

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-1-55 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : **15-40/661-229**
Karar Tarihi : 10.11.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN,
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖRLER: Mert KARAMUSTAFAOĞLU, M. Selim ÜNAL,
Yavuz KÜÇÜKTAŞÇI

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - Şenyüceler Gıda Ürünleri İnş. Taah. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Ömer Faruk GÖÇÜK
Cumhuriyet Blv. No:82 Erboy-2 İş Merkezi D:201 Konak/İzmir
- Asven Otomat Sistemleri Gıda ve Sağlık Malzemeleri Pazarlama
İnşaat Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Doğukan ALGAN
Gaziosmanpaşa Blv. No:2 D:1 Alsancak/İzmir
- Simkay Gıda Ürünleri İmalat Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Ömer Faruk GÖÇÜK
Cumhuriyet Blv. No:82 Erboy-2 İş Merkezi D:201 Konak/İzmir

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Asven Otomat Sistemleri Gıda ve Sağlık Malzemeleri Pazarlama İnşaat Ltd. Şti., Şenyüceler Gıda Ürünleri İnş. Taah. Tur. San. Tic. Ltd. Şti., Simkay Gıda Ürünleri İmalat Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti., Ahmet Gökhan YÜCE, Sami Kayhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un sıcak-soğuk içecek ve yiyecek makineleri pazarına ilişkin olarak bölge, müşteri ve ihale paylaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanununun 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- Asven Otomat Sistemleri Gıda ve Sağlık Malzemeleri Pazarlama İnşaat Ltd. Şti. (ASVEN), Şenyüceler Gıda Ürünleri İnş. Taah. Tur. San. Tic. Ltd. Şti. (ŞENYÜCELER) ve Simkay Gıda Ürünleri İmalat Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti.'nin (SİMKAY) Türkiye genelinde sıcak-soğuk içecek ve yiyecek otomatları satmak, bu otomatları işletmelere kurmak ve teknik servis vermek alanlarında faaliyet gösterdikleri,

- Metin ÇABUK, Ahmet Gökhan YÜCE ve Sami Kayhan YÜCE'nin daha önce söz konusu şirketlerin ortakları olduğu,

- Sonrasında ortaklar arasında bir takım sorunların çıkması üzerine 05.09.2014 tarihinde "Karşılıklı Sulh ve İbra Protokolü"nü (Protokol) akdedildiği,

- Akdedilen Protokol'ün "Şirket/Bölge Paylaşımı" başlıklı 3.1. maddesine göre ASVEN'in Sami Kayhan YÜCE'ye, ŞENYÜCELER ve SİMKAY'ın ise Metin ÇABUK ve Ahmet Gökhan YÜCE'ye ait olduğunun kararlaştırıldığı ve bu doğrultuda devir işlemlerinin gerçekleştirildiği,

15-40/661-229

- Protokol'ün 3.2. maddesi ile Bursa, Sivas, Eskişehir Bölgesi'nin Sami Kayhan YÜCE ve ASVEN'e; İzmir, Manisa, Erzincan, Tokat ve Amasya Bölgesi'nin ŞENYÜCELER, SİMKAY, Metin ÇABUK ve Ahmet Gökhan YÜCE'ye ait olmasının kararlaştırıldığı,

- Bu doğrultuda taraflardan birinin diğerine ait bölgelerde doğrudan veya dolaylı ortağı olduğu şirketler vasıtasıyla her türlü sıcak-soğuk içecek makinesi ticareti, gıda maddesi ticareti, alkollü-alkolsüz içecek maddesi ticareti ile ilgili faaliyetlerde bulunmasının, kamu veya özel teşebbüs ihalelerine girmesinin veya bayilik-distribütörlük almasının yasaklandığı,

- Yukarıdaki sınırlamalara ek olarak Protokol'ün 3.4. maddesi ile Sami Kayhan YÜCE ve ASVEN'in Türkiye sınırları içerisinde SİMKAY'ın faaliyet konularında yer alan toz içecekler, hazır kahve, kahve kreması, kahve beyazlatıcısı, sıcak çikolata, hazır içecek tozları, üçü bir arada kahve karışımları ve hazır çaylar pazarlarında faaliyet göstermesinin yasaklandığı

ifade ve iddia edilerek, ilgililer hakkında gerekli cezai müeyyidelerin uygulanması talep edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 21.08.2015 tarihinde giren başvuru üzerine hazırlanan 03.09.2015 tarihli Bilgi Notu ve 03.09.2015 tarihli İlk İnceleme Raporu, 09.09.2015 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

(4) **(.....TİCARİ SIR.....)**

- (5) Önaraştırma yapılmasına ilişkin karar uyarınca düzenlenen 30.10.2015 tarih ve 2015-1-55/ÖA sayılı rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.

