurlarından biri olmaktan çıkacaktır. Merkezin «bir ülkeden ötekine» nakli, onun, bir millî hukuka tabi olarak naklindeki gibi sonuç istihsal edecektir.

Ortak pazar dahilinde füzyon şu şekilde gerçekleşecektir: Farklı devletlerin millî şirketleri, hükmi şahsiyetlerini korumak suretiyle, «avrupa tipi ticaret şirketine» dönüşecek ve daha sonra da yaratılan esaslara (yutma suretiyle gerçekleşecek füzyon) göre birleşerek topluluk hukukunun öngördüğü yeni şekle bürüneceklerdir; çünkü füzyon hukuku bu yeni hukuki şeklin tamamlayıcı bir kısmı durumunda olacaktır. Hatta iki millî şirket kendilerini yutan (yeni bir şirket kurma suretiyle füzyon) bir yeni avrupa tipi ticaret şirketi» de kurabileceklerdir.

c) Ortak pazarda temerküz, yukarıda belirtilen öteki iki gruplaşma şekli (katılma ve bir işletmenin yönetimini bir başka şirkete bırakan anlaşmalar akdi) ile de ortaya çıkabilir. Bu durumda sorun, ilişkilerin hangi mevzuata tabi olması gerektiğinin tesbitinde toplanır.

aa) Eğer bugünkü hukuki durumdan hareket edilirse, özel hukuki ilişkiye tatbik edilecek hukuk millî hukuktur. Katılmanın söz konusu olduğu hallerde bu hukuk, genellikle, kendisine katılmanın gerçekleştiği şirketin fiili ya da esas mukavelede belirtilen merkezinin bulunduğu yerin hukukudur. Eğer birleşme bakımından yönetim mukavelesinden yararlanılmışsa, o zaman da bu mukavele, hâkim şirketin kuruluşunun gerçekleştirildiği kanuna tabi olacaktır.

bb) Eğer üye devletler şirketler hukuku bir yeknesak kanunun ortaya konulması yoluyla tek tip hale getirilirse ya da topluluk şirket tipi olarak «avrupa tipi ticaret şirketi» ihdas edilirse, aynı sorunlar milletlerarası temerküz bakımından yine söz konusu olacaktır: «Avrupa tipi ticaret şirketleri» arasındaki ya da bir «avrupa tipi ticaret şirketi» ile millî hukuka tabi olarak kurulan bir şirket arasındaki hukuki ilişkiler, kanunlar ihtilâfını düzenleyen

esaslara göre tayin edilir. Bu konuda ise genellikle kendisine milletlerarası füzyondan doğan hakların ileri sürüleceği şirketin fiili ya da esas mukavelede yazılı merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir: Eğer başka bir şirkete katılmadan doğan haklar söz konusu ise o zaman bu şirketin merkezi bağlanma noktasından önem kazanacaktır. Eğer yönetim mukavelesine dayalı haklar mevcutsa, bağlanmada hâkim şirketin merkezi göz önüne alınacaktır.

B. İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜNÜN MALİ VEÇHESİ

Temerküz işlemi, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, hukuki füzyon (bir şirketin diğerini yutması ya da yeni bir şirket kurulması) veya katılma ve hukuken birbirinden farklı durumdaki şirketlerin bir grup teşkil etmeleri suretiyle gerçekleştirilebilir.

Temerküz, iki ayrı grup sorunun ortaya çıkmasına sebep olur:

— Bunlardan ilki, ister hukuki füzyon ister katılma, şube (filiales) ihdası ya da holdingler söz konusu olsun, içinde temerküz işleminin gerçekleştiği şartlarla ilgilidir;

— Ötekiler ise ortaya çıkan yeni ekonomik konuların bundan böyle tabi olacağı şartlar hakkındadır.

I. Temerküzün Mali Şartları

C. ŞİRKETLERİN BİR TEK ŞİRKET HALİNDE BİRLEŞMESİ (FÜZYON)

Bu temerküz şekli, normal olarak, kanun koyucu özel hükümler öngörmedikçe, mali bakımdan karmaşık ve masraflı işlemleri gerektirir.

Gerçekten füzyon yutulan şirketin ya da bir üçüncü şirket kurana eski iki şirketin sona ermesi sonucunu doğurur. Bu sebeple «burada işletmenin sona ermesi» söz konusudur ve esas olarak tasfiyenin gerektirdiği tüm vergiler ilgililerin karşısına çıkar.

a) Bu olay sonucu olarak yedek akçeler ile henüz vergilendirilmemiş kârların, özellikle sona eren şirketin aktif kıymetlerinin gerçek değeri ile bilânço değeri arasındaki fark yüzünden ortaya çıkan gizli yedek akçelerin vergilendirilmesi söz konusu olur. Bu gizli yedek akçeler ya da değer fazlaları uygulamada büyük miktarlara ulaştığından, normal mali rejimin füzyonu engelleyici bir karakter taşıdığı ifade edilebilir.

aa) Milli mevzuat bakımından tüm üye devletlerde, milli şirketlerin füzyonu esnasında ortaya çıkan değer fazlalarının vergilendirilmesini yumuşatmak için bazı hükümler öngörülmüştür. Bu tedbirler düşük nispetler üzerinden vergileme, vergi borcunu taksitlendirme veya geçici muafiyet tanımaktan (fakat değer fazlasının daha sonra yutan ya da füzyon sonucu ortaya çıkan şirkette vergilendirilmesi yolunu açık bırakmak suretiyle) ibarettir.

bb) Bir milli şirketin bir yabancı şirketle füzyonu milletlerarası alanda aynı vergi sorunlarını ortaya çıkarırsa da, bunların çözümü çok daha güçtür. Gerçekten hükümetler özellikle vergi ödemesini geciktirmek söz konusu olduğunda, değer fazlasının vergilendirilmesi lehinde bir uygulamaya taraftar görünmemektedirler; zira milli şirket vergiye tabi bir şahıs olarak ortadan kalkmakta ve sonra eren şirketin aktifleri ülkede kalmadığı için vergi daireleri daha sonra vergilendirmek imkânını da yitirmektedirler.

cc) Sorun, avrupa tipi şirket yönünden de, aynıdır. Bir üye ülke tabiiyetinde bulunan bir şirketin bir avrupa tipi şirketce yutulması ya da iki farklı üye devlet tabiiyetindeki şirketlerin bir avrupa tipi şirket halinde birleşmeleri, duruma göre, ya bir milli füzyon (bkz. aa) ya da bir milletlerarası füzyon (bkz. bb) meydana getirir.

