

Evaluation of 'Noncompetition' Clauses in Land Agreements with Regard to Obligations Law and Competition Law

Kira Sözleşmelerindeki 'Rekabet Yasası' Hükümlerinin Borçlar Hukuku ve Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

ABSTRACT

Lease Agreements may have legally invalid provisions in the meaning of law of obligations and may gain the feature of breaching the competition rules with 'non-competition' clauses. However, when considering the views in the doctrine, in the meaning of law of obligations and in the bounds of competition law, it can be legal and possible, according to the decisions and guidelines of the Turkish and English competition authorities.

KEYWORDS: Lease Agreements, Non-competition Clauses, Prohibition of Tied Up Contract, Competition Board, Office of Fair Trading

ÖZET

Kira sözleşmeleri, içerilerine 'rekabet yasası' hükümleri konulması ile borçlar hukuku anlamında geçersiz hükümler taşıyabilecek veya rekabeti ihlal edici özellik kazanabilecektir. Ancak, doktrindeki görüşlerin değerlendirilmesi ile borçlar hukuku anlamında ve Türk ve İngiliz rekabet otoritelerinin kararları ve kılavuzları ile rekabet hukuku anlamında hukuki ve imkan dahilinde olabilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Kira Sözleşmeleri, Rekabet Yasası, Bağlantılı Sözleşme Yasası, Rekabet Kurulu, İngiliz Rekabet Otoritesi

I. INTRODUCTION

IN RECENT YEARS, COMMERCIAL COMPANIES OPERATING IN the same market have started to use the lease agreements as a direct or indirect instrument in order to increase or strengthen their market power. Those applications have shown themselves in various ways. For instance, some brands have stipulated in their lease agreements which they have signed with the shopping malls, they only shall operate in the relevant market, otherwise the rent shall be reduced or the sale of certain products shall be prohibited. Even if competition prohibitions are included in the lease agreements, these provisions may be invalid and subject to the prohibition of tied up agreements which will enter into force in 2020, when the law of obligations is taken into consideration. In terms of considering the competition law, Turkish Competition Law does not count the lease agreements one of the vertical agreements that violate competition; while the British Competition Authority (OFT) has clearly stated that the lease agreements may restrict competition in its Guidelines. For these reasons, the “non-competition” provisions in the lease agreements may be invalid either in the law of obligations or the law of competition.

Due to the fact that there is no judicial decision on this issue because the prohibition of the tied up agreements will only come into force in 2020, in this article we try to clarify the subject in question by referring to the dominant opinion in the doctrine. Moreover, the decisions of the Competition Authority regarding this subject were examined and a comparison was made with the guidelines published by the British Competition Authority (OFT) and the approach in Turkish competition law by stating in which terms and conditions lease agreements violate the non-competition rules.

THE NON-COMPETITION LIABILITY WITH RESPECT TO THE RENTAL LAW

Prohibition of the Tied Up Contract

The Turkish Code of Obligations No. 6098 (“TCO”) entered into force on 1 July 2012. Article 53 of the Law No. 6353 on Amendments to Certain Laws and Decree Laws and the execution of certain articles of the TCO relating to the lease agreements were postponed for eight (8) years (up to 2020), where lessees are merchant and legal entity’s workplace within the context of the rents. The

I. GİRİŞ

SON YILLARDA AYNI PAZARDA FAALİYET GÖSTEREN ticari şirketler, pazardaki güçlerini artırmak veya sağlamlaştırmak için kira sözleşmelerini, doğrudan veya dolaylı bir araç olarak kullanmaya başlamıştır. Bu kullanımlar kendisini çeşitli şekillerde göstermiştir. Örneğin, bazı markalar, kimi alışveriş merkezlerinde imzaladıkları kira sözleşmelerine, ilgili pazarda yalnızca kendilerinin faaliyette bulunacakları, aksi takdirde kira bedelinde indirimle gidileceği yönünde hükümler ekletmiş veya kiraya veren tarafından kiracıya bazı ürünlerin satışı, kira sözleşmeleri ile yasaklanmıştır. Kira sözleşmelerine bu şekilde rekabet yasakları konulsa dahi, borçlar hukuku anlamında değerlendirildiğinde, bu hükümlerin, 2020 yılında yürürlüğe girecek olan bağlantılı sözleşme yasağına tabi olarak geçersiz olması söz konusu olabilecektir. Rekabet hukuku anlamında değerlendirildiğinde ise, Türk rekabet hukuku, kira sözleşmelerini rekabeti ihlal edici dikey anlaşmalardan saymasa da İngiliz Rekabet Otoritesi (OFT), yayınladığı kılavuzda, kira sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayabileceğini açıkça belirtmiştir. Bu sebeplerle, kira sözleşmelerindeki “rekabet yasağı” hükümleri, gerek borçlar hukuku gerekse de rekabet hukuku anlamında geçersiz olabilecektir.