- (6) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

- 19.03.2015 tarihli Noter Hisse Devir Sözleşmesi ile ŞENYÜCELER ve SİMKAY'ın Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'a; ASVEN'in Sami Kayhan YÜCE'ye devredilmesi işleminin 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında bir devralma işlemi olduğu ancak ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi bir işlem olmadığı,

- Söz konusu 09.03.2014 tarihli "Sulh ve İbra Protokolü"nde yer alan rekabet yasakları maddelerinin, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz (Kılavuz) uyarınca bir yan sınırlama olduğu ve yan sınırlamaların süresinin üç yıl ile sınırlı olarak kabul edilebileceği,

- Bu çerçevede önaraştırma konusu iddialar hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve dolayısıyla şikayetin reddedilmesinin uygun olacağı

ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Önaraştırma Sürecinde Yapılan İncelemelerde ve Görüşmelerde Elde Edilen Bilgiler

- (7) ŞENYÜCELER ve SİMKAY temsilcisi ve yetkilileri tarafından Kurumumuza gönderilen bilgi isteme cevap yazısında,

- Devir işlemi öncesinde ŞENYÜCELER, SİMKAY ve ASVEN şirketlerine Sami Kayhan YÜCE, Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un ortak olduğu,

- 19.03.2015 tarihli Noter Hisse Devir Sözleşmeleri sonrası bu ortaklığın sona erdirildiği,

- Bu işlem sonrasında ŞENYÜCELER ve SİMKAY'ın Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un; ASVEN'in ise Sami Kayhan YÜCE'nin uhdesinde kaldığı,

15-40/661-229

- Bu işlemin bir devralma işlemi sayılması gerektiği, bu doğrultuda tarafların her birinin alıcı ve satıcı konumunda bulunduğu,
- Söz konusu ŞENYÜCELER, SİMKAŞ ve ASVEN şirketlerince işletilen müesseselerin, araçların, içecek ve yiyecek makinelerinin, borçların, devam eden sözleşmelerin icralarının, ortaklığın bitirilmesi sonrası ödenecek devir bedellerinin tespitinin ve hali hazırda şirketlerin faaliyetleri devam ettiğinden aktif ve pasifleriyle tüm hesaplaşmanın sağlanmasının uzun süreler aldığı ve resmi devirlerden sonra hakem nezdinde birçok görüşmeler yapıldığı,
- Hakem gözetiminde 07.03.2014 tarihli görüşme tutanağı ile devir işlemleri için temel ilkelerin tespit edildiği ve çekilen kura sonucu da iş ve bölgelerin belirlendiği,
- 08.03.2014 tarihli görüşme tutanağı ile şirketlerin aktif ve pasiflerinin tespit edildiği; 12.03.2014, 15.03.2014, 19.03.2014, 01.04.2014, 12.04.2014 tarihli görüşme tutanakları ile de devir işlemleri sonucu her iki tarafa ait edim ve taahhütlerin tespit edilmeye çalışıldığı,
- Anlaşmazlıkların sona erdirilmesi, ortaklık sonrası devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve ortaya çıkan edim ve taahhütlerin düzenlenmesi için 05.09.2014 tarihinde bir tarafını Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un diğer tarafını Sami Kayhan YÜCE'nin oluşturduğu "Sulh ve İbra Protokolü"nü imzaladığı,
- Protokol'ün "Uyulması zorunlu kural ve yasakların belirlenmesi" ve "Şirket/Bölge Paylaşımı" başlığı altında tarafların birbirleri aleyhine karşılıklı olarak rekabet yasakları kararlaştırma ihtiyacı duydukları,
- Ahmet Gökhan YÜCE, Metin ÇABUK ile Sami Kayhan YÜCE arasında devir işlemleri sürecinde yaşanan sorun ve anlaşmazlıklar sonucu güven ilişkilerinin ortadan kalktığı ve tarafların aralarında şahsi husumetlerin olduğu, birbirleri aleyhine savcılığa şikayette buldukları,
- Taraflar arasında güven ilişkisinin sona ermesi sonucu, devir işlemini takip eden süreçte -şirketlerin faaliyetlerine yönelik iş, bilgi, tecrübe ilişkileri ve know-how gibi ticari değerlerin varlığı nedeniyle- devralma işleminin uygulanabilmesi ve amacına ulaşabilmesi için taraflara karşılıklı olarak rekabet yasakları getirilmesinin istendiği, Protokol'de rekabet yasaklarına yer verildiği ve söz konusu rekabet yasakları için herhangi bir süre sınırlamasının kararlaştırılmadığı,
- Ancak tarafların 05.09.2014 tarihli Protokol'ün 3.2. ve 3.4. maddelerinde kararlaştırdıkları rekabet yasaklarının devralma işlemindeki faydanın gerçekleşmesini sağlama yönünden ilgili, gerekli, haklı ve makul olduğu, söz konusu rekabet yasaklarının sadece Protokol'e taraf olan şirketler açısından kısıtlayıcı olduğu, "Birleşme Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalara İlişkin Kılavuz"a göre yan sınırlamalar olarak kabul edilebileceği,
- Sadece, söz konusu Protokol'deki rekabet yasaklarına beş yılı aşmayacak şekilde bir süre sınırlaması getirilmemesinin "orantılılık" ilkesinin ihlali olarak nitelendirilebileceği, bu durumun Protokol aşamasında Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK tarafından dile getirildiği, ancak Sami Kayhan YÜCE kendisine ait coğrafi bölgelerde Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un sınırsız süreli rekabet yasağına tabi olmasını talep ettiğinden, karşılıklılık unsuru gereği Protokol'deki rekabet yasaklarından süre unsurunun çıkartıldığı,