Gerçekten, avrupa tipi şirketin kendisine bağlı işletmelerin bulunduğu ülkenin ya da ülkelerin vergi rejimine tabi olarak kalmasının söz konusu olması halinde, eğer bu tür şirket başka bir üye ülke tabiiyetindeki bir şirketi yutmuşsa, bu ülke, yutulan şirket üzerindeki mali yetkilerini yitirir. Şirketlerin vergilendirme şartlarının genel biçimde ahenkleştirilmesini beklerken, milli vergi rejimleri ile topluluk mali rejiminin beraberce bulunmasından doğabilecek farklılıkları azaltmaya gayret sarfetmek suretiyle, sadece avrupa tipi şirketler için uygulanacak bir topluluk vergi sistemi öngörmek ihtimalini dikkat nazarda tutmak gerekir.

Her halde şu husus ileri sürülebilir ki, üye ülkeler iki milli şirket arasındaki füzyon için öngördükleri hükümleri, avrupa tipi şirketin kurulmasını sağlayan füzyon hallerine de teşmil etmelidirler.

Kesin olarak şunu belirtebiliriz ki, füzyon halinde ortaya çıkacak değer fazlalarının vergilendirilmesine ilişkin milli rejimlerin yankılaştırılması, her üye ülkede, füzyona mani olan mali engelleri

azami ölçüde bertaraf etmek amacı göz önünde tutularak, tetkik konusu yapılmalıdır.

Üye ülkelerin vergi idareleri arasında sıkı bir işbirliği sayesinde gerçekleştirilecek bu ahenkleştirme işi, eğer milletlerarası sahada hukuki füzyonların teşviki isteniyorsa, kaçınılmazdır.

b) Şirketlerin füzyonu, yutulan şirketin aktifinin yutan ya da yeni kurulan şirkete getirildiği anda resme tabi kılınması (droit d'apport) durumunu ortaya çıkarır.

Bu konuda Komisyonca sunulan direktif projesi, üye ülkeler arasında arzuedilir bir ahenkleştirme sağlamakta ve milletlerarası füzyonlar için çifte vergilendirme ihtimallerini uzaklaştırmaktadır.

Direktif, füzyon halinde yarıya indirilmiş (% 05) bir resim öngörmektedir. Bu indirim, füzyon halinde, sermaye paylarının bir kısmı daha önce meselâ şirketin kurulması esnasında resme tabi kılındığından, vergi tarafsızlığını sağlamak amacıyla yapılmıştır.

2. Katılma ve grupların teşkili

Öteki şirketlere katılma, satın alma işlemi ya da senetlerin tedavülü genellikle hiçbir vergiye tabi olmadığından, esas itibariyle özel mali engellere maruz değildir. Bununla beraber şuna işaret etmek gerekir ki, katılma halinde de değer fazlası ortaya çıkabilir ve bu durum, bir gerçek şahıs veya şirket söz konusu olsun, bazen önceki sahip bakımından vergilemeye sebep olabilir. Senetler üzerindeki değer fazlaları rejimi de bu arada akla gelebilir. Bu konuda milli mevzuatın yakınlaştırılması sorunu üzerinde durulabilirse de, katılma ve grupların teşkili suretiyle ortaya çıkacak temerküz durumunun temel sorunu, teşkil edilen bir gruba, özellikle ana ve yavru şirketlere uygulanacak vergi rejimidir.

II. Temerküzden sonra işletmelerin tabi olduğu vergi rejimi

Vergi rejiminin temerküz üzerindeki tesiri sadece bizzat temerküz işleminin maliyeti ile ölçülemez, aynı zamanda yeni ekonomik ünitenin sonradan tabi olacağı rejim de bu konuda önem taşır.

1. Füzyondan sonra

a) Milli mevzuat bakımından, füzyon sonucu olarak ortaya bir şirket çıkmasının söz konusu olması halinde şu husus ifade edi-

lebilir ki, düşey olarak birleşen işletmeler için yaygın vergilendirme sisteminin mevcudiyetinden doğan üstünlük, bu vergileme usulü katma değer vergisi hakkındaki direktif projeleri ile kaldırılacağından, kaybolacaktır.

Bazı ülkelerde uygulanan ve şirket kârlarının vergilendirilmesine ilişkin bulunan müterakki nispete gelince, bu uygulama, küçük işletmelerin büyük işletmelere nazaran bazen daha fazla hissettiği verginin ekonomik sonuçlarını denkleştirmek amacına yönelmiş olarak görünmektedir.

Bu sebeple şu husus ifade edilebilir ki, şirketlerin sürekli suretle vergilendirilmesi rejimi, hukuki füzyonlar üzerinde, milli alanda çok az tesir icra eder. Ancak şunu belirtelim ki, büyük işletmeler için çok iyi olan finansman imkânları, yeni yatırımlara ilişkin mali hükümler sebebiyle daha ziyade artma eğilimi taşımaktadır.

b) Milletlerarası alanda füzyona mani engellerin kaldırılması kabul edildiğinden, şirketlere ilişkin olarak bir üye ülkede ötekine nazaran daha elverişli bir vergileme sisteminin uygulanmasının, şüphesiz, bir cazibesi olacaktır; işte yatırım rejimine ve sermaye gelirlerinin vergilendirilmesine ilişkin olarak direkt vergilerin ahenkleştirilmesini öne almak gereğinin sebebi budur. Bununla beraber, bu sorun, vergilendirmenin özellikle sabit işletmeler ya da şubeler ihdası konusunda ortaya çıkan ve sadece milletlerarası füzyon haline has olan yatırım yerinin seçilmesi üzerinde haiz olduğu rolün bir özel görünümünü teşkil etmektedir.

c) Avrupa tipi şirketin mevcudiyeti, altı ülkede şirketlerin vergilendirilmesi şartlarında bir ahenkleştirme durumu beklenilmekte olduğundan, ancak, avrupa tipi şirketlere has özel bir topluluk rejimi tesis edilebilirse, yeni bir takım şeyler getirebilir.