İşbu makalede; bağlantılı sözleşme yasağı, 2020 yılında yürürlüğe gireceğinden dolayı bu konuyla ilgili henüz verilmiş bir yargı kararı bulunmaması sebebiyle, konuya ilişkin doktrindeki ağırlıklı görüşe başvurulmuş konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca, Rekabet Kurumu’nun konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar üzerinden inceleme yapılmış ve İngiliz Rekabet Otoritesi’nin (OFT) yayınlamış olduğu kılavuzda, kira sözleşmelerinin, hangi şart ve koşullarda rekabeti ihlal ettiği aktarılarak Türk rekabet hukukundaki yaklaşım ile karşılaştırma yapılmıştır.

KİRA HUKUKU AÇISINDAN REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bağlantılı Sözleşme Yasağı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 53. maddesi ile TBK’nın kira sözleşmesine ilişkin bazı maddelerinin yürürlüğü, kiracısı tacir ve tüzel kişi olan işyeri kiralari bakımından



Article 340 of the TCO titled as “the Tied Up Contracts”, hereby has been counted as one of the postponed provisions, and this provision shall be applied on the workplace lease agreements, where the lessee is a merchant and legal entity, from 1 July 2020. For this reason, there is no judicial decision with respect to the prohibition of the tied up contract yet and in this Article, dominant opinions in the doctrine are reviewed.

The Article 340, which is a mandatory provision of the TCO, stipulates that (i) if the establishment or continuation of the lease agreements (ii) with regard to residential and roofed workplace (iii) is connected to any liability which is not directly in relation to the usage of the leased property without the benefit of the lessee, the contract tied up to the lease agreement shall be deemed invalid.

i. Lease Agreement with respect to Residence or Roofed Workplace

The first condition for the implementation of prohibition of the tied up contracts is that the leased property

sekiz (8) yıl süreyle (2020 yılına kadar) ertelenmiştir. TBK'nın “Bağlantılı Sözleşme” başlıklı 340. maddesi de ertelenen hükümler arasında sayılmış olup, kiracısının tacirler ve tüzel kişiler olduğu işyeri kiralalarında işbu hüküm 1 Temmuz 2020 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır. Bu sebeple, bağlantılı sözleşme yasağına ilişkin olarak henüz verilmiş bir yargı kararı bulunmamakta olup işbu makalede doktrindeki ağırlıklı görüşlere yer verilmiştir.

Emredici nitelikte olan TBK'nın 340. maddesi, (i) konut ve çatılı işyeri kiralarında (ii) sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, (iii) kiracının yararı olmaksızın, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanmışsa, kirayla bağlantılı sözleşmenin geçersiz olduğunu düzenlemektedir.

i. Konut veya Çatılı İşyeri Kirası Olması

Bağlantılı sözleşme yasağının uygulanabilmesi için ilk şart konut veya çatılı bir işyerinin kiralanıyor olmasıdır. Buna göre, arazi veya taşınır kiraları bakımından söz konusu yasak uygulanamayacaktır.



shall be a residence or a roofed workplace. Accordingly, the prohibition in question shall not be applicable to the lease agreements regarding land or movable rents.

ii. The tied up Contract (Setting a Condition to the Establishment and/or the Continuation of a Lease Agreement)

Establishing a separate contract, in addition to the lease agreement and subjecting the establishment or continuation of the lease agreement to this separate contract, is the second condition. In other words, if establishment of a tied up contract is a condition sine qua non for the establishment of the lease agreement, this situation will be considered as a tied up contract within the scope of Article 340 of the TCO.¹

ii. Bağlantılı Sözleşme (Kira Sözleşmesinin Kurulması ve/veya Sürdürülmesi İçin Şart Koşulması)

Kira sözleşmesinin yanı sıra ayrı bir sözleşmenin yapılması ve kira sözleşmesinin kurulmasının ya da sürdürülmesinin bu sözleşmeye bağlanmış olması ikinci şarttır. Başka bir deyişle bağlantılı sözleşme yapmak, kira sözleşmesinin olmazsa olmazı ise bu durum TBK 340. maddesi kapsamında bir bağlantılı sözleşme olarak değerlendirilecektir.¹

TBK'nın 340. maddesi "Bağlantılı Sözleşme" başlığını taşıyor olsa dahi doktrinde "bağlantılı sözleşme" ifadesinin mehzaz düzenlemedeki gibi "her türlü hukuki işlem" olarak anlaşılması daha uygun bulunmaktadır.² Buna göre, TBK 340. madde kapsamındaki bağlantılı

Even though the Article 340 of the TCO is titled “tied up Contract”, the doctrine asserts that it is more appropriate to understand the term of tied up contract as “all kinds of legal proceedings” as in the reference code, Swiss Code of Obligations.² Accordingly, for the implementation of the prohibition of the tied up contract under Article 340 of the TCO, it is not necessary to conclude a separate contract, which requires a condition for the establishment or the continuation of a lease agreement. If the establishment or continuation of lease agreements is essentially bound to the performance of another act and there is a close connection between this act and the lease agreement, then the provisions referring to the tied up contracts shall be applicable.