15-40/661-229

- ŞENYÜCELER ve SİM KAY yetkilileri olarak Protokol'de yer alan rekabet yasaklarına ilişkin hükümler için herhangi bir süre sınırlaması olmamasının önüne geçilerek beş yıllık süre sınırının uygulanması gerektiği kanaatinde oldukları ve diğer rekabet yasaklarını içeren maddeleri tekrar gözden geçirmeleri için taraflara 90 gün süre tanınması, bu taahhütler sonrası söz konusu şikayet başvurusunun yeniden değerlendirilmesi talebinde buldukları,

- (.....TİCARİ SIR.....)

ifade edilmiştir.

I.2. Değerlendirme

- (8) Öneraştırmanın konusunu oluşturan başvuruda, sıcak-soğuk içecek ve yiyecek pazarına ilişkin olarak ilgili taraflar arasında bölge, müşteri ve ihale paylaşımı yapıldığı iddia edilmektedir.
- (9) Her ne kadar söz konusu kısıtlamalara ilişkin anlaşma, Kurulumuzun dikkatine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesi kapsamında iletilmişse de, yapılan yerinde incelemelerde elde edilen bilgiler çerçevesinde, hakkında öneraştırma yürütülen teşebbüslerin ortakları arasında karşılıklı hisse devirleri bulunduğu tespit edilmiştir. Nitekim söz konusu teşebbüslerin daha önceden üç ortak tarafından birlikte kontrol edildiği, ancak daha sonra çeşitli anlaşmazlıklar nedeniyle gerçek kişiler arasında karşılıklı hisse devirlerinin yapıldığı görülmektedir. Başvuruya konu olan bölge ve müşteri paylaşımına ilişkin hükümlerin, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bu devir işlemlerinin bir parçası olarak karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuru konusunun öncelikli olarak Kanunun 7. maddesi ve 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (10) Bu kapsamda yapılacak bir değerlendirme, özellikle "yan sınırlamalar" kavramı yönünden önem arz etmektedir. Esasen, bir devir işleminin parçası olarak ilgili taraflara getirilen rekabet yasakları, işlemle doğrudan ilgili ve gerekli oldukları ölçüde, yan sınırlama olarak kabul edilmekte ve 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu doğrultuda, yan sınırlama kavramı devir işleminin esasına ilişkin olduğundan, devir işleminin ayrıca izne tabi olması şartı da aranmamaktadır.
- (11) Başvuru özelinde de ASVEN, ŞENYÜCELER ve SİM KAY'ın kontrol yapısında kalıcı olarak değişiklik gerçekleştirildiği ve şikayet konusu rekabet yasaklarının bu devir işlemlerinin bir unsuru olarak ilgili ve gerekli olduklarının tespit edilmesi halinde, 4. madde kapsamında bir anlaşma değil 7. madde kapsamında bir yan sınırlama söz konusu olacaktır.