2. *Gruplaşmadan sonra*

Hukuki füzyonla gerçekleşen temerküz bakımından, füzyondan sonra uygulanacak kurvaziyer vergileme rejiminin füzyon üzerinde bir tesiri olmadığı halde, gruplaşma yoluyla beliren bir temerküz durumunda aksine, özellikle birbirine bağlanan şirketlere uygulanacak mali rejim temerküzü engelleyen bir sebep olarak görünebilir. Bu konu ile ilgili olarak ana şirket ile yavru şirketlerin, holdinglerin kazançlarına ve kâr paylarına uygulanacak rejim, «yöne-

tım» ve konsolide bilânço teorisi üzerinde, hem milli ve hem de milletlerarası bakımından, durmak gerekir.

a) Milli mevzuat bakımından kazançların vergilendirilmesi konusunda şu husus ifade edilebilir ki, uygulanan vergi sistemi Almanya, Hollanda ve Lüksemburg'daki ana şirketlere yavru şirketlerce transfer edilen kazançların çifte vergilendirilmesini tamamen önlemek imkânı sağlamıştır. Fransa'da çifte vergileme ana şirketçe tahsil edilen sâfi kâr paylarının % 20, 10 ya da 5'i ile sınırlandırılmıştır (% 5 oranı bugün için tartışma konusu olan projede öngörülmüştür); Belçika'da bu oran % 15 ya da % 5 ile tahdit edilmiştir; İtalya'da ise çifte vergileme şirketler hakkındaki vergiye hasredilmiştir.

Bununla beraber bu rejimden istifade için katılmaların en azından Almanya, Lüksemburg ve Hollanda'da % 25, Fransa'da % 20 (projede % 10) oranında olması gerektiği halde Belçika'da hiçbir asgari miktar aranmamaktadır.

Dağıtılan kâr paylarının stopajı konusunda bunun bir defa yapılmasını sağlama bakımından çeşitli uygulamalar söz konusudur: Almanya, Lüksemburg ve Hollanda'da yavru şirket açısından istisna ve ana şirketçe yapılacak ödeme halinde tahsilât sistemi uygulanır. Belçika'daki durum ise tamamen tersinedir; Fransa'da her iki halde de stapaj yapılır, fakat ana şirketçe yapılan ödemelerin doğrudan doğruya olduğu hallerde, yavru şirketçe yapılan kesintiler bu ödemedен indirilir (bununla beraber yeni proje, Fransa'da vergiye tabi şahıslar ve şirketler arasında stopajın kaldırılmasını öngörmektedir).

b) Milletlerarası sahada Belçika, Hollanda ve Fransa yabancı yavru şirketlerden gelen kazançlara milli sistemi otomatikman uygulandıkları halde Almanya ve Lüksemburg bu yola ancak anlaşmalar akdi yolu ile gitmektedirler. Stopaj şekilleri konusunda anlaşmalarda yer alan hükümler uygulanır.

Genel olarak hem milli hem de milletlerarası yönden yavru şirketçe ana şirkete transfer edilen kazançların çifte vergilendirilmesi söz konusudur. Bu ise temerküzü engelleyebilecek bir engel durumundadır.

Ayrıca şu husus da ifade edilebilir ki, Belçika ve Fransa'da (hiç olmazsa bugüne kadar) yavru şirket kazançlarının ana şirkete

transferi esnasında yapılan stopaj, bu kazançların daha sonraki kullanılmalari açısından, grubun finansman imkânlarının ana şirket seviyesinde toplanmasına aykırı düşer. Bu sorun üye devletler arasındaki ilişkilerde ve holdingler kurulması halinde de karşımıza çıkar.

Ana ve yavru şirketlerin tabi olduğu rejim ile holdinglere uygulanan esasların ahenkleştirilmesi arzuya şayandır. Böyle bir davranış, bugünkü durumun iyileştirilmesine yol açacağından, şirket gruplarının faaliyetlerinde, tek şirketin çalışmasına nazaran mevcut bulunan sakıncaları ortadan kaldıracaktır.

Bu sayede, sadece vergileme ile bulunmayan konsolide bilançolar sorunu ile yönetim sorunu da çözümlenmiş olacaktır.

C. SONUÇ

Çeşitli üye ülkelerdeki durumun incelenmesi şunu göstermiştir ki, işletmelerin temerküzü yolları, esas olarak, şirketler hakkındaki milli hukuka göre saptanır ve mevcut imkânların birini ya da ötekini seçmede vergi hukuku başlıca rolü oynar. Milli hukuki şekiller ile temerküzün tabi olduğu vergi yükleri arasındaki farklar ekonomik temerküzü farklı derecelerde gerçekleştirir, mahal değişimine yol açabilir ya da rekabeti ihlâl edebilir yahut bozabilir; buna ise ancak milli hukukların yakınlaştırılması ya da ahenkleştirilmesi suretiyle mani olunabilir. Bu konuda Komisyonca yapılan çalışmalar bu sebeple hızlandırılmalı ve yoğunlaştırılmalıdır.

Çeşitli üye devletler hukukuna göre kurulan işletmelerin ekonomik temerküz imkânları üzerindeki incelemeler şunu da ayrıca göstermektedir ki, şirketler hukukunda ve milletlerarası özel hukukta, milletlerarası füzyonda olduğu gibi bazı temerküz şekillerinin gerçekleşmesini engelleyen boşluklar mevcuttur. Bu inceleme ayrıca şunu da ortaya koymuştur ki, vergiyle ilgili engeller, hukuken mümkün olmasına rağmen yabancı işletmelere mali yönden katılmaları imkânsız kılmakta yahut da çok güçleştirmektedir ve milletlerarası füzyonların gerçekleştirilmesini temin edecek mali düzenlemeler mevcut değildir yahut da bunlar müessir olmaktan uzaktır. Binnetice, bazı milletlerarası füzyon şekillerini müsaade etmek ya da onları teşvik etmek isteniyorsa, milli vergi hukukları ile şirketler hukuklarının ahenkleştirilmesinden ayrı olarak, bir yeni topluluk hukuku yaratmada gerek vardır. Yabancı şirketlere katılma konu-

sunda ise, katılma belli bir dereceyi aştığı takdirde, çifte vergilemeyi esas olarak kaldırmak gerekecektir. Bu ilk tedbir, nispeten kısa bir devrede, yabancı sermaye şirketlerine mali yönden katılmanın sağlanmasını kolaylaştırabilecektir. Öte yandan, milletlerarası füzyon düzenlenmesi çok karmaşık bir iştir ve şirketler hukuku ile vergi hukuku açısından çok önemli çalışmaların yapılmasını gerekli kılar.