iii. Lack of Benefit of the Lessee and Undertaking an Obligation which is not in Direct Relation to the Usage of the Leased Property

The lessee must be under any liability, which is not in direct relation to the use of the leased property through the tied up contracts. In other words, if such liability undertaken by the lessee is related to the direct use of the leased property, then the Article 340 of the TCO cannot find a field of application.³ Nonetheless, in accordance with the dominant opinion in the doctrine, it is determined that in case an another debt obligation within the scope of lease agreement exists the obligation will be considered as having a direct relation with the lease agreement and will not be considered under Article 340 of the TCO.⁴

In the doctrine, some examples are particularly elaborated with respect to whether there is a direct relation to the use of the leased property. One of those particular examples is related to the prohibition of competition. Accordingly, for the cases where the lessor gives exclusivity to the lessee for the sale of a particular good or service, especially in the lease agreements for the shopping malls, it is the dominant opinion that the non-compete liability in other lease agreements is directly connected to the usage of the leased property, in other words, the prohibition of competition cannot be acknowledged as a tied up contracts.⁵

ASSESSMENT OF LEASE AGREEMENTS IN TURKISH AND ENGLISH COMPETITION LAW

Due to the exclusivity provisions in lease agreements, especially the lease agreements for shopping malls, not

sözleşme yasağının uygulanabilmesi için kira sözleşmesinin kurulması veya sürdürülmesini şarta bağlayan ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Kira sözleşmelerinin kurulması veya sürdürülmesi, olmazsa olmaz surette başka bir edimin ifasına bağlanmış ise ve bu edim ile kira sözleşmesi arasında sıkı bir bağ varsa yine bağlantılı sözleşmeden söz edilebilecektir.

iii. Kiracının Yararının Bulunmaması ve Kiralananın Kullanımıyla Doğrudan İlişkili Olmayan Bir Borç Altına Girmesine Bağlanma

Kiracı, bağlantılı sözleşme ile kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkili olmayan borç altına girmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, kiracının üstlendiği borç, kiralananın doğrudan kullanımına ilişkin ise, TBK 340. madde uygulama alanı bulamayacaktır.³ Bununla beraber doktrin-deki ağırlıklı görüşe göre, kira sözleşmesinin içerisinde bir başka borcun da bulunuyor olması halinde karine olarak bu borcun kira sözleşmesi ile doğrudan bir ilişkisinin var olduğu kabul edilecek ve bu durum TBK 340. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁴

Doktrinde, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkili olup olmama hususuna ilişkin bazı örnekler üzerinde özellikle durulmaktadır. Bu örneklerden biri de rekabet yasağına ilişkindir. Buna göre; özellikle alış-veriş merkezi (“AVM”) kiralalarında, kiraya verenin bir kiracısına belli bir mal veya hizmetin satılması/verilmesine ilişkin olarak münhasırlık vermiş olması halinde, diğer kira sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümlülüğünün düzenlenmesinin kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkili olduğu, yani rekabet yasaklarının bağlantılı sözleşme olarak sayılamayacağı görüşü hakimdir.⁵

KİRA SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK VE İNGİLİZ REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kira sözleşmelerindeki, (özellikle AVM kira sözleşmelerine konulan) münhasırlık hükümleri nedeniyle rakip firmalara AVM yönetimleri tarafından dükkan/mağaza kiralınmaması/alan tahsis edilmemesi, rakip firmalar tarafından Rekabet Kurulu’na (“Kurul”) bazı başvuruların yapılmasına sebep olmuştur. Kurul, bu başvurular ile ilgili kararlarında, başvuru konusu sözleşme/karar/eylemlerin rekabeti ihlal edip etmediği ile ilgili olarak, özellikle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“4054 Sayılı Kanun”) 4. ve 6. maddeleri çerçevesinde değerlendirmelerde bulunmuştur.⁶

leasing the shops/stores or not allocating the areas by the administration of shopping malls to the competitors, have caused certain applications to be submitted to the Competition Board (“**Board**”) by the competitors. The Board, in its decisions regarding these applications, made assessments, especially in the context of Articles 4 and 6 of the Law No.4054 on the Protection of Competition (“**Law No.4054**”),⁶ as to whether the contracts/decisions/actions subject to the application are in violation of competition or not.⁷

Consideration with respect to Article 4 of the Law No. 4054

Certain agreements among competitors and vertical agreements between undertakings at different levels of production and distribution chain are considered under Article 4, if they have a restrictive effect on competition.

In order for an agreement to be considered as a violation of competition as per Article 4 of the Law No. 4054, the agreement in question, (i) shall be intended to aim directly or indirectly to prevent, disrupt or restrict competition in a particular market of goods or services, and (ii) must have this effect on such market. Pursuant to the subparagraph (d) of the same article, it is considered as a violation of competition that the activities of competing undertakings are hardened, restricted or the undertakings operating in the market are taken out of the market through boycotts or other conducts.