I.2.1. 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

- (12) 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinde birleşme ve devralma sayılan hallerden biri olarak; *"kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir veya daha fazla kişi tarafından devralınması"* hali sayılmıştır. Tablo 1'den şikayete konu işlemin muhatapları olan Ahmet Gökhan YÜCE, Metin ÇABUK ve Sami Kayhan YÜCE'nin, devir işlemleri öncesi ŞENYÜCELER, SİM KAY ve ASVEN şirketlerinin ortak sahipleri olduğu, 19.03.2015 tarihli Noter Hisse Devir Sözleşmeleri sonrası söz konusu ortaklığın sona erdirildiği, ŞENYÜCELER ve SİM KAY'ın Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'a, ASVEN'in ise Sami Kayhan YÜCE'ye devredildiği anlaşılmaktadır.

15-40/661-229

Dolayısıyla söz konusu işlem, devre konu şirketler üzerindeki kontrol yapısında kalıcı olarak değişiklik meydana getireceğinden, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde bir devralmadır.

Tablo 1: Tarafların Devralma Öncesi ve Sonrası Hisse Oranları

Grup	Hissedar	Hisse Oranı (%)	
		Önce	Sonra
ŞENYÜCELER	Ahmet Gökhan YÜCE	33	50,0
	Metin ÇABUK	33	50,0
	Sami Kayhan YÜCE	33	-
SİMKAY	Ahmet Gökhan YÜCE	33	49,5
	Metin ÇABUK	33	49,5
	Sami Kayhan YÜCE	33	-
	Mehmet KARAMUSTAFA	1	1,0
ASVEN	Ahmet Gökhan YÜCE	30	-
	Metin ÇABUK	30	-
	Sami Kayhan YÜCE	30	90,0
	Mehmet TOPA	10	10,0

I.2.2. 2010/4 sayılı Tebliğ'deki Bildirim Eşikleri Açısından Değerlendirme

- (13) 2010/4 sayılı Tebliğ'in izne tabi birleşme ve devralmaları düzenleyen 7. maddesi uyarınca,

- İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya

- Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi,

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurulumuzdan izin alınması zorunludur.

- (14) Dosya mevcudu bilgilere göre, 2014 yılında ŞENYÜCELER (.....) TL., SİMKAY (.....) TL. ve ASVEN yaklaşık (.....) TL ciro elde etmiştir. Bu çerçevede, tarafların söz konusu yıla ilişkin ciroları toplamı yaklaşık (.....) olarak gerçekleştiğinden, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesindeki ciro eşiklerinin aşılmadığı, dolayısıyla işlemin Kurulumuzdan izin alınması gereken bir işlem olmadığı anlaşılmaktadır.

I.2.3. Yan Sınırlamalar Açısından Değerlendirme

- (15) Kuruma yapılan başvuru üzerine başlatılan önaraştırma sürecinde, ilgili teşebbüslerin ortakları arasında karşılıklı çeşitli hisse devirleri bulunduğu bilgisine ulaşılmıştır. Dolayısıyla iddiaların taraflar arasındaki hisse devirleriyle birlikte incelenmesi yerinde olacaktır.
- (16) Anılan başvuruda ASVEN, ŞENYÜCELER ve SİMKAY arasında imzalanan Protokol ile sıcak-soğuk içecek ve yiyecek pazarına ilişkin olarak bölge, müşteri ve ihale paylaşımı yapıldığı iddia edilmiştir. Buna göre söz konusu şirketlerin faaliyette bulunacakları bölgelerin iller bazında tespit edildiği ve böylelikle bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün bölgesinde her türlü sıcak-soğuk içecek makinesi ticareti, gıda maddesi ticareti, alkollü-alkolsüz içecek maddesi ticareti ile ilgili faaliyetlerde bulunmasının, kamu veya özel teşebbüs ihalelerine girmesinin, bayilik-distribütörlük almasının yasaklandığı anlaşılmaktadır.