Vergi konusundaki müstakbel çalışmalarla ilgili olarak şunları ifade etmek mümkündür :

1. Temerküz bakımından muamele hacmi üzerindeki vergilerin tarafsızlığı, üye devletlerde katma değerle ilgili bir verginin uygulanması için Komisyonca teklif edilen direktif tasdik edilirse, sağlanmış olacaktır.

2. Hatta, halen Konsey'de bulunan direktif projesinde öngörülen paylar üzerinden alınan resmin ahenkleştirilmesi de füzyonla ilgili olarak çifte vergilemeye mani olacak ve altı ülkede şirket kurmanın mali şartlarını yeknesaklaştıracaktır.

3. Kısa sürede yapılması gereken işler olarak ana ve yavru şirketlere uygulanan mali rejimde bir ahenkleştirme ve bir düzenleme ile birleşen şirketlerin topluluk dahilinde daha iyi biçimde faaliyet göstermesine mani mali engelleri tamamen uzaklaştırabilecek şartların genel olarak tetkikini saymak yerinde bir davranış olur.

4. Şirketlerin füzyonuna mani mali engellerin özellikle füzyonun farklı tabiiyetteki şirketler arasında ya da bir avrupa tipi şirket kurmak için füzyonun hukuken mümkün olduğu hallerde kaldırılması imkânlarının araştırılması da yerinde olur.

Bu amaca ulaşmak için şirketlerin füzyonu dolayısıyla ortaya çıkan değer fazlalarının vergilendirilmesi esaslarının ahenkleştirilmesi fevkalâde faydalı sonuçlar doğurur.

5. Temerküzün ortaya çıkarttığı mali sorunların analizi, doğrudan doğruya olan vergileme sistemlerinin özellikle yatırımlara ve kâr payı dağıtılmasına ilişkin hükümlerin yakınlaştırılması gereğini de göstermiş bulunmaktadır.

Gerçekten, işletmelerin sadece birleşme ya da birleşmemeye ilişkin kararlarında mali faktörlerden etkilenmemeleri değil aynı za-

manda kurulacak işletmelerin yerlerinin seçiminde ya da yeni yatırımlarda bulunulacak mahallerin tayininde de mali düşüncelerin tesiri altında kalmamaları temenni edilen bir husustur.

Ş. III. 85 VE 86 MADDELERİN İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜNE UYGULANMA DURUMU HAKKINDA DÜŞÜNCELER

A. GENEL OLARAK

1. Birlik (entente), bağımsızlıklarını sürdüren işletmeler arasında, pazar üzerinde belli bir davranışta bulunabilmek için yapılan bir anlaşma ile meydana getirildiği halde, temerküzde birçok işletmenin ekonomik bağımsızlıklarını terketmek suretiyle, bir ekonomik yönetim altında gruplaşmaları söz konusudur. Birlik bir davranışa icbar amacı taşıdığı halde temerküz işletmelerin iç yapılarında bir değişiklik meydana getirir. Bununla beraber, ikisi arasındaki sınırlar kesinlik taşınmaz; gerçekten birlik ile temerküz arasındaki sınırın ne olduğunu mücerret olarak kesinlikle söylemek mümkün değildir. Kaydı ihtirazi ile şunu ifade edelim ki, bir birlik mi yoksa bir temerküz durumunun mu söz konusu olduğuna, birçok halde, ancak somut olaylara bakarak karar vermek mümkün olur. 85. ve 86. maddelerin uygulamasında işletmelerin temerküzü kavramı, bu incelemenin Ş. II. bölümünün başlangıcında ifade edilen anlamda kabul edilmektedir. Buna göre işletmelerin en önemli temerküz şekilleri şunlardır: Şirketlerin başka şirketlere katılması, başka işletmelerin aktiflerinin kısmen ya da tamamen iktisabı ve iki ya da daha ziyade hukuken bağımsız şirketin yeni bir şirket haline gelmek için birleşmeleri (füzyon). Temerküz, genel olarak, mülkiyetin iktisabı şeklinde ya da meselâ füzyonda olduğu gibi işletmelerin mülkiyet ilişkilerindeki bir değişme altında tezahür eder. Sürekli işletme grupları ihdas için öteki hukuki imkânlardan yararlanılmaktaysa (meselâ yönetime ilişkin mukaveleler), bunlar hemen hemen daima ilgili işletmeler arasında mülkiyet ilişkilerine istinad ederler.

2. 85 ve 86. maddelerde anılan yasakların kapsamını mücerret olarak tespit etmemek, bunu mahkeme kararlarındaki gelişmeye bağlamak Komisyonun izlediği politikaya uygun düşer. Komisyon, işletmelerin temerküzünün 85 ve 86. maddelerle hangi ölçüde yasaklandığını tespit sorununda da bu politikayı sürdürmektedir. İş-

letmelerin temerküzünün ve gereğinde hangi çeşit temerküzlerin Avrupa ekonomik topluluğu hukuku uyarınca yasaklanmış olduğunu tespit konusunda ekonomik bir kesinlik bulunmamasına rağmen, Komisyonun, 85 ve 86. maddelerin uygulama sorunu hakkında direktif yoluyla bir tavır takınmasına işaret edilmektedir. Bununla beraber böyle bir davranışta sert tefsir ilkelerinden yararlanılmayadır; bu suretle ancak Komisyonun izlemek istediği yol işaret edilebilir.

B. PROFESÖRLERİN GÖRÜŞLERİ

I. 85. Maddenin Uygulanma İmkânı

3. «Birliğe ilişkin politika (Mad. 85) ile işletmelerin temerküzü arasındaki münasebeti» araştırma ile görevli profesörler grubu, hukuken bağımsız durumdaki işletmelerin temerküzden sonra varlıklarını sürdürdükleri ve rekabetin hissedilir bir şekilde sınırlandırıldığı hallerde 85. maddenin uygulanabileceğini çoğunlukla ifade etmiş bulunmaktadır. Bu tefsir tarzından, şüphesiz, tüm temerküz halleri değil, grubun çoğunluğunun düşüncesine göre, hiç olmazsa başlıcaları etkilenecektir. Bu sebeple işletmeler arasında birlik durumu yaratmayan temerküz halleri ile füzyonlar 85. maddenin uygulanmasına tabi olmayacaklardır (meselâ borsadan hisse senedi satın alma yoluyla belirecek mali katılmalar gibi).

Bunun aksine olarak, azınlığın düşüncesine göre, 85. madde temerküz hallerine uygulanamaz; çünkü temerküz olayları işletmelerin davranışı ile ilgili değildir, onların iç yapılarında değişiklik husule getirir ve ne doğrudan doğruya ne de zaruri olarak rekabetin sınırlandırılması sonucunu ortaya çıkartmazlar.