In a similar way, in the Board decision dated 07.03.2013 and numbered 13-12/185-99, Burger King allegedly claimed that Burger King was prevented from operating in shopping malls by stating that McDonald’s imposes exclusivity clauses (non-compete liability) in relation to hamburger sales, made from the red meat, in the lease agreements signed between some shopping mall administrations throughout Turkey. In continuation of Burger King’s claim, it is stated that those lease agreements also include penalty clauses, against shopping malls, to be applied in case of breach of such exclusivity clause. Additionally, Burger King claimed that each shopping mall should be defined as a separate geographical market.⁸ In the aforementioned application, Burger King made an assessment on the issue that whether lease agreements have a restrictive effect on competition: “*irrespective of whether the lease agreements are included in the Group Exemption Communiqué on Vertical Agreements No. 2002/2, there have not been a violation of Article 4 of the*

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre değerlendirme:

Rakipler arasındaki bazı anlaşmalar ile üretim ve dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan teşebbüsler arasındaki (dikey) anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkiler taşımaları halinde 4. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Bir anlaşmanın, 4054 sayılı Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında “rekabetin ihlali” olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu anlaşmanın belirli bir mal veya hizmet piyasasında (i) doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması veya (ii) bu etkiyi doğurması gereklidir. Aynı maddenin (d) bendine göre; “Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması” rekabetin ihlali hali olarak değerlendirilmektedir.

Aynı şekilde; 07.03.2013 tarihli ve 13-12/185-99 sayılı Kurul kararında ise Burger King; McDonald’s’ın Türkiye genelinde bazı AVM’ler ile imzaladığı kira sözleşmelerinde, kırmızı etten mamul hamburger satışına ilişkin olarak münhasırlık (rekabet etmeme yükümlülüğü) hükmüne yer verdiği ve münhasırlığın ihlali halinde AVM’ler aleyhine uygulanacak cezai şarta yönelik düzenlemelerin bulunduğunu belirterek, Burger King’in faaliyet göstermesinin engellendiğini iddia etmiştir. Ayrıca, her bir AVM’nin ayrı birer coğrafi pazar⁷ olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Burger King, anılan başvurusunda, kira sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin bulunup bulunmadığı hususunda “*kira sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde yer alıp almadığına bakılmaksızın, Kanun’un 4. maddesinin ihlal edilmediğine yönelik olarak*” bir değerlendirme yapmıştır. Ardından İngiliz Rekabet Otoritesi’nin [Office of Fair Trading (“**OFT**”)] “Kira Sözleşmeleri Kılavuzu”na (“**Kılavuz**”)⁸ atıf yapılarak, kira sözleşmelerinin pazara giriş engellerini artırması ile rekabeti engelleme etkisi doğurabileceği ifade edilmiştir.⁹

İngiliz Rekabet Otoritesi (OFT), Kılavuz’da, kira sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayabileceği, engelleyebileceği veya imkansız kılabileceğini belli şartlar altında ve belirli şekillerde mümkün olabileceğini öngörmüştür. Buna göre, kısıtlamanın rekabeti ihlal edip etmediği hususunu değerlendirirken; kısıtlamanın amacı, kira



Law by such lease agreements". Burger King also stated that the lease agreements may have a preventive effect on the competition as they increase the barriers to market entry with reference to the Land Agreements Guidelines ("**Guidelines**")⁹ of the British Competition Authority [Office of Fair Trade ("OFT")].¹⁰

The British Competition Authority (OFT) has envisaged in the Guidelines that the lease agreements may restrict, prevent or impede competition under certain conditions and in certain ways. Accordingly, it is stated that in assessing the issue whether the restriction violates competition or not, the purpose of the restriction, the relationship between the parties of the lease agreement and the main reason for the restriction should be examined. When assessing whether competition rules are violated, it will be considered that the situation in which the lease agreement has not been concluded, creates a more posi-

sözleşmesi tarafları arasındaki ilişki ve kısıtlamanın asıl sebebinin (maksadının) irdelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Rekabetin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken ise kira sözleşmesinin yapılmamış olduğu durumun "rekabetin aleyhine ihlal edildiğini iddia eden" taraf için daha olumlu bir etki yaratıp yaratmadığına bakılacaktır. Kılavuz'da, kısıtlamanın; (i) kira sözleşmesi taraflarının aynı pazarda faaliyet göstermesi ve (ii) kiraya verenin, kira sözleşmesi akdettiği belli bir piyasa gücüne sahip olan kiracılarından birinin ilgili pazardaki gücünü korumak, sağlamlaştırmak veya artırmak için (a) münhasırlık vermesi veya (b) kiracılarına eşit davranmaması halinde rekabetin kayda değer bir şekilde ihlaline yol açabileceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un "Grup Muafiyetinin Kapsamı" başlıklı birinci paragrafında, kira sözleş-



tive effect on “the party claiming a violation of competition”. According to the Guidelines, it is stated that (i) if the parties of the lease agreement operate in the same market, and (ii) in case the lessor, in order to maintain, strengthen or increase the power of one of its lessees in the relevant market, (a) gives an exclusivity or (b) does not act equally to its lessees, the restriction could lead to a significant violation of the competition. The wording “lessees” here refers to the lessees that the lessor had signed a lease agreement with and whom own a certain market power.