- (17) Bu kısıtlamaya ek olarak Protokol'ün 3.4. maddesi ile Sami Kayhan YÜCE ve ASVEN'in Türkiye sınırları içerisinde SİMKAY'ın faaliyet konularında yer alan toz içecekler, hazır kahve, kahve kreması, kahve beyazlatıcısı, sıcak çikolata, hazır içecek tozları, üçü bir arada kahve karışımları ve hazır çaylar pazarlarında faaliyet göstermesinin yasaklandığı da anılan protokolden anlaşılmaktadır.
- (18) Öneri kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerden ŞENYÜCELER, SİMKAY ve ASVEN şirketlerine Sami Kayhan YÜCE, Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK olarak üç ortak şeklinde sahip oldukları ve 19.03.2015 tarihli Noter Hisse Devir Sözleşmeleri sonrası ortaklıklarını sona erdirdikleri anlaşılmaktadır. Bu kapsamda anılan teşebbüslerin her üçüne de ortak olan hissedarların karşılıklı hisse devirleri yaptıkları görülmektedir. Bu işlemler nedeniyle taraflar arasında çeşitli anlaşmazlıkların yaşandığı da öneri kapsamında elde edilen çok sayıda ihtarname ve diğer yazışmalardan anlaşılmaktadır. Mezkur devir işlemi sonrası ŞENYÜCELER ve SİMKAY'ın Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'un, ASVEN'in ise Sami Kayhan YÜCE'nin uhdesinde kaldığı görülmektedir.
- (19) SİMKAY ve ŞENYÜCELER tarafından gönderilen cevabi yazıda anılan teşebbüslerce işletilen müesseselerin, araçların, içecek ve yiyecek makinelerinin, borçların, devam eden sözleşmelerin icralarının, ortaklığın bitirilmesi sonrası ödenecek devir bedellerinin tespitinin, aktif ve pasifleriyle tüm hesaplaşmanın sağlanmasının uzun süreler aldığı ifade edilmiştir. Aynı yazıda bu amaçla hakem gözetiminde çeşitli görüşmeler yapıldığı ve bunlar neticesinde devir işlemlerinin unsurlarının, tarafların edim ve taahhütlerinin tespit edilmesine çalışıldığı, bu kapsamda devralma işlemi neticesinde ilgili teşebbüslerin faaliyette bulunacakları bölgelerin tespitinin kura ile yapıldığı belirtilmiştir. Hakem görüşmeleri neticesinde anlaşmazlıkları sona erdirmek amacıyla yukarıda sayılan unsurları düzenleyen, içerisinde bölge ve müşteri paylaşımını da içeren "Karşılıklı Sulh ve İbra Protokolü" 05.09.2014 tarihinde imzalanmıştır. Bu anlamda hisse devri sözleşmelerinden önce şirketlerdeki hisse devirlerine ilişkin temel ilkeleri ortaya koyan bir protokol imzalandığı anlaşılmaktadır.
- (20) SİMKAY ve ŞENYÜCELER tarafından gönderilen cevabi yazıda anılan protokoldeki taraflara getirilen rekabet yasağının gerekli olduğu, zira devir işlemleri sırasında ortaklar arasında güven ilişkisinin zedelendiği, aralarında husumet oluştuğu, birbirleri hakkında savcılığa başvurdukları belirtilmektedir. Buna ilaveten ortakların sahip oldukları şirketlerin faaliyetlerine ilişkin iş, bilgi ve know-how gibi ticari değerler nedeniyle devralma işleminin uygulanabilmesi ve amacına ulaşabilmesi için tarafların birbirleri için rekabet yasakları getirdiği de ifade edilmiştir. SİMKAY ve ŞENYÜCELER bu rekabet yasaklarının Kılavuz'a göre yan sınırlamalar olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.
- (21) Söz konusu yazıda ayrıca rekabet yasaklarının süresiz olarak protokolde düzenlendiği, bu durumun orantılılık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilebileceğini düşüncelerine rağmen, Sami Kayhan YÜCE, ASVEN'e ait bölgede diğer ortakların süresiz rekabet yasağına tabi olmalarını istediği için, karşılıklılık ilkesi gereği süresiz rekabet yasağı getirildiği ifade edilmiştir. SİMKAY ve ŞENYÜCELER rekabet yasağının beş yıl ile sınırlı olmasını talep etmektedirler.