Çalışma grubunun üyeleri ise «aynı ekonomik sonuçları doğuran temerküz durumları ile birlikleri aynı biçimde düzenleyen bir mevzuata sahip olmanın arzuya şayan olduğu» hususunda birleşmektedirler.

II. 86. Maddenin Uygulanma İmkânı

4. «Andlaşmanın 86. maddesi ile tanınan imkânlar» hakkında bir araştırma yapmakla görevlendirilen profesörler grubunun düşüncesine göre, temerküz olayları, bazı hallerde, ortak pazarda ya da onun önemli bir parçasında, hâkim durumdan haksız surette ya-

rarlanan işletmelerin doğmasına sebep olabilir ve bu sebeple de 86. madde uyarınca yasaklanabilirler. Bir hâkim durum elde edilmesi ya da bu halin genişletilmesi amacını güden temerküz olayları, profesörlere göre, 86. madde anlamında per se kanuna aykırı işletmeler yaratan olaylar olarak kabul edilmelidirler. Bununla beraber, profesörler, birleşmelerin doğrudan doğruya hâkim durumun suiistimalini amaç edindiği ya da bunların bir hâkim durumun suiistimalinin sonucu olarak ortaya çıktığı hallerde 86. maddenin temerküz olaylarına tatbiki gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler.

Şunu kabul etmek gerekir ki, bir ya da birçok işletmenin bir bağımsız strateji vasıtasıyla öteki ekonomik unsurların kararlarını esaslı biçimde etkilediği hallerde, muayyen bir pazarda, bir hâkim durumun mevcudiyetinden bahsedilebilir; zira bu durumlarda uygulanabilir ve yeterli ölçüde müessir bir rekabetten söz edilemez ve bu çeşit rekabetin sürdürülmesi mümkün olamaz. Grubun düşüncesine göre, pazarda hâkim bir duruma sahip olan bir işletme, uygulanabilir ve yeterli ölçüde müessir rekabet şartları içinde elde edemediği üstünlüklere kavuşmak için kendi durumunun imkânlarından yararlanmaktaysa, burada bir hâkim durumun haksız şekilde kullanılması mevcuttur demektir.

Uygulanabilir rekabet kavramı gerçek bir kavramdır. İşletmelerin satış ya da imalâtı aşırı ve suni biçimde sınırlamadığı, onların talebi tatmin edici şekilde karşıladığı ve mamullerden yararlananları ekonomik ve teknik gelişmenin sonucu olan menfaatlere âdil miktarlarda iştirak ettirdiği hallerde yeterli ölçüde müessir bir rekabetin var olduğunu kabul etmek gerekir.

Profesörler, 86. maddenin temerküz olaylarına tatbikini kolaylaştırmak bakımından, 87. madde uyarınca saptanan uygulama hükümleri vasıtasıyla bir denetleme sisteminin kurulmasını (bazı birleşme olaylarının tescilini) teklif etmektedirler.

C. İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜ VE ROMA ANDLAŞMASININ 85. MADDESİ

85. maddenin 1. paragrafında birlik ile temerküz halleri arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Birleşmeler, işletmeler arasındaki anlaşmalara dayandığı ve rekabeti sınırlandırdığı için, temerküz hallerini 85. maddenin 1. paragrafı bakımından bir tahlile tabi

tutmak mümkün olabilecektir. Bununla beraber sadece lâfzi tefsir yoluna başvurmak doğru değildir. Ayrıca 95. maddenin amacını göz önünde tutarak, orada öngörülen kriterlerin ve hukuki sonuçların var olup olmadığını tetkik etmek gerekir; bu çeşit bir davranış sonucunda belki işletmelerin temerküzünü yasaklayan bir uygulama gereği ortaya çıkabilecektir.

6. Temerküz durumları ve birlikler yaygın mevzuatta yasaklanmakta olsa bile, bunlardan birine ve ötekine uygulanacak hükümler farklıdır. Birliklere karşı hükümleri öngören fakat temerküz olaylarına karşı böyle davranmayan ülke sayısı hayli kabarıktır. Bunun sebebi, hâkim düşünceye göre, birliklerin, olumlu sonuçlar herbir olay için ayrı ayrı ortaya konulmadıkça, genel menfaat anlayışına ters düşmekte olmasıdır. Öte yandan, temerküz olayları ancak istisnai olarak, ekonomik gücün müsamaha edilen sınırlarını aştığı takdirde, yasaklanmaktadır.

7. Rekabet politikasına ilişkin hükümler bakımından birliklerin yasaklanması esas, temerküz olaylarının yasaklanması ise istisna olarak telâkki edilirse, aynı yasaklamanın bu iki hale yeknesak biçimde uygulanması, mantiki sonuçlar ortaya çıkaramaz. CECA Andlaşmasının 66. maddesinde ve temerküz olaylarına karşı özel bir mevzuata sahip bulunan devletlerin kanunları ile bu devletlerdeki uygulamada büyük önem taşıyan pazar üzerinde aşırı bir güç kazanılmasına ilişkin kriterin birlikler hakkındaki mevzuat yönünden de önemi varsa da (bkz. Mad. 85, par. 3b), bu kriter birliklerin yasaklanmasında kesin bir unsur niteliğinde değildir. Birlikler, pazar üzerinde aşırı bir güç tesisine sebep olmasalar dahi yasaklanabilirler. Bu durumda, 85. maddenin birlikler ile temerküz olaylarına yeknesak biçimde uygulanması şu sonucu ortaya çıkaracaktır: ya çok az sayıda birlik ya da çok fazla sayıda temerküz durumu yasaklamanın sınırı içine girecektir.

8. Ayrıca, 85. maddenin 1. paragrafında sözü edilen yasaklamaya bir istisna getirmek bakımından 85. maddenin 3. paragrafında belirtilen kriterler, temerküz olayları ile bağdaşmaz. Maddenin 3. paragrafı uyarınca 1. paragrafta bir istisna getirmeyi haklı göstermek için sağlanması gereken olumlu değerlendirme, temerküz olaylarının büyük bir kısmı bakımından söz konusu olamayacaktır; çünkü bunların tesirlerini, belli bir davranışa dayalı bir birliğin tesirleri kadar kesin biçimde a priori takdir etmek mümkün değildir.