The first paragraph of the “Scope Group Exemption” of the Communiqué on Vertical Agreements No. 2002/2 published by the Turkish Competition Authority clearly states that the lease agreements cannot be regarded as vertical agreements, on the other hand, in the Guidelines, The British Competition Authority (OFT) stated in the Guidelines that a small portion of the lease agreements may lead to violation of competition. In this respect, it can be said that there are interpretational

melerinin dikey anlaşma olarak nitelendirilemeyeceği açıkça belirtilmişken; Kılavuz’da İngiliz Rekabet Otoritesi (OFT), yapılan kira sözleşmelerinin, az bir kısmının, rekabeti ihlal edebileceğini ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, Rekabet Kurumu ve İngiliz Rekabet Otoritesi’nin (OFT) kira sözleşmelerinin rekabeti ihlal edici özellikte olup olmadığı hususunda yorum farkı bulunduğu söylenebilecektir. Ancak, Rekabet Kurumu’nun, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olay bazlı olarak yaptığı değerlendirmeler ile İngiliz Rekabet Otoritesi’nin (OFT), kira sözleşmelerinin Kılavuz’da sayılan şart ve şekillerde gerçekleşmesi halinde rekabeti ihlal edici özellikte olabileceği yönündeki öngörüsüne benzer değerlendirme kriterleri kullandığı görülmektedir.

Kurul, Burger King’in iddiasına karşılık olarak; McDonald’s tarafından yapılan “münhasırlık hükmünün adı geçen AVM’de McDonald’s’ın “hızlı servis restoranları pazarında münhasıran faaliyet göstereceğini öngörerek, satışının yüksek olacağı ve bu sebeple AVM lehine, rayiçlerin üzerinde bir kira bedelini kabul ettiği;

differences between the Turkish Competition Board and the British Competition Authority with respect to whether the lease agreements are in violation of competition. However, there are similarities with regarding to the evaluation criteria between the Board's event-based assessments within the scope of Article 4 of the Law No. 4054 and the OFT's suggestions that the lease agreements may be in violation of competition, if they occur in terms and conditions set out in the Guidelines.

The Board, in response to the claim of Burger King, made an assessment that the exclusivity clause imposed by McDonald's in the given shopping mall was not designated on the purpose of violation in competition with reference to McDonald's statement of "McDonald's would have exclusively operated in the fast service restaurants market with high sales and therefore, it accepted a rent price which is above the market price in favour of the shopping mall, but when Burger King entered into the relevant shopping mall, the sales of McDonald's dropped thus it requested a discount on the rent price from the administration of shopping mall".¹¹ In this context, Burger King's assessment on that the lease agreements might lead to violation of the competition, considering the terms and conditions in the Guidelines, may be uncompleted.

Consideration According to the Article 6 of the Law no. 4054

The effects that occur subsequent to the abuse of a dominating enterprise, either on its own or through agreements with others are considered within the scope of Article 6 of the Law no. 4054.

In order for an agreement to be considered in terms of Article 6 of Law No. 4054, must have two conditions must exist. The first of these, (i) the enterprise in question should be dominant in the market and the second is that, (ii) this dominant enterprise should have the intention of abusing its dominant position. In accordance with Article 6 (a) of the Law No. 4054, to prevent, directly or indirectly, other enterprises in its area of commercial activities or practices which aim to impede the activities of the competitors in the market are considered as abusive practices.

In its decision no 06-90/1145-339, dated 14.12.2006 of the Board, McDonald's alleged a violation of Article 6 of the Act no 4054, when Tepe Nautilus Mall ("**Tepe Nau-**

Burger King'in ilgili AVM'ye girmesiyle satışlarının düş-tüğü ve AVM'den kira bedelinde indirim talep ettiği"¹⁰ yönündeki açıklamasına atıf yaparak; McDonald's'ın kira sözleşmesindeki ilgili münhasırlık hükmünün rekabeti ihlal etme amacıyla tesis edilmediği yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu kapsamda, Kılavuz'daki şart ve şekiller göz önüne alındığında, Burger King tarafından kira sözleşmelerinin rekabeti ihlal edici özellikte olabileceği yönündeki değerlendirme eksik kalmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre değerlendirme:

Hâkim durumda bir teşebbüsün tek başına veya başkalarıyla yapacağı anlaşmalar aracılığıyla hâkim durumunu kötüye kullanmasını müteakip meydana gelen etkiler, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilir.

Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre rekabet ihlalinin müsebbibi olarak değerlendirilebilmesi için iki şartın var olması gerekir. Bunlardan ilki, (i) inceleme konusu olan teşebbüsün pazarda hâkim konumunda olması; ikincisi ise, (ii) bu hâkim konumdaki teşebbüsün, hâkim konumunu kötüye kullanma amacıyla olmasıdır. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin, (a) bendine göre, hakim durumdaki teşebbüsün durumunu kötüye kullanma amacıyla, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olması ya da rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerde bulunması rekabet ihlali kapsamında değerlendirilir.