- (22) Yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen tespitler çerçevesinde, önaraştırma kapsamında öncelikle ele anılan ve rekabet yasağı içeren Protokol'ün hükümleri yan sınırlama kavramı çerçevesinde incelenmiştir. Yan sınırlama, bir ana anlaşmayla birlikte getirilen ve bu anlaşmanın uygulanması için gerekli ve ilgili olan, ekonomik özgürlükleri kısıtlayan her türlü yükümlülüktür¹. Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde yan sınırlama kavramının, *“bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan kısıtlamalar”* olarak tanımlandığı görülmektedir². Konu yoğunlaşma işlemleri bakımından ele alındığında ise Kılavuz'da yan sınırlamaların, *“yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar”* olarak tanımlandığı görülmektedir.
- (23) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 12. maddesinin beşinci fıkrasında *“birleşme veya devralmaya ilişkin olarak Kurul tarafından verilen izin, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağı”* hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede birleşme devralma işlemleri bakımından yan sınırlama niteliği taşıyan hükümlere 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin uygulanması mümkün olmayıp, ancak yan sınırlama niteliği taşımayan sınırlamalar Kanununun 4., 5. ve 6. maddelerinin kapsamında değerlendirilecektir³.
- (24) Bu kapsamda yan sınırlama kavramının iki önemli şartı, “doğrudan ilgili olmak”, “gerekli ve gereklilik prensibinin bir unsuru olarak ele alınabilecek orantılı olmak” şeklinde özetlenebilir. Bu kavramlardan doğrudan ilgili olma şartı, yan sınırlamanın işlemin yürütülmesine katkıda bulunması, ancak yoğunlaşmanın temel amacının gerisinde kalması ve işlemde kaynaklanan sonuçlardan nitelik olarak büyük farklılık arz edecek kadar önemli olmaması anlamını taşımaktadır. Kılavuz'un 50. paragrafı uyarınca sınırlamaların doğrudan ilgili olması için, yoğunlaşma işlemi ile aynı kapsam veya zamanda yapılması yeterli olmayıp, ana işlem ile ekonomik olarak yakından ilişkili ve yoğunlaşma sonucu oluşacak yeni yapıya sorunsuz bir geçiş için öngörülmüş olması gerekmektedir.
- (25) Yine Kılavuz'un 51. paragrafında gereklilik ölçütünün, ilgili sınırlamanın yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olması ya da sınırlama olmaksızın asıl işlem bakımından önemli ölçüde belirsizlik ve maliyet artışı olması gibi durumlarda karşılanabileceği ifade edilmektedir. Anılan düzenlemede bu gerekliliğin tespit edilebilmesi için sınırlamanın niteliğinin yanında süresi ve kapsamının da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Söz konusu paragrafta orantılık unsuruyla ilgili olarak ise aynı sonucu elde etmeye yarayan alternatif sınırlamalardan, rekabeti en az sınırlayan alternatifin tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

¹ Diaz, Loewenheim/Meessen/Riesenkamff içinde, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, s. 277.

² Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 199.

³ Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro Ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, s.13.