9. Rekabetteki tahditlerin aynı paragrafta tarifi yapılan olumlu amaçlara erişmek için gerekli olduğunu öngören 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması, bir başka güçlük daha ortaya çıkacaktır. İşletmelerin temerküzü ilgili işletmeler arasındaki rekabeti tamamen uzaklaştırdığından, birleşmelere, ancak 85. maddenin 3. paragrafında aranan üstünlüklere rekabetin kısıtlı ölçüde sınırlandırılması yolu ile ulaşılamayacağına ispat edilmesi halinde müsaade edilebilecektir.

10. Nihayet, 85. maddenin 3. paragrafının temerküz olayları hakkında söz konusu edilememesinin üçüncü bir sebebi de şudur: 85. maddenin 1. paragrafından anılan yasaklamanın istisnası, ancak istenen olumlu tesirlerin ispatı ile ortaya çıkabileceğinden, muafiyet durumu, kanunen saptanan şartların daima mevcut olup olmadığına tespiti için, bir süre tetkik konusu yapılmalıdır. Ayrıca, Komisyon, bazı şartlarla, özellikle şartların, istisnanın tanınmasını gerektiren temel nokta bakımından değişmesi halinde, tespit edilen sürenin dolmasından önce istisnai duruma son verebilmelidir. Komisyonca kabul edilen istisnanın sınırlı olan geçerliği de, bu sebeple, tıpkı geri alma ihtimali gibi, zaruri olarak, 85. maddenin 3. paragrafında belirtilen kriterlere dayanmaktadır.

Öte yandan, temerküz, hukuki güvenlik sebepleri ile, ancak yasaklanabilen ya da müsaade edilebilen işletme mülkiyetindeki kesin değişmeye istinad etmektedir. Bu sebeple, CECA Andlaşmasının 66. maddesinde ve temerküze karşı olan öteki kanunlarda, temerküzün kanuniliğinin, sadece olumsuz kriterlere göre, genel olarak pazar üzerinde kabul edilebilir ekonomik gücün sınırlarını aşma durumu bakımından, değerlendirileceği öngörülmüştür. Eğer temerküzün doğduğu anda bu ekonomin güce erişilmemişse, temerküz kesinlikle kanuni olarak telâkki edilmelidir.

11. 85. maddenin 2. paragrafında öngörülen butlan durumu, iştirakçi işletmeler ortadan kalkmış olduğundan eski durumun yeniden tesisi imkânını şüpheli kılmakta bu sebeple de temerküz olayları için uygun bir hukuki sonuç teşkil etmekten uzak bulunmaktadır. İstenmeyen temerküz halleri için uygun olan hareket şekli ayrılma imkânının verilmesi olmalıdır. CECA Andlaşmasının 66. maddesinin 5. paragrafında belirtildiği gibi bir müdahale şekli öngörmek gerekir ve butlan bir yasak temerküz durumu için mecburi bir sonuç teşkil etmemelidir.

12. Geçmişte gerçekleşen birleşmeler hükümlerini sürdürmeye devam ettiklerinden, birlikler için cereyan edenin aksine olarak, haklarında 85. maddenin ve eski birliklerin intibakına ve bildirilmesine ilişkin 17 sayılı tüzük hükümlerinin uygulanabileceği belli sayıda «eski temerküz olayı» mevcut değildir. Daha önce açıklanan sebepler dolayısıyla, muafiyet tanınmasının sınırlı bir geçerliliği olacağı ve geri alınacağını öngören 17 sayılı tüzük hükümleri de uygulanamayacaktır.

13. Andlaşmanın 87. maddesi uyarınca çıkarılan uygulama tüzükleri şüphesiz bu engellerden bazılarını kaldıracaktır. Bununla beraber, temerküz olayları için 17 sayılı tüzük uyarınca birliklere uygulananndan başka usul hükümleri öngörüldüğü ölçüde, bu durum, hukuk tekniği açısından birlik ve temerküzün yapıcı unsurlarının açık ve tam biçimde sınırlandırılmasını gerekli kılacaktır ki bunun ise gerçekleştirilmesi güçtür.

Uygulama tüzükleri, aynı ekonomik etkileri gerçekleştiren birleşmelerin aynı kritere göre değerlendirilmesi imkânını da yaratacaktır. Gerçekten 85. maddenin 1. paragrafında anılan imkânlarla başvurmaksızın gerçekleştirilen birleşmeler (meselâ katılmanın borsa ile sağlanması), hiçbir şekilde tahdit edilemeyecek özellikle 85. maddede anılan temel unsurlar değiştirilemeyecek ve 85. maddenin 3. paragrafında öngörülen olumlu kriterler yerine olumsuz kriterler ikame edilemeyecektir.

Bu sebeple, 87. madde uyarınca öngörülen hükümler aracılığıyla 85. maddenin işletmelerin temerküzüne uygulanmasındaki başlıca engelleri kaldırmak mümkün olamayacaktır.

14. Sonuç olarak şu husus ifade edilebilir ki, birleşme ve birliklerin hukuki davranışlarına genellikle uygulanan farklılık fiili sebeplerden ileri gelmekte ve 85. maddenin, açıklanan nedenler dolayısıyla, işletmelerin ya da bunların bir kısmının mülkiyetinin iktisabını yahut işletmelerin mülkiyetinde bir reorganizasyonu amaçlayan anlaşmalara (füzyon, katılma, aktif unsurların iktisabı) uygulanması mümkün görünmemektedir.

Temerküzden sonra ekonomik bakımdan bağımsız işletmeler söz konusu olursa (ortak işletmelerin ihdasında olduğu gibi), taraf işletmeler arasında, mülkiyet değişikliğinden başka, mukavele ya da 85. maddenin 1. paragrafı anlamında bir ortak uygulamanın mevcut olup olmadığını dikkatlice araştırmak uygun olur.

15. Bundan ayrı olarak, 85. maddenin 1. paragrafı, mülkiyette geri dönülmez bir değişiklik durumu yaratmadığı halde sadece ekonomik bakımdan bağımsız kalan işletmelerin pazar üzerindeki davranışlarının koordinasyonuna yol açan anlaşmalara da uygulanır. Bu gibi durumlarda 85. maddenin temerküz olaylarına uygulanmamasının nedenleri mevcut değildir; gerçekten bu hallerde mülkiyette yeni bir taksimat değil fakat bir birlik söz konusudur.