Rekabet Kurulu'nun 06-90/1145-339 sayılı ve 14.12.2006 tarihli kararında; Tepe Emlak Yatırım İnşaat Ticaret A.Ş.'nin, ("**Tepe Emlak**") sahibi olduğu Tepe Nautilus Alışveriş Merkezi'nin, ("**Tepe Nautilus**") yeme-içme bölümünde McDonald's restoranı açılmasını reddetmesiyle; McDonald's, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Anılan başvuruda Kurul, Tepe Emlak'ın sözleşme yapmayı tercih etmeyişi, Tepe Emlak'ın McDonald's'ı pazar dışına itme niyetiyle hareket etmediğini tespit ederek, gayrimenkul işletmeciliği çerçevesinde rasyonel ve haklı iş gerekçelerine bağlamıştır. Bundan ötürü, iddia edilen hâkim durumun kötüye kullanılmadığını vurgulamıştır. Sınırlı bir alana sahip yeme-içme bölümlerinde yer verilecek restoranların seçiminin, karşılıklı pazarlık

tilus”), owned by Tepe Real Estate Investment Construction Trade Inc. (“**Tepe Emlak**”) refused McDonald’s to open a restaurant in the food and drink section.

In the aforementioned application, the Board determined that the reason after Tepe Emlak did not prefer to enter into a contract, did not arise from the intention to push McDonald’s out of the market but connected it to rational and just reasons within the framework of real estate management business. Hence, the Board emphasized that the alleged dominant position was not abused in the case. The selection of the restaurants to be included in the food and drink section which has a limited area is shaped by mutual bargaining and the strategic decisions of the parties and Tepe Nautilus wanted to offer as much variety as possible in the limited area specified, therefore did not prefer to have two restaurants of the same type.¹² The British Competition Authority (OFT) also stated that, in order to provide retail shop / store diversity in shopping malls and make the malls more attractive for consumers, restricting the shops of the same kind should not be considered as a violation of competition.¹³

Having said that, the Board, made a remark that Tepe Emlak is not in a dominant position in the fast-service restaurants market as claimed by McDonald’s and stated that even if Tepe Emlak is in a dominant position, it is necessary to make an evaluation in the case of whether or not it is a “mandatory element”¹⁴ of the food and drink section of Tepe Nautilus. In this direction, the Board decided, McDonald’s can exist in the fast service

ve tarafların stratejik kararları sonucunda şekillendiğini; yeme içme bölümü için, Tepe Nautilus’un belirtilen sınırlı alanda mümkün olan en fazla çeşitliliği sunmak istediğini ve bu sebeple aynı türden iki restoranın bulunmasını tercih etmediğini belirtmiştir.¹¹ İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi (OFT) de aynı şekilde AVM’lerdeki perakende dükkan/mağaza çeşitliliğini sağlamak ve AVM’yi tüketiciler için daha çekici hale getirmek adına aynı tür yelpazesine sahip dükkanları kısıtladığı takdirde, bu durumun rekabetin ihlali sayılmayacağını belirtmiştir.¹²

Bununla birlikte; Kurul, Tepe Emlak’ın, McDonald’s tarafından iddia edildiği gibi, hızlı servis restoranları pazarında hâkim durumda olmadığı yönünde değerlendirme yapmış olup; Tepe Emlak’ın hâkim durumda olması halinde dahi, Tepe Nautilus’un yeme içme bölümünün “zorunlu unsur”¹³ olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda McDonald’s’ın Tepe Nautilus’ta faaliyet göstermeden de hızlı servis restoranları pazarında var olabileceği, bu sebeple Tepe Nautilus’un zorunlu unsur olarak addedilemeyeceği; olay bakımından coğrafi pazarın Tepe Nautilus değil tüm Türkiye olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır.¹⁴ İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi (OFT) de yaptığı değerlendirmede; teşebbüs tarafından bir alanın kiralanmasının, hakim durumda bulunan rakibi tarafından engellenmesinin rekabeti engelleyip engellemediği hususunun; kiralanmaya müsait alanın, ilgili pazardaki ekonomik aktivitesine ve coğrafi konumuna bağlı olduğunu belirtmiştir.¹⁵

FOOTNOTE

1 Inceoğlu, M, Baş, E. “Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”. İstanbul University Faculty of Law Journal 70 (2013):
<http://dergipark.gov.tr/luhfmi/issue/9187/115138>

2 Inceoğlu M. (2014), *Kira Hukuku* (Volume 2). İstanbul: 12 Levha Publications, p:39

3 Inceoğlu, M, Baş, E. “Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı”. İstanbul University Faculty of Law Journal 70 (2013), p.168:
<http://dergipark.gov.tr/luhfmi/issue/9187/115138>

4 Gümüş M.A. (2012), “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi”, İstanbul: Vedat Publications, p.50

5 Inceoğlu M. (2014), *Kira Hukuku* (Volume 2). İstanbul: 12 Levha Publications, p:43

6 The rental contracts are not only significant for Articles 4 and 6 of the Law No.4054, but also have a crucial place under Article 7 with regarding the control

of mergers and acquisitions.