- (26) AB rekabet hukuku açısından bakıldığında ise, ABAD'ın 1985 tarihli "*Remia BV v. Commission*" davasında⁴ yan sınırlamalara ilişkin önemli ilkelerin açıklığa kavuşturulduğu ve adeta yan sınırlamaların temel değerlendirilme kriterlerinin özetlendiği görülmektedir. Anılan kararda; alıcı ile satıcının rakip olarak kalması halinde devredilen işletme hakkında ayrıntılı bilgiye sahip satıcının eski müşterilerini kolayca kazanıp alıcıyı pazar dışına itebileceğine, dolayısıyla işlemin etki doğurmayacağına işaret edilerek, yan sınırlamalarla getirilen rekabet yasağı uyarınca satıcıya karşı alıcının pazarda tutunabileceği, ancak rekabet yasağı sınırsız olmayacağından alıcının makul bir süre sonra pazara dönebileceği ve böylece rekabet yasağının uzun vadede rakip sayısının artması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir⁵.
- (27) Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, hakkında önaraştırma yürütülen ASVEN, SİMKAY ve ŞENYÜCELER adlı teşebbüslerinin kısa bir süre öncesine kadar her üç ortak tarafından beraberce yönetildiği, ancak daha sonra ortaklar arasında işlerin bölüşüldüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda beraberce yürütülen faaliyetlerin ve teşebbüslerin ayrılması için ana ilkelerin taraflar arasında hakem gözetiminde yürütülen görüşmeler neticesinde imzalanan Protokol çerçevesinde ortaya konulduğu görülmektedir. Bunu takiben gerekli işlemlerin tamamlanmasının ardından, hisse devirleri 19.03.2015 tarihli noter hisse devir sözleşmeleri ile yapılmıştır.
- (28) Esasen, sadece Protokol dikkate alınarak değerlendirme yapılmasının eksik olacağı ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan tüm unsurların başta hisse devirleri olmak üzere beraberce değerlendirilmesinin gerekli olduğu açıktır. Anılan Protokol, hisse devirleri ve ortaklar arasındaki tüm paylaşım süreciyle beraber değerlendirildiğinde, bir devralma işleminin parçası olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hem taraflar arasındaki Protokol hem de hisse devri işlemleri tek bir devralma işleminin farklı aşamaları olarak değerlendirilmelidir. Önaraştırma kapsamındaki tüm teşebbüsler, tek bir şirket anlayışıyla, üç ortak tarafından birlikte yönetilmekteyken, bir dizi işlem ile ortaklar üç şirketi paylaşmışlardır. Önce paylaşımın nasıl yapılacağını, karşılıklı alacak-verecekleri düzenleyen bir anlamda devralma işleminin çerçevesini belirleyen ve devralma sonrasında ortaklara çeşitli rekabet yasakları da getiren Protokol imzalanmış, bunu takiben hisse devirleri gerçekleştirilmiştir.
- (29) Taraflar arasındaki hisse devirleri ve Protokol beraberce değerlendirildiğinde getirilen rekabet yasaklarının devralma işlemleriyle doğrudan ilgili olduğu görülmektedir. Bununla birlikte gereklilik bu kapsamda orantılılık prensibi anlamında sorun olarak düşünülebilecek husus anılan rekabet yasağı hükmünün süre sınırının olmamasıdır. Kılavuz'un 52. paragrafında özellikle müşteri çevresinin kazanılması gibi bir durum söz konusu olduğunda satıcıya rekabet yasağı getirilebileceği ifade edilmektedir. Önaraştırma konusu hususlar bakımından da müşteri çevresinin kazanılması amacıyla satıcılara getirilen bir rekabet yasağının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Yine anılan Kılavuz'un 53. paragrafında satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan makul düzeyi aşmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda dosya konusu rekabet yasağının süre dışındaki unsurlar açısından anılan kriterlere uygun olduğu belirlenmiştir. Ancak taraflar rekabet yasağına ilişkin hükme herhangi bir süre sınırı koymamışlardır. Dolayısıyla Kılavuz'un 54. paragrafındaki belirlemeler de dikkate alınarak, rekabet yasağının, ilgili devir işlemlerinin bir yan sınırlaması olarak kabul edilebilmesi için, süresinin resmi devir tarihinden itibaren 3 yıl olması gerektiği kanaatine varılmıştır.

⁴ ABAD'ın 11.07.1985 tarih, Remia BV v. Commission, kararı, Case 42/84, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61984CJ0042> (erişim tarihi 27.10.2015)

⁵ Diaz, a.g.e., s. 278; Gülergün, a.g.e., s.11.; Remia BV v. Commission, dipnot 22.

(30) (.....TİCARİ SIR.....)

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
 - 19.03.2015 tarihli Noter Hisse Devir Sözleşmesi ile Şenyüceler Gıda Ürünleri İnş. Taah. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.ve Simkay Gıda Ürünleri İmalat Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti.'nin Ahmet Gökhan YÜCE ve Metin ÇABUK'a; Asven Otomat Sistemleri Gıda ve Sağlık Malzemeleri Pazarlama İnşaat Ltd. Şti.'nin Sami Kayhan YÜCE'ye devredilmesi işlemlerinin 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında bir devralma işlemi olduğuna ancak aynı Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ciro eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi olmadığına;
 - Bununla birlikte, 09.03.2014 tarihli "Sulh ve İbra Protokolü"nde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüklerinin resmi devir tarihinden itibaren 3 yıl süre ile yan sınırlama olarak kabulüne;
- OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.