D. İŞLETMELERİN TEMERKÜZÜ VE ROMA ANLAŞMASININ 86. MADDESİ

16. Profesörlerin kanaati şudur ki, hâkim durumdaki işletmelerin katıldığı temerküz olayları, bazı şartlar içinde, 86. maddenin uygulanması sonucu olarak, bir hâkim durumun yolsuz biçimde işletilmesi telâkki edilerek, yasaklanabilir. 86. maddenin bazı temerküz olaylarına da uygulanması sonucunu doğuran hal ve şartları ele almadan önce, 86. maddenin uygulanmasının 85. maddenin uygulanması bakımından ifade edilen itirazlara benzer prensip itirazları ortaya çıkartıp çıkartmadığını araştırmak gerekir.

17. 85. madde için söz konusu olanın aksine, 86. maddedeki durum bakımından, yasaklanmış hale erişmek için kullanılan imkânların hangileri olduğu önemli değildir. Şu halde 86. maddenin uygulanması bakımından hâkim durumdaki bir işletmenin katıldığı temerküz olayının işletmeler arasında akdedilen bir anlaşmadan doğmuş ya da bir rakip işletmenin hisse senetlerini borsadan satın alma suretiyle ortaya çıkmış olması farksızdır. 86. maddenin uygulanması söz konusu oldukça, hukuki şekli ne olursa olsun aynı ekonomik sonuçları istihsal eden birleşmeler bu maddeye tabi olurlar; bu sebeple 85. maddenin uygulanması durumundakinin aksine, sistemde bir boşluk söz konusu değildir.

18. 86. maddede öngörülen hukuki teknik ve kriterler, temerküz olaylarına uygulama bakımından engel teşkil etmezler, Ne eski ve yeni birlikler arasında bir ayırım ne de istisnanın (muafiyet) geçici veya gerilnabilir karakterde olmasından doğan sakıncalar söz konusudur. Bundan ayrı olarak 86. maddenin uygulanması, temerküzün kanuniliğini her temerküz durumunun olumlu değerlendirilmesine değil fakat olumsuz kritere bağlamaktadır (hâkim durumun yolsuz biçimde işletilmesi değil). Yasak, ancak ender istisnalara uygulanacaktır; büyük sayıdaki temerküz olayları için uzun ve mali-

yetli önceden izin alma usulüne de artık ihtiyaç olmayacaktır. Bununla beraber işletmeler, 17 sayılı tüzüğün 2. maddesi anlamında bir olumsuz belge talep etmekte serbest olacaklardır.

19. 86. maddeye muhalefetin hukuki sonuçlarına gelince; 17 sayılı tüzüğün 3. maddesi, Komisyona, ilgili işletmelere muhalefet durumuna son vermeleri yolunda bir tavsiyede bulunma ya da onları karar yolu ile kanunsuz duruma son vermeye icbar etme yetkisini vermektedir.

20. 86. maddenin uygulanması :

- 1) Bir ya da birçok işletmenin ortak pazarda veya onun büyük bir kısmında bir hâkim durum işgal etmesini;
- 2) Bu hâkim durumun yolsuz biçimde işletilmesini;
- 3) Bunun üye devletler arasındaki ticareti etkilemesini gerekli kılmaktadır.

Komasyon, üye devletler arasındaki ticareti etkilemenin başlıca unsurları konusunda 85. madde çerçevesinde görüşünü ifade etmiş bulunmaktadır. Ortak pazarda ya da onun büyük bir kısmında bir hâkim duruma sahip bir işletmenin katıldığı bir temerküz olayı, üye devletler arasındaki ticareti daima bir ölçüde etkileyecektir.

21. Bu sebeple, CECA Andlaşmasının 66. maddesince benimsenen düzenlemenin aksine, 86. madde hâkim durumun tesis ve mevcudiyetini esas olarak kabul etmektedir.

Hâkim durumdaki işletmenin katıldığı temerküz olaylarının 86. madde anlamında kanunsuz işletmeler olarak vasıflandırılabilip vasıflandırılmayacağı sorununun incelenmesine geçmeden önce, «hâkim durum» kriterine kesinlik kazandırmak gerekir.

22. 86. madde muayyen bir pazarda bir hâkim durumun mevcudiyetini aramamakta bir hâkim durumdan bahsetmekle yetinmesine rağmen, genellikle şu husus kabul edilmektedir ki, bir işletmenin bir pazara hâkim olduğu hallerde o işletme her halde 86. madde anlamında bir hâkim durum işgal ediyor demektir. Pazara hakimiyet sadece bir işletmenin elinde tuttuğu pazardan ya da muayyen bir pazarın yapısının öteki kantitatif unsurlarından hareketle tarif edilemez. Bu konuda ilk olarak ekonomik yetki yani hâkim işletmenin pazar üzerinde esas itibarıyla farkedilebilir ve bariz bir te-

sirde bulunma yeteneği üzerinde durulmalıdır. Bir hâkim işletmenin bu ekonomik yeteneği, muayyen bir anlamda kullanılmış olsun ya da olmasın, öteki işletmelerin ekonomik kararları ve davranışı üzerinde tesirli olur. Pazarın öteki işletmelerini istediği zaman elde edebilen bir işletme bir hâkim duruma sahip olabilir ve pazardaki payı çok az dahi olsa öteki işletmelerin davranışlarını kesinlikle saptayabilir.

Bir hâkim durumun mevcudiyet sebepleri istihsale, dağıtım ya da mali güce bağlı olabilir. Bu sebeple daima pazarın gelişmesini göz önünde tutmak ve işletmeyi ekonomik ilişkilerinin bütünlüğü içinde nazarı itibare almak gerekir. Bu düşünceden hareket edilirse bir oligopolde «priceleader» olan işletme, genel olarak, pazarda hâkim durumda bulunacaktır.

23. Hâkim durumun temeli olan ekonomik kapasite ancak her somut olayda tam anlamıyla tespit edilebilir. Hâkim «relevant market» tanımı da, ancak her olayın kendine has verilerine göre gerçekleşebilir. İlgili pazarın maddi, coğrafik ve zaman bakımından tanımlanması 86. maddenin uygulama alanı bakımından büyük önem taşımaktadır: Pazar anlayışında dar görüşlerden hareket edilirse gerçekleşebilecek hâkim durum sayısı da artacaktır.

Bununla beraber bir işletmenin durumunu, daima, iyi saptanan bir ya da birkaç mamul (veya hizmet) pazarında ortaya koymak gerekir. Meselâ bir grup mal imal eden bir işletmenin bir bölgede hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşabilmek için onun o bölge içindeki işletmelerin en büyüğü olduğunu tespit yeterli değildir. Çok daha küçük işletmelerin, söz konusu bölgede, bu mamullerden bazıları bakımından, pazarda daha güçlü bir duruma sahip olması ihtimali varit olabilir.