7 In the Communiqué No. 1997/1 on Mergers and Acquisitions, the relevant geographical market is defined as “the regions that the undertakings operate in the supply and demand of their goods where the conditions of competition are sufficiently homogenous and especially the conditions of competition are considerably different the neighbouring regions.”

8 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order*. (March 2011). London: Office of Fair Trading.

9 Competition Board Decision dated 07.03.2013 and numbered 13-12/185-99, p. 2, pars. 6 and 7.

10 Competition Board Decision dated 07.03.2013 and numbered 13-12/185-99, p. 3, pars. 14 and 15.

11 Competition Board Decision dated 14.12.2006 and numbered 06-90/1145-339, p. 4, par. 190.

12 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order*. (March 2011). London: Office of Fair Trading. p.32, par. 4.30.

13 It is the legal principle that foresees where it is not possible for a competitor or customer to continue its activities without benefiting from the factors, which can be defined as an entity/ facility/ infrastructures, these factors should be open to sharing mandatorily.

14 Competition Board Decision dated 14.12.2006 and numbered 06-90/1145-339, p. 4, par. 180.

15 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order*. (March 2011). London: Office of Fair Trading. p.32, pars. 4.19 and 4.20.

restaurants market without operating in Tepe Nautilus, thus Tepe Nautilus cannot be regarded as a necessary element; and with respect to the case assessed in terms the geographical market was not only Tepe Nautilus but the whole of Turkey.¹⁵ As well, The British Competition Authority (OFT), in their evaluation; stated whether the blocking of an area to be rented by an enterprise by its dominating opponent, prevents competition or not depends on the economic activity and the geographical location of the area available for rent.¹⁶

Besides, The British Competition Authority (OFT) also states: (i) where an enterprise must have access to a specific area to enter a specific market, to restrict the enterprise's access to this area or (ii) where there are restrictions due to ground planning, and in case there are enterprises which cannot perform their activities based on these restrictions, competition violations between competitors are possible. In addition, it has been added that the duration of the rent may also lead to a violation of competition.

In this context, the assessments of the Board as regards the violation of competition with a lease agreement by abusing its dominating situation in the market, regarding the resolution in question within the scope of the article 6 of the Law No. 4054 share similarities with the evaluations of the British Competition Authority (OFT) in the Guidelines. Both sources have an emphasis on the matter "mandatory element", the economic activity of the market and so the geographical market.

İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi (OFT) ayrıca (i) bir teşebbüsün belirli bir piyasaya girebilmesi için belirli bir alana erişiminin zorunlu olduğu durumlarda, bu teşebbüsün ilgili alana girişinin kısıtlanması veya (ii) yapılan yer planlamasından kaynaklı olarak oluşan kısıtların olduğu yerlerde, bu kısıtlamadan ötürü faaliyetlerini icra edemeyen teşebbüsler olduğu takdirde rakipler arasındaki rekabet ihlalinin kuvvetle muhtemel olabileceğini söylemektedir. Bunlarla birlikte, kira sözleşmesinin süresinin de rekabetin ihlaline yol açabileceği eklenmiştir. Bu bağlamda, pazardaki hakim durumun kötüye kullanılarak kira sözleşmesi ile rekabetin ihlal edilmesi hususu ile ilgili olarak Kurul'un ilgili karardaki 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında yapmış olduğu değerlendirmeler ile İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi'nin (OFT) Kılavuz'daki değerlendirmeleri benzerlik taşımaktadır. Her iki kaynakta da "zorunlu unsur" hususuna, pazarın ekonomik aktivitesine ve dolayısıyla coğrafi pazara vurgu yapılmıştır.

SONUÇ

Kira sözleşmelerindeki rekabet etmeme yasağının kira hukuku açısından TBK'nın 340. maddesi kapsamında bir bağlantılı sözleşme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda, hükmün henüz yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle herhangi bir yargı kararı bulunmadığından dolayı, doktrindeki görüşler üzerinden bir değerlendirme yapılabilmektedir. Doktrindeki görüşe göre, rekabet yasakları kiralanan ile doğrudan ilişkili olarak kabul edildiğinden dolayı TBK 340. madde

DİPNOT

1 Inceoğlu, M, Baş, E. "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70 (2013): <http://dergipark.gov.tr/ihf/issue/9187/115138>

2 Inceoğlu M. (2014), *Kira Hukuku* (cilt 2). İstanbul: 12 Levha Yayınevi, sf:39

3 Inceoğlu, M, Baş, E. "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70 (2013), s.168: <http://dergipark.gov.tr/ihf/issue/9187/115138>

4 Gümüş M.A. (2012), "Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi", İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.50

5 Inceoğlu M. (2014), *Kira Hukuku* (cilt 2). İstanbul: 12 Levha Yayınevi, sf:43

6 Kira sözleşmeleri 4054 sayılı Kanun'un sadece 4. ve 6. maddelerinin yanısıra birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin 7. maddesi bakımından da önemlidir.

7 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ilgili coğrafi pazar "teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler" olarak tanımlanmıştır.

8 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order.* (March 2011). London: Office of Fair Trading.

9 07.03.2013 tarihli ve 13-12/185-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı, s. 2, paragraf 6 ve 7.

10 07.03.2013 tarihli ve 13-12/185-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı, s. 3, paragraf 14 ve 15.

11 06-90/1145-339 sayılı ve 14.12.2006 tarihli Rekabet Kurulu kararı, s. 4, paragraf 190.

12 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order.* (March 2011). London: Office of Fair Trading. p.32, par. 4.30.

13 Bir rakip veya müşterinin ondan faydalanmaksızın faaliyetlerini sürdürmesinin mümkün olmadığı varlık/tesis/altyapı olarak tanımlanabilecek unsurların belirli koşullar altında zorunlu olarak paylaşımına açılmasını öngören hukuki ilkedir.

14 06-90/1145-339 sayılı ve 14.12.2006 tarihli Rekabet Kurulu kararı, s. 4, paragraf 180.

15 *Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order.* (March 2011). London: Office of Fair Trading. p.32, pars. 4.19 ve 4.20.

CONCLUSION

As there is no judicial decision due to the fact that the judgment as regards whether or not the non-competition rule in lease agreements can be regarded as a tied up contract within the scope of Article 340 of the TCO, an evaluation can be made pursuant to the opinions in the doctrine. According to the opinions in the doctrine, it should not be considered as a tied up contract under Article 340 of the TCO, since the prohibitions on competition are considered directly related to the leased property.

In terms of Competition Law, in the evaluations made in accordance with the Group Exemption Communiqué on Vertical Agreements numbered 2002/2 which lease agreements are not considered as tied up contracts, the Board decided that lease agreements, lessors or lease tenants whom has exclusivity with the rental contract, do not violate competition violation under the Law no.4054 Articles 4 and 6. Even so, in the applications submitted to the Board refer to the Land Agreements Guidelines of the British Competition Authority (OFT), on the purpose to strengthen the claim that the lease agreements may also restrict competition; it is clearly written in the said Guidelines that certain conditions must exist in a lease agreements to violate competition. In this context, when the conditions in the aforementioned Guidelines are examined, it can be said that the approach of the Board and the approach of The British Competition Authority (OFT) regarding the prohibition of competition in lease agreements are similar. ■

kapsamında bir bağlantılı sözleşme olarak kabul edilmemelidir.

Rekabet hukuku açısından ise, kira sözleşmelerinin dikey anlaşma olarak addedilmediği 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne uygun olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde Kurul; kira sözleşmelerinin, kiraya verenin veya kiraya veren ile akdettiği kira sözleşmesi ile münhasırlık alan başka kiracıların, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında rekabeti ihlal etmediği yönünde karar vermiştir. Kurul'a yapılan başvurularda, İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi'nin (OFT) Kira Sözleşmeleri Kılavuzu'na, kira sözleşmelerinin de rekabeti kısıtlayabileceği iddiasının kuvvetlendirilmesi amacıyla atıf yapılmış olsa dahi, kira sözleşmelerinin rekabeti ihlal etmesi için belli şartların mevcut olması gerektiği anılan kılavuzda açıkça yazılmıştır. Bu kapsamda, anılan kılavuzdaki şartlar incelendiğinde, kira sözleşmelerindeki rekabet yasakları hususunda Kurul'un yaklaşımı ile İngiliz Rekabet Kurulu Otoritesi'nin (OFT) yaklaşımının birbirine benzer olduğu söylenebilecektir. ■

BIBLIOGRAPHY

İnceoğlu, M. Bas, E. "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı". İstanbul University Faculty of Law Journal 70 (2013): <http://dergipark.gov.tr/luhfm/issue/9187/115138>

İnceoğlu M. (2014), Kira Hukuku (Volume 2). İstanbul: 12 Levha Publications.

Gümüş M.A. (2012), Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Publications.

Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order. (March 2011). London: Office of Fair Trading.

Communiqué No. 1997/1 on Mergers and Acquisitions.

Competition Board Decision dated 07.03.2013 and numbered 13-12/185-99.

Competition Board Decision dated 14.12.2006 and numbered 06-90/1145-339.

KAYNAKÇA

İnceoğlu M. Baş E. "Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasağı". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70 (2013): <http://dergipark.gov.tr/luhfm/issue/9187/115138>

İnceoğlu M. (2014), Kira Hukuku (cilt 2). İstanbul: 12 Levha Yayınevi

Gümüş M.A. (2012), Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Land Agreements, The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order. (March 2011). London: Office of Fair Trading

1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

07.03.2013 tarihli ve 13-12/185-99 sayılı Rekabet Kurulu kararı

06-90/1145-339 sayılı ve 14.12.2006 tarihli Rekabet Kurulu kararı