24. Sadece işletmelerin ortak pazarda kendi mal ve hizmet arzedicî sıfatları bakımından bir hâkim durum işgal etmekte olup olmadıklarını tespit söz konusu olduğundan, merkezi bir üçüncü devlette olan bir işletme, ortak pazarda, 86. madde anlamında hâkim duruma sahip bulunabilir. Hatta, ortak pazarda kurulu işletmeler için, ithalât dahil, önemli olan rekabet durumudur.

25. Aydınlatılması uygun olan 86. maddenin ikinci kriteri kansuz işletme kavramına dayanmaktadır. İşletmenin davranışı, Andlaşma ile saptanan amaçlar bakımından, objektif açıdan kusur-

lu bir hareket teşkil etmekte ise o zaman bir kanunsuz işletme söz konusu demektir. Bir hâkim işletmenin kanunsuz uygulamaları, bugünkü rakipler, potansiyel rakipler, yararlanıcılar ve tacirler bakımından ortaya çıkabilir. Kanunsuz davranışın bir genel tanımı olmadığı gibi, onun mevcut olup olmadığı da bu kavramın söz konusu edildiği normun amaçları göz önünde tutularak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

86. Madde, tahdidi olmayarak, bu türlü kanunsuz uygulama örnekleri öngörmektedir. Bunlara, herşeyden önce, maliyet fiyatı altında satış yapmaya uzun zaman dayanmak bakımından yeterli mali imkânlara sahip olmayan bir rakibi pazardan uzaklaştırmak için girişilen fiyat rekabeti ilâve edilebilir. Eğer bu türlü bir davranış ya da öteki uygulamalar sonucu olan rekabet sebebiyle, bir işletme, kendi hâkim durumunu, bir başka işletmenin iradesi dışında veya elverişsiz şartlarla füzyona gitmesini temin için kullanırsa, bu türlü davranışlar, normal ticari rekabeti, ticari partenerler karşısında bir farklılık yaratmada olduğu gibi (86/c. maddenin örneği) ihlâl eder ve bu dahi bir işletmenin pazardan uzaklaştırılması sonucunu doğurabilir.

Bununla beraber, 86/c. madde örneğinden şu husus çıkartılabilir ki, bu maddede belirtilen yasak sadece pazardaki bazı uygulamaları amaç tutmamaktadır. Gerçekten 86/c. madde arzın bünyesini değiştirerek müstehliki zarara sokan uygulamaları, bunlar işletmenin davranışına ilişkin bulunmamasına işletmenin dahili işlemleri olmasına rağmen, saymaktadır. Bir monopol durumu yaratarak pazardaki rekabeti uzaklaştırıcı bir karakter taşıyan bir hâkim duruma sahip işletmenin öteki bir işletme ile füzyonu, açıkca, 86/c. maddede sayılan bir davranışın zararlı sonuçlarının aynıını istihsal edebilir. Gerçekten, bir monopol durumu teknik gelişmeye olan isteği berteraf eder. Monopol durumu, daha yüksek bir istihsal seviyesine götüren oligopolistik bir pazarda gerçekleşemeyecek kadar yüksek bir düzeyde beliren fiyatlar yardımıyla menfaatleri azamileştirerek genellikle istihsalin sınırlandırılması sonucunu doğurur.

26. Buraya kadar ileri sürülen düşüncelerden mantıki olarak şu husus ortaya çıkar ki, pazarın inhisar altına alınmasıyla beliren temerküz olayı, özel durumlar hariç bırakılırsa (bu konuda bkz. no. 27'deki açıklamalar), 86. madde anlamında bir hâkim durumun kanunsuz biçimde işletilmesi olarak telâkki edilmelidir. 86. maddenin, işletmelerin temerküzüne uygulanmasının bu şekilde söz konu-

su olduğu hallerde, temerküz olayı, doğan durumla yani rekabetin tamamen uzaklaştırılması ile ilgili olarak bir kanunsuz uygulama teşkil eder.

Bu tefsir tarzı, 85 ve 86. maddeler Andlaşmadan sonra tesis edilmesi gereken rekabet rejiminin işlemlerini sağlamak için öngördüklerinden, Andlaşmanın amaçlarına ve sistemine uygun bulunmaktadır. Şu halde ne bir birliğe (85. maddenin 3b paragrafını dikkate alarak) ne de hâkim duruma sahip bir işletmenin bir monopol durumu yaratarak rekabeti uzaklaştırmasına müsaade edilemez. 85 ve 86. maddeler, bu bakımdan, üye devletlerce daima arzulamakta olduğu gibi, aynı anlamda tatbik edilebilirler.

27. 86. maddenin bir hâkim işletmeye temerküz bakımından tanıdığı pazar sınırı, ancak her olay için ayrı ayrı ve pazarın durumu da göz önünde tutularak saptanabilir. Genel olarak sadece şunu ifade etmek mümkündür ki, hâkim durumdaki bir işletme öteki işletmelerle bileşerek monopole yaklaştıkça ve böylece müşteri ve tacirlerle müstehlikin seçim imkânını etkileme durumu hâsıl oldukça, onun kanunsuzluk çizgisine girme ihtimali de artmış olur.

Her olayın belli edici şartlarının incelenmesi esnasında, her şeyden önce, çok küçük işletmelerin kaybolması olayı nedeniyle, rekabetin Andlaşmadan öngörülen rejime aykırı biçimde gerçekten sınırlandırılmış olup olmadığını saptamak gerekir. Eğer bir hâkim işletme, durumunu, Andlaşmanın özellikle 86/b. maddesinin dayandığı anlayışa aykırı biçimde, müstehlik, tacir ve alıcılar zararına olarak, rekabetin işlemlerine mani bir monopol durumu yaratacak şekilde, temerküz olayıyla desteklemekteyse, ancak o zaman bu şartın gerçekleşmiş olduğu, kabul edilebilecektir. Tayin edici şartların tespitinde, bir çok küçük işletmenin kaybolmasının, rekabetin işlemlerinde pek önemli olmadığı da düşünülebilir. Aynı şekilde, bugün rekabet imkânlarına sahip bulunan bir küçük işletmenin, temerküz olayları gerçekleşmese bile, kısa bir süre içinde, rekabet yüzünden kaybolacağını da kabul etmek gerekir.